

## EŞLER VE YAKIN AKRABALAR ARASINDAKİ İVAZLI TASARRUFLARIN BAĞIŞLAMA SAYILMASIYLA İLGİLİ İİK M. 278/3-1 HÜKMÜNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME<sup>(\*)</sup>



**Dr. Öğr. Üyesi Efe DİRENİSA<sup>(\*\*)</sup>**

Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,  
Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi



**Öz:** İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde borçlunun eş veya belli bir dereceye kadar olan yakın akrabalarıyla gerçekleştirdiği bazı ivazlı tasarrufların bağışlama sayıldığı ve iptal edileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm borçlular için herhangi bir usûlî güvence içermemekte ve onların savunma haklarını ölçsüz bir şekilde sınırlamaktadır. Anayasa Mahkemesi de 15.11.2018 tarihli ve 30596 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 11.07.2018 tarihli ve 9/84 sayılı kararıyla, somut norm denetimi başvurusu yoluyla önüne gelen İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendini denetlemiş; hükümde yer alan ve konu bakımından yetkisi kapsamında olan “neseben veya” ibaresini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu karar sonrası İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinin henüz bir norm denetimine konu edilmemiş kısmının hem yerindeliği hem de Anayasa'ya uygunluğu tartışmalı hâle gelmiştir. Bu çalışmada ilk olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrası ele alınacak, ardından Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı ve bu karar sonrası hükmün yürürlükteki hâli ispat hakkının sınırlanmasında dikkate alınması gereken kriterler kapsamında değerlendirilecektir. Son olarak yapılması gereken yeni düzenlemeye ilişkin çözüm önerisinde bulunulmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Tasarrufun İptali Davası, Bağışlama, İvazlı Tasarrufların İptali, Karine, Varsayım, Adil Yargılanma Hakkı, Mülkiyet Hakkı, İspat Hakkı, Ölçülülük.

---

(\*) Hakemli makaledir,  
Makale geliş tarihi: 21.05.2020 - Makale kabul tarihi: 04.06.2020.

(\*\*) E-posta: direnisa@tau.edu.tr,  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2220-9468>.

## An Assessment Regarding Art. 278/3-1 of the CEB Assuming Onerous Disposals of Spouses and Relatives as Donation

**Abstract:** First subparagraph of the third paragraph of the article 278 of the Code of Enforcement and Bankruptcy (“CEB”) regulates that some onerous acts of disposal carried out between the debtor and his/her spouse or several relatives shall be deemed as donation and canceled. The provision in question does not contain any procedural safeguard for debtors and restricts unproportionally their defense rights. In its judgment dated 11.07.2018 and numbered 9/84 published in the Official Gazette dated 15.11.2018 and numbered 30596, The Constitutional Court has found the phrase “relative by blood or” of this provision unconstitutional and annulled that on said ground. After that decision, the expediency and constitutionality of the remainder of the first subparagraph of the third paragraph of article 278 of the CEB has become controversial. Within this context, in this article, third paragraph of article 278 of the CEB will be interpreted specifically, then the Constitutional Court judgment and the current version of said provision will be discussed in the light of the criteria which restrictions to right to prove must be in conformity with. Lastly, some suggestions will be asserted regarding the new provision which has to be adopted.

**Keywords:** Action for Rescission, Donation, Annulment of Onerous Disposals, Conjectio, Presumption, Right to a Fair Trial, Right of Property, Right to Prove, Proportionality.

### Giriş

Tasarrufun iptali davası 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun<sup>1</sup> 277 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre belli şartlar altında, borçlunun tasarruf yetkilerinin kısıtlanmamış olduğu dönemde gerçekleştirdiği şüpheli tasarrufların alacaklılar yönünden iptal edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, takip hukuku bakımından alacaklıların bu tasarrufların kendilerini zarara uğratma kastını içerdiğini ispat edebilmeleri çoğunlukla zordur. Bu nedenle tasarrufun iptaline ilişkin düzenlemelerde alacaklıların lehine ispat kolaylığı sağlayan birtakım hükümler kabul edilmiştir.

Alacaklıların ispat yükünü hafifletmek için getirilen düzenlemelerden birisi de borçlunun eşi ve yakın akrabaları ile gerçekleştireceği ivazlı tasarrufların bağışlama hükmünde olacağı ve iptal edileceğini öngören İcra ve İflâs Kanunu’nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendidir. Bu hükme göre alacağın doğumundan sonra olmak kaydıyla borçlunun hacizden, haczedilecek mal bulunmaması hâlinde aciz belgesi verilmesi tarihinden veya iflâsın açılmasından önceki iki yıllık dönemde, hükümde sayılmış olan yakınları ile yaptığı ivazlı tasarruflar bağışlama sayılarak iptal edilir. Bu tasarrufların iptal edilmesi bakımından ivazın olması gereken tutarda olup olmadığının (gerçek değeri yansıtmadığının), alacaklıların lehine olup olmadığının veya alacaklılara zarar verme kastının bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur. Dolayısıyla bu dü-

<sup>1</sup> RG, 19.06.1932, S. 2128.

zenleme alacaklılar için oldukça lehe olmakla birlikte, borçlu için önemli bir temel hak kısıtlaması niteliği taşır. Nitekim hükmün bu yönüyle Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi başvurusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi konu bakımından kendi yetkisi kapsamında kalan "neseben veya" ibaresini Anayasa'nın 13. 35. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu karar söz konusu hükmün bir bütün olarak Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusunda önemli bir tartışmaya sebebiyet vermiştir.

Bu çalışmada İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendi yukarıda değinilen yönleriyle değerlendirilecektir. Bu kapsamda öncelikle anılan madde takip hukuku bakımından incelenecektir. Söz konusu maddeyle ilgili 11.07.2018 tarihli ve 9/84 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı<sup>2</sup> irdelendikten sonra yürürlükteki düzenlemenin durumu ve yapılması gereken yeni düzenlemede bulunması gereken unsurlar ele alınacaktır.

## I. İptal Davasında Yakınlar Arasındaki İvazlı Tasarrufların Bağışlama Sayılması

### A. Genel Olarak

Takip hukuku uygulamasında, haciz veya iflâs kararının verilebilme olasılığının ortaya çıktığı durumlarda, borçluların kendi malvarlıkları üzerinde alacaklıların aleyhine bazı tasarruflarda bulunabildikleri sıklıkla görülür.<sup>3</sup> Bu tasarruflar kural olarak, alacaklılar borçlunun kalan malvarlığından alacaklarını tahsil edebildiği ölçüde, alacaklıları ilgilendirmemelidir. Bununla birlikte, alacaklıların haciz veya iflâs yoluyla takip neticesinde alacaklarını kısmen veya tamamen elde edemediği durumlarda bu şüpheli işlemler önem kazanır. Bu kapsamda, İcra ve İflâs Kanunu'nun 277. ve devamı maddeleri, alacağını tahsil edemeyen alacaklılar için, borçlunun bu tür şüpheli işlemlerini iptal ettirip, söz konusu işleme konu edilen malı sattırarak alacaklarını tahsil etme imkânı getirmiştir.

<sup>2</sup> RG, 15.11.2018, S. 30596.

<sup>3</sup> **Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M.**, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 857; **Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 551; **Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2019, s. 483; **Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013, s. 1396; **Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, 3. Bası, İstanbul 1997, s. 3406; **Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 28. Bası, Ankara 2014, s. 611; **Postacıoğlu İ. E.**, İktisatçılar İçin Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Bilgileri, İstanbul 1967, s. 178; **Ulukapı Ö.**, İcra ve İflâs Hukuku, Konya 2015, s. 497; **Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası, Ankara 2019, s. 536; **Börü L.**, İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kasından Dolayı İptal Davası (İİK M. 280), AÜHFD, C. 58 S. 3, 2009, s. 483; **Muşul T.**, İcra ve İflâs Hukuku, C. II, 5. Bası, Ankara 2013, s. 1490; **Halman Çetin E.**, Tasarrufun İptali Muvazaa İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear, Ankara 2016, s. 4; **Gürdoğan B.**, İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966, s. 220; **Çiftçi P.**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s. 379; **Stahlin A.**, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG), B. II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 285, N. 1; **Kurzkommentar SchKG, Hunkeler D.**, Kurzkommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 285, N. 1-2; **Zobl D.**, Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 96/2000, s. 25; **Reiser H.**, Die paulianische Anfechtung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, SJZ 108/2012, s. 101-102.

İptal davası, bir borçlunun, mallarının haczinden veya iflâsın açılmasından önce, alacaklılarından mal kaçırmayı amaçlayarak, alacaklılarının zararına yaptığı bazı tasarrufların iptal ettirilebilmesi ve alacaklının alacağına kavuşması için getirilmiş bir başvuru yoludur.<sup>4</sup> İptal davası, niteliği ve amacı itibarıyla bir eda davasıdır.<sup>5</sup> İptal davasında borçlunun henüz tasarruf yetkilerinin kısıtlanmamış olduğu dönemde üçüncü kişiyle yapmış olduğu ve alacaklıya zarar veren işlemlerin, sanki işlemlere konu mallar borçluya aitmiş gibi, alacaklı yönünden iptal edilmesi amaçlanır.<sup>6</sup> Tasarrufun iptali davasıyla, borçlunun malvarlığının aktifini azalttığı tasarruf işlemleriyle alacaklıları zarara uğratması önlenir.<sup>7</sup>

- <sup>4</sup> **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 857; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, Ders Kitabı, s. 551; **Ansay S. Ş.**, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Bası Ankara 1960, s. 330; **Atalı M./Ermenek İ.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2018, s. 248; **Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019, s. 725; **Belgesay M. R.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 4. Bası, İstanbul 1954, s. 473; **Berkin N. M.** İflâs Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1972, s. 489; **Kuru**, Ders Kitabı, s. 483; **Kuru**, İİH El Kitabı, s. 1396-1397; **Kuru**, Şerh, C. IV, s. 3407, 3409; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 612; **Ulukapı**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 497; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 536; **Yılmaz E.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 1203; **Börü**, s. 483; **Umar B.**, Türk İcra - İflâs Hukukunda İptal Davası, İstanbul 1963, s. 19-20; **Yıldırım M. K.**, İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s. 270; **Karslı A.**, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 550; **Yıldırım M. K./Deren-Yıldırım N.**, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016, s. 565; **Uyar T./Uyar A./Uyar C.**, Tasarrufun İptali Davaları, 5. Bası, Ankara 2018, s. 5, 11; **Oskay M./Kaçak C./Deynekli A./Doğan A.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. V, Ankara 2007, s.5852; **Halman Çetin**, s. 3; **Günay E.**, Tasarrufun İptali Davası (Borçlu Muvazaası), Ankara 2016, s. 19; **Muşul T.**, İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2. Bası, Ankara 2017, s. 17-18; **Konuralp O. E.**, Anayasa Mahkemesi'nin Kısmi İptal Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu'nun 278'inci Maddesine Yönelik Bir Çözüm Önerisi, MİHDER, C. 15 S. 43, Y. 2019, s. 505; BSK SchKG-**Staehelin**, Art. 285, N. 1; Schulthess Kommentar-SchKG, **Kren Kostkiewicz J./Vock D.**, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017, Art. 285, N. 2; **Vock D./Meister-Müller D.**, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018, s. 359; **Kren Kostkiewicz J.**, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK - Orell Füssli Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2016, Art. 285, N. 1. Öte yandan tasarrufun iptali davasının bazı yazarlarca "mal veya hakların tekrar borçlunun malvarlığına geçmesini sağlayan bir dava" olarak tanımlanması isabetsizdir (Bu tanımlar için bkz. **Akşener H. S.**, İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 26; **Ertekin İ./Karataş İ.**, Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 1998, s. 15).
- <sup>5</sup> **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, Ders Kitabı, s. 552; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 858; **Akşener**, s. 27; **Börü**, s. 485; **Halman Çetin**, s. 7; **Muşul**, s. 19; **Üstündağ S.**, İflâs Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009, s. 289-290; SK SchKG-**Maier**, Art. 285, N. 4, 5; BSK SchKG-**Staehelin**, Art. 285, N. 8; **Kren Kostkiewicz**, Art. 285, N. 3; KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art. 285, N. 1-2; **Vock/Meister-Müller**, SchKG-Klagen, s. 355-356, 366; **Schmid J.**, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, Bern 2014, s. 17-18, 23. BGE 134 III 52, 57; 115 III 141; 43 III 214; 81 III 91; 52 II 54.
- <sup>6</sup> **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 857; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, Ders Kitabı, s. 551; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 726; **Ansay**, s. 324; **Belgesay**, s. 473; **Berkin**, s. 490; **Erdönmez G.**, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 7; **Kuru**, Ders Kitabı, s. 483; **Kuru**, Şerh, C. IV, s. 3407; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 612; **Yıldırım M. K./Deren Yıldırım N.**, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016, s. 565; **Muşul**, C. II, s. 1489; **Ulukapı**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 497; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 536; **Yılmaz**, s. 1203; **Akşener**, s. 26; **Börü**, s. 484-485; **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 4; **Halman Çetin**, s. 3; **Günay**, s. 20; **Konuralp**, s. 507; **Muşul**, s. 22-23; **Üstündağ**, s. 289-290; **Gürdoğan**, s.

İcra ve İflâs Kanunu'nda borçlunun iptale tâbi tasarrufları üç ayrı maddede düzenlenmiştir (İİK m. 277-280). Bu iptal sebepleri temelde genel ve özel sebep olmak üzere ikiye ayrılabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 280. maddesinde düzenlenen borçlunun alacaklılara zarar verme kastından ötürü iptal davası açılması, genel nitelikteki iptal sebebidir. Kanun'un 278. ve 279. maddelerinde düzenlenen borçlunun alacaklılardan birisini (veya bazılarını) diğerleri aleyhine kayırması sebebi ise özel nitelikteki iptal sebebidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin yürürlükteki hâline göre, karı ve koca, usûl ve fûru, sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar ve evlat edinilen evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar bağışlama sayılarak iptal edilebilecektir. Hükümde yer alan "neseben veya" ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olup bu husus aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.<sup>8</sup> Bu başlık altında öncelikle söz konusu hükmün getiriliş amacı ve günümüze kadar yapılan değişiklikler ele alınacak, ardından hükmün koşulları incelenecek ve son olarak anılan hüküm ispat hukuku bakımından değerlendirilecektir.

### **1. İİK m. 278/3-1 Hükümünün Amacı ve Türk Hukukundaki Gelişimi**

İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinin kabul edilme nedeni, maddedeki yakınlık derecesine sahip kişiler arasındaki tasarrufların çoğunlukla muvazaa içermesi, borçlunun bu işlemlerle malvarlığını azaltması ve bunun alacaklılar tarafından ispatının oldukça zor olması olarak gösterilmektedir.<sup>9</sup>

Öte yandan 18.04.1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda<sup>10</sup> İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendine benzer bir düzenleme mevcut değildi. 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 269. maddesinin ikinci fıkrasında yalnızca borçlunun ivaz olarak pek düşük bir fiyat kabul ettiği sözleşmeler ile ömür boyu irat ve intifa hakkı tesisi sözleşmeleri

222. "[...] İcra ve İflas Kanununun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun haciz ya da iflâsından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da 'iyiniyet kurallarına aykırılık' nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır [...]" 17. HD, 19.11.2018, 12096/10866 (Kazancı). Aynı yönde bkz. 17. HD, 06.02.2018, 11409/646 (Kazancı); 17. HD, 13.12.2017, 4607/11639 (E-Uyar); 17. HD, 14.11.2017, 9520/10481 (Kazancı); 17. HD, 07.06.2016, 13025/6947 (Kazancı Hukuk); 17. HD, 02.02.2016, 6303/1181 (Kazancı); 17. HD, 07.02.2017, 10199/1109 (Lexpera); 17. HD, 29.12.2016, 15984/12187 (Lexpera); 17. HD, 05.05.2015, 20331/6674 (E-Uyar).

<sup>7</sup> **Berkin**, s. 497; **Muşul**, s. 31; **Muşul**, C. II, s. 1490; **Kuru**, Şerh, C. IV., s. 3407; **Üstündağ**, s. 292; **Ansay**, s. 325; **Çiftçi**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, s. 134.

<sup>8</sup> Bu hususta bkz. aşa. II, B.

<sup>9</sup> **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 117; **Uyar**, Tasarrufun İptali Davalarında "Tasarrufun İptaline Karar Verilmesi" Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, TBB Dergisi, S. 135, 2018, s. 543; **Yıldırım**, s. 183.

