



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Numan TEKELİOĞLU

MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2021



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Numan TEKELİOĞLU

MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİ

Danışman

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2021

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Numan TEKELİOĞLU'nun bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (İmza)

Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (İmza)

Üye : Doç. Dr. Süleyman YILMAZ (İmza)

Üye : Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Agâh Kürşat KARAUZ (İmza)

Tez Başlığı: Miras Paylaşma Sözleşmesi

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 25/02/2021

Mezuniyet Tarihi : 11/03/2021

(İmza)
Prof. Dr. Suat KOLUKIRIK
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Miras Paylaşma Sözleşmesi” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerkere uygun bir biçimde tarafımca yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Numan TEKELİOğLU





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Numan TEKELİOĞLU
Öğrenci Numarası	20165226003
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Programın Türü	() Tezli Yüksek Lisans (X) Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA
Tez Başlığı	Miras Paylaşma Sözleşmesi
Turnitin Ödev Numarası	1523965241

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam sayfalık kısmına ilişkin olarak, .../...../..... tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 15

alıntılar dahil % 20' dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

...../...../.....

(imzası)

Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	x
ÖZET.....	xii
SUMMARY	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİRAS ORTAKLIĞI VE PAYLAŞMA KAVRAMLARI, MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE SÖZLEŞMENİN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1.1. Miras Ortaklığı	20
1.1.1. Kavram ve Tanım	20
1.1.2. Ortaklığın Meydana Gelmesi	21
1.1.2.1. Şartları	21
1.1.2.1.1. Mirasbırakanın Ölümünün Gerçekleşmesi	22
1.1.2.1.2. Birden Fazla Mirasçının Var Olması	23
1.1.2.1.2.1. Genel Olarak	23
1.1.2.1.2.2. Mirasçılıktan Çıkarılanların Durumu	23
1.1.2.1.2.3. Mirastan Feragat Edenlerin Durumu	25
1.1.2.1.2.4. Mirastan Yoksun Olanların Durumu	26
1.1.2.1.2.5. Mirası Reddedenlerin Durumu	26
1.1.2.1.3. Terekede Aktif Değerin Bulunması	28
1.1.3. Ortaklığın Özellikleri	29
1.1.3.1. Kanun Gereği Kendiliğinden Meydana Gelmesi	29
1.1.3.2. Geçici Nitelikte Olması	30
1.1.3.3. Mirasçıların Elbirliği İle Hak Sahibi Olmaları	31
1.1.3.4. Tüzel Kişiliğinin Bulunmaması	34
1.1.4. Ortaklığın Sona Ermesi	35
1.1.4.1. Genel Olarak	35
1.1.4.2. Mirasın Paylaşılması	35
1.1.4.3. Elbirliği ile Hak Sahipliğinin Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürülmesi	35
1.1.4.4. Miras Ortaklığının Başka Bir Ortaklık Türüne Dönüştürülmesi	37
1.1.4.5. Mirasçı Sayısının Bire Düşmesi	37
1.1.4.6. Kat Mülkiyetine Geçilmesi	38
1.1.4.7. Terekede Aktif Değer Kalmaması	38

1.2. Paylaşma Kavramı.....	39
1.2.1. Kavram ve Tanım	39
1.2.2. Paylaşmanın Hukuki Niteliği	40
1.2.2.1. Genel Olarak.....	40
1.2.2.2. Terekedeki Aktifler (Haklar) Bakımından	41
1.2.2.3. Terekedeki Pasifler (Borçlar) Bakımından.....	43
1.2.3. Paylaşma Türleri.....	44
1.2.3.1. Genel Olarak.....	44
1.2.3.2. Paylaşma Kararının Kaynağı Bakımından	44
1.2.3.2.1. İradi Paylaşma.....	44
1.2.3.2.2. Yargısal Paylaşma	45
1.2.3.3. Kapsam Bakımından	46
1.2.3.3.1. Tam Paylaşma.....	46
1.2.3.3.2. Kısmî Paylaşma	46
1.2.3.3.2.1. Objektif Kısmî Paylaşma	46
1.2.3.3.2.2. Sübjektif Kısmî Paylaşma.....	49
1.2.3.3.2.3. Karma Kısmî Paylaşma	51
1.2.4. Paylaşmaya Hâkim Olan Temel İlkeler	51
1.2.4.1. Genel Olarak.....	51
1.2.4.2. İrade Özgürlüğü İlkesi.....	51
1.2.4.2.1. Genel Kural.....	51
1.2.4.2.2. İrade Özgürlüğü İlkesinin İstisnaları.....	53
1.2.4.2.2.1. Genel Olarak	53
1.2.4.2.2.2. Kanunun Emredici Hükmünden Doğan Sınırlamalar	53
1.2.4.2.2.3. Mahkeme Kararından Doğan Sınırlamalar	54
1.2.4.2.2.4. Mirasbırakanın Ölümüne Bağlı Tasarrufundan Doğan Sınırlamalar ...	54
1.2.4.2.2.5. Mirasçıların Anlaşmalarından Doğan Sınırlamalar	56
1.2.4.3. Eşitlik İlkesi.....	58
1.2.4.3.1. Genel Kural.....	58
1.2.4.3.2. Eşitlik İlkesinin İstisnaları	59
1.2.4.3.2.1. Genel Olarak	59
1.2.4.3.2.2. Aile Konutu ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi	60
1.2.4.3.2.3. Mirasçının Mirasbırakana Olan Borcunun Mahsup Edilmesi	63
1.2.4.3.2.4. Rehnedilmiş Tereke Malının Özgülenmesi	64

1.2.4.4.	Aynen Paylaşma İlkesi	65
1.2.4.4.1.	Genel Kural.....	65
1.2.4.4.2.	Aynen Paylaşma İlkesinin İstisnaları	66
1.2.4.4.2.1.	Genel Olarak	66
1.2.4.4.2.2.	Değerinde Önemli Azalma Olmadan Bölünemeyen Mallar	66
1.2.4.4.2.3.	Bütünlük Oluşturan Eşya	68
1.2.4.4.2.4.	Aile Belgeleri ve Özel Anı Değeri Olan Eşya	69
1.2.4.5.	Aynı İkame İlkesi.....	71
1.2.4.6.	Oybirliği İlkesi.....	71
1.2.5.	Paylaşmaya Hazırlık Aşaması	72
1.2.5.1.	Genel Olarak.....	72
1.2.5.2.	Miras Paylarının Oluşturulması	72
1.2.5.3.	Miras Paylarının Özgülenmesi	75
1.3.	Miras Paylaşma Sözleşmesi Hakkında Genel Bilgiler	77
1.3.1.	Kavram ve Terim.....	77
1.3.2.	Sözleşmenin Türleri.....	78
1.3.2.1.	Genel Olarak.....	78
1.3.2.2.	Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Paylaşma Sözleşmesi	80
1.3.2.3.	Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Paylaşma Sözleşmesi	81
1.3.2.3.1.	Elden Paylaşma Sözleşmesi.....	81
1.3.2.3.2.	Yazılı Paylaşma Sözleşmesi	83
1.3.3.	Hukuki Niteliği.....	85
1.3.3.1.	Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Paylaşma Sözleşmesinin Borçlandırıcı İşlem Niteliği.....	85
1.3.3.2.	Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Paylaşma Sözleşmesi	86
1.3.3.2.1.	Elden Paylaşma Sözleşmesinin Real Sözleşme Niteliği	86
1.3.3.2.2.	Yazılı Paylaşma Sözleşmesinin Borçlandırıcı İşlem Niteliği	87
1.3.4.	Özellikleri.....	88
1.3.4.1.	Genel Olarak.....	88
1.3.4.2.	Taraf Sayısı Bakımından Değişken Olması	89
1.3.4.3.	Ani Edimli Olması	91
1.3.4.4.	İsimsiz Sözleşme Olması.....	92
1.4.	Miras Paylaşma Sözleşmesinin Benzer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması	94
1.4.1.	Sağlararası Hukuki İşlemlerle	94

1.4.1.1.	Miras Payının Özgülenmesi Sözleşmesiyle	94
1.4.1.2.	Miras Payının Devri Sözleşmesiyle	95
1.4.1.3.	Terekede Bulunan Bir Mal veya Hakkın Devriyle	99
1.4.1.4.	Mirasbırakanın Sağlığında Yaptığı Kazandırmalarla	99
1.4.2.	Ölüme Bağlı Tasarruflarla.....	101
1.4.2.1.	Vasiyetnameyle.....	101
1.4.2.2.	Miras Sözleşmeleriyle	103
1.4.2.3.	Culpa in Testando Sorumluluğuyla	105

İKİNCİ BÖLÜM

MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, GEÇERLİLİĞİ VE İFASI

2.1.	Miras Paylaşma Sözleşmesinin Kurulması.....	109
2.1.1.	Genel Olarak	109
2.1.2.	Sözleşmenin Kurucu Unsurları	109
2.1.2.1.	Taraflar	109
2.1.2.1.1.	Mirasçılar veya İradî Temsilcileri.....	109
2.1.2.1.2.	Yasal Temsilciler	112
2.1.2.1.3.	Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi	114
2.1.2.2.	Tarafların İrade Beyanları	115
2.1.2.3.	Paylaşma Konusu Mal veya Hak	119
2.1.3.	Kurucu Unsurların Eksikliği	121
2.2.	Miras Paylaşma Sözleşmesinin Geçerliliği.....	124
2.2.1.	Genel Olarak	124
2.2.2.	Sözleşmenin Geçerlilik Koşulları.....	125
2.2.2.1.	Ehliyet	125
2.2.2.2.	Şekil	127
2.2.2.2.1.	Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Paylaşma Sözleşmesinde.....	127
2.2.2.2.2.	Elden Paylaşma Sözleşmesinde	132
2.2.2.2.3.	Yazılı Paylaşma Sözleşmesinde.....	137
2.2.2.2.4.	Şekle Aykırılığın Sonuçları	140
2.2.2.3.	İrade Sakatlıklarının Bulunmaması.....	144
2.2.2.3.1.	Genel Olarak	144
2.2.2.3.2.	Yanılma	145
2.2.2.3.3.	Aldatma	147

2.2.2.3.4. Korkutma	150
2.2.2.3.5. İrade Sakatlığının Yaptırımını	152
2.2.2.4. Aşırı Yararlanmanın Bulunmaması	154
2.2.2.5. Sözleşmenin Muvazaalı Olmaması.....	156
2.2.2.6. Sözleşmenin TBK m. 27 Hükmüne Aykırı Olmaması	160
2.2.2.7. Paylaşma Sözleşmesinin Geçerliliği Bakımından Özellik Arz Eden Bazı Durumlar	162
2.2.2.7.1. Tarım Arazilerinin Paylaşılması	162
2.2.2.7.1.1. Genel Olarak	162
2.2.2.7.1.2. 6537 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Önce Mirasın Açılması Durumunda	163
2.2.2.7.1.3. 6537 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Sonra Mirasın Açılması Durumunda	164
2.2.2.7.2. İmar Mevzuatına Aykırılıkların Sözleşmeye Etkisi.....	168
2.2.2.7.3. Paylaşma Sözleşmesine Konu Edilen Tereke Unsurlarının Mülkiyeti Üzerinde Sonradan Meydana Gelen Değişimlerin Sözleşmeye Etkisi.....	171
2.2.2.7.3.1. Genel Olarak	171
2.2.2.7.3.2. Sözleşme Konusu Tereke Unsurunun Kamulaştırılması	171
2.2.2.7.3.3. Sözleşme Konusu Tereke Unsurunun Mülkiyetinin Orman Mevzuatı Çerçevesinde Değişmesi	173
2.2.2.7.3.4. Sözleşme Konusu Tereke Unsurunun Mülkiyetinin Kıyı Mevzuatı Çerçevesinde Değişmesi	174
2.2.2.7.4. Sağ Kalan Eşin Yasal Mal Rejiminden Doğan Katkı Alacağı Talebinin Sözleşmeye Etkisi.....	175
2.2.2.7.5. Gaipliğin Sözleşmeye Etkisi.....	180
2.2.2.7.5.1. Genel Olarak	180
2.2.2.7.5.2. Hakkında Gaiplik Kararı Verilen Kişinin Mirası Üzerine Sözleşme Yapılması	180
2.2.2.7.5.3. Mirasçı Hakkında Gaiplik Kararı Verilmesi.....	181
2.2.2.7.6. Soybağındaki Değişikliklerin Sözleşmeye Etkisi	182
2.2.2.7.7. Yapay Dölllenme Alanındaki Gelişmelerin Sözleşmeye Etkisi	184
2.3. Miras Paylaşma Sözleşmesinin İfası	187
2.3.1. Sözleşmenin Ayni ve Borç Doğurucu Etkisi	187
2.3.1.1. Genel Olarak.....	187

2.3.1.2. Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Paylaşma Sözleşmesinde	187
2.3.1.3. Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Paylaşma Sözleşmesinde.....	188
2.3.1.3.1. Elden Paylaşma Sözleşmesi.....	188
2.3.1.3.2. Yazılı Paylaşma Sözleşmesi	188
2.3.2. Sözleşmeyi İfa Yükümlülüğü.....	189
2.3.2.1. Genel Olarak.....	189
2.3.2.2. Paylaşma Sözleşmesi Bakımından İfa Modaliteleri	190
2.3.2.2.1. Genel Olarak	190
2.3.2.2.2. İfanın Tarafları.....	190
2.3.2.2.3. İfa Yeri	192
2.3.2.2.4. İfa Zamanı.....	193
2.3.2.2.5. İfanın Konusu	195
2.3.2.2.5.1. Genel Olarak	195
2.3.2.2.5.2. Taşınmazlar.....	196
2.3.2.2.5.2.1. Genel Olarak	196
2.3.2.2.5.2.2. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar.....	196
2.3.2.2.5.2.3. Tapuya Kayıtlı Taşınmazlar.....	197
2.3.2.2.5.2.4. Tarım Arazileri.....	200
2.3.2.2.5.2.5. Taşınmazların İfası Bakımından Vekâlet Görevinin Kötüye Kullanılması Sorunu	201
2.3.2.2.5.3. Taşınırlar.....	205
2.3.2.2.5.3.1. Genel Olarak	205
2.3.2.2.5.3.2. Motorlu Araçlar.....	206
2.3.2.2.5.3.3. Hayvanlar.....	207
2.3.2.2.5.3.4. Kıymetli Evrak	208
2.3.2.2.5.4. Sınırlı Ayni Haklar	209
2.3.2.2.5.4.1. İrtifak Hakları.....	209
2.3.2.2.5.4.2. Rehin Hakları	212
2.3.2.2.5.4.3. Taşınmaz Yükü	213
2.3.2.2.5.5. Alacak Hakları	213
2.3.2.2.5.6. Banka Mevduat Hesabı.....	215
2.3.2.2.5.7. Miras Payı.....	219
2.3.2.2.5.8. Fikri Mülkiyet Hakları.....	220
2.3.2.2.5.9. Ticaret Şirketlerindeki Ortaklık Payları	221

2.3.2.2.5.9.1. Genel Olarak	221
2.3.2.2.5.9.2. Şahıs Şirketlerinde.....	222
2.3.2.2.5.9.3. Sermaye Şirketlerinde.....	223
2.3.2.2.5.10. Ticari İşletme ve Esnaf İşletmesi	226
2.3.2.2.5.11. Dijital Tereke Unsurları.....	226
2.3.2.2.5.12. Tereke Borçları	229
2.3.2.2.5.13. Paylı Mülkiyete Dönüştürme	232
2.3.3. Miras Paylaşma Sözleşmesinden Doğan Borçların İfa Edilmemesi	233
2.3.3.1. Genel Olarak.....	233
2.3.3.2. Borçlunun Temerrüdü	234
2.3.3.2.1. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı İsteme	235
2.3.3.2.2. Aynen İfadan Vazgeçerek Müspet Zararın Tazminini İsteme.....	236
2.3.3.2.3. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazminini İsteme	237
2.3.3.3. Borcun Hiç İfa Edilmemesi (Kusurlu Sonraki İfa İmkânsızlığı).....	239
2.3.3.4. Gereği Gibi İfa Etmeme	240

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE USUL HUKUKUNA DAİR BAZI MESELELER

3.1. Miras Paylaşma Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	242
3.1.1. Genel Olarak	242
3.1.2. Sona Erme Sebepleri.....	242
3.1.2.1. İfa	242
3.1.2.1.1. İfadan Sonra Mirasçıların Birbirlerine Karşı Garanti Sorumlulukları ...	243
3.1.2.1.1.1. Genel Olarak	243
3.1.2.1.1.2. Zapttan Sorumluluk	245
3.1.2.1.1.2.1. Genel Olarak	245
3.1.2.1.1.2.2. Şartları.....	246
3.1.2.1.1.2.2.1. Maddi Şartlar	246
3.1.2.1.1.2.2.1.1. Geçerli Bir Paylaşma Sözleşmesinin Var Olması	246
3.1.2.1.1.2.2.1.2. Zapt Konusu Tereke Malının Mirasçıya Devredilmiş Olması	246
3.1.2.1.1.2.2.1.3. Üçüncü Kişinin Üstün Bir Hakkının Var Olması	247

3.1.2.1.1.2.2.1.4. Mirasçının Sözleşmenin Kurulduğu Sırada Zapt Tehlikesini Bilmemesi.....	247
3.1.2.1.1.2.2.1.5. Üçüncü Kişinin Zapt Hakkını Mirasçıya Karşı Kullanmış Olması	248
3.1.2.1.1.2.2.2. Şekli Şartlar	248
3.1.2.1.1.2.2.2.1. Zaptın İhbarı	248
3.1.2.1.1.2.2.2.2. Zaptın İspatı.....	249
3.1.2.1.1.2.3. Hüküm ve Sonuçları	250
3.1.2.1.1.2.3.1. Tam Zapt Halinde	250
3.1.2.1.1.2.3.2. Kısmi Zapt Halinde.....	254
3.1.2.1.1.3. Ayıptan Sorumluluk	256
3.1.2.1.1.3.1. Genel Olarak	256
3.1.2.1.1.3.2. Şartları.....	257
3.1.2.1.1.3.2.1. Maddi Şartlar	257
3.1.2.1.1.3.2.1.1. Mirasçıya Özgülenen Malın Ayıplı Olması	257
3.1.2.1.1.3.2.1.2. Ayıbın Hasarın Geçmesinden Önce Var Olması	258
3.1.2.1.1.3.2.1.3. Mirasçının Ayıbı Bilmiyor Olması	259
3.1.2.1.1.3.2.1.4. Mirasçının Ayıplı Malı Kabul Etmemiş Olması	260
3.1.2.1.1.3.2.2. Şekli Şartlar	260
3.1.2.1.1.3.2.2.1. Gözden Geçirme Külfeti	260
3.1.2.1.1.3.2.2.2. Bildirim Külfeti	261
3.1.2.1.1.3.3. Ayıptan Sorumlulukta Özellik Arz Eden Durumlar	261
3.1.2.1.1.3.3.1. Taşınmazlar Bakımından	261
3.1.2.1.1.3.3.2. Hayvanlar Bakımından	262
3.1.2.1.1.3.4. Ayıptan Sorumluluğun Hüküm ve Sonuçları.....	263
3.1.2.1.1.4. Alacağın Varlığından ve Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluk... ..	266
3.1.2.1.1.5. Mirasçıların Birbirlerine Karşı Sorumluluğunda Zamanaşımı	270
3.1.2.2. Bozma Sözleşmesi	272
3.1.2.3. Tek Taraflı Sona Erdirme	274
3.1.2.4. İbra	277
3.1.2.5. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İfa İmkânsızlığı	279
3.1.2.6. Takas	281
3.1.2.7. Zamanaşımı	284

3.2. Usul Hukukuna Dair Bazı Meseleler	288
3.2.1. Genel Olarak	288
3.2.2. Miras Paylaşma Sözleşmesinin Bazı Davalara Etkisi	289
3.2.2.1. Boşanma Davası	289
3.2.2.2. Elatmanın Önlenmesi Davası	292
3.2.2.3. Ecrimisil Davası.....	294
3.2.2.4. Paylaşma veya Ortaklığın Giderilmesi Davaları	296
3.2.3. Mirasın Paylaşılması Bakımından Arabuluculuk ve Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Mahiyeti	299
3.2.3.1. Mirasın Paylaşılması Bakımından Arabuluculuk	299
3.2.3.2. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Mahiyeti ve Paylaşmaya Etkisi	301
SONUÇ.....	305
KAYNAKÇA.....	308
ÖZGEÇMİŞ.....	337

KISALTMALAR LİSTESİ

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
Art.	: Artikel
AusStrG	: Ausserstreitgesetz
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	: Berner Kommentar
Bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
C.	: Cilt
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber
K.	: Karar
KuKo	: Kurzkomentar
m.	: Madde
MüKo	: Münchener Kommentar
N.	: Kenar Numarası
OFK	: Orell-Füssli Kommentar
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı
Vol.	: Volume
Vorbem.	: Vorbemerkungen
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZK	: Zürcher Kommentar
ZVG	: Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung



ÖZET

Miras hukukunun temel amacı, mirasbırakanın terekesinde bulunan mal ve hakların mirasçılar arasında paylaştırılmasıdır. Mirasbırakanın tek mirasçısının bulunduğu ya da hiç mirasçısının bulunmadığı hallerde, mirasın paylaşılması bir sorun teşkil etmez. Birden fazla mirasçının bulunduğu hallerde ise, paylaşma sorununun ortadan kalkması için mirasçılarının önünde iki yol bulunmaktadır. Birinci yol, paylaşmanın açılacak dava sonucunda mahkeme kararıyla gerçekleşmesidir. İkinci yol ise, bu çalışmanın konusunu oluşturan anlaşma yoluyla mirasın paylaşılmasıdır. “Miras Paylaşma Sözleşmesi” olarak adlandırılan bu sözleşme, genellikle mirasın açılmasından sonra bütün mirasçıların taraf olması suretiyle kurulan bir sözleşmedir. Ancak miras paylaşma sözleşmesinin belirli şartlar altında mirasbırakanın sağlığında kurulabilme imkânı da bu çalışmanın temel konularından birini teşkil etmektedir. Diğer taraftan, miras paylaşma sözleşmesinin büyük oranda borçlar hukuku kurallarına tabi olması, çalışmada borçlar hukukuna ilişkin kavramların mümkün olduğu ölçüde ele alınmasını gerektirmiştir. Ayrıca, çalışmanın konusu temelde maddi hukuka ilişkin olsa da, sözleşmenin mirasçılar arasında görülen bazı davalara etkisi ve arabulucuk faaliyetleri bağlamında usul hukukuna da kısmen yer verilmiştir. Tüm bu incelemeler çerçevesinde, miras paylaşma sözleşmesi bakımından uygulamada ortaya çıkan sorunlara ve teorideki tartışmalara çözüm bulunmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Miras Paylaşma Sözleşmesi, Miras Ortaklığı, Mirasbırakan, Mirasçı, Mirasın Açılması.

SUMMARY

DIVISION OF INHERITANCE CONTRACT

The principal aim of the law of succession is to distribute the property and rights in the estate of the deceased among the heirs. Division of inheritance is not a problem in cases where the deceased has only one heir or no heir. In cases where there is more than one heir, there are two ways to eliminate the division problem. The first way is that the division is done by court decision as a result of the action to be filed. The second way is to divide heritage through agreement, which is the subject of this study. This contract, called the "Division Of Inheritance Contract", is generally a contract established after the opening of the succession, with all heirs becoming a party. However, the possibility of establishing the division of inheritance contract in the health of the deceased under certain conditions is one of the main topics of this study. On the other hand, the fact that the division of inheritance contract is largely subject to the rules of the law of obligations required the concepts of the law of obligations to be addressed as much as possible. In addition, although the subject of the study is mainly related to material law, the procedural law is partly included in the context of the effect of the contract on some cases between heirs and mediation activities. Within the framework of all these investigations, it has been tried to find solutions to the problems that arise in practice in terms of the division of inheritance contract and the discussions in the theory.

Keywords: Division Of Inheritance Contract, Community Of Heirs, Deceased, Heir, Opening Of Succession.

GİRİŞ

Konu İle İlgili Genel Bilgiler

§ 1. Konunun Takdimi, Önemi, Sınırlandırılması, Tarihsel Süreçteki ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri

I. Konunun Takdimi

Ölüm, hukuken birçok önemli sonucu bünyesinde barındıran bir olaydır. Her şeyden evvel, ölümle birlikte kişilik sona erer¹. Kişinin fiziki varlığının yanında hukuki varlığı da ölümle beraber ortadan kalkmış olur. Bu bakımdan ölüm doğal bir olay olduğu kadar hukuki bir olaydır. Kişiliğin sona ermesi, kişiliğe bağlı bazı hukuki ilişkilerin veya durumların da sona ermesi anlamına gelir. Örneğin ölen kişi evli ise ölüm anında evlilik kendiliğinden sona erer. Kişinin hayattayken yüklendiği ve kişiliğinin ön planda olduğu borçlarının akıbeti de aynıdır. Ancak ölümün hukuki olay olarak en fazla rol oynadığı alan hiç şüphesiz miras hukukudur. Zira mirasçı sıfatının kazanılması ve devamında miras hukuku kurallarının uygulanması, mirasbırakanın ölümünün gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Türk Medeni Kanunu m. 599/1 hükmüne göre, mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirasçılar mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar². Mirasçıların mirası kazanmaları için herhangi bir işlemde bulunmalarına veya herhangi bir makama başvurmalarına gerek yoktur. Hatta mirasçıların mirasın intikal ettiğini bilmeleri dahi şart değildir. Bu durum, TMK m. 599 (ZGB Art. 560) hükmünün kabul ettiği “*kanun gereği kazanma*” (Eo-ipso-Erwerb)

¹ Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, **Kişiler Hukuku**, 14. Bası, Beta, Ankara, 2018, s. 246; Akkanat, Halil, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 1; Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen, **Kişiler Hukuku**, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 171; Breitschmid, Peter, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 31, s. 155; Bucher, Eugen/Aebi-Müller, Regina, **Berner Kommentar zum ZGB, Die Natürlichen Personen**, 2. Auflage, 2017, Art. 31, s. 84; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 23; Dural, Mustafa, **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 20; Hatemi, Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 70; Helvacı, Serap, **Gerçek Kişiler**, 8. Bası, Legal, İstanbul, 2017, s. 29; Kılıçoğlu, Ahmet M., **Medeni Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 206; Kley, Andreas/Seferovic, Goran, **OFK-Orell Füßli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 31, s. 150; Oğuzman, M.Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 19; Serozan, Rona, **Medeni Hukuk**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 424.

² Antalya, O.Gökhan/ Sağlam, İpek, **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 473; Ayan, Mehmet, **Miras Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 271; Dural, Mustafa/Öz, Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 403; Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, **Türk Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 443; Hatemi, Hüseyin, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 130; İmre, Zahir/Erman, Hasan, **Miras Hukuku**, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 342; Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 497.

ilkesinin olağan sonucudur³. Bu sayede, terekenin bir an dahi olsa sahipsiz kalmasının önüne geçilmiş olunur. TMK m. 599'da yer alan bir diğer önemli ilke de, “*külli intikal*” (*Universalzукsession*) ilkesidir. Bu ilke gereğince mirasçılar, mirasbırakanın kişiliğine bağlı olanlar dışındaki bütün hukuki ilişkilerinde onun yerini alırlar⁴. Sonrasında ise mirasçılara bir bütün halinde intikal eden mirasın paylaşılmasına dair meseleler ortaya çıkar.

Tek mirasçının bulunması halinde, mirasbırakanın bütün ayni hakları, alacakları, diğer malvarlığı hakları, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetlikleri ve borçları doğrudan doğruya bu mirasçıya geçer (TMK m. 599/2). Doğal olarak böyle bir ihtimalde mirasın paylaşılması gündeme gelmez. Birden fazla mirasçı bulunması durumunda ise mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir (TMK m. 640/1). Bu ortaklığa “Miras Ortaklığı” (*Erbengemeinschaft*) denilmektedir⁵. Miras ortaklığı, kanun gereği meydana gelen geçici nitelikte bir ortaklıktır. Kanun koyucu, miras ortaklığının sürekli olmasını arzu etmemiş, mümkün olan en kısa sürede sona erdirilmesini amaçlamıştır. Zira aksi bir düşünce, mirasçılarının menfaatleri bakımından olumsuz bir durum ortaya çıkaracaktır. Miras ortaklığı esas olarak mirasın paylaşılması ile sona erer. Ancak mirasın paylaşılması dışında da miras ortaklığını sona erdiren sebepler vardır. Söz gelimi, mirasçılarının elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürmeleri, terekeye dâhil değerleri tahsis ederek bir tüzel kişilik kurulması, bütün mirasçılarının mirası reddetmesi ya da terekenin tek bir mirasçıda toplanması hallerinde de miras

³ Akkanat, s. 2; Antalya/Sağlam, s. 473; Eren/Yücer Aktürk, s. 445; İmre/Erman, s.341; Dural/Öz, s. 390; Serozan/Engin, s. 496; Göksu, Tarkan, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 560, N. 4; Müller, Franz/Lieb-Lindenmeyer, Saskia, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 560, N. 4.

⁴ Akkanat, s. 2; Antalya/Sağlam, s. 473; Dural/Öz, s. 402; Eren/Yücer Aktürk, s. 445; Göksu, Art. 560, N. 8; İmre/Erman, s.341; Müller/Lieb-Lindenmeyer, Art. 560, N. 4; Serozan/Engin, s. 496.

⁵ Annen, Oskar, **Die Objektiv und Subjektiv Beschränkte Teilung Der Erbengemeinschaft**, Dissertation, Schwyz, 1941, s. 11; Antalya/Sağlam, s. 473; Aral, Fahrettin, **Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası**, Ankara, 1979, s. 20; Avcı, Mehmet Özgür, **Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 3; Ayiter, Nuşin, **Miras Hukuku**, 4. Bası, Ankara, 1978, s. 223; Berki, Şakir, **Miras Hukuku**, Ankara, 1975, s. 133; Dural/Öz, s. 450; Druey, Jean Nicolas, **Grundriss des Erbrechts**, 5. Auflage, Bern, 2002, s. 233; Eitel, Paul, **Grundlagen des Erbrechts**, Kurzfassung, 2013, s. 127; Eren/Yücer Aktürk, s. 474; Escher, Arnold, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Die Erbgang (Art: 537-640), 3. Auflage, Zürich 1960, Art. 602, s. 383; Felber, Rosmarie, **Aufgeschobene und Partielle Erbteilung Nach Schweizerischem Recht**, Dissertation, Bern, 1939, s. 2; Hauser, Peter, **Der Erbteilungsvertrag**, Dissertation, Zürich, 1973, s. 1; İmre, Zahit, **Türk Miras Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 1978, s. 656; İmre/Erman, s. 427; Kılıçoğlu, Ahmet M., **Miras Taksim Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989, s. 19; Kocayusufoğlu, Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 675; Köprülü, Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul, 1985, s. 397; Oğuzman, Kemal, **Miras Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, 1995, s. 314; Öztan, Bilge, **Miras Hukuku**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 437; Sapanoğlu, Süleyman, **Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 129; Serozan/Engin, s. 562; Wolf, Stephan/Genna, Gian Sandro, **Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Erbrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, s. 153.

ortaklığı sona ermiş olur⁶. Ancak bu gibi durumlar istisnai olup, miras ortaklığı çoğunlukla paylaşma sonucunda sona erer.

Mirasın paylaşılmasında temel ilke, oluşturulan miras paylarının mirasçılara özgülenmesi ve her bir mirasçının kendisine düşen tereke değerleri üzerinde bireysel hak sahipliği tesis ederek miras ortaklığına son verilmesidir. Şu halde, mirasın paylaşılması bakımından esas olan, mirasçılardan anlaşma yoluyla tereke değerlerini paylaşmalarıdır. İşte bu çalışmanın konusunu oluşturan “Miras Paylaşma Sözleşmesi”, bütün mirasçıların oy birliği ilkesi doğrultusunda bir araya gelerek mirasın paylaşılması konusunda anlaşmalarını ifade etmektedir.

Miras paylaşma sözleşmesi, TMK’nun “Paylaşma Sözleşmesi” başlıklı 676. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak üç fıkradan oluşan bu tek madde içerisinde, paylaşma sözleşmesinin detaylı biçimde düzenlendiği söylenemez. Zira sözleşmenin tanımı ve unsurlarına yer verilmediği gibi, hükümlerine dair de düzenleme bulunmamaktadır. Yalnızca maddenin son fıkrasında şekil şartına ilişkin düzenleme yer almıştır. Bunun dışında TMK m. 680 hükmünde, Borçlar Kanununun geçersizliğe ilişkin hükümlerinin paylaşma sözleşmeleri hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Esasen burada TMK m. 5 hükmündeki yollamaya dayanılarak, TBK’nun genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde miras paylaşma sözleşmesinde de uygulanabileceği açıktır. Dolayısıyla, sözleşmelerin kurulması, ifası, ifa etmemenin sonuçları, geçersizlik halleri ve sona ermesi gibi durumlarla ilgili olarak TBK’da yer alan düzenlemeler miras paylaşma sözleşmesi bakımından da uygulanmaktadır.

Paylaşma, esasen mirasın açılmasından sonra gündeme gelebilecek bir kavramdır. Dolayısıyla paylaşma sözleşmesi de temelde mirasın açılmasından sonra yapılan bir sözleşmedir. Zira mirasbırakan hayatta iken, mirasçılık sıfatı ve buna bağlı olarak miras hakkı söz konusu olmaz. Hal böyle olmakla birlikte, TMK m. 678 (ZGB Art. 636) hükmünde, belirli şartlar çerçevesinde açılmamış bir miras hakkında sözleşmeler yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan mesele incelendiğinde, muhtemel mirasçıların henüz mirasbırakan hayatta iken bir araya gelerek, gelecekte kendilerine kalacak olan tereke unsurlarının paylaşılması hakkında sözleşme yapıp yapamayacaklarını ele almak gerekmektedir.

II. Konunun Önemi

Miras ortaklığının sürekli hale gelmesi arzulanan bir şey değildir. Kanun gereği kendiliğinden kurulan bu ortaklığın sona ermesi hayatın olağan akışının sonucudur. Genel

⁶ Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay, **Mirasın Paylaşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 15 vd; **Dural/Öz**, s. 465; **Eren/ Yücer Aktürk**, s. 502; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 23.

olarak toplumumuzda mirasbırakanın ölümünden sonra hemen mirasın paylaşılmasına girişilmesi hoş karşılanmaz. Hal böyle olmakla birlikte, mirasın paylaşılması meselesi er veya geç mirasçıların önüne gelecek bir durumdur. Nitekim halk arasında yaygın olarak bilinen “ölüm hak, miras helal” atasözü, bu durumu veciz bir biçimde ifade etmektedir.

Türk Medeni Kanunu’nda mirasın paylaşılması için belirli bir süre tayin edilmiş değildir. Kanun koyucu bu konuda zorlayıcı davranma yolunu seçmemiştir. Dolayısıyla, mirasbırakanın ölümünün üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin mirasçıların paylaşma yoluna gitmemiş olmaları ihtimal dâhilindedir. Kanunda her ne kadar belirli bir süre tayin edilmemiş olsa da, paylaşmanın gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik hükümler düzenlenmiştir. TMK m. 642/1 hükmüne göre mirasçılardan her biri, sözleşme veya kanun gereğince miras ortaklığını sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir⁷. TMK, paylaşmanın gerçekleştirilmesi bakımından mirasçıların bir araya gelerek anlaşmalarına öncelik tanımıştır. Nitekim “Mirasın Paylaşılması” başlıklı üçüncü bölümün ikinci ayrımında (m. 646-m. 658), paylaşmanın nasıl yapılacağına dair hükümler içerisinde buna yönelik düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin TMK m. 650/1 hükmünde, mirasçıların tereke mallarından mirasçı veya ortak kök sayısınca pay oluşturacakları belirtilmiştir. Dolayısıyla payların oluşturulması konusunda mirasçıların anlaşmalarına öncelik tanınmıştır. Aynı maddenin devamında, anlaşma olmazsa mirasçılardan her birinin sulh mahkemesine başvurabileceğinin düzenlenmiş olması da bu fikri desteklemektedir (m. 650/2). Yine TMK m. 651/1 hükmünde, değerinde önemli azalma olmadan bölünemeyen tereke malının bütün olarak mirasçılardan birine özgüleneceği belirtilmiştir. Maddenin devamında ise, anlaşma olmaması durumunda malın satılarak bedelinin bölüştürüleceği ifade edilmiştir (m. 651/2).

Görüldüğü üzere kanun koyucunun mirasın paylaşılması yönünden öncelikle olmasını istediği şey, mirasçıların gerek payların oluşturulmasında gerekse de payların karşılığını oluşturan tereke mallarının edinilmesinde oy birliği halinde hareket ederek anlaşma yolunu seçmeleridir. Bu bakımdan, paylaşmanın sonuçlandırılması amacıyla mirasçıların bir araya gelerek paylaşma sözleşmesi yapabileceği ve bu sözleşmenin mirasçıları bağlayacağı açıkça düzenlenmiştir (TMK m.676/1). Mirasçıların paylaşma sözleşmesi yoluyla mirası paylaşmaları, kendi menfaatleri bakımından da avantajlıdır. Zira paylaşma sözleşmesi yapılmadığı takdirde, ya elbirliği mülkiyetinin sıkı kurallarına tabi olmaya devam edilir ya da paylaşmanın

⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 540; Antalya/Sağlam, s. 509; Dural/Öz, s. 478; Escher, Art. 604, s. 419; Felber, s. 4; Hauser, s. 5; Druey, s. 233; İmre/Erman, s. 462; Serozan/Engin, s. 583; Wolf/Genna, § 28, s. 196.

gerçekleştirilmesi için dava açılması yoluna gidilmesi gerekir⁸. Her iki durumda da, tereke mallarının uzunca bir süre âtil durumda kalması muhtemeldir.

Miras paylaşma sözleşmesi, uygulamada sıkça rastlanan bir sözleşme türüdür. Nitekim bu sözleşmeyi konu edinen birçok yüksek mahkeme kararına rastlamak mümkündür. Paylaşma davası açmanın zahmetli bir sürece yol açması veya toplumumuzda miras sebebiyle çekişmeye girmenin hoş karşılanmaması gibi hususlar, mirasçıların sözleşme yapma yoluna gitmelerine sebep olabilir. Miras paylaşma sözleşmesinin bu önemine rağmen, konu Türk Hukuk öğretisi tarafından yeterince incelenmiş değildir. Hâlbuki bu sözleşmeye dayalı olarak ortaya çıkabilecek birçok hukuki mesele vardır. Bu meselelerin etraflıca ele alınıp irdelenmesi ve güncel yargı içtihatlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Tüm bu hususlar, miras paylaşma sözleşmesinin çalışma konusu olarak seçilmesinin temel sebeplerini oluşturmaktadır.

III. Konunun Sınırlandırılması

Bu çalışmada miras paylaşma sözleşmesi ve bu sözleşmeden kaynaklanan hukuki sorunlar, öğretideki görüşler ve yargı içtihatları çerçevesinde detaylı olarak ele alınmıştır.

Çalışma bir giriş, üç bölüm ve bir sonuç kısmından oluşmaktadır. Giriş kısmında konunun takdimi, önemi, tarihsel süreçteki ve karşılaştırmalı hukuktaki yeri üzerinde durulmuştur.

Birinci bölümde öncelikle miras ortaklığı ve paylaşma kavramları irdelenmiştir. Miras paylaşma sözleşmesi, esasen miras ortaklığının sona erme hallerinden birini teşkil etmektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin mahiyetinin kavranması bakımından miras ortaklığının yapısının ele alınması zorunludur. Ayrıca, miras paylaşma sözleşmesine temel teşkil eden paylaşma kavramının göz önüne alınması gerekmektedir. Miras paylaşma sözleşmesinin paylaşma türleri içerisindeki yeri ve paylaşmaya hâkim olan temel ilkelerin bu sözleşmeye etkisi, “Paylaşma Kavramı” başlığı altında incelenmiştir. Öte yandan, miras paylaşma sözleşmesi bakımından önem arz eden paylaşmaya hazırlık işlemleri de açıklanmıştır. Birinci bölümün son kısmında ise miras paylaşma sözleşmesi hakkında genel bilgiler verilmiştir. Bu kapsamda paylaşma sözleşmesi kavramı, sözleşmenin türleri, hukuki niteliği ve özellikleri üzerinde durulmuştur. Miras paylaşma sözleşmesi hakkında genel bilgilerden sonra, bu sözleşmenin benzer hukuki kurumlara karşılaştırılması yapılarak, ortak ve farklı yönleri ele alınmıştır.

⁸ İsviçreli hukukçu *Breitschmid*, paylaşmanın ya mirasçıların anlaşması yoluyla ya da dava yoluyla gerçekleşebileceğini ifade etmek için “tertium non datur” ifadesini kullanmaktadır. Bu ifade Latince’de “üçüncü yol yoktur” anlamına gelmektedir. Bkz: Breitschmid, Peter, “**Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung**”, Praktische Probleme der Erbteilung, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 46, Bern, 1997, s. 111.

İkinci bölümde çalışmanın en temel kısımlarından olan, sözleşmenin kurulması, geçerliliği ve ifası üzerinde durulmuştur. Miras paylaşma sözleşmesinin kurulması, geçerliliği ve ifası konularında büyük ölçüde Borçlar Hukukunun genel hükümleri etkilidir. Ancak sözleşmenin mahiyeti gereğince, Borçlar Hukukunun genel hükümlerinden ayrılmayı gerektiren durumlar da bulunmaktadır. Zira bu sözleşme bir bakıma miras hukuku ve eşya hukukuna da sirayet etmektedir. Dolayısıyla, sözleşmeyi etkileme ihtimali bulunan özel durumlar ayrı bir başlık içerisinde irdelenmeye çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde ilk önce, miras paylaşma sözleşmesinin sona erme sebepleri ele alınmıştır. Ancak sözleşmenin ifası ikinci bölümde açıklandığı için, burada yalnızca ifadan sonra mirasçıların birbirlerine karşı kanundan doğan sorumlulukları üzerinde durulmuştur. Bunun dışında, gerek dar anlamda gerekse de geniş anlamda borcu sona erdiren muhtelif sebepler izah edilmiştir. Sonrasında, paylaşma sözleşmesinin mirasçılar arasında görülen çeşitli davalara ne şekilde etki edebileceği konusuna yer verilmiştir. Mirasçıların birbirlerine karşı dava açtıktan sonra paylaşma sözleşmesi yapmaları mümkün olduğu gibi, sözleşmenin kurulmasından sonra da çeşitli konularda dava açılması ihtimal dâhilindedir. Söz konusu durumlarda mirasçıların ne şekilde hareket edebileceği ve buna bağlı olarak davaların akıbetinin ne olacağı hususları burada incelenmiştir. Ayrıca, mirasın paylaşılması konusunda arabuluculuk faaliyetinin gerçekleşmesi ve bunun sonuçları da değerlendirilmiştir.

Çalışmada birçok Yargıtay kararına yer verilmiştir. Bunun dışında konu bakımından önem arz eden İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına da değinilmiştir. Yüksek mahkeme kararları büyük ölçüde dipnotlarda belirtilmiş, ancak konunun açıklanması yönünden özel bir örnek teşkil eden ya da önem taşıyan bazı kararlar metin içerisinde açıklanarak değerlendirilmiştir.

Çalışmanın sonuç bölümünde, inceleme neticesinde ulaşılan sonuçlar ve kanaatler toplu bir şekilde ortaya konulmuştur.

IV. Konunun Tarihi Süreçteki Yeri

A. Genel Olarak

Miras paylaşma sözleşmesine, çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu kadar, eski hukuk sistemlerinde de rastlanılmaktadır. Farklı bir bakış açısı kazanabilmek adına, konunun İslam Hukuku ve Roma Hukukundaki yerine kısaca değinilmiştir.

B. İslam Hukukunda

İslam Hukukunun mirasla ilgili hükümleri Fıkıh literatüründe “*ferâiz*” olarak isimlendirilmektedir⁹. Ferâiz hükümlerinin temel kaynakları Kur’an-ı Kerim ve Sünnet’tir. Kur’an-ı Kerim’de mirasın kimler arasında hangi oranlarda paylaşılacağına dair hükümler yer almaktadır¹⁰. İslam miras hukukuna dair meselelerin büyük kısmı Kur’an-ı Kerim ve Sünnet’e dayandığı için, İcma’ya ve içtihada dayalı hükümler oldukça azdır¹¹.

İslam Miras Hukukunda külli halefiyet ilkesi kabul edilmemiştir¹². Bu nedenle, mirasbırakan öldüğünde ona ait olan mal ve haklar bir bütün olarak mirasçılara geçmez. İslam Hukukuna göre, tereke üzerinde mirasçıların haklarından önce doğan başka haklar bulunmaktadır¹³. Bu sebeple, mirasın paylaşılması aşamasına geçilmeden önce bazı hususların yerine getirilmesi gerekir. Bu bakımdan ilk olarak mirasbırakanın cenaze masrafları terekeden ödenir¹⁴. Sonrasında varsa mirasbırakanın borçları ödenir¹⁵ ve vasiyeti yerine getirilir¹⁶. Bu aşamalar tamamlandıktan sonra terekede bir şey kalırsa mirasın paylaşılması söz konusu olur. Mirasbırakanın borcu ve vasiyeti yoksa ölümle birlikte tereke bütünüyle mirasçılara intikal eder. Ancak mirasçılar Türk-İsviçre Hukukunun aksine, tereke üzerinde elbirliğiyle malik olmayıp paylı maliktirler¹⁷.

İslam Hukukunda mirasçıların bir araya gelerek anlaşma yoluyla mirası paylaşmaları mümkündür. Buna “rızaî taksim” denilir¹⁸. Bunun için bütün mirasçıların katılması ve rıza

⁹ “Ferâiz” kelimesi Arapça “farîza” kelimesinin çoğuludur. Farîza, fıkıhta kesin delille sabit olan hüküm anlamına geldiği gibi, belirli olan hisseler anlamına da gelmektedir. İslam Miras Hukukuna “ferâiz” denilmesinin sebebi ise, mirasla ilgili hükümlerin Kur’an-ı Kerim’de herkesin uyması istenen farzlar şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Aktan, Hamza, **Mukayeseli İslam Miras Hukuku**, İşaret Yayınları, İstanbul, 1991, s. 13; Avcı, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Bası, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 2018, s. 465; Berki, Ali Himmet, **İslam Hukukunda Feraiz ve İntikal**, 2. Baskı, Ankara, 1985, s. 1; Berki, Şakir, “Kur’an’da Miras Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.38, S.1, s. 107; Ekinci, Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku**, 5. Bası, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 462; Hatemi, Hüseyin, **İslam Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 99; Karaman, Hayreddin, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, 11. Bası, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2006, s. 370.

¹⁰ Nisâ Suresi, Ayet: 11-12.

¹¹ Bu nedenle miras hukukunun, İslam Hukukunda gelişimini en erken tamamlayan hukuk dalı olduğu ifade edilmektedir. Aydın, Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 322; Cin, Halil/Akyılmaz, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, 9. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2018, s. 448.

¹² Aktan, s. 23; Avcı, s. 467; Özay, Hilal, “İslam Miras Hukukunun Özellikleri”, İslam Medeniyeti Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 2, 2018, s. 214.

¹³ Aktan, s. 249; Avcı, s. 479; Cin/Akyılmaz, s. 455; Karaman, s. 376.

¹⁴ Aktan, s. 66; Berki, Feraiz, s. 20; Karaman, s. 375; Özay, s. 214.

¹⁵ İslam Miras Hukukunda külli halefiyet ilkesinin bulunmamasının bir sonucu olarak, mirasçılar mirasbırakanın borçlarından şahsen sorumlu değildir. Mirasbırakanın borçları paylaşma yapılmadan önce terekeden ödenir. Dolayısıyla mirasın reddi gibi bir kuruma da ihtiyaç bulunmamaktadır. Bkz. Berki, Şakir, “Eski ve Yeni Hukukumuzda Miras Sistemleri Arasındaki Farklar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, Yıl: 1973, s.147.

¹⁶ İslam Miras Hukukunda miras sözleşmeleri yapma ve mirasçı atama imkânı yoktur. Mirasbırakan ancak vasiyet yoluna başvurabilir. Bu da miktar itibarıyla en fazla terekenin 1/3’ünü kapsayabilir. Mirasbırakan bu orandan daha fazlasını vasiyet edemez. Ancak mirasbırakanın hiç mirasçısı yoksa veya mirasçılar izin verilerse, vasiyetin 1/3’ü aşan kısmı yerine getirilebilir. Bkz. Berki, Feraiz, s. 106.

¹⁷ Aktan, s. 249.

¹⁸ Aktan, s. 257.

göstermesi şarttır. Rızai taksim, herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Aralarında bir anlaşmazlık olmaksızın bütün mirasçılarının katılımıyla gerçekleştirilen taksim, kural olarak mirasçıları bağlar. Paylaşma sözleşmesi yapıp her mirasçı buna göre kendisine isabet eden malı aldıktan sonra artık paylaşmaya itiraz edilemez¹⁹. Mirasçılar paylaşmanın adil olarak gerçekleşmesi için, ferâiz hükümlerinde yer alan paylaşma kurallarını ve tekniğini bilen bir kimseyi görevli olarak tayin edebilirler²⁰.

Burada rızai taksimle yakından ilgili olan “tehârûc” kavramına da değinmek gerekmektedir. Tehârûc, mirasçılardan bir veya birkaçının belirli bir bedel karşılığında ya da bedelsiz olarak mirastan çekilmesi anlamına gelir²¹. Mirastan çekilme, belirli bir mirasçı lehine yapılabileceği gibi bütün mirasçılar lehine de yapılabilir. Örneğin mirasbırakanın annesi, mirasbırakanın çocuklarından biri lehine mirastan çekilirse, annenin payı lehine çekildiği çocuğa ait olur. Ancak anne, bütün mirasçılar lehine mirastan çekilirse, onun payı diğer mirasçılara payları oranında dağıtılır²².

Tehârûc, İslam Hukukunda sulh sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilmiştir²³. Bununla birlikte, miras hukuku bakımından rızai taksimle aynı anlamda kullanıldığı da görülmektedir²⁴. Kanaatimizce rızai taksimle tehârûc kavramlarını birbirinden ayırt etmek gerekir. Rızai taksim, bütün mirasçılarının bir araya gelerek terekede bulunan malların kime ait olacağını kararlaştırmaları anlamına gelir. Tehârûc ise, bir veya birkaç mirasçının genellikle bir bedel karşılığında mirastan çıkmasıdır. Bu bakımdan TMK m. 677’de düzenlenen miras payının devri sözleşmesine benzemektedir. Bazı hallerde tehârûc’ün paylaşma sorununu ortadan kaldırması mümkündür. Söz gelimi iki tane mirasçının var olduğu bir meselede, bunlardan birinin diğerinden bir bedel alarak mirastan çekilmesi durumunda, mirasçı sayısı bire düştüğü için artık paylaşma sorunu ortadan kalkmış olur. Aynı şekilde, birkaç mirasçının bulunduğu bir meselede bunlardan birinin diğer mirasçıların tamamını ikna ederek paylarını elde etmesi ihtimalinde de aynı sonuca varılır. Bu gibi durumlarda sonuç itibarıyla paylaşma gerçekleşmiştir denilse bile, ortada bir paylaşma sözleşmesi bulunduğu söylenemez. Zira

¹⁹ Aktan, s. 257.

²⁰ Bu kişilere taksim eden, bölüştüren anlamında “kassam” veya “mukassim” denilmiştir. Ancak İslam Adliye Teşkilatında mirası paylaşmakla görevli devlet memuru veya hâkim yardımcısı anlamında da kullanılmıştır. Bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/kassam> (erişim tarihi: 05/07/2019).

²¹ Aktan, s. 195; Aydın, s. 346; Berki, Feraiz, s. 114; Çakır, Adem, “Osmanlı Devletinde İslam Miras Hukukuna Uymayan Tereke Paylaşımları Üzerine Bir Çalışma”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 133; Ekinci, s. 471; Şimşek, Ayşe, “Osmanlı Miras Hukuku Sulh-Tehârûc Uygulamalarında Kadın: Konya Kadı Sicili Örneği”, Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, S. 2, s. 15.

²² Burada ihtimallere göre farklı hesaplamalar yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aktan, s. 196.

²³ Karauz, Ağâh Kürşat, Sulh Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 28. Hatta bu kavramı ifade için mirasçıların sulh olmaları anlamında “sulh ani’t-terike” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. Şimşek, s. 16.

²⁴ Çakır, s. 135.

paylaşma sözleşmesi, bütün mirasçılarının bir araya gelerek ortak bir karara varmaları ile kurulur. Verilen örneklerde ise, her mirasçının birbiriyle ayrı ayrı sulh olması söz konusudur. Öte yandan, ikiden fazla mirasçı olup da bunlardan sadece birinin tehâruc yolu ile mirastan çekilmesi örneğinde paylaşma sorunu ortadan kalkmış olmaz. Bu durumda olsa olsa kısmî bir paylaşmadan söz edilebilir. Şu halde tehâruc'ün paylaşmaya yardımcı nitelikte, fakat esas itibariyle paylaşma sözleşmesinden farklı bir hukuki işlem olduğu ifade edilebilir.

Rızai taksimin mümkün olmaması durumunda miras mahkeme kararıyla paylaşılır. Buna “kazai taksim” denilir²⁵. Kazai taksimin söz konusu olabilmesi için mirasçılardan birinin mahkemeye başvurarak paylaşırma talebinde bulunması gerekir. Hâkim herhangi bir talep olmaksızın re'sen paylaşırma yapamaz²⁶. Şu halde İslam Miras Hukukunda rızai taksimin öncelikli olduğu söylenebilir. Paylaşırma talebinin hâkim tarafından yerine getirilmesi için paylaştırmaya engel bir durumun bulunmaması gerekmektedir. Örneğin terekenin borca batık olması halinde paylaşırma yapılamaz²⁷. Yine, bölünmesi mümkün olmayan bir mal da mirasçılardan birinin veya birkaçının talebiyle paylaşırılamaz. Böyle bir malın paylaşırılması için bütün mirasçılarının talepte bulunması şarttır²⁸. Hâkim paylaşırma işini bizzat kendisi yapamayacak durumda ise, bu konuda ehil bir kimseyi (*kassam*) görevli olarak tayin eder.

Bazı durumlarda, paylaşımın hâkim tarafından yapılması kuraldır. Örneğin mirasçılar arasında küçük veya akıl hastası olan birinin var olması halinde durum böyledir. Ancak küçüğün veya akıl hastasının veli veya vasisinin katılması durumunda, rızai taksimin yapılabileceği kabul edilmektedir²⁹. Mirasçılar arasında gâip olan bir kişi varsa, bütün mirasçılarının katılması arandığı için rızai taksim mümkün olmayıp, yalnızca kazai taksim yapılabilir³⁰.

C. Roma Hukukunda

Roma Hukukunda miras kavramı “*hereditas*” kelimesiyle ifade edilmekte ve bununla, ölen bir Roma vatandaşının malları, borçları ve alacaklarıyla birlikte bütün hak ve yükümlülüklerine halef olma durumu kast edilmektedir³¹. Dolayısıyla Roma Hukukunda külli

²⁵ Aktan, s. 256.

²⁶ Aktan, s. 257.

²⁷ Aktan, s. 262.

²⁸ Örneğin terekede bulunan bir hayvan, cisim itibariyle bölünemez olduğundan ya satılarak bedeli paylaşırılır ya da mirasçılarının hepsinin rızasıyla içlerinden birine özgülenir.

²⁹ Aktan, s. 257.

³⁰ Aktan, s. 255.

³¹ Di Marzo, Salvatore, **Roma Hukuku** (Çev. Ziya Umur), İstanbul, 1954, s. 501; Günel, A.Nadi, “**Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu İle Miras**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, S.1, Yıl: 1995, s. 425; Umur, Ziya, “**Roma Miras Hukukunun Ana Hatları**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.31, S.1, Yıl: 1965, s.159; Honsell, Heinrich, **Römisches Recht**, 7. Auflage, Springer, 2010, s. 187.

halefiyet ilkesi (*successio universalis*) kabul edilmişti³². Mirasçı, hukuki durum itibariyle mirasbırakanın yerine geçmekteydi. Hatta ölümle birlikte mirasbırakanın ve mirasçının malvarlığının birbirine karıştığı kabul edilmekteydi³³. Buna bağlı olarak mirasçı, mirasbırakanın malvarlığında yer alan bütün malları ve alacakları bir bütün olarak kazandığı gibi, onun bütün borçlarından da sorumlu olurdu³⁴.

Roma Hukukunda, mirasbırakanın birden fazla mirasçısının bulunması durumunda terekedeki mallar ve alacaklar bakımından birlikte mirasçılar arasında bir paylı (müşterek) mülkiyet ilişkisinin kurulduğu kabul edilmekteydi³⁵. Buna göre her mirasçı miras payı oranında ortaklık ilişkisine katılma halindeydi³⁶. Birlikte mirasçılar arasındaki paylı mülkiyet ilişkisi “*actio familiae erciscundae*” olarak adlandırılan mirasın paylaşılması davası ile sona erdirilebilirdi³⁷. Bu davada taraflardan her biri hem davacı hem davalı sıfatıyla (*actio dublex*) bulunurdu. Malların paylaşılması konusunda hâkimin geniş takdir yetkisi bulunmaktaydı³⁸.

Mirasın paylaşılması davasının varlığına karşılık, Roma Hukukunda mirasçıların anlaşma yoluyla mirası paylaşıp paylaşamayacakları konusunda kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Bu noktada, Roma Hukukunun eski devirlerinden kalma bir kurum olan “*consortium*” kurumuna değinmek gerekir. Roma’da aile babasının (*pater familias*) ölümüyle birlikte mirasçıların aile birliğini devam ettirmelerine bağlı olarak ortaya çıkan miras ortaklığına “*consortium ercto non cito*” veya kısaca “*consortium*” denilmekteydi³⁹. Aile babasının ölümünden sonra malvarlığı paylaşılmadan onun evlatlarına geçmekte ve onlar tarafından yönetilmekteydi. Kardeşler, mallar üzerinde miras payları oranında değil, hep birlikte malik olurlardı⁴⁰.

³² Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret, **Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, 1977, s. 349. Ancak miras dışında halefiyete sebep olan başka hukuki olaylar da kabul edilmişti. Bunlar “*bonorum possessio* (malların zilyetliği)”, “*bonorum emptio* (malların toptan satın alınması)”, “*adrogatio* (aile babasının evlat edinilmesi)” ve “*conventio in manum* (kadının koca hâkimiyetine girmesi) olarak belirtilmiştir. Bkz. Küçükgüngör, Erkan, **Roma Hukukunda Vasiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 27.

³³ Koschaker/Ayiter, s. 350; Küçükgüngör, s.29.

³⁴ Koschaker/Ayiter, s. 350; Küçükgüngör, s. 29.

³⁵ Umur, s. 195; Honsell, s. 187.

³⁶ Koschaker/Ayiter, s. 397.

³⁷ Koschaker/Ayiter, s. 397; Umur, s. 195; Honsell, s. 188.

³⁸ Umur, s. 195.

³⁹ Honsell, s. 147; Hausmaninger, Herbert/Selb, Walter, **Römisches Privatrecht**, 9. Auflage, Hermann Boehlau Verlag, Wien, 2001, s. 354; Atak, Ali Selkor, “**Consortium Ercto Non Cito**”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul, 2011, s. 19; Atak, Ali Selkor, **Klasik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2004, s. 23; Dinçer, Nilgün, **Klasik Dönem Roma Hukukunda Actio Pro Socio ve Actio Communi Dividundo İlişkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011, s. 6.

⁴⁰ Bu bakımdan bu mülkiyet türünün elbirliği mülkiyetine benzediği ancak her kardeşin mallar üzerinde tek başına tasarruf yetkisinin bulunmasından dolayı kendine özgü bir mülkiyet olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Atak, Ortaklık Sözleşmesi, s. 26.

Consortium ercto non cito, Roma Hukukunda ortaklık sözleşmesinin (*societas*) gelişmesinde önemli bir rol oynamıştır⁴¹. Bunun sebebi, önceleri mirasçılar arasında mirasbırakanın ölümüyle birlikte kendiliğinden doğan bu ortaklığın, daha sonraları hısımla olmayan kişiler tarafından *praetor* huzurunda açılan bir kanuni dava (*legis actio*) ile de kurulabilmesidir⁴². Dolayısıyla *consortium*, rızai nitelikteki ortaklık sözleşmesinin ortaya çıkmasına bir anlamda ön ayak olmuştur. Bu bağlamda, Roma Hukukunda rastlanan en eski ortaklığın *consortium* olduğu da ifade edilmektedir⁴³. Ancak *consortium*'da rızai ortaklık sözleşmesinden farklı olarak ortaklığın giderilmesi davası (*actio communi dividundo*) açılması söz konusu değildi. *Consortium*'un tasfiye edilmesi için yine mirasın paylaşılması davası (*actio familiae erciscundae*) açmak gerekmektedir⁴⁴. Ancak öğretilde, *consortium*'un bir dava yerine tarafların anlaşmaları yoluyla da sona erdirilebileceğine dair bir görüş bulunmaktadır⁴⁵. Bu görüşe göre tarafların anlaşması, *in iure cessio*'nun bir türü olabilecek ortak bir işlemle gerçekleştirilebilirdi⁴⁶. *In iure cessio*, Roma Hukukunda mülkiyetin devren kazanılmasını sağlayan şekli bir işlem idi⁴⁷. Farazi bir dava⁴⁸ olarak görülen bu işlemde, malı devredecek olanla devralacak olan birlikte *magistra*'nın önüne çıkardı. Devralacak olan kişi (farazi davacı), mal üzerinde mülkiyet iddiasında bulunurdu. Devredecek olan kişi (farazi davalı) ise, diğer tarafın bu iddiasına cevap vermez veya kabul ederdi. Bunun üzerine *magistra*, mülkiyetin farazi davacıya ait olduğuna karar verir, böylece mülkiyet geçmiş olurdu⁴⁹.

In iure cessio, mülkiyetin devri dışında, mirasçılık haklarının devrinde de kullanılan bir işlem idi (*in iure cessio hereditatis*)⁵⁰. Ancak bu işlem, kanuni mirasçılar, atanmış mirasçılar ve mecburi mirasçılar bakımından farkı sonuçlar doğurmaktaydı⁵¹. Mirasçı bu şekilde uygun olarak,

⁴¹ Bu nedenle kaynaklarda "*societas ercto non cito*" olarak da ifade edilmektedir. **Honsell**, s. 147; **Hausmaninger/Selb**, s. 355; **Atak**, Ortaklık Sözleşmesi, s. 23.

⁴² **Atak**, Ortaklık Sözleşmesi, s. 32; **Dinçer**, s. 7.

⁴³ **Koschaker/Ayiter**, s. 241; **Honsell**, s. 147.

⁴⁴ Zira *consortium*, *societas*'ın aksine tarafların iradelerine dayalı olarak kurulan bir ortaklık değildi. **Atak**, Ortaklık Sözleşmesi, s. 27; **Dinçer**, s. 83.

⁴⁵ Meissel, Franz-Stefan, **Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages**, Frankfurt am Main, 2004, s. 79 (**Atak**, *Consortium*, s.33'den naklen).

⁴⁶ Levy, Ernst, "Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 44 (1934), s. 286 (**Atak**, *Consortium*, s.33'den naklen).

⁴⁷ Akıncı, Şahin, **Roma Hukuku Dersleri**, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2018, s. 300; Karadeniz Çelebican, Özcan, **Roma Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 172; Oğuz, Arzu, "**Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 47, S. 1, Yıl: 1998, s. 49; **Honsell**, s. 33.

⁴⁸ Koschaker/Ayiter'e göre, *in iure cessio* bir dava değil, dava şekline bürünmüş bir hukuki işlem idi. **Koschaker/Ayiter**, s. 140.

⁴⁹ Akıncı, s. 301; Berk, Şakir, "**Roma'da Ayni Haklar**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Yıl: 1948, s. 343; **Karadeniz Çelebican**, s. 173; **Honsell**, s. 34.

⁵⁰ **Di Marzo**, s. 247; **Karadeniz Çelebican**, s. 173; **Koschaker/Ayiter**, s. 387.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Küçükgüngör**, s. 73 vd.

mirası devredebilmekteydi. Şu halde bu işlemin, günümüzdeki anlamıyla bir miras paylaşma sözleşmesine benzediğini söylemek pek mümkün değildir.

Roma Hukukunda mirasın paylaşılmasıyla ilgili olarak karşılaşılan bir diğer kavram da “*testamentum parentis inter liberos*” kavramıdır. Bu işlemde aile babası (*pater familias*), ölümünden sonra geçerli olmak üzere mal varlığını çocukları arasında paylaştırmaktaydı⁵². Ancak işlemin geçerli olabilmesi için, aile babasının bizzat kendi eliyle yazarak mirasçıları ve onlara düşen malları açıkça belirtmesi ve hem kendisinin hem de çocuklarının imzalaması gerekmektedir⁵³. Vasiyetname niteliği taşımayan bu işlemle mirasbırakan, ileride paylaştırmayı yapacak hâkimi kendi iradesine uygun olarak bağlamış (*divisio inter liberos*) olmaktadır⁵⁴. Ancak mirasbırakanın hazırladığı bu sözleşme, mirasın açılmasından sonra mirasçıların aralarında serbestçe anlaşarak yaptıkları paylaşma sözleşmesinden farklı mahiyettir.

V. Konunun Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri

A. Genel Olarak

Miras paylaşma sözleşmesi, irade serbestisi ilkesinin en önemli ilkelerden biri olduğu günümüz hukuk sistemlerinin pek çoğunda kendine yer bulmuştur. Bu bakımdan hem Anglo-Sakson hem de Kara Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde, mirasın paylaşılması bakımından mirasçıların serbest iradeleriyle anlaşmalarına öncelik tanındığı söylenebilir. Bu başlık altında sırasıyla İngiliz, Alman, Avusturya ve mehz İsviçre hukukunda yer alan düzenlemeler genel hatlarıyla ele alınmıştır.

B. İngiliz Hukukunda

İngiliz Hukukunda mirasbırakanın ölümüyle birlikte, ona ait hak ve borçların kendiliğinden mirasçılara geçmesi söz konusu değildir. Bu hukuk sisteminde miras öncelikle “kişisel temsilci” (*personal representative*) olarak ifade edilen görevliye geçer⁵⁵. Mirasbırakan vasiyetname ile bir veya birden fazla kişiyi temsilci olarak atayabilir. Bu durumda kişisel

⁵² Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, s. 734.

⁵³ Berger, s. 734.

⁵⁴ Berger, s. 734. İlginçtir ki bu işleme benzer bir durum modern hukukumuzda da vardır. TMK m. 678 hükmüne göre, mirasbırakanın katılması veya izni dâhilinde, henüz açılmamış bir miras hakkında bir mirasçının diğer mirasçılarla veya üçüncü bir kişiyle sözleşme yapması mümkündür. Ancak burada Roma Hukukundan farklı olarak sözleşme mirasbırakan tarafından düzenlenmez. O yalnızca sözleşmeye katılır ya da izin verir.

⁵⁵ Altıparmak, Ayşe Kübra, *İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 27; Burandt, Wolfgang/Rojahn, Dieter, *Beck'sche Kurz Kommentare, Erbrecht*, 3. Auflage, Leinen, 2019, Rn. 132; Dutta, Anatol, *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 11, Teil 4, Internationales Erbrecht, Vorbem. Art. 4, Rn. 35; Troll, Max/Gebel, Dieter/Jülicher, Marc/Gottschalk, Paul Richard, *Erbsteuer und Schenkungsteuergesetz Kommentar*, 53. Auflage, Vahlen Verlag, München, 2017, Rn. 103.

temsilci “*executor*” olarak adlandırılır⁵⁶. Mirasbırakanın ölümüyle birlikte onun malları kişisel temsilcinin malvarlığına dâhil olur. Ancak kişisel temsilci, terekeyi yönetmeye ve vasiyeti yerine getirmeye yetkili olduğunu ispat etmek için mahkemeden vasiyetnamenin onaylandığını gösteren bir belge (*grant of probate*) almak zorundadır⁵⁷.

Mirasbırakanın vasiyetname düzenlemeden ölmesi veya vasiyetnamesinde bir kişisel temsilci atamamış olması durumunda mahkeme tarafından bir tereke memuru (*administrator*) atanır⁵⁸. Gerek kişisel temsilci, gerekse de tereke memuru terekenin borçlarını ödeyerek tasfiyesini yapmak ve geriye kalan net değeri mirasbırakanın istekleri çerçevesinde mirasçılar arasında paylaşmakla yükümlüdür. Kural olarak kişisel temsilci veya tereke memuru, mirasbırakanın ölümünden itibaren bir yıl geçmeden önce paylaştırmaya başlamak zorunda değildir⁵⁹. Bununla birlikte, paylaştırmaya daha erken başlanabileceği gibi, terekedeki malların paylaşılması için gereken hazırlık işlemlerinin uzun sürmesi halinde bir yıl geçtikten sonra da paylaşırma aşamasına geçilebilir⁶⁰.

Kişisel temsilci veya tereke memuru, öncelikle mirasçıların ya da terekeden yararlanacak diğer kişilerin kim olduklarını tespit etmekle yükümlüdür. Mirasçıların ya da yararlanacak kişilerin eksik olarak tespit edilmesinden doğacak olan kişisel sorumluluktan kurtulmak için, mahkemeye başvurarak paylaşırmanın onaylanmasını talep edebilir⁶¹. Kişisel temsilci veya tereke memurunun paylaştırmayı nasıl yapacağı noktasında mirasbırakanın bu konuda vasiyetname düzenleyip düzenlemediğine bakmak gerekmektedir. Mirasbırakan eğer vasiyetnamesinde paylaşırmanın nasıl yapılacağını düzenlemişse, kişisel temsilci veya tereke memuru bununla bağlıdır⁶². Aksi durumda ise, kanunda düzenlenen paylaşırma kuralları (*Rules of Intestacy*) geçerlidir. Her iki durumda da, kişisel temsilci veya tereke memurunun geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Özellikle terekedeki hangi mal varlığının hangi mirasçıya özgüleneceğine karar verebilir⁶³.

İngiliz Hukukunda kişisel temsilci veya tereke memurunun geniş takdir yetkisine karşılık, mirasçılara da aralarında anlaşarak paylaşmanın nasıl yapılacağını belirleme yetkisi

⁵⁶ Altıparmak, s. 28; Burandt/Rojahn, Rn. 132; Dutta, MüKo, Rn. 37; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, Rn. 103. *Executor*’un Türk Hukukundaki karşılığı vasiyeti yerine getirme görevlisidir. Ancak İngiliz Hukukundaki *executor*, çok daha geniş yetkilere sahiptir. Zira vasiyeti yerine getirme görevlisi tereke üzerinde mülkiyet hakkına sahip değilken, *executor* terekedeki malların maliki durumundadır. Bkz. Kocaağa, Köksal, **Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 22.

⁵⁷ Burandt/Rojahn, Rn. 133; Dutta, MüKo, Rn. 37; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, Rn. 103.

⁵⁸ Burandt/Rojahn, Rn. 133; Dutta, MüKo, Rn. 38; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, Rn. 103; Kocaağa, s. 22. İngiliz Hukukundaki bu sürecin benzeri, *Common Law* hukuk sistemine dâhil olan ülkelerin çoğunluğunda ve bilhassa ABD Hukukunda da yer almaktadır.

⁵⁹ Bu bir yıllık süre “*executor’s year*” olarak isimlendirilmektedir. Bkz: Burandt/Rojahn, Rn. 155.

⁶⁰ Burandt/Rojahn, Rn. 155.

⁶¹ Burandt/Rojahn, Rn. 156.

⁶² Burandt/Rojahn, Rn. 156.

⁶³ Burandt/Rojahn, Rn. 156.

verilmiştir. Mirasbırakan vasiyetname düzenleyerek paylaşırma kuralları koymuş olsa bile, mirasçılar bu vasiyetnameyi değiştirecek bir anlaşma yapabilirler (*deed of family agreement/deed of variation*)⁶⁴. Bunun için yazılı olarak bir paylaşırma sözleşmesi düzenlenmesi ve bu sözleşmeye bütün mirasçılarla birlikte kişisel temsilci ya da tereke memurunun da imza koyması gerekmektedir⁶⁵. Ancak mirasçılar arasında küçük veya akıl hastası varsa, vasiyetnamenin değiştirilmesi için mahkemede dava açılması şarttır⁶⁶. Mirasbırakanın vasiyetname düzenlememiş olması ihtimalinde de mirasçılar paylaşırma sözleşmesi yapabilirler. Her iki durumda da sözleşmenin mirasbırakanın ölümünden itibaren iki yıl içinde yapılması gerekmektedir⁶⁷. Aksi takdirde vasiyetname ya da kanun hükümleri çerçevesinde paylaşırma söz konusu olur.

C. Alman Hukukunda

Alman Medeni Kanunu (BGB)'na göre, mirasbırakanın ölümüyle birlikte ona ait malvarlığı bir bütün olarak mirasçılara geçer (§ 1922)⁶⁸. Mirasbırakanın geride birden fazla mirasçısının bulunması halinde, tereke mirasçılarının ortak malı olur (§ 2032)⁶⁹. Bunun bir sonucu olarak, mirasçılar arasında bir miras ortaklığı (*Erbengemeinschaft*) meydana gelir⁷⁰. Miras ortaklığının meydana gelmesi bakımından mirasçılık sıfatının kanuna ya da ölüme bağlı tasarrufa dayanmasının bir farkı yoktur.

Mirasçılar terekedeki mallar üzerinde elbirliği mülkiyetine (*Gesamthandseigentum*) sahiptirler⁷¹. Dolayısıyla mirasçılarının tereke malları üzerinde belirli payları bulunmayıp, her bir

⁶⁴ **Burandt/Rojahn**, Rn. 170; Kinda, Lydia, “Deeds of Family Arrangement”, https://svensonbarristers.com.au/wp-content/uploads/2017/07/Deeds_of_Family_Arrangement_140513.pdf (erişim tarihi: 16/07/2019), s. 5.

⁶⁵ **Burandt/Rojahn**, Rn. 170; Kinda, s. 5.

⁶⁶ İngiliz Hukukunda saklı pay kavramı yoktur. Bu nedenle mirasbırakan herhangi bir sınırlama olmaksızın vasiyetname yoluyla terekesi üzerinde tasarrufta bulunabilir. Ancak bu durum, mirasçılarının aleyhine sonuçlar doğurabileceği için, 1975 tarihli Miras Kanunu (Inheritance Act 1975) ile mirasçılara dava açma hakkı tanınmıştır. Keim, Christopher/Lehmann, Daniel, **Beck'sches Formularbuch, Erbrecht**, 4. Auflage, Leinen, 2019, Rn. 16.

⁶⁷ **Kinda**, s. 6. <https://www.saga.co.uk/magazine/money/personal-finance/inheritance/deed-of-variation-changing-a-will-after-death> (erişim tarihi: 15/07/2019).

⁶⁸ Gergen Thomas, **Münchener Kommentar zum BGB**, Band 10, Erbrecht, § 2032, 7. Auflage, 2017, Rn. 1. Stanescu, Ana Maria, **Die Verwaltung Des Nachlasses Durch Die Erbengemeinschaft**, Dissertation, Augsburg, 2013, s. 5; Stürner, Rolf, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, BGB § 2032, 17. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2018, Rn. 1.

⁶⁹ Braun, Christian/Müller-Engels, Gabriele, **Keim/Lehmann Beck'sches Formularbuch, Erbrecht**, Vollständige Erbaueinandersetzung, 4. Auflage, Leinen, 2019, Rn. 3; Gergen, MüKo, Rn. 1; Hoeren, Thomas, **Schulze Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar**, 10. Auflage, 2019, § 2032, Rn. 1; Stanescu, s. 5; Stürner, Rn. 1.

⁷⁰ Gergen, MüKo, Rn. 1; Hoeren, Rn. 1; Stanescu, s. 5; Stürner, Rn. 1.

⁷¹ Gergen, MüKo, Rn. 7; Hoeren, Rn. 2; Stanescu, s. 9; Stürner, Rn. 1.

mirasçı bütün tereke üzerinde birlikte hak sahibidir. Nitekim BGB § 2040'a göre, mirasçılar terekedeki bir malvarlığı üzerinde ancak birlikte tasarrufta bulunabilirler⁷².

Miras ortaklığı kural olarak paylaşma ile sona erer⁷³. BGB § 2042'ye göre, her mirasçı istediği zaman paylaşma talebinde bulunabilir⁷⁴. Paylaşma (*Auseinandersetzung*) kavramı, hem borç doğurucu etkiye sahip olan sözleşmeyi, hem de bunun aynı olarak gerçekleştirilmesini ifade eder⁷⁵. Böylece, terekeye dâhil olan tüm malvarlığının aynı olarak mirasçıların bireysel mülkiyetlerine geçirilmesiyle birlikte miras ortaklığı sona ermiş olur⁷⁶.

Alman Medeni Kanunu'nda, miras ortaklığının sona erdirilmesiyle ilgili olarak Borçlar Hukukunda yer alan bazı hükümlere (§ 749-758) yollamada bulunulmuştur (§ 2042, Abs.2)⁷⁷. Buna göre, ortaklığın tasfiyesinde paylara karşılık gelen mallar değerlerinde azalma olmaksızın bölünebiliyorsa, aynen paylaşma yapılır (§ 752). Aynen paylaşma mümkün değilse, mallar açık artırma yoluyla satılarak elde edilen bedel paylaştırılır (§ 753, Abs.1)⁷⁸. Malın üçüncü kişiye devri caiz değilse, ortaklar arasında artırma yapılmalıdır. Ancak bu hükümlerin emredici nitelikte olmadıkları, dolayısıyla da mirasçıların başka şekilde paylaşım yapılmasını kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir⁷⁹.

Alman Hukukuna göre paylaşmada asıl olan, mirasçıların irade özgürlüğü ve karşılıklı rıza çerçevesinde anlaşma yoluyla mirası paylaşmalarıdır. Paylaşma sözleşmesi, karşılıklı bir satış veya sulh sözleşmesi değil, kendisine özgü, çok taraflı ve borç doğurucu nitelikte bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Bu nedenle, borç sözleşmelerine ilişkin hükümsüzlük, ifa etmeme ya da irade sakatlıkları gibi durumlar paylaşma sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulur⁸¹.

⁷² **Gergen**, MüKo, Rn. 21; **Otto**, Dirk-Ulrich, **Münchener Vertragshandbuch**, Band 6, 7. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2016, Erbauseinandersetzungsvertrag, s. 1277; **Stanescu**, s. 10; **Stürner**, Rn. 1.

⁷³ Bunun dışında bir mirasçının diğerlerinin miras paylarını alması durumunda da miras ortaklığı sona ermiş olur (Bkz. BGB § 2033).

⁷⁴ **Burandt/Rojahn/Flechtner**, BGB § 2042, Rn. 1; **Krenz**, Uwe, “**Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft- Dogmatische, rechtsvergleichende und rechtspolitische Aspekte**”, Archiv für Civilistische Praxis, Heft 4, 1995, s. 362; **Otto**, s. 1277; **Stumpe**, Bernd, **Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung Handkommentar**, Teilungsversteigerung, 3. Auflage, Nomos Verlag, 2015, ZVG § 180, Rn. 9; **Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk**, Rn. 110; **Wandt**, Roland, “**Die Erbengemeinschaft- vom Gesetzgeber zur Handlungsfähigkeit verdammt?**”, Arbeitsgemeinschaft Erbrecht, Heft 2, 2017, s. 63; **Weipert**, Lutz, “**Die Erbengemeinschaft als Mitglied einer Personengesellschaft**”, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Heft 8, 2002, s. 300. Ancak BGB § 2043 ile § 2045 arasında belirtilen durumların varlığı halinde paylaşma talep edilemez. Bunlar, mirasçılar arasında ceninin bulunması, mirasbırakanın bazı tereke mallarının paylaşılmasını erteleme veya miras paylarının belirlenememiş olması gibi durumlardır.

⁷⁵ **Burandt/Rojahn/Flechtner**, BGB § 2042, Rn. 1; **Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk**, Rn. 110; **Weipert**, s. 302.

⁷⁶ **Burandt/Rojahn/Flechtner**, BGB § 2042, Rn. 2; **Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk**, Rn. 111; **Weipert**, s. 302.

⁷⁷ **Krenz**, s. 362; **Otto**, s. 1277; **Stumpe**, ZVG § 180, Rn. 9.

⁷⁸ **Krenz**, s. 363; **Otto**, s. 1278; **Stumpe**, ZVG § 180, Rn. 9.

⁷⁹ **Kılıçoğlu**, *Taksim*, s. 60; **Krenz**, s. 364.

⁸⁰ **Braun/Müller-Engels**, Rn. 3.

⁸¹ **Braun/Müller-Engels**, Rn. 3.

Alman Hukukunda Türk-İsviçre Hukukundan farklı olarak, paylaşmanın gerçekleşmesinden önce tereke borçlarının ödenmesi zorunlu kılınmıştır. BGB § 2046'ya göre, tereke borcunun henüz muaccel olmaması veya ihtilaflı olması durumunda, bu kısmı karşılayan miktar paylaşma dışında bırakılmalıdır⁸². Tereke borcu ödendikten veya diğer durumlarda borcu karşılayan kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde paylaşma sözleşmesi yapılabilir.

Paylaşma sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir⁸³. Miras payının satışına ilişkin sözleşmenin noterde yapılmasını öngören BGB § 2371 hükmünün burada uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁸⁴. Ancak paylaşmaya konu olan malvarlığı ile ilgili olarak kanunun şekil şartı öngördüğü durumlarda paylaşma sözleşmesinin de buna uygun olarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵. Örneğin bir taşınmazın devrine ilişkin sözleşmenin noterde resmi şekilde yapılması zorunludur (BGB § 311b, Abs.1). Dolayısıyla terekede bir taşınmaz varsa, paylaşma sözleşmesinin de noterde yapılması gerekmektedir.

D. Avusturya Hukukunda

Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)'na göre, mirasbırakanın ölümüyle birlikte ona ait hak ve yükümlülükler bir bütün olarak terekeyi meydana getirir (§ 531)⁸⁶. Ancak tereke, ölümle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçmez. Terekenin mirasçılara geçmesi, sıkı bir prosedüre (*Verlassenschaftsverfahren*) tabi kılınmıştır⁸⁷. Avusturya Hukuku'nda tereke, ölüm olayının meydana gelmesinden itibaren ölenin hukuki durumunu devam ettiren bir tüzel kişi olarak kabul edilmektedir⁸⁸. Zira terekede yer alan unsurlar, ancak mirasın mirasçılar tarafından kabul edilmesine ilişkin prosedür tamamlanınca onların mülkiyetine geçer. Böylelikle terekenin mirasçılara devrine kadar geçen sürede ona tüzel kişilik tanınarak sahipsiz kalması önlenmek istenilmiştir⁸⁹.

Ölüm gerçekleştikten sonra durum yetkili memur tarafından bir tutanakla birlikte görevli mahkemeye bildirilir. Mahkeme ölüm kaydını tutarak terekenin tespiti ve devri

⁸² Kılıçoğlu, *Taksim*, s. 60; Krenz, s. 362; Otto, s. 1279.

⁸³ Ann, Christoph, *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 10, Erbrecht, § 2042, 7. Auflage, 2017, Rn. 36; Otto, s. 1280; Roglmeier, Julia, *Beck'sche Online Formulare Erbrecht*, Erbausinandersetzungvereinbarung, 22. Edition, 2019, Rn. 11.

⁸⁴ Ann, MüKo, Rn. 36; Otto, s. 1280; Roglmeier, Rn. 12.

⁸⁵ Ann, MüKo, Rn. 37; Otto, s. 1280; Roglmeier, Rn. 12.

⁸⁶ Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, 2. Auflage, Springer Verlag, Wien, 2007, s. 500.

⁸⁷ Bu prosedür ayrı bir kanunda düzenlenmiştir. Bkz: Ausserstreitsgesetz (AussStrG).

⁸⁸ Jahnel, Werner, "Grundlagen des österreichischen Erbrechts unter besonderer Berücksichtigung des österreichisch-schweizerischen Erbfalls", *Successio-Zeitschrift für Erbrecht*, S. 65, 2019, s. 16.

⁸⁹ Jahnel, s. 17.

işlemlerini yürütmesi için bir noteri mahkeme komiseri (*Gerichtskommissär*) olarak atar⁹⁰. Mahkeme komiseri, terekenin durumuyla ilgili bir tutanak düzenleyerek mirasçılara tebliğ eder. Tereke üzerinde hak iddia eden her mirasçı, mahkeme komiserine başvurarak terekeyi kabul ettiğine dair bir beyanda (*Erbantrittserklärung*) bulunmak zorundadır⁹¹. Söz konusu beyan kural olarak şarta bağlı yapılamaz. Ancak mirasçı, terekenin envanterinin tutulması şartıyla kabul beyanında bulunabilir⁹². Bu durumda mirasçı, tereke borçları bakımından yalnızca terekeden kendisine düşen miktar kadar sorumlu olur. Kabul beyanının şartsız olarak yapılması halinde ise, tereke borçları aktiflerden fazla olsa bile mirasçı kendi malvarlığıyla sorumlu tutulur⁹³. Mahkeme komiseri, kabul beyanında bulunan mirasçı veya mirasçıların durumunu mahkemeye bildirir. Mahkeme, kabul beyanının veya beyanlarının onaylanmasına karar verirse (*Einantwortungsbeschluss*), bu kararla birlikte tereke mirasçılara devredilmiş ve külli halefiyet meydana gelmiş olur⁹⁴.

Avusturya Hukuku'nda mirasbırakanın birden fazla mirasçısı varsa, onun ölümüyle birlikte bir miras ortaklığı meydana gelir. Ancak bu ortaklık, bir tür adi ortaklık olarak kabul edilmektedir⁹⁵. Öte yandan miras ortaklığı, terekenin mirasçılara devrine ilişkin mahkeme kararının verilmesine kadar yalnızca mirasçıların sübjektif miras haklarını kapsar⁹⁶. Başka bir deyişle, bu aşamada miras ortaklığının somut bir görüntüsü yoktur. Terekenin mirasçılara devri kararından sonra ise, terekedeki her bir unsur miras ortaklığına dâhil olur⁹⁷.

Mirasçılar, terekenin devrine ilişkin mahkeme kararından önce ya da sonra bir paylaşma sözleşmesi (*Erbteilungsübereinkommen*) yapabilirler⁹⁸. Paylaşma sözleşmesi, doğal olarak oybirliği ilkesine tabidir. Mahkeme kararından önce sözleşme yapıldığı takdirde, hangi tereke unsurlarının kime ait olacağı tespit edilmiş olduğu için, kabul beyanlarının onaylanmasına ilişkin kararda bu durum belirtilir⁹⁹. Mahkeme kararına kadar, paylaşma sözleşmesi aynı bir etki doğurmaz. Ancak mirasçılar tarafından verilen kabul beyanlarının mahkeme tarafından onaylanması ile birlikte, sözleşme aynı etki doğurur. Özellikle, terekede bulunan taşınmazlar

⁹⁰ Koziol/Bydlinski/Bollenberger, s. 673; Jahnel, s. 17.

⁹¹ Koziol/Bydlinski/Bollenberger, s. 673; Jahnel, s. 18.

⁹² Jahnel, s. 18.

⁹³ Koziol/Bydlinski/Bollenberger, s. 675.

⁹⁴ Koziol/Bydlinski/Bollenberger, s. 706; Jahnel, s. 19.

⁹⁵ Burandt/Rojahn, Rn. 141.

⁹⁶ Welser, Rudolf/Zöchling-Jud, Brigitta, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, Band II, 15. Auflage, Manz Verlag Wien, 2020, Rn. 2438.

⁹⁷ Welser/Zöchling-Jud, Rn. 2438.

⁹⁸ Burandt/Rojahn, Rn. 144; Jahnel, s. 20; Koziol/Bydlinski/Bollenberger, s. 516; Welser/Zöchling-Jud, Rn. 2441.

⁹⁹ Burandt/Rojahn, Rn. 145; Jahnel, s. 20.

bakımından gerekli tescillerin yapılması mahkeme tarafından tapu sicil memurluğuna bildirilir¹⁰⁰.

Paylaşma sözleşmesi, terekenin mirasçılara devrine ilişkin karardan sonra yapıldığı takdirde, yalnızca borçlandırııcı etkiye sahiptir. Paylaşmanın tamamlanması için, sözleşmede yüklenilen edimlerin yerine getirilmesi, başka bir deyişle her bir tereke unsuruna ilişkin tasarruf işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir¹⁰¹. Mirasçıların paylaşma konusunda anlaşamamaları halinde her bir mirasçı paylaşma davası açabilir¹⁰². Bu dava, terekenin devri prosedürünü yürüten mahkeme tarafından görülür. Mahkeme kanun hükümlerine ya da varsa mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda belirttiği kurallara göre paylaşırma yapar¹⁰³.

E. İsviçre Hukukunda

İsviçre’de Medeni Kanun’un kabulünden önce mirasın paylaşılmasıyla ilgili olarak Kanton Hukuklarında (*Kantonalesrecht*) farklı düzenlemeler yer almaktaydı. Bazı kantonlar, paylaşma konusunda resmi mercilerin müdahalesine daha fazla yer verirken, diğer bazı kantonlarda mirasçıların irade serbestisi çerçevesinde hareket etmeleri esas alınmıştı¹⁰⁴. Ancak Medeni Kanun’un kabulüyle birlikte, paylaşma konusunda mirasçıların irade serbestisine üstünlük ve öncelik tanıyan bir sistem benimsenmiştir. Nitekim ZGB Art. 607, Abs. 2 hükmünde mirasçıların aksine düzenleme bulunmadıkça paylaşmayı serbestçe kararlaştırabilecekleri belirtilmiştir. Aynı durum paylaşmanın sonuçlandırılması açısından da geçerlidir.

Paylaşma sözleşmesi (*Teilungsvertrag*) başlığını taşıyan ZGB Art. 634, Abs. 1 hükmüne göre paylaşma, payların oluşturulması ve teslim alınması veya paylaşma sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte mirasçılar açısından bağlayıcı olur. Aynı maddenin diğer fıkrasında ise, paylaşma sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmasına bağlı olduğu düzenlenmiştir (ZGB Art. 634, Abs. 2). Şu halde İsviçre Hukuku bakımından esas olan mirasçıların serbestçe paylaşma yapabilmeleridir. Bunun için herhangi bir makamdan izin alınmasına ya da paylaşma sözleşmesinin onaylanmasına ihtiyaç yoktur. Yalnızca vasiyeti yerine getirme görevlisinin (*Willensvollstrecker*¹⁰⁵) atanmış olduğu durumlarda, onun bir paylaşma taslağı hazırlaması ve bunun mirasçılar tarafından kabul edilmesi söz konusu olabilir. Ancak bu durumda dahi vasiyeti

¹⁰⁰ **Jahnel**, s. 20.

¹⁰¹ **Jahnel**, s. 20.

¹⁰² **Burandt/Rojahn**, Rn. 145.

¹⁰³ **Burandt/Rojahn**, Rn. 147.

¹⁰⁴ Kantonlarda yer alan eski düzenlemeler hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 63 vd.

¹⁰⁵ Alman hukukundan “*Testamentsvollstrecker*” olarak ifade edilmektedir.

yerine getirme görevlisinin kendi başına bir paylaşma sözleşmesi hazırlaması ve mirasçıları bunu kabul etmeye zorlaması mümkün değildir.

İsviçre Medeni Kanunu, belirli şartlar altında bir mirasçının başka bir mirasçıyla ya da üçüncü kişilerle açılmamış miras hakkında sözleşmeler yapmasına cevaz vermektedir (*ZGB Art. 636*). Bu sözleşmeler çoğunlukla miras payının devri sözleşmeleri olarak anlaşılmaktadır. Ancak miras payının devri dışında, mirasçıların açılmamış miras hakkında kendi aralarında bir paylaşma sözleşmesi yapabileceklerine dair görüşler de bulunmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Bu konudaki açıklamalar için bkz: 1.3.2.1.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİRAS ORTAKLIĞI VE PAYLAŞMA KAVRAMLARI, MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE SÖZLEŞMENİN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1.1. Miras Ortaklığı

1.1.1. Kavram ve Tanım

Paylaşma sözleşmesinden bahsedebilmek için, mirasbırakanın birden fazla mirasçısının var olması gerekmektedir. Mirasbırakanın tek mirasçısının bulunması halinde, kanun gereği kazanma ve külli intikal ilkeleri gereğince tereke doğrudan ve bir bütün olarak bu mirasçıya intikal eder. Bu ihtimalde yalnızca terekenin el değiştirmesi söz konusu olur. Başka bir deyişle, mirasbırakanın terekesi ile mirasçının kişisel malvarlığı kaynaşır¹⁰⁷. Mirasın reddi ya da resmi tasfiye gibi durumlar haricinde mirasın intikalinde bir sorunla karşılaşılmaz. Ancak mirasla ilgili meselelerin çoğunluğunda birden fazla mirasçı söz konusu olur. İşte bu durumda, mirasın geçmesinden paylaşmaya kadar olan süreç içerisinde terekedeki mal ve hakların akıbetini ve mirasçıların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen miras ortaklığı kavramı devreye girer.

TMK m. 640/1 gereğince, mirasbırakan öldüğünde geride birden fazla mirasçı varsa, bu mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelmektedir. Bu ortaklığa miras ortaklığı (*Erbengemeinschaft*, *communauté héréditaire*) denilir¹⁰⁸. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde "Miras Şirketi" kavramı kullanılmaktaydı (m. 581). Ancak bu kavram, şirket ifadesinin mirasçılar arasında kurulan ilişkinin mahiyetine uygun

¹⁰⁷ Serozan/Engin, bu iki malvarlığının kaynaşmasının sonuçlarını "4 K formülü" ile özetlemektedir. Bunlar; Konfüzyon, Konsolidasyon, Konvalesans ve Kompansasyon'dur. Konfüzyon, mirasçının mirasbırakana olan borcunun düşmesini ifade eder. Konsolidasyon, mirasbırakanın mirasçı yararına tanıdığı sınırlı ayni hakkın düşmesi anlamına gelir. Konvalesans, mirasçının mirasbırakana ait olan mallar üzerindeki tasarruf yetkisi eksikliğinin kalkması demektir. Kompansasyon ise, mirasçının üçüncü kişiye olan borcunu mirasbırakanın aynı kişiden olan alacağı ile taksa edip düşürebilmesi imkânıdır. Bkz. **Serozan/Engin**, s. 561. İsviçre hukukunda *Weibel/Heckendorn*, bu durumu "hukuki mucize" (rechtlichen Wunder) olarak adlandırmaktadır. Bkz. *Weibel, Thomas/Heckendorn, Lukas, "Erbteilung-praktische Probleme und aktuelle Entwicklungen"*, Successio-Zeitschrift für Erbrecht, 2009, s. 218.

¹⁰⁸ Tuor, Peter/Picenoni, Vito, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht**, 2. Abteilung, Bern, 1973, Art. 602, N. 7; Graham-Siegenthaler, Barbara, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 602, s. 339; Wehinger, Claudia/Reich, Rahel, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 602, s. 1155; Wolf, Stephan, **BK-Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014, Art. 602, s. 10; Beusch-Liggenstorfer, Christine/ Wehinger, Claudia, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, 2. Auflage, 2011, Art. 602, s. 861; Rouiller, Nicolas, **SHK- Stämpfli's Handkommentar**, Commentaire du droit des successions, 2012, Art. 602, s. 747; Guinand, Jean/Stettler, Martin/Leuba, Audrey, **Droit des Successions**, 6. édition, Schulthess Verlag, Zürich, 2005, s. 261; Künzle, Hans Reiner, **Basler Praxiskommentar zum Erbrecht**, 2. Auflage, Basel, 2011, Art. 602, s. 4; *Weibel/Heckendorn*, s. 218; İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan, **Miras Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 550.

düşmediği gerekçesiyle eleştirilmekteydi¹⁰⁹. Gerçekten de şirket, iki ya da daha fazla kişinin kazanç elde edip paylaşmak amacıyla bir araya geldikleri topluluğu ifade eden teknik bir kavramdır. Miras ortaklığında ise kazanç elde etme gibi bir amaç söz konusu değildir. Bu nedenle, miras şirketi yerine miras ortaklığı kavramının kullanılması yerindedir. Hal böyle olmakla birlikte günümüzde az da olsa miras şirketi kavramının öğretide ve yargı içtihatlarında kullanıldığı görülmektedir¹¹⁰.

Miras ortaklığının temel amacı, terekedeki malların paylaşmaya kadar sahihsiz kalarak dağılmasını önlemek ve devamında mirasçıların bireysel hak sahipliğine geçirilmesini sağlamaktır¹¹¹. Kanun koyucu, ortaklığı meydana getiren mirasçıların tereke üzerindeki haklarını elbirliğiyle hak sahipliği (*Gesamthandsberechtigung*) ilkesine tabi kılmıştır¹¹². TMK m. 640/2'ye göre, mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler.

Şu halde miras ortaklığını, “ mirasbırakanın birden fazla mirasçısının bulunması halinde, tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahipliği ilkesine dayalı olarak mirasçılar arasında kanun gereği kendiliğinden kurulan ortaklık ” olarak tanımlamak mümkündür¹¹³.

1.1.2. Ortaklığın Meydana Gelmesi

1.1.2.1. Şartları

Miras ortaklığının meydana gelmesi için üç temel şartın oluşması gerekmektedir. Söz konusu şartlar; mirasbırakanın ölümünün gerçekleşmesi, birden fazla mirasçının var olması ve terekede aktif değer bulunmasıdır. Birden fazla mirasçının varlığı ve terekede aktif değer bulunması halinde, mirasbırakanın ölümü anında miras ortaklığı meydana gelmiş olur.

¹⁰⁹ Bkz. **Aral**, Taksim Davası, s. 20; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 19.

¹¹⁰ Bkz: **Hatemi**, Miras, s. 143. “Ölüm tarihi itibarıyla miras bırakanın terekasının elbirliği hükümlerine tabi olduğu da kuşkusuzdur. Elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi bulunan bir terekede, terekeye ilişkin tüm tasarruf işlemlerinin 4721 Sayılı Kanun'un 640. Ve 702. maddeleri uyarınca tüm mirasçılar tarafından birlikte yapılması zorunlu olup tasarruf işlem niteliğindeki davanın da tüm mirasçılar tarafından birlikte açılması gerekir. Bir mirasçının özellikle acele hallerde miras şirketinin menfaatini korumak için bütün mirasçılar adına yalnız başına dava açması mümkün ise de, bu şekilde açılan bir dava tüm mirasçıların katılımı sağlanmadan yürütülemez. Bu halde, diğer mirasçıların davaya katılımının sağlanması, muvafakatlerinin alınması ya da terekeye temsilci atanması gerekir.” Yarg. 16. HD, T. 20.2.2019, E. 2016/5835, K. 2019/1200. Benzer içtihatlar için bkz. Yarg. 8. HD, T. 1.4.2019, E. 2018/3183, K. 2019/3439; Yarg. 1. HD, T. 27.3.2019, E. 2019/1152, K. 2019/2196; Yarg. 1. HD, T. 20.3.2019, E. 2017/4433, K. 2019/2039; Yarg. 3. HD, T. 20.3.2019, E. 2017/6168, K. 2019/2364. (erişim tarihi: 21/07/2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹¹¹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 474.

¹¹² **Tuor/ Piconi**, Art. 602, N.7; **Escher**, Art. 602, s. 383; **Graham-Siegenthaler**, Art. 602, s. 339; **Wehinger/ Reich**, Art. 602; s. 1156; **Wolf**, Art. 602, s. 10; **Wolf/Genna**, § 28, s. 154; **Beusch-Liggenstorfer/Wehinger**, Art. 602, s. 862; **Künzle**, Art. 602, s. 5; **Hauser**, s. 2; **Felber**, s. 3; **Annen**, s. 13; Arnet, Ruth, “**Erbengemeinschaft im sachenrechtlichen Umfeld**”, Nachlassplanung und Nachlasssteilung, Schulthess Verlag, 2014, s. 388.

¹¹³ Muhtelif tanımlar için bkz. **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 20; Sarı Fidan, Özlem, **Miras Ortaklığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 6 vd; **Oğuzman**, s. 368.

1.1.2.1.1. Mirasbırakanın Ölümünün Gerçekleşmesi

Miras ortaklığının meydana gelmesi için gerekli olan ilk şart, mirasbırakanın ölmesidir. Ölüm olayının gerçekleşmesiyle birlikte kişilik sona erer. Buna bağlı olarak, ölenin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları dışında kalan bütün hak ve borçları mirasçılara geçer¹¹⁴. Nitekim TMK m. 599/1 (ZGB Art. 560, Abs. 1) hükmünde, mirasçılarının mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereği kazanacakları ifade edilmiştir¹¹⁵. Şu halde, mirasbırakanın ölüm olayının gerçekleşmesi ile terekedeki hak ve borçların mirasçılara geçişi arasında zaman itibariyle bir boşluk söz konusu değildir¹¹⁶.

Ölüm olayı ve bu olayın gerçekleşme zamanı hukuken önem taşımaktadır¹¹⁷. Zira mirasçı sıfatını kazanabilmek için mirasbırakanın ölümü anında hayatta olmak gerekmektedir. Ölüm olayının tespiti konusunda tıp biliminin verilerinden yararlanılır. TMK m. 29/1 gereğince, mirasçılarının mirası kazanabilmeleri için mirasbırakanın ölümünü ispat etmeleri şarttır. TMK m. 30'a göre, doğum ve ölüm nüfus siciline kayıtlarla ispat olunur. Nüfus siciline kayıt olmaması veya kaydın doğru olmadığından anlaşılması durumunda gerçek durumun ispatı için her türlü delil kullanılabilir¹¹⁸. Böyle bir durumda mirasçılar, kanunda yer alan ölüm karinesi (m. 31) ve birlikte ölüm karinesine (m. 29/2) ilişkin hükümlere başvurabilirler.

Hakkında gaiplik kararı verilen kişinin durumu da ölenin durumuna benzerlik gösterir. TMK m. 35/1'e göre, gaiplik kararı ile birlikte ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Bu hüküm gereğince, gaiplik kararının verilmesiyle birlikte gaibin mirası sanki o ölmüş gibi açılır¹¹⁹. Mirasçılar, mirasbırakanın ölümünü ispat yükünden kurtulmuş olurlar. Gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya gaipten son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur (TMK m.35/2). Şu halde mirasçılık sıfatının tespitinde de bu tarihler esas alınır¹²⁰.

¹¹⁴ Ayiter, s. 224; Kocayusufpaşaoğlu, s. 675; İmre/Erman, s. 341; Serozan/Engin, s. 454; Dural/Öz, s. 358.

¹¹⁵ Wolf/Genna, §22, s.31; Escher, Art. 560, s. 119; Hatemi, Miras Hukuku, s. 136; İmre/Erman, s. 342; Serozan/Engin, s. 454; Antalya/Sağlam, s. 419; Göksu, Art. 560, s. 248; Müller/Lieb-Lindenmeyer, Art. 560, s. 1088; Hubert-Froidevaux, Anouchka, SHK-Stämpflis Handkommentar, Commentaire du droit des successions, Art. 560, s. 534.

¹¹⁶ Akkanat, s. 61; Avcı, s. 4.

¹¹⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 402; İmre/Erman, s. 303; Serozan/Engin, s. 454; Dural/Öz, s. 358; Ayan, s. 243; Karauz, Ağâh Kürşat, "Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, s. 351.

¹¹⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 402; Serozan/Engin, s. 455; Dural/Öz, s. 359; Breitschmid, CHK-ZGB, Art. 33, s. 158; Kley/Seferovic, Art. 33, s. 152.

¹¹⁹ Avcı, s. 5; Eren/Yücer Aktürk, s. 404; İmre/Erman, s. 315; Serozan/Engin, s. 455; Dural/Öz, s. 388; Ayan, s. 247; Kley/Seferovic, Art. 38, s. 155; Breitschmid, Art. 38, s. 163.

¹²⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 404; İmre/Erman, s. 315; Serozan/Engin, s. 455; Dural/Öz, s. 388; Ayan, s. 247.

1.1.2.1.2. Birden Fazla Mirasçının Var Olması

1.1.2.1.2.1. Genel Olarak

Mirasbırakan öldüğünde geride tek mirasçısı varsa, miras ortaklığı meydana gelmez. Bu durumda mirasçı, mirasbırakanın haklarına ve borçlarına tek başına halef olur. Dolayısıyla burada sadece terekenin el değiştirmesi söz konusudur¹²¹.

Miras ortaklığının meydana gelmesi için, mirasbırakanın geride en az iki mirasçısının bulunması şarttır¹²². TMK m. 580/1 (*ZGB Art. 542, Abs. 1*) hükmüne göre, mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak gerekmektedir. Bu bakımdan mirasçı sıfatını kazanmanın öncelikli şartları hak ehliyetine sahip olmak ve mirasbırakanın ölümü anında hayatta olmaktır¹²³. Mirasçıların yasal veya atanmış mirasçı olması arasında fark yoktur¹²⁴. İster yasal ister atanmış mirasçı olsun, birden fazla mirasçı arasında kanun gereği miras ortaklığı meydana gelmiş olur.

Mirasçı sıfatına sahip olmayan kişiler miras ortaklığına dâhil değildir. Bu cümleden olmak üzere, vasiyet alacaklıları ve lehine yükleme yapılan kişiler miras ortaklığı içerisinde bulunmazlar¹²⁵. Bu kişiler cüzi halef olup, kendilerine vasiyet edilen şeylerle ilgili olarak mirasçılara yönelik talep hakkına sahiptirler.

Kanunda düzenlenen bazı durumlar, kişinin mirasçı sıfatına sahip olmasını ve dolayısıyla miras ortaklığının meydana gelmesini baştan itibaren engeller. Bazı durumlarda ise mirasçılık sıfatı sonradan kaybedilmiş, buna bağlı olarak mirasçı sayısı bire düştüğü için miras ortaklığı sona ermiş olabilir. Söz konusu durumlar mirasçılıktan çıkarılma, mirastan yoksunluk, mirastan feragat ve mirasın reddinden ibarettir.

1.1.2.1.2.2. Mirasçılıktan Çıkarılanların Durumu

Türk Medeni Kanunu m. 510 vd. hükümlerinde, belirli durumların var olması şartıyla mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabileceği düzenlenmiştir¹²⁶. Şu halde mirasçılıktan çıkarma yalnızca saklı paylı mirasçılar

¹²¹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 20.

¹²² Karlı, İbrahim, *Paylaşmaya Kadar Miras Ortaklığının Hukuki Durumu*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2016, s. 27; Yazıcı, Ayşenur Merve, *Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 20; Sarı Fidan, s. 6.

¹²³ İstisnai olarak cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur (TMK m.582).

¹²⁴ Graham-Siegenthaler, Art. 602, s. 339; Wehinger/Reich, Art. 602, s. 1155; Beusch-Liggenstorfer/Wehinger, Art. 602, s. 861; Dural/Öz, s. 364; Sarı Fidan, s. 11.

¹²⁵ Wolf, BK, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602, s. 13; Graham-Siegenthaler, Art. 602, s. 339; Wehinger/Reich, Art. 602, s. 1155; Sarı Fidan, s. 11; Yazıcı, s. 55.

¹²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yağcı, Kürşad, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 102 vd.

(*Pflichtteilserben*) bakımından söz konusu olabilir¹²⁷. Saklı paylı mirasçılar ise, mirasbırakanın altsoyu, eşi ve ana-babasıdır¹²⁸. Bunlar dışında kalan yasal mirasçılar ile atanmış mirasçılar hakkında mirasçılıktan çıkarma yapılamaz.

Mirasçılıktan çıkarma, “cezaî mirasçılıktan çıkarma (*Strafenterbung*)” ve “koruyucu mirasçılıktan çıkarma (*Präventiventerbung*)” olmak üzere iki türdür¹²⁹. Bu iki türün mirasçılık sıfatına etkileri birbirinden farklıdır. Cezaî mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın kanunda belirtilen sebeplere dayanarak saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarmasını ifade eder¹³⁰. Mirasçılıktan çıkarma tamamen olabileceği gibi, kısmen de olabilir¹³¹. Eğer mirasbırakan saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan tamamen çıkarırsa, bu kişi mirasçılık sıfatını kaybeder¹³². Mirasçılıktan çıkarılanın miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi, mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına kalır (TMK m.511/2). Bu durumda mirasçılıktan çıkarılma, tek başına miras ortaklığının sona ermesine yol açmaz.

Koruyucu mirasçılıktan çıkarma ise mirasbırakanın, hakkında borç ödemedi aciz vesikası bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarmasıdır (TMK m. 513/1). Buradaki amaç, borç ödemedi aciz halde bulunan mirasçıya düşecek miras payının tamamının alacaklıların eline geçmesini önlemektir¹³³. Koruyucu mirasçılıktan çıkarmada mirasçı saklı payın yarısında hak sahibi olmaya devam ettiğinden mirasçılık sıfatı sona ermez.

¹²⁷ Yağcı, s. 94; Eren/Yücer Aktürk, s. 191; İmre/Erman, s. 246; Ayan, s. 179; Dural/Öz, s. 204; Serozan/Engin, s. 398; Çubukgil, Rıza, “Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3-4, 1950, s. 441; Kahveci, Nalan, “Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre-Türk Hukuku İle Karşılaştırılması”, Yaşar Üniversitesi Dergisi Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 1486; Petek, Hasan, “Mirasçılık Sıfatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2002, s. 142; Tuor/Picenoni, Art. 477, s. 173; Bürgi, Klaus, *OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 477, s. 956; Wildisen, Christoph, *CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Auflage, 2016, Erbrecht, Art. 477, s. 45.

¹²⁸ Kardeşin saklı paylı mirasçılığı, 04.05.2007 tarih ve 5650 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır.

¹²⁹ Yağcı, s. 69; Eren/Yücer Aktürk, s. 192; Dural/Öz, s. 216; İmre/Erman, s. 247; Ayan, s. 180; Serozan/Engin, s. 403; Tuor/Picenoni, Art. 477, s. 174; Wildisen, Art. 477, s. 45; Bürgi, Art. 477, s. 956.

¹³⁰ Kanunda cezaî mirasçılıktan çıkarma bakımından iki temel durum düzenlenmiştir (TMK m.510):

1. Mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi.
2. Mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi.

¹³¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 191; İmre/Erman, s. 254; Dural/Öz, s. 211; Ayan, s. 184; Yağcı, s. 335.

¹³² Yağcı, s. 336; Eren/Yücer Aktürk, s. 194; Dural/Öz, s. 211; İmre/Erman, s. 254; Serozan/Engin, s. 399; Çubukgil, s. 595; Petek, s. 143.

¹³³ Eren/Yücer Aktürk, s. 197; İmre/Erman, s. 258; Dural/Öz, s. 216; Serozan/Engin, s. 405; Ayan, s. 190; Yağcı, s. 70; Detaylı bilgi için bkz: Kocaağa, Köksal, “Borç Ödemedi Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2005, s. 83 vd; Saymen, Ferit H., “Aciz Sebebi İle Mirastan Iskat”, İstanbul Barosu Mecmuası, C. XIII, 1939, s. 145 vd.

1.1.2.1.2.3. Mirastan Feragat Edenlerin Durumu

Kural olarak henüz sahip olunmayan bir haktan feragat edilemez. Ancak bu kuralın bir istisnası olarak muhtemel mirasçı, mirasbırakan ile mirastan feragat sözleşmesi yaparak ileride elde edeceği miras payından vazgeçebilir (TMK m. 528/1)¹³⁴. Mirastan feragat, karşılık alınarak (ivazlı) yapılabileceği gibi, karşılıksız (ivazsız) olarak da yapılabilir¹³⁵. Türk Medeni Kanunu m. 528/3 hükmüne göre, karşılık sağlanarak mirastan feragat edilmişse, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat mirasçının altsoyu bakımından da sonuç doğurur. Yani feragat edenin altsoyu da mirasbırakanın mirasçısı olamaz. Karşılıksız olarak feragat edilmesi durumunda ise feragat edenin altsoyu, feragat eden mirasçı sanki mirasbırakandan önce ölmüş gibi hak sahibi olur ve miras ortaklığına girer¹³⁶.

Mirasçılık sıfatı bakımından önemli olan bir diğer husus feragatin kapsamıdır. Muhtemel mirasçı, miras payının tamamından ya da bir kısmından feragat edebilir. Hatta terekede yer alan belirli unsurlar üzerindeki miras hakkından feragat edilmesi dahi mümkündür¹³⁷. Muhtemel mirasçı, miras payının tamamından feragat etmişse mirasçılık sıfatını kaybeder ve miras ortaklığına dâhil olamaz. Kısmî feragat durumunda ise mirasçılık sıfatı sona ermediğinden mirasçı miras ortaklığına dâhil olur¹³⁸.

Mirastan feragat sözleşmesinin belirli bir veya birden fazla kişi lehine yapılması mümkündür¹³⁹. Eğer lehine feragat edilen kişi ya da kişiler herhangi bir sebeple mirasçı olamazsa, feragat hükümden düşer (TMK m. 529/1). Feragat belirli bir kişi lehine yapılmamışsa kanun gereği en yakın ortak kökün altsoyu lehine yapılmış sayılır. Bunların da herhangi bir sebeple mirasçı olamamaları söz konusu olursa feragat yine hükümden düşer (TMK m. 529/2)¹⁴⁰. Feragatin hükümden düşmesiyle birlikte, daha önce feragat etmiş olan kişi yeniden mirasçı sıfatını kazanır ve miras ortaklığına girer.

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Antalya, O.Gökhan, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 22 vd.

¹³⁵ Eren/Yücer Aktürk, s. 183; İmre/Erman, s. 197; Dural/Öz, s. 197; Ayan, s. 212; Serozan/Engin, s. 238; Albaş, Hakan, “**Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 535.

¹³⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 184; İmre/Erman, s. 200; Dural/Öz, s. 199; Serozan/Engin, s. 239; Albaş, s. 539. İsviçre Medeni Kanunu’nda ise, feragatin ivazlı ya da ivazsız olması arasında bir fark gözetilmemiştir. ZGB Art. 495 Abs. 3 hükmüne göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde her iki durumda da feragat edenin altsoyu mirasçılık sıfatını kaybeder. Hrubesch-Millauer, Stephanie, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Erbrecht, 3. Auflage, 2016, Art. 495, s. 107; Studhalter, Philipp, **Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Erbrecht, 3. Auflage, 2016, Art. 495, s. 994.

¹³⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 184; Dural/Öz, s. 198; İmre/Erman, s. 199; Avcı, s. 11; Albaş, s. 540.

¹³⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 184; Dural/Öz, s. 198; İmre/Erman, s. 199; Serozan/Engin, s. 407; Albaş, s. 540.

¹³⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 189; Dural/Öz, s. 202; İmre/Erman, s. 200; Albaş, s. 547.

¹⁴⁰ Bu konu ile ilgili özellik arz eden durumlar hakkında bkz: Akça, Neslihan, “**Yasal Mirasçıların Mirastan Feragatinden Yararlanacak Kişilerin Tespiti ve Feragatin Hükümden Düşmesi**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2019, s. 241 vd.

1.1.2.1.2.4. Mirastan Yoksun Olanların Durumu

Mirastan yoksunluk, mirasçı olabilme ehliyetine sahip olan bir kimsenin, TMK m. 578/1 hükmünde gösterilen fiilleri¹⁴¹ işlemesi durumunda mirasçılık sıfatını kaybetmesidir¹⁴². Mirastan yoksun olanlar mirasçı olamayacakları gibi, ölüme bağlı tasarrufla da herhangi bir hak edinemezler (TMK m. 578/1).

Mirastan yoksunluğun gerçekleşmesi için mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarrufta bulunması gerekmez. Mirastan yoksunluğa sebep olan hukuka aykırı fiillerden birini gerçekleştiren kişi kendiliğinden mirasçılık sıfatını kaybeder ve miras ortaklığına dâhil olmaz¹⁴³. Mirastan yoksunluğun etkisi kişiseldir. Yani yoksun olanın altsoyu bundan etkilenmez ve mirasbırakandan önce ölen kimsenin altsoyu gibi mirasçı olur (TMK m. 579/2). Eğer yoksun olanın altsoyu bulunmuyorsa onun miras payı diğer yasal mirasçılara geçer¹⁴⁴.

Mirasbırakan, sağlığında mirastan yoksunluğu gerektiren fiillerden birini işleyen mirasçısını affetmişse, mirastan yoksunluk ortadan kalkar (TMK m. 578/2) ve bu kişi miras ortaklığına girer.

1.1.2.1.2.5. Mirası Reddedenlerin Durumu

Mirasbırakan öldüğünde mirasçılar herhangi bir beyanda bulunmaksızın mirası kabul etmiş sayılırlar¹⁴⁵. Bu kuralın istisnası ise TMK m. 605/2 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise miras reddedilmiş sayılır. Hükmen ret olarak adlandırılan bu ihtimalde, kanun koyucu bir karine düzenleyerek mirasçılarını kendilerine yarar sağlamayacak olan mirastan kurtarmış

¹⁴¹ TMK m.578/1 hükmünde 4 bent olarak sayılan fiiller şunlardır:

1. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmek,
2. Mirasbırakanı kasten veya hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirmek,
3. Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlamak ve engellemek,
4. Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldırmak veya bozmak.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz: Engin, Baki İlkay, **Mirastan Yoksunluk**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 21 vd.

¹⁴³ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 425; **İmre/Erman**, s. 309; **Serozan/Engin**, s. 465; **Dural/Öz**, s.369. Mirastan yoksunluğu gerektiren fiillerden olan, ölüme bağlı tasarrufun kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldırılması veya bozulması, mirasbırakanın ölümünden sonra da gerçekleştirilmiş olabilir. Bu durumda yoksunluk geçmişe etkili olarak hüküm doğurur ve yoksunluk sebebinin baştan beri var olduğu kabul edilir. Bkz. **Avcı**, s. 8.

¹⁴⁴ **Dural/Öz**, s. 376; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 427; **İmre/Erman**, s. 313; **Serozan/Engin**, s. 477.

¹⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Helvacı, İlhan, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 5 vd. Bazı hukuk sitemlerinde, mirasbırakanın ölümüyle birlikte tereke askıda kalır ve mirasçılarının mirası kazanabilmeleri için kabul beyanında bulunmaları gerekir. Avusturya, İtalya ve İspanya hukuklarında böyledir. Bkz. **Serozan/Engin**, s. 519.

olmaktadır¹⁴⁶. Ancak mirası hükmen reddetmiş sayılan mirasçı, açıkça veya TMK m. 610/2’de belirtilen davranışlarla¹⁴⁷ mirasçılık iradesini ortaya koyarsa hükmen ret ortadan kalkar.

Hükmen reddin şartları oluşmamışsa, mirası kabul etmek istemeyen mirasçının mirası reddetmesi gerekmektedir. Buna “mirasın gerçek reddi” denilmektedir¹⁴⁸. Mirasın reddi süreye tabi olup, yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri; atanmış mirasçılar için ise mirasbırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten itibaren üç aydır (TMK m. 606/1-2). Mirasın reddi, mirasçılar tarafından sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanla yapılmalıdır (TMK m. 609/1).

Mirasın reddiyle birlikte mirasçılık sıfatı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar¹⁴⁹. Dolayısıyla bu kişi sanki mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilir ve miras ortaklığına girmez. Mirası reddeden eğer yasal mirasçı ise, onun miras payı diğer mirasçılara geçer (TMK m. 611/1). Atanmış mirasçının mirası reddetmesi durumunda ise, miras payı ölüme bağlı tasarrufta aksine kayıt yoksa mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarına kalır (TMK m. 611/2). En yakın yasal mirasçıların tamamı mirası reddederse, miras iflas hükümlerine göre tasfiye edilir (TMK m. 612/1). Tasfiye neticesinde arta kalan değer olursa, bu değer sanki mirası reddetmemişler gibi en yakın yasal mirasçılara verilir (TMK m. 612/2). Şu halde en yakın yasal mirasçıların tamamının mirası reddetmeleriyle birlikte, mirasçılık sıfatları ortadan kalktığı için miras ortaklığı sona erer. Ancak tasfiye sonucunda arta kalan değer olursa miras ortaklığı yeniden meydana gelir ve tasfiye bakiyesi üzerinde mirasçıların el birliğiyle hak sahiplikleri söz konusu olur. Zira tasfiye memuru, tasfiyeden arta kalan değeri mirasçılar arasında paylaştırmaya yetkili değildir¹⁵⁰. Onun görevi, artan değeri mirasçılara teslim etmekten ibarettir. Hal böyle olmakla birlikte mirasçılar, terekeden arta kalan değer hakkında da mirasın reddi yoluna gidebilirler. Bu durumda miras daha sonraki derece ve zümredeki yasal mirasçılara ve en son olarak devlete geçer¹⁵¹.

¹⁴⁶ Serozan/Engin, s. 531. Dural/Öz’e göre hükmen reddin gerçekleşmiş olması için ret beyanında bulunmaya gerek olmamakla birlikte, ileride doğacak ihtilafları önlemek adına sulh mahkemesine beyanda bulunulmasında yarar vardır. Bkz. Dural/Öz, s. 418.

¹⁴⁷ TMK m.610/2 hükmüne göre, ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçı, mirası reddedemez.

¹⁴⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 503; Dural/Öz, s. 410; İmre/Erman, s. 355; Serozan/Engin, s. 520.

¹⁴⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 513; İmre/Erman, s. 367; Ayan, s. 213; Dural/Öz, s. 419; Serozan/Engin, s. 533.

¹⁵⁰ İmre/Erman, s. 409.

¹⁵¹ İmre/Erman, s. 371.

1.1.2.1.3. Terekede Aktif Değerin Bulunması

Mirasbırakanın ölümü veya ölüme benzer hallerin gerçekleşmesiyle birlikte mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tümüne tereke (*Nachlass*) denilir¹⁵². Tereke, miras ortaklığının konusunu oluşturur ve mirasçıların kişisel malvarlıklarından ayrı bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle öğretide terekenin özel nitelikte bir malvarlığı (*Sondervermögen*) olduğu ifade edilmektedir¹⁵³.

Mirasbırakanın terekesi ile malvarlığını birbirinden ayırt etmek gerekir. Tereke, mirasbırakanın malvarlığının miras yolu ile intikale elverişli olan kısmını ihtiva eder. Yani mirasbırakanın malvarlığında olmakla birlikte onun terekesine dâhil olmayan özel hukuk ilişkileri söz konusu olabilir¹⁵⁴. Örneğin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve kişisel edimler, mirasbırakanın malvarlığında bulunmakla birlikte onun terekesine dâhil değildir. Mirasbırakanın malvarlığında bulunan fakat miras yoluyla intikali mümkün olmayan hukuki ilişkiler, mirasbırakanın ölümüyle birlikte ortadan kalkarlar. Bu sebeple külli intikal ilkesini, mirasbırakanın miras yoluyla intikale elverişli olan malvarlığının bir bütün halinde mirasçılara geçmesi olarak anlamak gerekmektedir¹⁵⁵.

Mirasbırakanın malvarlığında olmamakla birlikte onun terekesine dâhil olan malvarlığı değerleri de bulunabilir¹⁵⁶. Bu konuda en bariz örnek, mirasbırakanın denkleştirmeye tabi kazandırmalarıdır. TMK m. 669/2 hükmüne göre, mirasbırakanın karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar kural olarak denkleştirmeye tabidir. Hâlbuki bu kazandırmalar mirasbırakanın sağlığında onun malvarlığından çıkmış durumdadır. Bir başka örnek ise, evliliğin ölümle sona ermesi halinde ölen eşin mirasçılarının, sağ kalan eşten artık değere katılma alacağını talep edebilmeleridir (TMK m. 236/1). Söz konusu alacak hakkı da mirasbırakanın sağlığında malvarlığında bulunmadığı halde onun terekesine dâhil olmaktadır¹⁵⁷.

Görüldüğü üzere tereke, kapsam itibariyle değişkenlik gösteren bir kavramdır. Mirasbırakanın intikale elverişli malvarlığı unsurları içerisinde aktif değerler bulunabileceği gibi pasif değerler de bulunabilir. Ancak miras ortaklığından bahsedebilmek için terekede aktif bir değer bulunması şarttır¹⁵⁸. Terekede hiçbir aktif değer bulunmuyorsa, miras ortaklığından bahsedilemez. Zira miras ortaklığının temel amacı, terekedeki aktif değerlerin mümkün olan en

¹⁵² Eren/Yücer Aktürk, s. 22; İmre/Erman, s. 10; Dural/Öz, s. 8; Serozan/Engin, s. 119; Aybay, s. 5; Antalya/Sağlam, s. 69; Druey, § 13, s. 171; Eitel, Kurzfassung, s. 10.

¹⁵³ Druey, § 13, s. 171; Avcı, s. 13; Dural/Öz, s. 8; İmre/Erman, s. 430; Ayiter, s. 102.

¹⁵⁴ Serozan/Engin, s. 120; İmre/Erman, s. 10; Eren/Yücer Aktürk, s. 23; Dural/Öz, s. 10; Aybay, s. 6.

¹⁵⁵ Akkanat, s. 63; Sarı Fidan, s. 8.

¹⁵⁶ Dural/Öz, s. 10; Akkanat, s. 64; Serozan/Engin, s. 121.

¹⁵⁷ Dural/Öz, s. 10; Karlı, s. 11.

¹⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 679; İmre/Erman, s. 431; Aral, s. 16; Karlı, s. 8.

kısa sürede paylaşarak mirasçıların kişisel hak sahipliğine geçirilmesidir. Dolayısıyla bu amacın gerçekleştirilmesi için terekede aktif değer bulunması gerekmektedir.

Öğretide yer alan bir görüş ise, terekenin sadece pasiflerden oluşmasının miras ortaklığının meydana gelmesine engel olmadığını ileri sürmektedir¹⁵⁹. Bu görüşün iki dayanak noktası vardır. Bunlardan birincisi, mirasbırakanın ölümüyle birlikte hem aktiflerin hem de pasiflerin mirasçılara intikal etmesidir. İkinci dayanak noktası ise mirasın hükmen reddidir. Terekede hiçbir aktif değer yoksa mirasın hükmen reddi söz konusu olur. Bu görüşe göre, en az iki mirasçı buna rağmen mirası kabul ettikleri yönünde irade ortaya koyarlarsa, aralarında tereke pasiflerinin ödenmesine yönelik bir ortaklık kurulmuş olur¹⁶⁰. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Mirasbırakanın terekesindeki pasiflerin de mirasçılara intikal edeceği noktasında duraksama yoktur. Ancak kanun koyucu, tereke borçları bakımından müteselsilen sorumluluk ilkesini (*Solidarhaftung*) getirmiştir¹⁶¹. Diğer bir deyişle mirasbırakanın borçlarının da bir bütün olarak intikal edeceği kabul edilmiş, fakat bu konuda terekedeki aktiflerden farklı bir hukuki rejim düzenlenmiştir. Mirasçıların tereke borçlarından müteselsilen sorumlu olmaları, onların aralarında bir ortaklık meydana gelmesi için yeterli değildir. Mirasçılar, tereke borçlarının nasıl ödeneceği konusunda kendi aralarında anlaşmış dahi olabilirler. Ancak mirasçıların yaptıkları bu anlaşma onların kendi iç ilişkileri bakımından etkili olup, alacaklılara karşı ileri sürülemez¹⁶². Dolayısıyla alacaklılar, borcun tamamı için her bir mirasçıya başvurabilirler. Şu halde mirasın hükmen reddini ortadan kaldıran iki mirasçının bulunması örneğinde bir miras ortaklığı meydana gelmez. Yalnızca borçlar hukuku anlamında mirasçılar arasında müteselsil sorumluluk ilişkisi söz konusu olur.

1.1.3. Ortaklığın Özellikleri

1.1.3.1. Kanun Gereği Kendiliğinden Meydana Gelmesi

Miras ortaklığı mirasbırakanın ölümü ile birlikte kanun gereği kendiliğinden (*ipso iure*) meydana gelir¹⁶³. Mirasçıların herhangi bir hukuki işlem yapmalarına gerek olmadığı gibi,

¹⁵⁹ Avcı, s. 15.

¹⁶⁰ Avcı, s. 16.

¹⁶¹ Rouiller, Art. 603, s. 783; Graham- Siegenthaler, Art. 603, s. 347; Wehinger/Reich, Art. 603, s. 1161; Wolf, BK-Berner Kommentar, Art. 603, s. 94; Beusch-Liggenstorfer/Wehinger, Art. 603, s. 866; Oğuzman, s. 318; Eren/Yücer Aktürk, s. 447; Kocayusufpaşaoğlu, s. 733; Köprülü, s. 399; Dural/Öz, s. 526; Serozan/Engin, s. 507; İmre/Erman, s. 454; Öztan, s. 449.

¹⁶² Kocayusufpaşaoğlu, s. 733; Kılıçoğlu, Taksim, s. 111; İmre/Erman, s. 579; Ozanemre Yayla, s. 322; Antalya/Sağlam, s. 534.

¹⁶³ Rouiller, Art. 602, s. 747; Druey, § 14, s. 197.

kendilerine mirasın intikal ettiğinden haberdar olmaları veya mirasçılık sıfatını bilmeleri dahi gerekmez¹⁶⁴.

Genellikle mirasçılar birbirleri ile hısımlık ilişkisi bulunan kişilerdir. Ancak miras ortaklığının meydana gelmesi bakımından böyle bir ilişkinin mevcut olması zorunlu değildir. Hatta miras ortaklığının üyelerinin birbirlerini hiç tanımamaları dahi mümkündür. Tüm bu nedenlerden dolayı miras ortaklığı “tesadüfi ortaklık” (*communio incidens*) olarak da nitelendirilmektedir¹⁶⁵.

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufla miras ortaklığının meydana gelmesini engellemesi mümkün değildir¹⁶⁶. Mirasçılar da, aralarında anlaşarak miras ortaklığının meydana gelmeyeceğini kararlaştıramazlar¹⁶⁷. Bu itibarla, miras ortaklığına ilişkin TMK m. 640/1 hükmü emredici niteliktedir.

Miras ortaklığının kanun gereği kendiliğinden meydana gelmesi, onu diğer elbirliği ortaklıklarından ayıran en temel özelliktir. Zira eşler arasında mal ortaklığı, aile malları ortaklığı ve adi ortaklığın kurulmasında ortaklar arasında bir kişisel ilişki söz konusudur¹⁶⁸. Nitekim bu ortaklıkların kurulması bir hukuki işlemle mümkün olmaktadır. Miras ortaklığında ise kişisel ilişkinin yerini mirasçılık ilişkisi almakta ve bir hukuki işleme gerek olmaksızın kanun gereği ortaklık meydana gelmektedir.

1.1.3.2. Geçici Nitelikte Olması

Kanun gereği kendiliğinden kurulan miras ortaklığının sonsuza kadar devam etmesi düşünülemez. Miras ortaklığı, kendisini sona erdirmeye amacıyla kurulan bir ortaklıktır. Miras ortaklığının çıkış noktasında iki aşamanın sorunsuz olarak tamamlanması düşüncesi yer almaktadır. İlk olarak, mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçılar arasında zorunlu bir ortaklık meydana getirilerek terekenin bir an bile sahipsiz kalması önlenmiş olunur. İkinci olarak ise, terekede yer alan aktif malvarlığı değerleri paylaşılarak mirasçıların kişisel hak sahipliğine geçirilir ve böylelikle miras ortaklığı amacına ulaşarak sona erer. TMK m. 642/1 hükmüne göre, mirasçılardan her biri, sözleşme veya kanun gereği ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça her zaman paylaşma talebinde bulunabilmektedir. Paylaşmayı isteme hakkı, kanunda belirtilen sınırlı sebepler dışında engellenemez ve zamanaşımına uğramaz¹⁶⁹. Dolayısıyla kanun

¹⁶⁴ Aral, s. 24; Ayan, s. 271; Aybay, s. 102; Ayiter, s. 224; Avcı, s. 18; Kocayusufpaşaoğlu, s. 675; Kılıçoğlu, Taksim, s. 20; Karlı, s. 59; Sarı Fidan, s. 29.

¹⁶⁵ Aral, s. 24; Aybay, s. 102; Eren/Yücer Aktürk, s. 476.

¹⁶⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 476; Kocayusufpaşaoğlu, s. 675; Öztan, s. 437; İmre, s. 657; İmre/Erman, s. 429.

¹⁶⁷ Eren/Yücer/Aktürk, s. 476; Kocayusufpaşaoğlu, s. 675; Öztan, s. 437; İmre, s. 657; İmre/Erman, s. 429.

¹⁶⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 476.

¹⁶⁹ Avcı, s. 18; Kılıçoğlu, Taksim, s. 21; Hauser, s. 3.

koyucunun, miras ortaklığının bir an evvel sona ermesini arzu ettiği söylenebilir. Bu sebeple miras ortaklığı geçici niteliktedir¹⁷⁰.

1.1.3.3. Mirasçıların Elbirliği İle Hak Sahibi Olmaları

Miras ortaklığı, hukuki niteliği itibarıyla bir elbirliği ile hak ortaklığıdır¹⁷¹. TMK m. 640/2 hükmünde mirasçıların terekeye elbirliğiyle sahip oldukları açıkça ifade edilmiştir. “Elbirliği ile hak sahibi olma” ifadesi, elbirliği mülkiyetini de kapsayan geniş bir anlama sahiptir. Elbirliği mülkiyeti, mülkiyet hakkının bir türü olarak ancak maddi mallar hakkında söz konusu olabilir¹⁷². Alacak hakları ya da fikri ve sınai haklar gibi maddi olmayan mallar üzerinde elbirliği mülkiyeti kurulamaz. Terekede yalnızca taşınır ve taşınmaz olarak maddi mallar bulunuyorsa, mirasçıların bunlar üzerinde elbirliği mülkiyetine sahip oldukları söylenebilir. Hâlbuki mirasbırakanın terekesinde maddi olmayan malların da bulunması her zaman mümkündür. Bu sebeple, mirasçıların tereke üzerinde sahip oldukları hak, elbirliği ile hak sahipliği olarak ifade edilmiştir¹⁷³. Ancak elbirliği mülkiyetine ilişkin hükümler, elbirliği ile hak sahipliğine ve dolayısıyla miras ortaklığına da uygulanır¹⁷⁴.

Miras ortaklığında hiçbir mirasçı, gerek belirli mallar üzerinde gerekse de terekenin tümü üzerinde somut ve belirli bir paya sahip değildir¹⁷⁵. Mirasçıların mirasçılık belgesinde gösterilen payları, soyut nitelikte bir katılma payından ibarettir¹⁷⁶. Başka bir deyişle, mirasın paylaşılmasına kadar miras payının somut bir özelliği yoktur. Paylaşma ile birlikte miras payı somutlaşır ve bu paya isabet eden mal veya haklar belirlenmiş olur.

Tereke üzerinde elbirliği ile hak sahipliğinin somut anlamı, kural olarak mirasçıların terekeye dâhil olan malvarlığı değerleri üzerinde birlikte hareket etmek zorunda olmalarıdır

¹⁷⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 478; Dural/Öz, s. 451; İmre/Erman, s. 432; Serozan/Engin, s. 583; Antalya/Sağlam, s. 473; Kılıçoğlu, Taksim, s. 21; Aral, s. 24; Avcı, s. 18; Yazıcı, s. 29; Sarı Fidan, s. 29.

¹⁷¹ Druey, § 14, s. 198; Graham-Siegenthaler, Art. 602, s. 339; Wehinger/Reich, Art. 602, s. 1156; Guinand/Stettler/Leuba, s. 205; Rouiller, Art. 602, s. 748; Kocayusufpaşaoğlu, s. 675; Köprülü, s. 397; Oğuzman, s. 315; Öztan, s. 438; Ayiter, s. 223; Eren/Yücer Aktürk, s. 477; İmre/Erman, s. 429; Dural/Öz, s. 451; Serozan/Engin, s. 566; Antalya/Sağlam, s. 474; Kılıçoğlu, Taksim, s. 20; Akkanat, s. 97; Avcı, s. 17; Ozanemre Yayla, s. 8

¹⁷² Eren, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 52; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 475; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 286; Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 33; Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku*, 13. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2016, s. 218; Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, *Şekli Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 16.

¹⁷³ Eren/Yücer Aktürk, s. 477; İmre/Erman, s. 429; Dural/Öz, s. 451; Serozan/Engin, s. 566; Ayan, Miras, s. 302; Karlı, s. 39; Yazıcı, s. 30; Sarı Fidan, s. 32.

¹⁷⁴ Karlı, s. 39.

¹⁷⁵ Oğuzman, s. 315; Kocayusufpaşaoğlu, s. 677; Eren/Yücer Aktürk, s. 477; İmre/Erman, s. 430; Ayiter, s. 227; Sarı Fidan, s. 34.

¹⁷⁶ İmre, s. 612; Akkanat, s. 97; Dural/Öz, s. 452; Ozanemre/Yayla, s. 6; Karlı, s. 41.

(*Einstimmigkeitsprinzip*)¹⁷⁷. TMK m. 702/2 hükmüne göre, kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim gerekse de tasarruf işlemleri bakımından ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekmektedir. Şu halde mirasçılar, terekede bulunan malvarlığı değerlerinin yönetimi ve bunlar üzerinde tasarruf işlemi yapılması için tek başlarına ya da oy çokluğuyla karar veremezler¹⁷⁸.

Mirasçılardan birinin, terekeye dâhil olan bir malvarlığı değeri hakkında diğer mirasçı veya mirasçıların rızası olmaksızın yaptığı tasarruf işlemleri geçersizdir¹⁷⁹. Zira bu ihtimalde mirasçının tek başına tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Taşınmazlar hakkında yapılan tasarruf işlemleri bakımından, üçüncü kişinin tapu kütüğü dışındaki unsurlara ve özellikle de mirasçılık belgesine olan güveni, gerçek hak sahiplerine karşı korunmaz¹⁸⁰. Mirasçılık belgesinin hukuken böyle bir işlevi yoktur. Ancak mirasçı, geçersiz bir mirasçılık belgesine dayanarak taşınmazı kendi adına tescil ettirdikten sonra üçüncü bir kişiye devrederse, bu durumda üçüncü kişinin tapu kütüğündeki yolsuz tescile güveni korunur¹⁸¹.

Terekede yer alan malvarlığı değerleri hakkında oy birliği olmaksızın tasarruf işlemi yapamayan mirasçılar, aynı malvarlığı değerleri hakkında tek başlarına borçlandırııcı işlemler yapabilirler¹⁸². Söz gelimi, bir mirasçının terekede bulunan bir malı konu edinen satış sözleşmesi yapması mümkündür¹⁸³. Ancak böyle bir durumda yüklendiği edimi yerine getiremeyen mirasçının sözleşmeden doğan sorumluluğu gündeme gelir¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Lötcher, Cordula, “Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft”, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2019, s. 174; **Graham-Siegenthaler**, Art. 602, s. 340-341; **Wolf**, BK-ZGB, Art. 602, s. 29; **Beusch-Liggenstorfer/Wehinger**, Art. 602, s. 862; **Guinand/Stettler/Leuba**, s. 206.

¹⁷⁸ **Lötcher**, s. 175; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 501; **Dural/Öz**, s. 452; **İmre/Erman**, s. 433; **Serozan/Engin**, s. 567; **Ayan**, s. 308.

¹⁷⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, Eşya Hukuku, s. 639; **Ayiter**, s. 227; **Öztan**, s. 438; **Antalya/Sağlam**, s. 475; **Serozan/Engin**, s. 568; **İmre/Erman**, s. 439; **Sarı Fidan**, s. 35. “Mirasçıların, kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere tereke malları üzerinde miras payları oranında tek başına tasarrufta bulunmaları yasal olarak mümkün değildir. Taşınmazın üzerinde fiili olarak birden çok bağımsız bölümden oluşan bina olsa da, mirasçılar paylaşmaya kadar bu bina üzerinde de intikal eden 1/2 pay oranında birlikte tasarrufta bulabilirler. Dolayısıyla binanın, başlı başına kullanmaya elverişli bağımsız bölümlerinden biri, bu mirasçılardan biri ile davacının "aile konutu" olsa dahi, bu şekilde kullanım, ortakların oybirliği ve diğer pay sahibinin katılımı ile alınmış bir karara dayanmadıkça tapu kütüğüne Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi gereğince şerh konulamaz.” Yarg. 2. HD, T. 16.1.2013, E. 2012/6617, K. 2013/538. (erişim tarihi:12.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁸⁰ Kocağa, Köksal, “Mirasçılık Belgesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, 2005, s. 103.

¹⁸¹ **Kocağa**, Mirasçılık Belgesi, s. 104.

¹⁸² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, Eşya Hukuku, s. 641; **Dural/Öz**, s. 453; **Serozan/Engin**, s. 568; **Ayiter**, s. 227. Aksi görüşte, **İmre/Erman**, s. 439. **Eren/Yücer Aktürk**’e göre, terekeye dâhil olan bir malın devrine ilişkin sözleşmeye bütün mirasçıların katılmaması halinde sözleşme geçersizdir. Bkz: **Eren/Yücer Aktürk**, s. 500.

¹⁸³ **Dural/Öz**, s. 453; **Serozan/Engin**, s. 568.

¹⁸⁴ **Serozan/Engin**’e göre, mirasçı satımı kendi adına gerçekleştirmişse, alıcısına karşı TBK m.112 çerçevesinde sözleşmeye aykırılık kurallarına göre sorumlu olur. Eğer mirasçı satımı diğer mirasçıların yetkisiz temsilcisi sıfatıyla gerçekleştirmişse bu sefer TBK m.47 çerçevesinde culpa in contrahendo sorumluluğuna tabi olur. Bkz: **Serozan/Engin**, s. 568.

Mirasçılar, terekede bulunan hakların korunması bakımından da kural olarak birlikte hareket etmek durumundadırlar¹⁸⁵. Bu cümleden olmak üzere, terekeye ilişkin dava açılması, tereke alacaklarının tahsili için icra takibi yapılması, tereke borçlusunun temerrüde düşürülmesi için ihtarname gönderilmesi gibi işlemlerin bütün mirasçılar tarafından birlikte yapılması gerekir¹⁸⁶. Ancak TMK m. 640/4 hükmünde bu kurala bir istisna getirilerek, mirasçılardan her birinin terekedeki hakların korunmasını isteyebileceği ve bu korunmadan bütün mirasçıların yararlanacağı belirtilmiştir. Şu halde mirasçılardan biri, terekedeki bir hakkın korunması için tek başına dava açabilir. Ancak açılan davanın tek başına yürütülmesi mümkün değildir¹⁸⁷. Bu durumda mahkemenin, diğer mirasçıların davaya katılmalarının sağlanması ya da terekeye temsilci atanması için davacıya süre vermesi gerekmektedir¹⁸⁸. İcra takibi bakımından da alacağın mirasçıların tamamı tarafından talep edilmesi zorunludur¹⁸⁹. Borçlu edimini yerine getirmediği takdirde bütün mirasçılar birlikte icra takibine başvurmalıdır.

Miras ortaklığının husumet ehliyeti yoktur. Bu sebeple, miras ortaklığına karşı açılacak davaların ve yapılacak icra takiplerinin bütün mirasçılara yöneltilmesi gerekmektedir¹⁹⁰. Başka bir deyişle davada davalı olarak, icra takibinde de borçlu olarak bütün mirasçılar ismen gösterilmelidir. Ancak miras ortaklığına temsilci atanmışsa, terekenin resmen yönetilmesi için yönetici atanmışsa ya da vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa, yalnızca bu kişilere yönelik dava açılabilir ve icra takibi yapılabilir¹⁹¹.

Görüldüğü üzere, miras ortaklığı bakımından kabul edilen elbirliği ilkesi, her konuda birlikte hareket etme zorunluluğu getirmesi sebebiyle mirasçıların hareket alanını daraltan bir

¹⁸⁵ Terekede bulunan hakların korunmasına hizmet etmeyen işlemler bakımından her bir mirasçı bağımsız olarak hareket edebilir. Örneğin mirasçılardan her biri, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarının iptalini veya tenkisini talep edebilir. Bkz. **İmre/Erman**, s. 444.

