

Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi*

The Effect of the Savings Made in the Property Regime Law on the Inheritance Law

Mesut Serdar ÇEKİN**

ABSTRACT

The regime of participation in acquired property, which is the statutory marital property regime in Turkish Civil Code No. 4721, brings many questions with respect to inheritance law. While in the old law period due to the separation of property regime the death of one spouse caused less problems for dissolution of property regime, in the new law period both the disposals in lifetime and the modifications on property regime made by the spouses may lead to diverse problems with regards to not only dissolution of property regime but also inheritance law. The purpose of this study is to reveal the relation between the spouses' modifications on property regime, disposals in lifetime and inheritance law, demonstrate the possible controversies and - if possible - present possible solutions.

Keywords: Regime of participation, separation of property regime, law of succession, disposals in lifetime.

Giriş

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği en önemli değişikliklerden birisi kuşkusuz yasal mal rejimine dairdir. Buna göre 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin yasal mal rejimi olarak benimsediği mal ayrılığı sistemi terk edilmiş, bunun yerine TMK md. 202 f. 1'de açıkça belirtildiği üzere edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir¹. Bu önemli yeniliğin etkileri sadece aile hukuku ile sınırlı değildir. Bilakis mal rejimi hükümlerinde

* Makale gönderim tarihi: 30.11.2017. Makale kabul tarihi: 28.12.2017.

** Yrd. Doç. Dr., Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz - İstanbul.

1 Yasalaşma süreci hakkında geniş bilgi için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras-Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler*, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 180 vd.

yapılan bu esaslı değişiklik, mal rejimi hukukunun miras hukuku ile olan ilişkisini de önemli şekilde etkilemektedir.

Şöyle ki, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde yasal mal rejimi olarak kabul edilen ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu çerçevesinde tarafların seçme imkânına sahip oldukları mal ayrılığı sistemi çerçevesinde eşlerden biri öldüğü takdirde, her eş kendi malvarlığına sahip olacağı için herhangi bir mal rejimi tasfiyesine gerek kalmayacaktır². Yeni kanunda benimsenen yasal mal rejimi çerçevesinde ise TMK md. 225 f. 1 doğrultusunda mal rejimi sona erdiği için önce mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir³. Ancak bu aşamadan sonra mirasın paylaşılması söz konusu olacaktır. Bu çerçevede ölen eşin terekesi, ölen eşin kendine ait malları ve katılım payı alacağından ibaret olacaktır. Bir diğer ifade ile ölen eşin katılım payı, terekenin bir parçası olduğu için bu payın öncelikle hesaplanması gerekmektedir ki ardından tereke belirlensin ve paylaşılabilirsin⁴.

Mal rejimi hükümlerinin miras hukuku ile olan sıkı bağı bununla sınırlı olmayıp, mal rejimi hükümlerinin terekeye doğrudan ya da dolaylı şekilde etki ettiği başkaca durumlar da söz konusudur. Gerçekten de eşlerin mal rejiminde yaptıkları değişikliğe göre sağ kalan eşin miras payında ciddi farklılıklar yaşanabilecektir. Ayrıca eşlerden birinin sağ iken gerçekleştirdiği kazandırmalar açısından gerek mal rejimi hükümleri, gerek ise miras hukuku hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Ancak görüldüğü kadarıyla mal rejimi hukuku ile miras hukuku arasındaki ilişki, daha eski tarihli ve mukayeseli hukuku esas alan bir eser⁵ dışında özellikle yeni kanun döneminde henüz etraflı bir incelemeye konu olmamıştır⁶. Çalışmamızın amacı, bu farklı halleri incelemek, ortaya çıkabilecek muhtemel sorunları ele almak ve çözüm önerileri geliştirmektir.

2 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 91.

3 Kocayusufpaşaoğlu, s. 91.

4 Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 2015, s. 235.

5 Muammer Aksoy, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı*, Ankara, 1964.

6 Nitekim 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'ni esas alan eserinde Kocayusufpaşaoğlu, "[k]arı koca mal rejimleri ile sağ kalan eşin kanuni mirasçılığı arasında sıkı bir ilgi" olduğuna dikkat çekmekte, ancak "memleketimizde kanuni rejim mal olan mal ayrılığında, her eş kendi malvarlığına sahip kaldığından, Miras Hukuku prensiplerinin uygulanmasına temel teşkil etmek üzere yapılacak bir mal rejimi tasfiyesi"nin bahis konusu olmayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte TMK md. 229 ile 273 hükümlerinin miras hukuku ile olan ilişkisinin incelendiği bir esere şimdiden işaret etmek gerekecektir: Şükran Şıpka, Hasan Ali Kaplan, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy'a Etkisi", *Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan*, Ankara, 2004, s. 263 vd.

I. Eşler Arasında Yapılan Mal Rejimine Dair Sözleşmelerin Terekeye Etkileri

1. Saklı Paya Dair Koruma Mekanizmasının Devre Dışı Kaldığı Mal Rejimi Sözleşmeleri

Türk Borçlar Kanunu md. 26'da kabul gören sözleşme serbestisi çerçevesinde kişi, TBK md. 27'nin çizdiği sınırlar dâhilinde kural olarak malvarlığı üzerinde her türlü tasarrufta bulunma keyfiyetine sahiptir. Ne var ki malvarlığına dair bu tasarruflar, saklı paylı mirasçılardan paylarını ihlal ettiği derecede hukuk düzenince korunmaya layık görülümüştür⁷. Ölüme bağlı ve sağlararası kazandırmalar niteliği taşıyabilen bu işlemler neticesinde mahfuz hissesi ihlal edilen mirasçı, ileride açacağı tenkis davası ile murisin gerçekleştirdiği tasarrufun kendi saklı payına tecavüz eden kısmının "etkisizleştirilmesini" talep etme imkânına sahiptir⁸. Dolayısıyla hukuk düzenimiz kural olarak kişinin malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceğini öngörmekte, ancak belirli kişilerin saklı pay oranını tecavüz eden tasarruflar açısından bir sınırlama öngörmektedir⁹.

Ne var ki mal rejimine dair sözleşmeler, kural olarak bu korumanın dışında bırakılmıştır. Gerçekten de eşler arasında yapılan mal rejimine dair sözleşmelere karşı miras hukukunun yasal mirasçılara sunduğu imkânlar gündeme gelmeyecektir. Oysa mal rejimi sözleşmeleri, miras oranını ciddi derecede etkileyebilecek niteliktedir. Dolayısıyla yasal mirasçı, kural olarak murisin ölüme bağlı ya da sağlararası tasarruflarına karşı saklı payı açısından korunmaya layık görülümüşken, eşlerin aralarında yaptıkları mal rejimi sözleşmelerine karşı korumadan mahrum bırakılmıştır.

Bu hususu *Jungo*'dan alınan iki örnekle açıklamak isabetli olacaktır¹⁰.

İlk örnekte yaşlı ve ağır hasta olan koca, ilk eşinden olan çocuklarıyla kavgalı ve bunları mümkün mertebe mirastan yoksun bırakmak istiyor. Kocanın malvarlığı 10 Milyon TL, eşinin ise hiç malvarlığı yok. Koca, ölümüne birkaç ay

7 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 237 vd.

8 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 275.