<sup>10</sup> RG. 04.5.1929, S. 7146.

bağışlama gibi kabul edilmişti.<sup>11</sup> Anılan tarzdaki düzenlemeye ilk kez 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilmiştir. Düzenlemenin ilk hâlinde yalnızca ana, baba ile evlat ve karı koca arasında yapılan ivazlı tasarrufların bağışlama gibi sayılacağı öngörülmüştür.<sup>12</sup> Kanun'un 278. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde, uygulamada karı koca ve yakın akrabalar arasındaki bazı ivazlı tasarrufların şüpheli olduğu, bunların ivazlı görünmesine karşın gerçekte hile ve muvazaa içerdiği ve bunun ispatının hemen hemen imkânsız olduğu ifade edilmiştir.<sup>13</sup> Daha sonra 18.02.1965 tarihli ve 538 sayılı Kanun'la<sup>14</sup> bu hükme neseben ve sıhren ikinci derece akrabalar ile evlat edinenle evlatlık olanlar da dahil edilmiştir.<sup>15</sup> 25 Kasım 1988 tarihli ve 3494 sayılı Kanunla<sup>16</sup> ise uygulamada görülen vakalardan dolayı bu akrabalık derecesi üçüncü dereceye çıkarılmıştır.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Hüküm şu şekildedir: “[...] Aşağıdaki tasarruflar bağışlama gibidir:

1 - Kendi verdiği için kıymetine nazaran borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler.

2 - Borçlunun kendisine yahut üçüncü bir şahıs menfaatine kaydı hayat şartıyla irat ve yahut bir intifa hakkı tesis ettiği akitler [...]”.

<sup>12</sup> Hüküm şu şekildedir: “[...] Aşağıdaki tasarruflar bağışlama gibidir:

1 - Ana, baba ile evlat ve karı koca arasında yapılan ivazlı tasarruflar; [...]”.

<sup>13</sup> “[...] Tatbikatta tesadüf edilen bazı hadiseler kan koca veya yakın akraba arasında bu şerait altında yapılmış olan tasarrufların ivazlı görünenlerinden şüpheye mahal vermektedir. Bunların zahirden ivazlı görünse de hakikatte hibe veya muvazaa olduğunu ve işte hibe bulunduğunu ispat etmek memleketimizde hemen hemen imkânsızdır [...]” (TBMM Bülteni, Dönem: 4, Sıra Sayısı: 151, s. 25).

<sup>14</sup> RG, 06.03.1965, S. 11946.

<sup>15</sup> Anılan değişikliğe ilişkin Hükümet Gerekçesi'nde şu ifadeler yer verilmiştir: “[...] Cemiyetimizde öteden beri şikâyeti mucip olan hal borçlunun alacaklılar aleyhine girdiği muamelenin birçok hallerde müeyyidesiz kalmasıdır. İcra ve İflas Kanunu'nun 11. babını teşkil eden iptal davasının bu mevzuda duyulan ihtiyaçları karşılamakta kifayetsiz kaldığı hususunda adeta iş muhitlerinde ittifak vardır denebilir. Bilhassa bir ticarethanenin bütün mevcudunu bir bütün halinde ve alacaklıların takibinden kaçırılmak üzere yapılan hileli devirler kanunumuzda şimdiki kadar müessir hükümlerle önlenmiş değildir. İşte hileli devirlerle mücadele etmek ve aile'itlak borçlunun alacaklılarının zararına yapabileceği muameleleri alacaklılara karşı tesirsiz hale getirmek ve bu muamelelerin onların hukukuna herhangi bir surette hâle iras etmesine meydan bırakmamak için iptal davasının yeni esaslara müsteniden tanzimi kaçınılmaz bir zaruret halinde kendisini göstermiştir. Bu mevzuda getirilmiş başlıca yenilik şunlar olmuştur: [...] c- İptal davası halleri birçok yönden genişletilmiş ve kolaylaştırılmıştır: aa) Aralarındaki muamelelerin ivazsız tasarruf sayıldığı yakın akrabalar kategorisine neseben ve sıhren ikinci derece akrabalar ile evlat edinenler ve evlatlık ithal edilmiştir (m.278) [...]” (TBMM Bülteni, Dönem: 1, Sıra Sayısı: 461, s. 27-28). Ayrıca bkz. **Postacıoğlu İ. E.**, 538 Sayılı Kanunun İcra ve İflas Kanunu'na Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1965, s. 41-42.

<sup>16</sup> RG, 25.11.1988, S. 20000.

<sup>17</sup> Anılan değişikliğe ilişkin Hükümet Gerekçesi'nde şu ifadeler yer verilmiştir: “[...] Uygulamada 'borçlunun, Üçüncü derece dahil hısımlarıyla da anlaşmak suretiyle mallarının haczinden veya iflâs etmeden önce, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yaptıkları (ivazsız tasarrufları, başka bir isim altında gizledikleri görüldüğünden, bunun önlenmesini teminen akrabalık derecesi ikinci dereceden üçüncü dereceye çıkartılmıştır [...]” (TBMM Bülteni, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 393, s. 113).

Belirtmek gerekir ki benzer bir hükme 28.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un<sup>18</sup> 28. maddesinin birinci bendinde de yer verilmiştir. Bu hükme göre üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan hısımlarıyla, eşler ve ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) sıhri hısımlar arasında yapılan ivazlı tasarruflar bağışlama hükmündedir. Bu hüküm ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin temel farkı İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hükmün kişi bakımından kapsamının daha geniş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle İcra ve İflâs Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da belirlenen kişilere evlatlık, evlat edinen ve sıhren üçüncü derece hısımları da eklemiştir. Bu nedenle, kanaatimizce söz konusu iki kanun hükmü arasında çelişki mevcuttur. Kanun koyucunun benzer bir konuyu düzenleyen bu iki kanun hükmünün kapsamını birbirinden farklı düzenleme sebebi ilgili kanun maddelerinin lafzından ya da bu kanun maddelerinin Hükümet Gerekçeleri'nden anlaşılammaktadır. Bu iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuca göre, aralarında evlatlık ilişkisi bulunan kişilerin birbirleri arasında yaptığı bir tasarruf söz konusu olduğunda eğer alacaklı İcra ve İflâs Kanunu kapsamındaki bir alacağa sahipse, aynı borçlu karşısında amme alacaklısı olan kurumdan daha avantajlı bir konumda olacaktır. Diğer yandan bu durum, amme alacaklarının öncelikli alacak olmasıyla da çelişmektedir.

## 2. İİK m. 278/3-1 Hükümünün Koşulları

Bir ivazlı tasarrufun bağışlama olarak kabul edilmesi için yalnızca tasarruf taraflarının İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde yer alan yakınlıkta olması ve tasarrufun alacağın doğumundan sonra olmak kaydıyla hacizden, haczedilecek mal bulunmaması hâlinde aciz belgesi verilmesi tarihinden veya iflâsın açılmasından önceki iki yıl içinde yapılmış olması yeterli olup borçlunun alacaklıya zarar verme kastı veya üçüncü kişi olan yakının iyiniyetli olup olmaması önem taşımaz.<sup>19</sup>

Eşler bakımından, evlilik ilişkisi tasarrufun yapıldığı tarih itibariyle değerlendirilmelidir.<sup>20</sup> Diğer yandan, Alman hukukunda, alacaklıların korunması için

<sup>18</sup> RG, 28.07.1953, S. 8469.

<sup>19</sup> **Kuru**, İİH El Kitabı, s. 1404; **Karslı**, s. 544; **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 132; **Muşul**, C. II, s. 1555; **Akşener**, s. 123; **Halman Çetin**, s. 24; **Ertekin/Karataş**, s. 138; **Coşkun M.**, İtirazın İptali Menfi Tespit ve İstirdat Tasarrufun İptali İflas ve İflasın Ertelenmesi Sıra Cetveline İtiraz Davaları, 4. Bası, Ankara 2017, s. 851.

<sup>20</sup> **Askan F.**, Tasarruf İptal Davaları, Ankara 2008, s. 68. "[...] Bu halde tasarruf borcun doğumundan sonra yapıldığı açıktır. Tasarrufun tarafları ise borçlu N. ile karısı A.'dir. Adı geçenlerin sonradan boşanmış olmaları tasarrufun iptali davalarında durumu değiştirmez. Hal böyle olunca davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı olduğu biçimde yanlış değerlendirme sonucunda davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir [...]" 17. HD, 13.04.2010, 710/3424 (Kazancı). "[...] İY'nun 278/2 maddesi uyarınca karı-koca arasındaki tasarruf bağışlama niteliğinde olup iptale tabidir. Borçlunun tasarrufta bulunduğu kişi tasarruf tarihinde eşidir. Her ne kadar borçlu ile eşi tasarruf tarihinden sonra boşanmış ise de tasarruf evlilik birliği devam ederken yapılmıştır [...]" 17. HD, 30.10.2007, 4356/3297 (Kazancı).

eşler arası bağışı yasaklamak, ailenin devlet tarafından korunması yükümlülüğünü ihlal edeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna göre, ölçülülük ilkesi uyarınca eşe en az zararı verecek vasıtalar kullanılarak alacaklı korunmalıdır.<sup>21</sup> Eşler dışında, Medenî Kanun'un 17. ve 18. maddeleri uyarınca anne, baba, çocuk, kardeş, büyükanne, büyükbaba, amca, dayı, hala, teyze, yenge, enişte, baldız, görümce, kayınbirader kanunda öngörülen yakınlık derecesi kapsamında dır.<sup>22</sup>

Tasarrufun malın gerçek değeri karşılığında yapılmış olup olmadığının ispat edilmesinin de bir önemi yoktur.<sup>23</sup> Kanun'da, iptal davasına konu tasarruf sonucunda borçlunun malvarlığındaki aktif-pasif dengesinin bozulmamış olması olasılığına herhangi bir sonuç bağlanmamıştır.

<sup>21</sup> **Yıldırım**, Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası ile İlişkisi Hakkında Düşünceler,, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı, 2009, s. 183-184

<sup>22</sup> Ayrıca bkz. **Muşul**, s. 327-329. "[...] Davalı üçüncü kişi N. borçlunun oğlu olup borçlu ile aralarındaki tasarrufun İİK'nun 278/3-1 maddesine göre iptali gerekir [...]" 17. HD, 18.06.2019, 11306/7721 (E-Uyar). "[...] İİK 278/1'e göre "Karı ve koca ile Usûl ve fûru, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinene evlatlık arasında yapılan yazılı tasarruflar, " in bağışlama hükmünde olduğu kabul edilmiş olup, davalı üçüncü kişi olan ...'in davalı borçlunun kayınbiraderi olması, İİK 278/1 hükmünde belirtilen akrabalık ilişkilerine göre borçlu tarafından yapılan tasarrufun İİK'nun 278/1. maddesi gereğince davanın kabulüne tasarrufun iptaline karar verilmesi yerine hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir [...]" 17. HD, 28.02.2018, 13560/1437 (Kazancı). "[...] Davalılardan üçüncü kişi [...], borçlunun ağabeyinin eşi olarak İİK'nun 278. maddesi kapsamında yakın akrabalar arasındadır. Bu sebeple borçlu ile yaptığı tasarruf bağış niteliğinde olup iptale tabidir. Diğer davalı [...] ise borçlunun yengesini olan davalı [...]nin yeğeni olduğu, taşınmazları aynı gün satın aldıkları bu hali ile İİK'nun 280. madde kapsamında borçlunun mali durumunu bilebilecek şahıslardan olduğu gibi taşınmazların tapudaki satış bedeli ile gerçek değeri arasında fahiş fark bulunduğu da sabittir. Bu durumda, mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi Usûl ve yasaya aykırıdır [...]" 17. HD, 27.03.2017, 18940/2720 (Kazancı). "[...] Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde Usûl ve yasaya aykırı bir yön bulunmasına, 3. kişi konumundaki davalı A.'nin damadı olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK. nın 278/III-1 maddesi uyarınca bağışlama hükmünde olup iptale tabi olmasına ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre, [...] Usûl ve yasaya uygun hükmün onanmasına [...] oybirliği ile karar verildi [...]" 17. HD, 19.11.2013, 13416/16005 (Kazancı). Ayrıca bkz. 17. HD, 07.02.2017, 590/1105 (Lexpera).

<sup>23</sup> **Ertekin/Karataş**, s. 140. "[...] Somut olayda, davalılar U. ve N. borçlunun çocukları, davalı G. ise tasarruf tarihinde borçlu ile evli olduğundan, bunlar yönünden taşınmazın gerçek değeri ile tapudaki satış bedeli arasındaki oransızlık bulunmaması davanın reddi gerekçesi olmayıp İİK'nin 278/3 maddesi kapsamında iptali gereken tasarruflar niteliğindedir. Ancak davalılar U. ve N.'e yapılan çıplak mülkiyet devir tarihleri 2001-2002 yılları olup borcun doğumundan önceki tarihlere yapıldığından mahkemenin anılan davalılar yönünden reddi sonuç itibarı ile doğrudur [...]" 17. HD, 20.10.2015, 12478/10964 (Kazancı). "[...] Tasarrufun 24.05.2012 tarihinde gerçekleştirildiği, borcun kaynağı olarak gösterilen fıstık teslim fişlerinin ise, 06.11.2013 ve 05.12.2013 tarihli olduğu görülmekte, mahkeme gerekçesinde de bu husus tasarrufun iptaline konu devrin borcun doğumundan önce yapıldığı şeklinde belirtilmektedir. Bu halde, 06.11.2013 ve 05.12.2013 tarihli satış fişlerine konu alacağın, tasarrufun yapıldığı 24.05.2012 tarihinden önce var olup olmadığı, bir başka anlatımla davacının dava açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı hususunun, her iki tarafın ticari defter, kayıt ve konuya ilişkin sunulacak tüm belgeler üzerinde mali müşavir bilirkişiye inceleme yaptırılıp alınacak rapor sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir [...]" 17. HD, 06.02.2017, 23129/1053 (Legalbank).



Doktrinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesi eleştirilmiştir. *Belgesay*'a göre, borçlunun bazı ivazlı tasarrufları alacaklıların da lehine olabileceğinden, bunların peşinen bağışlama kabul edilmesi mantıklı değildir.<sup>24</sup> Örneğin, borçlu malını satarak kendi durumunu iyileştiriyor veya bir alacaklısının alacağını ödüyebilir. Yazara göre, kanun hükmünün amacı alacaklıların menfaatine olan işlemleri iptal etmek olmayıp bu tasarrufların gerçekten ivazlı yapıldığını ispat edebilme hakkının kabul edilmesi gerekir.<sup>25</sup> Diğer bir ifadeyle, davalıya tasarrufun muvazaa içermediğini ispat etme hakkının tanınması ve bu şekilde muvazaanın yokluğunun ispatlanması hâlinde tasarrufun geçerli kabul edilmesi gerekir.<sup>26</sup> *Umar* ise haklı olarak bu tür iptal davalarında davalıya bir kurtuluş beyyinesi tanınmasının daha doğru ve adil olacağı görüşündedir.<sup>27</sup> *Umar*'a katılan *Tuncer Kazancı*, borçlunun ivazlı işlemlerinin, kendisinin aktif-pasif dengesini bozmadığı durumlarda iptale konu edilmemesi gerektiğini, zira bu durumda alacaklıların tahsil imkânının etkilenmemiş olacağını isabetli olarak belirtmiştir.<sup>28</sup> Yazar daha da ileri giderek, hükümde alacaklılara zarar verme kastının aranmadığından bahisle, alacakların tahsilini zorlaştıran işlemlerin de edimler arasında orantısızlık olmadığı müddetçe iptal davasına konu edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>29</sup> *Üstündağ* Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendini davalı borçlu ve üçüncü kişi lehine yorumlamıştır. Yazara göre, ivazlı bir tasarruf işleminin iptal edilebilmesi için işlemin hükümde yer alan yakınlar arasında gerçekleşmesi tek başına yeterli olmayıp borçlunun işlem öncesi sahip olduğu malvarlığında bir azalmanın meydana gelmiş olması da gerekir.<sup>30</sup>

İcra ve İflâs Kanunu'nun 280. maddesinde de borçlunun yakınlarıyla yaptığı işlemlerin iptale tâbi olacağı düzenlenmiştir. Fakat Kanun'un 280. maddesi ile Kanun'un 278. maddesinin uygulanma koşulları, tasarrufun iptale tâbi olduğu şüpheli dönem, borçlunun mali durumu, "borçlunun yakınları" kavramına dahil olan kişiler, uygulanacak kişilerin kapsamı ve karinenin aksinin ispatı yönünden birbirinden farklıdır.<sup>31</sup>

### **3. İİK m. 278/3-1 Hükümünün İspat Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**

İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde, borçlunun yaptığı birtakım ivazlı tasarrufların bağışlama gibi kabul edi-

<sup>24</sup> **Belgesay**, İcra ve İflas Hukuku, Cilt II, s. 163.

<sup>25</sup> **Belgesay**, İcra ve İflas Hukuku, Cilt II, s. 163. Yazar, iptal davasının borçlu için kârlı olan bir tasarrufun iptali için açıklamayacağını savunmaktadır (**Belgesay**, s. 474).

<sup>26</sup> **Belgesay**, s. 93.

<sup>27</sup> **Umar B.**, Türk İcra - İflâs Hukukunda İptal Davası, İstanbul 1963, s. 67.

<sup>28</sup> **Tuncer Kazancı İ.**, Tasarrufun İptali Davalarında İspat, Ankara 2015, s. 136

<sup>29</sup> **Tuncer Kazancı**, s. 136.

<sup>30</sup> **Üstündağ**, s. 292.