¹⁸⁶ **Oğuzman**, s. 315; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Eşya Hukuku, s. 642; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 501; **Antalya/Sağlam**, s. 477; **İmre/Erman**, s. 441; **Öztan**, s. 439; **Ayiter**, s. 228; Karlı, s. 43;

¹⁸⁷ **Antalya/Sağlam**, s. 478; **İmre/Erman**, s. 441.

¹⁸⁸ **Antalya/Sağlam**, s. 478; **Eren**, Mülkiyet, s. 138. “*Mirasçılar arasında da zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan birlikte dava açmalıdır. Birlikte dava açılmaması halinde 11.10.1982 tarihli ve 3/2 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere dava tereke adına açıldığından diğer mirasçıların, duruşmaya gelip beyanda bulunması veya imzası noterce onaylı muvafakat belgesi ibraz edilmesi yahut davacı vekiline vekâletname verilmesi gerekir. Ancak, ortakların tümünün onayının alınamaması halinde TMK’nın 640. maddesi uyarınca murisin terekesine görevli mahkemede temsilci atanması için davacıya süre verilerek taraf teşkili sağlanmalıdır. Tereke temsilcisi davacı dışında biri olursa davacının sıfatı sona ereceğinden davayı temsilci takip eder. Dava hakkına dair olan bu hususun hâkim tarafından kendiliğinden öncelikle nazara alınması gerekir.*” Yarg. 14.HD, T. 11.9.2017, E. 2015/3938, K. 2017/5908. (erişim tarihi:12.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁸⁹ Dişel, Buse, **İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 84.

¹⁹⁰ **İmre/Erman**, s. 443; **Dural/Öz**, s. 455; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 501; **Ayiter**, s. 229. Terekeye dâhil olup konusu para olan davaların tüm mirasçılara karşı açılmasına gerek olmadığı yönünde bkz: **Antalya/Sağlam**, s. 478. “*Elbirliği mülkiyetinde malikler mülkiyet payını ayırmadığından eşya üzerinde paydaş değil ortaktır. Yine bu tür mülkiyette işin özelliği gereği ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Şayet davalı olacaklarsa davanın ortakların tümü aleyhine açılması gerekir.*” Yarg. 14. HD, T. 10.4.2018, E. 2015/10666, K. 2018/2858. (erişim tarihi:12.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁹¹ **İmre/Erman**, s. 443.

özelliğe sahiptir. Mirasçılar arasında her zaman uyum ve uzlaşma söz konusu olmayabilir. Bu gibi durumlarda tereke ile ilgili iş ve işlemlerde bulunmak daha da zorlaşır. Elbirliği ile hak sahipliği ilkesi, getirdiği bu sıkı rejimin doğurduğu zorluklardan dolayı eleştirilmiştir¹⁹². Ancak öğretide, elbirliği ilkesinden doğan zorlukları yumuşatacak imkânların var olduğu belirtilmektedir¹⁹³. Söz konusu imkânlar; her mirasçının ortaklığa temsilci atanması isteyebilme hakkı (TMK m.640/3)¹⁹⁴, terekedeki hakların korunması isteyebilme hakkı (TMK m.640/4), paylaşmayı her zaman talep edebilme hakkı (TMK m.642/1), elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini talep hakkı (TMK m.644) ve paylaşmadan önce miras payının devrinin mümkün olması (TMK m.677) şeklinde ifade edilebilir¹⁹⁵.

1.1.3.4. Tüzel Kişiliğinin Bulunmaması

Miras ortaklığının kendisini oluşturan mirasçılardan ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliği yoktur¹⁹⁶. Tüzel kişilik, belirli bir amaç çerçevesinde bir araya gelen kişi veya mal topluluklarını ifade eder. Fakat bir amaç çerçevesinde bir araya gelen her topluluk tüzel kişi değildir. Hangi toplulukların tüzel kişi olarak kabul edileceği hukuk düzeni tarafından belirlenmiştir. Bu sebeple, birden fazla kişinin iradi olarak bir araya gelip, hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyen bir tüzel kişilik kurmaları mümkün değildir. Kaldı ki, miras ortaklığında mirasçılar iradi olarak değil, kanun hükmü gereğince zorunlu olarak ortaklık meydana getirirler.

Miras ortaklığının tüzel kişiliğe sahip olmamasına bağlı olarak organlarından da söz edilemez. Burada bütün mirasçıların tereke unsurları üzerinde birlikte hak sahipliği ve birlikte yönetimi söz konusudur¹⁹⁷. Mirasçıların yönetim ve tasarruf konusunda anlaşamamaları halinde, içlerinden birinin talebi üzerine sulh mahkemesi paylaşmaya kadar miras ortaklığına temsilci atayabilir (TMK m.640/3). Ancak temsilci, tüzel kişilerdeki anlamıyla organ işlevine sahip değildir. Öte yandan, genellikle tüzel kişiler bakımından söz konusu olan sicile tescil durumu da miras ortaklığında söz konusu olmaz¹⁹⁸.

¹⁹² *İmre/Erman*, 14.04.1943 tarihli bir içtihadı birleştirme kararının görüşülmesi sırasında bazı hâkimlerin elbirliği mülkiyetinin sakıncalarını belirterek bunun değiştirilmesi dileğinde bulunduklarını aktarmaktadır. *İmre/Erman*, s. 447; *Karlı*, s. 52.

¹⁹³ *Serozan/Engin*, s. 570; *Ayiter*, s. 104; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, Eşya Hukuku, s. 354; *Karlı*, s. 55.

¹⁹⁴ Nonn, Michael, “Anordnung der Erbenvertretung nach Art. 602 Abs. 3 ZGB”, *Successio - Zeitschrift für Erbrecht*, Schulthess Verlag, 2012, s. 67; *Lötscher*, s. 181.

¹⁹⁵ *Serozan/Engin*, s. 571; *Sarı Fidan*, s. 38; *Karlı*, s. 55; *Yazıcı*, s. 32.

¹⁹⁶ *Escher*, Art. 602, s. 383; *Tuor/Picenoni*, Art. 602, N. 15; *Oğuzman*, s. 314; *Köprülü*, s. 399; *Öztan*, s. 439; *Ayiter*, s. 228; *Eren/Yücer Aktürk*, s. 477; *İmre/Erman*, s. 431; *Dural/Öz*, s. 451; *Serozan/Engin*, s. 563; *Ayan*, s. 303; *Kılıçoğlu*, Taksim, s. 22.

¹⁹⁷ *Eren/Yücer Aktürk*, s. 477; *Antalya/Sağlam*, s. 476; *Dural/Öz*, s. 451; *Avcı*, s. 19.

¹⁹⁸ *Kılıçoğlu*, Taksim, s. 22; *Aral*, s. 25; *Hauser*, s. 4-5; *Avcı*, s. 19; *Karlı*, s. 57.

1.1.4. Ortaklığın Sona Ermesi

1.1.4.1. Genel Olarak

Miras ortaklığı, mirasbırakanın ölümüyle birlikte kanun gereği kendiliğinden meydana gelen ve muhtelif sebeplerle ortaklığın sona ermesine kadar devam eden geçiş dönemini ifade eder¹⁹⁹. Bu geçiş döneminin temel amacı, tereke unsurlarının mirasçıların bireysel hak sahipliğine geçirilmesi ve böylece ortaklığın sona erdirilmesidir.

Miras ortaklığı kural olarak paylaşma ile sona erer²⁰⁰. Ancak paylaşma dışında da miras ortaklığını sona erdiren çeşitli haller bulunmaktadır. Bunlar, elbirliği ile hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi, miras ortaklığının başka bir ortaklık türüne dönüştürülmesi, mirasçı sayısının bire düşmesi, kat mülkiyetine geçilmesi ve terekede aktif değer kalmaması şeklinde belirtilebilir.

1.1.4.2. Mirasın Paylaşılması

Miras ortaklığını sona erdiren ilk ve en temel hal mirasın paylaşılmasıdır. Nitekim TMK m. 640/1 hükmünde, miras ortaklığının paylaşmaya kadar devam edeceği belirtilmiştir. Şu halde, terekede bulunan tüm hak ve borçların mirasçılar tarafından paylaşılmasıyla birlikte miras ortaklığı sona erer²⁰¹. Terekedeki bazı malların paylaşılması ya da bazı mirasçılar arasında paylaşmanın kararlaştırılması durumunda miras ortaklığı sona ermez.

Paylaşma, mirasçıların tamamının aralarında anlaşmasıyla gerçekleştirilebileceği gibi paylaşma davası yoluyla da gerçekleştirilebilir. Her iki durumda da terekenin tamamen paylaşılmış olması şartıyla miras ortaklığı sona erer.

1.1.4.3. Elbirliği ile Hak Sahipliğinin Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürülmesi

Mirasçılar terekede yer alan aktifler üzerinde elbirliğiyle hak sahibidir. Elbirliğiyle hak sahipliği, birçok konuda mirasçıların beraber hareket etmelerini gerektirdiğinden çeşitli zorluklar doğurabilmektedir. Kanun koyucu, bu durumu göz önünde tutarak elbirliği ilkesinin yumuşatılmasına yönelik bir düzenlemeye gitmiştir. TMK m. 644/1 hükmüne göre, mirasçılardan biri terekeye dâhil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini hâkimden talep edebilir²⁰². Bu talep üzerine sulh hâkimi diğer mirasçılara çağrıda bulunarak, belirleyeceği süre içerisinde varsa itirazlarını

¹⁹⁹ İmre/Erman, s. 462; Serozan/Engin, s. 562; Sarı Fidan, s. 109.

²⁰⁰ İmre/Erman, s. 462; Dural/Öz, s. 465; Sarı Fidan, s. 109; Karlı, s. 134.

²⁰¹ Dural/Öz, s. 465; Eren/Yücer Aktürk, s. 502; Sarı Fidan, s. 110; Karlı, s. 139.

²⁰² Söz konusu düzenleme Türk Hukukuna özgüdür. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, İsviçre Hukukunda elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi, ancak bütün mirasçıların bu konuda anlaşmalarıyla mümkün olabilmektedir. Serozan/Engin, s. 572.

bildirmeye davet eder²⁰³. Kendisine çağrıda bulunulan mirasçılar, elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürmez ya da bunlardan biri belirlenen süre içerisinde paylaşma davası açmazsa, hâkim talep konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verir (TMK m. 644/2).

Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak itirazların neler olduğu hükümde belirtilmemiştir. Bu noktada akla ilk gelen durum, mirasçılar arasında ortaklığın devamına yönelik bir sözleşmenin var olmasıdır²⁰⁴. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak başka sebepler de bulunabilir. İleri sürülen itirazın haklı olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilecektir. Mirasçılardan birinin belirtilen sürede paylaşma davası açması ise, paylı mülkiyete dönüştürmeye ilişkin talebi başlı başına etkisiz hale getirir²⁰⁵.

Hâkimin elbirliği ile hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine ilişkin kararı kurucu nitelikte olup derhal sonuç doğurur²⁰⁶. Buna göre, paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilen mallar üzerinde bütün mirasçıların miras payları oranında paylı mülkiyet hakları doğar²⁰⁷. Söz konusu tereke mallarına ilişkin hak, yetki ve yükümlülükler paylı mülkiyet kurallarına (TMK m. 688 vd.) tabi olur. Örneğin bu şekilde paylı mülkiyete dönüştürülen tereke malı hakkında artık paylaşma davası açılamaz. Bunun için TMK m. 699 çerçevesinde ortaklığın giderilmesi (izale-i şüyu) davası açmak gerekmektedir²⁰⁸.

Paylı mülkiyete dönüştürmeye ilişkin karar, her durumda miras ortaklığını sona erdirmez. Miras ortaklığının sona ermesi için, terekede bulunan bütün mal ve haklar bakımından paylı hak sahipliğine dönüştürme kararı verilmiş olmalıdır²⁰⁹. Başka bir deyişle, terekede bulunan mal ve haklardan yalnızca bazıları hakkında paylı hak sahipliğine dönüştürme

²⁰³ “ *Türk Medeni Kanunun 644. maddesine dayalı elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davalarında davalılara gönderilen duruşma gününü bildirir davetiyelerde "elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya belirlenen süre içinde paylaşma davası açılmadığı takdirde istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verileceğine" dair ihtarın bulunması gerekir. Davalılara gönderilen ve Medeni Kanunun 644.maddesindeki bu İhtar içermeyen tebligatlar geçersizdir. Mahkemece, davalılara yukarıda belirtilen ihtar içeren duruşma gününü bildirir davetiye tebliğ edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.*” Yarg. 6. HD, T. 25.12.2007, E. 2007/12262, K. 2007/14263. (erişim tarihi:11.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

²⁰⁴ **İmre/Erman**, s. 469; **Dural/Öz**, s. 466; **Öztan**, s. 457; **Karlı**, s. 137; **Sarı Fidan**, s. 114.

²⁰⁵ **İmre/Erman**, s. 469; **Dural/Öz**, s. 466; **Öztan**, s. 457.

²⁰⁶ **Dural/Öz**, s. 466.

²⁰⁷ “ *Bu tür davalarda mirasçılık belgesine atf yapılmakla yetinilmemeli; hüküm sonucunda infazda tereddüte neden olunmayacak şekilde elbirliği halindeki mülkiyetin veya payın mirasçılık belgesindeki paylar oranında paylı mülkiyete çevrilmesine karar verilmelidir. Somut olayda, hükmün sonuç kısmında gerekçeye dair hususların tekrar edilmiş olması ve pay oranlarının açık bir şekilde gösterilmemiş olması doğru görülmediğinden hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.*” Yarg. 14. HD, T. 26.9.2017, E. 2017/3242, K. 2017/6842. (erişim tarihi:11.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

²⁰⁸ **Dural/Öz**, s. 467.

²⁰⁹ **Dural/Öz**, s. 467; **Ayan**, s. 315; **Karlı**, s. 137.

kararı verilmişse miras ortaklığı sona ermez. Bu durumda, kararın kapsamı dışında kalan mal ve haklar üzerinde elbirliği ile hak sahipliği devam eder.

Elbirliği ile hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi için mutlaka hâkimden talepte bulunmak gerekmez. Mirasçılar aralarında anlaşarak da bu sonuca varabilirler. Nitekim TMK m. 676/2 hükmüne göre, mirasçılar paylaşma sözleşmesiyle tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini kararlaştırabilirler²¹⁰.

1.1.4.4. Miras Ortaklığının Başka Bir Ortaklık Türüne Dönüştürülmesi

Mirasın paylaşılması ve tereke üzerindeki elbirliği ile hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi dışında, miras ortaklığının başka bir ortaklığa dönüştürülmesi de ortaklığı sona erdiren bir durumdur. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için bütün mirasçıların anlaşmaları gerekmektedir.

Mirasçıların anlaşmaları çerçevesinde kurulacak yeni ortaklık, adi ortaklık ya da aile malları ortaklığı olabileceği gibi, Türk Ticaret Kanununa tabi bir ortaklık türü de olabilir²¹¹. Miras ortaklığı yerine kurulacak olan yeni ortaklık, gerek kuruluş şartları gerekse de yürütülmesi bakımından artık miras hukuku kurallarına değil, kendi özel hükümlerine tabi olur²¹². Şu halde adi ortaklıkta Türk Borçlar Kanunu'nun, aile malları ortaklığında Türk Medeni Kanunu'nun ve ticaret şirketleri hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır. Öte yandan, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda değişiklik yapan 6537 sayılı Kanun, belirli şartlar altında mirasa konu tarım arazilerinin kurulacak olan aile malları ortaklığına, kazanç paylı aile malları ortaklığına ya da limited şirkete devrini zorunlu kılmaktadır (TKAKK m. 8/C). Bu durumda terekede tarım arazisi dışında başka mal varlığı yoksa tarım arazilerinin mirasçılar tarafından kurulan bu ortaklıklara devriyle birlikte miras ortaklığı sona erer²¹³.

1.1.4.5. Mirasçı Sayısının Bire Düşmesi

Miras ortaklığının meydana gelebilmesi için, mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olan en az iki mirasçının bulunması şarttır. Başlangıçta iki veya daha fazla olan mirasçı sayısı, sonradan bire düşerse miras ortaklığı sona erer²¹⁴.

²¹⁰ Bkz: 2.3.2.2.5.13.

²¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 679; Öztan, s. 457; İmre/Erman, s. 470; Dural/Öz, s. 468; Antalya/Sağlam, s. 485; Sarı Fidan, s. 126.

²¹² İmre/Erman, s. 470; Dural/Öz, s. 468; Sarı Fidan, s. 126.

²¹³ Sarı Fidan, s. 127.

²¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 679; Antalya/Sağlam, s. 485; Karlı, s. 141; Sarı Fidan, s. 127.

Mirasçı sayısının bire düşmesi muhtelif sebeplerden kaynaklanabilir. Söz gelimi, iki mirasçıdan oluşan miras ortaklığında, bunlardan birisi miras payının tamamını diğerine devrederse, miras ortaklığı sona erer²¹⁵. Mirasçının miras payını üçüncü kişiye devretmesi durumunda ise miras ortaklığı sona ermez. Zira miras payının üçüncü kişiye devri, devralan kişiye mirasçılık sıfatı kazandırmadığı gibi, devreden mirasçının da mirasçılık sıfatını sona erdirmez.

Mirasçılardan birisi, geride diğer mirasçıdan başka mirasçı bırakmaksızın ölürse, bu ihtimalde miras ortaklığı sona erer²¹⁶. Ancak ölen mirasçının başka mirasçıları varsa, miras ortaklığı sona ermez. Örneğin A ve B'den oluşan bir miras ortaklığında B ölmüş ve geride mirasçı olarak C ve D'yi bırakmış olsun. Burada B'nin hayatta iken sahip olduğu miras payı kendi mirasçılarına geçeceği için, miras ortaklığı artık A, C ve D arasında devam eder. Ayrıca B'nin mirası bakımından C ve D arasında da başka bir miras ortaklığı kurulmuş olur²¹⁷.

1.1.4.6. Kat Mülkiyetine Geçilmesi

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre, kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan biri paylaşmanın kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsis edilmesi suretiyle yapılmasını isteyebilir (KMK m. 10/6). Bu durumda hâkim, söz konusu taşınmazın mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin mirasçılara ayrı ayrı tahsis edilmesine karar verebilir (KMK m. 10/6)²¹⁸. Hâkimin kat mülkiyetine çevirme kararı vermesiyle birlikte, eğer terekede başka malvarlığı yoksa miras ortaklığı sona erer²¹⁹.

1.1.4.7. Terekede Aktif Değer Kalmaması

Terekede hiçbir aktif değer kalmaması miras ortaklığını sona erdirir²²⁰. Örneğin paylaşmadan önce mirasbırakanın borçlarının ödenmesi kararlaştırılmış ve bu sebeple hiçbir

²¹⁵ Ayan, s. 313.

²¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 679.

²¹⁷ Ayan, s. 314; Karlı, s. 142.

²¹⁸ “Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine uygun olarak, üzerinde kat mülkiyetine elverişli yapı bulunan ortak taşınmazda kat mülkiyetine geçilebilmesi için, üzerindeki yapının mimari projesine uygun biçimde tamamlanmış ya da projesi olmamakla birlikte fiili durumuna göre çizdirilmiş imara ve fenne uygunluğu ilgili makamca onaylanmış projesinin olması, bağımsız bölümlerinin başlı başına kullanmaya elverişli bulunması (M.1), yapının tümünün kargir olması (M.50/2) ve her bir paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmesi, ayrıca 12. maddede yazılı belgelerin (belediyeden onaylı proje, yapı kullanma belgesi ve yönetim planı) tamamlattırılması gerekmektedir.” Yarg. 20. HD, T. 7.11.2017, E. 2017/4283, K. 2017/9086. (erişim tarihi:11.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

²¹⁹ Karlı, s. 143, Sarı Fidan, s. 125.

²²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 679; Antalya/Sağlam, s. 485; Sarı Fidan, s. 128; Karlı, s. 143.

aktif değer kalmamışsa, miras ortaklığı sona erer²²¹. Tereke aktifinin bir başkasına bağışlanması ihtimalinde de aynı sonuç meydana gelir.

Miras ortaklığı, tüm mirasçıların tereke mallarını bir vakıf kurma amacıyla tahsis etmeleri halinde de sona erer²²². Bu takdirde vakfın tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte, vakfa tahsis edilen mal ve haklar miras ortaklığından çıkarak vakıf tüzel kişiliğine ait olur. Dolayısıyla terekede aktif değer kalmadığı için miras ortaklığı sona erer. Ancak terekedeki mal ve hakların bir kısmı vakfa tahsis edilmişse, miras ortaklığı sona ermeyip geri kalan mal ve haklar üzerinde devam eder.

1.2. Paylaşma Kavramı

1.2.1. Kavram ve Tanım

Miras ortaklığı, mirasçılar arasında paylaşmaya kadar devam eden geçici nitelikte bir ortaklıktır. Kanun koyucu, bu geçici ortaklığın bir an evvel sona erdirilmesi amacıyla paylaşmayı kolaylaştıran hükümler düzenlemiştir. Bu itibarla miras ortaklığı, kural olarak paylaşma ile sona eren geçiş dönemini ifade eder. Mirasçılardan her biri, zamanaşımına tabi olmaksızın her zaman paylaşmayı isteyebilir (TMK m. 642/1, ZGB Art. 604, Abs. 1)²²³. Bu çerçevede mirasçılar paylaşma sözleşmesi yaparak terekede yer alan malvarlığı değerleri üzerinde kişisel hak sahipliği kurabilir ve miras ortaklığına son verebilirler. Mirasçıların paylaşma konusunda anlaşma sağlayamamaları halinde ise mirasın paylaşma davası sonucunda mahkeme kararıyla paylaşılması gündeme gelir²²⁴.

Paylaşma kavramı, biri geniş diğeri dar olmak üzere iki anlama sahiptir²²⁵. Geniş anlamda paylaşma (*Auseinandersetzung*)²²⁶, miras ortaklığının sona ermesi için gerekli olan tasfiye işlemlerinin tamamını ifade eder²²⁷. Bu bağlamda tereke borçlarının ödenmesi ya da

²²¹ Sarı Fidan, s. 128; Karlı, s. 143.

²²² Dural/Öz, s. 468.

²²³ Häfliger, Manuela, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, 2016, Art. 604, s. 1164; Beusch-Liggenstorfer, Christine/Dorjee-Good, Andrea/Gellis, Jossy, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 2. Auflage, 2011, Art. 604, s. 869; Couchepin, Gaspard/Maire, Laurent, **SHK-Stämpfli Handkommentar**, Commentaire du droit des successions, Stämpfli Verlag, Bern, 2012, Art. 604, s. 802; Graham-Siegenthaler, Art. 604, s. 350; Aral, s. 24; Kılıçoğlu, Taksim, s. 23; Serozan/Engin, s. 583; İmre/Erman, s. 462; Ozanemre Yayla, s. 18;

²²⁴ Couchepin/Maire, Art. 604, s. 802; Häfliger, Art. 604, s. 1164; Kılıçoğlu, Taksim, s. 24; Oğuzman, s. 320; Avcı, s. 51; Ozanemre Yayla, s. 19.

²²⁵ Hauser, s. 13; Aral, s. 29; Kılıçoğlu, Taksim, s. 24; Avcı, s. 22; Ozanemre Yayla, s. 19; Paylaşma kavramı, TMK'nun bazı hükümlerinde (m.640, 642, 643, 646-649) geniş anlamda kullanılırken bazı hükümlerinde (m. 676, 680, 681) dar anlamda kullanılmıştır.

²²⁶ Alman Hukukunda miras ortaklığının tasfiyesine yönelik bütün işlemler için geniş anlamda paylaşmayı karşılayan “Auseinandersetzung” terimi kullanılırken, dar anlamda paylaşma için “Teilung” terimi kullanılmaktadır. Aral'a göre, Alman Medeni Kanunu'ndaki bu ayrım isabetlidir. Zira İsviçre-Türk Medeni Kanunlarında bu şekilde bir ayrım yapılmadığından iki terim birbirine karıştırılmaktadır. Bkz. Aral, s. 29.

²²⁷ Aral, s. 29; Kılıçoğlu, Taksim, s. 24; Kocayusufpaşaoğlu, s. 679; Avcı, s. 22; Ozanemre Yayla, s. 20.

teminata bağlanması, miras paylarının oluşturulması ve özgülenmesi, oluşturulan miras paylarının mirasçılara devredilmesi işlemleri geniş anlamda paylaşma kavramına dâhildir²²⁸. Şu halde geniş anlamda paylaşma, miras paylarının oluşturulmasıyla başlayıp, bu payların her bir mirasçının kişisel hak sahipliğine geçirilmesine kadar olan süreci kapsamaktadır. Dar anlamda paylaşma (*Teilung*) ise, geniş anlamda paylaşmanın son aşamasıdır²²⁹. Bu aşamada terekede yer alan malvarlığı değerleri her bir mirasçının kişisel tasarrufuna geçirilmektedir. Dar anlamda paylaşmaya kadar yapılan işlemler, paylaşmaya hazırlık işlemleri olarak kabul edilir.

Öğretide dar anlamda paylaşmayı ifade etmek üzere çeşitli tanımlar yapılmıştır²³⁰. Bir görüşe göre paylaşma, “*terekede yer alan aktif ve pasiflerin mirasçılar arasında dağıtılmasıdır*”²³¹. Diğer bir görüşe göre, “*miras paylarının fiziksel veya değer olarak ayrılması ve bu payların her bir mirasçıya özgülenerek miras ortaklığının tasfiyesidir*”²³². Üçüncü bir görüşe göre paylaşma, “*terekeye dâhil değerlerin mirasçılara miras hisseleri oranında aynen veya nakden verilmesidir*”²³³. Dördüncü bir görüş ise paylaşmayı, “*miras ortaklığının, mirasçıların talebi üzerine aralarında anlaşmayla ya da mahkeme kararıyla tamamen veya kısmen tasfiye edilerek, hak veya borçların ferdileştirilmesi*” olarak tanımlamaktadır²³⁴. Kanaatimizce paylaşmayı, “*terekede yer alan unsurların kısmen veya tamamen, aynı ya da nakdi olarak mirasçıların kişisel hak sahipliğine geçirilmesi*” şeklinde tanımlamak mümkündür.

1.2.2. Paylaşmanın Hukuki Niteliği

1.2.2.1. Genel Olarak

Mirasbırakanın ölümü ile birlikte tereke bir bütün halinde mirasçılara intikal eder. Bu intikal çerçevesinde mirasçılar terekede yer alan mal ve haklar üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar. Tereke borçları bakımından ise kanun elbirliği ilkesinden ayrılarak, mirasçıların

²²⁸ Kılıçoğlu, Taksim, s. 24; Avcı, s. 22; Ozanemre Yayla, s. 21.

²²⁹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 24; Avcı, s. 22; Ozanemre Yayla, s. 21.

²³⁰ Burada öğretilerdeki bütün tanımlara yer verilmemiştir. Belli başlı öne çıkan tanımlar tercih edilmiştir. Diğer tanımlar için bkz. Ozanemre Yayla, s. 21.

²³¹ Habicht, Max, *Die Formen Der Erbschaftsteilung im Schweizerischen Recht*, Dissertation, Zürich, 1925, s. 2. Aral, Habicht’in yaptığı tanımda paraya çevrilme yoluna gidilmesi veya mirasçıların paylaşmadan önce borçların ödenmesini istemeleri halinde paylaşma konusunun sadece bakiyeden ibaret olacağının göz önünde tutulduğunu belirterek eleştirmiştir. Bkz. Aral, s. 30. Öğretide Stokar da Habicht’in tanımına benzer şekilde paylaşmayı “*terekede yer alan aktif ve pasiflerin mirasçılar arasında karşılıklı olarak tahsis edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir hukuki işlem*” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Stokar, Daniel, *Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungs anspruches*, Dissertation, Zürich, 1953, s. 14. Wolf ise bu tanımları, pasiflerin paylaşılmasının veya ödenmesinin paylaşmanın bir unsuru olmadığı gerekçesiyle eleştirmiştir. Bkz. Wolf, Stephan, *Grundfragen der Auflösung der Erbgemeinschaft*, Stämpfli Verlag, Bern, 2004, s. 269.

²³² Jost, Arthur, *Der Erbteilungsprozess im Schweizerischen Recht*, Stämpfli Verlag, Bern, 1960, s. 3. Bu tanım başka yazarlar tarafından da benimsenmiştir. Bkz. Hauser, s. 14; Seeberger, Lionel Harald, *Die Richterliche Erbteilung*, Universitätsverlag Freiburg, 1992, s. 15. Aral bu tanımı, her paylaşmanın mutlaka miras ortaklığının tasfiyesi sonucunu doğuracağı izlenimi yarattığı gerekçesiyle eleştirmiştir. Bkz. Aral, s. 30.

²³³ Aral, s. 30. Öğretide Avcı da, bu tanımı aynen benimsemiştir. Bkz. Avcı, s. 23.

²³⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 25.

müteselsilen sorumlu olduklarını düzenlemiştir (TMK m. 641, ZGB Art. 603). Şu halde, paylaşmanın hukuki niteliği bakımından tereke aktiflerinin paylaşılması ile pasiflerin paylaşılmasını ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

1.2.2.2. Terekedeki Aktifler (Haklar) Bakımından

Terekedeki aktifler bakımından paylaşmanın hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için, mirasçıların tereke ile olan ilişkilerinin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir²³⁵. Bu bakımdan öğretilde öncelikle elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılmakta ve bu doğrultuda paylaşmanın hukuki niteliği tespit edilmektedir²³⁶.

Elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliği konusunda öğretilde dört temel görüş bulunmaktadır. Bunlar; “hakların çoğaltılması görüşü (*Condominium Plurium in Solidum*)²³⁷”, “bölünmüş birlikte hak sahipliği görüşü (*Theorie der Geteilten Mitberechtigung*)²³⁸”, “bölünmemiş elbirliğiyle hak sahipliği görüşü (*Theorie der Ungeteilten Gesamtberechtigung*)²³⁹” ve “birden çok hak sahipliği görüşü (*Theorie der Mehrfachen Rechtszuständigkeit*)²⁴⁰” olarak ifade edilebilir. Bunlardan ilk ikisi, hakların bölünmesine dayanan görüşler iken, diğer ikisi bölünmemiş ortak hakkın var olduğunu kabul eden görüşlerdir.

²³⁵ Aral, s. 32.

²³⁶ Habicht, s. 12; Hauser, s. 14; Ozanemre Yayla, s. 25; Kılıçoğlu, Taksim, s. 26; Wolf, Stephan, “*Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht- Erbgemeinschaft-Erbteilung*”, Zeitschrift für Sozialreform, 2006/II, s. 254.

²³⁷ Hakların çoğaltılması görüşüne göre, elbirliği ortaklığında birden fazla mülkiyet hakkı vardır. Her ortak eşyanın tamamı üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir ancak ortağın bu hakkı, diğer ortakların hakları ile sınırlandırılmış durumdadır. TMK’nun sistemi ile uyuşmayan bu görüş günümüzde terk edilmiştir. Eren, Mülkiyet, s. 130; Ozanemre/Yayla, s. 36 vd; Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl, Dieter, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eigentum**, Band IV/I, Vorbem. Art.546-654, N.8.

²³⁸ Bölünmüş birlikte hak sahipliği görüşüne göre, paylı mülkiyette olduğu gibi elbirliği mülkiyetinde de ortakların payları bulunmaktadır. Ancak ortaklar paylı mülkiyetten farklı olarak tek başına tasarrufta bulunamazlar. Bu görüş, ortaklığa dâhil olan malvarlıklarıyla ilgili olarak, ortak sayısı kadar hakkın mevcut olduğunu ileri sürmektedir. TMK m. 701/2 hükmünde ortakların belirlenmiş paylarının bulunmadığı açıkça belirtildiğinden, bu görüşün kabulü mümkün değildir. Ozanemre Yayla, s. 29; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, N. 9.

²³⁹ Bölünmemiş elbirliğiyle hak sahipliği görüşüne göre, ortaklığı oluşturan birden fazla kişi, toplu hakka bölünmemiş olarak sahiptir. Elbirliği ilkesi çerçevesinde birbirine bağlanan ortaklar bir kişi birliği oluştururlar. Ortaya çıkan bu birlik, bir bakıma tüzel kişiliğe sahip topluluklara benzemektedir ancak onlardan farklı olarak ortakların dışında ve üstünde bir hak sahibi söz konusu değildir. Uzun bir süre öğretildeki hâkim görüşü oluşturan bu görüş, günümüzde terk edilmiş durumdadır. Zira burada bir taraftan ortakların oluşturduğu birliğin hak sahibi olabileceği ileri sürülürken, diğer taraftan bu birliğin bir tüzel kişilik oluşturmadığı belirtilmekte, bu durum kendi içinde çelişki ortaya çıkarmaktadır. Ozanemre Yayla, s. 30; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, N. 10.

²⁴⁰ Günümüzde hâkim görüş olarak kabul edilen birden çok hak sahipliği görüşüne göre, elbirliği ortaklığında ortaklardan her biri bölünmemiş ortak hak üzerinde hak sahibidir. Yani burada birden fazla kişinin sahip olduğu tek bir bölünmemiş hak vardır. Bu sebeple, her bir ortak ayrı ayrı mülkiyet hakkına sahip değildir. Bu yönüyle bölünmemiş elbirliğiyle hak sahipliği görüşüne benzemektedir. Ancak bu görüşün farklı tarafı, hakkın sahibinin ortakların oluşturduğu birlik değil, ortakların tamamı olduğunu ileri sürmesidir. Bu görüşe göre, elbirliği ortaklığında hak sahipliği bakımından çokluk, hakkın kullanılması bakımından ise birlik söz konusudur. Eren, Mülkiyet, s. 130; Ozanemre Yayla, s. 30; Wolf, BK-ZGB, Art. 602, N. 45.

Öğretide, elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliğini açıklayan bu görüşlerden yola çıkılarak, terekedeki aktifler bakımından paylaşmanın hukuki niteliğini açıklayan iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlar “hakkın devri görüşü” ve “haktan vazgeçme görüşü” olarak belirtilebilir²⁴¹. Bu görüşlerin temel ayırım noktası, terekede yer alan haklar bakımından miras ortaklığının mı yoksa bizzat mirasçıların mı hak sahibi olarak kabul edileceği meselesidir²⁴².

Hakkın devri görüşüne göre mirasın paylaşılması, miras ortaklığı ile mirasçılar arasında gerçekleşen bir hak intikalinden ibarettir²⁴³. Elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliği bakımından bölünmemiş hak sahipliği görüşünü temel alan bu görüş, terekedeki hakların sahibi olarak miras ortaklığını kabul eder²⁴⁴. Bu nedenle mirasbırakan öldüğünde terekedeki haklar öncelikle miras ortaklığına geçer. Daha sonrasında ise miras ortaklığının sahip olduğu haklar, paylaşma ile birlikte her bir mirasçıya geçmiş olur (*çifte devir-doppelten Eigentumsübergang*). Dolayısıyla bu görüşe göre mirasın paylaşılması, miras ortaklığı ile her bir mirasçı arasında yapılan bir hukuki işlemdir²⁴⁵.

Haktan vazgeçme görüşüne göre ise, mirasın paylaşılmasında bir hak intikali söz konusu değildir. Zira mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirasçılar terekedeki haklar üzerinde doğrudan doğruya hak sahibi olurlar²⁴⁶. Terekedeki hakların önce miras ortaklığına, daha sonra da mirasçılara geçmesi söz konusu değildir. Paylaşma ile birlikte her mirasçı, tereke yer alan bir değer üzerinde sahip olduğu haktan diğer mirasçı veya mirasçılar lehine vazgeçmiş olur²⁴⁷. Ancak bu görüşü savunan yazarlar arasında da çeşitli yönlerden görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bazı yazarlar, haktan vazgeçme görüşüne, elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliğini açıklayan görüşlerden hakların çoğalması görüşünü esas alarak ulaşmaktadır²⁴⁸. Diğer bazı yazarlar ise, birden çok hak sahipliği görüşüne dayanmaktadırlar²⁴⁹. Hal böyle olmakla birlikte, sonuç itibarıyla ulaştıkları nokta aynıdır. Mirasçılar terekede yer alan hakların sahibidirler ve bu sebeple paylaşma, her mirasçının diğerleri lehine hakkından vazgeçmesi anlamına gelmektedir. Haktan vazgeçme görüşü, günümüzde öğretilde hâkim olan görüştür²⁵⁰.

²⁴¹ Bu iki görüş dışında “hakkın temlik görüşü”, “ortaklığın giderilmesi görüşü” ve “ifa-tasarruf işlemi görüşü” gibi görüşler de bulunmaktadır. Ancak bu görüşler bazı yazarların münferit olarak ileri sürdükleri, taraftar bulamamış görüşlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ozanemre Yayla**, s. 41 vd.

²⁴² **Aral**, s. 32; **Avcı**, s. 24; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 27; **Ozanemre Yayla**, s. 33.

²⁴³ **Escher**, Art. 602, N. 36; **Tuor/Picenoni**, Art. 602, N. 40; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 538; **Aral**, s. 32; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 27.

²⁴⁴ **Hauser**, s. 15; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 538; **Aral**, s. 32; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 27; **Ozanemre Yayla**, s. 33.

²⁴⁵ **Escher**, Art. 602, N. 36; **Tuor/Picenoni**, Art. 602, N. 40; **Aral**, s. 32; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 27; **Avcı**, s. 24; **Ozanemre Yayla**, s. 33.

²⁴⁶ **Avcı**, s. 25; **Aral**, s. 33; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 28; **Ozanemre Yayla**, s. 34.

²⁴⁷ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 538; **Aral**, s. 33; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 28; **Avcı**, s. 25; **Ozanemre Yayla**, s. 34.

²⁴⁸ **Habicht**, s. 12 vd. **Aral**, s. 33, dpn.22’de belirtilen yazarlar.

²⁴⁹ **Hauser**, s. 22. Kunz, Romano, **Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur Gesamten Hand**, Dissertation, Bern, 1963, s. 16 vd.

²⁵⁰ **Habicht**, s. 12; **Hauser**, s. 23; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 538; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 27, **Aral**, s. 33, **Avcı**, s. 25.

Kanaatimizce bu görüş TMK'nun sistemine de uygundur. Zira TMK m. 701/2 hükmüne göre, elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. Şu halde terekede yer alan her mal ve hak üzerinde bütün mirasçılar ayrı ayrı hak sahipliği vardır. Örneğin terekede bir adet taşınmaz mal varsa, her mirasçı ayrı ayrı bu taşınmazın tamamına maliktir. Dolayısıyla TMK'na göre, terekede yer alan haklar doğrudan doğruya mirasçılarındır. Bu sebeple, mirasçılar zaten hak sahibi oldukları bir tereke unsuru için tekrar devir yapmalarına ihtiyaç yoktur. Terekede yer alan bir aktif değer mirasçılardan birine özgülenmişse, tasarruf işleminin gerçekleştirilmesiyle birlikte diğer mirasçılar özgülenen bu değer üzerindeki haklarından, o mirasçı lehine vazgeçmiş olurlar²⁵¹.

1.2.2.3. Terekedeki Pasifler (Borçlar) Bakımından

TMK m. 641/1 (ZGB Art. 603, Abs. 1) hükmüne göre, mirasçılar tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar²⁵². Kanun koyucu, terekedeki haklar bakımından kabul ettiği elbirliğiyle hak sahipliği ilkesini, tereke borçları bakımından kabul etmemiştir. Mirasçılar kendi aralarında tereke borçlarının tamamen veya kısmen paylaşılmasına ilişkin sözleşme yapabilirler²⁵³. Ancak bu sözleşme mirasçılar arasında hüküm ve sonuç doğurduğundan alacaklılara karşı ileri sürülemez²⁵⁴. Diğer bir deyişle, mirasçılar tereke borçlarının paylaşılması konusunda sözleşme yapsalar bile alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu olmaya devam ederler. Bu çerçevede alacaklı, alacağının tamamını dilediği mirasçıdan talep edebilir.

Tereke borçlarının paylaşılmasına ilişkin sözleşme, hukuki nitelik itibarıyla borcun iç üstlenilmesi sözleşmesidir²⁵⁵. Ancak bu sözleşme, TBK m. 195'te düzenlenen borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinden bazı yönleriyle ayrılmaktadır. Şöyle ki, TBK m. 195 çerçevesinde borçtan kurtarmayı taahhüt eden kişi, alacaklı ve borçlu dışında kalan üçüncü bir kişidir. Tereke borcunun paylaşılmasında ise borçtan kurtarmayı taahhüt eden kişi, üçüncü kişi olmayıp diğer mirasçılarla birlikte hâlihazırda müteselsilen borçtan sorumlu olan mirasçıdır²⁵⁶. Bu sebeple öğretide, tereke borçlarının paylaşılmasına ilişkin sözleşmeler bakımından TMK m. 681 hükmünün öncelikle uygulanması gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁷. Buna göre alacaklı, borcun

²⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 677; Kunz, s. 125-127; Hauser, s. 23; Eren/Yücer Aktürk, s. 539; Aral, s. 32.

²⁵² Eren/Yücer Aktürk, s. 477; Oğuzman, s. 318; Dural/Öz, s. 457; İmre/Erman, s. 454; Serozan/Engin, s. 507; Antalya/Sağlam, s. 483; Kılıçoğlu, Taksim, s. 25; Aral, s. 31; Avcı, s. 25; Ozanemre Yayla, s. 23.

²⁵³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 26; Aral, s. 31; Avcı, s. 25; Ozanemre Yayla, s. 23.

²⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 734; Kılıçoğlu, Taksim, s. 26; Aral, s. 31; Avcı, s. 25; Ozanemre Yayla, s. 23; Escher, Art. 639, N.4; Tuor/Picenoni, Art. 639, N.3; Habicht, s. 8.

²⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 734; Kılıçoğlu, Taksim, s. 26; Aral, s. 31; Avcı, s. 25; Ozanemre Yayla, s. 23; Escher, Art. 639, N.4; Tuor/Picenoni, Art. 639, N.3; Habicht, s. 8; Jost, s. 4.

²⁵⁶ İmre/Erman, s. 581; Aral, s. 31; Ozanemre Yayla, s. 24.

²⁵⁷ İmre/Erman, s. 581; Aral, s. 31; Ozanemre Yayla, s. 24. İmre/Erman'a göre, mirasçılar tereke borçlarını paylaşma sözleşmesiyle birlikte paylaşmışlarsa, TMK m. 681 hükmü öncelikli olarak uygulanmalı, Borçlar Kanunu hükümleri ise tamamlayıcı olarak işlev görmelidir. Ancak mirasçılar borcun üstlenilmesini paylaşma

paylaşılmasına ilişkin mirasçılar arasında yapılan anlaşmaya açık veya örtülü olarak rıza göstermişse, müteselsil sorumluluk sona ererek kişisel sorumluluğa dönüşür²⁵⁸. Zamanaşımıyla ilgili olarak da TMK m. 681/2’de yer alan beş yıllık süre uygulanır.

1.2.3. Paylaşma Türleri

1.2.3.1. Genel Olarak

Paylaşma türleri temel olarak iki başlık altında ele alınabilir. Bunlar, paylaşma kararının kaynağı bakımından paylaşma türleri ve kapsam bakımından paylaşma türleridir.

Paylaşma kararının kaynağı bakımından paylaşma türleri, “iradi paylaşma” ve “yargısal paylaşma” olmak üzere ikiye ayrılır²⁵⁹. İradi paylaşma da kendi içerisinde, “elden paylaşma” ve “yazılı paylaşma sözleşmesi” olarak ikiye ayrılır²⁶⁰.

Kapsam bakımından paylaşma türleri ise öncelikle “tam paylaşma” ve “kısmi paylaşma” olmak üzere ikiye ayrılır. Kısmi paylaşma kendi içerisinde “objektif kısmi paylaşma”, “sübjektif kısmi paylaşma” ve “karma kısmi paylaşma” şeklinde üç türe ayrılmaktadır²⁶¹.

1.2.3.2. Paylaşma Kararının Kaynağı Bakımından

1.2.3.2.1. İradi Paylaşma

İradi paylaşma, bütün mirasçıların bir araya gelerek serbest iradeleri çerçevesinde kendi aralarında anlaşarak mirası paylaşımlarını ifade eder²⁶². İradi paylaşmanın en temel noktası, bütün mirasçıların hukuki işleme katılmalarını ifade eden oybirliği ilkesidir. TMK’da iki türlü iradi paylaşma kabul edilmiştir. Bunlar “elden paylaşma” ve “yazılı paylaşma sözleşmesi” dir.

sözleşmesinden ayrı olarak yapmışlarsa bu durumda Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekebilir. Bkz: **İmre/Erman**, s. 581.

²⁵⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 736; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 112; **Aral**, s. 32; **İmre/Erman**, s. 582; **Avcı**, s. 168; **Ozanemre Yayla**, s. 344; **Tuor/Picenoni**, Art. 639, N. 4; **Escher**, Art. 639, N. 4.

²⁵⁹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 540; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 45. Öğretide bazı yazarlar paylaşmanın bu türlerini “gerçekleşme şekli bakımından paylaşma türleri” olarak ele almaktadırlar. Bkz. **Aral**, s. 35, **Avcı**, s. 48. **Avcı**, gerçekleşme şekli bakımından paylaşma türlerine mirasbırakanın paylaştırmasını da dâhil etmektedir (Bkz. **Avcı**, s. 48). Kanaatimizce mirasbırakanın paylaştırma kuralları, paylaşmanın bir türü değildir. Mirasçılar oybirliği ile anlaşarak mirasbırakanın paylaştırma kurallarının aynen uygulanmasına ya da uygulanmamasına karar verebilirler. Bu ihtimalde paylaşma mirasçıların iradesiyle gerçekleşmiş olur. Mirasçıların bu konuda anlaşamamaları halinde ise yargısal paylaşma gündeme gelecektir. Şu halde, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufuyla koyduğu paylaşma kuralları, paylaşmanın bir türünü değil, paylaştırma kurallarının bir türünü oluşturur.

²⁶⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 721; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 540; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 46; **Aral**, s. 35; **Avcı**, s. 49.

²⁶¹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 541; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 48; **Aral**, s. 35; **Avcı**, s. 54; **Hauser**, s. 25.

²⁶² **Eren/Yücer Aktürk**, s. 540; **Serozan/Engin**, s. 606; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 45; **İşgüzar**, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman, **Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 178.

Yazılı paylaşma sözleşmesinin de zaman itibariyle mirasın açılmasından önce ya da sonra yapılması söz konusu olabilir²⁶³.

1.2.3.2.2. Yargısal Paylaşma

TMK m. 642/1 (ZGB Art. 604, Abs. 1) hükmüne göre, mirasçılardan her biri sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir. Söz konusu hüküm, miras ortaklığına dâhil olan her mirasçıya paylaşmanın gerçekleştirilmesi için diğer mirasçılara karşı talep hakkı (*Erbteilungsanspruch*) vermektedir²⁶⁴. Bu talep hakkının kullanılması için diğer mirasçılara herhangi bir şekilde yöneltilmesi yeterlidir²⁶⁵. Bütün mirasçıların bu talebe olumlu yaklaşması durumunda iradi paylaşma gerçekleştirilebilir²⁶⁶. Ancak mirasçılardan biri dahi bu talebe olumsuz yaklaşırsa, oybirliği ilkesi gerçekleşmediğinden iradi paylaşma mümkün olmaz.

İradi paylaşmanın mümkün olmaması ihtimalinde, her bir mirasçı sulh mahkemesine başvurarak paylaşmanın mahkeme kararıyla gerçekleştirilmesini talep edebilir (TMK m. 642/2). Söz konusu talep için açılan davaya miras paylaşma davası (*Erbteilungsklage*) denilmektedir²⁶⁷. Yenilik doğuran dava niteliğindeki²⁶⁸ bu dava, aynı zamanda çift taraflı dava (*actio duplex, doppelseitige klage*) karakterine sahiptir²⁶⁹. Zira bu davada her mirasçı hem davacı hem de davalı sıfatı ile yargılamada yer alır. Paylaşma davası sonucunda verilen paylaşma kararı ile birlikte, mirasçılar arasındaki elbirliği ile hak sahipliği ilişkisi ortadan kalkar ve kişisel hak sahipliği kurulmuş olur²⁷⁰. Paylaşma kararı, aynî etkiye (*dingliche Wirkung*) sahip bir karardır²⁷¹. Bu karar sonucunda mirasçılar, kendilerine özgülenen malvarlığı

²⁶³ Bkz: 1.3.2.

²⁶⁴ **Wolf/Genna**, § 29, s. 196; **Avcı**, s. 51.

²⁶⁵ **Wolf/Genna**, § 29, s. 197; **Aral**, s. 51.

²⁶⁶ Elbette ilk başta paylaşma talebine olumlu yaklaşan mirasçıların, sonradan miras paylarının oluşturulması veya özgülenmesi aşamalarında anlaşmazlığa düşmeleri ihtimal dâhilindedir. Bu durumda doğal olarak iradi paylaşma gerçekleşmiş olmaz.

²⁶⁷ **Hrubesch-Millauer, Stephanie/ Bosshardt, Martina/ Kocher, Moritz B.**, “**Rechtsbegehren im Erbrecht**”, *Successio - Zeitschrift für Erbrecht*, 2018, s. 22; **Escher**, Art. 604, N.3; **Jost**, s. 69; **Hauser**, s. 7; **Druey**, s. 239; **Brückner, Christian/Weibel, Thomas**, **Die Erbrechtlichen Klagen**, 3. Auflage, 2012, s. 24; **Wolf/Genna**, § 29, s. 208; **Wolf**, BK-ZGB, Art. 604, s. 115; **Graham-Siegenthaler**, Art. 604, s. 350; **Häfliger**, Art. 604, s. 1164; **Beusch-Liggenstorfer/Dorjee-Good/Gellis**, Art. 604, s. 869; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 619; **Aral**, s. 55; **Avcı**, s. 69; **Ozanemre Yayla**, s. 223.

²⁶⁸ Miras paylaşma davasının hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş bu davanın yenilik doğuran dava niteliğinde olduğu yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Avcı**, s. 72; **Aral**, s. 60; **Ozanemre Yayla**, s. 265; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher**, s. 24.

²⁶⁹ **Graham-Siegenthaler**, Art. 604, s. 351; **Häfliger**, Art. 604, s. 1165; **Beusch-Liggenstorfer/Dorjee-Good/Gellis**, Art. 604, s. 870; **Jost**, s. 39; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher**, s. 24; **Avcı**, s. 73; **Ozanemre Yayla**, s. 252.

²⁷⁰ Ancak bu durum paylaşmanın tüm tereke unsurlarını kapsaması halinde söz konusu olur. Kısmi paylaşmada bu sonuç ortaya çıkmaz. **Avcı**, s. 153.

²⁷¹ **Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher**, s. 24; **Escher**, Art. 604, N. 5b; **Tuor/Picenoni**, Art. 604, N. 4; **Jost**, s. 87; **Graham-Siegenthaler**, Art. 604, s. 351; **Häfliger**, Art. 604, s. 1165; **Beusch-Liggenstorfer/Dorjee-Good/Gellis**, Art. 604, s. 870; **Avcı**, s. 154.

unsurları üzerinde kişisel hak sahibi olurlar. Özgülenen malvarlığı unsurlarına ilişkin tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına ihtiyaç yoktur²⁷².

1.2.3.3. Kapsam Bakımından

1.2.3.3.1. Tam Paylaşma

Tam paylaşma (*vollständige Teilung*), terekede bulunan bütün unsurların mirasçılar tarafından paylaşılmasını ifade eder²⁷³. Bu paylaşma, iradi olarak gerçekleştirilebileceği gibi, yargısal olarak da gerçekleştirilebilir. Mirasçılar terekedeki tüm unsurları aralarında paylaşırlarsa, tam paylaşma iradi olarak gerçekleşmiş olur. İradi paylaşma mümkün olmayıp, mirasçılardan birinin terekedeki tüm unsurların paylaşılmasını mahkemeden talep etmesi durumunda ise tam paylaşma yargısal olarak gerçekleşir. Tam paylaşma, miras paylarının oluşturulması ve bu payların mirasçılara özgülenmesiyle birlikte miras ortaklığını sona erdirir.

1.2.3.3.2. Kısmî Paylaşma

Kısmî paylaşma (*beschränkte/partielle Teilung*), paylaşmanın tereke malları, mirasçılar ya da her ikisi bakımından sınırlandırılmasını ifade eder²⁷⁴. Paylaşma tereke malları bakımından sınırlandırılmışsa objektif kısmî paylaşma (*objektiv beschränkte/partielle Teilung*), mirasçılar bakımından sınırlandırılmışsa sübjektif kısmî paylaşma (*subjektiv beschränkte/partielle Teilung*) olarak adlandırılır²⁷⁵. Paylaşmanın hem tereke malları hem de mirasçılar tarafından sınırlandırılması ihtimalinde ise karma kısmî paylaşma (*kombiniert beschränkte/partielle Teilung*) söz konusu olur²⁷⁶.

İradi paylaşmanın kısmî olarak gerçekleştirilebileceği noktasında bir duraksama yoktur. Ancak kısmî paylaşmanın mahkemeden talep edilip edilemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır. Bu konuda kısmî paylaşmanın türüne göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

1.2.3.3.2.1. Objektif Kısmî Paylaşma

Terekede yer alan unsurların bir kısmının mirasçılar arasında paylaşılması durumunda objektif kısmî paylaşma vardır²⁷⁷. Bu durumda terekede yer alan unsurlardan paylaşmaya konu

²⁷² Avcı, s. 154.

²⁷³ Eren/Yücer Aktürk, s. 541; Dural/Öz, s. 468; İmre/Erman, s. 465; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 178; Kılıçoğlu, Taksim, s. 46; Aral, s. 38; Avcı, s. 53.

²⁷⁴ Hauser, s. 24; Druey, s. 236; Kılıçoğlu, Taksim, s. 46; Avcı, s. 54.

²⁷⁵ Hauser, s. 24; Druey, s. 236; Annen, s. 61; Felber, s. 39; Aral, s. 39.

²⁷⁶ Hauser, s. 44; Druey, s. 236; Annen, s. 62; Aral, s. 41; Avcı, s. 61.

²⁷⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 542; İmre/Erman, s. 466; Dural/Öz, s. 469; Kılıçoğlu, Taksim, s. 48; Aral, s. 39; Avcı, s. 54; Hauser, s. 25; Annen, s. 70; Felber, s. 38.

olmayanlar üzerinde mirasçıların elbirliğiyle hak sahipliği devam eder. Bu sebeple objektif kısmî paylaşma durumunda kural olarak miras ortaklığı sona ermez. Ancak mirasçılar, paylaşma dışında kalan tereke unsurları üzerinde adi ortaklık ya da paylı ortaklık gibi farklı türde bir ortaklık kurmayı kararlaştırırlarsa miras ortaklığı sona ermiş olur²⁷⁸. Öte yandan öğretide bu ihtimal bakımından, paylaşma dışı kalan tereke unsurlarının değerlerinin ve fiilen nasıl kullanıldıklarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir²⁷⁹. Buna göre, manevi değeri bulunan ve hatıra niteliği taşıyan tereke unsurları paylaşma dışında bırakılmışsa, bunlar üzerinde paylı mülkiyet ya da adi ortaklık kurulduğu kabul edilerek miras ortaklığının sona erdiği sonucuna varılmalıdır²⁸⁰.

Objektif kısmî paylaşma, mirasçılarının kişisel durumlarından kaynaklanabileceği gibi, kanundan doğan sınırlamalardan da kaynaklanabilir. Söz gelimi, mirasçılardan birinin acil nakit ihtiyacının bulunması halinde, şimdilik terekede bulunan paranın mirasçılar arasında paylaşılmasına yönelik anlaşma yapılması pekâlâ mümkündür. Kanundan doğan sınırlamalar bakımından en bariz örnek ise tarım arazilerinin paylaşılmasıdır. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, tarım arazilerinin miras yoluyla intikali bakımından bazı kısıtlamalar getirmektedir. Bu kısıtlamalar sebebiyle terekede bulunan tarım arazisinin paylaşılması mümkün olmayabilir²⁸¹. Böyle bir ihtimalde, mirasçılarının tarım arazisinin paylaşılmasını erteleyip öncelikle tarım arazisi dışında kalan tereke unsurlarının paylaşılması konusunda anlaşmaları mümkündür.

Objektif kısmî paylaşma bakımından en büyük tartışma konusu, anlaşma olmaması halinde mirasçılardan biri veya birkaçının terekedeki bazı unsurlar bakımından kısmî paylaşma davası açıp açamayacağı noktasındadır²⁸². Öğretide bir görüşe göre, paylaşma davası terekenin tümünü kapsayacak şekilde açılmalıdır²⁸³. Mirasçılardan bir ya da birkaçının diğerlerini kısmî paylaşmaya zorlayan bir dava açması kabul edilemez. Kısmî paylaşma davası açılması miras paylarının oluşturulmasını zorlaştırır. Bu görüşe göre, kısmî paylaşma davası, elbirliği mülkiyetinin mahiyetine de uygun düşmez²⁸⁴. Zira miras ortaklığında terekede bulunan her malvarlığı unsuru üzerinde ayrı bir hak sahipliği yoktur. Kısmî paylaşma davasının kabul

²⁷⁸ **Felber**, s. 39; **Avcı**, s. 54. *Aral*'a göre bu durumda tam paylaşmanın gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Bkz. *Aral*, s. 40.

²⁷⁹ **Hauser**, s. 27; **Felber**, s. 41; **Aral**, s. 40.

²⁸⁰ **Hauser**, s. 28; **Felber**, s. 43; **Escher**, Art. 602, N. 40; **Tuor/Pictoni**, Art. 602, N. 6; **Aral**, s. 40.

²⁸¹ Bu konuya ileride ayrıntılı olarak değinilecektir.

²⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz: Ergüne, Mehmet Serkan, "Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 1077.

²⁸³ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 689; **Oğuzman**, s. 321; **İmre/Erman**, s. 467; **Aral**, s. 76; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 47; **Serozan/Engin**, s. 609; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 178; **Escher**, Art. 602, N. 39; **Tuor/Pictoni**, N. 4.

²⁸⁴ **Aral**, s. 76; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 48.

edilmesi halinde, mirasçılardan herhangi birisi kendisi için elverişli olan mallar bakımından paylaşmayı sağlayacak, diğer malların paylaşılması ise sürüncemede kalacaktır²⁸⁵.

Buna karşılık başka bir görüş, terekedeki bazı unsurlar için kısmî paylaşma davası açılmasını mümkün görmektedir²⁸⁶. Bu görüşe göre, kısmî paylaşma davası açma imkânı kanunda yer alan muhtelif hükümlerden dolayı olarak çıkarılabilir. TMK m. 642/3 hükmüne göre, paylaşmanın hemen yapılması, paylaşmaya konu olan malın veya terekenin değerini önemli ölçüde azaltacaksa, sulh hâkimi mirasçılardan birinin talebi üzerine bu malın veya terekenin paylaşılmasının ertelenmesine karar verebilir²⁸⁷. Bunun dışında TMK’da, resmi tasfiye halinde mirasçıların tasfiye için gerekli olmayan tereke mallarının ve paranın kısmen veya tamamen kendilerine verilmesini isteyebilecekleri düzenlenmiştir (TMK m. 635/4). Bu düzenlemenin kıyasen miras ortaklığına da uygulanabileceği ifade edilmektedir²⁸⁸. Son olarak TMK m. 676/2’de yer alan, mirasçıların paylaşma sözleşmesiyle tereke mallarının bir kısmı veya tamamı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini kabul edebilecekleri şeklindeki hükmün geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Böylece, bir kısım tereke mallarının mirasçılar arasında fiilen paylaşılmasının mümkün olduğu ve dolayısıyla kısmî paylaşma davası açılabilmesi sonucuna varılacağı belirtilmektedir²⁸⁹.

Kanaatimizce kısmî paylaşma davası açılmasının mümkün olup olmadığını tespit etmek bakımından burada belirtilen hükümlere gitmeye gerek yoktur. TMK m. 642/2 hükmünde, her mirasçının belirli malların aynen veya olanak yoksa satış yoluyla paylaştırılmasına karar verilmesini isteyebileceği açıkça düzenlenmiştir²⁹⁰. Ayrıca söz konusu maddenin gerekçesinde de, mirasçılardan her birine tereke mallarının tamamının ya da bir kısmının paylaşılmasını isteme yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir²⁹¹. Bu durum karşısında, kısmî paylaşma davasının açılmayacağı yönündeki görüşün geçerliliğini yitirdiğini kabul etmek gerekmektedir²⁹². Kısmî

²⁸⁵ Aral, s. 76; Kılıçoğlu, Taksim, s. 48.

²⁸⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 624; Antalya/Sağlam, s. 513; Ergüne, s. 1077; Annen, s. 78; Wolf, BK-ZGB, Art. 604, s. 120; Wolf/Genna, § 29, s. 199; Graham- Siegenthaler, Art. 604, s. 352; Häfliger, Art. 604, s. 1164; Beusch-Liggenstorfer/Dorjee-Good/Gellis, Art. 604, s. 869; Brückner/Weibel, s. 96.

²⁸⁷ Öztan, s. 457; Ergüne, s. 1078; Jost, s. 125.

²⁸⁸ Ergüne, s. 1078; Avcı, s. 56; Jost, s. 126.

²⁸⁹ Ergüne, s. 1078; Avcı, s. 57; Jost, s. 127.

²⁹⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 624; Ergüne, s. 1079; Avcı, s. 57.

²⁹¹ “İkinci fıkra mirasçılardan her birine, tereke mallarının tamamının ya da bir kısmının paylaşılmasını isteme yetkisi tanınmıştır. Böylece paylaşmanın kısmen dahi yapılabilmesine olanak sağlanmış olmaktadır. Bu tür bir istem karşısında, öncelikle aynen paylaşmanın, buna olanak bulunmaması (örneğin terekedeki bir taşınmazın belli yüzölçümünden küçük olması nedeniyle parçalara ayrılamaması) durumunda ise, paylaşmanın satış yoluyla gerçekleştirileceği hükmü tekrarlanmıştır.” Türk Medeni Kanunu Madde Gerekçeleri, <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/zgb-alp-amtl-begr.pdf> (erişim tarihi: 03/08/2019).

²⁹² Ergüne, s. 1079. İmre/Erman’a göre, mirasçılardan birinin belirli bir mala ilişkin kısmi paylaşma talebinde bulunması durumunda, diğer mirasçılar ya bunu kabul etmek ya da tam paylaşmayı istemek arasında bir seçim yapmak zorunda değildirler. Şartların uygun olması halinde TMK m. 642/2, c.2’de belirtilen şekilde kısmi paylaşmanın kapsamının genişletilmesini talep edebilirler. Bkz: İmre/Erman, s. 467-468.

paylaşma davasını kabul etmeyen görüş, temel olarak 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 583'de böyle bir hüküm bulunmamasından yola çıkmaktaydı²⁹³. İsviçre Hukukunda yer alan görüşlerde, farklı hükümlerden yola çıkarak dolaylı şekilde kısmî paylaşma davasına ulaşılmaya çalışılmasının sebebi de mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB Art. 604) bu yönde bir hükmün bulunmamasıdır²⁹⁴.

Kanunda objektif kısmî paylaşma davası açma imkânı getirilmekle birlikte, bu durumun belirli şartlara bağlanmamış olması bazı çelişkilere yol açmaktadır. TMK m. 642/2'de önce belirli malların paylaşılması için talepte bulunulabileceği söylenmekte, ardından da hâkimin terekenin tamamını göz önünde tutarak paylaşmıyayı yapacağı belirtilmektedir. Şu halde her tereke unsuru için ayrı paylaşma davası açılması durumunda, terekenin tamamı göz önünde tutularak miras paylarının oluşturulması ve özgülmesi mümkün görünmemektedir²⁹⁵. Uygulamada da çoğunlukla terekede bulunan münferit malların ve özellikle de taşınmazların satışı suretiyle paylaşma gerçekleştirilmektedir²⁹⁶. Bu durum, kanunda temel olarak kabul edilen aynen paylaşma ilkesinin de uygulama bakımından anlamsız kaldığına işaret etmektedir²⁹⁷.

1.2.3.3.2.2. Sübjektif Kısmî Paylaşma

Mirasçılardan bir veya birkaçının, terekede yer alan malvarlığı unsurlarından kendi miras paylarına karşılık gelenleri alarak ya da miras paylarını devrederek miras ortaklığından ayrılmaları halinde sübjektif kısmî paylaşma vardır²⁹⁸. Mirasçılar, içlerinden birinin veya birkaçının kendi paylarına düşen unsurları alarak miras ortaklığından ayrılmaları konusunda anlaşma yapabilirler. Bu şekilde bir paylaşma miras ortaklığını kural olarak sona erdirmez. Zira geri kalan mirasçıların paylaşılmayan tereke unsurları üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliği devam eder²⁹⁹. Ancak bunun için, miras ortaklığında en az üç tane mirasçının bulunması gerekir. İki tane mirasçıdan oluşan bir miras ortaklığında, bunlardan birinin diğeriyle anlaşarak kendi payına düşen tereke unsurlarını alması halinde tam paylaşma söz konusu olur.

²⁹³ Kılıçoğlu'na göre, MK m.583/1'de yer alan kısmî taksim, terekenin tamamının paylaşılmasının terekenin değerini önemli ölçüde azaltması haliyle sınırlı olan istisnâ bir durumdur. Yazara göre kanun koyucu terekenin kısmen taksimini geçerli görseydi, istisnâ bir hükme ihtiyaç kalmazdı. Bkz. Kılıçoğlu, Taksim, s. 48.

²⁹⁴ ZGB Art.604/2'ye göre bir mirasçının talebi üzerine mahkeme, paylaşmanın derhal gerçekleştirilmesi halinde mirasın veya bazı tereke mallarının kıymetinde önemli zararlar meydana gelecekse paylaşmanın geçici olarak ertelenmesine karar verebilir.

²⁹⁵ Ergüne, s. 1080.

²⁹⁶ Ergüne, s. 1080.

²⁹⁷ Objektif kısmî paylaşma davasının olumsuz yönlerinin düzeltilmesi için belirli şartlara bağlanması gerektiği yönünde; Ergüne, s. 1081 vd.

²⁹⁸ Hauser, s. 31; Annen, s. 86; Kılıçoğlu, Taksim, s. 49; Dural/Öz, s. 470; İmre/Erman, s. 466.

²⁹⁹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 48; Avcı, s. 57.

Öğretide, bir veya birden çok mirasçının tereke üzerindeki haklarından ivazsız olarak vazgeçmelerini veya miras paylarını diğer mirasçılara devretmelerini sübjektif kısmî paylaşma olarak değerlendiren bir görüş bulunmaktadır³⁰⁰. Buna karşı çıkan başka bir görüşe göre ise, miras payının devri, paylaşma kavramının mahiyetine uygun düşmemektedir³⁰¹. Zira miras payının devrinde esas olan terekenin paylaşılması değil, belirli bir miras payının akıbetinin tayin edilmesidir³⁰².

Kanaatimizce birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Her ne kadar miras payının devri, çeşitli açılardan paylaşma sözleşmesi ile farklılık gösterse de, bu sözleşmenin kanundaki sistematik bakımından paylaşmaya yardımcı nitelikte bir sözleşme olduğu açıktır. Nitekim miras payının devri sözleşmesi kanunda “*Paylaşmanın sonuçlandırılması*” başlığı altında ve paylaşma sözleşmesinden hemen sonra düzenlenmiştir (TMK m. 677). Öte yandan miras payının devrini paylaşma kavramından tamamen farklı kabul etmenin pratik açıdan önemi yoktur. Örneğin, üç mirasçıdan oluşan miras ortaklığında, bir mirasçı kendi payını diğer mirasçılardan birine devretmiş olsa, devreden mirasçı miras ortaklığından çıkmış olur. Aynı mirasçılar bu kez paylaşma sözleşmesi yaparak içlerinden birinin miras payını alıp ortaklıktan çıkmasını kararlaştırmış olsalar, bu ihtimalde de kendi payını alan mirasçı miras ortaklığından çıkmış olur. Şu halde her iki durumda da miras ortaklığındaki mirasçı sayısı azalmaktadır. Ancak, miras payının mirasçılar dışında kalan üçüncü kişiye devri halinde, devralan üçüncü kişi mirasçı sıfatını kazanamadığından miras ortaklığının üyelerinde değişiklik meydana gelmez. Haliyle bu durumda sübjektif kısmî paylaşmadan bahsedilemez³⁰³.

Sübjektif kısmî paylaşma, dava sonucunda da söz konusu olabilir. Mirasçılardan birinin, miras payının belirlenerek buna karşılık gelen tereke unsurlarının kendisine özgülenmesi için talepte bulunması mümkündür³⁰⁴. Bu durumda diğer mirasçılar, talepte bulunan mirasçının terekeden ayrılmasından sonra, miras ortaklığının kendi aralarında devam edeceği üzerine anlaşabilirler. Paylaşma talebinde bulunan mirasçı, terekenin tamamen paylaştırılması yönünde diğer mirasçıları zorlayamaz³⁰⁵. Bu durumda paylaşma davası, sübjektif kısmî paylaşma ile sona ermiş olur.

³⁰⁰ Hauser, s. 35; Annen, s. 86; Habicht, s. 23; Jost, s. 122; Kılıçoğlu, Taksim, s. 49.

³⁰¹ Aral, s. 41.

³⁰² Aral, s. 41.

³⁰³ Hauser, s. 37; Annen, s. 86-87; Felber, s. 64

³⁰⁴ Escher, Art. 604, N. 4; Tuor/Picenoni, Art. 604, N. 3; Annen, s. 66; Felber, s. 53-54; Avcı, s. 57.

³⁰⁵ Avcı, s. 58.

1.2.3.3.2.3. Karma Kismî Paylaşma

Öğretide objektif ve sübjektif kismî paylaşmanın birlikte bulunduğu durumlarda karma kismî paylaşma bulunduğu ifade edilmektedir³⁰⁶. Buna göre burada miras ortaklığı hem kişi sayısı bakımından hem de malvarlığı bakımından daralmaktadır.

Kanaatimizce karma kismî paylaşma şeklinde bir paylaşma türüne ihtiyaç yoktur. Öğretide karma kismî paylaşmaya örnek olarak gösterilen durumlar esasen sübjektif kismî paylaşmanın bir türünden ibarettir. Bu konuda verilen bir örneğe göre, terekeden bir unsurun satılıp, mirasçılardan biri satış bedelinden payına düşeni alarak ortaklıktan ayrılmış ve kalan unsurlar üzerinde satış bedelinden payını alan diğer mirasçılar arasında miras ortaklığı devam ediyorsa karma kismî paylaşma vardır³⁰⁷. Burada esas olan, mirasçılardan birinin kendi payını alarak miras ortaklığından ayrılmış olmasıdır. Satış bedelinin, miras ortaklığını devam ettiren mirasçılar arasında da paylaştırılmış olması, aynı zamanda objektif kismî paylaşmanın var olduğunu göstermez. Zira objektif kismî paylaşmada mirasçı sayısı bakımından bir değişiklik söz konusu olmaz. Sübjektif kismî paylaşma ise bazı durumlarda miras ortaklığının hem mirasçı sayısı bakımından hem de malvarlığı bakımından daralması sonucunu doğurur. Zira terekeden kendi payına düşeni alıp ayrılan mirasçı, doğal olarak aynı zamanda terekenin malvarlığı bakımından da daralmasına yol açmış olur³⁰⁸. Şu halde kismî paylaşma bakımından objektif ve sübjektif şeklinde ikili bir ayrıma gitmek yeterlidir³⁰⁹.

1.2.4. Paylaşmaya Hâkim Olan Temel İlkeler

1.2.4.1. Genel Olarak

Mirasın paylaşılması bakımından geçerli olan temel ilkeler; irade özgürlüğü ilkesi, eşitlik ilkesi, aynen paylaşma ilkesi, aynî ikame ilkesi ve oybirliği ilkesi olarak belirtilebilir.

1.2.4.2. İrade Özgürlüğü İlkesi

1.2.4.2.1. Genel Kural

Mirasın paylaşılması bakımından geçerli olan temel ilkelerden ilki, mirasçıların irade özgürlüğü ilkesidir (*Prinzip der freien Erbteilung*)³¹⁰. Kanun koyucu, mirasçılarının iradelerine

³⁰⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 49; Aral, s. 41; Avcı, s. 54; Hauser, s. 45; Druey, s. 236; Wolf, BK-ZGB, Art. 604, s. 119.

³⁰⁷ Aral, s. 41-42; Avcı, s. 61; Tuor/Picenoni, Art. 602, N. 11.

³⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 687.

³⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 687; Jost, s. 120; Annen, s. 62; Felber, s. 28; Hauser, s. 44.

³¹⁰ Baumgartner, Matthias, *Der Grundsatz der freien Erbteilung*, Winterthur, 1954, s. 1; Wolf/Genna, § 30, s. 218; Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 178; Meyer, Thomas, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 607, s. 360; Häfliger, Art. 607, s. 1170; Beusch-Liggenstorfer, Christine/Vlcek, Michael, *OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, 2011, Art. 607, s. 874; Eitel, Kurzfassung, s. 130; Hubert-Froidevaux, Art. 607, s. 822; Elmiger,

üstünlük tanıyarak paylaşmayı diledikleri şekilde yapabileceklerini kabul etmiştir. Nitekim TMK m. 646/2 hükmüne göre, aksine düzenleme bulunmadıkça mirasçılar, paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırabilirler. Paylaşmada irade özgürlüğü ilkesi, borçlar hukukundaki irade özerkliği ve bunun içeriğine dâhil olan sözleşme özgürlüğü ilkelerinin miras hukukundaki yansımasıdır³¹¹.

İrade özgürlüğü ilkesi her şeyden önce, mirasçıların diledikleri zaman paylaşmayı talep edebilmeleri ve gerçekleştirebilmeleri anlamına gelir³¹². TMK m. 642/1 hükmünde, mirasçıların kural olarak her zaman mirasın paylaşılmasını talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Ancak mirasçıların diledikleri zaman paylaşmayı isteyebilecekleri kuralının istisnalarının var olduğunu da unutmamak gerekir.

İrade özgürlüğü ilkesi, paylaşmanın nasıl gerçekleştirileceği konusunda da kendisini gösterir. Mirasçılar, miras paylarının oluşturulması, bu payların bir mirasçıya özgülenmesi, terekede bulunan malın belirli bir kişiye satılması ya da tam paylaşma yerine kısmî paylaşma yoluna gidilmesi gibi konularda karar alabilirler. Kanunda paylaşmaya ilişkin getirilen kurallar (*Teilungsvorschriften*) büyük oranda tamamlayıcı yedek hukuk kuralı (*ergänzende Rechtsnormen*) niteliğindedir³¹³. Bu itibarla mirasçılar, paylaşmanın gerçekleştirilme şekli bakımından serbesttirler. Kanunda yer alan kuralların uygulanması, mirasçıların bu kuralların aksini kararlaştırmamış olmalarına bağlıdır³¹⁴. Benzer durum, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuyla koyduğu paylaşma kuralları bakımından da söz konusudur³¹⁵. Mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralları, ancak mirasçıların aksini kararlaştırmamış olmaları halinde uygulanma imkânı bulur.

Mirasçıların irade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde yaptıkları anlaşmalar kural olarak paylaşma davasında hâkimi bağlayıcı etkiye sahiptir. Bu çerçevede hâkim, mirasçılarının belirli konularda yapmış oldukları anlaşmaları dikkate almak ve buna uygun olarak paylaşmayı

Fabienne, **Das Unternehmen in der Erbteilung**, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Schulthess Verlag, Zürich, 2012, s. 6; Weibel/Heckendorn, s. 220; Sutter-Somm, Thomas/Ammann, Dario, «*Tombola iudicialis*» – das Los der uneinigen Erben? Wege zur Auflösung der Erbengemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Teilungsgerichts, Festschrift für Peter Breitschmid, Schulthess Verlag, 2019, s. 545.

³¹¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 544; Aral, s. 43; Kılıçoğlu, Taksim, s. 32; Avcı, s. 30; Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 180.

³¹² Habicht, s. 7; Kılıçoğlu, s. 32; Ozanemre Yayla, s. 44.

³¹³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 702; Eren/Yücer Aktürk, s. 544; Oğuzman, s. 326; Ayiter, s. 237; Serozan/Engin, s. 591; Antalya/Sağlam, s. 516; Aral, s. 43; Ozanemre Yayla, s. 54; Escher, Vorbem. Art. 607, N. 12; Tuor/Picenoni, Vorbem. Art. 607, N. 9; Elmiger, Die Teilungsart, s. 6.

³¹⁴ Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 607, s. 875; Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 179; Häfliger, Art. 607, s. 1170; Meyer, Art. 607, s. 360; Serozan/Engin, s. 590; Avcı, s. 30; Ozanemre Yayla, s. 54.

³¹⁵ Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 607, s. 875; Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 180; Häfliger, Art. 607, s. 1170; Hubert-Froidevaux, Art. 607, s. 823; Meyer, Art. 607, s. 360; Elmiger, Die Teilungsart, s. 6; Sutter-Somm/Ammann, s. 545.

gerçekleştirmek zorundadır³¹⁶. Söz gelimi, mirasçılar belirli bir tereke unsurunun içlerinden birine özgülenmesi konusunda anlaşmışlarsa, hâkim vereceği kararda bu tereke unsurunu söz konusu mirasçıya özgülemelidir. Bu bakımdan paylaşma davasında hâkimin öncelikli olarak mirasçılar üzerinde anlaşmaya vardıkları hususların neler olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Bunun dışında kalan hususlar hâkim tarafından çözüme kavuşturulmalıdır. Ancak hâkim, mirasçılar üzerinde anlaşamadıkları hususlarda da onları uzlaşmaya teşvik edebilir³¹⁷.

1.2.4.2.2. İrade Özgürlüğü İlkesinin İstisnaları

1.2.4.2.2.1. Genel Olarak

İrade özgürlüğü ilkesi, sınırsız olarak uygulanabilecek bir ilke değildir. Mirasçılar gerek paylaşma zamanına gerekse de paylaşma şekline ilişkin özgürlükleri çeşitli sebeplerle sınırlandırılmıştır³¹⁸. Bu sınırlandırmaların kaynağı kanunun emredici bir hükmü (*zwingende Rechtsnormen*) olabileceği gibi, mahkeme kararı, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ya da mirasçılar anlaşması da olabilir.

1.2.4.2.2.2. Kanunun Emredici Hükmünden Doğan Sınırlamalar

Mirasçılar paylaşma konusundaki irade özgürlüklerini sınırlayan hükümlere, hem TMK’da hem de başka kanunlarda rastlanmaktadır. Bu konuda değinilmesi gereken başlıca hüküm, “Cenin nedeniyle erteleme” başlıklı TMK m. 643 hükmüdür. Buna göre, mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir ceninin varlığı halinde paylaşma ceninin doğumuna kadar ertelenir³¹⁹. Muhtemel mirasçı durumunda olan ceninin doğumundan önce, mirasçılar aralarında paylaşma sözleşmesi yapmış olsalar bile bu sözleşme kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle geçersiz olur³²⁰. Aynı şekilde, açılmış olan paylaşma davasındaki hâkim de, ceninin doğumundan önce paylaşma kararı veremez³²¹.

Öte yandan TMK m. 649/3 hükmüne göre, mirasçılardan her biri tereke borçlarının paylaşmadan önce ödenmesini veya güvenceye bağlanmasını isteyebilir³²². Bu durumda tereke borçlarının ödenmesini veya güvenceye bağlanmasını isteyen mirasçı, bu talep yerine

³¹⁶ Avcı, s. 31.

³¹⁷ Avcı, s. 32.

³¹⁸ Aral, s. 44; Kılıçoğlu, Taksim, s. 34; Ozanemre Yayla, s. 46 vd.

³¹⁹ Beusch-Liggenstorfer/Dorjee-Good/Gellis, Art. 605, s. 872; Wolf, BK-ZGB, Art. 605, s. 156; Häfliger, Art. 605, s. 1168; Graham-Siegenthaler, Art. 605, s. 356; İsgüzar/Demir/Yılmaz, s. 180.

³²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 681; Köprülü, s. 400; Eren/Yücer Aktürk, s. 561; Aral, s. 66; Kılıçoğlu, Taksim, s. 34; Dural/Öz, s. 485; Ozanemre Yayla, s. 46.

³²¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 561; Dural/Öz, s. 485; Avcı, s. 118; Ozanemre Yayla, s. 46.

³²² Meyer, Art. 610, s. 365; Häfliger, Art. 610, s. 1177; Wolf, BK-ZGB, Art. 610, s. 240; Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 610, s. 880.

getirilmeden katılım sağlamayacağı için paylaşma sözleşmesi kurulamaz³²³. Mahkemeden böyle bir talepte bulunulması durumunda da hâkim, tereke borçlarının ödenmesine veya güvenceye bağlanmasına karar vermeden paylaşma kararı veremez³²⁴.

Türk Medeni Kanunu dışında mirasçılardan paylaşma özgürlüğünü sınırlayan en temel hükümler, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yer almaktadır.

1.2.4.2.2.3. Mahkeme Kararından Doğan Sınırlamalar

Mahkeme kararından doğan sınırlamalar, mirasçılardan birinin veya birkaçının talepte bulunması halinde mahkemenin verdiği bir karar sonucu ortaya çıkan sınırlamalardır. TMK m. 642/3 (ZGB Art. 604, Abs. 2) hükmüne göre, paylaşmanın derhal yapılması, paylaşım konusu malın veya terekenin değerini önemli ölçüde azaltacaksa, hâkim mirasçılardan birinin talebi üzerine bu malın veya terekenin paylaşılmasının ertelenmesi hakkında karar verebilir³²⁵.

Görüldüğü üzere kanun, hâkimin erteleme kararı vermesi bakımından iki temel şart öngörmüştür. Bunlardan birincisi, hemen paylaşma yapılması durumunda paylaşım konusu malın veya terekenin değerinin önemli ölçüde azalacak olmasıdır. Şu halde kanun koyucu, her değer azalmasını erteleme sebebi olarak kabul etmemiş, azalmanın “önemli ölçüde (*erheblich*)” olmasını aramıştır³²⁶. Değer azalmasının önemli ölçüde olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilecektir. İkinci şart ise, mirasçılardan birinin paylaşmanın ertelenmesini talep etmesidir. Dolayısıyla hâkim paylaşmanın ertelenmesine re'sen karar veremez³²⁷.

Mirasçılardan birinin erteleme talebi üzerine hâkim, mümkünse objektif kısmî paylaşmaya karar verebilir³²⁸. Bu durumda değer azalması oluşmayacak tereke malları mirasçılar arasında paylaştırılır, geri kalan mallar üzerinde miras ortaklığı devam eder.

1.2.4.2.2.4. Mirasbırakanın Ölümüne Bağlı Tasarrufundan Doğan Sınırlamalar

İrade özgürlüğü ilkesi mirasçılar için olduğu kadar mirasbırakan için de önem taşıyan bir ilkedir. Zira bu ilke çerçevesinde mirasbırakan, belirli sınırlar içerisinde olmak kaydıyla,

³²³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 35; Avcı, s. 122.

³²⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 35; Avcı, s. 122; Häfliger, Art. 610, s. 1177.

³²⁵ Couchepin/Maire, Art. 604, s. 807; Wolf, BK-ZGB, Art. 604, s. 150; Beusch-Liggenstorfer/Dorjee-Good/Gellis, Art. 604, s. 871; Graham-Siegenthaler, Art. 604, s. 353; İsgüzar/Demir/Yılmaz, s. 181.

³²⁶ Aral, s. 70; Kılıçoğlu, Taksim, s. 38; Avcı, s. 120; Kocayusufpaşaoğlu, s. 682; Eren/Yücer Aktürk, s. 562; Dural/Öz, s. 485; İmre/Erman, s. 476; İsgüzar/Demir/Yılmaz, s. 181; Wolf, BK-ZGB, Art. 604, s. 150; Couchepin/Maire, Art. 604, s. 807; Häfliger, Art. 604, s. 1166.

³²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 682; Eren/Yücer Aktürk, s. 562; Dural/Öz, s. 485; Aral, s. 71; Kılıçoğlu, Taksim, s. 38; Avcı, s. 121; Ozanemre Yayla, s. 47.

³²⁸ Kılıçoğlu, Taksim, s. 38; Avcı, s. 120; İmre/Erman, s. 477.

malvarlığının ölümünden sonraki akıbeti hakkında tasarruflarda bulunabilmektedir³²⁹. Kanun koyucu, mirasbırakana paylaşma ile ilgili kurallar koyabilme imkânı tanımıştır. TMK m. 647/1 (ZGB Art. 608, Abs. 1) hükmüne göre mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla paylaşmanın nasıl yapılacağı ve payların nasıl oluşturulacağı hakkında kurallar koyabilir³³⁰. Mirasbırakan terekedeki bütün unsurların kime özgüleneceğini belirtebileceği gibi, sadece bazı tereke unsurları hakkında da paylaşma kuralları öngörebilir. Ancak mirasbırakan, koyduğu paylaşma kuralları ile mirasçılarının miras paylarını değiştiremez³³¹.

Kanunda mirasbırakanın paylaşmanın nasıl yapılacağı ile ilgili kurallar koyabileceği açıkça düzenlenirken, paylaşmanın zamanını belirleyip belirleyemeyeceği hakkında bir hüküm konulmamıştır³³². Her şeyden önce, mirasbırakanın paylaşmanın hiçbir zaman yapılmaması şeklinde bir kural koyamayacağını belirtmek gerekir³³³. Bu şekilde kural konulsa bile, kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle ölüme bağlı tasarrufun iptali söz konusu olabilir (TMK m. 557). Mirasbırakanın paylaşmayı belirli süre ertelemesi konusu ise tartışmalıdır.

Öğretide bir görüş, kanunda mirasçılara paylaşmayı diledikleri zaman talep edebilme yetkisinin açıkça verildiği gerekçesiyle, mirasbırakanın paylaşmanın ertelenmesi yönünde kural koyamayacağını ileri sürmektedir³³⁴. Ayrıca bu görüşe göre, mirasbırakana paylaşma kuralı koyma imkânı tanıyan hükümde (TMK m. 647/1), yalnızca paylaşmanın nasıl yapılacağı ve payların nasıl oluşturulacağı ile sınırlı bir düzenleme yapılmıştır. Bu sebeple, mirasbırakanın paylaşmanın ertelenmesi yönündeki tasarrufunu yükleme olarak kabul etmek dahi güçtür³³⁵.

³²⁹ Escher, Art. 608, N. 10; Tuor/Picenoni, Art. 608, N. 9-10; İmre/Erman, s. 474; Eren/Yücer Aktürk, s. 560; Serozan/Engin, s. 590; Aral, s. 74; Avcı, s. 32; Ozanemre Yayla, s. 70.

³³⁰ Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 608, s. 876; Wolf, BK-ZGB, Art. 608, s. 193; Häfliger, Art. 608, s. 1172; Meyer, Art. 608, s. 361; Hubert-Froidevaux, Art. 608, s. 825; Sutter-Somm/Ammann, s. 545; Stein-Wigger, Matthias, "Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften", Aktuelle Juristische Praxis, 2001, s. 1135.

³³¹ Escher, Art. 608, N. 2; Tuor/Picenoni, Art. 608, N. 8; Hauser, s. 9; Hubert-Froidevaux, Art. 608, s. 825; Häfliger, Art. 608, s. 1172; Stein-Wigger, s. 1135; Kocayusufpaşaoğlu, s. 9; Kılıçoğlu, Taksim, s. 39; Aral, s. 74; Avcı, s. 32; Ozanemre Yayla, s. 74.

"Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufuyla paylaşmanın nasıl yapılacağı ve payların nasıl oluşturulacağı hakkında kurallar koyabilir (TMK m. 647/1). Bu kurallar, mirasbırakan tarafından kast edilmemiş olan bir eşitsizlik halinde payların denkleştirilmesi olanağı saklı kalmak kaydıyla mirasçılar için bağlayıcıdır. (TMK M. 647/2). Açıklanan hükümler gereğince; mirasbırakanın, vasiyetname ile yasal mirasçıları yararına kazandırmada bulunması halinde mirasçılar arasında eşitsizlik yaratılması durumunda bu nitelikteki tasarrufun tenkisi mümkündür."

Yarg. 2. HD, T. 29.1.2009, E. 2007/16038, K. 2009/1053. (erişim tarihi: 13.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

³³² Alman Medeni Kanunu § 2044 hükmünde, mirasbırakanın vasiyetname ile terekenin veya terekedeki belirli bir unsurun paylaşılmasını erteleyebileceği, ancak bunun ölümün üzerinden otuz yıl geçtikten sonra etkisiz hale geleceği düzenlenmiştir.

³³³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 684; Kılıçoğlu, Taksim, s. 39; Aral, s. 74; İmre/Erman, s. 475; Dural/Öz, s. 484; Antalya/Sağlam, s. 512; Hauser, s. 9; Felber, s. 12; Wolf, BK-ZGB, Art. 608, s. 200.

³³⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 39.

³³⁵ Kılıçoğlu, Taksim, s. 39.

Öğretide çoğunlukla ileri sürülen görüşe göre ise, mirasbırakan paylaşmanın ertelenmesi yönünde tasarrufta bulunabilir³³⁶. Ancak buradaki temel sorun, paylaşmanın ne kadar süre ertelenebileceği noktasındadır. Genel olarak kabul edilen görüşe göre, paylaşmanın çok uzun süre ertelenmesi hukuka aykırılık teşkil eder. Bu sebeple, mirasbırakanın makul uzunlukta olan belli veya belirlenebilir bir süre için paylaşmanın ertelenmesini isteyebileceği ifade edilmektedir³³⁷.

Mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralları, mirasçılar açısından bağlayıcı niteliktedir (TMK m. 647/2). Bu sebeple mirasçılar kural olarak mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralları çerçevesinde paylaşmayı gerçekleştirmekle yükümlüdürler³³⁸. Ancak mirasçılar oybirliği ile yapacakları paylaşma sözleşmesi vasıtasıyla mirasbırakanın gerek paylaşma zamanına gerekse de paylaşma şekline ilişkin koyduğu kuralları etkisiz hale getirebilirler³³⁹. Şu halde, mirasçıların ortak iradeleriyle koydukları kuralların, mirasbırakanın paylaşma kurallarından üstün olduğu belirtilebilir.

1.2.4.2.2.5. Mirasçıların Anlaşmalarından Doğan Sınırlamalar

Mirasçılar aralarında yapacakları sözleşme ile paylaşmayı erteleyerek miras ortaklığını uzatmayı kararlaştırabilirler. Bu sözleşmeye “miras ortaklığını uzatma sözleşmesi” veya “mirasın paylaşılmasını erteleme sözleşmesi” denilmektedir³⁴⁰.

Mirasın paylaşılmasını erteleme sözleşmesi oybirliği ilkesine tabidir. Yani bu sözleşmenin kurulması ve hüküm ifade edebilmesi için bütün mirasçıların ortaklığın devamı yönünde irade beyan etmeleri gerekmektedir³⁴¹. Söz konusu irade beyanları açık olabileceği gibi örtülü de olabilir.

Mirasçılar, terekenin tamamı ya da belirli malvarlığı unsurları hakkında paylaşmanın ertelenmesini kararlaştırabilirler. Esasen objektif kısmî paylaşmanın var olduğu durumlarda, paylaşma dışında bırakılan tereke unsurları bakımından örtülü olarak paylaşmanın ertelendiği söylenebilir.

³³⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 684; Antalya/Sağlam, s. 512; Aral, s. 74; Avcı, s. 116; Escher, Art. 604, N. 8; Felber, s. 12; Wolf, BK-ZGB, Art. 608, s. 200; Stein-Wigger, s. 1137.

³³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 685; Aral, s. 75; Avcı, s. 116; Ozanemre Yayla, s. 50; Hauser, s. 10; Felber, s. 13; Stein-Wigger, s. 1137.

³³⁸ Sutter-Somm/Ammann, s. 545; Stein-Wigger, s. 1138; Häfliger, Art. 608, s. 1173; Wolf, BK-ZGB, Art. 608, s. 201; Escher, Art. 607, N.1; Tuor/Picenoni, Art. 607, N. 9; Dural/Öz, s. 484; Avcı, s. 32; Ozanemre Yayla, s. 52.

³³⁹ Sutter-Somm/Ammann, s. 545; Stein-Wigger, s. 1139; Wolf, BK-ZGB, Art. 608, s. 202; Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 608, s. 876; Kocayusufpaşaoğlu, s. 704; Eren/Yücer Aktürk, s. 560; Dural/Öz, s. 484; İmre/Erman, s. 474; Serozan/Engin, s. 590; Antalya/Sağlam, s. 512; Kılıçoğlu, Taksim, s. 40; Aral, s. 75; Ozanemre Yayla, s. 52.

³⁴⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 558; Serozan/ Engin, s. 585; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 179.

³⁴¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 559; Oğuzman, s. 322; Dural/Öz, s. 482; İmre/Erman, s. 472; Kılıçoğlu, Taksim, s. 42; Aral, s. 72; Avcı, s. 114; Ozanemre Yayla, s. 53.

Mirasçılarının aralarında anlaşarak ne kadar süre paylaşmayı erteleyebilecekleri konusu sorunludur. Kısa süreli uzatmalar bakımından örtülü irade beyanlarının dahi yeterli olacağı noktasında duraksama yoktur³⁴². Ancak sürenin uzun olması ya da belirsiz olması durumunda sözleşmenin akıbetini tespit etmek güçlük arz etmektedir. Mirasçılarının terekenin hiçbir zaman paylaşılmayacağını içeren sözleşme yapamayacakları konusunda öğretide görüş birliği vardır³⁴³. Zira böyle bir sözleşme, mirasçılarının paylaşmayı diledikleri zaman talep edebileceklerine dair haklarından tamamen vazgeçmeleri sonucunu doğuracaktır.

Mirasçılarının uzun süreli veya belirsiz süre için paylaşmayı ertelemeleri konusunda ise öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, paylı mülkiyette ortaklığın uzatılmasına ilişkin sözleşmeleri en fazla on yıl süreyle sınırlayan TMK m. 698/2 (EMK m. 627) hükmü mirasçılar arasındaki anlaşmalara da uygulanabilir³⁴⁴. Çoğunluğun savunduğu aksi görüşe göre ise, TMK m. 698/2 hükmü elbirliği ortaklığı olan miras ortaklığına uygulanamaz³⁴⁵. Bu sebeple, mirasçılarının paylaşmanın ertelenmesine ilişkin iradelerinin en fazla ne kadar süreyle sınırlandırılabilirliği konusunda kesin sınır getirmek mümkün değildir³⁴⁶. Öğretide farklı bir görüş, uzatmanın sürekli olduğu hallerde mirasçılarının miras ortaklığını aile malları ortaklığına ya da adi ortaklığa dönüştürdüklerini kabul etmek gerektiğini ifade etmektedir³⁴⁷. Başka bir görüş ise, bu ihtimalde aile malları ortaklığının sona ermesi ile ilgili TMK m. 380 hükmüne gidilerek sözleşmenin feshedilebileceğini belirtmektedir³⁴⁸.

Mirasın paylaşılmasını erteleme sözleşmesiyle ilgili diğer sorun da sözleşmenin şekline ilişkindir. Öğretide eski bir görüş, bu sözleşmeyi aile malları ortaklığına benzeterek resmi şekle tabi olması gerektiğini ileri sürmüştür³⁴⁹. Buna karşılık hâkim görüşe göre, bu sözleşme herhangi bir şekil şartına tabi değildir³⁵⁰. Borçlar hukukunda yer alan şekil serbestisi ilkesi burada da geçerlidir ve bu nedenle, mirasın paylaşılmasının ertelenmesi sözleşmesi şekle bağlı olmaksızın yapılabilir³⁵¹.

Sözleşmeyi yapan mirasçılardan birinin veya birkaçının ölümü halinde onların yerine geçen mirasçılar bu sözleşme ile bağlı değildir. Zira bu durumda yeni bir miras ortaklığı

³⁴² Eren/Yücer Aktürk, s. 559.

³⁴³ Eren/Yücer Aktürk, s. 559; İmre/Erman, s. 473; Kılıçoğlu, Taksim, s. 43; Aral, s. 73; Avcı, s. 114.

³⁴⁴ Berki, Ali Himmet, *Miras ve Tatbikat*, 3. Baskı, Ankara, 1963, s. 360 (Kılıçoğlu, Taksim, s. 43.).

³⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 684; İmre/Erman, s. 473; Aral, s. 73; Kılıçoğlu, Taksim, s. 43.

³⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 684; Aral, s. 73; Kılıçoğlu, Taksim, s. 43.

³⁴⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 559. Ancak aile malları ortaklığının resmi şekle tabi olduğu, buna karşılık adi ortaklığın herhangi bir şekle tabi olmadığı da yazarlar tarafından haklı olarak ifade edilmiştir.

³⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 684; İmre/Erman, s. 473; Aral, s. 73.

³⁴⁹ Aral, s. 72, dñ. 54'te belirtilen yazarlar.

³⁵⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 559; Oğuzman, s. 322; Dural/Öz, s. 482; Antalya/Sağlam, s. 511; Serozan/Engin, s. 585; Kılıçoğlu, Taksim, s. 43; Aral, s. 72; Avcı, s. 114; Ozanemre Yayla, s. 53; Hauser, s. 11; Jost, s. 113; Escher, Art. 604, N. 7; Tuor/Picenoni, Art. 604, N. 6.

³⁵¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 559; Kılıçoğlu, Taksim, s. 43; Aral, s. 72; Hauser, s. 11; Jost, s. 113. Adi yazılı şekilde olması gerektiği yönünde: İmre/Erman, s. 472; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 180.

meydana gelmekte ve sonradan mirasçı olan kişilerin paylaşmayı talep etme hakları doğmaktadır³⁵².

1.2.4.3. Eşitlik İlkesi

1.2.4.3.1. Genel Kural

Eşitlik ilkesi (*Gleichbehandlungsgrundsatz*), mirasçıların tereke üzerindeki hak bakımından eşit olmaları anlamına gelir³⁵³. TMK m. 649/1 (*ZGB Art. 610, Abs. 1*) hükmünde, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça mirasçıların paylaşmada terekenin bütün malları üzerinde eşit hakka sahip oldukları açıkça belirtilmiştir. Yine TMK m. 646/1'e (*ZGB Art. 607, Abs. 1*) göre yasal mirasçılar gerek kendi aralarında gerekse de atanmış mirasçılarla birlikte mirası aynı kurallara göre paylaşırlar. Bu ilkeye göre mirasçılar, yasal ya da atanmış olmaları fark etmeksizin aynı hakka sahiptirler. Bunun dışında mirasçıların yaşlarının, cinsiyetlerinin, dâhil oldukları zümrelerin ve medeni durumlarının da eşitlik ilkesi bakımından önemi yoktur³⁵⁴.

Eşitlik ilkesi, mirasçıların miras payları bakımından değil, aynı kurallara tabi olmaları bakımından eşit olmalarını ifade eder³⁵⁵. Başka bir deyişle mirasçılar miras payları ne olursa olsun aynı haklara sahip olarak paylaşmaya katılırlar. Bu bakımdan miras payı az olan mirasçı ile çok olan mirasçı arasında fark gözetilmez. Söz gelimi, miras payı az olan mirasçı da paylaşmadan önce tereke borçlarının ödenmesini ya da güvenceye bağlanmasını isteme hakkına sahiptir (TMK m. 649/3).

Eşitlik ilkesi kendi içerisinde bir başka ilkeyi daha barındırmaktadır. Bu da mirasçıların birbirlerine bilgi vermeleri ilkesidir (*Auskunftspflicht*)³⁵⁶. TMK m. 649/2 hükmüne göre mirasçılar, mirasbırakan ile aralarındaki ilişkiler hakkında paylaşmanın eşitliğe ve adalete uygun olması için göz önüne alınması gereken bütün bilgileri birbirlerine vermek zorundadırlar³⁵⁷. Yine TMK m. 646/3 hükmünde, tereke mallarına zilyet olan veya

³⁵² Kılıçoğlu, Taksim, s. 44; Aral, s. 74; Avcı, s. 116; Hauser, s. 11; Felber, s. 25.

³⁵³ Meyer, Art. 607, s. 360; Häfliger, Art. 607, s. 1170; Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 177; Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 607, s. 874; Hubert-Froidevaux, Art. 607, s. 822; Eren/Yücer Aktürk, s. 546; İmre/Erman, s. 483; Dural/Öz, s. 472; Ayiter, s. 239; Kocayusufpaşaoğlu, s. 708; Antalya/Sağlam, s. 517; Öztan, s. 464; Kılıçoğlu, Taksim, s. 31; Aral, s. 49; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 182; Avcı, s. 38; Ozanemre Yayla, s. 55; Habicht, s. 37; Tuor/Picenoni, Art. 607, N. 5; Escher, Art. 607, N. 5.

³⁵⁴ Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 177.

³⁵⁵ Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 177; Kocayusufpaşaoğlu, s. 708; Eren/Yücer Aktürk, s. 546; İmre/Erman, s. 483; Dural/Öz, s. 472; Serozan/Engin, s. 592; Kılıçoğlu, Taksim, s. 31; Aral, s. 49; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 183; Ozanemre Yayla, s. 55.

³⁵⁶ Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 607, s. 875; Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 185; Häfliger, Art. 607, s. 1171; Meyer, Art. 607, s. 360; Hubert-Froidevaux, Art. 607, s. 823; Weibel/Heckendorn, s. 224.

³⁵⁷ Arter, Oliver, "Auskunftsrechte Bei Erbschaften", Expert Focus, 10/20, s. 739; Schröder, Andreas, "Erbrechtliche Informationsansprüche oder: Geister, die ich rief...", Successio- Zeitschrift für Erbrecht, 2011, s. 190.

mirasbırakana borçlu bulunan mirasçılarının paylaşma sırasında bu konuda eksiksiz bilgi (*genauen Aufschluss*) vermekle yükümlü oldukları açıkça belirtilmiştir³⁵⁸.

Kanunda düzenlenen bu yükümlülük, dürüstlük kuralının mirasın paylaşılması bakımından uygulanmasını sağlamaya yöneliktir³⁵⁹. Mirasçılar, kendilerinden herhangi bir talepte bulunulması gerekmeksizin eksiksiz olarak bilgi vermekle yükümlüdürler³⁶⁰. Bilgi verme yükümlülüğü mirasbırakanın sağlar arası bağışlamalarını, miras payına mahsuben verilen kazandırmalarını, mirasçılara verilen borçları ve bunlara ilişkin her türlü belge, senet ve kanıtları içermektedir³⁶¹. Ancak kanunda bu yükümlülüğün ihlalinin sonuçları düzenlenmemiştir. Örneğin mirasçılardan biri terekede bulunan malvarlığı unsurlarından birini gizlemiş ve sonradan bu tereke unsuru yok olmuşsa, söz konusu mirasçının bu yüzden uğranılan zararı gidermesi gerekmektedir. Öğretide bazı yazarlar, bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranan mirasçının haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu olacağını belirtmektedirler³⁶². Diğer bazı yazarlara göre ise burada haksız fiil hükümleri değil borca aykırılık hükümleri (TBK m. 112 vd.) uygulanmalıdır³⁶³.

1.2.4.3.2. Eşitlik İlkesinin İstisnaları

1.2.4.3.2.1. Genel Olarak

Mirasın paylaşılmasında eşitlik ilkesinin mutlak olarak uygulanması gerektiği söylenemez. Bu ilkenin çeşitli sebeplerden kaynaklanan istisnaları vardır. Bu istisnalar, mirasçılarının anlaşmalarından, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarından ya da kanundan kaynaklanabilir³⁶⁴.

³⁵⁸ Hubert-Froidevaux, Art. 607, s. 823; Raveane, Zeno, *Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung*, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, s. 123; Schröder, s. 190.

³⁵⁹ Hubert-Froidevaux, Art. 607, s. 823; Kocayusufpaşaoğlu, s. 708; Oğuzman, s. 327; İmre/Erman, s. 485; Öztan, s. 465; Antalya/Sağlam, s. 518; Ozanemre Yayla, s. 65.

³⁶⁰ Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 186; Escher, Art. 607, N. 11; Tuor/Picenoni, Art. 607, N. 9; Arter, s. 739; Eren/Yücer Aktürk, s. 557; Kocayusufpaşaoğlu, s. 709; İmre/Erman, s. 485; Dural/Öz, s. 474; Kılıçoğlu, Taksim, s. 30; Avcı, s. 40; Ozanemre Yayla, s. 65.

³⁶¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 557; Weibel/Heckendorn, s. 224; Arter, s. 739. Federal Mahkeme, ünlü “Fontana Kararı”nda, bilgi verme yükümlülüğünün yalnızca terekede bulunan mallar hakkında değil, terekenin durumunu etkileme ihtimali bulunan her türlü olayla ilgili olarak mevcut olduğunu belirtmiştir. Bkz. BGE 127 III 396.

³⁶² Hubert-Froidevaux, Art. 607, s. 824; Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 607, s. 876; Häfliger, Art. 607, s. 1171; İmre/Erman, s. 485; Kılıçoğlu, Taksim, s. 30; Avcı, s. 40.

“Miras paylaşım sözleşmesini diğer mirasçının açıklaması gereken bilgileri kendisinden saklaması neticesinde akdetmiş olan bir mirasçının BK. hükümleri uyarınca hem iptal beyanı ile bu sözleşmeyi baştan itibaren kesin hükümsüz kılabilceği, hem de bu bilginin saklanmış olması nedeni ile bir zarara uğramış ise bu zararın tazminini isteyebileceği...” Yarg. 11. HD, T. 15.6.2017, E. 2016/3130, K. 2017/3770. (erişim tarihi: 15.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

³⁶³ Wolf, BK-ZGB, Art. 607, s. 188; Escher, Art. 607, N. 11; Tuor/Picenoni, Art. 607, N. 10; Kocayusufpaşaoğlu, s. 709; Oğuzman, s. 327; Dural/Öz, s. 474. Serozan/Engin’e göre, mirasçılarının sorumluluğunun temelinde edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi bulunmaktadır. Bkz: Serozan/Engin, s. 593.

³⁶⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 547.

Mirasçılar oybirliğiyle yapacakları sözleşmeler çerçevesinde eşitlik ilkesine aykırı bir paylaşma üzerinde anlaşabilirler³⁶⁵. Söz gelimi mirasçılardan biri, terekeden hiçbir şey almamayı kabul ederek hakkından feragat edebilir. Bunun gibi, diğer mirasçılarla eşit miras payına sahip olan mirasçı, onlara göre daha az malvarlığı değeri almayı kabul edebilir.

Mirasbırakan da ölüme bağlı tasarrufuyla eşitlik ilkesine aykırı bir paylaşma kuralı koymuş olabilir³⁶⁶. Bu kural mirasçılar bakımından bağlayıcıdır. Ancak mirasçılar aralarında anlaşarak bu paylaşma kuralını ortadan kaldıracırlar. Ayrıca belirli şartlar altında, mirasbırakanın paylaşma kuralını içeren ölüme bağlı tasarrufun iptali de gündeme gelebilir.

Son olarak Kanun'da yer alan bazı hükümler de eşitlik ilkesine istisna teşkil edebilir. Nitekim TMK'nun bazı hükümlerinde bu durum açıkça görülmektedir. TMK dışında, özellikle tarım arazilerinin miras yoluyla intikaline ilişkin 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda da eşitlik ilkesine aykırı nitelikte düzenlemelere rastlanmaktadır. Burada, TMK'da yer alan ve eşitlik ilkesi bakımından istisna teşkil eden hükümlere yer verilmiştir³⁶⁷.

1.2.4.3.2.2. Aile Konutu ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi

Eşitlik ilkesinin kanundan doğan en önemli istisnası, aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin TMK m. 652 (ZGB Art. 612a) hükmüdür. Buna göre, eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa, sağ kalan eş bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir (TMK m. 652/1)³⁶⁸. Kanun koyucu burada sağ kalan eşin menfaatinin diğerlerinin menfaatine üstün tutmuştur³⁶⁹. Zira hükmün amacı, sağ kalan eşin mümkün olduğu kadar eski yaşantısını ve hayat standardını (*bisherige lebensweise*) devam ettirmesini sağlamaktır³⁷⁰.

³⁶⁵ Dural/Öz, s. 472; Kılıçoğlu, Taksim, s. 30; Avcı, s. 39; Ozanemre Yayla, s. 57.

³⁶⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 546; Ozanemre Yayla, s. 57.

³⁶⁷ Öğretide bazı yazarlar, kanunda yer alan hükümlerin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini, yalnızca kanun tarafından özel paylaşma kuralları öngörüldüğünü ifade etmektedirler. Bkz. Kılıçoğlu, Taksim, s. 32; Oğuzman, s. 327; Habicht, s. 37.

³⁶⁸ Wolf, Stephan/Eggel, Martin, **BK-Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014, Art. 612a, s. 288; Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 612a, s. 884; Häfliger, Art. 612a, s. 1182; Meyer, Art. 612a, s. 370.

³⁶⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 547.

³⁷⁰ Gezder, Ümit, "Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 2, 2007, s. 241; Couchepin/Maire, Art. 612a, s. 857; Wolf/Eggel, Art. 612a, s. 285.

"Anlaşmaya dayalı miras taksimi olmaz ise sağ kalan eş, haklarını kullanmak için her zaman diğer mirasçılara karşı ayrı bir dava da açabilir. Bu yüzden, dava konusu taşınmazın aile konutu niteliği, sağ kalan eş açısından, eşinin ölümünden sonra da devam etmektedir. Yasanın amacı sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirmesini sağlamaktır." Yarg. 2. HD, T. 10.12.2018, E. 2018/4848, K. 018/14147. (erişim tarihi: 16.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

TMK m. 652 hükmünün uygulanabilmesi için, terekede eşlerin birlikte yaşadıkları konutun veya ev eşyasının bulunması gerekmektedir³⁷¹. Mirasbırakan ile sağ kalan eşin birlikte yaşadıkları konut, mirasbırakanın mülkiyetinde değilse terekeye dâhil olmaz³⁷². Bu durumda haliyle konut üzerinde miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınması istenemez. Öte yandan, sağ kalan eşin konut ve ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınması için talepte bulunması gerekmektedir³⁷³. Diğer mirasçılar buna yanaşmadıkları takdirde, paylaşma davası çerçevesinde bu talebin ileri sürülmesi gündeme gelir. Hâkim, aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi konusunda re'sen karar veremez.

Sağ kalan eşin talebine karşılık, diğer yasal mirasçılardan birinin, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınması yönünde talepte bulunması mümkündür (TMK m. 652/2)³⁷⁴. Keza sağ kalan eşin kendisi de doğrudan intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir³⁷⁵. Ancak bunun için kanunda haklı sebeplerin var olması aranmaktadır. Haklı sebebin var olup olmadığını hâkim takdir eder³⁷⁶. Örneğin sağ kalan eşin miras payının aile konutunun değerini karşılamaması halinde diğer mirasçılara değer farkı ödemesi gerekmektedir. Sağ kalan eş bakımından bunun mümkün olmaması haklı sebep olarak kabul edilebilir. Öğretide, konut ve ev eşyalarının uzun zamandan beri nesilden nesile kullanıldığı ailelerde, bu geleneğin sağ kalan eşin talep hakkının sınırlandırılması bakımından haklı sebep teşkil edebileceği belirtilmektedir³⁷⁷.

TMK m. 652/3 hükmünde sağ kalan eşin talep hakkı, belirli şartlar dâhilinde altsoy lehine ortadan kaldırılmıştır. Buna göre, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde, sağ kalan eşin bu hakları kullanması mümkün değildir³⁷⁸. Altsoyun icra ettiği meslek veya sanat için gerekli olan ihtiyacı, konutun veya ev eşyasının tamamını kapsayabilir. Bu durumda sağ kalan eş bakımından talep hakkı tamamen ortadan kalkmış olur. Ancak altsoyun ihtiyacı konutun

³⁷¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 548; İmre/Erman, s. 503; Wolf/Eggel, Art. 612a, s. 289.

³⁷² Eren/Yücer Aktürk, s. 548; İmre/Erman, s. 503; Wolf/Eggel, Art. 612a, s. 289.

³⁷³ Eren/Yücer Aktürk, s. 548; İmre/Erman, s. 503; Antalya/Sağlam, s. 523; Gezder, s. 246; Avcı, s. 180.

³⁷⁴ Dikkat edilirse sağ kalan eşin talep hakkının sınırlandırılmasını yalnızca diğer yasal mirasçılar isteyebilir. Atanmış mirasçıların böyle bir hakları bulunmamaktadır.

³⁷⁵ İmre/Erman, s. 504; Dural/Öz, s. 501; Antalya/Sağlam, s. 523; Avcı, s. 180; Gezder, s. 248.

³⁷⁶ “TMK'nın 652. maddesi gereğince aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesinde öncelikle mülkiyet hakkının tanınması istenebilecek olup, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınması ancak haklı bir sebebin bulunduğu kanıtlanması halinde mümkündür. Davacı, çekişme konusu taşınmazın mülkiyetini, bedelini karşılayamayacağı için intifa veya oturma hakkı tanınmasını istemiş, TMK'nın 652/2 maddesi uyarınca başkaca bir neden ileri sürmemiştir. Bu nedenle, davacı vekilinin 06.03.2014 günlü duruşmada sözünü ettiği davacının malik olduğu taşınmaz ile mevcut malvarlığı araştırılarak intifa veya oturma hakkı tanınması için haklı bir nedenin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.” Yarg. 14. HD, T. 10.11.2015, E. 2015/2814, K. 2015/10100. (erişim tarihi: 16.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

³⁷⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 549.

³⁷⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 549; İmre/Erman, s. 504; Dural/Öz, s. 504; Serozan/Engin, s. 597; Gezder, s. 249; Wolf/Eggel, Art. 612a, s. 297; Meyer, Art. 612a, s. 371; Couchepin/Maire, Art. 612a, s. 860.

veya ev eşyasının bir bölümü ile sınırlı ise, sağ kalan eşe diğer bölümler üzerinde ancak oturma hakkı tanınabileceği kabul edilmektedir³⁷⁹. Ayrıca, TMK m. 652/3'ün son cümlesinde, tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

Konut ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi bakımından TMK m. 652 hükmü ile mal rejimi hükümleri arasındaki ilişkinin tespit edilmesi önem arz etmektedir. Zira mal ayrılığı rejimi dışında kalan diğer mal rejimlerinde, sağ kalan eşe mülkiyet, intifa ya da oturma hakkı tanınmasıyla ilgili çeşitli hükümler yer almaktadır³⁸⁰. Bu benzer hükümlerin varlığı, TMK m. 652'nin uygulanması bakımından tereddüt oluşturabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, mal rejimi hükümleri yanında TMK m. 652 hükmünün de öngörülmesi gereksiz değildir³⁸¹. Sağ kalan eşin, mal rejimi çerçevesinde talepte bulunması her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumda sağ kalan eş, TMK m. 652 çerçevesinde kendi lehine olacak bir talep ileri sürebilir³⁸². Öte yandan, sağ kalan eşin mirasçı olamadığı hallerde de mal rejiminin tasfiyesine ilişkin kurallardan yararlanması söz konusu olabilir. Sağ kalan eşin hem mal rejimi kuralları hem de TMK m. 652 çerçevesinde konutun veya ev eşyasının kendisine özgülenmesini isteme hakkının olduğu durumlarda, bunlardan ancak birine başvurabileceğini ifade etmek gerekmektedir³⁸³. Şu halde sağ kalan eş, hem mal rejimi hükümlerine hem de TMK m. 652 hükmüne birlikte başvuramaz. Hangi hukuki yolu tercih etmişse, diğerine ilişkin talep hakkı ortadan kalkar³⁸⁴.

³⁷⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 549; Dural/Öz, s. 505; Serozan/Engin, s. 597.

³⁸⁰ Bkz: TMK m. 240, m. 255, m. 279.

³⁸¹ Gezder, s. 239. İsviçre öğretisinde, ZGB Art. 612a hükmünün, mal rejimlerine ilişkin ZGB Art. 219 ve Art. 244 hükümlerinin tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir. Meyer, Art. 612a, s. 370; Couchepin/Maire, Art. 612a, s. 857; Häfliger, Art. 612a, s. 1181; Wolf/Eggel, Art. 612a, s. 285.

³⁸² Eren/Yücer Aktürk, s. 548.

³⁸³ Eren/Yücer Aktürk, s. 548; Dural/Öz, s. 500; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 188; Gezder, s. 240.

³⁸⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 548; Dural/Öz, s. 500. Yargıtay bir kararında, her iki yolu kapsayacak şekilde dava açılmasını yalnızca görev yönünden incelemiş, bunlardan birinin tercih edilmesi gerekliliğinden bahsetmemiştir. “Sağ eş; birleşen dava ile 1/2 payı ölen eşine ait olan, birlikte yaşadıkları 1146 parselde kayıtlı 11 no’lu bağımsız bölüm niteliğindeki taşınmaz üzerinde kendisine, katılma alacağına mahsup edilmek suretiyle ve miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını, bu sebeple aynı taşınmazdaki davacı-davalılara ait hisselerin iptali ile adına tescilini talep ettiğine göre, istek; hem Türk Medeni Kanunu’nun 240. ve hem de aynı yasanın 652. maddesine dayanmaktadır. Yerel Mahkeme hükmün gerekçesinde; “davalı-davacının Türk Medeni Kanunu’nun 240. maddesine dayanan talebinin aile mahkemesinin; aynı yasanın 652. maddesine dayanan özgüleme isteğinin ise Sulh Hukuk Mahkemesinin görevi kapsamında olduğunu” kabul ettiği halde hüküm sonucunda, gerekçeye aykırı olarak bu taleplerin ikisini de kapsar şekilde bütün halinde görevsizlik kararı vererek dosyanın her iki talep yönünden Aile Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Bu taleplerin tefrik edilip her talep için ayrı ayrı görevsizlik kararı verilerek, Türk Medeni Kanunu’nun 240. maddesine dayanan talep yönünden dosyanın görevli ve yetkili Aile Mahkemesine; aynı yasanın 652. maddesine dayanan talep yönünden ise, dosyanın görevli ve yetkili Sulh Hukuk Mahkemesine gönderilmesi gerekirken, tefrik edilmeksizin her iki talebin Aile Mahkemesine gönderilmesi sonucunu hâsıl eder şekilde hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.” Yarg. 2. HD, T. 12.11.2008, E. 2008/15987, K. 2008/15044. (erişim tarihi: 16.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

1.2.4.3.2.3. Mirasçının Mirasbırakana Olan Borcunun Mahsup Edilmesi

TMK m. 654 (*ZGB Art. 614*) hükmüne göre, mirasbırakanın bir mirasçıdan olan alacağı, paylaşma sırasında söz konusu mirasçının payına mahsup edilir³⁸⁵. Kanun koyucu, tereke aktifinin belirlenmesi ve paylaşmanın kolaylaştırılması bakımından pratik bir hüküm getirmiştir³⁸⁶. Bu hüküm ile birlikte, miras paylarının oluşturulması ve özgülenmesi aşamasında mirasbırakana borçlu olan mirasçının bu borcunun miras payından düşürülmesi öngörülmüştür. Böylelikle diğer mirasçılar, borçlu mirasçıya karşı dava veya takip yoluna gitmeksizin alacağı elde etmiş olurlar.

Borçlu mirasçının borcunun miras payına mahsup edilmesiyle birlikte, söz konusu borç alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle sona ermiş olur (TBK m. 135, OR Art. 118)³⁸⁷. Zira mirasbırakanın ölümüyle birlikte terekede yer alan bu borç, miras paylarının oluşturulmasında borçlu mirasçıya özgülenir ve böylelikle alacaklı ve borçlu sıfatları bu mirasçıda birleşmiş olur. Borçlu mirasçının miras payı, kendisine özgülenen borçtan fazla ise, geri kalan miktar üzerinde hak sahibi olmaya devam eder³⁸⁸. Ancak borçlu mirasçının miras payı borcu karşılamaya yetmezse, miras paylarında eşitliği sağlamak amacıyla diğer mirasçılara denkleştirme bedeli ödemesi gerekir³⁸⁹.

TMK m. 654 hükmü emredici nitelikte değildir³⁹⁰. Bu sebeple mirasçılar, borcun paylaşmadan önce ödenmesi konusunda anlaşılabilecekleri gibi, paylaşmadan sonra ödenmesini dahi kararlaştırabilirler. Keza borçlu mirasçı, diğerleriyle anlaşma yoluna gitmeden de paylaşmadan önce borcu ödeyerek aynı şartlar altında paylaşmaya katılma imkânına sahiptir³⁹¹. Diğer mirasçılar, borçlu mirasçının ödeme teklifini kabul etmezlerse, borçlu mirasçı alacaklı temerrüdü hükümlerine göre borcu tevdi ederek paylaşmaya katılabilir³⁹². Borçlu mirasçının mirası reddetmesi ihtimalinde ise, mahsup edilecek miras payı bulunmayacağı için terekeye karşı üçüncü kişiler gibi borçlu olmaya devam eder³⁹³.

³⁸⁵ **Beusch-Liggenstorfer/Wehinger**, Art. 614, s. 889; **Wolf/Eggel**, Art. 614, s. 338; **Wehinger/Reich**, Art. 614, 1186; **Meyer**, Art. 614, s. 374; **Couchepin/Maire**, Art. 614, s. 868.

³⁸⁶ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 549; **İmre/Erman**, s. 495; **Dural/Öz**, s. 505; **Serozan/Engin**, s. 595.

³⁸⁷ **Wolf/Eggel**, Art. 614, s. 344; **Couchepin/Maire**, Art. 614, s. 869; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 720; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 549; **İmre/Erman**, s. 495; **Dural/Öz**, s. 505; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 185.

³⁸⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 720; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 550; **Avcı**, s. 214.

³⁸⁹ **Tuor/Picenoni**, Art. 614, N. 12; **Escher**, Art. 614, N. 2; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 550; **İmre/Erman**, s. 495; **Avcı**, s. 214; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 185.

³⁹⁰ **Beusch-Liggenstorfer/Wehinger**, Art. 614, s. 890; **Wehinger/Reich**, Art. 614, 1186; **Couchepin/Maire**, Art. 614, s. 870; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 720; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 550; **İmre/Erman**, s. 495; **Avcı**, s. 215.

³⁹¹ **Tuor/Picenoni**, Art. 614, N. 5; **Escher**, Art. 614, N. 5; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 720; **Dural/Öz**, s. 491; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 550; **Avcı**, s. 215.

³⁹² **Wolf/Eggel**, Art. 614, s. 340; **Dural/Öz**, s. 506; **Avcı**, s. 215.

³⁹³ **Avcı**, s. 215; **Couchepin/Maire**, Art. 614, s. 868.

1.2.4.3.2.4. Rehnedilmiş Tereke Malının Özgülenmesi

Tereke malları içerisinde mirasbırakanın borcu için rehnedilmiş olanlar bulunabilir. TMK m. 655'e (ZGB Art. 615) göre, paylaşmada kendisine rehnedilmiş tereke malı düşen mirasçı, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olur³⁹⁴. Söz konusu borcun rehnedilmiş tereke malını alan mirasçıya geçmesi için, rehnin mirasbırakanın borcunu teminat altına almak amacıyla kurulmuş olması gerekmektedir³⁹⁵. Rehin, üçüncü kişinin borcuna teminat oluşturmak amacıyla kurulmuşsa, TMK m. 655 hükmü uygulanmaz³⁹⁶. Ayrıca borcun bu şekilde bir mirasçıya yüklenmesi, kural olarak mirasçılarının iç ilişkileri bakımından hüküm ifade eder. Bunun alacaklıya karşı da hüküm ifade edebilmesi için alacaklının rızası şarttır³⁹⁷. Zira TMK m. 655 hükmü, mirasçılarının tereke borçlarından müteselsil olarak sorumlu olmalarına ilişkin kuralı ortadan kaldırmaz³⁹⁸.

Konu özellikle ipotekli taşınmazlar bakımından önem taşımaktadır. Kural olarak ipotekli taşınmazın devrinde, devralanın aynî sorumluluğu ile borçlunun kişisel sorumluluğu birbirinden ayrılır³⁹⁹. Kanun koyucu bu iki sorumluluğun aynı kişide toplanmasını sağlamak amacıyla, devralanın kişisel borcu yüklenmesini kolaylaştırmıştır. Şöyle ki, TBK m. 195 çerçevesinde borcun üstlenilmesi, iç üstlenme ve dış üstlenme şeklinde iki aşamada gerçekleşir. İpotekli taşınmazın devrinde ise devralan, alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yapmaksızın borcu üstlenebilir⁴⁰⁰. Bu durum tapu idaresi tarafından alacaklıya bildirilir (TMK m. 890/1). Alacaklı, tapu idaresi tarafından kendisine yapılan bildirimin tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içerisinde kendisine başvuru hakkını saklı tuttuğunu önceki borçluya yazılı olarak bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur (TMK m. 888/2). Şu halde, kendisine terekede bulunan ipotekli taşınmaz düşen mirasçının bu taşınmazı kendi adına tescil ettirmesi halinde, tapu idaresi tarafından durum alacaklıya tebliğ edilmelidir. Alacaklı da, borcun yüklenilmesine razı olmadığını bir yıllık süre içerisinde diğer mirasçılara bildirmelidir. Aksi takdirde, alacaklının borcun yüklenilmesine örtülü olarak rıza gösterdiği kabul edilir ve mirasçılarının söz konusu borç bakımından müteselsil sorumlulukları sona ermiş olur⁴⁰¹.

TMK m. 655 hükmü alacaklının korunmasına hizmet etmektedir. Zira borç rehinle teminat altına alındığı için, kendisine rehnedilmiş mal düşen mirasçı, bu malın değerini azaltsa

³⁹⁴ **Beusch-Liggenstorfer/Wehinger**, Art. 615, s. 890; **Wolf/Eggel**, Art. 615, s. 349; **Wehinger/Reich**, Art. 615, 1187; **Meyer**, Art. 615, s. 374; **Couchepin/Maire**, Art. 615, s. 871.

³⁹⁵ **Wolf/Eggel**, Art. 615, s. 351; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 550; **Ozanemre Yayla**, s. 361; **Avcı**, s. 216.

³⁹⁶ **Wolf/Eggel**, Art. 615, s. 351; **Ozanemre Yayla**, s. 362.

³⁹⁷ Özdemir, Hayrunnisa, "Mirasçılarının Mirasın Borçlarından Dolayı Sorumluluğu", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 1-2, 2012, s. 212; **Wolf/Eggel**, Art. 615, s. 353.

³⁹⁸ **Meyer**, Art. 615, s. 375.

³⁹⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 970.

⁴⁰⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, s. 971.

⁴⁰¹ **Tuor/Picenoni**, Art. 639, N. 15; **Escher**, Art. 639, N. 16; **Ozanemre Yayla**, s. 364.

bile borçtan sorumlu olmaya devam edecektir⁴⁰². Öte yandan bu hüküm emredici nitelikte değildir⁴⁰³. Mirasçılar aralarında anlaşarak farklı bir paylaşma düzeni oluşturabilirler.

Öğretide TMK m. 655 hükmünün teslime bağlı rehin (*Faustpfand*), ipotek (*Grundpfandverschreibung*) ve ipotekli borç senedinde (*Schuldbrief*) uygulanabileceği, buna karşılık taşınmaz yükü (*Grundlast*) ve irat senedinde uygulanamayacağı ifade edilmektedir⁴⁰⁴.

1.2.4.4. Aynen Paylaşma İlkesi

1.2.4.4.1. Genel Kural

Aynen paylaşma (*Teilung in Natura*), terekedeki malvarlığı unsurlarının miras payları oranında maddi olarak kısımlara ayrılmasını ya da bölünemeyen tereke unsurlarının bir bütün olarak miras paylarına dağıtılmasını ifade eder⁴⁰⁵. Kural olarak mirasçılar, terekedeki bütün mallar üzerinde eşit hakka sahiptirler (TMK m. 649/1). Bu itibarla, her mirasçı terekedeki bütün malvarlığı unsurları üzerinde hak iddia edebilir⁴⁰⁶.

Mirasçılar paylaşmanın şeklini belirleme konusunda tamamen serbesttirler (TMK m. 646/2). Bu serbestlik çerçevesinde mirasçılar, terekedeki malvarlığı unsurlarının kime ait olacağını kararlaştırarak aynen paylaşmayı gerçekleştirebilirler⁴⁰⁷. Aksi şekilde, mirasçıların aynen paylaşma yerine tereke unsurlarının tamamını satın elde edilen bedeli paylaşmaya karar vermeleri de mümkündür.

Mirasçıların paylaşmanın şekli konusunda anlaşılamamaları halinde, kanun koyucu aynen paylaşmayı üstün tutmuştur⁴⁰⁸. Nitekim TMK m. 642/2 hükmüne göre, her mirasçı terekedeki belirli malların aynen, olanak yoksa satış yoluyla paylaştırılmasını talep edebilir. Yine aynı hükümde, hâkimin olanak varsa taşınmazlardan her birinin tamamının bir mirasçıya verilmesi suretiyle paylaştırmayı yapacağı ifade edilmiştir. Şu halde kanun koyucunun mümkün olduğu kadar tereke unsurlarının aynen paylaştırılması yoluna gidilmesini tercih ettiği söylenebilir.

Aynen paylaşma iki şekilde gerçekleştirilebilir⁴⁰⁹. Bunlardan birincisi, terekedeki malvarlığı unsurlarının miras payları oranında maddi olarak bölünmesi (*körperliche Teilung*)

⁴⁰² Eren/Yücer Aktürk, s. 550.

⁴⁰³ Meyer, Art. 615, s. 375; Beusch-Liggenstorfer/Wehinger, Art. 615, s. 890; Wolf/Eggel, Art. 615, s. 353; Couchepin/Maire, Art. 615, s. 872; Avcı, s. 216.

⁴⁰⁴ Escher, Art. 615, N. 1; Meyer, Art. 615, s. 375; Wehinger/Reich, Art. 615, s. 1187; Wolf/Eggel, Art. 615, s. 350-351; Beusch-Liggenstorfer/Wehinger, Art. 615, s. 890; Eren/Yücer Aktürk, s. 550; Avcı, s. 216.

⁴⁰⁵ Aral, s. 102; Sutter-Somm/Ammann, s. 546.

⁴⁰⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 31.

⁴⁰⁷ Meyer, Art. 610, s. 365; Kocayusufpaşaoğlu, s. 712; Dural/Öz, s. 473; Ozanemre Yayla, s. 59.

⁴⁰⁸ Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 610, s. 880; Couchepin/Maire, Art. 610, s. 838; Häfliger, Art. 610, s. 1176; Wolf, BK-ZGB, Art. 610, s. 232; Sutter-Somm/Ammann, s. 546; Avcı, s. 62.

⁴⁰⁹ Escher, Vorbem. Art. 607, N. 13-14; Tuor/Picenoni, Vorbem. Art. 607, N. 13; Aral, s. 103; Avcı, s. 62.

suretiyle yapılan paylaşımdır⁴¹⁰. Bunun en yaygın örneği, terekede bulunan paranın mirasçılara miras payları oranında dağıtılmasıdır⁴¹¹. İkinci tür aynen paylaşma ise, tereke unsurlarının bölünmeksizin bir bütün olarak miras paylarına dağıtılması (*Verteilung*) şeklinde gerçekleşir⁴¹². Örneğin terekede bulunan otomobilin maddi olarak bölünmesi mümkün olmadığından bunun mirasçılardan birinin miras payına konulması söz konusu olabilir. Ancak mirasçıların paylarına konulan tereke unsurlarının değer olarak farklı olması halinde, bu değer farklarının para ödenmek suretiyle karşılanması gündeme gelir⁴¹³.

1.2.4.4.2. Aynen Paylaşma İlkesinin İstisnaları

1.2.4.4.2.1. Genel Olarak

Aynen paylaşma ilkesinin mutlak biçimde uygulanması oldukça zor, hatta bazı durumlarda imkânsızdır. Mirasçılardan her biri, terekedeki bütün malvarlığı unsurları üzerinde hak sahibidir. Bu sebeple her mirasçı, terekedeki bir unsurun kendisine özgülenmesini talep edebilir. Böyle bir ihtimalde mirasçıların paylaşma konusunda anlaşmaya varmaları güçleşir. Ancak mirasçılar aralarında anlaşmışları takdirde aynen paylaşma ilkesini uygulayabilecekleri gibi, bu ilkeyi tamamen ortadan da kaldırabilirler⁴¹⁴. Örneğin mirasçılar, maddi olarak bölünmesi mümkün olan tereke unsurunun tamamen bir mirasçıya özgülenmesini kararlaştırabilirler.

Mirasçıların aralarında anlaşmaları söz konusu değilse, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuyla paylaşma kuralı koyup koymadığına bakmak gerekir. Zira mirasbırakan, koyduğu paylaşma kuralı ile aynen paylaşma ilkesini kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilir⁴¹⁵.

Kanunda öngörülen bazı kurallar gereğince de aynen paylaşma ilkesinin uygulanması mümkün olmayabilir. Burada özellikle TMK m. 651 ve m. 653 hükümlerine değinmek gerekmektedir. Ayrıca, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu da bu konuda istisna teşkil eden hükümler içermektedir⁴¹⁶.

1.2.4.4.2.2. Değerinde Önemli Azalma Olmadan Bölünemeyen Mallar

Terekede bulunan bazı malların mirasçı sayısına ve miras payların göre bölünmesi halinde değerinde önemli azalma olması ya da malın yok olması söz konusu olabilir. Kanun koyucu bu ihtimale binaen, TMK m. 651/1 (*ZGB Art. 612, Abs. 1*) hükmünde, değerinde önemli

⁴¹⁰ Aral, s. 103; Ozanemre Yayla, s. 59.

⁴¹¹ Bkz. Avcı, s. 62.

⁴¹² Aral, s. 103; Avcı, s. 63.

⁴¹³ Avcı, s. 63.

⁴¹⁴ Dural/Öz, s. 473; Avcı, s. 65; Ozanemre Yayla, s. 62.

⁴¹⁵ Ozanemre Yayla, s. 62.

⁴¹⁶ Bkz: 2.2.2.7.1.

azalma olmadan bölünemeyen tereke malının bütün olarak mirasçılardan birine özgüleneceğini düzenlemiştir⁴¹⁷.

TMK m. 651 hükmünün uygulanabilmesi için her şeyden önce ortada maddi olarak bölünemeyen ya da bölündüğü takdirde değeri önemli (*wesentlich*) ölçüde azalacak olan bir tereke unsurunun bulunması gerekmektedir⁴¹⁸. Bu itibarla, taşınmazlar, taşınırlar, alacaklar, sınırlı aynî haklar, fikri ve sınai haklar gibi her türlü aktif malvarlığı unsuru bu hükmün kapsamı içerisinde olabilir⁴¹⁹.

Tereke unsurunun bölünemez nitelikte olması, fiziki, ekonomik ya da hukuki sebeplerden kaynaklanabilir⁴²⁰. Örneğin terekede bulunan bir bilgisayar, bölünmesi halinde fiziken kullanılamaz hale geleceğinden maddi olarak bölünmesi mümkün değildir. Terekede bulunan bir ticari işletmenin bölünmesi halinde ekonomik verimliliğini yitireceği açıksa, bu durumda ekonomik olarak bölünemezlik söz konusudur. Hukuki sebeple bölünemezlik ise çoğunlukla taşınmazlar bakımından ortaya çıkar. Örneğin bir yerdeki imar planlarına göre arazinin belirli miktardan küçük parçalara bölünmesi mümkün değilse, hukuki olarak bölünemezlik vardır.

Tereke unsurunun bölünmesi halinde ortaya çıkacak değer kaybının önemli nitelikte olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilir. Bu bakımdan hâkim, sadece söz konusu tereke unsurunun ve somut durumun özelliklerini dikkate almalıdır⁴²¹. Değer kaybına uğrayacak tereke unsurunun tüm terekeye kıyasla bir ağırlığının olup olmadığı dikkate alınmaz⁴²².

Bölünmesi halinde değerinde önemli azalma olacak tereke unsurunun bütün olarak mirasçılardan birine özgülenebilmesi için, onun bu yönde talepte bulunması gerekmektedir⁴²³. Mirasçılar, söz konusu tereke unsurunun bir mirasçıya özgülenmesi konusunda anlaşılırsa sorun kalmaz. Ancak mirasçılar bu konuda anlaşmaya varamazlarsa, bölünemeyen tereke unsurunun satılarak bedelinin bölüştürülmesi gündeme gelir (TMK m. 651/2). Tereke unsurunun satışına hâkim karar verir⁴²⁴. Öğretide, bölünemeyen tereke mallarının satışına karar verilmesi bakımından, mirasçıların anlaşamamalarının tek başına yeterli olmadığı ifade

⁴¹⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 552; İmre/Erman, s. 495; Dural/Öz, s. 493; Serozan/Engin, s. 594; Antalya/Sağlam, s. 522; Kocayusufpaşaoğlu, s. 713; Oğuzman, s. 334; Köprülü, s. 403; Öztan, s. 465; Aral, s. 115; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 185; Ozanemre Yayla, s. 169; Couchepin/Maire, Art. 612, s. 853; Wolf/Eggel, Art. 610, s. 260; Sutter-Somm/Ammann, s. 546.

⁴¹⁸ Wolf/Eggel, Art. 610, s. 261; Eren/Yücer Aktürk, s. 552; Avcı, s. 173.

⁴¹⁹ Couchepin/Maire, Art. 612, s. 853; Aral, s. 116; İmre/Erman, s. 496. Terekede yer alan pasifler bakımından bu hükmün uygulanması söz konusu olmaz. Bkz. Avcı, s. 174. Ayrıca çeşitli örnekler için bkz: Escher, Art. 612, N. 5.

⁴²⁰ Aral, s. 116; Dural/Öz, s. 494; Avcı, s. 173.

⁴²¹ Wolf/Eggel, Art. 610, s. 263; Avcı, s. 175.

⁴²² Wolf/Eggel, Art. 610, s. 263; Aral, s. 116.

⁴²³ Wolf/Eggel, Art. 610, s. 263; Couchepin/Maire, Art. 612, s. 854; Avcı, s. 175.

⁴²⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 55; Aral, s. 121; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 186.

edilmektedir⁴²⁵. Bu görüşe göre, mirasçılarının anlaşılamamalarına ek olarak, bölünemeyen tereke mallarının miras paylarına konulmasının mümkün olmaması gerekir⁴²⁶. Kanaatimizce bu görüş yerindedir. Zira TMK m. 651, genel kural değil istisnadır. Bu sebeple, bölünemeyen tereke malının bir miras payına konularak aynen paylaşmanın yapılabildiği durumlarda satış yoluna gidilmemesi gerekmektedir⁴²⁷. Ne var ki, bu kuralın uygulamada büyük oranda göz ardı edildiği ve istisnaî nitelikte olması gereken satış yoluyla bedelin paylaşılmasının adeta kurala dönüştüğü söylenebilir.

Bölünemeyen tereke unsurunun özgülmesi konusunda anlaşılamayan mirasçılar, satışın nasıl yapılacağı konusunda anlaşabilirler⁴²⁸. Bu bakımdan satışın içlerinden birine ya da üçüncü kişiye yapılması üzerinde anlaşmaları mümkündür. Ancak mirasçılardan biri, satışın artırma yoluyla yapılması şeklinde talepte bulunursa, hâkim bu yönde karar vermek durumundadır (TMK m. 651/3). Diğer mirasçılar karşı çıksalar da satış artırma yoluyla yapılır. Mirasçılar bu sefer, artırmanın şekli konusunda anlaşma yapabilirler⁴²⁹. Mirasçılar bu konuda da anlaşamazlarsa hâkim, artırmanın mirasçılar arasında veya herkese açık olarak yapılmasına karar verir (TMK m. 651/3)⁴³⁰.

1.2.4.4.2.3. Bütünlük Oluşturan Eşya

Türk Medeni Kanunu m. 653/1 (*ZGB Art. 613, Abs. 1*) hükmünde, nitelikleri veya özgülendikleri amaç gereği bütünlük oluşturan eşyanın, mirasçılardan birinin karşı çıkması halinde birbirinden ayrılamayacağı düzenlenmiştir⁴³¹. Burada eşya hukuku anlamında eşya birliği (*Sachgesamtheit*) bulunmaktadır⁴³². Eşya birliği, bağımsızlıklarını kaybetmeksizin ortak amaç için bir araya getirilmiş olan ve ekonomik anlamda bütünlük arz eden eşya topluluğunu ifade eder⁴³³. Örneğin bir çift ayakkabı, pul koleksiyonu, yemek takımı, koltuk takımı, mücevher seti, koleksiyon oluşturan eserler ya da bir fabrika bütünlük oluşturan eşyalardır⁴³⁴.

⁴²⁵ Eren/Yücer Aktürk, s. 553; Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 612, s. 884.

⁴²⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 553; Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 612, s. 884.

⁴²⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 553. *Häfliger*'e göre temel kural aynen paylaşma olduğundan, ZGB Art. 612, Abs. 2 (TBK m. 651/2) hükmüne son çare olarak başvurulmalıdır. Bkz: Häfliger, Art. 612, s. 1180.

⁴²⁸ Aral, s. 121; Kocayusufpaşaoğlu, s. 714; Avcı, s. 178.

⁴²⁹ Dural/Öz, s. 494; İmre/Erman, s. 498;

⁴³⁰ Kılıçoğlu'na göre hâkim, artırmanın mirasçılar arasında ya da herkese açık olarak yapılmasına karar verirken mirasçılarının çoğunluğunun isteğini göz önünde bulundurmalıdır. Bkz. Kılıçoğlu, Taksim, s. 55.

⁴³¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 553; İmre/Erman, s. 499; Dural/Öz, s. 495; Serozan/Engin, s. 595; Kılıçoğlu, Taksim, s. 56; Aral, s. 122; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 186; Avcı, s. 203; Ozanemre Yayla, s. 62.

⁴³² Aral, s. 122; Avcı, s. 204; Escher, Art. 613, N. 3; Tuor/Picenoni, Art. 613, N. 2; Wolf/Eggel, Art. 613, s. 306.

⁴³³ Ünal/Başpınar, s. 32; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 12; Ertaş, s. 9.

⁴³⁴ Muhtelif örnekler için bkz: Eren/Yücer Aktürk, s. 554; Dural/Öz, s. 495; İmre/Erman, s. 500; Kılıçoğlu, Taksim, s. 55; Aral, s. 122; Avcı, s. 204; Escher, Art. 613, N. 3; Tuor/Picenoni, Art. 613, N. 3-4; Beusch-Liggenstorfer/Wehinger, Art. 613, s. 887; Wehinger/Reich, Art. 613, s. 1183. İsviçre Medeni Kanunu'nun 1904 tarihli taslak metninde bütünlük oluşturan eşyalara ilişkin bazı örnekler verilmiş, ancak bu kısım daha sonra taslaktan çıkarılmıştır. Bkz: Wolf/Eggel, Art. 613, s. 310.

Bütünlük oluşturan eşya (*zusammengehörende Gegenstände*) mirasçılarının aralarında anlaşmaları suretiyle bölünebilir⁴³⁵. Zira bütünlük oluşturan eşyada her bir eşya, aynı hakka konu olma bakımından birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla mirasçılar terekede bulunan mücevher setinin kolyesinin bir mirasçıya, küpelerinin ise başka mirasçıya özgülenmesine karar verebilirler. Mirasçılar arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde, içlerinden birinin talebi üzerine hâkim bu eşyanın mirasçılardan birine özgülenmesine ya da satılmasına karar verebilir (TMK m. 653/2). Hâkim özellikle özgülemeye karar verirken yerel âdetleri (*Ortsgebrauch*), yerel âdet yoksa mirasçılarının kişisel durumlarını (*persönlichen Verhältnisse*) göz önünde tutmalıdır⁴³⁶. Örneğin mirasçılar arasında mirasbırakanın kızı varken, mücevher setinin mirasbırakanın oğluna özgülenmesi doğru olmaz. Öte yandan, bütünlük oluşturan eşya özgülenirken, bunun miras payına mahsup edilerek yapılması gerekmektedir⁴³⁷. TMK m. 653/2’de yer alan, miras payına mahsup edilmeden özgüleme imkânı yalnızca aile belgeleri ile özel anı değeri olan eşyalar bakımından geçerlidir⁴³⁸.

Mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufuyla, bütünlük oluşturan eşyanın kime özgüleneceği hakkında bir kural koymuşsa, mirasçılarının oybirliğiyle bertaraf edilmedikçe, hâkimin bu kurala göre özgülemeyi yapması gerekmektedir⁴³⁹.

1.2.4.4.2.4. Aile Belgeleri ve Özel Anı Değeri Olan Eşya

Aile belgeleri ve özel anı değeri olan eşya (*Familienschriften und Gegenstände mit Erinnerungswert*), mirasçılar bakımından manevi değer taşıyan eşyaları ifade eder. Söz gelimi, mirasbırakanın hatıra defteri veya günlükleri, yazdığı mektuplar, fotoğraf albümleri, başarı belgeleri ya da diplomaları gibi eşyalar bu kapsamda kabul edilebilir⁴⁴⁰. Ancak hangi belgelerin ya da eşyaların aile belgesi ve özel anı değeri olan eşya olarak kabul edileceği konusunda her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Bir eşyanın bu kapsamda değerlendirilmesi için, bütün mirasçılarının bu eşyayı aile belgesi veya özel anı değeri olan eşya olarak kabul etmeleri şart değildir⁴⁴¹. Bu bakımdan hâkimin, hem objektif olarak eşyanın

⁴³⁵ Eren/Yücer Aktürk, s. 554; Kılıçoğlu, Taksim, s. 56; Aral, s. 123.

⁴³⁶ Aral, s. 123; Avcı, s. 207; Eren/Yücer Aktürk, s. 554; İmre/Erman, s. 501; Wolf/Eggel, Art. 613, s. 317.

⁴³⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 554; Dural/Öz, s. 495; Kılıçoğlu, Taksim, s. 56.

⁴³⁸ Tuor/Picenoni, Art. 613, N. 15; Escher, Art. 613, N. 11; Eren/Yücer Aktürk, s. 554; Dural/Öz, s. 495; Avcı, s. 207.

⁴³⁹ Avcı, s. 203.

⁴⁴⁰ Meyer, Art. 613, s. 372; Couchepin/Maire, Art. 613, s. 864; Wolf/Eggel, Art. 613, s. 311-312; Tuor/Picenoni, Art. 613, N. 18; Escher, Art. 613, N. 4; Kocayusufpaşaoğlu, s. 715; Oğuzman, s. 335; Eren/Yücer Aktürk, s. 555; Dural/Öz, s. 497; İmre/Erman, s. 501; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 187; Kılıçoğlu, Taksim, s. 57; Aral, s. 125; Avcı, s. 204.

⁴⁴¹ Avcı, s. 205.

özelliklerini hem de mirasbırakanın ve mirasçılarının iradelerini bir arada değerlendirmesi gerekmektedir.

Mirasçılar, aralarında anlaşmak suretiyle aile belgeleri ve özel anı değeri olan eşyayı paylaşabilirler⁴⁴². Genellikle bu tür eşyaların ekonomik değeri yoktur. Ancak mirasçılar, ekonomik değeri olan aile belgesinin veya özel anı değeri bulunan eşyanın satılmasına dahi karar verebilirler. Mirasçılardan birinin karşı çıkması durumunda ise, aile belgeleri ve özel anı değeri olan eşyalar satılamaz (TMK m. 653/2). Hal böyle olmakla birlikte, TMK m. 653/2 hükmünün son cümlesinde, mirasçılar arasında anlaşmazlık çıkması durumunda hâkimin satış kararı verebileceği düzenlenmiştir. Öğretide hâkim olan görüşe göre, aile belgeleri ve özel anı değeri olan eşyaların özgülenmesi konusunda mirasçılar arasında anlaşmazlık bulunsa bile, bu tür eşyaların satışına karar verilemez⁴⁴³. Anlaşmazlık halinde hâkim, yerel adetleri ve yerel adet yoksa mirasçılarının kişisel durumlarını göz önünde tutarak, eşyanın bunlardan birine özgülenmesine karar vermelidir (TMK m. 653/2). Bununla birlikte, aile belgesi ya da özel anı eşyasının ekonomik anlamda yüksek değere sahip olması sebebiyle miras paylarından birine konulması mümkün değilse satış kararı verilebilir⁴⁴⁴. Ancak bu satışın da, mirasçılar arasında artırma yoluyla gerçekleştirilmesi gerekir⁴⁴⁵.

Aile belgesi ve özel anı değeri olan eşyanın aynı zamanda bütünlük oluşturan eşya niteliğinde olması mümkündür. Bu ihtimalde yine TMK m. 653/2 hükmü uygulanır. Ancak bir aile belgesi ya da özel anı değeri olan eşya, terekede yer alan başka bir eşya ile bütünlük oluşturuyorsa, değer itibarıyla hangisinin daha üstün olduğuna göre karar verilebilir. Örneğin terekede bulunan bir koleksiyonun parçaları içerisinde, özel anı değeri olanlar bulunabilir. Bu durumda o parçaların koleksiyonun geneline göre arz ettiği değer fazla ise, koleksiyonun tamamı bakımından TMK m. 653/2 hükmünün uygulanması mümkündür⁴⁴⁶.

Türk Medeni Kanunu m. 653/3 hükmünde, özel kanun hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Şu halde, aile belgesi veya özel anı değeri olan eşya hakkında özel kanun hükmü bulunuyorsa, hâkim özel hükmü dikkate alarak karar vermek durumundadır⁴⁴⁷.

⁴⁴² Kılıçoğlu, Taksim, s. 57; Aral, s. 125.

⁴⁴³ Eren/Yücer Aktürk, s. 556; Dural/Öz, s. 497; İmre/Erman, s. 502; Kılıçoğlu, Taksim, s. 57; Aral, s. 126.

⁴⁴⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 556; Dural/Öz, s. 498; Avcı, s. 210; Couchepin/Maire, Art. 613, s. 864.

⁴⁴⁵ Kocayusufoğlu, s. 716; Eren/Yücer Aktürk, s. 556; İmre/Erman, s. 502. Couchepin/Maire, Art. 613, s. 864. Dural/Öz'e göre, yalnızca mirasçılar arasında artırma yapılmanın mecbur tutulması bazı kötüye kullanmalara yol açabilir. Örneğin piyasa değeri çok yüksek olan aile belgesini mirasçılar arasında ucuza kapatacak olan varlıklı mirasçı, sonradan bu belgeyi kendi malı olarak yüksek fiyata satabilir. Bkz: Dural/Öz, s. 498. Avcı'ya göre ise, artırmanın mirasçılar arasında mı yoksa üçüncü kişilere de açık olarak mı yapılacağı noktasında hâkimin takdir hakkı bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bkz: Avcı, s. 211.

⁴⁴⁶ Benzer bir örnek için bkz. Seeberger, s. 180.

⁴⁴⁷ Örneğin 2933 sayılı Madalya ve Nişanlar Kanunu'nun 5. maddesine göre, madalya ve nişanlar, mirasbırakan tarafından mirasçılardan birine bırakılmamış ise, en büyüklerinden başlamak üzere çocuklarına, çocukları yoksa

1.2.4.5. Ayni İkame İlkesi

Ayni ikame ilkesi (*Surrogationsprinzip*), mirasın açılması ile paylaşılması arasında geçen sürede terekeden çıkan bir malvarlığı unsurunun karşılığını oluşturan şeyin doğrudan terekeye dâhil olmasını ifade eder⁴⁴⁸. Mirasın açılmasından sonra terekede yer alan malvarlığı unsurlarında bazı değişiklikler olması ihtimal dâhilindedir. Örneğin terekede bulunan bir mal başka mal ile değiştirilmiş ya da satılarak paraya çevrilmişse, söz konusu mal ve para kendiliğinden terekeye ait olur. Bunun gibi, terekede bulunan bir arsanın kamulaştırılması sebebiyle elde edilen kamulaştırma bedeli ya da iş yerinin hasara uğraması sebebiyle ödenen sigorta tazminatı da terekenin bir parçası olur⁴⁴⁹. Ancak ayni ikame ilkesinin işleyebilmesi için, terekeden çıkan değer ile terekeye giren değer arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır⁴⁵⁰.

1.2.4.6. Oybirliği İlkesi

Oybirliği ilkesi (*Einstimmigkeitprinzip*), gerek miras paylarının oluşturulması ve özgülenmesi aşamasında, gerekse de paylaşmanın tamamlanması aşamasında bütün mirasçıların katılımıyla anlaşmaya varmaları demektir⁴⁵¹. Mirasçılar arasında anlaşmanın olmaması halinde paylaşma mahkeme kararıyla mümkün olabilir. TMK'nun muhtelif hükümlerinde “anlaşma olmazsa (m. 650/2)”, “mirasçılar anlaşamazlarsa (m. 651/2)”, “mirasçılardan birinin karşı çıkması halinde (m. 653/1)” gibi ifadelerle oybirliği ilkesine atıf yapılmıştır⁴⁵². Bu sebeple, oybirliği ilkesinin paylaşmanın tamamlanması aşamasından önce de geçerli olduğu söylenebilir.

Tam paylaşmanın oybirliğiyle gerçekleşmesi için doğal olarak mirasçıların hangi tereke unsurunun kime özgüleneceği konusunda anlaşmaları gerekmektedir. Bazı durumlarda ise, mirasçılar tereke unsurlarının bir kısmı hakkında anlaşmaya vardıkları halde, geri kalan kısım hakkında anlaşamamış olabilirler. Bu durumda hâkim, mirasçıların anlaşmaya vardıkları tereke unsurlarının özgülenmesi hakkında hüküm veremez⁴⁵³. Öte yandan, oybirliği ilkesi paylaşma davasının farklı aşamalarında da karşımıza çıkabilir. Söz gelimi mirasçılar maddi olarak bölünmesi mümkün olan tereke unsurunun satılması konusunda oybirliğiyle anlaşmaya

babasına o da yoksa annesine, baba ve annenin boşanmış olduğu durumlarda çocuğun velayeti kimde ise ona, anne ve babanın olmadığı durumda eşine, eşinin de yokluğu halinde Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kanuni mirasçılara intikal eder.

⁴⁴⁸ Tuor/Picenoni, Art. 599, N. 14; Escher, Art. 599, N. 4-5; Eren/Yücer Aktürk, s. 558; Dural/Öz, s. 474; İmre/Erman, s. 486; Öztan, s. 465; Antalya/Sağlam, s. 519; Ozanemre Yayla, s. 64.

⁴⁴⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 558; Dural/Öz, s. 474; İmre/Erman, s. 486; Ozanemre Yayla, s. 64.

⁴⁵⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 558.

⁴⁵¹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 30; Ozanemre Yayla, s. 67.

⁴⁵² Kılıçoğlu, Taksim, s. 30; Ozanemre Yayla, s. 67.

⁴⁵³ Avcı, s. 57.

varırlarsa hâkim bununla bağlıdır⁴⁵⁴. Yine, satışın hangi usulde yapılacağı konusunda da mirasçılar anlaşılırsa, hâkim bunun aksine karar veremez.

Oybirliği ilkesinin istisnası, sübjektif kısmî paylaşmada görülür. Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, bir mirasçının miras payını başka mirasçıya devretmesi halinde mirasçı sayısı azaldığı için sübjektif kısmî paylaşma gerçekleşmiş olur⁴⁵⁵. Bu şekilde bir pay devri oybirliği ilkesine tabi olmayıp, devreden mirasçı ile devralan mirasçı arasında yapılan sözleşmeye dayanmaktadır.

1.2.5. Paylaşmaya Hazırlık Aşaması

1.2.5.1. Genel Olarak

Geniş anlamda paylaşmanın ilk aşaması, paylaşmaya hazırlık aşamasıdır. Bu da kendi içerisinde miras paylarının oluşturulması ve miras paylarının özgülenmesi (tahsis) olmak üzere iki aşamada gerçekleşir. Paylaşmaya hazırlık aşaması genel hatları ile TMK m. 650 (ZGB Art. 611) hükmünde düzenlenmiştir. TMK m. 651 ve devamı hükümlerinde ise, payların özgülenmesi ile ilgili özel kurallara yer verilmiştir.

Paylaşmaya hazırlık aşamasında esas olan, irade serbestisi ilkesi çerçevesinde mirasçılarının tamamının bir araya gelerek hazırlık işlemlerini yapmalarıdır. Ancak belirtmek gerekir ki payların oluşturulması ve özgülenmesi aşamaları daha çok paylaşma davasında tam anlamıyla belirginleşmektedir⁴⁵⁶. Paylaşma sözleşmesinde ise genellikle bu iki aşama bir arada gerçekleşir. Zira olayların büyük çoğunluğunda mirasçılar payların oluşturulmasından ziyade, hangi tereke malının kime ait olacağı meselesine odaklanmaktadırlar.

1.2.5.2. Miras Paylarının Oluşturulması

Miras paylarının oluşturulması (*Losbildung, Aufstellung von Losen*), her bir mirasçıya düşecek olan tereke unsurlarının, yalnızca miras payları dikkate alınarak belirlenmesini ifade eder⁴⁵⁷. TMK m. 650/1 hükmünde, mirasçılarının tereke mallarından mirasçı veya ortak kök sayısı kadar pay oluşturacakları belirtilmiştir. Örneğin mirasbırakan öldüğünde geride A ve B adlı iki çocuğu mirasçı olarak kalmışsa, burada iki miras payı oluşturulur (A ½ , B ½). Ancak bu mirasçılardan B, mirasbırakandan önce ölmüş ve geride C ve D adlı iki çocuk bırakmışsa, bunlar halefiyet yoluyla B'nin yerine geçerler. Bu ihtimalde pay oluşturulurken ortak köke (*Erbstamm*) göre hareket edilir. B, ortak kök olduğundan C ve D onun payını yarı yarıya

⁴⁵⁴ Avcı, s. 64.

⁴⁵⁵ Hauser, s. 35; Annen, s. 86; Habicht, s. 23; Jost, s. 122; Kılıçoğlu, Taksim, s. 49. Aksi görüşte; Aral, s. 41.

⁴⁵⁶ Dural/Öz, s. 488.

⁴⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 709; Kılıçoğlu, Taksim, s. 50; Avcı, s. 92.

paylaşacaktır (A $\frac{1}{2}$, C $\frac{1}{4}$, D $\frac{1}{4}$). Şu halde son durumda dört pay oluşturulacak ve iki pay A'nın, birer pay ise C ve D'nin olacaktır⁴⁵⁸.

Miras payları bu şekilde belirlendikten sonra, bu paylara terekede yer alan muhtelif mal ve hakların dağıtılması gerekir. Ancak burada yapılması gereken şey, herhangi bir mirasçıya düşecek olan mal ve hakları belirlemek değil, her bir miras payına düşecek olan mal ve hakları belirlemektir⁴⁵⁹. Başka bir deyişle, mirasçıların şahısları değil, belirlenen miras payları göz önünde tutulur. Örneğin eşit oranda iki tane miras payı varsa, öncelikle terekedeki mal ve haklardan hangilerinin bu paylara düşeceği belirlenir. Bu noktada aynen paylaşma ilkesi mümkün olduğu ölçüde uygulanmalıdır⁴⁶⁰. Söz gelimi terekede yalnızca iki adet apartman dairesi varsa bunlar birer pay oluşturur. Ancak payların oluşturulması her zaman bu kadar kolay olmaz. Zira terekede çoğunlukla birbirinden farklı değerlerde mal ve haklar bulunur. Bu durumda aynen paylaşma ilkesinin uygulanması mümkün olmadığından, değer itibarıyla aynı olan mal ve haklar miras paylarına konulur⁴⁶¹. Örneğin terekede değerleri aynı olan bir otomobil ve bir de arazi varsa, bunların eşit oranda iki miras payına konulması ihtimalinde, otomobil bir paya, arazi de diğer paya konulabilir. Öte yandan, mirasçıların miras payları birbirine eşit değilse, durum daha da karmaşık bir hal alır. Bu ihtimalde terekede bulunan mal ve haklar değerlerine göre birer pay olarak ayrılır. Sonrasında, miras paylarına konulan tereke unsurları arasında değer farkı varsa, bu fark denkleştirme parası (*Ausgleichzahlung*) ödenmek suretiyle giderilir⁴⁶².

Miras paylarının oluşturulmasında karşılaşılan zorluklar genellikle paylaşma davası bakımından söz konusu olur. Mirasın paylaşılması hususunda anlaşmak isteyen mirasçılar çoğunlukla yukarıda belirtilen şekilde pay oluşturma yoluna gitmezler. Zira onlar için önemli olan, terekede bulunan mal ve haklardan hangilerinin kendilerine ait olacağıdır. Bu sebeple, mirasçılar doğrudan terekede bulunan mal ve hakların kime ait olacağını kararlaştırma aşamasına geçerler. Başka bir deyişle, mirasçıların anlaşması halinde payların oluşturulması ve

⁴⁵⁸ Benzer örnekler için bkz: **Oğuzman**, s. 333; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 563; **İmre/Erman**, s. 489; **Aral**, s. 105; **Öztan**, s. 468; **Avcı**, s. 93; **Ozanemre Yayla**, s. 259.

⁴⁵⁹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 563; **Couchepin/Maire**, Art. 611, s. 849.

⁴⁶⁰ **Beusch-Liggenstorfer/Vlcek**, Art. 611, s. 881; **Wolf**, BK-Berner Kommentar, Art. 611, s. 247; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 563; **Oğuzman**, s. 333; **Aral**, s. 102; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 51; **Avcı**, s. 94; **Ozanemre Yayla**, s. 260; **Couchepin/Maire**, Art. 611, s. 849; **Meyer**, Art. 611, s. 366; **Häfliger**, Art. 611, s. 1178.

“Mahkemece öncelikle tarafların hisseleri gözetilerek ve yine tarafların anlaşıp anlaşamadığı hususlar tespit edilip ona göre işlem yapılması gerekirken anılan bu hususlar üzerinde durulmaması öncelikle aynen taksim hususunun aydınlatılmaması doğru değildir.” Yarg. 20. HD, T. 28.2.2019, E. 2017/10622, K. 2019/1325. (erişim tarihi: 18.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁴⁶¹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 563; **Oğuzman**, s. 334.

⁴⁶² **Eren/Yücer Aktürk**, s. 564; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 52; **Aral**, s. 103. İsviçre Öğretisinde ve Federal Mahkeme içtihatlarında denkleştirme parasının miras payına oranla aşırı ölçüde yüksek olmaması gerektiği belirtilmektedir. **Meyer**, Art. 611, s. 366; **Häfliger**, Art. 611, s. 1178. Öğretide *Seeberger*, denkleştirme parasının üst sınırının, miras payının % 10'unu geçmemesini tavsiye etmektedir. Bkz: **Seeberger**, s. 116.

özgülenmesi aşamaları bir arada gerçekleşir. Hal böyle olmakla birlikte, mirasçılarının öncelikle pay oluşturma yolunu tercih etmeleri de mümkündür. Bu çerçevede yapılacak olan sözleşme, şekil şartına tabi değildir⁴⁶³.

Belirtmek gerekir ki, sözleşme yolunu tercih eden mirasçılar miras paylarını gösteren oranlarla bağlı değildirler. Söz gelimi altsoyla birlikte mirasçı olan ve dolayısıyla $\frac{1}{4}$ oranında miras payına sahip olan eş, altsoyun terekeden daha fazla mal ve hak alabilmesi için, miras payını karşılamayan değerde mal ile yetinebilir. Bunun gibi, diğerlerinden daha fazla miras payına sahip olan mirasçı, ekonomik olarak daha iyi durumda olduğu için terekeden hiçbir mal ve hak almamayı kabul edebilir. Dolayısıyla burada tamamen irade serbestisi ilkesi geçerlidir⁴⁶⁴.

Mirasçılar arasında anlaşma mümkün olmadığı takdirde mirasçılardan her biri, sulh mahkemesinden payların oluşturulmasını isteyebilir (TMK m. 650/2)⁴⁶⁵. Bu noktada hâkim, yerel adetleri, mirasçılarının kişisel durumlarını ve çoğunluğun arzusunu göz önünde bulundurarak karar verecektir (TMK m. 650/2)⁴⁶⁶. Söz gelimi terekede bulunan ineklerin hayvancılıkla uğraşan mirasçıya, mücevherlerin kadın mirasçıya, dükkânın esnafılık yapan mirasçıya ayrılması daha uygun olacaktır⁴⁶⁷. Şu halde, payların oluşturulmasında yerel adetler, mirasçılarının kişisel durumları ya da çoğunluğun arzusu göz önünde bulundurulduğu takdirde, bu kıstaslara göre belirlenen payların hangi mirasçıya özgüleneceği de ortaya çıkmış olur⁴⁶⁸. Öyleyse, pay oluşturulurken mirasçılarının şahıslarının değil, miras paylarının dikkate alınacağına ilişkin genel kural pratik olarak anlamını yitirmektedir. Öte yandan, mirasbırakanın payların oluşturulması konusunda ölüme bağlı tasarrufu söz konusu olabilir. Örneğin

⁴⁶³ **Escher**, Art. 611, N.7.

⁴⁶⁴ **Wolf**, BK-ZGB, Art. 611, s. 248.

⁴⁶⁵ Belirtmek gerekir ki, mirasçılarının yalnızca payların oluşturulması için mahkemeye başvurmaları, uygulamada hemen hemen hiç rastlanmayan bir durumdur. Mirasçılar paylaşma sözleşmesi yapmak niyetindelerse, bu sözleşmenin müzakere aşamasında tereke unsurlarından hangisinin kime ait olacağını kararlaştırırlar. Eğer bu aşamada bir anlaşma söz konusu olmazsa, çoğunlukla taşınmazlar için ortaklığın giderilmesi ya da bütün tereke için paylaşma davası açılmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu Art. 611, Abs. 2 hükmüne göre ise, mirasçılarının anlaşamamaları halinde içlerinden biri yetkili merciye (*die zuständige Behörde*) başvurarak payların oluşturulmasını talep edebilir. Söz konusu bu merci bir mahkeme olmayıp, yetkisi yalnızca bir paylaşma önerisi/tasarısı (*Teilungsvorschlag*) hazırlayarak mirasçılara sunmak ve anlaşmalarına aracılık etmekten ibarettir. Yetkili mercinin neresi olduğu kanton yasalarına göre belirlenir. **Meyer**, Art. 611, s. 367; **Wolf**, BK-ZGB, Art. 611, s. 254; **Couchepin/Maire**, Art. 611, s. 851; **Elmiger**, s. 58. Ancak bu yolun İsviçre Hukukunda da neredeyse hiç kullanılmadığı ifade edilmektedir. Bkz: **Drucey**, s. 252; **Häfliger**, Art. 611, s. 1178; **Wolf**, BK-ZGB, Art. 611, s. 250; **Eitel**, Kurzfassung, s. 130.

⁴⁶⁶ Öğretide, payların oluşturulması için hâkimin göz önünde bulundurması gereken kıstasların birbirlerine önceliğinin olmadığı ifade edilmektedir. Bu sebeple hâkim, takdir hakkı çerçevesinde hangi kıstasa göre payları oluşturacağına karar verecektir. Bkz: **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 52; **Aral**, s. 106. İsviçre Hukukunda ise, yerel adetlerin diğerlerinden önce dikkate alınması gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bkz: **Tuor/Piceni**, Art. 611, N.16.

⁴⁶⁷ Bu konuda başka örnekler için bkz: **Eren/Yücer Aktürk**, s. 564; **Wolf**, BK-ZGB, Art. 611, s. 255; **Escher**, Art. 611, N. 12.

⁴⁶⁸ **Dural/Öz**, s. 489.

mirasbırakan vasiyetnamesinde, tarım arazileriyle traktörlerinin bir pay, apartman dairesiyle otomobilinin ayrı bir pay olmasını öngörebilir. Bu ihtimalde hâkim, mümkün olduğu ölçüde ölüme bağlı tasarrufa göre payların oluşturulmasına karar vermelidir⁴⁶⁹.

Zorunlu olmamakla beraber, miras payları oluşturulurken tereke borçları da hesaba katılabilir⁴⁷⁰. Tereke borçlarının paylaşımı, alacaklılara karşı var olan müteselsil sorumluluğu değiştirmez. Bu durum yalnızca TMK m. 682 gereğince diğer mirasçılara rücu hakkı bakımından önem taşımaktadır. Eğer tereke borçları paylaşılmamışsa, mirasçılar iç ilişkide birbirlerine karşı her bir borç için miras payları oranında sorumludurlar.

1.2.5.3. Miras Paylarının Özgülenmesi

Miras paylarının özgülenmesi (*Losverteilung, Zuteilung der Lose*), oluşturulan miras paylarının hangi mirasçılara ait olacağının tespit edilmesidir. Bu bakımdan özgüleme, esas olarak payların oluşturulmasından farklı bir aşamadır. Ancak pratik bakımdan bu iki aşama birbiriyle bir bütün teşkil eder.

Miras paylarının özgülenmesi öncelikle mirasçılarının bu konuda anlaşmaları ile meydana gelir⁴⁷¹. Nitekim TMK m. 650/3 hükmünde, payların özgülenmesinin mirasçılarının anlaşması uyarınca yapılacağı açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu anlaşma şekle tabi değildir⁴⁷². Bu sebeple mirasçılar, sözlü olarak da hangi payın kime ait olacağını kararlaştırabilirler. Mirasçılarının paylaşmaya hazırlık işlemi olarak yaptıkları bu anlaşma, paylaşma sözleşmesinden farklı niteliktedir⁴⁷³. Zira bu şekilde bir anlaşma, mirasçılar bakımından bağlayıcı olmadığı gibi, mirasın paylaşılması sonucunu da doğurmaz⁴⁷⁴. Hal böyle olmakla birlikte, özellikle yazılı paylaşma sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, payların özgülenmesine ilişkin anlaşmanın paylaşma sözleşmesinin içeriğinde var olduğu söylenebilir.

Mirasçılarının payların özgülenmesi konusunda anlaşmaya varamamaları durumunda kanun kur'a çekilmesini (*Losziehung*) öngörmektedir (TMK m. 650/3). Ancak mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf ile özgülemenin nasıl yapılacağını düzenlemişse, öncelikle buna uyulması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁷⁵.

Kanunda kur'anın nasıl gerçekleştirileceğine dair düzenleme bulunmamaktadır⁴⁷⁶. Mirasçılar, kur'anın kim tarafından ve hangi yöntemle yapılacağı konusunda anlaşma

⁴⁶⁹ Oğuzman, s. 334, Avcı, s. 95.

⁴⁷⁰ Dural/Öz, s. 492.

⁴⁷¹ Wolf, BK-ZGB, Art. 611, s. 256; Escher, Art. 611, N.16.

⁴⁷² Wolf, BK-ZGB, Art. 611, s. 255; Häfliger, Art. 611, s. 1178.

⁴⁷³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 53; Ozanemre Yayla, s. 178.

⁴⁷⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 565; Wolf, BK-ZGB, Art. 611, s. 255; Häfliger, Art. 611, s. 1179.

⁴⁷⁵ Dural/Öz, s. 492; Avcı, s. 105.

⁴⁷⁶ Wolf, BK-ZGB, Art. 611, s. 256.

yapabilirler. Böyle bir anlaşma şekle tabi değildir⁴⁷⁷. Örneğin, terekedeki taşınmazların özgülenmesi konusunda anlaşılamayan mirasçılar, bunun noter huzurunda kur'a ile belirlenmesini ve kur'anın yaş sırasına göre çekilmesini kararlaştırabilirler. Mirasçıların kur'a çekilmesi konusunda da anlaşamamaları halinde hâkim kararıyla özgülemenin gerçekleşmesi gündeme gelir⁴⁷⁸.

Hâkimin doğrudan miras paylarını özgüleme yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Çoğunlukta olan görüşe göre, hâkim kural olarak belirli bir miras payını kendi takdirine göre özgüleyemez⁴⁷⁹. Hâkimin özgüleme yetkisi, ancak kanunda belirtilen özel durumlarda söz konusu olabilir. Örneğin TMK m. 652'ye göre aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi böyledir. Bunun gibi özel durumlar dışında hâkim ancak kur'a çekme yoluyla miras paylarını özgüleyebilir. Azınlıkta kalan görüşe göre ise, özgüleme konusunda hâkimin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir⁴⁸⁰. Zira TMK m. 650 hükmünün amacı tereke unsurlarının küçük parçalara bölünmesinin engellenmesidir. Ayrıca, TMK m. 650/2 gereğince mirasçıların kişisel durumlarının göz önünde tutulması, kur'a çekme yolunu etkisiz hale getirecektir⁴⁸¹.

Uygulamada Yargıtay, öncelikle tarafların uzlaşmaya davet edilmeleri, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ise kur'a çekilmesi ve değer farkının ödenmesi suretiyle paylaşmanın gerçekleştirilmesi yönünde kararlar vermektedir⁴⁸².

⁴⁷⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 565; Wolf, BK-ZGB, Art. 611, s. 255; Häfliger, Art. 611, s. 1178.

⁴⁷⁸ Ozanemre Yayla, s. 179.

⁴⁷⁹ Dural/Öz, s. 492; Kocayusufpaşaoğlu, s. 712; İmre/Erman, s. 493; Kılıçoğlu, Taksim, s. 53; Avcı, s. 106.

⁴⁸⁰ Aral, s. 112, dpn. 41'deki yazarlar. Bu konuda Serozan/Engin ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, paylaşmaya hazırlık işlemleri için kendisine başvurulana hâkim, yalnızca kur'a çekme yoluna başvurabilir. Buna karşılık paylaşma davasına bakan hâkim, sahip olduğu geniş yetkiler sebebiyle kur'a çekmek zorunda olmayıp doğrudan özgüleme yapabilir. Bkz: Serozan/Engin, s. 608.

⁴⁸¹ Aral, s. 112. İsviçre Hukukunda, payların oluşturulması için başvurulana yetkili mercinin payların özgülenmesine dair bir karar veremeyeceği kabul edilmektedir. Paylaşma davası bakımından ise hâkimin oluşturulan payları doğrudan özgüleme yetkisinin bulunduğu belirtilmektedir. Bkz: Wolf, BK-ZGB, Art. 611, s. 256; Brückner/Weibel, s. 82; Druey, s. 253; Tuor/Piceni, Art. 611, N. 4.

⁴⁸² “Somut olaya gelince; dava konusu taşınmazın tapu kaydı incelendiğinde, kat mülkiyeti kurulu binada mesken niteliğinde 4 adet bağımsız bölümün tarafların murisi Şükriye adına kayıtlı olduğu görülmektedir. Salihli Sulh Hukuk Mahkemesinin 09.05.2012 tarihli 2012/589 E, 2012/690 K. sayılı mirasçılık belgesine göre de muris Şükriye'nin mirasının eşit pay şeklinde çocukları olan davacı ve davalıya kaldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, taraflarca aynen paylaşılması istenen 4 adet bağımsız bölüm ve bunları paylaşacak iki mirasçı bulunduğuna göre yukarıda belirtilen ilke ve esaslar doğrultusunda tarafların uzlaşmaları halinde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, bu konuda taraflar arasında uzlaşma sağlanamaz ise kura çekimi yoluna gidilerek, kura sonucunda kendisine daha kıymetli taşınmazlar isabet eden tarafa ivaz bedeli farkını hükümden önce depo etmesi için kesin süre verilmeli, depo edildiği takdirde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, depo edilmediği takdirde aynı hak karşı tarafa tanınmalı, her iki tarafın da ivaz bedelini kesin süre içerisinde depo etmemesi durumunda ise şimdiki gibi satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmelidir.” Yarg. 14. HD, T. 23.10.2013, E. 2013/11904, K. 2013/13267. (erişim tarihi: 09.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>. “Taraflarca aynen paylaşılması istenen eş değerde iki taşınmaz ve bunları paylaşacak iki mirasçı bulunmakla birlikte her iki mirasçı da aynı taşınmazı istemiştir. Mahkeme, tarafların arasında payların özgülenmesinde anlaşma sağlanamadığından, her bir mirasçıya hangi taşınmazın verileceği konusunda mahkemece kura çekme yoluna gitmiş; kura çekimine ne davacı ne de davalı itiraz etmemişlerdir. Mahkemenin açıklanan yasal düzenlemeler çerçevesinde iki taşınmazın her birini birer mirasçıya vermek suretiyle paylaşım yapması ve buna

1.3. Miras Paylaşma Sözleşmesi Hakkında Genel Bilgiler

1.3.1. Kavram ve Terim

Paylaşma sözleşmesi, paylaşmanın mirasçılar açısından bağlayıcı hale gelmesi sonucunu doğuran hukuki işlemdir. Geniş anlamda paylaşma, daha önce değinildiği üzere⁴⁸³ mirasçılarının miras paylarının oluşturulması ve özgülenmesinden paylaşmanın tamamlanmasına kadar olan sürecin tamamını ifade eder⁴⁸⁴. Bu sürecin başlangıcında mirasçılar terekede bulunan malvarlığı değerlerinin kime ait olacağı hususunda müzakerelerde bulunurlar⁴⁸⁵. Yapılan müzakereler neticesinde anlaşma mümkün olduğu takdirde paylaşma sözleşmesinin yapılması gündeme gelir. Sözleşmenin yapılmasıyla birlikte, sözleşmenin konusunu teşkil eden tereke unsurları bakımından artık paylaşmadan kaynaklanan sorunlar ortadan kalkar. Nitekim TMK’da paylaşma sözleşmesinin düzenlendiği dördüncü ayırımın başlığı “*Paylaşmanın Tamamlanması ve Sonucu*” şeklinde belirtilmiştir. Şu halde paylaşma sözleşmesi, paylaşmayı neticelendirme işlevi görmektedir. Paylaşmanın tamamıyla neticelenmesi için, mirasçılarının terekede yer alan unsurların tamamının paylaşılması konusunda anlaşmış olmaları gerekir⁴⁸⁶. Tam paylaşma olarak belirtilen bu ihtimalde artık paylaşma sorunu çözülmüş, tabiri caizse miras hukuku kuralları nihai amacına ulaşmış olur. Bundan sonraki süreçte ise, borçlar hukuku kuralları devreye girer. Zira paylaşma sözleşmesi esasen bir borç sözleşmesidir ve sözleşmenin kurulması, geçerliliği, hükümleri, ifası, sona ermesi gibi hususlarda çok büyük oranda TBK’nun genel hükümleri uygulama alanı bulur.

Paylaşma sözleşmesi, terekede yer alan bütün unsurları kapsamak zorunda değildir. Mirasçılar, öncelikle belirli tereke unsurlarının paylaşılması konusunda anlaşmış, diğer unsurların paylaşılmasını ertelemiş olabilirler. Böyle bir durumda, sözleşmenin konusunu teşkil eden unsurlar bakımından artık sözleşme hükümleri geçerli olur. Sözleşmenin konusu dışında kalan tereke unsurları ise, miras ortaklığına dâhil olmaya devam ederler⁴⁸⁷. Bunların yönetimi,

ilişkin kararında direnmesi yerindedir.” Yarg. HGK, T. 27.4.2011, E. 2011/6-55, K. 2011/222. erişim tarihi: 09.12.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁴⁸³ Bkz: 1.2.1.

⁴⁸⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 23; Aral, s. 29; Kocayusufpaşaoğlu, s. 679; Serozan/Engin, s. 589; Ozanemre/Yayla, s. 15; Avcı, s. 22; Hauser, s. 13, Habicht, s. 2; Etter, s. 5; Tuor/Piceni, Art. 604, N.1; Wolf, *Erbengemeinschaft*, s. 267.

⁴⁸⁵ Bazı durumlarda, paylaşma sözleşmesine dair bir müzakere aşaması söz konusu olmayabilir. Söz gelimi mirasçılar, mirasbırakanın sağlığından beri birbirleriyle anlaşmazlık içerisindeyse mirasın paylaşılmasının sözleşme yoluyla gerçekleşmesi düşük bir ihtimaldir. Bunun dışında mirasçılarının çeşitli sebeplerden dolayı mirasın paylaşılması konusunda hareketsiz kalmaları, herhangi bir müzakereye girişmemeleri de söz konusu olabilir. Zira TMK’nun sisteminde mahkemenin veya resmi makamların paylaşmaya etki etmesi öngörülmemiştir. Bu sebeple, aradan çok uzun bir süre geçmesine rağmen mirasın paylaşılmaması mümkündür.

⁴⁸⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 46; Serozan/Engin, s. 589; Dural/Öz, s. 469; İmre/Erman, s. 465; Avcı, s. 53.

⁴⁸⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 48; Aral, s. 40; Avcı, s. 54; Hauser, s. 25; Felber, s. 41; Annen, s. 129; Escher, Art. 602, N. 41;

yararlanılması ya da üzerlerinde tasarruf edilmesi hakkında yine miras ortaklığına ilişkin kurallar uygulanır.

Paylaşma sözleşmesi, gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında farklı terimlerle ifade edilmektedir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde paylaşma sözleşmesini düzenleyen 611. madde “*Taksim mukavelesi*” başlığını taşımaktaydı. Bu sebeple, öğretide ve yargı kararlarında “*taksim sözleşmesi*” ya da “*taksim mukavelesi*” terimi yaygın olarak kullanılmıştır⁴⁸⁸. Bu sözleşmeye dair temel hüküm olan TMK’nun 676. maddesinin kenar başlığı ise “*Paylaşma sözleşmesi*” şeklindedir. Hal böyle olmakla birlikte, özellikle yargı içtihatlarında halen “*taksim sözleşmesi*” ya da “*taksim anlaşması*” şeklinde ifadelerle rastlanılmaktadır⁴⁸⁹. Öğretide ise bu sözleşmeyi belirtmek üzere “*paylaşım sözleşmesi*” ya da “*paylaşma sözleşmesi*” ifadeleri tercih edilmektedir⁴⁹⁰. Bu çalışmada, kanunda yer alan düzenlemeye uygun olması düşüncesiyle “*paylaşma sözleşmesi*” terimi kullanılmıştır.

1.3.2. Sözleşmenin Türleri

1.3.2.1. Genel Olarak

Paylaşma sözleşmesine ilişkin temel düzenleme olan TMK m. 676/1 (ZGB Art. 634, Abs. 1) hükmünde, bu sözleşmenin iki türde yapılması öngörülmüştür. Bunların birincisi, “*payların oluşturulması ve fiilen alınması*” olarak belirtilirken, diğeri “*paylaşma sözleşmesi*” olarak belirtilmiştir. Öğretide birinci durumu ifade etmek üzere “*elden paylaşma sözleşmesi*”, ikinci durumu ifade etmek üzere ise “*yazılı paylaşma sözleşmesi*” terimleri kullanılmaktadır⁴⁹¹. Kanaatimizce bu iki tür paylaşma sözleşmesine üçüncü olarak “*mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi*”ni eklemek gerekmektedir.

⁴⁸⁸ Kılıçoğlu, Taksim, s. 15 vd; Aral, s. 36; Ayiter, s. 260; Köprülü, s. 416; İmre, s. 509; Hatemi, s. 145.

⁴⁸⁹ Bkz. Yargıtay 3. HD, 2019/2609 E., 2019/9800 K., 9.12.2019 T. ; Yargıtay 8. HD, 2013/20545 E., 2014/2587 K., 18.2.2014 T. ; Yargıtay 8. HD, 2014/19837 E., 2014/19686 K., 3.11.2014 T. (Kazancı Mevzuat İctihat Bilgi Bankası, erişim: 19.03.2020)

⁴⁹⁰ İsviçre hukukunda bu şekilde bir terim farklılığı söz konusu değildir. Zira İsviçre hukukunda paylaşma sözleşmesinin düzenlendiği temel hüküm olan ZGB Art. 634’ün kenar başlığı, kanunun kabul edilişinden bu yana “*Teilungsvertrag*” şeklindedir. Bu sebeple İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında “*Teilungsvertrag*” ya da “*Erbteilungsvertrag*” terimleri kullanılmaktadır. Bkz. Escher, Art. 634, N.1; Wolf/Genna, s. 370; Wolf, Erbteilungsrecht, s. 266; Jolles, Alexander/Vlcek, Michael/Fünfschilling, Annika, OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich, 2011, Art. 634, s. 905; Hrubesch-Millauer, Stephanie/Bürki, Melanie, “Der Erbteilungsvertrag-ausgewählte aspekte”, Festschrift für Thomas Koller, Stämpfli Verlag, Bern, 2018, s. 319; Jäggi, Peter, “Zwei Fragen Aus Dem Erbteilungsrecht”, SJZ (1965), s. 165; Göksu, Art. 634, s. 417; Bosshardt, Martina, OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 634, s. 1204. Öte yandan Alman hukukunda genellikle “*Erbteilungsvereinbarung*” terimi tercih edilirken, Avusturya hukukunda “*Erbteilungsübereinkommen*” terimi yaygın kullanıma sahiptir.

⁴⁹¹ Kocayusufoğlu, s. 721; Oğuzman, s. 333; Dural/Öz, s. 475; Kılıçoğlu, Taksim, s. 68; Serozan/Engin, s. 607; Ozanemre/Yayla, s. 202; Ayan, s. 328; Tuor/Picenoni, Art. 634, N.1; Escher, Art. 634, N.1, Wolf/Genna, s. 373; Göksu, Art. 634, s. 417; Bosshardt, Art. 634, s. 1204; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 905; Rouiller, Art. 634, s. 971; Bänziger, Urs, Erbteilungsvertrag-Schweizer Vertragshandbuch, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017, s. 317.

Türk Medeni Kanunu m. 678/1 (ZGB Art. 636, Abs. 1) hükmü, belirli şartlar altında muhtemel bir mirasçının, açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü kişi ile sözleşmeler yapabileceğini ifade etmektedir. Bu hüküm, öğretide miras payının devri sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, hükümde yalnızca miras payının devrinden bahsedilmemekte, genel olarak “sözleşmeler” ifadesi kullanılmaktadır. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu m. 636/1 hükmünde de aynı anlamda olmak üzere “Verträge” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin kapsamına, miras paylaşma sözleşmesi de girmektedir.

Öğretide Serozan/Engin, paylaşma sözleşmesinin mirasbırakanın katılımıyla onun ölümünden önce de gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir⁴⁹². Öte yandan İsviçre hukukunda yer alan bir görüş de kanaatimizi desteklemektedir. Söz konusu görüşe göre, henüz açılmamış bir miras hakkında mirasçılar arasında yapılan sözleşmeler belirli malların hangi muhtemel mirasçıya tahsis edileceğini konu edinebilir⁴⁹³. Bu şekilde yapılan sözleşmelere “erken paylaşma sözleşmesi” (*Vorgezogene Teilungsvereinbarung*) denilmektedir⁴⁹⁴. Yargıtay da yakın tarihli bir kararında, mirasbırakanların sağlığında ve onların katılımıyla düzenlenen paylaşma sözleşmesinin geçerli olup tarafları bağladığına karar vermiştir⁴⁹⁵.

Şu halde kanaatimizce paylaşma sözleşmesini tür itibarıyla “*mirasın açılmasından önce*” ve “*mirasın açılmasından sonra*” yapılan paylaşma sözleşmesi şeklinde ikiye ayırmak gerekmektedir. Mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmesi de kendi içerisinde “*elden paylaşma sözleşmesi*” ve “*yazılı paylaşma sözleşmesi*” şeklinde iki türde incelenmelidir.

⁴⁹² Serozan/Engin, s. 607. Ancak yazarlar, böyle bir sözleşmenin, “mirasın açılmasından önce miras payının devri sözleşmesi” bağlamında kotarılabilirliğini belirtmektedirler. Kanaatimizce TMK m. 578, hem miras payının devri hem de paylaşma sözleşmesi yapılmasına imkân vermektedir. Bu sebeple aralarında bazı benzerlikler bulunsa da, her iki sözleşme birbirinden farklıdır.

⁴⁹³ Göksu, Art. 636, s. 422; Bosshardt, Art. 636, s. 1208. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüşü paylaşmaktadır. Bkz: BGE 128 III 163. Federal Mahkeme, söz konusu kararda İsviçre Medeni Kanunu m. 636 hükmünün açıkça miras payından bahsetmediğini, genel bir biçimde mirasın açılmasından önceki sözleşmeleri düzenlediğini ifade ederek, hükmün kapsamının miras payının devriyle sınırlı olmadığını belirtmektedir.

⁴⁹⁴ Göksu, Art. 636, s. 422.

⁴⁹⁵ “Davacılar vekili tarafından dosyaya sunulan Nazilli Birinci Noterliği’nce düzenlenen 10.04.1980 gün, 5269 yevmiye numaralı düzenleme şeklinde taksim sözleşmesi başlıklı belge uyarınca miras bırakan Emine ve Ahmet’in katılım ve onayıyla mirasçılık belgesinde isimleri geçen mirasçılarının dava konusu parselleri ve dava dışı bulunan diğer parselleri taksim ettikleri belirlenmiştir. Sözleşmenin incelenmesinden de anlaşılabileceği üzere, taksim sözleşmesi miras bırakan Ahmet ve Emine’nin sağlığında düzenlenmiştir. TMK’nın 678. maddesi hükmüne göre miras bırakanın katılması veya izni olmaksızın bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişiyle yapacağı sözleşmeler geçerli değildir. Görülmekte olan davada dayanan sözleşme anılan hükme uygun olarak düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla, Ahmet ve Emine’nin sağlığında katılımlarıyla terekesi mirasçıları arasında taksim edilmiştir. Bu şekilde düzenlenen bir taksim sözleşmesi geçerli olup, taraflar yönünden bağlayıcıdır ”. Yarg. 8. HD, T. 08.05.2008, E. 2008/1597, K. 2008/2554. (erişim tarihi: 03.03.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

1.3.2.2. Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Paylaşma Sözleşmesi

Mirasın açılmasından önce ortada henüz mirasçılık sıfatı ve dolayısıyla miras hakkı söz konusu değildir. Bu aşamada yalnızca beklenen bir haktan (*Anwartschaftsrecht*) bahsedilebilir⁴⁹⁶. Kural olarak henüz sahip olunmayan hak üzerinde tasarruf edilemez. Ancak böyle bir hakkın borçlandırııcı işlemlere konu edilmesi mümkündür. İşte mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi de beklenen hakkı konu edinen sözleşmelerdendir.

Mirasbırakan hayatta iken mirasçılarının beklenen miras haklarıyla ilgili sözleşmeler yapmalarına hukuk düzeni mesafeli yaklaşmıştır. Zira bu durum çeşitli sakıncaları beraberinde getirmektedir. Bunlardan en önemlisi, mirasbırakan henüz hayatta iken onun gelecekteki mirası hakkında sözleşme yapmanın ahlaka aykırı olduğu düşüncesidir⁴⁹⁷. Gerçekten de, muhtemel mirasçının bu türden sözleşmeler yapmaya girişmesi, mirasbırakanın bir an evvel ölmesini arzuladığı şeklinde yorumlanabilir. Öte yandan bu durum, mirasbırakanın tasarruf serbestisinin sınırlanmasına da yol açabilir. Kişi, muhtemel mirasçılarında çekindiği için malvarlığı üzerinde tasarruf etmekten kaçınabilir. Bu durum, TMK'nun kişiliğin korunmasına dair 23. maddesine aykırılık teşkil eder⁴⁹⁸.

Açılmamış bir miras hakkında yapılan sözleşmelerin diğer bir sakıncası ise, sözleşmenin içerik itibarıyla rizikolu olmasıdır. Sözleşmenin yapıldığı sırada mirasbırakanın malvarlığında bulunan ve bu sebeple paylaşma sözleşmesine konu edilen unsurlar, mirasbırakan öldüğünde onun terekesinde bulunmayabilir⁴⁹⁹. Söz gelimi, mirasbırakanın sağlığında yapılan paylaşma sözleşmesinde bir mirasçıya bırakılacağı kararlaştırılan taşınmaz üçüncü kişilere devredilmiş olabilir. Bu durumda, o taşınmazın kendisine kalacağına inanan muhtemel mirasçının taşınmazı elde etmesi mümkün değildir. Bunun dışında, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin tarafı olan mirasçının, mirasbırakandan önce ölmesi de ihtimal dâhilindedir.

⁴⁹⁶ İmre/Erman, s. 552; Serozan/Engin, s. 576; Özakman, Cumhuriyet, **Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984, s. 106; Yıldırım, Mustafa Fadıl, **“Beklenen (Açılmamış) Bir Terekedeki Miras Hakkının Devri Sözleşmesi”**, Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 1-2, 1995, s. 116; Zorlu, Süheyla, **“Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Sözleşmeler”**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 2, 2014, s. 110; Özdemir, Hayrunnisa, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 229; Kocaoğlu, Hüsamettin, **Miras Payının Devri**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2019, s. 38; Jolles, Alexander/ Vlcek, Michael, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 2. Auflage, Zürich, 2011, Art. 636, s. 909; Bosshardt, Art. 636, s. 1208.

⁴⁹⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 479; Kocayusufpaşaoğlu, s. 543; Yıldırım, 1995, 111; Özakman, s. 104; İmre/Erman, s. 552; Özdemir, Şerh, s. 238; Zorlu, s. 109; Kocaoğlu, s. 35; Genç Arıdemir, Arzu, **Mirasın Açılmasından Sonra Miras Payının Devri Sözleşmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 113; Rouiller, Art. 636, s. 992; Mooser, Michel, **“Le pacte sur succession non ouverte”**, *Nachlassplanung und Nachlassenteilung*, Schulthess Verlag, 2014, s. 244.

⁴⁹⁸ Özakman, s. 104; Yıldırım, 1995, s. 111; Özdemir, Şerh, s. 238; Zorlu, s. 23.

⁴⁹⁹ Özakman, s. 107; Yıldırım, 1995, s. 116; Özdemir, Şerh, s. 229; Zorlu, s. 112.

Tüm bu sakıncalarına rağmen, Türk-İsviçre Hukukunda mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelere belirli şartlar çerçevesinde müsaade edilmiştir⁵⁰⁰. TMK m. 678/1 (*ZGB Art. 636, Abs. 1*) hükmüne göre, bir mirasçının açılmamış miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü kişi ile yapacağı sözleşmeler, mirasbırakanın katılması veya izni bulunmuyorsa geçersizdir. Devamında, böyle bir sözleşme gereğince yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesinin istenebileceği düzenlenmiştir (TMK m. 678/2). Görüldüğü üzere kanun koyucu, açılmamış miras hakkında yapılan sözleşmelerin geçerliliğini, mirasbırakanın katılması veya izni şartına bağlamıştır⁵⁰¹. Böylelikle, bu sözleşmeler bakımından en önemli sakıncayı teşkil eden ahlaka aykırılık ortadan kalkmış olmaktadır⁵⁰². Şu halde muhtemel mirasçılar, mirasbırakanın katılması veya izni şartına bağlı olarak, onun sağlığında miras paylaşma sözleşmesi düzenleyebilirler.

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmeleri istisnai niteliktedir⁵⁰³. Uygulamada çoğunlukla, mirasın açılmasından sonra paylaşma sözleşmesi yapıldığı görülmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, genellikle mirasbırakanın sağlığında mallarını mirasçıları arasında paylaşmak istemesi ve böylelikle muhtemel miras çekişmelerini önleyeceğini düşünmesi, böyle bir sözleşmenin yapılmasına temel oluşturabilir⁵⁰⁴.

1.3.2.3. Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Paylaşma Sözleşmesi

Mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmesi, kendi içerisinde iki türe ayrılmaktadır. Bunlar, “elden paylaşma sözleşmesi” ile “yazılı paylaşma sözleşmesi”dir.

1.3.2.3.1. Elden Paylaşma Sözleşmesi

Elden paylaşma (*Teilung von Hand zu Hand, Partage Manuel*) , mirasçılar tarafından oluşturulan paylara karşılık gelen tereke unsurlarının fiilen alınarak bireysel hak sahipliğine

⁵⁰⁰ Öğretide *Escher*, mirasın açılmasından önce beklenen miras hakkına dair sözleşme yapabilme imkânının gerçek bir ihtiyaçtan kaynaklandığını belirtmektedir. Yazara göre, mirasa ilişkin gelecekteki taleplerin önceden gündeme gelmesi bazı durumlarda yararlı olabilir. Bu bağlamda yazar, bir çiftçinin oğlunun, babasının mesleğini devam ettirmek istemeyip şehirde yeni bir hayat kurmak istemesi halinde bu imkândan yararlanabileceğini örnek göstermektedir. **Escher**, Art. 636, N.1. Yine *Escher*, bu hükmün eski Zürih Kanton hukukundan kaynaklandığını belirtmektedir. Bkz. **Escher**, Art. 636, N.2.

⁵⁰¹ **Wolf/Genna**, s. 387; **Rouiller**, Art. 636, s. 992; **Göksu**, Art. 636, s. 422; **Bosshardt**, Art. 636, s. 1208; **Jolles/Vlcek**, Art. 636, s. 909; Guillaume, Florence, “*Cession de parts héréditaires et suspension du partage successoral*”, *Nachlassplanung und Nachlassenteilung*, Schulthess Verlag, Zürich, 2014, s. 304; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 479; **Dural/Öz**, s. 378; **İmre/Erman**, s. 553; **Özakman**, s. 127; Yıldırım, Mustafa Fadıl, “*Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1, 2004, s. 118; **Zorlu**, s. 119; **Kocaoglu**, s. 43.

⁵⁰² **Rouiller**, Art. 636, s. 992.

⁵⁰³ **Göksu**, Art. 636, s. 422; **Mooser**, *Nachlassplanung*, s. 244.

⁵⁰⁴ **Mooser**, bu sözleşmenin uygulamada çok sık karşılaşılmamakla birlikte, terekenin geleceğine ilişkin bir planlama aracı olarak kullanılabileceğini ve özellikle de aile şirketlerinin gayrimenkul ya da hisselerinin ilerideki durumlarına dair önceden bir planlama yapılması konusunda elverişli olduğunu ifade etmektedir. **Mooser**, *Nachlassplanung*, s. 245.

geçirilmesini ifade eder⁵⁰⁵. Öğretide bu tür paylaşmayı ifade etmek üzere “aynen paylaşma” (*Realteilung*) terimi de kullanılmaktadır⁵⁰⁶. Yargıtay kararlarında ise özellikle taşınmazların yazılı paylaşma sözleşmesi dışında paylaşılmasını ifade etmek üzere “*haricen taksim*” ya da “*fiili taksim*” ifadelerine sıklıkla rastlanmaktadır⁵⁰⁷.

Türk Medeni Kanunu m. 676/1 hükmüne göre, mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması mirasçıları bağlar. Buradaki durum, TMK m. 650’de düzenlenen payların oluşturulması ve özgülenmesinden farklılık arz etmektedir⁵⁰⁸. Zira payların oluşturulması ve özgülenmesi, paylaşmaya hazırlık aşamasında yapılan işlemlerdir. Bu aşamada yapılan sözleşmeler mirasçılar bakımından bağlayıcı değildir. Diğer bir deyişle, mirasçılar miras paylarının oluşturulması ve özgülenmesi konusunda anlaştıktan sonra bundan serbestçe vazgeçebilirler. TMK m. 676/1’de ifade edilen elden paylaşma sözleşmesi ise mirasçılar açısından bağlayıcı niteliktedir⁵⁰⁹.

Elden paylaşma, oluşturulan paylara karşılık gelen her bir tereke unsurunun devrine ilişkin hükümlere göre gerçekleştirilir⁵¹⁰. Örneğin terekede bulunan taşınır bir malın mirasçılardan birine verilmesi kararlaştırılmış ise, söz konusu malın zilyetliğinin o mirasçıya devredilmesi gerekmektedir⁵¹¹. Terekede bulunan kıymetli evrak bakımından ise, hamile yazılı senetlerde o senedin teslimi, emre yazılı senetlerde bütün mirasçıların senedi ciro etmeleri

⁵⁰⁵ Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Fikret, “Mirasın Paylaşılması”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, I. Cild, Ankara, 2017, s. 513; Kılıçoğlu, Taksim, s. 68; Serozan/Engin, s. 607; Antalya/Sağlam, s. 529; Escher, Art. 634, N.4; Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 5; Wolf/Genna, s. 374.

⁵⁰⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 68; İmre/Erman, s. 562; Ayiter, s. 259; Öztan, s. 471; Göksu, Art. 634, s. 417; Escher, Art. 634, N. 2; Bosshardt, Art. 634, s. 1204; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 905; Wolf/Genna, s. 373; Rouiller, Art. 634, s. 971; Bänziger, s. 318; Druey, § 16, s. 236. Kılıçoğlu, öğretide bazı yazarların aynen taksim-sözleşme ile taksim şeklinde bir ayırım yaptıklarını ve bu durumun aynen taksimin sözleşmeye dayanmadığı şeklinde bir düşünceye yol açtığını belirtmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, Taksim, s. 68, dpn. 27. Kanaatimizce de bu şekilde bir ayırım isabetli değildir. Öte yandan, elden paylaşma yerine aynen paylaşma teriminin kullanılması, elden paylaşmanın paylaşmaya hâkim olan temel ilkelerden biri olan aynen paylaşma ilkesiyle karıştırılmasına yol açabilir.

⁵⁰⁷ “Tüm dosya içeriği ve toplanan delillerden, dava konusu 306 ve 124 parsel sayılı taşınmazın tarafların ortak murisi ... adına 1/3'er hisse oranında tapulama yolu ile 28/02/1951 tarihinde tapuya kaydedildiği ve tapu kaydının intikal görmediği, dosyadaki mirasçılık belgesine göre, muris ...'ın 23/10/1968 tarihinde, eşi ...'ın ise 09/03/1987 tarihinde vefat ettiği ve tüm mirasçıların davada yer aldığı, davacının iddiasına göre tüm mirasçıların 1987 tarihinde fiili taksime göre kendilerine düşen taşınmazları uzun yıllardır kullandıkları, 07/08/2001 tarihinde mirasçıların muris babalarından kalan taşınmazlar hakkında yazılı bir taksim sözleşmesi yaparak sözleşme dahilinde Tapu Müdürlüğü'nde işlem yaptıkları, bu sözleşmede dava konusu parsellerin yer almadığı anlaşılmaktadır”. Yarg. 8. HD, T. 8.5.2018, E. 2015/14071, K. 2018/12296. (erişim tarihi: 20.03.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁵⁰⁸ İmre/Erman, s. 562; Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513; Öztan, s. 471.

⁵⁰⁹ Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 905; Bosshardt, Art. 634, s. 1204; Rouiller, Art. 634, s. 971; Druey, § 16, s. 237; Göksu, Art. 634, s. 417; Kılıçoğlu, Taksim, s. 73; Ozanemre Yayla, s. 189.

⁵¹⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513; Oğuzman, s. 336; Dural/Öz, s. 461; Serozan/Engin, s. 607; İmre/Erman, s. 563; Özdemir, Şerh, s. 213; Ozanemre Yayla, s. 190; Wolf/Genna, s. 374; Eitel, Kurzfassung, s. 132; Jäggi, s. 166; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 323; Hauser, s. 57; Tuor/Picenoni, Art. 634, N.5; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 905; Bosshardt, Art. 634, s. 1204; Rouiller, Art. 634, s. 972.

⁵¹¹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 98; Kocayusufpaşaoğlu, s. 722; Oğuzman, s. 336; Öztan, s. 486; Serozan/Engin, s. 607; İmre/Erman, s. 562; Escher, Art. 634, N.7; Göksu, Art. 634, s. 417; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, s. 905; Wolf/Genna, s. 375; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 323.

zorunludur⁵¹². Öğretide alacağın devrinin de elden paylaşma sözleşmesine konu olacağı genellikle kabul edilmektedir⁵¹³. Tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşma sözleşmesine konu olup olamayacağı tartışmalıdır⁵¹⁴. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların ise elden paylaşma sözleşmesiyle paylaşılabileceği kabul edilmektedir⁵¹⁵.

Elden paylaşma sözleşmesi, esas itibariyle paylaşmayı kolaylaştırmak amacıyla öngörülmüş bir sözleşme türüdür⁵¹⁶. Böylelikle mirasçılarının sıkı şekil şartlarından ve prosedürden uzak biçimde tereke unsurlarını paylaşımlarının önü açılmıştır. Elden paylaşma sözleşmesi genellikle mirasçılar arasında ihtilafa sebep olma ihtimali düşük olan tereke unsurları bakımından karşımıza çıkar⁵¹⁷. Söz gelimi, terekede bir miktar para bulunuyorsa, bu paranın paylaşılması elden paylaşma sözleşmesiyle yapılabilir. Mirasçılar parayı fiilen teslim aldıkları anda sözleşme artık bağlayıcı hale gelmiş olur. Terekede başka mal veya hak varsa, bunlara ilişkin de ayrı ayrı sözleşme yapılması mümkündür. Dolayısıyla mirasçılar paylaşmayı duruma göre tek bir sözleşme ile gerçekleştirebilecekleri gibi, birden fazla sözleşme yaparak da gerçekleştirebilirler.

1.3.2.3.2. Yazılı Paylaşma Sözleşmesi

Yazılı paylaşma sözleşmesi (*Schriftlichen Teilungsvertrag*), mirasçılar tarafından kime özgüleneceği konusunda anlaşmaya varılan tereke unsurlarının bireysel hak sahipliğine geçirilmesi taahhüdünü içeren sözleşmeyi ifade eder⁵¹⁸. Yazılı paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, sözleşmenin konusunu teşkil eden mal ve hakların devri için gerekli olan fiilleri yerine getirmeyi birbirlerine karşı üstlenmiş olurlar⁵¹⁹.

⁵¹² Ozanemre Yayla, s. 191; Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513.

⁵¹³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 98; Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513; İmre/Erman, s. 562; Serozan/Engin, s. 607; Dural/ Öz, s. 475; Ozanemre Yayla, s. 191; Oğuzman, s. 337; Öztan, s. 487; Tuor/Picenoni, Art. 634, N.5; Göksu, Art. 634, s. 417; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 323.

⁵¹⁴ Bu tartışmaya ileride ayrıntılı olarak değinilecektir.

⁵¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 726; İmre/Erman, s. 565; Kılıçoğlu, Taksim, s. 99; Oğuzman, s. 336; Antalya/Sağlam, s. 530; Ozanemre Yayla, s. 201; Hauser, s. 56; Escher, Art. 634, N. 6; Tuor/Picenoni, Art. 634, N.10; Rouiller, Art. 634, s. 973; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 906.

⁵¹⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 69.

⁵¹⁷ Tuor/Picenoni'ye göre, elden paylaşma ancak basit hukuki ilişkilerin varlığı halinde gündeme gelir. Örneğin terekede mirasçı sayısı kadar ev ya da kıymetli evrak varsa durum böyledir. Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 2. Ayrıca bkz. Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 322. Bänziger'e göre de, elden paylaşma sözleşmesinin yapılması, paylaşma bakımından daha basit koşulların bulunması halinde anlamlıdır. Bkz: Bänziger, s. 318.

⁵¹⁸ Hauser, s. 85; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 323; Wolf/Genna, s. 376; Escher, Art. 634, N.8; Rouiller, s. 975; Göksu, Art. 634, s. 418; Bosshardt, Art. 634, s. 1204; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 906; Eitel, Kurzfassung, s. 132; Kılıçoğlu, Taksim, s. 69; Kocayusufpaşaoğlu, s. 728; Eren/Yücer Aktürk, s. 615; Eren, Paylaşma, s. 515; Oğuzman, s. 337; Serozan/Engin, s. 607; İmre/Erman, s. 566; Öztan, s. 488; Özdemir, Şerh, s. 214; Dural/Öz, s. 477; Ozanemre Yayla, s. 202.

⁵¹⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 615; Eren, Paylaşma, s. 515; Bornhauser, Philip R., "Erbvertrag und Erbteilungsvertrag: Wessen Wille ist eigentlich entscheidend?", Successio- Zeitschrift für Erbrecht, 2020, s. 222.

Türk Medeni Kanunu m. 676/1 hükmüne göre yazılı paylaşma sözleşmesi mirasçılar açısından bağlayıcıdır. Hal böyle olmakla birlikte, sözleşmenin yapılması tereke unsurları üzerinde bireysel hak sahipliğinin meydana gelmesi sonucunu doğurmaz. Bunun için, her bir tereke unsurunun devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁵²⁰. Bu bağlamda, taşınır ile tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda zilyetliğin devri, tapuya kayıtlı taşınmazlarda tescil, alacağın devrinde yazılı devir sözleşmesinin yapılması gerekir⁵²¹. Yine kıymetli evrak bakımından hamile yazılı senetlerde senedin teslimi, emre yazılı senetlerde ise senedin ciro edilmesi zorunludur. Bunların dışında özel sicillere tescili gereken mal ve haklar bakımından da ilgili sicillere tescil söz konusu olmalıdır⁵²².

Yazılı paylaşma sözleşmesi, paylaşmanın neticelendirilmesi bakımından önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır. Zira tereke unsurlarının tamamının elden paylaşılması, fiili ya da hukuki engellerden dolayı mümkün olmayabilir⁵²³. Bu durumda yazılı paylaşma sözleşmesi paylaşmayı kolaylaştıran bir rol üstlenir. Öte yandan, mirasçılar elden paylaşmayı güvenli bir yol olarak kabul etmemeleri ve bu bakımdan yazılı sözleşme yapmayı tercih etmek istemeleri de ihtimal dâhilindedir⁵²⁴.

Elden paylaşmada olduğu gibi, yazılı paylaşma sözleşmesinde de birden fazla sözleşme yapılmış olabilir. Örneğin terekede bulunan kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerin paylaşılması konusunda anlaşılan mirasçılar öncelikle bu konuda yazılı paylaşma sözleşmesi yapabilirler. Diğer tereke unsurlarının paylaşılmasını erteleyen mirasçılar, sonradan bu konuda anlaşmaya varırlarsa yeniden yazılı paylaşma sözleşmesinin yapılması gündeme gelir. Ancak farklı tarihlerde aynı tereke unsurlarını konu edinen birden fazla sözleşme yapılmış olması bir yorum sorunu teşkil eder.

⁵²⁰ **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 323; **Wolf/Genna**, s. 376; **Escher**, Art. 634, N.8; **Hauser**, s. 85; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 69; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 728; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 615; **Eren**, Paylaşma, s. 515; **Oğuzman**, s. 337; **Serozan/Engin**, s. 607; **İmre/Erman**, s. 566; **Öztan**, s. 488; **Özdemir**, Şerh, s. 214; **Dural/Öz**, s. 477; **Ozanemre Yayla**, s. 203.

⁵²¹ **Tuor/Picenoni**, Art. 634, N.15; **Escher**, Art. 634, N.8; **Rouiller**, Art. 634, s. 976; **Jolles/Vlcek/Fünfschilling**, Art. 634, s. 906; **Bosshardt**, Art. 634, s. 1205; **Göksu**, Art. 634, s. 418; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 615; **Eren**, Paylaşma, s. 515; **Oğuzman**, s. 337; **Dural/Öz**, s. 478; **Özdemir**, Şerh, s. 214; **Ozanemre Yayla**, s. 203. Sözleşme terekede yer alan bir alacağın mirasçılardan birine devrini içeriyorsa, yazılı paylaşma sözleşmesi kurulduğu anda başka bir işleme gerek olmaksızın alacağın devri gerçekleşmiş olur. Bkz. **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 69.

⁵²² Sözleşmenin konusunu teşkil eden unsurlara dair tasarruf işlemlerinin şekillerine ilişkin bkz: § 7, II, B, 5.

⁵²³ **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 323.

⁵²⁴ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 69.

1.3.3. Hukuki Niteliği

1.3.3.1. Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Paylaşma Sözleşmesinin Borçlandırııcı İşlem Niteliği

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi, muhtemel mirasçılarının gelecekte terekeye dâhil olacağını düşündükleri mal ve hakların paylaşılmasına dair sorunun önceden halledilmesini amaçlamaktadır. Diğer bir deyişle, bu tür paylaşma sözleşmesi daha mirasbırakan hayatta iken, gelecekte mirasçılara intikal edeceğine inanılan mal ve hakların kime ait olacağını tayin edilmesi için yapılır. Hal böyle olmakla birlikte, sözleşmenin yapılmasıyla beraber sözleşmeye konu edilen mal ve hakların mülkiyetinde bir değişiklik meydana gelmez⁵²⁵. Dolayısıyla, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin aynı bir etkisi yoktur. Burada mirasçılar, mirasın açılmasıyla birlikte terekede yer alacak olan unsurların bireysel hak sahipliğine geçirilmesine dair fiilleri gerçekleştirmeyi birbirlerine taahhüt ederler. Şu halde, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle borçlandırııcı işlemidir⁵²⁶.

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi, sağlararası hukuki işlem olup, borçlar hukuku alanında hüküm ve sonuç doğurur. Nitekim bu sözleşmenin miras hukuku bakımından tek sonucu, eğer sözleşmenin ifa edilmesi mümkün olursa paylaşmanın tamamlanmasını sağlamaktır. Her ne kadar TMK'nun miras hukuku kitabında düzenlenmiş olsa da, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin miras hukukuna dair başka bir sonucu yoktur⁵²⁷. Burada ölüme bağlı tasarruftan, özellikle de miras sözleşmesinden bahsedilemez. Zira mirasbırakan bu sözleşmenin tarafı değildir⁵²⁸. Bu sebeple, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi mirasbırakana herhangi bir borç yüklemeyi. Ayrıca, mirasbırakanın tasarruf serbestisi de kısıtlanmış olmaz⁵²⁹. Başka bir deyişle, sözleşmeye katılmış olan mirasbırakan, daha sonradan sözleşmeye konu edilen mal veya hakları başkalarına devredebilir. Mirasçıların sözleşmeyi ileri sürerek buna engel olmaları mümkün değildir⁵³⁰. Mirasbırakanın böyle bir tasarrufu olmasa bile, sözleşmeye konu edilen

⁵²⁵ Özakman, s. 121; İmre/Erman, s. 557; Dural/Öz, s. 380.

⁵²⁶ Özakman, s. 121; İmre/Erman, s. 557; Dural/Öz, s. 380; Serozan/Engin, s. 576; Kocaoğlu, s. 44; Göksu, Art. 636, N. 7; Bosshardt, Art. 636, N. 4; Jolles/Vlcek, Art. 636, N. 4; Schaufelberger, Peter/Keller Lüscher, Katrin, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 636, N. 11; Bürgi, Urs, **Kurz Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017, Art. 636, N. 7.

⁵²⁷ Yıldırım, 1995, s. 127; Zorlu, s. 112.

⁵²⁸ Göksu, Art. 636, s. 422; Mooser, s. 250; Wolf/Genna, s. 387; Escher, Art. 636, N.5.

⁵²⁹ Göksu, Art. 636, s. 422; Mooser, Nachlassplanung, s. 250; Wolf/Genna, s. 387.

⁵³⁰ Yıldırım, 1995, s. 126; Özakman, s. 121; Zorlu, s. 113; Wolf/Genna, s. 388.

malların mirasbırakan öldüğünde terekede yer alacağı kesin değildir⁵³¹. Bu durum, sözleşmenin rizikolu hukuki işlem olmasının sebeplerinden biridir.

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin rizikolu hukuki işlem olmasına sebep olan başka durumlar da vardır. Bunların başında, sözleşmenin tarafı olan muhtemel mirasçılar, mirasçılık sıfatını kazanacaklarının kesin olmaması gelmektedir⁵³². Gerçekten de, muhtemel mirasçılar mirasbırakandan daha uzun yaşayacaklarına kesin gözle bakmak mümkün değildir. Öte yandan, mirastan yoksunluk sebebinin gerçekleşmesi, mirasçılıktan çıkarma ya da muhtemel mirasçıdan önde gelen zümreden bir mirasçının ortaya çıkması gibi hususlar da mirasçılık sıfatını engelleyebilir⁵³³.

Son olarak, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin geciktirici şarta bağlı hukuki işlem olduğunu belirtmek gerekmektedir⁵³⁴. Buradaki geciktirici şart, sözleşmenin tarafı olan mirasçılar mirasçılık sıfatını kazanmalarıdır⁵³⁵. Bu sözleşme, zaman itibarıyla mirasın açılmasından önce kurulmakta, fakat hüküm ve sonuçlarını mirasçılık sıfatlarının kazanıldığı andan itibaren meydana getirmektedir. Diğer bir deyişle, mirasçılık sıfatının kazanılmasıyla birlikte, mirasçılar yüklendikleri edimleri ifaya mecbur olurlar. Sözleşmenin tarafı olan muhtemel mirasçılarının tamamının mirasçılık sıfatını kazanmış olması zorunludur. Aksi takdirde, kurulmuş olan sözleşme geciktirici şart gerçekleşmediği için hüküm ve sonuç doğuramaz.

1.3.3.2. Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Paylaşma Sözleşmesi

1.3.3.2.1. Elden Paylaşma Sözleşmesinin Real Sözleşme Niteliği

Elden paylaşma sözleşmesi, mirasçılarının oluşturulan miras paylarına karşılık gelen tereke unsurları üzerinde fiili hâkimiyet kurmaları ile birlikte bağlayıcı hale gelir. Bu durum, elden paylaşmanın doğrudan bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu izlenimini vermektedir. Ancak öğretide elden paylaşmanın kendi içerisinde borçlandırıcı işlemi de barındırdığı ifade edilmektedir⁵³⁶. Dolayısıyla elden paylaşma sözleşmesinde hukuki sebebi teşkil eden borçlandırıcı işlemle hakkın devrini sağlayan tasarruf işlemi aynı anda gerçekleşmektedir. Elden paylaşma sözleşmesi bu özelliğinden dolayı TBK m. 289'da düzenlenen elden bağışlama

⁵³¹ Yıldırım, 1995, s. 126; Özdemir, Şerh, s. 228.

⁵³² Özakman, s. 120; Dural/Öz, s. 379; İmre/Erman, s. 552; Zorlu, s. 113.

⁵³³ Özakman, s. 120; Dural/Öz, s. 379; İmre/Erman, s. 552; Zorlu, s. 113.

⁵³⁴ Özakman, s. 122; Yıldırım, 1995, s. 127; Zorlu, s. 113.

⁵³⁵ Özakman, s. 122; Yıldırım, 1995, s. 127; Zorlu, s. 113.

⁵³⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513; Kılıçoğlu, Taksim, s. 71; Kocayusufpaşaoğlu, s. 723; Serozan/Engin, s. 607; İmre/Erman, s. 563; Öztan, s. 486; Özdemir, Şerh, s. 213; Ozanemre Yayla, s. 160; Bänziger, s. 318.

sözleşmesine (*Handschenkung*) benzetilmektedir⁵³⁷. Gerçekten de söz konusu hükme göre, elden bağışlama bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olur. Şu halde elden bağışlama sözleşmesinde de borçlandırııcı işlem ile tasarruf işlemi bir arada bulunmaktadır. Bu bakımdan elden bağışlama ve elden paylaşma sözleşmelerinin, kökeni Roma hukukuna dayanan “*real sözleşme*”nin (*Realvertrag*) türleri olduğu ifade edilebilir⁵³⁸.

Elden paylaşma sözleşmesi, Türk-İsviçre hukukunda sözleşmelerin kurulması bakımından kabul edilen temel bir ilke olan rızailik ilkesine (*Konsensualprinzip*) istisna teşkil etmektedir. Zira rızailik ilkesine göre, sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla birlikte kurulmuş olur. Elden paylaşmada ise karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yanında sözleşmenin konusunu teşkil eden şeyin de teslim edilmesi (*consensus+res*) gerekmektedir. Söz gelimi mirasçılar, terekede bulunan bir miktar altının mirasçılardan birine verilmesini kararlaştırmışlarsa, söz konusu altınların o mirasçıya teslim edilmesiyle birlikte elden paylaşma sözleşmesi kurulmuş olmaktadır.

1.3.3.2.2. Yazılı Paylaşma Sözleşmesinin Borçlandırııcı İşlem Niteliği

Yazılı paylaşma sözleşmesi, mirasçılara sözleşmenin konusu olan tereke unsurlarının bireysel hak sahipliğine geçirilmesi borcunu yükleyen bir hukuki işlemidir. Bu bakımdan yazılı paylaşma sözleşmesinin tipik bir borçlandırııcı işlem olduğu söylenebilir⁵³⁹. Zira bu sözleşme ile mirasçılar birbirlerine karşı yalnızca borç altına girmektedirler. Öte yandan bu sözleşme rızai niteliktedir. Sözleşmenin kurulması için mirasçıların irade beyanları yeterli olup, sözleşme konusu tereke unsurlarının teslimi gerekmez.

⁵³⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 68; Kocayusufpaşaoğlu, s. 723; Hatemi, s. 146; Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513; Ozanemre Yayla, s. 190; Bosshardt, Art. 634, s. 1204; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 905; Göksu, Art. 634, s. 417; Druey, § 16, s. 237.

⁵³⁸ Elden paylaşmanın real sözleşmeye benzediği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 722; Kılıçoğlu, Taksim, s. 72; Hatemi, s. 146; Escher, Art. 634, N.5; Tuor/Picenoni, Art. 634, N.9. Real sözleşme (*contractus realis*), Roma hukukunda geniş uygulama alanı bulunan bir sözleşmeyi ifade eder. Roma hukukunda, günümüzün aksine sözleşmelerin büyük çoğunluğu rızai nitelikte değildi. Diğer bir deyişle, sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli olmamaktaydı. Bunun yanında bir de sözleşme konusu malın teslim edilmesi zorunluydu. Sözleşme ancak o zaman kurulmuş sayılıyordu. Hauser'e göre, elden paylaşma sözleşmesi, Roma hukukunun bir kalıntısı olarak günümüzde de varlığını sürdürmektedir. Hauser, s. 57. Real sözleşmeler hakkında bkz. Honsell, Römische Recht, s. 102; Stockebrand, Adolfo Wegmann, “*Obligatio re contracta*”, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, s. 244.

⁵³⁹ Wolf/Genna, s. 377; Wolf, Erbschaftserwerb, s. 276; Hauser, s. 57; Bänziger, s. 318; Druey, § 16, s. 237; Tuor/Picenoni, Art. 634, N.15; Escher, Art. 634, N.8; Rouiller, Art. 634, s. 975; Göksu, Art. 634, s. 418; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 906; Bosshardt, Art. 634, s. 1205; Kılıçoğlu, Taksim, s. 76; Eren/Yücer Aktürk, s. 615; Eren, Paylaşma, s. 515; Kocayusufpaşaoğlu, s. 728; Oğuzman, s. 337; Dural/Öz, s. 478; Serozan/Engin, s. 607; İmre/Erman, s. 566; Antalya/Sağlam, s. 531; Öztan, s. 488; Özdemir, Şerh, s. 214; Ozanemre Yayla, s. 202; Ünlütepe, Mustafa, “Yazılı Paylaşma Sözleşmesine Dayalı Olarak Mirasın Paylaşılması”, Legal Hukuk Dergisi, C. 17, S. 195, 2019, s. 1209.

İsviçre öğretisinde eski bir görüş, yazılı paylaşma sözleşmesinin aynı etkili olduğunu ileri sürmüştür⁵⁴⁰. Bu görüşün temel dayanağı, paylaşmanın hukuki niteliği bakımından haktan vazgeçme görüşünün kabul edilmesidir. Haktan vazgeçme görüşü çerçevesinde, mirasçılar elbirliğiyle hak sahibi oldukları tereke unsurları bakımından içlerinden birinin tek başına hak sahibi olması amacıyla yazılı paylaşma sözleşmesi yaptıklarında, diğer mirasçılar kendi haklarından vazgeçmiş olmaktadır⁵⁴¹. Bu sebeple, yazılı paylaşma sözleşmesi kurulduğu anda, sözleşmede öngörülen şekilde tereke unsurları üzerinde tek başına hak sahipliği de kurulmuş olur⁵⁴². Dolayısıyla yazılı paylaşma sözleşmesi aynı etkiye sahiptir⁵⁴³. Ancak bu görüş, gerek İsviçre gerekse de Türk öğretisinde kabul görmemiş ve yazılı paylaşma sözleşmesinin aynı etkili olmadığı görüşü üstünlük kazanmıştır.

Öğretide bazı yazarlar, elden paylaşma sözleşmesinin elden bağışlamaya benzetilmesi gibi, yazılı paylaşma sözleşmesini de bağışlama vaadine benzetmektedirler⁵⁴⁴. Gerçekten, bağışlama sözü vermede de borçlandırıcı işlemle tasarruf işlemi farklı zamanlarda gerçekleştirilir. Bu bakımdan bağışlama sözü verme, borçlandırıcı bir işlemdir. Öte yandan bağışlama sözü vermenin geçerliliği de yazılı şekle tabidir (TBK m. 288/1)⁵⁴⁵. Söz konusu özellikler, yazılı paylaşma sözleşmesini bağışlama sözü vermeye yaklaştırmaktadır.

1.3.4. Özellikleri

1.3.4.1. Genel Olarak

Miras paylaşma sözleşmesi, muhtelif bakımlardan farklı türlere ayrılmakla birlikte, bu türlerin tamamı açısından geçerli olan ortak özelliklere sahiptir. Sözleşmenin mahiyetini kavrayabilmek için miras paylaşma sözleşmesinin sahip olduğu temel özelliklerin ifade edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, miras paylaşma sözleşmesinin taraf sayısı bakımından değişken olması, ani edimli olması ve esasen isimsiz bir sözleşme olması üzerinde durulmuştur.

⁵⁴⁰ Hecht, Werner, “Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs”, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, BD. 69 (1950), s. 380 vd.

⁵⁴¹ Hecht, s. 381.

⁵⁴² Hecht, s. 381.

⁵⁴³ Bu görüşün eleştirisi için bkz: Hauser, s. 104, Wolf, Erbengemeinschaft, s. 318.

⁵⁴⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 72; Druey, § 16, N. 19, Göksu, Art. 634, s. 418.

⁵⁴⁵ Ancak bir taşınmaz ya da taşınmaz üzerindeki aynı hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TMK m. 288/2).

1.3.4.2. Taraf Sayısı Bakımından Değişken Olması

Sözleşmeler, borç altına giren taraf sayısı bakımından temelde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar “tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler” ve “iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler”dir⁵⁴⁶. Bunlara bir de “çok taraflı hukuki işlemler” kategorisini eklemek gerekmektedir⁵⁴⁷.

Miras paylaşma sözleşmesi, mirasçılarının yüklendikleri borçların durumuna göre bu üç kategoriden birine dâhil olabilir. Elbette miras paylaşma sözleşmesinden bahsedebilmek için en az iki mirasçı, başka bir deyişle iki taraf bulunmak zorundadır. Fakat sözleşmenin en az iki tarafla kurulması ile iki tarafa borç yüklemesi farklı şeylerdir. Söz gelimi, iki mirasçıdan oluşan miras ortaklığında, mirasçılardan biri terekeye ilişkin bütün haklarından vazgeçtiğini ve tereke unsurlarının tamamının diğer mirasçıya kalmasını kabul ettiğini belirtmiş olabilir. Bu durumda miras paylaşma sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilebilir. Zira burada yalnızca tereke unsurları üzerindeki haklarından vazgeçen mirasçı, diğer mirasçıya karşı borç altına girmekte, buna karşılık diğer mirasçı herhangi bir borç üstlenmemektedir.

Miras ortaklığında iki tane mirasçı olup, bunların terekede bulunan her bir unsurun kime ait olacağı konusunda anlaşmaları durumunda, paylaşma sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşme karakteri gösterir. Örneğin, mirasçılar terekede bulunan tarım arazilerinin bir mirasçıya, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün diğer mirasçıya ait olduğunu kararlaştırmış olsunlar. Bu durumda, tarım arazileri üzerinde bireysel mülkiyet kuracak olan mirasçı, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün diğer mirasçının mülkiyetine geçirilmesini sağlama borcu altına girmiş olur. Aynı şekilde, sözleşmede kendisine bağımsız bölüm verilmesi kararlaştırılan mirasçı da, tarım arazilerinin diğer mirasçının mülkiyetine geçirilmesi borcu altındadır. Bu noktada tarafların edimlerinin karşılıklılık (synallagma) ilişkisi içerisinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Eğer tarafların edimleri arasında bir karşılıklılık ilişkisi varsa, burada “tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme”nin var olduğu kabul edilir⁵⁴⁸. Tam iki tarafa

⁵⁴⁶ Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 210; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 98; Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 52. Öğretide bazı yazarlar, bir tarafa borç yükleyen sözleşmeler için kısaca “tek taraflı sözleşmeler”, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler içinse kısaca “iki taraflı sözleşmeler” ifadesini kullanmaktadırlar. Bkz. Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I**, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 46; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, İstanbul, 1985, s. 67; Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 281.

⁵⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 212.

⁵⁴⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 211; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 98; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 68; Oğuzman/Öz, C. I, s. 45; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 282; Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I, Schulthess, 1974, s. 149; Bucher, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht-Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich, 1988, s. 100; Gauch, Peter/Schluep, Walter/Schmid, Jörg/Rey, Heinz/Emmenegger, Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Schulthess Verlag, Zürich, 2008, N. 257.

borç yükleyen sözleşmelerde tarafların yüklendikleri edimler arasında bir değişim ve bağımlılık ilişkisi meydana gelmektedir. Taraflar, kendi edimlerinin varlığını diğer tarafın ediminin varlığına bağlamışlardır. Diğer bir deyişle, taraflardan her biri karşı edimi elde etmek amacıyla sözleşme ilişkisine girmektedir⁵⁴⁹. Hemen yukarıda verilen örnekte görüleceği üzere, miras ortaklığını teşkil eden iki mirasçının yapmış oldukları sözleşme bakımından karşılıklılık ilişkisinin var olduğu söylenebilir. Zira her bir mirasçı, sözleşmede kendisine kalacağı kararlaştırılan tereke unsurunu elde etmek amacıyla bir edim yüklenmektedir. Somutlaştıracak olursak, tarım arazilerini almak isteyen mirasçı, bunun karşılığında kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün mülkiyetini diğer mirasçıya geçirme borcu altına girmektedir. Şu halde burada tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme karakteri karşımıza çıkmaktadır.

İki mirasçının var olduğu ihtimalde, çoğunlukla mirasçıların paylaşma sözleşmesinden doğan edimlerinin karşılıklılık ilişkisi içerisinde olduğu söylenebilir. Ancak bu bir zorunluluk değildir. Başka bir deyişle, iki mirasçının edimlerinin karşılıklılık ilişkisi içerisinde olmaması da mümkündür. Zira edimler arasında karşılıklılık ilişkisini kuracak olan şey, esasen tarafların iradesidir⁵⁵⁰. Bu ihtimalde, sözleşmenin “eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme” olduğu ifade edilebilir.

Miras paylaşma sözleşmesinin ikiden fazla mirasçı tarafından kurulması ihtimalinde de iki tarafa borç yükleyen sözleşme var olabilir. Sözleşmenin bir tarafında birden fazla kişi olması durumunu, taraflardan kaç tanesinin borç yüklendiği meselesiyle karıştırmamak gerekir. Paylaşma sözleşmesinin tarafı olan üç tane mirasçının var olması, bu sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasını engellemez. Zira bu durumda her bir mirasçı, diğer iki mirasçı ile karşılıklı bir borç ilişkisine girmiş bulunmaktadır. Meseleyi somutlaştıracak olursak, üç mirasçıdan (A, B, C) oluşan miras ortaklığında terekede bir tane arsa, bir tane otomobil, bir miktar da para olduğunu varsayalım. Mirasçılar paylaşma sözleşmesinde arsanın A’ya, otomobilin B’ye ve paranın C’ye ait olacağını kararlaştırmışlardır. Bu durumda B ve C, arsanın mülkiyetinin A’ya geçirilmesi borcu altındadırlar. Buna karşılık A, B’ye karşı otomobilin mülkiyetini, C’ye karşı da paranın mülkiyetini geçirme borcunu yüklenmektedir. Şu halde paylaşma sözleşmesinde belirlenen her bir edim bakımından esasen iki taraf vardır. Fakat bu taraflar içerisinde birden fazla kişi bulunabilir.

Miras paylaşma sözleşmesi nihayet çok taraflı hukuki işlem karakteri de gösterebilir. Çok taraflı hukuki işlemlerde taraflardan her biri borç altına girer. Ancak tarafların edimleri

⁵⁴⁹ Bu durum “veriyorum vermen için” anlamına gelen Latince “*Do ut des*” kavramı ile açıklanmaktadır. Bkz: Pekmez, Cüneyt, **Borcun İfa Edilmediği Def’i (Ödemezlik Def’i)**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 110.

⁵⁵⁰ **Pekmez**, *Ödemezlik Def’i*, s. 111.

arasında bir karşılıklılık ilişkisi bulunmamaktadır⁵⁵¹. Bu sözleşmelerde taraflar, ortak bir amacı gerçekleştirmek için sözleşme kurmaktadır. Bu ortak amaç, edimler arasında karşılıklılık ilişkisi kurulmasını engellemektedir. Çok tarafa borç yükleyen sözleşmeler iki taraflı olabileceği gibi, ikiden çok taraflı da olabilir⁵⁵². Sözleşmeye çok taraflı olma karakterini veren şey, taraf sayısından ziyade tarafların ortak amaca ulaşma niyetiyle sözleşme kurmuş olmalarıdır. Söz gelimi, iki kişiden oluşan bir miras ortaklığında mirasçılar paylaşma sözleşmesi yapmış ve terekede bulunan bir miktar paranın sermaye yapılarak adi ortaklık kurulmasını kararlaştırmış olabilirler. Görüldüğü üzere bu durumda taraflar ortak bir amaç çerçevesinde sözleşme yapmaktadırlar. Dolayısıyla her ne kadar sözleşmede iki tane mirasçı bulunsada, burada çok taraflı bir hukuki işlemin varlığından bahsedilebilir. Aynı sözleşmenin üç ya da daha fazla mirasçı tarafından kurulmuş olması durumunda da çok taraflı hukuki işlemin var olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

1.3.4.3. Ani Edimli Olması

Sözleşmeler, borçlanılan edimin ifasının zaman kavramıyla ilişkisi bakımından üçe ayrılmaktadır. Bunlar ani edimli sözleşmeler, dönemli sözleşmeler ve sürekli sözleşmelerdir. Ani edimli sözleşmeler, borçlunun edimini zaman içerisinde ani olarak bir defada yerine getirdiği borç sözleşmelerini ifade eder⁵⁵³. Sözleşmenin ani edimli olması, sözleşme kurulduktan sonra hemen ifa edilmesi anlamına gelmez. Buradaki mesele, edimin ifasının zamana yayılmamış olmasıdır.

Miras paylaşma sözleşmesi genel itibariyle ani edimli bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira terekede yer alan unsurların elbirliği mülkiyetinden çıkıp mirasçıların bireysel mülkiyetine geçmesi ani olarak bir defada gerçekleşir. Hatta elden paylaşmanın var olduğu ihtimallerde bu durum daha da belirgindir. Öte yandan paylaşma sözleşmesinin ani edimli olması, sözleşmenin mahiyetine de uygun düşer. Paylaşma sözleşmesinin temel sonucu, kanundan dolayı zorunlu olarak meydana gelen miras ortaklığının sona erdirilmesidir. Hal böyle olmakla birlikte, paylaşma sözleşmesinde taraflardan birinin ediminin dönemli nitelikte olması da mümkündür. Örneğin, mirasçılar terekede bulunan otomobilin içlerinden birine, dükkânın ise diğerine ait olmasını fakat dükkânı alan mirasçının beş yıl boyunca her ay kira

⁵⁵¹ Eren, Genel Hükümler, s. 212.

⁵⁵² Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, Band I, N. 260.

⁵⁵³ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 16; Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 7.

parası ödemesini kararlaştırmış olsunlar. Bu durumda kira parası ödemeyi borçlanan mirasçının edimi dönemli edim olarak nitelendirilebilir.

1.3.4.4. İsimsiz Sözleşme Olması

Sözleşmelerin tasnifi bakımından en önemli ayrımlardan biri “isimli sözleşme-isimsiz sözleşme” ayrımıdır. İsimli sözleşme (*Nominatvertrag*) , kanunda düzenlenmiş sözleşmeleri ifade eder⁵⁵⁴. İsimsiz sözleşmeler (*Innominatvertrag*) ise, kanunda özel biçimde düzenlenmeyen sözleşmelerdir⁵⁵⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, kanunda ismen yer alan her sözleşme isimli sözleşme olarak nitelendirilemez. Diğer bir deyişle, sözleşmeye isimli denilebilmesi için, en azından o sözleşmenin esaslı unsurlarının kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, kanunda ismen zikredilmiş, fakat esaslı unsurları hükme bağlanmamış olan sözleşmeler isimsiz sözleşmelerdir⁵⁵⁶. Şu halde miras paylaşma sözleşmesinin de isimsiz sözleşme olduğu söylenebilir⁵⁵⁷. Zira her ne kadar TMK m. 676’da bu sözleşme ismen belirtilmiş olsa da, sözleşmeye tipini veren esaslı unsurlar düzenlenmemiştir. Hükümde yalnızca elden paylaşmanın ya da yazılı paylaşma sözleşmesinin mirasçıları bağlayacağı ifade edilmiştir. Aynı şekilde, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesine ilişkin TMK m. 678 hükmünde de, sözleşmenin esaslı unsurlarına yer verilmemiştir.

Miras paylaşma sözleşmesinin isimsiz sözleşme olduğu tespitini yaptıktan sonra, bu sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Bunun için, paylaşma sözleşmesinin isimsiz sözleşme türlerinden hangisine dâhil olduğu ele alınmalıdır. Bilindiği üzere isimsiz sözleşmeler kendi içerisinde üçe ayrılmaktadır. Bunlar “karma sözleşmeler”, “bileşik sözleşmeler” ve “kendine özgü yapısı olan sözleşmeler”dir⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 17; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 276.

⁵⁵⁵ Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 4; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 277; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 25; Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263.

⁵⁵⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 949; Gümüş, Özel Hükümler, s. 4; Oktay, s. 264; Bucher, s. 25; Huguenin, Claire/Purtschert, Tina, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Innominatkontrakte**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Vorbem. Art. 184, N. 2; Müller, Christoph, **BK-Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, Stämpfli Verlag, Bern, 2018, Einleitung in das OR, N. 120; Schönle, Herbert, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1993, Vorbemerkungen zur Zweiten Abteilung, N. 26.

⁵⁵⁷ Aksi görüşte: Bänziger, s. 320. Yazar, miras paylaşma sözleşmesinin kanunda düzenlendiğinden bahsederek isimli bir sözleşme (Nominatkontrakt) olduğunu ifade etmektedir.

⁵⁵⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 952; Gümüş, Özel Hükümler, s. 5; Aydoğdu/Kahveci, s. 25 vd; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 277; Oktay, s. 272; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, 2014, s. 23 vd; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. Bası, Ankara, 2019, s. 11 vd; Schönle, ZK-OR, Vorbem. Art. 184-551, N. 32; Huguenin/Purtschert, CHK-OR, Vorbem. Art. 184, N. 2; Müller, BK-OR, Einleitung in das OR, N. 122.

Kanaatimizce miras paylaşma sözleşmesini kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak kabul etmek gerekmektedir. Zira paylaşma sözleşmesine ait unsurlar kanunun öngördüğü sözleşme tiplerine ait unsurlardan farklılık arz etmektedir. Bilhassa, mahiyeti gereğince sözleşmeye bütün mirasçılarının taraf olma zorunluluğu ve içerik itibarıyla pek çok farklı edimin kararlaştırılabilir olması bu sonuca gitmeyi gerekli kılmaktadır. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde taraflar uyuşmazlıkların çözümü bakımından bir kural öngörmüşlerse, öncelikle bu kural uygulanır⁵⁵⁹. Taraflar bir kural öngörmemişlerse, hâkim uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerini bu sözleşmelere uygulayabilir⁵⁶⁰. Nitekim hemen yukarıda belirtildiği gibi, paylaşma sözleşmelerinin geçersizliği bakımından Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 680). Geçersizlik dışında, özellikle sözleşmenin kurulması, ifası, ifa etmemenin sonuçları ve sona ermesi gibi hususlarda da genel hükümlere başvurmak gerekmektedir.

Miras paylaşma sözleşmesinin hukuki niteliği açıklanırken ifade edildiği gibi, öğretide bazı yazarlar paylaşma sözleşmesini bağışlama sözleşmesine benzetmektedirler⁵⁶¹. Bu bakımdan elden paylaşma sözleşmesinin elden bağışlamaya, yazılı paylaşma sözleşmesinin de bağışlama vaadine benzediği kabul edilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, bu benzerlik edimlerin nitelikleri bakımından değil, özellikle sözleşmelerin yapılış şekilleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, miras paylaşma sözleşmesinde mirasçıların yüklendikleri edimlerin bağışlama niteliğinde olduğu söylenemez. Zira burada çoğunlukla bağışlama iradesinin varlığına rastlanmamaktadır. Paylaşma sözleşmesinin bağışlama sözleşmesine benzetilmesindeki temel düşünce, tereke unsurları üzerinde bütün mirasçılar malik durumundayken, sözleşmenin ifasıyla birlikte bireysel mülkiyete geçilmesine dayanmaktadır. Somutlaştıracak olursak, terekede bulunan bir taşınmaz üzerinde bütün mirasçılar elbirliğiyle malik durumundayken, sözleşmeyle bu taşınmazın içlerinden birine verilmesi kararlaştırılınca, sanki diğer mirasçılar ona bağışlamada bulunmuş gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır. Hâlbuki burada bağışlama iradesi söz konusu değildir. Diğer mirasçıların iradesi, taşınmazı devralacak olan mirasçıya bağışlamada bulunmaktan ziyade, terekede yer alan başka bir unsur üzerinde bireysel mülkiyet kurmaya yönelmektedir. Ancak paylaşma sözleşmesiyle bağışlama sözleşmesi arasındaki benzerliği tamamen yok saymak da doğru olmaz. Kanaatimizce, iki sözleşme arasında özellikle şekilleri bakımından benzerlik bulunduğu göre, ihtiyaç olan

⁵⁵⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 965.

⁵⁶⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 29; Zevkliler/Gökyayla, s. 11.

⁵⁶¹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 68; Kocayusufpaşaoğlu, s. 723; Hatemi, s. 146; Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513; Ozanemre Yayla, s. 190; Bosshardt, Art. 634, s. 1204; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 905; Göksu, Art. 634, s. 417; Druey, § 16, s. 237.

durumlarda bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla paylaşma sözleşmesine uygulanması gündeme gelebilir.

1.4. Miras Paylaşma Sözleşmesinin Benzer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması

1.4.1. Sağlararası Hukuki İşlemlerle

1.4.1.1. Miras Payının Özgülenmesi Sözleşmesiyle

Türk Medeni Kanunu m. 650/3 (ZGB Art. 611, Abs. 3) hükmü, payların özgülenmesinin mirasçıların anlaşması uyarınca yapılacağını öngörmektedir. Mirasçılar, tereke mallarından mirasçı veya ortak kök sayısına göre oluşturdukları payların hangi mirasçılara ait olacağına dair yaptıkları anlaşmaya miras payının özgülenmesi (tahsis) sözleşmesi denilir⁵⁶². Bu sözleşme bazı yönleriyle miras paylaşma sözleşmesiyle benzerlik gösterir. Özellikle de elden paylaşma sözleşmesiyle miras payının özgülenmesi sözleşmesini ayırt etmek güçtür. Zira elden paylaşmada sözleşme, mirasçıların özgüleme konusu tereke unsurlarını fiilen almalarıyla birlikte kurulmuş olur. Ancak elden paylaşma sözleşmesinde de çoğunlukla müzakere aşamasının var olduğunu unutmamak gerekir. İşte miras payının özgülenmesi sözleşmesi bu müzakere aşamasıyla doğrudan bağlantılıdır.

Miras payının özgülenmesi sözleşmesi, esasen miras paylaşma sözleşmesinin hazırlık aşamasını teşkil eder⁵⁶³. Mirasçılar, paylaşma sözleşmesinin kurulmasından önce hangi tereke unsurlarının kime özgüleneceği konusunda görüşmelerde bulunurlar. Bu görüşmeler neticesinde anlaşmaya varılırsa, miras payının özgülenmesi sözleşmesi kurulmuş olur. Sözleşme şekil şartına tabi değildir⁵⁶⁴ ve uygulamada da genellikle sözlü şekilde kurulur.

Miras payının özgülenmesi sözleşmesi, mirasçılar bakımından bağlayıcı değildir⁵⁶⁵. Bu sebeple mirasçılar miras payının özgülenmesi sözleşmesini yaptıktan sonra paylaşma sözleşmesi yapmak zorunda değildirler⁵⁶⁶. Miras payının özgülenmesi sözleşmesinin bağlayıcı hale gelmesi için, mirasçıların paylaşma sözleşmesi yapmaları gerekmektedir. Böylelikle,

⁵⁶² Kılıçoğlu, Taksim, s. 73; Eren/Yücer Aktürk, s. 564; Eren, Paylaşma, s. 512; Aral, s. 111; Kocayusufpaşaoğlu, s. 712; Oğuzman, s. 334; Dural/Öz, s. 492; İmre/Erman, s. 491; Avcı, s. 104; Ozanemre Yayla, s. 179; Escher, Art. 611, N. 13; Wolf/Genna, s. 243; Habicht, s. 39; Meyer, Art. 611, s. 367; Häfliger, Art. 611, s. 1178; Wolf, BK-ZGB, Art. 611, s. 255; Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 611, s. 882; Couchepin/Maire, Art. 611, s. 851.

⁵⁶³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 73; Ozanemre Yayla, s. 180.

⁵⁶⁴ Häfliger, Art. 611, s. 1178; Wolf, BK-ZGB, Art. 611, s. 255; Escher, Art. 611, N. 16; Eren/Yücer Aktürk, s. 564; Eren, Paylaşma, s. 512;

⁵⁶⁵ Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 611, s. 882; Wolf, BK-ZGB, Art. 611, s. 256; Wolf/Genna, s. 244; Häfliger, Art. 611, s. 1178; Kılıçoğlu, Taksim, s. 73.

⁵⁶⁶ Dolayısıyla miras payının özgülenmesi sözleşmesi bir ön sözleşme olarak değerlendirilemez. Zira ön sözleşmede taraflar asıl sözleşmeyi yapma vaadinde bulunurlar ve söz konusu vaat onlar açısından bağlayıcıdır.

mirasçılarının miras payının özgülenmesi sözleşmesine dair iradeleri, paylaşma sözleşmesinde kendisini gösterir ve mirasçılar artık buna uymakla yükümlü olurlar.

Miras payının özgülenmesi sözleşmesi, mirasçılar açısından bağlayıcı nitelikte olmamakla birlikte, bu sözleşmeye uygun olarak paylaşma sözleşmesini yapmaktan kaçınan mirasçı açısından sözleşme öncesi kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun (*culpa in contrahendo*) meydana gelebileceği ifade edilmektedir⁵⁶⁷. Gerçekten de, paylaşma sözleşmesi yapma niyeti olmadığı halde, belirli tereke mallarının özgülenmesi konusunda anlaşma yapan mirasçının sonradan buna aykırı davranması, mevcut duruma güvenen diğer mirasçının ya da mirasçılarının zarara uğramasına yol açabilir. Söz gelimi, mirasçılar terekede yer alan kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün içlerinden birine özgülenmesi konusunda anlaşmışlardır. Bağımsız bölümün kendi mülkiyetine geçeceğine güvenen mirasçı bağımsız bölümün eskiyen yer döşemelerini değiştirmiş, kalorifer tesisatını yenilemiş ve duvarlarını boyatmıştır. Bu ihtimalde, diğer mirasçılar sonradan paylaşma sözleşmesini yapmaya yanaşmadıkları takdirde, söz konusu masrafları yapan mirasçının zarara uğrayacağı açıktır. İşte söz konusu zararın, sözleşme öncesi kusurlu davranıştan doğan sorumluluk çerçevesinde talep edilmesi mümkün olabilir.

1.4.1.2. Miras Payının Devri Sözleşmesiyle

Miras payının devri sözleşmesi, mirasçılardan birinin terekenin tamamı veya bir kısmı üzerindeki miras payını diğer bir mirasçıya ya da üçüncü kişiye devrettiği sözleşmeyi ifade eder⁵⁶⁸. Miras payının devri sözleşmesi bazı yönleriyle miras paylaşma sözleşmesiyle benzerlik göstermektedir. Her şeyden evvel, miras paylaşma sözleşmesinde olduğu gibi miras payının devri sözleşmesi de mirasın açılmasından önce ya da sonra yapılabilir. Mirasın açılmasından sonra yapılan miras payının devri sözleşmesi TMK m. 677 (*ZGB Art. 635*) hükmünde, mirasın açılmasından önce yapılan miras payının devri sözleşmesi ise TMK m. 678 (*ZGB Art. 636*) hükmünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, mirasın açılmasından önce yapılan miras payının devri sözleşmesi ile miras paylaşma sözleşmesi aynı madde altında düzenlenmiş bulunmaktadır. Öte yandan her iki sözleşmenin kanun sistematığında “*Paylaşmanın sonuçlandırılması*” başlığı altında ve birbirini takip eder şekilde yer alması, bu sözleşmeleri birbirine yaklaştırmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, her iki sözleşme çeşitli açılardan farklılık göstermektedir.

⁵⁶⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 73.

⁵⁶⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 482; İmre/Erman, s. 539; Serozan/Engin, s. 573; Özdemir, Şerh, s. 222; Genç Arıdemir, s. 17; Özakman, s. 3; Tuor/Picenoni, Art. 635, N. 6; Escher, Art. 635, N.2; Wolf/Genna, s. 380; Rouiller, Art. 635, s. 984; Göksu, Art. 635, s. 419; Bosshardt, Art. 635, s. 1206; Jolles/Vlcek, Art. 635, s. 907; Guillaume, s. 306.

Miras payının devri sözleşmesiyle miras paylaşma sözleşmesi arasındaki en belirgin fark, sözleşmelerin tarafları bakımından karşımıza çıkmaktadır. Miras paylaşma sözleşmesinin tarafları bütün mirasçılardır. Miras payının devri sözleşmeleri ise, mirasçılar arasında yapılabileceği gibi, üçüncü kişilerle de yapılabilir⁵⁶⁹. Miras payının diğer bir mirasçıya devredilmesiyle üçüncü kişiye devredilmesi arasında hüküm ve sonuçları açısından farklılıklar mevcuttur⁵⁷⁰. Şu halde, miras payının devri sözleşmesinin üçüncü kişilerle yapılması ihtimalinde, miras paylaşma sözleşmesinden ayırt edilmesi bakımından bir zorluk söz konusu değildir. Asıl zorluk, miras payının devri sözleşmesinin mirasçılar arasında yapılması durumunda bu sözleşmenin miras paylaşma sözleşmesinden, özellikle de yazılı paylaşmadan ayırt edilmesinde karşımıza çıkmaktadır.

Paylaşma sözleşmesi elden paylaşma şeklinde yapıldığı takdirde, bunun mirasçılar arasında yapılan miras payının devri sözleşmesinden farklı olduğu hemen anlaşılabilir. Zira elden paylaşma sözleşmesi şekil şartına tabi değilken, bir mirasçının miras payını diğer mirasçı ya da mirasçılara devretmesi yazılı şekle tabidir (TMK m. 677/1). Bunun dışında, elden paylaşma sözleşmesi bütün mirasçıların katılımıyla yapılabilirken, miras payının devri sözleşmesi yalnızca devreden ve devralan mirasçılar arasında yapılır⁵⁷¹. Diğer bir deyişle, miras payının devri sözleşmesinde bütün mirasçıların katılımına ya da sözleşmeye onay vermelerine ihtiyaç yoktur⁵⁷².

Miras paylaşma sözleşmesi yazılı paylaşma şeklinde yapıldığı takdirde, bunun miras payının devri sözleşmesinden ayırt edilebilmesi için öncelikle paylaşmanın kapsamını göz önüne almak gerekmektedir. Paylaşma sözleşmesi, bütün tereke unsurlarının paylaşılmasını öngörüyorsa iki sözleşmenin ayırt edilmesi kolaylaşır. Zira bu ihtimalde tam paylaşma söz konusu olur ve bu durum miras ortaklığını sona erdirir. Hâlbuki miras payının devri sözleşmesi, her durumda miras ortaklığını sona erdirmez. Yine tam paylaşmada da bütün mirasçıların sözleşmede yer alması zorunludur. Miras payının devri sözleşmesinde ise böyle bir zorunluluk yoktur. Öte yandan yazılı paylaşma sözleşmesi, hukuki nitelik itibarıyla borçlandırııcı işlemken,

⁵⁶⁹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 487; **İmre/Erman**, s. 541; **Özdemir**, Şerh, s. 225; **Escher**, Art. 635, N.6; **Wolf/Genna**, s. 381; **Göksu**, Art. 635, s. 419; **Özakman**, s. 6; **Genç Arıdemir**, s. 21; **Bosshardt**, Art. 635, s. 1207; **Jolles/Vlcek**, Art. 635, s. 908.

⁵⁷⁰ Bu husustaki en temel fark, sözleşmenin şekli noktasındadır. Miras payının devri sözleşmesi, mirasçılar arasında yapıldığı takdirde yazılı şekle tabidir (TMK m. 677/1). Buna karşılık, miras payının üçüncü bir kişiye devri söz konusu olacaksa bunun resmi şekilde yapılması gerekmektedir (TMK m. 677/2). Diğer yandan her ne kadar tartışmalı olsa da, miras payının devri sözleşmesinin mirasçılar arasında yapılması durumunda miras hukukuna özgü aynı bir etki doğurduğu ve bu sebeple miras payının tamamını devreden mirasçının miras ortaklığından çıktığı kabul edilmektedir. Miras payının mirasçı olmayan üçüncü bir kişiye devri ise tartışmasız olarak borçlandırııcı işlem niteliğindedir ve devralana paylaşmaya katılma hakkı vermez. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özakman**, s. 61 vd; **Genç Arıdemir**, s. 34 vd.

⁵⁷¹ **Göksu**, Art. 635, s. 419; **Bosshardt**, Art. 635, s. 1207; **Jolles/Vlcek**, Art. 635, s. 908; **Escher**, Art. 635, N. 2; **Wolf/ Genna**, s. 381; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 74; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 482.

⁵⁷² **Genç Arıdemir**, s. 87.

mirasçılar arasında yapılan miras payının devri sözleşmesi duruma göre aynı etkili sözleşme niteliğinde olabilir⁵⁷³.

Miras paylaşma sözleşmesinin kısmi paylaşma sonucunu doğuracak şekilde yapılması da mümkündür. Mirasçılar tereke mallarının bir kısmının paylaşılması konusunda sözleşme yapmışlarsa, objektif kısmi paylaşma (*objektiv partielle Teilung*) vardır⁵⁷⁴. Bu durum miras ortaklığını sona erdirmede için, mirasçılar arasında yapılan miras payının devri sözleşmesiyle benzerlik gösterir. Ancak objektif kısmi paylaşma sonucunu doğuran bu sözleşme, miras ortaklığına dâhil olan kişi sayısına etki etmemesi yönüyle miras payının devri sözleşmesinden ayrılır. Bunun dışında, paylaşma sözleşmesindeki oybirliği ilkesi burada da iki sözleşmenin ayırt edilmesine yardımcı olmaktadır.

Mirasçılar, içlerinden birinin veya birkaçının kendi paylarına düşen unsurları alarak miras ortaklığından ayrılmaları konusunda anlaşma yapabilirler. Sübjektif kısmi paylaşma⁵⁷⁵ (*subjektiv partielle Teilung*) olarak adlandırılan bu durumda miras ortaklığı, geri kalan mirasçılar arasında devam eder. Bütün mirasçıların anlaşmasıyla gerçekleşen bu sözleşme, bir veya birkaç mirasçının miras ortaklığından çıkması fakat miras ortaklığının devam etmesi bakımından miras payının devri sözleşmesine benzemektedir⁵⁷⁶. Öte yandan mirasçılar arasında yapılan miras payının devri sözleşmesi, miras ortaklığının kişi sayısı bakımından daralması sonucunu doğurduğu için sübjektif kısmi paylaşma teşkil eder⁵⁷⁷. Şu halde sübjektif kısmi paylaşma, gerek miras payının devri sözleşmesi gerekse de miras paylaşma sözleşmesi sonucunda gerçekleşebilir⁵⁷⁸. Hatta tam paylaşmanın dahi her iki sözleşmeyle gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin iki mirasçıdan oluşan miras ortaklığında, mirasçılardan biri miras payının tamamını diğerine devrettiği takdirde tam paylaşma gerçekleşmiş olur⁵⁷⁹. Aynı mirasçılar tereke unsurlarının tamamının paylaşılması hakkında bir sözleşme yaptıkları takdirde de tam

⁵⁷³ Genç Arıdemir, s. 157 vd.

⁵⁷⁴ Hauser, s. 25; Annen, s. 70; Felber, s. 38; Eren/Yücer Aktürk, s. 542; İmre/Erman, s. 466; Dural/Öz, s. 470; Kılıçoğlu, Taksim, s. 48; Aral, s. 39; Avcı, s. 54; Ozanemre Yayla, s. 183.

⁵⁷⁵ Habicht, s. 31; Jost, s. 120; Hauser, s. 31; Annen, s. 86; Escher, Art. 635, N. 8; Aral, s. 40; Kılıçoğlu, Taksim, s. 49; Kocayusufpaşaoğlu, s. 687; Dural/Öz, s. 470; İmre/Erman, s. 466; Avcı, s. 58; Ozanemre Yayla, s. 183.

⁵⁷⁶ Özakman, s. 47; Kılıçoğlu, Taksim, s. 75; Genç Arıdemir, s. 89.

⁵⁷⁷ Hauser, s. 37-38. Aksi görüşte; Özakman, s. 48. Yazara göre, miras payının devri sözleşmeleriyle paylaşmaya ulaşılması, bu sözleşmelerin kısmi paylaşma niteliği taşıdığı anlamına gelmez. Ancak bir mirasçının miras payını bütün diğer mirasçılara devri amacıyla bir sözleşme yapılmışsa, payın devir oranları belirlenmediği takdirde sübjektif paylaşma niteliği gösterir.

⁵⁷⁸ Kanaatimizce sübjektif kısmi paylaşma bir üst kavram teşkil etmektedir. Kısmi paylaşma sonucunu doğuran hukuki işlemler birbirinden farklılık arz edebilir. Diğer bir deyişle, kısmi paylaşma bir paylaşma sözleşmesi sonucunda gerçekleşebileceği gibi, miras payının devri sözleşmesi yoluyla da gerçekleşebilir. Öğretide bir mirasçının payını diğer bir mirasçıya ya da mirasçılara devrini kısmi paylaşma olarak kabul etmeyen yazarlar, devir sözleşmesinin amacının farklı olmasına dayanmaktadırlar. Ancak biz, bu noktada kanundaki sistematikten ve pratik sonuçlardan yola çıkıyoruz. Miras payının devri sözleşmesinin kanundaki yeri ve diğer sözleşmelerle ortak yönleri dikkate alınırsa, bu sözleşme sonucunda kısmi paylaşmanın gerçekleşebileceği sonucuna varılabilir. Zira miras payının devri sözleşmesi, geniş anlamda paylaşmaya hizmet eden bir sözleşme konumundadır.

⁵⁷⁹ Genç Arıdemir, s. 91.

paylaşma vardır. İki durum arasındaki fark, tarafların iradelerinde kendisini gösterir. Diğer bir deyişle, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespitinde tarafların miras payının devrini mi yoksa doğrudan tereke unsurlarının paylaşılmasını mı amaçladıkları meselesi belirleyici olur.

Bu noktada tereddüte yol açan husus, miras ortaklığında ikiden fazla mirasçı bulunması halidir. Bu ihtimalde mirasçılardan biri ya da birkaçı, bütün mirasçıların taraf olduğu sözleşmede miras payını devredebilir. Söz gelimi, üç mirasçıdan oluşan miras ortaklığında, mirasçılardan biri, tek sözleşmeyle diğer iki mirasçının miras paylarını devralabilir. Böyle bir ihtimalde, miras ortaklığından ayrılan mirasçının ne şekilde tatmin edildiğine bakmak yol gösterici olabilir⁵⁸⁰. Mirasçı, terekede bulunmayan bir değer karşılığında miras ortaklığından çıkıyorsa miras payının devri sözleşmesinin var olduğu kabul edilebilir. Ancak mirasçı terekede bulunan bir değer kendisine verilmesi karşılığında miras ortaklığından çıkıyorsa burada paylaşma sözleşmesi meydana gelmektedir. Bazı durumlarda miras ortaklığından çıkan mirasçının bunun karşılığında hem terekeden hem de diğer mirasçıların kendi malvarlıklarından bir karşılık elde etmesi mümkündür. Kanaatimizce, tereke unsurlarından birinin elde edildiği durumlarda paylaşma sözleşmesinin var olduğunu kabul etmek daha doğru olur. Zira bu durumda paylaşma iradesi ağır basmaktadır.

Miras ortaklığında ikiden fazla mirasçı olup, bunlardan birinin tek tek diğer mirasçıların paylarını devralması durumunda bir tereddüt meydana gelmez. Bu durumda geniş anlamda paylaşma sonucunu doğuran birden fazla miras payının devri sözleşmesi yapılmış olmaktadır⁵⁸¹.

Son olarak, mirasçılardan birinin tereke üzerindeki haklarından ivazsız olarak vazgeçmesi üzerinde durmak gerekmektedir. Bir mirasçının sözleşmede terekedeki haklarından vazgeçtiğine dair irade beyanında bulunması, paylaşma sözleşmesi niteliğindedir⁵⁸². Zira böyle bir irade beyanının konusu, mirasçının terekeden kendisine düşecek mallar üzerindeki hak sahipliğinden diğer mirasçı ya da mirasçılar lehine feragat etmesidir. Dolayısıyla burada terekeden değer almayarak paylaşmanın gerçekleştirilmesine yönelik bir iradeden bahsedilebilir. Bu durum, bazen tam paylaşma bazen de sübjektif kısmi paylaşma sonucunu doğurur. Örneğin iki mirasçıdan oluşan miras ortaklığında, bunlardan biri terekedeki haklarından vazgeçtiğini beyan ederse, tam paylaşma sözleşmesi gerçekleşmiş olur. Ancak ikiden fazla mirasçı var olup, bunlardan biri vazgeçtiği takdirde sübjektif kısmi paylaşma sözleşmesi meydana gelir. Her iki durumda da miras payının devri sözleşmesinden bahsedilemez. Çünkü burada netice itibarıyla terekedeki haklarından vazgeçen mirasçı

⁵⁸⁰ Genç Arıdemir, s. 92.

⁵⁸¹ Genç Arıdemir, s. 92.

⁵⁸² Hauser, s. 35; Felber, s. 79.

dışındaki diğer mirasçı ya da mirasçıların hukuki statülerinde bir genişleme meydana gelmektedir⁵⁸³. Hâlbuki miras payının devrinde amaç, miras payının ve buna bağlı hakların akıbetinin belirlenmesidir.

1.4.1.3. Terekede Bulunan Bir Mal veya Hakkın Devriyle

Terekede bulunan bir mal veya hakkın devri, miras paylaşma sözleşmesinden farklı bir hukuki işlemdir. Burada kastolunan durum, terekede bulunan bir mal veya hakkın mirasçılar dışındaki üçüncü kişiye devredilmesidir. Elbirliği halinde hak sahipliği devam ettiği sürece, kural olarak terekede bulunan mal veya haklarla ilgili olarak yapılacak hukuki işlemlerde mirasçıların birlikte hareket etmeleri gerekmektedir⁵⁸⁴. Öğretide genellikle kabul edildiği üzere, mirasçıların terekede bulunan bir mal veya hakkın devrine yönelik borçlandırıcı işlemleri tek başlarına yapmaları mümkündür⁵⁸⁵. Ancak söz konusu borçlandırıcı işlem, diğer mirasçıların karşı çıkmaları sebebiyle ifa edilemediği takdirde sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri devreye girer. Mirasçıların terekede bulunan mal veya haklarla ilgili tek başlarına tasarruf işlemleri yapmaları ise geçersizdir⁵⁸⁶. Söz gelimi terekede bulunan taşınmazın üçüncü kişiye devri, ancak bütün mirasçıların tapu sicilinde bu devre rıza göstermeleri ile mümkün olabilir.

Terekede bulunan bir mal veya hakkın devrinde, hukuki işlemin bir tarafını mirasçılar oluştururken, diğer tarafını mal veya hakkı devralacak olan kişi oluşturur. Miras paylaşma sözleşmesinde ise sözleşmenin tarafları yalnızca mirasçılardır. Diğer bir deyişle, miras paylaşma sözleşmesinde mirasçılar ya da yetkili temsilcileri dışında başka bir kişi taraf sıfatıyla bulunamaz. Terekede bulunan bir mal veya hakkın, bütün mirasçıların taraf olmasıyla yine mirasçılardan birine devri halinde zaten paylaşma sözleşmesi söz konusu olur. Şu halde her iki hukuki işlemi, taraflarını ele almak suretiyle kolaylıkla ayırt etmek mümkündür.

1.4.1.4. Mirasbırakanın Sağlığında Yaptığı Kazandırmalarla

Mirasbırakan sağlığında çeşitli amaçlarla mirasçılarına kazandırmalarda bulunmuş olabilir. Söz gelimi, ölmeden önce mallarını paylaşmak amacıyla her bir mirasçısına mallarını dağıtmış veya yalnızca bazı mirasçılarına kazandırmada bulunmuş olması mümkündür. Mirasbırakan amaç itibarıyla ölümünden sonrasına ilişkin tasarruflarda bulunsun bile, bu şekilde

⁵⁸³ Arıdemir, s. 93.

⁵⁸⁴ Graham-Siegenthaler, Art. 602, s. 340-341; Wolf, BK-ZGB, Art. 602, s. 29; Beusch-Liggenstorfer/Wehinger, Art. 602, s. 862; Guinand/Stettler/Leuba, s. 206.

⁵⁸⁵ Dural/Öz, s. 453; Serozan/Engin, s. 568; Ayiter, s. 227; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya Hukuku, s. 641. Aksi görüşte; İmre/Erman, s. 439.

⁵⁸⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 501; Dural/Öz, s. 452; İmre/Erman, s. 433; Serozan/Engin, s. 567; Ayan, s. 308; Escher, Art. 602, N. 15; Wolf/Genna, s. 169; Graham-Siegenthaler, Art. 602, s. 341; Wolf, BK-ZGB, Art. 602, s. 29; Beusch-Liggenstorfer/Wehinger, Art. 602, s. 862; Guinand/Stettler/Leuba, s. 206; Rouiller, Art. 602, s. 753.

yapılan hukuki işlemler daima sağlararası hukuki işlem niteliğindedir⁵⁸⁷. Dolayısıyla, mirasbırakanın devretmek istediği her hak veya mal bakımından gerekli olan şekil şartlarına uyulmak kaydıyla geçerlidirler. Öte yandan mirasbırakan, söz konusu tasarrufları ile saklı pay kurallarını ihlal etmemek durumundadır⁵⁸⁸.

Mirasbırakanın sağlığında mirasçıları lehine yaptığı kazandırmalar, mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmesinden kolayca ayırt edilebilir. Mirasbırakanın sağlığında yaptığı kazandırmaların bir tarafında daima kendisi, diğer tarafında ise kazandırmada bulunacağı muhtemel mirasçısı yer almaktadır. Mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmesinde ise doğal olarak mirasbırakanın sözleşmenin tarafını teşkil etmesi mümkün değildir. Bu noktada, mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmesinde mirasçıların, mirasbırakan tarafından önceden kendilerine yapılmış olan kazandırmaları sözleşme konusu yapıp yapamayacakları akla gelebilir. Söz gelimi, mirasbırakan sağlığında malvarlığının aktifinde yer alan bazı mal veya hakları muhtemel mirasçılara devretmiş ve kısa süre sonra ölmüştür. Mirasbırakanın baskısı sonucu bu devirlere razı olan mirasçılar, onun ölümünden sonra aksi yönde tasarruflarda bulunabilirler mi? Öncelikle belirtmek gerekir ki, mirasbırakanın sağlığında söz konusu mal veya hakları devretmesiyle birlikte, artık bu mal veya haklar terekenin kapsamına dâhil olmazlar. Mirasçılar, mirasbırakanın ölümünden önce kendilerine devrettiği mal veya hakları değiştirme ya da aralarındaki değer farkını giderme konusunda anlaşma yapabilirler. Ancak bu türden anlaşmalar paylaşma sözleşmesi niteliğinde değildir. Zira paylaşma sözleşmesi, terekede yer alan mal veya hakların paylaşılmasını konu edinir. Mirasçılar, terekede yer alan mal ve hakların paylaşılmasıyla birlikte, mirasbırakanın sağlığında yaptığı bu türden kazandırmalarla ilgili

⁵⁸⁷ Özakman, s. 115.

⁵⁸⁸ Esasen saklı pay kuralları ölüme bağlı tasarruflar bakımından söz konusu olur. Türk-İsviçre hukukunda ölüme bağlı tasarrufların tamamı saklı pay kurallarını ihlal ettikleri takdirde tenkise tabi olmaktadır. Sağlararası kazandırmalar bakımından ise aynı kural geçerli değildir. Mirasbırakan kural olarak sağlığında kendi malları üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Hal böyle olmakla birlikte, mirasbırakanın sağlararası kazandırmaları TMK m. 565 hükmü içerisine girdiği takdirde ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi tutulmaktadır. Söz konusu hükme göre, aşağıda sayılan karşılıksız kazandırmalar, ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tâbidir:

1. Mirasbırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi,
2. Miras haklarının ölümünden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar,
3. Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar,
4. Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar.

Ayrıntılı bilgi için bkz: Klöti, Daniela, **Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014, s. 90 vd; Meyer, Caroline B., **“Die Rechtsstellung des teilweise oder vollständig übergangenen Pflichtteilsben”**, Basler Juristische Mitteilungen, 2008, s. 180 vd; Nar, Ahmet, **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 152 vd.

anlaşmalar da yapabilirler. Bu durumda, söz konusu anlaşmalar paylaşma sözleşmesinin içeriğinde yer alan bir edim haline dönüşmektedir.

Mirasbırakanın sağlığında yaptığı kazandırmalar, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesiyle ilk bakışta benzer gibi görünmektedir. Özellikle de mirasbırakanın paylaşma amacıyla muhtemel mirasçılara kazandırmalarda bulunması halinde bu benzerlik daha da artmaktadır. Zira mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde de temel amaç, mirasbırakanın sağlığında paylaşmanın sözleşmeye bağlanmasıdır. Hal böyle olmakla birlikte, her iki durum pek çok yönden farklılık arz eder.

Mirasbırakanın sağlığında yaptığı kazandırmalarda, hukuki işlemin bir tarafında daima kendisi yer almaktadır. Hâlbuki mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde mirasbırakan taraf sıfatıyla yer almaz⁵⁸⁹. Burada mirasbırakanın rolü, yalnızca sözleşmeye rıza göstermekten ibarettir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları yine mirasçılardır. Ayrıca mirasbırakan, sağlığında yaptığı kazandırmayı sadece bir veya birkaç muhtemel mirasçısıyla yapabilir. Oysaki mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesine bütün muhtemel mirasçıların taraf olarak katılmaları icap eder. Taraflar dışında bir başka farklılık, kendisini hukuki işlemlerin niteliğinde gösterir. Mirasbırakanın sağlığında muhtemel mirasçılara kazandırmalarda bulunmuş olması için, kazandırmanın konusunu teşkil eden mal veya hakkın devrine dair tasarruf işlemlerini gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, muhtemel mirasçılara yapılan kazandırmalar esasen birer tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu işlemle birlikte, işlemin konusunu teşkil eden mal veya hak, mirasbırakanın malvarlığından çıkarak muhtemel mirasçının malvarlığına dâhil olur. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi ise daima borçlandırıcı işlemdir⁵⁹⁰. Hatta bu sözleşme, taraflarının mirasçı sıfatını kazandıkları ana kadar askıdadır. Bunun bir sonucu olarak, sözleşmenin yapılmış olması, mirasbırakanın malvarlığında bir değişikliğe yol açmaz.

1.4.2. Ölüme Bağlı Tasarruflarla

1.4.2.1. Vasiyetnameyle

Vasiyetname (*Testament, letztwillige Verfügung*), mirasbırakanın ölüme bağlı tek taraflı hukuki işlemini ifade eder⁵⁹¹. Burada esasen mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğurmasını istediği emirlerini içeren bir hukuki işlem söz konusudur⁵⁹². Tek taraflı hukuki

⁵⁸⁹ Göksu, Art. 636, s. 422; Mooser, s. 250; Wolf/Genna, s. 387; Escher, Art. 636, N.5.

⁵⁹⁰ Özakman, s. 121; İmre/Erman, s. 557; Dural/Öz, s. 380; Serozan/Engin, s. 576; Kocaoğlu, s. 44; Göksu, Art. 636, s. 422; Bosshardt, Art. 636, s. 1208; Jolles/Vlcek, Art. 636, s. 909.

⁵⁹¹ İmre/Erman, s. 56; Bağcı, Ömer, *Vasiyetnamenin Geri Alınması*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 3.

⁵⁹² Dural/Öz, s. 50.

işlem olması sebebiyle, vasiyetnamede yalnızca vasiyetçinin irade beyanı önem arz eder. Şu halde, vasiyetnameyi paylaşma sözleşmesinden ayırt etme noktasında bir tereddüt söz konusu değildir. Zira paylaşma sözleşmesi, bazı durumlarda tek tarafa borç yükleyen sözleşme olsa da hiçbir durumda tek taraflı hukuki işlem görünümünde değildir. Öte yandan paylaşma sözleşmesi sağlararası bir hukuki işlem olması bakımından da vasiyetnameden ayrılır.

Vasiyetnameler bakımından kanunda özel bir ehliyet şartı getirilmiştir. Buna göre, vasiyetname yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekmektedir (TMK m. 502). Dolayısıyla kanun, daha ergin olmadan kişiye kendi başına vasiyetname yapabilme ehliyeti tanımıştır⁵⁹³. Buna karşılık paylaşma sözleşmesinin tarafları olan mirasçıların ehliyeti bakımından genel hükümler uygulanır.

Vasiyetnameler, “el yazılı vasiyetname”, “resmi vasiyetname” ve “sözlü vasiyetname” olmak üzere üç türdür (TMK m. 531)⁵⁹⁴. Kanunda her bir vasiyetname türü bakımından sıkı şekil şartları öngörölmüştür. Oysaki paylaşma sözleşmesi, sözleşme konusu mal veya hakkın niteliğine göre elden ya da adi yazılı şekilde yapılabilmektedir. Ayrıca şekil şartlarına uyulmamasının sonuçları da genel hükümlere tabidir.

Mirasbırakan düzenlemiş olduğu vasiyetnameden serbestçe dönebilir. Bunu, yeni bir vasiyetname düzenleyerek yapabileceği gibi, vasiyetnameyi yok etmek ya da vasiyetnameye aykırı surette sağlararası tasarruflarda bulunmak (*Ademptio Legati*) şeklinde de yapabilir⁵⁹⁵. Paylaşma sözleşmesinden ise bu şekilde serbestçe dönölmesi söz konusu değildir. Sözleşmeden dönme ve buna dair sonuçlar yine genel hükümlere tabidir.

Mirasbırakan vasiyetnamesinde paylaşmaya dair kurallar öngörmüş olabilir. Söz konusu kurallar, mirasçıların bu kurallara bağlı kalma iradesi göstermeleri halinde onlar açısından bağlayıcıdır. Diğer bir deyişle, mirasçılar mirasbırakanın vasiyetnamesinde öngördüğu paylaşma kurallarına tamamen aykırı surette paylaşma sözleşmesi yapabilirler⁵⁹⁶. Böyle bir sözleşme, vasiyetnameye aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul edilemez. Zira paylaşma bakımından önemli olan mirasçıların iradeleridir. Mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralları, ancak mirasçıların anlaşılamamaları halinde etkisini gösterir. Aynı durum, mirasbırakanın vasiyetnamesinde bizzat paylaşdırma yoluna gitmesi ihtimalinde de geçerlidir. Mirasbırakan mallarından hangilerinin kime tahsis edilmesini istediğine dair vasiyetname

⁵⁹³ Eren/Yücer Aktürk, s. 60; İmre/Erman, s. 67; Dural/Öz, s. 58; Serozan/Engin, s. 299; Berki, Miras, s. 35; Şener, Esat, *Vasiyet Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 197.

⁵⁹⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 103; İmre/Erman, s. 70; Dural/Öz, s. 61; Serozan/Engin, s. 318; Berki, Miras, s. 73; Şener, s. 26.

⁵⁹⁵ Bağcı, s. 75; Serozan/Engin, s. 334; Dural/Öz, s. 106; İmre/Erman, s. 102; Eren/Yücer Aktürk, s. 125.

⁵⁹⁶ Häfliger, Art. 607, s. 1170; Wolf, Art. 607, s. 179; Beusch-Liggenstorfer/Vlcek, Art. 607, s. 875; Hauser, s. 62; Jost, s. 19; Tuor/Picenoni, Art. 607, N.1; Escher, Art. 607, N.4; Druey, § 16, s. 246; Aral, s. 45; Kocayusufpaşaoğlu, s. 704; Ozanemre Yayla, s. 139.

yapabilir. Ancak mirasçılar, paylaşma sözleşmesiyle böyle bir vasiyetnameyi de etkisiz kılabilirler⁵⁹⁷.

1.4.2.2. Miras Sözleşmeleriyle

Miras sözleşmesi (*Erbvertrag*), taraflardan en az birinin ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu iki taraflı hukuki işlemdir⁵⁹⁸. Bu sözleşme, kendi içerisinde “olumlu miras sözleşmesi (*positiver Erbvertrag*)” ve “mirastan feragat sözleşmesi (*Erbverzichtsvertrag*)” olmak üzere iki türe ayrılmaktadır⁵⁹⁹.

Türk Medeni Kanunu m. 527/1 hükmüne göre mirasbırakan olumlu miras sözleşmesiyle mirasçı atama ya da belirli mal bırakma tasarruflarında bulunabilir⁶⁰⁰. Ancak söz konusu tasarruflar, vasiyetnamede olduğu gibi tek taraflı değil, iki taraflı hukuki işlem içerisinde yer almaktadır.

Mirastan feragat sözleşmesinde ise muhtemel mirasçı, tereke üzerinde ileride doğacak haklarından ivazlı ya da ivazsız olarak vazgeçmektedir. Burada mirasbırakan, muhtemel mirasçısının beklenen miras payının tamamından veya bir kısmından vazgeçmesine ilişkin kendisine yöneltilen irade beyanını kabul etmektedir⁶⁰¹.

Miras paylaşma sözleşmesi, teknik anlamda bir miras sözleşmesi değildir. Zira miras sözleşmesi, mirasbırakanın sağlığında düzenlenen ve bir tarafını mirasbırakanın, diğer tarafını ise muhtemel mirasçı ya da üçüncü kişinin oluşturduğu ölüme bağlı hukuki işlemdir. Hâlbuki

⁵⁹⁷ **Avcı**, s. 28.

⁵⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Akça, Neslihan, **İvazlı Miras Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2020, s. 16 vd; Yakupoğlu, Sekine Derya, **Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu**, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019, s. 26 vd.

⁵⁹⁹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 178; **Hatemi**, s. 97; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 128; **Dural/Öz**, s. 100; **Serozan/Engin**, s. 145; **Antalya/Sağlam**, s. 187; **Öztan**, s. 245; **Akça**, s. 16; **Yakupoğlu**, s. 27; Eder, Karoline, “**Alles voller Zweifel: die Willensmängel im Erbrecht- Die Zwitterstellung des Erbvertrages zwischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht**”, Liber discipulorum für Professor Dr. Andreas Furrer zum 55. Geburtstag, Stämpfli Verlag, 2018, s. 32. Öğretide bazı yazarlar olumlu miras sözleşmesini karşılamak üzere yalnızca “miras sözleşmesi” terimini kullanmaktadırlar. 743 sayılı eski Medeni kanunda “olumlu miras sözleşmesi” terimi bulunmamaktaydı. Ancak mevcut kanunumuzda miras sözleşmesi bir üst terim olarak kullanılmış ve bunun kendi içerisinde olumlu ve olumsuz miras sözleşmesi şeklinde iki türü bulunduğu düzenlenmiştir (TMK m. 527 vd.). Dolayısıyla geniş anlamda miras sözleşmesi, hem olumlu miras sözleşmesini hem de mirastan feragat sözleşmesini kapsamaktadır. Dar anlamda miras sözleşmesi denildiğinde ise yalnızca olumlu miras sözleşmesi anlaşılır. Öte yandan İsviçre hukukunda olumlu miras sözleşmesini ifade etmek üzere genellikle sadece “miras sözleşmesi” (*Erbvertrag*) terimi kullanılmaktadır. Ancak bu terimi geniş anlamda kullanan yazarlar da vardır. Bkz: **Druey**, § 10, s. 131; **Wolf, Stephan/Spichiger, Bettina**, “**Zum Erbvertrag-Einführung und Überblick**”, **Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2018, s. 13; **Bornhauser**, Erbvertrag und Erbteilungsvertrag, s. 216.

⁶⁰⁰ **Wolf/Spichiger**, s. 14. Öğretide, TMK m. 527’de belirtilen tasarrufların sınırlı sayıda olmadığı, dolayısıyla mirasbırakanın olumlu miras sözleşmesiyle mirasçı atama ve belirli mal bırakma dışında başka tasarruflarda da bulunabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **İmre/Erman**, s. 184.

⁶⁰¹ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 180; **Dural/Öz**, s. 196; **Serozan/Engin**, s. 145; **İmre/Erman**, s. 196; **Albaş**, s. 535; **Wolf/Spichiger**, s. 15; **Eder**, Erbvertrages, s. 32; **Bornhauser**, Erbvertrag und Erbteilungsvertrag, s. 216.

miras paylaşma sözleşmesi, taraflarını mirasçılarını teşkil ettiği ve sonuçlarını yine onların sağlığında meydana getiren bir borç sözleşmesidir.

Miras sözleşmelerini, mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmelerinden ayırt etmek güç değildir. Zira burada artık mirasbırakanın bir sözleşmeye taraf olmasından bahsedilemez. Ayrıca, miras sözleşmelerinin resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi öngörülmüşken (TMK m. 545), paylaşma sözleşmesinin hiçbir türünde resmi şekil şartı bulunmamaktadır.

Miras sözleşmesi, mirasbırakanın sağlığında yapılması bakımından mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesiyle benzerlik göstermektedir. Ancak aradaki en önemli fark, mirasbırakanın sözleşmeye taraf olup olmaması noktasındadır. Mirasbırakan daima miras sözleşmesinin tarafı durumundadır⁶⁰². Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde ise, mirasbırakan sözleşmenin tarafı değildir⁶⁰³. Onun sözleşmedeki konumu, yalnızca sözleşmeye katılma ya da izin vermeye sınırlıdır. Diğer taraftan, miras sözleşmesiyle mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi konuları yönüyle de farklılık göstermektedirler. Olumlu miras sözleşmesi genellikle mirasçı atama ya da belirli mal bırakma tasarruflarında karşımıza çıkar. Mirastan feragat sözleşmesinde ise, muhtemel mirasçılardan birinin ivazlı ya da ivazsız olarak gelecekteki miras hakkından kısmen veya tamamen feragat etmesi söz konusudur. Oysaki mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi, gelecekte terekede yer alması muhtemel olan mal veya hakların kime ait olacağına dair önceden belirleme yapılmasını içermektedir.

Özellikle mirastan feragat sözleşmesi bakımından sözleşmenin bütün mirasçılarla yapılması ihtimalinde, gerçekte mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin var olup olmadığı sorunu gündeme gelebilir. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, mirasbırakanlar muhtemel mirasçılarının tamamıyla noterde iki ayrı feragat sözleşmesi yapmışlardır. Aynı gün ve birbirini takip eden yevmiye numaralarıyla yapılan bu sözleşmelerde, mirasçılardan bir kısmı, diğerleri lehine belirli taşınmazlar hakkındaki miras haklarından feragat ettiklerini beyan etmişlerdir. Ancak daha sonradan mirasçılardan bazılarının tapuda devre yanaşmaması üzerine, mirastan feragat sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil davası açılmıştır. Bu olayda Yargıtay, düzenlenen noter sözleşmelerinin amacının, mirasçılarının miras haklarına dair beklentiden feragat etmek olmadığını, asıl amacın

⁶⁰² Yakupoğlu, s. 78; Bornhauser, Erbvertrag und Erbteilungsvertrag, s. 217; Eder, Erbvertrages, s. 32.

⁶⁰³ Wolf/Spichiger, s. 13.

mirasbırakanların malvarlıklarını sağlıklarında paylaşmak olduğunu ve bu sebeple TMK m. 676 vd. maddelerine göre değerlendirme yapılarak hüküm kurulması gerektiğini belirtmiştir⁶⁰⁴.

1.4.2.3. Culpa in Testando Sorumluluğuyla

Culpa in testando, mirasbırakanın muhtemel mirasçılara ya da üçüncü kişilere hayattayken miras sözü vermesi fakat bunu yerine getirmemesi sebebiyle ortaya çıkan zarardan sorumluluğu ifade etmektedir⁶⁰⁵. Diğer bir deyişle culpa in testando, verilen miras sözü sebebiyle oluşan güvenin boşa çıkmasından doğan sorumluluktur. Mirasbırakan, çeşitli sebeplerle muhtemel mirasçılara ya da üçüncü kişilere mirasına dair vaatlerde bulunabilir. Kendisine vaatte bulunulan kişi, buna güvenerek vaat edilen şeye dair harcamalar yapabilir. Ancak mirasbırakanın vaat ettiği şekilde ölüme bağlı tasarrufta bulunmaması durumunda, kendisine vaatte bulunulan kişi zarara uğramış olur. İşte kişinin miras sözüne olan güveninin boşa çıkmasından dolayı ortaya çıkan zararın giderilmesi sorunu, culpa in testando kavramının doğmasına yol açmıştır⁶⁰⁶.

Öğretide culpa in testando sorumluluğuna dair çeşitli örnekler verilmektedir. Bunlardan en bilineni, “çiftlik bırakma sözü” örneğidir⁶⁰⁷. Bu olayda çiftlik sahibi olan amca yeğenine

⁶⁰⁴ “Dava dilekçesinin içeriği ve her iki sözleşmenin kapsamına göre; davaya konu noter sözleşmelerinin düzenlenmesinin amacı miras bırakanların sahip olduğu mal varlığının taksimine yönelik olup, bu halde davada dayanılan hukuki sebep mirastan feragat olmayıp, miras taksimine ilişkindir. T.M.K.nun 676. maddesine göre, miras taksim sözleşmesi terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde de yapılabilir. Yine T.M.K.nun 677 ve 678. maddesine göre de, miras bırakanın katılımı ile bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılarla yapacağı sözleşmeler geçerlidir. Hal böyle iken mahkemece T.M.K.nun 676 vd. maddeleri göz önünde tutulup toplanan deliller ışığında bir değerlendirme yapılarak uyumsuzluğun çözüme kavuşturulması gerekirken hukuki yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 8. HD, 2013/10751 E., 2013/11676 K., 12.9.2013 T. (Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 17/03/2020)

⁶⁰⁵ İnce, Nurten, “**Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa In Testando)**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2018, s. 155; Atlan, Hülya, “**Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.2, s. 269; Hirschlechner, Anna, “**Culpa in Testando- Vertaruenshaftung des Erblassers**”, Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag, 2017, s. 1174; Yakupoğlu, s. 22.

⁶⁰⁶ Miserre, Roman, **Die “Culpa in testando”- Möglichkeiten und Grenzen einer Vertrauenshaftung im Erbrecht**, Giesecking Verlag, Bielefeld, 2002, s. 23; Zankl, Wolfgang, “**Culpa in testando bei Widerruf und Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen**”, Österreichische Notariats Zeitung, 1995, s.265; Braun, Alexandra, “**Formal and Informal Testamentary Promises- A Historical and Comparative Perspective**”, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 76, 2012, s. 1003; Serozan, Rona, “**Wohin steuert das Erbrecht?- Die sozio-ökonomischen und rechtspolitischen Triebkräfte und ihre Auswirkungen auf die Entwicklung des Erbrechts**”, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2014, s. 10; Atlan, s. 269.