9 Türk/İsviçre hukukunda kabul gören bu karma sistem hususunda bkz. BK-Weimar, Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg.), Art. 470 kn. I; Tahir Çağa, *Türk - İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçılardan Hukuki Vaziyeti*, İstanbul, 1950, s. 64; Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, 2016, s. 231; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 9; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 11; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 5. Baskı, Konya, 2009, s. 15-16; Mehmet Serkan Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, İstanbul, 2011, s. 16; K. Nuri Turanboy, *Miras Birakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri*, Ankara, 2010, s. 45; Kürşat Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*, İstanbul, 2013, s. 15; Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul, 2016, s. 1 vd.

10 Bkz. Alexandra Jungo, Zusammenwirken von Güterrecht und Erbrecht, ZBJV 2016, s. 767, 769-770.

kala eşyle mal rejimi sözleşmesi yapıyor ve eşler, mal ayrılığında mal ortaklığı (TMK md. 256 vd.) rejimine geçiyorlar. Dolayısıyla sağ kalan eş, kocanın malvarlığının yarısını mal rejimi çerçevesinde elde ediyor. Malvarlığının diğer yarısı ise terekeye intikal ediyor. Fakat koca eşini tek mirasçı olarak atadığı ve çocukların saklı paylarıyla yetinmek zorunda kaldıkları durumda ilk evlilikten doğan çocuklar, terekenin ancak $\frac{3}{8}$ 'ini, babanın bütün malvarlığının ise ancak $\frac{3}{16}$ 'sını talep edebilecekler. Buna karşılık mal ayrılığı söz konusu olsa idi çocuklar altsoy sıfatıyla babanın bütün malvarlığının $\frac{3}{8}$ 'ini talep edebileceklerdi. Dolayısıyla karı-koca arasında yapılan mal rejimi sözleşmesi, hiçbir tenkis ya da denkleştirme talebine maruz kalmaksızın yasal mirasçıların murisin bütün malvarlığından talep edebilecekleri miras payını $\frac{3}{8}$ 'den $\frac{3}{16}$ 'ya indirmiştir.

İkinci örnekte eşler, farklı bir mal rejimi seçmek yerine mevcut hâlihazırda tabi oldukları edinilmiş mallara katılım rejimi çerçevesinde paylaşma oranında değişiklik yapmak istemektedirler. Bu bağlamda özellikle TMK md. 221 f. 1 hükmü önem kazanmaktadır. Bu hükme göre *“Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler”*. Buna göre eşlerden birinin işletmesi bu eşin kişisel malı olarak sayılabilir. Bu bağlamda kadının 2 Milyon TL değerindeki şirketi kadının kişisel malı sayıldığında bunun tereke üzerinde çok ciddi etkileri olacaktır. Şöyle ki koca vefat eder ve eşlerin payı 100.000 TL olarak kabul edilirse, altsoyun saklı payı bu 100.000 TL'nin $\frac{3}{8}$ 'ine tekabül edecektir. Dolayısıyla altsoy, toplam 37.500 TL talep edebilecektir. Oysa kadının işletmesi kişisel mal sayılmasaydı kocanın bu işletmedeki payı da terekeye dâhil olacak, bunun neticesinde tereke 1.100.000 TL'den teşekkül olacak ve altsoyun saklı miras payı 412.500 TL olacaktır. Dolayısıyla taraflar arasında akdedilen sözleşme, mirasçıların yasal payını 412.500 TL'den 37.500 TL'ye indirmiştir. Altsoyun buna karşı miras hukukundan kaynaklanan herhangi bir imkâna başvurma ihtimali de mevcut değildir.

Aynı neticeye TMK md. 227 f. 3'e göre yapılacak bir sözleşme çerçevesinde de varmak gerekecektir. İlgili hükme göre *“Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler”*. Pay oranının değiştirilmesi, tıpkı yukarıda verilen iki örnekte olduğu gibi yasal mirasçıların miras alacaklarını ciddi derecede etkilemeye elverişlidir. Ne var ki bu çerçevede de miras hukukunun öngördüğü koruma hükümlerinin devre dışı kalacağı savunulmaktadır¹¹.

11 Bkz. Regina Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten - Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehrungen, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007, Rz. 6.56 ve orada dn. 77'de atf yapılan eserler.

Dolayısıyla yukarıda verilen örneklerde hukuk düzenimizin, eşler arasındaki malvarlığı rejimine dair tasarruflarını, yasal mirasçılarının menfaatlerine üstün tuttuğunu söylemek mümkündür. Ancak eşler arasındaki malvarlığı düzenine dair tasarruflara atfedilen bu önem eleştirilere de tabi olmuştur. Hatta 11 Temmuz 1979 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda¹² açıkça bu ihtimal dile getirilmiş ve eşlerin mirasçılarının saklı payına etki edecek şekilde tasarruflarda bulunmaları imkânı kısıtlanmaya çalışılmış¹³, ancak söz konusu tasarı yasalaşmamıştır. Her ne kadar hâlihazırdaki düzenleme eşlere yasal mirasçılar aleyhine tasarruflarda bulunma imkânı vererek bu hakkın kötüye kullanılması tehlikesinin de yolunu açmış olsa da, hakkın kötüye kullanılması olgusunun ancak istisnai hallerde gerçekleşeceğine işaret edilmektedir. Buna göre mal rejimi sözleşmesi sadece ya da öncelikle yasal mirasçılarının saklı payına zarar vermek, özellikle ilk evlilikten olan çocukların miras payını azaltmak kastıyla yapıldığı takdirde hakkın kötüye kullanılmasından bahis açılacağı belirtilmektedir¹⁴. Yine belirtelim ki yasal mirasçılarının saklı paylarının eşler arasındaki tasarruf hürriyetine üstün tutulup tutulmayacağı hususu, güncel İsviçre Miras Hukuku Reform Tasarısı'na da konu olmuştur¹⁵.

2. Saklı Payın Mal Rejimi Sözleşmesi Serbestisine Üstün Tutulduğu İstisnai Haller: TMK md. 237 f. 2 ve TMK md. 276 f. 3

Her ne kadar yukarıda kural olarak eşlere mal rejimine dair yapacakları sözleşmeler vesilesiyle mirasın kapsamını ciddi derecede dolaylı da olsa etkileme imkânı tanınmış olsa da kanun, iki istisnai halde miras hukuku hükümlerini mal rejimi hükümlerine üstün tutmuştur. Bunlardan birincisi, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle eşlerin başka bir esas kabul edebileceğini öngören TMK md. 237 hükmüdür. Her ne kadar eşlere böyle bir imkân tanınmış olsa da aynı hükmün ikinci fıkrasında böyle bir sözleşmenin “eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını” zedeleyemeyeceği hüküm altına alınmıştır¹⁶. Dolayısıyla burada

12 Parlamentarische Initiative 76.227, BBl 1977 III 582, 1978 I 181, Tasarının dijital dosyası için bkz. <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10047828&action=open> (Erişim: Temmuz 2017).

13 Bkz. Tasarı s. 1304.

14 BK-Hausheer, Reusser, Geisser, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, 1992, Art. 199 Rn. 16.

15 Tasarı ve Gerekçe için bkz. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) - <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf>.