<sup>31</sup> **Erdönmez**, s. 215-216.

leceği öngörülmüştür. Anılan hükmün bir karine mi yoksa bir varsayım mı öngördüğü hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinadaki bir görüşe göre, söz konusu hüküm aksi ispat edilemeyen kesin kanunî karine niteliğindedir.<sup>32</sup> Fakat kanaatimizce burada kesin kanunî karine değil bir varsayım söz konusudur. Hükmün varsayım öngörmesinin nedeninin açıklanabilmesi için karine ve varsayım kavramlarının irdelenmesi gerekir.

Karine, bilinen bir olaydan hareketle, bilinmeyen başka bir olayın var olup olmadığı sonucuna ulaşılmamasına olanak veren kuraldır.<sup>33</sup> Karineler, karine temeli ve karine sonucundan oluşur. Belirlenebilir olan karine temeli ispat edildiği takdirde belirli olmayan karine sonucunun da gerçekleştiği kabul edilir.<sup>34</sup>

Karineler fiilî (adî) ve hukukî karine olarak ikiye ayrılır. Fiilî karineler hâkimin yaşam deneyi veya hayatın olağan akışı gibi kurallardan yola çıkarak somut olaya ilişkin bir kanaat edinmesini sağlar.<sup>35</sup> Buna tipik örnek kapalı faturaların ödeme karinesi oluşturmalarıdır.<sup>36</sup> Yine de faturanın ödenmediğini iddia eden karşı taraf karinenin aksini ispat edebilir. Bu noktada ispatın konusu değişir.

<sup>32</sup> **Berkin**, s. 507; **Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, *Medenî Usûl Hukuku*, 25. Bası, Ankara 2014, s. 359; **Kuru B.**, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 2. Bası, Ankara 2018, s. 239; **Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.**, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2019, s. 388; **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 117; **Ertekin/Karataş**, s. 138.

<sup>33</sup> **Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.**, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 335; **Atalay O.**, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1655; **Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.**, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2019, s. 471; **Topuz G.**, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Ankara 2012, s. 50; **Tuncer Kazancı**, s. 86; **Kuru B.**, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Ankara 2020, s. 625; **Alangoya Y./Yıldırım M. K./Deren Yıldırım N.**, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2011, s. 314; **Postacıoğlu**, *İktisatçılar*, s.42; **Karslı A.**, *Medenî Muhakeme Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2014, s. 490; **Budak A. C./Karaaslan V.**, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2019, s. 233; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 358; **Kuru**, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, s. 238; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 387; **Tanriver S.**, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara 2018, s. 801; **Görgün L. Ş./Börü L./Toroman B./Kodakoğlu M.**, *Medenî Usûl Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2019, s. 469; **Muşul T.**, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2012, s. 325; **Albayrak H.**, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Ankara 2013, s. 45; **Umar B./Yılmaz E.**, *İsbat Yükü*, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 165; **Taşpınar S.**, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara 2001, s. 152.

<sup>34</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 336; **Atalay**, *Pekcanitez Usûl*, s. 1655; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 472-473; **Tuncer Kazancı**, s. 86; **Budak/Karaaslan**, s. 233.

<sup>35</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 336; **Atalay**, *Pekcanitez Usûl*, s. 1655; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 474; **Tuncer Kazancı**, s. 87; **Budak/Karaaslan**, s. 233, 234; **Umar B.**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2014, s. 586; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 358; **Kuru**, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, s. 239; **Kuru**, *El Kitabı*, s. 630; **Postacıoğlu İ. E./Altay S.**, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 7. Bası, İstanbul 2015, s. 559; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 387; **Tanriver**, s. 807; **Görgün/Börü/Toroman/Kodakoğlu**, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 472; **Albayrak**, s. 45; **Topuz**, s. 56; **Taşpınar**, s. 153.

<sup>36</sup> Örneğin, “[...] Taraflar arasındaki 102.000.000 TL’lik araç kira sözleşmesine ilişkin kiralayan davacı tarafından kiracı davalı adına düzenlenen 07.02.2000 tarihli fatura kapalı olarak düzenlenmiş olup, ödendiğine karine teşkil etmektedir. Bu durumda ispat külfeti davacıya düşmekte olup ödenmediğini davacı kanıtlamalıdır [...]” 11. HD, 17.03.2003, 10276/2400 (Kazancı).

Kanunî karine ise belli bir olaydan belli olmayan bir olay için doğrudan kanun tarafından çıkarılan sonuçtur.<sup>37</sup> Kanunî karineye dayanan taraf, uygulanmasını talep ettiği kuralın koşullarını ispat etmek zorunda değildir. Karine temelini oluşturan vakiayı ispat etmesi yeterlidir (HMK m. 190/2). Kanunî karineler kesin (gerçek) kanunî karineler ve kesin olmayan (sözde, adî) kanunî karineler şeklinde ikiye ayrılır. Bunlardan kesin kanunî karinelerin aksi iddia ve ispat edilemez.<sup>38</sup> Kesin olmayan kanunî karinelerin ise aksi ispat edilebilir (HMK m. 190/2). Bu karinelere, aksi ispat edilene kadar itibar edilir. Kesin olmayan kanunî karineler de büyük ölçüde yaşam deneyi ve hayatın olağan akışı kurallarından kaynaklanmakta olup fiilî karinelere göre farklı pozitif bir hukuk kuralı niteliğinde olmalarıdır.<sup>39</sup> Kanunî karineler aynı zamanda olay ve hak karineleri olarak da ikiye ayrılır. Olay karinelerinde, bir hukukî sonucun ortaya çıkması için gereken bir vakiyanın gerçekleşip gerçekleşmediği, varlığı bilinen ancak ilgisiz başka bir olaydan çıkarılır.<sup>40</sup> Kanunî hak karinelerinde ise yine bilinen bir olaydan hareketle bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı konusunda bir sonuca ulaşılır.<sup>41</sup>

Varsayım, belirli bir olaya kanunun doğrudan sonuç bağlaması ve başka bir belirli olay için de aynı sonucu kabul etmesidir.<sup>42</sup> Karinede birinci vakia bilinmemekte ve ikinci vakia bilinmemekteyken, varsayımda her iki vakia bilinmemekte olup, ilk vakia için kabul edilen hukukî sonuç ikinci vakia için de geçerli sayılır.<sup>43</sup> Bu kıyaslama karşısında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin için-

<sup>37</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 336; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1657; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Medenî Usûl Hukuku, s. 473; **Tuncer Kazancı**, s. 88; **Budak/Karaaslan**, s. 233; **Umar**, Şerh, 587; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medenî Usûl Hukuku, s. 358; **Kuru**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, s. 238; **Kuru**, El Kitabı, s. 625; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 315; **Postacıoğlu/Altay**, s. 559; **Postacıoğlu**, İktisatçılar, s. 42; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usûl Hukuku, s. 387; **Tanrıver**, s. 801; **Görgün/Börü/Toroman/Kodakoğlu**, s. 469; **Albayrak**, s. 45; **Topuz**, s. 59; **Umar/Yılmaz**, s. 167, 170.

<sup>38</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 336; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1658; **Atalay O.**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 46; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Medenî Usûl Hukuku, s. 473; **Tuncer Kazancı**, s. 89; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medenî Usûl Hukuku, s. 359; **Kuru**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, s. 239; **Kuru**, El Kitabı, s. 629; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 315; **Ulukapı**, Medenî Usûl Hukuku, s. 352; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usûl Hukuku, s. 387; **Tanrıver**, s. 805; **Budak/Karaaslan**, s. 233; **Görgün/Börü/Toroman/Kodakoğlu**, s. 469.

<sup>39</sup> **Yıldırım M. K.**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 128.

<sup>40</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 337; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1658; **Atalay**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, s. 46; **Tuncer Kazancı**, s. 88; **Taşpınar**, s. 153.

<sup>41</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 337; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1658; **Atalay**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, s. 46; **Tuncer Kazancı**, s. 89; **Taşpınar**, s. 154.

<sup>42</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 331; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1668; **Atalay**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, s. 15; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Medenî Usûl Hukuku, s. 472; **Tuncer Kazancı**, s. 89; **Budak/Karaaslan**, s. 235; **Tanrıver**, s. 806; **Topuz**, s. 63; **Taşpınar**, s. 155-156. Doktrinde bazı yazarlar, kesin kanunî karineleri varsayım olarak tanımlamaktadır (**Umar/Yılmaz**, s. 169; **Muşul**, Usul s. 325).

<sup>43</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 338; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1668; **Tuncer Kazancı**, s. 90; **Tanrıver**, s. 806; **Taşpınar**, s. 156.

cü fıkrasının birinci bendinin bir karineden ziyade bir varsayım içerdiği anlaşılmaktadır. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinde bağışlama işlemleri iptale tâbi kılınmış, bentlerde yer verilen ivazlı tasarruflar da bağışlamayla aynı hukukî sonuca bağlı tutulmuştur. Diğer bir ifadeyle ne olduğu belirli olan bir vakıa, yine belirli olan başka bir vakıanın hukukî sonucuna tâbi kılınmıştır. Sonuç olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde ivazlı tasarruflar hukukî sonuçları bakımından bağışlamayla aynı sonuca tâbi kılındığından burada bir varsayım söz konusudur.<sup>44</sup> Yine de belirtmek gerekir ki varsayımlar ile kesin kanunî karinelerin uygulamadaki sonuçları farklı olmayıp, her ikisinin de aksi ispat edilemez.<sup>45</sup>

## II. İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. Maddesindeki "neseben veya" İbaresinin Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilmesi

### A. Karine ve Varsayımlar Yoluyla İspat Hakkının Sınırlandırılması

İsviçre hukukunda federal düzeyde uygulanan bir usûl kanunu kabul edilmeden önce kantonlar arasında farklı düzenlemeler bulunduğu için ispat hakkı, hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen İsviçre Anayasası'nın 29. maddesinin 2. fıkrası ve İsviçre Medenî Kanunu'nun 8. maddesi<sup>46</sup> gibi farklı hükümlere dayandırılmaktaydı<sup>47</sup>. İsviçre (Federal) Medeni Usûl Kanunu'nun kabulüyle ispat hakkı 152. maddede kanunî düzeyde bir dayanak kazanmıştır. Alman hukukunda ise kişinin haklarını mahkeme aracılığıyla alabilmesinin anayasal teminatlar arasında olduğu kabul edilmekte ve bu, hukukî korunma talebi veya hakkın etkin şekilde korunması kavramlarıyla ifade edilmektedir. Ancak hakkın etkin şekilde korunabilmesi için mahkemeye erişim ve hukukî dinlenilme hakkı kadar kişinin ileri sürdüğü vakıaları destekleyen delilleri de ortaya koyabilmesi ve kendi iddialarını ispatlama imkânına sahip olması gerektiğinden, ispat hakkının da anayasal koruma kapsamında olduğu kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Alman Anayasa Mahkemesi ise ispat hakkını, adil yargılanma hakkının bir yansıması olarak değerlendirmektedir<sup>49</sup>. Türk hukukunda ise Anayasa'nın 36. maddesi ispat hak-

<sup>44</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 338-339; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1668-1669; Atalay/ErmeneK/Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 732; Tuncer Kazancı, s. 135; Atalay/ErmeneK/Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, s. 471; Postacioğlu/Altay, s. 560; Tanrıver, s. 806-807; Topuz, s. 63; Umar/Yılmaz, s. 169; Taşpınar, s. 156; Konuralp, s. 503.

<sup>45</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 338; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1668; Tanrıver, s. 806.

<sup>46</sup> Staehlin A./Staehlin D./Grolimund P., Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2019, §18 N 21.

<sup>47</sup> Spühler K./Tenchio L./Infanger D., Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 152, N. 1; KUKO ZPO-Schmid, Art. 152, N. 1-2; Çiftçi, s. 134-135, 527. Ayrıca Alman hukuku bakımından detaylı açıklamalar için bkz. Wiczorek B./Schütze R. A., Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 6, 4. Aufl., Berlin 2014, §284 ZPO N 4 vd.

<sup>48</sup> MüKo ZPO-Prüttig, §284 N 18; Çiftçi, s. 135-136, 527. Aynı yönde bkz. OLG Jena Urteil vom 29.11.2011 - 4 U 588/11.

<sup>49</sup> BVerfG, Beschluß vom 20. 12. 2000 - 2 BvR 591/00.

kının dayanağı olarak kabul edildiğinden ispat hakkına yönelik kısıtlamalar adil yargılanma hakkı kapsamında incelenir.<sup>50</sup>

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin altıncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesini de kapsar. İnsan Hakları Avrupa Mahkeme'sinin içtihatları incelendiğinde, yargılamada her iki tarafa da davasını sunmak için makul imkânlar sağlanmaması silahların eşitliği ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Taraflardan birisi, diğerine kıyasla herhangi bir yargılamada esaslı bir dezavantajla karşılaşmamalıdır<sup>51</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hukuku bakımından durum bu şekildeyken hukukumuzda anayasal düzeyde ispat hakkına ilişkin kısıtlamalarda dikkat edilecek ölçütler Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde incelendiğinde, bir temel hakka ilişkin sınırlamanın o hakkın özüne dokunmaksızın ve sadece kanunla yapılabileceği, Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olması, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve Cumhuriyetin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği düzenlenmiştir<sup>52</sup>.

Hem Anayasa Mahkemesi'nin hem de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadı incelendiğinde, bir karine veya varsayım öngören düzenlemelerin aksinin ispat edilmesinin mümkün olup olmadığı önem arz etmektedir. Aleyhine karine veya varsayım öngörülen tarafa, bunun aksini ispat imkânı verilmesi adil yargılanma ve mülkiyet hakkı başta olmak üzere kişinin temel haklarını ihlal edebilecek niteliktedir. Yukarıda açıklandığı üzere, kesin kanunî karinelerin ve varsayımların aksinin ispatı mümkün değildir. Hukuk sisteminde bu tür kuralların bulunması, kendiliğinden bir anayasaya aykırılığa neden olmaz. Fakat bir yargılamada taraflardan birinin hakları üzerinde doğrudan etki doğuran ve belirleyici rol oynayan kesin kanunî karineler veya varsayımlar yukarıda açıkladığımız üzere, hak ihlallerine sebep olabileceğinden, somut norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi beklenmeden kanun koyucu tarafından hukuk sisteminden çıkarılmalıdır.

<sup>50</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 322; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1589; **Çiftçi**, s. 144; **Kuru/Arsilan/Yılmaz**, Medenî Usûl Hukuku, s. 353; **Yılmaz E.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, 3. Bası, Ankara 2017, s. 2333.

<sup>51</sup> Regner v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No. 35289/11, 19.09.2017, para. 146; Avotiņš v. Letonya, Başvuru No. 17502/07, 23.05.2016, para. 119; Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri v. İspanya, Başvuru No. 62543/00, 27.04.2004, para. 56; Kress v. Fransa, Başvuru No. 39594/98, 07.06.2001, para. 72.

<sup>52</sup> Sınırlama ve güvence rejimi hakkında ayrıca bkz. **Kaboğlu İ. Ö.**, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 288-291; **Kaboğlu İ. Ö.**, Özgürlükler Hukuku 1 - İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, 7. Bası, Ankara 2013, s. 80-97; **İnceoğlu S.**, Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed. İnceoğlu S.), İstanbul 2013, s. 23-47; **Atar Y.**, Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, Ankara 2018, s. 135-150; **Tanör B./Yüzbaşıoğlu N.**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018, s. 155-165; **Gözler K.**, Türk Anayasa Hukuku, 2. Bası, Bursa 2018, s. 301-364; **Özbudun E.**, Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Ankara 2017, 115-121; **Tunç H./Bilir F./Yavuz B.**, Türk Anayasa Hukuku, 7. Bası, Ankara 2015, s. 112; **Özekes M.**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 52-57.

## **B. Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2018 tarihli ve 9/84 Sayılı İptal Kararı**

Anayasa Mahkemesi, 17.07.2018 tarihli ve 9/84 sayılı somut norm denetimi kararıyla, İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin bazı ivazlı tasarrufların başıslama olarak kabul edileceğini öngören üçüncü fıkrasının birinci bendinde yer alan “neseben veya” ibaresini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>53</sup>

Karardan anlaşıldığı üzere, başvuruyu yapan yerel mahkemede görülmekte olan davada, borçlunun icra takibi başlatılmasından sonra kendisine ait taşınmaz hisselerini alacaklılarını zarara uğratmak maksadıyla düşük bedelle kardeşine devrettiği iddiasıyla söz konusu tasarrufun iptali talep edilmiştir.

