



Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK Md.229 Hükümü Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Arzu Genç Arıdemir^{*}

Öz

TMK md.229 gereğince, eşlerden biri tarafından yapılan bazı karşılıksız kazandırmaların ve diğer eşin katılma alacağı azaltmak kastıyla yapılan devirlerin, artık değer hesaplanmasında edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi gerekmektedir. Bu çalışmanın amacı, TMK md.229 kapsamındaki işlemler ile eşlerin muvazaalı işlemlerinin farklarını ortaya koyarak, her iki halde doğacak hukukî sonuçları belirlemektir.

Bu çalışmada öncelikle edinilmiş mallara katılma rejiminde eklenecek değerleri düzenleyen TMK md.229'un amacı ve hukukî niteliği incelenecek; hangi şartların bulunması halinde hükmün uygulanabileceği tespit edilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, eşlerin muvazaalı işlemleri ile TMK md.229 kapsamındaki işlemleri karşılaştırılarak, doğacak hukukî sonuçlar arasındaki farklılıklar belirlenecektir. Ayrıca bir eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yararlandığı inanca işlem kurumunun da Yargıtay kararları ışığında yaratacağı hukukî sonuçlar konumuz çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Edinilmiş mallara katılma rejimi • Eklenecek değer • Muvazaalı işlem • İnançlı işlem

Evaluation of Fiduciary Transactions Made by one of the Spouses with the Third Party Within the Framework of TMK Art. 229 on the Regime of Participation in Acquired Property

Abstract

According to TMK Art. 229, some gratuitous gains made by one of the spouses and the cessions made with the aim of reducing the participation of the other spouse shall be added as the value to the acquired property during the calculation of the remnantal value. The purpose of this study is to determine the legal consequences of transactions within the scope of TMK Art. 229 and the collusive transactions of the spouses, by revealing the differences between them.

In this study, the purpose and the legal nature of TMK Art. 229 that regulates the additions in the participation in acquired property regime will be examined. It will be determined under which conditions this provision shall be applicable. In the second part of the study, it will be examined, that the legal consequences of transactions within the scope of TMK Art. 229 and the collusive transactions of the spouses, by revealing the differences between them. In addition to that, the legal consequences of fiduciary transaction, which is used by a spouse to reduce the participation of the other spouse, will be discussed in the light of the decisions of the Court of Cassation within the framework of our subject.

Keywords

Regime of participation in acquired property • Addition • Collusive transaction • Fiduciary transaction

^{*} Sorumlu Yazar: Arzu Genç Arıdemir (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: arzugenc@istanbul.edu.tr

Atf: Genç Arıdemir, Arzu "Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK Md.229 Hükümü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2, 2018, 443–480. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0015>

Giriş

Eşlerden birinin edinilmiş malını üçüncü kişiye¹ muvazaalı olarak devretmiş olmasından kaynaklanan ihtilaflar uygulamada sıkça görülmektedir². Eşlerden birinin üçüncü kişi ile muvazaalı işlem yapması, çeşitli sebeplere dayanabilir. Örneğin, işlemin tarafı olan eş mirasçılardan veya alacaklılarından ve hatta eşinden mal kaçırmak veya yüksek vergi ödemekten kurtulmak amaçlarıyla muvazaalı işlem yapabilir. Eşlerin muvazaalı işlemlerini, amaçları veya konuları açısından sınıflandırmak veya sınırlandırmak günümüzün işlem hayatının çeşitliliği göz önüne alındığında zor, hatta imkânsızdır. Burada esas itibarıyla edinilmiş mallara katılma rejiminde³ tartışma konusu yapılabilecek eklenecek değerler (TMK md.229) ile muvazaalı işlemler konusu ele alınacaktır.

İnceleme konumuz açısından edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı evlilik birliğinde, eşlerden birisi, diğerinin katılma alacağını azaltmak amacıyla malvarlığı değerlerini üçüncü kişiye muvazaalı olarak devrettiğini veya malvarlığı değeri üzerinde muvazaalı olarak intifa hakkı tesis ettiğini ileri sürmektedir. Muvazaalı işlemler, artık değerlerin hesaplanmasında aktifler arasında yer alan edinilmiş malların devri gibi aktiflerin azaltılması amacıyla yahut artık değerlerin hesabında nazara alınacak pasiflerin (edinilmiş mallara ilişkin borçların - TMK md.231, 230/2) arttırılması amacıyla da yapılabilir. Örneğin, eşlerden birinin edinilmiş malı olan taşınmazını muvazaalı olarak üçüncü kişiye devretmesi ilk ihtimale; muvazaalı olarak üçüncü kişiye sebepsiz borç ikrarında bulunması ise ikinci ihtimale örnek verilebilir⁴.

¹ Muvazaalı işlemin eşler arasında da yapılma ihtimali bulunmaktadır. Bu ihtimalde, genelde eşler üçüncü kişilerden (mirasçılar, özellikle saklı paylı mirasçılar, alacaklıları vs.) mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlem yapmaktadırlar. Bu tür devirlerde, diğer eşin rızası olduğundan onun daha sonra eklenecek değer olarak TMK md.229'un uygulanmasını talep edemeyeceği hakkında bkz. **Faruk Acar**, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s.310.

² Bu çalışmada ele alınmayan ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan hal, İcra ve İflâs Kanunu'na göre alacaklılara tanınan tasarrufun iptali davasıdır. (İİK md.278 vd.). Bu dava, örneğin bağışlayan kimsenin haciz ya da iflastan önce geçerli olarak yaptığı karşılıksız kazandırmaların bağışlayanın malvarlığına dönüşmesini ve böylece bağışlayanın alacaklılarının alacaklarını tahsil etme olanağına kavuşmalarını sağlamaktır. Bu davanın açılabilmesi için karşılıksız kazandırma yapan (borçlu) ile kazandırmadan yararlanan üçüncü kişi arasında geçerli bir hukukî işlemin olması ve hukukî işlemde borcun yerine getirilmiş olması; bu kazandırma sebebiyle alacaklının zarar görmesi, yaptığı takip sonucunda alacağını kısmen ya da tamamen tahsil edememiş olması gerekmektedir. Bu dava, çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur. Bkz. **Baki Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.611 vd.; **Ömer Ulukapı**, İcra ve İflâs Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s.497 vd.; **Merve Yılmaz**, Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.171 vd. Bu dava ile mal rejimi davaları arasında karşılaştırma için bkz. **Şükran Şıpka/Ayça Özdoğan**, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2.Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.234 vd.

³ Bir eş diğer eşten mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlem yapması hali, edinilmiş mallara katılma mal rejiminin dışında diğer mal rejimlerinin (seçimlik mal rejimlerinin) uygulanması ihtimalinde de karşımıza çıkabilir. Örnek olarak mal ayrılığı mal rejimi uygulanması ihtimalinde, bir eş, diğerinden mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlem yapma yoluna başvurabilir. Özellikle evlilik birliğinin ölüm ile sona ermesi halinde yasal mirasçı ve hatta saklı paylı mirasçı olması (TMK md.506 b.4) sebebiyle sağ kalan eşten mal kaçırmak saikiyle muvazaalı işlemler yapılabilir. Bu ihtimalde muvazaa konusundaki ihtilaf, muris muvazaası olarak miras hukukuna ilişkin bir problem olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bkz. **Zahit İmre/Hasan Erman**, Miras Hukuku, 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2018, s.269 vd.; **Mustafa Dural/Turgut Öz**, Türk Özel Hukuku, C.IV, Miras Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.262 vd.

⁴ Borç tanınması kural olarak herhangi bir hukukî sonuç doğurmaz; ancak tarafların yaptıkları muvazaa anlaşması, bundan haberdar olmadan yazılı borç ikrarına güvenerek alacağı iktisap eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (TBK md.19/2). Bkz. **Halûk Nami Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On beşinci Bası, Beta, İstanbul 2017, s.53; **M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s.131, N.418.

TMK md.229, bir eşin kasten ya da düşüncesizce davranarak diğer eşin katılma alacağını azaltan işlemlerinin, sanki hiç işlem yapılmamış gibi, artık değerini hesaplanmasında nazara alınmasını sağlamaktadır⁵. TMK md.229, katılma alacağının miktarı yönünden diğer eşi korumayı amaçlayan bir hükümdür⁶.

Bir eşin üçüncü kişi ile anlaşarak diğer eşten mal kaçırmak amacıyla değerli taşınmazını Ü'ye devretmesi halinde işlemin muvazaalı sebebiyle geçersiz mi olduğu; yoksa TMK md.229 /f.1 b.2 kapsamında mı değerlendirileceği büyük önem taşımaktadır. Uygulama alanının kesiştiği haller, sadece TMK md.229/f.1. b.2'deki hallerle sınırlı olmayıp, hükmün ilk bendi kapsamındaki hallerde de muvazaalı ile karşılaşmak mümkündür. Örneğin, eşlerden birinin, diğerinin katılma alacağını azaltmak kastı bulunmaksızın, aksine, ekonomik durumu sebebiyle özellikle alacaklılarından ya da önceki evliliğinden olan altsoyundan (birinci zümre mirasçılarında) mal kaçırmak amacıyla malvarlığı değerlerini üçüncü kişiye karşılıksız devretmesi ihtimalinde, TMK md.229/f.1.b.1 uygulaması ile muvazaalı işlem kavramları karşımıza çıkabilir. Muvazaalı işlemler ile TMK md.229 kapsamındaki işlemler, birbirinden farklı özellikler taşımaktadır. Bu farklılıklar gözetilmeksizin aynı davada her iki hukukî kavramın hukukî sonuçlarının birlikte uygulanması mümkün değildir. Uygulamamızda, bazen her iki kavramın farklılıkları gözetilmeksizin aynı hukukî işlemin hem eklenecek değer hem de muvazaalı işlem sayılarak değerlendirildiği hatalı örnekler bulunmaktadır. Bu çalışmada, her iki kavram arasındaki temel farklılıklar belirlenerek uygulama şartları gerçekleştirildiği takdirde uygulanacak hukukî sonuçlar tespit edilecektir. Ayrıca uygulamada eşlerden biri diğerinin katılma alacağını azaltmak kastıyla inançlı devir sözleşmelerine

⁵ **Daniel Steck/Roland Fankhauser**, Scheidung, Band I:ZGB/Band II:Anhänge, Sechster Titel: Das Güterrecht der Ehegatten/ Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017, Art.208, N.1; **Alexandra Jungo**, Personen- und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB – PartG, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016, Schulthess, Zürich-Basel-Geng, Art.208, N.1; **Heinz Hausheer / Regina E. Aebi Müller**, Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, Basler Kommentar, 5. Auflage, Herausgeber: Honsell/Vogt/Geiser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art.208, N.1; **Mustafa Dural / Tufan Ögüz /M. Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.232; **Şükran Şıpka**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3.Basım, 2013,s.228; **Zafer Zeytin**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 (“Edinilmiş” olarak kısaltılmıştır.), s.231, N.499; **Mustafa Alper Gümüş**, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.366; **Acar**, Mal Rejimleri, s.285. BGE 138 III 689, E.3.2.

⁶ **Suat Sarı**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s.196; **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.1; **Zeytin**, Edinilmiş, s.231, n.499; **Muzaffer Şeker**, Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Verlag H.J. Maurer, Freiburg 2006, s.230; **Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo**, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess, 2015, s.365-366, N.55; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.339; **Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser**, Allgemeine Vorschriften, Art.181-195a ZGB; Die ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art.196-220 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Berner Kommentar, II/1/3/1, Staempfli Verlag AG- Bern 1992, Art.208, N.5; **Acar**, Mal Rejimleri, s.285; **Isabelle Nuspliger**, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Auflage, 2016, Art.208, N.1; **Stephan Wolf**, “Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band: 584, Staempfli Verlag, 1996, s.90; **Walter Ott**, “Der Schutz der Anwartschaft auf den Vorschlagsanteil unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung mit Hilfe der güterrechtlichen Herabsetzungs- und Rückforderungsklage, Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, s.293; **Gamze Turan Başara**, “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C.10; S.11, Kasım 2015, s.59.

başvurmaktadır. Bu son halde de işlemin muvazaalı olup olmamasına göre doğacak sonuçların da incelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmanın ilk bölümünde, TMK md.229 hükmünün amacı, hukukî niteliği ve uygulama şartları genel olarak incelenecektir. Daha sonra ise eklenecek değerler hakkında varılan sonuçlar muvazaalı işlemlerin hukukî sonuçları ile karşılaştırılarak, her iki kavramın doğurduğu hukukî sonuçlar karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bu çerçevede, uygulamada Yargıtay kararlarında değerlendirilen ve öğretiyeye de yansıyan sorunlar da çalışmamızın kapsamı ve sınırları el verdiği ölçüde incelenecektir. Son olarak, inançlı devir sözleşmeleri ile TMK md.229'un ya da muvazaalı işlemlerin birbiriyle ilişkisi sorunu ele alınacaktır.

I. TMK Md.229 Hükmünün Amacı, Hukukî Niteliği ve Uygulama Şartları

A. TMK Md.229'un Amacı ve Hukukî Niteliği

TMK md.229, katılma alacaklısı eşi korumayı amaçlayan emredici nitelikte bir hükümdür⁷. Eşler, ancak kanunda yazılı sınırlar içinde mal rejiminin içeriğini belirleme yetkisine sahiptir (TMK md.203). Hükümün amacı ve niteliği dolayısıyla eşler, mal rejimi sözleşmesi yaparak, eklenecek değere ilişkin TMK md.229'un katılma alacağının belirlenmesinde uygulanmayacağını kararlaştırılmaz; aksini düzenleyen sözleşme hükümleri kesin hükümsüz niteliktedir. Ancak, somut bir olayda bir eşin diğerinin bu yöndeki işlemine rıza göstermesi (TMK md.229/f.1. b.1) ya da tasfiye sırasında eklenecek değerler üzerindeki talebini ileri sürmemesi veya ileri sürdükten sonra vazgeçmesi hallerinde hükümün uygulanmasına engel olunabilir⁸.

Evlilik birliğinde kural olarak her bir eş, malvarlığını yönetme, ondan yararlanma ve malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (TMK md.193, 223/f.1). Bu çerçevede, evlilik birliği içinde eşin malvarlığını düşüncesizce *yönetmesi* sebebiyle malvarlığının azalmasına yol açması ya da malvarlığı değerlerini özensizce *kullanması* sebebiyle değerinin düşmesine sebep olması gibi davranışları, TMK md.229 hükmünün kapsamında değerlendirilmemektedir⁹.

TMK md.229, edinilmiş mallara katılma mal rejiminin uygulandığı hallerde

⁷ **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.10; **Hausheer/Aebi Müller**, Basler Komm., Art.208, N.12; **Şıpka/Özdoğan**, s.196; **Şıpka**, s.229; **Nuspliger**, Art.208, N.8; **Fatih Karamercan**, Katkı, Değer Artış Payı, Katılma Alacağı Davaları, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.631; **Özge Yenice Ceylan**, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.3, S.2018/2, s.219.

⁸ **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.10; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.64.

⁹ **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.1, 18; **Şıpka**, s.229-230; **Yenice Ceylan**, s.221. Bu ihtimallerde evlilik birliğinin korunması için şartları gerçekleştiği takdirde bu davranışlarda bulunan eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına (TMK md.199) veya temsil yetkisinin kaldırılmasına ya da sınırlandırılmasına (TMK md.188) karar verilmesi yoluyla koruma sağlanabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.7 vd. Hâkim, TMK md.199 gereğince eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına veya TMK md.188 uyarınca evlilik birliğini temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ya da kaldırılmasına karar verdiği takdirde TMK md.241'in uygulama alanının olmayacağı hakkında bkz. Acar, Mal Rejimleri, s.286.

uygulanabilir. Bu sebeple, eşler arasında seçimlik mal rejimi uygulanmaktaysa, TMK md.229 hükmüne dayanan bir talep ileri sürülemez¹⁰. Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi uygulandığı ihtimalinde ise, eklenecek değerler ile ilgili taleplerin edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı dönem içinde ileri sürülmesi mümkün değildir¹¹. Eklenecek değer sayılan işlemlerin yapılmış olduğuna ilişkin talep, edinilmiş mallara katılma mal rejiminin sona ermesi (TMK md.225) ile birlikte ileri sürülebilecektir¹². Diğer yandan bir eşin TMK md.229 hükmüne dayanarak diğer eşe karşı mal rejimi tasfiyesi talebinden bağımsız olarak bir talepte bulunması da söz konusu değildir. Bu talep, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine ilişkin davada diğer taleplerle birlikte değerlendirilecektir¹³.

TMK md.229 hükmü kapsamında yer alan bir işlemin yapılmış olduğu iddiası, ilk olarak katılma alacağı talep etme hakkını haiz olan eş tarafından ileri sürülebilir. Eğer hak sahibi eş ölmüşse, miras hukuku hükümleri çerçevesinde onun mirasçıları da (TMK md.236/1 c.1), TMK md.229 hükmü kapsamında yer alan bir işlemin yapılmış olduğunu ileri sürme hakkına sahiptir¹⁴. Katılma alacaklısı eş ya da mirasçıları dışındaki kişilerin, söz gelimi borçlu eşin alacaklılarının TMK md.229'a dayanarak talepte bulunma yetkileri yoktur¹⁵.