⁶⁰⁷ Miserre, s. 24; Zankl, s. 265; İnce, s. 155; Atlan, s. 269. Bu örnek esasen bir Alman Federal Mahkeme kararına dayanmaktadır (BGH, V BLw 60/53, 16.2.1954). Ayrıca bkz: Hirschlechner, s. 1174. Esasen Alman Medeni Kanunu (BGB) § 2032 hükmüne göre, mirasbırakanı ölüme bağlı tasarrufta bulunma ya da böyle bir tasarrufu geri alma yükümlülüğü altına sokan sözleşmeler (*Testiervertrag*) kesin hükümsüzdür. Ancak Alman hukukunda yeni bir görüş, mirasbırakanı ölüme bağlı tasarrufta bulunma yükümlülüğüne sokan sözleşmelerin BGB § 2032’ye aykırı olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüş, Anglo-Sakson hukukunda “*contract to make a will*” olarak belirtilen ve bir ölüme bağlı tasarrufun yapılmasına ya da geri alınmamasına ilişkin sözleşmeleri geçerli kabul eden düşünceye dayanmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Hepp, Eva-Maria, **Der amerikanische Testiervertrag-contract to make a will-aus Sicht des deutschen Rechts**, München, 1991, s. 24 vd; Battes Robert,

çiftliğini bırakmayı vaat eder fakat bununla ilgili resmi bir sözleşme yapılmaz. Bunun üzerine yeğen bütün mesaisini çiftlik işlerine ayırır ve çiftlik için çeşitli masraflar yapar. Ancak amcanın ölümünden sonra çiftliği ölüme bağlı tasarrufla kendi kızına bıraktığı ortaya çıkar. Hâlbuki yeğen, hem zamanını hem de parasını çiftlik işlerine harcamıştır. Bu durumda kendisine vaatte bulunulan yeğenin zarara uğradığı kuşkusuzdur. Fakat bu zarar neye dayanılarak giderilmelidir? Bu gibi hallerde, mirasbırakanın vaatte bulunduğu kişiye karşı güven sorumluluğu altına girdiği ve culpa in contrahendo sorumluluğuna benzer bir sorumluluk türü meydana geldiği ifade edilmektedir⁶⁰⁸.

Culpa in testando öğretisi tarafından üzerinde uzlaşmaya varılmış bir sorumluluk türü değildir. Bazı yazarlar, lehine ölüme bağlı tasarrufla bulunulacağına inanan kişinin korunması gereken bir hakkı olmadığını ileri sürmektedirler⁶⁰⁹. Bu görüşe göre, mirasçı olacağını ya da lehine vasiyet yapılacağını düşünen kişi, yalnızca buna yönelik bir ümit içerisinde. Söz konusu ümit, kişiye hukuken korunan bir hak tanımamaktadır. Zira mirasbırakan, özellikle vasiyetnameler bakımından iradesini herhangi bir kimseye yöneltmek zorunda olmadığı gibi, bu iradesini serbestçe geri alma hakkına da sahiptir. Bu sebeple vasiyetnameye güven duyulmasından bahsedilemez. Öte yandan, mirasbırakanın vaadi sebebiyle zarara uğrayan kişinin haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, borç vaadi ya da hizmet sözleşmesi gibi kanunda yer alan çeşitli düzenlemelerle korunabileceğine dair görüşler bulunmaktadır⁶¹⁰.

Culpa in testando, uygulama bakımından da henüz yargı kararlarına etki edebilmiş değildir. Diğer bir deyişle, Yargıtay'ın "çiftlik bırakma sözü" örneğine benzer durumlarda böyle bir sorumluluğun var olduğuna dair tartışma yaptığı görülmemektedir. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı, ileride kendisine kalacağına inanarak dedesi adına kayıtlı olan taşınmaz üzerine bina yapmış ve meyve ağaçları dikmiştir. Dedesi öldükten sonra babasına kalan taşınmazı da aynı şekilde kullanan davacı, babasının ölümünden sonra kardeşiyle birlikte elbirliği halinde malik olmuştur. Bu olayda davacı, binanın ve ağaçların değerinin arazinin değerinden fazla olduğu gerekçesiyle bedeli karşılığında taşınmazın tapuda adına tescil edilmesini talep etmiştir⁶¹¹. Yargıtay ise, davacının söz konusu taşınmazların malikinin dedeleri olduğunu bildiğini ve bu sebeple iyiniyet şartının gerçekleşmiş olmayacağını belirterek davanın

"Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts-Dogmatik und praktische Auswirkungen des § 2032 BGB", Archiv für die civilistische Praxis, Band 178, 1978, s. 338 vd.

⁶⁰⁸ Atlan, s. 270; Hirschlechner, s. 1175.

⁶⁰⁹ İnce, s. 157, dnp. 7'de belirtilen yazarlar.

⁶¹⁰ Bu görüşler hakkında bkz: İnce, s. 158 vd; Misserre, s. 34 vd; Hirschlechner, s. 1176 vd.

⁶¹¹ Bir kimse kendi malzemesiyle başkasının arazisinde yapı inşa ettiği takdirde, TMK m. 724 gereğince yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli olmak kaydıyla uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Erkan, Vehbi Umut, "Türk Medeni Kanunu'nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi", Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 178 vd.

reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶¹². Görüldüğü üzere kararda tartışılan husus mülkiyetle ilgilidir. Ancak olaydaki davacının, ileride kendisine kalacağı inancıyla yapmış olduğu masraflar sebebiyle zarara uğradığı da açıktır. Davacı, her ne kadar şartları oluşmadığı için mülkiyet hakkına sahip olamasa da, culpa in testando sorumluluğuna dayanarak zararının giderilmesini talep edebilmelidir⁶¹³.

Culpa in testando kavramıyla miras paylaşma sözleşmesi arasında ilk bakışta bağlantı görülmez. Zira culpa in testando, güven sorumluluğunun bir türü iken, paylaşma sözleşmesi bir borç sözleşmesidir. Mirasbırakan, hayattayken mirasçılarının birine veya birkaçına çeşitli vaatlerde bulunmuş fakat bunlara dair herhangi bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmadan ölmüşse, mirasçılar için en makul yol paylaşma sözleşmesi yapmaktır. Nitekim toplumumuzda mirasbırakanların kendileri öldükten sonra mallarının kimlere ait olacağına dair sözlü olarak beyanlarda bulunmaları oldukça yaygındır. Mirasçılar, mirasbırakanları tarafından ifade edilen bu vaatleri bir anlamda onun son arzuları olarak kabul ederek bu çerçevede paylaşma sözleşmesi yapabilirler. Böyle bir ihtimalde doğal olarak culpa in testando sorumluluğuna gitmeye gerek kalmaz. Ancak asıl sorun, mirasbırakanın muhtemel mirasçıları dışındaki üçüncü kişiye mirasına dair vaatlerde bulunmasıdır. Mirasbırakanın söz konusu vaadi, culpa in testando sorumluluğuna yol açacak nitelikte olsa bile aynı bir etkiye sahip olamaz⁶¹⁴. Diğer bir deyişle, kendisine vaatte bulunulan kişi örneğin vasiyet alacaklısı olduğunu ileri sürerek tereke malları üzerinde mülkiyet iddasında bulunamaz. Zira ortada geçerli bir ölüme bağlı tasarruf bulunmamaktadır. Kaldı ki, vasiyet alacaklısının hakkı da alacak hakkından ibarettir. Şu halde kendisine vaatte bulunulan kişi, eğer şartları gerçekleşmişse⁶¹⁵, culpa in testando sorumluluğu çerçevesinde mirasçılara karşı alacak talebinde bulunabilir.

⁶¹² “Davacının iyiniyetinden söz edebilmek için bina yaptığı taşınmazın başkasının mülkü olduğunu bilmemesi veya beklenen tüm dikkat ve özeni göstermesine karşılık bilebilecek durumda olmaması ya da yapıyı yapmakta haklı bir sebebinin bulunması gerekir. Çekişme konusu 408 parsel sayılı taşınmazın önceki maliki tarafların ortak murisleri dedeleri ...'dır. Bu durumda, davacının, taşınmazın malikinin kim olduğunu bildiği ve yapıyı yapmasında haklı bir nedeni bulunmadığı anlaşılmakla, davacı bakımından TMK'nın 3. maddesinde hükme bağlanan sübjektif iyiniyetin gerçekleşmediği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” Yarg. 14. HD, T. 14.1.2016, E. 2014/15236, K. 2016/418. (erişim tarihi: 17.03.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁶¹³ Bu durumda malzeme sahibi elbette TMK m. 723/1'e göre, arazi malikinden uygun bir tazminat talep etme hakkına sahiptir. Ancak TMK m. 723/3'e göre, yapıyı yaptıran malzeme sahibi iyiniyetli değilse, hâkimin hükmedeceği miktar bu malzemenin arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçmeyebilir. Dolayısıyla söz konusu hüküm çerçevesinde kendisine vaatte bulunulan davacının uğradığı bütün zararları tazmin ettirmesi mümkün olmayabilir.

⁶¹⁴ Culpa in testando sorumluluğunda güven ilişkisinden doğan bir koruma yükümlülüğü söz konusu olduğundan, aynen ifa ya da sözleşmeden doğan zararın giderilmesi talepleri de gündeme gelmez. Burada yalnızca bir güven zararının tazmin edilmesi söz konusudur.

⁶¹⁵ Culpa in testando sorumluluğunun şartları öğretide şu şekilde belirtilmektedir:

1. Mirasbırakan ile kendisine vaatte bulunulan kişi arasında özel bir bağlantı bulunması
2. Kişide haklı bir güven oluşturulmuş olması
3. Mirasbırakanın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması
4. Kusur
5. Zarar

Paylaşma sözleşmesinin mirasbırakan hayattayken yapılması durumunda, culpa in testando sorumluluğunun gündeme gelip gelemeyeceği üzerinde durmak gerekir. Söz gelimi, muhtemel mirasçıların paylaşma sözleşmesi yapmalarına rıza gösteren mirasbırakan, daha sonra sözleşmeye konu edilen taşınmazlarından birini ölüme bağlı tasarrufla üçüncü kişiye bırakmış olsun. Taşınmazın sözleşme gereğince ileride kendisine kalacağını düşünen muhtemel mirasçı, bu çerçevede çeşitli harcamalarda bulunabilir. Ancak ölüme bağlı tasarrufla vasiyet alacaklısı olan kişi, mirasbırakanın ölümünden sonra bu taşınmazın kendisine devrini talep etme hakkına sahiptir. Böyle bir durumda muhtemel mirasçı bakımından zarar meydana gelmektedir. Peki, muhtemel mirasçı, culpa in testando sorumluluğuna dayanarak vasiyet alacaklısından zararını talep edebilir mi? Buna olumsuz cevap vermek gerekir. Her şeyden evvel, culpa in testando sorumluluğu ortada henüz sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı durumlarda gündeme gelebilir. Öte yandan, culpa in testando sorumluluğu mirasbırakana ya da onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilir⁶¹⁶. Vasiyet alacaklısı ise külli halef değildir. Zarara uğrayan muhtemel mirasçı, mirasbırakan hayattayken ölüme bağlı tasarruftan haberdar olsa bile, culpa in testando sorumluluğuna dayanarak ona karşı talepte bulunamaz. Zira her ne kadar muhtemel mirasçı üzerinde bir güven oluşturulmuş olsa da, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin mirasbırakanı bağlayıcı etkisi yoktur. Sözleşmeye katılan ya da izin veren mirasbırakan, malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Bu noktada onu bağlayan tek şey, saklı pay kurallarına aykırı davranmamaktır. Şu halde, mirasbırakanın sorumlu olmaması, külli halef durumundaki diğer mirasçılara sirayet etmektedir. Başka bir deyişle, zarara uğrayan muhtemel mirasçı diğer mirasçılardan da culpa in testando sorumluluğuna dayalı bir talepte bulunamaz.

6. Uygun illiyet bağı

Bkz: **Miserre**, s. 215 vd; **Zankl**, s. 267 vd; **Hirschlechner**, s. 1181; **İnce**, s. 171 vd; **Atlan**, s. 276 vd.

⁶¹⁶ **Atlan**, s. 291.

İKİNCİ BÖLÜM

MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, GEÇERLİLİĞİ VE İFASI

2.1. Miras Paylaşma Sözleşmesinin Kurulması

2.1.1. Genel Olarak

Miras paylaşma sözleşmesi, bir borç sözleşmesidir. Borç sözleşmelerinin kurulması bakımından en temel kurucu unsur, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığıdır⁶¹⁷. Bu husus, TBK m. 1 hükmünde, “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur*” şeklinde ifade edilmiştir. Miras paylaşma sözleşmesi bakımından da sözleşmenin tarafları ve bu tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları kurucu unsurları teşkil etmektedir⁶¹⁸. Ancak bunlara ek olarak, paylaşma konusu olacak bir mal veya hakkın bulunmasını da kurucu unsur olarak kabul etmek gerekmektedir. Söz konusu unsur, paylaşma sözleşmesinin kendine özgü yapısından kaynaklanmaktadır.

2.1.2. Sözleşmenin Kurucu Unsurları

Miras paylaşma sözleşmesinin kurucu unsurları; taraflar, tarafların paylaşmaya yönelik irade beyanları ve paylaşma konusu mal veya hak olarak belirtilebilir.

2.1.2.1. Taraflar

2.1.2.1.1. Mirasçılar veya İradi Temsilcileri

Miras paylaşma sözleşmesinin tarafları, mirasın açılmasından önce yapılması durumunda muhtemel mirasçılar, mirasın açılmasından sonra yapılması durumunda ise mirasçılık sıfatına sahip olan kişilerdir.

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesine mirasbırakanın katılması, onu sözleşmenin tarafı haline getirmemektedir. Öte yandan, mirasın açılmasından önce ortada henüz mirasçılık sıfatının bulunmaması, sözleşmenin kurulmasını engellemez. Kanun koyucu

⁶¹⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 258; Oğuzman/Öz, C.I, s. 49; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 286; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 58; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 171; Serozan, Rona, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 20; Becker, Hermann, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli Verlag AG, 2. Auflage, 1945, Art. 1, N. 1; Kren Kostkiewicz, Jolanta, OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 1, N. 1; Wiegand, Wolfgang/Hurni, Christoph, Kurzkomentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, Art. 1, N. 1; Müller, BK-OR, Art. 1, N. 5; Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli Verlag, Bern, 1986, Art. 1, N. 117; Jäggi, Peter, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Schulthess, 3. Auflage, 1973, Art. 1, N. 11; Zellweger-Gutknecht, Corinne, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Auflage, Basel, 2019, Art. 1, N. 8.

⁶¹⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 617.

burada muhtemel mirasçı durumunda olmayı, diğer bir deyişle mirasçılıkla ilgili beklenen bir hakka sahip olmayı yeterli görmüştür. Muhtemel mirasçılar genellikle mirasbırakanın yasal mirasçısı durumunda olan kişilerdir. Ancak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuyla atadığı mirasçılar da bu sözleşmenin tarafı olabilirler⁶¹⁹. Mirasbırakan hayatta iken yapılan bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması, muhtemel mirasçıların tamamının mirasçılık sıfatını kazanmalarına bağlıdır. Muhtemel mirasçılardan biri dahi herhangi bir sebeple mirasçılık sıfatını kazanamazsa, sözleşme geçersiz olur.

Mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmesi, mirasçılık sıfatına sahip olan kişiler tarafından yapılır⁶²⁰. Bu bakımından yasal mirasçılarla atanmış mirasçılar arasında fark yoktur. Mirasın reddi, mirastan yoksunluk ya da mirasçılıktan çıkarma gibi durumlar nedeniyle mirasçılık sıfatını kaybetmiş olanlar ise bu sözleşmenin tarafı olamazlar⁶²¹. Bunun gibi, külli halef sıfatına sahip olmayan belirli mal vasiyeti alacaklıları da sözleşmenin tarafı değildirler.

Atanmış mirasçı, bir gerçek kişi ya da tüzel kişi olabilir. Mirasçı olarak atanan tüzel kişinin, özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu hukuku tüzel kişisi olması mümkündür⁶²². Bu durumda, paylaşma sözleşmesinin tüzel kişinin yetkili organı tarafından yapılması gerekmektedir. Örneğin derneklerde derneğin yürütme ve temsil organı yönetim kuruludur. Bu sebeple bir dernek mirasçı olarak atanmışsa, dernek yönetim kurulunun ya da yönetim kurulu tarafından yetki verilen kişinin sözleşmeye taraf olması şarttır.

Hukuki işlemlerin çoğunluğunda olduğu gibi, miras paylaşma sözleşmesinde de iradi temsil mümkündür⁶²³. Gerek mirasın açılmasından önce gerekse de mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmelerinde, tarafların kendilerini temsil ettirmeleri söz konusu olabilir. Mirasçı, paylaşma sözleşmesinin yapılması konusunda başka bir mirasçıya temsil yetkisi verebileceği gibi, üçüncü kişiye de (örneğin bir avukata) temsil yetkisi verebilir⁶²⁴. Ancak her halükarda bu temsil yetkisinin geçerli olması şarttır. Aksi takdirde, yetkisiz temsilci tarafından yapılan paylaşma sözleşmesi, temsil olunan mirasçıyı bağlamaz. Nitekim TBK m. 46/1 hükmünde, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlemin ancak temsil olunan tarafından onandığı

⁶¹⁹ Escher, Art. 636, N. 3; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 3; Wolf/Genna, s. 387; Bürgi, Ku-Ko, Art. 636, N. 5; Göksu, Art. 636, N. 3; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636, N. 6.

⁶²⁰ Kılıçoğlu, Taksim, s. 76; Ozanemre Yayla, s. 173; Escher, Art. 634, N. 9; Wolf/Genna, s. 376; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 15.

⁶²¹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 76.

⁶²² Devletin atanmış mirasçılığı hakkında bkz: Boran, Çağla, **Devletin Mirasçılığı**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 33 vd.

⁶²³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 76; Ozanemre Yayla, s. 173; Bosshardt, Art. 634, N. 1; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 1; Druey, § 16, s. 235.

⁶²⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 76; Strazzer, René, “Die anwaltliche Doppel und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat - einige Streiflichter aus der Praxis”, Successio- Zeitschrift für Erbrecht, 2014, s. 114.

takdirde onu bağlayacağı belirtilmiştir⁶²⁵. Şu halde miras paylaşma sözleşmesine katılmayan mirasçı, sonradan bu sözleşmeyi onamışsa sözleşmeyle bağlı hale gelir⁶²⁶. Yetkisiz temsilciyle paylaşma sözleşmesini yapan diğer mirasçılar, temsil olunan mirasçıya uygun bir süre vererek sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilirler. Bu süre içerisinde paylaşma sözleşmesinin onanmaması durumunda, sözleşmenin tarafı olan diğer mirasçı ya da mirasçılar da sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulurlar (TBK m. 46/2).

Mirasçı tarafından paylaşma sözleşmesi yapmak üzere yetkilendirilen temsilci, temsil yetkisinin sınırlarını aşmış olabilir. Örneğin mirasçı, yalnızca ön görüşme yapması ya da taşınmazlar dışındaki tereke unsurları hakkında sözleşme yapması için bir başkasına temsil yetkisi vermiştir. Temsilci, mirasçı tarafından belirlenen bu sınırlamalara aykırı hareket ettiği takdirde yetkisiz temsil söz konusu olur ve mirasçı bu durumda da paylaşma sözleşmesiyle bağlı değildir.

Mirasçının paylaşma sözleşmesinin yapılması bakımından başka bir mirasçıya temsil yetkisi vermesi halinde, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması durumu ortaya çıkabilir. Söz gelimi iki mirasçıdan oluşan miras ortaklığında, mirasçılardan biri diğerine paylaşma sözleşmesini yapması için temsil yetkisi vermişse, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması gündeme gelir. Kanunda bu duruma uygulanabilecek hüküm bulunmamaktadır. Öğretide ise, temsil olunanın temsilciye bu konuda özel yetki vermesi ya da hukuki işlemin niteliği itibarıyla temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapmasında temsil olunan açısından zarar tehlikesinin bulunmaması durumlarında, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapabileceği kabul edilmektedir⁶²⁷. Kanaatimizce paylaşma sözleşmesinin mahiyeti, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması bakımından elverişli değildir. Zira böyle bir

⁶²⁵ **Eren**, Genel Hükümler, s. 509; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 49; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 720; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,1, s. 642; Watter, Rolf, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 7. Auflage, Basel, 2019, Art. 38, N. 2; Jung, Peter, **Kurzkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, Art. 38, N. 1.

⁶²⁶ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 77. “*Davalı yazılı taksim sözleşmesine dayanmaktadır. Bu sözleşmesinin baş kısmında Taksim projesi yazılıdır. Bir sözleşmenin başlığı değil, kapsamı hukukî yönü belirtilir. Bir kısım paydaşlar adına kocaları sözleşmeyi imzalamıştır. Kocaların vekâletsiz tasarrufla bulunup, bulunmadıkları ve son gerekçelerle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki kâğıtlara, dayandığı gerekçeleri nedenlere, olayın her ne kadar vekâletsiz tasarrufla ilgisi yoksa da mahkemece tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların taksimine katılan kocalarının yaptıkları işlemlere eşlerinin uzun süre ses çıkarmamak suretiyle icazetleri bulunup, bulunmadığı yönüne ilişkin olan ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi Usul ve Yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.*” Yarg. HGK, T. 04.02.1976, E. 1975/7-926, K. 1976/167. (erişim tarihi: 11.10.2019), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁶²⁷ **Eren**, Genel Hükümler, s. 501; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 229; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 669; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,1, s. 617; **Wetter**, BSK-OR, Art. 33, N. 19; Bu görüş, esasen Alman Medeni Kanunu (BGB) § 181 hükmüne dayanmaktadır. Söz konusu hükme göre, temsilcinin kendi kendisiyle ya da iki tarafın temsilcisi olarak işlem yapması iki istisna haricinde mümkün değildir. Bu istisnalar, temsil olunan tarafından bu tip işlemlere izin verilmiş olması ya da bu şekilde yapılacak işlemin yalnızca bir borcun ifasından ibaret olmasıdır.

durumda temsil olunan mirasçının menfaatlerinin tehlikeye düşeceği açıktır. Bu sebeple, paylaşma sözleşmesi bakımından temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapmasına cevaz vermemek ve bu durumda yetkisiz temsil hükümlerini uygulamak daha doğru olur. Dolayısıyla bu şekilde yapılmış olan paylaşma sözleşmesine temsil olunan mirasçı açık ya da örtülü olarak onay vermişse, sözleşme ancak bu durumda onun açısından bağlayıcı hale gelir.

Uygulamada temsil yetkisi genellikle vekâletnameyle verilmektedir. Özellikle de terekedeki taşınmazların paylaşılmasına ilişkin sözleşmenin ve tapu kütüğündeki devir işlemlerinin yapılması bakımından noter vekâletnameleri kullanılmaktadır⁶²⁸. Bu durumda, geçerli bir vekâlet ilişkisinin bulunup bulunmaması bakımından TBK'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri (m.502-514) uygulama alanı bulmaktadır.

2.1.2.1.2. Yasal Temsilciler

Mirasçılar arasında hukuki işlem ehliyetine sahip olmayan kişiler bulunduğu takdirde, paylaşma sözleşmesi bunlar adına yasal temsilcileri (*gesetzliche Vertreter*) tarafından yapılır⁶²⁹. Söz gelimi mirasçılardan birisi velayet altında ise velinin, vesayet altında ise vasinin sözleşmeye taraf olması gerekmektedir. Ancak bu noktada TMK m. 426/1,b.2 hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. Söz konusu hükme göre, bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa, vesayet makamı tarafından küçüğe veya kısıtlıya temsil kayyımı atanır. Ayrıca, TMK m. 462/1,b.9 hükmü çerçevesinde, miras paylaşma sözleşmesi yapmak için vesayet makamından izin almak gerekmektedir⁶³⁰. Eğer paylaşma sözleşmesi, vesayet altındaki kişi ile vasi arasında yapılacaksa, vesayet makamının izninden sonra denetim makamından da izin almak zorunludur (TMK m. 463/1,b.7).

Küçük veya kısıtlı ile birlikte bunların yasal temsilcilerinin de mirasçı olmaları durumunda, paylaşma sözleşmesinin yapılması bakımından menfaatlerin çatıştığı (*Interessenkollision*) açıktır. Diğer taraftan, velayet altındaki küçük ile velisinin de birlikte

⁶²⁸ Tapu Sicili Tüzüğü'nün 18/4 maddesi gereğince, talebin vekâleten yapılması durumunda vekilden 1512 sayılı Noterlik Kanununa göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduğunu içerir vekâletname istenir. Öte yandan Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün muhtelif genelgelerinde de tapudaki işlemler bakımından vekâletnamelerin Noterlerce düzenleme şeklinde yapılması öngörülmektedir. Örneğin; 21/04/2010 Tarih ve 1700 sayılı genelge.

⁶²⁹ Druey, § 16, s. 235; Bosshardt, Art. 634, N. 1; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 1.

⁶³⁰ TMK m. 462 hükmünü karşılayan ZGB Art. 421 hükmünde de miras paylaşma sözleşmesi yapmak için vesayet makamının (Vormundschaftsbehörde) izninin gerekli olduğu düzenlenmişti. Ancak söz konusu madde, çocuk ve yetişkinlerin korunması hukukunda yapılan reform çerçevesinde 19.12.2008 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2013 tarihinden itibaren değiştirilmiştir. Hal böyle olmakla birlikte, yeni düzenlemede de (ZGB Art. 416) kayyımın ilgili kişi adına miras paylaşma sözleşmesi yapabilmesi, Yetişkinleri Koruma Makamının (Erwachsenenschutzbehörde) onayına tabi kılınmıştır. Bkz: Fountoulakis, Christina/ Affolter-Fringeli, Kurt/ Biderbost, Yvo/ Steck, Daniel, *Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, s. 294; Mauchle, Mathias, *Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenenschutzbehörde*, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2019, s. 151; Nussberger, Natascia, *“Das Vertretungsrecht und die Handlungsfähigkeit im neuen Erwachsenenenschutzrecht”*, Aktuelle Juristische Praxis, 2012, s. 1681.

mirasçı olmaları söz konusu olabilir⁶³¹. Örneğin mirasbırakan geride eşi ve ergin olmayan çocuğunu mirasçı olarak bırakmışsa, sağ kalan eşin hem kendi adına hem de çocuk adına paylaşma sözleşmesi yapması, çocuğun menfaatine aykırılık teşkil eder. Bu durumda TMK m. 345 hükmü devreye girer. Söz konusu hükme göre, çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır. Şu halde sağ kalan eş ile onun velayeti altındaki çocuk arasında miras paylaşma sözleşmesi yapılması için, çocuğa kayyım atanması ve ayrıca sözleşmenin de hâkim tarafından onaylanması gerekmektedir⁶³².

Mirasçılar arasında kendisine yasal danışman atanan bir kişi varsa, bu mirasçı paylaşma sözleşmesini bizzat yapabilir. Zira kendisine yasal danışman atanmış kişiler esasen hukuki işlem ehliyetine sahiptirler. Ancak TMK m. 429'da dokuz bent halinde sayılan işlemler bakımından yasal danışmanın görüşünün alınması gerekmektedir. Söz konusu işlemler sınırlı sayıdadır ve bunlar arasında miras paylaşma sözleşmesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kişiler kendi başlarına miras paylaşma sözleşmesi yapabilirler⁶³³.

Mirasın açılmasından önce paylaşma sözleşmesi yapılmak istendiği takdirde, muhtemel mirasçılar arasında küçük ya da kısıtlının bulunması tereddüte yol açabilir. Söz gelimi, mirasbırakanın muhtemel mirasçıları olarak yalnızca iki çocuğu olduğunu ve bunlardan birinin ergin, diğerinin ise küçük olduğunu varsayalım. Bu durumda mirasbırakan, ergin olmayan çocuğu temsilen diğer çocuğuyla paylaşma sözleşmesi yapabilir mi? Kanaatimizce buna olumsuz cevap vermek gerekir. Her ne kadar burada çocuk ile velisi arasında yapılan bir hukuki işlem olmasa da, çocuğun menfaatinin korunması bakımından TMK m. 345'in uygulanması

⁶³¹ Kamp, Annasofia/Breitschmid, Peter, “**Minderjährige Erben**”, Successio-Zeitschrift für Erbrecht, 2013, s. 92.

⁶³² “*Ergin çocuğun kısıtlanması ve velayet altına konulması halinde, velayete ilişkin hükümlerin uygulanacağına duraksama bulunmamaktadır. Veli, kısıtlıya miras yoluyla intikal eden taşınmazların mirasçılar arasında rızai taksimi için izin ve yetki verilmesini istemektedir. Rızai taksime konu edilmek istenen taşınmazların bir kısmında kısıtlı ile birlikte velinin de mirasçı olarak hak sahibi olduğu görülmektedir. Dolayısıyla veli de kendi miras hakkı bakımından sözleşmenin tarafı olacaktır. Böyle bir durumda, Türk Medeni Kanununun 345. maddesi hükmü devreye girer. Bu hüküm gereğince de, çocuk ile ana veya babası arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır. Türk Medeni Kanununun 426/2. maddesi gereğince de bir işte yasal temsilcinin menfaati ile kısıtlının menfaati çatışıyorsa kayyım atanmalıdır. O halde, yapılacak hukuki işlem sebebiyle kısıtlı ile yasal temsilcisinin menfaati çatıştığına göre, bu işlemle ilgili olarak kısıtlıya kayyım atanması için yetkili vesayet makamından talepte bulunulmalı, kayyım atanması sağlanmalı ve hukuki işleme kısıtlı adına, kayyımın iştirak etmesi sağlanmalı, bundan sonra yapılan işlemin onayının gerekip gerekmediği yönünde karar verilmelidir.*” Yarg. 2. HD, T. 27.05.2015, E. 2015/8244, K. 2015/10892. (erişim tarihi: 16. 12. 2019), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>. İsviçre Hukuku bakımından da, ebeveynlerden biri ile velayeti altındaki küçük arasında bir miras paylaşma sözleşmesi yapılabilmesi için, Koruma Makamı (Kindesschutzbehörde) tarafından küçüğe bir kayyım atanması gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan sözleşme kesin hükümsüzdür. Koruma Makamı'nın sonradan böyle bir sözleşmeye onay vermesi de mümkün değildir. Bkz: Schmid, Jürg, “**Notariats- und grundbuchrechtliche Aspekte im erbrechtlichen Umfeld**”, Successio- Zeitschrift für Erbrecht, 2018, s. 311.

⁶³³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 78.

yoluna gitmek daha isabetlidir. Dolayısıyla bu ihtimalde de çocuğa kayyım atanmalı ve yapılan sözleşme hâkim tarafından onaylanmalıdır.

2.1.2.1.3. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi

Mirasbırakan terekenin paylaştırılması işini gerçekleştirmek üzere vasiyetnameyle bir veya birden fazla vasiyeti yerine getirme görevlisi (*Willensvollstrecker*) atayabilir (TMK m. 550/1)⁶³⁴. Vasiyeti yerine getirme görevlisi, genel olarak mirasbırakanın vasiyetnamesinde açıkladığı son arzularını yerine getirmekle görevlidir⁶³⁵.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev ve yetkileri TMK m. 552 (*ZGB Art. 518*)’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, vasiyeti yerine getirme görevlisi kural olarak mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkilidir (TMK m. 552/1). Ancak mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufunda vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev ve yetkileriyle ilgili sınırlamalar koymuş olabilir. Bu durumda vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev ve yetkileri ölüme bağlı tasarrufa göre tespit olunur⁶³⁶.

Türk Medeni Kanunu m. 552 hükmünde, vasiyeti yerine getirme görevlisinin özellikle hangi konularda görevli ve yetkili olduğu yedi bent halinde sayılmıştır. Burada sayılan hususlardan biri de terekenin paylaşılması için plan hazırlamaktır (TMK m. 552/2, b.5). Vasiyeti yerine getirme görevlisi, terekenin nasıl paylaşılacağına dair plan hazırlayabilir. Ancak bu plan, paylaşma sözleşmesi niteliğinde değildir. Söz konusu plan, ancak paylaşma sözleşmesinin yapılmasına dair taslak (*Entwurf*) olarak değerlendirilebilir⁶³⁷. Mirasçılarının tamamı, vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından hazırlanan planı imzaladıkları takdirde, yazılı paylaşma sözleşmesi kurulmuş olur⁶³⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki, vasiyeti yerine getirme görevlisi yalnızca özel görev ifa eden kişi konumunda olup, sözleşmenin tarafı değildir⁶³⁹. Eğer mirasçılarının tamamı, hazırlanan planı imzalamaya yanaşmazsa vasiyeti yerine getirme görevlisinin kendi başına bir sözleşme hazırlayarak paylaşmayı sonuçlandırması mümkün olamaz. Zira vasiyeti yerine getirme görevlisine paylaşma davası açma hakkını dahi

⁶³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Kocağa**, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, s. 117 vd; Akbıyık, Cem, **Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 65 vd.

⁶³⁵ Künzle, Hans Rainer, “*Der Willensvollstrecker in der Erbteilung*”, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2013, s. 309; Brazerol, Riccardo, “*Der Erbe Als Willensvollstrecker*”, INR - Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Band/Nr. 22, Stämpfli Verlag AG, 2018, s. 47; Leu, Daniel, “*Aufgaben und Befugnisse des Willensvollstreckers in der Erbteilung - Länderbericht Schweiz*”, Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Schulthess Verlag, 2017, s. 144.

⁶³⁶ **Künzle**, Willensvollstrecker, s. 314; **Brazerol**, s. 24; **Leu**, s. 162; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 170; **İmre/Erman**, s. 172; **Dural/Öz**, s. 189; **Serozan/Engin**, s. 414.

⁶³⁷ **Künzle**, Willensvollstrecker, s. 318; **Leu**, s. 162; **Bänziger**, s. 319.

⁶³⁸ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 78; **Aral**, s. 135; **Jost**, s. 22; **Hauser**, s. 66; **Leu**, s. 164; **Bänziger**, s. 319.

⁶³⁹ **Bornhauser**, Erbvertrag und Erbteilungsvertrag, s. 222.

tanımayan kanun koyucunun, mirasçılarının iradelerini yok sayarak ona paylaşma sözleşmesi yapma hakkı verdiği düşünülemez⁶⁴⁰. Mirasçılarının anlaşmaya varamamaları durumunda, vasiyeti yerine getirme görevlisi mirasçılardan birinin paylaşma davası açmasını beklemek ya da görevinden istifa etmek durumundadır⁶⁴¹. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılar adına tek başına paylaşma sözleşmesi imzalamaya yetkili olmadığını belirtmiştir⁶⁴². Bahsi geçen kararda mirasbırakan ölümünden üç gün önce resmi vasiyetname düzenlemiş, bu vasiyetnamede kayınbiraderini vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atamıştır. Vasiyeti yerine getirme görevlisi, bütün mirasçılara mektup göndererek paylaşmanın ekte gönderilen belgede gösterildiği gibi yapılacağını belirtmiştir. Bu belgede, sağ kalan eşin tereke unsurlarından alacağı mal ve haklar listelenmiş, belgeyi sağ kalan eş ve vasiyeti yerine getirme görevlisi imzalamıştır. Belgede imzası bulunmayan mirasçılarının açtıkları dava Federal Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Federal Mahkeme, vasiyeti yerine getirme görevlisinin kanunda belirtilen görevleri içerisinde paylaşmanın gerçekleştirilmesinin de bulunduğu ancak bu hükmün vasiyeti yerine getirme görevlisine kendi başına paylaşma sözleşmesi düzenleme ve imzalama yetkisi vermediğine karar vermiştir. Federal Mahkemeye göre vasiyeti yerine getirme görevlisi, paylaşma davasındaki hâkim gibi hareket edemez. O ancak mirasçıları paylaşma konusunda uzlaştırmaya çalışabilir.

2.1.2.2. Tarafların İrade Beyanları

Bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi, miras paylaşma sözleşmesinde de en önemli kurucu unsur, tarafların irade beyanlarıdır. Miras paylaşma sözleşmesinin kurulabilmesi için, sözleşmenin taraflarını teşkil eden mirasçıların ya da temsilcilerinin paylaşmaya yönelik irade beyanlarının var olması gerekmektedir⁶⁴³. İrade beyanları bakımından en önemli hususlardan

⁶⁴⁰ **Göksu**, Art. 634, N. 2; **Bosshardt**, Art. 634, N. 1; **Jolles/Vlcek/Fünfschilling**, Art. 634, N. 1; **Wolf**, Grundfragen, s. 220. Alman Hukukunda ise vasiyeti yerine getirme görevlisine (*Testamentsvollstrecker*) daha geniş bir yetki tanınmıştır. BGB § 2048 hükmüne göre, mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufuyla paylaşımın üçüncü bir kişinin takdirine göre yapılmasını kararlaştırabilir. Söz konusu üçüncü kişi genellikle vasiyeti yerine getirme görevlisidir. Dolayısıyla Alman Hukuku bakımından vasiyeti yerine getirme görevlisi, paylaşmaya dair hazırladığı planı uygulama yetkisine sahiptir. Mirasçılar ancak bu durumun açıkça haksız olduğu iddiasıyla dava açabilirler. Bkz: Künzle, Hans Reiner, “**(Deutsche) Testamentsvollstreckung und (schweizerische) Willensvollstreckung**”, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2010, s. 233 vd.

⁶⁴¹ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 80; **Jost**, s. 22; **Leu**'nun ifadesiyle, vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasın paylaşılması sorununu çözmek için mirasçılara emir verebilecek bir “Makineden Tanrı (Deus ex machina)” değildir. Onun görevi, paylaşma müzakerelerini koordine etmekten ibarettir. Yazarın kullandığı “Deus ex machina” tabiri, antik Yunan döneminde yazılan tiyatro eserlerinde kullanılan bir yöntemdir. Bu eserlerde hikâye içinden çıkılmaz ve karmaşık bir hal aldığı sırada mitolojik tanrılar birden ortaya çıkar ve olaya müdahale ederler. İşte yazar, vasiyeti yerine getirme görevlisinin böyle bir durum içerisinde olamayacağını ifade etmek için bu tabiri kullanmıştır. Bkz: **Leu**, s. 160.

⁶⁴² BGE 102 II 197.

⁶⁴³ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 83; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 616; **Eren**, Paylaşma, s. 515; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 726; **İmre**, Taksim Sözleşmesi, s. 401 vd; **Ozanemre Yayla**, s. 174; **Hauser**, s. 97; **Habicht**, s. 68; **Escher**, Art. 634, N. 9; **Wolf/Genna**, s. 377; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 634, N. 15; **Bürki**, KUKO-ZGB, Art. 634, N. 8;

biri oybirliği ilkesidir. Bu ilke adeta paylaşma sözleşmesinin olmazsa olmaz koşuludur⁶⁴⁴. Gerek mirasın açılmasından önce gerekse de mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmesinde bütün mirasçıların sözleşmeye katılarak paylaşmaya yönelik irade beyanlarını belirtmiş olmaları şarttır. Ancak sözleşmenin kurulması için irade beyanlarının varlığı yeterli değildir. Bunun yanında, bütün mirasçılarının iradelerinin birbiriyle uyuşması (*Konsens aller Erben*) zorunludur⁶⁴⁵.

Mirasçılarının kesin bir biçimde tereke unsurlarının paylaşılması konusunda sözleşme ile bağlanma iradeleri bulunmadığı takdirde paylaşma sözleşmesi kurulmuş olmaz⁶⁴⁶. Söz gelimi, mirasçılarının taslak oluşturmak ya da aralarında yaptıkları müzakereleri not almak için yazmış oldukları metinler paylaşma sözleşmesi olarak kabul edilmez. Bunlar olsa olsa paylaşmaya hazırlık işlemi olarak düşünülebilir⁶⁴⁷. Paylaşmaya hazırlık işlemleri mirasçılar açısından bağlayıcı değildir. Dolayısıyla mirasçılarının paylaşmaya dair irade beyanları, paylaşma sözleşmesini paylaşmaya hazırlık işlemlerinden ayırt etmek bakımından da önem taşımaktadır⁶⁴⁸.

Mirasçılarının paylaşmayı gerçekleştirme ve sözleşme ile bağlı olma konusunda kesin bir iradeye sahip olup olmadıkları hususu sözleşmenin yorumlanmasını gerektirebilir. Bu noktada tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağını belirten TBK m. 19/1 (*OR Art. 18, Abs.1*) hükmü uygulama alanı bulmaktadır⁶⁴⁹. Tereke unsurlarının tamamının tek bir sözleşmeye konu edilmesi durumunda yorum sorunu ile karşılaşılmaz. Ancak kısmi paylaşmanın var olduğu durumlarda, mirasçılarının gerçek iradelerinin paylaşma olup olmadığı noktasında tereddüt meydana gelebilir⁶⁵⁰. İsviçre Federal Mahkemesi, mirasçılarının terekedeki taşınmazların paylaşılmayarak mirasçılar lehine intifa hakkı kurulmasını ve diğer malların nasıl

Vouilloz, François, **Commentaire Romand Code Civil II**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Art. 634, N. 20; **Rouiller**, Art. 634, N. 19; **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 323.

⁶⁴⁴ “*Dava, miras taksim sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti isteğine ilişkindir. Somut olayda; 15.05.1999 tarihli anlaşma ve taksim senedi ile murisler ve’ın terekesi mirasçılar tarafından taksim edilmiştir. Söz konusu senet ..., ..., ..., ... (....), ... ve tarafından imzalanmıştır. Dosya içerisinde mevcut mirasçılık belgelerine göre, murisler ve’ın adı geçen ve taksim senedini imzalayanlar dışında da mirasçıları olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, 15.05.1999 tarihli paylaşım sözleşmesine tüm mirasçılarının katılmadığı, bu bakımdan geçerli ve yöntemine uygun bir biçimde yapılmış bir paylaşım söz edilemeyeceği açıktır. Böyle bir sözleşmenin hukuki sonuç doğurması da olanaksızdır*”. Yarg. 14. HD, T. 27.01.2016, E. 2015/12035, K. 2016/1024. (erişim tarihi: 8.7.2019), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁶⁴⁵ **Tuor/Picenoni**, Art. 634, N. 17; **Wolf/Genna**, s. 377; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 634, N. 15; **Bürgi**, KUKO-ZGB, Art. 634, N. 8; **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 323.

⁶⁴⁶ **Vouilloz**, Art. 634, N. 21; **Rouiller**, Art. 634, N. 19.

⁶⁴⁷ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 87; **İmre**, Taksim Sözleşmesi, s. 405; **Ozanemre Yayla**, s. 174; **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 323;

⁶⁴⁸ **Vouilloz**, Art. 634, N. 20; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 87.

⁶⁴⁹ **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 326; **Vouilloz**, Art. 634, N. 20.

⁶⁵⁰ **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 326; **Vouilloz**, Art. 634, N. 20.

kullanılacağına dair düzenlemelerini içeren yazılı sözleşmeyi paylaşma sözleşmesi olarak kabul etmemiştir⁶⁵¹. Federal Mahkeme, mirasçıların yaptıkları sözleşmede paylaşma iradesinin değil, tam tersine miras ortaklığını devam ettirme iradesinin var olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple intifa hakkının kurulması bakımından adi yazılı sözleşmenin yeterli olmadığına karar vermiştir. Şu halde, mirasçılarının iradelerinin terekenin paylaşılmasına mı yoksa ortaklığın devamına mı yöneldiğinin tespiti önem arz etmektedir.

Miras paylaşma sözleşmesi bir borç sözleşmesi olduğundan, kural olarak tarafların iradelerini öneri ve kabul beyanları ile açıklamaları sonucunda kurulur⁶⁵². Ancak bu durum mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi ve yazılı paylaşma sözleşmesinde geçerlidir. Elden paylaşmada öneri ve kabul dışında sözleşme konusu malın zilyetliğinin devri de sözleşmenin kurulması için zorunludur. Zira elden paylaşmada sözleşmenin kurulması ile ifası bir arada gerçekleşmektedir.

Taraflar, sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanlarını açıklamadan önce genellikle müzakere aşamasından geçerler. Özellikle de terekede fazla miktarda taşınmaz ya da parasal olarak kıymetli mal bulunan hallerde bu müzakere aşaması oldukça uzun sürebilir. Söz konusu müzakereler neticesinde uzlaşmaya varılır ve metne dökülerek bütün mirasçılar tarafından imza edilirse, yazılı paylaşma sözleşmesi kurulmuş olur. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde de benzer bir süreç vardır. Tek fark, burada mirasbırakanın katılmasının ya da izninin aranacak olmasıdır. Mirasçılarının tamamının üzerinde uzlaştıkları metinde, genellikle klasik anlamda öneri ve kabul beyanları görülmez. Diğer bir deyişle, paylaşma sözleşmesinin metninde yer alan irade beyanlarından birini öneri, diğerini kabul şeklinde kategorize etmek pek mümkün değildir. Zira sözleşme metninde yer alan maddeler çoğunlukla müzakere aşamasından geçerek olgunlaşmıştır. Dolayısıyla bu şekilde yapılan paylaşma sözleşmelerinin birlikte muvafakat yoluyla kurulduğu ifade edilebilir⁶⁵³.

Mirasçılarının paylaşma sözleşmesi kurmaya yönelik müzakereleri, birbirleriyle ayrı ayrı görüşmek suretiyle de mümkün olabilir. Başka bir deyişle, sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulması mümkündür⁶⁵⁴. Örneğin üç tane mirasçı varsa, içlerinden yaşça en büyük olanı tabiri caizse “baş müzakereci” rolünü üstlenerek diğer iki mirasçıyla ayrı ayrı görüşmelerde bulunabilir. Söz konusu “baş müzakereci”, sözleşme metnini hazırlayıp mirasçılardan birine sunduğu takdirde bu bir öneri niteliğindedir. Zira sözleşme metni kendisine sunulan mirasçı, imzaladığı takdirde bununla bağlı olacaktır. Ancak sözleşmenin kurulması için

⁶⁵¹ BGE 100 Ib 121.

⁶⁵² Kılıçoğlu, Taksim, s. 83; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 325.

⁶⁵³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 168.

⁶⁵⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 83; Pfäffli, Roland, “Erbrechtliche Auswirkungen auf das Immobiliarsachenrecht”, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, 2009, s. 46.

üçüncü mirasçının da imzalaması gerekmektedir. Bu takdirde, hâlihazırda sözleşmeyi imzalayan mirasçılar, diğer mirasçıya kabul için süre vermişlerse, bu süre sonunda sözleşme imzalanmadığı takdirde öneriyle bağlı kalmaktan kurtulmuş olurlar (TBK m. 3)⁶⁵⁵. Eğer sözleşmeyi imzalayan mirasçılar, diğer mirasçıya kabul için süre vermemişlerse, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar önerileriyle bağlı kalırlar (TBK m. 5/1)⁶⁵⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, mirasçıların iradelerinin aynı belgede yer almasının zorunlu olmadığını ve bu sebeple mirasçıların birbirlerine uygun irade beyanlarını içeren mektuplar göndermek suretiyle yazılı paylaşma sözleşmesi yapabileceklerini ifade etmiştir⁶⁵⁷. Karara konu olan olayda mirasçı olan iki kardeş, babalarından kalan çiftlik evinin içlerinden birine ait olmasını kararlaştıran bir paylaşma sözleşmesi yapmış ve tapuda devir işlemini gerçekleştirmişlerdir. Çiftlik evini alan kardeş, diğer mirasçıya denkleştirme bedeli olarak bir miktar para ödemiştir. Bir süre sonra çiftlik evinin sahibi olan kardeş, bu çiftlik evini diğer kardeşine kiralamıştır. Kiracı kardeş, belirli bir kira süresi sonunda çiftlik evi üzerinde kendi lehine alım hakkı tanınmasını istemektedir. Kardeşler arasında bu alım hakkını konu edinen mektuplaşmalar olmuştur. Federal Mahkeme, mektuplaşma yoluyla miras paylaşma sözleşmesi kurulabileceğini, ancak burada artık miras paylaşımının sona erdiğini ve kardeşlerin birbirlerine gönderdikleri mektupların terekenin paylaşılmasıyla ilgili olmadığını belirtmiştir⁶⁵⁸.

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde ve yazılı paylaşma sözleşmesinde adi yazılı şekil şartı söz konusu olduğundan, örtülü kabul yoluyla sözleşmenin kurulması mümkün değildir⁶⁵⁹. Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay, sözleşmede imzası bulunmayan ancak sonradan sözleşme doğrultusunda paylaşma ile ilgili işlemlere katılan mirasçının bu şekilde sözleşmeye muvafakat ettiğini ve sözleşmenin geçerli hale geldiğini

⁶⁵⁵ **Wolf/Genna**, s. 377; **Hauser**, s. 78.

⁶⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir davada, mirasbırakan geride dokuz çocuğunu mirasçı bırakarak ölmüştür. Mirasbırakanın terekesinde yalnızca bir tane ev bulunmaktadır. Dokuz çocuktan biri miras hakkından vazgeçmiştir. Geri kalan sekiz çocuktan biri evi fiilen kullanmaktadır. Bir süre sonra diğer yedi mirasçı, terekedeki evi bir miktar para karşılığında fiilen kullanan kardeşlerine satmayı kabul ettiklerine dair bir belge imzalamış ve ona göndermişlerdir. Evi tek başına kullanan mirasçı bu belgeyi imzalamaya yanaşmamıştır. Bir süre sonra, diğer mirasçılardan ikisi, ev üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunduğunu ileri sürerek evi fiilen tek başına kullanan mirasçının bundan men edilmesi için dava açmışlardır. Evi fiilen kullanan mirasçı ise bunun üzerine daha önce kardeşlerinin kendisine gönderdikleri belgeyi imzalayarak, ev üzerinde bireysel mülkiyet hakkının tanınmasını istemiştir. Konu Federal Mahkemenin önüne gelmiş ve mahkeme, bu belgenin ancak paylaşma sözleşmesinin yapılmasına dair bir öneri olarak kabul edilebileceğine ve belgeyi imzalayan mirasçıların uzun bir süre (yaklaşık 25 yıl) bununla bağlı kaldıklarının kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz: BGE 86 II 347. **Pfäffli**, s. 46.

⁶⁵⁷ BGE 118 II 395.

⁶⁵⁸ **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 324.

⁶⁵⁹ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 83.

kabul etmektedir⁶⁶⁰. Yargıtay burada, sözleşmeye katılmayan ancak taşınmazın tapuda devri için gereken işlemlere katılan mirasçının sonradan sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir.

Elden paylaşma sözleşmesinde örtülü kabul yoluyla sözleşmenin kurulması her zaman mümkündür. Her ne kadar elden paylaşmada sözleşmenin kurulması ile ifası aynı anda gerçekleşse de, ifadan önce mirasçılar arasında müzakere aşaması söz konusu olabilir. Bu müzakere aşamasına katılmamasına ya da açıkça fikir beyan etmemesine rağmen, kararlaştırılan tereke unsurunu fiilen teslim alan mirasçının örtülü olarak kabul beyanında bulunduğu belirtilebilir⁶⁶¹. Örneğin terekede bulunan para, mirasçılardan biri tarafından diğer mirasçıların banka hesaplarına gönderilmiş ve onlar da bu paraları harcamışlarsa, konusu para olan elden paylaşma sözleşmesi kurulmuş demektir. Ancak belirtmek gerekir ki, bir tereke unsurunun mirasçılardan birinin zilyetliğinde bulunması, tek başına elden paylaşmanın varlığını kanıtlamaz. Zira bu tereke unsurunun mirasbırakanın hayatta olduğu dönemden beri o mirasçının zilyetliğinde bulunması ihtimal dâhilindedir. Bu sebeple, elden paylaşmanın bütün mirasçıların iradeleriyle yapılıp yapılmadığı ya da elden paylaşmaya katılmayan mirasçının sonraki davranışlarıyla bunu örtülü olarak kabul edip etmediği göz önünde tutulmalıdır⁶⁶².

2.1.2.3. Paylaşma Konusu Mal veya Hak

Miras paylaşma sözleşmesinin kurulabilmesi için terekede paylaşmaya konu edilebilecek bir mal veya hakkın mevcut olması gerekmektedir. Miras paylaşma sözleşmesinin temel amacı, tereke unsurlarının mirasçıların bireysel mülkiyetine geçirilerek ortaklığın sona erdirilmesidir. Bu amacın gerçekleşebilmesi için, terekede paylaşma konusu olabilecek aktif bir

⁶⁶⁰ “ Her ne kadar, mirasçılar arasında düzenlenen 30.10.1993 tarihli taksim sözleşmesinde, davacı tarafın imzası bulunmamakta ise de, davacı taraf taksim sözleşmesine istinaden kendisine kalan taşınmazı 16.04.1996 tarihli satış senedi ile davalılardan ...'a sattığına göre, davacının taksim sözleşmesine muvafakat ettiğinin kabulü gerekir. Mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Ne var ki, taksim ve satış sözleşmesine konu olan taşınmazların, davaya konu edilen, 3, 7 ve 169 parsel sayılı taşınmazlar olup olmadığı duraksamaya yer vermeksizin belirlenmemiştir. Başlangıçta davacının katılmadığı taksim sözleşmesi, sonradan davacının onay vermesi ile ya da taksim doğrultusunda işlemlerin yapılması ile geçerli hale geleceğinden ve Mahkemece de değinildiği üzere, hakkın kötüye kullanımı hukukça korunmayacağından, Mahkemece; yerel, teknik ve uzman bilirkişiler aracılığı ile, her bir taşınmaz başında ayrı ayrı keşif yapılarak, taksim ve satış sözleşmelerine konu taşınmazlar ile davaya konu edilen taşınmazların aynı taşınmazlar olup olmadığı tespit edildikten sonra, hangi taşınmazın hangi mirasçıya isabet ettiğinin, davacının kendisine isabet eden taşınmazları satıp satmadığının belirlenmesi...” Yarg. 8. HD, T. 26.04.2018, E. 2015/15464, K. 2018/11690. (erişim tarihi: 16. 08. 2019), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁶⁶¹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 84; Hauser, s. 78; Vouilloz, Art. 634, N. 8.

⁶⁶² “ Tüm mirasçıların katılımıyla gerçekleştirilmiş bir taksim olmamasına rağmen davacı taraf, yokluğunda yapılan bu taksime ses çıkarmamış, tesbitin yapıldığı 2001 tarihine kadar taksimi bozucu hiçbir davranışta bulunmamıştır. Davacının reşit olduğu 1984 tarihinden kadastro tesbit tarihine kadar 17 yılı aşkın süre geçmiştir. Davalılarla aynı yerde ikamet eden ve kendisine ait taşınmazları itiraz etmeden kullanan davacının taksime icazet verdiğini kabul etmek zorunlu bulunmaktadır. Hal böyle olunca; davacının davasının reddine, taşınmazların tesbitte olduğu gibi tesbit malikleri adlarına tesciline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir ”. Yarg. HGK, T. 06.04.2005, E. 2005/215, K. 2005/237. (erişim tarihi: 16. 08. 2019), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

değerin bulunması zorunludur. Tereke yalnızca pasiflerden oluşmaktaysa miras ortaklığı meydana gelmez⁶⁶³. Dolayısıyla miras ortaklığının meydana gelmediği bir durumda, paylaşma sözleşmesinden bahsedilemez.

Mirasçılar, tereke borçlarının paylaşılması konusunda sözleşme yapabilirler. Ancak yalnızca tereke borçlarının paylaşılmasını konu edinen bir sözleşme miras paylaşma sözleşmesi değil, TBK m. 195'te düzenlenen borcun iç üstlenilmesi sözleşmesidir (*Interne Schuldübernahme*)⁶⁶⁴. Zira böyle bir sözleşme, mirasçıların iç ilişkileri bakımından geçerli olup tereke alacaklılarına karşı ileri sürülemez⁶⁶⁵. Diğer bir deyişle, tereke alacaklıları borcun tamamı için mirasçılardan her birine başvurma hakkına sahiptirler. Bu durum, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin mahiyetine uygundur. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, esasen borçtan kurtarma taahhüdüdür. Böyle bir sözleşmenin yapılması, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiyi etkilemez. Borcu üstlenen kişi, yalnızca borçluyu borçtan kurtama yükümlülüğü altına girmektedir⁶⁶⁶. Ancak mirasçılar arasında yapılan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, bazı yönleriyle farklılık arz etmektedir. Öncelikle mirasçılar arasında yapılan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde borçtan kurtarma taahhüdünde bulunan kişi üçüncü bir kişi değil, borçtan müteselsilen sorumlu olan diğer mirasçı veya mirasçılardır⁶⁶⁷. Bu sebeple burada TMK m. 681 hükmü uygulanır. Buna göre, alacaklı borcun mirasçılar arasında bölünmesine açık veya örtülü olarak rıza gösterdiği takdirde müteselsil sorumluluk sona ermiş olur.

Mirasçılar tereke aktiflerinin paylaşılmasıyla birlikte pasiflerin de paylaşılması yönünde bir sözleşme yapmışlarsa, bu durumda pasiflerin paylaşılmasına ilişkin sözleşme, paylaşma sözleşmesinin bir unsuru haline gelir⁶⁶⁸. Bu durum en çok terekede yer alan bir işletmenin mirasçılardan birine devrinde karşımıza çıkar. İşletme kural olarak tüm aktif ve pasifleriyle birlikte devralınacağı için, burada aynı zamanda borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi vardır. Ancak bu noktada, müteselsil sorumluluğun devamına ilişkin TBK m. 202/2'de yer alan iki yıllık süre değil, TMK m. 681/2'de yer alan beş yıllık süre uygulanır. Buna göre, paylaşmanın gerçekleştiği tarihin veya daha sonra yerine getirilecek borçlarda muacceliyet tarihinin üzerinden beş yıl geçmekle mirasçılar arasındaki teselsül sona erer.

⁶⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 679; İmre/Erman, s. 431; Aral, s. 16; Karlı, s. 8.

⁶⁶⁴ Escher, Art. 639, N. 4; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 639, N. 14; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 639, N. 3; Vouilloz, Art. 639, N. 2; Rouiller, Art. 639, N. 19; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 639, N. 4; Bosshardt, Art. 639, N. 4; Göksu, Art. 639, N. 8.

⁶⁶⁵ Kılıçoğlu, Taksim, s. 111; Kocayusufpaşaoğlu, s. 734; İmre/Erman, s. 581; Dural/Öz, s. 457; Ozanemre Yayla, s. 347; Escher, Art. 639, N. 4; Tuor/Picenoni, Art. 639, N. 9; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 639, N. 10; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 639, N. 3; Wolf/Genna, s. 397.

⁶⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1198; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 841; Tschäni, Rudolf/Gaberthüel, Tino, BSK-Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art. 175, N. 1.

⁶⁶⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 112; Kocayusufpaşaoğlu, s. 736; Ozanemre Yayla, s. 348; İmre/Erman, s. 581.

⁶⁶⁸ İmre/Erman, s. 580.

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde, ortada henüz tereke bulunmamaktadır. Dolayısıyla terekenin aktifinden ya da pasifinden bahsedilemez. Ancak bu sözleşme bakımından da, gelecekte terekede bulunması muhtemel olan mal veya hakların sözleşmeye konu edilmesi gerekmektedir. Muhtemel mirasçılar, mirasbırakanın vefatından sonra var olacak borçlarını paylaşmaları, ancak oransal bir paylaşmanın varlığı halinde mümkün olabilir. Söz gelimi mirasçılar, terekede bulunması muhtemel olan mal veya haklara dair anlaşmanın yanısıra, ileride var olacak tereke borçlarından eşit oranda sorumlu olmayı kararlaştırabilirler. Muhtemel mirasçılar bu yöndeki anlaşması, yine de tereke alacaklılarına karşı bir anlam ifade etmez. Meğerki alacaklılar bu anlaşmaya rıza göstermiş olsun.

2.1.3. Kurucu Unsurların Eksikliği

Kurucu unsurları eksik olan sözleşme yok hükmündedir⁶⁶⁹. Yokluk, özellikle oybirliği ilkesi bakımından önem taşımaktadır. Oybirliği ilkesi çerçevesinde, miras paylaşma sözleşmesinin bütün mirasçılar katılımlarıyla yapılması zorunludur. Eğer mirasçılardan biri dahi bu sözleşmeye katılmamışsa, oybirliği ilkesinin kurucu unsur olmasından dolayı paylaşma sözleşmesi yok hükmündedir⁶⁷⁰. Öğretide aynı durumun, daha önce varlığı bilinmeyen bir mirasçının sonradan ortaya çıkması halinde de söz konusu olacağı belirtilmektedir⁶⁷¹. Örneğin mirasbırakanın atanmış mirasçısının var olduğunun sonradan anlaşılması durumunda paylaşma sözleşmesi yok hükmünde sayılmalıdır⁶⁷². Ancak sözleşmenin kurulduğu sırada mirasbırakanla soybağı ilişkisi bulunmayan kişinin sonradan onunla soybağı ilişkisi kurması ihtimalinde farklı sonuca ulaşmak gerekmektedir. Örneğin mirasbırakanın evlilik dışı bir çocuğunun var olduğu ortaya çıkar ve bu çocukla mirasbırakan arasında mahkeme kararıyla soybağı ilişkisi kurulursa, daha önce yapılmış olan miras paylaşma sözleşmesinin yok hükmünde değil, kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir⁶⁷³. Zira sözleşmenin kurulduğu sırada evlilik dışı çocuğun mirasçılık sıfatı bulunmamaktadır.

Yargıtay muhtelif kararlarında, mirasçılardan birinin ya da bir kısmının katılımı

⁶⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 578; Eren, Genel Hükümler, s. 374; Oğuzman/Öz, C. I, s. 175; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 183; Kırkbeşoğlu, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 27; Akbulut, Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 30.

⁶⁷⁰ Kılıçoğlu, Taksim, s. 127. Ünlütepe, s. 1231. Hauser'e göre, miras ortaklığının temel ilkelerinden olan elbirliği ilkesi sebebiyle, mirasçılardan biri katılmaksızın sözleşme yapılması durumunda paylaşma sözleşmesi meydana gelmiş sayılamaz. Buna rağmen paylaşma gerçekleştiği takdirde, sözleşmeye katılmayan her mirasçı, miras sebebiyle istihkak davası (Erbschaftsklage) açabilir. Hauser, s. 145.

⁶⁷¹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 127.

⁶⁷² Kılıçoğlu, Taksim, s. 127.

⁶⁷³ Bu konuda bkz: 2.2.2.7.6.

olmaksızın yapılan miras paylaşma sözleşmelerinin geçersiz olduğuna karar vermiştir⁶⁷⁴. Ancak Yargıtay'ın geçersizlik kavramını hangi anlamda kullandığı belirli değildir⁶⁷⁵. Daha önce değinilen bir kararda⁶⁷⁶, paylaşma sözleşmesine katılmayan ancak taşınmazın tapuda devri işlemlerine katılan mirasçının sonradan geçersizliği ileri sürmesini hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir. Bu durumda Yargıtay'ın geçersizlikten kastının kesin hükümsüzlük olduğu sonucuna varılabilir. Zira hakkın kötüye kullanılması yasağı, kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesini engeller. Başka bir deyişle, kesin hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edildiği hallerde, kesin hükümsüzlüğe dayanan tarafın bu talebi kabul görmez. Hâlbuki yokluk durumunda, sözleşmenin yok hükmünde olduğunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı ile engellenemez.

İsviçre öğretisinde ve Federal Mahkeme kararlarında, paylaşma sözleşmesine bir veya birkaç mirasçının katılmaması durumunda sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı genel olarak kabul edilmektedir⁶⁷⁷. Ancak sözleşmeye mirasçılar dışında mirasçı sıfatına sahip olmayan bir kişinin de katılmış olmasının sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceği belirtilmektedir⁶⁷⁸. Bu durumda, gerçekte mirasçı olmayan kişi tarafından alınan tereke unsurları üzerinde mirasçıların elbirliğiyle hak sahipliği devam eder. Mirasçılar bu mal veya hakların iadesi için miras sebebiyle istihkak davası açabilirler⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ “ Tapuda muris adına kayıtlı olan dava konusu 20 parsel sayılı taşınmazın mirasçılar arasında düzenlenen taksim sözleşmesi ile paylaşıldığı belirtilmiş ise de murise ait veraset ilamında adı geçen tüm mirasçıların imzasının bulunmaması sebebiyle yasal şartları taşımayan taksim sözleşmesinin geçerliliğinden söz etmek mümkün değildir ”. Yarg. 14. HD, T. 28.02.2002, E. 2002/19, K. 2002/1353. (erişim tarihi: 20.02.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

“...mirasçılardan erkek çocuklar arasında yapılan taksime göre dava konusu taşınmazların'a düştüğünü ve tarafından kullanıldığını, buna karşılık İncesu Köyü'nde bulunan taşınmazların ise.....'e bırakıldığını bildirmişlerdir. TMK'nın 676. maddesine göre bütün mirasçıların katılımı ile mirasçılar arasında yapılacak taksim sözleşmeleri geçerlidir. Somut olayda mirasçılardan ve Fatma'nın davacılar yakın murisi ile davalılar yakın murisi arasındaki paylaşma katılımı bulunmadığından mahkemenin de kabulünde olduğu üzere usulüne uygun bir taksimden söz edilemez ”. Yarg. HGK, T. 23.10.2018, E. 2017/2143, K. 2018/1551. (erişim tarihi: 20.02.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

“ Somut olayda, yukarıda bahsedildiği üzere, 595 ve 592 parsel sayılı taşınmazlar miras taksim sözleşmesinin yapıldığı tarihte elbirliği mülkiyet hükümlerine göre ortak muris ... adına kayıtlı olup, ... miras taksim sözleşmesini imzalayan taraflar dışında da mirasçıları olduğundan ve dava dışı diğer mirasçıları miras taksim sözleşmesine katılmadığından, sözleşmenin geçerli olduğunun kabulü mümkün değildir ”. Yarg. 8. HD, T. 26.06.2018, E. 2018/10954, K. 2018/14433. (erişim tarihi: 20.02.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁶⁷⁵ Öğretide de geçersizlik kavramı bakımından bir terim birliği mevcut değildir. Zira geçersizlik ya da hükümsüzlük kavramları ve bunların içeriği tartışmalıdır. Bazı yazarlar geçersizlik kavramını yokluğu da içerecek şekilde geniş anlamda kullanmaktadırlar. Başka bir deyişle geniş anlamda geçersizlik denilince, yokluk, kesin hükümsüzlük, eksiklik, iptal edilebilirlik gibi yaptırımların tamamı anlaşılmaktadır. Buna karşılık dar anlamda geçersizlik, hukuki işlemin kurulduğu fakat istenilen hüküm ve sonucu meydana getirmediği bütün halleri kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Kırkbeşoğlu**, s. 16 vd; **Akbulut**, s. 52 vd.

⁶⁷⁶ Yarg. 8. HD, T. 26.04.2018, E. 2015/15464, K. 2018/11690. (erişim tarihi: 23.02.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁶⁷⁷ **Escher**, Art. 638, N. 3; **Tuor/Picenoni**, Art. 638, N. 9; **Göksu**, Art. 638, N. 3; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 638, N. 2; **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 330. Örnek bir karar için bkz: BGE 69 II 357.

⁶⁷⁸ **Escher**, Art. 638, N. 3; **Tuor/Picenoni**, Art. 638, N. 10; **Hauser**, s. 146; **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 330.

⁶⁷⁹ **Hauser**, s. 146; **Escher**, Art. 638, N. 4; **Tuor/Picenoni**, Art. 638, N. 10; **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 330; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 127; **Ozanemre Yayla**, s. 220.

Miras paylaşma sözleşmesinde mirasçıların paylaşmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması da sözleşmenin yok hükmünde olması sonucunu doğurur. Zira tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, sözleşmenin kurucu unsurlarındandır⁶⁸⁰. Örneğin mirasçılar yalnızca paylaşma hakkında konuşmak için bir araya gelmiş ve sözleşmeye hazırlık amacıyla konuşmalarını tutanağa geçirmişlerse, paylaşma sözleşmesi kurulmamıştır. Böyle bir ihtimalde, henüz mirasçıların sözleşme kurmaya yönelik kesin ve birbirine uygun irade beyanlarının var olduğu söylenemez. Yargıtay kararına konu olan bir davada, mirasçılar terekede bulunan taşınmazın gelirinin aralarında nasıl paylaşılacağına dair yazılı sözleşme yapmışlardır. Taşınmaz tapu kütüğünde arsa olarak gözükmekte ancak fiilen üzerinde bina yapılmış ve bağımsız bölümlere ayrılmış bulunmaktadır. Mirasçılar, söz konusu bağımsız bölümlerden hangilerinin kime ait olacağına ilişkin kura çekmişler, ancak mirasçılardan biri bu kuradan memnun kalmamış ve kendisine isabet eden bağımsız bölümü hiç kullanmamıştır. Aynı mirasçı, daha sonra diğer mirasçılar aleyhine ecrimisil talebiyle dava açmıştır. Davalı mirasçılar ise aralarında paylaşma sözleşmesi yaptıklarını ileri sürmüşlerdir. Yargıtay bu olayda, mirasçılar arasında yapılan sözleşmenin yalnızca taşınmazların gelirinin paylaşımına ilişkin olduğunu, mirasçıların bağımsız bölümlerin paylaşılması konusunda anlaşamadıklarını ve bu sebeple paylaşma sözleşmesinin “baştan itibaren kurulamadığını” belirtmiştir⁶⁸¹. Dolayısıyla Yargıtay’ın, mirasçıların paylaşmaya dair kesin ve birbirine uygun iradelerinin bulunmadığı durumlarda sözleşmenin yok hükmünde olduğu sonucuna vardığı düşünülebilir. Yargıtay kararında konu olan başka bir olayda, paylaşma sözleşmesinin tarafı olan mirasçılardan biri, sözleşmeyi imzaladığı sırada dişlerini çekirmek için almış olduğu morfinin etkisinde olduğunu ileri sürerek tapu iptal ve tescil davası açmıştır⁶⁸². Ancak iddiasını ispatlayamadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Öte yandan İsviçre öğretisinde, mirasçıların irade beyanlarının birbirine uygun olmaması (*Dissens*) halinde

⁶⁸⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 374; Oğuzman/Öz, C. I, s. 175; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 579.

⁶⁸¹ “Mahkeme gerekçesine esas alınan 15.10.1992 tarihli davacı ve davalı tarafların imzaladıkları ‘Sözleşme’ başlıklı tutanak içeriğinden davaya konu taşınmazın 15/1 numaralı dairesinden elde edilecek gelirin mirasçılar arasında paylaşılacağına kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu sözleşmenin taraflar arasında taksim sözleşmesi yapıldığını kanıtlar nitelikte olmayıp kira gelirinin mirasçılar arasında paylaşımına ilişkin olduğu görülmektedir. Bunun yanında birbiriyle çelişmeyen tanık beyanlarına göre; yapıldığı iddia edilen kura çekme işlemi sonucu davacının kendisine düşen daireyi beğenmediği, hiç kullanmadığı, tarafların bu konuda uzlaşmadıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda taraflar arasında rızai taksim sözleşmesinin baştan itibaren kurulamadığı sabit olmasına rağmen mahkemece yukarıdaki gerekçeyle taraflar arasında taksim yapılmış gibi hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yarg. 3. HD, T. 07.11.2012, E. 2012/15809, K. 2012/22895. (erişim tarihi: 09.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁶⁸² Yarg. 1. HD, T. 21.10.2019, E. 2016/12925, K. 2019/5357. (erişim tarihi: 09.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı belirtilmektedir⁶⁸³.

Elden paylaşma sözleşmesi bakımından, mirasçıların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sözleşmenin kurulması için yeterli olmaz. Bunun yanında, sözleşme konusu tereke unsurunun teslim edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla mirasçılar bir tereke unsurunun elden paylaşılmasına dair anlaşmış olsalar bile, söz konusu mal teslim edilmedikçe sözleşme kurulmuş sayılamaz.

Mirasçıların paylaşma sözleşmesini yaparken bazı tereke mallarını unutmaları ya da sonradan terekede başka mal veya hakların da bulunduğu ortaya çıkması, sözleşmenin kurulmasını engellemez⁶⁸⁴. Bu durumda, unutulmuş ya da varlığı sonradan öğrenilen tereke unsurları üzerinde mirasçıların elbirliğiyle hak sahiplikleri devam eder. Ancak bu durum, sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilir. Aynı şekilde, miras paylaşma sözleşmesine konu edilen ve mirasçılardan birine ait olacağı kararlaştırılan bir mal veya hakkın gerçekte terekeye dâhil olmaması halinde de sözleşmenin geçersizliği gündeme gelebilir.

2.2. Miras Paylaşma Sözleşmesinin Geçerliliği

2.2.1. Genel Olarak

Miras paylaşma sözleşmesinin tarafların arzuladıkları hüküm ve sonuçları meydana getirebilmesi için kurulmuş olması yeterli değildir. Bunun yanında sözleşmenin geçerlilik koşullarını da taşıması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu, paylaşma sözleşmesinin geçerliliği hakkında Borçlar Kanunu'nun geçersizliğe ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir (TMK m. 680). Mehaz İsviçre Medeni Kanununda da paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin olarak, sözleşmelerin geçersizliği hakkındaki genel hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir (ZGB Art. 638)⁶⁸⁵. Şu halde genel olarak sözleşmelerin geçerliliği için aranan şartlar miras paylaşma sözleşmesi bakımından da aranmalıdır. Ancak öğretide, geçersizliğe ilişkin genel hükümler uygulanırken paylaşma sözleşmesinin özelliğinin dikkate alınması ve sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasında amaca uygun sınırlama

⁶⁸³ Wolf/Genna, s. 395; Göksu, Art. 638, N. 3; Bosshardt, Art. 638, N. 2; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 638, N.2; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 638, N. 2; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 638, N. 1; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 330.

⁶⁸⁴ Escher, Art. 638, N. 4; Tuor/Picenoni, Art. 638, N. 11; Hauser, s. 146; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 330.

⁶⁸⁵ ZGB Art. 638 hükmünde esasen iptal edilebilirlik anlamına gelen “Anfechtung” terimi kullanılmakla birlikte, İsviçre öğretisinde bunun geniş anlamda hükümsüzlük sonucunu doğuran her türlü iddiayı içerdiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla yalnızca irade sakatlıkları değil, ehliyetsizlik, şekle aykırılık, aşırı yararlanma, muvazaa, hukuka ve ahlaka aykırılık, imkânsızlık gibi hallerin tamamı buraya dâhil olmaktadır. Bkz. Tuor/Picenoni, Art. 638, N. 2; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 638, N. 2; Wolf/Genna, s. 395; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 330; Göksu, Art. 638, N. 3.

(teleolojik redüksiyon) yöntemine başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁸⁶.

2.2.2. Sözleşmenin Geçerlilik Koşulları

2.2.2.1. Ehliyet

Miras paylaşma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, sözleşmeye katılan bütün mirasçılarının hukuki işlem ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Mirasçılardan biri tam ehliyetsiz olduğu halde sözleşmeye katılmışsa, paylaşma sözleşmesi kesin hükümsüz olur⁶⁸⁷. Zira tam ehliyetsizlerin hukuki işlem ehliyeti yoktur⁶⁸⁸. Tam ehliyetsiz olan mirasçının yasal temsilcisi sonradan paylaşma sözleşmesine icazet vermiş olsa bile, bu durum sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Aynı şekilde, tam ehliyetsiz olan mirasçının sonradan hukuki işlem ehliyetini kazanarak sözleşmeye icazet vermesi ve bu şekilde sözleşmeyi geçerli kılması da mümkün değildir⁶⁸⁹. Söz konusu hallerde, sözleşmenin yeniden yapılması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, tam ehliyetsiz mirasçının yasal temsilcisinin ya da sonradan ehil hale gelen mirasçının kendisinin veya iradi temsilcisinin sözleşmeye katılması zorunludur⁶⁹⁰.

Tam ehliyetsiz mirasçının taraf olduğu paylaşma sözleşmesi bakımından, dürüstlük kuralının uygulanması gündeme gelebilir. Bu bakımdan dürüstlük kuralı çift yönlü bir etki göstermektedir⁶⁹¹. Tam ehliyetsiz mirasçı ile paylaşma sözleşmesi yapan tarafın sonradan bu sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı ise, paylaşma sözleşmesinin geçerli bir hukuki işlem gibi hüküm ve sonuç doğurması mümkündür. Bu ihtimalde dürüstlük kuralı tam ehliyetsizi koruyucu bir etki gösterir. Diğer taraftan, tam ehliyetsiz mirasçının taraf olduğu paylaşma sözleşmesi, ayırt etme gücüne sahip bir kişinin

⁶⁸⁶ Serozan/Engin, s. 612.

⁶⁸⁷ “Miras mukavelesi ve rıza’i taksim sözleşmesinin yapıldığı sırada sözleşmenin taraflarından A.D. ve A.’nın ayırtım gücüne sahip olmadıkları dosya münderecatı ve doktor raporları ile belirlenmiştir. Mahkemenin de kabulü gibi kural olarak bu sözleşme hukuken hüküm ifade etmeyecektir”. Yarg. 2. HD, T. 15.05.2001, E. 2001/4081, T. 2001/7632. (erişim tarihi: 12.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁶⁸⁸ Ayırt etme gücüne sahip olmayanların taraf oldukları hukuki işlemlere uygulanacak yaptırım konusunda hâkim görüş, söz konusu hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olacakları yönündedir. Ancak öğretilde bazı yazarlar, ayırt etme gücüne sahip olmayanların yaptıkları hukuki işlemlerin tamamını kesin hükümsüz saymanın doğru olmadığını ileri sürmektedirler. Bu görüş taraftarlarına göre, somut olayın özelliğine bakılarak kesin hükümsüzlük yerine iptal edilebilirlik yaptırımı da uygulanabilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan, Vehbi Umut/Yücer, İpek, “**Ayırt Etme Gücü**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 3, 2011, s. 500 vd.

⁶⁸⁹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 128.

⁶⁹⁰ “Davacının miras taksim sözleşmesi yapıldığı tarihte hukuki işlem ehliyetine haiz olmadığı iddia edildiğinden öncelikle davacının kısıtlanma talebine ilişkin mahkeme dava dosyası getirtildikten sonra davacının sağlık durumu ile ilgili toplanan bilgi ve belgeler ile birlikte bu hususta gösterilecek tüm deliller toplanarak, davacının sözleşme tarihinde miras taksim sözleşmesinin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek düzeyde hukuki işlem yapma ehliyetine haiz olup olmadığının tespiti ile hukuki işlem ehliyetine sahip olmadığının anlaşılması halinde davacının kısıtlanması için ilgili mahkemeye ihbarda bulunarak davacıya vasi tayin ettirilerek vasinin göstereceği tüm deliller toplanmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırmayla hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir”. Yarg. 14. HD, T. 13.03.2018, E. 2017/4660, K. 2018/1888. (erişim tarihi: 12.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁶⁹¹ Erkan/Yücer, s. 503.

yaptığı sözleşmelerden farklı değilse, bu durumda da sözleşmenin geçerli bir hukuki işlem olarak kabul edilmesi söz konusu olabilir. Nitekim Yargıtay muhtelif kararlarında, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olsa idi aynı şekilde hareket edeceğinin anlaşıldığı durumlarda, ayırt etme gücünün bulunmadığını ileri sürememesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁹².

Mirasçılar arasında ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının bulunması halinde, paylaşma sözleşmesinin geçerli olması için sözleşmenin yasal temsilci tarafından yapılması gerekmektedir⁶⁹³. Ancak yasal temsilci, sözleşmenin yapılması için küçük veya kısıtlıya izin verdiği takdirde bu mirasçılar sözleşmeye taraf olabilir⁶⁹⁴. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler (TMK m. 16/1). Ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir (TMK m. 16/2). Şu halde kural olarak ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, miras paylaşma sözleşmesini kendi başlarına yapamazlar. Ancak paylaşma sözleşmesinde ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, herhangi bir borç altına girmemiş olabilir. Söz gelimi ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlının taraf olduğu paylaşma sözleşmesinde, diğer mirasçı veya mirasçılar terekeden hiçbir şey almamayı kabul ettikleri takdirde, bu sözleşme kısıtlı mirasçı bakımından karşılıksız kazanma olarak kabul edilebilir. Bu durumda, yasal temsilcinin rızası aranmaksızın sözleşmenin geçerli kabul edilmesi mümkündür.

Sınırlı ehliyetliler kural olarak tam ehliyetliler gibi miras paylaşma sözleşmesini bizzat yapma yetkisine sahiptirler. Ancak mirasçılardan birinin kendisine yönetim danışmanı atanmış bir kimse olması durumunda farklı sonuca varılabilir. TMK m. 429/2 hükmüne göre, bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak

⁶⁹² Bkz: **Erkan/Yücer**, s. 504. Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay, paylaşma sözleşmesi hakkında vermiş olduğu bir kararda, sözleşmenin taraflarından ikisinin sözleşmenin yapıldığı sırada ayırt etme gücünün bulunmaması sebebiyle sözleşmenin iptaline karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kararda yer alan muhalefet şerhinde ise aynen şu ifadeler yer almaktadır: “ *Sezgin (mümeyyiz) olmayan tarafından hukuki işlemin hükümsüzlüğü iddiası nesnel (objektif) iyi niyet kurallarına aykırı ise dinlenmez (Tevhidi İçtihadı Kararı 9.3.1955 gün 22/2 sayılı karar). Sezgin olmayan Ali mirasın paylaşılmasında mağdur edildiğini iddia etmemiştir. Sezgin olmayan kişinin hukuki işlemlerinin hiçbir şekilde hüküm ifade etmeyeceği kesin bir kural değildir. Yasada belirtilen belirli ayrıcalıklar saklıdır. Sezgin olmayan kimse, sezgin olsaydı aynı şekilde işlem yapacak idi ise; yani yaptığı işlem normal zekalı bir kişinin yaptığı işlem gibi olması halinde temyiz gücünden yoksunluk nedeniyle işlem hükümsüz sayılamaz. Davacıların davranış biçimleri iyi niyet (doğruluk) kurallarına aykırıdır. Medeni Kanununun 2/2 maddesi gereği kötü niyet yasal korumanın kapsamı dışındadır. Kaldı ki miras paylaşım sözleşmesine taraflarca uyulmuş, sözleşme gereği davacılara verilen taşınmazlar davacılar adına kütüklenecek sözleşme gereği karşı taraf yükümlülüklerini de yerine getirmiştir. Bu ve kararda belirtilen gerekçe ile hükmün onanması gerekir. Aksine oluşan sayın çoğunluğun görüşlerine katılmıyorum ”. Yarg. 2. HD, T. 05.05.2001, E. 2001/4081, K. 2001/7632. (erişim tarihi: 22.08.2019), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.*

⁶⁹³ Ancak yasal temsilciyle küçük veya kısıtlının menfaatlerinin çatıştığı durumlarda küçüğe veya kısıtlıya kayyım atanması, ayrıca sözleşmenin hâkim ya da ilgili vesayet organı tarafından onaylanması gerekmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. 2.1.2.1.2.

⁶⁹⁴ **İmre**, Taksim Sözleşmesi, s. 402.

üzere kaldırılabilir. Kendisine yönetim danışmanı atanan kişi, malvarlığının geliri üzerinde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahip olmakla birlikte, malvarlığının sermaye kısmı üzerinde tek başına hareket edememektedir⁶⁹⁵. Dolayısıyla, malvarlığının sermaye kısmıyla ilgili hukuki işlemlerin yönetim danışmanı tarafından yapılması ya da onun işleme rıza göstermesi gerekmektedir⁶⁹⁶. Öğretide, vesayet ve denetim makamından izin alınması gereken işlemlerin (TMK m. 462, 463) yönetim danışmanı bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Miras paylaşma sözleşmesinin yapılması, doğrudan mirasçının malvarlığının sermaye kısmını etkileyecek bir durumdur. Bu bakımdan, TMK m. 462 hükmünde miras paylaşma sözleşmesinin yapılması vesayet makamının iznine tabi kılındığı için, yönetim danışmanının vesayet makamından izin alması ve sonrasında paylaşma sözleşmesine mirasçı adına katılması gerekmektedir. Yönetim danışmanı ile mirasçı arasında menfaat çatışmasının var olması halinde ise, mirasçıya kayyım atanması ve paylaşma sözleşmesinin yapılması bakımından hem vesayet makamından hem de denetim makamından izin alınması zorunludur.

2.2.2.2. Şekil

2.2.2.2.1. Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Paylaşma Sözleşmesinde

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeleri düzenleyen TMK m. 678 (*ZGB Art. 636*) hükmü, bu sözleşmelerin şekline dair herhangi bir düzenleme içermemektedir⁶⁹⁷. Bu sebeple borçlar hukukunda var olan şekil serbestisi ilkesinin burada da geçerli olduğu düşünülebilir. Hal böyle olmakla birlikte, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin şekle tabi olmadığını kabul etmek, bazı sorunları beraberinde getirir. Her şeyden evvel, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler hem mirasçı sıfatının kazanılması hem de sözleşmeye konu edilen mal veya hakların terekede bulunmaları bakımından rizikolu sözleşmelerdir. Diğer bir deyişle, sözleşmeye taraf olan mirasçıların tamamının mirasçılık sıfatını kazanıp kazanamayacakları meçhuldür. Aynı şekilde, sözleşmede paylaşılması kararlaştırılan mal veya hakların ileride terekede bulunup bulunmayacakları da belirsizdir. Şu halde, sözleşmeler bakımından öngörülen şekil kurallarının temel işlevlerinden olan tarafları düşünmeye sevk etme işlevine, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler bakımından fazlasıyla ihtiyaç olduğu açıktır⁶⁹⁸.

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde sözleşmenin kurulma anı ile hüküm ve sonuçlarını doğurma anı birbirinden farklıdır. Sözleşme, bütün muhtemel

⁶⁹⁵ Tat, Orkun, **Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Danışmanlık**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 68 vd.

⁶⁹⁶ Öğretide bu bakımdan yönetim danışmanlığının vasilîğe yaklaştığı belirtilmektedir.

⁶⁹⁷ **Özakman**, s. 123; **Yıldırım**, 1995, s. 136; **Zorlu**, s. 115; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 480; **İmre/Erman**, s. 556; **Dural/Öz**, s. 379; **Serozan/Engin**, s. 577; **Antalya/Sağlam**, s. 504; **Özdemir**, Şerh, s. 232.

⁶⁹⁸ **Özakman**, s. 124.

mirasçılarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Ancak sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması, muhtemel mirasçılarının tamamının mirasçılık sıfatını kazandıkları anda gerçekleşir. Sözleşme bu ana kadar askıdadır⁶⁹⁹. Dolayısıyla, sözleşme bakımından askı döneminin bulunması beraberinde ispat sorunlarını getirmektedir. Tüm bu sebeplerle, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler bakımından, TMK m. 676/3 ve m. 677/1 hükümlerine kıyasen adi yazılı şeklin kabul edilmesi gerektiği görüşü öğretide hâkim olmuştur⁷⁰⁰. Mirasın açılmasından önce miras payının devrine ilişkin olarak belirtilen, sözleşmenin muhtemel mirasçı ile üçüncü kişi arasında yapılması durumunda noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiği görüşü, paylaşma sözleşmesi bakımından geçerli değildir. Zira paylaşma sözleşmesi her halükarda muhtemel mirasçılar arasında yapılmak zorundadır.

Yargıtay eski tarihli bir kararında mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin şekliyle ilgili kanunda düzenleme olmaması sebebiyle şekle tabi olmadığına karar vermiştir⁷⁰¹. Ancak Yargıtay daha sonraki kararlarında, bu sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁰². İsviçre Federal Mahkemesi de, sözleşmenin geçerliliği için adi yazılı şeklin yeterli olduğunu kabul etmektedir⁷⁰³.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde en önemli hususlardan biri, mirasbırakanın sözleşmeye katılması veya izni meselesidir. Zira TMK m. 678 hükmünde, bu sözleşmelerin mirasbırakanın katılması veya izni bulunmadığı takdirde geçersiz olacağı açıkça belirtilmiştir. Şu halde kanun koyucunun mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler bakımından mirasbırakanın katılması veya iznine özel önem verdiği söylenebilir. Mirasbırakanın katılması veya izninin, böyle bir sözleşmeyi ahlaka aykırı olmaktan kurtaracağı düşüncesi bu konuda etkili olmuştur. Hal böyle olmakla birlikte, mirasbırakanın sözleşmeye katılması veya izninden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmanın temeli, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelere mirasbırakanın “iştirak ve muvafakatinin” olması gerektiği şeklindeki düzenlemeydi. Öğretide

⁶⁹⁹ Özdemir, Şerh, s. 237.

⁷⁰⁰ Özakman, s. 125; Yıldırım, 1995, s. 138; Zorlu, s. 116; Eren/Yücer Aktürk, s. 480; İmre/Erman, s. 556; Dural/Öz, s. 379; Serozan/Engin, s. 577; Antalya/Sağlam, s. 504; Özdemir, Şerh, s. 234; Escher, Art. 636, N. 10; Tuor/Piceni, Art. 636, N. 14; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636, N. 5; Göksu, Art. 636, N. 6; Bosshardt, Art. 636, N. 3; Jolles/Vlcek, Art. 636, N. 3; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 636, N. 4; Wolf/Genna, s. 387.

⁷⁰¹ “Madeni Kanunun 613. maddesinde bu tür sözleşmeler bakımından özel bir şekil öngörülmediği gibi Madeni Kanunun başka bir bölümünde de şekle ait bir atıf yoktur. 1512 sayılı Noterlik Kanununun 89. maddesi ise sadece miras taksim sözleşmesinin geçerliliğini resmi şekle bağlı tutmuştur. Buna rağmen temyiz incelemesi sırasında anılan yön gözden kaçmış, karar düzeltme isteği yerinde görülmüş olmakla bozma kararının kaldırılması ve hükmün onanması uygun görülmüştür.” Yarg. HGK, T. 24.03.1978, E. 1978/7150, K. 1978/7486. (Yıldırım, 1995, s. 137’den naklen).

⁷⁰² Yarg. HGK, T. 08.06.2011, E. 2011/14-408, K. 2011/402. (erişim tarihi: 21.11.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁷⁰³ BGE 98 II 281; BGE 57 II 21.

bazı yazarlar buradaki “ve” bağlacının “veya” olarak anlaşılması gerektiği ifade etmişlerdir⁷⁰⁴. Söz konusu görüşe göre, mirasbırakan bu sözleşmeye ya kendisi de katılır ya da sadece önceden izin verir. Mirasbırakanın sözleşmeye katılması halinde miras sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanacağı ve mirasbırakanın da bununla bağlı olacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, sözleşmeye izin verilmesi durumunda mirasbırakan sözleşmeyle bağlı olmayacak, yalnızca sözleşmenin geçerliliği için gereken şart yerine getirilmiş olacaktır. Öğretideki diğer bazı yazarlar ise, “iştirak ve muvafakat” ibaresinin tek bir kavramı ifade ettiğini, buradan yola çıkarak miras sözleşmesine gitmenin hükmün amacını aşacağını belirtmiştir⁷⁰⁵. Bu görüşe göre “iştirak ve muvafakat” ibaresinin tek bir anlamı vardır, o da mirasbırakanın sözleşmenin yapılması sırasında hazır bulunması ve muvafakatını beyan etmesidir.

Günümüzde gelinen noktada, TMK m. 678 hükmü, mirasbırakanın katılması veya izninin var olması gerektiğini belirtmiştir. Diğer bir deyişle, eski Medeni Kanun döneminde var olan görüşlerden birini teşkil eden “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacının kullanılması görüşü, kanun koyucu tarafından benimsenmiştir⁷⁰⁶. Öğretide de buna uygun olarak, mirasbırakanın sözleşmeye katılması durumunda sözleşmenin miras sözleşmesi niteliği taşıyacağı ve hem mirastan feragat hem de olumlu miras sözleşmesinin var olacağı genel olarak kabul edilmektedir⁷⁰⁷. Ancak belirtmek gerekir ki bu durum, miras payının üçüncü kişiye devrini içeren miras payının devri sözleşmesi bakımından geçerlidir. Miras payının üçüncü kişiye devri durumunda bu sözleşme noterde düzenlenmelidir (TMK m. 677/2)⁷⁰⁸. İşte bu sözleşmeye mirasbırakanın da katılması durumunda, payını devreden mirasçı bakımından feragat sözleşmesi, payı devralan üçüncü kişi bakımından ise mirasçı atama tasarrufu (olumlu miras sözleşmesi) meydana gelmektedir⁷⁰⁹. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde ise böyle bir durumla karşılaşılmaz. Zira paylaşma sözleşmesi mutlaka muhtemel mirasçıların tamamı tarafından yapılmak zorundadır.

Kanaatimizce, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi bakımından mirasbırakanın katılması veya izninin anlamı, mirasbırakanın bu sözleşmenin yapılmasına “izin” vermiş olmasıdır. Mirasbırakan bu izni, doğrudan sözleşmenin yapılması sırasında hazır bulunarak ve sözleşmeyi imzalayarak beyan edebileceği gibi, önceden veya sonradan açıkça

⁷⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 543; İmre, s. 887; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 7-8.

⁷⁰⁵ Özakman, s. 131; Yıldırım, 1995, s. 132.

⁷⁰⁶ Yıldırım bu durumu, hukuken yerleşmemiş bir görüşe “dokunulmazlık zırhı” giydirildiğini belirterek eleştirmiştir. Bkz. Yıldırım, 2004, s. 122.

⁷⁰⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 480; İmre/Erman, s. 557; Dural/Öz, s. 380; Serozan/Engin, s. 577.

⁷⁰⁸ İsviçre Hukukunda ise, ZGB Art. 635, Abs.2 hükmünde açıkça belirtilmediği için bu durumda da adi yazılı şeklin yeterli olduğu kabul edilmektedir. Escher, Art. 635, N. 29; Tuor/Picenoni, Art. 635, N. 21; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 635, N. 9; Göksu, Art. 635, N. 4; Bosshardt, Art. 635, N. 4; Jolles/Vlcek, Art. 635, N. 4; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 635, N. 4; Wolf/Genna, s. 382.

⁷⁰⁹ Eren/ Yücer Aktürk, s. 480; İmre/Erman, s. 558; Dural/ Öz, s. 380; Serozan/Engin, s. 577.

belirtmek suretiyle de beyan edebilir. Mirasbırakanın sözleşmeyi imzalaması, sözleşmenin tarafı olduğu anlamına gelmez. Buradaki imza, yalnızca onun sözleşmeye izin verdiğini ortaya çıkarmak içindir. Zira “katılma” kavramı zaten “izin” kavramını kapsayacak niteliktedir. Mirasbırakanın sözleşmeye sonradan onay vermesi de kanaatimizce mümkündür⁷¹⁰. Kanunun lafzındaki “izin” ibaresini onayı da içerecek şekilde anlamak daha doğru olur. Mirasbırakan bu sözleşme ile hiçbir borç altına girmediğinden, sözleşmeye sonradan onay vermesinin kendi durumu açısından bir sakıncası yoktur.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde mirasbırakanın katılması veya izninin şekli konusu da öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, mirasbırakanın katılması veya izni, sözleşmenin şekline paralel olarak adi yazılı şekilde yapılmalıdır⁷¹¹. Diğer bazı yazarlar ise mirasbırakanın katılması veya izninin şekle tabi olmadığını, ancak yine de ispat sorunundan kurtulmak bakımından adi yazılı şekilde yapılmasının uygun olacağını belirtmektedirler⁷¹². Ancak özellikle İsviçre öğretisinde, mirasbırakanın bu işleme rıza gösterdiğinin tereddüte yer bırakmayacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹³.

Kanaatimizce, birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Kanun koyucu, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler bakımından mirasbırakanın katılması veya iznine özel önem atfetmektedir. Öyle ki, mirasbırakanın katılması veya izninin bulunmaması sözleşmeyi geçersiz kılmaktadır. Şu halde, kanun koyucunun amacı ve işlem güvenliği bakımından, mirasbırakanın katılması veya iznini en azından adi yazılı şekle tabi kılmak en uygun çözümdür. Esasen mirasbırakanın sözleşmeye katılması durumunda zaten şekle ilgili bir sorun ortaya çıkmaz. Diğer bir deyişle, mirasbırakan muhtemel mirasçılarla birlikte ya da sonradan sözleşmeyi imzaladığı takdirde, onun sözleşmeye izin verdiğine dair beyanı adi yazılı şekil içerisinde kendisini göstermiş olur⁷¹⁴. Ancak mirasbırakan sözleşmeyi doğrudan imzalamak

⁷¹⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 479; Özakman, s. 135. Aksi görüşe göre ise, mirasbırakanın mutlaka sözleşmenin yapılması sırasında ya da öncesinde izin vermesi gereklidir. Böylelikle, mirasbırakanın mirasçılar tarafından baskı altına alınarak sözleşmenin geçerli hale getirilmesinin de önüne geçilmiş olunur. Bkz: Yıldırım, 2004, s. 123; Özdemir, Şerh, s. 236. Antalya/Sağlam ise tam aksi şekilde, mirasbırakanın sözleşmeye ilişkin önceden rıza açıklamasında bulunamayacağını ifade etmektedir. Antalya/Sağlam, s. 506.

⁷¹¹ Yıldırım, 1995, s. 135; Zorlu, s. 120; İmre/Erman, s. 557; İmre/Erman’a göre, mirasın açılmasından önce yapılan miras payının devri sözleşmesi eğer miras sözleşmesi şeklinde yapılacaksa, mirasbırakanın katılmasının resmi vasiyetname şeklinde olmalıdır. İmre/Erman, s. 557.

⁷¹² Eren/Yücer Aktürk, s. 479; Özdemir, Şerh, s. 235; Mooser, s. 251; Rouiller, Art. 636, N. 11; Göksu, Art. 636, N. 5; Wolf/Genna, s. 388.

⁷¹³ Mooser, s. 250; Escher, Art. 636, N. 5; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636, N. 8; Rouiller, Art. 636, N. 10; Göksu, Art. 636, N. 4.

⁷¹⁴ Ancak imzanın mirasbırakana ait olduğunun kesin bir biçimde anlaşılması gerekmektedir. “Dosya arasındaki tapu kayıtlarına göre uyumsuzluk konusu taşınmazların ortak miras bırakan Hasan Tuna’ya ait iken davalılara intikal ettiği anlaşılmaktadır. TMK.nun 678. maddesinde aynen “Miras bırakanın katılması veya izni olmaksızın bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçerli değildir” denilmektedir. 13.3.1956 tarihli sözleşmede davacı Fatma’nın imzasının bulunduğu açıktır. Ancak, söz konusu senette bulunan mührün miras bırakana ait olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Mahkemece yapılacak iş, sözleşmedeki mührün miras bırakana ait olup olmadığını belirlemek amacıyla yeterli örnek mühürler

zorunda değildir. Sözleşmeye izin verdiğine dair beyanını, sözleşmeden ayrı bir metinle de ifade edebilmelidir.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşme bakımından mirasbırakanın izninden hiç bahsetmeksizin doğrudan onun sözleşmeye katılıp katılmadığının tespit edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir⁷¹⁵. Söz konusu kararda ayrıca, mirasbırakanın sözleşmeye katılmasının tanık veya benzeri delillerle ispatının da mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bu bakımdan Yargıtay'ın, muhtemelen ispat konusundaki tereddütleri engellemek amacıyla, mirasbırakanın doğrudan sözleşmede imzasının bulunması gerektiği yönünde bir kanaate ulaştığı söylenebilir. İsviçre Federal mahkemesi ise eski tarihli bir kararında mirasbırakanın katılmasının yazılı şekilde olması gerektiğini belirtirken⁷¹⁶, sonraki tarihli bir kararında mirasbırakanın sözleşmeye rızasını yazılı şekilde beyan etmek zorunda olmadığı yönünde karar vermiştir⁷¹⁷. Ancak Federal mahkeme, mirasbırakanın rızasının tartışmaya yol açmayacak şekilde kesin ve açık olarak belirtilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir.

Mirasbırakan, sözleşmeye katıldığı ya da izin verdiği takdirde, sonradan bunu geri alamaz⁷¹⁸. Diğer taraftan, öğretide mirasbırakanın katılması veya izninin, onun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olduğu ve bu nedenle temsil ya da vekâlet yoluyla mirasbırakanın sözleşmeye izin verdiğini beyan etmesinin geçerli olmadığı belirtilmektedir⁷¹⁹. Ancak, mirasbırakanın herhangi bir borç altına girmemesi ve ortada bir ölüme bağlı tasarruf bulunmaması sebebiyle iznin yasal veya iradi temsilci tarafından verilebileceğini kabul eden yazarlar da vardır⁷²⁰.

Sonuç olarak, kanaatimizce mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde gerek sözleşmenin gerekse de mirasbırakanın katılması veya izninin adi yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Ancak muhtemel mirasçıların bu sözleşmeyi noterde resmi şekilde yapmalarına

toplandıktan sonra uzman bilirkişiye inceletilmeli, bu şekilde miras bırakanın anılan kanun maddesi uyarınca sözleşmeye katılıp katılmadığı belirlenmeli, mührün miras bırakana ait olduğunun kanıtlanamaması durumunda davanın şimdiki gibi reddine, aksi durumda ise davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken eksik araştırmaya dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yarg. 8. HD, T. 02.06.2009, E. 2009/979, K. 2009/2792. (erişim tarihi: 11.10.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁷¹⁵ “Mirasın açılmasından önceki miras payının devri müessesesi TMK'nın 678. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, ancak miras bırakanın katılımıyla böyle bir sözleşme geçerli olabilir. Görülmekte olan davada, davacı vekilinin ileri sürmüş olduğu tarihsiz "Satış Senedi" başlıklı belgede kayıt maliki Mustafa'nın miras payının devrine ilişkin sözleşmeye katıldığı hususu anlaşılmamaktadır. Miras bırakan miras payının devrine ilişkin sözleşmeye katılmadığı için, böyle bir sözleşme hukuken geçerli bir sonuç doğurmaz. Katılımın tanık veya benzeri delillerle kanıtlanması mümkün değildir. Tüm bu açıklamalar gözönünde tutularak yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olmasında herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yarg. 8. HD, T. 23.06.2008, E. 2008/3067, K. 2008/3437. (erişim tarihi: 22.11.2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁷¹⁶ BGE 57 II 21.

⁷¹⁷ BGE 98 II 281.

⁷¹⁸ **Özakman**, s. 134; **Yıldırım**, 1995, s. 133; **Tuor/Picenoni**, Art. 636, N. 12; **Rouiller**, Art. 636, s. N. 15; **Wolf/Genna**, s. 388; BGE 128 III 163.

⁷¹⁹ **Özakman**, s. 134; **Yıldırım**, 1995, s. 133; **Tuor/Picenoni**, Art. 636, N. 13.

⁷²⁰ **Escher**, Art. 636, N. 5; **Wolf/Genna**, s. 388.

bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir ihtimalde, mirasbırakanın izninin de resmi şekilde verilmesi zorunlu değildir.

2.2.2.2. Elden Paylaşma Sözleşmesinde

Elden paylaşma sözleşmesi, mirasçılarının oluşturdukları payları fiilen almalarıyla birlikte onlar açısından bağlayıcı hale gelir (TMK m. 676/1)⁷²¹. Kanunda elden paylaşma sözleşmesinin şekli bakımından herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla elden paylaşma, kural olarak şekle bağlı değildir.

Elden paylaşmada borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi bir arada bulunmaktadır⁷²². Dolayısıyla, sözleşmenin kurulması için borçlandırıcı işleme uygun olarak tasarruf işleminin de gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Örneğin, terekede bulunan bir ton buğdayın eşit oranda paylaşılması konusunda sözlü olarak anlaşılan mirasçılar, söz konusu buğdayı fiilen aldıkları takdirde aralarında elden paylaşma sözleşmesi kurulmuş olur. Dolayısıyla elden paylaşma sözleşmesinin şekli bakımından önemli olan husus, sözleşmenin konusunu teşkil eden mal veya hakkın devrinin şekle bağlı olup olmamasıdır. Buğday örneğinde olduğu gibi, devir bakımından herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan mal veya hakların elden paylaşılmasında bir sorun meydana gelmez⁷²³. Bu türdeki mal veya haklar, mirasçılarının sözlü anlaşmalarına uygun olarak fiilen teslim alındıkları takdirde sözleşme kurulmuştur ve mirasçılar açısından bağlayıcıdır. Mirasçılarının payları fiilen almaları bakımından araçların teslimi, kısa elden teslim, zilyetliğin havalesi gibi zilyetliğin nakli türleri uygulama alanı bulur⁷²⁴. Söz gelimi, mirasçılardan birine ait olması kararlaştırılan beyaz eşyalar hâlihazırda onun zilyetliğinde ise, bu durumda kısa elden teslim yoluyla zilyetliğin nakli gerçekleşir ve elden paylaşma meydana gelmiş olur. Şu halde, terekede bulunan taşınır malların zilyetliklerinin devri kural olarak yeterli olmaktadır⁷²⁵.

⁷²¹ Hauser, s. 57; Druey, s. 237; Escher, Art. 634, N. 2; Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 1; Göksu, Art. 634, N. 4; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 4; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 634, N. 4; Bosshardt, Art. 634, N. 2; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 2; Rouiller, Art. 634, N. 7; Vouilloz, Art. 634, N. 7; Wolf/Genna, s. 373; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 322; Eren/Yücer Aktürk, s. 613; İmre/Erman, s. 563; Dural/Öz, s. 475; Serozan/Engin, s. 607; Özdemir, Şerh, s. 213; Kılıçoğlu, Taksim, s. 97; Ozanemre Yayla, s. 189.

⁷²² Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513; Kılıçoğlu, Taksim, s. 98; Escher, Art. 634, N. 3; Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 7; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 4; Bosshardt, Art. 634, N. 3; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 3; Göksu, Art. 634, N. 4; Druey, s. 237; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 323; Vögeli, Annina, *Möglichkeiten und Grenzen von fair division im schweizerischen Erbrecht*, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 292, Schulthess Verlag, 2019, s. 181. Vouilloz'un ifadesiyle bu tür paylaşma, borçlandırıcı işlemle tasarruf işlemi arasında kronolojik olarak bir ayrım yapılmasına imkân vermez. Vouilloz, Art. 634, N. 8.

⁷²³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 97.

⁷²⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 98.

⁷²⁵ Escher, Art. 634, N. 4; Göksu, Art. 634, N. 4; Bosshardt, Art. 634, N.2; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 2; Rouiller, Art. 634, N. 8; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 6; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 634, N. 5; Vouilloz, Art. 634, N. 9; Wolf/Genna, s. 374.

Taşınır mallar bakımından özel bir durum, terekedeki motorlu araçların paylaşılmasında karşımıza çıkar. Karayolları Trafik Kanunu'na göre, tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri noterler tarafından yapılır (m. 20/d). Yine aynı hükümde, noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirlerin geçersiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Öğretide terekede bulunan motorlu araçların da elden paylaşmaya konu olabileceği kabul edilmektedir⁷²⁶. Bunun için, bütün mirasçılardan noterde hazır bulunmaları ve motorlu aracın mülkiyetinin içlerinden birine devri yönünde beyanda bulunmaları gerektiği belirtilmektedir⁷²⁷. Hal böyle olmakla birlikte, uygulamada tescile tabi olan motorlu araçların bu şekilde elden paylaşmaya konu olması mümkün değildir. Mirasçılar terekede bulunan motorlu aracın içlerinden biri adına tescili için başvurduklarında, noterler yazılı paylaşma sözleşmesinin ibrazını ya da motorlu aracı devralacak mirasçı lehine diğer mirasçıların feragat beyanında bulunmalarını istemektedir. Noterde devir zorunluluğu, yalnızca trafik siciline tescil edilmiş araçlar bakımından geçerlidir⁷²⁸. Bunlar dışındaki araçlar bakımından noterde devir zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla tescilsiz motorlu araçlarda zilyetliğin devri suretiyle elden paylaşma sözleşmesinin yapılması mümkündür.

Öğretide alacağın devrinin de elden paylaşma sözleşmesine konu olacağı genellikle kabul edilmektedir⁷²⁹. Kanaatimizce, alacağın devri elden paylaşma sözleşmesine konu olamaz. Zira alacağın devrinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (TMK m. 184/1). Dolayısıyla terekede bulunan alacak hakkının bir mirasçıya devredilebilmesi için, yazılı devir sözleşmesinin yapılması gerekmektedir. Bu durumda elden paylaşma değil, alacağın devrini konu edinen yazılı paylaşma sözleşmesi ortaya çıkar⁷³⁰.

Elden paylaşma sözleşmesinin şekli bakımından en tartışmalı husus, taşınmazların elden paylaşma sözleşmesine konu olup olamayacakları noktasındadır. Hemen belirtmek gerekir ki, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından elden paylaşma yapılabileceği genel olarak

⁷²⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 98; Ozanemre Yayla, s. 192.

⁷²⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 98; Ozanemre Yayla, s. 192.

⁷²⁸ Kurt, Ekrem, "Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt II, 2013, s. 1864.

⁷²⁹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 98; Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513; İmre/Erman, s. 562; Serozan/Engin, s. 607; Dural/ Öz, s. 475; Ozanemre Yayla, s. 191; Oğuzman, s. 337; Öztan, s. 487; Tuor/Picenoni, Art. 634, N.5; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 8; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 634, N. 5; Göksu, Art. 634, s. 417; Bosshardt, Art. 634, N. 2; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 2; Vouilloz, Art. 634, N. 9; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 323.

⁷³⁰ Kılıçoğlu'na göre, terekede bir alacağın bulunması, mirasçıların yazılı paylaşma sözleşmesi yapmalarını gerektirmez. Aksi halde terekedeki bir alacak hakkı nedeniyle tüm paylaşma sözleşmesi yazılı şekle tabi tutulmuş olur. Yazara göre tereke yalnızca alacak haklarından oluşuyorsa, ancak bu durumda paylaşma sözleşmesi yazılı olarak yapılmak gerekir. Bkz. Kılıçoğlu, Taksim, s. 98. Kanaatimizce, aynı tereke hakkında birden fazla paylaşma sözleşmesi yapılması mümkün olduğundan, alacak hakkı için yazılı paylaşma sözleşmesi yapılması, diğer tereke unsurları için de aynı zorunluluğu doğurmaz. Söz gelimi, alacağın bir mirasçıya devri için yazılı paylaşma sözleşmesi yapan mirasçılar, terekedeki altın ve nakit para için elden paylaşma yolunu tercih edebilirler. Hatta her bir tereke unsuru için ayrı ayrı paylaşma sözleşmelerinin yapılması bile ihtimal dâhilindedir.

kabul edilmektedir⁷³¹. Yargıtay da muhtelif kararlarında tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların elden paylaşılabilirliğini belirtmiştir⁷³². Terekede tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz bulunduğu takdirde, bu taşınmazın içlerinden birine verilmesi bütün mirasçılar tarafından kararlaştırılmış ve taşınmazın zilyetliği söz konusu mirasçıya devredilmişse elden paylaşma sözleşmesi yapılmış olmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, ülkemiz açısından tapulama çalışmaları büyük oranda tamamlandığı⁷³³ ve tapuya kayıtlı olmayan çok az miktarda taşınmaz kaldığı için, söz konusu durum uygulama bakımından büyük bir ehemmiyete sahip olmayacaktır.

Taşınmazlar bakımından asıl tartışma, tapuya kayıtlı taşınmazlarda karşımıza çıkmaktadır. İsviçre Hukukunda, taşınmazların elden paylaşma sözleşmesine konu olabilecekleri genellikle kabul edilmektedir⁷³⁴. İsviçre Tapu Sicili Tüzüğü'ne göre, tapuya kayıtlı taşınmazın miras paylaşımına konu olması halinde mirasçıların tamamının yazılı beyanı (*schriftliche Zustimmungserklärung*) ya da yazılı paylaşma sözleşmesiyle birlikte tescil yapılabilmektedir (*GBV, Art. 64, Abs. 1-b*). Dolayısıyla mirasçıların önceden yazılı paylaşma sözleşmesi yapmak zorunda olmaksızın doğrudan tapu siciline başvurarak orada yazılı beyanlarını vermek suretiyle tescil yapılabiliyor olması, elden paylaşmanın mümkün olduğu şeklinde yorumlanmaktadır⁷³⁵.

Türk Hukukunda da bazı yazarlar, tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşmaya konu olabileceğini ileri sürmektedirler⁷³⁶. Bu görüşe göre, paylaşma sözleşmesine ilişkin TMK m. 676 (eski MK m. 611) hükmünde tapulu ya da tapusuz taşınmazlara dair ayırım yapılmış değildir. Ayrıca Tapu Sicili Tüzüğü de elden paylaşma yapılmasına imkân vermektedir⁷³⁷. Buna göre, bütün mirasçılar elden paylaşma sebebiyle terekede yer alan taşınmazın bir mirasçı adına tescili için bu konuda yazılı beyan verdikleri takdirde paylaşma mirasçıları bağlar⁷³⁸.

⁷³¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 723; Eren/Yücer Aktürk, s. 614; Kılıçoğlu, Taksim, s. 99; İmre, Taksim Sözleşmesi, s. 413; İmre/Erman, s. 565; Dural/Öz, s. 476; Oğuzman, s. 336; Ozanemre Yayla, s. 193.

⁷³² “Miras barakandan intikal eden, taksime ve davaya konu olan taşınmaz tapusuzdur. Tapusuz taşınmaz malların mirasçılar arasında paylaştırılmasında taksimde, yazılı paylaştırma sözleşmesi yapılması zorunluluğu yoktur. Tapusuz taşınmaz malın, mirasçıların hepsi arasında anlaşma sonunda parçalara ayrılması ve her parçanın bir mirasçı tarafından alınmasıyla paylaştırma yapılabilir; böyle bir paylaştırma payların kabzi yoluyla paylaştırmadır ve MK.nun 611. maddesi uyarınca geçerlidir”. Yarg. HGK, T. 10.03.1982, E. 1979/8-1450, K. 1982/258. (erişim tarihi: 27. 11. 2019), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁷³³ Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün Türkiye geneli kadastro durumuna ilişkin raporuna göre, kadastro çalışmaları % 99, 48 oranında tamamlanmıştır. (<https://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/turkiyenin-kadastrosu-yuzde-9948-tamamlandi>, erişim tarihi: 21.05.2020).

⁷³⁴ Escher, Art. 634, N. 5; Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 11; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 7; Göksu, Art. 634, N. 4; Bosshardt, Art. 634, N. 2; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 2; Rouiller, Art. 634, N. 8; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 634, N. 7; Vouilloz, Art. 634, N. 12; Wolf/Genna, s. 375; Hrubesch-Millaue/Bürki, s. 323.

⁷³⁵ BGE 102 II 197. Liechti, Fabrizio Andrea, *Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch*, INR - Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Band/Nr. 20, Stämpfli Verlag, Bern, 2017, s. 135.

⁷³⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 99; Kocayusufpaşaoğlu, s. 723; Antalya/Sağlam, s. 530.

⁷³⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 99; Kocayusufpaşaoğlu, s. 723; Antalya/Sağlam, s. 530.

⁷³⁸ İmre, Taksim Sözleşmesi, s. 413.

Gerek İsviçre Hukukunda gerekse de Türk Hukukunda tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşmaya konu olabileceğini savunan yazarlar, bu durumda elden paylaşma sözleşmesinin hangi anda kurulmuş sayılacağı noktasında ayrılmaktadırlar. İsviçre Hukukunda *Jäggi*'nin öncülük ettiği görüş, taşınmazların elden paylaşılmasında mirasçının malik sıfatıyla zilyet kılındığı anda sözleşmenin kurulmuş olduğunu ileri sürmüştür⁷³⁹. Bu görüş, Türk Hukukunda *Kocayusufpaşaoğlu* tarafından benimsenmiş ve uygulamada taşınmazların tapu dışında haricen paylaşılması konusunda tatmin edici bir çözüm yolu olacağı ifade edilmiştir⁷⁴⁰. İsviçre Hukukunda *Jost* tarafında savunulan bir diğer görüş, elden paylaşmanın Tapu Sicili Tüzüğü'nde öngörülen şekilde tüm mirasçılar tarafından verilen yazılı beyanların imzalanmasıyla kurulmuş olacağını belirtmektedir⁷⁴¹. Son olarak tescil görüşüne⁷⁴² göre, elden paylaşma sözleşmesi taşınmazın ilgili mirasçı adına tapu siciline tescil edildiği anda kurulmuş olur. Türk Hukukunda *Kılıçoğlu*, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun uygulama alanı dışında kalan taşınmazlar bakımından bu görüşü savunmuştur⁷⁴³.

Türk Hukukunda savunulan bir başka görüş ise, tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşma sözleşmesine konu olamayacağı yönündedir⁷⁴⁴. Kanatımızca de bu görüşe üstünlük tanımak gerekir. Tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından elden paylaşmanın mümkün olabileceği görüşü, eski Tapu Sicili Tüzüğü'nün yürürlükte olduğu dönemde mümkün görülebilirdi. Zira Tapu Sicili Tüzüğü'nde, İsviçre Hukukuna paralel olarak bütün mirasçıların yazılı muvafakatini içeren belgeye dayanılarak tescil yapılabileceği düzenlenmişti (m. 19/3). Hâlihazırda yürürlükte olan Tapu Sicili Tüzüğü'ne göre ise, miras paylaşma sözleşmesi çerçevesinde tescilin yapılabilmesi için tescil yetkisini içeren noter tarafından düzenlenmiş bir sözleşme ya da mirasçılar arasında yazılı paylaşma sözleşmesi yapılmışsa, imzaları noterce onaylanmadığı takdirde tüm mirasçıların; imzaların bir kısmı onaylanmış ise imzaları onaylanmamış olanların istemleri aranmaktadır (TST m. 20/1-c). Şu halde söz konusu düzenleme karşısında Türk Hukuku bakımından tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşma sözleşmesine konu olamayacaklarını kabul etmek gerekmektedir. Diğer taraftan, öğretide bir görüş elden paylaşmanın elden bağışlamaya olan benzerliği üzerinden aynı sonuca varmaktadır⁷⁴⁵. Buna göre, TBK m. 289 (eski BK m. 237) hükmüne göre, elden bağışlama ancak taşınırılar bakımından söz konusu olabilir. Aynı durumun elden paylaşmada da geçerli

⁷³⁹ *Jäggi*, s. 167.

⁷⁴⁰ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 725.

⁷⁴¹ *Jost*, Arthur, “Grundbuch und Erbteilung”, Schweizerische Juristen Zeitung, 1968, s. 36.

⁷⁴² *Kılıçoğlu*, Taksim, s. 100.

⁷⁴³ *Kılıçoğlu*, Taksim, s. 103.

⁷⁴⁴ *Eren/Yücer Aktürk*, s. 614; *Dural/Öz*, s. 475; *Öztan*, s. 487; *Hatemi*, s. 147; *Oğuzman*, s. 336.

⁷⁴⁵ *Hatemi*, s. 147.

olacağı ifade edilmektedir.

Yargıtay eski tarihli bir içtihadı Birleştirme Kararında⁷⁴⁶, tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Daha sonraki pek çok kararda da Yargıtay, tapuya kayıtlı taşınmazlara ilişkin paylaşma sözleşmelerinin sözlü olarak yapılamayacağını, bu sözleşmelerin en azından yazılı şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁴⁷.

Taşınmazların elden paylaşma sözleşmesine konu olmasına imkân veren istisnai bir durum, 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 15'te düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, tapuda kayıtlı taşınmaz malların malikleri veya bunların mirasçıları arasında taksim edildikleri belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanları ile sabit olduğu takdirde bu mallar taksim gereğince zilyetleri adına tespit olunur (KK m. 15/1). Şu halde, Kadastro Kanunu'nun uygulama alanına giren taşınmazlar bakımından, bu taşınmazların bütün mirasçılar tarafından fiilen paylaşıldıkları tespit edildiği takdirde söz konusu taşınmazlar mirasçılar adına tespit olunur. Diğer bir deyişle, bu durumdaki taşınmazlarda mirasçıların malik sıfatıyla zilyetlik kurdukları anda elden paylaşma sözleşmesi kurulmuş olur ve mirasçılar açısından bağlayıcı hale gelir⁷⁴⁸. Ancak unutmamak gerekir ki, Kadastro Kanunu m. 15/1 hükmü kadastro tespiti sırasında uygulanan istisnai bir hükümdür. Mirasçılar kadastro tespitinden önce elden paylaşma yapmamışlarsa, tespit sırasında bunun yapılması söz konusu olmaz⁷⁴⁹. Bu sebeple, elden paylaşmanın kadastro tespitinden önce yapılmış olması gerekmektedir. Ancak Yargıtay bir kararında, kadastro tespiti sırasında yapılan paylaşmanın geçerli olabileceği yönünde hüküm vermiştir⁷⁵⁰.

Kadastro tespiti, sonradan dava konusu edildiği takdirde paylaşma sözleşmesine

⁷⁴⁶ 10.12.1952 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG, 13.3.1953, Sayı 8358).

⁷⁴⁷ Örneğin; Yarg. 8. HD, T. 23.02.2012, E. 2011/4810, K. 2012/1143; Yarg. 8. HD, T. 14.05.2018, E. 2015/24154, K. 2018/12610; Yarg. 8. HD, T. 14.12.2016, E. 2016/7927, K. 2016/16945; Yarg. 14. HD, T. 18.06.2015, E. 2015/7797, K. 2015/6776. (erişim tarihi: 17.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁷⁴⁸ Kılıçoğlu, Taksim, s. 102.

⁷⁴⁹ İpek, Eyüp, **Kadastro Kanunu'na Göre Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 125.

⁷⁵⁰ “Çekişmeli parsellerin öncesinin tarafların müşterek murisi olan babaları H...’e ait olduğu hususu taraflar arasında ihtilaftır. Davacı taraf muristen kalan malların yöntemince taksim edilmediğini iddia etmiş, davalılardan İ... Ş... ve M... K... ise taksimin kadastro sırasında yapıldığını ve bu taksime diğer mirasçıların bir itirazlarının olmadığını belirtmiştir. Mahkemece muristen kalan tüm taşınmazlara ait kadastro tutanakları getirtilerek, bu taşınmazların kimler adına tespit gördüğü, davalılardan İ... Ş... tarafından kadastro sırasında yapılan taksime diğer mirasçıların sarıh ya da zımni muvafakatlarının bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Taksim hususundaki inceleme hüküm vermeye yeterli değildir. Doğru sonuca varmak için öncelikle taraflardan öncesinde müşterek murise ait olduğunu iddia ettikleri taşınmazları bildirmeleri istenmeli, davalılardan İ... Ş... kadastro sırasında yaptığı paylaştırmaya diğer paydaşların sarıh ya da zımni muvafakatlerinin bulunup bulunmadığı hususu tüm mirasçılar ve taraf tanıklarından sorulmalı, paylaşmaya dayanan tarafa ispat külfeti yüklenmeli, bundan sonra bütün deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir hüküm kurulmalıdır”. Yarg. 16. HD, T. 14.03.2008, E. 2008/1989, K. 2008/1524. (erişim tarihi: 30.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

dayanan tarafın bunu ispatlaması gerekir⁷⁵¹. Paylaşmanın her türlü delille ispat edilmesi mümkündür⁷⁵². Yargıtay bu konuda paylaşmanın yapılmamış olduğuna dair kanuni karine olduğunu belirtmektedir⁷⁵³.

2.2.2.2.3. Yazılı Paylaşma Sözleşmesinde

Türk Medeni Kanunu m. 676/3 hükmünde, paylaşma sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmasına bağlı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla mirasın açılmasından sonra paylaşma sözleşmesi yapmak isteyen mirasçılar bakımından elden paylaşma dışındaki seçenek yazılı bir paylaşma sözleşmesinin yapılmasıdır. Buradaki yazılı şekil, adi yazılı şekildir (*einfache Schriftform*)⁷⁵⁴. Dolayısıyla bütün mirasçıların bir araya gelerek adi yazılı şekilde paylaşmaya dair iradelerini açıklamaları yeterlidir. Böylelikle mirasçılar, sözleşmeye konu edilen tereke unsurlarına dair tasarruf işlemlerini gerçekleştirme borcu altına girmiş olurlar. Paylaşma sözleşmesinin metninin el yazısı ile hazırlanması zorunlu değildir⁷⁵⁵. Bilgisayar yazısı ile hazırlanıp altına bütün mirasçıların imza atmaları şeklinde de yapılabilir. Hatta terekedeki taşınmazların paylaşılması bakımından kroki çizilip üzerinde hangi mirasçıya ait olduğu gösterilmek suretiyle yapılması dahi mümkündür⁷⁵⁶. Ayrıca, sözleşmede tarihin belirtilmesi gerekmez⁷⁵⁷. Ancak sonradan ortaya çıkabilecek ihtilaflar bakımından sözleşmeye tarih konulması yararlı olabilir.

⁷⁵¹ “ Paylaşım veya bağışlama olgusunda ispat yükü, taksim veya bağışlamaya dayanan tarafa ait olup kanıtlanmadığı sürece mirasçılardan biri tarafından taşınmaz üzerinde sürdürülen zilyetliğin tereke adına olduğunun kabulü gerekir ”. Yarg. 16. HD, T. 28.01.2014, E. 2013/13105, K. 2014/215. (erişim tarihi: 30.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁷⁵² “ Mahkemece, taraflar arasında taksime ilişkin yazılı sözleşme bulunmadığı gerekçesi ile yerel bilirkişi ve tanıklarca açıklanan taksim olgusuna değer verilmemiş ise de Kadastro Kanunu'na göre kadastro davalarında harici taksimin her türlü delille kanıtlanabileceği göz önüne alındığında Mahkemenin değerlendirmesinde isabet bulunmamaktadır ”. Yarg. 16. HD, T. 30.05.2011, E. 2010/6087, K. 2011/3067. (erişim tarihi: 30.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁷⁵³ “ Mirasçılar arasında tapu dışı paylaşmanın yapıldığını kanıtlamakla yükümlü olan davahların bu olguyu yöntemine uygun biçimde kanıtlamadıkları bu doğrultudaki karinenin açık bir deyişle asıl olanın paylaşmanın yapılmamış olması doğrultusundaki yasal karinenin gözetilmesi gerekir ”. Yarg. 7. HD, T. 12.06.2008, E. 2007/3450, K. 2007/2614. (erişim tarihi: 30.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁷⁵⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 88; Eren/Yücer Aktürk, s. 616; Eren, Paylaşma, s. 515; Dural/Öz, s. 477; Oğuzman, s. 337; Serozan/Engin, s. 607; İmre, Taksim Sözleşmesi, s. 401; İmre/Erman, s. 567; Özdemir, Şerh, s. 215; Ozanemre Yayla, s. 207; Hauser, s. 78; Escher, Art. 634, N. 10; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 16; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 634, N. 9; Göksu, Art. 634, N. 5; Bosshardt, Art. 634, N. 6; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 6; Rouiller, Art. 634, N. 19; Vouilloz, Art. 634, N. 22; Wolf/Genna, s. 377; Hrubesch-Millaue/Bürki, s. 324; Bänziger, s. 321; Liechti, s. 137.

⁷⁵⁵ Hauser, s. 78; Ozanemre Yayla, s. 207.

⁷⁵⁶ “ Davacılar tarafından, ortak muristen intikal eden taşınmazların taraflar arasında krokiye bağlanmak suretiyle taksim edildiğini, bir kısım mirasçıların miras payının devri sözleşmesi ile hisselerini devrettiklerini ileri sürerek, 78, 719, 763 parsel sayılı taşınmazların dava dilekçesine ekli krokide harflendirilmek suretiyle kime verildiği belirtilen kısımların ifrazının mümkün olması halinde ifraz edilerek müstakil parseller şeklinde tesciline, ifrazı mümkün olmaması halinde taksim sözleşmesi ve miras hissesinin satışı sözleşmeleri dikkate alınarak pay miktarlarının tespiti ile paylı mülkiyet olarak tesciline...” Yarg. 8. HD, T. 17.05.2018, E. 2018/9323, K. 2018/12843. (erişim tarihi: 26.11.2019), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁷⁵⁷ Göksu, Art. 634, N. 5; Özdemir, Şerh, s. 215. BGE 95 II 426.

Paylaşma sözleşmesine konu edilen tereke unsurlarının devrinin şekle tabi olmadığı ya da adi yazılı şekle tabi olduğu hallerde herhangi bir sorun meydana gelmez. Örneğin terekede bulunan taşınır malın ya da alacak hakkının yazılı paylaşma sözleşmesiyle bir mirasçıya ait olduğunun kararlaştırılması mümkündür.

Yazılı paylaşma sözleşmesindeki adi yazılı şekil, tereke unsurları içerisinde devri bakımından kanunda resmi şekil öngörülen mal veya haklar bakımından da yeterlidir. Söz gelimi trafik siciline kayıtlı motorlu araçların, tapu siciline kayıtlı taşınmazların ya da sınırlı ayni hakların adi yazılı paylaşma sözleşmesiyle paylaşılması mümkündür ve geçerlidir. Esasen taşınmazların yazılı paylaşma sözleşmesine konu olup olamayacağı meselesi önceleri tartışmalı durumdaydı. Ancak Yargıtay 1952 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, “ *Mirasa dâhil gayrimenkullerin taksimi hakkında, mirasçılar arasında yapılacak sözleşmenin muteber olması için, yalnız yazılı olması kâfi olup; bu akdin ayrıca tapu memuru huzurunda resmî senede bağlanması mecburiyeti yoktur* ” şeklinde ifade ederek, taşınmazların yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılabilmesine karar vermiştir⁷⁵⁸. Ancak 1972 yılında 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun⁷⁵⁹ yürürlüğe girmesiyle birlikte, taşınmazlar bakımından yazılı paylaşma sözleşmesinin yeterli olup olmayacağı meselesi yeniden tartışma konusu olmuştur⁷⁶⁰. Zira söz konusu kanun, miras paylaşma sözleşmelerinin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmasını öngörmektedir (NK m. 89). Buna dayanan bazı yazarlar, Noterlik Kanunu m. 89 hükmünün eski MK m. 611/2 hükmünü değiştirdiğini ve bu sebeple tapuya kayıtlı taşınmazların adi yazılı olarak paylaşılamayacağını ileri sürmüşlerdir⁷⁶¹. Hâkim görüşü teşkil eden yazarlar ise, Noterlik Kanunu m. 89 hükmünün eski MK m. 611/2 hükmünü değiştirmediğini, burada yalnızca mirasçıların notere başvurmaları halinde noterin nasıl hareket edeceğine dair bir düzen hükmünün var olduğunu belirtmişlerdir⁷⁶². Öğretide ve uygulamada süregelen tartışma Yargıtay’ın 1980 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı⁷⁶³ ile son bulmuştur. Söz konusu karara göre, “1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra, Medenî Kanun’un 611. maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılan “yazılı miras taksim sözleşmesi” geçerli olup anılan Noterlik Kanunu’nun 89. maddesi, Medeni Kanun’un 611. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü değiştirmemiştir”⁷⁶⁴.

⁷⁵⁸ 10.12.1952 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG, 13.3.1953, Sayı 8358).

⁷⁵⁹ 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu (RG, 5.2.1972 Tarih, Sayı: 14090).

⁷⁶⁰ Tanrıver, Süha, “**Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu’nun 89. Maddesi**”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 2, Ankara, 2017, s. 24.

⁷⁶¹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 90, dpn. 96’da belirtilen yazarlar.

⁷⁶² Kılıçoğlu, Taksim, s. 91; Kocayusufpaşaoğlu, s. 729; Oğuzman, s. 405; Öztan, s. 489; Başpınar, Veysel, “**Taşınmaz Satımında Vekalet**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, 1996, s. 493.

⁷⁶³ 26.11.1980 t. ve 5/3 s. Yargıtay İBK (RG, 3.1.1981 Tarih, Sayı: 17209).

⁷⁶⁴ Söz konusu kararda yer alan karşı oy yazısında ise şu ifadeler yer verilmiştir: “...Noterlik Kanunun 89. maddesinin kenar başlığı “düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler” biçimindedir. Bu Notere verilen bir

Günümüzde gelinen noktada, gerek tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından, gerekse de devri için kanunlarda resmi şekil öngörülen diğer mal ve haklar bakımından, mirasçılar arasında adi yazılı şekilde yapılan paylaşma sözleşmesi yeterli kabul edilmektedir⁷⁶⁵. İsviçre Hukuku bakımından da aynı durum geçerlidir⁷⁶⁶. Mirasçılar isterlerse bu sözleşmeyi noterde düzenleme şeklinde yapabilirler. Noterde yapılacak sözleşmenin hukuken daha fazla koruma sağlayacağı düşüncesi, mirasçıları noterde sözleşme yapmaya yönlendirebilir. Ancak bu durum sözleşmenin geçerliliği bakımından bir zorunluluk değildir.

Öte yandan, terekede bulunan taşınmazlar bakımından paylaşma sözleşmesinin Tapu Kanunu m. 26 hükmünün verdiği yetki çerçevesinde, tapu memuru huzurunda resmi senetle düzenlenebileceği ifade edilmektedir⁷⁶⁷. Yargıtay da aynı görüşü paylaşmaktadır⁷⁶⁸. Uygulamada tapu müdürlükleri tarafından Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi (TAKBİS) üzerinden gerçekleştirilen paylaşma işlemlerinde paylaşmanın, “Maliklerin Talebiyle”, “Sözleşmeyle” ve “Mahkeme Kararıyla” şeklinde sınıflandırıldığı görülmektedir⁷⁶⁹. Dolayısıyla paylaşma sözleşmesinin tapu memuru huzurunda resmi senetle yapılabileceği hususu, tapu uygulamasında kabul görmüş bulunmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, burada sözleşme ile paylaşma ve mahkeme kararıyla paylaşma dışında “resmi senetle paylaşma” şeklinde üçüncü bir paylaşma şekli olduğu düşünülmemelidir. Tapu uygulamasındaki bu durum da esasen paylaşma sözleşmesinden başka bir şey değildir. Ayrıca, mirasçıların adi yazılı sözleşme yapmaksızın tapu memuru huzurunda paylaşma sözleşmesi yapabilmeleri, tapuya

emir değildir. Öyle olsaydı, kurala uyulmaması halinde Noterin bilgisizliği veya hatası yüzünden sözleşme geçersiz hale gelmez, tarafın bundan zarar görmemesi gerekirdi. Oysa Noterlik Kanununun 89. maddesinde yazılı olupta, düzenleme yolu ile yapılmayan sözleşmeler hüküm ifade etmez. O halde kenar başlıktaki "zorunluk" geçerlik şartını ifade için konmuştur. Hal böyle olunca MK'nun 611/2. maddesi bu hükümle değiştirilmiş demektir. Öte yandan, maddede sayılanların çoğu, zaten kanunda "resmi senet" şeklinde düzenlenmesi öngörülen işlemlerdir. O halde bunlar maddede sıralanmakla, ötekilere de aynı niteliğin verilmesi sağlanmış diğer deyimle miras taksim sözleşmesi de geçerliği resmi senede bağlı sözleşme ve işlemler kategorisine alınmıştır. Aksi halde bunların metinde yer almaları anlamsız olurdu. Kanun koyucu "abesle, boş işle uğraşamayacağına göre, bu sıralamaya açıklanan anlamın verilmesi zorunluluğu vardır. Yorum kuralı bunu doğurur.”

⁷⁶⁵ Eren/Yücer Aktürk, s. 616; Eren, Paylaşma, s. 515; Dural/Öz, s. 478; Serozan/Engin, s. 607; İmre/Erman, s. 569; Özdemir, Şerh, s. 216; Antalya/Sağlam, s. 531..

⁷⁶⁶ Hauser, s. 78; Escher, Art. 634, N. 10; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 16; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 634, N. 9; Göksu, Art. 634, N. 5; Bosshardt, Art. 634, N. 6; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 6; Rouiller, Art. 634, N. 19; Vouilloz, Art. 634, N. 22; Wolf/Genna, s. 377; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 324; Pfaffli, s. 47; Bänziger, s. 321; Schmid, grundbuchrechtliche Aspekte, s. 310.

⁷⁶⁷ Akkuş, Sabahattin, **Tapu Sicilinde Miras Paylaşım Problemleri**, Selçuk Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2013, s. 22.

⁷⁶⁸ “...somut olayda olduğu gibi harici ve yazılı taksim sözleşmesi yerine tapu memuru önünde düzenlenen tüm mirasçıların gerek vekaleten ve gerekse asaleten iştirak ettikleri akitle ve resmi olarak yapılan taksimin yasal olmadığı söylenemez”. Yarg. 1. HD, T. 31.3.2008, E. 2008/1306, K. 2008/4121. (erişim tarihi: 10.02. 2019), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>. Söz konusu kararda yer alan karşı oy yazısında ise, mirasçıların tapuda içlerinden biri adına tescil yapabilmeleri için mutlaka yazılı paylaşma sözleşmesinin bulunması gerektiği ifade edilmektedir.

⁷⁶⁹ Bkz: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Takbis Eğitim Dökümanı, s. 6. (https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/mirasin_taksimi_0.pdf, erişim tarihi: 17.02.2019).

kayıtlı taşınmazların elden paylaşma sözleşmesine konu olabildikleri anlamına gelmez. Zira tapu memuru huzurunda yapılan paylaşma sözleşmesinde de öncelikle mirasçılarının beyanları doğrultusunda resmi senet oluşturulmakta ve sonrasında gerekli tescil işlemleri yapılmaktadır. Dolayısıyla, tapu memuru huzurunda yapılan paylaşma sözleşmesini, tıpkı noterde düzenleme şeklinde yapılan sözleşme gibi, yazılı paylaşma sözleşmesinin bir türü olarak değerlendirmek gerekmektedir. Burada tapu memurunun görevi, mirasçılarının iradelerini resmi senede dökmekten ibarettir. Böylelikle, mirasçılar adına yapılacak olan tescil işleminin hukuki sebebi meydana gelmiş olmaktadır.

2.2.2.2.4. Şekle Aykırılığın Sonuçları

Kanunda öngörülen şekle uygun olmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir. Nitekim TBK m. 12/2 hükmünde, öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Hal böyle olmakla birlikte, şekil eksikliği (*Formmängel*) sonucunda meydana gelen geçersizliğin hukuki niteliği oldukça tartışmalı bir konudur⁷⁷⁰. Bu konuda pek çok görüş bulunmakla birlikte⁷⁷¹, öğreti ve uygulamada öne çıkan iki temel görüşün var olduğu söylenebilir. Bunlar “kesin hükümsüzlük (butlan) görüşü” ve “kendine özgü geçersizlik” görüşüdür.

Kesin hükümsüzlük görüşüne göre, şekil eksikliği bulunan sözleşme baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz⁷⁷². Hâkim şekil eksikliğini tespit ettiği takdirde re’sen bunu göz önünde tutmak zorundadır. Belirli bir sürenin geçmesi, tarafların onay vermeleri ya da sözleşmenin ifası, şekle aykırı olan sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi, kesin hükümsüzlük görüşünü savunmaktadır⁷⁷³. Ancak gerek Yargıtay gerekse de Federal Mahkeme, şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması

⁷⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 307; Eren, Genel Hükümler, s. 327; Oğuzman/Öz, C. I, s. 154; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 162; Kut, Ahmet, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 11, N. 17; Becker, BK-OR, Art. 11, N. 9; Jäggi, ZK-OR, Art. 11, N. 103; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 11, N. 14-15; Kramer/Schmidlin, BK-OR, Art. 11, N. 110; Müller, BK-OR, Art. 11, N. 188; Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana, **BSK-Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art. 11, N. 16; Wiegand/Hurni, KUKO-OR, Art. 11, N. 10; Bucher, s. 169; Huguenin, Claire, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Dike Verlag, Zürich, 2016, s. 40 vd.

⁷⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 110 vd; Özbilen, Arif Barış, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 177 vd.

⁷⁷² Eren, Genel Hükümler, s. 327; Oğuzman/Öz, C. I, s. 154; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 507; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 163.

⁷⁷³ Kramer/Schmidlin, BK-OR, Art. 11, N. 110; Schwenzer/Fountoulakis, BSK-OR, Art. 11, N. 17; Jäggi, ZK-OR, Art. 11, N. 81; Kut, CHK-OR, Art. 11, N. 17; Eren, Genel Hükümler, s. 327; Oğuzman/Öz, C. I, s. 154; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 102; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 507; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 163.

(*Rechtsmissbrauchsverbots*) teşkil ettiği hallerde şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceğini kabul etmiş durumdadır⁷⁷⁴.

Kendine özgü geçersizlik (*Ungültigkeit sui generis/relative Nichtigkeit*) görüşü ise, şekil eksikliğinin tamamen taraflar arasında söz konusu olan bir geçersizlik türü olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁷⁷⁵. Bu sebeple, şekil eksikliğini yalnızca taraflar ileri sürebilir. Hâkim bunu re'sen dikkate alamaz. Kendine özgü geçersizlik görüşü, şeklin temel amacının tarafları korumak olmasından yola çıkmaktadır. Bu korumadan kendi iradesiyle vazgeçen taraf, sözleşmeden doğan borçlarını bilerek, isteyerek ve hiçbir yanılığa düşmeden ifa ettiği takdirde artık sözleşme geçerli hale gelir⁷⁷⁶. Esasen kesin hükümsüzlük görüşünü hakkın kötüye kullanılması yasağı ile yumuşatan Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesinin uygulaması ile kendine özgü geçersizlik görüşü arasında sonuçları bakımından bir fark bulunmamaktadır⁷⁷⁷.

Miras paylaşma sözleşmesi bakımından düşünülecek olursa, öncelikle şekle aykırılık sorununun elden paylaşma sözleşmesinde gündeme gelmeyeceği belirtilebilir. Zira elden paylaşma sözleşmesinin geçerliliği kanunda herhangi bir şekle bağlı kılınmamıştır. Mirasçılar sözlü olarak yaptıkları anlaşma çerçevesinde ilgili tereke unsurlarını fiilen aldıkları takdirde elden paylaşma sözleşmesi hem kurulmuş hem de ifa edilmiş olur. Şu halde elden paylaşma sözleşmesi yapan mirasçıların şekle aykırılığı ileri sürmeleri anlamsızdır. Burada olsa olsa sözleşmenin hiç kurulmadığı, diğer bir deyişle yok hükmünde olduğu ileri sürülebilir.

Şekle aykırılık sorunu, özellikle yazılı paylaşma sözleşmesinde kendisini gösterir. TMK m. 676/3 hükmünde yazılı şeklin bir geçerlilik şekli olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde, TMK m. 680 hükmü de, paylaşma sözleşmelerinin geçersizliği konusunda Borçlar Kanunu'nun geçersizliğe ilişkin hükümlerine atıf yapmaktadır. Şu halde yazılı paylaşma sözleşmesi bu şekle uygun olarak yapılmadığı takdirde geçersizdir. Öğretide bazı yazarlar, yazılı paylaşma sözleşmesinin şekle aykırı olması durumunda kesin hükümsüz olacağını belirtmişlerdir⁷⁷⁸. Diğer bazı yazarlara göre ise, burada kendine özgü geçersizlik söz konusudur⁷⁷⁹. Kanaatimizce de kendine özgü geçersizlik görüşüne üstünlük tanımak gerekir. Bu sebeple, paylaşma sözleşmesinin şekle aykırılığı sadece mirasçılar tarafından ileri sürülebilmelidir. Ancak sözleşmenin şekle aykırı olmasına kendisi sebep olan mirasçının sonradan buna dayanarak

⁷⁷⁴ **Huguenin**, s. 40; **Müller**, BK-OR, Art. 11, N. 188; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 11, N. 18. Bazı Federal Mahkeme Kararları için bkz: BGE 112 II 336; 112 II 111; 104 II 101; 98 II 316; 93 II 104.

⁷⁷⁵ **Eren**, Genel Hükümler, s. 329; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,1, s. 560; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 11, N. 23; **Müller**, BK-OR, Art. 11, N. 207; **Bucher**, s. 170.

⁷⁷⁶ **Eren**, Genel Hükümler, s. 329; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,1, s. 560; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 11, N. 23; **Müller**, BK-OR, Art. 11, N. 207; **Bucher**, s. 170.

⁷⁷⁷ **Eren**, Genel Hükümler, s. 327.

⁷⁷⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 734; **Escher**, Art. 638, N. 3; **Tuor/Picenoni**, Art. 638, N. 4; **Wolf/Genna**, s. 395; **Schäufelberger/Keller Lüscher**, Art. 638, N. 2; **Bürgi**, KUKO-ZGB, Art. 638, N. 6.