### **1. Yerel Mahkemenin Başvuru Kararı**

Bursa 7. Asliye Hukuk Mahkemesi (yerel mahkeme), görmekte olduğu davada, İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk iki bendini davaya uygulanacak hukuk kuralı olarak değerlendirmiş ve bu hükümlerin Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanaatine ulaşmıştır.<sup>54</sup>

Yerel mahkeme, mülkiyet hakkını düzenleyen 35. madde kapsamında, mülkiyet hakkının yalnızca kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini ve fakat alacaklıların zarara uğramasını engellemenin kamu yararı kavramı içerisinde olmadığını ileri sürmüştür. Yerel mahkeme, aynı zamanda alacaklıların tasarrufun iptali taleplerini İcra ve İflâs Kanunu'nun 279. ve 280. maddeleri ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>55</sup> muvazaaya ilişkin 19. maddesi çerçevesinde de ileri sürmelerinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

Adil yargılanma hakkına ilişkin 36. madde kapsamında ise, yerel mahkeme silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine değinmiştir. Mahkeme, davaya uygulanacak kural olarak tespit ettiği birinci ve ikinci bentlerin borçlu ve üçüncü kişiye tasarrufun gerçek bir tasarruf olup olmadığı veya gerçek bedelin ödenip ödenmediği hususlarında savunma yapabilme ya da iddia sunabilme imkânı tanımadığını vurgulamıştır.

Yerel Mahkeme Anayasa'nın 2., 10. ve 13. maddeleri yönünden ise hakkın özüne dokunma yasağı, eşitlik ve ölçülülük ilkelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

<sup>53</sup> Bir mahkemede görülmekte olan bir davanın karara bağlanmasının o davada kullanılacak hukuk kuralının Anayasa'ya aykırı olup olmadığına bağlı olması durumunda yapılan denetime somut norm denetimi denir. (Kıratlı M., Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara 1996, s. 35; Kaboğlu İ., Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye, 4. Bası, Ankara 2007, s. 85; Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, s. 356; Atar, s. 339; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 549; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1070; Gözler K., Anayasa Hukununun Genel Esasları Ders Kitabı, Bursa 2010, s. 444; Özbudun., s. 404; Tunç/Bilir/Yavuz, s. 406-407).

<sup>54</sup> Bursa 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne başvuru kararı, ([www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru\\_Karari/2018-84.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-84.pdf)).

<sup>55</sup> RG, 04.02.2011, S. 27836.

Yerel mahkeme Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine vardığı hükümlerin iptal edilmesi hâlinde bir hukuk boşluğunun oluşmayacağını; zira alacaklıların zararına yapılan tasarrufların iptalinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 280. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca zaten mümkün olduğunu belirtmiştir.

## **2. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Gerekçesi**

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 152. maddesi ile 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un<sup>56</sup> 40. maddesi çerçevesinde yapacağı somut norm denetiminin konu bakımından kapsamını belirlemek amacıyla, öncelikle davaya uygulanacak hukuk kuralını tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemede derdest olan davanın alacaklıları zarara uğratmak için mülkiyetindeki birtakım taşınmaz hisselerini düşük bedelle kardeşine sattığı iddiasını içeren bir uyuşmazlık olduğuna işaret etmiştir.<sup>57</sup> Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, söz konusu iddianın kardeşler arasındaki bir tasarrufu içermesi nedeniyle davaya uygulanacak kuralın İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde yer alan "neseben veya" ibaresi olduğunu belirlemiş ve incelemesini bu ibareyle sınırlı olarak yapmaya karar vermiştir.<sup>58</sup> Öte yandan Anayasa Mahkemesi, somut olayda satışın düşük bir bedelle gerçekleştirildiği iddiasının da incelendiği bir davanın söz konusu olması nedeniyle üçüncü fıkranın ikinci bendini de davaya uygulanacak hukuk kuralı olarak görmüş ve bu bent yönünden de esas incelemesi yapmaya karar vermiştir.<sup>59</sup>

Anayasa Mahkemesi, kararında her ne kadar adil yargılanma hakkına da değinmiş<sup>60</sup> olsa da, "neseben veya" ibaresini esasen Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülkiyet hakkıyla ilgili görmüş ve mülkiyet hakkının sınırlanması yönünden incelemiştir. Mahkeme'nin adil yargılanma hakkına bireylerin mülkiyet hakkından gerektiği şekilde yararlanmalarını sağlayan bir güvence olarak yer verdiği anlaşılmaktadır.<sup>61</sup> Mahkeme mülkiyet hakkını sınırlayan bir kanun hükmünü inceliyor olduğu için doğal olarak kanunilik, sınırlama sebeplerine uygunluk ve ölçülülük gibi temel kriterleri ihtiva eden 13. maddeye de kararında yer vermiştir.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> RG, 03.04.2011, S. 27894.

<sup>57</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 5.

<sup>58</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 7.

<sup>59</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 7.

<sup>60</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 7.

<sup>61</sup> "[...] hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir [...]" AYM, 11.07.2018, 9/84, para. 22.

<sup>62</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 19-20.

Anayasa Mahkemesi “neseben veya” ibaresini incelerken aslında İcra ve İflâs Kanunu’nun 277 vd. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davasının niteliğini de incelemiştir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, öncelikle, kural olarak borçlunun mallarının haczedilmesinden, aciz hâline düşmesinden veya iflâsın açılmasından önceki dönemde tasarruf yetkisinin kısıtlanmamış olmasının mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olduğunu belirtmiştir. İcra ve İflâs Kanunu’nun 277 vd. maddelerinde bahsedilen dönemde gerçekleştirilen tasarrufların iptal edilebileceğinin düzenlendiğine dikkat çeken Anayasa Mahkemesi, böyle bir iptal kararının bir tasarrufu maddî hukuk bakımından geçersiz hâle getirmediğini, yalnızca üçüncü kişiye cebri icra işlemlerine katlanma yükümlülüğü getirdiğini, bu nedenle de mülkiyet hakkının kullanımını düzenlediğini belirlemiştir.<sup>63</sup>

Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkına müdahale ettiğini belirlediği düzenlemeyle toplumdaki ekonomik dengelerin, toplumsal barışın ve adaletin sağlanmasının, dolayısıyla kamu yararının amaçlandığını tespit etmiştir.<sup>64</sup>

Anayasa Mahkemesi, kamu yararı amacını tespit etmesini takiben ölçülülük testini gerçekleştirmiştir. Bu kapsamda bağışlama olarak kabul edilen ivazlı tasarruflar hakkında iptal davası açılmasının kanunla belirlenen belli şartlara bağlı olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, özellikle, en fazla üçüncü derece hısımlığın aranması, alacağın tahsil edilememiş olması, icra takibinin kesinleşmiş olması, tasarrufun alacağın doğumundan sonra yapılmış olması, tasarruf için öngörülen iki yıllık süre ve dava için öngörülen beş yıllık hak düşürücü süre gibi şartlara değinmiştir.<sup>65</sup>

Ölçülülük incelemesini yapan Anayasa Mahkemesi, neseben üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar arasında yapılan ivazlı tasarrufların bağışlama sayılmasının aksi ispat edilemeyen bir vakıa olarak kabul edilmesine dikkat çekmiştir. Buna göre, tasarruf konusu malın değerinin tam olarak veya fazlasıyla ödenmiş olması, tasarruf işleminin alacaklıların menfaatine olması, alacaklıların tahsil imkânlarının kolaylaştırılmış olması gibi olasılıklar sonucu değiştiremeyecektir.<sup>66</sup> Bu olguyu dikkate alan Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmün borçluyu ve üçüncü kişiyi bu hususlarda savunma yapma, bilgi ve belge sunma imkânından yoksun bıraktığına işaret etmiştir.<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi bu gerekçeyle söz konusu hükmün ulaşılmak istenen amaç ile malikin mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken makul dengelyi kuramadığı ve ölçüsüz bir sınırlama olduğu sonucuna ulaşmış ve hükmü iptal etmiştir.<sup>68</sup> Anayasa Mahke-

<sup>63</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 25.

<sup>64</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 26.

<sup>65</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 27-28.

<sup>66</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 29.

<sup>67</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 29.

<sup>68</sup> AYM, 11.7.2018, 9/84, para. 29-31.



mesi, hükmün 13., 35. ve 36. maddeler yönünden incelenmiş olması nedeniyle 2. madde yönünden incelenmesine gerek görülmediğine karar vermiştir.<sup>69</sup>

Anayasa Mahkemesi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci bendiyle ilgili olarak yapmış olduğu incelemede, iki numaralı bendin aksine, bu bentte öngörülen tasarrufların gerçek değere yakın veya gerçek değer üzerinden yapıldığı hususunun borçlu ve üçüncü kişi tarafından iddia ve ispat edilebilmesinin önünün kapatılmadığı, kuralın bu nedenle ölçülü olduğu sonucuna ulaşmış ve itirazı reddetmiştir.<sup>70</sup>

Anayasa Mahkemesi iptal kararının ardından kamu yararını ihlal edecek nitelikte bir hukuk boşluğu oluşacağı gerekçesiyle kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Karar 15.11.2019 tarihli ve 30596 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış<sup>71</sup> ve dokuz ay sonra 15.08.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu bu süre zarfında bu hususta herhangi bir düzenleme yapmamış olup, bu makalenin kaleme alındığı tarihlerde yasama organında bekleyen konuyla ilgili herhangi bir kanun teklifi de mevcut olmamıştır.

### III. Eşler ve Yakınlar Arasındaki İvazlı Tasarrufların Bağışlama Sayılmasına İlişkin Yürürlükteki Düzenlemenin Durumu

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinin yürürlükteki hâlinin gözden geçirilmesi gerekir. Zira her ne kadar hükümde yer alan "neseben veya" ibaresiyle sınırlı bir inceleme yapılmış olsa da kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirme hükmün tamamının Anayasaya aykırı olup olmadığı hakkında fikir vermektedir<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Ne var ki Mahkeme'nin kararının esas dayanağını içeren ölçülülük ilkesi hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olup bu husus Mahkeme'nin başka kararlarında da birçok kez zikredilmiştir. Örneğin, "[...] Kanun koyucu, takdir yetkisi içindeki bu düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik ilkesi", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik ilkesi", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "orantılılık ilkesi" ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "ölçülülük ilkesi" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur [...]" AYM, 01.11.2017, 142/150. Aynı yönde bkz. AYM, 12.07.2017, 121/121; AYM, 07.09.2016, 124/155. Dolayısıyla Mahkeme aslında kararda hukuk devleti ilkesinin bir unsuru yönünden de inceleme yapmıştır. Buna rağmen Mahkeme'nin kararında bu maddeye açıkça değinmemesi ve 2. madde yönünden incelemeye gerek görmediğini belirtmesi kanaatimizce karar tekniği bakımından isabetsizdir. Mahkeme'nin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesiyle ilgili kararında, incelediği kuralı 36. maddenin yanı sıra 2. maddeye de aykırı bulduğu hatırlanmalıdır (Bu hususta bkz. yuk. II, A).

<sup>70</sup> AYM, 11.07.2018, 9/84, para. 38-39.

<sup>71</sup> RG, 15.11.2018, S. 30596.

<sup>72</sup> Aynı bentte sayılan diğer kişiler bakımından da düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 733.

Söz konusu hükmün anlamı, amacı ve kapsamı hakkında yukarıda ayrıntılı bilgi verilmişti. Doktrindeki az sayıdaki yazar dışında anılan bent adil yargılanma hakkı veya mülkiyet hakkı yönünden ele alınmamıştır. Bugüne kadar daha ziyade borçluların uygulamada sıklıkla alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yakınlarıyla iptale tâbi tasarruflar yapmalarına ve bu tasarrufların iptale tâbi olduğunun alacaklılar tarafından ispatlanmasının oldukça güç olması hususu üzerinde durulmuştur.

Halbuki, Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2018 tarihli ve 9/84 sayılı kararında belirtildiği üzere yakınlar ve eşler arasındaki tasarrufların belli objektif şartlar altında peşinen bağışlama sayılması durumunda taraflar arasında menfaat çatışması olur. Çatışan ve dengelenmesi gereken menfaatler, aslında, tarafların anayasal temel haklarıdır ve tasarrufun iptali davası da icra hukukundaki menfaat dengesinin bir parçasıdır.<sup>73</sup> Bir tarafta alacaklının şahsî alacak hakkı ve hak arama özgürlüğü varken, diğer tarafta borçlunun ve üçüncü kişinin mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkı bulunur. Kanaatimizce yakın aile bireyleri söz konusu olduğunda bu denkleme borçlu ve üçüncü kişinin aile yaşamına saygı hakkı ve hatta bazı durumlarda tasarrufun niteliğine ve amacına göre çocuğun yüksek yararı da dahil edilebilir. Bazı durumlarda borçlu hayatın olağan akışı çerçevesinde kişisel maddî veya manevî gelişimi için gerekli olan bir ivazlı tasarrufta bulunmuş olabilir. Bu durumlarda bahse konu denkleme Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı da eklenmelidir. Bu menfaatlerin icra ve iflâs hukuku araçlarıyla dengelenmesi gerekir.

Kanaatimizce uygulamada sıkça rastlanan bir durum olan borçluların yakınlarıyla yaptıkları tasarruflarla ilgili olarak alacaklıları da koruyan bir hükme yer verilmesi tek başına bir temel hak sorunu oluşturmaz. Asıl sorun, bu hükmün aynı zamanda bir varsayım öngörmesinden kaynaklanmaktadır. Borçlu ve üçüncü kişi bu varsayım nedeniyle tasarrufun iptali davasında adeta çaresiz bırakılmıştır.

Bir hukuk sisteminde varsayımlara ve kesin kanunî karinelere ölçüsüzce başvurulması hâlinde Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı başta olmak üzere temel hakların ihlali söz konusu olabilir.<sup>74</sup> Zira aksi ispat edilemeyen varsayımlar karşısında borçlu ve üçüncü kişi iddia yükünü yerine getirme ve ispat faaliyetinde bulunma hakkından yoksundur. Bu durum silahların eşitliği

<sup>73</sup> **Çiftçi P.**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, s. 51, 234. Takip hukuku uygulaması, alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin dengelenmesi temelinde işlemektedir. Alacaklının alacağının tahsili için cebri icraya özgü zorlayıcı tedbirler kullanılmalı; fakat borçlunun temel hakları ihlal edilmemelidir. Borçlu cebri icra usûllerinde tamamen çaresiz bırakılmamalı; fakat kötü niyetli bir borçlunun alacaklının menfaatlerini ihlal eden davranışlarına da zemin hazırlanmamalıdır (**Atalay**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, s. 36; **Çiftçi P.**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, s. 75, 380). Ayrıca bkz. **Özekes**, s. 40, 52.

<sup>74</sup> Bu hususta bkz. yuk. II, A.

ilkesine aykırıdır.<sup>75</sup> Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinin, doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere iptal edilen ibareyle sadece akrabalık dereceleri konusunda farklılaşan yürürlükteki hâlinin de Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır.<sup>76</sup> Öte yandan, hükmün mevcut hâline göre artık neseben üçüncü dereceye kadar olan hısımlar arası ivazlı tasarruflar bağışlama olarak sayılmayacakken, üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kayın hısımlığı bulunan akrabalar arasındaki ivazlı tasarrufların bağışlama sayılacak olması başlı başına sorunlu bir durum oluşturacaktır.<sup>77</sup> Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendine dayanılarak açılan davaların görüldüğü mahkemelerin Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi başvurusu yapması gerekir. Fakat bu noktada asıl görev kanun koyucuya düşmektedir. Kanun koyucu anılan maddenin tamamını yeniden ele almalıdır. Aynı değişikliğin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenen iptal davasına ilişkin hükümlerde de yapılması gerekir.

Kanun koyucunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendine ilişkin iki seçeneğinin bulunduğu söylenebilir. Birinci seçenek maddenin tamamen yürürlükten kaldırılmasıdır. Doktrinde *Konuralp* bu görüşü savunmaktadır. Yazara göre Anayasa Mahkemesi'nin kararına en uygun düşen düzenleme, ilgili bendin tamamen yürürlükten kaldırılmasıdır. Yazar, bendin yürürlükten kaldırılmasının alacaklılar aleyhine olmayacağını, alacaklıların İcra ve İflâs Kanunu'nun 280. maddesinden ve bu maddenin ikinci fıkrasında öngörülen ispat kolaylığından yararlanabileceği görüşündedir.<sup>78</sup> Kanaatimizce bu noktada İcra ve İflâs Kanunu'nun 280. maddesindeki düzenleme ile 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde yer alan düzenleme arasındaki farklılıkların dikkate alınması gerekir. Kanun koyucunun ikinci seçeneği ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesini tekrar düzenleyerek Anayasa'ya uygun hâle getirmektir.

#### **A. İİK m. 278 Hükmünün Yürürlükten Kaldırılması Durumunda İİK m. 279 Hükmü ile İİK m. 280 Hükmünün, İİK m. 278 Hükmündeki Hâller İçin de Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu**

İcra ve İflâs Kanunu'nun 278, 279 ve 280. maddeleri belirli kesişim kümelerine sahip olsa da tasarrufun niteliği ve ispat koşulları yönünden bu maddeler arasında farklar mevcuttur. Örneğin, bir kişi borca batık olduğu dönemde alacaklılarını zarara uğratma kastıyla bir taşınmazını eşine düşük bir bedelle dev-

<sup>75</sup> **Pekcanitez H.**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000, s.777; **Özkes M.**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 126; **Hanağası E.**, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016, s. 394; **Aktepe Artık S.**, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s. 350; **Yeşilova B.**, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBB Dergisi 2009, S. 86, s. 78.