16 Oysa eski TMK md. 222'ye göre eşlerin ortak altsoyunun da ortaklık mallarının dörtte birinden mahrum edilemeyeceği düzenlenmekteydi, Şıpka, Kaplan, s. 270; eski TMK md. 222 uygulamasına dair bkz. Şıpka, Kaplan, s. 265-269.

miras hukuku, eşlerin mal rejimi çerçevesinde tasarruf imkânlarına nazaran daha üstün tutulmuştur. Edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eşlerin ortak olmayan çocukları için öngörülen bu koruma, aynı şekilde mal ortaklığı rejimi çerçevesinde bütün altsoy için benimsenmiştir. Zira TMK md. 276 f. 1 kural olarak eşlerden birinin ölümü halinde “her eşe veya mirasçılara ortaklık mallarının yarısı”nın verilmesini öngörmekte, f. 2 ise “Mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı”nın kararlaştırılabileceğini hüküm altına almaktadır. Ancak eşlere tanınan bu imkân, f. 3 çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Gerçekten de ilgili hükme göre “Bu tür anlaşmalar altsoyun saklı paylarını zedeleyemez”.

Ancak belirtelim ki miras hukukunun mal rejimi hukukuna üstün tutulduğu bu hükümler, birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Nitekim bu bağlamda özellikle artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle belirlenecek farklı oranın sağlar arası bir işlem mi¹⁷, yoksa ölüme bağlı bir tasarruf¹⁸ niteliği mi taşıdığı İsviçre hukukunda tartışmalıdır. Özellikle eşlerden birinin mal rejimi sözleşmesi sayesinde bütün değer artış payı alacağını diğer eşe bıraktığı sözleşmelerin ölüme bağlı tasarruf niteliği taşıdığı görüşü öne sürülmektedir. Bu hararetili tartışmanın sebebi ise daha çok hukuk politikasını ilgilendiren bir sorundur: Saklı pay hakkı sahibi mirasçılardan korunması mı, yoksa eşlerin aralarında malvarlığı üzerinde tasarruf edebilme hürriyeti mi daha üstün tutulacaktır? Nitekim ilgili sözleşmeler sağlar arası işlem olarak nitelendirildiğinde eşler arasındaki tasarruflar tenkise tabi tutulacak, ölüme bağlı tasarruf niteliği taşıdığına ise zaten değer artış payı alacağı doğrudan terekeden karşılanacaktır.

Evvelden İsviçre Federal Mahkemesi¹⁹ ilgili sözleşmeleri sağlar arası işlem olarak nitelendirmiştir. Nitekim Federal Mahkeme, söz konusu işlemlerin sebebinin kişinin ölümünde değil, mal rejiminde yattığını belirtmiş, eşlerden birinin ölümünün ise ancak ifa zamanıyla alakalı bir unsur olduğunun altını çizmiştir.

17 Philip R. Bornhauser, Die Rechtsnatur der Vorschlagszuweisung und deren Folge für die Erbteilung, *successio* 2011, s. 318 vd., 322; Alexandra Rumo-Jungo, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, *successio* 2007, s. 158 vd.

18 Heinz Hausheer, Die Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in: Peter Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern/Stuttgart 1991, s. 79 vd., s. 82 ve s. 92 vd.; Paul Eitel, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten im Ehegüterrecht und im Erbrecht des schweizerischen ZGB gestern und heute – eine Übersicht, in: Peter Breitschmid/Tugrul Ansay (Hrsg.), 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, Konvergenzen und Divergenzen, Berlin, 2008, s. 154, 157 vd.

Türk hukuku için bkz. Şıpka, Kaplan, s. 273: “Bu sözleşme sağlararası bir kazandırma değildir. [...] Bize göre ortak olmayan altsoyun saklı payını zedeleyen mal rejimi sözleşmesi hüküm doğurmakla birlikte, bu sözleşme bir ölüme bağlı kazandırma olarak kabul edildiğinde, miras hukukundaki ölüme bağlı kazandırmalar gibi tenkise tabi bir tasarruftur”.

19 BGE 82 II 477 vd.

Ardından *Nobel*²⁰ kararında içtihat değişikliğine giden İsviçre Federal Mahkemesi, eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşe bütün değer artış payını tanıyan sözleşmelerin ölümüne bağlı bir bağış niteliği taşıdığını belirtmiş, dolayısıyla ilgili işlemin Art. 522 ZGB (TMK md. 560) çerçevesinde tenkis davasına tabi olacağını ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, bu korumayı sadece altsoy ile sınırlı tutmuş, dolayısıyla ölen eşin ebeveynlerini bu imkândan mahrum kılmıştır.

Ardından İsviçre’de 1979 senesinde sunulan kanun tasarısında²¹ bütün yasal mirasçıların koruma altına alınması öngörülmüştür. Tasarayı hazırlayan yazarlara göre eşlerin tasarruf hürriyeti zaten yeterince korunmaktaydı. Dolayısıyla menfaatleri koruma altına alınması gereken asıl kişilerin altsoy ve hatta ebeveynler olduğu belirtilmiştir. Ancak yasama sürecinde altsoy ve ebeveynlerin menfaatlerini de dikkate alan düzenleme değiştirilmiş ve sadece ortak olmayan altsoy korunmaya layık görülmüştür. Bunun sebebi ise ortak altsoyun bir taraftan ölen murise yakınlığı, diğer taraftan sağ kalan eşin mirasçısı olmaması sıfatıyla onun mirasından mahrum kalacağı gerçeğidir. Dolayısıyla İsviçre kanun koyucusu sadece ortak olmayan altsoyu korumaya layık görmüş ve Art. 216 f. 2 ZGB hükmünü tesis etmiştir.

Söz konusu ihtilafın neticelerini bir örnekle açıklamak isabetli olacaktır²². C, A ve B’nin ortak çocuklarıdır. D ise A’nin bir önceki evlilikten olan oğludur. Eşler ölüm halinde değer artış payının bütünüyle sağ kalan eşe ait olduğu hususunda bir sözleşme yapmışlardır. A, öldüğünde kendi malı olarak 200.000 TL ve değer artış payı olarak 400.000 TL bırakmıştır. B’nin değer artış payı da 400.000 TL’dir. Mal rejimi sözleşmesi sebebiyle A’nın bütün değer artış payı artık B’ye aittir. Dolayısıyla A’nın terekesi 200.000 TL’den müteşekkildir.

Eşler arasındaki sözleşme ölümüne bağlı bir tasarruf olarak değerlendirilmediği takdirde tereke, yasal mirasçılar arasında kanunda öngörülen oranlar dâhilinde paylaşılacaktır. Dolayısıyla sağ kalan eşe 50.000 TL, çocukların her birine de 75.000 TL düşmektedir.

Peki eşler arasında yapılan sözleşme altsoyun saklı payını ihlal etmiş midir? Eşlerin ortak altsoyu C açısından tenkise tabi malvarlığı 200.000 TL’dir. Zira TMK md. 508, 237 f. 2 doğrultusunda eşler arasında yapılan mal rejimi sözleşmesi ortak altsoy olan C’nin saklı payını zedelememektedir. Oysa D’nin saklı payı açısından esas alınması gereken değer, TMK md. 508, 237 f. 2 çerçevesinde 600.000 TL’dir. Nitekim TMK md. 237 f. 2 doğrultusunda eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmesi olmasaydı TMK md. 236 f. 1 çerçevesinde alacaklar

²⁰ BGE 102 II 313 vd.

²¹ Bkz. dn. 12.