Acaba eşlerden birinin ölümü sebebiyle katılma alacağına ilişkin davayı açan mirasçıları arasında yer alan bir kimsenin, TMK md.229 kapsamındaki karşılıksız kazandırma lehtarının olması ihtimalinde hangi sonuç doğacaktır? Bu konuda öğretide¹⁶, karşılıksız kazandırmayı elde ettikten sonra ayrıca katılma alacağı davasında eklenecek değerleri talep eden davacı mirasçının haksız menfaat artışı sağlayacağı belirtilmektedir. Bu halde, karşılıksız kazandırmada bulunan eşe kazandırmadan dönme hakkı tanınması gerektiği, zira onun bu kazandırmayı, lehtarın eklenecek değerleri talep hakkını kullanmaması şartına bağlı olarak yaptığı çözümü ileri sürülmektedir. Diğer görüş ise¹⁷ kazandırma yapılan mirasçının kazandırmayı denkleştirme hükümleri kapsamında iadesi olanaklı olmak üzere ekleme talebinde bulunacağını belirtmektedir. Kanaatimizce ilk görüş daha isabetlidir.

¹⁰ Paylaşmalı mal ayrılığında bkz. TMK md.251.

¹¹ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.25; Ott, s.295. Evlilik birliği sona ermeden (edinilmiş mallara katılma rejimi sona ermeden olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz) TMK md. 229 hükmünün uygulanma olanağı bulunmadığı hakkında bkz. Yarg. 4.HD., 29.06.2011, 8323/7656 (Lexpera.com, çevrimiçi: 11.05.2018). TMK md.229, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi halinde uygulanabilir.

¹² **Şıpka**, s.229; **Zeytin**, Edinilmiş, s.231, N.500.

¹³ **Steck/Fankhauser**, Art.209, N.10; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.6.

¹⁴ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.12; **Nusplihner**, Art.208, N.1; **Hausheer/Aebi-Müller**, Basler Komm., Art.208, N.3, BGE 127 III 396.

¹⁵ **Zeytin**, Edinilmiş, s.234, N.508; **Gümüş**, s.367; **Hausheer/Aebi Müller**, Basler Komm., Art.208, N.6; **Alexandra Rumo-Jungo/ Nadja Majid**, "Lebzeitige Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Güter – und Erbrecht", successio, J.2013, s.323. **Steck/Fankhauser**, Art.209, N.2: İsviçre hukukunda alacaklıların ya hak sahibi olan eşin talebi üzerine haciz tesis ettirebilecekleri ya da SchKG Art.131 çerçevesinde alacağın devrini talep edebilecekleri ifade edilmektedir.

¹⁶ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.12.

¹⁷ **Gümüş**, s.367.

Aynı sorun, karşılıksız kazandırma yapan eşin, vefat eden eşin mirasçısı olması durumunda da yaşanmaktadır. Bu ihtimalde, (E1) ve (E2) evli olup (E1), TMK md.229 kapsamında işlem yapmış ve (E2)'nin ölümüyle mal rejimi sona ermiştir. (E2)'nin mirasçıları (E1)'e katılma alacağı davası açarsa, belirlenen katılma alacağından (E1) de sağ kalan eş olarak miras hakkına sahip olacaktır. Onun açısından eklenecek değer nazara alınarak katılma alacağının belirlenmesi, TMK md.2'ye aykırı bulunmakta ve ona bu hakkın tanınmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸. (venire contra factum proprium = çelişkili davranış yasağı).

TMK md.229 hükmü kapsamında yer alan bir işlemin yapılmış olduğuna dair talep, söz konusu işlemi yapan eşe; vefat etmişse mirasçılarına karşı ileri sürülmelidir¹⁹. Kazandırma yapılan kişi, ancak TMK md.241'deki şartlarla elde ettiği kazandırmayı iade etmekle yükümlü tutulabilir. TMK md.229/f.2 uyarınca, *“Bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyumsuzluklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması şartıyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.”*

TMK md.229'un kapsamına giren bir işlemin varlığını bunu iddia eden ispatlamalıdır²⁰ (TMK md.6). Öğretiye göre²¹, hüküm emredici mahiyette olduğundan, dava dosyasından TMK md.229 kapsamında yer alan bir işlemin yapıldığı anlaşılırsa hâkim bunu kendiliğinden nazara almalıdır. Ancak kanaatimizce, TMK md.229 hükmünün yaptırımını kesin hükümsüzlük olmadığından işlemin TMK md.229 kapsamında olduğu iddiası, hak sahibi eş ya da mirasçıları tarafından ileri sürülmelidir.

TMK md.229 kapsamında yer alan karşılıksız kazandırmalar ile diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin konusu, işlemin tarafı olan eşin edinilmiş mallarıdır²². Örneğin, eşin kişisel mallarını bağışlaması halinde, artık değer hesabında kişisel mallar nazara alınmadığı için, bu kazandırıcı işlem diğer eşin katılma alacağının azalmasına neden olamaz. Bu sebeple, kişisel malların bu özelliği ve hükmün amacı çerçevesinde TMK md.229 kapsamındaki işlemlerin konusunun edinilmiş mallar olduğu kabul edilmektedir²³. Eklenecek değer kapsamındaki malvarlığı değerinin edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı

¹⁸ Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.12; Zeytin, Edinilmiş, s.234, N.511; Gümüş, s.367; Rumo-Jungo/Majid, s.323.

¹⁹ Steck/Fankhauser, Art.209, N.4; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.13; Nuspliger, Art.208, N.1; Hausheer/Aebi-Müller, Basler Komm, Art.208, N.7; Rumo-Jungo, s.324.

²⁰ BGE 118 II 27, 29, 3 b. Ayrıca bkz. Zafer Zeytin, “Değer Artış Payı, Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Hazırlayanlar: Şıpka/Özbilen/Şensöz, (“Eklenecek Değer” olarak kısaltılmıştır), s.51; Ott, s.294. İspat yükü hakkında bkz. I, B, 2, b.

²¹ Sarı, s.199; Zeytin, Edinilmiş, s.231, N.500.

²² Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.14; Şıpka, s.228-229; Gümüş, s.366; Ott, s.293; Yenice Ceylan, s.225. Bir eşin kişisel malları üzerindeki tasarrufları bakımından miras hukuku ya da icra iflas hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olabilir. Steck/Fankhauser, Art.208, N.8. Bkz. Ankara BAM, 12. HD., 2017/170 E., 2017/195 K. 30.03.2017 T. (Lexpera.com, çevirimiçi: 17.05.2018).

²³ Sarı, s.192; Acar, Mal Rejimleri, s.286-287; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.339; Ömer Uğur Gençcan, Türk Medeni Hukuku, Madde 185-530, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.1923.

olduğunun, eklenecek değer olduğunu iddia eden tarafça ispat edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴. Esasen, davacı, malın edinilmiş olduğu iddiasını TMK md.222'deki karinelere de yararlanarak ispat yükü altındadır; kişisel mal olduğu iddiası ise karşı tarafça ispat edilmelidir. Aşağıda hangi şartların bulunması halinde TMK md.229'un uygulanabileceği açıklanacaktır.

B. TMK md.229'un Uygulanması İçin Aranılan Şartlar

TMK md.229'da belirtilen haller, sınırlı sayıdadır²⁵. TMK md.229/f.1 b.1'e göre, bir eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız nitelikteki kazandırmalar, eklenecek değerlerin ilk halini oluşturmaktadır.

TMK md.229/f.1 b.2'ye göre, bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler de edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle, bir eşin malvarlığında yer alan bir değeri üçüncü kişiye (diğer eş dışındaki bir kişiye) devretmesi, bunu mal rejiminin devamı süresinde yapmış olması ve bu devir işlemi, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapmış olmasıdır.

Aşağıda sırasıyla TMK md.229/f.1.b.1 ve b.2'de belirtilen şartlar incelenerek, hangi hallerde işlem konusu edinilmiş malın değerinin artık değer hesaplanmasında dikkate alınabileceği tespit edilecektir.

1. Bir Eşin Üçüncü Kişiyile Yaptığı Bazı Karşılıksız Kazandırmalar

a. Bir Eşin, Malvarlığında Bulunan Edinilmiş Malı Bakımından Üçüncü Kişiyile Sağlararası Karşılıksız Kazandırmada Bulunması

Eşlerden biri, üçüncü kişiye sağlararası karşılıksız kazandırmada bulunmuş olmalıdır²⁶. Bu açıdan karşılıksız kazandırma diğer eş lehine yapılmış ise TMK md.229 uygulanamaz; karşılıksız kazandırma (eş dışındaki) üçüncü kişi lehine yapılmış olmalıdır²⁷.

Kazandırma, bir kimsenin diğerine yaptığı malvarlıksal yarar sağlayan her türlü davranış olarak tanımlanmaktadır²⁸. Kazandırmalar genel itibariyle hukukî işlem veya

²⁴ Steck/Fankhauser, Art.208, N.5.

²⁵ Steck/Fankhauser, Art.208, N.11; Şıpka, s.231.

²⁶ Sarı, s.192 vd.; Steck/Fankhauser, Art.209, N.12; Gümüş, s.366; Zeytin, Eklenecek Değerler, s.51; Ott, s.296; Rumo-Jungo/Majid, s.325.

²⁷ Steck/Fankhauser, Art.209, N.13; Rumo-Jungo, Art.208, N.6; Hausheer/Aebi-Müller, Basler Komm., Art.208, N.17; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.23. Eşler arasında TMK md.229 kapsamında belirtilen işlemlerin yapılması halinde maddenin uygulanmayacağı hakkında bkz. Yarg. 8.HD., 20.05. 2013. 2012/11057 E., 2013/7419 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

²⁸ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.185; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.20.

maddi fiil yoluyla ve karşılıklı (ivazlı) veya karşılıksız (ivazsız) olarak yapılabilir. TMK md.229/f.1 b.1 çerçevesinde ise, eklenecek değer kapsamındaki kazandırmanın karşılıksız olması gereklidir. Kazandırmanın karşılıksız olması ile kast edilen, kazandırmada bulunan kişinin bunun karşılığında maddi menfaat elde etmemiş; kazandırmada bulunulan kişinin hiçbir yükümlülük altına girmeksizin kazandırmayı elde etmiş olmasıdır²⁹. Bağışlama, vakıf kurma, karşılıksız olarak kuruluş sermayesi, çeyiz verme ya da borçtan kurtarma, ibra sözleşmeleri veya karma bağışlama³⁰ yapılması bu nitelikteki karşılıksız kazandırmalara örnek verilebilir³¹. Bunun gibi, eşin karşılık almaksızın üçüncü kişinin işinde çalışması halinde de karşılıksız kazandırma yapıldığı kabul edilmektedir³². Miras payının devri sözleşmeleri de (TMK md.677) karşılıksız yapıldıkları takdirde sağlararası karşılıksız kazandırma niteliğinde sayılacaktır.

TMK md.229/f.1 b.1 kapsamındaki karşılıksız kazandırmalar, sağlararası işlem niteliğinde de olmalıdır. Zira ölüme bağlı tasarruflar, eşin ölümünden sonra hukukî sonucunu doğuracağından; eşin ölümüyle sona eren mal rejiminde, ölüme bağlı tasarrufun konusu olan kazandırma, henüz ifa edilmediği için eşin malvarlığında bulunmaya devam etmektedir³³. Bu sebeple ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılan karşılıksız kazandırmalar, bu madde kapsamında değerlendirilmemektedir.

b. Kazandırıcı İşlemin Olağan Hediye Dışında Olması

Eşlerden biri tarafından yapılan karşılıksız kazandırma, olağan hediye niteliğinde sayılırsa, eklenecek değer olarak nazara alınamaz. Örneğin aylık geliri 5.000 TL'nin altında olan bir kimsenin yeğenine doğum günü hediyesi olarak değeri 150,00 TL değerinde bir kitap vermesi durumunda bu kazandırma eklenecek değer olarak mal rejimi tasfiyeye girdiğinde edinilmiş mallara eklenecek midir? Doğum günü hediyesi 2.500 TL değerinde bir bileklik olsaydı cevabımız değişir miydi? Yapılan kazandırmanın olağan hediye kapsamında olup olmadığı, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, kazandırmanın yapılma sebebi, özellikle özel an ve günlerde verilmesi, kazandırmanın ekonomik değeri gibi ölçütler dikkate alınarak

²⁹ **Sarı**, s.176. Benzer olarak bkz. **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Hausheer/Aebi-Müller**, Basler Komm, Art.208, N.13; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325. Ayrıca bkz. BGE 138 III 689 E.3. 3.

³⁰ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.22; **Ott**, s.298-299. BGE 98 II 358; 116 II 234 ff.

³¹ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.22; **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Gümüş**, s.368; **Acar**, Mal Rejimleri, s.287; **Jungo**, Art.208, N.2; **Nuspliger**, Art.208, N.4; **Ott**, s.298 vd; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325. Ahlakî bir görevin ifası kapsamında kalan kazandırmaların da TMK md.229 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bkz. **Şıpka**, s.229; **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Acar**, Mal Rejimleri, s.294; Olumlu görüşte bkz. **Ott**, s.299. BGE 138 III 689, E.3. 3.

³² **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Şıpka**, s.232-233.

³³ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.21; **Sarı**, 192; **Şıpka**, s.233; **Zeytin**, Edinilmiş, s.238, N.521; **Gümüş**, s.367, özellikle dn.495; **Jungo**, Art.208, N.5; **Ott**, s.296. Aksi fikirde **Kılıçoğlu**, s.54; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s.340; **Turgut Akıntürk/Derya Ateş**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 20. Bası, Beta, İstanbul 2017, s.168; **Gençcan**, s.1923.

belirlenebilir³⁴. Yukarıda verdiğimiz örnekte, konusu kitap olan kazandırma, hem kazandırmanın değeri, hem de yapılış sebebi itibariyle olağan hediye kapsamında sayılabilecektir. Buna karşılık, konusu bileklik olan örnekte aynı sonucu kabul etmek güçtür.

c. Kazandırmanın Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Yapılmış Olması

TMK md.229/f.1 b.1'e göre, bir eş tarafından üçüncü kişi lehine yapılan karşılıksız kazandırmanın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması gerekmektedir³⁵. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılıksız kazandırıcı işlemin mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde yapılmış olması (Art.209 ZGB) öngörülmektedir³⁶.

Kanun koyucu, uzun bir zaman önce yapılan karşılıksız kazandırmaların, aradan yıllar geçtikten sonra mal rejiminin tasfiyesinde artık değer hesaplanırken dikkate alınmasını engelleyerek, ispat başta olmak üzere çetrefilli sorunların çıkmasını önlemek istemiştir³⁷.

Bir yıllık sürenin belirlenmesinde üçüncü kişi lehine karşılıksız kazandırmanın taahhüt edildiği işlemin (bağışlama taahhüdünün) yapıldığı tarih mi, yoksa kazandırmanın ifa edildiği tasarruf işleminin yapıldığı tarih mi esas alınmalıdır? Örneğin, 10.10.2010 tarihinde eşlerden (A), (Ü)'ye 30.000 TL bağışlamayı taahhüt etmiş ve 22.2.2011 tarihinde (A), henüz bağışlama sözleşmesinden doğan taahhüdünü ifa edemeden vefat etmiş olsaydı, 30.000 TL artık değer hesabında edinilmiş mallara değer olarak eklenecek miydi? Mal rejiminin sona erdiği aşamada borçlandırıcı işlemde doğan taahhüt henüz ifa edilmediği (tasarruf işlemi gerçekleştirilmediği) için bu değer eşin malvarlığında yer almaya devam ettiği, dolayısıyla diğer eşin katılma alacağına azalmasına yol açma tehlikesinin bulunmadığı söylenebilir. Ancak bu sonuç, doğru değildir. Çünkü bu defa da borçlandırıcı işlemde doğan üçüncü kişinin alacak hakkı, edinilmiş mallara ilişkin borç olarak, bağışlama taahhüdünde bulunan eşe ilişkin artık değer hesabında pasif olarak nazara alınırsa, bu oranda artık değer azalacak ve dolayısıyla diğer eşin katılma alacağı da azalmış olacaktır.

³⁴ **Sarı**, 194; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.35; **Hausheer/Aebi-Müller**, Basler Komm., Art.208, N.16; **Jungo**, Art.208, N.9; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325.

³⁵ Türk Kanun Koyucusunun süreyi "bir yıl" olarak düzenlemesinin sebebi hükmün gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: "229'un gerekçesine göre; İsviçre Medeni Kanunu'nda mal rejiminin sona ermesinden önceki beş yıl içinde yapılan kazandırmaların edinilmiş mallara eklenmesi kabul edilmiştir. Bu hüküm mirasta tenkise tâbi tasarruflara ilişkin 565 inci maddenin (3) numaralı bendi hükmüne paralel olarak kaleme alınmıştır. İsviçre'de tenkisle ilgili bu maddeyi karşılayan İsviçre Medeni Kanununun 527 nci maddesinin (3) numaralı bendinde de bizden farklı olarak beş yıllık süre esas alınmıştır. Tenkisle ilgili olarak 563 inci madde ile paralellik sağlamak üzere, bu maddede, İsviçre'den farklı olarak son beş yıl içindeki değil son bir yıl içindeki kazandırmaların edinilmiş mallara ilâvesi kabul edilmiştir." (Lexpera.com, çevirimiçi: 15.05.2018).

³⁶ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.24; **Hausheer/Aebi-Müller**, Basler Komm., Art.208, N.17; **Rumo-Jungo**, Art.208, N.6; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325.

³⁷ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.28.