<sup>76</sup> Aynı yönde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, İcra ve İflâs Hukuku, s. 733; **Konuralp**, s. 508.

<sup>77</sup> Benzer yönde bkz. **Konuralp**, s. 507-508.

<sup>78</sup> **Konuralp**, s. 516. Benzer yönde bkz. Bursa 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne başvuru kararı.

rededebilir. Bu durumda bu tasarruf yakınlar arası bir tasarruf olduğu gerekçesiyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendi uyarınca veya edimler arasındaki orantısızlık gerekçesiyle Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci bendi uyarınca iptal edilebilecekken, aynı zamanda alacaklıları zarara uğratma kastı ile borca batıklık hâllerinin bir arada bulunduğu gerekçesiyle Kanun'un 280. maddesi uyarınca da iptal edilebilir. Fakat her bir hüküm için ispat yükünün yerine getirilmesi ve ispatın konusu farklılık gösterir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 279. maddesinin yakınlar arası bir tasarruf bakımından uygulanabilmesi için bu maddede sayılan tasarruf türlerinin gerçekleşmiş olması şart olup, bu tasarruflar dışındaki bir işlem, Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendindeki yakınlar arasında olsa dahi, Kanun'un 279. maddesi yönünden iptal edilemez. Öte yandan bu maddeye göre, yalnızca hacizden, haczedilecek mal bulunmaması hâlinde aciz belgesi verilmesi tarihinden veya iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde yapılan tasarruflar iptal edileceğinden, Kanun'un 278. maddesinin öngördüğü iki yıllık süreden daha kısa bir süre söz konusudur. Kanun'un 279. maddesine göre borçlunun borca batık olduğu da tasarrufun iptali davasında ispat edilmelidir.<sup>79</sup> Dolayısıyla Kanun'un 279. maddesinin, iptale konu tasarruflar, ispat yükü dağılımı, süreler ve koşul vakıalar bakımından Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendiyle tam olarak örtüştüğü söylenemez. Kanun'un 278. maddesinden farklı olarak Kanun'un 279. maddesinin son fıkrasında, aleyhine tasarrufun iptali davası açılmış olan üçüncü kişiye iyiniyetli olduğunu ispat etme imkânı tanınmıştır.<sup>80</sup>

İcra ve İflâs Kanun'un 280. maddesi ise kapsadığı tasarruf kategorisinin konu ve zamansal genişliği nedeniyle genel bir iptal hükmü niteliğindedir. Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinin tamamen yürürlükten kaldırılabileceği, Kanun'un 280. maddesinin aynı derecedeki yakınlar için uygulanabileceği ileri sürülmüştür.<sup>81</sup> Kanun'un 280. maddesinin aynı derecedeki yakınlar için uygulanabilmesi mümkündür.

<sup>79</sup> **Tuncer Kazancı**, s. 158-159. Borca batıklık, aciz halinden farklı bir anlama sahiptir. Aciz hâli, borçlunun, ödeme araçlarından yoksunluğu nedeniyle, derhal ödenmesi gereken para borçlarını ödemek konusundaki sürekli iktidarsızlığı olup, borca batıklık ise borçlunun aktif değerlerinin pasif değerlerini karşılayamaması veya malvarlığının borçlarını karşılayamamasıdır (**Umar B.**, Aciz Hâli-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık, YÜHFD, C. I, S. 1, Y. 2004, s. 317-320). Borçlunun borca batıklık durumunda vadesi gelen borçları ödeme kabiliyeti devam ediyor olsa da, borçlunun muaccel borçlarını ödeyebilecek miktarda likiditesinin bulunması borca batıklığı önlemez (**Umar**, Aciz Hali-Borca Batıklık, s. 317, 321; **Atalay O.**, Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996, s. 47; **Erdönmez**, s. 77). Dolayısıyla aciz hali ile borca batıklık birlikte ortaya çıkabilirse de bu durum her zaman gerçekleşmez (**Erdönmez**, 81). Borca batıklık şartının olması gereken hukuk bakımından değerlendirilmesi için bkz. **Erdönmez**, s. 82-89.

<sup>80</sup> **Umar**, s. 71, **Yıldırım**, s. 203; **Öztek S.**, Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulamaları, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 326; **Kale S.**, Aciz Halindeki Borçlunun, Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası (İİK. Mad. 279), Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 201; **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 180.

<sup>81</sup> **Konuralp**, s. 516.

Ne var ki iki hükmün koşul vakıaları birbirinden farklıdır. İlk olarak, bir tasarrufun Kanun'un 280. maddesine göre iptal edilebilmesi için borçlunun borca batık olduğu, diğer bir ifadeyle malvarlığının borçlarına yetmediği bir dönemde yapılmış olması ve alacaklının bu durumu ispat etmesi gerekir. Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde ise böyle bir koşul mevcut değildir. Borçlunun borca batık olmadığı bir zamanda yapmış olduğu tasarruf işlemi Kanun'un 280. maddesinin kapsamına giremezken, Kanun'un 278. maddesinin kapsamına girebilir. İkinci olarak, bir tasarrufun Kanun'un 280. maddesine göre iptal edilebilmesi için borçlunun alacaklılara zarar verme kastıyla hareket etmiş olması ve bu hususun alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir. Halbuki, borçlunun alacaklılara zarar verme kastıyla hareket edip etmediği hususu tasarrufun Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendine göre iptal edilmesi açısından belirleyici unsur değildir. Son olarak, bir tasarrufun Kanun'un 280. maddesine göre iptal edilebilmesi için borçlunun yapmış olduğu tasarruf işleminin diğer tarafı olan üçüncü kişinin borçlunun malî durumunu ve zarar verme kastını bilmesi veya bilmesini gerektiren açık emarelerin bulunması ve bu hususun davacı tarafından ispat edilmesi gerekir. Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde bu koşul da yer almamaktadır.

Diğer taraftan, her ne kadar Kanun'un 280. maddesinin ikinci fıkrasında, üçüncü kişinin borçlunun karı veya kocası, usûl veya fûru ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve kayın hısımları, evlat edineni veya evlatlığı olması durumunda borçlunun malî durumunu ve alacaklılarına zarar verme kastını bildiği yönünde bir karine bulunsa da, bu durum söz konusu maddenin borçlunun sadece borca batık hâldeyken ve alacaklılara zarar verme kastıyla yapmış olduğu tasarrufları kapsadığı gerçeğini değiştirmez. Bu nedenlerle, doktrinde ileri sürülenin aksine, Kanun'un 278. maddesinin tamamen yürürlükten kaldırılması alacaklıların aleyhine olacaktır. Örneğin, borçlu eşine taşınmaz devrettiği tarihte borca batık olmayabilir. Bu durumda yaptığı tasarruf İcra ve İflâs Kanunu'nun 280. maddesine dayanılarak iptal edilemez. Kanun'un 280. maddesi, Kanun'un 278'inci maddesinden farklı olarak bir varsayım öngörmemektedir. Dolayısıyla söz konusu hükümde iptale konu tasarrufun tarafı olan üçüncü kişiye iyiniyetli olduğunu ispat edebilme olanağı tanınmıştır. Örneğin, borçlunun üçüncü dereceden akrabası, somut olayın koşulları çerçevesinde, borçlunun tasarruf tarihinde borca batık olduğunu veya alacaklılarını zarara sokma kastının olduğunu bilmiyor olabilir. Dolayısıyla iptale konu tasarrufun tarafı olan üçüncü kişi iyiniyetli olduğunu ispat ederek tasarrufun Kanun'un 280. maddesine dayanılarak iptal edilmesini önleyebilir (İİK m. 280/3 atfıyla 279/2). Ne var ki bu ispat faaliyeti tasarrufun Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendine dayanılarak iptal edilmesini engellemeyecektir. Dolayısıyla Kanun'un 280. maddesi, Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde uygun tasarruflar bakımından sınırlı bir çerçevede uygulanabilir.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> Bu hususa yukarıda ayrıntılı olarak yer verilmişti.

İçerik yönünden Kanun'un 278. maddenin üçüncü fıkrasının birinci bendiyle en çok benzerlik gösteren düzenleme, edimler arası orantısızlığı düzenleyen aynı hükmün ikinci bendidir. Zira uygulamada borçluların genellikle olması gerekenden çok düşük bedellerle mallarını yakınlarına devrettikleri görülmektedir. Özellikle taşınmaz devirlerinde tapuda gösterilen değer ile gerçek değer arasında bu düzeyde farklılara rastlanmaktadır.<sup>83</sup> Yargıtay'a göre böyle bir tasarrufun iptal edilebilmesi için gerçek değer ile sözleşmede gösterilen değer arasındaki farkın en az bir misli olması gerekmektedir.<sup>84</sup> Örneğin, 500.000 Türk lirası değerindeki bir taşınmazın 250.000 Türk lirası veya daha az bir bedelle satılması hâlinde bu tasarruf Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci bendi kapsamında iptal edilir. Borçluların yakınları lehine orantısız edimli tasarruflar gerçekleştirmeleri hâlinde Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinin uygulanmasının şart olmadığı, bu tasarrufların edimler arası orantısızlık nedeniyle de iptal edilebileceği açıktır. Bununla birlikte, taşınmaz devirlerinde veya resmî senetle gerçekleştirilen diğer işlemlerde bu hususun ispatı nispeten kolayken, diğer tasarruflarda bu husus alacaklı tarafından ispat edilemeyebilir. İkinci bir sorun da gerçek değer ile gösterilen bedel arasında bir misliden daha az bir farkın bulunduğu işlemlerde ortaya çıkacaktır. Yakınlar arasındaki bu işlemler çoğu zaman alacaklıları zarara uğratmasına rağmen Kanun ve Yargıtay'ın mevcut içtihadı uyarınca iptal edilemeyecektir.<sup>85</sup> Dolayısıyla Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci bendi de birinci bendin kapsamını bu yönlerden tam olarak karşılamamaktadır.

Görüldüğü üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin tamamen yürürlükten kaldırılması, sorunu tam anlamıyla çözmeyecektir. Kanun koyucunun

<sup>83</sup> Muşul, s. 334.

<sup>84</sup> Bu hususta bkz. yuk. III, A.

<sup>85</sup> Örneğin, "[...] O halde, dava konusu taşınmaz üzerindeki ipoteğin kaldırılması için davalı K1 tarafından davalı borçlu K2'nin hesabına gönderilen 76.550, 00 TL ile tapudaki satış bedeli olan 19.000, 00 TL toplandığında anılan taşınmazın davalı K1'ye maliyeti 95.550, 00 TL olup bu bedel ile bilirkişi tarafından belirlenen 109, 560, 00 TL arasında misli fark bulunmadığı anlaşılmaktadır. Biran için tapudaki ödemenin 19.000, 00 TL olmadığı, davalı K1'nin belirttiği gibi taşınmazın 80.000, 00 TL bedelle alınması durumunda da misli fark oluşmadığından anılan tasarrufun İİK 278/3-2 madde gereğince iptalinin mümkün olmadığı, yine davalı 3. kişinin borçlunun durumunu ve amacının bilen veya bilebilecek kişilerden olduğu da davacı tarafından ispatlanamadığından anılan tasarrufun İİK 280/1 madde gereğince de iptali mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulü isabetli görülmemiştir [...]" 17. HD, 24.02.2014, 1621/2409 (Kazancı Hukuk). "[...] Şayet borçlu, akdin yapıldığı sırada verdiği şeyin değerine göre pek aşağı fiyat kabul etmişse tasarruf iptale tabi bulunduğundan mahkeme gerekçesinde yer alan muvazaa ispatlanmadığından davanın reddi gerektiğine ilişkin düşünce isabetli değildir. Ne var ki, tasarruf 320 milyon TL. ödenerek ve 6 milyar TL. ipotek yüküyle 6.320.000.000 TL. bedelle yapıldığından gerçek değer ise 11.880.000.000 TL. olarak saptandığından iptal için Yasanın aradığı "pek aşağı fiyat" koşulu gerçekleşmemiştir. Davanın bundan ötürü reddi yerine yasaya uygun düşmeyen bazı nedenlerle reddi doğru değilse de, hüküm sonuçta "davanın reddine" dair olduğundan dosyadaki yazılara nazaran HUMK'un 438/son maddesi uyarınca alacaklının tüm temyiz itirazlarının reddiyle gerekçesi değiştirilmiş bu şekilde hükmün onanmasına, aşağıda yazılı bakiye 2.920.000 lira ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 19.03.2003 gününde oybirliği ile karar verildi [...]" 15. HD, 19.03.2003, 627/1418 (Legalbank).

ikinci seçeneği bu hükmü yeniden düzenleyerek Anayasa'ya uygun bir şekilde formüle etmektir.

## B. İsviçre Hukukundaki Durum

Bağışlama ve karşılıksız kazandırmaların iptali, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesinde düzenlenmiştir<sup>86</sup>. İsviçre hukukunda bu düzenlemeyle mali açıdan çöküntünün eşliğinde olan bir borçlunun bağışlamalarla veya ekonomik olarak zararına olan işlemlerle malvarlığındaki aktifleri azaltarak alacaklılarına zarar vermesi engellenmeye çalışılmıştır. Zira alacaklının, alacağını tahsil için başvuracağı malvarlığı öğelerinin borçlunun malvarlığında kalmasındaki menfaati, bir malvarlığı unsurunu herhangi bir bedel veya başka bir karşılık ödemeksizin iktisap eden üçüncü kişinin bu mal üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin menfaatten daha üstün tutulmuştur<sup>87</sup>. Karşılıksız kazandırmaların iptalinde, sadece objektif unsurlar dikkate alınır. Bir başka deyişle lehine karşılıksız kazandırma yapılan kişinin bu işlem bakımından iyiniyetli olması veya borçlunun mali durumunu bilmemesi gibi hususlar iptal bakımından önem arz etmez ve dikkate de alınmaz<sup>88</sup>. Borçlunun karşılıksız kazandırmada bulunduğu anda borca batık veya aciz içinde olması da gerekmez<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Söz konusu hüküm şu şekildedir:

“Madde 286 - Karşılıksız Kazandırmanın İptali

Olağan hediyeeler haricinde hacizden veya iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde borçlunun gerçekleştirdiği tüm bağışlamaların ve karşılıksız kazandırmaların iptali mümkündür.

Aşağıdakiler bağışlamaya eştir;

1. Karşı edimin, borçlunun kendi edimine kıyasla orantısız olduğu hukukî işlemler;

2. Borçlunun, kendisine veya bir üçüncü kişiye ömür boyu gelir, bakım, intifa veya sükna hakkı kazandıran hukukî işlemler.

Borçlunun bir yakını lehine yaptığı işlemin iptalinde, borçlunun edimi ile bu kişinin edimi arasında bir orantısızlık olmadığını ispat yükü borçlunun yakınındadır. Şirketler topluluğuna bağlı yavru şirketler de borçlunun yakını sayılır.”

<sup>87</sup> BSK SchKG-**Stahlin**, Art. 286, N. 1.

<sup>88</sup> BGE 95 III 47 E.2: “Borçlunun elde ettiği edim, kendi ediminin yanında oldukça az ise İsviçre lİK m. 286 f.2 b.1 uyarınca edim ile karşı edim arasında orantısızlık söz konusudur (karş. fransızca metin: les actes par lesquels le débiteur a accepté un prix notablement inférieur à la valeur de sa prestation; BGE 49 III 30). Bir orantısızlık olup olmadığı edimlerin ekonomik değerine göre belirlenir (BGE 31 II 353, BGE 49 III 30). Eğer borçlunun edimi, karşı tarafın edimine kıyasla ekonomik olarak ciddi derecede fazla ise ve borçlu bu fazladan edimi hukuken zorunlu olmadığı halde ifa etmişse, bu işlem iptal edilebilir. Karşı tarafın, edimler arasında bir orantısızlık olduğunu veya bu edimin ifasının borçlunun alacaklılarına zarar vereceğini bilip bilmemesinin herhangi bir önemi yoktur (BGE 49 III 30). Doktrinde kabul edilen çoğunluk görüşüne göre borçlunun kendisinin de edimler arasında orantısızlık olup olmadığını bilmesine veya bilebilecek durumda olmasına gerek yoktur. (C. JAEGER, N. 8 zu Art. 286 SchKG, S. 372; HANGARTNER a.a.O. S. 57/58; E. BRAND, Anfechtungsklage I, SJK Nr. 742, 1942, S. 4 mit Fussnote 11; H. GAUGLER, Die paulianische Anfechtung, Bd. I 1944, S. 112; BGE 49 III 30'de bu soruya cevap verilmemiştir).”

<sup>89</sup> SK SchKG-**Maier**, Art. 286, N. 4; KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286, N. 1; BSK SchKG- **Stahlin**, Art. 286, N. 3; **Meier I./Siegwart D.**, Anfechtungsklage nach revidiertem Recht - Unter besonderer Berücksichtigung von Konzernverhältnissen, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, EIZ N. 153, s. 58.