²² Jungo, successio, 2007, s. 158, 165.

takas edilecek ve dolayısıyla A'nın artık değer payı terekesine dahil edilecekti. Dolayısıyla A'nın terekesi toplam 600.000 TL'den ibaret olacaktı. Altsoy ile birlikte yasal mirasçı olan eşin payı TMK 499 f. 1 doğrultusunda 1/4 ise ve çocuklar da TMK md. 495 f. 2 sebebiyle eşit oranda mirasa ortaklarsa, D'nin saklı payı TMK md. 505 b. 1 çerçevesinde 3/16'dır ve dolayısıyla 112.500 TL'dir (terekenin tamamının 3/4'ü çocuklara ait ise D'nin yasal miras payı 3/8, saklı payı ise bunun yarısı, yani 3/16 olmalıdır). Dolayısıyla eşler arasında yapılan sözleşme, D'nin saklı payını 62.500 TL oranında ihlal etmiştir.

Belirtildiği üzere tasarruf edilebilen miktarın ortak altsoy ve ortak olmayan altsoy açısından farklı değerlendirmelere tabi tutulması İsviçre kanun koyucusunun açık iradesini ortaya koymaktadır. Türk Medeni Kanunu md. 237 gerekçesine²³ bakıldığında ise Türk kanun koyucusunun değer artış payının bütünüyle sağ kalan eşe özgünlendiği hallerde “ölen eşin mirasçılarının bundan zarar görecekları” hususuna dikkat çekilmiş, bu sebeple “maddenin ikinci fıkrası bu tür anlaşmaların, eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını ihlâl edemeyeceği” belirtilmiştir.

Ancak ortak altsoy ile ortak olmayan altsoy arasındaki bu ayırımın gerçekten de makul bir gerekçeye dayandığı hususuna şüpheli yaklaşmak gerekecektir. Yukarıda belirtildiği üzere ortak olmayan altsoyun korunmaya muhtaç görülmesinin sebebi, ortak olmayan altsoyun sağ kalan eşin mirasçısı olmaması sebebiyle sağ kalan eşin mirasından herhangi bir pay elde edememesidir. Fakat bunun neticesi olarak aynı anne ya da aynı babadan doğan çocukların bir kısmı için saklı pay oranı daha yüksek iken diğer çocuklar, ölen eşin mirasının tümüne kavuşabilmek için sağ kalan eşin “ölümünü beklemek” zorunda kalacaklardır. Dolayısıyla aynı anne ya da aynı babanın çocuklarının bir kısmı, anne ya da babanın ölümünden hemen sonra daha fazla saklı paya sahip olacak, daha fazla miktar üzerinde daha erken bir zamanda tasarruf edebilecektir. Ölen eş ile sağ kalan eşin ortak çocukları ise sağ kalan eşin ölümüyle ancak ortak olmayan çocukların sahip olduğu saklı pay miktarına sahip olacak, ancak bu zamana kadar da tereke, sağ kalan eşin tasarruflarına mahrum kalacaktır. Dolayısıyla altsoy arasında yapılan bu ayırımın gerçekten de tatmin edici nitelikte olduğunu söylemek imkân dâhilinde gözükmemektedir.

23 “Edinilmiş malların önemli bir bölümünü eşlerden birisinin malvarlığındaki artışın oluşturması ve mal rejimi sözleşmesiyle bunun tamamının sağ kalan eşe kalmasının öngörülmesi hâlinde, ölen eşin mirasçılarının bundan zarar görecekları tabiidir. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrası bu tür anlaşmaların, eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını ihlâl edemeyeceğini öngörmektedir. Bu hükümle eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, ortak olmayan çocukların saklı paylarını ihlâl edecek çözümler getirmeleri önlenmek istenmiştir.”

Nitekim altsoyun ortak olup olmadığına göre ayırım yapmanın altsoylar arasında eşitsizliğe yol açacağı gerekçesiyle İsviçre Medeni Kanunu Reform Öntasarısı²⁴ çerçevesinde sunulan öneriye göre sağ kalan eşe bütün değer artış payının ait olacağına dair yapılan mal rejimi sözleşmesi, Art. 494 f. 4'e göre miras sözleşmesi niteliğindedir. Lakin bu çözüm önerisi de sert eleştirilere maruz kalmaktadır. Nitekim sorunun çözüm yeri olarak aile hukuku hükümlerinin değil, miras hukuku hükümlerinin tercih edilmesi kınanmaktadır. Ayrıca diğer mal rejimi sözleşmelerinin kapsam dışı bırakılıp sadece Art. 216'da belirtilen mal rejimi sözleşmelerinin düzenlenmesi de eleştirilmektedir. Artık değer payının tümünün sağ kalan eşe ait olacağına dair mal rejimi sözleşmesinin miras sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde bu tür bir sözleşmenin ölüme bağlı tasarruf niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Bu yönde bir tasarrufun Tasarımın Art. 525 f. 1 hükmüne göre diğer ölüme bağlı tasarruflarla aynı oranda tenkise tabi tutulacaktır. Ancak mal rejimi sözleşmesinden önce başka bir miras sözleşmesi akdedildiği takdirde önceden akdedilen sözleşme öncelikli olacağından²⁵ sonradan yapılan sözleşmenin hiçbir hükmü kalmayacaktır²⁶. Dolayısıyla İsviçre kanun koyucusunun da bu sorunu tatmin edici şekilde bir çözüme kavuşturduğunu söylemek imkân dâhilinde gözükmemektedir.

II. Sağlararası İşlemlerin Mal Rejimine ve Miras Hukukuna Etkileri

Eşlerden birisinin vefatı sebebiyle mal rejimi sona erer ve ölen eş sağlığı esnasında ivazsız kazandırmalarda bulunur ya da malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunursa, gerek mal rejimi hükümleri, gerek ise miras hukuku düzenlemeleri gündeme gelebilecektir. Bunlar başlıca edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eklenecek değerler arasında zikredilen eşin diğer eşin rızası olmaksızın son bir yıl içinde yaptığı karşılıksız kazandırmalar²⁷ ve eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler²⁸ olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında bu tür kazandırmaların TMK md. 669 çerçevesinde denkleştirmeye tabi tutulması ya da TMK md. 565, 508 hükümleri uyarınca tenkis yolunun açık olması söz konusu olabilir. Peki, bu farklı imkânlar arasındaki ilişki nasıl tespit edilecektir?

²⁴ Tasarı ve Gerekçe için bkz. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) - <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf>.

²⁵ Art. 494 f. 3, Art. 526 f. 2.

²⁶ Jungo, *successio* 2016, s. 276, 277 vd.

²⁷ TMK md. 229 f. 1 b. 1.

²⁸ TMK md. 229 f. 1 b. 2.