⁷⁷⁹ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 130; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 617; **Hauser**, s. 132; **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 336.

sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi, dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmelidir⁷⁸⁰. Yine bu görüşün sonucu olarak, şekle aykırı olan paylaşma sözleşmesinden doğan borçların mirasçılar tarafından hiçbir yanılığa düşmeden, bilerek ve istenerek ifa edilmeleri halinde sözleşmenin geçerli bir hukuki işleme dönüşeceğini (*Konvaleszenz*) belirtmek gerekir⁷⁸¹.

Öğretide şekle aykırı yazılı paylaşma sözleşmesinin mirasçılar tarafından ifasının, elden paylaşma olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir⁷⁸². Kanunda şekle tabi olmayan bir paylaşma sözleşmesi türünün öngörülmesi, kanun koyucunun miras paylaşımını kolaylaştırmak istediğinin bir göstergesidir. Kanunda yazılı paylaşma sözleşmesinin düzenlenmesi, mirasçıların tereke unsurları üzerinde bireysel hak sahipliği kurmadan önce kendi aralarında bağlayıcı bir sonuç doğurmalarını sağlamak içindir⁷⁸³. Dolayısıyla yazılı şekil, mirasçılar acele karar vermeden düşünmeye sevk ederek paylaşımın güvenli bir temele oturtulması amacını taşımaktadır⁷⁸⁴. Şu halde bunu göz ardı eden mirasçılar bakımından, sözleşmenin artık geçerli olduğu düşüncesinin hâkim olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁷⁸⁵.

Şekle aykırı paylaşma sözleşmeleri bakımından ileri sürülen bir başka husus, bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması meselesidir. Daha önce belirtildiği üzere, öğretide bazı yazarlar elden paylaşma sözleşmesini elden bağışlamaya, yazılı paylaşma sözleşmesini de bağışlama sözü vermeye benzetmektedirler⁷⁸⁶. Bu benzerlikten yola çıkarak, bağışlama sözü vermenin şekline ilişkin TBK m. 288/3 (*ZGB Art. 243, Abs. 3*) hükmünün paylaşma sözleşmesine uygulanmasının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmaktadır.

Bağışlama sözü verme, kural olarak yazılı şekle tabidir (TBK m. 288/1). Ancak şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan bağışlama sözü verme, bağışlayan tarafından yerine getirildiği takdirde elden bağışlama hükmündedir (TBK m. 288/3). Şu halde bağışlama sözleşmesine ilişkin bu hüküm kıyasen uygulanarak, şekle aykırı paylaşma sözleşmesinin ifası, elden bağışlama hükmünde kabul edilebilir mi? Kanaatimizce buna olumlu cevap vermek gerekir. Elden bağışlama sözleşmesiyle elden paylaşma arasında benzerlik olduğu ortadadır⁷⁸⁷. Yazılı şekle tabi kılınan bağışlama sözü vermenin ifası geçersizliği ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun, tarafların sözleşmenin ifasıyla ortaya çıkan durumu koruma

⁷⁸⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 617.

⁷⁸¹ Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 337. Eren/Yücer Aktürk, sözleşmenin mirasçılar tarafından ifasından sonra şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı olacağını belirtmektedir. Bkz. Eren/Yücer Aktürk, s. 617.

⁷⁸² Kılıçoğlu, Taksim, s. 131; Hauser, s. 137; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 338.

⁷⁸³ Hauser, s. 135; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 338.

⁷⁸⁴ Hauser, s. 135; Habicht, s. 74.

⁷⁸⁵ Hauser, s. 136; Habicht, s. 74.

⁷⁸⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 68; Kocayusufpaşaoğlu, s. 723; Hatemi, s. 146; Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Eren, Paylaşma, s. 513; Ozanemre Yayla, s. 190; Bosshardt, Art. 634, s. 1204; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, s. 905; Göksu, Art. 634, s. 417; Druey, § 16, s. 237.

⁷⁸⁷ Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 341.

iradelerine üstünlük tanındığı söylenebilir. Benzer bir düşünce, paylaşma sözleşmesi bakımından da ifade edilebilir. Mirasçıların şekle aykırı bir paylaşma sözleşmesini her türlü hatadan uzak olarak, kendi özgür iradeleriyle yerine getirmiş olmaları, onların şekil kuralına dayalı olarak korunmaları ihtiyacını ortadan kaldırır⁷⁸⁸. Öğretide, TBK m. 288/3 (ZGB Art. 243, Abs. 3) hükmünün kıyasen uygulanmasını engelleyecek somut bir hükmün bulunmadığı ifade edilmektedir⁷⁸⁹. Ayrıca, Alman Medeni Kanunu § 518, Abs. 2 hükmünde de bağışlama sözleşmesi bakımından vaad edilen ifanın yerine getirilmesinin şekil eksikliğini düzelteceği öngörülmüştür. Bu durum, kanun koyucuların şekil kurallarının amacını göz önünde tutarak basitleştirmeyi öngördükleri şeklinde yorumlanmaktadır⁷⁹⁰. Bağışlama sözleşmesinin şekli bakımından var olan basitleştirme ihtiyacı paylaşma sözleşmesinde de bulunduğundan, TBK m. 288/3 (ZGB Art. 243, Abs.3) hükmünün paylaşma sözleşmesinde uygulanmasını mümkün görmek gerekmektedir⁷⁹¹.

Bağışlayan tarafından ifa edilen bağışlama sözünün elden bağışlama sayılacağını öngören TBK m. 283/3 hükmünün ikinci cümlesinde, geçerliliği resmi şekle bağlanmış olan bağışlamalarda bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir. TBK m. 288/2 hükmü çerçevesinde bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Benzer bir durumun paylaşma sözleşmesinde de var olduğu söylenebilir. Daha önce belirtildiği üzere terekede bulunan taşınmazın paylaşılmasına dair sözleşme yazılı şekilde yapılmak durumundadır. Mirasçıların sözlü şekilde anlaşarak terekede bulunan taşınmazları fiili olarak kullanmaları, şekle aykırı sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Bu şekilde bir paylaşma, tapu sicilinde yapılacak tescilin hukuki sebebini oluşturamaz. Dolayısıyla fiili olarak kullanılan taşınmazlar üzerinde mirasçıların bireysel mülkiyet hakkı doğmaz. Yazılı paylaşma sözleşmesi bulunmadığı halde, terekede bulunan taşınmaz bir mirasçı adına tapuda tescil edilmişse, söz konusu tescil yolsuzdur. Ancak mirasçılar bilerek ve isteyerek bu sonucun ortaya çıkmasına sebep olmuşlarsa, sonradan tescilin yolsuz olduğunu ileri sürmeleri hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

Şekle aykırılığın sonuçlarıyla ilgili olarak buraya kadar ele alınan hususların mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi yönünden de geçerli olup olmadığına değinmek gerekmektedir. Daha önce izah edildiği üzere, kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin TMK m. 676/3

⁷⁸⁸ Hauser, s. 139; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 342.

⁷⁸⁹ Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 343.

⁷⁹⁰ Habicht, s. 78; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 343.

⁷⁹¹ Hauser, s. 141; Habicht, s. 76.

hükmüne kıyasen yazılı şekle tabi olduğu kabul edilmektedir⁷⁹². Söz konusu yazılı şekil bir geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla, mirasın açılmasından önce yazılı şekle uygun olmadan yapılan paylaşma sözleşmeleri geçersizdir. Peki, sonradan yapılan ifanın şekle aykırılığı ortadan kaldırdığına dair görüş burada da uygulanabilir mi? Kanaatimizce buna olumsuz cevap vermek gerekir. Zira mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler bakımından şekil kuralına duyulan ihtiyaç, mirasın açılmasından sonra yapılan sözleşmelere göre çok daha fazladır. Bu sözleşmede kanun koyucu, sözleşmenin geçerliliği bakımından mirasbırakanın katılması veya iznini şart koşturmaktadır. Mirasbırakanın katılması veya izni, bir anlamda şekil kuralına dâhildir ve onun bu beyanı da yazılı şekle tabi olmalıdır. Şu halde, şekle aykırı olarak yapılan mirasın açılmasından önceki sözleşmenin sonradan ifayla geçerli olacağını kabul etmek, kanun koyucunun ahlaka aykırılığı giderme amacına ters düşer. Diğer yandan, bu sözleşmenin yapısı gereği yüksek rizikolu olması da şekil kurallarına daha sıkı bağlı kalmayı gerektirmektedir. Bu sebeple, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi bakımından şekle aykırılığa uygulanacak yaptırımın kesin hükümsüzlük olması daha uygun olacaktır.

2.2.2.3. İrade Sakatlıklarının Bulunmaması

2.2.2.3.1. Genel Olarak

İrade sakatlığı, bir sözleşme yapılırken taraflardan birinin sözleşme iradesinin oluşumunda ya da beyanında meydana gelen bozukluğu ifade eder⁷⁹³. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların iradelerinin sağlıklı olması gerekmektedir. Bu durum, hiç şüphesiz ki miras paylaşma sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, miras paylaşma sözleşmesinde irade sakatlığı bulunan hallerde, TBK'nun ilgili hükümleri (m. 30 vd.) uygulama alanı bulmaktadır⁷⁹⁴. Bu çerçevede, kanunda “İrade bozuklukları” başlığı altında düzenlenen yanıltma, aldatma ve korkutma kavramlarını paylaşma sözleşmesi bakımından ele almak gerekmektedir.

⁷⁹² Özakman, s. 125; Yıldırım, 1995, s. 138; Zorlu, s. 116; Eren/Yücer Aktürk, s. 480; İmre/Erman, s. 556; Dural/Öz, s. 379; Serozan/Engin, s. 577; Antalya/Sağlam, s. 504; Özdemir, Şerh, s. 234; Escher, Art. 636, N. 10; Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 14; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636, N. 5; Göksu, Art. 636, N. 6; Bosshardt, Art. 636, N. 3; Jolles/Vlcek, Art. 636, N. 3; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 636, N. 4; Wolf/Genna, s. 387.

⁷⁹³ Eren, Genel Hükümler, s. 422; Kurşat, Zekeriya, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 161; Kut, CHK-OR, Art. 23-24, N. 1; Schmidlin, Bruno, BK-Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen, Art. 23-31 OR, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, Art. 23, N. 3; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 808; Von Tuhr/Peter, s. 298.

⁷⁹⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 124; Eren/Yücer Aktürk, s. 617; İmre/Erman, s. 572; Dural/Öz, s. 479; Özdemir, Şerh, s. 262; Ozanemre Yayla, s. 216; Hauser, s. 114; Escher, Art. 638, N. 2; Göksu, Art. 638, N. 3; Bosshardt, Art. 638, N. 1; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 638, N. 1; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 638, N. 2; Vouilloz, Art. 638, N. 2; Rouiller, Art. 638, N. 2; Bürgi, KUKO-ZGB, Art. 638, N. 3; Wolf/Genna, s. 395; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 331.

2.2.2.3.2. Yanılma

Türk Borçlar Kanunu m. 30 hükmüne göre, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf sözleşme ile bağlı değildir. Şu halde sözleşmeler bakımından önem arz eden yanılma, esaslı yanılmadır (*Grundlagenirrtum*)⁷⁹⁵. Esaslı olmayan yanılma sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Paylaşma sözleşmesinin kurulmasında mirasçılardan biri ya da birkaçı esaslı yanılmaya düşmüşse, sözleşmenin iptali söz konusu olabilir.

Esaslı yanılma, açıklamada yanılma ya da saikte yanılma şeklinde karşımıza çıkabilir. Açıklanan beyanın gerçek işlem iradesine uygun olmaması halinde açıklamada yanılma (*Erklärungs- oder Äusserungsirrtum*) vardır⁷⁹⁶. TBK m. 31 hükmünde özellikle esaslı sayılacak açıklamada yanılma halleri, sınırlayıcı olmayacak şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla, mirasçılardan birinin burada sayılan yanılma halleri sebebiyle iradesi sakatlanmışsa, sözleşmenin iptalini talep edebilir. Söz gelimi mirasçılardan biri, köyün kuzey tarafındaki tarım arazisini istediği halde yanılarak güney taraftaki tarım arazisi için irade beyanında bulunmuşsa, esaslı yanılma meydana gelir⁷⁹⁷. Yine, gerçekte mirasçılık sıfatına sahip olmayan kişinin paylaşma sözleşmesine taraf olması durumunda da yanılma sebebiyle sözleşmenin iptali mümkündür⁷⁹⁸.

Saikte yanılma (*Motivirrtum*), TBK m. 32 hükmü gereğince esaslı bir yanılma olarak kabul edilmez⁷⁹⁹. Bu sebeple, mirasçılardan biri saik yanılmasına düştüğü takdirde buna dayanarak paylaşma sözleşmesinin iptalini talep edemez. Örneğin mirasçılardan biri, ekonomik olarak daha değerli olduğunu zannettiği için, terekede bulunan taşınmazlardan birini istediğine dair beyanda bulunmuş olsun. Bu durumda söz konusu taşınmaz mirasçının zannettiği kadar değerli değilse o mirasçı saikte yanılmış olur. Ancak mirasçının bu yanılması, paylaşma sözleşmesini iptal etme hakkı vermez. Saikte yanılma, ölüme bağlı tasarruflar bakımından iptal

⁷⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 430; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 395; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 203; Oğuzman/Öz, C. I, s. 92; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 374; Kurşat, İstanbul Şerhi, s. 162; Bucher, s. 206; Becker, BK-OR, Art. 23, N. 8; Dasser, Felix, OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 23, N. 7; Schmidlin, BK-OR, Art. 24, N. 92; Huguenin, s. 56. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s. 30 vd.

⁷⁹⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 429; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 396; Oğuzman/Öz, C. I, s. 92; Bucher, s. 196; Kut, CHK-OR, Art. 23-24, N. 16; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 809; Becker, BK-OR, Art. 23, N. 6; Schmidlin, BK-OR, Art. 24, N. 26.

⁷⁹⁷ “ Davacı, davalının annesi ile kardeş olduklarını, miras bırakandan kalan taşınmazlar için miras taksim sözleşmesi yaptıkları sırada, hataya düşerek 54 parsel sayılı taşınmaz yerine 55 parsel sayılı taşınmazın adına tescili yönünde anlaştıklarını, davalının annesinin bu durumu bildiğini ve muvazaalı olarak taşınmazı davalı oğluna devrettiğini ileri sürerek davalı adına olan 54 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptali ile adına tesciline karar verilmesini istemiştir ”. Yarg. 1. HD, T. 10.01.2018, E. 2017/5229, K. 2018/87. (erişim tarihi: 18.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁷⁹⁸ Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 332.

⁷⁹⁹ Becker, BK-OR, Art. 23, N. 5; Kut, CHK-OR, Art. 23-24, N. 16; Dasser, OFK-OR, Art. 23, N. 6; Huguenin, s. 57; Bucher, s. 206; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 209; Kurşat, İstanbul Şerhi, s. 175.

sebebi teşkil eder. Ancak paylaşma sözleşmesi ölüme bağlı tasarruf değildir⁸⁰⁰. Hal böyle olmakla birlikte, saikte yanılma paylaşma sözleşmesinin temelini oluşturan bir olguyla ilgili olduğu takdirde esaslı yanılma olarak kabul edilebilir⁸⁰¹. Ancak yanılan mirasçının yanıldığı hususu bilmesi durumunda sözleşmeyi hiç veya mevcut şartlarla yapmayacağı kabul edilebilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına⁸⁰² konu olan olayda, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufla terekesinin $\frac{1}{4}$ 'ünü kardeşlerine, geri kalan $\frac{3}{4}$ 'ünü ise “müstakbel kocası” olarak tanımladığı Bay T.'ye bıraktığını belirtmiştir. Bay T resmi olarak halen evlidir fakat mahkeme kararıyla eşinden ayrı yaşamaktadır. Mirasbırakanın geride kalan iki kardeşi ve Bay T, ölüme bağlı tasarrufa bağlı kalarak paylaşma sözleşmesi yaparlar. Ancak daha sonra Bay T, ayrı yaşadığı eşine geri döner. Bay T'nin gerçekte evli olduğunu öğrenen mirasçılar, paylaşma sözleşmesinin iptali için dava açarlar. Federal mahkeme bu olayda, davacıların ölüme bağlı tasarrufun geçerli olduğu yönündeki kabullerinin paylaşma sözleşmesinin temelini oluşturduğuna ve bu sebeple ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olduğunun ispatlanması durumunda sözleşmenin esaslı yanılma nedeniyle bağlayıcı olmayacağına karar vermiştir.

Saikte yanılma ile ilgili Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir başka olayda ise mirasçılar A ve B, terekede bulunan iki adet tablonun paylaşılması konusunda anlaşarak objektif bir kısmi paylaşma yapmışlardır. A'nın aldığı tablo daha değerlidir ve bunun için B'ye denkleştirme bedeli olarak bir miktar para ödemiştir. Ancak daha sonra, A'ya ait olan tablonun ünlü İtalyan ressam Maler Pontormo'ya ait olduğu ve bu sebeple çok daha değerli olduğu ortaya çıkmıştır. Bunun üzerinde B, yanılmaya dayanarak sözleşmenin iptalini talep etmiştir. Federal Mahkeme, mirasçıların tablolar arasındaki değer farkının bu derece fazla olduğunu öngörmediklerini, bu sebeple B'nin bu durumu sözleşmenin temeliyle ilgili bir yanılma olarak kabul etmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir⁸⁰³. Federal Mahkeme'ye göre mirasçılar tabloların az çok birbirine yakın değerde olduğunu düşünmüşlerdir ve olayın özelliğine bakıldığında, eşitlik ilkesinden sapmayı gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Söz konusu karar, bir anlamda paylaşma sözleşmesinin yapılması bakımından tereke unsurlarının değer tespitinin yapılmasının önemini de göstermektedir. Zira böyle bir tespit, sonradan meydana gelen yanılmaya dayalı iptal taleplerini bertaraf etmek bakımından etkili olabilecektir⁸⁰⁴.

Saikte yanılma konusunda önem arz eden bir diğer husus, kanun hükmünü bilmemenin (*Rechtsirrtum*) esaslı yanılma sayılıp sayılmayacağı meselesidir. Bir görüşe göre, kanun

⁸⁰⁰ Hauser, s. 115; Kılıçoğlu, Taksim, s. 124.

⁸⁰¹ Escher, Art. 638, N. 5; Tuor/Picenoni, Art. 638, N. 6; Hauser, s. 115; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 332.

⁸⁰² BGE 73 II 19.

⁸⁰³ BGer 5A_337/2013. Ayrıca bkz. Arnet, Ruth, “Grundlagenirrtum bei der Teilung”, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, 9 (2), Schulthess Verlag, 2015, s. 109 vd.

⁸⁰⁴ Arnet, s. 114.

hükümünü bilmeme daima basit bir saikte yanılmadır ve iptale sebep olamaz⁸⁰⁵. Federal Mahkeme de bu görüşü savunmaktadır⁸⁰⁶. Diğer görüşe göre ise, bu şekilde bir yanılma eğer şartları varsa temel hatası olarak kabul edilebilir⁸⁰⁷. Paylaşma sözleşmesi özelinde İsviçre öğretisinde yer alan bir görüş, mirasçılar kanun hükümlerine göre paylaşma yapmak zorunda olduklarını zannetmeleri durumunda yanılmanın kabul edilebileceğini ifade etmektedir⁸⁰⁸. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, paylaşma sözleşmesinin tarafı olan mirasçılardan biri, Almanya’da yaşadığı için Türk miras hukukunu bilmediğini, bu sebeple iradesinin sakatlandığını ileri sürmüştür. Söz konusu karara göre bu durumun irade bozukluğuna yol açabileceği belirtilmiş ancak kararda yanılma yönünden değil aşırı yararlanma yönünden inceleme yapılmıştır⁸⁰⁹. Kanaatimizce de kanun hükmünden haberdar olmamak, esaslı yanılma değil, şartları varsa aşırı yararlanmaya yol açan bir durum teşkil edebilir. Zira kanun hükmünü bilmemek, saik hatasını esaslı hata olarak kabul etmek için gerekli olan objektif ve sübjektif unsurları bünyesinde barındırmamaktadır⁸¹⁰.

Esaslı yanılmaya düşen mirasçı, bu yanılmasını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez (TBK m. 34/1). Örneğin yanılmaya rağmen sözleşmenin ifası yanılan tarafı zarara uğratmıyorsa, sözleşmenin iptalini ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırı düşer⁸¹¹. Öte yandan, TBK m. 34/2 hükmünde, diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kasdettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda sözleşmenin bu anlamda kurulmuş sayılacağı düzenlenmiştir (*Umwandlung oder Konversion*)⁸¹². Dolayısıyla diğer mirasçı veya mirasçılar, yanılanın istediği şekilde sözleşmenin kurulmasına rıza gösterirlerse, artık sözleşme iptal edilemez.

2.2.2.3.3. Aldatma

Aldatma (*Täuschung*), bir kimseyi irade beyanında bulunmaya yönlendirmek için onda kasıtlı olarak yanlış kanaat uyandırmak veya var olan yanlış kanaati sürdürmeye çalışmak

⁸⁰⁵ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 101; **Becker**, BK-OR, Art. 24, N. 19; **Kut**, CHK-OR, Art. 23-24, N. 26; **Dasser**, OFK-OR, Art. 24, N. 4; **Schmidlin**, Art. 24, N. 221.

⁸⁰⁶ BGE 4A_120/2008; BGE 48 II 379; BGE 103 II 129.

⁸⁰⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 114.

⁸⁰⁸ **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 331.

⁸⁰⁹ “*Dinlenen tanıklar beyanlarında sözleşmenin iptali isteminde bulunan davacı Ş.’in yurt dışında yaşaması nedeniyle kanunu bilmemesi haricinde, irade bozukluğuna neden olabilecek başkaca bir anlatımda bulunmamış, davalı tarafta yer alan A.’nin psikolojik rahatsızlığı iddia edilmişse de, ileri sürülen bu rahatsızlığın varlığına ve bu rahatsızlık nedeniyle ayırtım gücünün bulunmadığına ilişkin somut bir delil ibraz edilmemiştir. Hal böyle iken mahkemece, irade bozukluğu nedenleri ispat edilemediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken...*” Yarg. 8. HD, T. 15.05.2014, E. 2013/13807, K. 2014/9745. (erişim tarihi: 02.06.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸¹⁰ **Hauser**, s. 117.

⁸¹¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 442.

⁸¹² **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 848; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 25, N. 19; **Kut**, CHK-OR, Art. 25, N. 6; **Bucher**, s. 215; **Huguenin**, s. 53.

anlamına gelir⁸¹³. TMK m. 36/1 hükmüne göre, taraflardan biri diğerinin aldatması neticesinde sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile sözleşmeyle bağlı olmaz. Aldatmada aldatan taraf, aldatılan tarafın saikte yanılmaya düşmesine sebep olmaktadır. Ancak burada sözleşmenin iptali için aldatılanın düştüğü saik yanılmasının esaslı olması gerekmez. Şu halde, paylaşma sözleşmesinde mirasçılardan biri, diğer mirasçı veya mirasçılar tarafından aldatılmışsa, düştüğü yanılma basit bir saik yanılması olsa bile sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olur.

Aldatmadan bahsedebilmek için bir aldatma fiilinin (*Täuschendes Verhalten*) var olması gerekmektedir. Bu fiil aktif bir davranış şeklinde olabileceği gibi, pasif bir davranış olarak da karşımıza çıkabilir⁸¹⁴. Söz gelimi, mirasçılardan birinin diğer mirasçılara kasıtlı olarak yanlış bilgi vermesi aktif davranışla aldatma fiilidir. Aynı mirasçının, paylaşma bakımından önem arz eden bir konuda susarak diğer mirasçılara bilgi vermemesi ise pasif davranışla aldatma teşkil eder⁸¹⁵. Dolayısıyla bu noktada paylaşmaya hâkim olan ilkelerden biri olan “ bilgi verme yükümlülüğü ” (*Auskunftspflicht*) önem taşımaktadır⁸¹⁶. Mirasçılardan özellikle hangi hususlarda bilgi vermekle yükümlü oldukları, TMK m. 646/3 ve 649/2 hükümlerinde belirtilmiştir. Ancak bilgi verme yükümlülüğü bunlarla sınırlı değildir. Bir mirasçının diğer mirasçılara karşı bilgi verme yükümlülüğü altında olup olmadığına dürüstlük kuralı çerçevesinde karar verilmelidir⁸¹⁷.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda⁸¹⁸, mirasçılardan biri diğer mirasçıların da onayıyla terekede bulunan taşınmazların değer tespiti için iki ayrı ekspertiz raporu düzenlettirmiş ve mirasçılar bu raporlar doğrultusunda anlaşarak noterde paylaşma sözleşmesi yapmışlardır⁸¹⁹. Sözleşme gereğince taşınmazların devri gerçekleştirildikten bir süre sonra,

⁸¹³ Eren, Genel Hükümler, s. 446; Oğuzman/Öz, C. I, s. 109; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 452; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 445; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 218; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 396; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 856; Von Tuhr/Peter, s. 320; Bucher, s. 219; Kut, CHK-OR, Art. 28, N. 1; Becker, BK-OR, Art. 28, N. 2; Dasser, OFK-OR, Art. 28, N. 1; Schmidlin, BK-OR, Art. 28, N. 7; Schwenzer/Fountoulakis, BSK-OR, Art. 28, N. 3; Blumer, Maja, *Kurzkomentar Obligationenrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, Art. 28, N. 4; Huguenin, s. 62.

⁸¹⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 447; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 453; Oğuzman/Öz, C. I, s. 110; Kurşat, İstanbul Şerhi, s. 192; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 397; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 219; Von Tuhr/Peter, s. 322; Bucher, s. 220; Kut, CHK-OR, Art. 28, N. 4; Dasser, OFK-OR, Art. 28, N. 4; Blumer, KUKO-OR, Art. 28, N. 4; Schwenzer/Fountoulakis, BSK-OR, Art. 28, N. 6; Schmidlin, BK-OR, Art. 28, N. 13; Huguenin, s. 62.

⁸¹⁵ Kılıçoğlu, Taksim, s. 125; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 334.

⁸¹⁶ Hauser, s. 118; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 334.

⁸¹⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 125.

⁸¹⁸ Yarg. 8. HD, T. 14.10.2014, E. 2014/179, K. 2014/18279. (erişim tarihi: 27.11.2019), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸¹⁹ Eggel, mirasçılardan paylaşma sözleşmesi yapmadan önce terekede bulunan malların değerlerinin özel bir değerlendirme uzmanı (Privatgutachter) aracılığıyla tespit edilmesinin, özellikle irade sakatlıklarına dayalı olarak sözleşmenin iptaline yönelik talepleri önleyebileceğini ifade etmektedir. Bkz: Eggel, Martin, “Beständigkeit von der Erbteilung zugrunde gelegten Verkehrswertgutachten in späteren Auseinandersetzungen”, *Successio - Zeitschrift für Erbrecht*, 2017, s. 13 vd.

mirasçılardan biri, ekspertiz raporlarını düzenlettiren mirasçının bazı taşınmazların değerini düşük göstermek suretiyle kendilerini yanılttığını ileri sürerek aldatma nedeniyle sözleşmenin iptalini talep etmiştir. Bu olayda Yargıtay, ekspertiz raporlarının sözleşmenin yapılmasından önce bütün mirasçıların incelemesine sunulduğunu, ayrıca aldatma fiilini işlediği ileri sürülen mirasçının bulunduğu yer ve hukuki durumu itibarıyla sorunlu taşınmazları aldığını belirterek aldatmanın söz konusu olmadığına karar vermiştir. Kararda ayrıca, paylaşma sözleşmesinden sonra bir kısım taşınmazların kentsel dönüşüm sebebiyle değerinin artmasının sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceği de belirtilmiştir. Kanaatimizce burada mirasçılardan birinin diğer mirasçılara düşen taşınmazların sonradan değer kazanması sebebiyle sözleşmeyi iptal ettirmeye çalışması dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz.

İsviçre’de Graubünden Kanton mahkemesinin kararına konu olan bir olayda⁸²⁰ ise, mirasbırakanın sağ kalan eşi ve altı çocuğu miras paylaşma sözleşmesi yapmışlardır. Sözleşme büyük oranda taşınmazların paylaşılmasını içermektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonra, sağ kalan eşin mirasbırakana ait bankada bulunan bir miktar parayı gizlediği ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine mirasçılardan biri, sözleşmeye konu olan taşınmazların tapuda devri için muvafakat vermeye yanaşmamıştır. Daha sonra sağ kalan eş, paylaşma sözleşmesinin ifası için dava açmış, davalı mirasçı ise sözleşmenin aldatma nedeniyle iptalini talep eden bir karşı dava açmıştır. Mahkeme, sağ kalan eşin bankadaki paradan bahsetmemesini aldatma olarak kabul etmiştir. Görüldüğü üzere bu olayda bilgi verme yükümlülüğünün ihlal edilmesi söz konusudur.

Aldatma fiili, sözleşmenin iptali bakımından tek başına yeterli değildir. Bunun dışında, aldatan tarafın kasıtlı olarak (*Täuschungsabsicht*) aldatma fiilini gerçekleştirmiş olması gerekmektedir⁸²¹. Kasıt bulunmayan hallerde aldatmadan bahsedilemez. Ayrıca, aldatma fiiliyle sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının (*Kausalität oder Kausalzusammenhang*) da bulunması zorunludur⁸²². Diğer bir deyişle aldatılan mirasçı, aldatma fiili sebebiyle paylaşma sözleşmesini yapmış olmalıdır.

Terekede bulunan bazı malların bir veya birkaç mirasçı tarafından gizlenmiş olması halinde aldatma meydana gelmiş olur. Ancak söz konusu mallar unutulduğu ya da bilinmediği için paylaşma sözleşmesine dâhil edilmemişse, bu durum aldatma sebebiyle sözleşmenin iptali hakkını vermez⁸²³. Mirasçılar sözleşme dışında kalan mallar hakkında ayrıca bir paylaşma

⁸²⁰ **Hauser**, s. 118-119.

⁸²¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 448; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 219; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 454; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 111; **Kurşat**, İstanbul Şerhi, s. 193; **Von Tuhr/Peter**, s. 321; **Kut**, CHK-OR, Art. 28, N. 7; **Becker**, BK-OR, Art. 28, N. 9; **Dasser**, OFK-OR, Art. 28, N. 3; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 28, N. 67; **Bucher**, s. 220.

⁸²² **Bucher**, s. 220; **Huguenin**, s. 63; **Kut**, CHK-OR, Art. 28, N. 10; **Becker**, BK-OR, Art. 28, N. 11; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,1, s. 401; **Kurşat**, İstanbul Şerhi, s. 193.

⁸²³ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 125.

sözleşmesi yapabilirler. Hal böyle olmakla birlikte, söz konusu malların varlığı bilinseydi sözleşmenin bu şartlarla yapılmayacağı kanıtlandığı takdirde, esaslı yanılmaya dayanılarak sözleşmenin iptali yoluna gidilmesi mümkün olabilir⁸²⁴.

Aldatma fiili, mirasçılardan biri tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmişse, bu ihtimalde de sözleşme iptal edilebilir⁸²⁵. Ancak bunun için, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması aranmaktadır (TBK m. 36/2). Şu halde mirasçılardan biri üçüncü kişinin aldatmasına dayanarak iptal yoluna gitmek istediği takdirde, paylaşma sözleşmesinin tarafı olan diğer mirasçı veya mirasçıların aldatmayı bildiğini ya da bilecek durumda olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Öğretide özellikle vasiyeti yerine getirme görevlisinin ve tereke temsilcisinin bu anlamda üçüncü kişi olarak kabul edileceği belirtilmektedir⁸²⁶. Vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasçılardan biriyle anlaşma halinde olarak tereke mallarından bazılarını gizlediği takdirde, aldatılan mirasçı buna dayanarak sözleşmenin iptalini talep edebilir. Ancak vasiyeti yerine getirme görevlisinin bazı malları bütün mirasçılardan gizlemesi durumunda aldatmadan bahsedilemez⁸²⁷. Bu ihtimalde mirasçıların gizlenen mallar üzerindeki hak sahipliği devam etmektedir ve sonradan yapılacak yeni bir paylaşma sözleşmesine konu edilebilirler.

2.2.2.3.4. Korkutma

Korkutma (*Drohung*), bir kimseyi sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla kasten onda korku yaratmak veya var olan korkudan yararlanmak demektir⁸²⁸. TBK m. 37/1 hükmünde taraflardan birinin, diğer tarafın veya üçüncü kişinin korkutması sonucu sözleşme yaptığı takdirde bu sözleşmeyle bağlı olmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, mirasçılardan biri diğer mirasçının ya da üçüncü kişinin yönelttiği tehdit sonucunda paylaşma sözleşmesi yapmışsa, sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olur⁸²⁹. Ancak korkutmadan bahsedebilmek için, bunun ağır ve yakın bir tehlike (*erhebliche und nähe Gefahr*) meydana getirmesi gerektiği gibi, hukuka

⁸²⁴ Kılıçoğlu, Taksim, s. 126. Aksi görüşte: Escher, Art. 638, N. 4.

⁸²⁵ Kılıçoğlu, Taksim, s. 126.

⁸²⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 126; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 334; Hauser, s. 119.

⁸²⁷ Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 335.

⁸²⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 452; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 471; Oğuzman/Öz, C. I, s. 114; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 449; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 405; Von Tuhr/Peter, s. 325; Becker, BK-OR, Art. 29, N. 2; Schmidlin, BK-OR, Art. 29, N. 2; Schwenger/Fountoulakis, BSK-OR, Art. 29-30, N. 3. Ayrıntılı bilgi için bkz: Demirbaş, Harun, *Türk Borçlar Kanunu'nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 4 vd; Köroğlu, Emre, *Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 46 vd.

⁸²⁹ “ Diğer davalı..., sözleşme sırasında eşi ile ağabeyinin dargın olduklarını ve ağabeyinin kendisini çağırarak zorla, tehditle, eşine zarar vereceğini söyleyerek sözleşmeye parmak bastırdığını, okuma yazması olmadığını, yerleri erkeklerin kendilerinin paylaştığını, kızkardeşi ...'ın kabul etmesi halinde kendisinin de bu şekilde paylaşımı kabul ettiğini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur. ” Yarg. 8. HD, T. 05.04.2011, E. 2010/4703, K. 2011/1958. (erişim tarihi: 05.02.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

aykırılık (*Widerrechtlich*) nitelikte olması da zorunludur⁸³⁰. Ayrıca aldatmada olduğu gibi, burada da korkutma fiili ile sözleşmenin kurulması arasında bir illiyet bağının var olması gerekmektedir.

Korkutmanın manevi nitelikte (*vis compulsiva*) olması gerekir⁸³¹. Diğer bir deyişle mirasçı, korkutma nedeniyle psikolojik olarak kendisini paylaşma sözleşmesi yapmaya mecbur hissetmelidir⁸³². Fiziksel anlamda bir zorlama (*vis absoluta*) sonucunda sözleşme yapılmışsa, burada gerçek anlamda sözleşme iradesinden bahsedilemeyeceği için sözleşme kurulmuş olmaz⁸³³. Dolayısıyla bu ihtimalde sözleşmenin iptalinden değil, yokluğundan bahsedilebilir⁸³⁴.

Korkutmayla ilgili olarak, özellikle bir hakkın veya yetkinin kullanılacağına dair korkutmanın hukuka aykırılık olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir. Kural olarak bir hakkın veya yetkinin kullanılacağı ileri sürülerek yapılan sözleşme korkutma sebebiyle iptal edilemez⁸³⁵. Söz gelimi mirasçılardan biri, sözleşme yapmadığı takdirde paylaşma davası açacağını ve bu sebeple çevresi tarafından ayıplanacağını ileri sürerek diğer mirasçıyı sözleşme yapmaya yöneltmişse, korkutmadan bahsedilemez. Ancak TBK m. 38/2 hükmü, hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması hâlinde korkutmanın varlığının kabul edileceğini düzenlemektedir. İsviçre öğretisinde, içerik itibarıyla mirasın paylaşılmasıyla bir bağlantısı bulunmayan korkutma fiillerinin hukuka aykırılık kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁸³⁶. Örneğin, mirasçılardan biri diğer mirasçıyı paylaşma sözleşmesini imzalamadığı takdirde vergi kaçakçılığından dolayı ihbar edeceğini söylemişse, hukuka aykırılık bir korkutma olduğu kabul edilmelidir⁸³⁷.

Mirasçılar dışındaki üçüncü kişinin korkutması da sözleşmeyi iptal etme hakkı verir. Ancak korkutulan dışındaki mirasçı veya mirasçılar korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen mirasçı, hakkaniyet gerektirdiği takdirde diğer mirasçı veya mirasçılara tazminat ödemek durumundadır (TBK 37/2).

⁸³⁰ **Becker**, BK-OR, Art. 29, N. 3-4; **Kut**, CHK-OR, Art. 29-30, N. 3-6; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 29-30, N. 17-33; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 29-30, N. 7; **Huguenin**, s. 65; **Demirbaş**, s. 61 vd; **Köroğlu**, s. 127 vd.

⁸³¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 453; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 29-30, N. 3; **Bucher**, s. 224.

⁸³² **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 335.

⁸³³ **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 472; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 29-30, N. 3; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 29-30, N. 4; **Von Tuhr/Peter**, s. 325; **Bucher**, s. 224; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,1, s. 406; **Kurşat**, İstanbul Şerhi, s. 201.

⁸³⁴ İsviçre öğretisinde hükümsüz olacağı yönünde: **Hauser**, s. 121; **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 335.

⁸³⁵ **Von Tuhr/Peter**, s. 326; **Bucher**, s. 226; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR, Art. 29-30, N. 8; **Blumer**, KUKO-OR, Art. 29, N. 5; **Demirbaş**, s. 70; **Köroğlu**, s. 137.

⁸³⁶ **Hauser**, s. 121.

⁸³⁷ **Hauser**, s. 121.

2.2.2.3.5. İrade Sakatlığının Yaptırımı

Yanılma, aldatma ya da korkutma neticesinde yapılmış bir sözleşmeye hangi yaptırımın uygulanacağı tartışmalıdır. Kanunun muhtelif hükümlerinde (TBK m. 30, 36, 37) iradesi sakatlanan kimsenin sözleşmeyle bağlı olmayacağı ifade edilmiştir. Buradan yola çıkılarak, irade sakatlıklarını uygulanan yaptırım genellikle tek taraflı bağlamazlık (*einseitige Unverbindlichkeit*) olarak kabul edilmektedir⁸³⁸. Ancak tek taraflı bağlamazlıktan ne anlaşılması gerektiği noktasında muhtelif görüşler vardır.

Bazı yazarlara göre tek taraflı bağlamazlıktan anlaşılması gereken şey iptaldir (*Anfechtung*)⁸³⁹. İptal teorisine göre sözleşme geçerli olarak kurulmuştur ve iradesi sakatlanan tarafın iptal hakkını kullanmasına kadar geçerliliğini korur. İptal hakkının kullanılmasıyla birlikte ise sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmış olur. Diğer bazı yazarlara göre ise, tek taraflı bağlamazlıkla kastedilen şey geçersizliktir (*Ungültigkeit*)⁸⁴⁰. Bu görüşe göre sözleşme baştan itibaren geçersiz olup hüküm ve sonuç doğurmaz. Ancak iradesi sakatlanan taraf, kanunda belirtilen süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmezse sözleşme geçerli hale gelmiş olur.

Kanaatimizce iptal teorisine üstünlük tanımak gerekir. Zira iradesi sakatlanan kişiye tanınan hak sözleşmeyi iptal etme hakkıdır. İptal ise, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması anlamına gelir⁸⁴¹. Şu halde, miras paylaşma sözleşmesi bakımından mirasçılardan birinin iradesinin sakatlanmış olması durumunda sözleşme geçerli olarak kurulmuştur. Ancak iradesi sakatlanan mirasçı, TBK m. 39'a göre bir yıl içerisinde iptal hakkını kullanabilir.

İptal hakkı, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır. Bu bakımdan iptal hakkının kullanımı herhangi bir şekle tabi değildir⁸⁴². Yazılı paylaşma sözleşmesi yapan

⁸³⁸ **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, Band I, N. 888; **Kut**, CHK-OR, Art. 31, N. 2; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 31, N. 5; **Bucher**, s. 209; **Huguenin**, s. 55; **Eren**, Genel Hükümler, s. 409.

⁸³⁹ **Dasser**, OFK-OR, Art. 31, N. 3; **Kut**, CHK-OR, Art. 31, N. 6; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 31, N. 12; **Eren**, Genel Hükümler, s. 410; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 212; **Kurşat**, İstanbul Şerhi, s. 205.

⁸⁴⁰ **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, Band I, N. 890. *Oğuzman/Öz'e göre sözleşme, iradesi sakatlanan taraf bakımından düzelebilir hükümsüzlük, karşı taraf bakımından ise iptal edilme bozucu şartına bağlı geçerlilik halindedir. Bkz: Oğuzman/Öz, C. I, s. 118. Öte yandan öğretide "bölünmüş geçersizlik (geteilten Ungültigkeit)" olarak ifade edilen bir görüş de ileri sürülmüştür. Bkz: Von Tuhr/Peter, s. 338. Bu görüşlerin eleştirisi için bkz: Eren, Genel Hükümler, s. 410 vd.*

⁸⁴¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 410. Yargıtay'ın da iptal görüşünü kabul ettiği söylenebilir. "6098 s. Türk Borçlar Kanununun (TBK) 36/1. (818 s. Borçlar Kanunun (BK) 28/1.) maddesinde açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya yöneltilmişse yanılma (hata) esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değinen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir."

Yarg. 1. HD, T. 26.09.2018, E. 2015/ 16190, K. 2018/12766. (erişim tarihi: 09.01.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸⁴² **Bucher**, s. 211; **Dasser**, OFK-OR, Art. 31, N. 11; **Kut**, CHK-OR, Art. 31, N. 9; **Schmidlin**, BK-OR, Art. 31, N. 68; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, Band I, N. 904; **Eren**, Genel Hükümler, s. 412; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 119; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 212.

mirasçılardan biri, sözlü olarak iptal beyanında bulunabilir. Ancak bu beyanın diğer bütün mirasçılara karşı yapılmış olması gerekir.

Türk Borçlar Kanunu m. 39’da öngörülen bir yıllık süre hak düşürücü süredir (*Verwirkungsfrist*)⁸⁴³. Söz konusu süre, yanılma ve aldatmada, kişinin yanıldığını ve aldatıldığını öğrendiği tarihten itibaren başlar. Korkutmada ise korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı an, hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak kabul edilmiştir.

İptal hakkının kullanılabilmesi için dava açmak zorunlu değildir⁸⁴⁴. Ancak uygulamada paylaşma sözleşmesi bakımından genellikle ifa gerçekleştikten sonra mirasçılardan biri taşınmazlar için tapu iptal ve tescil davası açmakta ve söz konusu davada irade sakatlığını ileri sürmektedir. Bu durumda, irade sakatlığını ileri süren mirasçının irade sakatlığının unsurlarının gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, yazılı paylaşma sözleşmesinin bulunması durumunda yanılmanın yazılı belge ile ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁴⁵. Başka bir kararda ise Yargıtay, yanılmanın her türlü delille ispat edilebileceğini ifade etmektedir⁸⁴⁶. Yine bu davalar bakımından önem taşıyan bir başka husus, özellikle yanılma ve aldatmayı ileri süren mirasçının bu durumu ne zaman öğrendiğini ispat etmesidir. Zira mirasçının hak düşürücü süre içerisinde dava açmadığının tespit edilmesi halinde davanın

⁸⁴³ **Schmidlin**, BK-OR, Art. 31, N. 128; **Dasser**, OFK-OR, Art. 31, N. 13; **Kut**, CHK-OR, Art. 31, N. 21; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, Band I, N. 906; **Eren**, Genel Hükümler, s. 412; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 119.

⁸⁴⁴ **Eren**, Genel Hükümler, s. 414; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 120; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 212; **Kurşat**, İstanbul Şerhi, s. 209; **Kut**, CHK-OR, Art. 31, N. 10; **Dasser**, OFK-OR, Art. 31, N. 11.

⁸⁴⁵ “...taksim sözleşmesinin geçerliliği 10.12.1952 tarih, 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Mirasçılar haricen bir taksim sözleşmesi yapmamışlar, resmi memur önünde akit düzenlenmesi suretiyle taksim iradelerini gerçekleştirmişlerdir. Bu durumda, HUMK. nun 288 ve 290. maddesi düzenlemeleri karşısında iddianın yazılı belge ile ispatı zorunludur. Somut olayda, HUMK. nun 293. maddesi hükmünün de uygulama yeri bulunmadığı açıktır.” Yarg. 1. HD, T. 14.10.2010, E. 2010/8890, K. 2010/10376. (erişim tarihi: 07.04. 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸⁴⁶ “Öte yandan, iptal hakkının kullanılması hiçbir şekle bağlı değildir. Hatanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde, sözleşmenin karşı tarafına yöneltilecek tek taraflı bir irade açıklaması ile bildirilebileceği gibi defî veya dava yoluyla da kullanılabilir. Ayrıca hatanın varlığı her türlü delille ispat edilebilir.” Yarg. 8. HD, T. 19.12.2017, E. 2015/14814, K. 2017/17086. (erişim tarihi: 07.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>. Aldatmanın her türlü delille ispat edilebileceği yönünde bkz: “ Hile her türlü delille ispat edilebileceği gibi iptal hakkının kullanılması hiç bir şekle bağlı değildir. Aldatmanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde karşı tarafa yöneltilecek bir irade açıklaması, defî yahut dava yoluyla da kullanılabilir.” Yarg. 1. HD, T. 01.02.2016, E. 2015/15918, K. 2016/891. (erişim tarihi: 07.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

reddi gerekmektedir⁸⁴⁷. Davalı mirasçı veya mirasçılar, davacı tarafın durumu daha önceden öğrendiğini iddia ettikleri takdirde bunu ispat etmek durumundadırlar⁸⁴⁸.

2.2.2.4. Aşırı Yararlanmanın Bulunmaması

Aşırı yararlanma (*Übervorteilung*), tarafların yaptıkları sözleşmede kararlaştırılan edim ve karşı edim arasında aşırı dengesizlik olmasını ifade eder⁸⁴⁹. Kural olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar edim ve karşı edimi diledikleri gibi belirleyebilirler. Tarafların belirledikleri edimlerin her zaman ekonomik anlamda eşdeğer ya da birbirine yakın olması gerekmez. Ancak taraflardan birinin, diğer tarafı özel bir durumdan yararlanarak sömürmek istemesi durumunda, edimler arasındaki aşırı dengesizlik önem taşımaya başlar. TBK m. 28/1 hükmüne göre bu özel durum zarar görenin zor durumda kalması, düşüncesizliği ya da deneyimsizliğidir. Ancak bunların dışında, taraflardan birinin diğerini sömürme kastıyla hareket etmesi de gerekmektedir⁸⁵⁰. Şu halde paylaşma sözleşmesi bakımından, mirasçılardan biri ya da birkaçı, diğer bir mirasçının zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden ya da düşüncesizliğinden yararlanarak paylaşma konusu mal ve haklar bakımından aşırı dengesizliğe yol açan bir sözleşme yapılmasına neden olmuşsa, aşırı yararlanma meydana gelmiş olur.

Aşırı yararlanma halinde, tıpkı irade sakatlıklarında olduğu gibi iptal yaptırımı söz konusu olur. Zor durumda kalması, deneyimsizliği ya da düşüncesizliği sebebiyle paylaşma sözleşmesinden zarar gören mirasçı, kanunda belirtilen süreler içerisinde iptal hakkını kullanarak sözleşmenin geriye etkili şekilde ortadan kalkmasını sağlayabilir. Mirasçı iptal

⁸⁴⁷ “ Hal böyle olunca; öncelikle yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde davanın yasal süresi içerisinde açılıp açılmadığının irdelenmesi, davada ileri sürülen hususların Aralık 2009’da öğrenildiği ileri sürüldüğüne göre bu iddianın kanıtlanabilmesi için davacı yana önel verilmek suretiyle olanak tanınması, tarafların bildirdikleri ve bildirecekleri delillerin toplanması, toplanan ve toplanacak delillerin bir arada değerlendirilmesi, davanın hak düşürücü süre içinde açılmadığının tespiti halinde davanın reddine karar verilmesi...” Yarg. 1. HD, T. 27.02.2014, E. 2013/22333, K. 2014/4568. (erişim tarihi: 11.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸⁴⁸ “ Diğer taraftan; BK’nin 31/1 (TBK’nin 39.) maddesindeki 1 yıllık sürenin öğrenme tarihinden itibaren başlayacağı, öğrenme tarihinin işlem tarihi olabileceği gibi, somut olayın özelliğine göre işlem tarihinden ileri bir tarihin de olabileceği, bir başka ifadeyle işlem tarihinde fark edilemeyen bir hilenin çeşitli nedenlerle sonraki bir tarihte öğrenilebileceği açıktır. Bu durumda, hak düşürücü sürenin hesabında davacı tarafın öğrenme tarihi olarak ileri sürdüğü tarihin esas alınması gerekir. Davalı tarafın bu tarihten daha önceki bir tarihte davacıların hileyi öğrendiğini iddia etmesi durumunda bu iddiasını ispat zorunluluğunda olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca; davacıların dava konusu taşınmazlardaki temlikin hile ile illetli olduğunu 2009 yılının yaz aylarında öğrendikleri iddiasını tanık beyanları ile kanıtladıkları, bunun aksinin davalı tarafça kanıtlanamadığı, bu durumda davanın süresinde açıldığı ve hile olgusunun da ispatlandığı gözetilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılıklı değerlendirmelerle yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru değildir.” Yarg. 1. HD, T. 14.10.2015, E. 2014/9590, K. 2015/11855. (erişim tarihi: 11.04.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 417; Oğuzman/Öz, C. I, s. 135; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 479; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 618; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 415; Dasser, OFK-OR, Art. 21, N. 2; Kut, CHK-OR, Art. 21, N. 1; Kramer, Ernst A., BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/2, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Inhalt des Vertrags, Stämpfli Verlag, Bern, 1990, Art. 21, N. 5.

⁸⁵⁰ Dasser, OFK-OR, Art. 21, N. 2; Kut, CHK-OR, Art. 21, N. 5; Bucher, s. 231; Kramer, BK-OR, Art. 21, N. 16 vd; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 418; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 237.

hakkını deneyimsizlik ve düşüncesizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl içerisinde kullanmak durumundadır. Ayrıca bu hak, her halde sözleşmenin kurulmasından itibaren beş yıl içerisinde kullanılmalıdır.

Paylaşma sözleşmesinde mirasçılara ait olacağı kararlaştırılan mal ve hakların eşit değerde olmaması, doğrudan sözleşmenin aşırı yararlanma sebebiyle iptaline yol açmaz. Zira paylaşma sözleşmesinde mirasçıların alacakları tereke unsurları eşit ya da yakın değerde olmak zorunda değildir. Dolayısıyla yalnızca buna dayanılarak sözleşmenin iptali yoluna gidilemez. Yargıtay da bu görüşü paylaşmaktadır⁸⁵¹. Hal böyle olmakla birlikte, aşırı yararlanmanın diğer şartlarının varlığı halinde, mirasçıların alacakları malvarlığı değerleri arasında aşırı dengesizlik olması dikkate alınabilir. Yargıtay kararına⁸⁵² konu olan bir olayda, sağlığında mirasbırakan ile resmi nikâh olmadan beraber yaşayan kadın, onun ölümünden sonra çocuklarını temsilen yazılı paylaşma sözleşmesine taraf olmuştur. Ancak daha sonradan aşırı yararlanmaya dayanarak paylaşma sözleşmesinin iptaline yönelik dava açmıştır. Yargıtay bu olayda, ev kadını olan ve hiçbir iş tecrübesi bulunmayan davacının, mirasbırakanın farklı alanlarda faaliyet gösteren şirketleri hakkında tecrübe sahibi olduğunun kabul edilemeyeceğini ve bu sebeple üç yüz misline varan oransızlık olduğu yönündeki aşırı yararlanma iddiasının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla paylaşma sözleşmesinde kararlaştırılan edimler arasındaki aşırı oransızlığın, kanunda belirtilen özel durumlardan yararlanılarak meydana getirildiği ortaya konulmalıdır.

Aşırı yararlanma sebebiyle zarar gören mirasçı, durumun özelliğine göre ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme hakkına sahiptir (TBK m. 28/1). Uygulamada aşırı yararlanmaya dayalı iptal hakkı, irade sakatlıklarında olduğu gibi çoğunlukla taşınmazlar hakkında tapu iptal ve tescil davası açmak suretiyle kullanılmaktadır. Ancak doğrudan sözleşmenin iptali için dava açılması da mümkündür.

⁸⁵¹ “...uyuşmazlığın niteliğine göre deliller değerlendirilirken paylaşmada her bir mirasçıya eşit yüzölçümde ve eşit verimlilikte taşınmaz ya da ekonomik yönden aynı parasal değerde menkul mal isabet etmesinin paylaşmanın koşulu olmadığı göz önünde tutulmalı...” Yarg. 7. HD, T. 23.03.2011, E. 2010/2702, K. 2011/1770. (erişim tarihi: 03.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

“ 4721 sayılı kanunun ilgili maddesi uyarınca terekeye tabi taşınmazların yazılı olmak koşuluyla mirasçılar arasında taksimi geçerli olup, taksimin geçerli olması için mirasçılar arasında eşit bir paylaşım gerekli değildir. Kaldı ki, taksimi kabul etmiş olmaları koşuluyla, bir ya da bir kaç mirasçıya pay verilmemiş olması da mümkündür.” Yarg. 8. HD, T. 15.05.2014, E. 2013/13807, K. 2014/9745. (erişim tarihi: 03.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸⁵² Yarg. 2. HD, T. 06.07.2004, E. 2004/5959, K. 2004/9062. (erişim tarihi: 03.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

2.2.2.5. Sözleşmenin Muvazaalı Olmaması

Muvazaa (*Simulation*), tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan bir hukuki işlem yapmalarıdır⁸⁵³. Muvazaada taraflar ya hiçbir işlem yapmak istemedikleri halde hukuki işlem yapmış gibi gözüktürler ya da gerçekte yapmak istedikleri işlemi görünürde olan başka bir işlemle gizlemeyi amaçlarlar. Öğretide birinci durum mutlak ya da adi muvazaa olarak adlandırılırken, ikinci duruma nispi muvazaa denilmektedir⁸⁵⁴.

Mirasçılarının üçüncü kişileri aldatmak amacıyla paylaşma sözleşmesi yapmaları mümkündür. Bu bağlamda hem mutlak muvazaa hem de nispi muvazaanın gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Mutlak muvazaa, mirasçılarının özellikle vergi yükümlülüğünden kaçınmak ya da alacaklıları aldatmak amacıyla hareket etmelerinde söz konusu olur. Bu ihtimalde mirasçılar gerçek bir paylaşma iradesine sahip olmadıkları halde görünürde paylaşma sözleşmesi yapmaktadırlar. Paylaşma sözleşmesinin şekle uygun olarak yapılması, mirasçılarının paylaşma iradesine sahip olduğunu göstermez⁸⁵⁵. Dolayısıyla, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi, görünürde işlem olarak yapılan paylaşma sözleşmesi de geçersiz olup, herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz⁸⁵⁶. Buradaki geçersizlik, öğretideki baskın görüşe göre kesin hükümsüzlüktür⁸⁵⁷. Mirasçılar buna dayanarak ifadan kaçınabilirler⁸⁵⁸. Ancak muvazaayı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde, buna dayanılarak ifadan kaçınmak söz konusu olmayacaktır.

Muvazaanın üçüncü kişiler ve özellikle de alacaklılar tarafından ileri sürülmesi de mümkündür. İcra ve İflas Kanunu m. 277 vd. hükümleri çerçevesinde, mirasçılardan birinin alacaklıları, tasarrufun iptali davası (*Paulianische Anfechtung*) açarak paylaşma sözleşmesinin

⁸⁵³ Eren, Genel Hükümler, s. 350; Oğuzman/Öz, C. I, s. 128; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 548; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 345; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 345; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 188; Atamulu, İsmail, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 23 vd.

⁸⁵⁴ Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 348; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 190; Atamulu, s. 47 vd.

⁸⁵⁵ Kılıçoğlu, Taksim, s. 132.

⁸⁵⁶ Hauser, s. 143.

⁸⁵⁷ Oğuzman/Öz, C. I, s. 130; Hatemi/Gökyayla, s. 85; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 554; Antalya, Borçlar, C. V/1,1, s. 352; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 191; Von Tuhr/Peter, s. 294; Atamulu, s. 117. Hal böyle olmakla birlikte, muvazaalı işlemin yok hükmünde olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz: Eren, Genel Hükümler, s. 356; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, Band I, N. 1019; Gauch, Peter/Jäggi, Peter/Hartmann, Stephan, *ZK-Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2014, Art. 18, N. 104; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 355.

⁸⁵⁸ Hauser, s. 144.

geçersizliğini ileri sürebilirler⁸⁵⁹. Yargıtay kararına konu olan bir olayda⁸⁶⁰, mirasçılar tapuda arsa olarak gözüken fakat üzerinde bina bulunan taşınmazda kat irtifakı kurmuşlar ve buna göre bir paylaşma sözleşmesi yapmışlardır. Sözleşmeye göre taşınmazda bulunan dükkânlardan biri mirasçı M.S'ye isabet etmiş ve tapuda onun adına tescil edilmiştir. Mirasçı M.S'nin alacaklısı ise, borçlu mirasçıya kalan taşınmazın paylaşılan diğer taşınmazlara göre daha düşük değerli olduğunu ileri sürerek muvazaa nedeniyle sözleşmenin ve tasarrufun iptalini talep etmiştir. Bu davada Yargıtay, mirasçıların sözleşmeyle yaptıkları paylaşımda mutlak eşitliğin şart olmadığını belirterek davanın reddi gerektiğine karar vermiştir. Şu halde borçlu mirasçıya paylaşma sözleşmesinde isabet eden tereke unsurlarının düşük değerde olması, tek başına sözleşmenin muvazaalı olduğunu göstermemektedir. Bir ihtimal, paylaşma sözleşmesinde borçlu mirasçının terekeden hiçbir şey almayacağı kararlaştırılmış olsaydı, bunun alacaklılardan mal kaçırmak amacını taşıdığı düşünülebilirdi.

Miras paylaşma sözleşmesi gizli işlem şeklinde de karşımıza çıkabilir. Öğretide, mirasçıların objektif kısmi paylaşma iradesi taşımadıkları halde üçüncü kişileri aldatmak için tereke unsurlarından bazılarını sözleşmeye dâhil etmemelerinin muvazaalı olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁸⁶¹. Bu ihtimalde mirasçılar önce görünürde bir paylaşma sözleşmesi yaparak üçüncü kişileri aldatırlar, daha sonradan ise gizli bir işlemle asıl yapmak istedikleri paylaşma sözleşmesini yaparlar. Söz konusu durum, taşınmaz satışlarında karşılaşılan bedelde muvazaa (*Kaufpreissimulation*) haline benzetilmektedir⁸⁶². Federal Mahkeme, bedelde muvazaa halinde görünürde işlemin muvazaa nedeniyle, gizli işlemin ise şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunu kabul etmektedir⁸⁶³. Ancak Hauser'e göre,

⁸⁵⁹ Benzer şekilde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 24. Maddesine göre de, bu kanunda belirtilen tasarruf ve muamelelerin iptali için dava açılabilir. Bu ihtimalde, amme borçlusunun borcun tahsil imkânını ortadan kaldırmak amacıyla muvazaalı paylaşma sözleşmesi yaptığı ileri sürülebilir. Örnek bir karar için bkz: “*Dava 6183 Sayılı... 'nun 24 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Somut olayda dava konusu tasarruf 12.03.2008 tarihli miras taksim sözleşmesi gereğince tapuda 06.06.2008 tarihinde yapılmıştır. Dosyada mevcut 30.01.2013 tarihli bilirkişi raporunda davalı borçlunun 2008 Mart ayına kadar ödeme vadeli borçlarının ödendiği, ödenmeyen borçların Nisan 2008 ve sonrası vadeli borçlar olduğu 30.11.2011 tarihi itibarıyla borç ve fer'ilerinin 85.382,91 TL olarak belirlendiği anlaşıldığından öncelikle Mahkemece davacı İdareden tasarruf tarihine kadar davalı borçlu ...'in borç miktarı sorulup borcunun olmadığı belirtildiği takdirde eldeki davanın reddine, tasarruf tarihine kadar borcunun bulunması halinde ise 12.03.2008 tarihli miras taksim sözleşmesi gereğince dava dışı muris'den mirasen intikal eden 5 taşınmazdan üçünün, üç mirasçı; davalılar ile annelerinin miras hisseleri oranında iki taşınmazdan birinin (.....nolu bağımsız bölüm olup davalı ...'un.... olan 173.670 TL'lik borcu nedeniyle anılan banka tarafından alacağa mahsuben cebri icra ile 2.6.2011 tarihinde alınmış olup 12.06.2009 tarihli müzekkere cevabından anılan taşınmaz üzerinde davacı İdarenin de haczinin olduğu anlaşılmaktadır) davalı borçluya, diğerinin de (dava konusu taşınmaz) davalı ...'ye bırakılmış olması ve taksim edilen taşınmazlar arasında çok önemli bir oransızlık bulunmadığı anlaşıldığından eldeki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.*” Yarg. 17. HD, T. 02.02.2016, E. 2014/6553, K. 2016/1188. (erişim tarihi: 12.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸⁶⁰ Yarg. 17. HD, T. 27.03.2014, E. 2014/1298, T. 2014/4385. (erişim tarihi: 12.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸⁶¹ Hauser, s. 145; Kılıçoğlu, Taksim, s. 132.

⁸⁶² Hauser, s. 145; Kılıçoğlu, Taksim, s. 132.

⁸⁶³ Eren, Genel Hükümler, s. 354; Müller, BK-OR, Art. 18, N. 339.

paylaşma sözleşmesinin konusu taşınmaz olsa bile geçerliliği herhangi bir şekle bağlı olmadığından, sonradan yapılan gizli işlem geçerli kabul edilmelidir⁸⁶⁴. Bu görüş, İsviçre hukuku bakımından tutarlıdır. Zira İsviçre öğretisinde hâkim görüş ve Federal Mahkeme, taşınmazların şekle bağlı olmaksızın paylaşma sözleşmesine konu olabileceğini kabul etmektedir. Hâlbuki Türk hukukunda bugün öğretilde hâkim olan görüşe ve Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre, taşınmazların paylaşılması için en azından adi yazılı bir paylaşma sözleşmesinin varlığı zorunludur. Dolayısıyla sonradan yapılan paylaşma sözleşmesinin de şekle uygun olması gerekir.

Muvazaa ile ilgili olarak ülkemizde yaygın bir uygulaması olan ve “muris muvazaası” olarak adlandırılan durumla paylaşma sözleşmesi arasındaki ilişkiye kısaca değinmekte yarar vardır. Bilindiği üzere muris muvazaası, mirasbırakanın saklı paylı mirasçılarının ileride herhangi bir talepte bulunmalarını engellemek amacıyla gerçekte bağışlama olan iradesini satış sözleşmesi arkasına gizlemesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁸⁶⁵. Peki, mirasbırakanın ölümünden önce veya sonra mirasçılarının paylaşma sözleşmesi yapmaları, muvazaaya dayanarak dava açmalarına engel olur mu? Diğer bir deyişle, mirasçılarının hem paylaşma sözleşmesi yapıp hem de mirasbırakanın sağlığında bir mirasçıya devrettiği tereke unsurları için talepte bulunmaları, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir mi? Kanaatimizce buna olumsuz cevap vermek gerekir. Mirasçılarının mevcut tereke unsurlarını paylaşıp, mirasbırakanın muvazaalı işlemine dair meseleyi sonraya bırakmalarının önünde bir engel yoktur. Dolayısıyla mirasçılarının paylaşma sözleşmesi yapmış olmaları, mirasbırakanın muvazaalı işlemine rıza gösterdikleri anlamına gelmez. Ancak terekede başkaca malların bulunması ve bunların paylaşma sözleşmesine konu edilmesi, mirasbırakanın sağlığında yaptığı işlemin muvazaalı olmadığına dair delil teşkil edebilir. Yargıtay bir kararında, mirasbırakanın geride azımsanmayacak miktarda taşınmaz bırakması ve bu taşınmazların mirasçılar tarafından paylaşma sözleşmesiyle devralınması sebebiyle, mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla hareket ettiğinin kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ Hauser, s. 145. Aynı yönde: Kılıçoğlu, Taksim, s. 132.

⁸⁶⁵ Sert Sütçü, Selin, **Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 65 vd; Yılmaz, Süleyman, **Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 108 vd; Atamulu, s. 254.

⁸⁶⁶ “Somut olaya gelince; mirasbırakanın dava konusu taşınmazları dışında başka taşınmazlarının da bulunduğu, bu taşınmazların incelenmesinde, 428 parsel sayılı 9400 m²'lik tarlanın tamamını, 384 parsel sayılı 19.000 m²'lik tarlanın tamamını, 371 parsel sayılı 38.150 m²'lik tarlanın tamamını, 356 parsel sayılı 10.550 m²'lik tarlanın tamamını, 354 parsel sayılı 9.350 m²'lik tarlanın tamamını, 440 parsel sayılı 5.450 m²'lik tarlanın tamamını ve 442 parsel sayılı 1.332 m²'lik zeytinliğin tamamını mirasçılarına bıraktığı, hatta tüm mirasçılarının katılımı ile anılan taşınmazların ... 1. Noterliği'nin 11.03.1976 tarihli miras taksim sözleşmesine konu edildiği, mirasbırakanın geriye bıraktığı taşınmazların azımsanmayacak miktarda olduğu, mirasbırakanın mal kaçırma amacı ile hareket etmesi halinde mal kaçırmak istediği mirasçılarının herhangi bir şey bırakmama ya da daha az mal bırakma amacına uygun hareket etmeye çalışacağı, ne var ki eldeki davada mirasbırakanın bu şekilde hareket

Muris muvazaasına etkisi bakımından önemli hususlardan biri ise, mirasın açılmasından önce paylaşma sözleşmesi yapılmasıdır. Esasen mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi, hüküm ve sonuçlarını mirasbırakanın ölümünden sonra meydana getirmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, bu sözleşme uyarınca mirasbırakanın özellikle taşınmazlarını muhtemel mirasçılara tapuda satış göstererek devrettiği durumlarla karşılaşmaktadır. Bu ihtimalde, mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçılardan biri veya birkaçı, söz konusu devirlerin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürerek dava açmaktadır. İşte böyle bir durumda, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi, mirasbırakanın mal kaçırmak amacıyla değil de sağlığında terekesini paylaşmak amacıyla hareket ettiğine dair delil teşkil edebilir. Nitekim Yargıtay buna ilişkin bir kararında, mirasbırakanın sağlığında yapılan paylaşma sözleşmesi göz önünde tutulduğunda, mirastan mal kaçırmak amacıyla hareket ettiğinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁸⁶⁷. Dolayısıyla mirasın açılmasından önce paylaşma sözleşmesinin yapılmış olması, mirasbırakanın terekeden mal kaçırmak amacıyla hareket ettiği iddiasını çürütme işlevine sahip olabilmektedir.

etmediği...” Yarg. 1. HD, T. 06.11.2018, E. 2015/14427, K. 2018/14084. (erişim tarihi: 16.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

Benzer bir karar: “ Yukarıda değinilen somut olgular, açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde; başka taşınmazları ve bir miktar parası olan mirasbırakanın ölümünden sonra miras taksim sözleşmesi ile taşınır-taşınmaz malların paylaşıldığı, dava konusu taşınmazın temlikinde ise mirasbırakanın gerçek irade ve amacının diğer mirasçılardan mal kaçırmak olmadığı, davalının kendisi ve eşi ile ilgilenmesi, maddi ve manevi destekte bulunmasından duyduğu minnet sonucu devri yaptığının kabulü gerekir.” Yarg. 1. HD, T. 18.10.2016, E. 2014/13254, K. 2016/9518. (erişim tarihi: 16.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸⁶⁷ “ Davalı, davanın öncelikle zamanaşımı nedeniyle reddini savunmuş, dava konusu taşınmazın 11.05.2001 tarihinde yapılan sözleşme ile kendisine verildiğini, bu sözleşmede miras bırakan ...'ın ve mirasçıları ..., ... ve ...'ın imzalarının bulunduğu, sözleşmenin bir miras taksim sözleşmesi olduğunu, sözleşmeye göre dava konusu 509 parsel numaralı taşınmazın davalı ... Kurtulan'a, 84 parselde kayıtlı taşınmazın davacı ...'a, 8 parsel nolu taşınmazın da davacı ...'a ait olacağını kararlaştırdığını, yıllarca babasına baktığını, hastane ve doktora hep kendisinin götürdüğünü, davalı ...'ın hiç ilgilenmediğini belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, yapılan satışın muvazaalı olmadığı miras taksimi sonucu temlik edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle 11.05.2001 tarihli sözleşmede murisin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla hareket etmeyip, terekesini tüm mirasçılara paylaşma iradesiyle hareket ettiği gözetilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru olduğuna göre; davacıların temyiz itirazı yerinde değildir. ”

Yarg. 1. HD, T. 16.10.2017, E. 2015/3547, K. 2017/5415. (erişim tarihi: 16.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

Aynı yönde başka bir karar: “ Davalılar, mirasbırakanın sağlığında tüm mirasçılara taşınmazlarını paylaştığını, üç kızına birer daire, davalı oğullarına da üzerindeki binaları kendilerinin yapması nedeniyle dava konusu taşınmazı devrettiğini, mirasbırakanın mal kaçırmak kastının olmadığını belirterek davanın reddini savunmuşlardır. Mahkemece, davacının işlem tarihinde fiil ehliyetinin bulunduğu ilişkin ... raporu gereğince akit tarihinde iradesi ile taksim sözleşmesine imza attığı ve taksim sözleşmesinin mirasbırakanın sağlığında düzenlendiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle; mirasbırakanın davalılara yaptığı temlikin mirastan mal kaçırmak amaçlı ve muvazaalı olduğu usulince kanıtlanamadığı gözetilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olduğuna göre; davacı vekilinin yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle, usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına...” Yarg. 1. HD, T. 18.03.2019, E. 2016/6560, K. 2019/1946. (erişim tarihi: 16.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

2.2.2.6. Sözleşmenin TBK m. 27 Hükümüne Aykırı Olmaması

Türk Borçlar Kanunu m. 27, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğunu ifade etmektedir. Sözleşme özgürlüğünün kanunda düzenlenen en önemli sınırlamalarından biri olan bu hüküm, miras paylaşma sözleşmesi bakımından da geçerlidir⁸⁶⁸.

Paylaşma sözleşmesinde mirasçılar içerik itibarıyla kanunun emredici hükmüne aykırı bir edim belirlemiş olabilirler. Örneğin 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, tarım arazilerinin belirli bir miktarın altında olacak şekilde bölünemeyeceğini düzenlemektedir. Şu halde mirasçılar bu kanun hükmüne aykırı olarak paylaşma sözleşmesi yapmışlarsa, sözleşmenin kesin hükümsüz olması gündeme gelecektir. Benzer şekilde, 3194 sayılı İmar Kanunu gereğince belediye ve mücavir alan sınırlarında bulunan taşınmazların ifrazı için belediye encümeni veya il idare kurulundan onay almak gerekmektedir. Dolayısıyla bu şekildeki bir taşınmazın bölünmesi hakkında mirasçılar paylaşma sözleşmesi yapmış olsalar bile, gerekli izinler verilmediği takdirde sözleşme kanunun emredici hükmüne aykırı olacaktır.

Bazı durumlarda kanun koyucu, sözleşmede kararlaştırılan bir edimi değil de doğrudan sözleşmenin kendisinin yapılmasını yasaklamış olabilir. Paylaşma sözleşmesi bakımından bunun en bariz örneği TMK m. 643 hükmüdür. Buna göre, mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir ceninin varlığı halinde paylaşma ceninin doğumuna kadar ertelenir⁸⁶⁹. Dolayısıyla, mirasçı olabilecek bir ceninin varlığına rağmen paylaşma sözleşmesinin yapılması kanunun emredici hükmüne aykırıdır. Benzer şekilde, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde mirasbırakanın katılımı veya izninin bulunması kanunun emredici hükmünün bir gereğidir. Bu sebeple, mirasbırakanın sağlığında yapılıp da onun katılımı veya izni bulunmayan paylaşma sözleşmeleri kesin hükümsüzdür.

Paylaşma sözleşmesinde mirasçıların kararlaştırdıkları edimlerin ahlaka aykırı olması ihtimal dâhilindedir. Ancak bu durum istisnai olarak karşımıza çıkar. Zira paylaşma sözleşmesinde mirasçıların temel amacı, tereke unsurlarından hangilerinin kime ait olacağını belirlemektir. Bu nedenle, mirasçıların paylaşma sözleşmesiyle kararlaştırdıkları edimlerin ahlaka aykırı olması, sık rastlanan bir durum değildir. Benzer bir sonuç, kişilik haklarına aykırılık bakımından da söylenebilir. Ancak kişinin ekonomik varlığı, kişilik haklarına dâhil olan bir değer olduğundan, paylaşma sözleşmesinin bu yönüyle kişilik haklarına aykırılık teşkil etmesi söz konusu olabilir. Mirasçılardan birinin sözleşme özgürlüğünün ya da kendisine kalan tereke unsurları üzerinde tasarruf özgürlüğünün aşırı şekilde kısıtlanması bu bağlamda

⁸⁶⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 617; Kılıçoğlu, Taksim, s. 123.

⁸⁶⁹ Beusch-Liggenstorfer/Dorjee-Good/Gellis, Art. 605, s. 872; Wolf, BK-ZGB, Art. 605, s. 156; Häfliger, Art. 605, s. 1168; Graham-Siegenthaler, Art. 605, s. 356.

düşünülebilir. İsviçre Federal Mahkemesinin önüne gelen bir olayda⁸⁷⁰, mirasbırakan öldüğünde geride sağ kalan eş (anne) ve iki kızı kalmıştır. Mirasçılar aralarında paylaşma sözleşmesi yaparak, terekedeki bir taşınmazın sağ kalan eşe devredilmesini kararlaştırmışlardır. Ancak sözleşmeye göre sağ kalan eş, devraldığı bu taşınmazı kızlarından izinsiz olarak başkalarına devredemeyecek, vasiyet konusu yapamayacak, sınırlı ayni haklara konu edemeyecek ve üzerinde tadilat ya da inşaat yapamayacaktır. Sözleşmenin yapılmasından uzun bir süre sonra (yaklaşık yirmi yedi yıl), sağ kalan eş kendisine kalan bu taşınmazı, paylaşma sözleşmesinin tarafı olan kızlarından birine satış yoluyla devretmiştir. Diğer mirasçı ise, bu satışın paylaşma sözleşmesine aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini talep etmiştir. Federal Mahkeme, meseleyi sözleşmeye aykırılık yönüyle ele almıştır. Ancak yalnızca paylaşma sözleşmesindeki bu kayıt dikkate alındığında, sağ kalan eşin kendisine kalan taşınmaz bakımından tasarruf özgürlüğünün aşırı şekilde sınırlandırıldığı ve dolayısıyla kişilik haklarına aykırılık teşkil ettiği değerlendirilebilir.

Mirasçıların paylaşma sözleşmesinde kararlaştırdıkları bir veya birden fazla edimin imkânsız olması halinde de sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü gündeme gelir⁸⁷¹. Ancak bunun için edimin başlangıçtan itibaren ve objektif anlamda imkânsız olması gerekmektedir⁸⁷². Diğer bir deyişle imkânsızlık, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmalı ve hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte olmalıdır. Örneğin paylaşma sözleşmesinde, tapuda tek parsel olarak kayıtlı bulunan ve ifrazı mümkün olmayan bir taşınmazın bölünerek ayrı ayrı mirasçılara özgülenmesi kararlaştırılmışsa imkânsızlık vardır⁸⁷³.

Paylaşma sözleşmesinin bazı hükümlerinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık veya imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüz olması, sözleşmenin tamamen hükümsüz olması sonucunu doğurmaz (TBK m. 27/2). Söz gelimi, paylaşma sözleşmesine konu edilen taşınmazlardan bazılarının sözleşmede öngörülen şekilde paylaşılması imkânsız olsa bile, diğer tereke unsurlarına dair sözleşme hükümleri geçerli kabul edilebilir. Ancak hükümsüz olarak kabul edilen sözleşme maddeleri olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşıldığı takdirde, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur (TBK m.

⁸⁷⁰ BGE 114 II 329.

⁸⁷¹ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 638, N. 2; **Tuor/Picenoni**, Art. 638, N. 4; **Hrubesch-Millauer-Bürki**, s. 330; **Wolf/Genna**, s. 395.

⁸⁷² Altunkaya, Mehmet, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 44 vd.

⁸⁷³ “Dava konusu parselin miras taksim sözleşmesinde belirtilen şekliyle ifrazının mümkün bulunmadığı mahkeme kararı ile belirlenmiştir. Aynı taşınmaz yönünden yaygın kat mülkiyeti kurulmuştur. Bu suretle anılan parsel yönünden miras taksim sözleşmesinin uygulanma imkanı kalmadığı gibi buna bağlı diğer parseller yönünden de sözleşmenin kısmi uygulanma imkanı ortadan kalkmıştır. Davacı bakımından objektif imkansızlık durumu oluşmuştur.” Yarg. 2. HD, T. 18.10.2010, E. 2010/13978, K. 2010/17090. (erişim tarihi: 19.05.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

27/2)⁸⁷⁴. Bu durum miras paylaşma sözleşmesi bakımından önem taşımaktadır. Mirasçılar genellikle paylaşma sözleşmesi yapmadan önce uzun süreli müzakereler yaparlar. Bunun somut anlamı, tereke unsurlarının nasıl paylaşılacağı bakımından hassas dengelerin gözetilerek sözleşme yapma aşamasına gelmesidir. Dolayısıyla, bir veya birkaç tereke unsurunun mirasçılardan birine verilmesini içeren sözleşme hükmünün geçersiz olması, o mirasçı bakımından artık sözleşmenin temelsiz kalmasına yol açabilir. Diğer bir deyişle, hükümsüz kabul edilen sözleşme maddesi, bundan menfaat elde edecek olan mirasçı bakımından sözleşmenin kurulması için olmazsa olmaz bir şart (*conductio sine qua non*) teşkil edebilir. Bu sebeple kısmi hükümsüzlük, büyük ihtimalle paylaşma sözleşmesinin tamamen hükümsüz kalmasına yol açacaktır. Ancak mirasçıların sözleşmeyi mevcut haliyle ayakta tutarak, bunu tamamlayan yeni bir sözleşme yapmaları elbette mümkündür.

2.2.2.7. Paylaşma Sözleşmesinin Geçerliliği Bakımından Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

2.2.2.7.1. Tarım Arazilerinin Paylaşılması

2.2.2.7.1.1. Genel Olarak

Tarım arazilerinin miras yoluyla küçülerek verimsiz hale gelmesinin önüne geçmek amacıyla, TMK m. 659-668 hükümlerinde tarımsal işletmelerin paylaşılmasına dair düzenlemeler yer almaktaydı. Söz konusu düzenlemelerin temel amacı, terekede bulunan tarımsal işletmenin mirasçılar arasında aynen paylaşılmayıp bir bütün halinde mirasçılardan birine veya şartları varsa birkaçına özgülenmesiydi. Ancak bu kuralların emredici nitelikte olmaması⁸⁷⁵, ülkemizde ciddi bir uygulama alanı bulmasını engellemiş ve tarım arazileri eskiden olduğu gibi mirasçılar arasında aynen paylaşılarak küçülmeye devam etmiştir. Bu sebeple, 30/04/2014 tarih ve 6537 sayılı Kanunla söz konusu hükümler ilga edilerek, tarım arazilerinin paylaşılması 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (TKAKK) m. 8/B-8/I hükümleri arasında yeniden düzenlenmiştir⁸⁷⁶. Dolayısıyla, terekede bulunan tarım

⁸⁷⁴ Başpınar, Veysel, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, 1998, s. 101 vd; Kırkbeşoğlu, s. 105 vd.

⁸⁷⁵ Serozan/Engin, s. 598; Sağlam, İpek, “**Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 210.

⁸⁷⁶ Yeni düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Eren, Fikret/Başpınar, Veysel, **Toprak Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 159 vd; Özay, Osman Levent, **Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 25 vd; Yavuz, Cevdet/Topuz, Murat, “**Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.21, S.2, 2015, s. 664 vd; Erdoğan, Kemal, “**Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali**”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.1, 2016, s. 124 vd; Özçelik, Ş. Barış, “**5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.1, 2015, s. 87 vd; Uyumaz, Alper/İlhan, Onur, “**Tarımsal**

arazilerinin paylaşılmasında özel hüküm niteliğindeki bu düzenlemelerin uygulanması gerekmektedir. Zira daha önce TMK m. 659-668 arasında düzenlenen hükümlerin aksine, TKAKK'da düzenlenen hükümler tamamlayıcı değil emredici niteliktedir⁸⁷⁷. Hal böyle olmakla birlikte, TKAKK'nun geçici 5. maddesinde, *“Bu maddenin yayımı tarihinde mirasçılar arasında henüz paylaşımı yapılmamış tarımsal arazilerin devir işlemleri, bu maddeyi ihdas eden Kanundan önceki kanun hükümlerine göre tamamlanır”* hükmü yer almaktadır. Şu halde, kanunun yürürlüğe girdiği 15.05.2014 tarihinden önce ölümün gerçekleştiği ancak paylaşmanın yapılmadığı durumlarda, tarım arazilerinin paylaşılması değişiklikten önceki hükümlere tabi olacaktır. Ülkemizde mirasın paylaşılmasının genellikle uzun yıllar sürdüğü dikkate alınır⁸⁷⁸, söz konusu tarihten önceki düzenlemelerin halen uygulanması ihtimal dâhilindedir.

2.2.2.7.1.2. 6537 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Önce Mirasın Açılması Durumunda

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda değişiklik yapan 6537 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 15.05.2014 tarihinden önce mirasın açıldığı fakat henüz paylaşmanın yapılmadığı durumlarda, terekede bulunan tarım arazilerinin paylaşılması bakımından mülga TMK m. 659-668 hükümleri uygulanır⁸⁷⁹. Örneğin mirasbırakan 2013 yılında ölmüştür. Terekesinde çeşitli büyüklüklerde tarım arazileri bulunmaktadır ancak hâlihazırda mirasın paylaşılması söz konusu olmamıştır. Bu durumda işletmeye ehil mirasçılardan birinin talepte bulunması halinde, tarım arazilerinin bu mirasçıya bölünmeksizin özgülenmesi mümkündür (TMK m. 659/1). Ancak hemen yukarıda değinildiği üzere, ilga edilen hükümler emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla, 15.05.2014 tarihinden önce mirasbırakanın öldüğü fakat terekedeki tarım arazilerinin halen paylaşılmadığı durumlarda, mirasçılar paylaşma sözleşmesi yaparak diledikleri şekilde tarım arazilerini paylaşabilirler. Bu bakımdan mirasçıları engelleyecek bir hüküm bulunmamaktadır. Mirasçılar, tarım arazilerinin içlerinden birine verilmesini ya da aynen bölünmesini kararlaştırabilirler. Aynen bölünme durumunda, tarım arazilerinin büyüklüklerinin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne sahip olup olmadığının bir

Arazilerde Mülkiyetin Devri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, 2018, s. 862 vd.

⁸⁷⁷ Eren/Başpınar, s. 159; Özay, s. 147; Erdoğan, s. 133; Uyumaz/İlhan, s. 863.

⁸⁷⁸ Uygulamada istisnaen de olsa, Cumhuriyetin kuruluşundan ya da 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlüğe girmesinden önce ölmüş kişilerin mirasının dahi halen paylaşılmadığı durumlarla karşılaşılabilir. *“Davacılar, ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2000/398 Esas sayılı dosyası içerisinde yer alan veraset ilamlarının hatalı olduğunu, nitekim ortak mirasbırakanları ...'ın Medeni Kanun yürürlüğe girmeden önce 1908 yılında vefat ettiğini, geriye mirasçıları olarak eşi olan ..., kızı ... ve oğlu...nın kaldığını, miras taksiminin eski feraiz hükümlerine göre yapılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.”* Yarg. 3. HD, T. 18.03.2019, E. 2017/14129, K. 2019/2195. (erişim tarihi: 23.05.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁸⁷⁹ Çabri, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi**, Cilt III, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 314; Özay, s. 148, Erdoğan, s. 133; Özçelik, s. 105.

önemi yoktur. Zira 6537 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne dair bir sınırlama bulunmamaktadır.

2.2.2.7.1.3. 6537 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Sonra Mirasın Açılması Durumunda

6537 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 15.05.2014 tarihinden sonra mirasın açılması durumunda, terekede bulunan tarım arazilerinin paylaşılması hakkında artık 5403 sayılı TKAKK uygulama alanı bulur⁸⁸⁰. Mirasçıların söz konusu kanunda yer alan emredici nitelikteki düzenlemelere aykırı şekilde paylaşma sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle, mirasçıların terekede bulunan tarım arazileri hakkında TKAKK'da yer alan emredici nitelikteki düzenlemelere aykırı şekilde yaptıkları paylaşma sözleşmesi, kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, mirasa konu olan tarım arazilerinin özgülenmesi bakımından iki temel yöntem öngörmektedir. Bunlardan ilki “iradi özgüleme”dir⁸⁸¹. Kanun’un 8/B maddesinde, mirasçılar arasında anlaşma sağlanması hâlinde, mirasa konu tarımsal arazilerin mülkiyeti devir işlemlerinin mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tamamlanması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla tarım arazilerinin paylaşılması bakımından öncelikle mirasçıların anlaşma yoluna gitmeleri öngörülmüştür. Aksi takdirde, ikinci bir yöntem olarak “mahkeme kararıyla özgüleme” gündeme gelmektedir⁸⁸². Hal böyle olmakla birlikte, TKAKK m. 8/B’de yer alan bir yıllık süreye dair düzenleme oldukça sorunludur⁸⁸³. Anılan düzenlemeye göre, mirasçılar mirasın açılmasından itibaren bir yıl içerisinde anlaşmaya varmalı ve bu anlaşma çerçevesinde tarım arazilerinin mülkiyetini TKAKK’da gösterilen şekilde devretmelidirler. Öğretide söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁸⁸⁴. Şu halde, mirasçılar terekede bulunan tarım arazileri hakkında mirasın açılmasından itibaren bir yıl geçtikten sonra yazılı paylaşma sözleşmesi yaparlarsa bu sözleşmenin akıbeti ne olacaktır? Aynı durum, mirasçıların bir yıldan önce paylaşma sözleşmesi yapmış olup da bu süre içerisinde sözleşmeyi ifa etmemeleri ihtimalinde de karşımıza çıkmaktadır. Söz gelimi, mirasçılar mirasbırakanın sağlığında geçerli bir paylaşma sözleşmesi yaparak tarım arazilerini paylaşmış olsunlar. TKAKK m. 8/B hükmü çerçevesinde mirasçıların bu sözleşmeyi mirasın açılmasından itibaren bir yıl içerisinde ifa ederek tarım arazilerinin devrini sağlamaları gerekmektedir. Kanaatimizce TKAKK m. 8/B hükmünde

⁸⁸⁰ Özey, s. 148, Özçelik, s. 106.

⁸⁸¹ Eren/Başpınar, s. 175; Erdoğan, s. 149; Özey, s. 167; Özçelik, s. 93; Uyumaz/İlhan, s. 862.

⁸⁸² Eren/Başpınar, s. 179; Erdoğan, s. 156; Özey, s. 177; Özçelik, s. 94.

⁸⁸³ Erdoğan, s. 150; Özey, s. 167.

⁸⁸⁴ Erdoğan, s. 139; Çabri, Şerh, s. 326.

mülkiyeti devir işlemlerinin tamamlanmasından bahsedildiğine göre, bir yıllık süre geçtikten sonra yapılan ya da daha önce yapılmış olup da ifa edilmeyen sözleşmeleri geçerli saymak gerekmektedir. Zira hüküm devir işlemlerini konu edinmektedir. Paylaşma sözleşmesi ise bir borçlandırııcı işlem olduğundan, hükmün kapsamı dışında kaldığı kabul edilmelidir. Sürenin geçmesine dayalı olarak sözleşmeyi geçersiz saymak, TKAKK'nun amaçlarıyla da bağdaşmaz.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/C maddesinin ikinci fıkrasına göre, mirasçılar arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde mirasçılardan her biri tarım arazilerinin devri için yetkili sulh hukuk mahkemesinde dava açabilir. Peki, mirasçılar arasında tarım arazileri hakkında paylaşma sözleşmesi yapılmış olup da bir yıl içerisinde devir gerçekleşmemişse, mirasçılar TKAKK m. 8/C hükmüne göre mi dava açmalı, yoksa sözleşmenin ifasını mı dava etmelidirler? Kanaatimizce mirasçılar arasında paylaşma sözleşmesi yapılmışsa, artık bunun ifası için dava açmak gerekmektedir. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda mahkeme tarafından özgüleme seçeneği mirasçıların anlaşamaması halinde kabul edilmiş olan bir yöntemdir. Mirasçıların geçerli olarak yaptıkları paylaşma sözleşmesi onları bağlayacağına göre, artık sözleşmenin ifasını talep etmek daha doğru olur. Öte yandan, Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik (TAMDİY) m. 9/6 hükmüne göre, mirasçılardan biri sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açtığı takdirde mahkeme kararı kesinleşinceye kadar, mirasçıların Kanunun öngördüğü şekilde anlaşmaya vardıklarını yazılı olarak Mahkemeye sunmaları durumunda, dava anlaşma hükümlerine göre sulh yolu ile sonlandırılacaktır. Görüldüğü üzere, mirasçılardan biri ifa davası değil de TKAKK m. 8/C hükmüne göre paylaşma davası açsa bile mahkeme paylaşma sözleşmesini göz önünde tutarak karar vermek durumundadır. Şu halde, gerek davadan önce gerekse de davadan sonra mirasçıların tarım arazileri hakkında TKAKK'na uygun olarak yaptıkları sözleşme mahkeme tarafından dikkate alınacak ve bu çerçevede hüküm kurulacaktır. Aynı sonuç, mirasçılar arasında paylaşma sözleşmesi yapılmış olup da, mirasçılardan birinin kanunda belirtilen bir yıllık süre henüz geçmeden sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açması ihtimalinde de geçerlidir. Burada da diğer mirasçı veya mirasçıların paylaşma sözleşmesini ileri sürmeleri durumunda mahkeme davayı sözleşme hükümlerine göre sonuçlandırmalıdır.

Mirasçıların tarım arazileri hakkında paylaşma sözleşmesi yapmaları, ancak bir yıllık sürede devir işlemini gerçekleştirmemeleri ve dava da açmamaları durumunda TKAKK m. 8/Ç hükmüne göre Bakanlık mirasçılara devrin gerçekleşmesi için üç aylık bir süre verecektir. Verilen süre sonunda devir olmaması halinde Bakanlığın tarım arazileri hakkında sulh hukuk

mahkemesi nezdinde dava açma yetkisi bulunmaktadır⁸⁸⁵. İlgili hükümde “dava açabilir” ibaresine yer verilmiştir. Bu sebeple Bakanlığın dava açıp açmama noktasında takdir yetkisinin bulunduğu ifade edilebilir⁸⁸⁶. Söz konusu düzenleme, bir yıllık sürenin sözleşmenin geçerliliğine etki etmediğinin bir başka göstergesidir. Mirasçılar, Bakanlığın kendilerine tebliğ ettiği üç aylık sürede de anlaşma yoluna gitmemiş olabilir. Sonrasında Bakanlık tarafından sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açılrsa bile, TAMDİY m. 9/6 hükmüne göre, mirasçılar kararın kesinleşmesine kadar yazılı paylaşma sözleşmesi yaparak mahkemeye sundukları takdirde mahkeme sözleşme hükümlerine göre karar verecektir. Bakanlığın dava açmaması durumunda ise mirasa konu tarım arazilerinin devri bakımından öngörülen bir yıllık sürenin bir işlevi kalmayacaktır. Nitekim uygulamada Bakanlığın dava açma yoluna gitmediği görülmektedir⁸⁸⁷. Şu halde, mirasçıların mirasın açılmasından bir yıl geçtikten sonra terekede bulunan tarım arazileri hakkında paylaşma sözleşmesi yapmaları geçerlidir ve mirasçıları bağlar.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu çerçevesinde mirasa konu tarım arazilerinin iradi olarak özgülmesi bakımından mirasçıların önünde dört seçenek bulunmaktadır. İlk olarak, mirasçılar oybirliğiyle anlaşarak tarım arazisinin bir ya da birden fazla mirasçıya devrini kararlaştırabilirler. Mirasçıların yazılı paylaşma sözleşmesi yaparak bunu gerçekleştirmeleri mümkündür⁸⁸⁸. Bunun dışında mirasçılar, mirasbırakanın sağlığında ve onun katılımıyla paylaşma sözleşmesi yaparak tarım arazilerinin kime ait olacağını kararlaştırmış olabilirler. Mirasçıların doğrudan tapu müdürlüğüne başvurarak resmi memur huzurunda da bu işlemi gerçekleştirmelerine bir engel yoktur⁸⁸⁹. Mirasçıların anlaşma yolunu tercih etmeleri halinde, tarım arazilerini devralacak olan mirasçı veya mirasçıların “ehil mirasçı” olup olmadığı önemli değildir. Söz gelimi mirasçılar yazılı paylaşma sözleşmesi yaparak terekedeki tarım arazilerinin hayatında hiç tarımla uğraşmamış olan bir mirasçıya verilmesini kararlaştırmış olabilirler. Bu durum sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Zira “ehil mirasçı” kıstası, mahkeme kararıyla özgülleme halinde gündeme gelmektedir.

⁸⁸⁵ Bakanlık yalnızca terekede bulunan tarım arazileri hakkında dava açabilir. Tarım arazileri dışındaki tereke unsurları hakkında dava açma yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. **Çabri**, Şerh, s. 345.

⁸⁸⁶ **Çabri**, Şerh, s. 346. Öğretide bazı yazarlar ise Bakanlığın dava açıp açmama noktasında takdir yetkisinin bulunmadığını ileri sürmektedirler. Bkz. **Özay**, s. 187; **Erdoğan**, s. 161.

⁸⁸⁷ Örneğin Antalya ilinde yapılan bir araştırmaya göre, TKAKK’da öngörülen bir yıllık süreyi geçiren mirasçıların yaklaşık üçte birine (%37,5) kanun hükümlerinin uygulanması için tebligat yapılmış ancak hiçbirine dava açılmamıştır. Bkz. Kavasoglu, İsmet İpek, “**Tarım Arazilerinin Miras Yolu İle Bölünmesinin Önlenmesine Yönelik Yasal Düzenlemenin Örtüaltı İşletmeleri Üzerindeki Etkilerinin Araştırılması: Antalya İli Örneği**”, Akdeniz Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2018, s. 50-51. Tarım arazilerinin devrinin kısa sürede gerçekleştirilmesini öngören bu düzenlemenin fiilen uygulanmadığı söylenebilir.

⁸⁸⁸ **Özcelik**, s. 94.

⁸⁸⁹ **Çabri**, Şerh, s. 325.

Tarım arazisinin birden fazla mirasçıya devredilebilmesi için, TKAKK'da belirtilen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerine ilişkin şartları karşılaması gerekmektedir. Aksi takdirde tarım arazisinin ya tek bir mirasçıya devredilmesi ya da diğer seçenekler üzerinde anlaşmaya varılması gerekmektedir. Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin ne kadar olduğu il ve ilçe bazında TKAKK Ek-1 sayılı listede belirtilmiştir. Örneğin, Denizli'nin Tavas ilçesinde sulu arazide yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü 60 dönümdür. Eğer terekede Tavas'ta bulunan 50 dönüm sulu tarım arazisi varsa, bu tarım arazisinin bölünerek birden fazla mirasçıya devredilmesi mümkün değildir. Mirasçılar bu yönde bir paylaşma sözleşmesi yapmışlarsa, sözleşme kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür. Paylaşma sözleşmesinde tarım arazileri dışında başka tereke unsurları hakkında da hükümler varsa, bu durumda sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğü gündeme gelir. Ancak tarım arazilerine ilişkin kararlaştırılan hükümler olmaksızın paylaşma sözleşmesinin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamını kesin hükümsüz kabul etmek gerekmektedir (TBK m. 27/2).

Mirasçıların anlaşma yoluyla tercih edebilecekleri ikinci seçenek, terekedeki tarım arazilerinin TMK m. 373 vd. hükümlerine göre kurulacak olan aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devredilmesidir⁸⁹⁰. TMK m. 374 hükmüne göre, aile malları ortaklığı sözleşmesinin resmi şekilde yapılması ve bütün ortakların veya temsilcilerinin imzalarını taşıması gerekmektedir. Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğe göre ise, mirasçılar noter senedi ile bu ortaklıkları kurabilirler (TAMDİY m. 9/2-b). Bu durumda, terekedeki tarım arazileri bakımından miras ortaklığı sona ermiş ve başka bir elbirliği ortaklığı türü meydana gelmiş olur. Ancak mirasçıların bu yöndeki anlaşmaları bir paylaşma sözleşmesi niteliğinde değildir. Bir ihtimal, noter huzurunda çeşitli tereke unsurları hakkında paylaşma sözleşmesi yapan mirasçıların, terekedeki tarım arazileri için aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurmaya yönelik irade beyanında bulunmaları düşünülebilir. Bu durumda mirasçıların tarım arazileri hakkında aile malları veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulmasına dair iradeleri, paylaşma sözleşmesinin bir unsuru haline gelmiş olur.

Üçüncü olarak mirasçılar oybirliğiyle anlaşarak terekede bulunan tarım arazisini mirasçıların tamamının hissedarı oldukları 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları limited şirkete devredebilirler⁸⁹¹. Türk Ticaret Kanunu m. 575/1 hükmüne göre,

⁸⁹⁰ Eren/Başpınar, s. 176; Çabri, Şerh, s. 327; Özey, s. 170; Erdoğan, s. 152; Uyumaz/İlhan, s. 877; Yavuz/Topuz, s. 682.

⁸⁹¹ Eren/Başpınar, s. 178; Çabri, Şerh, s. 329; Özey, s. 172; Erdoğan, s. 154; Uyumaz/İlhan, s. 877; Yavuz/Topuz, s. 682.

limited şirket sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kurucular tarafından ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzalanması gerekmektedir. Dolayısıyla, mirasçılar paylaşma sözleşmesinde tarım arazilerinin kuracakları limited şirkete devrini kararlaştırmış olsalar bile, bu hüküm şekle aykırı olduğundan geçersiz olacaktır.

Son olarak, mirasçılar oybirliğiyle anlaşarak terekede bulunan tarım arazisini üçüncü kişiye devredebilirler⁸⁹². Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelikte de mirasçıların mirasa konu tarım arazilerini üçüncü kişilere satabilecekleri belirtilmektedir (TAMDİY m. 9/2-ç). Mirasçıların üçüncü kişiye devir konusundaki anlaşmaları yazılı paylaşma sözleşmesi şeklinde olabilir. Diğer bir deyişle, mirasçılar paylaşma sözleşmesinde tarım arazisini üçüncü kişiye satarak bedelini paylaşma konusunda anlaşmış olabilirler. Ancak mirasçılar doğrudan tapu müdürlüğüne başvurarak üçüncü kişiye satış işlemini gerçekleştirmeleri de mümkündür.

2.2.2.7.2. İmar Mevzuatına Aykırılıkların Sözleşmeye Etkisi

İmar mevzuatı, mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran muhtelif düzenlemeler ihtiva etmektedir. Benzer bir durum, mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak mirasçıların terekedeki taşınmazların ifrazı yönünde anlaşmaları bakımından da söz konusudur. İfraz, tapu sicilinde tek parsel olarak kayıtlı bulunan taşınmazın birden fazla parsel bölünerek her birinin ayrı parsel numarası altında tapuya kaydedilmesini ifade eder⁸⁹³. Mirasçılar terekede bulunan taşınmazın ifraz edilerek farklı parseller halinde adlarına tescil edilmesini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, sözleşmenin ifraza ilişkin hükmünün imar mevzuatına uygun olup olmadığı önem arz etmektedir.

İmar mevzuatı bakımından ifraz işleminin yapılması, taşınmazın imar planı bulunan alanlarda olup olmamasına göre farklılık arz etmektedir. İmar Kanunu (İK) m. 15 hükmüne göre, imar planı bulunan alanlarda ifraz ve tevhit işlemleri parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda yapılabilmektedir. Parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda yapılacak ifraz ve tevhit işlemlerinin imar planlarına ve imar mevzuatına uygun olması gerektiği Kanunda açıkça belirtilmiştir (İK m. 15/3). Dolayısıyla, mirasçılar terekede imar planı bulunan ve parselasyon planı tescil edilmiş olan bir taşınmazın ifrazına yönelik paylaşma sözleşmesi yapmışlarsa, sözleşmenin bu hükmünün ifa edilmesi, ilgili taşınmazın ifrazının imar planlarına ve mevzuata uygun olmasına bağlıdır. Parselasyon planı bulunan yerlerde, arazilerin asgari parsel

⁸⁹² Eren/Başpınar, s. 179; Çabri, Şerh, s. 331; Özay, s. 175; Erdoğan, s. 155; Uyumaz/İlhan, s. 877; Yavuz/Topuz, s. 682.

⁸⁹³ Kalabalık, Halil, **İmar Hukuku Dersleri**, 9. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 381; Muratoğlu, Tahir, **İmar Hukuku**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 262.

büyüklikleri belirlenmiş durumdadır⁸⁹⁴. Bu sebeple, taşınmazın planda belirtilen miktardan daha küçük parçalara bölünmesi mümkün değildir. Eğer planda parsel büyüklikleri ile ilgili hüküm bulunmuyorsa, ifraz sonucu oluşacak parsellerin büyüklikleri Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde belirtilen sınırlara uygun olmak zorundadır⁸⁹⁵. Şu halde sözleşmede plana ve mevzuata aykırı bir ifraz öngörülmüşse, sözleşmenin ilgili kısmının kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olması söz konusu olur. Örneğin Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'ne göre, ifraz suretiyle yola cephesi olmayan parsel oluşturulamaz (m. 5/14). Dolayısıyla mirasçılar taşınmazın ifrazına karar verirken yola cephesi bulunmayan bir parsel oluşacak şekilde düzenleme öngörmüşlerse, bu durum kanunun emredici hükmüne aykırıdır.

İmar planı dışında kalan alanlarda ifraz suretiyle elde edilecek parsellerin büyüklikleri bakımından Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği uygulanır⁸⁹⁶. İmar Kanunu'na göre, imar planı dışında kalan alanlarda yönetmelikte tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmeyecektir (İK m. 15/7). Dolayısıyla mirasçılar terekede bulunan ve imar planı dışında kalan taşınmazlar bakımından Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nde yer alan kurallara aykırı şekilde ifraz yapılmasını kararlaştıramazlar. Aksi takdirde yine sözleşmenin ilgili hükmünün kanunun emredici hükmüne aykırılığı gündeme gelecektir.

Mirasın açılmasından paylaşma sözleşmesinin ifasına kadar geçen sürede, terekede bulunan taşınmazların imar uygulamalarına konu edilmesi söz konusu olabilir. Hatta mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi bakımından bu ihtimal daha da artmaktadır. İmar Kanunu m. 18/1 hükmüne göre, “*İmar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakatı aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re'sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir. Sözü edilen yerler belediye ve mücavir alan dışında ise yukarıda belirtilen yetkiler valilikçe kullanılır*”. Şu halde, mirasçıların paylaşma sözleşmesine konu ettikleri bir taşınmazın idare tarafından gerçekleştirilen imar uygulaması sonucunda büyüklik veya nitelik itibarıyla değişmiş olması mümkündür. Bu durum, paylaşma sözleşmesinin geçerliliğini iki yönden etkileyebilir. İlk olarak, sonradan değişen durum nedeniyle sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmiş olabilir⁸⁹⁷. Gerçekten de, sözleşmede mirasçılardan birine verilmesi kararlaştırılan

⁸⁹⁴ Çakar, Hale Nur, **Tasarım ve Mülklerin Bölünebilirliği: Miras ve Önalım**, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 80.

⁸⁹⁵ Kalabalık, s. 388; Muratoğlu, s. 263.

⁸⁹⁶ Kalabalık, s. 396; Muratoğlu, s. 263.

⁸⁹⁷ Aksi görüşte; Çabri, Şerh, s. 509. Yazara göre, paylaşma sözleşmesinden sonra imar uygulaması yapılması sözleşmeye konu taşınmaza ilişkin hem fiziki hem de hukuki durumun değişmesine sebep olsa da uygulama

taşınmazın, imar uygulaması ile başka parsellere ayrılmış ya da yerinin değişmiş olması ihtimal dâhilindedir. Bu durumda, sonraki ifa imkânsızlığına ilişkin TBK m. 136 hükmü uygulama alanı bulur⁸⁹⁸. Anılan hükme göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaştığı takdirde borç sona erer⁸⁹⁹. Elbette mirasçıların bir araya gelerek yeniden paylaşma sözleşmesi yapmalarına bir engel yoktur.

İkinci olarak ise, imar uygulaması sonucu meydana gelen yeni durum, paylaşma sözleşmesinin ifasını imkânsız hale getirmemekle birlikte, mirasçılarının menfaat dengelerini değiştirmiş olabilir. Yargıtay kararına⁹⁰⁰ konu olan bir olayda mirasçılar aralarında anlaşarak “baba evi” olan ahşap evin bulunduğu parselin kız çocukları adına tescili karşılığında diğer taşınmazların erkek çocuklarına bırakılmasını kararlaştırmışlardır. Ancak daha sonra ahşap evin bulunduğu taşınmazda imar uygulaması yapılmış ve yeni uygulama sonrasında söz konusu ev başka bir parsel üzerinde kalmıştır. Taşınmazlar paylaşma sözleşmesine uygun olarak mirasçılar adına tescil edilmiştir. Ancak sözleşmeye göre avlulu ahşap evin bulunduğu parseli

sonrasında ilgili taşınmaz imar parselasyon planına göre tapuya yeniden kaydedildiği için kendiliğinden paylaşma sözleşmesinin konusu haline gelir.

⁸⁹⁸ “İptali istenen miras taksim sözleşmesi; 6 madde halinde tanzim edilmiş ve taksime konu yapılan taşınmaz mallardan yalnızca 20 parsel sayılı taşınmazda, miras bırakanın mirasçıları esi Ayşe ve çocuklarına 1/3'er esit hisse bırakılması öngörülmüş, diğer taşınmaz malların ise murisin çocukları arasına genelde bağımsız parsel bırakmak suretiyle paylaşımı kararlaştırılmıştır. Mirasçılar arasındaki miras taksiminden sonra ve ilgililerince tapuda henüz bir işlem yapılmadan taşınmazlarda, imar uygulaması başlamış ve 20 parsel sayılı taşınmazda hamur kuralı uygulanmak suretiyle şüyu olarak üçüncü şahıslar adına da olmak üzere müteaddit imar çapları oluşmuştur. Gerçekten krokiye bağlanan ve geçerli olan miras taksim sözleşmesinde her bir paydaşa bırakılması kararlaştırılan kısma isabet eden imar çaplarının, o paydaşa bırakılması asıdır. Ancak 20 parselde miras taksim sözleşmesinden sonra oluşan bu eylemli durum itibarıyla anılan parsel yönünden sözleşmenin yerine getirilmesinde imkansızlığın doğduğu aşikardır. Taksime konu diğer taşınmazlar iki kardeş arasında bölüştürüldüğü gibi miras bırakanın eşi ve tarafların annesi bulunan Ayşe de, temyize konu davadan bir süre önce ölmüş, mirasçı olarak çocukları tarafları bırakmıştır. Taksim sözleşmesinin yerine getirilmesinde imar uygulaması sonucu 20 parsel yönünden doğan eylemli imkansızlığın, taksime konu diğer taşınmazlar için de varlığı kanıtlanabilmiş değildir. Somut olayda, kalan mirasçı adedi itibarıyla de 20 parselde doğan imkansızlığın, sözleşmenin bütününi bozacağından söz edilemeyeceği açıktır. Bu durumda, Alaşehir Noterliği'nden düzenlenen 8.10.1973 günlü miras taksim sözleşmesinin 1. maddesinde yer alan tapunun 87 cilt, 76. sahife ve 6 numarada kayıtlı 20 kadastro parseline revizyon gören ve imar uygulamasına tabi tutulan, mirasçılar arasında 3 esit parçaya bölünmesi kararlaştırılan taşınmazla ilgili kısmı sözleşmeden sonra doğan imkansızlık nedeniyle iptal edilmelidir. O itibarla, bu husus gözetilmeksizin taksim sözleşmesinin 20 parselle ilgili 1. maddesinin iptali ile yetinilmesi gerekirken, kalan mirasçı sayısı itibarıyla de bütünü bozmayacağı nazara alınmaksızın tümünün iptaline ilişkin önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde usul ve yasaya aykırı olan direnme kararı bozulmalıdır”. Yarg. HGK, T. 02.02.1994, E. 1993/2-639, K. 1994/26. (erişim tarihi: 07.06.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

⁸⁹⁹ Bkz: 3.1.2.5.

⁹⁰⁰ “Davacı dava dilekçesinde; murisin ölümünden sonra aralarında yaptıkları anlaşmada baba evi olan avlulu ahşap evin üzerinde bulunduğu 686 sayılı kadastral parselin kız çocukları adına tescili karşılığında diğer taşınmazların erkek çocuklarına bırakılmasının kararlaştırıldığını, anlaşmaya uygun olarak 686 parsel sayılı taşınmazın 1/3'er payla kız çocukları adına diğer taşınmazların ise erkek çocukları adına tescil edildiğini ancak daha sonra Aralık 2009 tarihinde tapuda yaptığı araştırmada avlulu ahşap ev vasfındaki 686 kadastral parselde kısmi imar uygulaması yapıldığı ve ahşap evin müfrez 148 ada, 2 parsel üzerinde kaldığı ve anılan imar parselinin de müfrez 148 ada, 1 ve 3 nolu parsellerle birlikte aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak davalı adına kayıtlandığını, gerek davalı adına kayıtlanan 148 ada, 2 parselin gerekse imar dışı bırakılan 686 sayılı kadastral parselin avlulu ahşap ev vasfı ile sicile kayıtlı olmasının kendilerini yanılttığını, imar uygulaması ile hataya düştüklerini, okuma - yazmalarının olmamasından yararlanıldığını, tapu sicil kaydında oluşturulan sonucun gerçek iradelerini yansıtmadığını ileri sürerek eldeki davayı açmıştır”. Yarg. 1. HD, T. 27.02.2014, E. 2013/22333, K. 2014/4568. (erişim tarihi: 07.06.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

alacak olan mirasçılardan biri sonradan durumu fark etmiş ve yanılma sebebiyle sözleşmenin iptali ve tapu iptal-tescil talebiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Yargıtay ise, davanın hak düşürücü süre içerisinde açılıp açılmadığının incelenmediği ve yeterli araştırma yapılmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur. Kanaatimizce paylaşma sözleşmesinde kız çocuklarına verilmesi kararlaştırılan yerin imar uygulaması nedeniyle değişmiş olması, tarafların esaslı yanılmaya dayanması bakımından yeterli bir sebeptir. Zira karardan anlaşıldığı kadarıyla, mirasçıların babalarından kalma ahşap evin bulunduğu parsel göz önünde tutularak paylaşma yapılmıştır. Dolayısıyla, sözleşme gereğince evin bulunduğu parseli alması kararlaştırılan mirasçılar bakımından bu durum sözleşmenin kurulması için temel bir unsur haline gelmiştir. Bu sebeple, diğer şartların varlığı halinde, ilgili mirasçının esaslı yanılmaya dayanmasına cevaz vermek gerekmektedir.

2.2.2.7.3. Paylaşma Sözleşmesine Konu Edilen Tereke Unsurlarının Mülkiyeti Üzerinde Sonradan Meydana Gelen Değişimlerin Sözleşmeye Etkisi

2.2.2.7.3.1. Genel Olarak

Miras paylaşma sözleşmesine konu edilen tereke unsurlarının, özellikle de taşınmazların mülkiyetinde sonradan değişiklik meydana gelmesi mümkündür. Bu durumun paylaşma sözleşmesini ne şekilde etkileyeceği üzerinde durmak gerekmektedir. Sözleşmeye konu edilen taşınmazlar bakımından bu değişim, genellikle mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıyan hallerde karşımıza çıkar. Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine verilmesi kararlaştırılan taşınmazın kamulaştırılması ya da çeşitli mevzuat hükümleri gereğince tapu sicilinin düzeltilmesi davalarına konu edilerek mülkiyetinin başka bir kişiye geçmesi söz konusu olabilir. Paylaşma sözleşmesinin çoğunlukla tereke unsurları göz önünde tutularak yapıldığı düşünülürse, sözleşmeye konu edilen bir taşınmazdaki bu değişimin sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi muhtemeldir.

2.2.2.7.3.2. Sözleşme Konusu Tereke Unsurunun Kamulaştırılması

Kamulaştırma, mülkiyet hakkını ihlal eden müdahaleler içerisinde en sorunlu olanların başında gelmektedir. Özellikle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda (KamK) değişiklik yapan 4650 sayılı Kanun'dan önce, kamulaştırılan taşınmazın malikinin idare tarafından muhatap bile alınmaması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan uygulamalara yol açmıştır⁹⁰¹. Ancak 4650 sayılı Kanun ile KamK. m. 8 hükmü değiştirilerek “satın alma usulü” getirilmiştir.

⁹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Başpınar, Veysel, **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 274 vd.

Buna göre idare, kamulaştırılacak olan taşınmazın maliki veya malikleriyle öncelikle anlaşma yoluna gitmek durumundadır. Anlaşma olmaması halinde ise idare mahkemeye başvurarak ilgili taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesini talep edecektir (KamK. m. 10/1). Ancak KamK. m. 27’de belirtilen durumlarda satın alma usulüne gitmeden “acele kamulaştırma” yapılması mümkündür.

Paylaşma sözleşmesine konu edilen bir taşınmazın kamulaştırılması, kural olarak sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Zira paylaşmaya hâkim olan temel ilkelerden biri olan “ayni ikame ilkesi (*Surrogationsprinzip*)” gereğince, kamulaştırma sonucu idare adına tescil edilen taşınmazın yerine kamulaştırma bedeli terekeye girmiş olur⁹⁰². Dolayısıyla, paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine verilmesi kararlaştırılan taşınmaz idare tarafından kamulaştırıldığında, bunun için ödenen kamulaştırma bedeli üzerinde o mirasçının alacak hakkı doğar. Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine verilecek olan bir taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı alınması durumunda, idarenin satın alma usulünü uygulayabilmek için bütün mirasçılarla anlaşması gerekmektedir. Zira paylaşma sözleşmesinin yapılması aynı bir etki doğurmadığından, kamulaştırılacak olan taşınmaz üzerinde bütün mirasçılar halen elbirliği halinde hak sahibidir. Kamulaştırma sonucunda ödenecek olan bedelin de miras payları oranında mirasçılara ödenmesi söz konusu olacaktır. Ancak bu noktada KamK. m. 12/7 hükmünün ele alınması gerekmektedir. Anılan hükme göre, kısmi olarak kamulaştırılan taşınmaz paylı mülkiyete konu ise ve daha önce paydaşlar arasında fiilen bölünerek bir veya birkaç paydaşın tasarruf ve yararlanmasına bırakılmışsa, bu durumda kamulaştırmaya dair işlemler sadece bu paydaş veya paydaşlar hakkında yürütülerek kamulaştırma bedeli payları oranında kendilerine ödenir. Söz konusu hükmün miras ortaklığı bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay yakın tarihli bir kararında, miras paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine verilmesi kararlaştırılan ve fiilen paylaşılan parselin kamulaştırılması halinde, kamulaştırma bedelinin tamamının o mirasçıya verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁰³. Yine benzer bir durumda Yargıtay, kamulaştırma bedelinin mirasçılık belgesindeki paylara göre değil miras paylaşma sözleşmesinde kararlaştırılan şekle göre

⁹⁰² Eren/Yücer Aktürk, s. 558; Çabri, Şerh, s. 124; Dural/Öz, s. 474.

⁹⁰³ “ Somut olayda taraflar arasında 01/05/2014 tarihli miras taksim sözleşmesi yapılarak 4125 parsel sayılı taşınmazın ifrazı ile oluşan 8982,8983,8984,8985 parsellerin taksim sözleşmesi ekinde yer alan taksim krokisi uyarınca fiili taksiminin yapılarak 8982 parsel sayılı taşınmazın davacıya bırakıldığı ve 8982,8983,8984 ve 8985 parsel sayılı taşınmazların tapuda hak sahipleri adına müşterek mülkiyet hükümlerine göre intikal ettirilmesinin kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Yapmış oldukları miras taksim mukavelesi ile bağlı olan davalıların fiili taksime göre davacıya isabet eden 8982 parsel sayılı taşınmazda herhangi bir haklarının olmadığı, dolayısıyla kamulaştırmaya konu alanın da fiili taksime göre davacıya bırakılan 8982 parsel sayılı taşınmaz içerisinde kaldığı gözetildiğinde, kamulaştırma bedelinin tamamının davacıya ait olması nedeniyle davanın kabulü yönünde karar verilmesi gerekirken, yamılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir ”. Yarg. 3. HD, T. 11.9.2018, E. 2016/21276, K. 2018/8287. (erişim tarihi: 18.06.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

ödenmesi gerektiğine karar vermiştir⁹⁰⁴. Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay daha sonraki bir kararında, Kamulaştırma Kanunu'nun ilgili hükmünde açıkça paylı mülkiyete tabi taşınmazlardan bahsedildiğini ifade ederek, elbirliği mülkiyetine tabi olduğu için terekede yer alan taşınmaz bakımından bu hükmün uygulanamayacağına karar vermiştir⁹⁰⁵. Şu halde Yargıtay içtihatlarında konuyla ilgili görüş birliği bulunmamaktadır.

Kanaatimizce paylı mülkiyete tabi taşınmazların kısmen kamulaştırılmasında fiili taksimin göz önünde tutulmasını öngören KamK. m. 12/7 hükmü, terekede yer alan taşınmazlar bakımından uygulanamaz. Yargıtay'ın yukarıda değinilen kararında da belirtildiği gibi, hükümde açıkça paylı mülkiyete tabi taşınmazlar için bir düzenleme getirilmiştir. Öte yandan, paylaşma sözleşmesinin yapılmış olması, terekenin fiilen paylaşıldığı anlamına gelmez. Paylaşmanın tamamlanmasına kadar terekede bulunan bütün mal ve haklar üzerinde elbirliği ile hak sahipliği bulunmaktadır. Dolayısıyla, kamulaştırılan taşınmazın bedeli üzerinde de elbirliğiyle hak sahipliği meydana gelmektedir. Paylaşma sözleşmesine göre kamulaştırılan taşınmazın kendisine verilmesi kararlaştırılan mirasçı, diğer mirasçılara karşı ödenen bedel bakımından talepte bulunabilir.

2.2.2.7.3.3. Sözleşme Konusu Tereke Unsurunun Mülkiyetinin Orman Mevzuatı Çerçevesinde Değişmesi

Ormanlar kural olarak devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerlerdir⁹⁰⁶. Bu itibarla ormanlar özel mülkiyete konu olmadıkları gibi, zamanaşımı yoluyla kazanılmaları da mümkün değildir. Bir yerin orman olup olmadığının tespiti ise orman kadastrosunun yapılmasıyla

⁹⁰⁴ “ Dosya içerisindeki, 33459 yevmiye numaralı düzenleme şeklindeki miras taksim sözleşmesinde murise ait 1564 ada, 51, 52 ve 53 parsel sayılı taşınmazın 1/3'er payı davacı ..., ... ve dava dışı ...'a olacak şekilde taksim edildiği, Mahkemesi'nin 04/03/2004 tarih ve 2004/225 E 2004/207 K sayılı mirasçılık belgesine göre murisin mirasçılarına ödenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Miras taksim sözleşmesine göre davacılara kamulaştırma bedelinin 1/3'ü ödenmesi gerekirken mirasçılık belgesine göre 5/20'sinin ödendiği, aradaki farktan davalı ... hissesine düşen miktarın adı geçen davalı adına bankaya yatırılan 47.264,96 TL'den düşülmek suretiyle davacıların miras taksim sözleşmesindeki toplam 2/3 hisseleriyle davalı ...'ndan talep edebileceği miktarın yeniden belirlenmesi amacıyla ek rapor aldirılarak, sonucuna göre davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken bu husus gözetilmeden yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir”. Yarg. 14. HD, T. 16.11.2017, E. 2016/15866, K. 2017/8499. (erişim tarihi: 18.06.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁹⁰⁵ “ Davaya konu 213 (yeni 1210) parsel sayılı taşınmaz ise mirasbırakan... adına kayıtlı iken onun ölümüyle mirasçıları adına intikal etmiş ve tüm mirasçılar adına elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi iken kısmi bir kamulaştırma işlemine tabi tutulmuştur. TMK'nın 640. maddesine göre birden çok mirasçı bulunması hâlinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir. Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler. Kamulaştırmaya konu taşınmazın paylı mülkiyet değil de elbirliği mülkiyetine tabi bir taşınmaz olması nedeniyle eldeki davada Kamulaştırma Kanununun 12. maddesinin beşinci fıkrasının uygulama olanağının bulunmadığı kuşkusuzdur”. Yarg. HGK, T. 22.11.2018, E. 2017/3-999, K. 2018/1757. (erişim tarihi: 18.06.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁹⁰⁶ Başpınar, Mülkiyet, s. 373.

mümkündür. Ülkemizde kadaastro çalışmaları sırasında ormanların sınırlarının belirlenmesi konusu sıklıkla mülkiyet hakkı ihlallerine yol açmıştır⁹⁰⁷.

Paylaşma sözleşmesine konu edilen taşınmazın sonradan tespit dışı bırakılması ya da orman sınırları içerisinde kaldığının kabul edilmesi, sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilir⁹⁰⁸. Zira tespit dışı bırakılan ya da orman sınırları içerisinde kalan taşınmazlar üzerinde özel mülkiyet kurulması ve bunların tapuya tescili mümkün değildir⁹⁰⁹. Daha önce mirasbırakan adına kayıtlı olan taşınmazlar bakımından ise hazine tarafından tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmak suretiyle ilgili taşınmazların hazine adına tescilinin sağlanması da söz konusu olabilir. Bu durumda, paylaşma sözleşmesi gereğince taşınmazı alacak olan mirasçının bu taşınmazı elde etmesi imkânsız hale gelmiş olur. Kamulaştırmadan farklı olarak, terekeden çıkan taşınmazın yerine bir bedelin girmesi söz konusu değildir. Mirasçılar, ortaya çıkan durumu göz önünde tutarak yeni bir paylaşma sözleşmesi yapabilirler. Ancak yeni bir sözleşme yapılması mümkün değilse, sonraki ifa imkânsızlığına dair hükümlerin (TBK m. 136) uygulanması gündeme gelir⁹¹⁰.

2.2.2.7.3.4. Sözleşme Konusu Tereke Unsurunun Mülkiyetinin Kıyı Mevzuatı Çerçevesinde Değişmesi

Kıyılar, Anayasa m. 43/1 ve Kıyı Kanunu m. 5 hükmüne göre devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Dolayısıyla kıyıların özel mülkiyete konu teşkil etmesi mümkün değildir⁹¹¹. Hal böyle olmakla birlikte, kıyılarda bulunan pek çok taşınmaz özel kişilere

⁹⁰⁷ Başıpınar, Mülkiyet, s. 379.

⁹⁰⁸ “Mahkemece, davaya konu ... parsel sayılı taşınmazın dava dışı müsterekler ile paylaşıldığı, davacı ve davalıya ayrı ayrı 5066 m2'lik yer verildiği, davalıya verilen yerin 4225,25 m2'lik kısmın tapulama harici ve orman sahası içinde kaldığı, davacı tarafın, davalının orman olan yerin tapusunu almasını ve fazlasını kendisine vermesini talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, taksime konu edilen kısım ormanda kaldığından bu kısım taksime dahil edilmeksizin eşit oranda davalının mülkiyet hakkının tanınması gerektiği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili tarafından esas yönünden, davalı vekili tarafından vekalet ücretine yönelik olarak temyiz edilmiştir”. Yarg. 8. HD, T. 28.1.2016, E. 2014/16224, K. 2016/1493. (erişim tarihi: 19.06.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁹⁰⁹ Başıpınar, Mülkiyet, s. 379. “Davacılar vekili, 22.11.2016 tarihli dilekçesiyle, ... ili, ... ilçesi, ... mahallesi, Nisan 1920 tarih, ... cilt, 65 sahife, 29 sıra nolu; Mart 302 yoklama, 92 cilt, 72 sahife, 5 sıra nolu; Ocak 1945 tarih, 125 cilt, 33 sahife, 63 sıra nolu; Şubat 1951 tarih, 125 cilt, 35 sahife, 69 sıra numaralı taşınmazların müvekkillerinin murisi ... Bademlioğlu'na ait iken 1974-1975 yıllarında yapılan kadaastro çalışmaları sırasında tapulama harici bırakıldığını, daha sonra 20/06/1989 tarihinde ilan edilen orman kadaastrosu sırasında ise orman sınırları içine alınarak tescil harici orman olarak bırakıldığını, ... Bademlioğlu mirasçıları tarafından 03/08/1993 tarih ve 06395 yevmiye nolu; Mihriban Bademlioğlu mirasçıları tarafından 08/11/2010 tarih ve 12692 yevmiye numaralı düzenleme şeklinde miras taksim sözleşmesi yapıldığını, söz konusu taşınmazların tapu kaydında toplam alanlarının 87.193 m2 olarak görülmekte ise de; gerçekte 216.322 m2 olduğunu, bu hususun ... Kadaastro Mahkemesi'nin 1990/34 E.- 1993/42 K. sayılı ve bu davanın görevsizlikle aktarıldığı ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1995/153 E. - 2002/726 K. Sayılı orman kadaastrosuna itiraz davalarının reddine dair verilen karar ile de sabit olduğunu...” Yarg. 20. HD, T. 5.6.2018, E. 2018/2180, K. 2018/4361. (erişim tarihi: 19.06.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁹¹⁰ Bkz: 3.1.2.5.

⁹¹¹ Başıpınar, Mülkiyet, s. 324.

devredilmiş ya da kadastro çalışmaları sırasında zilyetleri adına tespit edilerek onlar adına tapu siciline tescil edilmiştir. Sonradan hazine veya belediyeler tarafından bu yerlerin devletin hüküm ve tasarrufunda olmasına dayanılarak var olan tapu sicili kayıtlarının iptali yönünde davalar açılmış ve konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kadar gitmiştir⁹¹².

Paylaşma sözleşmesine konu edilen taşınmazın kıyıda kaldığı gerekçesiyle tapu kaydının iptal edilmesi durumunda, sözleşme gereğince taşınmazı alması kararlaştırılan mirasçıya ilgili taşınmazın devredilmesi imkânsız hale gelir. Dolayısıyla, yukarıda orman mevzuatı nedeniyle tapu iptalinde ele alınan durumlar burada da ortaya çıkar. Diğer bir deyişle, mirasçılar yeni bir paylaşma sözleşmesi yapmadıkları takdirde, sonraki ifa imkânsızlığına dair hükümlerin uygulanması söz konusu olur.

2.2.2.7.4. Sağ Kalan Eşin Yasal Mal Rejiminden Doğan Katkı Alacağı Talebinin Sözleşmeye Etkisi

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerden birinin ölümüyle birlikte mal rejimi kendiliğinden sona erer (TMK m. 225). Bu durum, iki ayrı tasfiye rejiminin meydana gelmesi sonucunu doğurur. Birincisi, aile hukukundan kaynaklanan eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, ikincisi ise miras hukukundan kaynaklanan ölen eşin terekesinin tasfiyesidir⁹¹³. Terekenin paylaşılması için öncelikle eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesinin yapılması önem arz etmektedir⁹¹⁴. Zira ölen eşin terekesinin net malvarlığı ancak bundan sonra belirlenebilir.

Ölen eşin, sağ kalan eşten başka mirasçısı yoksa herhangi bir sorun meydana gelmez. Ancak sağ kalan eşin dışında başka mirasçıların da bulunması durumunda, sağ kalan eşin mal rejiminden doğan katılma alacağı diğer mirasçılara karşı ileri sürülebilir⁹¹⁵. Başka bir deyişle, sağ kalan eş, katılma alacağı dolayısıyla mirasbırakanın alacaklısı durumundadır ve söz konusu alacak terekenin pasifi içerisinde yer alır. Ancak bu durum tek taraflı değildir. Sağ kalan eşin de edinilmiş malları varsa, ölen eşin bu mallardan dolayı ortaya çıkan artık değerinin yarısında katılma alacağı söz konusudur⁹¹⁶. Ölen eşin bu alacağı, terekenin aktif kısmında yer alacaktır.

⁹¹² Başpınar, Mülkiyet, s. 328 vd.

⁹¹³ Öztan, Bilge, “Eşlerden Birinin Ölümü Halinde Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi”, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 239; Acar, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2016, s. 182.

⁹¹⁴ Öztan, s. 240; Zeytin, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 390.

⁹¹⁵ Zeytin, sç 390; Özdamar, Demet/Kayış, Ferhat/Yağcıoğlu, Burcu/Akgün, Aliye, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 118.

⁹¹⁶ Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 119.

Dolayısıyla sağ kalan eş bakımından duruma göre hem alacaklı hem de borçlu olma hali ortaya çıkabilmektedir⁹¹⁷.

Mal rejiminin tasfiyesi gerçekleştikten sonra miras paylaşma sözleşmesinin yapılması ihtimalinde sözleşmenin geçerliliği bakımından herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Ancak uygulamada çoğunlukla ölen eşin ardından mal rejiminin tasfiyesine dair bir talep olmaksızın mirasın paylaşılması gündeme gelmektedir. Sağ kalan eşin mal rejiminin tasfiyesi gerçekleşmeden diğer mirasçılarla paylaşma sözleşmesi yapması durumunda sözleşme bundan etkilenmez. Diğer bir deyişle, mal rejiminin tasfiyesi hiç gündeme gelmeden paylaşma sözleşmesi yapılması mümkündür ve bu sözleşme geçerlidir. Zira kanunda eşlerden birinin ölmesi halinde öncelikle mal rejiminin tasfiye edileceğine dair emredici bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan, sağ kalan eşin diğer mirasçılarla paylaşma sözleşmesi yapması, onun katılma alacağı talebinde bulunmasını engellemez⁹¹⁸. Öğretide bir görüş, paylaşma sözleşmesi yapıldıktan sonra katılma alacağı olduğunu öğrenen eşin, hukuki bir hatanın varlığını ileri sürerek sözleşmenin iptalini talep edebileceğini ifade etmektedir⁹¹⁹. Yine aynı görüşe göre, sağ kalan eş ikinci bir yol olarak paylaşma sözleşmesi yapmasına rağmen katılma alacağını bu sözleşmeden bağımsız olarak ileri sürebilecektir. Kanaatimizce sağ kalan eşin yanılmaya dayanarak sözleşmenin iptali yoluna gitmesine gerek yoktur. Zira sağ kalan eşin katılma alacağı, mirasın paylaşılmasından bağımsız olarak ileri sürülebilir. Başka bir deyişle, sağ kalan eş paylaşma sözleşmesine taraf olsa ve hatta sözleşme ifa edilerek paylaşma sonuçlandırılrsa bile, katılma alacağını tıpkı mirasbırakanın alacaklısı gibi diğer mirasçılardan talep edebilir⁹²⁰. Aynı şekilde, diğer mirasçılar da sağ kalan eşe karşı mirasbırakanın katılma alacağı için talepte bulunabilirler⁹²¹.

⁹¹⁷ Acar, s. 350 vd.

⁹¹⁸ Şıpka, Şükran/Özdoğan, Ayça, **Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları**, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 501.

⁹¹⁹ Öztan, s. 251.

⁹²⁰ Öztan, s. 251. “ Sağ eşin mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak hakkı, terekeye ait borç olup, davacının TMK'nun 499. maddesine göre 1/4 oranında miras payı bulunmaktadır. Bu durumda, davalı, belirlenen katılma alacağının tamamından sorumlu tutulamaz. Yeniden yapılacak keşif sonucunda taşınmazın karar tarihine en yakın tarihteki sürüm değeri tespit edilerek bu değerden taşınmaz için ödenen kredi borcunun düşülmesi suretiyle artık değer bulunmalı, artık değerın tespitinden sonra TMK'nun 236. maddesi gereğince katılma alacağına karar verilirken, sağ kalan eş davacının 1/4 oranında mirasçı olduğu dikkate alınarak terekeden davacıya düşen pay mahsup edilmeli ve bu şekilde elde edilecek miktara katılma alacağı olarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir”. Yarg. 8. HD, T. 18.4.2013, E. 2013/1927, K. 2013/5882. (erişim tarihi: 03.07.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁹²¹ “İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesince, dosya kapsamına göre, tarafların, muris ...'in mirasçıları olduğu, aralarında 04.02.2013 tarihli kısmi miras taksim sözleşmesi yapıldığı, davanın TMK'nin 236/1. maddesi uyarınca mirasçının sağ kalan eşe karşı açtığı bir dava olduğu, TMK'nin 236/1.maddesi gereğince ölen eşin mirasçılarının sağ kalan eşe mal rejimi tasfiyesi davası açabilecekleri, kısmi miras taksim sözleşmesi gereğince murisin tüm mal varlığının taksim edilmediğinin anlaşıldığı, belirtilen sözleşmenin muristen gelen tüm mal varlığına ilişkin miras payı açısından tarafların birbirini ibra ettikleri anlamına gelemeyeceği, davacının mal rejimi tasfiyesi kapsamındaki haklarından feragat etmediğinin kabulü gerektiği gerekçesiyle, davacı-birleşen dosyada davalı vekilinin istinaf talebinin kabulüne, davaya konu malvarlığının değerleri belirlenerek ve tarafların

Yargıtay yakın tarihli bir kararında, mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçılar arasında paylaşma sözleşmesi yapılmasının, eşler arasında mal rejimi hükümleri gereğince alacak isteğine engel olmadığını ifade etmiştir⁹²². Federal Mahkeme de sağ kalan eşin katılma alacağının mirasın paylaşılmasından bağımsız olarak talep edilebileceği görüşündedir⁹²³.

Miras paylaşma sözleşmesinde sağ kalan eşin diğer mirasçılara karşı katılma alacağını talep etmekten feragat etmesi mümkündür⁹²⁴. Bu durumda sağ kalan eşin katılma alacağını talep etme hakkı ortadan kalmış olur⁹²⁵. Uygulamada mirasçıların paylaşma sözleşmelerinde mirasçılara düşen tereke unsurlarını belirttikten sonra, birbirlerinden hiçbir hak talep etmeyeceklerine dair hükümler koydukları görülmektedir⁹²⁶. Buna benzer bir hükmün, paylaşma sözleşmesinden ayrı olarak sözleşmenin ifasından sonra yapılması da mümkündür. Peki, sağ kalan eş bu ihtimalde katılma alacağı hakkını kaybetmiş olur mu? Kanaatimizce buna olumsuz cevap vermek gerekir. Paylaşma sözleşmelerinde mirasçıların birbirlerinden hiçbir hak talep etmeyeceklerine dair genel nitelikli kayıtlar mirastan doğan haklar bakımından değerlendirilebilir. Oysa sağ kalan eşin katılma alacağı, doğrudan doğruya aile hukukundan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, paylaşma sözleşmesinde sağ kalan eşin katılma alacağından feragat ettiğine dair açık ve kesin bir kayıt bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde, sağ kalan eşin bu hakkından feragat ettiği kabul edilemez.

Sağ kalan eşin katılma alacağı bağlamında önem arz eden bir başka husus da, TMK m. 240 hükmü çerçevesinde sağ kalan eşin aile konutu üzerindeki haklarıdır. Bahsi geçen hükme göre sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmek için ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir (TMK m. 240/1). Yine aynı maddede, haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının talebiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabileceği düzenlenmiştir (TMK m. 240/3)⁹²⁷.

bildirdikleri deliller değerlendirilerek davacının talep ettiği katkı payı, değer artış payı, artık değere katılma payı alacağı hakkında karar verilmesi için kararın bu yönden kaldırılmasına, belirtilen hususlara riayet edilerek yeniden yargılama yapılması ve karar verilmesi için dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir". Yarg. 8. HD, T. 5.11.2019, E. 2018/9619, K. 2019/9848. (erişim tarihi: 03.07.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁹²² Yarg. 8. HD, T. 23.01.2014, E. 2013/7339, K. 2014/980. (Bkz. **Şıpka/Özdoğan**, s. 502).

⁹²³ BGE 101 II 218.

⁹²⁴ **Acar**, s. 184.

⁹²⁵ **Şıpka/Özdoğan**, s. 501.

⁹²⁶ "Davalı L. Ş. Vekili, ... miras kalan tüm malların paylaşımının ve intikalinin miras paylaşımına göre yapıldığını, miras taksim sözleşmesi ile mirasçıların birbirlerini gayrikabili rücu ibra ettiklerini, ... açıklayarak davanın reddini savunmuştur". Yarg. 8. HD, T. 14.10.2014, E. 2014/6935, K. 2014/18281. (erişim tarihi: 11.07.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁹²⁷ **Zeytin**, s. 337; **Acar**, s. 370; **Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün**, s. 129.

Sağ kalan eşin, açıkça feragat etmediği sürece paylaşma sözleşmesi yapsa bile bundan bağımsız olarak diğer mirasçılardan katılma alacağı talep edebileceği hemen yukarıda belirtilmişti. Peki, aynı durum aile konutu bakımından da geçerli midir? Başka bir deyişle, sağ kalan eşin ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konuta ilişkin diğer mirasçılarla paylaşma sözleşmesi yapmasına rağmen, TMK m. 240 hükmüne dayanarak talepte bulunması mümkün müdür? Kanaatimizce buna olumsuz cevap vermek gerekir. Zira sağ kalan eşin, ölen eşiyile birlikte yaşadığı konutla ilgili kendisini bağlayan bir paylaşma sözleşmesi yaptıktan sonra, aynı konut üzerinde kendisine mülkiyet, intifa veya oturma hakkı tanınabileceğini kabul etmek, hükmün amacını aşan bir yorum olacaktır. Türk Medeni Kanunu m. 240 hükmüyle sağ kalan eşe tanınan haklar, hiç kuşkusuz onun mümkün olduğunca eski yaşantısını sürdürebilme imkânı bulmasını amaçlamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, sağ kalan eşin kendi iradesiyle aile konutu üzerindeki aynı hakka dolaylı da olsa etki edecek bir paylaşma sözleşmesi yaptıktan sonra, sanki bununla bağlı değilmiş gibi TMK m. 240'da düzenlenen taleplerde bulunmasına cevaz verilmemelidir. Aksi takdirde paylaşma sözleşmesinin bağlayıcılığının hiçbir önemi ve etkisi kalmayacaktır. Öte yandan, paylaşma sözleşmesine rağmen sağ kalan eşin TMK m. 240 hükmünde düzenlenen taleplerde bulunması, sözleşmenin ayakta kalma ihtimalini de zorlaştıracaktır. Söz gelimi, mirasbırakan geride eşini ve bir çocuğunu bırakarak ölmüştür. Sağ kalan eş ve diğer mirasçı, paylaşma sözleşmesiyle aile konutunun çocuğa, başka bir taşınmazın sağ kalan eşe kalmasını kararlaştırmış olsunlar. Bu durumda, sağ kalan eşe sözleşme gereğince diğer mirasçıya verilecek olan konut üzerinde TMK m. 240 gereğince intifa hakkı tanınırsa, diğer mirasçının paylaşma sözleşmesini kurarken sahip olduğu iradeye aykırı bir durumun ortaya çıkacağı açıktır. Şu halde, kanaatimizce sağ kalan eşin diğer mirasçılarla aile konutunu da kapsayan bir paylaşma sözleşmesi yapmış olması durumunda, TMK m. 240 hükmü uygulanmamalı, sağ kalan eşin bu konut üzerindeki haklarından feragat ettiği kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay da muhtelif kararlarında, mirasçılar arasında rızaya dayalı miras paylaşımı bulunmadığı takdirde, sağ kalan eşin TMK m. 240 hükmünden kaynaklanan hakları için dava açabileceğini belirtmektedir⁹²⁸. Dikkat edilirse burada sağ kalan eşin katılma alacağı talebinden farklı bir durum söz konusudur. Zira katılma alacağı esasen bir para alacağından ibarettir⁹²⁹. Bu

⁹²⁸ “Sağ kalan eşin, bu düzenlemelerde yer alan haklarını kullanması için, varsa diğer mirasçılara karşı dava açması zorunlu değildir. Çünkü, sağ kalan eş ve varsa diğer mirasçılar, dava açılmadan, yasal düzenlemeye uygun şekilde mirası taksim edebilirler. Rızaya dayalı miras taksimi olmaz ise sağ kalan eş, haklarını (TMK m.240,652) kullanmak için her zaman diğer mirasçılara karşı da ayrı bir dava açabilir”. Yarg. HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/2-1608, K. 2017/964. (erişim tarihi: 11.07.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>. Benzer başka kararlar için bkz: Yarg. HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/2-1609, K. 2017/965; Yarg. 2. HD, T. 10.12.2018, E. 2018/4848, K. 2018/14147. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹²⁹ Acar, s. 345; Zeytin, s. 330.

itibarla, sağ kalan eşin diğer mirasçılardan ayrıca para alacağı talebinde bulunması paylaşmayı etkilemez.

Aile konutunun miras paylaşma sözleşmesine konu edilmesi, yakın zamanda bir Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur⁹³⁰. Karara konu olan olayda, mirasbırakan eşini ve dört çocuğunu geride bırakarak ölmüştür. Mirasçılar aynı gün iki ayrı paylaşma sözleşmesi yapmışlardır. Bunlardan biri noterde düzenleme şeklinde yapılmış ve bu sözleşmede terekede bulunan bazı taşınmaz ve taşınırların kime ait olacağı kararlaştırıldıktan sonra, mirasçıların birbirlerini karşılıklı olarak ibra ettiklerine dair hüküm konulmuştur. Diğer paylaşma sözleşmesi ise adi yazılı şekilde yapılmış ve bu sözleşmeye terekede bulunan bir taşınmazdaki daireler konu edilmiştir. Sözleşmeye göre, sağ kalan eşin oturduğu daire H.G ve E.T adlı mirasçılara ait olacak, fakat sağ kalan eş ölünceye kadar kira ödemeksizin bu dairede ikamet edecektir. Sözleşmede şu ifadeler yer almaktadır: “*Meskenin zemin katında murisin eşi M.C oturmakta olup ölünceye kadar bu meskende ikamet edecek bundan dolayı mirasçılar tarafından herhangi bir kira talebinde bulunulmayacak, ayrıca halen mesken içerisinde bulunan demirbaşlar aynen bulunduğu şekilde mirasçılar H.G ve E.T’ye aynı şekilde teslim edilecektir*”. Görüldüğü üzere, paylaşma sözleşmesiyle sağ kalan eşe terekede bulunan bir dairede ölünceye kadar bedelsiz oturma hakkı tanınmıştır. Ancak sözleşmenin imzalanmasından kısa süre sonra, mirasçılardan H.G ve E.T, terekede bulunan daireler için ortaklığın giderilmesi davası açmışlardır. Bunun üzerine sağ kalan eş, halen oturduğu evden çıkarılacağı düşüncesiyle, diğer mirasçılara karşı TMK m. 240 hükmüne dayanarak aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı tanınması talebiyle dava açmıştır. Mahkeme, sağ kalan eşin miras paylaşma sözleşmesi ile dava konusu taşınmaz üzerindeki haklarından feragat ettiğini, ayrıca sağ kalan eşin katılma alacağının da bulunmadığını belirterek davayı reddetmiştir. Hükümün Yargıtay tarafından da onaylanması üzerine sağ kalan eş, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından verilen ve Yargıtay tarafından da onaylanan hükmün yeterli gerekçelere dayanılarak verildiğini ifade etmiş, bu sebeple sağ kalan eşin bireysel başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu belirterek “kabul edilemez olduğuna” karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kararından da anlaşıldığı üzere, TMK m. 240 hükmünün, mirasçılar arasında anlaşmaya dayanan bir paylaşımın olmadığı durumlara hasredilmesi gerekmektedir. Öte yandan, karara konu olan olayda sağ kalan eşin TMK m. 240 hükmüne başvurmasına gerek de yoktur. Zira bazı mirasçılar, paylaşma sözleşmesinin yapılmasından

⁹³⁰ Anayasa Mahkemesi Mürüvet Ceranoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2014/582, Karar Tarihi: 17.5.2016.

sonra sözleşmeye konu edilen taşınmazlar hakkında ortaklığın giderilmesi davası açmışlardır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, geçerli bir paylaşma sözleşmesine konu edilen tereke unsurları hakkında ortaklığın giderilmesi davası açılmaz. Eğer açılmışsa, davanın reddedilmesi gerekir⁹³¹. Dolayısıyla, sağ kalan eşin yapması gereken şey, paylaşma sözleşmesini ileri sürerek ortaklığın giderilmesi davasının reddini talep etmek olmalıdır.