### 1. İptale Tâbi Bağışlama ve Karşılıksız Kazandırmalar

Bir kişinin, kendi malvarlığından bir başkasına herhangi bir karşılık almaksızın yaptığı bağışlamalar İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesine göre iptale tâbidir. Öte yandan yapılan bağışlama vaadi gibi borçlandırıcı işlemler, vaaite bulunanın aktiflerinde bir azalmaya yol açmadığından bu hükmün kapsamına dahil değildir. Aynı şekilde iflâsın açılmasıyla müflisin malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi iflâs idaresine geçeceğinden, iflâsın açılmasından sonra müflisin yaptığı bağışlamalar da geçersiz olacağından, bu tasarrufların da bu hüküm uyarınca iptali mümkün değildir. Ölüme bağlı tasarrufların da İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesi uyarınca iptal edilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>90</sup>. Ahlakî bir ödevin yerine getirilmesi amacıyla yapılan bağışlamaların da iptali söz konusu değildir<sup>91</sup>.

Karşılıksız kazandırma ise borçlunun hukuken zorunlu olmadığı hâlde ve bir karşı edim almaksızın ifa ettiği edimlerdir. Borçlu, hukuken ödemek zorunda olmadığı hâlde veya esas borçludan herhangi bir karşılık almaksızın üçüncü kişi borçlunun borcunu öderse veya üçüncü bir kişinin borcu için ipotek tesis ederse (en azından asıl borçludan rücu ilişkisinde alacağını alamayacağı baştan belli ise) bu işlemlerin iptali mümkündür. Aynı şekilde borçlunun alacağından feragat etmesi de iptale tâbi bir karşılıksız kazandırmadır. Borçlunun bu işlemleri gerçekleştirirken bağışlama iradesiyle hareket edip etmediği iptal bakımından önem arz etmez<sup>92</sup>. Öte yandan borçlunun çocukları lehine kendisine düşen mirastan feragat etmesi bağışlama ya da karşılıksız kazandırma kapsamında değerlendirilebilecek bir işlem değildir<sup>93</sup>.

### 2. Karşılıksız Kazandırma ile Eşdeğer Tutulan Tasarruflar

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda, Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen iptal edilen Kanun'un 278. maddesinin 3. fıkrasının 1. bendine eşdeğer bir düzenleme yer almamaktadır. İsviçre hukukunda ivazsız tasarrufların iptalini düzenleyen maddede bir ivaz karşılığı yapılsa da bu işlemin iki durumda ivazsız bir kazandırma veya bağışlama ile bir tutulması gerektiği düzenlenmiştir. Bunlar karşı tarafın ediminin, borçlunun kendi edimine kıyasla orantısız olduğu

<sup>90</sup> KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286 N 2; BSK SchKG-**Stahlin**, Art. 286, N. 4; SK SchKG-**Maier**, Art. 286, N. 5; **Amonn K./Walther F.**, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, §52 N. 15; **Fritzsche H./Walder H.U.**, Schuldbetreibungs- und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1993, §66 N. 2. Karş. **Diem A.**, Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht, Zürich 1987, s. 70 vd.

<sup>91</sup> Öte yandan bu tip tasarrufların (zarar verme kastından dolayı iptali düzenleyen) İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 288. maddesine göre iptalinin mümkün olduğu yönünde bkz. KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286, N. 2; BGE 97 IV 18 E. 1c.

<sup>92</sup> KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286 N 3; **Blumenstein**, s. 878.

<sup>93</sup> BGE 138 III 497; KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286 N 3; BSK SchKG-**Stahlin**, Art. 286, N. 10.



hukukî işlemler ve borçlunun, kendisine veya bir üçüncü kişiye ömür boyu gelir, bakım, intifa veya oturma (sükna) hakkı kazandıran hukukî işlemlerdir.

#### a. Edimler Arasında Orantısızlık

Edimler arasında orantısızlık olup olmadığı tamamen objektif ve ekonomik kriterlere göre belirlenir<sup>94</sup>. Edimlerin değeri, iptali istenen işlemin gerçekleştiği tarihe göre belirlenir<sup>95</sup>. Esas olan, edimlerin piyasa değeridir<sup>96</sup>. Edimin orantısız olup olmadığının işlemin karşı tarafınca bilinip bilinmediği önemli değildir. Tarafların edimleri arasında bir orantısızlık olması durumunda borçlunun ediminin gerçek değeri ile edimi için elde ettiği değer arasındaki fark kadar bir iptal söz konusu olur. Başka bir deyişle alacaklı, işlemin tarafı üçüncü kişiden borçlunun ediminin gerçek değeri ile borçluya ödenen değer arasındaki farkı talep edebilir<sup>97</sup>. Fakat bir taşınmazın devri veya rehni gibi bölünemez bir edim söz konusuysa, o zaman tüm işlem iptale tâbidir. Böyle bir durumda işlemin diğer tarafı, borçludan ifa ettiği kendi ediminin tamamını geri talep edebilir.

#### b. Ömür Boyu Gelir, Ölünceye Kadar Bakma, İntifa veya Sükna Hakkı Tesis

Borçlunun kendisine veya üçüncü bir kişiye ömür boyu gelir, ölünceye kadar bakma, intifa veya sükna hakkı sağlayan işlemleri de bağışlamayla eşdeğer tutulmuştur. İsviçre doktrininde bu hükmün lafzı eleştirilmektedir<sup>98</sup>. Zira öncelikle borçlunun kendi lehine mi, yoksa üçüncü bir kişi lehine mi böyle bir hak tesis edildiği arasında bir ayırım yapılması gerekir. Borçlunun kendisinin sayılan haklardan birisini bir bedel ödeyerek iktisap ettiği durumlarda kanun koyucu, borçlunun malvarlığından bir bedel ödeyerek (ve dolayısıyla malvarlığındaki aktifleri eksilterek) kendisine hacedilmesi mümkün olmayan veya sadece kısmen mümkün olan bir hak iktisap etmesini engellemeyi amaçlamıştır<sup>99</sup>. Zira böyle bir durumda borçlu, kendi aktifini azaltarak karşılığında alacaklılarının hacedilmesi mümkün olmayan veya kısmen haczi mümkün olan bir hak elde etmekte ve bu suretle alacaklısının, malvarlığına başvurarak alacağını tahsil

<sup>94</sup> KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286, N. 4; BSK SchKG-**Stahlin**, Art. 286, N. 15; SK SchKG-**Maier**, Art. 286, N. 7. BGE 95 III 47.

<sup>95</sup> Örneğin, devir tarihinde borsadaki değerinden satılan hisselerin değerinin dava tarihinde iki katına çıkmış olmasına rağmen, devrin gerçekleştiği tarihte satım bedeli borsa değeriyle örtüştüğü için bu işlemin iptali söz konusu olamaz.

<sup>96</sup> BGE 45 III 183. **Stahlin** ise, bir taşınmaz gibi belli bir piyasada işlem görmeyen ve dolayısıyla objektif bir piyasa değeri olmayan malvarlığı unsurlarında borçluya fiyatın belirlenmesi noktasında belli bir marj verilmesinin daha doğru olduğunu, borçludan objektif bir piyasa değeri olmayan malvarlığı unsuru satarken mutlaka en yüksek fiyattan satmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir (BSK SchKG-**Stahlin**, Art. 286, N. 15). Taşınmaz söz konusu ise değer tespitinde kantonal emlak vergisi değerleri yerine piyasa değerinin belirleyici olduğu yönünde bkz. BGer, 16. 3. 2012, 5A\_555/2011, E. 2.

<sup>97</sup> SK SchKG-**Maier**, Art. 286, N. 7; BSK SchKG-**Stahlin**, Art. 286, N. 16. BGE 65 III 42.

<sup>98</sup> KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286, N. 6; BSK SchKG-**Stahlin**, Art. 286, N. 19.

<sup>99</sup> KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286, N. 6; BSK SchKG-**Stahlin**, Art. 286, N. 15; SK SchKG-**Maier**, Art. 286, N. 7.

etmesini engellemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, borçlunun bedelini ödeyerek oturma hakkı aldığı bir olayda, oturma hakkı için ödenen bedelin piyasa değerine eşit olmasının, işlemin iptalini engellemeyeceğini, bu tip işlemlerin iptali bakımından önemli olan hususun borçlunun haczedilebilir malvarlığını eksiltmek suretiyle haczi kabil olmayan veya kısmen kabil olan bir başka malvarlığı unsuru elde etmesi olduğunu belirtmiştir<sup>100</sup>.

Eğer borçlunun kendi malvarlığından yaptığı bir ödeme karşılığı üçüncü kişi sayılan haklardan birisini elde etmişse ve üçüncü kişi bu hakkın tam değerini borçluya ödemişse, üçüncü kişiye anılan hakkı kazandıran işlem iptal edilebilir<sup>101</sup>.

### **3. Borçlunun Yakınlarıyla Gerçekleştirdiği Bağışlamalar, Karşılıksız Kazandırmalar ve Eşdeğer Tutulan Diğer İşlemler**

2013 yılında yapılan revizyon kapsamında İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesine yeni bir fıkra eklenmiştir. Kural olarak bir işlemin iptalini isteyen kişi, borçlunun edimi ile karşı tarafın edimi arasında orantısızlık olduğunu ve ivazsız tasarrufun iptalinin diğer şartlarının varlığını ispat etmelidir. Ancak İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesine eklenen yeni 3. fıkra nedeniyle borçlunun yakınlarıyla yaptığı Kanun'un 286. maddesi kapsamındaki işlemler bakımından borçlunun edimi ile karşı edimin orantılı olduğunu ispat yükü, iptal davasının davalısına, başka bir deyişle borçluyla işlem yapan üçüncü kişiye düşmektedir. Bir başka anlatımla, getirilen yeni düzenlemeyle borçlunun, yakınlarıyla İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesindeki işlemlerden birini gerçekleştirdiği durumlarda edimler arasında orantısızlık olduğu kanundan kaynaklı olarak varsayılmaktadır. Edimlerin birbirine orantılı olduğunu ispat yükü ise borçluyla işlem yapan üçüncü kişidedir<sup>102</sup>.

Kanun koyucu tasarrufun iptalini talep eden alacaklının, borçlu ile yakını<sup>103</sup> arasında gerçekleşen işlemin hangi koşullarda ve nasıl olduğunu bilmesinin ve

<sup>100</sup> BGE 130 III 235 E. 2.

<sup>101</sup> BSK SchKG-**Stahlin**, Art. 286, N. 20; KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286, N. 6;

<sup>102</sup> **Bauer T.**, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG EB), 2. Aufl., Basel 2017, Art. 286, N. 27a; KUKO SchKG-**Umbach-Spahn/Bossart**, Art 286, N. 5b.

<sup>103</sup> İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda "*dem Schuldner nahestehende Person*" kavramı kullanılmaktadır. Türk doktrinde bu kavram "*borçlunun yakın*" şeklinde ifade edilmektedir. Türk Dil Kurumu'nca "*yakın*" sözcüğü; aralarında sıkı ilişki olan arkadaş, dost veya akraba olarak tanımlanmaktadır (Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (Haz.: Akalın Ş. H.), 11. Bası, Ankara 2019, s. 2506). Fakat günlük kullanımda bir kimsenin yakını dendiğinde "*yakın*" kavramı, taraflar arasında bir akrabalık ilişkisi olduğu yönünde bir çağrışım yapmaktadır. Aslında "*dem Schuldner nahestehende Person*" ifadesinin; kanaatimizce "*borçluya yakın (olan) kişi/kimse*" şeklinde anlaşılması uygun düşer. Fakat borçluya yakın olan kişi ifadesinin kullanılması bazı noktalarda cümle yapısını bozduğu için biz de metinde bazı yerlerde borçlunun yakını ifadesini kullandık. Ancak borçlunun yakını ifadesiyle kast edilen borçluya yakın olan kimsedir; taraflar arasında ilk çağrışımın aksine akrabalık ilişkisi bulunması zorunlu olmadığı gibi kişinin sadece borçlunun yakın çevresinden olması yeterlidir.

buna ilişkin delil toplamasının çok zor olduğunu gözeterek, işlemin tarafı olan üçüncü kişinin borçlu ile kendi edimi arasında bir orantısızlık olmadığını ortaya koymasının alacaklıya kıyasla daha kolay olduğunu belirtmiş ve edimlerin birbirine denk olduğuna ilişkin ispat yükünün borçlunun yakını tarafından yerine getirilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir<sup>104</sup>. Zira borçluyla işlem yapan yakını, kendisi ile borçlu arasında gerçekleşen işlemde edimler belirlenirken hangi kriterlerin kullanıldığını ve hangi unsurların gözetildiğini, alacaklıya göre çok daha kolay ortaya koyabilir<sup>105</sup>. Eski kanun döneminde dahi işlemin *ex post* iptalini isteyen alacaklıya kıyasla, borçlunun yakın çevresine dahil bir kişinin borçlunun mali durumunu bildiği ve gerçekleşen işlemin altında yatan bağışlama karakterini daha kolay algılayabileceği belirtilmiştir<sup>106</sup>.

Öte yandan işlemin, borçlu ile borçlunun yakın çevresinden biriyle gerçekleştirildiğine ilişkin iddia ve ispat yükü işlemin iptalini talep eden alacaklıdır<sup>107</sup>. Alacaklının, işlemin tarafı olan kişinin borçlunun yakını olduğunu ispat etmesi yeterlidir. Borçlunun yakın çevresinden olan kişinin, işlemi gerçekleştirirken borçlunun ekonomik olarak zor durumda olduğunu bilmesine veya bilebilecek olmasına veya bu hususların ortaya konmasına gerek yoktur.

#### 4. "Borçluya Yakın Kişi" Kavramı

İsviçre doktrininde "borçluya yakın kişi" kavramı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, borçluya yakın kişi kavramının anonim şirketler hukukuna özgü bir kavram olduğunu ve bu kavramın kıyasen icra ve iflâs hukuku bakımından da uygulanması gerektiğini ileri sürerken<sup>108</sup>, diğer yazarlarsa bu kavramın İsviçre İcra ve İflâs Kanunu kapsamında özgün bir şekilde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır<sup>109</sup>.

Öte yandan doktrinde, Kanun'un gerekçesinden hareketle borçluya yakın kişinin gerçek veya tüzel kişi olabileceği ve bu kişinin borçluyla arasında akrabalık ilişkisi bulunmasının zorunlu olmadığı hususunda herhangi bir tartışma mevcut değildir. Farklı şekillerde ifade edilmekle birlikte doktrinde genel kabul gören görüş, borçluyla arasında dostane bir bağlılık veya akrabalık olan kişilerin borçluya yakın kişiler olarak kabul edileceği yönündedir<sup>110</sup>. Kanun'un gerekçe-

<sup>104</sup> Botschaft 2010, 6478.

<sup>105</sup> Botschaft 2010, 6478. Ayrıca bkz. SK SchKG-Maier, Art. 286, N. 9; BSK SchKG EB-Bauer, Art. 286, N. 27a.

<sup>106</sup> SK SchKG-Maier, Art. 286, N. 9, Bernheim M./Geiger G., Paulianische Anfechtung - Auswirkungen der Beweislastverteilung aus beratender und forensischer Sicht, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, EIZ Nr. 159, s. 14.

<sup>107</sup> BSK SchKG EB-Bauer, Art. 286, N. 27b; SK SchKG-Maier, Art. 286, N. 9; Bernheim/Geiger, s. 13.

<sup>108</sup> SK SchKG-Maier, Art. 286, N. 10.

<sup>109</sup> Bernheim/Geiger, s. 13.

<sup>110</sup> Bernheim/Geiger, s. 13; SK SchKG-Maier, Art. 286, N. 10; KUKO SchKG-Umbach-Spahn/Bossart, Art 288, N. 15a. Bauer, akrabalar arasında işlemten önce uyumsuzluk, çeke-

sinde ise kanun koyucunun bilinçli olarak geniş bir kavram seçtiği, böylelikle uygulamada somut olayın gerçeklerine göre bir değerlendirme yapılmasına imkân sağlanmaya çalışıldığı belirtilmiştir<sup>111</sup>. Borçlunun eşi ve çocukları gibi yakın akrabaları veya evli olmamakla birlikte bir süredir beraber olduğu partneri borçluya yakın kişilerdir. Aynı şekilde borçlunun iş ortakları da, aralarında dostane bir bağ olduğu durumlarda yine borçluya yakın kişiler olarak kabul edilecektir. Belirleyici olan, ilişkinin ağırlık merkezinin borçlunun kişisel alanında yer almasıdır.

### C. Yeni Düzenlemede Gözetilmesi Gereken Hususlar

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası eşler ve üçüncü dereceye kadar hısımlar arası ivazlı tasarrufların iptal edilmesiyle ilgili İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinin kanun koyucu tarafından gözden geçirilmesi gerekmektedir. Yapılması gereken bir düzenlemenin Anayasa'ya ve Anayasa Mahkemesi'nin 11.07.2018 tarihli ve 9/84 sayılı kararına uygunluğu ile diğer kanun maddeleriyle ilişkisinin incelenmesi önem taşımaktadır.