Bu sonuç ise TMK md.229'un amacı ile bağdaşmaz. Bu sebeple henüz ifa edilmemiş karşılıksız kazandırmaların da hiç yapılmamış gibi değerlendirilmesi ve tasfiyede "borçlar" açısından da nazara alınmaması gerekir³⁸.

Borçlandırıcı işlemin ve kazandırmanın ifa aşamasını oluşturan tasarruf işleminin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması ihtimalinde ise tasarruf işleminin esas alınacağı ve bu durumda borçlandırıcı işlemin (bağışlama taahhüdünün) mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmasının şart olmadığı ifade edilmelidir³⁹.

d. Diğer Eşin Rızasının Alınmaması

Eşlerden biri, diğerinin haberi olmaksızın ya da karşı çıkmasına rağmen mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde olağan hediye niteliğinde sayılamayacak karşılıksız kazandırmada bulunmuşsa, kazandırma artık değer hesabında edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir (TMK md.229/f.1.b.1). Buna karşılık eş, üçüncü kişi lehine karşılıksız kazandırma yaparken eşinin rızasını sağlamışsa, kazandırma konusu edinilmiş mal, artık değer hesablanmasında nazara alınmayacaktır.

Diğer eş, rızasını, açık ya da örtülü irade beyanlarıyla verebilir⁴⁰. Öğretide eşin susmasının rıza olarak değerlendirilmesi tartışmalıdır. Bazı yazarlar⁴¹, susmanın rıza olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Diğer görüş ise⁴² her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini, örf ve adet gereği özellikle aile içi yardımlaşmanın yaygın olduğu yörelerde eşinin karşılıksız kazandırıcı işlemlerine karşı sessiz kalan eşin rıza göstermiş sayılabileceğini ifade etmektedir.

Rıza, kazandırıcı işlemin yapılmasından önce verilebileceği gibi (izin) işlem yapıldıktan sonra (icazet) da verilebilir⁴³. Eşin rızasını mal rejimi sona erdikten sonra açıklaması halinde bu beyanın devir işlemine icazet vermek değil, eklenecek değerleri ileri sürme talebinden feragat olarak değerlendirilmesi gereklidir⁴⁴. Eşin rızasını beyan etmesi, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir⁴⁵.

³⁸ **Sarı**, s.193; **Gümüş**, s.368, dn.505. Aksi fikirde, karşılıksız kazandırmalara ilişkin tasarruf işleminin yapılmış olması gerektiği hakkında bkz. **Şıpka**, s.233. Benzer olarak bkz. **Zeytin**, Edinilmiş, s.239, N.523; **Acar**, Mal Rejimleri, s.291; **Yenice Ceylan**, s.222.

³⁹ **Sarı**, s.193; **Zeytin**, Edinilmiş, s.239, N.523; **Gümüş**, s.368, dn.505.

⁴⁰ **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s.422; **Hausheer/Aebi-Müller**, Art.208, N.19; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325. BGE 127 III 396, E.2b, 400. Eşin irade beyanının güven prensibi çerçevesinde yorumlanması gerektiği hakkında bkz. **Ott**, s.300.

⁴¹ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33; **Emel Badur**, "Eşin Rızası", TBBD, 2013, S.109, s.257.

⁴² Susmanın kural olarak rızanın sayılamayacağı ve her somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği hakkında bkz. **Gümüş**, s.369.

⁴³ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33; **Sarı**, s.194; **Zeytin**, Edinilmiş, s.239; **Gümüş**, s.368; **Steck/Fankhauser**, Art.209, N.11; **Badur**, s.257. BGE 127 III 396, 400, E. 2 b.

⁴⁴ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33.

⁴⁵ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.33; **Gümüş**, s.368; **Jungo**, Art.208, N.7; **Nuspliger**, Art.208, N.5; **Rumo-Jungo/Majid**, s.325.

Diğer eşin rızasının bulunduğunu, bunu iddia eden eşin ya da mirasçılarının ispat etmesi gerekmektedir (TMK md.6).

2. Bir Eşin Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltma Kastıyla Yaptığı İşlemler

a. Bir Eşin Malvarlığında Yer Alan Bir Değeri Üçüncü Kişiyi Devretmesi

Malvarlığı, aktif ve pasif kısımlardan oluşan bir bütünü oluşturmaktadır. Eşin malvarlığı ise, taşınır, taşınmaz nitelikteki eşyalardan, bir miktar para, hisse senedi, ortaklık payı, alacak hakkı vs. gibi değerlerden oluşabilmektedir⁴⁶. TMK md.229/f.1.b.2'nin uygulanması açısından öncelikli olarak eşlerden birinin, edinilmiş mal niteliğindeki malvarlığı değerini eşi dışındaki herhangi bir üçüncü kişiye devretmiş olması gerekmektedir. İşlemin kazandırıcı işlem niteliğinde olması, ivazlı veya ivazsız nitelikte olması, bu bent kapsamındaki işlemler bakımından önem taşımamaktadır⁴⁷.

TMK md.229/f.1.b.2'de eşlerden biri ile üçüncü kişi arasında yapılan işlemin "devir" niteliğinde olmasından söz edilmesi, malvarlığı değerinin devreden eşin malvarlığından çıkarılarak bir üçüncü kişinin malvarlığına geçirilmesini yani malvarlığının aktifinin azaltılmasını sağlayan tasarruf işlemlerini ifade etmektedir⁴⁸. Örneğin, eşlerden (A)'nın, maaşından tasarruf ederek biriktirdiği para ile satın aldığı otomobilini (Ü1)'e değerinin altında satıp devretmesi; evinin bir yıllık kira bedelini isteme hakkını (Ü2)'ye karşılıksız olarak devretmesi veya alacak hakkından feragat etmesi; taşınmazını annesi (Ü3)'e bağışlaması gibi işlemler bu niteliktedir.

Eşlerden birinin, -TMK md.229/f.1b.2'deki şartların bulunması ve özellikle aşağıda belirtilecek **kastla**- maliki olduğu bağımsız bölüm üzerinde (Ü) lehine sınırlı aynı hak tanınması; iş ortağı (Ü) lehine 1.000.000 TL borçlu olduğunu gösteren (bir borç ikrarını içeren) bir senet düzenlemesi veya ortağı olduğu şirketin sermaye artışıında nakdi sermaye taahhüdünde bulunması gibi işlemler de bu kapsamda sayılabilecek midir? Öğretide malvarlığı değerinin devri niteliği taşımamakla birlikte malvarlığının değerinin azalmasına yol açabilecek nitelikteki borçlandırıcı işlemlerin veya tasarruf işlemlerinin de hükmün amacı çerçevesinde TMK md.229/f.1.b.2 kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Bu takdirde işlemin konusu edinilmiş malın değerini azaltan veya edinilmiş mala ilişkin borç doğuran işlemler, sanki hiç yapılmamış gibi sayılacak ve katılma alacağının hesaplanmasında göz önüne alınmayacaktır⁵⁰.

⁴⁶ Eşlerden birinin işgücü kaybına uğraması sebebiyle gelirinde meydana gelen azalmaların hükmün kapsamında yer almadığı hakkında bkz. **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.38.

⁴⁷ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.37; **Zeytin**, Edinilmiş, s.240, N.525; **Steck/Fankhauser**, Art.208, N.1.

⁴⁸ **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.208, N.37; **Gümüş**, s.369, dn.511; **Sarı**, s.197.

⁴⁹ **Sarı**, s.197; **Şıpka**, s.235; **Şıpka/Özdoğan**, s.199; **Karamercan**, s.631; **Gümüş**, s.369, dn.511; **Acar**, Mal Rejimleri, s.305, dn.444.

⁵⁰ Bkz. **Gümüş**, s.369; **Sarı**, s.197; **Karamercan**, s.631; **Şıpka/Özdoğan**, s.199; **Zeytin**, Edinilmiş, s.241.

Ancak buraya kadar yapılan açıklamalarda hakkın nisbi olarak⁵¹ sona ermesi üzerinde durulmuştur. Oysa hakkın mutlak olarak kaybedilmesine yol açan işlemler yapılırsa nasıl bir hukukî sonuç doğacaktır? Hak sahibi eş, hukukî fiil ile ya da hukukî işlem ile hakkını tamamen ortadan kaldırmış olabilir. Örneğin arabasını yakmış, bankadaki mevduatını harcamış olabilir. Bu takdirde, mal rejiminin sona erdiği tarihte malvarlığı değeri eşin malvarlığında yer almadığı (TMK md.235/f.1) ve TMK md.229/f.1 şartları gerçekleşmediği için bu malvarlığı değerleri tasfiyede dikkate alınmaz. Ancak uygulamada özellikle boşanma davasının açılmasından kısa süre önce eşlerin banka hesaplarındaki veya kasalardaki altın, hisse senedi gibi menkul değerler ile mevduatı harcamış ya da tüketmiş olduklarını iddia ederek tasfiye sırasında bu değerlerin nazara alınmasına engel olucu davranışlarda buldukları gözlemlenmektedir. Bu durumlarda da eş ne amaçla olursa olsun malvarlığı değerini harcamış ya da tüketmiş ise TMK md.229 uygulanamaz⁵². Ancak eş, katılma alacağını azaltma kastıyla hareket ederek anılan malvarlığı değerlerini tüketmemiş fakat bir başka kişiye saklaması için inancılı işlemle devretmiş⁵³ veya saklama sözleşmesi ile muhafaza edilmesini sağlamış ise artık TMK md.229/f.1 b.2 uygulanmalıdır. Ayrıca hiçbir ihtiyacı olmadığı halde bir eşin boşanma davasının açılmasından kısa süre önce bankadaki mevduatını tüketmiş olduğunun iddia edilmesi hayatın olağan akışına uygun değildir⁵⁴. Bu durumda borçlu eşin inancılı işlem yaptığının ispatı da oldukça güçtür.

Kanaatimizce, uygulamada bu konudaki sorunların çözümlenmesinde ispat yükü tersine çevrilmeli ve boşanma davasından kısa süre önce tüm menkulün veya mevduatın bankadan çekilerek tüketildiği vakiasını iddia eden taraf ispatlamalıdır⁵⁵. Nitekim Yargıtay da son yıllarda verdiği bir kararında⁵⁶ boşanma davası tarihinden kısa süre önce banka hesabından parayı çeken davalı eşin “*parayı bankadan çekmesini gerektirecek acil bir ihtiyacı bulunduğunu gösterir bir delil bulunmaması ve hayatın olağan akışı göz önüne alındığında bu paranın davalının uhdesinde olduğunun kabulü*” gerektiğine içtihat etmiştir. Yargıtay benzer bir kararında⁵⁷ “*hesaptan*

⁵¹ Hakkın nisbi kaybı ile mutlak kaybı kavramları için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s.239 vd.

⁵² **Gümüş**, s.369-370; **Zeytin**, Edinilmiş, s.241, N.526. Mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olan malvarlığı değerleri tasfiyeye katılacağından (TMK md.235/f.1) tüketilen ya da elde çıkarılan malvarlığı değerleri için katılma alacağı talep edilemeyeceği hakkında bkz. **Şıpka/Özdoğan**, s.620 vd.

⁵³ “İnanılmanın, inanç konusunu başkası yararına elinde bulundurmakta, başkasının çıkarı için kullanmakta, yönetmekte ya da saklamakta” olduğu bu tür hukukî işlemler öğretide “yönetim amacıyla yapılan inancılı devir” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Ergün Özsunay**, “Saf İnançlı Muamelelerde Vekalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.100.

⁵⁴ Bkz ve karşı. Yarg. 8.HD., 16.03.2015, 2013/20270 E., 2015/6027 K., (**Şıpka/Özdoğan**, s.624). BGE 5A_ 51/2014, 21. Art.42 OR (TBK md.50) kıyasen uygulanması suretiyle ispat yükünün hafifletilmesi hakkında bkz. BGE 5A_ 51/2014, E.2.4. Bağışlama yapan eşin diğer eşe bilgi vermesi gerektiği ve onun işlemi yaparken rıza gösterdiğini ispat etmesi gerektiği hakkında bkz. BGE 5A_ 85/2010, e.2.2.; 5A_ 714/2009, E.4.2.; 5 C 111/2002, E.2.1.3.

⁵⁵ Bu çerçevede, kural olarak, hem eşin sahip olduğu edinilmiş malın mal rejiminin tasfiyesi sırasında (TMK md.225) malvarlığında artık yer almadığı hem de onun TMK md.229’un kapsamında olduğu ispat edilmelidir. Bkz. **Jungo**, Art.208, N.2.

⁵⁶ Yarg. 8.HD., 01.06.2014, 2014/4585 E., 2015/12171 K. (**Şıpka/Özdoğan**, s.211).

⁵⁷ Yarg. 8.HD., 02.10.2014, 2014/14937 E., 2014/17712 K. (**Şıpka/Özdoğan**, s.210).

çekilen paranın evlilik birliği içinde harcanıldığı davalı tarafından iddia edilmediği ve tarafların sosyal ekonomik durumuna göre bu miktarda paranın hayatın olağan akışı içinde harcanması mümkün bulunmadığından” paranın katılma alacağının hesabında nazara alınması gerektiğine içtihat etmiştir.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde kanaatimizce, TMK md.229/f.1 b.2’de kullanılan “devir” kavramı, hükmün amacı gözetilerek, geniş olarak yorumlanmalıdır. Böylece bir eşin, diğerinin katılma alacağını azaltma kastıyla yaptığı edinilmiş malını karşılıksız veya değerinin altında üçüncü kişiye devretmesinin yanında, malın değerini azaltıcı nitelikteki borçlandırıcı işlemler veya tasarruf işlemleri yapması⁵⁸ hallerinde TMK md.229/b.1 f.2 hükmü uygulanmalıdır.

b. Bir Eşin, Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltmak Kastıyla Edinilmiş Malını Devretmesi

TMK md.229/f.1 b.2’de eşin diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla malvarlığı değerini devretmesi şartı aranmıştır. Bu açıdan, devir işlemi yapılırken, işlem tarafı olan eşin, bu işlemle diğer eşin katılma alacağının azalmasına sebep olacağını bilmesi ve bu sonucun doğmasını isteyerek işlemi yapması gerekir⁵⁹.

Katılma alacağını azaltma kastıyla işlemin yapıldığını iddia eden iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak bu iddianın ispat edilmesi oldukça güçtür. Öğretide de eşin ne zaman, kime, hangi sebeplerden dolayı malını devretmiş olduğunun ispatının oldukça güç olduğu belirtilerek hüküm eleştirilmektedir⁶⁰. Yargıtay uygulamasında katılma alacağını azaltma kastının ispatı açısından birtakım maddi vakıaların değerlendirilerek eşin kastının var olup olmadığı tespit edilmektedir. Yargıtay örnek olarak bir kararında, “(...) konu taşınmazın boşanma dava tarihinden kısa bir süre önce 3.kişiye satıldığı, daha sonra tekrar satışa konu edildiği kısa süreli satışlarla taşınmazın el değiştirdiği dosya kapsamında anlaşıldığından hayatın olağan akışına göre bu işlemlerin TMK md.229/2.maddesi uyarınca “ eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devir” olarak kabul edilmesi (...) ” gerektiğine içtihat etmiş⁶¹, “hayatın olağan akışı” ölçütünden yararlanmıştır. Öğretide de tıpkı miras hukukunda tenkis davalarında olduğu gibi, katılma alacağını azaltma kastının ispatında daha esnek davranılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, devir anındaki malvarlığının durumuna ve işlem konusu edinilmiş malın değerine bakılarak işlem yapan eşin bu sayede “katılma alacağının ihlal edileceği bilebiliyor veya buna

⁵⁸ Bu görüşte Zeytin, Edinilmiş, s.241, N.526; Nuspliger, Art.208, N.7; Hausheer/Aebi Müller, Basler Komm, Art.208, N.20.

⁵⁹ Steck/Fankhauser, Art.208, N.17. BGE, 5C.90/2004, E.3.3; BGE, 5C.271/2005, E.3.3.

⁶⁰ Şeker, s.326.

⁶¹ Yarg. 8.HD., 04.11.2015, 2014/11735 E., 2015/19622 K., (Lexpera. com, çevirimiçi: 11.05.2018). Yargıtay’ın bu konudaki içtihatlarında tarafların sosyal ve ekonomik durumları, yaşam düzeyleri, malvarlığı değerinin satış tarihindeki gerçek değeri, satış tarihi ile boşanma davasının açıldığı tarih arasında geçen süre gibi ölçütlerin dikkate alındığı hakkında bkz. Şıпка/Özdoğan, s.204-205.

rağmen ihlali göze alıyor” olduğunun ispatı da “kastın varlığı” açısından yeterli sayılmalıdır⁶². Kanaatimizce de her somut olayın özelliğini dikkate alarak katılma alacağını azaltma kastının ispatı konusunda esnek davranılması gerekmektedir. Davalı eşin devretmiş olduğu malvarlığı değerini evlilik birliği içinde harcamış olduğu⁶³ savunması karşısında tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre bu miktarda parayı harcamasının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı⁶⁴; devir konusu malvarlığı değeri “devredilmiş” olsa da davalı tarafından kullanılmaya devam edildiği olgusunun ispat edilmesi karşısında işlemin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığı sonucuna varılacağı⁶⁵ ve hatta devir bedelinin tüketildiği iddiasının davalı tarafından ispat edilmesi gerektiği yönündeki kararlarıyla⁶⁶ Yargıtay bu meseleye ışık tutacak kararlar vermektedir.

c. Edinilmiş Malın Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yürürlükte Olduğu Süre İçinde Devredilmiş Olması

Yukarıda belirtilen unsurları taşıyan devir işleminin mal rejiminin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlamak üzere mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar yapılmış olması gereklidir⁶⁷. Esasen mal rejiminin yürürlüğe girmesinden önce veya mal rejimi sona erdikten sonra eşin malvarlığı değerini devretmiş olması halinde edinilmiş mal kavramına giren bir malvarlığı değeri söz konusu olmayacağı için (TMK md.220 b.2) TMK md.229’un uygulanmasından ve eklenecek değerler artık değerler hesabında nazara alınmasından söz edilemeyecektir.