2.2.2.7.5. Gaipliğin Sözleşmeye Etkisi

2.2.2.7.5.1. Genel Olarak

Bir kişi hakkında gaiplik kararı (*Verschollenerklärung*) verilmesi, tıpkı ölüm gibi kişiliği sona erdirir⁹³². Bunun sonucunda, hakkında gaiplik kararı verilen kişinin mirası kendi mirasçılara intikal eder. Ancak bu intikal, kişinin ölümüne kıyasen bazı farklılıklar göstermektedir. Öte yandan, hakkında gaiplik kararı verilen kişiye bir miras kalmış olması da ihtimal dâhilindedir. Söz konusu farklı durumların paylaşma sözleşmesine nasıl etki ettiği üzerinde durmak gerekmektedir.

2.2.2.7.5.2. Gaiplik Kararı Verilen Kişinin Mirası Üzerine Sözleşme Yapılması

Gaiplik kararıyla birlikte gaibin mirası, sanki o gerçekten ölmüş gibi açılır ve mirasçılarının hakları doğar⁹³³. Ancak kanun koyucu, gaibin ileride geri dönmesi ya da üstün hak sahibi başka mirasçılarının ortaya çıkması ihtimaline karşılık, gaibin mirasçılarına güvence gösterme zorunluluğu (*Sicherheitsleistung*) getirmiştir (TMK m. 584)⁹³⁴. Buna göre gaibin mirasçıları, ancak güvence karşılığında gaibin mirasını teslim alabileceklerdir.

Mirasçılarının mirasbırakanın katılımıyla bir paylaşma sözleşmesi yapıp da sonradan mirasbırakan hakkında gaiplik kararı verilmesi durumunda sözleşme geçerliliğini korur. Mirasçılar güvence gösterdikleri takdirde sözleşme çerçevesinde kendilerine düşen borçları ifa edebilirler. Peki, mirasçılar mirasbırakan ölüm tehlikesi içinde kaybolduktan ya da kendisinden haber alınamadıktan sonra fakat onun hakkında gaiplik kararı verilmeden önce paylaşma sözleşmesi yapabilirler mi? Kanaatimizce buna olumlu cevap verilmelidir. Zira gaiplik kararı

⁹³¹ Bu konuda bkz: 3.2.2.4.

⁹³² **Dural/Öğüz**, s. 39; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s. 38; **Ayan/Ayan**, s. 182; **Dural**, Gerçek Kişiler, s. 32; Erdoğan, İhsan/Keskin, A. Dilşad, **Türk Medeni Hukuku**, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 328; Yılmaz, Süleyman/Yıldırım, Abdülkerim, **Medeni Hukuk I**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 114; Tokat, Hüseyin, **Türk Hukukunda Gaiplik**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 96. Gaiplik kararının ölümüne benzer etkiler doğurduğu yönünde: **Kley/Seferovic**, OFK-ZGB, Art. 38, N. 1; **Breitschmid**, CHK-ZGB, Art. 38, N. 1.

⁹³³ **Wildisen**, CHK-ZGB, Art. 546, N. 1; Brand, Michael, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 546, N. 1; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 404; **Serozan/Engin**, s. 458; **İmre/Erman**, s. 315; **Tokat**, s. 138; Şahin, Eda, “**Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 144, 2019, s. 259.

⁹³⁴ **Wildisen**, CHK-ZGB, Art. 546, N. 2; **Couchepin/Maire**, Art. 546, N. 9; **Brand**, OFK-ZGB, Art. 546, N. 4; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 405; **Serozan/Engin**, s. 458; **İmre/Erman**, s. 316; **Tokat**, s. 139, **Şahin**, s. 260.

geçmişe etkili olarak ölüm tehlikesi veya son haber gününden itibaren hüküm ifade eder⁹³⁵. Dolayısıyla gaiplik kararının verilmesiyle birlikte, gaibin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu ya da kendisinden son olarak haber alındığı tarihten itibaren kişiliği sona ermiş sayılır. Mirasçılar bu dönemde paylaşma sözleşmesi yaptıkları takdirde, gaiplik kararının verilmesine kadar sözleşme askıdadır. Gaiplik kararının verilmesiyle birlikte, sözleşmenin de hüküm ve sonuç doğurduğunu kabul etmek gerekir. Gaiplik kararının verilmesinden önce gaibin sağ olduğunun anlaşılması halinde ise, sözleşme kesin hükümsüz olacaktır.

Mirasçılar gaiplik kararının verilmesinden sonra da paylaşma sözleşmesi yapabilirler. Mirasçıların gaibin mirası hakkında TMK m. 584 hükmü çerçevesinde güvence göstermemiş olmaları, sözleşmeye etki etmez. Zira güvence verilmesi, gaibin terekesinin kendilerine teslimi için aranan bir şarttır. Paylaşma sözleşmesi ise temelde borç sözleşmesi olduğu için, mirasçılar henüz kendilerine teslim edilmeyen tereke unsurları hakkında sözleşme yapmalarına bir engel bulunmamaktadır.

Gaiplik kararının verilmesinden sonra hakkında gaiplik kararı verilen kişinin ortaya çıkması durumunda, daha önce yapılmış olan paylaşma sözleşmesi kesin hükümsüz olur. Zira gaipliğine karar verilen kişiden miras hakkı elde edenin durumu, bir tür bozucu şarta bağlı kazanma teşkil eder⁹³⁶. Dolayısıyla gaip ortaya çıktığı takdirde bozucu şart gerçekleşir ve mirasçılık sıfatı ortadan kalkar. Bu ihtimalde artık paylaşma sözleşmesinin ayakta tutulması mümkün değildir. Benzer bir durum, üstün hak sahibi olan üçüncü kişilerin ortaya çıkmasında da söz konusudur. Söz gelimi, tereke malları gaibin kardeşlerine teslim edilmiş ve bunlar da paylaşma sözleşmesi yaparak malları aralarında paylaşmış olsun. Daha sonradan gaibin bir çocuğunun var olduğu ortaya çıkarsa, gaibin kardeşlerinin yaptığı sözleşme kesin hükümsüzdür.

2.2.2.7.5.3. Sözleşmeye Taraf Olan Mirasçı Hakkında Gaiplik Kararı Verilmesi

Miras paylaşma sözleşmesinin kurulmasından sonra, mirasçılardan birinin ortadan kaybolması veya kendisinden haber alınamaması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Zira ortadan kaybolan ya da kendisinden haber alınamayan mirasçı, önceden sözleşmeye taraf olarak iradesini açıklamış bulunmaktadır. Bu mirasçı hakkında daha sonradan gaiplik kararı verilirse, onun sahip olduğu miras payı kendi mirasçılarına geçer. Hakkında gaiplik kararı verilen kişinin mirasçıları, onun daha önceden taraf olduğu paylaşma sözleşmesiyle bağlıdırlar. Paylaşma

⁹³⁵ Kley/Seferovic, OFK-ZGB, Art. 38, N. 2; Breitschmid, CHK-ZGB, Art. 38, N. 2; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 39; Dural, Gerçek Kişiler, s. 32; Helvacı, s. 37; Erdoğan/Keskin, s. 328; Yılmaz/Yıldırım, s. 116; Ayan/Ayan, s. 182; Tokat, s. 90; Şahin, s. 258.

⁹³⁶ İmre/Erman, s. 317.

sözleşmesinde yüklenilen borç, gaip olan mirasçının terekesinin pasifinde yer alır. Aynı sözleşmede kazanılan alacak hakkı ise gaibin terekesinin aktif kısmında bulunmaktadır.

Henüz paylaşma sözleşmesi yapılmaksızın mirasçılardan birinin ortadan kaybolması ya da kendisinden haber alınamaması durumunda paylaşma sözleşmesinin kurulması mümkün değildir. Zira paylaşma sözleşmesinin kurulabilmesi, bütün mirasçıların ortak iradelerinin varlığına bağlıdır. Diğer mirasçıların ortadan kaybolan veya kendisinden haber alınamayan mirasçıyı gözardı ederek paylaşma sözleşmesi yapmaları durumunda, sözleşme yok hükmünde sayılmalıdır. Hal böyle olmakla birlikte, ortada bulunmayan mirasçının miras payı için TMK m. 586/1 hükmü gereğince bir yönetim kayyımı atanmışsa, paylaşma sözleşmesinin kayyım tarafından imzalanması söz konusu olabilir⁹³⁷. Ancak bu durumda TMK m. 462 hükmü gereğince vesayet makamından izin alınması gerekmektedir. Aksi takdirde kayyım taraf olsa bile sözleşme kesin hükümsüzdür.

2.2.2.7.6. Soybağındaki Değişikliklerin Sözleşmeye Etkisi

Miras hukuku sistemimizde bir kişinin mirasçılık sıfatını kazanabilmesi, ya kanunen mirasçı olmasına ya da mirasbırakanın iradesiyle mirasçı atanmasına bağlıdır⁹³⁸. Devletin ve sağ kalan eşin mirasçılığı dışında, mirasbırakana kanunen mirasçı olabilecek kişiler esasen kan hısımlarıdır. Bunun dışında yapay hısımlık olarak nitelendirilen evlatlık ilişkisi de kanuni mirasçılığa yol açmaktadır. Zümre sisteminin getirdiği bir sonuç olarak, kanuni mirasçılık bakımından mirasbırakanla ister doğal isterse de yapay soybağı bulunan altsoyun daima önceliği bulunmaktadır. Şu halde soybağı, mirasçılık sıfatının kazanılması bakımından önem arz eden bir kavramdır.

Mirasbırakanın soybağındaki değişiklikler, onun terekesi üzerinde hak sahibi olan mirasçıların durumunu doğrudan etkileyecek niteliktedir. Dolayısıyla, mirasçılar arasında yapılmış olan paylaşma sözleşmesinin akıbeti de soybağındaki değişikliklere tabi olacaktır. Paylaşma sözleşmesi, ancak bütün mirasçıların taraf olmasıyla kurulabilir. Bu sebeple, mirasçı sıfatına sahip olan kişinin sözleşmeye taraf olmaması, bu sözleşmenin kurulmasını engeller. Daha önce değinildiği üzere bu durumda sözleşmenin yok hükmünde olması gündeme gelir. Ancak sözleşmenin kurulduğu sırada mirasbırakanla soybağı ilişkisi bulunmayan kişinin sonradan onunla soybağı ilişkisi kurması ihtimalinde farklı bir sonuca ulaşmak gerekmektedir. Örneğin mirasbırakan öldüğünde geride üç çocuğu bulunmaktadır. Mirasçı sıfatına sahip olan

⁹³⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 77.

⁹³⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 21; İmre/Erman, s. 12; Serozan/Engin, s. 117; Dural/Öz, s. 5; Hatemi, s. 13; Antalya/Sağlam, s. 76; İnan/Ertaş/Albaş, s. 65; Weimar, Peter, **BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht**, Stämpfli Verlag, 2009, Erste Abteilung, N. 1.

bu çocuklar paylaşma sözleşmesi yaparak tereke unsurlarının kime ait olacağını kararlaştırmışlardır. Ancak bir süre sonra, mirasbırakanın gerçekte bir çocuğunun daha olduğu ortaya çıkmıştır. Bu örnekte paylaşma sözleşmesi geçerli şekilde kurulmuştur. Zira sözleşmenin kurulduğu sırada sonradan ortaya çıkan çocuğun mirasbırakanla soybağı ilişkisi bulunmadığından mirasçılık sıfatı da yoktur. Sonradan ortaya çıkan çocukla mirasbırakan arasında hukuken soybağı ilişkisi kurulmadığı sürece sözleşme varlığını sürdürür. Eğer sonradan ortaya çıkan çocukla mirasbırakan arasında hukuken soybağı kurulursa, önceden yapılmış olan paylaşma sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır.

Soybağına ilişkin değişiklikler, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin geçerliliğini de etkileyebilir. Örneğin halen hayatta olan mirasbırakanın muhtemel mirasçısı durumundaki iki çocuğu, mirasbırakanın da katılmasıyla paylaşma sözleşmesi yapmıştır. Daha sonra, mirasbırakanın bir çocuğunun daha olduğu ortaya çıkar ve mirasbırakan bu çocuğu kanuna uygun olarak tanırsa, onunla kendisi arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olur. Bu durumda, daha önce yapılmış olan paylaşma sözleşmesi yine kesin hükümsüzdür.

Paylaşma sözleşmesine taraf olan mirasçılardan birinin sonradan mirasbırakanla olan soybağı ilişkisinin ortadan kalkmış olması da mümkündür. Söz gelimi mirasçılar mirasbırakanın ölümünden sonra paylaşma sözleşmesi yapmışlardır. Ancak daha sonradan mirasçılardan birinin gerçekte mirasbırakanın altsoyu olmadığı ortaya çıkmıştır. TMK m. 291 hükmünde gösterilen kişilerden birinin açtığı soybağının reddi davası sonucunda mirasçı ile mirasbırakan arasındaki soybağı ilişkisi ortadan kaldırılırsa, ilgili mirasçının mirasçılık sıfatı da ortadan kalkar. Kanaatimizce bu durumda önceden yapılmış olan paylaşma sözleşmesi geçerliliğini korur⁹³⁹. Sözleşme gereğince mirasbırakanla soybağı ilişkisi ortadan kaldırılan kişiye verilmesi kararlaştırılan tereke unsurları miras ortaklığına ait olmaya devam eder. Sözleşmeye taraf olan diğer mirasçılar isterlerse bu tereke unsurları hakkında önceki sözleşmeyi tamamlayan bir sözleşme yapabilecekleri gibi, tereke unsurlarının yeniden paylaşılmasını da kararlaştırabilirler.

⁹³⁹ Aksi görüşte; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 76. Yazara göre, sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra mirasçılardan birinin bu sığata sahip olmadığının anlaşılması halinde sözleşme batıl sayılmalıdır. Buna karşılık İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, paylaşma sözleşmesi bakımından önemli olan husus, mirasta hak sahibi olan bir kişinin göz ardı edilmemesidir. Bu nedenle, mirasta hak sahibi olmayan bir kişinin paylaşma sözleşmesinde göz ardı edilmesi, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bkz: **Hrubesch-Millauer/Bürki**, s. 330.

2.2.2.7.7. Yapay Döllenme Alanındaki Gelişmelerin Sözleşmeye Etkisi

Günümüzde biyoteknolojinin geldiği nokta, laboratuvar ortamında embriyo oluşturulmasını ve bu embriyonun ana rahmine nakledilmesini mümkün kılmaktadır⁹⁴⁰. Meselenin miras hukukunu ilgilendiren boyutu ise, mirasbırakanın sağlığında dondurularak saklanmış olan üreme hücresinin ya da embriyonun, onun ölümünden sonra kullanılmak suretiyle (*postmortal döllenme*) doğan çocuğun yasal mirasçılığıdır.

Türk hukukunda, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un Ek m.1/1 hükmü gereğince, yalnızca evli çiftler bakımından yapay döllenme yoluyla üreme mümkündür⁹⁴¹. Ancak 2238 sayılı kanunda, saklanmış olan embriyonun ya da üreme hücresinin, kişinin ölümünden sonraki akıbeti hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁹⁴². Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 20/4 hükmünde ise, tıbbi zorunluluk sebebiyle dondurulan üreme hücrelerinin kişinin ölümü halinde imha edileceği düzenlenmiştir. Yine aynı yönetmeliğe göre, dondurularak saklanan fazla embriyolar eşlerden birinin ölümü halinde imha edilir (m. 20/5). Buradan hareketle, hukuk düzenimizin kişinin ölümünden sonra ona ait üreme hücrelerinin veya embriyonun kullanılmasına müsaade etmediği sonucuna varılabilir. Hal böyle olmakla birlikte, sağ kalan eşin dondurulan üreme hücrelerinin ya da embriyonun nakline müsaade eden bir ülkede bu işlemi gerçekleştirmesi ihtimal dâhilindedir⁹⁴³.

Postmortal döllenme yoluyla doğan çocuğun mirasçılığı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler temelde iki başlık altında sınıflandırılabilir. Bazı

⁹⁴⁰ Tüzüner, Özlem, **Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 63 vd; Erol, Yasemin, **Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 27 vd; Aydın, Öztürk, “**Homolog Döllenme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 349.

⁹⁴¹ Badur, Emel, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 193; **Tüzüner**, s. 63.

⁹⁴² İsviçre, İtalya, Fransa ve Almanya gibi bazı ülkelerde dondurulmuş embriyo veya üreme hücresinin kişinin ölümünden sonra kullanılması yasaklanmıştır. İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkelerde ise, kişinin ölümünden sonra dondurulmuş üreme hücresinin veya embriyonun kullanımına belirli şartlar çerçevesinde izin verilmektedir. Bkz. Öcal Apaydın, Bahar/İnce Akman, Nurten, “**Dondurularak Saklanmış Üreme Hücresinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı**”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 2, 2020, s. 69.

⁹⁴³ Nitekim ülkemizde bu duruma örnek olacak bir olay gerçekleşmiştir. Söz konusu olayda evli bir çift, İngiltere’de bir üreme merkezine başvurmuş ve kocanın spermeleri burada dondurularak saklanmıştır. Kısa bir süre sonra koca Türkiye’de hayatını kaybetmiş ve eşi İngiltere’ye giderek ölen eşinin dondurulan spermelerinin kullanılması sonucunda hamile kalıp bir çocuk dünyaya getirmiştir. Ancak doğan çocuk, kocanın ölümünden üçyüz gün geçtikten sonra doğduğu için, onun nüfusuna kaydedilememiştir. Bunun üzerinde babalığın tespiti için dava açılmış ve doğan çocuk ile koca arasındaki soybağı mahkeme kararıyla kurulmuştur. Ardından sağ kalan eş, mirasçılık belgesinin iptali ve yeniden mirasçılık belgesi düzenlenmesi talebiyle dava açmıştır. Zira koca öldüğü sırada henüz ortada cenin bulunmadığı için, kocanın kardeşleri mirasçı olarak görünmektedir. Mahkeme daha önceki mirasçılık belgesinin iptaline ve doğan çocuğun mirasçı olduğuna karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 72.

hukukçular, bu şekilde gerçekleşen döllenme yoluyla doğan çocuğun mirasçılığını reddederken, diğer bazı hukukçular kabul etmektedirler⁹⁴⁴. Türk hukuku bakımından esasen postmortal döllenme yoluyla doğan çocuğun, mirasbırakanın ölümünden üçyüz gün içinde doğması durumunda soybağı yönünden bir sorun kalmaz. Zira TMK m. 285/1 hükmü gereğince, evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla üçyüz günlük süre içerisinde tam ve sağ olarak doğan ceninin kanuni mirasçı olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁹⁴⁵. Ancak postmortal döllenme yoluyla elde edilip ana rahmine nakledilen embriyonun, mirasbırakanın ölümünden üçyüz gün sonra doğması ya da ana ile babanın resmi olarak evli bulunmaması gibi durumlarda, doğan çocuğun yasal mirasçı olup olamayacağı bir sorun teşkil etmektedir.

Mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine düşen ceninin paylaşmayı engelleyip engellemeyeceği de bir başka tartışma konusudur. Türk Medeni Kanunu m. 643/1 hükmüne göre, mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir cenin varsa, mirasın paylaşılması doğuma kadar ertelenir. Hükmün lafzına bakıldığında, mirasçı olabilecek ceninin varlığının paylaşmayı engelleyebilmesi için mirasbırakanın ölümünden önce ana rahmine düşmesi gerektiği anlaşılmaktadır⁹⁴⁶. Ancak öğretide, mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirilen ceninin de paylaşmaya engel olacağı ileri sürülmektedir⁹⁴⁷. Hatta *Serozan/Engin*'e göre, mirasbırakanın ölümü anında tüpte mirasçı olabilecek bir cenin varsa bu halde de paylaşma ertelenmelidir⁹⁴⁸. Kanaatimizce henüz ana rahmine nakledilmemiş olan tüpteki embriyonun varlığı, mirasın paylaşılmasına engel olmaz⁹⁴⁹. Dolayısıyla, böyle bir embriyonun varlığına rağmen mirasçılar paylaşma sözleşmesi yapabilirler. Zira mirasçıların belirsiz bir süre tüpteki embriyonun ana rahmine nakledilmesini beklemeleri hakkaniyete aykırı olur. Ancak henüz paylaşma sözleşmesi yapılmadan önce, postmortal döllenme gerçekleşirse ve mirasçılar böyle bir ceninin varlığına rağmen paylaşma sözleşmesi yaparlarsa bu sözleşme kesin hükümsüzdür.

Meselenin paylaşma sözleşmesini ilgilendiren diğer boyutu, postmortal döllenme yoluyla doğan çocuğa yasal mirasçılık tanınıp tanınmamasıyla ilgilidir. Bu noktada çatışma içerisinde olan iki temel kavram bulunmaktadır. Bunlar “hukuki istikrar” kavramı ile “çocuğun

⁹⁴⁴ Söz konusu görüşler ve dayandıkları gerekçeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Tüzüner**, s. 67 vd; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 73 vd.

⁹⁴⁵ **Aydın**, s. 364.

⁹⁴⁶ **Tuor/Picenoni**, Art. 605, N. 3; **Escher**, Art. 605, N. 3; **İmre/Erman**, s. 476; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 466.

⁹⁴⁷ Aydın Ünver, Tülay, **Cenin Hukuki Konumu**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 61. Turan Başara, Gamze, “**Miras Hukuku Bakımından Ceninin Durumunun Değerlendirilmesi**”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2016, s. 403. *Çabri*'ye göre, cenin mirasbırakanın ölümü anında ana rahmine düşmüş olmasa bile, henüz paylaşma gerçekleşmeden önce ana rahmine düşmüşse, ceninin varlığı mirasın paylaşılmasına engeldir. Bkz: **Çabri**, Şerh, s. 164.

⁹⁴⁸ **Serozan/Engin**, s. 583.

⁹⁴⁹ **Aydın**, s. 368.

üstün yararı” kavramlarıdır. Hukuki istikrarı savunan görüş, postmortal döllenme yoluyla mirasbırakanın ölümünden çok sonra doğan çocuğa mirasçılık sıfatı tanınmasının hukuki işlemlerdeki istikrarı sarsacağını belirtmektedir⁹⁵⁰. Gerçekten de mirasbırakanın ölümünden sonra paylaşma sözleşmesi yapan mirasçılar, sonradan doğan bu çocuğun da mirasçı olması sonucunda yaptıkları sözleşmenin hükümsüz kalmasıyla karşı karşıya kalacaklardır. Eğer postmortal döllenme yoluyla doğan çocuğun yasal mirasçı olamayacağı kabul edilirse, daha önceden mirasçıların aralarında yapmış oldukları paylaşma sözleşmesi geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir. Aynı şekilde, mirasçıların sonradan doğan çocuğu göz ardı ederek paylaşma sözleşmesi yapmalarına da cevaz vermek gerekecektir.

Çocuğun üstün yararından hareket eden görüş ise, çocuğun genetik babasının mirasbırakan olduğu gerçeği karşısında, onun miras hakkından mahrum edilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁵¹. Postmortal döllenme yoluyla doğan çocuğun yasal mirasçı olacağı kabul edilirse, diğer mirasçıların daha önceden yaptıkları paylaşma sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varmak gerekmektedir. Zira ortada sözleşmeye taraf olması gereken bir mirasçı daha bulunmaktadır. Kanaatimizce, postmortal döllenme yoluyla doğan çocuğun miras hakkının tanınması hakkaniyete daha uygundur. Sonradan doğan çocuğun, hukuki istikrara dayanılarak temel bir hak olan miras hakkından mahrum bırakılması yoluna gidilmemelidir⁹⁵². Ayrıca, ne zaman doğacağını kendisi belirleme imkânı bulunmayan çocuğun miras hakkının elinden alınması, onun maddi ve manevi gelişimi bakımından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Postmortal döllenmenin hukuka aykırı olmasıyla, bu işlem sonucunda doğan çocuğun miras hakkına sahip olması farklı meselelerdir. Dolayısıyla, gerçekleştirilen hukuka aykırı işlemde hiçbir müdahalesi bulunmayan çocuk, miras hakkından mahrum bırakılarak cezalandırılmamalıdır.

Postmortal döllenme yoluyla meydana gelen ceninin tam ve sağ doğmasının paylaşma sözleşmesini kesin hükümsüz kılması için, çocukla mirasbırakan arasında soybağı ilişkisinin kurulmuş olması zorunludur⁹⁵³. Diğer bir deyişle, çocukla mirasbırakan arasında soybağı ilişkisi kurulmadığı sürece, önceden yapılmış olan paylaşma sözleşmesi geçerliliğini korur⁹⁵⁴. Çocukla mirasbırakan arasında soybağı ilişkisi kurulduğunda ise artık sözleşmenin kesin

⁹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 78 vd.

⁹⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 90 vd.

⁹⁵² **Erol**, s. 37; **Aydın**, s. 366.

⁹⁵³ Postmortal döllenme yoluyla doğup, baba ile soybağı kurulan çocuğa kanuni mirasçılık hakkı tanınması gerektiği yönünde: **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 101.

⁹⁵⁴ Postmortal döllenme yoluyla doğan çocuk, mirasbırakanın ölümünden itibaren üçyüz gün içinde doğmuşsa, TMK m. 285/1 hükmündeki karine gereğince babayla soybağı kurulmuş olur. Eğer çocuk üçyüz gün geçtikten sonra doğmuşsa, bu durumda babalık davası yoluyla çocukla baba arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması gerekmektedir.

hükümsüz olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak çocuğun yasal temsilcisinin sözleşmeye sonradan muvafakat vermesi durumunda, sözleşmenin geçerliliğini koruması söz konusu olabilir.

2.3. Miras Paylaşma Sözleşmesinin İfası

2.3.1. Sözleşmenin Ayni ve Borç Doğurucu Etkisi

2.3.1.1. Genel Olarak

Miras paylaşma sözleşmesi, mirasçıların terekede yer alan mal veya hakların hangi mirasçıya ait olacağına dair yaptıkları sözleşmedir. Bu itibarla, sözleşmenin nihai amacı tereke unsurlarının elbirliği mülkiyetinden çıkarılarak mirasçıların bireysel hak sahipliğine geçirilmesidir. Mirasbırakanın ölümüyle birlikte bütün mirasçılar her bir tereke unsuru üzerinde birlikte hak sahibi olurlar. Paylaşma sözleşmesi yapıldığında ise, mirasçılar içlerinden birine devredilecek tereke unsuru üzerindeki haklarından bir anlamda feragat etmiş (*Rechtsverzicht*) olmaktadır. Peki, mirasçıların paylaşmaya dair iradelerinin etkisi ayni mi yoksa borç doğurucu nitelikte midir? Bu konuda bir sonuca varmak için paylaşma sözleşmesinin türüne göre değerlendirme yapmak gerekmektedir.

2.3.1.2. Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Paylaşma Sözleşmesinde

Mirasçılar, mirasbırakanın sağlığında geçerli bir paylaşma sözleşmesi yaptıkları takdirde bu sözleşme borç doğurucu niteliktedir⁹⁵⁵. Zira bu sözleşmeyle birlikte mirasçılar, mirasbırakanın ölümünden sonra sözleşmede kendilerine devredileceği vaat edilen tereke unsurlarının devrini isteme konusunda bir alacak hakkına sahip olurlar⁹⁵⁶. Ancak bu sözleşmenin temel özelliği, geciktirici şarta bağlanmış olmasıdır. Bu şart, sözleşmeye taraf olan muhtemel mirasçılarının tamamının mirasçılık sıfatını kazanmalarınıdır. Sözleşme bu ana kadar askıdadır⁹⁵⁷. Dolayısıyla, şart gerçekleşene kadar hiçbir mirasçı bu sözleşmeden doğan borcun ifasını talep edemez. Şart gerçekleştikten, yani bütün muhtemel mirasçılar mirasçı sıfatını kazandıktan sonra ise, sözleşmeye konu edilen tereke unsurlarının devri için gereken tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesi gündeme gelir.

⁹⁵⁵ Özakman, s. 121; İmre/Erman, s. 557; Dural/Öz, s. 380; Serozan/Engin, s. 576; Kocaoglu, s. 44; Göksu, Art. 636, N. 7; Bosshardt, Art. 636, N. 4; Jolles/Vlcek, Art. 636, N. 4; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636, N. 11; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 636, N. 7.

⁹⁵⁶ Tuor/Picenoni, Art. 636, N. 18; Escher, Art. 636, N. 13; Tuor, Peter/Schnyder Bernard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2009, § 85, s. 809.

⁹⁵⁷ Özdemir, Şerh, s. 237.

2.3.1.3. Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Paylaşma Sözleşmesinde

2.3.1.3.1. Elden Paylaşma Sözleşmesi

Elden paylaşma sözleşmesinin kurulması TMK m. 676/1 hükmü gereğince payların fiilen alınmasına bağlıdır. Bu sebeple, elden paylaşma sözleşmesi aynı etkiye sahiptir⁹⁵⁸. Elden paylaşmada borçlandırıcı işlemle tasarruf işlemi iç içe geçmiş durumdadır. Diğer bir deyişle, borçlandırıcı işlemin kurulması tasarruf işleminin gerçekleşmesine bağlıdır⁹⁵⁹. Dolayısıyla elden paylaşmaya konu olan tereke unsuru fiilen alındığında sözleşme hem kurulmuş hem de ifa edilmiş olmaktadır. Örneğin terekede bulunan bir miktar para, mirasçılar tarafından fiilen paylaşıldığı takdirde sözleşme kurulur ve aynı etki göstererek mülkiyetin geçişi meydana gelir. Şu halde elden paylaşma sözleşmesi yapıldıktan sonra, mirasçılar bakımından paylaşılan tereke unsuru için ayrıca bir tasarruf işlemi yapmaya gerek kalmaz. Ancak bu sonuç, mülkiyetin devri bakımından herhangi bir şekle tabi olmayan ve bu sebeple basitçe paylaşılabilir tereke unsurları bakımından geçerlidir⁹⁶⁰. Tapu siciline kayıtlı taşınmazlar, trafik siciline kayıtlı motorlu taşıtlar ya da alacak hakları gibi, devri şekle bağlı olan tereke unsurları elden paylaşma sözleşmesiyle paylaşılamaz.

2.3.1.3.2. Yazılı Paylaşma Sözleşmesi

Yazılı paylaşma sözleşmesi, tıpkı mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde olduğu gibi, borç doğurucu etkiye sahiptir⁹⁶¹. Mirasçılar, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte bir alacak hakkı elde ederler. Bu alacak hakkının konusu, sözleşmede mirasçılara verilmesi kararlaştırılan tereke unsurlarının devrinin talep edilmesidir. Dolayısıyla, yazılı paylaşma sözleşmesinin ardından, sözleşme konusu tereke unsurunun devri için gereken tasarruf işleminin de bütün mirasçılar tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

İsviçre öğretisinde eski bir görüş, yazılı paylaşma sözleşmesinin aynı etkili olduğunu savunmuştur⁹⁶². Ancak günümüzde bu görüş terk edilmiş olup, gerek İsviçre gerekse de Türk

⁹⁵⁸ Kılıçoğlu, Taksim, s. 107.

⁹⁵⁹ Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 5; Escher, Art. 634, N. 3; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 634, N. 4; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 4; Vouilloz, Art. 634, N. 7; Rouiller, Art. 634, N. 7; Hauser, s. 57; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 323; Wolf/Genna, s. 374; Göksu, Art. 634, N. 4; Bosshardt, Art. 634, N. 3; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 3; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 85, s. 804; Çabri, Şerh, s. 478; Ozanemre Yayla, s. 190.

⁹⁶⁰ Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 2; Escher, Art. 634, N. 1; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 12; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 85, s. 804.

⁹⁶¹ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 13; Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 15; Escher, Art. 634, N. 8; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 634, N. 7; Vouilloz, Art. 634, N. 17; Göksu, Art. 634, N. 7; Bosshardt, Art. 634, N. 5; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 5; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 85, s. 805; Wolf/Genna, s. 379; Hauser, s. 57; Kılıçoğlu, Taksim, s. 70; Eren/Yücer Aktürk, s. 615; Kocayusufpaşaoğlu, s. 728; Dural/Öz, s. 477; İmre/Erman, s. 566; Antalya/Sağlam, s. 531; İnan/Ertas/Albaş, s. 602; Çabri, Şerh, s. 486; Özdemir, Şerh, s. 214; Ozanemre Yayla, s. 203; Ünlütepe, s. 1209.

⁹⁶² Hecht, s. 381; Stokar, s. 38.

öğretisinde yazılı paylaşma sözleşmesinin borç doğurucu nitelikte olduğu noktasında görüş birliği söz konusudur. Aynı durum yargı içtihatlarında da kendisini göstermektedir. Hem Yargıtay hem de İsviçre Federal Mahkemesi, yazılı paylaşma sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğunu kabul etmektedirler⁹⁶³.

Yazılı paylaşma sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olmasının istisnası ise, terekedeki alacağın sözleşmeye konu edilmesinde kendisini gösterir. Terekede yer alan bir alacak, yazılı paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine özgülediği takdirde, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte başka bir işleme gerek kalmaksızın ilgili mirasçıya geçer⁹⁶⁴. Bu durumda yazılı paylaşma sözleşmesi, alacaklar bakımından aynı bir etkiye sahip olmaktadır.

2.3.2. Sözleşmeyi İfa Yükümlülüğü

2.3.2.1. Genel Olarak

İfa, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilerek borcun sona erdirilmesidir⁹⁶⁵. Her borç ilişkisinde olduğu gibi, paylaşma sözleşmesi de ifa edilmek amacıyla kurulur. Türk Medeni Kanunu'nda paylaşma sözleşmesinin ifasıyla ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, paylaşma sözleşmesinden doğan borcun ifası Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabidir⁹⁶⁶. Diğer bir deyişle, Türk Borçlar Kanunu'nun borçların ifasına ve ifa etmemeye ilişkin hükümleri, paylaşma sözleşmesine de uygulanır. Dolayısıyla mirasçılar, paylaşma sözleşmesini tam ve doğru bir şekilde gereği gibi ifa etmekle yükümlüdür. Sözleşmelerin ifası bakımından temel bir ilke olan “edime uygun ifa kuralı” burada da geçerlidir. Edime uygun ifa kuralı, tam ve doğru ifanın ancak borçlanılan edimin ifası ile mümkün olması demektir⁹⁶⁷. Mirasçılar da, paylaşma sözleşmesiyle birbirlerine karşı yükledikleri edimlere uygun olarak ifayı gerçekleştirmek durumundadırlar.

Paylaşma sözleşmesinin ifası, çoğunlukla “edim sonucunun” yerine getirilmesi şeklinde karşımıza çıkar. Zira bu sözleşmede mirasçılar büyük oranda tereke unsurlarının hangi

⁹⁶³ BGE 102 II 197. “ *Miras paylaşım sözleşmesi, borçlandırııcı nitelikte bir sözleşme olduğundan; tasarrufi işlemin yapılması için, taşınmazlar yönünden tapu iptal ve tescil davası açılması gerekir* ”.

Yarg. 8. HD, T. 29.9.2014, E. 2014/14944, K. 2014/17379. (erişim tarihi: 11.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁹⁶⁴ Aynı yönde: **Antalya/Sağlam**, s. 530.

⁹⁶⁵ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1020; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 1009; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 255; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,3, s. 42; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 560; **Von Tuhr/Escher**, Band II, s. 2; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, Band II, N. 2003; **Bucher**, s. 291; **Huguenin**, s. 146; Weber, Rolf H., **BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, 2. Auflage, 2005, Vorbem. zu Art. 68, N. 11; **Becker**, OR, Vorbem. zu Art. 68, N. 1; Schraner, Marius, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Die Erfüllung der Obligationen, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, Vorbem. zu Art. 68, N. 7.

⁹⁶⁶ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 114; **Çabri**, Şerh, s. 508.

⁹⁶⁷ Demirbaş, Feride, **Kısmi İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 126 vd; İpek, Eyüp, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 159 vd.

mirasçıya ait olacağına karar verirler. Bunun somut anlamı, üzerinde anlaşmaya varılan tereke unsurunun mülkiyetinin ilgili mirasçıya devredilmesidir. Bu da ancak edim sonucunun yerine getirilmesiyle mümkün olur. Hal böyle olmakla birlikte, paylaşma sözleşmesinde borçlanılan edimin niteliğinin bir edim fiili ya da nadiren de olsa kaçınma şeklinde olması ihtimal dâhilindedir. Söz gelimi, mirasçılar babalarından kalan evin annelerine ölünceye kadar bakması karşılığında içlerinden birine devrini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda evi devralmaya hak kazanan mirasçı, diğer mirasçılara karşı annesine ölünceye kadar bakma konusunda bir edim fiilini borçlanmış olmaktadır. Mirasçıların, paylaşma sözleşmesine konu olan taşınmazlar hakkında önalım sözleşmesi yapmaları örneğinde ise, kaçınma şeklinde bir edimin var olduğu söylenebilir⁹⁶⁸. Zira bu durumda taşınmazı devralan mirasçılar, diğer mirasçılara bildirmeden taşınmazı üçüncü kişiye devretmekten kaçınma borcu altına girmektedirler.

2.3.2.2. Paylaşma Sözleşmesi Bakımından İfa Modaliteleri

2.3.2.2.1. Genel Olarak

İfanın gereği gibi tam ve doğru bir şekilde gerçekleştirilmesi, ifanın unsurlarının ya da diğer bir deyişle ifa modalitelerinin (*Erfüllungsmodalität*) meydana gelmesine bağlıdır⁹⁶⁹. İfa modaliteleri; ifanın tarafları, ifa yeri, ifa zamanı ve ifanın konusundan ibarettir. Her bir ifa modalitesi, paylaşma sözleşmesi bakımından ele alınmıştır.

2.3.2.2.2. İfanın Tarafları

İfanın, “ifada bulunacak kişi” ve “kendisine ifa yapılacak kişi” olmak üzere iki tarafı vardır⁹⁷⁰. Türk Borçlar Kanunu m. 83 hükmünde ifadesini bulan “ifanın gayri şahsiliği ilkesi”⁹⁷¹ paylaşma sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Kural olarak, paylaşma sözleşmesinden doğan borcun ifası, sözleşmenin tarafı olan mirasçı dışındaki üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilebilir. Ancak paylaşma sözleşmesinde kararlaştırılan edim, çoğunlukla tereke

⁹⁶⁸ “ Dava, önalım hakkına dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Davacı ve davalıya pay satan dava dışı kişiler arasında düzenlenen miras taksim sözleşmesinde yer verilen, “işbu miras taksim sözleşmesindeki mirasçı taraflar kendi hisselerine düşen payı bir başkasına satmak isterse iyi niyet gereği öncelikle diğer mirasçılara satın alma teklifini yapmakla yükümlüdür” ifadesiyle sözleşmeye dayalı önalım hakkı düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu’nun 213/3 maddesi hükmü gereği yazılı şekilde yapılmış bu önalım sözleşmesi geçerli olup, tarafları bağlar; bu hak, tapunun beyanlar hanesine tescil edildiğinden, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bu durumda davacının, davaya konu payın davalıya satılması sebebiyle sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkını kullanmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Bu halde mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir ”. Yarg. HGK, T. 26.2.2014, E. 2013/6-494, K. 2014/153. (erişim tarihi: 4.6.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁹⁶⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1029; Oğuzman/Öz, C. I, s. 255; Bucher, s. 291; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, Band II, N. 2011; Schraner, ZK-OR, Vorbem. zu Art. 68, N. 7; Weber, BK-OR, Vorbem. zu Art. 68, N. 13.

⁹⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1040; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 53 vd.

⁹⁷¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1040.

unsurlarının mülkiyetinin devrine dair tasarruf işlemlerinin yapılmasıdır. Bir tasarruf işleminin yapılması ise, ancak tasarruf yetkisine sahip olan kişinin ya da onun yetkili temsilcisinin işleme katılmasıyla mümkündür. Örneğin terekede bulunan taşınmazın mirasçılardan birine ait olması kararlaştırılmışsa, diğer mirasçılar bu taşınmazın tapuda o mirasçı adına tescili için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdürler. Şu halde ifayı gerçekleştirecek olan mirasçılar, ya bizzat işleme katılmalı ya da yetkili temsilcileri onlar adına işlemi gerçekleştirmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 83 hükmü emredici nitelikte değildir⁹⁷². Bu nedenle mirasçılar paylaşma sözleşmesinde kişisel bir ifa yükümlülüğü öngörebilirler. Mirasçılardan birinin, sağ kalan eşe (çoğunlukla anneye) ölünceye kadar bakma edimini yüklenmesine dair örnek burada da verilebilir. Öte yandan, kişisel ifa yükümlülüğünün olayın özelliğinden çıkarılması söz konusu olabilir. Söz gelimi, mirasçılar manevi değeri bulunan bir malın içlerinden birine, ömür boyu başkasına devretmemek üzere verilmesini kararlaştırmışlardır. Bu durumda ilgili mirasçı bir yapmama edimi yüklenmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu edim ancak o mirasçı tarafından ifa edilebilir.

Paylaşma sözleşmesinin yapısı itibariyle, ifade üçüncü kişinin rol oynaması istisnai durumlarda söz konusu olur. Uygulamada üçüncü kişi tarafından ifa, çoğunlukla para borçlarının ifasında karşılaşılan bir durumdur⁹⁷³. Paylaşma sözleşmesinde mirasçılardan birinin ya da birkaçının para borcu altına girmesi mümkündür. Bilhassa tereke unsurları arasında denkleştirme bedeli kararlaştırılması durumunda bir para borcu meydana gelmiş olur. Örneğin iki mirasçıdan oluşan miras ortaklığında, mirasçılardan birinin terekede bulunan apartman dairesini, diğerinin ise dükkân niteliğindeki taşınmazı alacağı, ancak apartman dairesini alan mirasçının diğerine bir miktar para ödeyeceği kararlaştırılabilir. İşte bu durumda para borcu altına giren mirasçının bu borcu üçüncü kişi tarafından ifa edilebilir. Üçüncü kişi, mirasçının bilgi ve iradesi dışında para borcunu ifa etmiş olsa bile, söz konusu mirasçı borçtan kurtulmuş olur⁹⁷⁴.

Kendisine ifa yapılacak kişi (*Leistungsempfänger*), sözleşmede alacaklı durumda olan mirasçı ya da onun yetkili temsilcisidir. Dolayısıyla sözleşme konusu olan bir tereke unsuru bakımından ya alacaklı durumundaki mirasçıya ya da onun yetkili temsilcisine ifade

⁹⁷² Eren, Genel Hükümler, s. 1040; Oğuzman/Öz, C. I, s. 252; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1022; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 53; Wulfschleger, Paola, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 68, N. 6; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 68, N. 7; Weber, BK-OR, Art. 68, N. 22; Schraner, ZK-OR, Art. 68, N. 32.

⁹⁷³ Eren, Genel Hükümler, s. 1042; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 53.

⁹⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1043; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 54; Oğuzman/Öz, C. I, s. 267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1024; Huguenin, s. 148; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 25; Bucher, s. 295; Becker, OR Art. 68, N. 5; Weber, BK-OR, Art. 68, N. 44; Wulfschleger, CHK-OR, Art. 68, N. 6; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 68, N. 11; Schraner, ZK-OR, Art. 68, N. 40.

bulunulmalıdır. Öte yandan, alacaklı durumundaki mirasçının yetkili temsilcisine ifada bulunulacaksa, bu temsilcinin ifayı kabule yetkili olması da şarttır⁹⁷⁵. Aksi takdirde borç ifa edilmiş olmaz.

Alacaklı durumundaki mirasçının bazı durumlarda ifaya katılması gerekirken, bazı durumlarda ifaya katılması gerekmez. Söz gelimi, terekede bulunan bir taşınırın paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine verilmesi kararlaştırılmışsa, bu borcun ifası söz konusu taşınırın zilyetliğinin o mirasçıya devri suretiyle gerçekleşir. Dolayısıyla bu ihtimalde alacaklı durumundaki mirasçının malın tesliminde hazır bulunması, yani ifaya katılması gerekmektedir. Buna karşılık, bilhassa yapmama edimleri bakımından alacaklı durumundaki mirasçının ifaya katılması söz konusu olmaz. Paylaşma sözleşmesi bakımından uygulamada borcun üçüncü kişiye ifa edilmesi oldukça istisnai bir durumdur. Mirasçılar çoğunlukla ifayı bizzat gerçekleştirmeyi ya da kabul etmeyi tercih ederler. Mirasçıların paylaşma sözleşmesinde üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde bir edim kararlaştırmaları düşünülebilir. Örneğin terekede değerli taşınmazlar yer almakta ancak mirasçılardan birinin bankaya olan kredi borcu sebebiyle acil nakde ihtiyacı bulunmaktadır. Söz konusu mirasçının, diğer mirasçı veya mirasçıların bankaya olan kredi borcunu kapatmaları karşılığında taşınmazlar üzerindeki hakkından feragat etmesi mümkündür.

2.3.2.2.3. İfa Yeri

İfa yeri (*Erfüllungsort*), borçlanılan edimin yerine getirilmesi gereken yerdir⁹⁷⁶. Gereği gibi bir ifadan bahsedebilmek için, ifanın ifa yerinde gerçekleştirilmesi zorunludur. Borç, ifa yerinde yerine getirilmediği takdirde, alacak muaccel ise borçlu temerrüde düşer.

Türk Borçlar Kanunu m. 89 hükmünde, ifa yerinin tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirleneceği ifade edilmiştir⁹⁷⁷. Paylaşma sözleşmelerinde genellikle ifa yeri açıkça belirtilmez. Ancak sözleşme konusu olan tereke unsurlarının türüne göre ifa yeri tespit edilebilir. Söz gelimi, terekede bulunan tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından ifa yeri, taşınmazların bulunduğu yerdeki tapu sicil müdürlüğüdür. Bunun dışındaki diğer borçlarda da

⁹⁷⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1051; Oğuzman/Öz, C. I, s. 270; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 18; Schraner, ZK-OR, Art. 68, N. 71; Weber, BK-OR, Art. 68, N. 93.

⁹⁷⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1055; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1073; Oğuzman/Öz, C. I, s. 322; Hatemi/Gökyayla, s. 234; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 561; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 71; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 39; Bucher, s. 303; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, Band II, N. 2102; Huguenin, s. 158; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 74, N. 1; Wullschleger, CHK-OR, Art. 74, N. 2; Weber, BK-OR, Art. 74, N. 7; Schraner, ZK-OR, Art. 74, N. 3.

⁹⁷⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1058; Oğuzman/Öz, C. I, s. 323; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1074; Hatemi/Gökyayla, s. 234; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 40; Schraner, ZK-OR, Art. 74, N. 41; Weber, BK-OR, Art. 74, N. 64; Wullschleger, CHK-OR, Art. 74, N. 5; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 74, N. 3; Huguenin, s. 158.

TBK m. 89 çerçevesinde ifa yeri tayin edilir. Öte yandan, elden paylaşma sözleşmesinde ifa yeri bakımından herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Zira elden paylaşma gerçekleşmişse, zaten sözleşme ifa edilmiş demektir. Dolayısıyla ifa yeriyle ilgili bir tartışma gündeme gelmez.

2.3.2.2.4. İfa Zamanı

İfa zamanı esasen alacaklının borçludan edimin ifasını talep edebileceği zamanı ifade etmektedir⁹⁷⁸. Bu anlamda ifa zamanına “borcun muaccel olduğu zaman (*Fälligkeit*)” denilmektedir. Mirasçılar paylaşma sözleşmesinden doğan borçların ne zaman ifa edileceğini kararlaştırmış olabilirler. Örneğin terekede bulunan taşınmazların kime ait olacağı belirlendikten sonra, bunların üç ay sonra tapuda devirlerinin yapılacağı kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda taşınmazların tapuda devri borcunun muacceliyeti, belirli bir süreye bağlanmış olmaktadır.

İfa zamanının belirli bir vadeye bağlanması da mümkündür. Söz gelimi, paylaşma konusu taşınmazların 5 Haziran 2020 tarihinde tapuda devrinin yapılacağı kararlaştırılmışsa, belirli vade söz konusu olur⁹⁷⁹. Ancak bu durum sadece yazılı paylaşma sözleşmesinde karşımıza çıkabilir. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde, ifa zamanı bakımından belirli vade tayin edilmesi mümkün değildir. Zira mirasbırakanın ne zaman öleceği ve buna bağlı olarak muhtemel mirasçılarının ne zaman mirasçılık sıfatını kazanacakları önceden bilinemez. Hal böyle olmakla birlikte, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde ifa zamanının süreye bağlanması düşünülebilir. Örneğin, sözleşmeden doğan borçların mirasbırakanın vefatından sonra bir yıl içerisinde ifa edileceği sözleşmede yer alabilir. Bu durumda mirasbırakanın ölümünden itibaren bir yıl geçince, paylaşma sözleşmesinden doğan borçlar muaccel hale gelir.

Elden paylaşma sözleşmesi bakımından ise ifa zamanı gündeme gelmez. Zira elden paylaşma sözleşmesinde, sözleşmenin kurulması ve ifa edilmesi aynı anda gerçekleşir. Mirasçılarının önceden sözlü olarak elden paylaşmaya dair anlaşmış olmalarının önemi yoktur. Örneğin mirasçılar mirasbırakanın banka hesabında bulunan paranın belirli bir tarihte bankadan çekilmesini ve paylaşılmasını sözlü olarak kararlaştırmışlardır. Mirasçılarının bu anlaşmaları bağlayıcı değildir. Eğer mirasçılar kararlaştırılan günde bankadan parayı çekip paraları paylaşırlarsa, elden paylaşma sözleşmesi kurulmuş ve ifa edilmiş olur.

⁹⁷⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 1064; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 85; Oğuzman/Öz, C. I, s. 312; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 1063; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 571; Hatemi/Gökyayla, s. 236; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 45; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, Band II, N. 2153; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 75, N. 2; Wullschlegel, CHK-OR, Art. 75, N. 3; Weber, BK-OR, Art. 75, N. 40; Schraner, ZK-OR, Art. 75, N. 6; Huguenin, s. 159.

⁹⁷⁹ Çabri, Şerh, s. 506.

Paylaşma sözleşmesinde ifa zamanı belirlenmediği takdirde TBK m. 90 hükmü uygulama alanı bulur⁹⁸⁰. Buna göre, hukuki ilişkinin özelliğinden aksi anlaşılmadığı takdirde her borç, doğumu anında muaccel olur⁹⁸¹. Dolayısıyla süreye bağlanmamış bir paylaşma sözleşmesinde mirasçılar hemen ifayı talep edebilirler. Ancak elbette bu konuda dürüstlük kuralı çerçevesinde bir zaman tayin edilmesi gerekmektedir.

İfa zamanı bakımından önemli hususlardan biri, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde tarafların ifa sırasının tespitidir. Daha önce değinildiği üzere, miras paylaşma sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşme karakteri gösterebilmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 97 hükmüne göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasını talep eden tarafın, kural olarak kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekmektedir⁹⁸². Öğretide buna “aynı anda ifa kuralı (*Zug um Zug Prinzip*)” denilir⁹⁸³. Bu kural gereğince, taraflar borçlarını aynı anda ifa etmek zorundadırlar. Ancak sözleşmenin koşullarına ya da özelliklerine göre taraflardan birinin daha sonra ifa etme hakkı varsa, aynı anda ifa kuralı uygulanmaz.

Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde taraflardan biri, borçlandığı edimi ifa etmeden ya da ifasını teklif etmeden ifa talebinde bulunursa, diğer taraf ödemezlik def’ine (*exceptio non adimpleti contractus*)⁹⁸⁴ dayanarak ifadan kaçınabilir⁹⁸⁵. Paylaşma sözleşmesinin karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme görünümünde olduğu hallerde ödemezlik def’inin uygulanması söz konusu olabilir⁹⁸⁶. Başka bir deyişle, sözleşmenin tarafı olan mirasçıların yüklendikleri edimler birbirleriyle mübadele ilişkisi içerisinde ise, kendisinden ifa talep edilen mirasçının ödemezlik def’ine dayanarak ifadan kaçınması mümkündür. Ancak Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir kararda ödemezlik def’inin uygulanamayacağına hükmetmiştir⁹⁸⁷. Karara konu olan

⁹⁸⁰ Çabri, Şerh, s. 506.

⁹⁸¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1067; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 576; Oğuzman/Öz, C. I, s. 315; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 1064; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 87; Schraner, ZK-OR, Art. 75, N. 21; Weber, BK-OR, Art. 75, N. 41; Wullschleger, CHK-OR, Art. 75, N. 7; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 75, N. 2; Huguenin, s. 159. İsviçre Borçlar Kanunu m. 75 hükmünde “derhal (sogleich)” ifadesi yer almaktadır.

⁹⁸² Eren, Genel Hükümler, s. 1107; Hatemi/Gökyayla, s. 241; Oğuzman/Öz, C. I, s. 336; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 1101; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 82, N. 1; Wullschleger, CHK-OR, Art. 82, N. 1; Weber, BK-OR, Art. 82, N. 5; Schraner, ZK-OR, Art. 75, N. 103.

⁹⁸³ Eren, Genel Hükümler, s. 1107; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 105; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, Band II, N. 2205; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 58. Stöckli, Hubert, *Das Synallagma im Vertragsrecht*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess, 2008, s. 44 vd.

⁹⁸⁴ Öğretide bu kavram “borcun ifa edilmediği def’i” şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz: Pekmez, Ödemezlik Def’i, s. 99 vd; Oğuzman/Öz, C. I, s. 345. Antalya ise “İfadan Kaçınma Def’i” kavramını kullanmaktadır. Bkz: Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 107.

⁹⁸⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1107; Oğuzman/Öz, C. I, s. 337; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 1102; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 107; Pekmez, Ödemezlik Def’i, s. 410; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 82, N. 2; Wullschleger, CHK-OR, Art. 82, N. 31; Schraner, ZK-OR, Art. 82, N. 8; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 61; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, Band II, N. 2211.

⁹⁸⁶ Pekmez, Ödemezlik Def’i, s. 148.

⁹⁸⁷ Yarg. 8. HD, T. 29.09.2014, E. 2014/14944, K. 2014/17379. (erişim tarihi: 8.5.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

olayda mirasçılar mirasbırakanın ölümünden sonra yazılı paylaşma sözleşmesi yapmışlardır. Sözleşmeye göre, mirasbırakandan kalan evin arsası davacı konumundaki mirasçılara kalacaktır. Bu mirasçılar, söz konusu evde halen oturmakta olan diğer mirasçıya sözleşmede belirlenen tarihte bir miktar para ödeyeceklerdir. Buna karşılık evde oturmakta olan mirasçı da paranın ödenmesinden itibaren altı ay içerisinde evi boşaltacak ve tapuda devir işlemini gerçekleştirecektir. Davacı mirasçılar parayı ödemedikleri halde taşınmazın kendi adlarına tescili için dava açmışlardır. İlk derece mahkemesi, kendi edimini ifa etmeyen davacıların, davalılardan karşı edimin ifasını isteyemeyeceklerini belirterek paylaşma sözleşmesine dayalı tapu iptal ve tescil talebinin reddine karar vermiştir. Yargıtay ise, ikiden fazla mirasçının bulunduğu miras paylaşma sözleşmesinde sözleşmenin karşılıklı nitelikte olduğunu belirtmiş, ancak bir mirasçının karşı edimin ifasını tek başına isteyemeyeceğini ifade ederek ödemezlik def'inin uygulanamayacağını belirtmiştir. Yargıtay'a göre paylaşma sözleşmesinden doğan borç ifa edilmediği takdirde, her bir mirasçı borcu ifa etmekten kaçınan mirasçı aleyhine ifa davası açabilir. Kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü isabetli değildir⁹⁸⁸. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, borcun ifasını talep eden mirasçılar ile davalı mirasçıların paylaşma sözleşmesinden kaynaklanan borçları arasında bir değişim ilişkisi bulunmaktadır. İfa zamanı bakımından davacı mirasçıların öncelikle para borçlarını ifa etmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla burada aynı anda ifa kuralı gündeme gelmez. Davacı mirasçılar, davalının parayı kasıtlı olarak kendilerinden talep etmediğini ve bu sebeple ödemediklerini ileri sürmüşlerdir. Hâlbuki para borcunun ifa edilmesi için alacaklının talepte bulunması gerekmez. Burada önemli olan, para borcu bulunan mirasçıların bu borcu zamanında ödemeyi teklif edip etmedikleridir. Davacı mirasçılar, para borcunun ifasını teklif etmemişler, bu yönde bir girişimde bulunmamışlardır. Dolayısıyla karşı edim niteliğindeki taşınmazın boşaltılması ve tapuda devrinin yapılması talep edildiğinde, davalı mirasçının ödemezlik def'ine dayanarak borcun ifasından kaçınabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

2.3.2.2.5. İfanın Konusu

2.3.2.2.5.1. Genel Olarak

Sözleşme ilişkilerinde ifanın konusu kural olarak borçlanılan edimdir⁹⁸⁹. Borçlu, ancak sözleşmede kararlaştırılan edimi ifa ettiği takdirde gereği gibi ifadan bahsedilebilir. Hiç şüphesiz bu durum miras paylaşma sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Paylaşma

⁹⁸⁸ Aynı yönde: **Pekmez**, Ödemezlik Def'i, s. 148.

⁹⁸⁹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1029; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 273; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 1013; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,3, s. 120; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, Band II, N. 2240; **Bucher**, s. 292; **Schraner**, ZK-OR, Vorbem. zu Art. 68-96, N. 71; **Weber**, BK-OR, Vorbem. zu Art. 68-96, N. 13; **Huguenin**, s. 151.

sözleşmesinde edimin ve dolayısıyla da ifanın konusunu, temelde terekede bulunan mal veya haklar belirlemektedir. Dolayısıyla paylaşma sözleşmesi bakımından ifanın konusu birbirinden çok farklı nitelikteki şeylerden teşekkül edebilir. Paylaşma sözleşmesine konu olma ihtimali bulunan bütün mal veya hakların ne şekilde ifa edileceğini izah etmek oldukça zordur. Bu sebeple, ifanın konusuyla ilgili olarak uygulamada sıkça rastlanan mal veya hakların ifası ele alınmaya çalışılmıştır.

2.3.2.2.5.2. Taşınmazlar

2.3.2.2.5.2.1. Genel Olarak

Taşınmazlar paylaşma sözleşmesi bakımından belki de uygulamada en çok önem arz eden tereke unsurunu teşkil etmektedir. Gerçekten de paylaşma sözleşmesiyle ilgili Yargıtay'ın önüne gelmiş olan uyuşmazlıklara bakıldığında, çok büyük bir kısmının taşınmazlarla ilgili olduğu görülmektedir. Bu durum oldukça doğaldır. Zira pek çok tereke bakımından ekonomik olarak en değerli unsur taşınmazlardır. Dolayısıyla, paylaşma sözleşmelerinde taşınmazların nasıl paylaşılacağına dair hükümlere çok fazla rastlanılmaktadır.

2.3.2.2.5.2.2. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bütün paylaşma sözleşmesi türlerine konu edilebilir. Özellikle de elden paylaşma sözleşmesinin tapuya kayıtlı olmayan taşınmazları konu edebileceği kabul edilmektedir⁹⁹⁰. Zira tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların devri bakımından

⁹⁹⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 614; Kılıçoğlu, Taksim, s. 100; Kocayusufpaşaoğlu, s. 725; İmre/Erman, s. 565; Dural/Öz, s. 476; Oğuzman, s. 336; Çabri, Şerh, s. 482; Ozanemre Yayla, s. 193.

“Miras barakandan intikal eden, taksime ve davaya konu olan taşınmaz tapusuzdur. Tapusuz taşınmaz malların mirasçılar arasında paylaştırılmasında taksiminde, yazılı paylaştırma sözleşmesi yapılması zorunluluğu yoktur. Tapusuz taşınmaz malın, mirasçılarının hepsi arasında anlaşma sonunda parçalara ayrılması ve her parçanın bir mirasçı tarafından alınmasıyla paylaştırma yapılabilir; böyle bir paylaştırma payların kabzi yoluyla paylaştırmadır ve MK. nun 611. maddesi uyarınca geçerlidir. Tapusuz taşınmaz mallardaki paylaştırma her türlü delil ile ve bu arada tanık sözleriyle ispat olunabilir; fakat tanıkların, paylaştırma sırasında paylaştırmada hangi mirasçıya hangi parçanın verilmiş bulunduğunu açıklamaları gerekir ”. Yarg. HGK, T. 10.3.1982; E. 1979/8-1450, K. 1982/258. (erişim tarihi: 11.07.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

“Dava konusu taşınmaz davalı Veysel adına 18.3.2007 tarihinde yapılan kadastro çalışmaları sırasında tespit görmüş, tutanağın kesinleşmesi üzerine 01.05.2007 tarihinde davalı Veysel adına tapuya tescil edilmiştir. Tarafların murisi S. Ö. 11.02.1987 tarihinde vefat etmiş olup, taraflar arasındaki miras taksim sözleşmesi dinlenen davalı tanıklarının beyanlarına göre, 2007 yılında yapılan kadastro çalışmalarından önce vaki olmuştur. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 15/1-3 maddesine göre, tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz malların aynı Kanunun 14. maddesi gereğince belirlenen zilyetleri arasında taksim edildikleri belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanlarıyla sabit olduğu takdirde bu mallar taksim gereğince zilyetleri adına tespit olunur. Taksim murisin ölümünden sonra kadastrodan önce tapusuz taşınmazlar üzerinde yapıldığına göre, bu taksimin varlığının şahit beyanlarıyla ispatı mümkündür. Mahkemenin TMK. nun 676/son maddesine göre, kadastro işlemlerinden sonra tapulu taşınmazlar için vaki olacak miras taksim sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiğine ilişkin kanun hükmü gözönünde bulundurularak davanın reddine karar verilmiş olmasında isabet bulunmamaktadır. Taraflar arasında miras taksimi yapıldığına ve taşınmazın davalı Veysel'e kaldığı anlaşıldığına göre, davanın reddine karar vermek gerekirken, kabulüne karar verilmiş olması doğru olmamıştır ”. Yarg. 8. HD, T. 23.2.2012, E. 2011/4810, K. 2012/1143. (erişim tarihi: 11.07.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır⁹⁹¹. Bu itibarla, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından ifa, sözleşme konusu taşınmazın mirasçıya teslimiyle birlikte gerçekleşmiş olur. Taşınmazın teslimi esasen zilyetliğin devri suretiyle gerçekleşir. TMK m. 599/2 hükmü gereğince mirasçılar mirasbırakanın taşınmazlar üzerindeki zilyetliğini doğrudan doğruya kazanırlar. Ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde bütün mirasçılar elbirliği halinde zilyettirler. Daha sonra bu taşınmaz hakkında paylaşma sözleşmesi yapılıncaya, bu borcun ifası için zilyetliğin ilgili mirasçıya devri gerekmektedir. Zilyetliğin devri genellikle tapuya kayıtlı olmayan taşınmazın ilgili mirasçının iktidarına terk edilmesi şeklinde olur. Ancak zilyetliğin başka şekilde devredilmesi de mümkündür. Örneğin mirasçı, tapuya kayıtlı olmayan tarım arazisini fiilen ekip biçmek suretiyle kullanıyorsa, paylaşma sözleşmesinde o tarım arazisinin halen ekip biçen mirasçıya verilmesi kararlaştırıldığı takdirde, zilyetlik de devredilmiş olur.

2.3.2.2.5.2.3. Tapuya Kayıtlı Taşınmazlar

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması kural olarak tapu siciline tescille mümkündür (TMK m. 705). Taşınmaz mülkiyeti bakımından hâkim olan “mutlak tescil ilkesi (*absolutes Eintragungsprinzip*)” çerçevesinde, kurulmaları kanun gereği tescile tabi olan aynı haklar, tapu kütüğüne tescil edilmedikleri takdirde varlık kazanamazlar (TMK m. 1021)⁹⁹². Mirasçılar, mirasbırakanın ölümüyle birlikte terekedeki tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkını tescilden önce kazanırlar (*relatives Eintragungsprinzip*)⁹⁹³. Ancak mirasçıların bu taşınmazlar üzerinde bireysel mülkiyet hakkı kurabilmeleri, tapu siciline tescille mümkün olur.

Geçerli olarak kurulmuş olan miras paylaşma sözleşmesi, mirasçıları sözleşme konusu taşınmazın mülkiyetini ilgili mirasçıya devretme borcu altına sokar. Söz konusu borç, tapu sicilinde tescil işleminin gerçekleşmesi suretiyle ifa edilmiş olur⁹⁹⁴. Dolayısıyla, miras paylaşma sözleşmesi tescilin hukuki sebebini teşkil etmektedir. Ancak tapuya kayıtlı

⁹⁹¹ Eren, Mülkiyet, s. 243.

⁹⁹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 153; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, Eşya Hukuku, C. I, s. 343; Ünal/Başpınar, s. 332; Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 119; Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 141; Deillon-Schegg, Bettina, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 971, N. 1; Pfammatter, Aron, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 971, N. 1; Dürr, David, **ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Prinzipien des Sachenrechts**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2009, s. 91; Stucki, Stefan/Mühlematter, Adrian, **Grundbuchrecht für die Praxis**, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2017, s. 38.

⁹⁹³ Stucki/Mühlematter, s. 38; Dürr, ZK-ZGB, Prinzipien des Sachenrechts, s. 91; Pfammatter, OFK-ZGB, Art. 971, N. 8.

⁹⁹⁴ Escher, Art. 634, N. 8; Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 20; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 25; Vouilloz, Art. 634, N. 24; Göksu, Art. 634, N. 5; Bosshardt, Art. 634, N. 5; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 5; Kaneti, Selim, “Tapu Uygulamaları Açısından Miras Hukuku Sözleşmeleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 48, S. 1-4, 1983, s. 108. Ayrıca Bkz: BGE 102 II 197.

taşınmazlar hakkında yapılan paylaşma sözleşmesinin ya mirasın açılmasından önce ya da mirasın açılmasından sonra yapılan yazılı paylaşma sözleşmesi olması gerekmektedir. Elden paylaşma sözleşmesiyle tapuya kayıtlı taşınmazların paylaşılması mümkün değildir.

Paylaşma sözleşmesi gereğince bir taşınmazın devri konusunda alacak hakkı kazanan mirasçı, söz konusu taşınmazın mülkiyetinin devrini kural olarak tek başına talep edemez. Tapu Sicili Tüzüğü'ne göre, paylaşma sözleşmesi mirasçılar arasında yazılı olarak yapılmış olup da mirasçıların imzaları noter tarafından onaylanmamışsa, bütün mirasçıların tescil talebinde bulunmaları gerekmektedir (TST m. 20/1-c). Eğer mirasçıların bir kısmının imzaları noter tarafından onaylanmışsa, imzaları onaylanmayanların tescil talebinde bulunmaları yeterlidir⁹⁹⁵. Dolayısıyla Tapu Sicili Tüzüğü'ne göre, paylaşma sözleşmesinin noterde onaylama şeklinde yapılması mümkündür. Ancak öğretime bir görüşe göre, Noterlik Kanunu m. 89'da tapuda işlem yapılması sonucunu doğuracak miras paylaşma sözleşmelerinin re'sen düzenleme şeklinde gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır⁹⁹⁶. Söz konusu hüküm emredici nitelikte ve öncelikli olarak uygulanması zorunlu olan bir düzen hükmüdür. Dolayısıyla Tapu Sicili Tüzüğü'nde yer alan, mirasçıların imzalarının noterce onaylanmasına dair hüküm Noterlik Kanunu'na aykırı olduğundan noterler normlar hiyerarşisine uygun olarak kanun hükmünü uygulamak durumundadırlar. Bu sebeple noterler miras paylaşma sözleşmesinde imza onayı yapamazlar, ancak talep edildiği takdirde bu işlemi düzenleme şeklinde gerçekleştirebilirler⁹⁹⁷. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir. Nitekim uygulamada miras paylaşma sözleşmesi noterler tarafından re'sen düzenleme şeklinde yapılmaktadır⁹⁹⁸.

Mirasçıların yazılı paylaşma sözleşmesi yapmaları durumunda, konusu taşınmaz olan sözleşmenin ifası için bütün mirasçıların veya yetkili temsilcilerinin tapu sicil müdürlüğüne giderek tescil talebinde bulunmaları zorunludur. Eğer adi yazılı şekilde yapılan paylaşma sözleşmesinin tarafı olan mirasçılardan biri tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, sözleşme konusu taşınmazın alacaklı mirasçı adına tescili mümkün olmaz. Bu durumda alacaklı mirasçının TMK m. 716/1 (ZGB Art. 665, Abs. 1) hükmü çerçevesinde tescile zorlama davası (ifa davası) açarak, sözleşme gereğince kendisine verilecek olan taşınmazın adına tescilini talep etmesi gerekmektedir⁹⁹⁹.

Konusu taşınmaz olan paylaşma sözleşmesi, tescil yetkisini de içerecek kapsamda noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmışsa, alacaklı durumdaki mirasçı doğrudan doğruya

⁹⁹⁵ Çabri, Şerh, s. 502.

⁹⁹⁶ Tanrıver, s. 28.

⁹⁹⁷ Tanrıver, s. 29.

⁹⁹⁸ <https://www.noterlikrehberi.net/rehber/index.html?miras-taksim-sozlesmesi.html> (erişim tarihi: 09.06.2020).

⁹⁹⁹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 69; Dural/Öz, s. 478; Oğuzman, s. 337; Antalya/Sağlam, s. 530; Çabri, Şerh, s. 502; Ozanemre Yayla, s. 213.

sözleşmeye dayanarak adına tescilin yapılmasını talep edebilir (TST m. 20/1-c)¹⁰⁰⁰. Söz konusu hüküm, paylaşma sözleşmesine konu edilen tapuya kayıtlı taşınmazların ifası bakımından kolaylaştırıcı bir düzenleme içermektedir. Şu halde mirasçılar açısından en kısa ve doğru çözüm, tapuya kayıtlı taşınmazları konu edinen paylaşma sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde ve tescil yetkisini içerecek kapsamda yapılmasıdır. Böylelikle sözleşme gereğince terekedeki taşınmazlar bakımından alacak hakkına sahip olan mirasçılar, diğer mirasçıların tapu sicil müdürlüğüne gelerek tescil talebinde bulunmalarını beklemeksizin, noterde düzenlenen sözleşmeyi ibraz etmek suretiyle adlarına tescilin yapılmasını sağlayabilirler. Bu durum, sözleşmenin ifa edilmemesine ilişkin sorunları büyük ölçüde ortadan kaldırmış olacaktır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmede tescil yetkisinin açıkça belirtilmiş olmasıdır. Eğer sözleşmede tescil yetkisine dair hüküm yoksa noterde düzenleme şeklinde yapılmış olsa bile alacaklı mirasçı tek başına tescil talebinde bulunamaz¹⁰⁰¹. Bu sebeple tescil yetkisi içeren hükmün, noter tarafından düzenlenen paylaşma sözleşmesinde yer alması önem arz etmektedir. Uygulamada noterler tarafından düzenlenen paylaşma sözleşmelerinde “*Her mirasçının tek başına ilgili tapu sicil müdürlüğüne başvurarak, bu miras paylaşma sözleşmesi nedeniyle kendisine verilen taşınmazı/taşınmazları adına intikal ve tescil ettirmesini kabul ve beyan ederiz*” şeklinde ifadelerle tescil yetkisi belirtilmektedir¹⁰⁰².

Farklı yerlerde bulunan ve dolayısıyla farklı tapu sicil müdürlüklerinde kayıtlı bulunan taşınmazların aynı paylaşma sözleşmesine konu edilmesi, sözleşmenin ifası bakımından bir engel teşkil etmez. Bu durumda, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerdeki tapu sicil müdürlüğünde tescil işlemi yapılması mümkündür¹⁰⁰³.

Tapu sicili uygulamasında taşınmazların paylaşma sözleşmesine göre mirasçılar adına tescil edilmesi bakımından önem taşıyan hususlardan biri ise ilgili taşınmazın mirasçılar adına intikalinin yapılmış olmasıdır. Mirasbırakanın ölümü, tapu sicilinde onun adına var olan kaydın kendiliğinden terkin edilmesi sonucunu doğurmaz. Bu sebeple, mirasçılardan biri dahi tapu siciline mirasçılık belgesini ibraz ederek mirasbırakan adına kayıtlı olan taşınmazın elbirliği mülkiyeti şeklinde mirasçılar adına tescil edilmesini talep edebilir¹⁰⁰⁴. Uygulamada buna kısaca

¹⁰⁰⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 614; Çabri, Şerh, s. 502; Dural/Öz, s. 479.

¹⁰⁰¹ <https://www.tapu-kadastro.net/index.php/sample-levels/tapu-islemleri-akitsiz-2/mirasin-taksimi> (erişim tarihi: 10.06.2020).

¹⁰⁰² <https://www.noterlikrehberi.net/rehber/index.html?miras-taksim-sozlesmesi.html> (erişim tarihi: 09.06.2020).

¹⁰⁰³ Tapu Müdürlüklerince Yetki Alanı Dışında Kayıtlı Bulunan Taşınmazlarla İlgili Tapu İşlemlerinin Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğe göre, tapu müdürlükleri hak sahibinin talebi üzerine, kendi yetki alanı dışında kayıtlı bulunan taşınmazlarla ilgili tapu işlemlerini, taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu müdürlüğünden yetki almak ve kanunen bir engel olmadığını tespit etmek suretiyle yapmaya yetkilidir (m. 5/1).

¹⁰⁰⁴ 2644 sayılı Tapu Kanunu’nda 6302 sayılı Kanunla getirilen Ek Madde 1’e göre, Mirasbırakanın ölüm tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde tapu sicilinde miras intikalinin gerçekleşmemesi halinde tapu müdürlüğü, mirasçılık belgesi düzenlenmesi için yargıya başvurabilir. Tapu müdürlüğü mirasçılık belgesine göre tapu sicili

“intikal” denilmektedir. Ancak mirasbırakanın ölümünden sonra bu şekilde intikal yapılmadan paylaşma sözleşmesi yapılmış olması, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Hal böyle olmakla birlikte, tapuda halen mirasbırakan adına kayıtlı gözükten taşınmazın, paylaşma sözleşmesi gereğince mirasçılardan biri adına tescilinin yapılabilmesi için öncelikle intikal işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

2.3.2.2.5.2.4. Tarım Arazileri

Mirasçılar, sözleşme gereğince aynen paylaşmayı kararlaştırdıkları tarım arazilerinin adlarına tescili için tapu müdürlüğünden talepte bulunmak suretiyle sözleşmenin ifasını gerçekleştirebilirler. Başka bir deyişle, sözleşmenin ifasıyla ilgili hususlarda taşınmazlara dair genel kurallar burada da geçerlidir. Eğer tapuya kayıtlı olmayan bir tarım arazisi varsa, yine taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin kurallara göre paylaşma sözleşmesi ifa edilir. Tapuya kayıtlı tarım arazilerinin ifası bakımından, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkında Kanun'da değişiklik yapan 6537 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınmak zorundadır.

Mirasbırakan, 6537 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 15.05.2014 tarihinden önce ölmüşse, terekede bulunan tarım arazileri hakkında yapılan paylaşma sözleşmesi gereğince tescil yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda tapu sicilinde malik olarak halen mirasbırakan gözükmekte ise, öncelikle mirasçılar adına elbirliği halinde mülkiyet olarak intikal yapılır. Sonrasında ise, paylaşma sözleşmesi çerçevesinde mirasçıların tescil talepleri alınarak bir veya birkaç mirasçı adına tarım arazisinin tescili sağlanır. Dolayısıyla mirasbırakanın 15.05.2014 tarihinden önce öldüğü hallerde, tarım arazilerinin tapuda paylaşma sözleşmesine göre bir veya birkaç mirasçıya devri noktasında sorun bulunmamaktadır. Keza mirasçılar, tarım arazilerinin mülkiyetinin paylı mülkiyet şeklinde adlarına tescilini kararlaştırmışlarsa, bu çerçevede tescil yapılması da imkân dâhilindedir¹⁰⁰⁵.

Mirasbırakan 15.05.2014 tarihinden sonra ölmüşse, terekede bulunan tarım arazilerinin sözleşme gereğince ifasında bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Zira 6537 sayılı Kanun gereğince mirasçılar terekede bulunan tarım arazilerini diledikleri şekilde paylaşamazlar. Bu sebeple, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, çıkarmış olduğu genelgelerde tarım arazilerinin miras sebebiyle intikali ve tesciline dair taleplerde uygulanması gereken hususları belirtmektedir¹⁰⁰⁶. Buna göre, mirasçılar 5403 sayılı Kanunun 8/C maddesinde belirtilen ihtimallere uygun olarak

kayıtlarını elbirliği mülkiyeti şeklinde tescil ederek güncelleştirme yapabilir. Böylelikle, tapu müdürlüklerine mirasçıların talebi olmadan da intikal işlemi yapabilme yetkisi verilmiştir.

¹⁰⁰⁵ https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/07.12.2018_5403_sayili_kanun_uygulamalari2.pdf (erişim tarihi: 21.08.2020).

¹⁰⁰⁶ https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/07.12.2018_5403_sayili_kanun_uygulamalari2.pdf (erişim tarihi: 21.08.2020).

paylaşma sözleşmesi yapmışlar ve bu çerçevede tescil talebinde bulunmuşlarsa, herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Söz gelimi, mirasçılar tarım arazilerinin tamamının içlerinden biri adına tescilini kararlaştırabilirler. Bu durumda tapu sicili müdürlüğü tarafından gerekli işlemler tamamlanınca tarım arazilerine ilişkin sözleşme hükmü ifa edilmiş olur. Ancak asıl sorun, tarım arazilerinin bölünerek birden fazla mirasçı adına tescilinin kararlaştırıldığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Genelgeye göre, tarım arazisinin birden fazla mirasçıya devrine dair talep bulunduğu takdirde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne ilişkin Kanunda belirtilen uygun büyüklüğün sağlanıp sağlanılmadığının il veya ilçe tarım ve orman müdürlüğüne sorulması gerekmektedir¹⁰⁰⁷. Aynı durum, mirasçıların paylı mülkiyet şeklinde adlarına tescil talebinde bulunmaları halinde de geçerlidir. İl veya ilçe tarım ve orman müdürlüğü tarafından olumsuz görüş verildiği takdirde, tapu sicili müdürlüğü ilgili tarım arazisinin mirasçılar adına tesciline dair talebi reddedecektir. Dolayısıyla bu ihtimalde, paylaşma sözleşmesinin terekedeki tarım arazilerine dair hükmünün ifası imkânsız hale gelmiş olur. İl veya ilçe tarım ve orman müdürlüğünden olumlu görüş gelmesi halinde ise, tapu sicil müdürlüğü paylaşma sözleşmesi ve mirasçıların talepleri çerçevesinde tescil işlemini gerçekleştirir.

2.3.2.2.5.2.5. Taşınmazların İfası Bakımından Vekâlet Görevinin Kötüye Kullanılması Sorunu

Mirasçılar, terekede bulunan tapuya kayıtlı taşınmazlar için intikal veya devir işlemlerinin yapılması bakımından içlerinden birini ya da üçüncü kişiyi vekil tayin edebilirler. Ancak uygulamada bu durum çeşitli uyuşmazlıkların doğmasına yol açabilmektedir. Mirasçılar, vekil aracılığıyla tapuda intikal ve devir işlemleri yapıldıktan sonra vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı iddiasıyla tapu kaydının iptali talebinde bulunmaktadır.

Mirasçıların vekâlet görevinin kötüye kullanıldığına dair iddiaları, temelde iki duruma dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, yalnızca intikal işlemi için vekâlet verildiği halde vekilin bunun dışına çıkarak taşınmazların devir işlemlerini de yapmış olmasıdır¹⁰⁰⁸. İkincisi ise, vekilin paylaşma sözleşmesine aykırı düşecek şekilde devir işlemlerini gerçekleştirmesidir¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁷ https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/07.12.2018_5403_sayili_kanun_uygulamaları2.pdf (erişim tarihi: 21.08.2020).

¹⁰⁰⁸ “Davacı, ortak mirasbırakandan kalan menkul ve gayrimenkullerin intikallerinin yapılması amacıyla vekil tayin ettiği üvey annesi olan davalı ...'nın, vekalet görevini kötüye kullanarak mirasbırakandan intikal eden 12 parça taşınmazdaki payını davalı kızlarına ve kendi adına tescil ettirdiğini, mevduatların bankadan çekilerek payının ödenmediğini, diğerlerine nazaran değer ihtiva etmeyen 71 parsel ile ... marka aracın adına devredildiğini, temlik iradesinin olmadığını, davalıların el ve işbirliği içinde kendini zararlandırdıklarını ileri sürerek, tapu iptal – tescil ve bedel isteğinde bulunmuştur”. Yarg. 1. HD, T. 10.12.2013, E. 2013/15129, K. 2013/17626. (erişim tarihi: 23.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁰⁰⁹ “Taraflar arasında görülen davada; Davacı, mirasbırakan anne ve babasından intikal eden taşınmazlarla ilgili olarak davalı mirasçılarla 10.05.1998 tarihinde rizai taksim sözleşmesi yaptıklarını ve bu sözleşme gereğince davaya konu 474 ve 539 parsel sayılı taşınmazların ½ payının, 3862 ve 3357 nolu parsellerin tamamının, 226 nolu

Bunların dışında, mirasçılardan bazılarının içlerinden birine paylaşma sözleşmesi yapma konusunda vekâletname verdiği ancak sonradan kendi iradelerine aykırı sözleşme yapıldığını ileri sürdükleri durumlarla da karşılaşılabilir¹⁰¹⁰.

Belirtmek gerekir ki, mirasçıların yazılı paylaşma sözleşmesinde içlerinden birini tapuda devir işlemlerinin yapılması bakımından vekil tayin etmeleri, mevcut tapu sicili uygulamasında bir anlam ifade etmez. Zira sözleşmede vekil tayin edilen mirasçı buna dayanarak tapu müdürlüğüne başvurduğu takdirde bu talebi reddedilecektir. Bu sebeple, mirasçıların içlerinden birine ya da üçüncü kişiye noterde düzenleme şeklinde yapılmış bir vekâletname vermeleri gerekmektedir¹⁰¹¹. Ancak kanaatimizce paylaşma sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmış ve bu sözleşmede aynı zamanda mirasçılardan biri vekil tayin edilmişse, ayrıca vekâletnameye gerek olmaksızın tapuda devir işlemleri gerçekleştirilebilir.

Mirasçıların yalnızca intikal işlemi için vekâletname vermeleri durumunda, vekilin tapuda mirasbırakan adına var olan kaydın mirasçılar adına elbirliği şeklinde intikali işlemini yaptırması gerekmektedir. Ancak vekil, bunun dışına çıkarak taşınmazların hem intikal hem de devirlerini yapmışsa, vekâlet görevinin kötüye kullanılması söz konusu olur. Bu durumda vekil dışında kalan mirasçıların ya da vekil üçüncü kişiye her bir mirasçının vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı iddiasıyla tapu kaydının düzeltilmesi davası açması mümkündür¹⁰¹².

parselin ise 2.000 m2'lik bölümünün kendisine verildiğini, sözleşme doğrultusunda tescil işlemlerinin yapılması konusunda tüm mirasçılar olarak davalı kardeşleri M.. K.. 'yı 11.05.1998 tarihinde vekil tayin ettiklerini, ancak davalı vekilin, vekalet görevini kötüye kullanarak, 3862 ve 3357 nolu parselleri davalı mirasçı S.. Ü.. 'ye, 226 nolu parseli yeğeni olan davalı F.. Ü.. 'ye, 474 nolu parseli ise dava dışı 'ye satış göstermek suretiyle devrettiğini, 474 nolu parseli daha sonra Süleyman'dan satış suretiyle temellük ettiğini ileri sürerek, taksim sözleşmesi doğrultusunda tapu kayıtlarının iptali ile adına tescilini istemiştir" . Yarg. 1. HD, T. 28.05.2015, E. 2014/7006, K. 2015/7824. (erişim tarihi: 23.08.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

¹⁰¹⁰ " Davacı, ...vekil kaldıkları davalı ...'ın, iştirakçilerden eşi ... ile kendi çıkarları doğrultusunda miras taksim sözleşmesi yaptıklarını, vekâletnamenin hileli yöntemlerle alındığını, okuma yazması olmadığını, taksimin dayanağı vekâletnamenin Noterlik Kanunu 87. maddesi ve Tapu Sicil Tüzüğüne aykırı olarak düzenlendiğini, taksim ve satış yetkisi verme iradesinin olmadığını, vekil ile birlikte hareket eden iştirakçilerden....'ın gösterdiği örneğe göre vekâlet düzenlendiğini, vekilin vekalet görevini kötüye kullanarak payını değerinin çok altında bedel karşılığında eşi ...'a devrini sağladığını, geçersiz vekalet dayalı olarak yapılan taksimin bağlayıcı olmadığını ileri sürerek davalı ... adına kayıtlı 1065 ada, 1 ve 5 parseldeki tapu kaydının iptali ile miras payı oranında adına tesciline, mümkün olmadığı takdirde fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 6.000,00.-TL'nin taksim tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalılar, tüm mirasçıların ayrı ayrı verdikleri vekâletnamede mirasın taksim edilmesi ve satışı konusunda yetkilendirildiğini, vekâlete dayalı olarak taksim ve satış yapıldığını, bedellerin ödendiğini, hile iddialarının haksız ve dayanaksız olduğunu belirterek davanın reddini savunmuşlardır". Yarg. 1. HD, T. 31.10.2013, E. 2013/14649, K. 2013/14812.

(erişim tarihi: 23.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁰¹¹ Noterlik Kanunu m. 89 hükmüne göre, tapuda işlem yapılmasını gerektiren vekâletnamelerin noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Ayrıca Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün, tapu işlemlerinde kullanılacak vekâletnamelerin noterden düzenlenmiş olması gerektiğine dair muhtelif genelgeleri bulunmaktadır. Bkz: **Eren**, Mülkiyet, s. 214.

¹⁰¹² " Dava, vekaletnamenin hile ile alındığı ve kötüye kullanıldığı iddiasına dayalı tapu iptali-tescil isteğine ilişkindir. Davacı, davalılarla ortak mirasbırakanı olan eşinden kalan taşınır ve taşınmazların intikallerinin yapılacağı söylenerek kendisinden vekaletname alındığını, ancak vekaletname kötüye kullanılarak miras taksimine

Paylaşma sözleşmesi yapıldıktan sonra mirasçılar, sözleşmenin ifası bakımından tapuda devir işlemlerinin yapılması amacıyla içlerinden birini ya da üçüncü kişiyi vekil tayin etmişlerse, vekilin paylaşma sözleşmesine uygun şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Zira vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür (TBK m. 505/1). Aksi takdirde, vekâlet görevinin kötüye kullanılması söz konusu olur. Vekil, yazılı paylaşma sözleşmesini tapu müdürlüğüne ibraz ederek sözleşmede belirtilen şekilde taşınmazların tescilini sağladığı takdirde bir sorunla karşılaşmaz. Ancak vekil, sözleşmeyi ibraz etmeden tescile dair beyanda bulunur ve bu beyan neticesinde paylaşma sözleşmesine aykırı durum ortaya çıkarsa, vekâlet görevini kötüye kullanmış olur. Diğer mirasçılar, vekâlet görevinin kötüye kullanılmasına dayanarak tapu kaydının düzeltilmesini dava edebilirler. Yargıtay, konu hakkında vermiş olduğu kararlarda, vekâlet görevini kötüye kullandığı ileri sürülen kişinin buna karşı çıkması halinde, yazılı paylaşma sözleşmesinin aksinin eşdeğerde yazılı bir belge ile ispat edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰¹³. Şu halde vekil, vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı iddiasına karşılık yazılı belge sunmadığı takdirde, paylaşma sözleşmesine aykırı olan tapu kaydının düzeltilmesine (uygulamadaki deyimle iptaline) karar verilecektir. Ancak vekil aracılığıyla gerçekleştirilen devirlerin mirasçıların iradesine uygun olduğu tespit edilmişse, vekâlet görevinin kötüye kullanıldığından bahsedilemeyecek ve tapu kaydının düzeltilmesi davasının reddine karar verilecektir¹⁰¹⁴.

ve temliklere konu edildiğini, kendisine hiçbir şey verilmediğini ileri sürmek suretiyle davaya konu taşınmazların miras payı oranında iptali ile adına tesciline karar verilmesini istemiştir. Davalılar, vekaletnamenin davacı tarafından serbest iradesiyle verildiğini, kandırılmanın söz konusu olmadığını belirtip davanın reddini savunmuşlardır”. Yarg. 1. HD, T. 22.11.2018, E. 2016/391, K. 2018/14859. (erişim tarihi: 24.08.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

¹⁰¹³ “...Davalı M.. K., iddiaların doğru olmadığını, taksim sözleşmesi yapıldığının doğru olduğunu, ancak şehir dışında yaşayan ve köyle ilgisi bulunmayan davacının 2 parça taşınmazı kendisine sattığını, 2 parça taşınmazı ise mirasçılardan Şerife’ye isabet eden taşınmazlarla takas ettiğini, 539 nolu parselde zaten davacının da paydaş olduğunu belirterek davanın reddini savunmuş, diğer davalılar savunma getirmemişlerdir. Dahili Davalı E.. A., dava konusu yapılan olaylarla ilgili bilgi sahibi olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, mirasçılar arasında yapılan yazılı taksim sözleşmesinin aksinin eşdeğerde yazılı bir belge ile ispat edilemediği, taksim sözleşmesinin infazı konusunda vekil tayin edildiği ancak vekilin vekalet görevini kötüye kullandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Karar, davalı M.. K.. vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi ın raporu okundu. Düşüncesi alındı. Dosya incelendi. Gereği görüşülüp, düşünüldü. Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre; davalının temyiz itirazı yerinde değildir. Reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA...” Yarg. 1. HD, T. 28.05.2015, E. 2014/7006, K. 2015/7824. (erişim tarihi: 24.08.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

¹⁰¹⁴ “ Dava, vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, kamulaştırılan ve satılan taşınmazlar yönünden tazminat istemlerine ilişkindir. Davacıların parmak basmak suretiyle, davacı ...’nın imza atmak suretiyle imza ettikleri ve diğer tüm mirasçıların da katılımı ile tanzim edilen 10.10.2000 tarih ve “ Mirasçıların ... Taksim Sözleşmesidir “ başlıklı belgeye göre çekişme konusu devirlerin yapıldığı, yine tüm mirasçıların katılımı ile düzenlenen 20.02.2001 tarihli ve “ Taksim Sözleşmesinin Eki “ başlıklı belgede; “ Bizler, 10.10.2000 tarihli ... taksim sözleşmesinde belirttiğimiz gibi, tapumuzu aldık. Birbirimize karşı bu konuyla ilgili hiç bir dava açmayacağımızı, hiç bir hak talebinde bulunmayacağımızı kabul ve beyan ederiz. “ açıklamasına, 10.08.2001 tarih ve “ Kardeşler Arası ... Taksim Sözleşmesi “ başlıklı belgede ise; “ Mirasımızı kardeşler arasında anlaştığımız şekilde aldık. Bundan sonra birbirimize mahkeme davası açmayacağımıza şahitler huzurunda söz verdik. ... “ beyanına yer verildiği tespit edilmiştir. Eldeki davada, davacıların iradesi ve vekilin

Mirasçılardan birinin ya da birkaçının, içlerinden birine ya da üçüncü kişiye paylaşma sözleşmesi yapmak için vekâletname vermesi durumunda da, vekil sıfatıyla sözleşme yapan kişinin vekâlet veren mirasçıların iradelerine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Vekil sıfatıyla vekâlet veren mirasçılar adına sözleşme yapan kişinin, onların menfaatine aykırı düşecek şekilde hareket ettiği takdirde, vekâlet görevinin kötüye kullanılmasından bahsedilebilir. Ancak bu durumda, vekâlet veren mirasçıların, vekil sıfatıyla hareket eden kişinin kendi iradelerine aykırı şekilde sözleşme yaptığını ispat etmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde, paylaşımın mirasçıların iradelerine uygun olduğu ve vekâlet görevinin kötüye kullanılmadığı sonucuna varılacaktır¹⁰¹⁵.

Uygulamada mirasçıların yazılı sözleşme yapmaksızın sözlü olarak hangi taşınmazların kime özgüleneceğini kararlaştırdıkları ve sonra içlerinden birine vekâletname vererek tapuda devir işlemlerinin yapıldığı görülmektedir. Böyle bir ihtimalde, vekil dışındaki mirasçılar vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı gerekçesiyle tapu kaydının düzeltilmesini talep edebilirler. Yargıtay geçerli şekilde yapılmayan paylaşma sözleşmesine itibar edilemeyeceğini ifade etmektedir¹⁰¹⁶. Dolayısıyla vekil sıfatıyla tapuda devir işlemlerini yapan mirasçının, sözlü olarak mirası paylaştıklarını ileri sürmesi, vekâlet görevine uygun hareket ettiğini göstermez.

ona uygun hareket edip etmediği için düğümlendiği noktadır. Yukarıda yer verilen ve davacılar tarafından imzası ya da parmak izi inkar edilmeyen belgelerden anlaşılacağı üzere taksim ile yapılan temlikler davacıların iradesine uygundur. Vekalet görevinin kötüye kullanıldığından bahsedilemez. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekir". Yarg. 1. HD, T. 4.7.2019, E. 2019/763, K. 2019/4341. (erişim tarihi: 24.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁰¹⁵ "Somut olaya gelince; davacılar tarafından davalıya verilen vekaletnamelerin içeriğinden de anlaşıldığı üzere davacıların ve dava dışı mirasçıların mirasbırakanlarından kalan taşınmazların intikali yanında, açıkça taksim sözleşmesi yapma konusunda davalıyı yetkilendirdikleri, davalının da bu yetkisini kullanarak, diğer mirasçıların vekili ve bizzat bir kısım mirasçılarla birlikte çekişme konusu taşınmazların bedel ve miktar farkı gözetmeksizin taksimini sağladıkları, akde bizzat katılanların dava açmadıkları, tasarrufun akitteki paylaşımına uygun olarak sürdürüldüğü hususları yukarıdaki ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde temliklerin iradi olduğu, vekalet görevinin kötüye kullanılmadığı sonucuna varılmaktadır. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılğı değerlendirilmelerle yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir". Yarg. 1. HD, T. 27.2.2013, E. 2012/12425, K. 2013/2821. (erişim tarihi: 24.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁰¹⁶ "Davacı, murisinden intikal eden taşınmazların tapuda devir ve intikal işlemlerinin takibi için davalı Fatih'i vekil tayin ettiğini, ancak vekilin maliki olduğu 1, 14, 20, 21 ve 28 parsellerdeki paylarını vekâlet görevini kötüye kullanarak davalı Hanife'ye, 4 ve 19 parsel sayılı taşınmazlardaki paylarını davalı Nazile'ye temlik ettiğini, satış bedelinin de ödenmediğini ileri sürerek tapuların iptali ile paylarının adına tesciline karar verilmesini istemiştir. Davalılar, davacı ve diğer mirasçılar arasında 07.05.1993 tarihinde rızai taksim yapıldığını, babalarından kalacak taşınmazları paylaştıklarını, taksime göre devir işlemlerinin yapıldığını belirtip davanın reddini savunmuşlardır. Mahkemeye, geçerli bir miras taksim sözleşmesinin bulunmadığı, vekilin ise vekalet görevini kötüye kullandığı gerekçeleri ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; çekişme konusu taşınmazların mirasbırakan Abdurrahman adına kayıtlı iken 28.11.2008 tarihinde ölümü ile mirasçılarına intikal ettiği, 21.10.2010 ve 22.10.2010 tarihli resmi akitler ile vekil tarafından davacı ve diğer mirasçıların paylarının davalılara satış suretiyle temlik edildiği anlaşılmaktadır. Toplanan deliller ve tüm dosya içeriği ile mirasçılar arasında, tüm mirasçıları bağlayan ve TMK'nın 676. maddesinde öngörüldüğü şekilde düzenlenmiş bir miras taksim sözleşmesi bulunmadığı ve dolayısıyla böylesi bir sözleşmeye dayalı olarak yapılan satış işleminin de geçerli olamayacağı, davacıya bir bedel ödendiğinin de kanıtlanamadığı gözetilerek davanın kabulüne karar verilmiş olmasında kural olarak bir isabetsizlik yoktur". Yarg. 1. HD, T. 21.10.2015, E. 2015/10862, K. 2015/12259. (erişim tarihi: 24.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

Vekâlet görevinin kötüye kullanılması bakımından karşılaşılabilecek bir başka sorun, terekede bulunan taşınmazın vekil sıfatıyla hareket eden mirasçı tarafından üçüncü kişi adına tescil ettirilmesidir. Bu durumda Yargıtay’a göre, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığına göre karar verilmelidir. Üçüncü kişi iyiniyetliyse, yani vekilin vekâlet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özen çerçevesinde bilmesine imkân bulunmuyorsa, vekil ile yaptığı sözleşme geçerli kabul edilmektedir. Dolayısıyla, üçüncü kişi iyiniyetli olduğu takdirde, vekil sıfatıyla hareket eden mirasçı terekede bulunan taşınmazı paylaşma sözleşmesine aykırı olarak devretse bile, bu taşınmazın tapu kaydı iptal edilmeyecektir. Ancak diğer mirasçılar, vekil sıfatıyla hareket eden mirasçıdan vekâlet görevinin kötüye kullanılması sebebiyle uğradıkları zararın giderilmesini talep edebilirler. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması halinde ise, vekil sıfatıyla hareket eden mirasçı ile terekede bulunan taşınmaz hakkında yapmış oldukları sözleşme diğer mirasçıları bağlamayacaktır. Bunun sonucunda, tapuda üçüncü kişi adına oluşan tapu kaydı yolsuz tescil olarak kabul edilecek ve düzeltilmesi istenebilecektir. Yargıtay muhtelif kararlarında, üçüncü kişinin iyiniteli olup olmadığı hususunun hükme yeterli olacak şekilde araştırılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰¹⁷.

2.3.2.2.5.3. Taşınırılar

2.3.2.2.5.3.1. Genel Olarak

Terekede bulunan taşınır eşyanın mirasçılar arasında paylaşılması, genellikle elden paylaşma sözleşmesiyle gerçekleşir. Zira taşınır eşyanın mülkiyetinin devri, tarafların

“ Bilindiği gibi; TMK’nun 676. maddesi uyarınca mirasçılar arasında yapılan miras taksiminin yazılı olması zorunludur. Somut olayda, yazılı bir miras taksim sözleşmesi yapılmış değildir. Öte yandan, bir an için yapıldığı kabul edilse bile, Bozava Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/19 E. ve 2006/20 E. sayılı kararları ile taksim bozulmuş ve mirasçılardan Zübeyde ile Reşit mirasçıları 2006/19 ve 2006/20 esas sayılı davalarla muristen kalan taşınmazlardaki paylarını almışlardır. Tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, vekalet görevinin kötüye kullanılmak suretiyle temliklerin yapıldığı açıktır. Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirmelerle yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir”.

Yarg. 1. HD, T. 31.10.2012, E. 2012/11756, K. 2012/12020. (erişim tarihi: 24.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁰¹⁷ “...Öte yandan, vekil ile sözleşme yapan kişi Medeni Kanunun 3. maddesi anlamında iyi niyetli ise yani vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa, vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil vekalet görevini kötüye kullansa dahi bu husus vekil ile vekalet eden arasında bir iç sorun olarak kalır, vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olamaz. Ne varki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanunun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır. Somut olaya gelince; mahkemece, yukarıda değinildiği anlamda hükme yeterli olacak nitelikte bir araştırma ve inceleme yapılmış değildir. O halde, eksik soruturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir”. Yarg. 1. HD, T. 31.3.2008, E. 2008/1306, K. 2008/4121. (erişim tarihi: 24.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

anlaşmasına ve sözleşme konusu eşyanın zilyetliğinin ilgili mirasçıya devrine (*Besitzübertragung*) bağlıdır¹⁰¹⁸. Dolayısıyla mirasçılar, yazılı paylaşma sözleşmesine nazaran daha pratik olan bu yolu tercih edebilirler. Özellikle terekede bulunan paranın ya da altın, mücevher, beyaz eşyalar gibi maddi değere sahip şeylerin paylaşılmasında zilyetliğin devri suretiyle sözleşmenin ifası gerçekleşmiş olur. Hiç şüphesiz, mirasçıların elden paylaşmaya konu edilebilecek tereke unsurları hakkında yazılı paylaşma sözleşmesi yapmaları da mümkündür. Uygulamada pek rastlanmasa da, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmelerinde de taşınır eşyanın paylaşılması kararlaştırılabilir. Ancak taşınır eşyanın mirasbırakanın ölümünde terekede bulunma ihtimali, taşınmazlara nazaran daha zayıftır. Bundan ötürü, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmelerinde büyük çoğunlukla taşınmazların paylaşılmasına dair hükümler yer alır. Yine de, mirasçıların ileride terekede var olma ihtimali bulunan taşınır eşyalar hakkında genel nitelikli düzenlemeler öngörmeleri ihtimal dâhilindedir. Söz gelimi, mirasbırakanın banka hesaplarındaki paranın aralarında eşit şekilde paylaşılacağını düzenleyebilirler.

Sözleşmede paylaşılması kararlaştırılan taşınır eşya niteliğindeki her tereke unsurunun, zilyetliğin devri suretiyle basitçe ifa edilmesi mümkün olmaz. Bilhassa mevzuatta devir için gereken tasarruf işlemleri bakımından özel şartlara tabi kılınan taşınırlar için bu durum geçerlidir. Bu tür taşınırların başında, terekede bulunan motorlu araçlar gelmektedir. Bunun dışında, sözleşmeye konu edilen kıymetli evrak ile hayvanların nasıl ifa edilecekleri üzerinde de ayrıca durmak gerekmektedir.

2.3.2.2.5.3.2. Motorlu Araçlar

Karayolları Trafik Kanunu, trafik siciline tescil edilmiş her türlü aracın satış ve devir işlemlerinin noterler tarafından yapılacağını, aksi takdirde satış ve devir işlemlerinin geçersiz olduğunu açıkça düzenlemektedir (m. 20/d). Terekede bulunan trafik siciline tescil edilmiş motorlu araç bakımından da bu hüküm geçerlidir. Dolayısıyla mirasçılar terekede bulunan motorlu aracın kime ait olacağı konusunda paylaşma sözleşmesi yapmışlarsa, notere başvurarak ilgili aracın içlerinden birisi adına tescilini sağlayabilirler. Uygulamada noterler, bütün mirasçıların mirasçılık belgeleriyle başvurmalarını ve ayrıca miras paylaşma sözleşmesini ibraz etmelerini istemektedir¹⁰¹⁹. Ancak mirasçılar noterde düzenleme şeklinde paylaşma sözleşmesi yapmış ve bu sözleşmede terekede bulunan motorlu aracın ilgili mirasçıya devri için tescil

¹⁰¹⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 613; Kocayusufpaşaoğlu, s. 722; Dural/Öz, s. 475; İmre/Erman, s. 563; Kılıçoğlu, Taksim, s. 98; Serozan/Engin, s. 607; Çabri, Şerh, s. 480; Ozanemre Yayla, s. 191; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 6; Escher, Art. 634, N. 7; Göksu, Art. 634, N. 4; Bosshardt, Art. 634, N. 2; Vouilloz, Art. 634, N. 9; Bürgi, KuKo-ZGB, Art 634, N. 5; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 2.

¹⁰¹⁹ <https://noterlikrehberi.net/rehber/artes.html> (erişim tarihi: 10.08.2020).

yetkisi de verilmişse, bütün mirasçılarının notere başvurmaları gerekmez. Bu durumda sözleşme gereğince tescil yetkisine sahip olan mirasçı, kendisi başvurarak motorlu aracın adına tescil edilmesini sağlayabilir¹⁰²⁰.

Tescilin gerçekleşmesiyle birlikte adına tescil işlemi yapılan mirasçı, trafik siciline araç sahibi olarak görünecektir. Ancak bu durum, tek başına sözleşmenin ifa edildiği anlamına gelmez. Zira trafik sicilinin tapu siciline benzer şekilde aleniyeti sağlama fonksiyonu bulunmamaktadır¹⁰²¹. Bu sebeple, trafik siciline tescilin yanında motorlu aracın zilyetliğinin de ilgili mirasçıya devredilmesi gerekmektedir. Motorlu araç bakımından zilyetliğin devri, genellikle hâkimiyet kurmayı sağlayan araçların (motorlu aracın anahtarının) teslimi suretiyle (TMK m. 977) gerçekleşir¹⁰²².

2.3.2.2.5.3.3. Hayvanlar

Mevcut hukuk düzenimiz bakımından hayvanların borçlandırııcı işlemlere konu edilmeleri mümkün olduğu gibi, üzerlerinde mülkiyet ve diğer sınırlı ayni hakların kurulması da mümkündür¹⁰²³. Bu sebeple, mirasbırakana ait hayvanların onun ölümüyle birlikte terekeye dâhil olacağı noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır.

Mirasçılar terekede bulunan hayvanlar hakkında paylaşma sözleşmesi yapabilirler. Bu bakımdan, yazılı paylaşma sözleşmesi yapılması zorunlu olmayıp, elden paylaşmayla da ifa gerçekleştirilebilir. Söz gelimi, mirasbırakanın evinde beslediği köpeklerinin sağ kalan eş tarafından bakılmaya devam edilmesi ve diğer mirasçıların da buna itiraz etmemesi durumunda, örtülü olarak bu hayvanlar hakkında elden paylaşma yapıldığı kabul edilebilir. Ancak örtülü kabul noktasında dikkatli davranmak gerekir. Zira mirasçılardan bir kısmının diğer bir mirasçının hayvanlar üzerindeki fiili hâkimiyetine ses çıkarmaması, her durumda örtülü olarak elden paylaşmanın yapıldığı anlamına gelmez. Örneğin hayvancılıkla uğraşan ve çok sayıda ineği bulunan mirasbırakan ölmüş, geride sağ kalan eşi ve iki çocuğu kalmıştır. Sağ kalan eşin

¹⁰²⁰ Uygulamada miras paylaşma sözleşmesi dışında motorlu aracın mirasçılardan biri veya birkaçı adına tescilini sağlayan başka bir yol daha vardır. Buna göre, adına tescil yapılacak mirasçı dışındakiler motorlu araç üzerindeki haklarından vazgeçtiklerini beyan eden bir feragatname imzaladıkları takdirde de motorlu aracın ilgili mirasçı adına tescili yapılabilmektedir. Bkz: https://www.noterlikrehberi.net/rehber/idh_topic47060.html (erişim tarihi: 10.08.2020).

¹⁰²¹ Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1-2., 2001, s. 31; Doğan, Murat, “Tescile Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıt Rehni”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 196.

¹⁰²² Ünal/Başpınar, s. 148; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 68; Lindenmann, Barbara/Stark, Emil W., **BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, ZGB Art. 922, N. 30; Eitel, Paul/Arnet, Ruth, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, ZGB Art. 922, N. 3; Schmid, Dominik/Berger-Steiner, Isabelle, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 922, N. 7.

¹⁰²³ Ünal/Başpınar, s. 23.

eskidenden beri mirasbırakanla beraber yaptığı işi devam ettirerek hayvanlara bakması, diğer mirasçılarının söz konusu hayvanlar üzerindeki haklarından vazgeçtikleri anlamına gelmez.

Hayvanların yazılı paylaşma sözleşmesine konu edilmesi de mümkündür. Bu durumda, hayvanlar sözleşmeye uygun şekilde ilgili mirasçıya teslim edildiği takdirde ifa gerçekleşmiş olur. Hayvanların mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesine konu edilmesi, ancak istisnai durumlarda karşımıza çıkar. Zira sözleşmenin mahiyeti gereğince, mirasın açıldığı tarihte hayvanların terekede bulunup bulunmayacakları şüphelidir. Yine de bu konuda genel nitelikli anlaşmalar yapılması mümkündür. Örneğin mirasbırakanın çok sayıda büyükbaş ve küçükbaş hayvandan oluşan sürüleri varsa, muhtemel mirasçılar mirasın açıldığı tarihte var olan hayvanların içlerinden birine ait olacağını kararlaştırabilirler. Miras açıldıktan sonra, bu hayvanların sözleşmede kararlaştırılan mirasçıya teslimiyle birlikte ifa yapılmış olur.

2.3.2.2.5.3.4. Kıymetli Evrak

Mirasın açılmasıyla birlikte, terekede bulunan kıymetli evrak (*Wertpapier*) mirasçılara intikal eder. Dolayısıyla diğer tereke unsurları gibi, kıymetli evrak üzerinde de mirasçılarının elbirliğiyle hak sahiplikleri meydana gelir. Mirasçılarının terekedeki kıymetli evrakı paylaşma sözleşmesine konu etmeleri mümkündür. Ancak sözleşmeye konu edilen kıymetli evrak üzerinde mirasçılarının bireysel hak sahipliği kurmaları noktasında, kıymetli evrakın türüne göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Kıymetli evrak, devir şekli bakımından üç türe ayrılmaktadır. Bunlar nama yazılı senetler (*Namenpapier*), emre yazılı senetler (*Ordrepapier*) ve hamiline yazılı senetlerdir (*Inhaberpapier*)¹⁰²⁴. Nama yazılı senetler, alacağın devri hükümlerine göre devredilirler¹⁰²⁵. Dolayısıyla yazılı bir devir beyanının bulunması gerekmektedir. Bunun yanında, senedin zilyetliğinin de devralana geçirilmesi zorunludur (TTK m. 647/1). Mirasçılar, terekede bulunan nama yazılı senedi, yazılı paylaşma sözleşmesiyle içlerinden birine özgüledikten sonra senedin zilyetliğini ilgili mirasçıya geçirdikleri takdirde ifa gerçekleşmiş olur. Ancak yazılı paylaşma

¹⁰²⁴ Pulaşlı, Hasan, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 52; Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 31; Bahtiyar, Mehmet, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 17; Kayıhan, Şaban, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 51; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 9. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2018, s. 16.

¹⁰²⁵ Pulaşlı, s. 58; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 59; Bahtiyar, s. 18; Kayıhan, s. 54; Bilgili/Demirkapı, s. 22; Kuhn, Hans, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, OR 967, N. 5; Frick, Thomas A., **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 967, N. 5.

sözleşmesi olmaksızın doğrudan senedin üzerine devir beyanı yazılarak bütün mirasçıların imzalaması ve senedin ilgili mirasçıya teslim edilmesi şeklinde de ifa gerçekleştirilebilir¹⁰²⁶.

Emre yazılı senetlerin devri, senedin ciro edilmesi ve zilyetliğinin devralana geçirilmesi yoluyla olur¹⁰²⁷. Mirasçıların yazılı paylaşma sözleşmesine konu ettikleri emre yazılı senedin ifası, ciro ve zilyetliğin devri işlemleriyle ifa edilebilir. Ancak yazılı paylaşma sözleşmesi olmadan da emre yazılı senedin ifası mümkündür. Ciro, genellikle senedin arka yüzüne veya burada yer kalmaması durumunda senede eklenen bir kâğıt üzerine (alonj) yapılır¹⁰²⁸. Emre yazılı senet bütün mirasçılar tarafından ciro edilerek ilgili mirasçıya teslim edildiği takdirde senedin paylaşılması tamamlanmış olur¹⁰²⁹.

Hamiline yazılı senetlere gelince, bunların devri için senedin zilyetliğinin devri yeterlidir¹⁰³⁰. Zira hamiline yazılı senetler bakımından teslim, taraflar arasında aynı sonuçlar doğuran bir anlaşma niteliğindedir¹⁰³¹. Mirasçılar yazılı paylaşma sözleşmesi yapmaksızın, hamiline yazılı senedin zilyetliğini içlerinden birine devrederek ifayı gerçekleştirebilirler¹⁰³². Hamiline yazılı senedin yazılı paylaşma sözleşmesine konu edilmesi durumunda da, ancak senedin ilgili mirasçıya teslimiyle birlikte sözleşmenin bu hükmü ifa edilmiş olur.

Kıymetli evrakın mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesine konu edilmesi de düşünülebilir. Ancak mahiyetleri itibarıyla kıymetli evrakın sürekli tedavül ettiği göz önüne alınırsa, mirasın açıldığı sırada terekede bulunmama ihtimali yüksektir. Bu durumda sözleşme bakımından sonraki ifa imkânsızlığına ilişkin durumlar gündeme gelebilir.

2.3.2.2.5.4. Sınırlı Aynı Haklar

2.3.2.2.5.4.1. İrtifak Hakları

Sınırlı aynı hakların miras paylaşma sözleşmesine konu edilmesi, her şeyden evvel bu hakların mirasçılara intikale elverişli olup olmamasıyla ilişkilidir. Bu bakımdan öncelikle “kişisel irtifaklar” olarak adlandırılan intifa hakkı ile oturma hakkının mirasçılara

¹⁰²⁶ Wolf/Genna, s. 375.

¹⁰²⁷ Pulaşlı, s. 69; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya, s. 63; Bahtiyar, s. 20; Kayıhan, s. 56; Bilgili/Demirkapı, s. 25; Kuhn, CHK-OR, Art. 967, N. 4; Frick, OFK-OR, Art. 967, N. 4.

¹⁰²⁸ Pulaşlı, s. 69; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya, s. 64; Bahtiyar, s. 20; Bilgili/Demirkapı, s. 25; Kuhn, CHK-OR, Art. 1003, N. 1; Rizzi, Marco Athos, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, 2016, Art. 1003, N. 1.

¹⁰²⁹ Ozanemre Yayla, s. 191; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 9; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 634, N. 5; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 2; Bosshardt, Art. 634, N. 2; Wolf/Genna, s. 375.

¹⁰³⁰ Pulaşlı, s. 80; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya, s. 75; Bahtiyar, s. 21; Kayıhan, s. 57; Bilgili/Demirkapı, s. 30; Kuhn, CHK-OR, Art. 967, N. 6; Frick, OFK-OR, Art. 967, N. 3.

¹⁰³¹ Pulaşlı, s. 80.

¹⁰³² Ozanemre Yayla, s. 191; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 9; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 634, N. 5; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 634, N. 2; Bosshardt, Art. 634, N. 2; Wolf/Genna, s. 375.

geçmediğini¹⁰³³ ve dolayısıyla da paylaşma sözleşmesine konu edilemeyeceğini belirtmek gerekir. Zira bu haklar mirasbırakanın ölümüyle birlikte sona erdikleri için terekeye dâhil olmamaktadırlar. Hal böyle olmakla birlikte, mirasçıların paylaşma sözleşmesinde bir intifa veya oturma hakkı tesis etmeyi kararlaştırmaları mümkündür. Örneğin mirasbırakan öldüğünde geride eşi ve bir çocuğunu bırakmıştır. Mirasçılar paylaşma sözleşmesi yaparak terekede bulunan taşınmazın çocuğa verilmesini, ancak sağ kalan eşe de bu taşınmaz üzerinde bir intifa hakkı tanınmasını sağlayabilirler. Taşınmazlar üzerinde intifa hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescil gereklidir (TMK m. 795/1)¹⁰³⁴. Oturma hakkı bakımından da aynı hüküm geçerlidir¹⁰³⁵. Bu durumda, paylaşma sözleşmesi tescilin hukuki sebebinin teşkil eder. Mirasçıların birlikte başvurarak tescil talebinde bulunmaları ve tescilin yapılmasıyla birlikte sözleşmenin ilgili hükmü ifa edilmiş olur. Eğer taşınır eşya üzerinde intifa hakkı kurulması kararlaştırılırsa, ilgili mirasçı lehine fer'i zilyetlik kurularak ifa gerçekleşir¹⁰³⁶. Dolayısıyla elden paylaşma yoluyla da taşınır üzerinde intifa hakkı kurulabilir. Devredilebilir bir hak üzerinde intifada ise, intifa amacını taşıyan yazılı devir sözleşmesi gereklidir¹⁰³⁷. Bu bakımdan elden paylaşma mümkün olmayıp, yazılı paylaşma sözleşmesinde bunun kararlaştırılması zorunludur.

Öğretide “düzensiz irtifaklar” olarak adlandırılan üst hakkı ile kaynak hakkı, kural olarak mirasçılara intikal edebilmektedirler¹⁰³⁸. Ancak üst hakkı veya kaynak hakkını kuran sözleşmenin tarafları, isterlerse bu hakların mirasçılara geçmeyeceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir aksi karar yoksa mirasbırakanın sahibi olduğu üst hakkı veya kaynak hakkı terekeye dâhil olur ve dolayısıyla da paylaşma sözleşmesine konu edilebilir. Kanunda üst hakkı ve kaynak hakkının kazanılmasına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple,

¹⁰³³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 786; Sirmen, s. 534; Ayan, Mehmet, **Eşya Hukuku-III, Sınırlı Ayni Haklar**, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 67.

¹⁰³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 831; Sirmen, s. 555; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, s. 73; Thurnherr, Christoph, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, 3. Auflage, 2016, Art. 746, N. 3; Bichsel, Martin/Mauerhofer, Kaspar, **OFK - Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 746, N. 3; Baumann, Max, **ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Nutzniessung und Wohnrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 1999, Art. 746, N. 14.

¹⁰³⁵ Thurnherr, CHK-ZGB, Art. 776, N. 3; Bichsel/Mauerhofer, OFK-ZGB, Art. 776, N. 11; Baumann, ZK-ZGB, Art. 776, N. 11.

¹⁰³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 832; Sirmen, s. 555; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, s. 74; Thurnherr, CHK-ZGB, Art. 746, N. 3; Bichsel/Mauerhofer, OFK-ZGB, Art. 746, N. 2; Baumann, ZK-ZGB, Art. 746, N. 21.

¹⁰³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 833; Sirmen, s. 555; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, s. 76; Thurnherr, CHK-ZGB, Art. 746, N. 3; Bichsel/Mauerhofer, OFK-ZGB, Art. 746, N. 4.

¹⁰³⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 865; Sirmen, s. 534; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, s. 44; Henggeler, Benno, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, 3. Auflage, 2016, Art. 779, N. 4; Spycher, Stephan, **OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, 2016, Art. 779, N. 4; Hitz, Flurina, **Das Baurecht als selbstständiges und dauerndes Recht: Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen**, Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess, 2017, s. 40.

taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümler burada da uygulanacaktır¹⁰³⁹. Diğer bir deyişle, terekede bulunan üst hakkı veya kaynak hakkı, tapu kütüğüne tescil edilmek suretiyle mirasçıların bireysel hak sahipliğine geçirilebilir. Bu durumda, paylaşma sözleşmesi tescilin hukuki sebebinin teşkil eder. Tescille birlikte, sözleşmenin ilgili hükmü ifa edilmiş olur. Mirasçılar, terekede var olmayan bir üst hakkı ya da kaynak hakkının tesis edilmesini de paylaşma sözleşmesinde kararlaştırabilirler. Söz gelimi, mirasbırakanın geride kalan iki mirasçısı terekede bulunan tarım arazilerinin paylaşılması konusunda anlaşmışlardır. Tarım arazilerinden birinde su kaynağı bulunmaktadır. Mirasçılar paylaşma sözleşmesinde, kaynak bulunan araziye alacak olanın, diğer mirasçı lehine kaynak hakkı tesis etmesini öngörebilirler. Bu ihtimalde de hakkın ilgili mirasçı adına tapu siciline tesciliyle birlikte sözleşme ifa edilmiş olur.

Üst hakkı ve kaynak hakkı dışında kalan diğer düzensiz kişisel irtifaklar (TMK m. 838), kural olarak mirasçılara geçmezler¹⁰⁴⁰ ve bu sebeple de paylaşma sözleşmesine konu olmazlar. Ancak taraflar bu hakların mirasçılara geçmesini kararlaştırabilirler¹⁰⁴¹. Bu durumda, söz konusu irtifaklar paylaşma sözleşmesine konu edilebilirler. Kanunda diğer düzensiz irtifakların kazanılması konusunda özel bir hüküm olmadığından, taşınmaz mülkiyetine dair hükümler uygulama alanı bulur. Dolayısıyla, paylaşma sözleşmesine konu edilen bu tür bir irtifak hakkı, tapu siciline tescil edilerek ifa edilebilir.

Mirasbırakanın sağlığında, ona ait taşınmazlardan biri lehine irtifak hakkı kurulmuş olabilir. Öğretide “eşyaya bağlı irtifak” olarak adlandırılan bu hak, yararlanan taşınmazın malikine aittir¹⁰⁴². Mirasbırakanın ölümüyle birlikte taşınmazın mülkiyeti mirasçılara geçeceğinden, eşyaya bağlı irtifak hakkı da buna bağlı olarak terekeye dâhil olur. Mirasçılar paylaşma sözleşmesiyle yararlanan taşınmazın içlerinden birine ait olmasını kararlaştırdıkları takdirde, eşyaya bağlı irtifak da ilgili mirasçıya ait olacaktır. Ancak bu sonucun gerçekleşmesi için yararlanan taşınmazın mülkiyetinin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde mirasçıya devredilmesi gerekmektedir. Yararlanan taşınmaz devredilmediği müddetçe, ona bağlı olan irtifak hakkı mirasçıya geçmez. Zira mirasçı, yararlanan taşınmaz üzerinde bireysel mülkiyet hakkı kurmakla eşyaya bağlı irtifakı da kazanmış olacaktır. Dolayısıyla, paylaşma sözleşmesinde eşyaya bağlı irtifakın ayrıca düzenlenmesi gerekmez.

¹⁰³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 869; Sirmen, s. 571; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, s. 109; Hitz, s. 64.

¹⁰⁴⁰ Göksu, Art. 781, N. 8; Spycher, OFK-ZGB, Art. 781, N. 2; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 882.

¹⁰⁴¹ Spycher, OFK-OR, Art. 781, N. 2; Göksu, Art. 781, N. 8; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 882.

¹⁰⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 790; Sirmen, s. 535; Göksu, Art. 730, N. 1; Kähr, Michel, OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 730, N. 11; Liver, Peter, ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1980, Art. 730, N. 2.

2.3.2.2.5.4.2. Rehin Hakları

Mirasbırakanın sahip olduğu rehin hakları kural olarak mirasçılara intikale elverişlidir¹⁰⁴³. Söz gelimi ipotek, ipotekli borç senedi, irat senedi ve taşınır rehninden doğan haklar terekede yer alabilirler. Ancak bu husus uygulamada sık karşılaşılan bir durum değildir. Zira rehin hakları, ekonomik hayatın bir gereği olarak çoğunlukla kredi kuruluşları ya da ticaret şirketleri lehine doğmaktadır.

Taşınmaz rehninin uygulamadaki en yaygın türü olan ipotek, temelde alacağa bağlı bir hak niteliğindedir (*Akzessorietätprinzip*)¹⁰⁴⁴. Dolayısıyla, mirasbırakanın sağlığında sahip olduğu ipotek hakkı da esasen yine onun sahip olduğu bir alacak hakkından kaynaklanmaktadır. Söz konusu alacak hakkı, mirasbırakanın ölümüyle birlikte terekenin aktifinde yer alır. Mirasçılar, yazılı paylaşma sözleşmesiyle bu alacağın içlerinden birine devredilmesini kararlaştırabilirler. Bu durumda, ipotek hakkı alacağın devrine bağlı olarak ilgili mirasçıya geçer. TMK m. 891 (*ZGB Art. 835*) hükmüne göre, ipotekle güvence altına alınmış bir alacağın devrinin geçerliliği, devrin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı değildir¹⁰⁴⁵. Şu halde yazılı paylaşma sözleşmesinde alacağın bir mirasçıya devri kararlaştırılmışsa, ipotek hakkı da mirasçıya geçmiş olmaktadır. Mirasçıların ipotek hakkıyla ilgili olarak sözleşmede düzenleme yapmış olmaları gerekmez.

Terekede ipotekli borç senedi veya irat senedi varsa, paylaşma sözleşmesinde bunların hangi mirasçıya ait olacağı belirtilebilir. Bu durumda ifa, kıymetli evrak niteliğindeki bu senetlerin türüne göre gerçekleşecektir. Tapu Sicili Tüzüğü'ne göre, ipotekli borç senedi ve irat senedi, nama veya hamile yazılı olarak düzenlenebilir (m. 41/1). Eğer senet nama yazılı olarak düzenlenmişse, paylaşma sözleşmesinde senedin devrine dair yazılı beyanın bulunması ve senedin zilyetliğinin ilgili mirasçıya devriyle birlikte ifa gerçekleşmiş olur. Senedin hamile yazılı olarak düzenlenmesi durumunda ise, doğrudan zilyetliğin mirasçıya devri yeterlidir.

Taşınmaz rehninde olduğu gibi, taşınır rehni bakımından da rehnin alacağa bağlı olması esastır¹⁰⁴⁶. Bu sebeple, mirasbırakanın sağlığında lehine kurulmuş olan taşınır rehni, ona ait bir

¹⁰⁴³ Akkanat, s. 117.

¹⁰⁴⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 962; Sirmen, s. 643; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, s. 219; Nomer/Ergüne, s. 352; Acar, Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 10; Schmid-Tschirren, Christina, *Das sachenrechtliche Akzessorietätsprinzip im Spannungsfeld zwischen Forderungsbindung und Flexibilisierung*, Brücken bauen, Stämpfli Verlag, 2018, 868; Steinauer, Paul-Henri, *ZK-Zürcher Kommentar, Der Schuldbrief, Die Anleiheobligationen mit Grundpfandrecht*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2015, Art. 842, N. 31.

¹⁰⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 964; Sirmen, s. 644; Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, s. 219; Nomer/Ergüne, s. 352; Acar, Rehin, s. 11; Schmid-Tschirren, s. 873; Fasel, Urs, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 835, N. 2; Wenger, Thomas J., *OFK-Orell Füßli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 835, N. 8.

¹⁰⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1011; Sirmen, s. 676; Acar, Rehin, s. 39; Serozan, Rona, *Eşya Hukuku I*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 344; Steinauer, ZK-ZGB, Art. 842, N. 31.

alacak hakkına tabidir. Terekede yer alan bu alacak, yazılı paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine devredildiği takdirde, ilgili mirasçı taşınır rehnini kazanmış olur.

2.3.2.2.5.4.3. Taşınmaz Yükü

Taşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmazla sorumlu olacak şekilde diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılan sınırlı ayni haktır (TMK m. 839/1). Taşınmaz yükü, ülkemizde pek az uygulama alanı bulmuştur. Hal böyle olmakla birlikte, mirasbırakan veya onun maliki olduğu bir taşınmaz lehine taşınmaz yükü kurulmuşsa¹⁰⁴⁷, bundan doğan haklar terekeye dâhil olur ve paylaşma sözleşmesine konu edilebilir. Eğer taşınmaz yükü kişi lehine kurulmuş ve mirasçılardan birine ait olması kararlaştırılmışsa, tapu kütüğünde ilgili mirasçı adına tescil edilmek suretiyle ifa edilebilir. Bu bakımdan, sözleşmeye konu edilen taşınmazların ifasıyla aynı esaslara tabidir. Taşınmaz yükünün eşyaya bağlı olarak kurulması ihtimalinde ise, terekede bulunan yararlanan taşınmazın sözleşme gereğince mirasçılardan biri adına tapu kütüğünde tescil edilmesiyle birlikte, taşınmaz yükü de o mirasçıya geçer. Zira eşyaya bağlı taşınmaz yükünde hak sahipliği, yararlanan taşınmazın mülkiyetine bağlanmış bulunmaktadır¹⁰⁴⁸.

2.3.2.2.5.5. Alacak Hakları

Mirasbırakanın sağlığında kazanmış olduğu alacak hakları, onun ölümüyle birlikte mirasçılara intikal ederek terekenin aktifinde yer alan bir unsur haline gelir. Bu bakımdan alacak hakkının kaynağının kural olarak önemi yoktur. Diğer bir deyişle, alacak hakkı ister borç ilişkisinden isterse de haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da başka bir hukuki ilişkiden doğmuş olsun, mirasçılara geçebilmektedir. Ancak alacak hakkının mirasçılara geçmesinin temel şartı, bu hakkın mirasbırakanın şahsına bağlı olarak tesis edilmemiş olmasıdır¹⁰⁴⁹. Mirasbırakanın şahsına bağlı olarak tesis edilmiş olan borç ilişkileri kural olarak mirasçılara intikal etmezler¹⁰⁵⁰. Örneğin mirasbırakanın sağlığında kendisine bağışlama vaadinde bulunulmuşsa, söz konusu vadin onun ölümüyle birlikte mirasçılara geçmeyeceğini kabul etmek gerekmektedir¹⁰⁵¹. Zira bağışlama vaadinde bulunan kişi, büyük ihtimalle mirasbırakanın kişiliğini dikkate alarak vaatte bulunmuştur. Dolayısıyla, böyle bir vadin paylaşma sözleşmesine konu edilmesi söz konusu olmayacaktır.

¹⁰⁴⁷ Taşınmaz yükü kişi lehine kurulabileceği gibi, eşyaya bağlı olarak da kurulabilir. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 890; **Sirmen**, s. 581.

¹⁰⁴⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 890; **Sirmen**, s. 582.

¹⁰⁴⁹ **Akkanat**, s. 138; Maraşlı Dinç, Yasemin **Miras Hukukunda Külli Halefiyet İlkesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020, s. 50.

¹⁰⁵⁰ **Akkanat**, s. 138; **Maraşlı Dinç**, s. 50.

¹⁰⁵¹ **Akkanat**, s. 150; **Maraşlı Dinç**, s. 50.

Mirasçılara intikal edebilen alacak hakları bakımından özel bir durum, manevi tazminat alacaklarında karşımıza çıkmaktadır. Kural olarak manevi tazminat alacakları, hak sahibinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmaları sebebiyle mirasçılara geçmezler¹⁰⁵². Ancak TMK m. 25/4 hükmünde, manevi tazminat alacağının mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olması halinde mirasçılara geçeceği ifade edilmektedir. Şu halde, manevi tazminat alacağı bulunan mirasbırakan bu alacağını ileri sürmediği takdirde, alacak hakkı sona erecektir. Mirasbırakanın manevi tazminat alacağını ileri sürmesi durumunda ise, bu alacak hakkı terekenin aktifine girecektir¹⁰⁵³. Öğretide hâkim olan görüşe göre, mirasbırakanın manevi tazminat alacağını ileri sürmesi için mutlaka dava açması gerekmez¹⁰⁵⁴. Bu konuda basit bir girişimde bulunması, örneğin ihtarname göndermiş olması da yeterlidir. Böylelikle, mirasçılar terekeye dâhil olan bu alacak hakkı konusunda paylaşma sözleşmesi yapabilirler.

Terekede bulunan alacak haklarının paylaşma sözleşmesine konu edilebilmesi için, bunun mutlaka yazılı şekilde yapılmış olması gerekmektedir. Zira terekede bulunan alacak hakkının mirasçılardan birine ait olması, esasen alacağın devrinden başka bir şey değildir¹⁰⁵⁵. Alacağın devri, TBK m. 184/1 hükmüne göre yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Mirasçılar terekede bulunan alacak hakkının içlerinden birine devredilmesini arzu ettikleri takdirde, yazılı paylaşma sözleşmesi düzenleyerek bunu gerçekleştirebilirler. Bu noktada yazılı paylaşma sözleşmesinin borçlandırııcı işlem olma özelliğinden ayrılan bir durum söz konusu olmaktadır. Alacağın devri, hukuki niteliği itibarıyla tasarruf işlemidir (*Verfügungsgeschäft*)¹⁰⁵⁶. Dolayısıyla, mirasçılar terekede bulunan alacak hakkının içlerinden

¹⁰⁵² Akipek/Akintürk/Ateş, s. 441; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 925; Maraşlı Dinç, s. 57; Belirtmek gerekir ki, manevi tazminat alacaklarının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmayıp, malvarlıksal nitelikte bir alacak hakkı olduğu görüşü öğretide ağırlık kazanmaktadır. Bkz: Eren, Genel Hükümler, s. 890; Serozan, Rona, “Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul, 1990, s. 280; Erlüle, Fulya, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 442; İsviçre öğretisinde de manevi tazminat alacağının kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikte olmadığı ve bu sebeple doğrudan mirasçıya intikale elverişli olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bkz: Fischer, Willi/Tamer Talaat, David, *Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, 1. Auflage, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2016, OR Art. 47, N. 15; Müller, CHK-OR, Art. 47, N. 5; Aksi görüşte; Brehm, Roland, *BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, 4. Auflage, 2013, Art. 47, N. 121.

¹⁰⁵³ Akkanat, s. 88; Eren’e göre, çağdaş eğilimlere ve gerçeklere uymayan bu anlayışın en kısa zamanda kanunda yapılacak bir değişiklikle terk edilmesi gerekmektedir. Zira çağdaş anlayışa göre, manevi tazminat talebi olağan bir alacak hakkıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hak, manevi tazminat değil, kişinin ihlal edilen değeridir. Bkz: Eren, Genel Hükümler, s. 890.

¹⁰⁵⁴ Akkanat, s. 88; Dural/Öz, s. 404; Dural/Öğüz, s. 162; Oğuzman/Öz, C. II, s. 276; Erlüle, s. 443.

¹⁰⁵⁵ Çabri, Şerh, s. 504.

¹⁰⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1374; Oğuzman/Öz, C. II, s. 565; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 318; Hatemi/Gökyayla, s. 377; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 820; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 330; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, Band II, N. 3408; Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1936, Art. 165, N. 11; Huguenin, s. 251; Schaufelberger, Peter C./Keller, Katrin, *OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Auflage, 2016, Art. 164, N. 6; Reetz, Peter/Burri, Christof,

birine devri amacıyla yazılı paylaşma sözleşmesi yaptıkları takdirde bu sözleşme tasarruf işlemi niteliği kazanır. Ancak yazılı paylaşma sözleşmesinde terekedeki başka unsurlar hakkında da hükümler varsa, yalnızca alacağın devrine ilişkin hüküm tasarruf işlemi niteliğine sahip olur. Şu halde, mirasçılar terekede bulunan alacak hakkını, yazılı paylaşma sözleşmesiyle içlerinden birine devrettikleri takdirde buna dair borcun ifası da gerçekleşmiş olur. Burada tıpkı elden paylaşmada olduğu gibi, alacak hakkının devrine dair borcun doğmasıyla ifa edilmesi aynı anda gerçekleşir. Hal böyle olmakla birlikte, kanun gereğince alacağın devri yazılı şekle bağlı kılındığından, mirasçıların elden paylaşma şeklinde alacağın devri borcunu ifa etmeleri mümkün değildir.

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi bakımından mirasbırakanın alacak haklarının sözleşmeye konu edilmesi düşünülebilir. Ancak kanaatimizce, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde bu yönde düzenlemeler yapılsa bile alacağın devri söz konusu olamayacaktır. Zira alacağın devri tasarruf işlemi olduğuna göre, mirasçıların henüz kendilerine ait olmayan bir alacak hakkını içlerinden birine devretmeleri mümkün değildir. Her ne kadar bu sözleşmeye mirasbırakanın da katılması veya izin vermesi gerekse de, bu durum mirasbırakanı sözleşmenin tarafı yapmadığından alacağın devri gerçekleşmeyecektir. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde, mirasbırakanın gelecekteki alacaklarının muhtemel mirasçılardan birine devredilmesine dair hüküm, alacağın devri taahhüdü olarak değerlendirilebilir. Ancak alacağın devri taahhüdü (*Zessionsversprechen*), hukuki niteliği itibarıyla borçlandırıcı işlemdir¹⁰⁵⁷. Bu sebeple, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde yer alan taahhüdün ifası için, mirasbırakanın ölümünden sonra ayrıca yazılı bir devir sözleşmesi yapmak gerekmektedir. Aksi takdirde paylaşma sözleşmesinden doğan borç ifa edilmiş olmaz.

2.3.2.2.5.6. Banka Mevduat Hesabı

Mevduat, banka ile tevdi eden arasındaki sözleşmeye dayalı olarak banka tarafından kabul edilmiş olan bir miktar parayı ifade eder¹⁰⁵⁸. Mirasbırakanın banka ile yaptığı mevduat

CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 164, N. 1.

¹⁰⁵⁷ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1380; **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 568; **Von Tuhr/Escher**, Band II, s. 337; **Huguenin**, s. 251; **Reetz/Burri**, CHK-OR, Art. 165, N. 10; **Spirig**, Eugen, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1993, Art. 165, N. 53.

¹⁰⁵⁸ **Turanboy**, Kürşat Nuri, “**Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1997, s. 255. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 3 hükmünde mevduat şu şekilde tanımlanmıştır: “*Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen para*”. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Akgün**, Aliye, **Mevduat Sözleşmeleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 25 vd; **Vurucu**, Mehmet/Arı, Mustafa Ufuk, **Bankacılık Ürün ve Hizmetleri**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 37 vd.

sözleşmesi çerçevesinde banka hesabına yatırmış olduğu para üzerindeki hakkı, esasen bir alacak hakkından ibarettir. Dolayısıyla, diğer alacak hakları gibi mevduat sözleşmesinden doğan bu alacak hakkı da mirasçılara intikal eder¹⁰⁵⁹.

Mirasçılar banka mevduat hesabında bulunan para hakkında yazılı paylaşma sözleşmesi yaptıkları takdirde, alacağın devrinde olduğu gibi ifa gerçekleşmiş olur. Diğer bir deyişle, konusu mevduat hesabındaki para olan alacak hakkı, sözleşmede öngörülen şekilde bir veya birden fazla mirasçıya devredilmiş demektir. Sözleşmede mevduat hesabındaki paranın belirli oranlarda (örneğin miras payları oranında) bütün mirasçılara dağıtılmış olması da sonucu değiştirmez. Bu ihtimalde her mirasçı bakımından kısmi bir alacak devri söz konusu olmaktadır. Söz gelimi mirasbırakanın banka mevduat hesabında 100.000 TL parası ve geride bıraktığı iki mirasçısı olduğunu varsayalım. Mirasçılar paylaşma sözleşmesinde bu paranın eşit oranda paylaşılmasını kararlaştırmışlarsa, artık her biri bu paranın yarısı üzerinde alacak hakkına sahip olmuş demektir. Söz konusu paranın fiilen alınması, mirasçılarla banka arasındaki ilişkiyi ilgilendirir. Ancak sözleşmede banka mevduat hesabındaki paranın mirasçılardan biri tarafından alınıp daha sonra paylaşılması kararlaştırılmışsa, bu durumda henüz bir ifanın gerçekleştiğinden bahsedilemez.

Borçlu banka, yazılı paylaşma sözleşmesi kendisine ibraz edildiği takdirde, talepte bulunan mirasçıya ödeme yapmakla yükümlüdür. Zira paylaşma sözleşmesinin tamamlanmasıyla birlikte, mevduat hesabındaki para üzerindeki alacak hakkı sözleşmede gösterilen miktar veya oranda mirasçıların bireysel malvarlığına dâhil olmuştur¹⁰⁶⁰. Bu noktada bankanın talep edebileceği şey, mirasçılık belgesinin ibrazı olabilir. Nitekim uygulamada bankalar mevduat hesabındaki paranın ödenmesi için mirasçılık belgesinin ibrazını istemektedirler. Ancak mirasbırakanın mevduat hesabının teselsülsüz müşterek hesap¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁹ Erişgin, Nuri, “**Birlikte Mirasçıların Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s. 132; Aubert, Maurice, “**İsviçre Bankalarının Mirasçılar Karşısında Sırları ve Sorumlulukları**”, Çev. Kevork Acemoğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, 1968, s. 553. Brunner’e göre, bireysel banka hesapları temelde bir vekâlet ilişkisine dayanmaktadır. Bu sebeple hesap sahibinin ölümüyle birlikte vekâlet ilişkisinin sona erdiği düşünülebilir. Ancak bankacılık işlemlerinin kişilik dışı ve standartlaşmış karakteri karşısında, vekâlet ilişkisinin artık mirasçılar tarafından devam ettirildiği varsayılmaktadır. Bkz: Brunner, Geneviève, **Der Tod des Bankkunden-Rechtsprobleme bei der Vererbung der Bankbeziehung aus schweizerischer Sicht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2011, s. 113.

¹⁰⁶⁰ Erişgin, istem sahibi mirasçının payına düşen parayı alabileceği yönünde irade açıklamaları kendisine ulaştığında, bankanın parayı ödemekten kaçınamayacağını belirtmektedir. Yazara göre, daha önce paylaşma sözleşmesi yapılmamışsa dahi, mirasçıların buna yönelik irade beyanlarına paylaşma sözleşmesi için gereken irade beyanlarının uyuşması anlamı verilebilir. Bkz: Erişgin, s. 136.

¹⁰⁶¹ Hesap sahiplerinin ancak birlikte hareket ederek hesap üzerinde tasarruf edebildikleri müşterek hesaba, “teselsülsüz müşterek hesap” denilmektedir. Burada aynı hesap üzerinde hak sahibi olan birden fazla kişi vardır. Ancak bunların hesap üzerinde bağımsız tasarruf yetkileri bulunmamaktadır. Bu sebeple hesap sahipleri birlikte hareket etmek zorundadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz: Aydın Ünver, Tülay, **Müşterek Hesap**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 85; Akgün, s. 65.

niteliğinde olması halinde, mirasçılarının paylaşma sözleşmesinde bu hesap hakkında bir hüküm öngörmeleri yeterli değildir. Zira teselsülsüz müşterek hesaplarda, ölen hesap sahibinin yerine geçen mirasçılar, hayatta olan diğer hesap sahipleri ile birlikte tasarrufta bulunabilirler¹⁰⁶². Teselsüllü müşterek hesaplarda¹⁰⁶³ ise, ölen hesap sahibinin yerine geçen mirasçılarının hayatta olan diğer hesap sahipleriyle beraber tasarrufta bulunma mecburiyetleri yoktur. Dolayısıyla mirasçılar, mirasbırakanın teselsüllü müşterek hesabı hakkında bir paylaşma öngörebilirler. Eğer müşterek hesaptaki pay oranları belirliyse, mirasçılar bu oran üzerinden hesaptaki para üzerinde tasarruf edebilirler. Pay oranlarının belirli olmaması halinde ise, hesap sahiplerinin her birinin eşit paya sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶⁴. Şu halde, teselsüllü müşterek hesaplarda mirasçılarının paylaşma sözleşmesiyle hesap üzerinde işlem yapmaları mümkün olabilecektir.

Uygulamada noterde düzenleme şeklinde yapılan paylaşma sözleşmelerinde mirasbırakanın mevduat hesaplarıyla ilgili olarak “*Her mirasçının tek başına ilgili banka şubesine başvurarak, bu miras taksim sözleşmesi nedeniyle kendisine verilen mevduatın adına intikal edilmesini ve ödenmesini kabul ederiz*” şeklinde ifadeler yer verilmektedir¹⁰⁶⁵. Kanaatimizce, böyle bir ifade bulunmayan adi yazılı paylaşma sözleşmelerine dayanarak dahi mirasçılarının mevduat hesabındaki paranın ödenmesini talep etmesi mümkündür.