#### 1. Anayasal İlkelere Uygunluk

Yapılması gereken düzenlemede, öncelikle Anayasa'nın ölçülülük ilkesini içeren 2. ve 13. maddeleri ışığında mülkiyet hakkına dair 35. ve adil yargılanma hakkına dair 36. maddeleri gözetilmelidir. Anayasa Mahkemesi de iptal kararında bu hususları ölçü norm olarak kullanmıştır. Bu bakımdan, düzenlemede aksi ispat edilemeyen kesin karineye ve/veya varsayıma yer verilmemeli, borçlu ve üçüncü kişiye özellikle davanın sonucunu etkileyecek hususlarda ispat faaliyetinde bulunma imkânı tanınmalıdır.

Düzenleme, borçlunun normal şartlar altında tasarruf yetkisinin tam olduğu süre zarfında yapacağı ivazlı tasarrufların geçerliliğini makul olmayan bir düzeyin ötesine geçecek şekilde etkilememelidir. Zira bu durumda alışveriş güvenliği, belirlilik ve kamu barışı zarar görebilir.<sup>112</sup> Bu kapsamda öncelikle borçlunun hangi düzeydeki yakınlarıyla yapacağı işlemlerin iptale konu edileceği açık

---

memezlik ve hatta düşmanlık olduğu ortaya konsa dahi bunların kural olarak "*borçluya yakın kişi*" olma niteliğini ortadan kaldırmayacağını ileri sürmüştür. Öte yandan akrabalık derecesi uzaklaştıkça, taraflar arasındaki işlemin sadece ticarî nitelikte olmasının da mümkün olabileceğini belirtmiştir (BSK SchKG EB-**Bauer**, Art. 286, N. 27d). Öte yandan doktrinde *Meier/Siegwart*, borçluya yakın kişinin borçlu ile bir menfaat birliği oluşturduğu ve borçlu ile belli bir oranda da olsa karşılıklı olarak birbirlerine bağımlı olmaları gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, borçlu ile çalıştığı bankası veya sadece kendisine hizmet veren danışmanlarıyla arasında yakınlık ilişkisi olmasına ve bu kişilerin borçlunun mali durumunu yakından bilmelerine rağmen aralarında karşılıklı bağımlılık olmadığı için bu kişilerin "*borçluya yakın kişi*" olarak kabulü mümkün değildir (**Meier/Siegwart**, s. 60).

<sup>111</sup> Botschaft 2010, 6478.

<sup>112</sup> Ticarî hayatta güvenin korunması iptal davasının koşulları için önemli bir sınırdır (**Yıldırım**, s. 140).

biçimde belirlenmelidir. Kanaatimizce, bu yakınlık derecesinin üçüncü dereceden daha uzak akrabaları da kapsamaya alışveriş güvenliğini, belirliliği ve kamu barışını zedeleyebilir. Aynı nedenlerle düzenlemede yine mevcut hükümde olduğu gibi uzun olmayan bir süre sınırının da olması gerekir.

Öte yandan, borçlunun hayatın olağan akışı ve somut olayın özel koşulları çerçevesinde makul ve rasyonel görülebilecek işlemlerinin kendiliğinden iptale tâbi olması isabetli olmaz.<sup>113</sup> Bu nedenle yapılması gereken yeni düzenlemede borçluya bu hususlarda ispat hakkı tanınabilir.<sup>114</sup> Böylelikle, bir yandan iptal davasındaki ispat yükü özellikle ilk aşamada borçlunun yakınlarıyla yaptığı işlemlerin ispatı yönünden dezavantajlı konumdaki alacaklılar lehine düzenlenmiş olacak, diğer yandan da silahların eşitliği ilkesi uyarınca borçlu ve üçüncü kişiye aksini ispat hakkı tanınarak bu kategorideki bütün işlemlerin kendiliğinden iptal edilmesi engellenmiş olacaktır. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 2. maddelerde yer alan ölçülülük ilkesi uyarınca alacaklı ve borçlu menfaatleri dengelenmiş, borçlunun ve üçüncü kişinin mülkiyet ve adil yargılanma hakları ihlal edilmemiş olacaktır.

## 2. Kanunî Düzenlemenin Taşınması Gereken Özellikler

Yapılması gereken, eşler ve üçüncü dereceye kadar hısımlar arasındaki tasarruf işlemlerinin iptaline yönelik özel bir düzenlemenin kanunlaştırılmasıdır. Düzenlemenin içeriği ve koşulları belirlenirken öncelikle hükmün getiriliş amacı dikkate alınmalıdır.

Bu düzenlemenin amacı borçlunun gerçek olmayan işlemlerle malvarlığını azaltarak alacaklılarından mal kaçırmasını önlemektir. Yakınlar arasındaki tasarruflara özgülenmesi ise bu tür tasarrufların gerçekleştiği koşulların alacaklılar tarafından tespit ve ispat edilmesinin zor olmasıdır. Bu bakımdan, borçlunun aktif ve pasif dengesini bozmayan, mal veya hakkın gerçek değeri üzerinden yapılan bir tasarruf işleminin iptal edilmesi yoluyla mülkiyet hakkına müdahale edilmesi, genel olarak alacak haklarının korunması ve tahsili için işlevsel değil-

<sup>113</sup> Borçlunun alacaklıları zarara uğratan tasarruf işlemleri mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanımı niteliğindedir. Kötüye kullanımın tespiti için "başkalarına zarar verme", "hakkın rasyonel ve alışıldık olmayan kullanımı" gibi ölçütlerden faydalanılabilir. Bu konuda bkz. **Boyar O.**, Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Ed. İnceoğlu S.), 3. Bası, İstanbul 2013, s. 90; **Özekes**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, s. 40, 51-52; **Berkin**, s. 495. *Boyar'a* göre, devletin varlık nedenlerinden biri de özel sözleşmelerin oluşturduğu hukukî duruma güvence sağlamaktır. Özel hukuk kişilerinin birbirleriyle sözleşme yapması aslında tarafları bağlayan bazı hukuk normlarının üretildiği bir tür yasama yetkisi kullanımı niteliğindedir. Fakat tam da bu nedenle kanun yapma yetkisinin sınırlarını gösteren Anayasa kuraları sözleşmeler için de geçerli olmalıdır. Bu sınırlar ise özellikle Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ve hakkın özüne dokunma yasağı gibi ölçütlerdir (**Boyar O.**, Anayasa ve Özel Hukuk, İstanbul 2019, s. 150). Bu bakış açısı bir aşama ileri taşınabilir ve Anayasa'nın hakkın ve yetkinin kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. maddesi de bir ölçüt olarak kabul edilebilir. Bu da sözleşme özgürlüğünün bir sınırının da Anayasa'nın 14. maddesi olduğu anlamına gelir.

<sup>114</sup> Düzenlemede ispat hakkına konu edilebilecek hususlar aşağıda ele alınacaktır.

dir. Zira söz konusu işlem iptal edildiği ve alacaklı tatmin edildiğinde dahi bu kez üçüncü kişi İcra ve İflâs Kanunu'nun 283. maddesi uyarınca söz konusu gerçek işlemin iptalinden kaynaklanan zararı oranında borçludan alacaklı hâle gelecektir. Diğer bir ifadeyle bir yandan alacak tahsil edilirken, diğer yandan yeni bir alacak doğacaktır ki, bu sonuç ulaşılmak istenen amaç için elverişli görünmemektedir.

Kanaatimizce, alacaklıya, yakınlar arası bir tasarrufun borçlunun malvarlığını azaltıp azaltmadığı konusunda bir ispat kolaylığı sağlanmalıdır. Bunun için, iki yıllık süre saklı kalmak kaydıyla, alacaklıya borcun doğduğu tarih ile haciz, haczedilecek mal bulunmaması hâlinde aciz belgesi verilmesi tarihi veya iflâsın açılması tarihi arasında yakınlar arası ivazlı bir tasarrufun gerçekleştiğini ispat etmesi yeterli görülmelidir. Düzenlemede, ispat edilen bu tasarrufların gerçek değer üzerinden yapılmadığı (alacaklıların zarara uğratılması) yönünde bir kanunî karine öngörülebilir. Bu hususun ortaya koyulduğu bir davada artık ispat yükü borçluda ve üçüncü kişide olmalıdır. Bu karinenin nedeni, yaşam deneyi kuralları çerçevesinde, söz konusu dönemde yakınlar arasında bu tür bir ivazlı tasarrufun tasarrufa konu malvarlığının gerçek değeri üzerinden yapılmış olma olasılığının düşük olmasıdır.

Borçlu ve üçüncü kişi, tasarrufun iptali davasında alacaklı tarafından ispat edilen tasarruf işleminin gerçek değer üzerinden yapıldığını ispat etme hakkına sahip olmalıdır. İşlemin gerçek değer üzerinden yapıldığını ispat, Kanun'un 278. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci bendi kapsamındaki edimler arası fahiş orantısızlığın olmadığını ispat etmekten farklıdır. Zira edimler arası fahiş orantısızlık, istikrar kazanmış Yargıtay uygulamasına göre, malın gerçek değerinin kabul edilen ivazın bir mislinden daha fazla olmasıdır.<sup>115</sup> Kanaatimizce Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci bendinin yorumunda böyle geniş bir oranın belirlenmesinin nedeni ticarî hayatta geçerli olması gereken güven ve sözleşme özgürlüğüdür. Tasarrufun diğer tarafı borçlunun yakını olmayan bir üçüncü kişi olduğunda bu şekilde sözleşme özgürlüğüne ve alışveriş güvenliğine önem verilmesi isabetlidir. Fakat borçlunun eşi veya üçüncü dereceye kadar yakınlarıyla yaptığı işlemlerde alacaklılardan mal kaçırma gayesinin bulunma olasılığının yüksek olması karşısında, menfaatlerin diğer ivazlı tasarruflarla aynı seviyede dengelenmesi ve edimler arasında bir misli farkın aranması kanaatimizce yerinde olmayacaktır. Bu nedenle borçlu ve üçüncü kişi artık edimler arası bir misliden fazla farkın olmadığını değil, ivazın gerçek değere

<sup>115</sup> Yargıtay, bazı kararlarında, tasarruf konusu malın gerçek değerinin bilirkişi marifetiyle belirlenmesinden sonra, taşınmazın bu gerçek değer üzerinden alınıp satıldığını ve bu bedelin de borçluya ödendiğinin ispat yükünün davalılarda olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu yaklaşımı, bir misli fark şeklindeki ölçütle tutarsızdır. Örneğin, "[...] Somut olayda, tasarrufa konu olan taşınmazın tapuda yapılan akit tablosundaki alım satım değeri 4 milyar TL olup, yapılan keşif sonucu gerçek değerinin 12 milyar TL olduğu belirlenmiştir. Bu durumda taşınmazın gerçek değeri üzerinden alınıp satıldığını ve bu bedelin de borçlu davalıya ödendiğini kanıtlama yükümlülüğü davalılara düşmektedir [...]" 17. HD, 14.05.2007, 1713/1644 (Kazancı Hukuk).

denk düştüğünü ispat etmelidir. Ayrıca böyle bir hüküm, borçlu tasarruf işlemini dikkat ve özenle gerçek değer üzerinden yaptığı ve bunu ispat edebildiği ölçüde, işlemin takip hukuku yönünden geçerli kalmasına engel olmayacaktır. Dolayısıyla bu hükmün borcun doğumundan haciz, haczedilecek mal bulunmaması hâlinde aciz belgesi verilmesi tarihi veya iflâsın açılmasına kadar olan süreçteki bir borçluya getireceği özen yükümlülüğünün ölçüsüz olacağı söylenemez.<sup>116</sup> İşleme konu malvarlığının gerçek değeri ise uygulamada bilirkişi incelemesi marifetiyle tespit edilebilir.<sup>117</sup> Bununla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucu ortaya çıkacak değer ile işlemin yapıldığı bedel arasında tasarrufa konu malın değerine oranla önemsiz görülebilecek bir farkın bulunması hâlinde işlemin gerçek değer üzerinden yapıldığı gerekçesiyle davayı reddedebilme hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır. Bu takdir yetkisinin varlığı, özen yükümlülüğünü yerine getiren borçlunun ve işlemin diğer tarafının mülkiyet hakları ve sözleşme özgürlükleri yönünden öngörülebilirliği ve alışveriş güvenliğini sağlayacaktır.

Borçlunun tasarrufun mal ya da hakkın gerçek değeri üzerinden yapıldığını ispat etmesi, borçlunun bu işlemlerle malvarlığında bir eksilme oluşmadığını veya malını devretmişse buna karşılık olan ivazı gerçekten elde ettiği anlamına gelecektir. Borçluya bunun dışında farklı konularda da ispat hakkı getirilebilir. Örneğin, borçlunun tasarruf işlemiyle elde ettiği ivazı daha sonra malvarlığından hayatın olağan akışına aykırı olacak bir şekilde çıkarmadığı<sup>118</sup> veya tasarruf işleminin alacaklıların yararına olduğu gibi hususlarda borçluya ispat hakkı tanınabilir. Bu hususlar borçlu ya da üçüncü kişi tarafından ispat edilemediği takdirde, borcun doğduğu tarihten önce olmamak kaydıyla haciz, haczedilecek mal bulunmaması hâlinde aciz belgesi verilmesi tarihi veya iflâsın açılmasından

<sup>116</sup> Ayrıca borçlu ve yakınının tasarrufu gerçekleştirirken bu tasarrufun iptal edilebileceğini öngörmesi, ticarî hayatın güvenliği için faydalıdır (**Yıldırım**, s. 183).

<sup>117</sup> Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci bendi kapsamında taşınmaz devirleri incelenirken taşınmazın kayıtlı olduğu tapu sicil müdürlüğünden sorularak edinilen satış bedeline (varsa ipotek bedelleri de eklenerek) bulunacak miktar ile taşınmazın mahallinde yapılacak bilirkişi incelemesi sonucu tespit edilen rayiç değer karşılaştırılır (**Muşul**, s. 335). Resmî senetle yapılan sözleşmelere (araba, taşınmaz gibi) konu malların değerlendirilmesi diğer mallara göre daha kolaydır. Resmî senet şekline tâbi olmayan taşınır mallarda (pahalı bir ziynet eşyası veya parasal değeri yüksek bir teknolojik ürün gibi) özellikle üçüncü kişinin malı elden çıkarmış olması halinde bu değerlemenin yapılması zorlaşacaktır. Bu noktada borçlu ve üçüncü kişinin malın tasarruf tarihindeki durumuna ilişkin sunacakları beyan ve deliller ile malın tasarruf tarihindeki rayiç değerinin hâkim tarafından araştırılması önem kazanacaktır. Öte yandan, uygulamada genellikle motorlu araç, taşınmaz ve ticarî işletme devirleri alacaklılar tarafından tespit edilebildiğinden diğer malların konu edildiği tasarruflara ilişkin bir iptal davasına sık rastlanmamaktadır.

<sup>118</sup> Borçlunun gerçek bir işlemle elde ettiği bir ivazı daha sonra malvarlığından hayatın olağan akışına aykırı şekilde çıkarması bazı hâllerde her ne kadar başka iptal nedenlerini de (örneğin Kanun'un 279. maddesi kapsamında vadesi gelmemiş bir borcun ödenmesi gibi) karşılayacak nitelikte olsa da kanaatimizce söz konusu hükümlerin koşullarının farklılığı ve borçlunun her bir işleminin alacaklılar tarafından tek tek ispatlanmasının zorluğu karşısında borçluya bu şekilde bir ispat yükünün getirilmesinin makul olmayacağı söylenemez.

geriye doğru belli bir süre içinde borçlunun eşiyle veya belli dereceye kadar olan yakınlarıyla yaptığı ivazlı tasarrufların iptal edilebileceği öngörülebilir. Bu davada Kanun'un 280. maddesinden farklı olarak doğrudan alacaklılara zarar verme kastı veya borçlunun borca batık olması hâli yerine yalnızca yukarıda değinilen bedel farkı araştırılmalı, bu konudaki ispat yükü de borçluya ve işlemin diğer tarafı olan yakınına yüklenmelidir. Üçüncü kişinin de borçluya malın gerçek değerinden daha düşük bir miktar üzerinden yapacağı ivazlı işlemlerde bu işlemin iptal edilme riskinin olduğunu öngörmesi gerekeceğinden, bu düzenleme üçüncü kişi için de ölçüsüz bir düzenleme olmayacaktır. Edimler birbirine denk olmasına rağmen alacaklıların zarara uğratıldığı iddiasının söz konusu olduğu tasarrufun iptali davaları bakımından ise Kanun'un 280. maddesindeki koşulların varlığı incelenmelidir.<sup>119</sup> Bu şekilde İcra ve İflâs Kanunu'nun iptal davasına konu edilebilen tasarruflara ilişkin 278, 279. ve 280. maddeleri arasında anlamlı bir bütünlük de sağlanmış olacaktır.

Son olarak, aynı nedenlerle 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da da aynı değişiklikler yapılmalı ve kanun düzeyinde bir çelişkiye yer verilmemelidir. Zira bu tür bir düzenleme farklılığı özel hukuk alacakları ile kamu alacakları arasında kamu alacakları lehine makul bir gerekçeye dayanmayan bir eşitsizlik yaratacak olup Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturacaktır.