1. Miras Hukuku Hükümleri Arasındaki İlişki

Öncelikle miras hukuku açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse denkleştirme ile tenkis arasındaki öncelikli fark, iki müessesenin izlediği farklı amaçlardır. Tenkis, saklı paylı mirasçıların bu paylarını korumayı amaçlamaktadır. Oysa denkleştirmeye tabi kazandırmalar, tasarruf oranının aşılmadığı hallerde de uygulama alanı bulabilecektir. Zira denkleştirmenin amacı, “kanuni mirasçılardan bazısının mirasbırakandan vaktiyle elde ettiği özel çıkarı almasaydı doğacak duruma göre paylaşırma yapmak” olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla “burada tasarruf oranını aşan kazandırmaların yasal bir sınıra çekilmesi değil, miras bırakanın kanuni mirasçılardan bazısına diğerleri aleyhine sağlığında yaptığı bazı kazandırmaların terekeye geri verilmesi söz konusudur”²⁹. Belirtelim ki İsviçre Medeni Kanunu md. 527 b. 1, açıkça söz konusu tasarrufların denkleştirmeye tabi olmadıkları durumlarda tenkis talebinde bulunulabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla sıra olarak denkleştirme, tenkisten önce gelmektedir³⁰. Türk Medeni Kanunu md. 565’te ise böyle bir hükme yer verilmemiştir. Yine de Türk hukukunda da aynı netice kabul görmektedir. Nitekim TMK md. 565 b. 1’e göre “kanuni veya iradi denkleştirmeye tabi olan bir kazandırma ancak denkleştirme yükümlülüğünden kurtulduktan sonra tenkise tabi olur”³¹.

2. Mal Rejimi Hükümleri ile Miras Hukuku Hükümleri Arasındaki İlişki

Gerek mal rejimi hukuku çerçevesinde artık değerın hesaplanması aşamasında, gerek ise saklı pay için esas alınacak olan terekenin hesaplanması aşamasında önceden yapılmış olan tasarrufların dikkate alınması hususu gündeme gelebilir. Gerçekten de TMK md. 229, edinilmiş mallara değer olarak eklenecek olan unsurlar olarak (1) “Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar”ı ve (2) “Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirleri” saymaktadır. Benzer şekilde TMK md. 565 b. 3’te “Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar” ile b. 4’te “Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar” zikredilmektedir. Belirtelim ki TMK md. 229 f. 1 b. 1, yapılan kazandırmaların hesaba katılması için, bu kazandırmaların bir yıl önce gerçekleşmiş olması şart-

29 Mustafa Dural, Turgut Öz, *Miras Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, 2015, s. 320.

30 Jungo, *Zusammenwirken von Güterrecht und Erbrecht*, ZBJV 2016, s. 767, 780.

31 Nar, s. 35-36; bununla birlikte iki müessesenin aynı anda devreye giremeyeceği hususunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 389-390.

tını ararken böyle bir şart TMK md. 565 f. 1 b. 1’de öngörülmemiştir³². Ayrıca mal rejimi tasfiyesinde Türk hukukunda dikkate alınacak bağışlamaların süresi bir yıl iken İsviçre hukukunda mal rejiminin tasfiyesinden önceki son beş yılda yapılan bağışlamalar esas alınmaktadır.

Ancak mal rejimi hukukunda bağışlamanın “diğer eşin rızası olmadan” gerçekleşmesi şartı aranırken miras bırakanın herhangi bir kişinin rızasını alması, tenkis talebini ortadan kaldırmayacaktır. Diğer bir ifadeyle murisin bir diğer kişinin rızasını almadan tasarrufta bulunması, tenkis talebinin bir şartı değildir. Gerçekten de TMK md. 229 ile md. 565’in birbirinden farklı gayeleri dikkate alındığında eşin rızası şartının ilgili talebi neden ortadan kaldıracığını anlamak mümkündür. Nitekim TMK md. 229, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eşin artık değer payını talep hakkını korumayı amaçlamaktadır³³. Şayet eş, diğer eşin tasarrufuna rıza göstermiş ise bu kişinin korunmaya ihtiyacı yoktur. Oysa tenkis talebi bağlamında amaç, yasal mirasçılardan saklı pay taleplerini korumaktır. Dolayısıyla saklı payı zedelenen mirasçının bu ihlale önceden onay vermesi söz konusu değildir.

Nihayet TMK md. 229 f. 2 ve TMK md. 565 b. 4, kişinin kanunda öngörülen koruma mekanizmasını devre dışı bırakmak amacıyla gerçekleştirdiği tasarrufları ele almaktadır. Bir taraftan katılma alacağının azaltılması kastıyla yapılan devirler, diğer taraftan saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacıyla yapılan kazandırmalar esas alınmaktadır. Ancak bu çerçevede de İsviçre hukukuna kıyasla Türk hukukunda her iki müessese arasında bir benzerliğin olduğunu söylemek mümkündür. Şöyle ki İsviçre hukukunda tenkis talebi bağlamında saklı pay kurallarını etkisiz hale getirme amacının açık olması şartı aranırken diğer eşin katılma alacağının devre dışı bırakmak amacıyla yapılan tasarruflarda böyle bir şart aranmamaktadır. Dolayısıyla Art. 208 çerçevesinde eşin olası kasıtlı davranmış olması yeterli gözükmektedir. Türk hukukunda ise TMK md. 229 f. 2’de açıkça “*diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirleri*” denilmekle kasıt şartının açıkça zikredildiği görülmektedir. Dolayısıyla bu çerçevede olağan kastın yeterli olmayacağı, tıpkı miras hukukunda olduğu gibi bu çerçevede de açık bir azaltma amacının güdüldüğünün ispat edilmesi şartının aranması gerektiği söylenebilecektir³⁴.

Öte yandan mirasta denkleştirme ile mal rejimi tasfiyesi çerçevesinde denkleştirme alacağı arasında bir benzerlikten bahis açılmayacaktır. Nitekim mirasta denkleştirme mirasçılar arasındaki eşitliği sağlamayı amaçlarken eşler

32 Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 508.

33 Öztan, s. 504-505.

34 Bu hususta bkz. Öztan, s. 508-509.

arasındaki denkleştirme talebi, eşlerin malvarlığından yapılan kazandırmaları esas almaktadır. Oysa miras hukukunda mirasçının malvarlığından herhangi bir kazandırma yapılması söz konusu değildir.

Peki ölen eş, edinilmiş mallar ile üçüncü bir kişi, altsoy ya da diğer eş lehine sağlığında bir kazandırmada bulunduğu takdirde hangi hükümler uygulanacaktır? Türk Medeni Kanunu md. 229 dikkate alındığında burada özellikle eşin rızasının olup olmadığına bakılması gerekecektir. Eşin rızası var ise TMK md. 229 çerçevesinde bir ekleme yapılması gündeme gelmeyecektir. Aynı şekilde diğer eşin söz konusu kazandırmanın lehtar olması halinde de TMK md. 229'un öngördüğü koruma mekanizmasının uygulama alanı bulmasına gerek olmayacaktır³⁵. Zira ilgili hüküm, sadece üçüncü kişiler lehine yapılan kazandırmaları esas almaktadır. Dolayısıyla diğer eş lehine yapılan kazandırmalarda ancak denkleştirme ve tenkis hükümleri gündeme gelecektir. Eşin rızasının olmadığı durumlarda ise kazandırma, gerek mal rejimi, gerekse miras hukuku açısından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda mal rejimi tasfiyesinin terekenin paylaşımından önce yapılması gerektiği kuralını bir kez daha hatırlatmakta fayda vardır.