Mirasçılar yazılı paylaşma sözleşmesi yapmadıkları takdirde, birlikte bankaya başvurarak mevduat hesabındaki paranın kendilerine ödenmesini talep edebilirler. Banka, söz konusu parayı ödedikten sonra mirasçılar fiilen parayı paylaşırlarsa elden paylaşma gerçekleşmiş olur. Mirasçılardan yalnızca biri veya birkaçı, ortada herhangi bir paylaşma sözleşmesi bulunmaksızın bankadan talepte bulunduğu takdirde, bankanın bu talebi geri çevirmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁶⁶. Zira mevduat sözleşmesinden doğan alacak hakkı üzerinde bütün mirasçılar elbirliğiyle hak sahibidir. Bundan dolayı, borçlu bankaya karşı bütün mirasçılarının birlikte talepte bulunmaları gerekir. Yargıtay da muhtelif kararlarında bu görüşü desteklemektedir¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶² Aydın Ünver, s. 253.

¹⁰⁶³ Hesap sahiplerinden her birinin, diğerinin katılmasına gerek olmaksızın hesap üzerinde bağımsız şekilde tasarrufta bulunmaya yetkili olduğu müşterek hesaba “teselsüllü müşterek hesap” denilmektedir. Aydın Ünver, s. 51; Akgün, s. 58.

¹⁰⁶⁴ Aydın Ünver, s. 255.

¹⁰⁶⁵ <https://www.noterlikrehberi.net/rehber/index.html?miras-taksim-sozlesmesi.html> (Erişim: 13.08.2020).

¹⁰⁶⁶ Erişgin, s. 135.

¹⁰⁶⁷ “Bölge Adliye Mahkemesince, dosya üzerinden yapılan istinaf incelemesinde; uyuşmazlığa konu hesap sahibi murisin, davacı dışında mirasçıları bulunduğu, mirasçılar arasında uzlaşma sağlanamadığından birlikte bankaya başvurulamadığı, terekeye dahil mal veya haklar üzerinde tüm mirasçılar iştirak halinde malik olup, bu durum mirasın taksimine kadar devam ettiği, mirasçılardan birinin terekedeki mal ve haklara ilişkin olarak, yalnızca kendi payı oranında dava açması halinde, böyle bir dava yalnız başına bir mirasçının iştirak halindeki tereke üzerinde tasarruf ehliyeti bulunmaması nedeniyle dinlenemeyeceği (Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 09.04.2018 tarih 201679544 esas-2018/ 2482 karar sayılı ilamı) gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan

Mirasbırakanın sağlığında banka ile mevduat sözleşmesine çok benzer nitelikte başka sözleşmeler yapmış olması da ihtimal dâhilindedir. Bunların başında “kasa kirası sözleşmesi” ile “değerli madenler depo sözleşmesi” yer almaktadır. Kasa kirası sözleşmesinde banka, şubesinde bulunan bir kasayı müşterinin kullanımına tahsis ederken, müşteri de belirli bir bedel ödeme borcu altına girer¹⁰⁶⁸. Kasa kiralayan müşterinin ölümü halinde, kasada saklanan eşya mirasçılara intikal eder. Mirasçılar, bankaya birlikte başvurarak kasada bulunan eşyayı teslim alıp paylaşırlarsa elden paylaşma sözleşmesi kurulmuş ve ifa edilmiş olur. Mirasçıların kasada bulunan eşya hakkında yazılı paylaşma sözleşmesi yapmaları durumunda ise, banka mevduat sözleşmesine benzer bir sonuca ulaşmak gerekmektedir. Diğer bir deyişle, mirasçılar banka kasasında bulunan eşyanın içlerinden birine ait olmasını sözleşmeyle kararlaştırdıkları takdirde, bankanın kasanın anahtarını ilgili mirasçıya vererek içindeki eşyayı teslim almasına imkân tanınması gerekmektedir.

Mirasbırakan, sağlığında banka ile değerli maden hesabı sözleşmesi de yapmış olabilir. Uygulamada bu tür hesaplar çoğunlukla altın üzerinden açıldığı için “altın hesabı” ya da “altın depo sözleşmesi”¹⁰⁶⁹ olarak adlandırılmaktadır. Bu tür sözleşmelerde altın ya fiziken bankaya tevdi edilerek hesaba işlenmekte ya da kaydi olarak bankadan satın alınmaktadır. Hesap sahibi ile banka arasında yapılan sözleşmeye göre altın, fiziken ya da ödeme günündeki değeri üzerinden paraya çevrilerek teslim edilebilmektedir¹⁰⁷⁰. Her iki durumda da mirasçılar birlikte başvurarak fiziken teslim edilen altını ya da para cinsinden değerini aralarında paylaşarak elden paylaşmayı ifa edebilirler. Bankadaki altın hesabının yazılı paylaşma sözleşmesine konu edilmesi halinde ise, banka mevduat sözleşmesinde olduğu gibi alacak devri gerçekleştiğinden, borçlu bankanın ilgili mirasçıya hesaptaki altını ödemesi gerekmektedir. Elbette bu durumda mirasçı, mirasbırakanın banka ile yapmış olduğu sözleşmenin içeriğiyle bağlı durumdadır.

reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığının anlaşılmasına göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir”. Yarg. 11. HD, T. 13.1.2020, E. 2019/2524, K. 2020/299. (erişim tarihi: 17.05.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

“Davacı mirasçı terekeye ait ve davalı bankaya muris tarafından yatırıldığı iddia olunan paranın miras hissesi oranında kendisine ödenmesini talep etmiş ise de dosya kapsamından başkaca mirasçılar da olduğu anlaşılmaktadır. Elbirliği halinde mülkiyetin devam ettiği durumlarda, bir mirasçının pay üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Mirasçı kendi payına düşen kısım için yalnız kendi adına dava açarsa böyle bir dava reddolunur”.

Yarg. 11. HD, T. 25.2.2019, E. 2017/4620, K. 2019/1535. (erişim tarihi: 17.05.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁰⁶⁸ Akgün, s. 68.

¹⁰⁶⁹ Akgün, s. 69.

¹⁰⁷⁰ Akgün, s. 69.

Örneğin altın hesabı sözleşmesinde altının ödeme günündeki değeri üzerinden para olarak ödeneceği belirtilmişse, mirasçının fiziki olarak altın teslim edilmesini talep etme hakkı yoktur.

2.3.2.2.5.7. Miras Payı

Mirasbırakan, kendi ölümünden önce bizzat mirasçı sıfatına sahip olmuş ve bu sebeple bir miras payı kazanmışsa, söz konusu miras payı onun terekesinin bir parçası olarak kendi mirasçılara geçer¹⁰⁷¹. Nitekim TMK m. 580/2 hükmünde, mirasın açıldığı anda sağ olan mirasçının sonradan ölmesi halinde, onun miras hakkının kendi mirasçılara kalacağı açıkça düzenlenmiştir¹⁰⁷². Bu durumun bir sonucu olarak, mirasbırakanın terekesine dâhil olan miras payına bağlı hak ve yükümlülükler de ölenin mirasçılara geçmektedir¹⁰⁷³. Miras payına bağlı bu hakların başında elbette paylaşmayı isteme hakkı gelmektedir.

Meseleyi bir örnekle somutlaştıralım: A ölmüş ve geride çocukları B ile C'yi mirasçı olarak bırakmıştır. Henüz paylaşma yapılmadan bu sefer C ölmüş ve geride çocuğu D ile eşi E'yi mirasçı olarak bırakmıştır. Son durumda A'nın terekesi üzerinde B, D ve E'nin hakkı bulunmaktadır. D ve E, külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak, kendi mirasbırakanları olan C'nin miras hakkına halef olmaktadır. Şu halde; B, D ve E'den her biri, A'nın terekesi bakımından paylaşmayı talep etme hakkına ve bu bağlamda paylaşma sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. B, D ve E arasında bir paylaşma sözleşmesi yapıldığı takdirde bu sözleşmenin ifası, her bir tereke unsuruna göre ayrı ayrı gerçekleştirilecektir. Ancak asıl sorun, C'nin terekesinde bulunan ve A'dan kendisine intikal eden miras payının paylaşılması noktasında ortaya çıkmaktadır. Acaba D ile E, C'nin terekesinde bulunan bu miras payı hakkında paylaşma sözleşmesi yapabilirler mi? Kanaatimizce buna olumlu cevap vermek gerekir. Zira C'nin terekesinde bulunan miras payı, tıpkı onun sağlığında kazandığı diğer mal veya haklar gibi, terekenin aktifinde yer alan bir unsurdur. Bu itibarla, D ile E'nin bu miras payının içlerinden birine ait olması yönünde bir paylaşma sözleşmesi yapmalarına cevaz vermek gerekmektedir. Ancak kanaatimizce bu sözleşme yazılı şekilde yapılmak gerekir. Zira terekede bir hak olarak yer alan miras payının somut karşılığı yoktur. Diğer bir deyişle, söz konusu miras payının A'nın terekesindeki hangi mal veya haklara karşılık geldiği belirli değildir. Bu sebeple, miras payının paylaşılmasına dair sözleşme elden paylaşma şeklinde yapılamaz. Bir ihtimal, D ile E'nin C hayattayken paylaşma sözleşmesi yapıp C'ye düşecek

¹⁰⁷¹ Akkanat, s. 114.

¹⁰⁷² Eren/Yücer Aktürk, s. 419; Serozan/Engin, s. 462; İmre/Erman, s. 306; Dural/Öz, s. 365; İnan/Ertas/Albaş, s. 465; Antalya/Sağlam, s. 383.

¹⁰⁷³ Akkanat, s. 115.

miras payı hakkında bir hüküm öngörmeleri düşünülebilir. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi de yazılı şekle tabi olduğundan, bu noktada tereddüt meydana gelmez.

Mirasçılar, terekede bulunan miras payının içlerinden birine ait olmasını kararlaştırdıkları takdirde, borçlandırıcı işlem niteliğindeki bu sözleşmenin ifasını kendi aralarında gerçekleştiremezler. Zira mirasbırakanla birlikte mirasçı sıfatına sahip olan başka kişiler de bulunabilir. Yukarıdaki örneğe tekrar dönecek olursak, D ile E, C'nin miras payının içlerinden birine ait olacağını kararlaştırdıkları takdirde, bu sözleşmenin ifası bakımından gereken tasarruf işlemlerine B'nin de katılması gerekmektedir. Aksi takdirde D ile E'nin yaptıkları paylaşma sözleşmesinin ifası mümkün olmaz. Elbette D ile E, C'nin terekesinde bulunan miras payı dışındaki mal ve haklarla ilgili olarak tasarruf işlemleri yapabilir ve sözleşmenin bunlarla ilgili hükümlerini ifa edebilirler. A'nın tek mirasçısının C olması ihtimalinde ise, artık D ile E'nin miras payı hakkında paylaşma sözleşmesi yapmaları söz konusu değildir. Zira A'nın terekesinde yer alan unsurlar doğrudan C'nin malvarlığına dâhil olmaktadır.

2.3.2.2.5.8. Fikri Mülkiyet Hakları

Fikri mülkiyet hakları, kural olarak miras yoluyla intikal edebilen haklardandır¹⁰⁷⁴. Ancak bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Dolayısıyla, mirasbırakanın sağlığında kazandığı fikri mülkiyet haklarının türüne göre değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Fikri mülkiyet konusu eserden doğan haklar temelde “mali haklar” ve “manevi haklar” olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır¹⁰⁷⁵. Mali haklar, eser sahibine eserden ekonomik olarak yararlanma yetkisi veren hakları ifade etmektedir¹⁰⁷⁶. Mali hakların mirasbırakanın terekesine dâhil olacağı ve mirasçılara geçeceği noktasında duraksama yoktur¹⁰⁷⁷. Nitekim 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 63/1 hükmünde bu durum, “*Bu Kanunun tanıdığı mali haklar miras yolu ile intikal eder*” şeklinde ifade edilmiştir. Şu halde, mirasbırakanın mali hakları paylaşma sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Mali haklara dair sözleşmelerin ne şekilde yapılması gerektiği FSEK m. 52 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi

¹⁰⁷⁴ Akkanat, s. 129; Bieler, Brigitte, “Das Urheberrecht in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung”, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, 2018, s. 116.

¹⁰⁷⁵ Kılıçoğlu, Ahmet M., **Fikri Haklar**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 240; Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 84; Güneş, İlhami, **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 115.

¹⁰⁷⁶ Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 240; Güneş, s. 116; Şahin, Ayşenur, **Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 99.

¹⁰⁷⁷ Suluk/Karasu/Nal, s. 124; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 242; Ercoşkun Şenol, H.Kübra, “**Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması**”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3 (1), 2013, s. 48.

gerekmektedir. Demek ki mirasbırakanın mali haklarının mirasçılardan birine devrini öngören paylaşma sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu itibarla, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde de mirasbırakanın mali haklarına dair hükümler düzenlenebilir. Ancak kanunun açık hükmü karşısında, mali hakların elden paylaşmaya konu edilmesi mümkün değildir.

Mali hakların devri¹⁰⁷⁸, öğretide alacağın devrine benzer şekilde soyut ve aynı etkili bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷⁹. Bu sebeple, mali hakların mirasçılardan birine devrini öngören paylaşma sözleşmesi tamamlandığı andan itibaren aynı zamanda ifa da gerçekleşmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle, yazılı paylaşma sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmasıyla beraber, sözleşmeye konu edilen mali hak da ilgili mirasçının malvarlığına girmiş olur. Mali hakkı kazanan mirasçı, bu hakka bağlı olarak tıpkı eser sahibi gibi bir yararlanma hakkı elde eder¹⁰⁸⁰.

Manevi haklara gelince, bu haklar kural olarak mirasbırakanın terekesine dâhil değildirler¹⁰⁸¹. Zira eser üzerindeki manevi hakların, eser sahibinin kişiliğine bağlı hak karakterinde oldukları kabul edilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, manevi haklar kişilik haklarından farklı olarak hak sahibinin ölümüyle birlikte sona ermezler¹⁰⁸². Bu hakların eser sahibinin ölümünden sonra kimler tarafından kullanılacağı FSEK m. 19 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Ancak söz konusu hükümde yer alan manevi hakları kullanma yetkisi, tamamen fikri haklar alanına özgü olup, mirasçılık sıfatıyla bir ilişkisi bulunmamaktadır¹⁰⁸³. Dolayısıyla mirasbırakanın sağlığında sahip olduğu manevi haklar, paylaşma sözleşmesinin konusunu teşkil etmezler.

2.3.2.2.5.9. Ticaret Şirketlerindeki Ortaklık Payları

2.3.2.2.5.9.1. Genel Olarak

Mirasbırakanın sağlığında ticaret şirketlerine ortak olarak iştirak etmiş olması sıklıkla rastlanan bir durumdur. Mirasbırakanın ölümüyle birlikte, söz konusu ortaklık paylarının ve buna bağlı hakların akıbeti önem taşımaktadır. Zira ortaklık payının mirasçılara geçmesi, aynı

¹⁰⁷⁸ FSEK m. 48/1 hükmünde, eser sahibinin mirasçılarının mali hakları başkalarına devredebilecekleri düzenlenmiştir. Mirasçılardan başkasına devredilebilen bu hak, mirasçılardan birine de evleviyetle devredilebilir.

¹⁰⁷⁹ **Ercoskun Şenol**, s. 50; **Güneş**, s. 238.

¹⁰⁸⁰ **Ercoskun Şenol**, s. 49; **Güneş**, s. 238. Müşterek eser sahipliği durumunda, eğer eser henüz tamamlanmadan ya da alenileşmeden önce eser sahiplerinden biri ölürse, onun eser üzerindeki mali hakka ilişkin payı, diğer eser sahipleri arasında paylaştırılır. Ancak diğer eser eser sahipleri, ölenin mirasçılara uygun bir bedel ödemek durumundadırlar (FSEK m. 64/1). Şu halde, müşterek eser sahipliği durumunda, ölen eser sahibinin payı doğrudan mirasçılara geçmemektedir. Bkz: **Suluk/Karasu/Nal**, s. 124.

¹⁰⁸¹ **Akkanat**, s. 133; **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 244; **Ercoskun Şenol**, s. 48.

¹⁰⁸² **Akkanat**, s. 134; **Ercoskun Şenol**, s. 48.

¹⁰⁸³ **Ercoskun Şenol**, s. 48. Kılıçoğlu'na göre, FSEK m. 19 hükmünde, ölen eser sahibinin bazı mirasçıları miras hükümlerinden farklı bir sıralama içinde tayin edilmiştir. Bkz: **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 244.

zamanda bu payın miras paylaşma sözleşmesine konu edilmesini gündeme getirmektedir. Ticaret şirketlerinde ortakların durumları, şirketin şahıs şirketi veya sermaye şirketi olmasına göre farklılık göstermektedir. Bu sebeple, ortaklık paylarının sözleşmeye konu edilmesini ve ifasını, şahıs şirketleri ve sermaye şirketleri yönünden ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

2.3.2.2.5.9.2. Şahıs Şirketlerinde

Şahıs şirketleri, ortakların kişiliklerinin önemli rol oynadığı şirketlerdir. 6102 sayılı Türk Ticarek Kanunu (TTK) m. 124/2 hükmünde, kollektif ve adi komandit şirket şahıs şirketi olarak nitelendirilmiştir.

Kollektif şirkette kural olarak ortaklardan birinin ölümü şirketin sona ermesine (infisah) sebep olur¹⁰⁸⁴. Bunun sonucunda ölen ortağın tasfiye payı, bir alacak hakkı olarak terekeye dâhil olur ve mirasçılara geçer. Mirasçılar yazılı paylaşma sözleşmesiyle söz konusu tasfiye payının kime ait olacağını kararlaştırabilirler. Mirasçıların bu yönde bir sözleşme yapmalarıyla birlikte, tıpkı alacağın devrinde olduğu gibi, ölen ortağın tasfiye payı ilgili mirasçının malvarlığına girer ve sözleşme ifa edilmiş olur. Mirasçının bu tasfiye payının parasal karşılığını elde etmesi, onunla diğer şirket ortakları arasındaki ilişkiyi ilgilendirir.

Kollektif şirket sözleşmesinde, şirketin ölen ortağın mirasçılarıyla devam edeceğine dair bir düzenleme varsa, ortağın ölümü şirketi sona erdirmez¹⁰⁸⁵. Mirasçılar, külli halefiyet ilkesi gereğince mirasbırakana ait olan ortaklık statüsünü kazanmış olurlar¹⁰⁸⁶. Ancak TTK m. 253/2 hükmü, mirasçılara ortaklık statüsünü devam ettirip ettirmeme noktasında tercih yapma imkânı vermektedir. Yine TTK m. 253/1 hükmüne göre, şirket sözleşmesinde düzenleme bulunmayan hallerde de mirasçılarla diğer şirket ortakları, şirketin devamı yönünde karar alabilmektedirler¹⁰⁸⁷. Tüm bu ihtimallerde ortaklık statüsünün ne şekilde devam edeceği, şirketler hukuku kurallarına tabidir.

Adi komandit şirkette, ortağın ölümünden sonraki durum bakımından ölen ortağın sıfatı önem taşımaktadır. Ölen ortağın “komandite ortak” olması halinde durum kollektif ortaklıktaki

¹⁰⁸⁴ Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 193; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s. 185; Kayıhan, Şaban, **Şirketler Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 144; Kaya, Mustafa İsmail/Tatlı, Burçak, **Ticaret Hukuku-I**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 263; Bozkurt, Tamer, **Şirketler Hukuku**, 10. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2019; Çetiner, Selma/Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, **Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 289; Ayan, Özge, “Ölümün Şirketler Hukuku İlişkilerine Etkileri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2019, s. 4.

¹⁰⁸⁵ Pulaşlı, Şirketler, s. 193; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 185; Kayıhan, Şirketler, s. 144; Kaya/Tatlı, s. 263; Çetiner/Bozkurt Yüksel, s. 290.

¹⁰⁸⁶ Akkanat, s. 103.

¹⁰⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Ayan, s. 5 vd.

gibidir¹⁰⁸⁸. Zira komandite ortağın şirketteki statüsü, kollektif şirketteki ortakların statüsü ile aynıdır. Dolayısıyla bu durumda da kural olarak şirket sona erer ve ölen ortağın tasfiye payı mirasçılara geçer. Mirasçılar söz konusu tasfiye payı alacağını yazılı paylaşma sözleşmesiyle içlerinden birine devrettikleri takdirde, devralan mirasçıya karşı ifa gerçekleşmiş olur. Ölen ortağın “komanditer ortak” olması halinde ise Kanun açıkça onun yerine mirasçılarının geçeceğini hüküm altına almıştır (TTK m. 316). Bu ihtimalde, ortaklık statüsünün devamına ilişkin hususlar paylaşma sözleşmesinin değil, şirketler hukukunun konusunu teşkil etmektedir.

2.3.2.2.5.9.3. Sermaye Şirketlerinde

Sermaye şirketleri, şahıs şirketlerinden farklı olarak sermaye unsurunun ön planda olduğu şirketlerdir. Şahıs şirketlerinin aksine sermaye şirketlerinde ortaklardan birinin ölümü, kural olarak şirketin varlığına etki etmez. Bu itibarla, mirasbırakanın hayattayken sahip olduğu ortaklık payı terekeye dâhil olur ve mirasçılara geçer¹⁰⁸⁹. Mirasçılar söz konusu ortaklık payı hakkında miras paylaşma sözleşmesi yapmaları mümkündür.

Bir anonim şirket payının terekeye dâhil olması durumunda, bunun nasıl paylaşılacağı meselesi, payın senede bağlanmış olup olmamasına göre farklılık gösterir. Senede bağlanmamış anonim şirket payı (çıplak pay), alacağın devri hükümlerine göre devredilebilir¹⁰⁹⁰. Dolayısıyla mirasçılar yazılı paylaşma sözleşmesinde terekede bulunan anonim şirket payının içlerinden birine devrini kararlaştırdıkları takdirde, söz konusu pay devralan mirasçının malvarlığına girer ve sözleşmenin bu hükmü ifa edilmiş olur¹⁰⁹¹. Payı devralan mirasçının bu paya bağlı hakları kullanması, onunla şirket arasındaki ilişkiyi ilgilendirir. Çıplak payın bedeli tamamen ödenmemişse, kural olarak payın devri için şirketin onayı gerekmektedir¹⁰⁹². Ancak TTK m. 491/1 hükmüne göre, miras paylaşımı yoluyla gerçekleşen devirlerde şirket onayına gerek yoktur. Şu halde bedeli tamamen veya kısmen ödenmemiş olsa bile, çıplak payın miras paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine devredilmesi şirketin onayına tabi değildir.

¹⁰⁸⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 214; Bozkurt, s. 181; Akkanat, s. 105; Ayan, s. 8.

¹⁰⁸⁹ Akkanat, s. 106.

¹⁰⁹⁰ Tekinalp, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 82; Bozkurt, s. 430; Kaya/Tatlı, s. 294.

¹⁰⁹¹ “ Dairemizin 22.02.2007 tarih, 2005/11613 Esas, 2007/3306 Karar sayılı ilamında da açıklandığı üzere TMK'nın 676. ve 677. maddelerine göre miras taksiminin yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşulu olup, böyle bir taksim anlaşmasında da, terekenin tamamen veya kısmen taksimi veya terekedeki miras hakkının veraset ilamındaki paylara uygun olsun olmasın bölüşümü veya temlik iradesinin mirasçılarca veya ilgili mirasçı tarafından izhar edilmesi, bu yöndeki iradenin açık ve dolaysız olarak yansıtılması zorunludur. Davaya konu şirket hissesi üzerinde mirasçılar tarafından değinilen nitelikte ve yazılı taksim ve temlik sözleşmesinin yapıldığı iddia ve ispat edilememiştir ”. Yarg. 11. HD, T. 29.12.2011, E. 2010/6350, K. 211/17847. (erişim tarihi: 22.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁰⁹² Zira bu durumda payın devri şirkete karşı borçlunun değişmesi anlamına geldiğinden, borcun nakli hükümlerine göre alacaklı konumunda bulunan şirketin onayı aranmaktadır. Bkz: Bozkurt, s. 430.

Anonim şirket payının senede bağlanmış olması halinde, payın devri senedin türüne göre şekillenir. TTK m. 484/1 hükmüne göre, pay senetleri hamiline veya nama yazılı olarak çıkarılabilir. Terekede hamiline yazılı pay senedi bulunması halinde, mirasçılar senedin zilyetliğini içlerinden birine devretmek suretiyle paylaşmayı gerçekleştirebilirler. Zira Kanunda, hamiline yazılı pay senetlerinin devrinin ancak zilyetliğin geçirilmesiyle hüküm ifade edeceği belirtilmektedir (TTK m. 489)¹⁰⁹³. Bu durumda anonim şirket payı, mirasçılar arasında elden paylaşma yoluyla ifa edilmiş olur. Hamiline yazılı pay senedini devralan mirasçı, paydan doğan hakları da kazanır. Nama yazılı pay senetlerinin devri ise, TTK m. 490 hükmü gereğince, ciro ve senedin zilyetliğinin devri suretiyle gerçekleşir¹⁰⁹⁴. Mirasçılar ciro ve zilyetliğin devri suretiyle nama yazılı pay senedini içlerinden birine devredebilirler. Böylelikle terekede bulunan anonim şirket payı, elden paylaşma yoluyla ifa edilmiş olur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, şirket esas sözleşmesine nama yazılı pay senetlerinin alacağın devri yoluyla geçmesine dair hüküm konulabilir¹⁰⁹⁵. Böyle bir ihtimalde, terekede bulunan nama yazılı pay senedi, yazılı paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine devredilebilir ve sözleşme ifa edilmiş olur.

Türk Ticaret Kanunu'nun muhtelif hükümlerinde, nama yazılı payların devrini sınırlandıran düzenlemelere (kanuni bağlam) yer verilmiştir. Ayrıca, esas sözleşmeye nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngören hüküm konulabileceği de düzenlenmiştir (TTK m. 492/1)¹⁰⁹⁶. Hal böyle olmakla birlikte, mirasın paylaşılması yoluyla gerçekleşen pay devirleri, kanuni ve esas sözleşmesel bağamları etkisiz hale getirmektedir¹⁰⁹⁷. Bu sebeple şirket, terekede bulunan anonim şirket payının mirasçıların anlaşmasıyla içlerinden birine devredilmesine engel olamaz. Devir gerçekleştikten sonra, devralan mirasçının devraldığı paya bağlı haklarını kullanması ise paylaşma sözleşmesinin ifası dışında olup, TTK'nun ilgili hükümleri çerçevesinde gerçekleşir. Yargıtay'a göre, mirasçıların paylaşma sözleşmesi ile birlikte şirkete başvurarak payların tescilini talep etmeleri gerekmektedir¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹³ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 91; **Kayhan**, Şirketler, s. 255; **Kaya/Tatlı**, s. 295; **Çetiner/Bozkurt Yüksel**, s. 345.

¹⁰⁹⁴ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 92; **Kayhan**, Şirketler, s. 256; **Kaya/Tatlı**, s. 295; **Çetiner/Bozkurt Yüksel**, s. 345. Esasen nama yazılı kıymetli evrakin devri, alacağın devri yoluyla gerçekleşir. Ciro, yalnızca emre yazılı kıymetli evraka özgü bir devir yoludur. Ancak TTK m. 490 hükmünde, nama yazılı pay senetleri bakımından da ciro ile devir kuralı getirilmiştir. Bu durum, nama yazılı pay senetlerinin hangi tür kıymetli evrak sayılacağını öğretide ve uygulamada tartışmalı duruma sokmuştur. Söz konusu tartışmalar hakkında bkz: Er, Sefa, **Anonim Şirketlerde Pay Devri**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2016, s. 34 vd.

¹⁰⁹⁵ **Bozkurt**, s. 433.

¹⁰⁹⁶ **Bozkurt**, Tamer, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 14 vd.

¹⁰⁹⁷ **Bozkurt**, Bağlam, s. 215; **Ayan**, s. 14.

¹⁰⁹⁸ "Anonim şirketlerde ise paylar, paydaşın ölümü halinde, limited şirketlerin aksine, kendiliğinden mirasçılara intikal etmez. Bunun için öncelikle miras taksim sözleşmesinin yapılması veya MK'nun 2. maddesiyle bağdaşır şekilde, yazılı taksim sözleşmesine eşdeğer bir halin varlığının kanıtlanması ve mirasçılarca bu suretle şirkete başvurulması gerekir. Ancak bu halde dahi devir olgusunun diğer pay sahiplerini beklenmedik veya istenmeyen

Diğer bir sermaye şirketi türü olan limited şirkette ise, esas sermaye payının devri bakımından farklı bir düzenleme söz konusudur. TTK m. 595/1 hükmüne göre, esas sermaye payının devri yazılı şekilde yapılmalı ve tarafların imzaları noter tarafından onaylanmalıdır¹⁰⁹⁹. Öte yandan TTK m. 596/1 hükmünde, esas sermaye payının miras yoluyla geçmesi halinde genel kurul onayına gerek olmaksızın payın kazanan kişiye geçeceği ifade edilmektedir¹¹⁰⁰. Öğretide, TTK m. 596/1 hükmünde geçen “miras” ibaresinin geniş anlam taşıdığı ve ayrıca kanunda belirtilen istisnai durumlarda, limited şirket payının devrine ilişkin şekil şartına uymanın da zorunlu olmadığı kabul edilmektedir¹¹⁰¹. Şu halde, mirasçılarının terekede bulunan limited şirket payının içlerinden birine devri amacıyla yaptıkları yazılı paylaşma sözleşmesi, ifanın gerçekleşmesi bakımından yeterli olacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, terekede bulunan limited şirket payının mirasçılar arasında devri bakımından TTK’da öngörülen şekil şartının aranmayacağını ve miras paylaşma sözleşmesi gereğince karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁰².

durumlarla karşı karşıya bırakmasını önlemek amacıyla ana sözleşmeye, mana yazılı hisse senetlerinin devrini kısıtlayan veya tamamen yasaklayan hükümler konabilir ki bu hükümler “bağlam” meydana getirirler ve bu tür senetlere de bağlı nama yazılı senet denir. Somut olayda da davalı şirket ana sözleşmesinin 7. maddesinde bu türden bir bağlam kuralı öngörülmüştür. Bağlamın yasa da belirtilen hallerde etkisizleştirilmesi mümkündür (TTK’nun 418/4. ve 329. m.ler). Bu hallerde anonim şirket, yeni maliki, kural olarak pay defterine yazmaktan kaçınmaz. Ancak kanun, kendi öngördüğü istisnaların varlığı halinde ve bazı şartlara uyulması kaydıyla, bağlamın ileri sürülmesine, yani pay defterine kayıt yapılmamasına imkan vermiş, yani istisnalara istisna getirmiştir (TTK’nun 418/4. c.2). İşte yönetim kurulu üyelerinin veya pay sahiplerinin TTK’nun 418/4. maddesinde düzenlenen kanuni önalım hakkını kullanabilmesi için de öncelikle mirasçılarının, miras taksim sözleşmesi ile paylarının tescili için şirkete başvurmaları gereklidir ”. Yarg. 11. HD, T. 20.12.2011, E. 2010/5905, K. 2011/17291. (erişim tarihi: 27. 08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁰⁹⁹ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 552; **Pulaşlı**, Şirketler, s. 750; **Kayhan**, Şirketler, s. 310; **Kaya/Tatlı**, s. 310; **Çetiner/Bozkurt Yüksel**, s. 367; **Bozkurt**, Şirketler, s. 541.

¹¹⁰⁰ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 554; **Pulaşlı**, Şirketler, s. 759; **Kayhan**, Şirketler, s. 311; **Kaya/Tatlı**, s. 310; **Çetiner/Bozkurt Yüksel**, s. 367; **Bozkurt**, Şirketler, s. 543. Hal böyle olmakla birlikte şirket, iktisabın öğrenilmesinden itibaren üç ay içerisinde esas sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddedebilir (TTK m. 596/2).

¹¹⁰¹ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 811; Demirkapı, Ertan, **Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s. 199.

¹¹⁰² “Dava, miras yolu ile intikal eden dava dışı Y. Gıda Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi’nden davalıya ait 20 paylı davacıya ait olduğunun tesbitine ilişkindir. TTK. 521/1. maddesi ne göre, bir payın miras yolu ile veya karı-koca mallarının idaresine ait hükümler gereğince iktisabı için ortakların muvafakatına lüzum yoktur. TTK. 521. madde hükmü, mirasın kanuni (MK. 439 ve devamı md.) ve mansup (MK.463) mirasçılarla, lehine vasiyet edilen kimseler (MK.464) tarafından iktisabı hallerini içine aldığı gibi MK. 474 madde gereğince miras mukavelesi ile vaki iktisaplara, mirasda taksime ve taksim mukavelesine de şamil olduğu kabul edilmektedir (Bak. Prof Dr. Hayri Domaniç, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK. Şerhi-III. İst. 1989 sh. 281 vd. , Poroy Tekinalp Çamoğlu, Ortaklıkları ve Kooperatif Hukuku ist. 1997/ Baskı 1667 Paragraf). Diğer taraftan anasözleşmede payın miras yolu ile intikali hakkında engelleyici bir kayıt da bulunmamaktadır. Dava konusu olayda, taraflar murislerinden kalan tüm mirası 7.2.1988 tarihli protokolle paylaştıkları gibi dava konusu edilen limited şirket payını da davalı davacıya devretmiştir. O halde, bu pay davalıya miras yolu ile intikal edip ve kendi rızası ile davacıya devrettiğine göre artık bu durumda TTK. 520/5. maddesinde belirtilen şartı aramamak ve TTK. 521/1. maddesine göre devrin varlığının kabulü gerekir. Kaldıkı taraflar arasındaki 7.8.1988 tarihli protokol taraflarca uygulanmıştır. Bu durumda davalının iyiniyetinden de bahsedilemez. Açıklanan bu nedenlerden dolayı davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış kararın

2.3.2.2.5.10. Ticari İşletme ve Esnaf İşletmesi

Mirasbırakanın hayattayken sahibi olduğu ticari işletme veya esnaf işletmesi, onun ölümüyle birlikte bir bütün olarak mirasçılara geçer. Bu durumu mirasbırakanın ticaret şirketinde pay sahibi olmasıyla karıştırmamak gerekir. Zira burada mirasbırakan, bir ticari işletmeye dolaylı olarak değil doğrudan sahip olmaktadır¹¹⁰³. Dolayısıyla mirasçılara intikal eden şey, ticari işletmenin kendisidir.

Ticari işletme veya esnaf işletmesinin hukuki anlamda başlı başına bir kişiliği yoktur. Bu sebeple, ticari işletme veya esnaf işletmesine özgülenen malvarlığı değerleri doğrudan doğruya işletmenin sahibine aittir. Söz gelimi, işletmenin içinde bulunduğu taşınmaz, üretimde kullanılan makine ve araçlar, işlenmek üzere satın alınan hammaddeler, işletmede kullanılan motorlu taşıtlar böyledir. Öte yandan maddi malvarlığı değerleri yanında, ticaret unvanı, işletme adı, fikri mülkiyet hakları gibi işletmeye özgülenen maddi olmayan nitelikte malvarlığı değerleri de söz konusu olabilir¹¹⁰⁴. İşte tüm bu maddi ve maddi olmayan değerler, terekeye dâhildir ve miras paylaşma sözleşmesine konu edilebilir. Sözleşmeye konu edilen malvarlığı değerlerinin ifası ise her bir malvarlığı değerinin özelliğine göre farklılık gösterecektir. Örneğin esnaf işletmesinde satışa sunulmak üzere bulunan taşınır mallar ya da ticari işletmede bulunan hammadde elden paylaşma sözleşmesiyle ifa edilebilir. Bunun gibi, söz konusu malların satılarak elde edilen paranın paylaşılması da yine elden paylaşmaya imkân tanımaktadır. Buna karşılık, ticari işletmenin içinde bulunduğu taşınmaz eğer mirasbırakana aitse, yazılı paylaşma sözleşmesiyle birlikte tapu sicilinde tescil işleminin tamamlanmasıyla ifa gerçekleşmiş olur. Ticari işletme veya esnaf işletmesine özgülenen diğer malvarlığı değerleri de, Kanunda öngörülen devir usullerine uygulanmak suretiyle ifa edilebilir.

2.3.2.2.5.11. Dijital Tereke Unsurları

Günümüzde internet kullanımının giderek yaygınlaşması, kişilerin dijital ortamdaki verilerinin ölümden sonra mirasçılara geçip geçmeyeceği meselesini gündeme getirmiştir. Dijital verilerin mirasçılara geçmesi, bunların terekeye dâhil olması anlamına gelir. Bu sebeple, dijital tereke (*digitaler Nachlass*) ya da dijital miras (*digitales Erbe*) kavramı giderek önem kazanmaktadır¹¹⁰⁵. Hal böyle olmakla birlikte, dijital terekenin tanımı ve hangi verilerin dijital

bozulması gerekmiştir”. Yarg. 11. HD, T. 18.2.1999, E. 1998/9387, K. 1999/1050. (erişim tarihi: 27.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹¹⁰³ Akkanat, s. 111.

¹¹⁰⁴ Kayar, İsmail, **Ticari İşletme Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 53; Kayhan, Şaban, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 83.

¹¹⁰⁵ Künzle, Hans Rainer, “**Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht**”, Successio-Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2015, s. 39; Brucker-Kley, Elke/Schweizer, Matthias, “**Der digitale Nachlass: Sterben und**

tereke kapsamında sayılabileceği noktasında fikir birliği oluşmuş değildir¹¹⁰⁶. Hatta dijital verilerin mirasçılara geçmeyeceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır¹¹⁰⁷.

Kanaatimizce mirasbırakanın dijital verilerinin mirasçılara geçeceğini kabul etmek gerekmektedir¹¹⁰⁸. Bu bakımdan, söz konusu dijital verilerin maddi değerinin olup olmamasının önemi yoktur. Nasıl ki mirasbırakanın özel anı değeri olan eşyaları mirasçılara geçiyorsa, maddi değeri olmayan dijital verilerin de mirasçılara geçmesi gerekir. Öte yandan maddi değeri olan dijital veriler bakımdan durum elbette daha fazla önem arz etmektedir. Bilhassa parasal gelir getiren sosyal medya hesapları (Youtube vs.) ile kripto para birimlerinin (Bitcoin vs.) mirasçılara geçmesi noktasında düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak pozitif hukukumuzda henüz bu konuda düzenleme yapılmış değildir. Dolayısıyla, mirasbırakanın dijital verilerinin miras paylaşma sözleşmesine konu edilip edilemeyeceğine dair net bir fikir ileri sürmek zorlaşmaktadır. Günümüzde bazı internet hizmet sunucuları (örneğin Google), hesap sahibinin ölümünden sonra ölenin yakınlarının kullanıcı hesabındaki veriler ve para için talepte bulunmalarına imkân tanımaktadır. Böyle bir ihtimalde mirasçıların birlikte başvuruda bulunarak kullanıcı hesabındaki verileri ve parayı alıp sonrasında bunları gerek elden gerekse de yazılı paylaşma sözleşmesine konu etmeleri pekâlâ mümkündür. Ancak mirasbırakan, ölümünden sonra söz konusu hesapların kapatılmasına dair talimat verdiği takdirde, dijital verilerin mirasçılara verilmesi mümkün olmayacaktır.

Kripto para¹¹⁰⁹ birimlerine gelince, bunların miras yoluyla geçmesi meselesi diğer dijital varlıklara kıyasen çok daha fazla önem arz etmektedir. Zira son yıllarda bu tür para birimlerine rağbet giderek artmakta ve her geçen gün daha fazla miktarda kripto para satın alınmaktadır¹¹¹⁰. Hal böyle olmakla birlikte, kripto para birimlerinin (özellikle de Bitcoin) hukuki niteliğinin ne

Erben im Internetzeitalter", Schweizerischer Treuhänderverband, 2014, s. 36; Heinzelmänn, Regula, **"Digitaler Nachlass – rechtzeitig Verfügungen treffen"**, Schweizerischer Treuhänderverband, 2016, s. 170.

¹¹⁰⁶ Landes, Sabine/Schmolk, Dennis, **Digitaler Nachlass-Das Handbuch Für Forsorgende Und Hinterbliebende**, 1. Auflage, 2017, s. 3; Maraşlı Dinç, Yasemin, **"Ölümünden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras"**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 142, 2019, s. 275. Öğretide yapılan muhtelif tanımlar için bkz: İleri, Çiğdem, **"Dijital Miras-Alman Federal Mahkemesi'nin Facebook Kararı Üzerine Bir İnceleme"**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 146, 2020, s. 127 vd.

¹¹⁰⁷ Söz konusu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: İnce Akman, Nurten, **"Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)"**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2018, s. 538 vd.

¹¹⁰⁸ **Künzle**, s. 40; **Heinzelmänn**, s. 170; **Landes/Schmolk**, s. 3; **Maraşlı Dinç**, s. 280; **İnce Akman**, s. 555. Bu konuda yalnızca miras hukukunun göz önünde tutulmasının isabetli olmayacağı hakkında bkz: **İleri**, s. 149.

¹¹⁰⁹ Kripto para, belirli bir merkezi kuruluş tarafından çıkarılmayan ve yasal bir dayanağı bulunmayan para birimlerini ifade etmektedir. Bu bakımdan kripto para, elektronik paradan ayrılmaktadır. Zira elektronik para, Dolar, Euro ya da Türk Lirası gibi yasal tedavülü bulunan para birimlerinin elektronik olarak kullanılmasını ifade eder. Oysa kripto para birimleri geleneksel olarak kullanılan para birimlerinden bağımsız şekilde ödeme aracı olarak kullanılmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kızıl, Cevdet/ Hanişoğlu, Gülay Selvi/Aslan, Tunay, **Kripto Paraların Finansal Piyasalara Etkileri ve Muhasebeleştirilmesi**, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2019, s. 26 vd.

¹¹¹⁰ Pirinççi, Ayşe Esra, **"Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin'in Değerlendirilmesi"**, International Journal of Economics Politics Humanities and Social Sciences, Vol.1/1, 2018, s. 45.

olduğu noktasında bir netlik bulunmaması¹¹¹¹, bunların terekeye dahil olup olamayacağı konusunda belirsizliğe sebep olmaktadır.

Kripto para satın alabilmek için öncelikle bir hesap cüzdanına ihtiyaç vardır¹¹¹². Ancak bu hesap cüzdanları, bankalardaki hesap cüzdanlarından farklıdır. Zira kripto para cüzdanı belirli bir kişiye ait değildir. Söz konusu hesap üzerinden işlem yapabilmek için özel anahtarın, diğer deyişle şifrenin bilinmesi gerekmektedir¹¹¹³. Aksi takdirde hiçbir işlem yapılamamaktadır. Mirasbırakan, ölmeden önce bu bilgileri mirasçılarına vermişse, kripto para cüzdanına mirasçılar tarafından erişilmesi mümkün olabilir. Mirasçılar cüzdandaki kripto parayı nakit paraya çevirdikten sonra paylaşabilirler. Ayrıca, kripto paranın satılarak itibari paraya (örneğin Türk Lirasına) çevrilmesi ve mirasçıların kişisel banka hesaplarına gönderilmesi de mümkün olabilir. Mirasbırakanın kripto para cüzdanına ulaşmak için gereken bilgileri hiç kimseye paylaşmaması durumunda ise, cüzdandaki kripto paraya ulaşmak imkansız hale gelir. Ancak kripto paranın bir kripto para borsasında bulunması durumunda, borsanın bu konuda mirasçıların taleplerine cevap vermesi düşünülebilir. Örneğin Türkiye'nin ilk kripto para borsası olan "BtcTurk", ölen kişiye özgülenen hesapta bulunan kripto para ve Türk Lirasına ilişkin kanuna uygun taleplerin yerine getirildiğini ifade etmektedir¹¹¹⁴. Şu halde kanaatimizce kripto paranın bir borsada bulunması durumunda, mirasçıların yazılı paylaşma sözleşmesiyle kripto paranın akıbeti hakkında düzenleme yapmaları mümkündür. Örneğin mirasçılar söz konusu kripto paranın içlerinden birinin kripto para hesabına aktarılmasını ya da satılarak itibari paraya çevrilip kişisel hesaplarına aktarılmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda ilgili kripto para borsasının gereken işlemleri yapması gerektiğini kabul etmek, hakkaniyete daha uygun bir çözüm olacaktır. Kanaatimizce, kripto para birimlerinin hukuki durumu ve özellikle mirasçılara geçmesi noktasında kanun koyucu tarafından gecikmeksizin özel düzenleme yapılması faydalı olacaktır¹¹¹⁵.

¹¹¹¹ Hürlimann-Kaup, Bettina, "Aussonderung von Bitcoins im Konkurs des Verwahrers?", Aktuelle Juristische Praxis, 2018, s. 1447; Hauser-Spühler, Gabriela/Meisser, Luzius, "Eigenschaften der Kryptowährung Bitcoin", Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, S. 6, Schulthess Verlag, 2018, s. 6; Piller, François, "Virtuelle Währungen – Reale Rechtsprobleme?", Aktuelle Juristische Praxis, 2017, s. 1427.

¹¹¹² Yelmen, Adem, "Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.28, S.1, 2020, s. 273.

¹¹¹³ Hürlimann-Kaup, s. 1447; Hauser-Spühler/Meisser, s. 8; Piller, s. 1427.

¹¹¹⁴ <https://coin-turk.com/basiniza-bir-sey-gelirse-bitcoinlerinize-ne-olur-bitcoin-miras-birakilabilir-mi> (Erişim: 26.08.2020)

¹¹¹⁵ Örneğin Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Kanunu'nda 28 Mayıs 2020 tarihinde yapılan değişiklikle, Bitcoin gibi kripto para birimlerinin kişinin ölümünden sonra mirasçılara kalacağına dair bir düzenleme yapılmıştır. Bkz: <https://muhabbit.com/cinliler-bitcoin-gibi-dijital-varliklari-miras-birakabilecek/>. (erişim tarihi: 28.09.2020). Çin'de yapılan bu düzenlemenin kripto paraların kullanım biçimi nedeniyle uygulamada sorunlar yaratacağına dair bkz: <https://winvestment.wordpress.com/2020/06/11/china-allows-inheritance-of-bitcoin/>. (erişim tarihi: 28.09.2020).

Dijital tereke unsurlarının mirasçılara geçişi konusunda Antalya Bölge Adliye Mahkemesi'nin yakın zamanda vermiş olduğu bir karar önem arz etmektedir¹¹¹⁶. Karara konu olan olayda davacı, ölen eşinin kullandığı Apple marka telefonlarda "Icloud" adı verilen bulut bilişim sisteminin kullanıldığını ve ölen eşinin cep telefonunda bulunan fotoğraf, video, ses kayıtları ve diğer dökümanların bu sistemde kayıtlı olduğunu belirtmiştir. Davacı, ölen eşinin "Icloud" hesabına girebilmesi için onun şifresine ihtiyaç olduğunu, ancak GSM hattı kapatıldığı için hesaba erişemediğini, ölen eşinin hesabında aile fotoğraflarının ve videoların olduğunu, ayrıca terekeye konu olabilecek e-ticaret sitesi hesabının, hediye çeklerinin ve kuponlarının da var olduğunu bildiğini ifade ederek, ölen eşinin "Icloud" hesabının terekenin aktifinde kabul edilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, mirasbırakanın "Icloud" hesabına erişilmesinin, onun özel hayatının gizliliğini ihlal edeceği gerekçesiyle davacının talebinin tereke tespitine konu edilemeyeceğine karar vermiştir. Bunun üzerine konu istinafa taşınmış ve Antalya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Mahkeme, mirasbırakanın dijital mirasıyla ilgili kanun boşluğu bulunduğunu belirtmiş, ancak günümüzde dijital mal varlığı kavramının göz ardı edilemez olduğunu ifade ederek, mirasbırakanın dijital mal varlığının da terekenin tespitinde dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmıştır¹¹¹⁷. Bu bakımdan, ilk derece mahkemesinin yeterli inceleme yapmadan karar verdiği sonucuna varılmıştır.

2.3.2.2.5.12. Tereke Borçları

Mirasçılar tereke borçlarından dolayı kural olarak müteselsilen sorumludurlar (TMK m. 681/1). Mirasın paylaşılmış olması tereke borçlarını etkilemez. Dolayısıyla mirasçıların bu sorumlulukları, mirasın paylaşılmasından sonra da devam eder¹¹¹⁸.

¹¹¹⁶ Antalya BAM 6. HD, T. 13.11.2020, E. 2020/1149, K. 2020/905.

¹¹¹⁷ Kararda şu ifadelere yer verilmektedir: "Günümüzde dijital mal varlığının yadsınamaz ve göz ardı edilemez bir gerçeklik olduğu, kripto para adı verilen ve uluslar arası ödemelerde dahi kullanılmaya başlanmış dijital sistemlerin var olduğu, yine astronomik reklam gelirleri sağlayan sosyal medya hesaplarının gün geçtikçe arttığı, aynı şekilde youtube ve benzeri dijital platformlarda salt reklam geliri ve hatta ücretli üyelik sistemi ile hizmet veren kanallar oluşturulduğu bir ortamda dijital mal varlığı ve dijital miras ile ilgili olarak yasal bir düzenleme bulunmadığı, bu konuda yasal bir boşluk bulunduğu değerlendirilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1.maddesi; "Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir." düzenlemesini içermektedir. Murisin e posta hesabı ve buna bağlı olarak kullanılan sosyal medya hesapları, dijital cüzdan hesapları vb maddi değer ifade eden ve TMK'nun 599.maddesi kapsamında terekesine dahil olup mirasçılara intikali gereken dijital mal varlığının da tespitinin gerekeceği kanaatine varılmıştır".

¹¹¹⁸ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 639, N. 2; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 639, N. 1; Vouilloz, Art. 639, N. 1; Tuor/Picenoni, Art. 639, N. 2; Rouiller, Art. 639, N. 4; Escher, Art. 639, N. 3; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 811; Göksu, Art. 639, N. 3; Bosshardt, Art. 639, N. 2; Jolles/Vlcek/Fünfschilling, Art. 639, N. 2; Lorandi, Franco, "Erblasser, Erbgemeinschaft, Erben und Erbschaft als Schuldner", Aktuelle Juristische Praxis, 2012, s. 1379; Kocayusufpaşaoğlu, s. 735; Eren/Yücer Aktürk, s. 642; Dural/Öz, s. 461; Çabri, Şerh, s. 584; Özdemir, Şerh, s. 267; Ozanemre Yayla, s. 320.

Mirasçılar paylaşma sözleşmesinde tereke borçlarının nasıl ödeneceği konusunda düzenleme yapabilirler¹¹¹⁹. Örneğin tereke borçlarının mirasçılardan yalnızca biri tarafından ifa edileceği veya miras payları oranında değil de eşit oranda ödeneceği kararlaştırılabilir¹¹²⁰. Öğretide bazı yazarlar, tereke borçlarının ifasının paylaşma sözleşmesi çerçevesinde kararlaştırılması halinde bunun yazılı şekilde yapılması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹²¹. Buna karşılık diğer bazı yazarlara göre, tereke borçlarının ifasını içeren paylaşma sözleşmesi elden paylaşma şeklinde de yapılabilir¹¹²². Belirtmek gerekir ki, tereke borçlarının mirasçılar arasında paylaşılması, öğretideki hâkim görüşe göre, borçlar hukukundaki borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi niteliğindedir¹¹²³. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin geçerliliği şekle tabi değildir. Bu sebeple, tereke borçlarının paylaşılması bakımından da mirasçıların bunu elden paylaşma şeklinde yapabileceklerini kabul etmek gerekmektedir. Ancak ispat kolaylığı bakımından tereke borçlarının paylaşılmasına ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde yapılması daha uygun olacaktır¹¹²⁴.

Mirasçıların tereke borçlarının ifasına ilişkin paylaşma sözleşmesine koydukları hükümler, kural olarak tereke alacaklıları bakımından bağlayıcı değildir¹¹²⁵. Paylaşma sözleşmesi çerçevesinde üstlenilen borcun ilgili mirasçıya geçmesi ve diğer mirasçıların sorumluluklarının sona ermesi için, alacaklının bu anlaşmaya rıza göstermesi gerekmektedir¹¹²⁶. Alacaklı böyle bir anlaşmaya rıza göstermediği takdirde, mirasçılar paylaşma sözleşmesini ileri sürerek tereke borcunun tamamının ifasından kaçınamazlar¹¹²⁷. Mirasçılar tereke borcunun ifası hakkındaki paylaşma sözleşmesini alacaklıya bildirdikleri ve alacaklı da açık veya örtülü olarak rıza gösterdiği takdirde, sözleşme dış ilişkide de hüküm ifade eder¹¹²⁸. Bunun somut anlamı, mirasçıların tereke borçlarından dolayı müteselsil

¹¹¹⁹ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 639, N. 7; **Tuor/Picenoni**, Art. 639, N. 2; **Escher**, Art. 639, N. 4; **Vouilloz**, Art. 639, N. 2; **Bosshardt**, Art. 639, N. 3; **Jolles/Vlcek/Fünfschilling**, Art. 639, N. 3; **Wolf/Genna**, s. 399; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 111; **İmre/Erman**, s. 579; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 734; **Çabri**, Şerh, s. 585; **Ozanemre Yayla**, s. 322.

¹¹²⁰ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 639, N. 7; **Tuor/Picenoni**, Art. 639, N. 2; **Escher**, Art. 639, N. 4; **İmre/Erman**, s. 580; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 734; **Ozanemre Yayla**, s. 322; **Çabri**, Şerh, s. 585.

¹¹²¹ **İmre/Erman**, s. 580; **Çabri**, Şerh, s. 585.

¹¹²² **Tuor/Picenoni**, Art. 640, N. 2; **Escher**, Art. 639, N. 10.

¹¹²³ **İmre/Erman**, s. 580. Aksi görüşte; **Çabri**, Şerh, s. 586.

¹¹²⁴ **Escher**, Art. 640, N. 10.

¹¹²⁵ **Tuor/Picenoni**, Art. 639, N. 4; **Escher**, Art. 639, N. 4; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 639, N. 10; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 728; **Bürgi**, KuKo-ZGB, Art. 639, N. 3; **Vouilloz**, Art. 639, N. 5; **Rouiller**, Art. 639, N. 6; **Göksu**, Art. 639, N. 6; **Lorandi**, s. 1379; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 112; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 736; **Çabri**, Şerh, s. 585; **Ozanemre Yayla**, s. 323.

¹¹²⁶ **Çabri**, Şerh, s. 585; **Ozanemre Yayla**, s. 323.

¹¹²⁷ **İmre/Erman**, s. 580; **Çabri**, Şerh, s. 589.

¹¹²⁸ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 639, N. 13; **Tuor/Picenoni**, Art. 639, N. 9; **Göksu**, Art. 639, N. 8; **Bosshardt**, Art. 639, N. 4; **Bürgi**, KuKo-ZGB, Art. 639, N. 5; **Vouilloz**, Art. 639, N. 6; **Jolles/Vlcek/Fünfschilling**, Art. 639, N. 4; **Rouiller**, Art. 639, N. 26; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 112; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 736; **İmre/Erman**, s. 581; **Ozanemre Yayla**, s. 327.

sorumluluklarının sona ermiş olmasıdır. Örneğin A, B ve C'den oluşan bir miras ortaklığında, yapılan paylaşma sözleşmesi çerçevesinde mirasbırakanın D'ye olan 10.000 TL'lik borcunu A üstlenmiş ve D tarafından da buna rıza gösterilmişse, artık D bu alacağını yalnızca A'dan talep edebilecektir. Ancak D, paylaşma sözleşmesine rıza göstermemişse, alacağının tamamı için mirasçılardan birine, birkaçına veya hepsine başvurma hakkına sahiptir.

Tereke alacaklısının paylaşma sözleşmesine rıza göstermemesi sebebiyle, mirasçılardan biri kendisine yükletilmemiş olan bir tereke borcunu veya üzerine aldığı miktardan fazlasını ödemişse, diğer mirasçılara rücu etme hakkına (*Rückgriffsrecht*) sahiptir (TMK m. 682/1)¹¹²⁹. Rücu hakkı, paylaşma sözleşmesiyle tereke borcunun bir veya birkaç mirasçı tarafından üstlenilmiş olması durumunda, borcu üstlenen mirasçılara karşı kullanılır¹¹³⁰. Yukarıdaki örneği hatırlayacak olursak, paylaşma sözleşmesi gereğince A borcu üstlenmiş ancak alacaklı D bunu kabul etmemiş ve borcun tamamı C tarafından ödenmişse, rücu hakkı çerçevesinde C'nin A'ya başvurması mümkündür. Mirasçı, paylaşma sözleşmesinde borcun bir kısmını üstlenmiş ancak üstlendiği miktardan fazla ödeme yapmışsa, bu durumda da payından fazla ödediği miktar için borcu üstlenen diğer mirasçılara başvurabilir. Söz gelimi 10.000 TL'lik tereke borcunun 7.000 TL'sini mirasçı A, 3.000 TL'sini mirasçı B üstlenmiş, ancak borcun tamamını A ödemişse, A'nın fazladan ödediği 3.000 TL için B'ye rücu etme hakkı bulunmaktadır.

Paylaşma sözleşmesinde üstlenmediği halde tereke borcunu ifa eden veya payına düşenden fazlasını ödeyen mirasçının, borcu üstlenen diğer mirasçıya karşı rücu hakkını kullanmasından bir sonuç elde edememesi halinde, borcu üstlenmemiş olan mirasçıya başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, borcu üstlenmiş olan mirasçılardan elde edilemeyen kısım için, borcu üstlenmemiş olan diğer mirasçılara başvurulabileceğini ileri sürmektedir¹¹³¹. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, paylaşma sözleşmesinde borcu üstlenmemiş olan mirasçılara karşı rücu hakkı kullanılamaz¹¹³². Örneğin, A, B ve C'den oluşan miras ortaklığında, paylaşma sözleşmesi gereğince borç A tarafından üstlenilmiş fakat B

¹¹²⁹ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 640, N. 3; **Tuor/Picenoni**, Art. 640, N. 9; **Escher**, Art. 640, N. 1; **Bürgi**, KuKo-ZGB, Art. 640, N. 1; **Vouilloz**, Art. 640, N. 1; **Göksu**, Art. 640, N. 1; **Bosshardt**, Art. 640, N. 1; **Jolles/Vlcek**, Art. 640, N. 1; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 643; **İmre/Erman**, s. 586; **Serozan/Engin**, s. 612; **Antalya/Sağlam**, s. 535; **Çabri**, Şerh, s. 597. İsviçreli Hukukçu *Iten*, mirasçılardan tereke borçları konusundaki tutumlarını “Kara Peter (Schwarzer Peter)” adlı oyuna benzetmektedir. Bu oyunda, tüm oyuncular eksik kartları çekip uygun olanları atarak kartlarından mümkün olduğunca çabuk kurtulmaya çalışırlar. En sonunda, “Kara Peter” kartını elinde tutan kişi oyunu kaybeder. Yazar, mirasçılardan tereke borçlarından sorumluluklarını tıpkı “Kara Peter” oyununda olduğu gibi, diğer mirasçılara yıkmaya çalışabileceklerini ifade etmiştir. Bkz: *Iten*, Marc’Antonio, “**Vom Schwarzen Peter im Erbrecht: Haftet der Nachlass, die überlebende Ehegattin, der Willensvollstrecker oder haften die Erben?**”, *Der Treuhandexperte*, 2017, s. 76.

¹¹³⁰ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 640, N. 4; **Göksu**, Art. 640, N. 2; **Bosshardt**, Art. 640, N. 2; **Jolles/Vlcek**, Art. 640, N. 2; **Vouilloz**, Art. 640, N. 3; **Çabri**, Şerh, s. 598.

¹¹³¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 735.

¹¹³² **Çabri**, Şerh, s. 600; **Vouilloz**, Art. 640, N. 3; **Rouiller**, Art. 640, N. 13.

tarafından ödenmişse, B'nin A'dan rücu alacağını elde edemediğini ileri sürerek C'ye rücu etmesi mümkün değildir.

2.3.2.2.5.13. Paylı Mülkiyete Dönüştürme

Türk Medeni Kanunu m. 644/1 hükmüne göre, mirasçılardan biri, sulh hâkiminden terekeye dâhil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi talebinde bulunabilir¹¹³³. Ancak mirasçıların bunu mahkemeye başvurarak yapmaları zorunlu olmayıp, paylaşma sözleşmesi çerçevesinde de paylı mülkiyete geçme kararı almaları mümkündür. Nitekim TMK m. 676/2 hükmüne göre, paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini kabul edebilirler¹¹³⁴.

Paylı mülkiyete dönüştürme kararı, taşınır ve taşınmaz mallar hakkında olabileceği gibi, her ne kadar TMK m. 676/2 hükmünde belirtilmese de, alacaklar ve diğer haklar bakımından da söz konusu olabilir¹¹³⁵. Ayrıca, paylı mülkiyete dönüştürmenin terekenin tamamı veya bir kısmına ilişkin olması da mümkündür.

Uygulamada paylı mülkiyete dönüştürme, çoğunlukla taşınmazlar bakımından gündeme gelmektedir. Muhtemelen bu sebeple kanun koyucu, 5831 sayılı Kanun'la 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na "Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi" başlıklı Ek 3. maddeyi eklemiştir¹¹³⁶. Buna göre mirasçılardan biri, terekede bulunan taşınmazlar bakımından tapu sicil müdürlüğüne başvurarak, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini talep edebilmektedir. Öğretide bu durum, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesinde "idari yol" olarak adlandırılmaktadır¹¹³⁷. Ancak mirasçılar, terekede bulunan taşınmazlar bakımından idari yola başvurmaksızın, yazılı paylaşma sözleşmesiyle paylı mülkiyete dönüştürme kararı alabilirler. Belirtmek gerekir ki, bu şekilde paylaşma sözleşmesi yapılması, söz konusu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının doğrudan paylı mülkiyete dönüşmesi sonucunu doğurmaz. Bu sonucun doğması için, bütün mirasçıların birlikte tapu sicil

¹¹³³ Eren/Yücer Aktürk, s. 543; Dural/Öz, s. 466; İmre/Erman, s. 468; Serozan/Engin, s. 571; Antalya/Sağlam, s. 474; İnan/Ertas/Albaş, s. 549; Çabri, Şerh, s. 170; Özdemir, Şerh, s. 65.

¹¹³⁴ Antalya/Sağlam, s. 532; İnan/Ertas/Albaş, s. 602; İmre/Erman, s. 570; Çabri, Şerh, s. 498.

¹¹³⁵ Çabri, Şerh, s. 183.

¹¹³⁶ Çabri, Şerh, s. 179.

¹¹³⁷ Çabri, Şerh, s. 180. "Uyuşmazlık, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesine ilişkindir. Davacı tarafından elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi için işbu dava açılmıştır. Mahkemece her ne kadar 5831 Sayılı Tapu Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 8. maddesi ile Kadastro Kanunu'na eklenen ek 3. maddesine göre tapu sicil müdürlüğünün davalının itirazı üzerine bir karar vermesi gerektiğinden söz edilerek davanın reddine karar verilmiş ise de anılan yasa maddesi idari yoldan elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesine ilişkin olup maddenin ikinci fıkrasında, isteme karşı bir itiraz ileri sürülmediği ya da ortaklığın giderilmesi davası açılmadığı takdirde paylı mülkiyet olarak tescilin yapılabileceği düzenlenmiştir ". Yarg. 6. HD, T. 13.09.2011, E. 2011/4313, K. 2011/8746. (erişim tarihi: 23.09.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

müdürlüğüne başvurarak paylaşma sözleşmesini ibraz etmeleri ve ilgili taşınmaz üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi yönünde talepte bulunmaları gerekmektedir. Ancak paylaşma sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmış ve her mirasçıya bağımsız olarak tescili isteme hakkı tanınmışsa, bu durumda mirasçılardan birinin tapu müdürlüğüne başvurarak taşınmaz üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesini talep etmesi mümkündür. Tapu memuru, talep üzerine gerekli işlemleri yaparak, taşınmaz üzerindeki hakkın mirasçılar adına paylı mülkiyet şeklinde tescilini gerçekleştirdiği takdirde, paylaşma sözleşmesinin bu hükmü ifa edilmiş olur. Paylı mülkiyete geçilmesiyle birlikte, söz konusu taşınmaz artık terekeden çıkar ve bu taşınmaz hakkındaki işlemler tamamen paylı mülkiyet hükümlerine tabi olur¹¹³⁸.

Paylaşma sözleşmesinde taşınmazlar dışında taşınırlar, alacaklar veya diğer haklar bakımından paylı mülkiyete dönüştürme kararı alındığı takdirde, sözleşmenin ifası her bir tereke unsurunun özelliklerine göre gerçekleştirilir. Söz gelimi, bir motorlu taşıt için paylı mülkiyete dönüştürme kararı alınmışsa, bunun için noterde gerekli işlemlerin yapılmasıyla sözleşme ifa edilmiş olur.

2.3.3. Miras Paylaşma Sözleşmesinden Doğan Borçların İfa Edilmemesi

2.3.3.1. Genel Olarak

Miras paylaşma sözleşmesinden doğan borçların ifa edilmemesi durumunda, TBK'nun borçların ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin m. 112 ve devamındaki hükümleri, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanır¹¹³⁹. Ancak söz konusu genel hükümlerin uygulanması, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi ve yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından mümkündür. Elden paylaşma sözleşmesinde bu hükümlerin uygulanması gündeme gelmez. Zira elden paylaşma sözleşmesinde, sözleşmenin kurulması ve ifası aynı anda gerçekleştiğinden, sözleşmenin ifa edilmemesi gibi bir durumla karşılaşılmaz¹¹⁴⁰. Örneğin mirasçılar terekede bulunan parayı aralarında paylaşmışlarsa, artık sözleşme kurulmuş ve ifa edilmiştir. Şu halde TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması, borçlandırıcı işlem niteliğindeki paylaşma sözleşmelerinde mümkün olmaktadır.

¹¹³⁸ “ TMK'nin 676. maddesi hükmüne göre; tapulu taşınmazlara ilişkin paylaşma sözleşmesinin geçerliliği tüm mirasçıların katılımı ile yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Ancak; mirasçılar adına paylı mülkiyet şeklinde tapuda kayıtlı olan taşınmazlara ilişkin taksim sözleşmesinde, paylı mülkiyete geçilmekle taşınmazlar mirasbırakanların terekelerinden çıktığından ve elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi olmadığından, payın temlik resmi şekilde yapılması (TMK mad. 706, 6098 S. TBK madde 237) gerekeceğinden, tüm mirasçıların katılımıyla da yapılsa bu sözleşmeye değer verilemez ”. Yarg. 8. HD, T. 26.11.2019, E. 2016/6153, K. 2019/10535. (erişim tarihi: 23.09.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹¹³⁹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 114.

¹¹⁴⁰ Çabri, Şerh, s. 477.

Türk Borçlar Kanununda borcun ifa edilmemesi bakımından üç temel durum düzenlenmiştir. Bunlar, “hiç ifa etmeme”, “gereği gibi ifa etmeme” ve “temerrüt” olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁴¹. Söz konusu durumlar miras paylaşma sözleşmesinde de gündeme gelebilir. Ancak uygulamada büyük çoğunlukla meydana gelen durum borçlu temerrüdü olmaktadır. Özellikle de adi yazılı olarak düzenlenen paylaşma sözleşmelerinde sonradan bazı mirasçıların tapuda devir için gereken işlemleri yapmaktan kaçındıkları görülmektedir. Bu bakımdan öncelikle temerrüt meselesi üzerinde durulmuş, diğer ifa etmeme halleri daha sonra ele alınmıştır.

2.3.3.2. Borçlunun Temerrüdü

Yazılı paylaşma sözleşmesi ve mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde mirasçılar genellikle muhtelif tereke unsurlarının kime ait olacağına karar verirler. Bu kararlaştırma neticesinde her bir mirasçı bakımından ilgili tereke unsurunun mülkiyetini sözleşmede gösterilen mirasçıya geçirme borcu doğmuş olur¹¹⁴². Bu borcun sözleşmeye aykırı olarak zamanında yerine getirilmemesi durumunda temerrüt meydana gelir¹¹⁴³.

Miras paylaşma sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşme niteliğinde değilse, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarına ilişkin m. 118 vd. hükümlerinin uygulanması söz konusu olur. Örneğin iki mirasçıdan oluşan miras ortaklığında, mirasçılardan biri terekeden hiçbir şey almamayı kabul etmişse, tek tarafa borç yükleyen paylaşma sözleşmesi vardır. Bu ihtimalde, terekeden hiçbir şey almamayı kabul eden mirasçı, söz gelimi terekede bulunan taşınmazların ya da paranın diğer mirasçıya devri için gereken işlemleri yapma borcu altına girmiştir. Bu mirasçı, alacaklı olan mirasçı tarafından temerrüde düşürüldüğü takdirde, borçlu temerrüdünün genel sonuçları devreye girer. Diğer bir deyişle, alacaklı olan mirasçı aynen ifa talebinde bulunabileceği gibi, borçlu mirasçının kusurlu olması durumunda gecikme tazminatı ve şartları varsa beklenmedik halden sorumluluğa da gidebilir. Ayrıca, para borcu söz konusu ise borçlu mirasçıdan münzam zararın giderilmesi de talep edilebilir¹¹⁴⁴.

¹¹⁴¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1153; Oğuzman/Öz, C. I, s. 372; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1135; Hatemi/Gökyayla, s. 244; Giger, Hans, *Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Dike Verlag AG, 2016, OR Art. 97, N. 5 vd; Wey, Rainer/Furrer, Andreas, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen*, 3. Auflage, 2016, Art. 97, N. 3 vd; Weber, BK-OR, Art. 97, N. 23 vd; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 97, N. 3. Borcun ifa edilmemesinin farklı tasnifleri için bkz: Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 212 vd.

¹¹⁴² Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 634, N. 13; Tuor/Picenoni, Art. 634, N. 15; Escher, Art. 634, N. 13; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 805; Hrubesch-Millauer/Bürki, s. 324; Kılıçoğlu, Taksim, s. 72; Eren/Yücer Aktürk, s. 615; Çabri, Şerh, s. 486; Ünlütepe, s. 1209.

¹¹⁴³ Eren, Genel Hükümler, s. 1222.

¹¹⁴⁴ “Somut olayımızda dava konusu, 1.7.1998 tarihinden dava tarihine kadar davalı tarafından tahsil edilen, davacıya ödenmeyen ve miras taksim sözleşmesi ile davacıya bırakılan taşınmazların kirasıdır. Davacı bu

Miras paylaşma sözleşmesi çoğunlukla karşılıklı borç yükleyen sözleşme görünümündedir. Bu sebeple, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarına ek olarak TBK m. 125 hükmünde düzenlenen seçimlik haklar burada da gündeme gelir. Söz konusu seçimlik hakların paylaşma sözleşmesi bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

2.3.3.2.1. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı İsteme

Alacaklı mirasçı, paylaşma sözleşmesinden doğan borcun zamanında ifa edilmemesi durumunda aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep edebilir. Aynen ifa talebi, borçlu mirasçının ifa davası yoluyla ifada bulunmaya zorlanması anlamına gelir. İfa davası, muaccel ve yerine getirilmesi mümkün olan her türlü edimi kapsar¹¹⁴⁵. Ancak paylaşma sözleşmesi özelinde uygulamada ifa davası büyük çoğunlukla terekede bulunan taşınmazlar bakımından söz konusu olmaktadır.

Terekede bulunan taşınmaz yazılı paylaşma sözleşmesine konu edildiği takdirde, bunun ifası için tapu sicilinde ilgili mirasçı lehine devir işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Diğer mirasçı veya mirasçılar, borçlandıkları bu edimi zamanında ifa etmeyerek temerrüde düşerlerse, alacaklı mirasçı ifa davası açabilir. Söz konusu ifa davası, esasen aynı sonuçlar doğuran “tescile zorlama davası”dır¹¹⁴⁶. Bu davanın temeli, TMK m. 716/1 (ZGB Art. 665, Abs. 1) hükmüne dayanmaktadır. Söz konusu hükme göre, mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin bundan kaçınması durumunda mülkiyetin hükmen geçirilmesini hâkimden talep edebilir¹¹⁴⁷. Miras paylaşma sözleşmesi, terekede bulunan

alacağının geç ödenmesi nedeniyle davalıdan munzam zarar isteyebilmesi için, her şeyden öne davalıyı temerrüde düşürmesi gerekir. Davacı, davalıya tahsil ettiği kiralardan kendisine ödenmesi için 22.10.1998 tarihli ihtarnamayı göndermiştir. O halde, ihtarla verilen sürenin sonunda davalının o tarihe kadar tahsil ettiği kiralardan yönünden temerrüde düştüğünün kabulü gerekir. Mahkemece yapılacak iş, 1.7.1998 tarihinden itibaren davalının temerrüde düştüğü tarihe kadar tahsil ettiği kiralardan ilgili olmak üzere dava tarihine kadar geçen zaman zarfında her yıl itibari ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranını, mevduat ve devlet tahviline verilen faiz oranlarını, TL karşısında döviz kurlarını ve altın fiyatlarını gösteren listeyi ilgili resmi kurumlardan araştırmak; konusunda uzman bilirkişi düşüncesinden de yararlanmak suretiyle davacı alacaklının maruz kaldığı asgari zarar miktarını yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde BK.nun 43/2 maddesi de dikkate alınmak suretiyle belirlemek ve sonucuna uygun bir karar vermekten ibarettir.” Yarg. 13. HD, T. 24.2.2003, E. 2002/12732, K. 2003/1776. (erişim tarihi: 17. 09. 2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹¹⁴⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1154; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 219.

¹¹⁴⁶ Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 220. Uygulamada bu davaya “ferağa icbar davası” denildiği gibi, daha yaygın olarak “tapu iptal ve tescil davası” da denilmektedir. Ancak bu dava için “tapu iptal ve tescil davası” kavramının kullanılması doğru değildir. Bu durumun eleştirisi için bkz: Özmen, Etem Saba/ Aydın, Gülşah Sinem, “**Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)**”, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.6, 2014, s. 185 vd.

¹¹⁴⁷ Eren, Mülkiyet, s. 237; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 220; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 407; Ayan, Mülkiyet, s. 222; Hitz, Flurina, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, 3. Auflage, 2016, Art. 665, N. 5; Kernen, Alexander, **OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, 2016, ZGB Art. 665, N. 2; Koller, Alfred, **Der Grundstückskauf**, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2017, s. 136; Liechti, s. 40.

taşınmazın mülkiyetinin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebep teşkil eder. Zira sözleşme gereğince borçlu mirasçıların tapuda gerekli işlemleri yapmalarıyla birlikte, sözleşmeye konu edilen taşınmaz alacaklı mirasçının bireysel mülkiyetine dâhil olacaktır. Borçlu mirasçının veya mirasçılarının tapuda devir işleminden kaçınarak temerrüde düşmesi sonucunda, alacaklı mirasçı bakımından tescile zorlama davası açma hakkı doğmaktadır¹¹⁴⁸.

Tescile zorlama davası sonucunda hâkimin davanın kabulüne karar vermesi halinde bu karar tescil talebi yerine geçer¹¹⁴⁹. Diğer bir deyişle, bu davada hâkim doğrudan doğruya mülkiyetin davacı mirasçıya ait olduğuna karar verecektir. Söz konusu karara istinaden sonradan yapılacak tescil bildirici niteliktedir (*deklatorische Wirkung*)¹¹⁵⁰. Davacı mirasçı, mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte, paylaşma sözleşmesi gereğince kendisine verilmesi kararlaştırılan taşınmazın maliki olur. Öte yandan, paylaşma sözleşmesinde taşınmaz üzerinde bir sınırlı ayni hakkın kurulmasının kararlaştırılması fakat bu konuda temerrüde düşülmesi durumunda da tescile zorlama davası açılabilir.

Taşınmazlar üzerindeki ayni haklar dışında paylaşma sözleşmesine konu edilen diğer edimlerin de ifa davasına konu edilmesi mümkündür. Ancak dava sonucunda alacaklı mirasçı lehine karar verilmesi, mirasçının alacağını elde etmesi için yeterli değildir. Borçlu mirasçı, ifa hükmüne rağmen borcu yerine getirmeyebilir. Bu durumda alacaklı mirasçı için cebri icraya başvurmadan başka çare bulunmamaktadır.

Alacaklı mirasçı, borçlu mirasçıdan aynen ifanın yanında gecikme tazminatı da talep edebilir. Ancak bunun için ifanın gecikmesi sebebiyle alacaklı mirasçının zarara uğraması gerekmektedir.

2.3.3.2.2. Aynen İfadan Vazgeçerek Müspet Zararın Tazminini İsteme

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının başvurabileceği ikinci yol, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın (*positives Vertragsinteresse*) tazminini istemektir¹¹⁵¹. Hal böyle olmakla birlikte, TBK m. 125/2’de düzenlenen bu imkân, miras paylaşma sözleşmesinin mahiyetine uygun düşmemektedir. Zira aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi durumunda, sözleşmenin içerdiği asli edim yükümlülüğü yerine tazminat ödeme yükümlülüğü geçmektedir¹¹⁵². Bu

¹¹⁴⁸ Özmen/Aydın, s. 186.

¹¹⁴⁹ Eren, Mülkiyet, s. 238.

¹¹⁵⁰ Eren, Mülkiyet, s. 253; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 408; Hitz, CHK-ZGB, Art. 665, N. 5; Kernen, OFK-ZGB, Art. 665, N. 2; Liechti, s. 40; Koller, s. 137.

¹¹⁵¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1252; Oğuzman/Öz, C. I, s. 513; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1276; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 107, N. 9; Giger, OR Art. 107, N. 1; Wey/Furrer, CHK-OR, Art. 107, N. 29; Weber, BK-OR, Art. 107, N. 5.

¹¹⁵² Eren, Genel Hükümler, s. 1252.

durum, pek çok sözleşme tipi bakımından aynen ifanın alacaklı için artık anlamsız olduğu hallerde uğranılan zararın giderilmesini amaçlamaktadır. Ancak miras paylaşma sözleşmesinde asli edim olarak belirlenen şey, çoğunlukla tereke unsurlarının hangi mirasçıya verileceğidir. Diğer bir deyişle, bu sözleşme tereke unsurlarının mirasçıların bireysel mülkiyetine geçirilerek paylaşmanın tamamlanması amacını güder. Temerrüt sebebiyle aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini talebi kabul edildiği takdirde, sözleşmenin amacı yerine getirilemez. Bu nedenle kanaatimizce paylaşma sözleşmesi bakımından mümkün olduğu ölçüde aynen ifa seçeneğinin uygulanması gerekmektedir. Nitekim uygulamada da aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın talep edildiği durumlara neredeyse hiç rastlanmamaktadır.

2.3.3.2.3. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazminini İsteme

Borçlu mirasçının temerrüde düşmesi halinde alacaklı mirasçı, sözleşmeden dönerek menfi zararının (*negatives Vertragsinteresse*) tazminini talep edebilir. Uygulamada çok sık görülmesine de, paylaşma sözleşmesinde kararlaştırılan edimin ifasının alacaklı mirasçı bakımından faydasız hale gelmiş olması durumunda, sözleşmeden dönme yolunun tercih edilmesi düşünülebilir.

Sözleşmeden dönmeye birlikte mirasçılar, paylaşma sözleşmesi gereğince yüklendikleri borçları ifa etmekten karşılıklı olarak kurtulurlar (TBK m. 125/3). Ayrıca, daha önceden ifa edilmiş olan edimleri de geri isteme hakları doğar¹¹⁵³. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından kaç tane mirasçının var olduğunun önemi yoktur. Örneğin üç mirasçıdan (A, B, C) oluşan miras ortaklığında, mirasçıların tamamının katılımıyla paylaşma sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmeye göre A'ya terekede bulunan motorlu araç, diğer mirasçılara da başka tereke unsurları verilecektir. Motorlu aracı devir borcunun ifası için, B ve C'nin de notere giderek gerekli işlemleri yapmaları gerekmektedir. B ve C'nin bu borç bakımından temerrüde düşmeleri durumunda, A sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Bu durumda sözleşmeden dönmenin sonuçları bütün mirasçılar bakımından etkisini gösterir.

Sözleşmeden dönmenin niteliği bakımından klasik görüş dikkate alınırsa, dönmeye birlikte paylaşma sözleşmesi geriye etkili olarak sona erer¹¹⁵⁴. Mirasçılar arasında sözleşmenin kurulmasından önceki duruma geri dönmüş olunur. Son zamanlarda ağırlık kazanan yeni dönme görüşüne göre ise, sözleşmeden dönmeye birlikte taraflar arasında tasfiye ilişkisi

¹¹⁵³ Eren, Genel Hükümler, s. 1120; Oğuzman/Öz, C. I, s. 517; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1166; Hatemi/Gökyayla, s. 271; Giger, OR Art. 109, N. 3; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 109, N. 1; Wey/Furrer, CHK-OR, Art. 109, N. 2; Weber, BK-OR, Art. 109, N. 23; Koller, Alfred, “Vertragsrücktritt des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs des Käufers”, Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, 2018, s. 1500.

¹¹⁵⁴ Sözleşmeden dönmenin niteliğini açıklayan görüşler hakkında bkz: Buz, Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 75 vd; Weber, BK-OR, Art. 109, N. 40; Wey/Furrer, CHK-OR, Art. 109, N. 11.

(*Liquidationsverhältnis*) meydana gelir¹¹⁵⁵. Bu sebeple taraflar, daha önce aldıkları şeyleri birbirlerine geri vermekle yükümlüdürler. Ancak önceden alınan şeylerin geri verilmesi, diğer sözleşmelere göre farklılık arz eder. Zira paylaşma sözleşmesi gereğince mirasçılar tarafından alınmış olan şeyler çoğunlukla terekeye dâhil olan malvarlığı unsurlarıdır. Söz konusu unsurların geri verilmesi, ancak bütün mirasçıların elbirliği halinde hak sahipliğinin tekrar kurulmasıyla mümkün olabilir. Peki, böyle bir ihtimalde iade kime yapılmalıdır? Tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından sorunun çözümü bir nebze daha kolaydır. Burada esas olan tapu sicilindeki kayıt olduğundan, söz konusu kaydın düzeltilerek tekrar bütün mirasçılar adına tescil işleminin yapılmasıyla geri verme gerçekleşmiş olur. Taşınmaz üzerinde fiili hâkimiyetin nasıl kullanılacağı, tamamen elbirliği mülkiyetinin genel kuralları çerçevesinde belirlenir. Ancak terekede bulunan para, altın veya değerli eşyalar gibi unsurların geri verilmesi sorun teşkil edebilir. Zira her mirasçı doğal olarak bunlar üzerinde fiili hâkimiyet kurmak isteyecektir. Bu durumda en makul çözüm, miras ortaklığına bir temsilci atanması ve bu tereke unsurlarının temsilciye teslim edilmesidir.

Sözleşmeden dönme hakkının sınırsız biçimde kullanılması düşünülemez. Özellikle de paylaşma sözleşmesi bakımından sözleşmeden dönmekten sonra meydana gelecek olan geri verme yükümlülüğünün zorluğu, bu durumu daha da önemli hale getirmektedir. Söz gelimi, beş tane mirasçıdan oluşan bir miras ortaklığında bütün mirasçıların katılımıyla paylaşma sözleşmesi yapılmış olsun. Sözleşme gereğince dört mirasçıya verilecek olan tereke unsurları ifa edilmiş, fakat bir tanesine ifada bulunulmamıştır. Söz konusu mirasçı, diğer mirasçıların temerrüde düşmesi sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullandığı takdirde, paylaşılan bütün tereke unsurlarının geri verilerek elbirliği halinde hak sahipliğinin yeniden tesis edilmesi gerekecektir. Kanaatimizce bu durum dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla, böyle bir ihtimalde sözleşmeden dönme yerine aynen ifa imkânının öncelikle uygulanması daha doğru bir çözüm olur.

Türk Borçlar Kanunu m. 125/3 hükmünde, sözleşmeden dönme halinde borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemediği takdirde, alacaklının sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği belirtilmektedir. Şu halde, alacaklı durumda olan mirasçı, sözleşmeden dönmeye birlikte menfi zararının tazminini de isteme hakkına sahiptir. Örneğin paylaşma sözleşmesi gereğince terekede bulunan otomobili

¹¹⁵⁵ Yeni dönme görüşü hakkında bkz: Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 503 vd; **Wey/Furrer**, CHK-OR, Art. 109, N. 11; **Weber**, BK-OR, Art. 109, N. 46.

alacak olan mirasçı, sözleşmenin ifasına olan güveni sebebiyle otomobile takılmak üzere multimedya sistemi satın almışsa, bu masrafının giderilmesini isteyebilir.

2.3.3.3. Borcun Hiç İfa Edilmemesi (Kusurlu Sonraki İfa İmkânsızlığı)

Kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra borçlunun kusurlu davranışı nedeniyle kararlaştırılan edimin sürekli ve kesin olarak ifasının mümkün olmamasını ifade eder¹¹⁵⁶. Burada imkânsızlıktan anlaşılması gereken, objektif imkânsızlıktır. Diğer bir deyişle, kararlaştırılan edimin hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesinin sürekli ve kesin biçimde imkânsız hale gelmiş olması gerekmektedir¹¹⁵⁷.

Kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı miras paylaşma sözleşmesinde de karşımıza çıkabilir. Örneğin sözleşme gereğince mirasçılardan birine verilecek olan traktör, diğer mirasçının kusuru sonucunda hasara uğramış ve kullanılamaz hale gelmişse, sonraki ifa imkânsızlığı meydana gelir. Ancak hasara uğrayan tereke unsurunun yerine ikame değer geçmişse, aynı ikame ilkesi (*Surrogationsprinzip*) gereğince bu değer ilgili mirasçıya ifa edilmelidir. Hemen biraz evvel verilen örnekte, hasara uğrayan traktör için sigorta şirketi tarafından tazminat ödendiği takdirde, bunun traktörü alacak olan mirasçıya verilmesi gerekmektedir. Bu durum, sözleşme gereğince kendisine ifada bulunulması gereken mirasçı bakımından daha avantajlıdır. Zira ikame değer yerine salt tazminat talebinde bulunulması durumunda, kusuruyla edimin imkânsızlaşmasına yol açan mirasçıdan bunu tahsil edip edemeyeceği şüphelidir¹¹⁵⁸.

Borçlu mirasçının kusurlu davranışı sonucunda edimin imkânsız hale gelmesinin en önemli sonucu, alacaklı mirasçı bakımından tazminat talep etme hakkının doğmasıdır. Bugün öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı meydana geldiği takdirde borç sona ermez. İmkânsızlaşan edimin yerini, alacaklının zararını tazmin etme yükümlülüğü alır¹¹⁵⁹. Bu görüş çerçevesinde paylaşma sözleşmesi gereğince kendisine ifada bulunulacak olan edim imkânsızlaşan alacaklı mirasçı, kusuruyla bu sonuca neden olan diğer mirasçıdan tazminat talep edebilecek fakat kendi edimini de ifa etmekten kurtulamayacaktır.

¹¹⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1163; Altunkaya, s. 47; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 284; Von Tuhr/Escher, s. 96; Bucher, s. 418; Becker, OR Art. 97, N. 11; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, Band II, N. 2525; Huguenin, s. 180; Giger, OR Art. 97, N. 9; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 97, N. 6; Wey/Furrer, CHK-OR, Art. 97-98, N. 26; Gündoğdu, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 44.

¹¹⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1163; Altunkaya, s. 47; Aksi görüşte; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1214.

¹¹⁵⁸ İkame değer talebinin şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Gündoğdu, s. 306 vd.

¹¹⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1040; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 854; Serozan, Dönme, s. 286; Altunkaya, s. 49; Antalya, Borçlar, C. V/1,3, s. 394; Gündoğdu, s. 195; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 104; Becker, OR Art. 97, N. 4; Bucher, s. 328; Huguenin, s. 182; Giger, OR Art. 97, N. 40; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 97, N. 21; Wey/Furrer, CHK-OR, Art. 97, N. 132.

Örneğin paylaşma sözleşmesine göre mirasçılardan A terekede bulunan altınları, B meyve bahçesini, C ise otomobili alacaktır. Altınlar, B'nin kusuru sonucu kaybolduğu takdirde bu edim bakımından ifa imkânsızlığı meydana gelir. A, B'den uğradığı zarar için tazminat talep edebilir. Ancak B'ye karşı yüklenmiş olduğu kendi edimini ifa borcu devam eder. Diğer bir deyişle, meyve bahçesinin B adına tescili için tapuda gereken işlemleri yapma borcunu yerine getirmek durumundadır. Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre ise, ifası imkânsızlaşan borç sona erer¹¹⁶⁰. Bu durumda, kendisine ifada bulunulacak olan mirasçı, paylaşma sözleşmesine göre kendisine düşen borcu ifa etmekten kurtulur. Yukarıdaki örnekten devam edecek olursak, altınların yok olması sebebiyle bunu elde edemeyecek olan A, meyve bahçesinin devrine ilişkin B'ye karşı yüklendiği borçtan kurtulmuş olur. Ancak A'nın ifanın imkânsızlaşması sebebiyle bir zarara uğraması durumunda B'den tazminat isteme hakkı devam eder. Kanaatimizce, öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüşün uygulanması paylaşma sözleşmesi bakımından daha elverişlidir. Zira bu sözleşmenin amacı, mümkün olduğunca tereke unsurlarının anlaşma çerçevesinde mirasçıların bireysel mülkiyetine geçirilmesidir. İmkânsızlaşan edimin tazminat borcuna dönüştürülmesi sayesinde bu amaç korunmuş ve sözleşmeden doğan diğer edimlerin yerine getirilmesi sağlanmış olur. Aksi takdirde, mirasçıların sözleşmeyi kurarken sahip oldukları iradeye aykırı bir sonucun doğması muhtemeldir. Söz gelimi, kusuruyla altınların yok olmasına sebep olan mirasçı B, A'nın da kendi edimini ifa etmekten kurtulması sonucunda meyve bahçesini elde edemeyecektir. Hâlbuki B'nin paylaşma sözleşmesini kurarken sahip olduğu temel düşünce, meyve bahçesinin kendisine ait olmasıdır. Bu durumda sözleşmenin ayakta tutulması ve paylaşmanın iradi olarak gerçekleşmesi zorlaşmaktadır.

2.3.3.4. Gereği Gibi İfa Etmeme

Gereği gibi ifa, edimin ifa modalitelerine uygun olarak tam ve doğru bir biçimde yerine getirilmesidir¹¹⁶¹. Edimin yer, zaman, miktar ve nitelik bakımından sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirilmemesi durumunda gereği gibi ifa etmemeden (*Nichtgehörige Erfüllung*) bahsedilebilir¹¹⁶². Gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa haliyle yan yükümlülüklerin ihlali halini

¹¹⁶⁰ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 450. *Hatemi/Gökyayla*'ya göre, imkânsızlık durumunda dar anlamda borç sona ererken, geniş anlamda borç ilişkisi devam ettiği için tazminat gerekir. Bkz: **Hatemi/Gökyayla**, s. 260.

¹¹⁶¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1173.

¹¹⁶² Öğretide bazı yazarlar gereği gibi ifa etmeme yerine, Alman Hukukundan gelen bir kavram olarak "Sözleşmenin Müspet İhlali" kavramını kullanmaktadırlar. Bkz: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 972 vd; **Bucher**, s. 335; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, Band II, N. 2614 vd; **Giger**, OR Art. 97, N. 18; **Wey/Furrer**, CHK-OR, Art. 97, N. 7. Sözleşmenin müspet ihlali kavramı ilk defa Alman hukuçu Hermann Staub tarafından ortaya atılmıştır. Staub, 1913 tarihli "Sözleşmenin Müspet İhlali (Die Positiven Vertragsverletzungen)" adlı eserinde, birçok sözleşme ihlalinin Alman Medeni Kanunu'nda yer almadığına işaret etmiştir. Bkz: **Weber**, BK-OR, Art. 97, N. 44 vd.

içermektedir¹¹⁶³. Miras paylaşma sözleşmesi bakımından da gereği gibi ifa etmeme halleri meydana gelebilir.

Kötü ifade (*Schlechterfüllung*), ifa edilen edimin niteliklerinde bir eksiklik ve ayıp söz konusu olur¹¹⁶⁴. TMK m. 679/1 hükmünde, paylaşmanın tamamlanmasından sonra mirasçılarının paylarına düşen mallar için birbirlerine karşı satım hükümlerine göre sorumlu oldukları ifade edilmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu, paylaşma sözleşmesi çerçevesinde mirasçılarının ifa ettikleri edimler için TBK'nun satış sözleşmelerinde zapttan ve ayıptan sorumluluğa dair hükümlerine (m. 214 vd.) yollama yapmaktadır. Şu halde kanunun açık düzenlemesi karşısında, ilgili hükümlerin öncelikle uygulanması gündeme gelecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, TMK m. 679 hükmü emredici nitelikte değildir. Bu sebeple, mirasçılar paylaşma sözleşmesiyle farklı bir sorumluluk rejimi öngörebilecekleri gibi, bunu tamamen bertaraf da edebilirler¹¹⁶⁵.

Paylaşma sözleşmesinde gereği gibi ifa etmemenin diğer bir türü olarak yan yükümlülüklerin ihlali (*Verletzung von Nebenpflichten*) de gündeme gelebilir. Yan yükümlülüklerin ihlali bakımından en önemli husus, aynı zamanda paylaşmaya hâkim olan temel ilkelerden biri olan bilgi verme yükümlülüğünün (*Auskunftspflicht*) ihlalidir. Mirasçılar, paylaşmanın hakkaniyete uygun olarak gerçekleşmesi için gerek mirasbırakanla olan ilişkileri gerekse de tereke unsurları hakkında doğru bilgi vermekle yükümlüdürler¹¹⁶⁶. Bu yükümlülüğün ihlali, borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurabilir. Örneğin A ve B'ye mirasbırakanlarından bir otomobil kalmıştır. Paylaşma sözleşmesinde otomobilin A'ya verilmesi kararlaştırılmıştır. Ancak otomobil, daha önceden mirasbırakanla beraber yaşayan B tarafından kullanılmaktadır. B, otomobili teslim etmeden önce gerçekte yapılmadığı halde bakımlarının eksiksiz olarak yapıldığını söylemiştir. Buna güvenen A, otomobile bakım yaptırmamış ve otomobilin motorunda ciddi bir arıza meydana gelmiştir. Görüldüğü üzere burada ifa gerçekleşmiş ancak B'nin bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle zarar ortaya çıkmıştır. Bu durumda A, gereği gibi ifa etmeme sebebiyle zararının giderilmesini B'den talep edebilir.

¹¹⁶³ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1174; **Kren Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 97, N. 11; **Wey/Furrer**, CHK-OR, Art. 97, N. 51.

¹¹⁶⁴ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1175; **Wey/Furrer**, CHK-OR, Art. 97, N. 52; **Weber**, BK-OR, Art. 97, N. 60.

¹¹⁶⁵ Mirasçılarının paylaşma sözleşmesinin ifasından sonra birbirlerine karşı zapttan ve ayıptan sorumlulukları hakkında bkz: 3.1.2.1.1.

¹¹⁶⁶ **Beusch-Liggenstorfer/Vlcek**, Art. 607, s. 875; **Wolf**, BK-ZGB, Art. 607, s. 185; **Häfliger**, Art. 607, s. 1171; **Meyer**, Art. 607, s. 360; **Hubert-Froidevaux**, Art. 607, s. 823; **Weibel/Heckendorn**, s. 224; **Raveane**, s. 123.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİRAS PAYLAŞMA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE USUL HUKUKUNA DAİR BAZI MESELELER

3.1. Miras Paylaşma Sözleşmesinin Sona Ermesi

3.1.1. Genel Olarak

Geçerli bir şekilde kurulan paylaşma sözleşmesi, borcu sona erdiren sebeplerden dolayı sona erebilir. Borcun sona ermesi, geniş anlamda paylaşma sözleşmesinin sona ermesini, dar anlamda ise bu sözleşmeden doğan borçların sona ermesini ifade eder. Bu bakımdan TBK'nun borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesine ilişkin hükümleri, paylaşma sözleşmesi bakımından da uygulanabilir¹¹⁶⁷. Paylaşma sözleşmesinin iptal edilebilirlik nedeniyle sona ermesi ve ifa edilmemesi nedeniyle sözleşmeden dönülmesi, ilgili bölümlerde ele alındığı için bu başlık altında incelenmemiştir.

Paylaşma sözleşmesinin ifa dışındaki sona erme halleri, yazılı paylaşma sözleşmesi ile mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi bakımından geçerlidir. Başka bir deyişle, elden paylaşma sözleşmesinde, ifa dışındaki sona erme halleri söz konusu olmaz. Zira bu tür paylaşma sözleşmesi ancak ifa ile sona erebilmektedir.

3.1.2. Sona Erme Sebepleri

3.1.2.1. İfa

Bütün sözleşme türlerinde olduğu gibi, miras paylaşma sözleşmesinde de borcu sona erdiren en doğal sebep borcun ifasıdır. Paylaşma sözleşmesinde mirasçılar yüklendikleri bütün borçları ifa ettikleri takdirde hem dar anlamda borçlar hem de geniş anlamda sözleşme sona ermiş olmaktadır. İfanın ne şekilde yapılacağı ve ifa etmemeye ilişkin hususlar daha önce ele alınmış olduğundan tekrar üzerinde durulmamıştır. Bu başlık altında, paylaşma sözleşmesinin ifasından sonra mirasçılarının birbirlerine karşı garanti sorumlulukları ele alınmıştır.

¹¹⁶⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 121; Ozanemre Yayla, s. 221.

3.1.2.1.1. İfadan Sonra Mirasçılarının Birbirlerine Karşı Garanti Sorumlulukları

3.1.2.1.1.1. Genel Olarak

Paylaşma sözleşmesinin ifasından sonra mirasçılarının birbirlerine karşı garanti sorumlulukları, TMK m. 679 (ZGB Art. 637) hükmünde düzenlenmiştir¹¹⁶⁸. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında, paylaşmanın tamamlanmasından sonra mirasçılarının paylarına düşen mallar bakımından birbirlerine karşı satım hükümlerine göre sorumlu oldukları ifade edilmektedir. Öğretide, ilgili fıkranın satım hükümlerine yaptığı atfın satıcının zapttan sorumluluğu ile ayıptan sorumluluğunu kapsadığı belirtilmektedir¹¹⁶⁹. Şu halde mirasçılar, sözleşme gereğince paylaştıkları tereke unsurları bakımından tıpkı bir satıcı gibi zapttan ve ayıptan dolayı sorumlu olacaklardır¹¹⁷⁰. Öte yandan, TMK'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasında, mirasçılarının paylaşmada her birine özgülenen alacakların varlığını birbirlerine karşı garanti ettikleri ve ayrıca borsaya kayıtlı olan kıymetli evrak dışında, alacağın mirasçının hakkına mahsup edilen miktarı için borçlunun ödeme gücünden adi kefil gibi sorumlu oldukları düzenlenmiştir.

Mirasçılarının paylaşmadan kaynaklanan garanti sorumlulukları, ancak paylaşmanın tamamlanmasından sonra söz konusu olabilir (TMK m. 679/1). Elden paylaşma sözleşmesi bakımından paylaşmanın tamamlandığı anın tespiti sorun teşkil etmez¹¹⁷¹. Zira elden paylaşmada sözleşmenin kurulması ile ifası bir arada gerçekleşmekte ve dolayısıyla sözleşme kurulunca paylaşma da gerçekleşmiş olmaktadır. Yazılı paylaşma sözleşmesinde ise, paylaşmanın tamamlanması bakımından sözleşmenin kurulduğu anın mı yoksa ifa edildiği anın mı esas alınması gerektiği tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, yazılı paylaşma sözleşmesinde paylaşmanın tamamlanmasından anlaşılması gereken sözleşmenin ifasıdır¹¹⁷². Buna karşılık, sözleşmenin kurulduğu anda paylaşmanın tamamlandığını kabul eden başka bir görüş de bulunmaktadır¹¹⁷³. Kanaatimizce birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Yazılı

¹¹⁶⁸ Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, TMK m. 679 hükmü yalnızca sözleşme yoluyla paylaşmada değil mahkeme kararıyla paylaşma halinde de uygulama alanı bulur. Ancak İsviçre öğretisinde, bu hükmün (ZGB Art. 637) yalnızca sözleşme yoluyla paylaşmanın tamamlanması durumunda uygulanacağını savunanlar da vardır. Bkz: **Escher**, Art. 637, N.1.

¹¹⁶⁹ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 2; **Escher**, Art. 637, N. 2; **Göksu**, Art. 637, N. 1; **Bosshardt**, Art. 637, N. 1; **Jolles/Vlcek**, Art. 637, N. 1; **Rouiller**, Art. 637, N. 1; **Bürgi**, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 2; **Vouilloz**, Art. 637, N. 2; **Wolf/Genna**, s. 391; **Druey**, § 16, N. 22; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 118; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 627; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 732; **Oğuzman**, s. 338; **Öztan**, s. 499; **İmre/Erman**, s. 573; **Dural/Öz**, s. 522; **Serozan/Engin**, s. 610; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 609; **Antalya/Sağlam**, s. 533; **Ozanemre Yayla**, s. 271; **Çabri**, Şerh, s. 558; **Özdemir**, Şerh, s. 242; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 192.

¹¹⁷⁰ Kanun koyucunun satış sözleşmesi ile paylaşma arasında bir benzerlik kurduğu yönünde bkz: **Ozanemre Yayla**, s. 270.

¹¹⁷¹ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 115; **Ozanemre Yayla**, s. 273.

¹¹⁷² **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 115; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 733; **İmre/Erman**, s. 574; **Ozanemre Yayla**, s. 273; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 10.

¹¹⁷³ **Escher**, Art. 637, N. 21; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 7; **Göksu**, Art. 637, N. 4; **Rouiller**, Art. 637, N. 5; **Vouilloz**, Art. 637, N. 14.

paylaşma sözleşmesinin kurulmuş olması, paylaşmanın tamamlandığı anlamına gelmez. İfa gerçekleşene kadar, sözleşmeye konu edilen tereke unsurları üzerinde elbirliğiyle hak sahipliği devam etmektedir. Dolayısıyla, mirasçıların sözleşmeye konu edilen tereke unsurları bakımından birbirlerine karşı sorumluluklarının ifa ile birlikte başlayacağını kabul etmek gerekmektedir. Aynı durum, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde de geçerlidir.

Öğretide mirasçıların TMK m. 679 çerçevesinde ortaya çıkan sorumluluklarının müteselsil değil, miras payları oranında olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷⁴. Şu halde mirasçılar, paylaşma sözleşmesi gereğince içlerinden birine verilen tereke malının üçüncü kişi tarafından zapt edilmesinden veya ayıplı çıkmasından doğan zarardan miras payları oranında sorumlu tutulacaklardır. Aynı şekilde, mirasçılardan birine özgülenen alacağın mevcut olmaması ya da mevcut olmakla birlikte borçlunun ödeme gücünün bulunmaması durumlarında da miras payı oranında sorumluluk söz konusu olacaktır. Öğretide bu durumun mirasçıların eşitliği ilkesinin bir gereği olduğu ifade edilmektedir¹¹⁷⁵. Sorumluluğun miras payları oranında olmasının sonucu olarak, malın veya alacağın kendisine özgülendiği mirasçı da kendi miras payı oranında zarara katlanmış olmaktadır. Örneğin mirasbırakanın geride eşi ve iki altsoyunu mirasçı olarak bıraktığını varsayalım. Paylaşma sözleşmesi gereğince sağ kalan eşe 100.000 TL değerinde bir mal kalmış olsun. Söz konusu malda ortaya çıkan ayıp sebebiyle malın değerinde 20.000 TL'lik azalma meydana gelmişse, sağ kalan eş diğer iki mirasçıdan 10.000'er TL talep edemeyecektir. Bu durumda sağ kalan eş, kendi miras payı oranında (1/4) zarara katlanacak, geriye kalan kısım için diğer mirasçılardan talepte bulunabilecektir. Başka bir deyişle, sağ kalan eş kendi miras payına karşılık gelen 5.000 TL indirildikten sonra, diğer mirasçılardan 7.500'er TL talep edebilecektir¹¹⁷⁶.

Mirasçılarının birbirlerine karşı garanti sorumlulukları, kanundan doğan ve kusura dayanmayan bir sorumluluktur¹¹⁷⁷. Öğretide TMK m. 679 (ZGB Art. 637) hükmünün emredici nitelikte olmadığı kabul edilmektedir¹¹⁷⁸. Bu sebeple mirasçılar paylaşma sözleşmesinde, özgülenen tereke unsurlarıyla ilgili sorumluluklarını tamamen kaldırabilecekleri gibi, kanunda

¹¹⁷⁴ Escher, Art. 637, N. 10; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 3; Göksu, Art. 637, N. 7; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 3; Bosshardt, Art. 637, N. 2; Rouiller, Art. 637, N. 2; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 2; Kılıçoğlu, Taksim, s. 116; Kocayusufpaşaoğlu, s. 732; Antalya/Sağlam, s. 533; Serozan/Engin, s. 611; Ozanemre Yayla, s. 274; Avcı, s. 157.

¹¹⁷⁵ Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 1; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 2; Vouilloz, Art. 637, N. 1; Kılıçoğlu, Taksim, s. 116; Ozanemre Yayla, s. 275.

¹¹⁷⁶ Benzer örnekler için bkz: Dural/Öz, s. 523; Avcı, s. 159; Çabri, Şerh, s. 563.

¹¹⁷⁷ İmre/Erman, s. 574; Çabri, Şerh, s. 556.

¹¹⁷⁸ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 4; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 2; Escher, Art. 637, N. 2; Göksu, Art. 637, N. 2; Bosshardt, Art. 637, N. 1; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 1; Vouilloz, Art. 637, N. 5; Rouiller, Art. 637, N. 3; Kocayusufpaşaoğlu, s. 733; Çabri, Şerh, s. 556; Antalya/Sağlam, s. 534; İmre/Erman, s. 574; Eren/Yücer Aktürk, s. 627; Avcı, s. 157; Özdemir, Şerh, s. 243.

düzenlenenden farklı bir sorumluluk rejimi de öngörebilirler¹¹⁷⁹. Söz gelimi, paylaşma sözleşmesinde garanti sorumluluğunun miras payları oranında değil de eşit oranda olacağı ya da müteselsil olarak sorumlu olunacağı kabul edilebilir. Ancak mirasçılar üçüncü kişinin üstün hakkını gizledikleri (TBK m. 214/3) ya da tereke malının ayıplı olarak özgülenmesinde ağır kusurlu oldukları takdirde (TBK m. 221), sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür¹¹⁸⁰.

3.1.2.1.1.2. Zapttan Sorumluluk

3.1.2.1.1.2.1. Genel Olarak

Miras paylaşma sözleşmesi gereğince zapttan sorumluluk, sözleşmeye göre mirasçılardan birine özgülenen malların, üçüncü kişinin üstün hakkı dolayısıyla mirasçının elinden alınması veya kullanılmasının engellenmesi sebebiyle diğer mirasçıların sorumlu olmasını ifade eder¹¹⁸¹. Türk Medeni Kanunu m. 679/1 hükmünde yapılan atıf dolayısıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümleri (m. 214-218), uygun düştüğü ölçüde paylaşma sözleşmesine de uygulanır¹¹⁸².

Satış sözleşmesinde satıcı, sözleşme konusu şeyi üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden arınmış bir şekilde teslim etmekle yükümlüdür¹¹⁸³. Aynı durum, paylaşma sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Diğer bir deyişle mirasçılar, paylaşma sözleşmesine konu ettikleri tereke unsurlarını, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden arınmış bir şekilde ifa etmek durumundadırlar¹¹⁸⁴. Aksi takdirde sözleşme gereğince bir tereke unsurunun bireysel mülkiyetini kazanan mirasçı, onun üzerinde tam ve sınırsız şekilde malik olamaz veya ondan dilediği gibi yararlanamaz.

Mirasçıların zapttan sorumlulukları, ancak paylaşma sözleşmesinin ifasından sonra gündeme gelebilir. Sözleşmeye konu edilen tereke unsurları, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat henüz ifa edilmeden önce üçüncü kişinin üstün hakkı sebebiyle mirasçının elinden alınmışsa, zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlere gidilemez. Bu durumda şartları varsa, borcun

¹¹⁷⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 627; Antalya/Sağlam, s. 534; Çabri, Şerh, s. 557; Ozanemre Yayla, s. 274; Avcı, s. 157; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 4; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 2; Escher, Art. 637, N. 2; Vouilloz, Art. 637, N. 5; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 1; Wolf/Genna, s. 391.

¹¹⁸⁰ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 4; Göksu, Art. 637, N. 2; Eren/Yücer Aktürk, s. 627; Çabri, Şerh, s. 557; Özdemir, Şerh, s. 243; Ozanemre Yayla, s. 274; Avcı, s. 157.

¹¹⁸¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 628; Çabri, Şerh, s. 559; Ozanemre Yayla, s. 278; Özdemir, Şerh, s. 246; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 6; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 6; Rouiller, Art. 637, N. 7; Vouilloz, Art. 637, N. 8; Wolf/Genna, s. 391; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 1.

¹¹⁸² Dural/Öz, s. 523; Eren/Yücer Aktürk, s. 628; Avcı, s. 158; Ozanemre Yayla, s. 279; Escher, Art. 637, N. 4; Rouiller, Art. 637, N. 7; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 6. Satıcının zapttan sorumluluğu hakkında bkz: Akçaal, Mehmet, *Satıcının Zapttan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 59 vd.

¹¹⁸³ Yavuz/Acar/Özen, s. 109.

¹¹⁸⁴ Çabri, Şerh, s. 559.

hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine (TBK m.112) ya da kusursuz sonraki ifa imkânsızlığına (TBK m. 136) ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilir.

Mirasçılarının zapttan sorumluluğuna dair TMK m. 679/1 hükmü, terekede bulunan maddi mallar bakımından uygulama alanı bulur¹¹⁸⁵. Maddi olmayan tereke unsurları, özellikle de alacaklar bakımından TMK m. 679/2 hükmünde özel bir garanti sorumluluğu yer almaktadır¹¹⁸⁶.

3.1.2.1.1.2.2. Şartları

Mirasçılarının zapttan sorumluluğunun şartları, temelde “maddi şartlar” ve “şekli şartlar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹¹⁸⁷. Maddi şartlar; geçerli bir paylaşma sözleşmesinin yapılmış olması, zapt konusu tereke malının mirasçıya devredilmiş olması, üçüncü kişinin zapta sebep olan üstün bir hakkının olması, mirasçının sözleşmenin kurulduğu sırada zapt tehlikesini bilmemesi ve üçüncü kişinin üstün hakkını mirasçıya karşı kullanmış olmasıdır. Şekli şartlar ise zaptın diğer mirasçılara ihbarı ve ispatına ilişkin şartlardan ibarettir¹¹⁸⁸. Zaptın ihbarı ve ispatı, hukuki nitelikleri bakımından birer külfettir (*Obliegenheit*)¹¹⁸⁹. Bu sebeple, mirasçı bu külfetleri yerine getirmediği takdirde, maddi şartlar var olsa dahi zapttan doğan haklarını kaybetmiş olur.

3.1.2.1.1.2.2.1. Maddi Şartlar

3.1.2.1.1.2.2.1.1. Geçerli Bir Paylaşma Sözleşmesinin Var Olması

Mirasçılarının zapttan sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle geçerli bir paylaşma sözleşmesinin var olması gerekmektedir¹¹⁹⁰. Paylaşma sözleşmesi herhangi bir sebeple geçersiz olduğu ya da iptal edildiği takdirde, zapttan sorumluluk söz konusu olmaz. Zira bu durumda geçersiz veya iptal edilmiş paylaşma sözleşmesine dayanılarak kullanılan tereke malı üzerinde ilgili mirasçının bireysel mülkiyet hakkı doğmamıştır.

3.1.2.1.1.2.2.1.2. Zapt Konusu Tereke Malının Mirasçıya Devredilmiş Olması

Mirasçılarının zapttan sorumlulukları yarar ve hasarın geçmesiyle birlikte başlar¹¹⁹¹. Türk Borçlar Kanunu’na göre; kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel

¹¹⁸⁵ Eren/Yücer Aktürk, s. 627.

¹¹⁸⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 628.

¹¹⁸⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 629.

¹¹⁸⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 630.

¹¹⁸⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 630.

¹¹⁹⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 629; Çabri, Şerh, s. 559; Escher, Art. 637, N. 5; Rouiller, Art. 637, N. 5; Vouilloz, Art. 637, N. 7. Paylaşmanın mahkeme kararıyla gerçekleştiği durumlarda doğal olarak böyle bir şart aranmaz.

¹¹⁹¹ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 7; Göksu, Art. 637, N. 4; Escher, Art. 637, N. 5; Bosshardt, Art. 637, N. 2; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 2; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 3; Eren/Yücer Aktürk, s. 629.

koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya aittir (m. 208/1). Söz konusu hükmün kıyasen paylaşma sözleşmesine uygulanması mümkündür. Şu halde paylaşma sözleşmesinde de sözleşme konusu tereke mallarının yarar ve hasarı, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda tescille birlikte devralan mirasçıya geçer. Paylaşma sözleşmesi kurulmuş, fakat sözleşme konusu tereke mallarına ilişkin tasarruf işlemleri yapılmamışsa zapttan sorumluluk meydana gelmez. Mülkiyetin devrinden önce, sözleşme konusu tereke malının üçüncü kişi tarafından zaptı halinde, duruma göre ya borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine (TBK m.112) ya da kusursuz sonraki ifa imkânsızlığına (TBK m. 136) ilişkin hükümlere gidilebilir.

3.1.2.1.1.2.2.1.3. Üçüncü Kişinin Üstün Bir Hakkının Var Olması

Sözleşme gereğince mirasçılardan birine devredilen tereke malının üçüncü kişinin üstün hakkı dolayısıyla mirasçının elinden alınmış olması gerekmektedir. Üçüncü kişinin üstün hakkından kasıt, tereke malını elinde bulunduran mirasçıya nazaran daha öncelikli bir hakka dayanılmasıdır¹¹⁹². Bu çerçevede mülkiyet hakkı, sınırlı ayni haklar, kişilik hakları, fikri ve sınai haklar veya tapu siciline şerh edilmiş şahsi haklar üstün hak niteliğinde olabilir¹¹⁹³. Buna karşılık, bir şahsi hakka dayanılarak ya da hiçbir hakka dayanılmaksızın sözleşme konusu tereke malının zapt edilmesi durumunda zapttan sorumluluk söz konusu olmaz¹¹⁹⁴. Öte yandan, üçüncü kişinin üstün hakkının, paylaşma sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut olması da zorunludur¹¹⁹⁵. Diğer bir deyişle, paylaşma sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü kişinin üstün hakkı doğmuşsa artık zapttan sorumluluk hükümlerine başvurulamaz¹¹⁹⁶.

3.1.2.1.1.2.2.1.4. Mirasçının Sözleşmenin Kurulduğu Sırada Zapt Tehlikesini Bilmemesi

Üçüncü kişinin üstün hakkı dolayısıyla sözleşme konusu mal elinden alınan mirasçı, paylaşma sözleşmesinin kurulduğu sırada üçüncü kişinin üstün hakkını biliyorsa, diğer mirasçıların zapttan sorumlulukları söz konusu olmaz¹¹⁹⁷. Mirasçının paylaşma sözleşmesinin

¹¹⁹² Kılıçoğlu, Taksim, s. 117; Eren/Yücer Aktürk, s. 629; Çabri, Şerh, s. 560.

¹¹⁹³ Tandoğan, Borçlar Özel, C.I, s. 151; Eren, Özel Hükümler, s. 84; Zevkliler/Gökyayla, s. 142; Gümüş, Özel Hükümler, s. 55; Aydoğdu/Kahveci, s. 129; Akçaal, s. 149-150; Ozanemre Yayla, s. 279; Özdemir, Şerh, s. 246; Escher, Art. 637, N. 6; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 6; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 6.

¹¹⁹⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, C.I, s. 152; Eren/Yücer Aktürk, s. 630; Çabri, Şerh, s. 560.

¹¹⁹⁵ Wolf/Genna, s. 391; Göksu, Art. 637, N. 4; İmre/Erman, s. 575; Çabri, Şerh, s. 560.

¹¹⁹⁶ Çabri, Şerh, s. 561.

¹¹⁹⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 629; Çabri, Şerh, s. 561; Ozanemre Yayla, s. 283; İmre/Erman, s. 575; Özdemir, Şerh, s. 247. “Taksimden sonra mirasçılardan birine verilen malın maddi veya hukuki ayıbı ortaya çıkabilir. Eger sözleşme sırasında bunlar biliniyor ya da bilinmesi mümkün ise o malı almaya razı olan mirasçı bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Böyle bir durum mevcut olduğu halde bilmiyorsa ya da kendisinden gizlenmiş ise veya akla gelmedik biçimde sonradan ortaya çıkmış ise bu mirasçıyı kendi haline terk etmek, diğer bir anlatımla zararı ona yüklemek haksızlık olur.” Yargıtay HGK, 1989/16-575 E., 1990/99 K., 21.02.1990 T. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası).

kurulduğu sırada zapt tehlikesini bilmesine rağmen diğer mirasçılarının sorumluluklarına başvurabilmesi, ancak diğer mirasçılar tarafından bunun ayrıca üstlenilmiş olmasına bağlıdır (TBK m. 214/2)¹¹⁹⁸. Söz gelimi, paylaşma sözleşmesinde mirasçılardan birine verilmesi kararlaştırılan bir arazi bakımından zapt tehlikesinin olduğu biliniyorsa ve diğer mirasçılarının zapt durumunda sorumlu olacakları sözleşmede kararlaştırılmışsa, ilgili mirasçı zapt tehlikesini bilmesine rağmen diğer mirasçılara başvurabilir.

3.1.2.1.1.2.2.1.5. Üçüncü Kişinin Zapt Hakkını Mirasçıya Karşı Kullanmış Olması

Üçüncü kişinin üstün hakka sahip olması ve bu hakkı mirasçıya karşı ileri sürme ihtimalinin bulunması, tek başına mirasçılarının zapttan sorumluluklarının doğmasına sebep olmaz¹¹⁹⁹. Üçüncü kişi sahip olduğu üstün hakka dayanarak zapta girişmediği sürece mirasçılarının zapttan sorumlulukları meydana gelmez¹²⁰⁰. Üçüncü kişinin hakkını ileri sürmesi dava yoluyla olabileceği gibi, açık veya örtülü irade beyanıyla da olabilir¹²⁰¹.

3.1.2.1.1.2.2.2. Şekli Şartlar

3.1.2.1.1.2.2.2.1. Zaptın İhbarı

Mirasçı, paylaşma sözleşmesi gereğince kendisine verilen tereke malı bakımından üçüncü kişi tarafından açılan zapt davasını diğer mirasçılara ihbar etmekle yükümlüdür (*Mitteilungspflicht*)¹²⁰². Söz konusu ihbarın ne şekilde yapılacağı konusunda TBK m. 215 hükmünde düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ispat kolaylığı bakımından ihbarın mahkeme veya noter kanalıyla yapılmasında yarar vardır¹²⁰³. Dava, diğer mirasçılara ihbar edildiği takdirde, diğer mirasçılar durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca ya ilgili mirasçının yanında davaya katılmak ya da onun yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek zorundadırlar¹²⁰⁴.

Dava diğer mirasçılara hiç veya zamanında ihbar edilmediği takdirde, diğer mirasçılar zamanında ihbar edilmiş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispatladıkları ölçüde ve payları oranında sorumluluktan kurtulurlar¹²⁰⁵. Şu halde davanın ihbarı tek başına yeterli olmayıp, ihbarın diğer mirasçılarının davaya müdahalesine ve savunmaya elverişli bir zamanda yapılması gerekmektedir.

¹¹⁹⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 629; Özdemir, Şerh, s. 247.

¹¹⁹⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 629.

¹²⁰⁰ Çabri, Şerh, s. 561; Özdemir, Şerh, s. 247.

¹²⁰¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 630; Ozanemre Yayla, s. 286.

¹²⁰² Eren/Yücer Aktürk, s. 630; Eren, Özel Hükümler, s. 85; Dural/Öz, s. 523; Zevkliler/Gökyayla, s. 144; Özdemir, Şerh, s. 247; Çabri, Şerh, s. 562; Ozanemre Yayla, s. 287.

¹²⁰³ Eren/Yücer Aktürk, s. 630; Eren, Özel Hükümler, s. 85; Akçaal, s. 192.

¹²⁰⁴ Ozanemre Yayla, s. 287.

¹²⁰⁵ Eren/Yücer Aktürk, s. 631; Ozanemre Yayla, s. 287.

Mirasçı, üçüncü kişinin açtığı davayı savunmaya elverişli bir zamanda diğer mirasçılara ihbar etmişse, onun aleyhinde verilen hüküm diğer mirasçılar bakımından da sonuç doğurur (TBK m. 215/2). Ancak diğer mirasçılar, üçüncü kişinin açtığı davada verilen hükmün, ilgili mirasçının ağır kusuru yüzünden verildiğini ispat ettikleri takdirde, zapttan dolayı sorumluluktan kurtulurlar¹²⁰⁶. Söz gelimi, üçüncü kişi tarafından kendisine dava açılan mirasçı, şartları mevcut olmasına rağmen kazandırıcı zamanaşımına (*Ersitzung*) dayanmayı ihmal ederse, diğer mirasçılar bunu ileri sürerek zapttan dolayı sorumluluktan kurtulabilirler¹²⁰⁷.

3.1.2.1.1.2.2.2. Zaptın İspatı

Mirasçının üçüncü kişinin zaptından dolayı diğer mirasçıların sorumluluğuna başvurabilmesi, özellikle zaptın maddi şartlarının gerçekleştiğini ispat etmesine bağlıdır¹²⁰⁸. Zaptın ispatı mahkeme kararıyla olabileceği gibi, mahkeme kararı olmaksızın da gerçekleşebilir.

Üçüncü kişi zapt hakkını dava yoluyla kullanmış ve mirasçı bu davayı diğer mirasçılara uygun zamanda ihbar etmişse, bu dava sonucunda verilen karar diğer mirasçıları da bağlar. Dolayısıyla, mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte üçüncü kişinin zaptı ispat edilmiş olur¹²⁰⁹. Ancak mirasçı isterse mahkeme kararını beklemeksizin üçüncü kişinin üstün hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanıyıp eşyayı ona verebilir (TBK m. 216/1, b.1)¹²¹⁰. Aynı şekilde, mirasçının üçüncü kişinin dava açmasını beklemeden, diğer mirasçıları eşya üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemeleri, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarması ve bundan sonuç alamadığı takdirde tahkime

¹²⁰⁶ **Ozanemre Yayla**, s. 288.

¹²⁰⁷ **Escher**, Art. 637, N. 7. Yazar burada İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 728 hükmünde (TMK m. 777) taşınır mallar bakımından düzenlenen kazandırıcı zamanaşımını ifade etmektedir.

¹²⁰⁸ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 631.

¹²⁰⁹ **Tandoğan**, Borçlar Özel, C. I, s. 156.

¹²¹⁰ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 632. Eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, üçüncü kişinin üstün hakkına dayanarak alıcının elinden malı almasının dava yoluyla gerçekleşmesinin zorunlu olup olmadığı tartışılmalıydı. Bazı yazarlar, üçüncü kişinin mutlaka bir dava yoluyla zaptı ileri sürmesi gerektiği görüşündeydi. Yargıtay da eski kararlarında bu görüşü destekliyordu. Zira İsviçre Borçlar Kanunu'nun, alıcının satılan şeyi üçüncü kişiye davasız bırakmak zorunda olduğunu ispatladığı takdirde satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabileceğine ilişkin hükmü (OR Art. 194, Abs. 2) Borçlar Kanununa alınmamıştı. Diğer bazı yazarlar ise, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünün alınmamasının bilinçli bir tercih olmadığını ve bu sebeple, üçüncü kişinin mutlaka dava açarak zaptı sağlamasını beklemek gerekmediğini ileri sürmekteydi. Yargıtay da sonradan verdiği kararlarda bu görüşü benimsemişti. Buna göre, alıcı üçüncü kişinin üstün hakkını dürüstlük kurallarına uygun şekilde tanımışsa ya da satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat ederse satıcının zapttan sorumluluğuna gidebilmeliydi. 6098 sayılı TBK m. 216 hükmünde bu durum açıkça düzenlendiği için artık böyle bir tartışma söz konusu olmayacaktır. Bkz: **Zevkliler/Gökyayla**, s. 144; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 113.

başvurması da mümkündür (TBK m. 216/1, b.2)¹²¹¹. Her iki durumda diğer mirasçılarının zapttan sorumlulukları devam eder.

3.1.2.1.1.2.3. Hüküm ve Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu'nda satıcının zapttan sorumluluğu çerçevesinde alıcının hakları, “Tam zapt halinde” ve “Kısmi zapt halinde” olmak üzere iki ayrı hükümde (m. 217-218) düzenlenmiştir. Tam zapt (*vollständiger Entwehrung*), üçüncü kişinin üstün hakkına dayanarak satılanın alıcının elinden bütün haklarıyla birlikte tamamen alınmasını ifade eder¹²¹². Kısmi zapt (*teilweiser Entwehrung*) ise, satılanın bir kısmının alıcının elinden alınması ya da mülkiyet hakkından doğan yetkileri sınırlayan bir hakkın ileri sürülmesi anlamına gelmektedir¹²¹³. Söz konusu durumların miras paylaşma sözleşmesinde de karşımıza çıkması mümkündür. Şu halde, gerek tam zapta gerekse de kısmi zapta ilişkin TBK hükümleri, paylaşma sözleşmesinde uygulama alanı bulabilir.

3.1.2.1.1.2.3.1. Tam Zapt Halinde

Türk Borçlar Kanunu'nun tam zapt halinde alıcının haklarını düzenleyen 217. maddesinin ilk fıkrasında, satılanın tamamının alıcının elinden alınması halinde, satış sözleşmesinin “kendiliğinden sona ermiş sayılacağı” düzenlenmiştir. Dolayısıyla tam zapt halinde sözleşme, alıcının herhangi bir irade beyanına ihtiyaç olmaksızın kanun gereği ortadan kalkmış olmaktadır¹²¹⁴. Öğretideki ağırlıklı görüş de bu yöndedir. Hal böyle olmakla birlikte, kendiliğinden sona ermenin sözleşmeden dönme olarak anlaşılması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır¹²¹⁵.

Satış sözleşmesinde zaptın hukuki sonuçlarına dair hükümlerin paylaşma sözleşmesinde nasıl uygulanacağı meselesi oldukça tartışmalıdır. Öğretide çoğunluğu oluşturan görüşe göre,

¹²¹¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 632. TBK m. 216 hükmünün sorunlu olduğu hakkında bkz: Yıldırım, Mustafa Fadıl, “Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 1049 vd.

¹²¹² Oser/Schönenberger, OR Art. 195, N. 1; Schönle, Herbert/Higi, Peter, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Band/Nr. V/2a, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2005, Art. 195, N. 2; Hrubesch-Millauer, Stephanie, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 195-196a, N. 1; Akçaal, s. 107; Acar, Özlem, “Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2014, s. 116.

¹²¹³ Hrubesch-Millauer, Vertragsverhältnisse, Art. 195-196a, N. 4; Schönle/Higi, ZK-OR, Art. 196, N. 2; Kren Kostkiewicz, OFK- OR, Art. 196, N. 1; Akçaal, s. 108; Acar, s. 121.

¹²¹⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 87; Yavuz/Acar/Özen, s. 119; Zevkliler/Gökyayla, s. 145; Gümüş, Özel Hükümler, s. 61; Aydoğdu/Kahveci, s. 134; Akçaal, s. 231; Oser/Schönenberger, OR Art. 195, N. 1; Hrubesch-Millauer, CHK OR Art. 195-196a, N. 1; Schönle/Higi, ZK-OR, Art. 195, N. 5; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 195, N. 1.

¹²¹⁵ Zaptın hukuki sonuçlarına dair görüşlere ilişkin bkz: Pekmez, Cüneyt, “Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 20, 2015, s. 527 vd; Ayrıca bkz: Akçaal, s. 232; Ozanemre Yayla, s. 290.

söz konusu hükümler mahiyetine uygun düştüğü ölçüde paylaşma sözleşmesine uygulanmalıdır¹²¹⁶. Bu görüşe göre, paylaşma sözleşmesi çerçevesinde mirasçıya özgülenen malın zaptı durumunda kural olarak mirasçının sözleşmeden dönme hakkı bulunmadığı gibi¹²¹⁷ sözleşmenin tamamen hükümsüz sayılması da mümkün değildir¹²¹⁸. Burada mirasçının talep edebileceği şey, ancak zapttan dolayı uğramış olduğu zararların tazmininden ibarettir¹²¹⁹. Zira paylaşma sözleşmesinin zapttan dolayı hükümsüz hale gelmesi, mirasın paylaşılmasını zorlaştıracak ve yeni uyuşmazlıkların doğmasına sebep olacaktır¹²²⁰. Ancak bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, mirasçıya düşen payın tamamı bakımından zapt durumu söz konusu ise, bu ihtimalde ilgili mirasçı için sözleşmeden dönme hakkının doğacağını belirtmektedir¹²²¹. Öğretide farklı bir görüş ise, paylaşma sözleşmesi sonucu bir mirasçıya verilen ve üçüncü kişi tarafından zapt edilen malın, ilgili mirasçının payının tamamını karşılamıyor olsa bile, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilirliğini ileri sürmektedir¹²²².

Hâkim görüşe karşı çıkan diğer bir görüş ise, TMK m. 679 hükmünde kanun koyucunun “hukuki nitelikleri elverdiği ölçüde uygulanır” ifadesini dahi kullanmayarak satış hükümlerinin mutlak biçimde uygulanacağını öngördüğünü ileri sürmektedir¹²²³. Bu görüşe göre miras payı birden çok maldan oluşsa bile satış hükümleri aynen uygulanabilir. Ayrıca, TMK m. 680 hükmü gereğince sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin hükümler paylaşma sözleşmesinde aynen uygulanabilirken, buna paralel olarak zapttan sorumlulukta tam dönmenin uygulanmamasını anlamak mümkün değildir¹²²⁴. Yargıtay da paylaşma sözleşmesi gereğince mirasçılardan birine verilen bir malın zapt edilmesi durumunda paylaşma sözleşmesinin hükümsüz kalacağı görüşündedir¹²²⁵.

Kanaatimizce doğru sonuca ulaşmak için tam zaptın paylaşma sözleşmesi bakımından ne ifade ettiğini tespit etmek gerekmektedir. Paylaşma sözleşmesi bakımından tam zapttan

¹²¹⁶ Dural/Öz, s. 523; İmre/Erman, s. 575; Serozan/Engin, s. 611; Öztan, s. 500; Ozanemre Yayla, s. 290.

¹²¹⁷ Serozan/Engin, çok sayıda mirasçının katılmış olduğu bir paylaşmada, pay torbasında yer alan çok sayıda değerden salt birinin zapt ile malul olduğu bir durumda, sözleşmeden dönme gibi köktenci bir yaptırıma olanak tanınamayacağını belirtmekte ve bu durumu “pire için yorgan yakmaya” benzetmektedir. Bkz: Serozan/Engin, s. 611.

¹²¹⁸ Dural/Öz, s. 523; İmre/Erman, s. 575; Serozan/Engin, s. 611; Çabri, Şerh, s. 562.

¹²¹⁹ Escher, Art. 637, N. 10; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 5; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 8; Göksu, Art. 637, N. 5; Rouiller, Art. 637, N. 11; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 5; Serozan/Engin, s. 611; Çabri, Şerh, s. 563.

¹²²⁰ Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 5; Çabri, Şerh, s. 563.

¹²²¹ Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 8; Rouiller, Art. 637, N. 11.

¹²²² Kılıçoğlu, Taksim, s. 117.

¹²²³ Eren/Yücer Aktürk, s. 633.

¹²²⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 634.

¹²²⁵ “...somut olayda, taksimle davacıya düşen 96 parsel hakkında Hazine'nin açmış olduğu davanın kabulüne ve taşınmazın orman niteliği ile Hazine adına tesciline karar verilmesi olgusu karşısında taksimin artık geçerliliğinin kalmadığı, bozulduğunun kabulü gerekir.” Yarg. HGK, T. 07.11.2001, E. 2001/17-968, K. 2001/815, (erişim tarihi: 03.08.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

anlaşılması gereken şey, sözleşme gereğince bir mirasçıya verilen tereke mallarının tamamının zapt edilmesi olmalıdır. Zira satış sözleşmesinde tam zapt, alıcının sözleşmeye konu edilen şeyin tamamını kaybetmesi anlamına gelmektedir. Şu halde satış sözleşmesindeki tam zapta ilişkin TBK m. 217 hükmünün paylaşma sözleşmesine uygulanabilmesi için de, ilgili mirasçının sözleşme gereğince elde ettiği tereke mallarının tamamını zapt sebebiyle kaybetmiş olmasını aramak gerekmektedir. Bu sebeple, mirasçılardan birinin sözleşme gereğince kendisine verilen tereke mallarından birini veya birkaçını zapt sebebiyle kaybetmesi durumunda, paylaşma sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği kabul edilmemelidir. Aksi takdirde hakkaniyete aykırı durumlarla karşılaşılabilir. Söz gelimi on parsel taşınmazdan oluşan bir tereke üzerinde iki mirasçının hak sahibi olduğunu varsayalım. Mirasçılar sözleşme gereğince terekedeki malları beşer parsel düşecek şekilde paylaşmış olsunlar. Mirasçılardan biri, kendisine düşen parsellerden birinin zaptı dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkına sahip olur veya sözleşme hükümsüz kabul edilirse, diğer dokuz parsel bakımından yapılan paylaşma da hükümsüz kalacaktır. Ayrıca, zapt sebebiyle kendisine düşen mallardan biri elinden alınan mirasçının da paylaşmanın hükümsüz kalmasını arzu etmemesi ihtimal dâhilindedir. Ancak satış sözleşmesinde zapta ilişkin TBK m. 217 hükmü mutlak olarak uygulanırsa, zapt sebebiyle malı elinden alınan mirasçının dahi istemediği bir sonucun meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu sebeple, tam zaptı düzenleyen TBK m. 217 hükmünü, bir mirasçıya düşen tereke mallarının tamamının zaptı halinde uygulamak kanaatimizce daha yerindedir. Örneğin paylaşma sözleşmesi gereğince yalnızca bir adet taşınmazı devralan mirasçı, üçüncü kişinin zapt etmesi sebebiyle bu taşınmazı kaybetmişse, artık paylaşma sözleşmesinin kendiliğinden sona ermiş sayılması gerekir. Zira bu durumda paylaşma sözleşmesinin ayakta kalması, mirasçılar arasındaki menfaatler dengesine uygun değildir¹²²⁶. Öğretide bir görüş, paylaşma sözleşmesinin hükümsüz hale gelip gelmemesinde zapt edilen malın değerinin tereke içindeki oranı dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir¹²²⁷. Kanaatimizce, sözleşme gereğince mirasçıya düşen malların tamamı zapt edilmişse, artık bu malların tereke içindeki değerine bakmanın anlamı yoktur. Zira mirasçı, değeri düşük dahi olsa sırf belirli bir mala atfettiği önemden dolayı paylaşma sözleşmesi yapmaya rıza göstermiş olabilir. Bu sebeple, yalnızca değer düşüklüğü dikkate alınarak mirasçının paylaşma sözleşmesi yapmaktaki amacının ve iradesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Zapttan sorumluluk, nihayetinde sözleşmenin ifasını tamamlayıcı nitelikte bir kurumdur. Mirasçının sözleşme gereğince elde ettiği tereke malları tamamen zapt edilmişse, onun paylaşma sözleşmesinin

¹²²⁶ Çabri, Şerh, s. 564.

¹²²⁷ Çabri, Şerh, s. 564.

ifasından beklediği menfaatin gerçekleştiği söylenemez. Mirasçının sözleşme gereğince aldığı malların tamamı değil fakat biri veya birkaçı zapt edilmişse, sözleşme ayakta kalmalı ve kısmi zapt hükümlerine başvurulmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m. 217 hükmünde, tam zapt halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ermiş sayılacağı belirtildikten sonra alıcının hakları dört bent halinde sayılmıştır. Buna göre alıcı, satıcıdan aşağıdaki taleplerde bulunabilir¹²²⁸:

1. Satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini.
2. Satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri.
3. Davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri.
4. Satılanın tamamen elinden alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları.

Satış sözleşmesinde tam zapt halinde alıcıya tanınan bu haklar, paylaşma sözleşmesi gereğince elde ettiği bütün tereke malları zapt edilen mirasçı bakımından da diğer mirasçılara karşı ileri sürülebilir¹²²⁹. Ancak söz konusu haklar, paylaşma sözleşmesinin mahiyetine uygun düşecek şekilde uygulama alanı bulur. Bu bakımdan, paylaşma sözleşmesinde satış bedeli söz konusu olmadığından, diğer mirasçılardan ödenen satış bedelinin faiziyle birlikte geri verilmesinin talep edilmesi gündeme gelmez. Bunun yerine, paylaşma sözleşmesinde ilgili mirasçıya özgülenen tereke mallarının değeri göz önünde tutulur¹²³⁰. Öğretide bazı yazarlar, sorumluluğun üst sınırının belirlenmesinde ilgili tereke unsurunun objektif değerinin değil, mirasçının payına mahsup edilen değerinin (*Anrechnungswert*) dikkate alınacağını belirtmektedirler¹²³¹.

Zapt edilen tereke unsurlarının değerinden, ilgili mirasçının miras payına karşılık gelen kısmı düşüldükten sonra geri kalan miktar diğer mirasçılardan miras payları oranında talep edilebilir. Zira paylaşma sözleşmesi gereğince zapttan sorumlulukta müteselsil sorumluluk değil, miras payları oranında sorumluluk söz konusudur¹²³². Örneğin mirasbırakan ölmüş,

¹²²⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 88; Gümüş, Özel Hükümler, s. 61; Yavuz/Acar/Özen, s. 120; Zevkliler/Gökyayla, s. 145; Aydoğdu/Kahveci, s. 134; Akçaal, s. 236 vd; Oser/Schönenberger, OR Art. 195, N. 1; Hrubesch-Millauer, CHK-OR Art. 195-196a, N. 2; Schönle/Higi, ZK-OR, Art. 195, N. 11; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 195, N. 2; Müller, Roger, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen, 2016, OR 195, N. 3.

¹²²⁹ Ozanemre Yayla, s. 292; Escher, Art. 637, N. 9.

¹²³⁰ Avcı, s. 158; Ozanemre Yayla, s. 275.

¹²³¹ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 8; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 5; Escher, Art. 637, N. 3; Göksu, Art. 637, N. 9; Bosshardt, Art. 637, N. 2; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 2; Avcı, s. 158.

¹²³² Escher, Art. 637, N. 10; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 3; Göksu, Art. 637, N. 7; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 3; Bosshardt, Art. 637, N. 2; Rouiller, Art. 637, N. 2; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 2;

geride sağ kalan eşi ve bir çocuğu kalmıştır. Sağ kalan eş, paylaşma sözleşmesi gereğince 400.000 TL değerinde tereke malı almış fakat bu malların tamamı zapt edilmiştir. Bu durumda sağ kalan eş, bu değerinin tamamını diğer mirasçıdan talep edemez. Öncelikle kendi miras payına karşılık gelen kısmın indirilmesi gerekir. Sağ kalan eşin miras payı 1/4 olduğuna göre, buna karşılık gelen 100.000 TL indirildikten sonra, geri kalan 300.000 TL'nin diğer mirasçıdan talep edilmesi mümkündür¹²³³.

Tam zapt nedeniyle elindeki bütün malları kaybeden mirasçı, TBK m. 217/1 hükmünde belirtilen giderler ile doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları da talep edebilir. Ayrıca TBK m. 217/2 hükmü gereğince, tereke mallarının elinden alınması yüzünden uğradığı diğer zararları istemesi de mümkündür. Dolayısıyla, ilgili mirasçının zapt nedeniyle hem menfi hem de müspet zararlarının tazminini diğer mirasçılardan talep edebileceği kabul edilmektedir¹²³⁴. Ancak diğer mirasçılar, kendilerine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat ettikleri takdirde, TBK m. 217/2 hükmünde “diğer zararlar” olarak ifade edilen dolaylı zararları (müspet zararları) tazmin yükümlülüğünden kurtulabilirler¹²³⁵.

3.1.2.1.1.2.3.2. Kısmi Zapt Halinde

Miras paylaşma sözleşmesi bakımından kısmi zapt, mirasçılardan birinin sözleşme gereğince elde ettiği tereke mallarından birinin veya birkaçının üçüncü kişinin üstün hakkı sebebiyle onun elinden alınmasını ya da faydalanmasının engellenmesini ifade eder. Örneğin mirasçıya özgülenen bir mal üzerinde üçüncü kişinin sınırlı ayni hakkı söz konusu olmuşsa kısmi zapt meydana gelmiş olur. Aynı şekilde, mirasçıya özgülenen tereke mallarından birinin tamamen onun elinden alınması durumunda da kısmi zapt hükümleri uygulanmalıdır. Zira daha önce de belirtildiği üzere, paylaşma sözleşmesi bakımından tam zaptın yalnızca mirasçıya özgülenen malların tamamının onun elinden alınması durumunda uygulanması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu, kısmi zaptın sözleşmeye etkisi bakımından tam zapttan farklı bir düzenleme öngörmüştür. Kısmi zapt halinde sözleşme kural olarak kendiliğinden sona ermez. Bu durumda alıcı, yalnızca kısmi zapt yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir (TBK m. 218/1)¹²³⁶. Şu halde paylaşma sözleşmesi çerçevesinde kendisine özgülenen mallardan biri

Kılıçoğlu, Taksim, s. 116; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 732; **Antalya/Sağlam**, s. 533; **Serozan/Engin**, s. 611; **Ozanemre Yayla**, s. 274; **Avcı**, s. 157.

¹²³³ Benzer bir örnek için bkz: **Çabri**, Şerh, s. 563.

¹²³⁴ **Ozanemre Yayla**, s. 294.

¹²³⁵ **Eren**, Özel Hükümler, s. 92; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 120; **Tandoğan**, Borçlar Özel, C.I, s. 160; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 146; **Ozanemre Yayla**, s. 294.

¹²³⁶ **Eren**, Özel Hükümler, s. 96; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 122; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 62; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 135; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 146; **Akçaal**, s. 268; **Oser/Schönenberger**, OR Art. 196, N. 2; **Hrubesch-Millaue**, CHK-OR, Art. 195-196a, N. 4; **Schönle/Higi**, ZK-OR, Art. 196, N. 6; **Kren Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 196, N. 2.

veya birkaçı zapt edilen mirasçı da, kural olarak uğradığı zararın giderilmesini diğer mirasçılardan talep edebilecektir. Hal böyle olmakla birlikte, TBK m. 218/1 hükmünde kısmi zapt halinde giderilecek zararın kapsamı düzenlenmemiştir. Öğretide, tam zapt halinde talep edilebilecek olan zarar kalemlerinin, kısmi zapt halinde de talep edilebileceği ifade edilmektedir¹²³⁷. Bu bakımdan mirasçı, tam zapt halinde talep edilebilecek zararları kısmi zapt halinde de diğer mirasçılardan talep edebilir¹²³⁸. Ancak burada da miras payları oranında sorumluluğun geçerli olduğu göz ardı edilmemelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 218/2 hükmünde, kısmi zapt bakımından alıcıya sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanınmıştır. Buna göre alıcı, satılndaki kısmi zaptı bilseydi onu almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini isteyebilir. Paylaşma sözleşmesi bakımından öğretide ağırlıklı görüş, kısmi zapt halinde mirasçının paylaşma sözleşmesinin ortadan kaldırılmasını dava edemeyip, yalnızca kısmi zapt sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini talep edebileceğini ileri sürmektedir¹²³⁹. Buna karşılık diğer bazı yazarlar, kısmi zapt halinde mirasçının paylaşma sözleşmesinden dönme hakkının bulunduğunu belirtmektedirler¹²⁴⁰. Kanaatimizce kısmi zapt halinde mirasçının hâkimden sözleşmenin sona erdirilmesini isteme hakkı bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira kısmi zapt sebebiyle mirasçının paylaşma sözleşmesinden beklediği menfaatin ortadan kalkmış olması mümkündür. Mirasçı, elinden alınan tereke malının durumunu bilseydi paylaşma sözleşmesini yapmayacağını ya da söz konusu malı almayı kabul etmeyeceğini ileri sürerek sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilmelidir. Aksi takdirde mirasçının paylaşma sözleşmesine taraf olurken sahip olduğu irade tamamen yok sayılmış olacaktır. Ancak dikkat edilirse burada sözleşmeden dönme hakkı değil, yenilik doğran bir dava ile sözleşmenin sona erdirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Hâkim, paylaşma sözleşmesinin kısmi zapt sebebiyle sona erdirilmesi talep edildiği takdirde, ilgili mirasçının sözleşmenin kurulması sırasında varsayılan iradesini araştırmalı ve buna göre karar vermelidir¹²⁴¹. Eğer mirasçının kısmi zaptı bilseydi paylaşma sözleşmesine taraf olmayacağı anlaşılıyorsa, sözleşmenin sona ermesine hükmetmelidir.