C. Eklenecek Değerlerin Edinilmiş Mallara Eklenmesi

Yukarıda belirtilen şartları taşıyan işlemler, mal rejiminin tasfiyesi sırasında, sanki hiç yapılmamış gibi değerlendirilecek ve bu işlemlere konu olan edinilmiş mal, artık değerler hesabında dikkate alınacaktır. Dolayısıyla işlemin TMK md.229’da belirtilen şartları taşıması, işlemin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Örneğin, boşanma davası açmaya hazırlanan (A), eşinin katılma alacağını azaltmak için arsasını kardeşi (Ü)’ye bağışlamıştır; katılma alacağına ilişkin davada bu işlemin TMK md. 229 kapsamındaki işlemlerden olduğu kanaatine varılırsa, (A) ile (Ü) arasındaki hukukî işlem geçerliliğini korur ve hükümlerini doğurur. Sadece, mal rejiminin tasfiyesinde eşin katılma alacağı belirlenirken (A)’nın artık değerinde edinilmiş mal olan bağışlanan arsanın değeri, hesaplama yapılırken kâğıt üstünde

⁶² Acar, Mal Rejimleri, s.295; Steck/Fankhauser, Art.208, N.17; Rumo-Jungo, Prozessrechtliche Fragen, s.147 vd.; Ott, s.301.

⁶³ Yarg. 8.HD., 27.03.2014, 2013/9549 E., 2014/5481 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁶⁴ Yarg. 8.HD., 02.10.2014, 1493717712; Yarg. 8..HD., 01.06.2015, 2014/4585 E., 2015/12171 K. (Kararlar için bkz. Şıpkı/Özdoğan, s.210-211).

⁶⁵ Yarg. 8.HD., 27.03.2014, 2013/9549 E., 2014/5481 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁶⁶ Yarg. 8.HD., 13.02.2014, 2013/7271 E., 2014/1331 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018). Aksi yönde bkz. Yarg. 8.HD., 22.09.2011, 1842/4550 (Şıpkı/Özdoğan, s.207-208).

⁶⁷ Gümüş, s.369; Jungo, Art.208, N.13; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.43; Akıntürk/Ateş, s.168.

edinilmiş mallarına değer olarak eklenir⁶⁸.

Ayrıca TMK md.229 kapsamındaki işlemlerin geniş yorumlanması sebebiyle malvarlığı değerinin devri niteliği taşımayan ancak onun değerinin azalmasına yol açan nitelikteki işlemleri de TMK md.229/f.1.b.2 kapsamına dâhil edilmektedir⁶⁹. İşte bu nitelikteki işlemler yapıldığında da bu işlemler hiç yapılmamış gibi malvarlığı değeri edinilmiş mallara değer olarak eklenmelidir. Örneğin eşlerden (E), katılma alacağını azaltmak kastıyla annesi (A) lehine bağımsız bölümü üzerinde intifa hakkı tanımış, böylece artık değer hesaplanmasında bağımsız bölümün üzerindeki sınırlı aynî hakkın malın değerini azaltmasını amaçlamıştır; bu durumda tasfiyede intifa hakkı hiç tesis edilmemiş gibi bağımsız bölümün değeri hesaplanmalıdır.

TMK md.235/f.1'e göre, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılırlar. Hükümün ikinci fıkrasında bu kurala istisna tanınmış; eklenecek değerlerin **malın devredildiği tarihteki değeri** esas alınarak edinilmiş mallara ekleneceği düzenlenmiştir. Hüküm, TMK md.232 ve 233.maddelerle birlikte değerlendirildiği takdirde şu sonuçlara ulaşılır:

- Eklenecek değer tarımsal işletme niteliğinde ise malın devredildiği tarih itibariyle *gelir değeri*;
- Eklenecek değer diğer malvarlığı değeri niteliğinde ise malın devredildiği tarih itibariyle *sürüm değeri* dikkate alınmalıdır.

Böylece, edinilmiş malın diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla değerinin altında üçüncü kişiye devredilmesi halinde devrin yapıldığı andaki değerinin veya TMK md.229/f.1 b.1 çerçevesinde karşılıksız olarak üçüncü kişiye kazandırma yapılması halinde kazandırmanın yapıldığı andaki değerinin (gelir ya da sürüm değerinin) belirlenmesi ve artık değer hesabında bu değer dikkate alınması gereklidir. Ancak Yargıtay son zamanlardaki kararlarında kanunun açık metnine rağmen farklı bir hesaplama yöntemi uygulamakta ve “*tasfiye tarihi itibariyle*” eklenecek değer konusu edinilmiş malın sürüm değerinin artık değere eklenmesi gerektiğine içtihat etmektedir⁷⁰. Öğretide de bazı yazarlar hakkaniyet açısından eklenmesi gereken değer devir anındaki değeri yerine tasfiye anındaki değer olarak nazara alınmasının daha adil olacağı gerekçesiyle kanundaki düzenlemeyi eleştirmekteydi⁷¹. Hatta bazı yazarlarca⁷², tasfiye davasında hak sahibi eşin aleyhine bir değer farkı olduğunu belirleyen hâkimin

⁶⁸ Şıpka, s.230; Zeytin, Edinilmiş, s.242, N.532; Akıntürk/Ateş, s.170; Karamercan, s.631; Demet Özdamar/Ferhat Kayış/Burcu Yağcıoğlu/Aliye Akgün, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s.107; Nuspliger, Art.208, N.2; Wolf, s.91; Ott, s.301; Rumo-Jungo/Majid, s.326; Yenice Ceylan, s.234. Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/11057 E., 2013/7419 K., (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁶⁹ Bkz. I, B, 2.

⁷⁰ Bkz. Yarg. 8.HD., 30.06.2015, 4125/14240 (Lexpera.com, çevirimiçi: 14.04.2018).

⁷¹ Beşir Acabey, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Hazırlayanlar: Şıpka/Özbilen/Şensöz, s.59-60.

⁷² Zeytin, Edinilmiş, s.233, N.506; Nomer, s.101.

TMK md.227/f.2 ve 234 hükmüne dayanarak değer arttırma yetkisinin olmamasının örtülü boşluk kabul edilebileceği ve eklenecek malın hakkaniyete göre değerinin tasfiyedeki değer üst sınırına kadar artırabileceği ifade edilmiştir. Fakat açık kanun hükmüne rağmen farklı bir yöntemin uygulanması da bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir⁷³. Kanaatimizce de Yargıtay'ın uygulaması yerinde olmakla birlikte kararlarda hukukî gerekçe de ortaya konulmalıdır. Uygulamada, malın devredildiği tarih ile mal rejiminin tasfiye edildiği kararın verildiği tarih arasında uzun süre geçmesi halinde işleme konu olan malvarlığının değeri değişebilecektir. Malın devir tarihi ile tasfiye tarihi arasında uzun bir zaman geçtiği için değeri artan malın, önceki devredildiği tarihteki- değerinin hesaplamada esas alınması, davalıyı cezalandıracak ve fakat katılma alacağını azaltmak kastıyla işlem yapan tarafı ödüllendirecek bir sonuçtur. Yargıtay hakkaniyete uymayan bu sonuçları önlemek istemektedir. Ancak Yargıtay'ın bu sonuca varırken, kanundaki açık düzenlemeden hangi hukuki gerekçe ile ayrıldığını, örneğin, kanunda örtülü boşluk olduğunu belirterek veya başka değiştirici yoruma dayanarak, gerekçeli olarak açıklaması gerekirdi.

II. Yargıtay Kararları Çerçevesinde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilerle Muvazaalı İşlem Yapması Halinde Doğan Hukuki Sonuçlar İle TMK Md.229 Kapsamındaki İşlemler İçin Uygulanan Sonuçların Karşılaştırılması

A. TMK md.229 Kapsamında Eklenecek Değer Sayılan İşlemler ile Muvazaalı İşlemlerin Genel Özelliklerinin ve Hukukî Sonuçlarının Karşılaştırılması

İşlemin muvazaalı olmaması, hukukî işlemlerin hüküm ifade etmesi için aranan genel şartlardan birisidir. Tarafların, üçüncü kişileri aldatmak ve onlar için gerçeğe uymayan bir görünüm yaratmak amacıyla bilerek ve isteyerek, gerçek iradelerine uymayan beyanlarda bulunmaları halinde muvazaa (danişıklı işlem) söz konusudur⁷⁴. Bir hukukî işlemde (sözleşmede) muvazaa halinde tarafların yaptıkları işlemin hiç hüküm doğurmaması ya da görünüşteki işlemde başka bir hukukî işlemin hükümlerini doğurması hususunda anlaşmaları gerekmektedir⁷⁵. Hukukî işlemin muvazaalı olması, hukukî işlemin hüküm ifade etmesi için gereken şartı taşımadığını ortaya koyar.

⁷³ Bu uygulamanın TMK md.229/f.1.b.1 için amaca uygun düşmediği, fakat TMK md.229/f.1.b.2 ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği yönünde bkz. Şıpkı/Özdoğan, s.454.

⁷⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem Sözleşme, Koocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 1. Cilt, 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.347, N.1. Ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.63 vd.; Nomer, s.99 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s.145 vd. ("Borçlar Hukuku" olarak kısaltılmıştır); Nejat Aday, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992, s.9; Selin Sert Sütçü, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukukî İşlemleri ve Sonuçları, Seçkin, Ankara 2018, s.30 vd.; Max Keller/Christian Schöbi, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, Band I, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt 1988, s.193 vd.; Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C.1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s.273 vd.

⁷⁵ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, C.1, s.127, N.411; Aday, s.8 vd. Tarafların görünürdeki işlemi başkalarını aldatma kastıyla yapmalarını muvazaanın bir şartı olarak gören yazarlar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.345; Nomer, s.99; Eren, Borçlar Hukuku, s.317; T. Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956, s.25; Keller/Schöbi, s.193. Aksi fikirde bkz. Aday, s.9.

Mutlak (Âdi) muvazaalı olarak yapılan görünüşteki işlem geçerli olmaz ve herhangi bir hüküm doğurmaz⁷⁶. Nisbi (Nitelikli) muvazaa halinde ise, görünürdeki işlem kesin hükümsüz iken; gizlenen hukukî işlem geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmışsa muvazaadan etkilenmez ve geçerli bir işlem olarak hükümlerini doğurur⁷⁷. Ancak şekle aykırılık gibi bir başka geçerlilik şartına uyulmamış olması sebebiyle gizlenen işlem de kesin hükümsüz olabilir⁷⁸. İşlemin muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğu, gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilir⁷⁹. Hâkim, önündeki dava dosyasından işlemin muvazaalı olduğunu anlarsa, muvazaayı kendiliğinden göz önüne alması gerekmektedir. Muvazaalı işlem baştan itibaren hukukî sonuç doğurmadığı için taraflar arasında herhangi bir borcun ya da alacak hakkının doğmasına sebep teşkil etmediği gibi tarafların sözleşmeden doğan borcu ifa etmeleri veya icazet verme suretiyle geçerli hale getirmeleri mümkün değildir⁸⁰. Taşınmazın muvazaalı bir işleme dayanılarak üçüncü kişi adına tescil edilmesi halinde, yolsuz tescil söz konusu olacağından, gerçek hak sahibi tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile kütükteki yolsuz kaydın düzeltilmesini talep edebilir⁸¹.

Muvazaalı işlemde tarafların görünürdeki işlemin hüküm ifade etmeyeceği konusunda anlaşmaları (muvazaa anlaşması) ve bu anlaşmanın da üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapılması gerekir. Burada aldatma kastı, diğer eş dışında herhangi bir üçüncü gerçek veya tüzel kişiye de yönelik olabilir. Oysa eklenecek değer sayılan işlemlerde (TMK md.229/f.1.b.2) aldatma kastı değil, eşin katılma alacağını azaltma kastı söz konusudur. Öte yandan, muvazaalı işlemdeki “muvazaa anlaşması” unsuru sebebiyle, işlem taraflarının (eş ile eşle işlem yapan üçüncü kişinin) işlemin hüküm ifade etmeyeceği konusunda iradelerinin uyuşması şarttır⁸². Oysa eklenecek değer ile ilgili işlemlerde eşle işlem yapan örneğin karşılıksız kazandırmadan yararlananın/ edinilmiş malı devralanın (karşı tarafın) böyle bir iradeye sahip olması ya da diğer eşin katılma alacağını azaltma kastına sahip olması şartına yer ve gerek yoktur⁸³. TMK md.229’un uygulanması açısından, işlemin karşı tarafının yapılan devir

⁷⁶ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.130, N.415; **Esener**, s.109 vd.; **Nomer**, s.99; **Eren**, Borçlar Hukuku, s.363; **Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk**, Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s.469; **Sert Sütçü**, s.46-47; **Aday**, s.23-24; **Tuhr**, s.274. Muvazaa halinde yokluk halinin söz konusu olduğu hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.356 vd.; **Keller/Schöbi**, s.194. Bazı yazarlar ise muvazaa halinde özel bir geçersizlik türü olduğu kanaatindedir; hükümsüzlüğü ancak taraflar ve ilgili üçüncü kişiler ileri sürüleceği gibi hâkim kendiliğinden göz önüne alamayacaktır. Bkz. **Peter Jaggi/ Peter Gauch**, Das Obligationenrecht, Kommentar zu Art.18 OR, Zürich 1980, Art.18, N.129.

⁷⁷ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.131-132, N.419; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.357; **Nomer**, s.101; **Akipek/Akıntürk**, s.469.

⁷⁸ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.132, N.419; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.357-358; **Nomer**, s.101. Yargıtay da bu görüştedir. Bkz. YİBK., 07.10.1953, 1953/8 E., 1953/7, (RG, 28.11.1953 T., 8569 S.); YİBK 01.04.1974, 1974/1 E., 1974/2 K. (RG. 30.05.1974 T., 14900 S.). Aksi görüşte bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, s.439.

⁷⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.357.

⁸⁰ **Aday**, s.24; **Nomer**, s.61; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.130, N.415 vd.

⁸¹ **M.K. Oğuzman/Ö. Selçi/S. Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 21. Baskı, İstanbul 2018, s.375 vd.; **Aday**, s.25.

⁸² **Aday**, s.8; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.128, N.411; **Nomer**, s.99.

⁸³ **Gençcan**, s.1923; **Yenice Ceylan**, s.230.

işleminin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını bilmesi veya gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olması şartı da aranmaz⁸⁴.

TMK md.229’da belirtilen şartlar ise, işlemin hüküm ifade etmesi açısından aranan genel geçerlilik şartlarından değildir. Bir başka deyişle, hükümde aranan şartların bulunması anılan işlemin geçersizlik yaptırımına maruz kalmasını sağlamaz. TMK md.229 kapsamında sayılan işlemler, hukukî işlemlerin genel geçerlilik şartlarını taşımaktadır; ancak işlem, “eklenecek değer sayılan işlemlerden birisi” ise hiç yapılmamış sayılarak kâğıt üzerinde edinilmiş malın değeri⁸⁵ belirlenerek artık değer hesaplanmaktadır⁸⁶. İşlem, TMK md.229 kapsamında yer almakta ise işlem konusu malvarlığı değerini iktisap eden/ kazandırmadan yararlanan, ancak TMK md.241’de belirtilen şartların bulunması halinde iade ile yükümlü tutulabilir. Üçüncü kişiye yöneltilen talep, kazandırma veya devirle elde ettiği malvarlığı değerinin (örneğin taşınmazın) iade edilmesine yönelik değildir⁸⁷. Üçüncü kişinin sorumluluğu, TMK md.241/f.1 gereğince, miktar itibarıyla sınırlı sorumluluktur. Nitekim hükme göre “.... borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, kazandırmaları... eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir”. Üçüncü kişinin sorumluluğu, hem kazandırmanın miktarı, hem de katılma alacağının eksik kalan kısmıyla sınırlıdır⁸⁸. TMK md.241’e dayanan davanın⁸⁹ miras hukukundaki tenkis davasına benzeyen özelliği sebebiyle hükmün son fıkrasında, tenkis hükümlerine atf yapılarak boşlukların kıyasen tenkis hükümleri ile doldurulacağı düzenlenmiştir.

Belirtmek gereklidir ki, muvazaaya ilişkin bu ihtilaflar aile hukukuna özgü bir nitelik taşımamaktadır. Davanın tarafları eşlerden biri ile diğer eş ve/veya üçüncü kişi olabilir ve bu konularda genel mahkemeler yetkilidir⁹⁰. Bu sebeple muvazaaya

⁸⁴ Sıпка, s.236; Yenice Ceylan, s.230.

⁸⁵ Bu konuda bkz. I, C.