Bu çerçevede ortaya çıkan sorunlardan ilki, diğer eş lehine gerçekleşen kazandırmanın bütünüyle mi, yoksa eşin artık değer payıyla sınırlı olarak mı TMK md. 565 b. 3 çerçevesinde tenkise tabi tutulacağına ilişkindir. Bu sorunu hemen bir örnekle izah edecek olursak³⁶: A, eşi B'ye evliliği esnasında edinilmiş mallardan 100.000 TL bağışlar, kısa bir süre sonra vefat eder ve ardında 500.000 TL değer artış payı bırakır. B'nin ise kendi malı niteliğinde A'dan aldığı 100.000 TL'si mevcuttur. Düzenlenen bir vasiyetname ile A, çocuklarının miras payını saklı pay oranıyla sınırlandırmış ve B'ye tasarruf edilebilir miktarın tümünü bırakmıştır.

Mal rejimi açısından olay incelendiğinde TMK md. 229'a göre eklenecek bir değer olmadığı aşikârdır. Nitekim kazandırma eş lehine gerçekleştiği için somut olayda değer artış payı, 500.000 TL üzerinden hesaplanacaktır. B'ye düşen pay ise bu bağlamda 250.000 TL'dir.

Peki tereke hesaplanırken sağ kalan eş lehine yapılan kazandırma hangi oranda dikkate alınacaktır? İsviçre Federal Mahkemesi eski içtihadında kazandırmanın mal rejiminden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğine, dolayısıyla tümüyle tenkise ya da denkleştirmeye tabi tutulacağına hükmetmiştir³⁷. İlgili kararda kazandırmanın bir bütün halinde denkleştirme ya da tenkise tabi tutulmaması halinde miras bırakanın saklı pay miktarı ve dolayısıyla tasarruf edi-

35 BK-Hausheer, Reusser, Geiser, Art. 208 kn. 23; Jungo, ZBJV 2016, s. 781.

36 BK-Hausheer, Reusser, Geiser, Art. 208 Rn. 59.

37 BGE 107 II 119.

lebilir miktar üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği belirtilmiş ve saklı pay hükümlerinin dolanılması tehlikesine işaret edilmiştir³⁸. Ayrıca mal rejimi hukuku ile miras hukukunun birbiriyle karıştırılmaması gerektiği de vurgulanmıştır³⁹.

Yukarıda verilen örnek açısından bu içtihadın neticesi, A'nın hayatta iken B lehine gerçekleştirdiği kazandırmanın tümüyle dikkate alınması gerektiridir. Dolayısıyla A'nın terekesi hesaplanırken 250.000 TL'lik değer artış payına, B lehine yapılan 100.000 TL'lik kazandırma tamamıyla eklenmelidir. Bu sayede A'nın terekesi 350.000 TL'ye ulaşacaktır. Altsoyun yasal miras payı, TMK md. 499 b. 1 çerçevesinde 3/4 olduğuna göre ve saklı payları da TMK md. 506 b. 1'e göre bunun yarısı, yani 3/8 olduğuna göre altsoyun saklı payı 131.250 TL olacaktır (350.000 x 3/8). Sağ kalan eşin malvarlığı ise bu durumda 468.750 TL olacaktır (100.000 TL A tarafından gerçekleştirilen kazandırma + (218.750 – 100.000 tenkis sonrası) 118.750 TL miras payı + 250.000 TL değer artış payı).

Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu değerlendirmesi çerçevesinde A'nın B lehine gerçekleştirdiği kazandırmanın kazanılmış mallardan gerçekleştirildiği gerçeği gözden kaçırılmaktadır. Nitekim bu görüş doğrultusunda lehine tasarrufta bulunulan eş netice itibarıyla daha da kötü bir konuma sahip olmaktadır. Bu sebeple de edinilmiş mallar çerçevesinde gerçekleşen bir kazandırmanın ancak yarısının tenkis ya da denkleştirme talebine konu olabileceği savunulmaktadır. Nitekim şayet muris sağ kalan eş lehine herhangi bir tasarrufta bulunmasaydı, bu miktarın ancak yarısı terekeye dâhil edilecek, diğer yarısı ise değer artış payı olarak sağ kalan eşe ait olacaktı. Dolayısıyla yukarıdaki görüşe göre eş hiç bağışlama yapılmadığı takdirde eş daha avantajlı bir konuma sahip olacaktı. Bu hususu yukarıda verilen örnek çerçevesinde açıklayacak olursak: A'nın terekesi öncelikle değer artış payı olan 250.000 TL'den oluşmaktadır. Buna B'ye bağışlanan 100.000 TL'nin yarısı eklendiğinde saklı paya esas teşkil edecek olan değer 300.000 TL olacak, altsoya toplam 112.500 TL düşecek ve dolayısıyla B, terekeden toplam 137.500 TL daha alacaktır (187.500 TL saklı pay – tenkis sonrası A'ya kalan 50.000 TL). B'nin toplam malvarlığı bu görüşe göre 250.000 TL değer artış payı + 100.000 TL A'nın bağışladığı miktar + 137.500 TL tereke alacağı olarak toplam 487.500 TL olacaktır. Görüldüğü gibi B bu durumda Federal Mahkeme'nin görüşüne kıyasla 18.750 TL daha fazla bir malvarlığına sahip olacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi, daha sonra BGE 127 III 396 kararında, kazandırmanın diğer eş lehine yapıldığı hallerde ilgili görüşün sebebiyet verdiği olumsuz

38 BGE 107 II 119, E 2d.

39 BGE 107 II 119, E 2d.

neticelere ve bu bağlamda doktrindeki eleştirilere açıkça yer vermiş, ancak ihtilafa konu olan olayda sağ kalan eş lehine bir kazandırma söz konusu olmadığı için bu eleştirilere cevap verme ihtiyacı doğmadığını belirtmekle yetinmiştir⁴⁰.

Kazandırmaların tenkis ya da denkleştirmeye tabi olup olmayacağı sorunu sadece kazandıran eşin terekisi açısından değil, kazandırmada bulunan eşin sağ kalan eşinin terekisi açısından da gündeme gelecektir. Eş, diğer eşin yaptığı kazandırmaya rıza göstermiş ve ardından rıza gösteren eşin ölümü sebebiyle mal rejimi sona ermişse, mal rejimi açısından eklenecek herhangi bir değer söz konusu değildir. Ancak eşin rıza göstermesi sebebiyle lehine kazandırmada bulunan kişi, rıza gösteren eşin mirasçılarının tenkis ya da denkleştirme taleplerine muhatap olabilecek midir? Bu soruyu olumsuz yanıtlayan *Hausheer/Reusser/Geiser*, rıza gösteren eşin ileride elde edeceği bir kazançtan feragat etmekle diğer eş lehine bir kazandırmada bulunduğunu, dolayısıyla kazandırma işlemine rıza gösterilen mal rejimi tasfiyesi aşamasında eklenecek değer olmaması sebebiyle malvarlığında bir kazanımın meydana geldiğini, ancak burada malvarlığında artış meydana gelen kişinin kazandırmanın muhatabı olmadığını vurgulamaktadır. Gerçekten de diğer eşin kazandırma işlemine rıza gösteren eş, bu rızası ile lehine kazandırmada bulunulan kişinin malvarlığında bir artışa doğrudan sebebiyet vermemektedir. Kazandırmanın muhatabı olan kişi, diğer eşin kazandırma işlemiyle malvarlığında bir artış elde etmektedir, eşin rızasıyla değil. Dolayısıyla kazandırmanın muhatabına karşı denkleştirme ya da tenkis talebinde bulunulması imkân dâhilinde değildir⁴¹. Ancak eşlerden birinin ölümü yakın olduğu hallerde diğer eşin ölecek olan eşin mirasçılarının paylarını azaltmak amacıyla kendi mirasçılara ölecek olan eşin rızasıyla gerçekleştirdiği kazandırmalarda TMK md. 565 b. 4 çerçevesinde tenkis talepleri gündeme gelebilecektir.