## Sonuç

Alacağını tamamen veya kısmen elde edemeyen alacaklılar için kanun koyucu tarafından birtakım düzenlemeler getirilmesi, alacakların tahsilinin sağlanmasıyla kamusal barışı ve adaleti sağlamak, yargı ve cebri icra mercilerini etkili kılmak gibi önemli işlevlere hizmet eder. Bununla birlikte, bir düzenlemenin amacının meşru olması onu tek başına Anayasa'ya uygun yapmaz. İnsan haklarına dayanan bir hukuk devletinde, ulaşılmak istenen meşru amaçlar için kanun yoluyla ihdas edilen araçların da bazı niteliklere sahip olması gerekir.

Alacaklıların alacaklarını tahsil etmelerini sağlayan tasarrufun iptali davası kamusal barışın, adaletin ve yargıya etkili erişimin sağlanması için önemli bir araçtır. Bu davaların birçoğunda alacaklıların belli bir ispat ile delil ikame yüküyle karşılaştıkları ve bu ispat ile delil ikame yükü nedeniyle davalarından olumlu sonuç alabilmekte zorlandıkları da ortadadır. Bu nedenle kanun koyucu İcra ve İflâs Kanunu'nun 277. vd. maddelerde birtakım varsayımlar ve karineler öngörmüştür. Bu hükümlerden biri de İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendidir. Bu hükme göre karı ve koca ile usul ve

<sup>119</sup> **Tuncer Kazancı**, s. 171-172. Böyle bir tasarrufun iptali, borçlu ve üçüncü kişinin haklarına yönelik daha ağır bir müdahale niteliğinde olduğundan, menfaat dengesi uyarınca daha ağır şartlara tâbi olmalı, Kanun'un 280. maddesindeki zarar verme kastı, borca batıklık, üçüncü kişinin durumu bilmesi gibi şartlar titizlikle incelenmelidir.



fürü, sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinilen evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar bağışlama gibi kabul edilerek iptal edilir. Düzenlemeyle bir varsayım öngörülmüştür. Bir hukuk düzeninde varsayım ve aksi ispat edilemeyen karinelere ölçüsüzce başvurulması kişilerin temel haklarını ihlal eder. Nitekim 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendi kapsamındaki ivazlı tasarrufların gerçek değer üzerinden yapılıp yapılmadığı, bu yolla alacaklılara gerçekten zarar verilip verilmediği hususunda borçlu veya üçüncü kişiler herhangi bir ispat faaliyetinde bulunma imkânına sahip değildir. Diğer yandan bu tasarrufların varlığının tespit edildiği durumlarda hâkimlerin de iptal kararı vermeme hususunda takdir yetkisi yoktur. Düzenleme bu yönleriyle Anayasa'nın özellikle mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi ile adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesine aykırı düşmektedir.

Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendini somut norm denetimi yoluyla adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı yönlerinden denetleme olanağı bulan Anayasa Mahkemesi, "neseben veya" ibaresi yönünden yaptığı incelemede, borçluya ispat hakkının tanınmamış olması nedeniyle Anayasa'nın 13. 35. ve 36. maddelerine aykırı gördüğü ibarenin iptal edilmesine karar vermiştir.

Mevcut durumda, doktrinde ve yargı kararlarında bugüne kadar adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı yönlerinden neredeyse hiç tartışılmamış olan bu düzenleme Anayasa Mahkemesi kararı sonrası bu yönleriyle ele alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla uyumlu biçimde düzenleme bütün olarak yeniden ele alınmalı ve borçlular ile üçüncü kişilerin iddia ve savunmalarını ileri sürebilmelerine olanak tanıyan yeni bir düzenleme kabul edilmelidir. Yapılacak yeni düzenlemede, alacaklıların ispat faaliyetindeki dezavantajlı konumu dikkate alınmalı, alacaklılar açısından yakınlar arasındaki ivazlı bir tasarrufun varlığını ispat etmeleri yeterli sayılmalıdır. Böyle bir tasarrufun varlığının ispat edilmesi hâlinde bu tasarrufun gerçek değer altında bir bedelle yapılmış olduğu takdirde alacaklılar zarara uğratarak yapıldığı yönünde bir adi kanunî karine kabul edilebilir. Bu durumda borçlu ve üçüncü kişiye söz konusu tasarrufun malın gerçek değeri üzerinden yapmış oldukları hususunda ispat hakkı tanınmalıdır. Borçluya, bu işlemlerden sonra elde edilen ivazı hayatın olağan akışına aykırı olarak elinden çıkarmadığı konusunda da ispat yükü getirilebilir. Ayrıca borçluya ve üçüncü kişiye tasarrufun alacaklıların yararına olduğu hususunda da ispat hakkı tanınabilir. Tasarruf işleminin gerçek değer üzerinden yapıldığının ispat edilmesi, 278. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci bendi kapsamında kabul edilen edimler arasında bir misli veya daha fazla farkın olmadığına ispat edilmesinden daha farklıdır. Tasarruf işleminin gerçek değer üzerinden yapılmış olduğunun ispatını mümkün kılan bir hüküm, borçluya tasarrufun malın gerçek değerine denk düşen bir bedelle yapmış olup olmadığı hususunda bir ispat yükü getirecektir. Bu doğrultuda yapılacak yeni düzenlemede mehzaz kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesi de yol gösterici nitelikte kabul

edilebilir. Zira 2013 yılında yapılan revizyonla Kanun'un 286. maddesine eklenen 3. fıkrayla alacaklı ile borçluyu işlem yapan (yakını) üçüncü kişinin karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi, ispat ve delil ikame yükü bakımından her iki tarafın da menfaatlerini gözeten ve adil bir düzenleme getirilmesi amaçlanmıştır. Kanun koyucu, borçlunun yakınındaki kişilerle yaptığı işlemlerle ilgili, kanunî bir karine öngörmüş olup, bunun aksinin ispatını borçluya ve borçlu ile işlem yapan üçüncü kişiye yüklemiştir. Getirilen bu düzenlemeye göre borçlunun yakınında olan kişilerle yaptığı ivazlı işlemlerde taraflar arasındaki edimlerin orantısız olduğu yönünde kanunî bir karine getirilmiş, tarafların edimleri arasında orantısızlık olmadığını ve borçluya yakın olan kişinin, borçlunun edimi karşılığında bu edimin tam değerini ödediğini borçluya yakın olan kişinin ispat etmesi öngörülmüştür. Kanaatimizce mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan benzer bir düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin iptal sebepleri dikkate alındığında her iki tarafın da menfaatlerini gözeten ve başta mülkiyet hakkı olmak üzere adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi gibi anayasal hak ve ilkelerle de uyum içerisinde bir düzenleme olacaktır.

Öte yandan İsviçre hukukunda, “*borçluya yakın kişi*” kavramı kullanılmış ve bu kişilerin kimler olduğuna ilişkin örnek kabilinden bir sayım yapılmamıştır. Mehz hükmün gerekçesinde hâkime, somut olayın özelliklerini değerlendirirken belli bir esneklik sağlayan bir düzenlemenin uygulamanın ihtiyaçlarına daha iyi cevap vereceği düşüncesiyle genel ve geniş bir kavram kullanıldığı belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce hukukumuzda benzer bir düzenlemenin kabul edilmesi durumunda borçluya yakın kişilerin kimler olduğunun örnek kabilinden sayılması, böylece borçluya yakın kişi kavramının somutlaştırılması uygulamada ortaya çıkabilecek olası sorunları ve tereddütleri bertaraf edebilecektir.

Öte yandan, anılan doğrultuda bir düzenleme yapıldığı takdirde tasarrufun iptali davasında borçlunun alacaklılara zarar verme kastı veya borca batık olma hâllerinin araştırılmasına da gerek olmayacaktır. Yargılama sonucunda gerçek değere denk düşen bir bedel üzerinden yapıldığı anlaşılan bir ivazlı tasarruf iptal edilemeyecektir. Tasarrufun değerine oranla önemsiz görülecek bedel farklarının iptale neden olmaması hâkimin takdirinde olacaktır. Son olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendine ilişkin önerimiz, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 28. maddesi için de geçerlidir.

**Kısaltmalar**

Art.	: Artikel
aşa.	: aşağıda
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Band
BGE	: Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Bundesgericht
bkz.	: bakınız
BSK	: Basler Kommentar
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EB	: Ergänzungsband
Ed.	: Editör
EIZ	: Europa Institut an der Universität Zurich
E-Uyar	: www.e-uyar.com
Haz.:	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİH	: İcra ve İflâs Hukuku
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
Karş.	: Karşılaştırmız
Kazancı Hukuk:	www.kazancihukuk.com
Kazancı	: www.kazanci.com.tr
KUKO	: Kurzkomentar
Legalbank	: www.legalbank.net
Lexpera	: www.lexpera.com.tr
m.	: madde
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
MüKoZPO	: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
N.	: Nummer

---

OFK	: Orell Füssli Kommentar
OLG	: Oberlandesgericht
para	: paragraf
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SchKG	: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
SK	: Schulthess Kommentar
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
yuk.	: yukarıda
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung

**Kaynakça**

- Akşener H. S.**, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2. Bası, İstanbul 2007.
- Aktepe Artık S.**, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.
- Alangoya Y./Yıldırım M.K./ Deren Yıldırım N.**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2011.
- Albayrak H.**, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013.
- Amonn K./Walther F.**, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.
- Ansay S. Ş.**, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960.
- Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası, Ankara 2019.
- Arslan R./Yılmaz E./Taşpınar Ayvaz S./Hanağası E.**, Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Ankara 2019.
- Askan F.**, Tasarruf İptal Davaları, Ankara 2008.
- Atalay O.**, Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996.
- Atalay O.**, Medeni Usul Hukukunda Menfî Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- Atalay O.**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Atalı M./Ermenek İ.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2018.
- Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.
- Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.**, Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.
- Atar Y.**, Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, Ankara 2018.
- Basler Kommentar SchKG Ergänzungsband, Bauer T./Stahelin D.**, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Basel 2017 (BSK SchKG EB-Yazar).
- Basler Kommentar SchKG, Stahelin A./Bauer T./Stahelin D.**, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, B. II, 2. Aufl., Basel 2010 (BSK SchKG-Yazar).
- Belgesay M. R.**, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II, 2. Bası, İstanbul 1953.
- Belgesay M. R.**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4. Bası, İstanbul 1954.
- Berkin N. M.**, İflâs Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1972.
- Bernheim M./Geiger G.**, Paulianische Anfechtung - Auswirkungen der Beweislastverteilung aus beratender und forensischer Sicht, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, EIZ Nr. 159, s. 7-33.
- Blumenstein E.**, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsgesetz, Bern 1911.
- Boyar O.**, Anayasa ve Özel Hukuk, İstanbul 2019.

- Boyar O.**, Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Ed. İnceoğlu S.), 3. Bası, İstanbul 2013, s. 81-97.
- Börü L.**, İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M. 280), AÜHFD, C. 58 S. 3, 2009, s. 481-537.
- Budak A. C./Karaaslan V.**, Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2019.
- Coşkun M.**, İtirazın İptali Menfi Tespit ve İstirdat Tasarrufun İptali İflas ve İflasın Ertelenmesi Sıra Cetveline İtiraz Davaları, 4. Bası, Ankara 2017.
- Çiftçi P.**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010.
- Çiftçi P.**, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara, 2018.
- Erdönmez G.**, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Ertekin İ./Karataş İ.**, Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 1998.
- Fritzsche H./Walder H.U.**, Schuldbetreibungs- und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1993.
- Görgün L. Ş./Börü L./Toroman B./Kodakoğlu M.**, Medenî Usûl Hukuku, 8. Bası, Ankara 2019.
- Gözler K.**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, Bursa 2010.
- Gözler K.**, Türk Anayasa Hukuku, 2. Bası, Bursa 2018.
- Günay E.**, Tasarrufun İptali Davası (Borçlu Muvazaası), Ankara 2016.
- Gürdoğan B.**, İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966.
- Halman Çetin E.**, Tasarrufun İptali Muvazaa İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear, Ankara 2016.
- Hanağası E.**, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016.
- Kaboğlu İ. Ö.**, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, 14. Bası, İstanbul 2019.
- Kaboğlu İ. Ö.**, Özgürlükler Hukuku 1 - İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, 7. Bası, Ankara 2013.
- Kaboğlu İ.**, Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye, 4. Bası, Ankara 2007.
- Kale S.**, Aciz Halindeki Borçlunun, Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası (İİK. Mad. 279), Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 191-204.
- Karsh A.**, İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Karsh A.**, Medenî Muhakeme Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014.
- Kıratlı M.**, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara 1996.
- Konuralp O. E.**, Anayasa Mahkemesi'nin Kısmi İptal Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu'nun 278'inci Maddesine Yönelik Bir Çözüm Önerisi, MİHDER, C. 15, S. 43, Y. 2019, s. 497-518.

- Kren Kostkiewicz J.**, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK - Orell Füssli Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2016.
- Kren Kostkiewicz J./Vock D.**, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (SK SchKG-Yazar).
- Krüger W./Rauscher T.**, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, 5. Aufl., München 2016 (MüKoZPO/Yazar).
- Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2019 (Ders Kitabı).
- Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013. (İİH El Kitabı)
- Kuru B.**, İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, 3. Bası, İstanbul 1997 (Şerh, C. IV).
- Kuru B.**, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. I, Ankara 2020 (El Kitabı).
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, İcra ve İflâs Hukuku, 28. Bası, Ankara 2014.
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, Medeni Usul Hukuku, 25. Bası, Ankara 2014.
- Meier I./Siegwart D.**, Anfechtungsklage nach revidiertem Recht - Unter besonderer Berücksichtigung von Konzernverhältnissen, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, EIZ N. 153 s. 53-85.
- Muşul T.**, İcra ve İflas Hukuku, C. II, 5. Bası, Ankara 2013.
- Muşul T.**, Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012 (Usul).
- Muşul T.**, Tasarrufun İptali Davaları, 2. Bası, Ankara 2017.
- Oberhammer P./Domej T./Haas U.**, Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (KUKO ZPO-Yazar).
- Osokay M./Kaçak C./Deyneki A./Doğan A.**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi C.V, Ankara 2007.
- Özbudun E.**, Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Ankara 2017.
- Özekes M.**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Özekes M.**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- Öztek S.**, Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 319-332.
- Pekcanitez H.**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000, s. 753-791.
- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.**, Medenî Usûl Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019.
- Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M.**, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.
- Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M.**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2019 (Ders Kitabı).
- Postacıoğlu İ. E.**, İktisatçılar İçin Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bilgileri, İstanbul 1967.

- Postacıoğlu İ. E./Altay S.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul 2015.
- Postacıoğlu İ.E.**, 538 Sayılı Kanunun İcra ve İflas Kanunu'na Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1965.
- Reiser H.**, Die paulianische Anfechtung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, SJZ 108/2012, s. 101-111.
- Schmid J.**, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, Bern 2014.
- Spühler K./Tenchio L./Infanger D.**, Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (BSK ZPO-Yazar).
- Stahlin A./Stahlin D./Grolimund P.**, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2019.
- Tanör B./Yüzbaşıoğlu N.**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018.
- Tanriver S.**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2018.
- Taşpınar Ayvaz S.**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Topuz G.**, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012.
- Tuncer Kazancı İ.**, Tasarrufun İptali Davalarında İspat, Ankara 2015.
- Tunç H./Bilir F./Yavuz B.**, Türk Anayasa Hukuku, 7. Bası, Ankara 2015.
- Ulukapı Ö.**, İcra ve İflâs Hukuku, Konya 2015.
- Ulukapı Ö.**, Medenî Usûl Hukuku, Konya 2015.
- Umar B.**, Aciz Hâli-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık, YÜHFD, C. I, S. 1, Y. 2004, s. 317-324.
- Umar B.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Umar B.**, Türk İcra - İflâs Hukukunda İptal Dâvası, İstanbul 1963.
- Umar B./Yılmaz E.**, İsbat Yüğü, 2. Bası, İstanbul 1980.
- Uyar T.**, Tasarrufun İptali Davalarında “Tasarrufun İptaline Karar Verilmesi” Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, TBB Dergisi, S. 135, 2018, s. 517-576.
- Uyar T./Uyar A./Uyar C.**, Tasarrufun İptali Davaları, 5. Bası, Ankara 2018.
- Üstündağ S.**, İflâs Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009.
- Vock D./Meister-Müller D.**, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018.
- Wieczorek B./Schütze R. A.**, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 3, 4. Aufl., Berlin 2013; Band 6, 4. Aufl., Berlin 2014 (Wieczorek/Schütze/Yazar).
- Yeşilova B.**, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBB Dergisi 2009, S. 86, s. 47-101.
- Yıldırım M. K.**, İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995.
- Yıldırım M. K.**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.



- Yıldırım M. K.**, Tasarrufun İptali Davasının İşlevi Bakımından Aciz Vesikası ile İlişkisi Hakkında Düşünceler, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı, 2009, s. 973-982.
- Yıldırım M. K./Deren-Yıldırım N.**, İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016.
- Yılmaz E.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, 3. Bası, Ankara 2017.
- Yılmaz E.**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016.
- Zobl D.**, Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 96/2000, s. 25-37.