⁸⁶ Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.208, N.14; Nuspliger, Art.208, N.2; Akıntürk/Ateş, s.169; Wolf, s.91. Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/11057 E., 2013/7419 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁸⁷ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.342. Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/11057 E., 2013/7419 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁸⁸ Jungo, Art.220, N.4; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.220, N.35; Wolf, s.92. Yarg. 8. HD., 13.4.2016, 2014/25885 E., 2016/6712 K.; Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/11057 E., 2013/7419 K. (Kararlar için bkz. Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

⁸⁹ Bazı yazarlar, üçüncü kişiye karşı açılan davanın yenilik doğuran dava mahiyetinde olduğu kanaatindedir (Dural/Öğüz/ Gümüş, s.245, N.1270; Gümüş, s.421). Bazı yazarlar ise, davanın eda davası mahiyetinde olduğunu belirtmektedir (Steck/ Fankhauser, Art.220, N.6; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.220, N.46; Sarı, s.260). Bazıları ise davanın hem yenilik doğuran dava hem de eda davası olduğu kanaatindedir (Ott, s.308 vd.; Jungo, Art.220, N.4; Wolf, s.93.). Kanaatimizce, TMK md.241’e dayanılarak üçüncü kişiye karşı açılan eda davası mahiyetindedir. Çünkü bu dava, miras hukukundaki tenkis talebinden –bu yönüyle- farklıdır. Tenkis davasında, hâkimin kararı ile saklı payı ihlal ettiği belirlenen tasarrufun mirasın açıldığı andan itibaren hüküm doğurmak üzere kısmen ya da tamamen hükümsüzleştirilmesi sağlanır; tasarruf daha önce ifa edilmişse kazandırmanın tenkis edilen kısmının iadesi için ayrıca edim davası açılması gerekir (Rona Serozan/İlkay Engin, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, § 3, N.115-116, s.249). Oysa TMK md.241’e dayanan talep, yapılan kazandırmanın mahkeme kararıyla hükümsüzleştirilmesini sağlamayı amaçlamaz. Burada kanun koyucu bazı şartların bulunması halinde katılma alacaklısı eşe kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurarak eksik kalan alacağını elde etme olanağı tanıır. Bu hak, bu yönde mahkeme kararının verilmesinden değil, şartların bulunması halinde kanundan doğmaktadır (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Komm., Art.220, N.46). Bu sebeple kanaatimizce, TMK md.241’e dayanan eda davası niteliğindedir.

⁹⁰ Yarg. 4.HD., 29.06.2011, 8323/7656 K., T (Lexpera.com, çevirimiçi: 11.05.2018).

ilişkin hukukî ihtilaflarda, görevli ve yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre belirlenir. Diğer yandan muvazaalı talepleri kural olarak hak düşürücü süreye veya zamanaşımı süresine tabi değildir. Muvazaanın ispatı bakımından, işlemin tarafı olmayan eş ve mirasçıları üçüncü kişi durumunda olduğundan, yazılı delil ile ispat zorunluluğu altında olmayıp, iddia sahibi, iddiasını her türlü delille ispatlayabilir (HMK md.203/1-d)⁹¹.

TMK md.229 kapsamında bir işlemin var olup olmadığı ise, eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir sorundur. Bu sebeple, eklenecek değer ile ilgili ihtilaflar edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi aşamasına özgü ve aile hukukunu ilgilendirmektedir. TMK md.229'un uygulanması ancak katılma alacağına ilişkin davalarda söz konusu olabilir ve üçüncü kişiye karşı talepler ancak TMK md.241'in şartlarının bulunması halinde⁹² ileri sürülebilir. Dolayısıyla katılma alacağı davalarında ve TMK md.241'e dayanan davalarda⁹³, aile mahkemeleri görevlidir (4787 sayılı Kanun'un⁹⁴ 4/1 hükmü). Katılma alacağına ilişkin davalarda yetkili mahkeme de TMK md. 214.maddesine göre belirlenmelidir; TMK md.241'e dayanan davada ise böyle bir özel yetki kuralı bulunmadığı için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre genel yetki kuralı uygulanmalı ve dava, davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılmalıdır⁹⁵.

Eklenecek değerler ile ilgili talepler katılma alacağına ilişkin davalarda ileri sürülebildiği için⁹⁶ katılma alacağına ilişkin zamanaşımı süresine tabidir⁹⁷. TMK md.241'e dayanan talepler ise hükümde belirtilen hak düşürücü süre içinde ileri sürülmelidir. Buna göre talep, alacaklı eş veya mirasçıların haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıllık hak düşürücü süre içinde ileri sürülmelidir (TMK md.241/f.2).

⁹¹ Muvazaanın ispatı hakkında bkz. **Aday**, s.63 vd.; **Nomer**, s.102 vd.; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.130, N.416. Muvazaalı işlem tarafları eşler olduğu takdirde ise muvazaalı iddiasının yazılı delille ispatlanması gerektiği hakkında bkz. Yarg. 8.HD., 24.02.2016, 2014/22822 E., 2016/3186 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 12.05.2018).

⁹² TMK md.241'e dayanılarak üçüncü kişiye karşı dava açılabilmesi için gereken şartlar, genel olarak; borçlu eşin malvarlığının ya da terekesinin katılma alacağı borcunu karşılamaması; alacaklı eşin ya da mirasçıların üçüncü kişiye katılma alacağı davasında ihbarda bulunması (TMK md.229/f.2); üçüncü kişinin edinilmiş mallarda eklenmesi gereken kazandırmadan/devirden yararlanan olması; dava hakkının alacaklı eş veya mirasçıların haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl içinde (mehaz kanuna göre ise on yıl içinde Art.220 Abs.2 ZGB) ileri sürülmüş olmasıdır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.245, N.1269; **Gümüş**, s.419; **Jungo**, Art.220, N.2 vd.; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Berner Komm., Art.220, N. 1 vd.; **Steck/Fankhauser**, Art.220, N.2.; **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, s.376, N.83; **Zeytin**, Eklenecek Değerler, s.53 vd.

⁹³ **Sarı**, s.260-261; **Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün**, s.108.

⁹⁴ Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, RG., 18.01.2003 T., 24997 S.

⁹⁵ **Sarı**, s.261.

⁹⁶ Bkz. I, A.

⁹⁷ Yasal mal rejiminin tasfiyesi davalarında zamanaşımı süresi, öğretide ve uygulamada tartışmalı bir konudur. Yargıtay son kararlarında davanın on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğuna içtihat etmektedir. Bkz. YHGK, 17.04.2013, 8-375/20 (Lexpera.com, çevirimiçi: 14.04.2018). Bu konudaki tartışmalar için bkz; **Gümüş**, **Dural/Öğüz/Gümüş**, a.238, N.1237; **Şipka/Özdoğan**, s.60 vd.; **Sarı**, s.251 vd.; **İlhan Helvacı**, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanma Nedeniyle Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Alacağına Tabi Olacağı Zamanaşımı Süresi Üzerine (İçtihadı Birleştirme Kararını Gerektiren Durum)", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s.969-980.

Her iki hukuksal kavramın birbirinden farklı özellikleri göstermektedir ki, somut olayda hem muvazaanın hem de TMK md.229 ve 241’de belirtilen hukukî sonuçların birlikte uygulanması mümkün değildir. Yargıtay bir kararında⁹⁸, kanaatimizce isabetsiz bir şekilde, aile mahkemesinin hem davalı eş tarafından yapılan işlemin muvazaalı olduğu gerekçesiyle diğer davalı üçüncü kişi adına yapılan tapu sicilinin iptali ile taşınmazın davalı eş (taşınmazı devreden eş) adına tapuya tesciline hem de yapılan işlemin karşılıksız kazandırma olduğundan bahisle TMK md.229 kapsamında eklenecek değer sayılarak katılma alacağının hesaplanması gerektiğine içtihat etmiştir. Kanaatimizce aile mahkemesinde katılma alacağı davasında, aynı işlemin hem muvazaa sebebiyle geçersiz sayılıp hem de TMK md.229 kapsamında değerlendirilmiş olması çelişkili ve hukuken dayanaksızdır. Bu kararda ayrıca aile mahkemesinin muvazaa sebebine dayanan tapu sicilinin düzeltilmesi talebi kabul edilip, davalı eş adına taşınmazın tapu siciline tescil edilmesine de karar verilmesi de yerinde değildir; aile mahkemesi, muvazaa sebebiyle açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında görevli mahkeme değildir. Katılma alacağına yönelik davalarda tapu sicilinin düzeltilmesinin talep edilmesi durumunda aile mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerekmektedir⁹⁹. Ayrıca taşınmazın katılma alacağı davasında davacı eş adına tapu kütüğüne tescil edilmesine karar verilmesi ise, TMK md.239/f.1 ve 226/f.3 hükümleri çerçevesinde¹⁰⁰, ancak borçlu eş, katılma alacağı borcunu “ayın” olarak ödemeyi kabul etmesi halinde mümkün olabilecektir. Anılan hükümlere aykırı olarak, katılma alacağının bu şekilde ifa edilmesine karar verilmesi de yerinde değildir.

Aşağıdaki başlıkta, bu kararda ele alınan eşlerden birinin diğer eş ve taşınmazın tapuda adına kayıtlı olduğu üçüncü kişiye karşı, muvazaa sebebiyle açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davasının¹⁰¹ sonuçlarının mal rejimine ilişkin davalardaki etkili olup olmadığı sorunu ele alınacaktır.

⁹⁸ Yarg. 8.HD., 26.06.2012, 4517/6188 (Lexpera. com, çevirimiçi: 18.06.2018). Aile mahkemelerinin ancak istisnai hallerde (TMK md.226/f.2, TMK md.240 gibi), aynı nitelikli tapu iptali ve tescil kararı verebileceği ve anılan kararda varılan sonucun isabetli olmadığı hakkında bkz. **Şipka/Özdoğan**, s.205 vd. Ayrıca bkz. A.e., s.38.

⁹⁹ Yarg. 8.HD., 25.02.2014, 2013/21929 E., 2014/3267 K.; Yarg. 8.HD., 28.01.2013, 2012/6021 E., 2013/827 K.; Yarg. 8.HD., 10.12.2012, 4670/12104 (Kararlar için bkz. Lexpera.com, çevirimiçi:15.04.2018); Ankara BAM 12. HD., 30.03.2017, 170/195 (Lexpera.com, çevirimiçi: 17.05.2018).

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şipka/Özdoğan**, s.56 vd., 468 vd. Katılma alacağının nisbî nitelikli bir alacak hakkı olması sebebiyle alacaklının borçludan mülkiyet talep etmesinin mümkün olmadığı, TMK md.239/f.1’ in edinilmiş mallara katılma rejiminin katılma alacağının yanlış anlaşılması sebebiyle Adalet Komisyonu görüşmeleri sonucunda Kanuna eklendiği, hükmün uygulamasının mümkün görünmediği hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s.330-331.

¹⁰¹ Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının, maddi hukuk açısından aynı hak sahibinin taşınmaz üzerindeki haklarını koruma amacı dolayısıyla aynı nitelik taşıdığı kabul edilmektedir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.261). Dava, usul hukuku açısından ise bazı yazarlara göre taşınmazın tapu sicilindeki yolsuzluğu gidermenin yanında taşınmazın teslimini de sağlaması ve davalının kendisine düşen tapu kaydındaki yolsuzluğu giderme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle onun irade açıklaması yerine geçen bir edaya hükmedilmesi dolayısıyla eda davası mahiyetindedir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Eşya Hukuku, s.416-417. Bazılarına göre ise, mahkeme hükmü tapu kaydında yer alan bilginin yanlış olduğunu, sicildeki hatalı görünümün düzeltilerek gerçek hukukî duruma uygun hale getirilmesini sağlayan tespit davası niteliğinde bir davadır. Bkz. **Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.465. Uygulamada ise, mahkemeler, tespit hükmünün yanında yolsuz tescilin iptaline ve davacı adına tapuya tesciline karar vermekte ve davanın uygulamadaki adına “tapu iptal davası” denilmektedir. Kanaatimizce, tapu sicilinin düzeltilmesi davası, sicildeki kaydın/bilginin maddi açıdan hatalı olduğunu belirleyen ve bu durumun gerçek hak durumuna göre düzeltilmesini sağlayan, var olmayan yeni bir hak tesis etmeyen, tespit davası mahiyetinde bir davadır.

B. Muvazaa Sebebiyle Açılan Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Sonuçlarının Mal Rejimine İlişkin Davalardaki Etkili Olup Olmadığı Sorunu

1. Katılma Alacaklısı Eşin Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası Açıp Açamayacağı Sorunu

Uygulamada, eşlerden biri, diğerine karşı katılma alacağı davasıyla birlikte¹⁰² veya terditli¹⁰³ olarak ya da birbirinden bağımsız olarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası da açmakta ve taşınmazın davalı adına tapuya tescil edilmesi talebinde bulunmaktadır. Bu başlık altında her iki talebin birbirinden bağımsız olarak ileri sürülmesi hali nazara alınarak doğacak hukukî sonuçlar ele alınacaktır. Örneğin, eşlerden (E1) maliki olduğu edinilmiş mal¹⁰⁴ niteliğindeki taşınmazını (Ü)'ye nitelikli muvazaa yapılarak devretmiş ve taşınmaz (Ü) adına tapu siciline tescil edilmiştir. (E2), muvazaa sebebiyle ile tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmış ve (Ü) adına yapılan yolsuz kaydın düzeltilmesini ve taşınmazın (E1) adına tapu siciline tescil edilmesini talep etmiştir.

Öncelikle, taşınmaz üzerinde hiçbir aynî hakkı olmayan (E2)'nin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıp açamayacağı değerlendirilmelidir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası, yolsuz tescil sebebiyle zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalan gerçek hak sahipleri (aynî hak sahipleri)¹⁰⁵ tarafından açılacaktır. Buna göre mülkiyet veya sınırlı bir aynî hakkın tapu kütüğüne yolsuz olarak tescil edilmesi ya da tescil edilmesinden kaçınılması ya da hakkın yolsuz olarak terkin edilmesi gibi hallerde malik ya da menfaati olan sınırlı aynî hak sahibi tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açabilecektir. Ele aldığımız konu açısından bu ihtimal, (E1)'in evlilik devam ederken vefat etmesi halinde sağ kalan eş (E2)'nin diğer mirasçılarla birlikte, muris muvazaası sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması şeklinde karşımıza çıkabilir. Buna karşılık, konumuz itibariyle taşınmaz üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynî hak sahibi olmayan (E2)'nin ise dava şartları açısından aynî hak sahibi olmaması sebebiyle bu davayı açamayacağı ileri sürülebilir. Ne var ki, böyle bir sonuca varılması özellikle katılma alacağına ilişkin davalarda haksız

¹⁰² Tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile birlikte katılma alacağına ilişkin davanın birlikte ileri sürülmesi halinde, kümülatif dava yitilmesinin şartları gerçekleşmediği için taleplerin ayrılmasına karar verilmesi gerekecektir. Zira hem "aynı davalıya karşı ileri sürülebilecek birden fazla talebin olması", "birlikte ileri sürülen taleplerin ortak bir yetkili mahkemede görülebilmesi" ve "davanın açılacağı mahkemenin ileri sürülecek talepler hakkında aynı zamanda görevli olması" şartları gerçekleşmemektedir. Bu şartlar hakkında bkz. **Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes**, Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017,es, s.218, N.943 vd.

¹⁰³ "Davanın aynı davalıya karşı olan birden fazla talebinin aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürülmesi halinde ortada terditli bir davanın bulunduğundan söz edileceği" hakkında bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s.216, N.930. Muvazaa sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davasının katılma alacağına ilişkin davada terditli olarak ileri sürülmesi halinde tapu sicilinin düzeltilmesi davasının katılma alacağından tefriki ve genel mahkemelere gönderilmesi gerektiği hakkında bkz. **Şipka/Özdoğan**, s.230 ve orada belirtilen Yargıtay kararları.

¹⁰⁴ Kişisel mallar artık değerlin hesaplanmasında nazara alınmayacaktır. Keza, TMK md.229'un uygulaması açısından da malvarlığı değerinin işlem yapan eşin edinilmiş malı olması gerekir. Bkz. I, A. Bu sebeple, bu başlık altında malvarlığı değerinin eşlerden birinin edinilmiş malı olduğu gözetilerek açıklama yapılmıştır.