Nihayet eşin diğer eşin gerçekleştirdiği kazandırma işlemine rıza göstermesi ve dolayısıyla mal rejimi çerçevesinde herhangi bir talepte bulunmayacağını belirtmesi, aynı zamanda miras hukuku açısından da denkleştirme ya da tenkis talebinde bulunulmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira böyle bir işlem altsoyun saklı paylarına müdahale anlamına geldiği için miras sözleşmesi çerçevesinde öngörülen resmi şekle tabidir⁴². Oysa TMK md. 229 bağlamında gerçekleştirilen bağışlamalara verilecek rıza herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Dolayısıyla alelade bir beyandan ibaret olan rızanın şekil şartına tabi miras sözleşmesi ile aynı etkileri doğurması söz konusu olamaz⁴³.

40 BGE 127 III 396.

41 Hausheer, Reusser, Geiser, Art. 208 kn. 60-61.

42 TMK md. 528, 545.

43 Jungo, successio 2016, s. 781.

III. Alternatif Olarak Sağ Kalan Eşin Miras Payının Sabit Oran Olarak Kabul Edilmesi

Mal rejimi hükümleri ile miras hükümleri arasındaki ilişki çerçevesinde işaret edilen sorunların önlenmesi amacıyla sağ kalan eşin miras payının sabit oranda kabul edilmesi bir ihtimal olarak düşünülebilir.

Nitekim Alman hukukunda eşlerden birinin ölümü halinde mal rejimi tasfiyesi, mal rejimi hükümlerine göre değil, sağ kalan eşin yasal miras payına dörtte birlik bir payın ilave edilmesi suretiyle gerçekleşmektedir⁴⁴. Değer artış payının bu götürü şekliyle tasfiye edilmesi, sağ kalan eşin diğer mirasçılarla mal varlığı paylaşımı çerçevesinde çıkabilecek muhtemel ihtilafları önlemek amacıyla gütmektedir. Öte yandan sağ kalan eş ile birlikte mirasçı olan diğer kişilerin sağ kalan eşin değer artı payını hesaplamak için ellerinde çoğu zaman yeterli veri bulunmadığı için bunlar açısından da bir kolaylık söz konusudur⁴⁵. Dolayısıyla mal rejimi tasfiyesi, miras hukuku hükümleriyle gerçekleşmektedir. Hatta sağ kalan eşin değer artış payı alacağı olup olmadığı da herhangi bir önem taşımamaktadır. Bilakis eşin hiçbir değer artış payı alacağı söz konusu olmasa dahi yasal miras payına ¼ ilave edilen pay suretiyle mal rejimi tasfiyesi gerçekleştirilmektedir. Ancak bu götürü tasfiye usulünün yegâne şartı, eşin ölümü esnasında eşler arasında kabul edilen mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olmasıdır. Dolayısıyla eşler evlilik sözleşmesi çerçevesinde başka bir mal rejimi benimsedikleri halde (§ 1408, § 1414 BGB) ya da mahkeme kararıyla farklı bir mal rejimine hükmedilirse (§ 1385, § 1386, § 1388) mal rejimi tasfiyesinin götürü oranla belirlenmesi gündeme gelmeyecektir⁴⁶.

Buna göre ölen eş ölümüne bağlı herhangi bir tasarrufta bulunmadı ve yasal miras payları söz konusu ise sağ kalan eş, birinci derece akrabalarla birlikte (örneğin çocuklarla) terekenin dörtte birine, ikinci derece akrabalarla terekenin yarısına sahip olacak iken ilave edilen ¼ lük pay sayesinde birinci derece akrabalarla terekenin yarısını talep etme hakkına sahip olacaktır. Belirtelim ki sağ kalan eşin yasal miras payına eklenen ¼'lük oran aynı zamanda saklı payları da etkilemektedir. Nitekim yasal miras payı artan eşin saklı pay oranı da aynı şekilde artmaktadır. Buna mukabil diğer mirasçıların ise saklı pay oranları düşmektedir.

Öte yandan sağ kalan eş mirası reddettiği takdirde mal rejimi tasfiyesi hükümlerine göre tasfiye talebinde bulunabilecektir. Bu durumda sağ kalan eş,

44 BGB § 1371 f. 1.

45 Koch, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Rixecker, Oetker, Limperg (Hrsg.), Band 8: Familienrecht I – §§ 1297-1588 BGB, 7. Aufl., München 2017, § 1371 kn. 1.

46 Wilfried Schlüter, *BGB-Familienrecht*, 14. Aufl., Heidelberg 2012, s. 112 kn. 139.

değer artış payı talep hakkı (§ 1378 f. 1) yanında saklı pay talebinde de bulunabilecektir. Ne var ki sağ kalan eşin saklı payı, yasal miras payına ilave edilen herhangi bir oran olmadığı için kanunda öngörülen oran doğrultusunda belirlenecek, yani ¼'lük bir artış gerçekleşmeyecektir.

Nihayet ölen eşin sona eren evlilik ilişkisinden olmayan, yani başka bir evlilikten meydana gelmiş çocukları mevcut ise, tereke payına ¼'lük oran eklenen sağ kalan eş, bu çocukların uygun bir eğitim için gerekli masrafları eklenen orandan karşılamak zorundadır (§ 1371 f. 4).

Ancak belirtelim ki bu çözüm yolu gerek mal rejimi, gerekse miras hukuku açısından birçok çelişkiyi de beraberinde getirmektedir. Nitekim mal rejimi hukuku açısından bakıldığında eşin gerçekten de değer artış payının olup olmadığı hiçbir önem taşımayacaktır. Gerçekten de götürü bedel belirlenirken esas alınan "olağan" hal şudur: eşlerden birisi çalışıyor (ki bu genellikle kocadır) ve mal varlığı ediniyor, diğer eş ise evliliği boyunca herhangi bir kazanç elde etmiyor; genellikle ilk ölen koca olduğu için ve kadın herhangi bir kazanç elde etmediği için kadının mal rejimi tasfiyesi çerçevesinde kocasından talep edebileceği değer artış payı, miras payına ¼ oranında eklenmektedir⁴⁷. Ayrıca mal ayrılığı rejimi ile mal ortaklığı rejimi arasında hiçbir farkında kalmayacağı öne sürülmektedir. Şöyle ki § 1931 f. 4 hükmüne göre sağ kalan eşle birlikte bir ya da iki çocuk mevcut ise, eş terekenin yarısına sahip olur. Aynı durum, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde sağ kalan eş için de söz konusudur. Zira bu durumda da sağ kalan eş, terekenin yarısına sahip olacaktır⁴⁸ (§ 1931 f. 1, § 1371 f. 1 BGB).