¹⁰⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.263, N.1090; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, s.420; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, Eşya Hukuku, s.465; **Akipek/Aküntürk**, s.349, s.351.

sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Çünkü (E2) tarafından (E1)'e karşı açılacak katılma alacağı davasında, önce her eşin sahip olduğu malvarlığı değerleri mal rejiminin sona erdiği an itibarıyla belirlenmeli, sonra edinilmiş mal –kişisel mal olarak ayrılmalı, TMK md.231 ve diğer hükümler çerçevesinde (E1)'in artık değeri hesaplanmalı ve (E2)'nin varsa katılma alacağı belirlenmelidir¹⁰⁶. Mal rejiminin sona erdiği anda (TMK md.225) taşınmaz (E1)'in malvarlığı değerleri arasında görünmemektedir, çünkü taşınmaz (Ü) adına tapuya “yolsuz” olarak tescil edilmiştir. Katılma alacağının sağlıklı ve doğru biçimde belirlenmesi bakımından (E1)'in gerçek ve maddi hukuka uygun biçimde malvarlığı değerlerinin (aktiflerinin ve pasiflerinin) belirlenmiş olması şarttır. Katılma alacağının bu amaçla belirlenmesini arzu eden (E2), taşınmazın (E1)'e ait olduğunu, onun edinilmiş malı olduğunu ve dolayısıyla artık değerinin hesaplanmasında nazara alınması gerektiğini iddia ve ispat etmelidir (TMK md.222, 6). Örneğimizde, tapu sicili gerçek hak durumunu uygun olsaydı, (E2) iddiasını, tapu kayıtlarıyla ispat ederek taşınmazın tasfiyede nazara alınmasını sağlayabilecekti. Ancak, tapu sicili gerçek hak durumunu göstermemektedir. İlk olarak, bu meselenin aile mahkemesinde katılma alacağı davasında incelenmesi gerektiği ileri sürülebilirse de katılma alacağı davasında aile mahkemesi, eşler arasındaki katılma alacağına ilişkin ihtilafları çözümlenmekle görevli olup, taşınmaz adına yolsuz tescille kaydedilmiş olan üçüncü kişilerin de menfaatlerinin tartışılacağı bu ihtilaflarda genel mahkemeler görevlidir¹⁰⁷. Bu sebeple, bu sorun, genel mahkemelerde irdelenmelidir. Ancak, gerçek hak sahibi olan (E1) de katılma alacağı davasındaki menfaatleri sebebiyle (işlemi de bu sebeple muvazaalı yapması göz önüne alındığında) tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açmayacaktır. İşte bu durumda, katılma alacağı davalarında, tasfiyenin sağlıklı ve doğru şekilde yapılabilmesi için, katılma alacağı sahibi eşin, istisnai olarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak, eşi tarafından muvazaalı işlem yapılmış olduğunu ve örneğimizdeki gibi, taşınmazın gerçek hak sahibinin (Ü) değil eşi (E1) olduğunu tespit ettirme olanağına sahip olması gereklidir. Nitekim öğretilerde bazı yazarlar¹⁰⁸ ve Yargıtay¹⁰⁹ katılma alacaklısı eşe, böyle bir imkân tanımaktadır.

Öğretilerde¹¹⁰, katılma alacağı hakkı olan eşin “muvazaa talep etmede menfaati” bulunduğu gerekçesiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilmesi için önce katılma alacağı olduğunu mal rejimi davasında tespit ettirmesi, daha sonra tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre

¹⁰⁶ Katılma alacağının belirlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sarı**, s.102 vd.

¹⁰⁷ Bkz. II, A.

¹⁰⁸ **Sıpka/Özdoğan**, s.227; **Karamercan**, s.659 vd.; **Ahmet Kılıçoğlu**, Medeni Kanun'unuzun Aile- Miras Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.218.

¹⁰⁹ Yarg. HGK., 26.09.2012, 8-192/629 (**Karamercan**, s.660 vd.) ; Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/4070 E., 2013/7420 K. (**Karamercan**, s.667).

¹¹⁰ **Nomer**, s.100. Yarg. 17. HD., 19.01.2016, 177/600 (**Karamercan**, s.636-637). Tasarrufun iptali davasının mal rejiminin tasfiyesi davasını beklemesi gerektiği yönünde bkz. **Karamercan**, s.633 vd. Bkz. Yarg. 17.HD., 20.11.2014, 13106/16392 (**Karamercan**, s.634).

tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mal rejimi davası (katılma alacağına ilişkin) bekletici mesele yapılmalıdır. Kanaatimizce, bu görüş, katılma alacaklısı eşin menfaatlerini korumada yetersiz kalmaktadır. Örnek olarak, taşınmazı dışında hiçbir edinilmiş malvarlığı değeri olmayan (E1)'in taşınmazını muvazaalı olarak (Ü)'ye devretmiş olduğunu varsayalım. Eşi (E2), katılma alacağı davası açtığı anda, (E1)'e ait hiçbir edinilmiş mal olmadığından (E2) bakımından katılma alacağına da hükmedilemeyecek, dava reddedilecektir. (E1)'in başka edinilmiş malları varsa ancak o zaman (E2) için katılma alacağı tespit edilebilecek, bu görüşe göre, bu halde (E2) muvazaa sebebine dayanarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilecek; açmışsa bekletici sorun çözümlendiğinden davacı eş menfaati olduğunu ispat ettiğinde hâkim tapu sicilinin düzeltilmesi davasında hüküm verebilecektir. Bu takdirde katılma alacağı davası da sonuçlanmış olduğundan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kabul edilmesi halinde katılma alacaklısı eş şu avantajı elde edecektir: Borçlu eş, katılma alacağı borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklı, cebri icra vasıtasıyla borçlu eşin malvarlığı değerlerinin, bu arada tapu sicilinin düzeltilmesi davasının konusunu oluşturan taşınmazın da, haciz suretiyle paraya çevrilmesini ve elde edilenden alacağının karşılanmasını talep edebilecektir¹¹¹. İlk ihtimalde ise, katılma alacağına ilişkin dava, (E1)'in edinilmiş malı bulunmadığı için reddedilecek ve üstelik bu sebeple tapu sicilinin düzeltilmesi davası da açılmayacağı kabul edildiği için (E2) için haksız ve adaletsiz sonuçlar doğmuş olacaktır. Ayrıca, katılma alacağı davası da bu arada sonuçlanmış olduğundan taşınmaz, katılma alacağının belirlenmesinde de nazara alınmamış olacak ve (E2) için daha az bir katılma alacağı belirlenmiş olacaktır. Bu ihtimalde muvazaa sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kabul edilmesi halinde Yargıtay'ın her bir malvarlığının ayrı ayrı tasfiye edilmesi yöntemi sebebiyle¹¹² alacaklı eşin sonradan söz konusu malvarlığı değeri için de katılma alacağı talep etmesi gerekecektir. Bu sonuç, tarafların uzun yıllar ihtilafı kalmalarına da neden olacaktır. Bu da ikinci ihtimalin (E2) için yarattığı olumsuz sonuçtur.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, katılma alacağının sağlıklı ve doğru biçimde belirlenmesini sağlamak, ihtilafların uzun yıllar sürmesine engel olmak, alacağın tahsil edilmesi safhasında alacağın tahsil edilmesini kolaylaştırmak nedenleriyle, katılma alacağı davasındaki menfaati dolayısıyla katılma alacaklısı olan eşin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmada hukukî menfaati bulunduğu kanaatindeyiz.

¹¹¹ Nitekim tapu sicilinin düzeltilmesi davasının sonucunun katılma alacağına ilişkin davalarda bekletici sorun yapılmaması gerektiğine içtihat eden Yargıtay, davanın katılma alacağına ilişkin tek sonucunun bu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Yarg. HGK., 26.09.2012, 8-192/629 (Karamercan, s.660 vd.) ; Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 2012/4070 E., 2013/7420 K. (Karamercan, s.667).

¹¹² Yarg. 8.HD., 21.03.2017, 2015/13223 E., 2017/3960 K. (Şıpka/Özdoğan, s.252-253). Yargıtay'ın katılma alacağını belirlerken tasfiyeyi bütün malvarlığı yerine her bir malvarlığını ayrı ayrı tasfiye etme yöntemi ve eleştirisi hakkında bkz. Şıpka/Özdoğan, s.252 vd.

2. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasında Verilen Kararın Katılma Alacağına Etkisi

a. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Katılma Alacağı Davasında Bekletici Sorun Yapılıp Yapılmayacağı Sorununun Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Ele Alınması ve Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Kabulüne Karar Verilmesi Halinde Kararın Katılma Alacağına Etkisi

Bu başlık altında muvazaa sebebiyle açılan bir davanın mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada bekletici sorun¹¹³ yapılması gerekip gerekmediği hususu ele alınacaktır. Öğretideki bazı yazarlar¹¹⁴, eklenecek değerlerde edinilmiş malın devredildiği tarihteki değerinin; muvazaa olduğu ispat edildiği takdirde ise edinilmiş malın tasfiyedeki değerinin (TMK md.235/f.1) artık değere eklenmesinin hak sahibi eşin aleyhine olabileceğini, bu sebeple muvazaaya yönelik davanın sonucunun katılma alacağı davasında bekletici sorun yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlar, ayrıca muvazaanın bulunduğu ya da bulunmadığının belirlenmesinin taraflar açısından önemli sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacağı; birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının ortaya çıkma ihtimalinin bulunması sebebiyle bu olumsuz sonuçların önlenmesi için ve üçüncü kişi ve davalı eş aleyhine haksız sonuçların giderilmesi açısından muvazaaya dayalı davanın katılma alacağına ilişkin davada bekletici sorun yapılması gerektiğini belirtmektedirler¹¹⁵. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında işlemin muvazaalı işlem olduğuna kanaat getirilmişse, işleme konu olan malvarlığı değeri, devreden eşin edinilmiş malı olarak, tasfiye sırasındaki değeri ile artık değerinin hesabında yer almalı ve diğer eşin katılma alacağı hesaplanmalıdır¹¹⁶.

Bazı yazarlar ise¹¹⁷, muvazaa sebebiyle açılan davanın bekletici sorun yapılmasının mal rejimine ilişkin davaları gereksiz yere uzatacağını, hak sahibi eşin aleyhine mi yoksa lehine mi olduğunun tespitinin tasfiye davasındaki hâkim tarafından yapılması gerektiğini, muvazaa davasının bekletici sorun yapılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, tasfiye davasında hak sahibi eşin aleyhine bir değer farkı olduğunu belirleyen hâkimin TMK md.227/f.2 ve 234 hükmüne dayanarak değer arttırma yetkisi yoktur. Ancak bu yetkinin olmaması örtülü boşluk kabul edilebilecek ve eklenecek malın hakkaniyete göre değeri tasfiyedeki değer üst sınırına kadar arttırabilecektir. Bu görüşe göre, muvazaanın olmadığı belirlendiği hallerde ise mal rejimi davasında bu sonuçların kabul edilmesinin haksızlık olacağı söylenece de bu haksızlığa malı eklenecek değer olarak elden çıkaran eşin katlanması gerekecektir.

¹¹³ “Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemeye o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir (HMK md.165/1)”. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s.291 vd.

¹¹⁴ **Karamercan**, 668 vd.

¹¹⁵ **Acar**, Mal Rejimleri, s.309.

¹¹⁶ **Acar**, Mal Rejimleri, s.306 vd.

¹¹⁷ **Zeytin**, Edinilmiş, s.233, N.506; **Nomer**, s.101.

Yargıtay bazı kararlarında¹¹⁸, genel mahkemelerin görevli olduğu muvazaaya dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davalarının katılma alacağı davalarında bekletici sorun yapılması gerektiğine ve o davanın sonucuna göre katılma alacağı ile ilgili yargılamaya devam edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararından¹¹⁹ sonra istikrarlı biçimde¹²⁰, muvazaa sebebiyle açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının, katılma alacağı davasında bekletici sorun yapılamayacağına; davanın olumlu sonuçlanmasının tek sonucunun davacının mal rejiminden kaynaklanan alacağını tahsilini kolaylaştırma olduğuna, başka bir hukuki sonucunun olmadığına içtihat etmiştir.

Öğretide¹²¹, Yargıtay'ın eklenecek değerlerin değerlendirilmesi ile ilgili yeni uygulamasının, ele alınan sorunun pratik önemini ortadan kaldırmış olduğu, ilk görüş taraftarları tarafından da¹²² ifade edilmiştir. Gerçekten de bu sorunun temelinde yatan eleştiri, eklenecek değerlerde devir tarihi itibarıyla edinilmiş malın değeri artık değere eklenirken; muvazaa olduğu ispat edildiği takdirde işlem kesin hükümsüz olduğunda edinilmiş malın tasfiyedeki değerinin (TMK md.235/f.1) esas alınmasının hak sahibi eşin aleyhine olabileceğidir. Ancak Yargıtay son yıllarda eklenecek değerler bakımından içtihadını değiştirerek¹²³, eklenecek değerlerin tasfiye tarihindeki sürüm değeri nazara alınarak artık değerlerin hesaplanmasında yer alacağına içtihat etmektedir. Yargıtay'ın uygulaması çerçevesinde, işlemin TMK md.229 kapsamında olduğu ispat edilirse, taşınmazın “tasfiye anındaki sürüm değeri” artık değerde hesaba katılarak, katılma alacağı belirlenecektir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında talebin kabul edilmesine karar verilmesi halinde ise alacaklı, alacağını tahsil etme konusunda bir avantaj elde edecek; bu değer de dâhil olarak borçlu eşin malvarlığı veya terekesi esas alınarak alacağını elde edebilecek ve hatta şartları gerçekleşirse TMK md.241'e dayanarak kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye eksik kalan katılma alacağı için başvurabilecektir.

¹¹⁸ Yarg. 8.HD., 26.06.2012, 4116/6310 (Lexpera.com., çevirimiçi: 11.05.2018). Tasarrufun iptali davası ile ilgili olarak bkz. Yarg. 8.HD., 04.11.2014, 2014/10025 E., 2015/19631 K.; “Davacı-davalının ... ada ... parsel sayılı taşınmazdaki 10 ve 11 nolu meskenlere yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinden; tapuda dava dışı üçüncü şahsa ait olduğu gözükten söz konusu meskenlerle ilgili olarak, bedellerinin evlilik birliği içerisinde ödendiği fakat davalı-davacının mal kaçırarak amacıyla tapuyu üzerine almadığı iddia edilmiş olup, tarafça bu meskenlerle ilgili Kozan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne tasarrufun iptali davası da açıldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Mahkemece yapılması gereken; HMK 165. madde uyarınca Kozan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmekte olan 2007/... Esas sayılı dosya bekletici mesele yapılarak, davanın sonucuna göre söz konusu iki mesken hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.” (Lexpera.com., çevirimiçi: 15.05.2018).

¹¹⁹ Yarg. HGK., 26.09.2012, 8-192/629 (Karamercan, s.660 vd.) ; Yarg. 8.HD., 20.05.2013, 4070/7420 (Karamercan, s.667).

¹²⁰ Yarg. 8. HD., 10.12.2012, 4670/12103 (Lexpera.com, çevirimiçi: 15.05.2018): “ (...) taraflar arasında illiyet bağımlı sağlayan akti bir ilişki bulunmadığından, istekte bulunan şahsın mülkiyet isteme hakkı yoktur. Bu bakımdan açılan mal rejimi davalarının genel muvazaa (B.K. m. 18, 6098 s.B.K. m. 19) hukuksal sebebine dayanılarak açılan derdest davalarının sonucunun beklenmesine ve mal rejimi davalarının bekletici mesele yapılmasına gerek görülmemektedir. (Hukuk Genel Kurulu 26.09.2012 tarih, 2012/8 -192 Esas ve 2012/629 Karar sayılı kararı ile bu husus ön sorun olarak çözüme kavuşturulmuştur.). Muvazaa nedeniyle açılan bu tür davalar ister olumlu veya isterse olumsuz sonuçlanmış bulunsun mal rejimi davasının sonucunu kesinlikle etkilemez. Kısaca istek sahibinin alacak hakkı varsa, davası kabul edilecek, aksi halde ise muvazaa nedeniyle açılan tapu iptali ve tescil davasına bağlı kalmaksızın isteği reddedilecektir”.

¹²¹ Şıпка/Özdoğan, s.233.

¹²² Bkz. Karamercan, s.670.

¹²³ Örnek olarak bkz. Yarg. 8.HD., 4125/14240 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 18.06.2018). Bkz. I, C.

b. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Kararının Kesinleşmesinden Sonra Katılma Alacağı Davası Açılması Halinde

Katılma alacaklısı, önce tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmış ve davanın kabulüne karar verilmiş ve karar kesinleşmiş olabilir. Bu başlık altında bu kararda varılan sonuçların sonradan açılacak katılma alacağı davasına etkisi ele alınacaktır.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mahkeme, mutlak muvazaa halinde işlemin hüküm doğurmadığına; nisbî muvazaa halinde ise görünürdeki işlemin muvazaa, gizlenen işlemin taşınmazın devri resmi şekle tabi olduğundan şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğuna kanaat getirdiği takdirde, işlemler baştan itibaren hiçbir hüküm doğurmayacaktır. Böylece edinilmiş mal (taşınmaz), devreden eşin malvarlığında yer alacak ve mal rejiminin tasfiyesinde malın tasfiye sırasındaki değeri esas alınarak diğer eşin katılma alacağı hesaplanacaktır. Bu ihtimalde, işlemin TMK md.229 kapsamında olup olmadığının bir önemi de bulunmamaktadır.

c. Katılma Alacağı Davasından Sonra Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Açılması Halinde

Katılma alacaklısının önce katılma alacağı davasını açması ve bu dava sonuçlandıktan sonra eşinin muvazaalı işlem yapmış olduğunu öğrenmesi de mümkündür. Bu ihtimalde ise, katılma alacaklısı için iki ayrı hukukî olanak söz konusudur. İlk ihtimalde, ispat edilmesi daha zor olan muvazaa sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir. Bu ihtimalde, talebin kabul edilmesi halinde dava konusu taşınmazın aslında devreden eşin malvarlığında yer aldığı da tespit edilmiş olduğundan, katılma alacaklısı eş, ayrıca malın tasfiye sırasındaki değeri esas alınarak bu malvarlığı değeri için katılma alacağı davası açabilecektir. Yargıtay'ın her bir malvarlığının ayrı ayrı tasfiye edilmesi yöntemi sebebiyle¹²⁴ alacaklı eşin sonradan söz konusu malvarlığı değeri için de katılma alacağı talep etmesi uygulamaya göre olanaklıdır.

Katılma alacaklısı, bu iki aşamalı ve ispat süreci zor olan hukukî olanak yerine, doğrudan bu malvarlığı değerinin eklenecek değer niteliği taşıdığı (eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığı) ispat edileceği (TMK md.229/f.1.b.2) katılma alacağı davası da açabilir.

d. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Üçüncü Kişinin İyiniyetli Olması Sebebiyle Reddedilmesi Halinde TMK md.229 ve TMK md.241'in Uygulanması

Muvazaalı işlemle taşınmazı devralan üçüncü kişi, edinilmiş malı iyiniyetli bir başka üçüncü kişiye devrederse ve kanunun iyiniyete koruma sağladığı durumlardan

¹²⁴ Yarg. 8.HD., 21.03.2017, 2015/13223 E., 2017/3960 K. (Şıpka/Özdoğan, s.252-253). Yargıtay'ın katılma alacağını belirlerken tasfiyeyi bütün malvarlığı yerine her bir malvarlığını ayrı ayrı tasfiye etme yöntemi ve eleştirisi hakkında bkz. Şıpka/Özdoğan, s.252 vd.

birisi (TMK md.1023 gibi) söz konusu ise, davalı iyiniyetli üçüncü kişi herhangi bir iade yükümlülüğü altında kalmaz; işlem konusu aynî hakkı iyiniyetle kazanmış sayılır¹²⁵. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, eşlerden birinin muvazaalı işlem yaptığına ve fakat TMK md.1023'ün şartlarının gerçekleşmesi sebebiyle davanın reddedilmesine karar verilmesi halinde, davalı mülkiyeti TMK md.1023 gereği tescil anında kazanmıştır (yevmiye defterine kayıt anından itibaren geçerli olmak üzere). Dolayısıyla katılma alacağı davasında, mal rejiminin sona erdiği an itibariyle (TMK md.225) taşınmaz, devreden eşin malvarlığı değerleri arasında yer almadığı için tasfiyede **edinilmiş mal olarak** nazara alınmaz.

Yargıtay'ın katılma alacağı davalarında eklenecek değerlerin tasfiyede anı itibariyle değerlendirilmesi şeklindeki son içtihatlarından sonra¹²⁶, katılma alacaklısı eşin bu çetrefilli sorunlarla uğraşmak yerine, TMK md.229'un şartları varsa katılma alacağı davalarında eklenecek değer kavramından yararlanması ona kolaylık sağlayacaktır. Çünkü katılma alacağı davasında işlemin TMK md.229'un şartlarını taşıdığı ve özellikle eşin işlemi onun katılma alacağını azaltmak kastıyla yapmış olduğu iddiasının ispat edilmesi yeterli olacaktır. İşlemin –muvazaalı olduğu kanıtlanmaksızın- diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığı kanıtlanırsa, mal rejiminin tasfiyesinde bu değer, eklenecek değer olarak nazara alınabilecektir¹²⁷. Oysa muvazaa sebebiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, davalının iyiniyetle tapu siciline güvenerek aynî hak iktisap eden kişi olmadığını ve muvazaanın olduğunu ispat etme güçlüğü bulunmaktadır¹²⁸.

III. Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilerle İnançlı İşlem Yapması Halinde TMK Md.229'un Uygulanması

Eşin malvarlığı değerini üçüncü kişiye inanca işlemle devretmesi ihtimali de söz konusu olabilir. İnançlı devir sözleşmesinin konusunu taşınır ya da taşınmaz eşya ya da bir miktar para da oluşturabilir. Bu başlık altında, yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, Yargıtay uygulamasındaki örnekler dikkate alınarak konu incelenecektir.

İnançlı işlemler, geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılırsa, “ *taraflar arasındaki borç ilişkisinde öngörülen amaca bağlılık saklı kalmak üzere, bir hakkın ciddi biçimde ve tam olarak bir başkasına devredil*”mesini¹²⁹ sağlamaktadır. Böylece, hukukî

¹²⁵ Halûk N. Nomer/Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s.71, 124 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.376 vd. Kural olarak muvazaa üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Ancak bazı istisnai durumlarda muvazaa üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez: TMK md.2/2, TMK md.988, TMK md.1023; TBK md.18/2. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.362 vd.

¹²⁶ Bkz. I, C.

¹²⁷ Şıpkı, s.236.

¹²⁸ Bkz. Karamercan, s.659 vd.

¹²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.363-364, N.37.

işlemin amacına uygun olmak kaydıyla üçüncü kişinin (inanılanın/itimat olunanın) malvarlığı değeri üzerinde mülkiyet hakkının verdiği tüm yetkilere sahip olduğu kabul edilmektedir¹³⁰. Çünkü inançlı işlem, muvazaalı işlemlerden farklı olarak, ciddi bir hukuki işlem niteliği taşımakta, temel borç ilişkisini oluşturan inanç sözleşmesinin hukuki sebebini oluşturduğu inançlı devir işlemi (tasarruf işlemi), hakkın inanandan inanılan kimseye geçmesini sağlamaktadır¹³¹. Hakkı devreden (inanana), taraflar arasındaki sözleşmenin hükümlerine göre şartlar gerçekleştiği takdirde, devredilen hakkın geri verilmesi hususunda alacak hakkına sahiptir¹³². Bu çerçevede değerlendirildiğinde, eşlerden biri tarafından inançlı işlemle edinilmiş malvarlığı değeri üçüncü kişiye inançlı işlemle devredilmişse üçüncü kişi/inanılan, inançlı olarak iktisap ettiği hakkı (örneğin mülkiyet hakkını), sözleşmede kararlaştırılan sınırlamalara uygun olarak kullanma ve zamanı gelince inanana geri vermeyi taahhüt etmektedir. Örneğin (E1)'e ait taşınmaz, teminat amacıyla rehin verileceği yerde alacaklıya inançlı işlemle devredilebilir. Bu ihtimaldeki (*teminat amacıyla veya karma*) inançlı işlemde, yapılan devir geçerli olur ve üçüncü kişi (inanılan) mülkiyet hakkını iktisap eder. Keza (E1)'in, alacağının tahsil edilmesi için alacağını (Ü)'ye inançlı olarak devretmesi halinde de (*yönetim veya saf*) inançlı işlem söz konusu olup üçüncü kişi, alacağı tahsil edince sözleşmeye göre elde ettiği tutarı alacağı devreden (E1)'e vermekle yükümlüdür. Eğer inançlı işlem, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılmışsa TMK md.229/f.1 b.2 çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu hükümde belirtilen şartlar söz konusuysa inançlı işlemin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin eklenecek değer olarak tasfiyede nazara alınması gerekmektedir¹³³.

Inançlı işlemin muvazaalı olarak yapıldığı ispat edildiği takdirde¹³⁴ ise, yukarıda işlemin muvazaalı olması halinde doğacak hukukî sonuçların ve ihtimallerin uygulanması söz konusudur¹³⁵.

Bu başlık altında Yargıtay'ın, katılma alacağına ilişkin davalarda, davalının mülkiyet hakkını haiz olmadığı malvarlığı değerinin edinilmesi için katkı sağlaması

¹³⁰ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.134, N.424. Ancak uygulamada bir borcu teminat altına almak amacıyla yapılan inanç sözleşmelerinin, tapuda resmi şekilde düzenlenmemiş olsa bile yazılı bir belge/yazılı delil başlangıcı/diğer kesin delillerle ispatı halinde geçerli kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.380 vd. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.374-375. Ayrıca bkz. Yarg. 14.HD., 22.03.2012, 225/3207. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.365 N.39 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.386, N.1457.

¹³² **Eren**, Borçlar Hukuku, s.365; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 384; **Eren**, Mülkiyet, s.233; **Keller/Schöbi**, s.195; **Tuhr**, s.276; **Saibe Oktay Özdemir**, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2001, s. 657 vd., 661; **Halûk Tandoğan**, "İnançlı işlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK. md. 393'ten Yararlanma Olanakları", Temsil ve Vekalete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.78; **Özsunay**, s.123. Yargıtay'ın inançlı işlemler hakkındaki uygulamasının değerlendirilmesi hakkında bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.384 vd.

¹³³ İnançlı işlemler ile yapılan devirler gerçek bir devir niteliğinde olup, muvazaalı sayılamaz. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.134, N.423. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.381 vd; **Fikret Eren**, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.229 vd. Ancak buradaki örneklerde ise, taraflar, inanç sözleşmesini gizleyerek nitelikli (mevsuf) muvazaa yaratmaktadırlar.

¹³⁴ Bkz. Yarg. 8.HD., 26.06.2012, 4116/6310 (Lexpera com., çevirimiçi: 11.05.2018).

¹³⁵ Bkz. II, B, 2.

durumunda, malvarlığı değerinin tasfiyeye dâhil edilmesi gerektiğine dair içtihatları da değerlendirilmelidir. Yargıtay bir kararında¹³⁶, davalı adına kayıtlı olmasa da aracın satın alma bedelinin davalı eş tarafından ödenmiş olduğu ispat edildiği takdirde, araç, edinilmiş mal olarak katılma alacağının hesaplanmasında nazara alınmıştır. Bir başka Yargıtay kararında ise dava dışı bir üçüncü kişi adına kayıtlı taşınmazın ½ payının katılma alacağının belirlenmesinde göz önüne alınabilmesi için taşınmazın hangi nedenle söz konusu üçüncü kişi adına tescil edilmiş olduğu hususunun da araştırılması gerektiğine içtihat edilmiştir¹³⁷. Bir başka kararında ise Yargıtay¹³⁸, arazi ile üzerindeki binayı eşya hukuku prensiplerine aykırı olarak tasfiyede birbirinden ayrı olarak nazara almıştır. Bu kararda, arazinin, malikinin üçüncü kişi olması sebebiyle edinilmiş mal olarak nazara alınamayacağına; fakat davalı eşin yapılması için katkıda bulunduğu arazi üzerindeki binanın davalının edinilmiş malı olduğuna; “ (...) taşınmazın üçüncü kişi adına kayıtlı olması (nın), üzerindeki binanın edinilmiş mal niteliğini ortadan kaldırmayacağına (...)” hükmetmiştir.

Öğretide Yargıtay’ın bu uygulaması isabetli bulunmamış, üçüncü kişi adına kayıtlı malvarlığının doğrudan tasfiyeye dâhil edilmesi yerine, üçüncü kişiye verilen *bedellerin* TMK md.229 kapsamında eklenecek değer olarak nazara alınması gerektiği belirtilmiştir¹³⁹.

Kanaatimizce, ihtimallere göre değerlendirme yaparak sorunu ele almak gereklidir. Eğer muvazaalı bir işlem yapılarak diğer eşten mal kaçırmak amaçlanmışsa muvazaaya¹⁴⁰ ilişkin hukukî sonuçları uygulamak gerekmektedir¹⁴¹. Örneğin, (E1), satıcı (S) ile anlaşmış, bedelini ödediği taşınmazın arkadaşı (A) adına tapuya tescil edilmesi için görünürdeki satış sözleşmesi (A) ile (S) arasında; gizli satış sözleşmesi ise (E1) ile (S) arasında yapılmıştır. Bu durumda, (S) ile (A) arasındaki satış sözleşmesi muvazaa; (E1) ile (S) arasındaki satış sözleşmesi ise şekle aykırı olması sebebiyle kesin hükümsüzdür. Ancak, muvazaanın şartlarının bulunmadığı veya ispatının çok güç olduğu hallerde, davalının, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla örneğin bir taşınmazı doğrudan iktisap etmek yerine, bedelini satıcıya ödeyerek güvendiği bir kimse adına tapuya tescil edilmesini sağladığının ispat edilmesi halinde, TMK md.229/f.1 b.2 çerçevesinde değerlendirme yapılabilir. Hükümün şartları açısından, eş tarafından üçüncü kişiye yapılan bir “devir” olmasa da sonuç itibarıyla diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan bu işlemler, kanaatimizce, *davalı eşin*

¹³⁶ Yarg. 8. HD., 23.05.2013, 2012/11340 E., 2013/7775 K. (Lexpera.com, çevirimiçi: 18.04.2018).

¹³⁷ Yarg. 8.HD., 30.01.2012, 2011/1730 E., 2012/417 K. (Şıpka/Özdoğan, s.213-214).

¹³⁸ Yarg. 8.HD., 16.04.2015, 2014/3470 E., 2015/8654 K. (Şıpka/Özdoğan, s.97).

¹³⁹ Şıpka/Özdoğan, s.214.

¹⁴⁰ Öğretide bu durum, tarafta (veya şahısta) muvazaa haline örnek gösterilmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, § 35, N.61, s.379; **Eren**, Mülkiyet, s.229. Ayrıca bkz. ve karş. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, C.1, s.129, N.414; **Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2017, s.272-273; **Hüseyin Hatemi**, “Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekalet ile İlişkisi”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.131 vd.

¹⁴¹ Bkz. II, B, 2.

edinilmiş mallarının arttırılmasını önleyici niteliği itibarıyla TMK md.229/f.1 b.2 kapsamında değerlendirilebilir.

Diğer ihtimalde ise somut olayda inançlı işlem veya vekâlet sözleşmesine dayalı dolaylı temsil ilişkisi de söz konusu olabilir¹⁴². Bu ihtimallerde ise, davalı eş, söz konusu malvarlığı değerinin –şartlar gerçekleştiği takdirde- kendisine devredilmesini isteme alacak hakkına sahip olacaktır¹⁴³. Örneğin (E1), vekili (V)’ye kendi hesabına taşınmaz alması için yetki vermiş ya da (E1) ile (V) arasında inançlı işlem yapılmıştır. Daha sonra (V) ile satıcı (S) arasında taşınmaz satış sözleşmesi yapılmış, taşınmaz (V) adına tapuya tescil edilmiştir. (E1), aralarındaki hukukî ilişkiye dayanarak daha sonra taşınmazın şartlar gerçekleştiğinde kendisine devredilmesini (V)’den (dolaylı temsilciden/inançlı işlemde inanılan kişiden) talep edecektir. Bu alacak hakkı için ödenen karşılığı ise, o malvarlığı değerinin üçüncü kişiye devri için davalı eş tarafından ödenen bedeller oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde, davalı eş, bir malvarlığı değerini doğrudan iktisap etmek yerine onun devrini talep etme “alacak hakkını”¹⁴⁴, karşılığını ödeyerek elde etmektedir. TMK md.219’daki şartların varlığı halinde bu alacak hakkı, mal rejimi yürürlükte iken karşılığı ödenmiş bir malvarlığı değeri olarak edinilmiş “mal” olarak tasfiyede nazara alınabilir. Bu ihtimalde üçüncü kişinin malik olduğu malvarlığı değerini davalı eşin artık değerinin belirlenmesinde nazara almak yerine, malvarlığı değerinin mülkiyetini talep etme (alacak) hakkının değerini tasfiyede nazara almak gerekecektir. Ancak ele aldığımız sorun bakımından inançlı devir sözleşmelerinden doğan alacağın muaccel olacağı tarih, çoğu kez edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi tamamlandıktan sonraki bir tarih olacaktır. Yargıtay, mal rejiminin sona erdiği anda henüz muaccel olmamış alacakların tasfiyede nazara alınamayacağına içtihat etmektedir¹⁴⁵. Bu içtihat karşısında inançlı işlemlere ilişkin alacak hakkını tasfiye nazara almak mümkün sayılamazsa, bu kez, TMK md.229’dan yararlanarak soruna çözüm getirmek gerekecektir. Bu ihtimalde, üçüncü kişiye (ya da onun hak sahibi olması için bir başka kimseye) davalı eş tarafından ödenen *bedeller*, ancak TMK md.229 kapsamındaki şartlarla eklenecek değer olarak nazara alınabilecektir.

Sonuç olarak, Yargıtay’ın yukarıda ele alınan sorun hakkındaki içtihatları, eşya hukukunun prensipleriyle bağdaşmadığı gibi, somut olayda inançlı işlem veya dolaylı temsil ilişkisinin bulunduğu haller ile muvazaalı işlem arasında ayırım yapılmaması

¹⁴² **Eren**, Mülkiyet, s.227; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, § 35, N.61, s.379-380. (Yazar, inanç sözleşmesi de bir çeşit vekalet ya da vekalet benzeri bir işlem sayıldığı için ikisi arasında ayırım yapılmasının pratik önemi olmadığı görüşündedir, bkz. a.e., N.62, s.380-381)

¹⁴³ **Tuhr**, s.276; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s.389-390. Vekâlet sözleşmesinde ve inançlı işlemde alacak hakkının kanunen vekâlet verene geçmesine ve taşınır eşyaya ilişkin ayırma hakkına ilişkin TBK md.509 hükmünün uygulanması ve bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1987, s.512 vd.; **Tandoğan**, İnançlı İşlemler, s.83 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, s.378 vd.

¹⁴⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, § 35, N.63, s.381 vd.

¹⁴⁵ Yarg. 8.HD., 11.06.2015, 2014/3307 E., 2015/12874 K. (**Şıpka/Özdoğan**, s.434). Aynı yönde bkz. **Şıpka/Özdoğan**, s.429 vd. Aksi görüş için bkz. **Zeytin**, Edinilmiş, s.199-200.

ve sorunun TMK md.229 kapsamında değerlendirilmemesi sebepleriyle kanaatimizce yerinde değildir.