Nihayet sağ kalan eş, mirası reddedip saklı paylarla yetinmenin mi, yasal mirasçı sıfatıyla kendisine tanınan götürü oranı talep etmenin mi daha uygun bir çözüm yolu olacağını hesaplamak için yine de değer artış payını hesaplamak zorunda kalacaktır. Aynı durum mirasın intikali açısından ödenecek vergi açısından da söz konusudur. Bu çerçevede de § 1371 f. 1 BGB düzenlemesinden bağımsız olarak değer artış payının belirlenmesi gerekmektedir⁴⁹.

Dolayısıyla Alman hukukunda öngörülen götürü pay oranı şeklinde mal rejimi tasfiyesinin de tatmin edici bir çözüm yolu olduğunu söylemek imkân dâhilinde gözükmemektedir.

Sonuç

Netice itibarıyla hukuk düzenimizin, eşlerin mal rejimi hususunda yaptıkları sözleşmeleri kural olarak miras hukukuna üstün tuttuğunu söylemek mümkün-

47 Thomas Rauscher, *Familienrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2008, s. 278 kn. 377.

48 Rauscher, s. 278 kn. 378.

49 Koch, *MüKo-BGB*, § 1371 kn. 2 vd.

dür. Gerçekten de eşler, mal rejimini değiştirerek, ortak mallarını eşlerden birinin kişisel malı sayarak (TMK md. 221) ya da değer artış payı oranını değiştirerek (TMK md. 227 f. 3) terekenin kapsamını ciddi derecede etkileme imkânına sahiptirler. Hakkın kötüye kullanılması sınırının aşılması kaydı ile eşler, bu sayede mal rejimi hususunda diledikleri şekilde tasarrufta bulunabilme hürriyetine sahiptirler.

Ancak hukuk düzeni, TMK md. 237 f. 2 ve TMK md. 276 f. 3'te bu hürriyetin sınırlarını çizmiştir. Ne var ki bu çerçevede de bir taraftan bütün değer artış payının sağ kalan eşe verilmesine dair mal rejimi sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte diğer taraftan TMK md. 237 f. 2'de neden sadece ortak olmayan altsoy için mal rejimi hükümlerinin sınırlandırıldığına dair makul bir gerekçeye rastlamak mümkün gözükmemektedir. Bilakis eşlerin tasarruf özgürlüğüne miras hukuku açısından sınırlandırma getiren ilgili düzenlemenin daha da çok tartışmalara sebebiyet verdiği neticesine varılmaktadır.

Eşlerin sağlararası gerçekleştirdikleri tasarruflar açısından mal rejimi hukuku da (TMK md. 229), miras hukuku da (TMK md. 565) koruma mekanizmaları öngörmektedir. Hükümlerin niteliklerinden kaynaklanan bazı farklılıklar bir yana, mal rejimi çerçevesinde eşin tasarrufuna rıza gösteren eşin mirasçılarının bu sebeple tenkis ya da denkleştirme talebinde bulunamayacaklarını söylemek imkân dâhilinde gözükmemektedir. Bilakis mal rejimi hukuku bağlamında açıklanan rızanın miras hukukuna herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarının aksine diğer eş lehine gerçekleştirilen kazandırma, bütünüyle değil, ancak eşin artık değer payıyla sınırlı olacak şekilde tenkis talebine tabi tutulmalıdır. Yine kazandırmanın muhatabı olan eşe karşı tenkis talebinde bulunmak da mümkün değildir.

Nihayet Alman hukukunda, eşlerden birinin ölümü halinde mal rejimi tasfiyesinin, sağ kalan eşin miras oranına $\frac{1}{4}$ eklenmesi suretiyle gerçekleşeceğini öngörülen sistem, ilk bakışta mirasçılar arasında yaşanacak muhtemel ihtilafları baştan bertaraf edecek nitelikte gibi gözükse de, sağ kalan eşin her halükarda değer artış payını hesaplamak zorunda kalması sebebiyle makul bir çözüm yolu olarak gözükmemektedir.

KAYNAKLAR

- Aksoy, Muammer, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı*, Ankara, 1964.
- Alexandra Jungo, Zusammenwirken von Güterrecht und Erbrecht, ZBJV 2016, s. 767 vd.
- Alexandra Rumo-Jungo, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, successio 2007, s. 158 vd.

- Antalya, Gökhan, *Miras Hukuku*, İstanbul, 2015.
- Ayan, Mehmet, *Miras Hukuku*, 5. Baskı, Konya, 2009.
- Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg.).
- Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, H. Hausheer/R. Reusser/T. Geiser (Hrsg.), 1992.
- Çağa, Tahir, *Türk - İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçılarının Hukuki Vaziyeti*, İstanbul, 1950.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, *Aile Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul, 2015.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut, *Miras Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, 2015.
- Ergüne, Mehmet Serkan, *Vasiyetnamenin Yorumu*, İstanbul, 2011.
- Heinz Hausheer, Die Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in: Peter Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern/Stuttgart 1991.
- İmre, Zahit / Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras-Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler*, 2. Baskı, Ankara, 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, 1987.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Band 8: Familienrecht I – §§ 1297-1588 BGB, 7. Aufl., München 2017.
- Nar, Ahmet, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul, 2016.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2015.
- Paul Eitel, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten im Ehegüterrecht und im Erbrecht des schweizerischen ZGB gestern und heute – eine Übersicht, in: Peter Breitschmid/Tugrul Ansay (Hrsg.), 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, Konvergenzen und Divergenzen, Berlin 2008, s. 154 vd.
- Philip R. Bornhauser, Die Rechtsnatur der Vorschlagszuweisung und deren Folge für die Erbteilung, *successio* 2011, s. 318 vd.
- Rauscher, Thomas, *Familienrecht*, 2. Aufl., Heidelberg, 2008.
- Regina Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten - Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007.
- Schlüter, Wilfried, *BGB-Familienrecht*, 14. Aufl., Heidelberg, 2012.
- Şıpka, Şükran / Kaplan, Hasan Ali, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy’a Etkisi”, *Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan*, Ankara, 2004, s. 263 vd.

- Turanboy, K. Nuri, *Miras Birakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri*, Ankara, 2010.
- Yağcı, Kürşat, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*, İstanbul, 2013.

Elektronik Kaynaklar

- Parlamentarische Initiative 76.227, BBl 1977 III 582, 1978 I 181, <https://www.ams-druckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10047828&action=open> (Erişim: Temmuz 2017).
- Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) - <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vnber-d.pdf> (Erişim: Temmuz 2017).

ÖZ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi, miras hukuku açısından birçok soruyu da beraberinde getirecektir. Eski kanun döneminde mal ayrılığı rejimi sebebiyle eşlerden birinin ölümü halinde mal rejimi tasfiyesi aşamasında pek çok sorunla karşılaşılmaz iken yeni kanun döneminde gerek eşlerin sağlığı esnasında gerçekleştirdikleri kazandırmalar, gerek mal rejiminde yaptıkları değişiklikler, sadece mal rejimi hükümleri açısından değil, miras hukuku açısından da farklı sorunları beraberinde getirebilecektir. Çalışmanın amacı, eşlerin mal rejiminde yaptıkları değişikliklerin ve sağlararası kazandırmalarının miras hukuku ile olan ilişkisini ortaya koymak, bu çerçevede ortaya çıkabilecek muhtemel ihtilaflara işaret etmek ve mümkün olduğu takdirde çözüm yolları sunmaktır.

Anahtar kelimeler: Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ayrılığı rejimi, miras hukuku, sağlararası kazandırmalar.