Sonuç

TMK md.229/f.1 b.1'e göre, bir eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız nitelikteki kazandırmalar, eklenecek değerlerin ilk halini oluşturmaktadır. TMK md.229/f.1 b.2'ye göre, bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler de edinilmiş mallara değer olarak eklenir. TMK md.229/f.1'de düzenlenen şartların bulunması halinde, sağlararası karşılıksız kazandırma veya katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirler, mal rejiminin tasfiyesi sırasında, sanki hiç yapılmamış gibi değerlendirilecek ve bu işlemlere konu olan edinilmiş mal, işlemi yapan eşin artık değerinin hesaplanmasında dikkate alınacaktır. İşlem, TMK md.229 kapsamında yer almakta ise; işlem konusu malvarlığı değerini iktisap eden/ kazandırmadan yararlanan üçüncü kişi, ancak TMK md.241'de belirtilen şartların bulunması halinde iade ile yükümlü tutulabilir. Üçüncü kişinin sorumluluğu, hem kazandırmanın miktarı, hem de katılma alacağının eksik kalan kısmıyla sınırlıdır.

Bir eş, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla davranarak muvazaalı işlem de yapabilir. Bu takdirde, muvazaanın bulunduğuunun ispat edilmesi halinde doğacak hukukî sonuçlar ile işlemin TMK md.229 kapsamında bulunduğuunun ispat edilmesi halinde doğacak hukukî sonuçlar birbirinden farklıdır.

Mutlak muvazaalı olarak yapılan görünüşteki işlem geçerli olmaz ve herhangi bir hüküm doğurmaz. Nisbî muvazaa halinde ise, görünürdeki işlem kesin hükümsüz iken; gizlenen hukukî işlem geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmışsa muvazaadan etkilenmez ve geçerli bir işlem olarak hükümlerini doğurur. Ancak şekle aykırılık gibi bir başka geçerlilik şartına uyulmamış olması sebebiyle gizlenen işlem de kesin hükümsüz olabilir. İşlemin muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğu, gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilir. Hâkimin, önündeki dava dosyasından işlemin muvazaalı olduğunu anlaması halinde muvazaayı kendiliğinden göz önüne alması gerekmektedir. Muvazaalı işlem baştan itibaren hukukî sonuç doğurmadığı için taraflar arasında herhangi bir borcun ya da alacak hakkının doğmasına sebep teşkil etmez. Keza bu halde tarafların sözleşmeden doğan borcu ifa etmek veya icazet vermek suretiyle işlemi geçerli hale getirmeleri mümkün değildir. Taşınmazın muvazaalı bir işleme dayanılarak üçüncü kişi adına tescil edilmesi halinde, yolsuz tescil söz konusu olacağından, gerçek hak sahibi tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile kütükteki yolsuz kaydın düzeltilmesini talep edebilir. Muvazaaya ilişkin bu ihtilaflar aile hukukuna özgü bir nitelik taşımamaktadır. Davanın tarafları eşlerden

biri ile diğer eş ve/veya üçüncü kişi olabilir ve bu konularda genel mahkemeler yetkilidir. Bu sebeple muvazaaya ilişkin hukukî ihtilaflarda, görevli ve yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre belirlenir. TMK md.229 kapsamında bir işlemin var olup olmadığı ise, eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir sorundur. Bu sebeple, eklenecek değer ile ilgili ihtilaflar, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi aşamasına özgü ve aile hukukunu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla katılma alacağı davalarında ve TMK md.241'e dayanan davalarda aile mahkemeleri görevlidir (4787 sayılı Kanun'un 4/1 hükmü). Katılma alacağına ilişkin davalarda yetkili mahkeme de TMK md. 214. maddesine göre belirlenmelidir; TMK md.241'e dayanan davada ise böyle bir özel yetki kuralı bulunmadığı için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre genel yetki kuralı uygulanmalı ve dava, davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılmalıdır.

Muvazaalı işlemde tarafların görünürdeki işlemin hüküm ifade etmeyeceği konusunda anlaşmaları (muvazaa anlaşması) ve bu anlaşmanın da üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapılması gerekir. Burada aldatma kastı, diğer eş dışında herhangi bir üçüncü gerçek veya tüzel kişiye de yönelik olabilir. Oysa eklenecek değer sayılan işlemlerde (TMK md.229/f.1.b.2) aldatma kastı değil, eşin katılma alacağını azaltma kastı söz konusudur. Öte yandan, muvazaalı işlemdeki "muvazaa anlaşması" unsuru sebebiyle, işlem taraflarının (eş ile eşle işlem yapan üçüncü kişinin) işlemin hüküm ifade etmeyeceği konusunda iradelerinin uyuşması şarttır. Oysa eklenecek değer ile ilgili işlemlerde eşle işlem yapan örneğin karşılıksız kazandırmadan yararlananın/ edinilmiş malı devralanın (karşı tarafın) böyle bir iradeye sahip olması ya da diğer eşin katılma alacağını azaltma kastına sahip olması şartına yer ve gerek yoktur. TMK md.229'un uygulanması açısından, işlemin karşı tarafının yapılan devir işleminin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını bilmesi veya gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olması şartı da aranmaz.

Her iki hukukî kavramın birbirinden farklı özellikleri göstermektedir ki, bir işlemin hem muvazaalı olarak, hem de TMK md.229'un kapsamında değerlendirilmesi zorunlu değildir, şartlar her iki hukukî kavrama göre ayrı ayrı belirlenir. Ayrıca ortak uygulama alanı olsa dahi aile mahkemesindeki katılma alacağı davasında hem muvazaanın hem de TMK md.229 ve 241'de belirtilen hukukî sonuçların birlikte uygulanması mümkün değildir. Yargıtay, kanaatimizce isabetsiz bir şekilde, aile mahkemesinin hem davalı eş tarafından yapılan işlemin muvazaalı olduğu gerekçesiyle diğer davalı üçüncü kişi adına yapılan tapu kaydının iptali ile taşınmazın davalı eş (taşınmazı devreden eş) adına tapuya tesciline hem de yapılan işlemin karşılıksız kazandırma olduğundan bahisle TMK md.229 kapsamında eklenecek değer sayılarak katılma alacağının hesaplanması gerektiğine içtihat etmiştir. Kanaatimizce aile mahkemesindeki davada, aynı işlemin hem muvazaa sebebiyle geçersiz sayılıp hem de TMK md.229 kapsamında değerlendirilmiş olması çelişkili ve hukuken dayanaksızdır.

Taşınmaz üzerinde aynî hakkı olmayan eşlerden birinin, diğerine muvazaa sebebine dayanan tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıp açamayacağı öğretide tartışmalıdır. Kanaatimizce, katılma alacağının sağlıklı ve doğru biçimde belirlenmesini sağlamak, ihtilafların uzun yıllar sürmesine engel olmak, alacağın tahsil edilmesi safhasında alacağın tahsil edilmesini kolaylaştırmak nedenleriyle, katılma alacağı davasındaki menfaati dolayısıyla katılma alacaklısı olan eşin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmada hukukî menfaati bulunmaktadır. Nitekim öğretide bazı yazarlara ve Yargıtay’a göre katılma alacaklısı eşe, böyle bir imkân tanınmaktadır.

Öğretide, muvazaa sebebiyle açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada bekletici sorun yapılması gerekip gerekmediği hususu da tartışılmıştır. Yargıtay’ın “*tasfiye tarihi itibarıyla*” eklenecek değer konusu edinilmiş malın sürüm değerinin artık değere eklenmesi gerektiğine dair yeni içtihatları, bu tartışmanın pratik önemini kaybetmesini sağlamıştır. Yargıtay’ın uygulaması çerçevesinde, katılma alacaklısı eş, işlemin TMK md.229 kapsamında olduğunu ispat ederse, katılma alacağı davasında eklenecek değer, “tasfiye anındaki sürüm değeri” ile artık değerde hesaba katılarak katılma alacağı belirlenecektir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında talebin kabul edilmesine karar verilmesi halinde ise alacaklı, alacağını tahsil etme konusunda bir imkân elde edecek; bu değer de dâhil olarak borçlu eşin malvarlığı veya terekesi esas alınarak alacağını elde edebilecek ve hatta şartları gerçekleşirse TMK md.241’e dayanarak kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye eksik kalan katılma alacağı için başvurabilecektir.

Katılma alacaklısı, önce tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmış ve davanın kabulüne karar verilmiş; daha sonra ise katılma alacağı davası açılmış olabilir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mahkeme, mutlak muvazaa halinde işlemin hüküm doğurmadığına; nitelikli muvazaa yapılması halinde ise görünürdeki işlemin muvazaa, gizlenen işlemin taşınmazın devri resmi şekle tabi olduğundan şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğuna kanaat getirdiği takdirde, işlemler baştan itibaren hiçbir hüküm doğurmayacaktır. Böylece edinilmiş mal (taşınmaz) devreden eşin malvarlığında yer alacak ve mal rejiminin tasfiyesinde malın tasfiye sırasındaki değeri esas alınarak eşin katılma alacağı hesaplanacaktır. Bu ihtimalde, işlemin TMK md.229 kapsamında olup olmadığının bir önemi de bulunmamaktadır.

Katılma alacaklısının önce katılma alacağı davasını açması ve bu dava sonuçlandıktan sonra eşinin muvazaalı işlem yapmış olduğunu öğrenmesi de mümkündür. Bu ihtimalde ise, katılma alacaklısı ya ispat edilmesi daha zor olan muvazaa sebebiyle tapu kaydının düzeltilmesi davası açmalı ya da doğrudan bu malvarlığı değerinin eklenecek değer niteliği taşıdığı için (eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığının) ispat edileceği katılma alacağı davası açmalıdır. İlk ihtimalde, talebin kabul edilmesi halinde ise taşınmaz için katılma alacağı davası

açılarak, bu malvarlığı değeri için de ayrı bir katılma alacağı belirlenecektir. Yargıtay'ın her bir malvarlığının ayrı ayrı tasfiye edilmesi yöntemi sebebiyle alacaklı eşin sonradan söz konusu malvarlığı değeri için de katılma alacağı talep etmesi mümkündür.

Eşlerden biri üçüncü kişi ile inançlı işlem yaparak edinilmiş malını devretmiş olabilir. Ciddi bir işlem niteliğinde olan inançlı işlemin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılması halinde, TMK md.229/f.1 b.2 çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu hükümde belirtilen şartlar söz konusuysa inançlı işlemin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin eklenecek değer olarak tasfiyede nazara alınması gerekmektedir. İnançlı işlemin muvazaalı olarak yapıldığı ispat edildiği takdirde ise, işlemin muvazaalı olması halinde doğacak hukukî sonuçların ve ihtimallerin uygulanması söz konusudur. Yargıtay'ın, katılma alacağına ilişkin davalarda, davalının, mülkiyet hakkını haiz olmadığı malvarlığı değerinin edinilmesi için katkı sağlaması durumunda malvarlığı değerinin tasfiyeye dâhil edilmesi gerektiğine dair içtihatları bulunmaktadır. Kanaatimizce bu içtihatlar, eşya hukukunun prensipleriyle bağdaşmadığı gibi, somut olayda inançlı işlem veya dolaylı temsil ilişkisinin bulunduğu haller ile muvazaalı işlem arasında ayırım yapılmaması ve sorunun TMK md.229 kapsamında değerlendirilmemesi sebepleriyle isabetli değildir.

Kısaltmalar Cetveli

a.e.	: aynı eser
Art.	: Artikel
b.	: bent
BAM HD	: Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
Bkz/Bkz.	: bakınız/Bakınız
C.	: Cilt
Dn./dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
f.	: fıkra
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
Karş./karş.	: Karşılaştırınız
md.	: madde
N.	: Not/Numara
OR	: Bundesgesetz vom 30 März 1911 über das Obligationenrecht
RG	: Resmi Gazete

s.	: sahife
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve diğerleri/ve devamı
Y	: Yıl
Yarg. HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
Yarg. HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dezember 1907

Kaynakça/References

- Acar, Faruk:** Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, (“Mal Rejimleri” olarak kısaltılmıştır).
- Aday, Nejat:** Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.
- Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya :** Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 20. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut :** Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2009.
- Badur, Emel:** “ Eşin Rızası”, TBBD, Y.2013, S.109, s.251-302.
- Dural, Mustafa /Öğüz, Tufan / Gümüş, Alper:** Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut:** Türk Özel Hukuku, C.IV, Miras Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017. (“Borçlar Hukuku” olarak kısaltılmıştır).
- Eren, Fikret :** Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016. (“Mülkiyet” olarak kısaltılmıştır).
- Esener, Turhan:** Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956.
- Gençcan, Ömer Uğur:** Türk Medeni Hukuku, Madde 185-530, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Gümüş, Mustafa Alper:** Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Hatemi, Hüseyin:** “Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekalet ile İlişkisi”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.127-146.
- Hatemi, H./Serozan, R. /Arpacı, A.:** Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.
- Hausheer, Heinz / Aebi Müller, Regina E.:** Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, Basler Kommentar, 5. Auflage, Herausgeber: Honsell/Vogt/Geiser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014. (*Basler Komm.* olarak kısaltılmıştır.).
- Hausheer, Heinz / Reusser, Ruth / Geiser, Thomas:** Allgemeine Vorschriften, Art.181-195a ZGB; Die ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art.196-220 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Berner Kommentar, II/1/3/1, Staempfli Verlag AG- Bern 1992 (*Berner Komm.* olarak kısaltılmıştır.).
- Helvacı, İlhan:** “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanma Nedeniyle Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Alacağı Tabi Olacağı Zamanaşımı Süresi Üzerine (İçtihadı Birleştirme Kararını Gerektiren Durum)”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s.969-980.
- İmre, Zahit/ Erman, Hasan :** Miras Hukuku, 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2018.
- Jaggi, Peter / Gauch, Peter:** Das Obligationenrecht, Kommentar zu Art.18 OR, Zürich 1980.
- Jungo, Alexandra:** Personen- und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB – PartG, CHK- Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2016.
- Keller, Max / Schöbi, Christian:** Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, Band I, Helbing § Lichtenhahn, Basel und Frankfurt 1988.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017 (*Aile Hukuku* olarak kısaltılmıştır).

- Kılıçoğlu, Ahmet:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, Ankara 2002 (*Edinilmiş* olarak kısaltılmıştır.).
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014 (*Yenilikler* olarak kısaltılmıştır).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 1. Cilt, 4 üncü Bası’dan 7 inci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Kuru, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Nomer, H. N./ Ergüne, M.S.:** Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin hakları, 3. Bası, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Nomer, Halûk Nami:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2017.
- Nuspliger, Isabelle:** ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Auflage, 2016.
- Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./Oktay Özdemir,S.:** Eşya Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Oğuzman, M.Kemal ./Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Oğuzman, M. Kemal /Barlas, Nami:** Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Ott, Walter:** “Der Schutz der Anwartschaft auf den Vorschlagsanteil unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung mit Hilfe der güterrechtlichen Herabsetzungs- und Rückforderungsklage,Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986.
- Özdamar/ Kayış/ Yağcıoğlu/Akgün:** Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Oktay Özdemir, Saibe:** “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001, s. 657 vd.
- Özsunay, Ergun:** “Saf İnançlı Muamelelerde Vekalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması”, Temsil ve Vekalet İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.99-125.
- Pekcanitez Hakan / Atalay Oğuz / Özekes, Muhammet :** Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Piotet, Paul:** Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Bern 1987.
- Rumo-Jungo, Alexandra / Majid, Nadja:** “Lebzeitige Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Güter – und Erbrecht”, successio, 2013, s.323-335.
- Sarı, Suat:** Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.
- Serozan, Rona/Engin, B. İlkay:** Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Serozan, Rona:** “Tenkis Davasını Bütünleyen Edim Davası Üçüncü Kişilere Yöneltilbilir Mi? (Bir İçtihadî Birleştirme Kararı Üstüne Düşünceler”, İÜHFİM, Y.1977, C.43, S.1-4, s.209-218. (“Tenkis” olarak kısaltılmıştır.) .
- Steck, Daniel / Fankhauser, Roland:** Scheidung, Band I:ZGB/Band II:Anhänge, Sechster Titel: Das Güterrecht der Ehegatten/Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017.
- Sert Sütçü, Selin:** Miras Bırakanın Muvazaalı Hukukî İşlemleri ve Sonuçları, Seçkin, Ankara 2018.
- Şeker, Muzaffer:** Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Verlag H.J. Maurer, Freiburg 2006,

- Şıpka, Şükran:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3.Basım, 2013.
- Şıpka, Şükran / Özdoğan, Ayça:** Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Tandoğan, Halûk:**“İnançlı işlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK. md. 393’ten Yararlanma Olanakları”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s.73-98. (*İnançlı İşlem* olarak kısaltılmıştır).
- Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1987. (*Borçlar* olarak kısaltılmıştır).
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993. (*Borçlar Hukuku* olarak kısaltılmıştır).
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop:** Eşya Hukuku, C.1, 5. Bası, İstanbul 1989. (*Eşya Hukuku* olarak kısaltılmıştır).
- Tuhr, Andreas von:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Olguç Matbaası, Ankara 1983.
- Turan Başara, Gamze:** “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S.11, Kasım 2015, s.58-76.
- Tuor/Schnyder/Schmid/ Jungo:** Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess, 2015.
- Ulukapı, Ömer:** İcra ve İflâs Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- Wolf, Stephan:** “Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band: 584, Staempfli Verlag, 1996, s.61-103.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2017.
- Yenice Ceylan, Özge:** “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.3, S.2018/2, s.215-246.
- Zeytin, Zafer:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 (“*Edinilmiş*” olarak kısaltılmıştır.)
- Zeytin, Zafer:** “Değer Artış Payı, Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Hazırlayanlar: Şıpka/Özbilen/Şensöz, (“Eklenecek Değer” olarak kısaltılmıştır).