¹²³⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 96; Yavuz/Acar/Özen, s. 122; Akçaal, s. 269; Hrubesch-Millauer, CHK-OR, Art. 195-196a, N. 4; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 196, N. 3; Schönle/Higi, ZK-OR, Art. 196, N. 3.

¹²³⁸ Kılıçoğlu, Taksim, s. 117; Dural/Öz, s. 523; İmre/Erman, s. 575; Ozanemre Yayla, s. 296. Öğretide kısmi zapt nedeniyle uğranılan zararın hukuki niteliği itibarıyla müspet zarar olduğu belirtilmektedir. Zira burada sözleşme kendiliğinden sona ermediğinden, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan bir zarar giderimi söz konusu olmaktadır. Bkz: Eren, Özel Hükümler, s. 96.

¹²³⁹ Escher, Art. 637, N. 9; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 5; Rouiller, Art. 637, N. 6; Vouilloz, Art. 637, N. 13; Dural/Öz, s. 523; İmre/Erman, s. 575; Ozanemre Yayla, s. 297.

¹²⁴⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 633; Kılıçoğlu, Taksim, s. 117.

¹²⁴¹ Tandoğan, Borçlar Özel, C.I, s. 162; Yavuz/Acar/Özen, s. 122.

3.1.2.1.1.3. Ayıptan Sorumluluk

3.1.2.1.1.3.1. Genel Olarak

Paylaşma sözleşmesinin ifasından sonra, mirasçılardan birine özgülenen malda ayıp söz konusu olduğu takdirde, TMK m. 679/1 hükmünün yaptığı atıf çerçevesinde, satış sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümler (TBK m. 219 vd.) mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur¹²⁴².

Türk Borçlar Kanunu m. 219/1 hükmüne göre satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumludur. Şu halde paylaşma sözleşmesi bakımından mirasçılardan birine özgülenen mallarda bildirilen veya objektif olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması durumunda diğer mirasçıların ayıptan sorumluluğu söz konusu olacaktır¹²⁴³.

Mirasçıların ayıptan sorumluluğu, kural olarak maddi mallar bakımından gündeme gelebilir¹²⁴⁴. Bu nedenle, alacağın devrinde veya maddi olmayan diğer şeylerin özgülenmesinde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaz¹²⁴⁵.

Satış sözleşmesinde satıcı, satılan şeyde var olan ayıpları bilmese bile bundan dolayı sorumludur (TBK m. 219/2). Aynı durum mirasçılar bakımından da geçerlidir. Mirasçılar paylaşma sözleşmesi gereğince içlerinden birine özgülenen malda var olan ayıbı bilmeseler dahi bundan sorumlu olacaklardır¹²⁴⁶.

Mirasçılar hakkında uygulanabilecek ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler emredici nitelikte değildir¹²⁴⁷. Bu sebeple mirasçılar, paylaşma sözleşmesiyle ayıptan sorumluluğu

¹²⁴² **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 2; **Escher**, Art. 637, N. 2; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 4; **Göksu**, Art. 637, N. 3; **Bosshardt**, Art. 637, N. 2; **Jolles/Vlcek**, Art. 637, N. 2; **Rouiller**, Art. 637, N. 1; **Vouilloz**, Art. 637, N. 2; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, § 86, N. 3; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 118; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 732; **Dural/Öz**, s. 522; **İmre/Erman**, s. 575; **Çabri**, Şerh, s. 565; **Avcı**, s. 158; **Özdemir**, Şerh, s. 248; **Ozanemre Yayla**, s. 298; **Ozanemre Yayla**, Hatice Tolunay, “**Mirasçıların Paylaşma Konusu Mallara İlişkin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumlulukları**”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2016, s. 14.

¹²⁴³ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 636; **Çabri**, Şerh, s. 566; **Ozanemre Yayla**, s. 298; **Avcı**, s. 158; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 9; **Escher**, Art. 637, N. 4; **Rouiller**, Art. 637, N. 7; **Wolf/Genna**, s. 391.

¹²⁴⁴ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 636.

¹²⁴⁵ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 636.

¹²⁴⁶ **Ozanemre Yayla**, s. 299; **Ozanemre Yayla**, Tekeffül, s. 20.

¹²⁴⁷ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 4; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 2; **Escher**, Art. 637, N. 2; **Göksu**, Art. 637, N. 2; **Bosshardt**, Art. 637, N. 1; **Jolles/Vlcek**, Art. 637, N. 1; **Vouilloz**, Art. 637, N. 5; **Rouiller**, Art. 637, N. 3; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 116; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 733; **Çabri**, Şerh, s. 556; **Antalya/Sağlam**, s. 534; **İmre/Erman**, s. 574; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 627; **Avcı**, s. 157; **Özdemir**, Şerh, s. 243; **Ozanemre Yayla**, Tekeffül, s. 19.

sınırlandırabilecekleri gibi, tamamen de kaldırabilirler. Ancak mirasçıların sözleşme konusu malı ilgili mirasçıya ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olmaları halinde, sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 221)¹²⁴⁸.

3.1.2.1.1.3.2. Şartları

Paylaşma sözleşmesi gereğince bir mirasçıya özgülenen malların ayıplı çıkması durumunda, diğer mirasçıların sorumluluğunun doğması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Söz konusu şartlar “maddi şartlar” ve “şekli şartlar” olmak üzere iki başlık altında toplanmaktadır¹²⁴⁹. Maddi şartlar; mirasçıya özgülenen malın ayıplı olması, ayıbın hasarın geçmesinden önce var olması, mirasçının ayıbı bilmiyor olması ve ayıplı malı kabul etmemiş olmasıdır. Şekli şartlar ise, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinden ibarettir. Zapttan sorumlulukta olduğu gibi, burada da şekli şartlar hukuki nitelikleri itibariyle birer külfettir¹²⁵⁰. Bu külfetler yerine getirilmediği takdirde ayıptan sorumluluğa ilişkin haklardan yararlanılamaz.

3.1.2.1.1.3.2.1. Maddi Şartlar

3.1.2.1.1.3.2.1.1. Mirasçıya Özgülenen Malın Ayıplı Olması

Ayıptan sorumluluğun doğması için, paylaşma sözleşmesi gereğince mirasçıya özgülenen malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri veya diğer mirasçılar tarafından bildirilen nitelikleri taşıması gerekmektedir¹²⁵¹. Malın objektif olarak sahip olması gereken özelliklerinde eksiklik olmasına, “beklenen niteliklerdeki ayıp” ya da “dürüstlük kuralına göre satılarda bulunması gereken niteliklerdeki ayıp” adı da verilmektedir¹²⁵². Örneğin paylaşma sözleşmesi gereğince bir mirasçıya özgülenen otomobilin çalışıyor ve gidebiliyor olması, objektif olarak o malda bulunması gereken bir niteliktir. Beklenen niteliklerdeki her eksiklik ayıp olarak kabul edilemez. Bunun için, beklenen niteliklerdeki eksikliğin, kullanım amacı bakımından malın değerini ve mirasçının ondan beklediği faydaları ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde azaltması gerekmektedir¹²⁵³. Söz gelimi, mirasçıya özgülenen otomobilin stop lambalarının yanmıyor olması bir ayıp olarak kabul edilemez.

¹²⁴⁸ Escher, Art. 637, N. 15; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 2; Schauffelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 4; Rouiller, Art. 637, N. 3; Vouilloz, Art. 637, N. 5; Göksu, Art. 637, N. 2; Kılıçoğlu, Taksim, s. 116; Kocayusufpaşaoğlu, s. 733; Ozanemre Yayla, s. 304; Ozanemre Yayla, Tekeffül, s. 19.

¹²⁴⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 637.

¹²⁵⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 639.

¹²⁵¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 637; Çabri, Şerh, s. 566; Ozanemre Yayla, s. 298.

¹²⁵² Eren, Özel Hükümler, s. 111.

¹²⁵³ Eren, Özel Hükümler, s. 112.

Mirasçıya özgülenen malın, diğer mirasçılar tarafından bildirilen niteliklerin bulunmaması sebebiyle ayıplı sayılması için, ilgili mirasçıya karşı ciddi ve bağlayıcı şekilde bir düşünce açıklaması yapılmış olması gerekmektedir. Ayrıca, diğer mirasçılar tarafından bildirilen niteliklerin, paylaşma sözleşmesinin kurulması bakımından ilgili mirasçıyı etkilemiş olması aranmalıdır. Başka bir deyişle, söz konusu mirasçı, diğer mirasçıların bildirdiği niteliklere inanarak o malı almaya ve bu suretle paylaşma sözleşmesi yapmaya rıza göstermiş olmalıdır. Örneğin, mirasçılardan biri terekede bulunan dükkân nitelikli taşınmazın yüksek kira geliri olduğunu söyleyerek diğer mirasçıyı bu taşınmazı almaya ikna etmiş fakat söz konusu taşınmaz belirtildiği kadar yüksek kira geliri getirmemişse, bildirilen niteliklerdeki eksiklik sebebiyle ayıp meydana gelmiş olur. Öte yandan bu ihtimalde, kendisine ayıplı mal özgülenen mirasçının şartları varsa aldatmaya dayanarak sözleşmenin iptali yoluna gitmesi de söz konusu olabilir.

Ayıbın, satış sözleşmesinde olduğu gibi maddi, hukuki veya ekonomik ayıp şeklinde ortaya çıkması mümkündür¹²⁵⁴. Maddi ayıp (*körperliche Mängel*), malın şekli veya yapısı gibi fiziksel, teknik ve kimyasal özelliklerindeki eksiklikleri ifade eder¹²⁵⁵. Hukuki ayıp (*rechtliche Mängel*), hukuki düzenlemeler sebebiyle mirasçının ilgili malı kullanamaması veya ondan gerektiği gibi faydalanamamasıdır¹²⁵⁶. Ekonomik ayıp (*wirtschaftliche Mängel*) ise, malın özellik ve niteliklerine göre getirmesi gereken geliri getirememesi ya da ondan beklenen verimliliği sağlayamamasıdır¹²⁵⁷.

Mirasçıya özgülenen maldaki ayıp, açık ya da gizli ayıp şeklinde de olabilir. Mirasçının malın kendisine teslimi anında basit bir gözden geçirmeyle fark edebileceği ayıplar açık ayıp olarak nitelendirilir. Buna karşılık, basit bir gözden geçirmeyle fark edilemeyip, genellikle malın kullanılması sırasında ortaya çıkan ayıplar ise gizli ayıptır¹²⁵⁸.

3.1.2.1.1.3.2.1.2. Ayıbın Hasarın Geçmesinden Önce Var Olması

Mirasçıların ayıptan sorumluluğunun meydana gelmesi için, maldaki ayıbın hasarın geçmesinden önce var olması gerekmektedir. Paylaşma sözleşmesinde hasar, tıpkı satış

¹²⁵⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 637; Kılıçoğlu, Taksim, s. 119; Çabri, Şerh, s. 566; Ozanemre Yayla, s. 299.

¹²⁵⁵ Schönle/Higi, ZK-OR, Art. 197, N. 65; Müller-Chen, Markus, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, OR Art. 197, N. 20; Zellweger-Gutknecht, Corinne, **Präjudizienbuch OR**, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 197, N. 15; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 197, N. 3; Eren/Yücer Aktürk, s. 637.

¹²⁵⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 637; Eren, Özel Hükümler, s. 106; Gümüş, Özel Hükümler, s. 72; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 197, N. 4; Zellweger-Gutknecht, OR Art. 197, N. 16; Schönle/Higi, ZK-OR, Art. 197, N. 74; Müller-Chen, CHK-OR, Art. 197, N. 20.

¹²⁵⁷ Eren/Yücer Aktürk, s. 637; Eren, Özel Hükümler, s. 107; Gümüş, Özel Hükümler, s. 73; Aydoğdu/Kahveci, s. 141.

¹²⁵⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 637; Eren, Özel Hükümler, s. 113.

sözleşmesinde olduğu gibi, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescille birlikte ilgili mirasçıya geçer¹²⁵⁹. Dolayısıyla, hasarın ilgili mirasçıya geçmesinden sonra meydana gelen ayıplar için diğer mirasçıların sorumluluğuna gidilemez. Ancak hasarın geçmesinden sonra meydana gelen ayıplar paylaşma sözleşmesinde özel olarak üstlenilmiş veya diğer mirasçılar tarafından kasıtlı biçimde gizlenmişse, bu durumda ayıptan sorumluluk söz konusu olabilir¹²⁶⁰.

3.1.2.1.1.3.2.1.3. Mirasçının Ayıbı Bilmiyor Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 222 hükmüne göre satıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmadığı gibi, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlendiği takdirde sorumludur. Şu halde, mirasçıların ayıptan sorumluluğu bakımından da kendisine ayıplı mal özgülenen mirasçının, paylaşma sözleşmesinin kurulduğu sırada söz konusu ayıbı bilmiyor olması gerekmektedir¹²⁶¹. Mirasçı, paylaşma sözleşmesi kurulduğu sırada, kendisine özgülenen malın ayıbını biliyorsa, artık diğer mirasçıların sorumluluğu söz konusu olmaz. Ayrıca, özgülenen malın yeterince gözden geçirilmekle görülebilecek açık bir ayıbı varsa, bu durumda da ilgili mirasçının diğer mirasçılara karşı ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurması mümkün değildir. Örneğin paylaşma sözleşmesi gereğince mirasçı adına tescil edilen bir arsa üzerinde tek katlı ev bulunduğunu fakat bu evin tapuda kayıtlı olmadığını varsayalım. Söz konusu arsayı alan mirasçı, arsanın üzerindeki evin tapu kayıtlarında görünmediğinden bahisle ayıplı olduğunu diğer mirasçılara karşı ileri süremez. Zira tapu kayıtları herkese açık olduğuna göre, ilgili mirasçının basit bir araştırmayla arsanın üzerindeki evin durumunu öğrenmesi mümkündür. Ancak diğer mirasçılar, paylaşma sözleşmesinde malın ayıplı olmadığını ayrıca üstlenmişlerse, bu durumda ayıptan dolayı sorumlu tutulmaları gündeme gelebilir¹²⁶².

¹²⁵⁹ Çabri, Şerh, s. 566; Ozanemre Yayla, Tekeffül, s. 22. İsviçre Borçlar Kanunu m. 185/1 hükmüne göre, satılanın yarar ve hasarı sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmektedir. Bu sebeple İsviçre öğretisinde paylaşma sözleşmesi bakımından yarar ve hasarın sözleşmenin kurulmasıyla beraber mirasçılara geçtiği kabul edilmektedir. Bkz: Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 12; Bosshardt, Art. 637, N. 2; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 2; Escher, Art. 637, N. 15. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi de İsviçre Borçlar Kanunu m. 185/1 hükmüne paralel bir düzenleme içermektedir. Ancak 6098 sayılı TBK m. 208 hükmü, İsviçre hukukundaki düzenlemeden ayrılarak taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anını esas almış bulunmaktadır.

¹²⁶⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 639.

¹²⁶¹ Eren/Yücer Aktürk, s. 638; İmre/Erman, s. 576; Dural/Öz, s. 523; Öztan, s. 500; Çabri, Şerh, s. 567; Ozanemre Yayla, s. 302; Ozanemre Yayla, Tekeffül, s. 23.

¹²⁶² Ozanemre Yayla, s. 302; Ozanemre Yayla, Tekeffül, s. 23.

3.1.2.1.1.3.2.1.4. Mirasçının Ayıplı Malı Kabul Etmemiş Olması

Mirasçı, paylaşma sözleşmesi gereğince kendisine özgülenen malı ayıplarıyla birlikte kabul ettiği takdirde, ayıptan sorumluluğa ilişkin haklarını kaybeder. Zira mirasçı, ayıplı malı kabul ettiği takdirde, diğer mirasçılara karşı ayıptan doğan haklarından feragat etmiş olmaktadır¹²⁶³. Mirasçının ayıplı malı kabul ettiğine dair iradesi, açık veya örtülü bir biçimde meydana gelebilir. Örneğin mirasçı, kendisine teslim edilen malı süresi içinde gözden geçirmemiş ya da ayıbı tespit ettiği halde diğer mirasçılara bildirmemişse, örtülü olarak ayıplı malı kabul etmiş sayılır¹²⁶⁴.

3.1.2.1.1.3.2.2. Şekli Şartlar

3.1.2.1.1.3.2.2.1. Gözden Geçirme Külfeti

Türk Borçlar Kanunu m. 223/1 hükmüne göre, alıcı devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmekle yükümlüdür (*Prüfungspflicht*). Aynı yükümlülük, paylaşma sözleşmesi gereğince tereke mallarını devralan mirasçılar bakımından da söz konusudur¹²⁶⁵. Bu çerçevede mirasçılar, devraldıkları tereke mallarını gözden geçirmek durumundadırlar. Ancak bu külfetin doğması, mirasçıların tereke malları üzerinde fiili hâkimiyet kurmalarına bağlıdır¹²⁶⁶.

Gözden geçirmenin ne şekilde yapılacağı noktasında yerel adet ve teamüller ile sözleşme konusu malın niteliği belirleyicidir¹²⁶⁷. Söz gelimi terekede bulunan konutun ayıplı olup olmadığı, genellikle bir süre konuttan yararlanılmak suretiyle anlaşılabılır. Diğer taraftan, kanunda gözden geçirmenin süresi bakımından “işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz” demek suretiyle belirli bir süre öngörülmemiştir. Bu bakımdan, malın ayıplı olduğunun devralma sırasında açıkça belli olduğu durumlarda gözden geçirme süresi işlemez. Mirasçının hemen ayıbı bildirmesi gerekir. Ancak malın ayıplı olduğu devralma sırasında açıkça belli değilse, mirasçının işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz malı gözden geçirmesi gerekmektedir. Gözden geçirme süresi bakımından malın nitelik ve özellikleri önem taşımaktadır. Örneğin mirasçılardan birine özgülenen ayçiçeği patoz makinesinin gözden geçirilmesi ancak ayçiçeğinin hasat zamanında mümkün olabilir.

¹²⁶³ Eren/Yücer Aktürk, s. 638; Eren, Özel Hükümler, s. 115.

¹²⁶⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 638.

¹²⁶⁵ Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 4; Escher, Art. 637, N. 15; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 11; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 4; Göksu, Art. 637, N. 3; Rouiller, Art. 637, N. 9; Vouilloz, Art. 637, N. 8; Eren/Yücer Aktürk, s. 639; Kılıçoğlu, s. 118; Dural/Öz, s. 523; Çabri, Şerh, s. 568; Özdemir, Şerh, s. 249; Ozanemre Yayla, s. 303; Ozanemre Yayla, Tekeffül, s. 24.

¹²⁶⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 117.

¹²⁶⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 118; Gümüş, Özel Hükümler, s. 85; Aydoğdu/Kahveci, s. 156.

3.1.2.1.1.3.2.2.2. Bildirim Külfeti

Mirasçı, gözden geçirme neticesinde bir ayıp tespit ettiği takdirde bunu diğer mirasçılara bildirmekle yükümlüdür (*Rügepflicht*)¹²⁶⁸. Ayıp bildirimi, tek taraflı olarak yöneltmesi ve varması gerekli bir bilgi veya düşünce açıklamasıdır¹²⁶⁹. Ayıp bildirimiyle birlikte mirasçı, sözleşme gereğince devraldığı malı bu haliyle kabul etmediğine dair iradesini de kesin biçimde iletmelidir¹²⁷⁰.

Ayıp bildirimi şekle tabi değildir¹²⁷¹. Bu bakımdan sözlü olarak yapılabileceği gibi, taahhütlü mektupla, noter kanalıyla veya elektronik posta ile yapılması dahi mümkündür¹²⁷².

Kanun ayıp bildiriminin süresi konusunda kesin bir süre öngörmemiş, bunun yerine “uygun bir süre içinde” yapılması gerektiğini belirtmiştir (TBK m. 223/1). Buradaki “uygun süre” ifadesinden anlaşılması gereken, mirasçının tespit ettiği ayıbı diğer mirasçılara makul şekilde bildirmek için gerekli olan zamandır¹²⁷³. Eğer uygun süre içerisinde ayıp bildiriminde bulunulmazsa, mirasçı kendisine özgülenen malı ayıplı şekilde kabul etmiş sayılır ve dolayısıyla da diğer mirasçılara karşı ayıptan doğan haklarını kullanamaz¹²⁷⁴.

3.1.2.1.1.3.3. Ayıptan Sorumlulukta Özellik Arz Eden Durumlar

Türk Borçlar Kanunu’nda taşınmaz satışları ile hayvan satışlarında, satılanın ayıplarıyla ilgili bazı özel düzenlemeler yer almaktadır (m. 220, 224, 244). Söz konusu düzenlemeler, paylaşma sözleşmesi çerçevesinde bir mirasçıya özgülenen taşınmazlar ve hayvanlar bakımından da uygulama alanı bulacaktır¹²⁷⁵. Bu sebeple, ilgili düzenlemelere değinmek gerekmektedir.

3.1.2.1.1.3.3.1. Taşınmazlar Bakımından

Türk Medeni Kanunu m. 679/1 hükmünün yaptığı atıf çerçevesinde, paylaşma sözleşmesine konu edilen taşınmazlar bakımından Türk Borçlar Kanunu’nun taşınır satışında

¹²⁶⁸ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 11; **Bürgi**, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 4; **Bosshardt**, Art. 637, N. 2; **Jolles/Vlcek**, Art. 637, N. 2; **Vouilloz**, Art. 637, N. 8; **Rouiller**, Art. 637, N. 9; **Göksu**, Art. 637, N. 3; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 639; **Dural/Öz**, s. 523; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 118; **Çabri**, Şerh, s. 568; **Özdemir**, Şerh, s. 249; **Ozanemre Yayla**, s. 303; **Ozanemre Yayla**, Tekeffül, s. 24.

¹²⁶⁹ **Eren**, Özel Hükümler, s. 121; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 86; **Müller-Chen**, CHK-OR, Art. 201, N. 16; **Zellweger-Gutknecht**, OR Art. 201, N. 13; **Kren Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 201, N. 3.

¹²⁷⁰ **Eren**, Özel Hükümler, s. 121.

¹²⁷¹ **Eren**, Özel Hükümler, s. 121; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 87; **Schönle/Higi**, ZK-OR, Art. 201, N. 23b; **Müller-Chen**, CHK-OR, Art. 201, N. 16; **Zellweger-Gutknecht**, OR Art. 201, N. 15; **Kren Kostkiewicz**, OFK-OR, Art. 201, N. 3. **Oser/Schönenberger**, OR Art. 201, N. 32.

¹²⁷² **Eren**, Özel Hükümler, s. 122.

¹²⁷³ **Eren**, Özel Hükümler, s. 122.

¹²⁷⁴ **Eren/Yücer Aktürk**, s. 640; **Çabri**, Şerh, s. 568; **Ozanemre Yayla**, s. 303; **Ozanemre Yayla**, Tekeffül, s. 24; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 11; **Vouilloz**, Art. 637, N. 8.

¹²⁷⁵ **Ozanemre Yayla**, s. 302 vd.

ayıpla ilgili hükümleri (m. 219 vd.) kıyas yoluyla uygulanır. Hal böyle olmakla birlikte, TBK m. 244 hükmünde, taşınmaz satışlarında ayıpla ilgili özel bir hüküm öngörülmüştür. Bu hüküm, taşınmazın yüzölçümü miktarındaki eksiklikten kaynaklanan ayıba ilişkindir. Buna göre, aksine sözleşme olmadıkça satılan taşınmaz, satış sözleşmesinde yazılı yüzölçümü tutarını kapsamıyorsa satıcı, eksiği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür (TBK m. 244/1)¹²⁷⁶. Burada belirtilen tazminat yükümlülüğü, sözleşmede yazılı yüzölçümü miktarının resmi bir ölçüme dayanmadığı ve özellikle tapu kaydının bulunmadığı durumlarda uygulama alanı bulur¹²⁷⁷. Paylaşma sözleşmesinde tapuya kayıtlı bulunmayan bir taşınmazın yüzölçümü belirtilerek bir mirasçıya özgülenmesi durumunda, ilgili mirasçının TBK m. 244/1 hükmüne dayanarak diğer mirasçılardan tazminat talep etmesi söz konusu olabilir. Buna karşılık, tapuya kayıtlı taşınmazların paylaşılması bakımından TBK m. 244/2 hükmü uygulanacaktır. Bahsedilen hükme göre, satılan taşınmaz resmi bir ölçüme dayanılarak tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü tutarını içermiyorsa, satıcı özellikle üstlenmiş olmadıkça tazminat ile yükümlü değildir¹²⁷⁸. Şu halde, paylaşma sözleşmesi gereğince bir mirasçıya devredilen taşınmazın fiili miktarı, tapu sicilinde yazılı olan miktardan az olduğu takdirde, ilgili mirasçının diğer mirasçılardan tazminat talep etmesi mümkün değildir. Ancak diğer mirasçılar, taşınmazın yüzölçümü konusunda sorumlu olacaklarını özellikle üstlendikleri takdirde onların tazminat yükümlülükleri gündeme gelebilir¹²⁷⁹.

3.1.2.1.1.3.3.2. Hayvanlar Bakımından

Türk Borçlar Kanunu m. 220 hükmüne göre, hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya ağır kusuru olmadıkça ayıptan sorumlu değildir. Söz konusu hüküm paylaşma sözleşmesi bakımından da uygulanabilir¹²⁸⁰. Bu çerçevede, paylaşma sözleşmesi

¹²⁷⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 190; Yavuz/Acar/Özen, s. 244; Zevkliler/Gökyayla, s. 63; Oser/Schönenberger, OR Art. 219, N. 1; Binder, Marcus, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 219, N. 2; Atteslander-Dürrenmatt, Agnes, **OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Auflage, 2016, Art. 219, N. 2; Giger, Hans, **BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/1/3, Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR**, 1997, Art. 219, N. 4; Zellweger-Gutknecht, Art. 219, N. 1.

¹²⁷⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 190; Oser/Schönenberger, OR Art. 219, N. 4; Binder, CHK-OR, Art. 219, N. 3; Atteslander-Dürrenmatt, OFK-OR, Art. 219, N. 3; Giger, BK-OR, Art. 219, N. 38; Zellweger-Gutknecht, Art. 219, N. 5. Federal Mahkeme kararları için bkz: BGE 81 II 138; 62 II 159.

¹²⁷⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 190; Yavuz/Acar/Özen, s. 244; Zevkliler/Gökyayla, s. 63; Oser/Schönenberger, OR Art. 219, N. 4; Binder, CHK-OR, Art. 219, N. 4; Atteslander-Dürrenmatt, OFK-OR, Art. 219, N. 5; Giger, BK-OR, Art. 219, N. 41; Zellweger-Gutknecht, Art. 219, N. 6.

¹²⁷⁹ Öğretide taşınmazın yüzölçümü konusundaki üstlenmenin şekle tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre üstlenme resmi şekilde yapılmalıdır. Ağırlıklı görüşe göre ise üstlenme herhangi bir şekle tabi değildir. Bkz: Atteslander-Dürrenmatt, OFK-OR, Art. 219, N. 6; Giger, BK-OR, Art. 2019, N. 52; Binder, CHK-OR, Art. 219, N. 4.

¹²⁸⁰ İmre/Erman, s. 576; Kılıçoğlu, Taksim, s. 118; Çabri, Şerh, s. 568; Ozanemre Yayla, s. 303; Ozanemre Yayla, Tekeffül, s. 24; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 4; Vouilloz, Art. 637, N. 8; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 198, N. 2; Giger, BK-OR, Art. 198, N. 19. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinde, TBK m. 220

gereğince bir mirasçıya terekede bulunan bir veya birden çok hayvan teslim edilmişse, diğer mirasçılar yazılı olarak üstlenmedikleri ya da ağır kusurlu olmadıkları sürece bu hayvanların ayıplı olmasından dolayı sorumlu tutulamazlar¹²⁸¹.

Terekede bulunan hayvanların özgülediği mirasçı, kural olarak diğer mirasçılar yazılı olarak üstlendikleri takdirde hayvanlardaki ayıp için onlara başvurabilir. Ancak TBK m. 224 hükmünde hayvan satışlarında bildirim süresine dair özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca, mirasçılar arasında yapılan sözleşmede ayıptan sorumlu olunacak süre belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse, mirasçı hayvanların kendisine teslim edildiği veya teslim almakta temerrüde düştüğü tarihten itibaren dokuz gün içerisinde hayvanların ayıplı olduğunu diğer mirasçılara bildirmeli ve ayrıca, hayvanların bilirkişilerce gözden geçirilmesini yetkili makamlardan talep etmelidir¹²⁸².

3.1.2.1.1.3.4. Ayıptan Sorumluluğun Hüküm ve Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu'nun 227. maddesinde, ayıptan sorumluluk kapsamında alıcıya dört seçimlik hak tanınmıştır. Söz konusu haklar şunlardır¹²⁸³:

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.
2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafi gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.
4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.

Paylaşma sözleşmesi çerçevesinde kendisine devredilen mal ayıplı çıkan mirasçının, TBK m. 227'de belirtilen seçimlik haklardan ne ölçüde yararlanabileceği hususu öğretide oldukça tartışmalıdır. Bu konuda ağırlıklı görüş, mirasçıya özgülenen mallardan birinin ayıplı çıkması halinde, onun bu hakların tamamını kullanmasının mümkün olmadığı yönündedir¹²⁸⁴.

hükmünden farklı olarak bazı hayvanların isimleri belirtilmektedir (atlar, eşekler, katırlar, sığırlar, koyunlar, keçiler ve domuzlar). Bu sebeple İsviçre öğretisinde söz konusu hükümde sayılan hayvanların sınırlı sayıda olduğu, dolayısıyla da yalnızca bunlar bakımından 198. Maddenin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz: **Müller-Chen**, CHK-OR, Art. 198, N. 3. Paylaşma sözleşmesi bakımından bu hükmün çiftlik hayvanları için uygulanacağı yönünde bkz: **Vouilloz**, Art. 637, N. 8.

¹²⁸¹ **Çabri**, Şerh, s. 568; **Ozanemre Yayla**, s. 303; **Ozanemre Yayla**, Tekeffül, s. 24; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 4; **Vouilloz**, Art. 637, N. 8.

¹²⁸² **Ozanemre Yayla**, Tekeffül, s. 25. Ayrıca bkz: **Schönle/Higi**, ZK-OR, Art. 202, N. 3.

¹²⁸³ **Eren**, Özel Hükümler, s. 137 vd; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 147 vd; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 126 vd; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 98 vd; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 180 vd.

¹²⁸⁴ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 13; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 5; **Escher**, Art. 637, N. 16; **Göksu**, Art. 637, N. 5; **Bosshardt**, Art. 637, N. 2; **Jolles/Vlcek**, Art. 637, N. 2; **Bürgi**, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 5; **Rouiller**, Art. 637, N. 11; **Vouilloz**, Art. 637, N. 9; **İmre/Erman**, s. 576; **Dural/Öz**, s. 523; **Serozan/Engin**, s. 611; **Özdemir**, Şerh, s. 250; **Çabri**, Şerh, s. 568; **Ozanemre Yayla**, s. 305; **Ozanemre Yayla**, Tekeffül, s. 25; **Avcı**, s. 159. **İşgüzar/Demir/Yılmaz**'a göre, TBK m. 227 hükmü mirasın paylaşılmasında uygulanamaz. Bkz: **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 192.

Ancak bu görüş içerisindeki yazarlar arasında, hangi seçimlik hakların kullanılabileceği noktasında farklılıklar bulunmaktadır.

Sözleşmeden dönme hakkı bakımından ağırlıklı görüş, kendisine ayıplı mal özgülenen mirasçının sözleşmeden dönme hakkına sahip olmayıp yalnızca ayıp sebebiyle tazminat talep edebileceği yönündedir¹²⁸⁵. Buna karşı çıkan bazı yazarlar ise, mirasçının sözleşmeden dönme hakkının bulunduğunu ifade etmektedirler¹²⁸⁶. Diğer taraftan, mirasçıya özgülenen mallardan birinin veya birkaçının ayıplı olması durumunda, TBK m. 230 (*ZGB Art. 209*) çerçevesinde yalnızca ayıplı çıkan mallar için sözleşmeden dönülebileceğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır¹²⁸⁷.

Bedelde indirim hakkı bakımından öğretide, kendisine ayıplı mal özgülenen mirasçının bu sebeple ortaya çıkan değer eksikliğinin giderilmesini isteyebileceğini belirten bir görüş yer almaktadır¹²⁸⁸. Bu görüşe göre, malın ayıplı olması sebebiyle meydana gelen değer eksikliği, ilgili mirasçının talebi üzerine diğer mirasçılara payları oranında dağıtılabilecektir¹²⁸⁹. Ancak burada satış sözleşmesinden farklı olarak, ayıplı malın objektif değeri değil mirasçının payına mahsup edilen değeri (*Anrechnungswert*) göz önünde tutulacaktır¹²⁹⁰. Buna karşılık, mirasçılar bakımından bedelde indirim hakkının uygulanmasının söz konusu olamayacağını ileri süren yazarlar da vardır¹²⁹¹.

Ayıplı malın ücretsiz onarılmasını isteme hakkı bakımından öğretide ileri sürülen bir görüş, eğer aşırı bir masraf gerektirmiyorsa mirasçının diğer mirasçılardan malın onarılmasını talep edebileceğini ve bu durumda kendisine ayıplı mal özgülenen mirasçının da miras payı oranında bu masrafa katlanacağını ifade etmektedir¹²⁹².

Son olarak malın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkı bakımından ağırlıklı görüş, mirasın paylaşılmasında kendisine ayıplı mal özgülenen mirasçının, diğer mirasçılara karşı bu hakkı kullanamayacağı yönündedir¹²⁹³. Ancak azınlıkta kalan diğer bir

¹²⁸⁵ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 13; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 5; **Escher**, Art. 637, N. 17; **Çabri**, Şerh, s. 569

¹²⁸⁶ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 118; **Vouilloz**, Art. 637, N. 9.

¹²⁸⁷ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 13; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 5; **Escher**, Art. 637, N. 16; **Rouiller**, Art. 637, N.11; **Vouilloz**, Art. 637, N. 10; **Ozanemre Yayla**, s. 306.

¹²⁸⁸ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 13; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 5; **Escher**, Art. 637, N. 17; **Rouiller**, Art. 637, N.11; **Vouilloz**, Art. 637, N. 10; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 118; **İmre/Erman**, s. 576; **Ozanemre Yayla**, s. 307.

¹²⁸⁹ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 13; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 5; **Escher**, Art. 637, N. 17; **Rouiller**, Art. 637, N.11; **Vouilloz**, Art. 637, N. 10; **Ozanemre Yayla**, s. 307.

¹²⁹⁰ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 13; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 5; **Escher**, Art. 637, N. 17; **Rouiller**, Art. 637, N.11; **Vouilloz**, Art. 637, N. 10; **Ozanemre Yayla**, s. 307.

¹²⁹¹ **Dural/Öz**, s. 523.

¹²⁹² **Ozanemre Yayla**, Tekeffül, s. 28.

¹²⁹³ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 118; **Vouilloz**, Art. 637, N. 10. Öğretide seçimlik hakların kullanılması bakımından tazminat talep edilebileceğini savunan yazarlar, doğal olarak malın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi imkânından hiç söz etmemektedirler.

görüŖe göre, misli bir eŖyanın paylaŖılmasından sonra, bir mirasçıya verilen kısım ayıplı çıkmıŖsa, bu mirasçı diğerk mirasçıların her birinden aldıkları ayıpsız kısımlardan miras payları oranında ayıpsız benzeriyle değıŖim isteyebilmeli veya onun yönelteceğı tazminat talebine karŖı, diğerk mirasçıları bu değıŖimi önerebilmelidir¹²⁹⁴.

Öğretide azınlıkta kalan yeni bir görüş ise, TBK m. 227 hükmünde alıcı bakımından öngörülen seçimlik hakların tamamının herhangi bir ayırım söz konusu olmaksızın kendisine ayıplı mal özgülünen mirasçı tarafından da kullanılabileceğini ifade etmektedir¹²⁹⁵. Bu görüşe göre, paylaŖma sözleşmesinin niteliğı TBK m. 227'nin uygulanması bakımından bir engel teşkil etmez. Bu nedenle, ayıptan sorumlulukta satıŖ sözleşmesine ilişkin hükümlerden ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir¹²⁹⁶.

Her ne kadar TMK m. 679/1 hükmünde satıŖ sözleşmesine ilişkin hükümlere atıf yapılmıŖsa da, paylaŖma sözleşmesinin mahiyetini dikkate alarak bu hükümlerin uygulanması kanaatimizce daha doğru olacaktır. PaylaŖma sözleşmesi, bazı noktalarda satıŖ sözleşmesine benzemekle beraber, iki sözleşmenin tamamen aynı niteliklerde olduğı söylenemez. Türk Borçlar Kanunu m. 227 hükmünde alıcı lehine düzenlenen seçimlik haklar, satıŖ sözleşmesinin özellikleri göz önünde tutularak düzenlenmiŖtir. Bu sebeple, söz konusu seçimlik hakların tamamının paylaŖma sözleşmesinde de uygulanması mümkün değildir.

Kanaatimizce, sözleşmeden dönme hakkının paylaŖma sözleşmesi gereğince mirasçıya özgülünen malların tamamının ayıplı olması durumunda gündeme gelebileceğı kabul edilmelidir¹²⁹⁷. Zira mirasçıya özgülünen mallardan yalnızca biri veya birkaçı ayıplı olmasına rağmen sözleşmeden dönülmesi, dürüstlük kuralına aykırı olduğı gibi, mirasçıları arasındaki menfaat dengesine de uygun düşmemektedir¹²⁹⁸. Nitekim TBK m. 227/4 hükmünde, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkimin satılanın onarılmasına veya bedelin indirilmesine karar verebileceğı düzenlenmektedir. Demek ki kanun koyucu, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından durumun gereklerinin göz önünde tutulmasını istemektedir.

Mirasçıya özgülünen mallardan birinin ayıplı çıkması durumunda, TBK m. 230 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, yalnızca ayıplı çıkan mallar bakımından sözleşmeden dönülmesi mümkündür. Mirasçı, yalnızca ayıplı mal bakımından sözleşmeden döndüğü takdirde, söz konusu mal üzerinde elbirliğıyle hak sahipliğı tekrar kurulur¹²⁹⁹. Buna

¹²⁹⁴ Dural/Öz, s. 523.

¹²⁹⁵ Eren/Yücer Aktürk, s. 642.

¹²⁹⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 642.

¹²⁹⁷ Aynı yönde; Rouiller, Art. 637, N. 11.

¹²⁹⁸ Çabri, Şerh, s. 569.

¹²⁹⁹ Rouiller, Art. 637, N. 11.

karşılık diğer mirasçılar ayıplı malın özgüleme değeri üzerinden kendi paylarına düşen miktarı ödemekle yükümlü olurlar.

Mirasçı, sözleşmeden dönme yerine ayıplı malda meydana gelen değer azalmasının ödenmesini de talep edebilmelidir. Ayıplı malın paylaşma sözleşmesi çerçevesinde mirasçının payına mahsup edilen değeri ile mevcut durumdaki değeri arasındaki fark, söz konusu maldaki değer azalmasına karşılık gelir¹³⁰⁰. Ancak kendisine ayıplı mal özgülenen mirasçı da kendi miras payı oranında bu değer azalmasına katlanmak durumundadır. Söz gelimi, eşit miras payına sahip üç mirasçı varsa ve bunlardan birine ayıplı mal özgülenmişse, ayıplı maldaki değer azalması 30.000 TL olduğu takdirde, mirasçı bunun 10.000 TL'lik kısmına katlanacak ve kalan 20.000 TL'lik kısım için diğer mirasçılardan talepte bulunabilecektir.

Mirasçının ayıplı malın onarılmasını diğer mirasçılardan talep edebilmesi mümkündür. Ancak burada satış sözleşmesinden farklı olarak “ücretsiz onarım” söz konusu olmayacaktır. Zira mirasçılar arasında miras payları oranında sorumluluk geçerlidir. Bu sebeple, kendisine ayıplı mal özgülenen mirasçı bu malın onarılmasını diğer mirasçılardan talep ettiği takdirde, ayıplı malın onarım masraflarına kendi miras payı oranında katlanmak zorundadır.

Malın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkına gelince, kanaatimizce bu hakkın kullanılması paylaşma sözleşmesinin mahiyetine uygun değildir. Zira bu hakkın temelinde, piyasada satıcı olarak faaliyet gösteren kişilerin genellikle benzer mallardan ellerinde çok sayıda bulundurmaları ihtimali yer almaktadır. Nitekim TBK m. 227/3 hükmünde, satıcının ayıplı malın bir benzerini alıcıya hemen vererek onun seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebileceği düzenlenmiştir. Paylaşma sözleşmesi bakımından ise, kendisine ayıplı mal özgülenen mirasçıya ayıpsız bir benzeriyle değişim hakkının tanınması, mirasçılar arasındaki menfaatler dengesine uygun düşmeyecektir.

Mirasçının ayıp sebebiyle kullanabileceği seçimlik hakların dışında genel hükümlere göre tazminat isteyebileceği noktasında duraksama bulunmamaktadır (TBK m. 227/2). Bu çerçevede mirasçı, ayıptan sorumluluğa ilişkin kullanabileceği seçimlik hakları tercih edebileceği gibi, genel hükümlere göre tazminat talep etme yoluna da gidebilir.

3.1.2.1.1.4. Alacağın Varlığından ve Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluk

Paylaşma sözleşmesi gereğince terekede bulunan bir alacağı devralan mirasçıya karşı diğer mirasçılar, söz konusu alacağın varlığını garanti ettikleri gibi, borsaya kayıtlı olan kıymetli evrak dışında, alacağın mirasçının hakkına mahsup edilen miktarı için borçlunun

¹³⁰⁰ Özdemir, Şerh, s. 251.

ödeme gücünden adi kefil gibi sorumludurlar (TMK m. 679/2)¹³⁰¹. Kanun koyucu, terekede bulunan alacağın paylaşma sözleşmesi gereğince bir mirasçıya özgülenmesinde, alacağın devrinde devredenin garanti sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 191 (OR Art. 171, Abs. 1) hükmünden farklı bir düzenlemeye gitmiştir¹³⁰². Zira TBK m. 191/2 hükmüne göre, alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredildiği takdirde, devreden alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir¹³⁰³. Paylaşma sözleşmesi gereğince alacağın mirasçıya devrinde ise, böyle bir ayrıma gidilmeksizin diğer mirasçıların sorumlu oldukları belirtilmiştir¹³⁰⁴. Öğretide bu farklılığın mirasçılar arasındaki eşitliği sağlamayı¹³⁰⁵ ve miras paylaşılmasına ilişkin dengenin bozulmasını önlemeyi¹³⁰⁶ amaçladığı ifade edilmektedir.

Mirasçıların alacağın varlığından sorumlulukları, alacağın ilgili mirasçıya devriyle birlikte başlamaktadır¹³⁰⁷. Kanaatimizce terekede bulunan alacağın bir mirasçıya devri ancak yazılı paylaşma sözleşmesiyle mümkün olduğundan, yazılı paylaşma sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren diğer mirasçıların alacağın varlığından sorumlulukları söz konusu olacaktır. Borçlunun ödeme gücünden sorumluluk bakımından ise öğretide, borçlunun ödeme güçsüzlüğünün paylaşma anında veya sonra mevcut olabileceği ve her iki durumda da mirasçıların sorumluluklarının doğacağı belirtilmektedir¹³⁰⁸. Ancak sözleşme gereğince alacağı devralan mirasçı, kendi kusuru sebebiyle alacağı tahsil edememişse, bundan dolayı diğer mirasçıların sorumluluklarına gidemeyecektir¹³⁰⁹.

Paylaşma sözleşmesi gereğince alacağı devralan mirasçı, borçlunun ödeme güçsüzlüğü sebebiyle alacağı elde edemediği takdirde, diğer mirasçılar TMK m. 679/2 (ZGB Art. 637, Abs. 2) hükmü gereğince adi kefil gibi (*wie einfache Bürgen*) sorumludurlar. Şu halde, diğer

¹³⁰¹ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 86, N. 3; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 14; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 8; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 6; Escher, Art. 637, N. 11; Göksu, Art. 637, N. 8; Bosshardt, Art. 637, N. 3; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 3; Vouilloz, Art. 637, N. 17; Rouiller, Art. 637, N. 12; Wolf/Genna, s. 391; Kocayusufpaşaoğlu, s. 732; Öztan, s. 501; Kılıçoğlu, Taksim, s. 119; Eren/Yücer Aktürk, s. 634; İmre/Erman, s. 576; Dural/Öz, s. 524; Serozan/Engin, s. 610; İnan/Ertas/Albaş, s. 609; Antalya/Sağlam, s. 534; Çabri, Şerh, s. 570; Özdemir, Şerh, s. 253; Avcı, s. 160; Ozanemre Yayla, s. 310.

¹³⁰² Eren/Yücer Aktürk, s. 634; Kocayusufpaşaoğlu, s. 732; İmre/Erman, s. 576; Dural/Öz, s. 524; Çabri, Şerh, s. 570; Ozanemre Yayla, s. 310; Avcı, s. 160; Göksu, Art. 637, N. 8; Rouiller, Art. 637, N. 12; Vouilloz, Art. 637, N. 17; Escher, Art. 637, N. 13; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 6; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 86, N. 3.

¹³⁰³ Reetz/Burri, CHK-OR, Art. 171, N. 16; Spirig, ZK-OR, Art. 171, N. 42.

¹³⁰⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 634; İmre/Erman, s. 576; Dural/Öz, s. 524; Antalya/Sağlam, s. 534; İnan/Ertas/Albaş, s. 609; Çabri, Şerh, s. 571; Özdemir, Şerh, s. 253; Avcı, s. 160; Ozanemre Yayla, s. 310; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 86, N. 3; Rouiller, Art. 637, N. 12; Vouilloz, Art. 637, N. 17; Wolf/Genna, s. 391.

¹³⁰⁵ Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 8; Escher, Art. 637, N. 13; Rouiller, Art. 637, N. 12; Vouilloz, Art. 637, N. 17; Kılıçoğlu, Taksim, s. 117; Ozanemre Yayla, s. 311.

¹³⁰⁶ Çabri, Şerh, s. 571.

¹³⁰⁷ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 15; Escher, Art. 637, N. 11; Vouilloz, Art. 637, N. 17; Ozanemre Yayla, s. 313.

¹³⁰⁸ Kılıçoğlu, Taksim, s. 119; Ozanemre Yayla, s. 313.

¹³⁰⁹ Eren/Yücer Aktürk, s. 634; Kılıçoğlu, Taksim, s. 119; Dural/Öz, s. 524; Ozanemre Yayla, s. 313.

mirasçılarının bu sorumlulukları bakımından TBK m. 585 vd. (*ZGB Art. 495*) hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹³¹⁰. Miras ortaklığı iki mirasçıdan oluşuyorsa, bunlardan birinin alacağı devralması durumunda, diğer mirasçı borçlunun ödeme gücünden adi kefil gibi sorumlu olur. İki den fazla mirasçının bulunduğu hallerde ise, adi birlikte kefalet (*einfache Mitbürgschaft*) söz konusudur¹³¹¹. Bu ihtimalde, alacağı devralan dışındaki mirasçılar kendi payları oranında adi kefil gibi, diğer mirasçı veya mirasçılarının kefaletinden dolayı da kefile kefil gibi sorumludurlar (TBK m. 587)¹³¹². Örneğin A, B ve C'den oluşan bir miras ortaklığında A'nın paylaşma sözleşmesi çerçevesinde terekede bulunan bir alacağı devraldığını varsayalım. A, borçlunun ödeme güçsüzlüğü sebebiyle alacağı elde edemediği takdirde, B ve C kendi miras payları oranında bundan sorumludur. Ancak B'nin de kendi payına düşeni ödemekten aciz olması durumunda, C'nin B'ye düşen payı kefile kefil sıfatıyla ödemesi gerekecektir.

Paylaşma sözleşmesi gereğince bir tereke alacağını devralan mirasçının, diğer mirasçılarının sorumluluklarına başvurabilmesi için, öncelikle asıl borçluyu takip etmesi gerekmektedir. Zira adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça kefile takip edemez (TBK m. 585/1)¹³¹³. Alacağı devralan mirasçı, asıl borçluyu takip etmeden diğer mirasçılardan talepte bulunduğu takdirde, diğer mirasçılar tartışma def'i (*Einrede der Vorausklage*) çerçevesinde öncelikle asıl borçlunun takip edilmesi gerektiğini ileri sürebilirler¹³¹⁴. Ancak TBK m. 585/1 hükmünde dört bent halinde sayılan durumların varlığı halinde¹³¹⁵, alacağı devralmış olan mirasçı, asıl borçluyu takip etmeksizin diğer mirasçılara karşı takipte bulunabilir.

Mirasçılarının adi kefil gibi sorumlulukları kendi miras paylarıyla sınırlıdır¹³¹⁶. Bu sebeple, kendisine alacak hakkı devredilen mirasçı, bu alacağın tamamını bir mirasçıdan talep

¹³¹⁰ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 637, N. 14; **Bürgi**, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 8; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 6; **Escher**, Art. 637, N. 11; **Göksu**, Art. 637, N. 8; **Bosshardt**, Art. 637, N. 3; **Jolles/Vlcek**, Art. 637, N. 3; **Vouilloz**, Art. 637, N. 20; **Rouiller**, Art. 637, N. 14; **Wolf/Genna**, s. 391; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 609; **Ozanemre Yayla**, s. 312; **Avcı**, s. 161.

¹³¹¹ **Avcı**, s. 161; **Escher**, Art. 637, N. 11; **Vouilloz**, Art. 637, N. 20; **Rouiller**, Art. 634, N. 14.

¹³¹² **İmre/Erman**, s. 577; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 609; **Avcı**, s. 161; **Ozanemre Yayla**, s. 313; **Escher**, Art. 637, N. 11; **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 6; **Vouilloz**, Art. 637, N. 20; **Rouiller**, Art. 634, N. 14.

¹³¹³ **Eren**, Özel Hükümler, s. 786; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1428; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 672; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 830; **Ayan**, Serkan, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 2560; **Vischer**, Markus, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 495, N. 1; **Krauskopf**, Frédéric/Stuber, Jonas, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 495, N. 1; **Oser/Schönenberger**, OR Art. 495, N. 14.

¹³¹⁴ **Eren**, Özel Hükümler, s. 786; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1428; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 672; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 830; **Ayan**, İstanbul Şerhi, s. 2561; **Avcı**, s. 161; **Vischer**, CHK-OR, Art. 495, N. 1; **Krauskopf/Stuber**, OFK-OR, Art. 495, N. 1; **Oser/Schönenberger**, OR Art. 495, N. 14.

¹³¹⁵ TBK m. 585/1 hükmünde sayılan durumlar şunlardır:

1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması.
2. Borçlu aleyhine Türkiye'de takibin imkânsız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi.
3. Borçlunun iflasına karar verilmesi.
4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması.

¹³¹⁶ **Tuor/Picenoni**, Art. 637, N. 3; **Escher**, Art. 637, N. 20; **İmre/Erman**, s. 577; **Dural/Öz**, s. 525; **Çabri**, Şerh, s. 571; **Avcı**, s. 162.

ederse, bu mirasçı taksim def'ine (*Einrede der Teilung*) dayanarak kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilecektir¹³¹⁷. Ancak mirasçılardan biri, kendi payına düşenden fazla bir ödemede bulunmuşsa, adi birlikte kefil olan diğer mirasçı veya mirasçılara rücu etme hakkına sahiptir¹³¹⁸. Öte yandan, kendisine alacak hakkı devredilen mirasçı, diğer mirasçılara başvururken kendi miras payına karşılık gelen kısma da katlanmak zorundadır. Örneğin mirasçı olarak sağ kalan eş ve bir altsoy bulunuyorsa, altsoya özgülenen 100.000 TL'lik alacağın tahsil edilememesi durumunda, bu mirasçı 1/4 miras payına sahip olan diğer mirasçıdan (sağ kalan eşten) ancak 25.000 TL talepte bulunabilir¹³¹⁹.

Mirasçılardan özgüleme konusu alacaklarla ilgili olarak meydana gelen sorumluluklarının üst sınırı TMK m. 679/2 hükmünde, alacağın mirasçının hakkına mahsup edilen miktarı olarak ifade edilmiştir¹³²⁰. Bu sebeple mirasçılar, paya mahsup edilen kısmı aşan zarardan dolayı sorumlu tutulamazlar. Söz gelimi, paylaşma sözleşmesinde tereke alacağının bir mirasçıya devrinden sonra bu alacak için işleyen faiz miktarı, paylaşmada ilgili mirasçının payına mahsup edilmemişse, diğer mirasçılardan talep edilemez¹³²¹.

Kanun koyucu TMK m. 679/2 hükmünde, borçlunun ödeme gücünden sorumluluk bakımından bir istisna öngörmüştür. Buna göre, borsaya kayıtlı olan kıymetli evrak mirasçılardan birine özgülenmişse, diğer mirasçılardan borçlunun ödeme gücünden adi kefil gibi sorumlulukları yoktur¹³²². Öğretide, kıymetli evrakı devralan mirasçının bunu satarak zararın doğmasını önleme imkânına sahip olmasından dolayı diğer mirasçılardan sorumluluklarına gidilemeyeceğinin kanunda yer aldığı belirtilmektedir¹³²³.

Ayıptan ve zapttan sorumlulukta olduğu gibi, alacağın varlığı ve borçlunun ödeme gücünden sorumluluk da emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla mirasçılar, paylaşma sözleşmesinde bu sorumluluğu sınırlandıran veya ortadan kaldıran bir anlaşma yapabilecekleri

¹³¹⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 790; Yavuz/Acar/Özen, s. 1438; Zevkliler/Gökyayla, s. 679; Avcı, s. 162; Vischer, CHK-OR, Art. 497, N. 7; Krauskopf/Stuber, OFK-OR, Art. 495, N. 5; Oser/Schönenberger, OR Art. 497, N. 37.

¹³¹⁸ Avcı, s. 163.

¹³¹⁹ Benzer örnekler için bkz: Çabri, Şerh, s. 571; Avcı, s. 163.

¹³²⁰ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 16; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 7; Escher, Art. 637, N. 11; Göksu, Art. 637, N. 9; Bosshardt, Art. 637, N. 3; Rouiller, Art. 637, N. 12; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 3; Vouilloz, Art. 637, N. 18; İmre/Erman, s. 577; Kılıçoğlu, Taksim, s. 119; Ozanemre Yayla, s. 314.

¹³²¹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 119.

¹³²² Eren/Yücer Aktürk, s. 634; İmre/Erman, s. 577; Dural/Öz, s. 524; İnan/Ertas/Albaş, s. 609; Çabri, Şerh, s. 572; Özdemir, Şerh, s. 254; Ozanemre Yayla, s. 315; Avcı, s. 160. İsviçre öğretisinde, borsaya kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün kıymetli evraklar yönünden mirasçılardan borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmayacakları ifade edilmektedir. Bkz: Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 17; Escher, Art. 637, N. 14; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 9; Göksu, Art. 637, N. 9; Bürgi, KuKo-ZGB, Art. 637, N. 8. Ancak İsviçre öğretisinde, borsaya kayıtlı kıymetli evraklar açısından mirasçılardan sorumlu olmadıklarını belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bkz: Vouilloz, Art. 637, N. 21; Rouiller, Art. 637, N. 15.

¹³²³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 119; İmre/Erman, s. 577; Kocayusufpaşaoğlu, s. 732; Çabri, Şerh, s. 572; Özdemir, Şerh, s. 254; Ozanemre Yayla, s. 315; Rouiller, N. 15; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 86, N. 3.

gibi, farklı bir sorumluluk rejimi de öngörebilirler¹³²⁴. Örneğin mirasçılar, borçlunun ödeme güçsüzlüğü durumunda adi kefil gibi değil, müteselsil kefil gibi sorumlu olacaklarını kararlaştırabilirler.

3.1.2.1.1.5. Mirasçılarının Birbirlerine Karşı Sorumluluğunda Zamanaşımı

Türk Medeni Kanunu m. 679/3 hükmünde, garantiye ve kefalete dayanan davanın, paylaşma tarihinin veya daha sonra yerine getirilecek alacaklarda muacceliyet tarihinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir¹³²⁵. Hükümde öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlulukta geçerli olduğu noktasında duraksama bulunmamaktadır¹³²⁶. Bu sebeple, yazılı paylaşma sözleşmesiyle alacağın ilgili mirasçıya devredildiği tarihten itibaren veya daha sonra yerine getirilecek alacaklarda muacceliyet tarihinden itibaren bir yıllık sürenin geçmesiyle birlikte, diğer mirasçıların alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlulukları zamanaşımına uğrar. Alacağın devri bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan, yazılı paylaşma sözleşmesinin yapılmış olması, zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için yeterlidir¹³²⁷. Örneğin mirasçılar, 01.09.2020 tarihinde yazılı paylaşma sözleşmesi yaparak tereke alacağını içlerinden birine devretmişlerse, bu alaktan dolayı diğer mirasçıların sorumluluğu, sözleşmenin yapıldığı 01.09.2020 tarihinden itibaren bir yıldır. Ancak bu tarihte yapılan sözleşmede mirasçılardan birine özgülenen alacak, 01.02.2021 tarihinde muaccel olacaksa, bir yıllık zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden itibaren başlayacaktır¹³²⁸.

Türk Medeni Kanunu m. 679/3 hükmünde öngörülen bir yıllık sürenin, mirasçıların sözleşme konusu malların zaptından veya ayıplı çıkmasından sorumlulukları bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, TMK m. 679/3 hükmünde öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresi, mirasçıların garanti sorumluluğu kapsamına giren bütün durumlarda geçerlidir¹³²⁹. Bu bakımdan alacağın varlığı ve borçlunun ödeme gücünden sorumlulukta olduğu gibi, mirasçıya özgülenen malın zaptından ve

¹³²⁴ Ozanemre Yayla, s. 316; Antalya/Sağlam, s. 534.

¹³²⁵ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 86, N. 3; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 18; Escher, Art. 637, N. 18; Tuor/Picenoni, Art. 637, N. 10; Bürgi, KuKo, Art. 637, N. 9; Göksu, Art. 637, N. 10; Bosshardt, Art. 637, N. 4; Rouiller, Art. 637, N. 17; Jolles/Vlcek, Art. 637, N. 4; Vouilloz, Art. 637, N. 22; Wolf/Genna, s. 393; Eren/Yücer Aktürk, s. 635; İmre/Erman, s. 577; Dural/Öz, s. 524; İnan/Ertas/Albaş, s. 610; Serozan/Engin, s. 611; Antalya/Sağlam, s. 534; Çabri, Şerh, s. 572; Özdemir, Şerh, s. 258; Ozanemre Yayla, s. 316.

¹³²⁶ Eren/Yücer Aktürk, s. 635.

¹³²⁷ İmre/Erman, s. 577; Çabri, Şerh, s. 573.

¹³²⁸ Benzer bir örnek için bkz: Çabri, Şerh, s. 573.

¹³²⁹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 120; Kocayusufpaşaoğlu, s. 733; Ozanemre Yayla, s. 317; İmre/Erman, s. 577; Antalya/Sağlam, s. 534; Çabri, Şerh, s. 575; Avcı, s. 164; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 637, N. 18; Wolf/Genna, s. 393; Rouiller, Art. 637, N. 17; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 86, N. 3.

ayıbından sorumlulukta da bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre, TMK m. 679/3 hükmünde öngörülen bir yıllık süre yalnızca alacaklar bakımından uygulanmalıdır¹³³⁰. Zira ilgili hükmün lafzında açıkça “garanti ve kefalete dayanan dava” ibaresi kullanılmaktadır. Öte yandan hükmün gerekçesine bakıldığında, paylaşımda alacak nedeniyle gerek alacağın varlığından gerekse de borçlunun ödeme güçlüğünden sorumluluğun bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu belirtilmekte, fakat ayıp veya zapttan sorumluluktan bahsedilmemektedir¹³³¹. Şu halde kanun koyucunun ilgili hükümdeki amacının da yalnızca alacaklar bakımından bir yıllık zamanaşımı süresi öngörmek olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, paylaşma sözleşmesinde özgülenen mallar bakımından mirasçılardan zapttan ve ayıptan sorumluluklarına uygulanacak zamanaşımı hükümleri, TBK’nun ilgili hükümleri olmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu’nun satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinde herhangi bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Bu sebeple, TBK m. 146 hükmünde yer alan on yıllık genel zamanaşımı süresinin satıcının zapttan sorumluluğuna da uygulanacağı kabul edilmektedir¹³³². Dolayısıyla, paylaşma sözleşmesi gereğince mirasçılardan birine özgülenen malın, üçüncü kişinin üstün hakkı çerçevesinde zapt edilmesi durumunda, zaptın gerçekleşmesinden itibaren on yıl geçince, diğer mirasçılardan sorumlulukları zamanaşımına uğrayacaktır.

Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresi bakımından TBK m. 231/1 hükmünde, satıcının daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü davanın, satılanın alıcıya devrinden itibaren iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir¹³³³. Satılardaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, iki yıllık süre geçerlidir. Ancak TMK m. 231/1 hükmü, taşınır satışlarında uygulanır. Bu bakımdan, paylaşma sözleşmesi çerçevesinde kendisine bir taşınır mal devredilen mirasçı, bu malın tesliminden itibaren iki yıl içerisinde diğer mirasçılara karşı ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilir¹³³⁴. Ancak diğer mirasçılar, taşınır malın ilgili mirasçıya ayıplı olarak devrinde ağır kusurlu oldukları takdirde, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacaklardır (TBK m. 231/2). Bu durumda on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır¹³³⁵.

¹³³⁰ Eren/Yücer Aktürk, s. 635; Dural/Öz, s. 524; Özdemir, Şerh, s. 259.

¹³³¹ Hükmün gerekçesi için bkz: <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/zgb-alp-amtl-begr.pdf> (Erişim: 17.09.2020).

¹³³² Eren, Özel Hükümler, s. 87; Tandoğan, C. I, s. 163; Yavuz/Acar/Özen, s. 118; Zevkliler/Gökyayla, s. 147; Giger, BK-OR, Art. 192, N. 83; Hrubesch-Millauer, CHK-OR, Art. 192, N. 5; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, Art. 192, N. 11; Schönle/Higi, ZK-OR, Art. 195, N. 13.

¹³³³ Eren, Özel Hükümler, s. 125; Yavuz/Acar/Özen, s. 169; Zevkliler/Gökyayla, s. 137; Müller-Chen, CHK-OR, Art. 210, N. 4; Kren Kostkiewicz, Art. 210, N. 2.

¹³³⁴ Eren/Yücer Aktürk, s. 641; Özdemir, Şerh, s. 259.

¹³³⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 128; Eren/Yücer Aktürk, s. 641.

Taşınmaz mallarda meydana gelen ayıplar bakımından TBK m. 244/3 hükmünde, mülkiyetin geçmesinden itibaren beş yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür¹³³⁶. Bu sebeple, paylaşma sözleşmesine göre terekede bulunan bir taşınmazı devralan mirasçı, bu taşınmazın ayıplı olması durumunda, tescilin yapılmasından itibaren beş yıl içerisinde diğer mirasçıların ayıptan sorumluluklarına gidebilecektir. Ancak diğer mirasçılar, taşınmazın ayıplı olarak devrinde ağır kusurlu oldukları takdirde, buna ilişkin sorumlulukları yirmi yılda zamanaşımına uğramaktadır (TBK m. 244/3).

3.1.2.2. Bozma Sözleşmesi

Tarafların daha önce aralarında yapmış oldukları sözleşmeden doğan alacak ve borçtan karşılıklı olarak vazgeçtikleri sözleşmeye “bozma” (ikale) veya “ortadan kaldırma” sözleşmesi (*Aufhebungsvertrag*) denilmektedir¹³³⁷. Miras paylaşma sözleşmesinin, mirasçıların sonradan yapacakları bir bozma sözleşmesiyle sona ermesi mümkündür¹³³⁸. Ancak nasıl ki paylaşma sözleşmesi kurulurken oybirliği ilkesinin bulunması zorunluysa, bozma sözleşmesi için de aynı durum geçerlidir. Diğer bir deyişle, bozma sözleşmesine bütün mirasçıların katılması gerekmektedir.

Mirasçıların paylaşma sözleşmesini ortadan kaldırma konusundaki anlaşmaları, açık bir şekilde olabileceği gibi örtülü şekilde de olabilir. Söz gelimi, mirasçılar paylaşma sözleşmesi yaptıktan bir süre sonra yeni bir paylaşma sözleşmesi yaparak önceki sözleşmeyi açıkça ortadan kaldırırlar¹³³⁹. Ancak bu noktada, sonradan yapılan sözleşmenin önceki sözleşmeyi tamamen mi yoksa kısmen mi ortadan kaldırdığının incelenmesi gerekmektedir. Mirasçılar her bir tereke unsuru için dahi ayrı ayrı paylaşma sözleşmesi yapabilirler. Bu sebeple, sonradan yapılan sözleşme ile önceki sözleşmenin içerik itibarıyla hangi tereke unsurlarını kapsadığı üzerinde durulmalıdır. Eğer değişik tarihlerde yapılan paylaşma sözleşmeleri farklı farklı tereke unsurlarını konu edinmişse, bir bozma sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir. Sonradan yapılan paylaşma sözleşmesinin, önceki sözleşmeye konu edilen bazı tereke unsurlarını kapsamaması halinde ise, yalnızca ilgili tereke unsurları bakımından bir tadil sözleşmesinin yapılmış olduğu düşünülebilir. Yargıtay da konuya ilişkin verdiği bir kararda,

¹³³⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 193; Yavuz/Acar/Özen, s. 245; Zevkliler/Gökyayla, s. 64; Binder, CHK-OR, Art. 219, N. 8; Atteslander-Dürrenmatt, OFK-OR, Art. 219, N. 9; Zellweger-Gutknecht, OR Art. 219, N. 7.

¹³³⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1408; Bucher, s. 390; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 165. Ayrıca Bkz: Büscher, Andreas, *Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess Verlag, Zürich, 2015, s. 3 vd.

¹³³⁸ Çabri, Şerh, s. 509; Kılıçoğlu, Taksim, s. 122; Ozanemre Yayla, s. 222.

¹³³⁹ Kılıçoğlu, Taksim, s. 122; Ozanemre Yayla, s. 222.

sonradan yapılan paylaşma sözleşmesinin, önceki paylaşma sözleşmesini hükümsüz hale getirip getirmediğinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir¹³⁴⁰.

Mirasçıların paylaşma sözleşmesi kurulduktan sonra, oybirliğiyle bu sözleşmeye aykırı tasarruflarda bulunmaları halinde, örtülü olarak bozma sözleşmesi yapılmış olmaktadır¹³⁴¹. Örneğin paylaşma sözleşmesinde mirasçılardan birine veya birkaçına özgülenen taşınmazın sonradan mirasçılar dışında üçüncü bir kişiye devredilmesi böyledir¹³⁴². Yargıtay söz konusu durumu bazı kararlarında paylaşma sözleşmesinden dönme olarak ifade ederken¹³⁴³, bazı kararlarında sözleşmeden vazgeçme olarak nitelendirmektedir¹³⁴⁴. Öte yandan, paylaşma sözleşmesi ifa edilmeden önce, mirasçıların elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete çevirmeleri durumunda da, önceden yapılan paylaşma sözleşmesi ortadan kalkar¹³⁴⁵. Zira paylı mülkiyete dönüştürme ile birlikte, söz konusu mallar terekeden çıkmış olmaktadır.

Bozma sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına tabi değildir¹³⁴⁶. Hatta ortadan kaldırılacak sözleşme özel bir şekil şartına tabi olsa bile durum değişmez. Ancak Yargıtay, yazılı paylaşma sözleşmesinin bozulduğunun yine yazılı bir belge ile ispat edilmesi gerektiğini ifade

¹³⁴⁰ “Mahkemece, davacı tarafa süre ve imkan verilerek dava konusu yerlerin sözleşmede yazılı olan hangi taşınmazlar olduğunun açıklattırılması, iddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanarak yeniden yapılacak keşif ile dava konusu edilen taşınmazların sözleşmede yazılı taşınmazlar olup olmadığının belirlenmesi ve dosya içerisinde mevcut olan 24.06.1996 tarihli miras taksim sözleşmesinin, davacı tarafca dosyaya sunulan ve davaya dayanak olan 20.01.1987 tarihli miras taksim sözleşmesini hükümsüz hale getirip getirmediği hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulmuş olması nedeni ile de bozulmalıdır”. Yarg. 8. HD, T. 22.01.2015, E. 2014/18165, K. 2015/1333 K. (erişim tarihi: 13.09.2020) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

¹³⁴¹ Çabri, Şerh, s. 510.

¹³⁴² Ozanemre Yayla, s. 223; Kılıçoğlu, Taksim, s. 122.

¹³⁴³ “Açıklanan kanun maddeleri gereğince 12.02.1994 tarihli “Mukavele” başlıklı adi yazılı senedin geçerli bir taksim senedi olarak kabulü gerektiği kuşkusuzdur. Ancak, az yukarıda ayrıntısı ile açıklandığı üzere dava konusu 907 parsel ait tapu kayıtlarının durumuna göre, bahsi geçen taksim mukavelesinden sonra mirasbırakanlar tarafından resmi işlem ile taksime konu olan hisselerin davalılara devredildiği anlaşıldığından, yapılan bu intikal işleminin daha önce yapılmış harici taksim mukavelesinden dönme niteliğinde bulunduğu kabulü gereklidir. Dairemizin ve Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları bu yöndedir”. Yarg. 8. HD, T. 10.10.2017, E. 2015/8232, K. 2017/12622. (erişim tarihi: 13.09.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

¹³⁴⁴ “Toplanan delillerden miras bırakan A. I.n ölümünden sonra mirasçılar arasında miras taksim sözleşmesi yapılmış 44 numaralı taşınmaz davacıların murisi A. O.a, 378 numaralı parsel M. ile M.ya, 19 numarada kayıtlı taşınmazın 2/3’ü S.a, 1/3 payı ise M.ye bıraktıkları anlaşılmaktadır. Bu sözleşmeden sonra 14.06.1994’te A. O.da dahil olmak üzere tüm mirasçılar 378 numaralı taşınmazı üçüncü kişi olan Z. D.a satmışlardır. Yine 19 numaralı taşınmazın tamamı da 9.3.2000’de S.a intikal etmiştir. Her iki tasarrufla mirasçılar yapılan bu miras taksim sözleşmesinden vazgeçmişlerdir”. Yarg. 2. HD, T. 10.01.2005, E. 2004/16407, K. 2005/66. (erişim tarihi: 13.09.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

¹³⁴⁵ “Dava konusu taşınmazlar, tapulama yoluyla tarafların ortak miras bırakanları M. T. adına kayıtlı iken 20.9.2002 tarihinde paylı mülkiyet şeklinde mirasçılara intikal etmiştir. Davacı taraf, kura esasına göre düzenlenen 6.9.2002 tarihli taksim sözleşmesine dayanarak iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Mahkemece uyulan önceki bozma ilamında da belirtildiği gibi, taksim sözleşmesinin gereği yerine getirilmeden davacıların tapuda elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete çevirmek suretiyle taşınmazları miras malı olmaktan çıkardıklarından taksim sözleşmesi hükümsüz kalmıştır”. Yargıtay 8. HD, T. 25.11.2008, E. 2008/4683, K. 2008/5968. (erişim tarihi: 13.09.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

¹³⁴⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1408; Bucher, s. 390; Büscher, s. 137. Ancak sözleşmede değişiklik yapılmak isteniyorsa, bu durumda değiştirilmek istenen sözleşmeyle ilgili şekil kurallarına riayet etmek gerekmektedir (TBK m. 13). Örneğin yazılı paylaşma sözleşmesinde değişiklik yapılacaksa, bunun da yazılı şekilde yapılması zorunludur.

etmektedir¹³⁴⁷. Bu sebeple, ispata ilişkin sorunları ortadan kaldırmak bakımından, bozma sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasında fayda bulunmaktadır.

3.1.2.3. Tek Taraflı Sona Erdirme

Miras paylaşma sözleşmesinin kurulmasından sonra, mirasçılardan birinin veya birkaçının henüz ifayı gerçekleştirmeden sözleşmeyi sona erdirmek istemesi ihtimal dâhilindedir. Bu noktada şöyle bir soru akla gelmektedir: Mirasçılar, fesih veya dönme beyanında bulunarak sözleşmeyi tek taraflı sona erdirebilirler mi? Öncelikle belirtmek gerekir ki, miras paylaşma sözleşmesi kural olarak ani edimli sözleşmedir¹³⁴⁸. Dolayısıyla, bu sözleşme bakımından fesih söz konusu olmaz. Zira fesih, sürekli sözleşme ilişkilerini (*Dauerverträgen*) ileriye etkili olarak sona erdiren bir sebeptir¹³⁴⁹.

Sözleşmeden dönme beyanı bakımından ise ikili bir ayrım yapmak gerekmektedir. Dönme, tarafların iradesine dayanabileceği gibi, doğrudan kanun hükmüne de dayanabilir¹³⁵⁰. Kanun hükmüne dayanan dönme, TBK'nun muhtelif hükümlerinde düzenlenmiştir. Örneğin, mirasçılardan birinin paylaşma sözleşmesinden doğan borcunu ifada temerrüde düşmesi durumunda, alacaklı mirasçı veya mirasçıların sözleşmeden dönmesi mümkündür. Bunun dışında, mirasçılar paylaşma sözleşmesi yaparken ileride bu sözleşmeden dönme haklarını saklı tutmuşlarsa, sözleşmenin dönme beyanıyla tek taraflı sona erdirilmesi düşünülebilir. Ancak bu sonuç, klasik dönme görüşünün kabulü halinde geçerlidir. Zira klasik görüşe göre dönme, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirir¹³⁵¹. Günümüzde ağırlık kazanan yeni dönme görüşüne göre ise, dönme beyanıyla birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz¹³⁵². Dönme beyanı, sözleşmeye dayalı borç ilişkisinin içeriğini değiştirir. Şu halde,

¹³⁴⁷ “*Bahkesir Sulh Hukuk Mahkemesinin 10.10.1980 tarihli ve 1980/744 Esas-1980/762 Karar sayılı mirasçılık belgesinde yer alan İ. P. mirasçılarının tamamı tarafından imzalanan 24.11.1980 tanzim tarihli miras taksim sözleşmesi, Medeni Kanunun 676. maddesine göre geçerli olup tarafları bağlar. Yazılı sözleşmeye dayanan paylaşımın bozulduğu aynı güçte bir belge ile kanıtlanmadığı sürece de geçerliliğini devam ettirir*”.

Yarg. 14. HD, T. 23.12.2014, E. 2014/16407, K. 2014/14774. (erişim tarihi: 14.09.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹³⁴⁸ Bkz: § 4, IV, C.

¹³⁴⁹ İnal, H. Tamer, **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 82; **Serozan**, Dönme, s. 115; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1289; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 864; **Antalya**, Borçlar, C. V/1,1, s. 105; **Von Tuhr/Escher**, s. 167; **Bucher**, s. 390; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, Band II, N. 3105; **Huguenin**, s. 225; Hilty, Reto M./Purtschert, Tina, **Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil**, Schulthess Verlag, 2013, Vorbem. zu Art. 144–147, N. 4; Glatthard, Melchior, **Das Rücktrittsrecht**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Stämpfli Verlag, 2020, s. 29; **Müller**, BK-OR, Einleitung in das OR, N. 138.

¹³⁵⁰ **Serozan**, Dönme, s. 193; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1290.

¹³⁵¹ **Glatthard**, s. 51; **Weber**, BK-OR, Art. 109, N. 40; **Wey/Furrer**, CHK-OR, Art. 109, N. 11; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1290.

¹³⁵² **Glatthard**, s. 52; **Weber**, BK-OR, Art. 109, N. 46; **Wey/Furrer**, CHK-OR, Art. 109, N. 11; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1291.

yeni dönme görüşü kabul edildiği takdirde, mirasçıların sözleşmede saklı tuttukları dönme hakkını kullanmaları, sözleşmeyi sona erdiren bir sebep teşkil etmeyecektir.

Mirasçılar paylaşma sözleşmesi yaparken dönme hakkını saklı tutmamışlarsa veya kanundan doğan bir dönme hakkı bulunmuyorsa, mirasçılardan birinin ya da birkaçının tek taraflı olarak dönme beyanında bulunmasının, haksız dönme niteliğinde olduğu düşünülebilir. Öğretide, sözleşmeyi haksız olarak sona erdirmeye yönelik beyanların geçerliliği noktasında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹³⁵³. Ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, bu tür beyanların kesin hükümsüz olduğu yönündedir¹³⁵⁴. Haksız dönme beyanında bulunan mirasçı, daha sonra paylaşma sözleşmesinden doğan borcunu ifa ederse, sözleşmeye aykırılık meydana gelmez. Ancak bu mirasçının haksız dönme beyanıyla sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmesi durumunda, borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, haksız dönme durumunda borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler doğrudan ya da kıyas yoluyla uygulanır¹³⁵⁵. Daha açık bir ifadeyle, haksız dönmede borçlu temerrüdü hükümleri, borcun muaccel olduğu hallerde doğrudan, henüz muaccel olmadığı hallerde ise kıyas yoluyla uygulanacaktır¹³⁵⁶.

Haksız dönme beyanının sözleşme ilişkisini sona erdirmeyeceği görüşüne karşılık, böyle bir beyanla sözleşme ilişkisinin sona erebileceği düşüncesi de gündeme gelebilir. Yargıtay, paylaşma sözleşmesinden farklı bir sözleşmeye ilişkin verdiği kararında, sözleşme özgürlüğünün sözleşmenin kurulmasına hizmet ettiği kadar, sözleşme ile bağlı kalmamayı, yani tek taraflı irade beyanıyla (haklı veya haksız surette) sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsadığını ifade etmektedir¹³⁵⁷. Şu halde bu görüşe göre, haksız dönme beyanı sözleşme ilişkisini sona erdirmekte, fakat haksız olarak dönme beyanında bulunan taraf bakımından sözleşmenin diğer tarafının uğradığı zararı tazmin etme yükümlülüğü doğmaktadır.

Miras paylaşma sözleşmesi özelinde düşünüldüğünde, elden paylaşma bakımından tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olmaz. Zira elden paylaşma sözleşmesinin kurulması için, sözleşme konusu tereke unsurunun teslim edilmiş olması

¹³⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Demirsatan, Barış, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 13 vd.

¹³⁵⁴ Demirsatan, s. 16.

¹³⁵⁵ Demirsatan, s. 99.

¹³⁵⁶ Demirsatan, s. 100 vd.

¹³⁵⁷ Yarg. HGK, T. 22.2.2012, E. 2011/11-693, K. 2012/88. (Erişim Tarihi: 14.12.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>. Söz konusu karar, öğretide Özmen/Ürem tarafından eleştirilmiştir. Yazarlara göre, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına temel oluşturan olgu olmaksızın şeklen karşı tarafa varan irade beyanı boş bir zarf gibidir. Bkz: Özmen, Etem Saba/Ürem, Müge, “Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S.3, 2016, s. 193 vd.

gerekmektedir. Teslimin gerçekleşmesinden sonra, artık sözleşme ifa ile sona erer¹³⁵⁸. Tek taraflı dönme beyanının sözleşmeyi sona erdirmesi ihtimali, ancak mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi ve yazılı paylaşma sözleşmesinde söz konusu olabilir.

Yargıtay, yazılı paylaşma sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasından sonra, mirasçılardan birinin tek taraflı olarak sözleşmeden dönme beyanında bulunmasının sözleşmeyi sona erdirmeyeceği görüşündedir¹³⁵⁹. Öğretide *Kılıçoğlu* da, paylaşma sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir¹³⁶⁰.

Miras paylaşma sözleşmesinde bir mirasçının tek taraflı olarak dönme beyanında bulunması, bazı durumlarda haklı sebep teşkil edebilir. Sözleşme ilişkisini sürdürmenin muhtelif sebeplerle artık taraflardan beklenemez hale gelmesi mümkündür. Paylaşma sözleşmesi, çoğunlukla birbirleriyle hısımlık ilişkisi içerisinde bulunan kişiler arasında yapılır. Bu bakımdan, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bazı olaylar, somut durum bakımından sözleşme ilişkisinin devamını çekilmez hale getirebilir¹³⁶¹. Söz gelimi, miras paylaşma sözleşmesinin tarafı olan iki kardeşten birinin, aralarında çıkan tartışma sonucu diğerini silahla yaralaması, böyle bir sonuca ulaşmayı haklı kılabilir. Tarafların borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme yükümlülüğü bulunmaktadır¹³⁶². Öğretide “koruma yükümü” olarak ifade edilen bu yükümlülüğün ihlali halinde, tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirmeye imkânının varlığını göz önünde bulundurmamak gerekir.

Miras paylaşma sözleşmesi bakımından ortaya çıkabilecek bir başka durum da, bu sözleşmenin tarafı olan bir mirasçının, sözleşmede terekede üzerindeki haklarından vazgeçtiğini beyan etmesidir. Diğer mirasçı veya mirasçılar lehine tereke üzerindeki haklarından vazgeçen mirasçının, sonradan bu beyanından dönmesi mümkün olabilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilmesi, bağışlamanın geri alınmasına dair TBK m. 295 vd. hükümlerinin kıyasen paylaşma sözleşmesine uygulanması halinde söz konusu olabilir. Paylaşma sözleşmesinde bir mirasçının terekeden hiçbir mal veya hak almamayı kabul etmesi,

¹³⁵⁸ Elden paylaşma sözleşmesinden önce mirasçılar arasında yapılan görüşmelerin bağlayıcı olmadığı ve teslim gerçekleşene kadar serbestçe dönülebileceği hakkında İsviçre Graubünden Kanton Mahkemesi’nin bir kararı için bkz: **Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden**, Kantonaler Druckschriftenverlag, 1989, s. 11-18.

¹³⁵⁹ “Somut olayda davalının kabul beyanı sözleşmenin diğer taraflarına ulaşmıştır. O halde, taraflar arasındaki taksim sözleşmesinin taraflarca yazıya geçirilip imzalandıktan sonra, davalı tarafından yırtılması, yapılmış olan icap ve kabul beyanının usulünce geri alındığı, bir başka anlatımla sözleşmeden dönüldüğü anlamına gelmemektedir. Kaldı ki, tüm mirasçıların birlikte düzenledikleri taksim sözleşmesinden sadece bir mirasçının sonradan dönmesi de sonucu etkili değildir”. Yarg. 8. HD, T. 10.12.2015, E. 2015/13459, K. 2015/22212. (Erişim Tarihi: 11.12.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹³⁶⁰ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 122.

¹³⁶¹ Serozan tarafından da belirtildiği gibi, somut olayın özellikleri karşısında, sözleşme ilişkisinin sonuçlarına başlangıçta planlanmış yolda katlanmanın artık taraflardan beklenemeyeceği durumlarda, sözleşme ilişkisinin dönme yoluyla çözülebilmesi gerekmektedir. Bkz: **Serozan**, Dönme, s. 604.

¹³⁶² **Eren**, Genel Hükümler, s. 40 vd.

diğer mirasçılara yönelik bir bağışlama iradesi olarak yorumlanabilir. Ancak TBK m. 295 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanabilmesi için, bağışlama sözleşmesine esas teşkil eden menfaatler durumu ile paylaşma sözleşmesindeki menfaatler durumunun örtüşmesi gerekmektedir¹³⁶³. Bağışlayana belirli şartlar altında bağışlamayı geri alma hakkı tanıyan TBK m. 295 vd. hükümleri, bağışlama sözleşmesinin tarafları göz önünde tutularak vaz edilmiştir. Bu bakımdan, söz konusu hükümlerin kıyasen paylaşma sözleşmesine uygulanması, mirasçılar arasındaki menfaat dengesine uygun düşmeyebilir. Bağışlamanın geri alınmasına ilişkin TBK m. 295 hükmünde, elden bağışlama ve ifa edilmiş bağışlama sözü vermenin dahi geri alınması imkânı bulunmaktadır. Bu hüküm kıyasen paylaşma sözleşmesine uygulandığı takdirde, ifa edilmiş bir paylaşma sözleşmesinin ortadan kaldırılmasını kabul etmek gerekmektedir. Böyle bir kabulün, mirasçılar arasındaki menfaat dengesini sarsacağı ortadadır. Örneğin beş mirasçının taraf olduğu paylaşma sözleşmesinde, mirasçılardan biri terekeden hiçbir mal veya hak almamayı kabul etmiştir. Bu sebeple diğer dört mirasçı, terekede bulunan mal ve hakları aralarında paylaşmışlardır. Tereke üzerindeki haklarından vazgeçen mirasçının, sonradan bu beyanını geri alarak sözleşmeyi ortadan kaldırabileceğini kabul etmek, kanaatimizce kıyasın amacını aşan bir yorum teşkil eder.

3.1.2.4. İbra

İbra, tarafların aralarında mevcut olan bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik yaptıkları sözleşmedir (*Erlassvertrag*)¹³⁶⁴. Bu bakımdan ibra, dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerden birini oluşturmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, ibranın sözleşme ilişkisinin içerdiği bireysel borçların tamamını sona erdirmesi de mümkündür¹³⁶⁵.

Mirasçılar, paylaşma sözleşmesinde yüklendikleri borçlar bakımından birbirlerini ibra edebilirler. Uygulamada miras paylaşma sözleşmelerine konulan bir hükümle, mirasçıların sözleşmede yazılanlar dışında birbirlerinden başkaca hiçbir hak talep etmeyeceklerini

¹³⁶³ Zira kıyasın şartlarından biri, birbirine kıyas edilen meselelerdeki menfaat durumlarının benzer olmasıdır. Bkz: Demir, Abdullah, “**Karşılaştırmalı Bir Yaklaşımla Kıyas**”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 21, 2009, s. 168.

¹³⁶⁴ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1421; **Hatemi/Gökyayla**, s. 313; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 542; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 1319; **Von Tuhr/Escher**, Band II, s. 173; Eichenberger, Michaela, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 115, N. 1; Kenel, Luca, **Entire Agreement Clause**, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, s. 10; Killias, Laurent/Wiget, Matthias, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 115, N. 1. Muhtelif tanımlar için bkz: Turanboy, K. Nuri, **İbra Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 28 vd; Gümüş, Mustafa Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 14 vd.

¹³⁶⁵ **Eren**, Genel Hükümler, s 1421; **Turanboy**, s. 28; **Kenel**, s. 10; **Killias/Wiget**, CHK-OR, Art. 115, N. 1.

kararlaştırdıkları gör÷lmektedir¹³⁶⁶. Bu durumda mirasçılar, sözleşmede yüklendikleri borçlar dışında kalanlar bakımından ibra sözleşmesi yapmış olmaktadırlar.

Mirasçıların, paylaşma sözleşmesinden sonra yapacakları bir sözleşme ile birbirlerini ibra etmeleri de mümkündür. Genellikle paylaşma sözleşmesi ifa edildikten sonra, mirasçılar terekeyle ilgili birbirlerinden hiçbir alacaklarının kalmadığını ve birbirlerinden herhangi bir hak talep etmeyeceklerini ifade eden sözleşmeler yapmaktadırlar¹³⁶⁷.

Paylaşma sözleşmesinde yüklenilen borçlar bakımından yapılan ibra sözleşmesine bütün mirasçılarının katılması zorunlu değildir. Zira her bir mirasçı sözleşmeyle ayrı ayrı borç yüklendiğine göre, bunlardan yalnızca bazılarının birbirlerini ibra etmelerini geçerli saymak gerekir. Örneğin A, B ve C'den oluşan miras ortaklığında, A'nın denkleştirme bedeli olarak B'ye bir miktar para ödeyeceği kararlaştırılmışsa, yalnızca A ve B arasında yapılacak bir sözleşme ile B'nin A'yı ibra etmesi mümkündür. Yargıtay kararına konu olan bir olayda mirasçılardan biri, mirasbırakanın bazı taşınmazlarını muvazaalı olarak davalılara devrettiğini ileri sürerek tapu kaydının iptali davası açmıştır. Davalılar ise, davacının da imzaladığı bir paylaşma sözleşmesi yapıldığını ileri sürerek davanın reddini talep etmişlerdir. Ancak davalıların ileri sürdüğü sözleşmede bütün mirasçılarının imzası bulunmamaktadır. Yargıtay bu davada, bütün mirasçılarının imzasının bulunmadığı belgenin geçerli bir paylaşma sözleşmesi olmadığını, ancak mirasbırakanın bazı taşınmazlarını devralan davacının, mirastan başkaca bir alacağının olmadığına dair hüküm bulunan bu sözleşmede imzasının olduğunu, bu itibarla sözleşmenin aslında tarafların birbirlerini ibra ettikleri bir belge niteliği taşıdığını ifade etmiştir¹³⁶⁸. Şu halde Yargıtay'a göre, geçersiz bir paylaşma sözleşmesi içerisinde yer alsa dahi,

¹³⁶⁶ “...tarafların tereke sebebiyle sözleşmede yazılanlar dışında birbirinden başkaca hiçbir hak iddia etmeyeceklerini kararlaştırdıklarına göre davacının davaya konu miras paylaşım sözleşmesi imzalanırken banka hesaplarından haberdar edildiğinin kabulü gerekir. Buna bağlı olarak da davacı davaya konu miras paylaşım sözleşmesi hükümleri uyarınca davalı ...'i ibra ettiğinden...” Yarg. 11. HD, T. 15.6.2017, E. 2016/3130, K. 2017/3770. (erişim tarihi: 14.09.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹³⁶⁷ “Somut olaya gelince; davacılar... ve ...'ün parmak basmak suretiyle, davacı ...'nın imza atmak suretiyle imza ettikleri ve diğer tüm mirasçılarının da katılımı ile tanzim edilen 10.10.2000 tarih ve “... .. Mirasçılarının ... Taksim Sözleşmesidir “ başlıklı belgeye göre çekişme konusu devirlerin yapıldığı, yine tüm mirasçılarının katılımı ile düzenlenen 20.02.2001 tarihli ve “... .. Taksim Sözleşmesinin Eki “ başlıklı belgede; “Bizler, 10.10.2000 tarihli ... taksim sözleşmesinde belirttiğimiz gibi, tapumuzu aldık. Birbirimize karşı bu konuyla ilgili hiç bir dava açmayacağımızı, hiç bir hak talebinde bulunmayacağımızı kabul ve beyan ederiz. “ açıklamasına, 10.08.2001 tarih ve “Kardeşler Arası ... Taksim Sözleşmesi “ başlıklı belgede ise; “Mirasımızı kardeşler arasında anlaştığımız şekilde aldık. Bundan sonra birbirimize mahkeme davası açmayacağımıza şahitler huzurunda söz verdik. ... “ beyanına yer verildiği tespit edilmiştir. Eldeki davada, davacıların iradesi ve vekilin ona uygun hareket edip etmediği işin düğümlendiği noktadır. Yukarıda yer verilen ve davacılar tarafından imzası ya da parmak izi inkar edilmeyen belgelerden anlaşılacağı üzere taksim ile yapılan temlikler davacıların iradesine uygundur”. Yarg. 1. HD, T. 4.7.2019, E. 2019/763, K. 2019/4341. (erişim tarihi: 15.09.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹³⁶⁸ Yarg. 1. HD, T. 05.07.2018, E. 2015/13044, K. 2018/11826. (erişim tarihi: 17.09.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

mirasçılarının birbirlerinden hiçbir alacaklarının kalmadığına ilişkin hüküm bir ibraname değeri taşımaktadır.

3.1.2.5. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İfa İmkânsızlığı

Türk Borçlar Kanunu m. 136/1 hükmüne göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaştığı takdirde borç sona erer¹³⁶⁹. Burada sözleşme ile kararlaştırılan edimin ifasının sonradan ortaya çıkan olaylar nedeniyle objektif ve sürekli bir biçimde imkânsız hale gelmesi söz konusudur¹³⁷⁰. Ayrıca, edimin imkânsız hale gelmesinden dolayı borçlunun bir sorumluluğunun bulunmaması gerekmektedir.

Miras paylaşma sözleşmesinden doğan edimlerden birinin ifası, mirasçılarının sorumluluğu olmaksızın imkânsız hale gelmiş olabilir. Bu durumda TBK m. 136 hükmünün uygulanması mümkündür. Söz gelimi, paylaşma sözleşmesi gereğince mirasçılardan birine özgülenen bir taşınmaz, henüz onun adına tescil edilmeden önce hazine tarafından açılan dava neticesinde hazine adına tescil edilirse, kusursuz sonraki ifa imkânsızlığı meydana gelir¹³⁷¹.

Paylaşma sözleşmesi gereğince terekede bulunan bir taşınmazın kendisine devri yönünde alacak hakkı kazanan mirasçı, bu taşınmazın terekeden çıkması sebebiyle diğer mirasçılara karşı yüklendiği borçlardan kurtulmuş olur. Zira taşınmazın kendisine devri imkânsız hale geldiğinden, diğer mirasçı veya mirasçılar ondan ifa edilmemiş olan edimleri isteme haklarını kaybederler (TBK m. 136/2). Söz gelimi, A ve B adlı iki mirasçının bulunduğu miras ortaklığında mirasçılar terekedeki kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün A'ya, arazinin B'ye kalmasını kararlaştırmış olsunlar. Sözleşme gereğince B'ye kalacak olan arazi, açılan dava sonucu hazine adına tescil edilmişse, artık A'nın bu arazinin mülkiyetini devretme borcunu ifa etmesi imkânsızdır. Dolayısıyla A, B'den kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün kendisine devrini talep edemez. Eğer B, kendi edimini daha önce ifa ederek bağımsız bölümün devrini sağlamışsa, A sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre almış olduğu edimi geri vermekle yükümlüdür (TBK m. 136/2).

¹³⁶⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1453; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 131; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 2531; Killias/Wiget, CHK-OR, Art. 119, N. 2; Zellweger-Gutknecht, OR Art. 119, N. 1; Eichenberger, OFK-OR, Art. 119, N. 1; Aepli Viktor, ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126, 1. Auflage, Schulthess Verlag, 1991, Art. 119, N. 17; Kurt, L. Müjde, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 28 vd.

¹³⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1453; Altunkaya, s. 48; Aepli, ZK-OR, Art. 119, N. 49; Dural, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976, s. 89. Öğretide bazı yazarlara göre, sonraki imkânsızlığın objektif veya sübjektif nitelikte olmasının bir önemi yoktur. Bkz: Oğuzman/Öz, C. I, s. 556; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1209; Hatemi/Gökyayla, s. 321. İsviçre Hukukunda sonraki imkânsızlığın objektif nitelikte olabileceği görüşünün ağırlıklı olduğu hakkında bkz: Killias/Wiget, CHK-OR, Art. 119, N. 9.

¹³⁷¹ Çabri, Şerh, s. 509.

Öğretide ileri sürülen bir görüş, paylaşma sözleşmesinden doğan edimlerden birinin ifasının imkânsız hale gelmesinin, çoğunlukla kısmi ifa imkânsızlığına (TBK m. 137) sebebiyet vereceğini ileri sürmektedir¹³⁷². Bu görüşe göre, paylaşma sözleşmesinde kısmi ifa imkânsızlığı, alacağı imkânsız hale gelen mirasçı bakımından paylaşma sözleşmesinin yapılma sebebini ortadan kaldırır. Dolayısıyla, paylaşma sözleşmesinden doğan borcun bir kısmının ifası imkânsız hale gelirse, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır. Buna karşılık Yargıtay, mirasçı sayısı göz önüne alındığında, sözleşmeye konu edilen tereke unsurlarından birine ilişkin ortaya çıkan imkânsızlığın, sözleşmenin bütününe bozmayacağını belirtmektedir¹³⁷³. Yargıtay’a göre böyle bir durumda sözleşmenin yalnızca ifası imkânsız hale gelen kısmının iptal edilmesiyle yetinilmelidir.

Kanaatimizce, paylaşma sözleşmesi gereğince mirasçıların yüklendiği borçlardan birinin ifası kısmen imkânsızlaşırsa TBK m. 137 hükmü uygulanabilir. Söz gelimi, mirasçılardan birine verilmesi kararlaştırılan arazinin bir kısmı orman sınırları içinde bırakılmışsa, bu arazinin ifası bakımından kısmi imkânsızlık gündeme gelir. Buna karşılık, paylaşma sözleşmesine konu edilen bir tereke unsurunun ifasının tamamen imkânsız hale gelmesi durumunda, doğrudan TBK m. 136 hükmüne gitmek gerekmektedir. Bu bakımdan Yargıtay’ın bir tereke unsurunun ifasının imkânsızlaşması durumunda sadece o tereke unsuruyla ilgili sözleşme kısmının iptaline ilişkin görüşü isabetli değildir. Her şeyden evvel, gerek tam gerekse de kısmi ifa imkânsızlığında sözleşmenin iptali gibi bir yaptırım bulunmamaktadır. Kanunun kusursuz sonraki ifa imkânsızlığına bağladığı temel sonuç, borcun sona ermesidir¹³⁷⁴. Dolayısıyla, paylaşma sözleşmesine konu edilen bir tereke unsurunun ifası imkânsızlaşırsa, o tereke unsurunu ifa etmekle yükümlü olan mirasçıların bu borcu sona erer. Buna karşılık, imkânsızlaşan edim bakımından alacaklı durumunda olan mirasçı da, kendine düşen borçları ifa etmekten kurtulmuş olur.

¹³⁷² Çabri, Şerh, s. 509.

¹³⁷³ “İptali istenen miras taksim sözleşmesi 6 madde halinde tanzim edilmiş ve taksime konu yapılan taşınmaz mallardan yalnızca 20 parsel sayılı taşınmazda mirasçılar 1/3 er payla ortak olmuş, diğer taşınmaz malların ise mirasçılara genelde bağımsız parseller bırakmak suretiyle paylaşım kararlaştırılmıştır. Taksim sözleşmesinin yerine getirilmesinde imar uygulaması sonucu 20 numaralı parsel yönünden doğan eylemli imkansızlığın, somut olayda mirasçı adedi itibarıyla de, sözleşmenin bütününe bozacağından söz edilemeyeceği açıktır. O itibarla taksim sözleşmesinin, 20. parselle ilgili 1. maddesinin iptali ile yetinilmesi gerekirken, tümünün iptali isabetsizdir”. Yarg. HGK, T. 2.2.1994, E. 1993/2-639, K. 1994/26. (erişim tarihi: 22.09.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹³⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1457; Altunkaya, s. 48; Dural, s. 125; Kurt, s. 249; Oğuzman/Öz, C. I, s. 558; Hatemi/Gökyayla, s. 324; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1338; Killias/Wiget, CHK-OR, Art. 119, N. 14; Zellweger-Gutknecht, OR Art. 119, N. 1; Eichenberger, OFK-OR, Art. 119, N. 5; Aepli, ZK-OR, Art. 119, N. 60.

Türk Borçlar Kanunu m. 137/1 hükmüne göre, kısmi imkânsızlık halinde borçlu yalnızca borcunun imkânsızlaşan kısmından kurtulur¹³⁷⁵. Ancak kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşıldığı takdirde, borcun tamamı sona erer. Şu halde, paylaşma sözleşmesi çerçevesinde mirasçılardan birine özgülenen tereke unsurunun ifası kısmen imkânsızlaştığı takdirde, ilgili mirasçının eğer bu durumu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı açıkça anlaşılıyorsa, borcun tamamen sona ereceği kabul edilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 137/2 hükmünde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edimin de o oranda ifa edileceği düzenlenmiştir¹³⁷⁶. Ancak alacaklı böyle bir ifaya razı olmaz veya karşı edim bölünemeyen nitelikte olursa, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır. Paylaşma sözleşmesinde mirasçılardan yüklendikleri edimler çoğunlukla bölünemeyen niteliktedir. Zira mirasçılar bu sözleşme ile tereke unsurları üzerinde sahip oldukları haktan, diğer bir mirasçı lehine vazgeçmiş olmaktadır. Söz gelimi, terekede bulunan bir taşınmaz mirasçılardan birine özgülendiğinde, diğer mirasçılar o taşınmaz üzerinde sahip oldukları haktan vazgeçerler ve taşınmazın mülkiyetini ilgili mirasçıya devretme borcu altına girerler. İlgili mirasçı da, diğer mirasçılara karşı başka tereke unsurları bakımından devir borcu altına girer. Dolayısıyla, karşı edimin de imkânsızlaşan edim oranında ifa edileceğini düzenleyen TBK m. 137/2 hükmü, paylaşma sözleşmesi bakımından uygulanabilir nitelikte değildir. Bu sebeple, paylaşma sözleşmesinde kararlaştırılan edimlerden birinin kısmen imkânsız hale gelmesi durumunda, kural olarak tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak istisnai durumlarda, karşı edimin bölünebilir nitelikte olması söz konusu olabilir. Örneğin, A ve B'den oluşan miras ortaklığında, A'nın terekedeki bir taşınmazı, B'nin ise bankada bulunan parayı alması konusunda paylaşma sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmede A'ya özgülenen taşınmazın yarısı hazine adına tescil edilirse, kısmi ifa imkânsızlığı meydana gelir. Bu durumda A, taşınmazın geri kalan kısmının ifasına razı olursa, karşı edim olarak B'ye verilecek olan paranın orantılı bir şekilde indirilmesi yoluyla TBK m. 137/2 hükmünün uygulanması mümkün olabilir.

3.1.2.6. Takas

Takas (*Verrechnung*) karşılıklı, muaccel ve aynı türden iki borcun borçlulardan birinin tek taraflı beyanı üzerine sona erdirilmesidir¹³⁷⁷. Takas beyanı ile birlikte, karşılıklı alacaklar

¹³⁷⁵ Oğuzman/Öz, C. I, s. 563; Hatemi/Gökyayla, s. 323; Antalya, Borçlar Genel, C. V/1,3, s. 447; Dural, s. 128; Kurt, s. 294; Killias/Wiget, CHK-OR, Art. 119, N. 25.

¹³⁷⁶ Oğuzman/Öz, C. I, s. 564; Hatemi/Gökyayla, s. 323; Antalya, Borçlar Genel, C. V/1,3, s. 449.

¹³⁷⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1425; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 1358; Oğuzman/Öz, C. I, s. 570; Hatemi/Gökyayla, s. 327; Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010,

aynı miktarda ise her iki alacak tamamen ortadan kalkar. Ancak takas edilen alacak, karşı alaktan az veya çok ise, her iki alacak daha az olan tutarda sona erer. Bu bakımdan takas, esasen dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerden biridir.

Takas, miras paylaşma sözleşmesi bakımından istisnai durumlarda söz konusu olur. Zira takas edilebilecek borçların kural olarak para borcu veya aynı türden (*gleichartig*) borç olması gerekmektedir (TBK m. 139/1)¹³⁷⁸. Paylaşma sözleşmesinde ise çoğunlukla mirasçılar, tereke unsurlarının bireysel mülkiyetlere geçirilmesini borçlanmaktadırlar. Diğer bir deyişle, paylaşma sözleşmesine konu edilen borçlar, büyük oranda parça borcu niteliğindedir. Parça borçları, konuları bakımından bireysel ve belirli nitelikte olduklarından birbirleriyle takas edilmeleri mümkün değildir¹³⁷⁹. Paylaşma sözleşmesinde belirli taşınmazlar mirasçılara özgüledikten sonra, bunlardan bazılarının taşınmazları takas ettiklerini beyan etmelerinin bir geçerliliği yoktur. Mirasçılar, paylaşma sözleşmesinde kararlaştırılardan farklı şekilde tapuda devir işlemi yaparlarsa, takastan değil olsa olsa bozma sözleşmesinden bahsedilebilir. Mirasçılardan bazılarının paylaşma sözleşmesi ifa edildikten sonra, devraldıkları taşınmazları değiştirmelerinin de takasla bir ilgisi yoktur. Bu durumda mirasçılar, bireysel mülkiyetlerine geçen taşınmazlar için tapuda resmi şekilde mal değişim (trampa) sözleşmesi yapabilirler.

Paylaşma sözleşmesinde mirasçılardan birinin diğerine karşı para borcu yüklendiği durumlarda takas gündeme gelebilir. Örneğin, mirasbırakanın geride A ve B adlı iki çocuğu kalmış ve bunlar aralarında paylaşma sözleşmesi yaparak terekede bulunan taşınmazları paylaşmışlardır. A, daha değerli bir taşınmazı aldığı için B'ye denkleştirme bedeli olarak 50.000 TL ödemeyi kabul etmiştir. Daha sonra A, bir tereke borcu için C'ye 100.000 TL ödeme yapmıştır. Bu durumda A, tereke borcunun kendi miras payına düşen kısmından fazlası için (50.000 TL) diğer mirasçı B'den rücu hakkı bakımından alacaktır. Fakat aynı zamanda paylaşma sözleşmesi çerçevesinde ona 50.000 TL borçludur. A, kendi alacağı bakımından B'ye karşı takas beyanında bulunduğu takdirde, paylaşma sözleşmesinden doğan 50.000 TL'lik borç tamamen sona ermiş olacaktır.

Takas beyanı, yargılama veya icra takibi sırasında bir def'i olarak da ileri sürülebilir. Söz gelimi, paylaşma sözleşmesine göre A, terekede bulunan motorlu taşıtın kredi borcunu, B

s. 21; Develioğlu, Hüseyin Murat, **Takas**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 5; **Von Tuhr/Escher**, Band II, s. 190; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 3201; **Eichenberger**, OFK-OR, Art. 120, N. 1; **Killias/Wiget**, CHK-OR, Art. 120, N. 1; **Aeppli**, ZK-OR, Art. 120, N. 9.

¹³⁷⁸ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1427; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 574; **Hatemi/Gökyayla**, s. 329; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 1363; **Aral**, Takas, s. 33; **Develioğlu**, s. 132; **Von Tuhr/Escher**, Band II, s. 194; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 3216; **Eichenberger**, OFK-OR, Art. 120, N. 7; **Killias/Wiget**, CHK-OR, Art. 120, N. 6; **Zellweger-Gutknecht**, OR Art. 120, N. 9; **Aeppli**, ZK-OR, Art. 120, N. 50.

¹³⁷⁹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1428.

ise terekede bulunan taşınmazların vergi borcunu ödeyecektir. Ancak B, motorlu taşıtın kredi borcu sebebiyle başlatılan icra takibi için ödemede bulunmuş, A da taşınmazların vergi borçlarını ödemiştir. Bu durumda B, ödediği kredi borcu için A'ya karşı icra takibine girdiği takdirde, A da takas def'ini ileri sürerek takibin durmasını sağlayabilir¹³⁸⁰.

Yargıtay kararına¹³⁸¹ konu olan bir olayda, mirasbırakan geride T, Ş, L ve H adlı dört çocuğunu mirasçı bırakarak ölmüştür. Terekede bir miktar para vardır ancak bu para mirasçılardan T'nin elinde bulunmaktadır. Mirasçılardan Ş'nin katıldığı yazılı paylaşma sözleşmesine göre, terekede bulunan para eşit olarak paylaşılacak ve mirasçılardan Ş'ye 50.000 TL verilecektir. Mirasçılar Ş, L ve H, diğer mirasçı T'nin kendilerine düşen paraları ödemediğini ileri sürerek alacak davası açmışlardır. T ise, paylaşma sözleşmesine göre taşınmazların paylaşılmasından sonra paranın dağıtılacağını, sözleşmede taşınmazların zamanında devredilmemesine bağlı olarak cezai şart kararlaştırıldığını, diğer mirasçılardan Ş'nin ihtarnamesine rağmen edimlerini yerine getirmediklerini ve bu sebeple kendi lehine cezai şart alacağı doğduğunu ileri sürerek takas beyanında bulunmuştur. Yargıtay, paylaşma sözleşmesine konu edilen taşınmazların paylı mülkiyet konusu olması sebebiyle mirasçılar dışında paydaşların bulunduğunu, dolayısıyla sözleşmenin ifasının imkânsız olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple, ifası imkânsız olan sözleşmenin ifa edilmediği ileri sürülerek cezai şart istenemeyeceğine karar verilmiş, dolayısıyla da T'nin takas beyanı geçersiz sayılmıştır. Eğer bu davada T'nin cezai şart alacağı doğmuş olsaydı, takas def'i dikkate alınacak ve diğer mirasçılardan T'den olan alacakları, T'nin cezai şart alacağı oranında sona erecekti.

Paylaşma sözleşmesinde terekede bulunan bir miktar paranın paylaşılmasının kararlaştırıldığı durumlarda, yalnızca bu para borcu bakımından da takas söz konusu olabilir. Mirasçı sayısının ikiden fazla olması burada farklılık arz etmez. Her mirasçı, sözleşme gereğince kendisine düşen miktar bakımından diğer mirasçılardan tamamından alacaktır. Ancak burada diğer mirasçılardan müteselsil değil, miras payları oranında borçtan sorumlu olduklarını kabul etmek gerekir. Zira müteselsil borçluluk istisnai niteliktedir ve kanunda

¹³⁸⁰ Benzer bir olay için bkz: “ Taraflar arasında 13.2.2012 tarihinde miras aksim sözleşmesi yapıldığı, bu sözleşmeye istinaden davalı tarafından İcra Müdürlüğü’nün 2011/164 Esas, 2012/48 Esas ve 2012/50 Esas sayılı takip dosyalarına traktörlerin borcuna mahsuben bir kısım ödemelerin yapıldığı hususu çekişmesizdir. Alacaklının borçlu aleyhine başlattığı icra takibine borçlu takas def’inde bulunmak suretiyle itiraz etmiş, bu sebeple takip durmuştur. Borçlunun tereke borcundan dolayı alacaklı yerine İcra Dairesinin 2011/ 164 Esas, 2012/48 Esas ve 2012/50 Esas sayılı takip dosyalarına yaptığı ödemeler bulunmaktadır. O halde mahkemece, bilirkişiden her üç takipten dolayı yapılan ödemeler tarafların miras payları oranında oranlanmak suretiyle takas def’i de gözönünde bulundurularak takibe konu borcun kalıp kalmadığı hususunda rapor alınarak düzenlenecek rapora göre itirazın iptali davası hakkında esasa dair bir karar verilmesi gerekir” . Yarg. 14. HD, T. 10.3.2016, E. 2015/18742, K. 2016/3093. (erişim tarihi: 28.09.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹³⁸¹ Yarg. 8. HD, T. 30.09.2014, E. 2014/16173, K. 2014/17606. (erişim tarihi: 27.09.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

açıkça öngörülen durumlarda meydana gelebilir. Öte yandan, mirasçılarının iç ilişkileri bakımından miras payları oranında sorumlu tutulmaları, eşitlik ilkesine de uygun düşmektedir.

3.1.2.7. Zamanaşımı

Miras paylaşma sözleşmesinden doğan alacaklar zamanaşımına tabidir¹³⁸². Ancak bu durum, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi ve yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından geçerlidir. Elden paylaşma sözleşmesi bakımından ise zamanaşımı hükümleri uygulanamaz¹³⁸³. Zira elden paylaşmada sözleşmenin kurulduğu anda tasarruf işlemi de yapıldığı için alacağın zamanaşımına uğraması mümkün değildir. Mirasçılarının sözlü olarak anlaşıp da tasarruf işlemini yapmamaları durumunda, zaten elden paylaşma sözleşmesi kurulmuş olmaz¹³⁸⁴. Yalnızca sözlü bir anlaşmanın var olduğu durumlarda alacak hakkı doğmadığından zamanaşımının işlemesinden bahsedilemez. Örneğin mirasçılar terekede bulunan altınların nasıl paylaşılacağını sözlü olarak kararlaştırmış, ancak altınların teslimini yapmamışlarsa, elden paylaşma sözleşmesi henüz kurulmamıştır. Bu durumda kurulmamış olan sözleşme sebebiyle zamanaşımının işlemesi gündeme gelmez. Benzer bir durum, paylaşma sözleşmesiyle terekede bulunan bir alacağın devrinde de karşımıza çıkar. Terekede bulunan alacak hakkı, yazılı paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birine devredilebilir. Fakat alacağın devri bir tasarruf işlemi olduğundan, yazılı paylaşma sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte ilgili mirasçı alacak hakkını kazanmış olur¹³⁸⁵. Dolayısıyla yazılı paylaşma sözleşmesine konu edilen alacak hakkı bakımından zamanaşımı söz konusu olmaz.

Görüldüğü üzere, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi ve yazılı paylaşma sözleşmesinden doğan borçlar zamanaşımına uğrayabilmektedir. Zira paylaşma sözleşmesinin bu iki türü, hukuki nitelikleri itibarıyla birer borçlandırıcı işlemdirler. Mirasçılar bu sözleşmelerle birbirlerine karşı belirli edimleri ifa etmeyi taahhüt ederler. Dolayısıyla, mirasçılarının paylaşma sözleşmesinden doğan ifayı talep haklarını belirli bir süre içerisinde kullanmamaları, bu hakkın zamanaşımına uğramasına sebep olabilir. Hal böyle olmakla birlikte, gerek mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinden gerekse de yazılı paylaşma sözleşmesinden doğan alacaklar bakımından TMK’da bir zamanaşımı süresi öngörülmüş değildir. Bu sebeple, TBK m. 146 hükmünde düzenlenen genel zamanaşımı süresi,

¹³⁸² Kılıçoğlu, Taksim, s. 132; Çabri, Şerh, s. 505; Özdemir, Şerh, s. 218.

¹³⁸³ Kılıçoğlu, Taksim, s. 132; Çabri, Şerh, s. 505.

¹³⁸⁴ Çabri, Şerh, s. 505.

¹³⁸⁵ Çabri, Şerh, s. 507.

paylaşma sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Şu halde, paylaşma sözleşmesinden doğan alacaklar, on yılda zamanaşımına uğrar¹³⁸⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımının başlangıcı, durması ve kesilmesine ilişkin hükümleri, paylaşma sözleşmesine de uygulanır¹³⁸⁷. Zamanaşımı kural olarak alacağın muaccel olmasıyla (*Fälligkeit*) işlemeye başlar (TBK m. 149/1)¹³⁸⁸. Mirasçılar yazılı paylaşma sözleşmesinde ifa zamanını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, sözleşmeden doğan her bir borç bakımından sözleşmede belirlenen tarihte borç muaccel olur. Söz gelimi, mirasçılar paylaşma sözleşmesinde özgüledikleri taşınmazlara ilişkin devir işlemlerinin, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren altı ay içerisinde tamamlanacağını kararlaştırabilirler. Sözleşmede belirtilen altı aylık süre dolunca borç muaccel olur ve on yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Mirasçılar paylaşma sözleşmesinde ifa zamanını kararlaştırmamışlarsa, TBK m. 90 hükmü gereğince, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte bu sözleşmeden doğan borçlar muaccel olur ve zamanaşımı işlemeye başlar.

Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmeleri bakımından ise farklı bir durum söz konusudur. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde de ifa zamanı belirlenmiş olabilir. Ancak sözleşmenin mahiyeti gereğince, ifa zamanının kesin bir tarih olarak belirlenmesi oldukça güçlük arz eder. Zira hayatta olan mirasbırakanın ne zaman öleceği ve buna bağlı olarak sözleşmeyi ifa imkânının ne zaman doğacağı belirsizdir. Bununla birlikte, muhtemel mirasçıların mirasın açılmasından itibaren altı ay veya bir yıl gibi süreler tayin etmeleri düşünülebilir. Bu durumda, söz konusu sürelerin geçmesiyle birlikte borç muaccel olur ve zamanaşımı işlemeye başlar. Muhtemel mirasçılar, paylaşma sözleşmesinde ifa zamanını kararlaştırmamışlarsa, yazılı paylaşma sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin

¹³⁸⁶ Kılıçoğlu, Taksim, s. 132; Çabri, Şerh, s. 505; Özdemir, Şerh, s. 218; Ergüne, s. 1069; Ünlütepe, s. 1228; Weiss, Klage auf Vollzug, s. 54. “...davacı yanın bu kararın kesinleşmesinden sonra, miras taksim sözleşmelerinden doğan borçlar için kanunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden genel zamanaşımı süresi içinde taksim sözleşmesi uyarınca dava açarak sözleşmenin ifasını istememiş bulunmasına göre...” Yarg. 16. HD, T. 26.11.2019, E. 2016/15596, K. 2019/7747. (erişim tarihi: 03.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>. Yargıtay başka bir kararında ise paylaşma sözleşmesinden doğan taleplerin zamanaşımına uğramadığını belirtmiştir: “...Davacı miras taksim sözleşmesi nedeniyle iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Borçlar Kanunun 125. maddesi mirasçılar ile üçüncü kişiler arasındaki uyumsuzluklarda uygulanır. Mirasçıların birbirine karşı açacakları aynı hakka ilişkin davalarda zamanaşımı söz konusu olmaz.” Yarg. 2. HD, E. 1162, K. 10490 K, T. 14.07.2008. Karar için bkz: Gençcan, Ömer Uğur, **Miras Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2011, s. 1393.

¹³⁸⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 133; Çabri, Şerh, s. 505.

¹³⁸⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 1437; Oğuzman/Öz, C. I, s. 593; Hatemi/Gökyayla, s. 336; Von Tuhr/Escher, Band II, s. 220; Schwander, Ivo, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 130, N. 1; Killias/Wiget, CHK-OR, Art. 130, N. 2; Krauskopf, Frédéric, **Präjudizienbuch OR**, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 130, N. 2; Berti, Stephen V., **ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2002, Art. 130, N. 5; Gottini, Melanie Catalina, **Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht**, Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2019, s. 153; Moser, Nicola, **Die Verjährung von haftpflichtrechtlichen Forderungen bei einer Verletzung der körperlichen Integrität**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017, s. 29.

kurulduğu tarihte zamanaşımının işlemeye başladığı kabul edilemez. Zira TBK m. 90 (OR Art. 75) hükmünde açıkça hukuki ilişkinin özelliğine (*die Natur des Rechtsverhältnis*) atıf yapılmaktadır. Başka bir deyişle, hukuki ilişkinin özelliği başka bir sonuca ulaşmayı gerektiriyorsa, borcun doğumu anında muaccel olduğu kabul edilemez¹³⁸⁹. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi, mirasın açılmasına kadar hüküm ve sonuçları bakımından askıdadır. Mirasın açılmasıyla birlikte, eğer sözleşmeye taraf olan muhtemel mirasçılarının tamamı mirasçı sıfatını kazanmışsa, sözleşme hüküm ve sonuç doğurmaya başlar. Şu halde, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde ifa zamanı kararlaştırılmadığı takdirde, mirasın açıldığı tarihten itibaren sözleşmeden doğan borçların muaccel olacağını ve zamanaşımının işlemeye başlayacağını kabul etmek gerekmektedir. Aksi takdirde, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin hukuki mahiyetine aykırı bir sonuç meydana gelir.

Öğretide bir görüş, yazılı paylaşma sözleşmesine konu edilen taşınmazların tapuda devredilmemesi fakat sözleşmeye uygun olarak zilyetliklerinin devredilmesi durumunda, zamanaşımının işlemeyeceğini ifade etmektedir¹³⁹⁰. Bu görüşe göre, miras paylaşma sözleşmesi gereğince mirasçılardan birine özgülenen taşınmaz üzerinde ilgili mirasçı tarafından zilyetlik kurulmuşsa, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde olduğu gibi, devir (ferağ) ümidinin kesildiği tarihten itibaren zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Yargıtay da söz konusu görüşü benimsemiş görünmektedir¹³⁹¹. Şu halde paylaşma sözleşmesine konu edilen taşınmazlar üzerinde zilyetlik tesis edilmesi, sözleşmeden doğan devir borcu bakımından zamanaşımının işlemlerini engellemektedir. Ancak “devir (ferağ) ümidinin kesildiği an” ile neyin kastedildiği açık değildir. Bu anın ne zaman başlayacağı, durumun özelliğine göre tayin edilecektir. Örneğin mirasçılardan biri, paylaşma sözleşmesine göre kararlaştırılan taşınmazların devirlerinin yapılması için diğer mirasçılara ihtarda bulunmuşsa, devir ümidinin kesildiği an ihtarın yapıldığı tarih olarak kabul edilebilir. Öte yandan, yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından ileri sürülen bu görüşün, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesine uygulanması da mümkündür. Muhtemel mirasçılar, mirasbırakanın katılımıyla bir paylaşma sözleşmesi yapmış ve onun sağlığında sözleşmeye konu ettikleri taşınmazlar üzerinde zilyetlik kurmuş olabilirler.

¹³⁸⁹ **Wullschleger**, CHK-OR, Art. 75, N. 5; **Weber**, BK-OR, Art. 75, N. 76; **Gottini**, s. 62.

¹³⁹⁰ **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 133.

¹³⁹¹ “Miras taksim sözleşmesinde zaman aşımının başlangıcını taşınmaz mal satış vaatlerinde olduğu gibi ferağ ümidinin kesildiği an olarak kabul etmek gerekir. Öyle ise miras taksim sözleşmesi ile mirasçılara verilmesi kararlaştırılan taşınmaz mallar üzerinde taksim sözleşmesine uygun olarak zilyetlik kurulmuşsa zaman aşımı işlemez”. Yarg. 2. HD, T. 15.12.1998, E. 1998/11795, K. 1998/13642. (erişim tarihi: 09.10.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

Bu durumda da zamanaşımının, devir ümidinin kesildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilebilir.

Kanaatimizce, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden doğan devir borcunda zamanaşımının işlemeye başlayacağı tarih bakımından Yargıtay'ın geliştirdiği içtihadın miras paylaşma sözleşmesinde uygulanmaması gerekir. Yargıtay'ın taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde zamanaşımının başlangıcı yönünden devir ümidinin kesildiği anı esas almasının temelinde alıcı tarafı koruma düşüncesi yatmaktadır¹³⁹². Zira bu sözleşmelerde genellikle alıcı (vaat alacaklısı) daha güçsüz konumda bulunmaktadır. Öte yandan, taşınmazın mülkiyetini devretmeyi vaat eden kişinin, zilyetliği vaat alacaklısına geçirmesine rağmen uzun süre tapuda devir işlemi yapmayıp, on yıllık süre geçtikten sonra da zamanaşımı def'inde bulunması dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilmektedir¹³⁹³. Meseleye paylaşma sözleşmesi yönünden bakılırsa, sözleşmenin tarafı olan bir mirasçıyı, diğer mirasçılara karşı daha fazla korumayı gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Paylaşmanın gerçekleştirilmesi bakımından bütün mirasçılar eşittir. Her bir mirasçı, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde diğer mirasçı veya mirasçılar lehine tapuda devir işlemlerini yapma borcu altındadır. Buna bağlı olarak her mirasçının ifayı talep hakkı doğmaktadır. İfayı talep hakkının uğrayacağı zamanaşımını “devir ümidinin kesildiği an” gibi belirsiz bir duruma bağlamak mirasçıların menfaatlerine uygun düşmez. Mirasçılar, sözleşme konusu taşınmazlar üzerinde zilyetlik kurmuş olsalar bile, tapuda devir işlemi gerçekleşinceye kadar bu taşınmazlar üzerinde elbirliği mülkiyeti devam etmektedir. Diğer bir deyişle, bir mirasçının sözleşmeye uygun olarak terekedeki taşınmaza zilyet olması, onun söz konusu taşınmaz bakımından bireysel olarak aynı hak sahibi olduğu anlamına gelmez. Mirasçının o taşınmazla ilgili hakkı, kendi adına devrin

¹³⁹² “...Yine, 07.06.1939 tarih, 1936/31 ve 1939/47 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da, “Taşınmazın haricen satışına ve satış vaadine ilişkin muameleler kanunen geçerli bulunmamış ise de, satıcının bu işte görevli memur önünde ferağın icrasını ve aksi takdirde almış olduğu bedelin geri verileceğini taahhüt etmiş ve alıcıyla aralarında kararlaştırılmış bulunan bedeli bu şartla satıcıya vereceğini üstlenmiş ise, bu gibi uyumsuzluklar Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre on yıllık zamanaşımına bağlıdır. Zamanaşımı süresinin başlangıcı, ferağdan dönme ve vazgeçme tarihidir” denilmektedir. Şu halde, satıcı geçerli bir sözleşme yapmadığı takdirde aldığı satış bedelini geri vermeye mecburdur. Bu nedenle alıcı, satıcının ferağ vermesini bekler. Ferağ verme yönündeki ümidi kesildiği takdirde, verdiği parayı isteme hakkı doğar. İşte satış parasının geri verilmesi davalarında zamanaşımının başlangıcı bu ümidin kesildiği veya satışın yapılmasının imkan dahilinden çıktığı ya da tapuda devir yapma olanağının ortadan kalktığı tarih olmaktadır”. Yarg. 8. HD, T. 22.11.2018, E. 2018/14980, K. 2018/19070. (erişim tarihi: 09.10.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

¹³⁹³ “Davalılar, satış vaadi sözleşmesine dayanarak tapu iptali tescil talebinde bulunmuşlardır. Davalılar satış vaadi sözleşmesinin düzenlenmesinin üzerinden 10 yıldan fazla süre geçtiğini taşınmazın davacıya teslim de edilmediğini savunarak davanın reddini istemişlerdir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş hüküm davalı vekilince temyize getirilmiştir. Mahkemece dinlenen tanıkların beyanlarına göre ana taşınmazın çok büyük bir alanı kapladığı hissedarlar arasında daha önce taksim yapıldığı, herkesin kendisine isabet eden yeri kullandığı davacının da taşınmazı satın aldıktan sonra kendine ait yeri teslim alarak kullanmakta olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, yukarıda belirtildiği üzere davalıların zamanaşımı defileri Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığından yerinde görülmemiştir”. Yarg. 14. HD, T. 11.03.2004, E. 2003/8878, K. 2004/1747. (erişim tarihi: 09.10.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

yapılmasına dair bir alacak hakkından ibarettir. Dolayısıyla mirasçının paylaşma sözleşmesinden doğan alacak hakkının uğrayacağı zamanaşımı bakımından TBK’da öngörülen genel kurallardan ayrılmayı gerektiren bir durum söz konusu değildir.

Miras paylaşma sözleşmesinden doğan alacak zamanaşımına uğrasa bile, diğer mirasçılara karşı ileri sürülebilir. Zira zamanaşımı esasen borcu sona erdiren bir sebep değildir¹³⁹⁴. Hal böyle olmakla birlikte, borçlu mirasçı zamanaşımı def’inde bulunarak paylaşma sözleşmesinden doğan borcun ifasından kaçınabilir. Borçlu mirasçının böyle bir def’i ileri sürmemesi halinde, hâkim zamanaşımını kendiliğinden göz önüne alamaz (TBK m. 161)¹³⁹⁵. Paylaşma sözleşmesinin ifasına ilişkin dava zamanaşımı def’i sebebiyle reddedilirse, mirasçıların paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açmaları mümkündür¹³⁹⁶. Bu durumda hâkim, daha önce yapılan paylaşma sözleşmesini dikkate almaksızın, mirasçıların talepleri doğrultusunda davayı sonuçlandırır. Mirasçılar, paylaşma sözleşmesinden doğan alacakların zamanaşımına uğramasından sonra, yeniden bir paylaşma sözleşmesi yapma yolunu da tercih edebilirler¹³⁹⁷.

3.2. Usul Hukukuna Dair Bazı Meseleler

3.2.1. Genel Olarak

Mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirasçılar arasında çeşitli ihtilafların meydana gelmesi muhtemeldir. Söz konusu ihtilaflar bazen anlaşma yoluyla halledilebilirken, bazen de dava yoluna gitmek zorunda kalınmaktadır. Mirasçıların birbirlerine karşı yürüttükleri bu davalar devam ederken, bir uzlaşma yolu bularak paylaşma sözleşmesi yapmaları her zaman mümkündür. Aynı şekilde, bir paylaşma sözleşmesi yapıldıktan sonra mirasçıların ihtilafa düşerek dava açma yoluna gitmeleri de gündeme gelebilir. İşte bu başlık altında, paylaşma sözleşmesinin mirasçılar arasında görülen bazı davalara etkisinin ne olacağı üzerinde durulmuştur. Bunun yanında, mirasçıların paylaşım bakımından ihtiyari arabuluculuk yoluna gitmeleri durumunda, arabuluculuk faaliyeti neticesinde yapılan sözleşmenin mahiyeti ve paylaşmayı ne şekilde etkileyeceği ele alınmıştır.

¹³⁹⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1433; Oğuzman/Öz, C. I, s. 587; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1382; Hatemi/Gökyayla, s. 331; Gottini, s. 10; Schwander, OFK-OR, Art. 127, N. 6; Killias/Wiget, CHK-OR, Art. 127, N. 1; Berti, ZK-OR, Art. 127, N. 21; Balmer, Dominik, *Die Naturalobligation*, Von Rom bis heute - unter besonderer Berücksichtigung der kantonalen Zivilgesetzbücher, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, s. 178.

¹³⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1434; Oğuzman/Öz, C. I, s. 587; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1384; Hatemi/Gökyayla, s. 333; Krauskopf, OR Art. 142, N. 2; Berti, ZK-OR, Art. 142, N. 3; Gottini, s. 85; Balmer, s. 180; Bergamin, Christof, *Unterbrechung der Verjährung durch Klage*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, s. 13.

¹³⁹⁶ Çabri, Şerh, s. 506.

¹³⁹⁷ Çabri, Şerh, s. 506.

3.2.2. Miras Paylaşma Sözleşmesinin Bazı Davalara Etkisi

3.2.2.1. Boşanma Davası

Eşler kanun hükmü gereğince birbirlerinin yasal mirasçısıdır (TMK m. 499)¹³⁹⁸. Ancak boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamayacakları gibi, boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kazandıkları hakları da aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybederler (TMK m. 181/1)¹³⁹⁹. Hal böyle olmakla birlikte, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi durumunda, sağ kalan eş ölen eşin mirasçısı olur. Zira bu ihtimalde evlilik boşanmayla değil ölümle sona ermiş olmaktadır. Fakat TMK m. 181/2 hükmü, bu duruma bir istisna getirmektedir. Söz konusu hükme göre, boşanma davası devam ederken eşlerden birisi ölür ve ölen eşin mirasçılarında biri davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurunu ispat ederse, sağ kalan eş mirasçılık sıfatını kaybeder¹⁴⁰⁰.

Türk Medeni Kanunu m. 181/2 hükmü gereğince ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmeleri durumunda, kanundan doğan zorunlu bir taraf değişikliği meydana gelmektedir. Zira burada ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmeleri, karşı tarafın rızasına ya da hâkimin iznine tabi değildir¹⁴⁰¹. Ancak ölen eşin mirasçılarının davaya devam edebilmesi için, bu yönde bir talepte bulunmaları gerekmektedir. Diğer bir deyişle, boşanma davası sırasındaki bu kanuni taraf değişikliği, kendiliğinden gerçekleşmemektedir¹⁴⁰².

Bir davanın devamı sırasında taraflardan birinin ölmesi ve davaya ölenin mirasçıları tarafından ya da onun mirasçılarına karşı devam edilmesi, kural olarak talep sonucunun değişmesine sebep olmaz. Ancak TMK m. 181/2 çerçevesinde, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmesi durumunda talep sonucunda değişiklik meydana

¹³⁹⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 40; Serozan/Engin, s. 187; İmre/Erman, s. 42; Dural/Öz, s. 37; İnan/Ertay/Albaş, s. 117; Antalya/Sağlam, s. 126; Göksu, Art. 462, N. 1; Druey, § 5, N. 49; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 63, N. 1; Auberson, Géraldine/Roussianos, Leila, **SHK - Stämpfli Handkommentar**, Commentaire du droit des successions, Stämpfli Verlag, Bern, 2012, Art. 462, N. 2; Brazerol, Riccardo, **OFK - Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 462, N. 1; Weimar, BK-ZGB, Art. 462, N. 1.

¹³⁹⁹ Erdem, Mehmet, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2019, s. 168; Breitschmid, Peter, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, 3. Auflage, 2016, Art. 120, N. 5; Büchler, Andrea, **FamKommentar, Scheidung, Band I: ZGB**, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2017, Art. 120, N. 5; Sutter, Thomas/Freiburghaus, Dieter, **Kommentar zum neuen Scheidungsrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 1999, Art. 120, N. 15; Schwander, OFK-ZGB, Art. 120, N. 4.

¹⁴⁰⁰ Topuz, Seçkin, **Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 107; Taş Korkmaz, Hülya, “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s. 1414. Şıpka, Şükran/Çelikel, Ali Yaşar, “Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S.1, 2017, s. 181. Belirtmek gerekir ki, TMK m. 181/2 hükmüne benzer bir düzenleme, mehz İsviçre Medeni Kanunu’nda yer almamaktadır. Bu sebeple, İsviçre hukukunda boşanma davası devam ederken eşlerden birisinin ölmesi, sağ kalan eşin yasal mirasçılığına etki etmemektedir. Bkz: Büchler, FamKomm, Art. 120, N. 5; Schwander, OFK-ZGB, Art. 120, N. 4; Breitschmid, CHK-ZGB, Art. 120, N. 5; Sutter/Freiburghaus, Scheidungsrecht, Art. 120, N. 15.

¹⁴⁰¹ Taş Korkmaz, s. 1430.

¹⁴⁰² Taş Korkmaz, s. 1431.

gelmektedir¹⁴⁰³. Zira eşlerden birinin boşanma davası devam ederken ölmesi, evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesine neden olur. Dolayısıyla da mevcut boşanma davası konusuz kalır¹⁴⁰⁴. Ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada talep sonucunun ne olduğu meselesi ise tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada, sadece sağ kalan eşin kusurlu olup olmadığı tespit edilmelidir¹⁴⁰⁵. Diğer görüşe göre ise, sadece sağ kalan eşin kusurunun tespitiyle yetinilmeyip, ayrıca sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine de karar verilmesi gerekmektedir¹⁴⁰⁶. Kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. TMK m. 181/2 hükmünün amacı, sağ kalan eşin kusurunun ispat edilmesi halinde, onun bu sıfatla yasal mirasçılığına ve aksi tasarruftan anlaşılmadıkça iradi mirasçılığına son verilebilmesidir. Böyle bir sonucun gerçekleşmesi de geçmiş etkili ve yenilik doğurucu (inşai) nitelikte bir hükmün verilmesiyle söz konusu olabilir. Şu halde ölen eşin mirasçılarının devam ettiği davada sağ kalan eşin kusurlu olduğu tespit edilmişse, onun mirasçılık sıfatının da mirasın açılmasından itibaren sona erdiğine karar vermek daha doğru bir çözüm yolu olacaktır¹⁴⁰⁷.

Ölen eşin mirasçılarının veya mirasçılardan birinin devam ettikleri dava sürerken, mirasçılarının bir araya gelerek bir paylaşma sözleşmesi yapmaları pekâlâ mümkündür. Örneğin mirasbırakan boşanma davası devam ederken ölmüş ve geride sağ kalan eş ve kardeşi mirasçı olarak kalmıştır. Ölen eşin kardeşi davayı devam ettirdikten sonra, sağ kalan eş ile bir paylaşma sözleşmesi yapmıştır. Peki, bu durumda devam eden davanın akıbeti ne olacaktır? Kanaatimizce bu ihtimalde sağ kalan eş ile diğer mirasçılarının yaptıkları paylaşma sözleşmesi mahkeme dışı sulh sözleşmesi işlevi görebilir. Bilindiği üzere sulh sözleşmesi, genel itibariyle tarafların karşılıklı fedakârlıkta bulunarak aralarındaki anlaşmazlığa son verdikleri, kendisine özgü nitelikte isimsiz bir sözleşmedir¹⁴⁰⁸. Ele aldığımız durumda taraflar arasındaki anlaşmazlık, sağ kalan eşin kusurunun ispatlanarak onun bu sıfatla mirasçılığına son verilmesidir. Diğer bir deyişle ölen eşin mirasçılarının devam ettikleri dava, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını sona erdirmeyi ve onu miras ortaklığının dışına çıkarmayı amaçlamaktadır. Şu halde bu amaçla devam edilen dava sırasında bir miras paylaşma sözleşmesinin yapılmış

¹⁴⁰³ Topuz, s. 143; Taş Korkmaz, s. 1433.

¹⁴⁰⁴ Topuz, s. 147; Taş Korkmaz, s. 1433.

¹⁴⁰⁵ Şıpka/Çelikel, s. 184-185; Topuz, s. 151-152'de belirtilen yazarlar.

¹⁴⁰⁶ Dural/Öz, s. 43; Taş Korkmaz, s. 1468.

¹⁴⁰⁷ Yargıtay, konuyla ilgili kararlarının çoğunluğunda kusurun var olup olmadığına yönelik karar verilmesini istemektedir. Ancak Yargıtay'ın ikinci görüş çerçevesinde sağ kalan eşin mirasçı olamayacağının saptanmasına dair kararları da vardır. Bkz: Taş Korkmaz, s. 1469.

¹⁴⁰⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 1023; Yavuz/Acar/Özen, s. 31; Hızır Asrav, Fatma, Sulh Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 21; Karauz, Sulh, s. 8. İsviçreli Hukukçu Maurer'e göre, paylaşma sözleşmesi tereke mallarının paylaşılması konusunda mirasçıların karşılıklı tavizler vererek anlaşmazlığı sona erdirmesi anlamına geldiği için bir sulh sözleşmesi niteliğinde kabul edilebilir. Bkz: Maurer, Matthias, Der Vergleichsvertrag, Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2013, s. 126.

olması, kanaatimizce davaya devam eden mirasçılarının artık sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını tanıdıkları anlamına gelmektedir. Bu durum, medeni usul hukukuna hâkim olan tasarruf ilkesine de uygun düşer. Nitekim TMK m. 181/2 hükmü, ölen eşin mirasçılarının davaya devam etme hakkı tanımıştır. Mirasçılar isterlerse açıkça kusurlu olduğu halde sağ kalan eşe karşı davaya devam etmeme yolunu da tercih edebilirler. Dolayısıyla devam edilen davada mirasçılarının sonradan sağ kalan eşle anlaşma yolunu tercih etmelerinin önüne geçecek hiçbir hukuki dayanak bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, mahkeme dışında yapılan sulh, tek başına davanın ilerlemesini engellemez¹⁴⁰⁹. Mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinin davaya etki edebilmesi için, bunun mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülmesi gerekir. Öğretide çoğunlukla kabul edildiği üzere, mahkeme dışında yapılan sözleşme taraflarca mahkemeye sunularak mahkeme tarafından tutanağa geçirildiği ve bu tutanak taraflara imzalatırıldığı takdirde, artık mahkeme içi sulhe dönüşür¹⁴¹⁰. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 315/1 hükmüne göre, sulh ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuçlar doğurur¹⁴¹¹.

Mirasın açılmasından önce yapılmış bir paylaşma sözleşmesi var olduğu takdirde, ölen eşin mirasçılarının davaya devam edip edemeyecekleri konusunda bir tereddüt meydana gelebilir. Zira mirasbırakanın ölümüyle birlikte önceden askıda bulunan paylaşma sözleşmesi artık hüküm ve sonuç doğurur. Ancak TMK m. 181/2 hükmü karşısında ölen eşin mirasçılarının davaya devam edemeyeceklerini söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Mirasbırakanın sağlığında yapılan paylaşma sözleşmesinden sonra meydana gelen vakıalar, sağ kalan eşin kusurlu olması sonucunu doğurabilir. Bu bakımdan, her ne kadar önceden bir paylaşma sözleşmesi yapılmış olsa da, ölen eşin mirasçılarının TMK m. 181/2 çerçevesinde davaya devam etmelerine imkân tanımak gerekmektedir. Devam edilen dava neticesinde sağ kalan eş mirasçılık sıfatını kaybettiği takdirde, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi diğer mirasçılar bakımından geçerliliğini korur. Sözleşme gereğince sağ kalan eşe verilecek olan tereke unsurları üzerinde mirasçılarının elbirliği halinde hak sahiplikleri devam eder. Mirasçılar isterlerse bu tereke unsurları hakkında ayrı bir paylaşma sözleşmesi yapabilecekleri gibi, önceden yapılan sözleşmeyi ortadan kaldıran yeni bir paylaşma sözleşmesi dahi

¹⁴⁰⁹ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 441; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, **Medeni Usul Hukuku**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 564; Kuru, Baki, **Medeni Usul Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 430; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim, **Medeni Usul Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 306; Şahan, Seçkin, **Medeni Usul Hukukunda Sulh**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 52; Kılınç, Ayşe, “Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 2, 2019, s. 512.

¹⁴¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 441; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 564; Kuru, s. 432; Şahan, s. 125; Kılınç, s. 512.

¹⁴¹¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 442; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 562; Kuru, s. 433; Şahan, s. 173; Kılınç, s. 512.

yapabilirler. Devam edilen davada sağ kalan eşin kusuru ispatlanamadığı takdirde ise, sağ kalan eş mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin tarafı olmaya devam edecektir.

3.2.2.2. Elatmanın Önlenmesi Davası

Elbirliğiyle hak sahipliğinin doğal bir sonucu olarak mirasçılar, terekede bulunan mal veya haklar bakımından kural olarak birlikte hareket etmek zorundadırlar. Nitekim TMK m. 702/2 hükmüne göre, kanunda veya sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, gerek yönetim gerekse de tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekmektedir¹⁴¹². Söz konusu durum özellikle terekede bulunan taşınmazlar bakımından bazı sorunların doğmasını kaçınılmaz hale getirmektedir. Söz gelimi, birden fazla mirasçının bulunduğu bir ihtimalde, bunlardan birinin terekede bulunan kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümü fiilen kullanıp oraya yerleşmesi, diğer mirasçıların itirazlarına sebep olabilir. Bu durumda diğer mirasçılardan her biri, taşınmazı fiilen kullanan mirasçı aleyhine elatmanın önlenmesi davası açabilir¹⁴¹³.

Yargıtay, gerek paylı mülkiyet gerekse de elbirliği mülkiyeti çerçevesinde, ortaklardan birinin diğer ortaklara karşı açtığı elatmanın önlenmesi davalarında öncelikle harici bir taksim sözleşmesinin veya fiili bir kullanım biçiminin var olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴¹⁴. Yargıtay’a göre, eğer harici bir taksim sözleşmesi veya fiili bir kullanım biçimi varsa, elatmanın önlenmesi davasının dinlenmesi mümkün değildir¹⁴¹⁵. Aynı şekilde, davacı ortak çekişmesiz olarak taşınmazın tamamını veya bir kısmını kullanıyorsa, bu durumda da elatmanın önlenmesi davası kabul edilmemekte ve ortaklığın giderilmesi davası açılması

¹⁴¹² Eren, Mülkiyet, s. 136; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 348; Ayan, Mülkiyet, s. 129; Graham-Siegenthaler, Barbara, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Sachenrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 653, N. 4; Mangisch, Jonas, **OFK - Orell Füssli Kommentar**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 653, N. 2; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, ZK-ZGB, Art. 653, N. 18.

¹⁴¹³ Ağca Toplandı, Pınar, **Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 93; Akbulut, Pakize Ezgi, “Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığı Halinde)”, Legal Hukuk Dergisi, C.16, S. 181, 2018, s. 87. “Bilindiği üzere; paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan payına vaki elatmanın önlenilmesini her zaman isteyebilir. Hatta elbirliği mülkiyetinde dahi paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine elatmanın önlenilmesi davası açabilir”.

Yarg. 8. HD, T. 22.1.2019, E. 2018/8158, K. 2019/689. (erişim tarihi: 16.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁴¹⁴ “O halde, paydaşlar arasındaki elatmanın önlenilmesi davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı...”. Yarg. 8. HD, T. 19.9.2018, E. 2018/1876, K. 2018/15968. (erişim tarihi: 16.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁴¹⁵ “Taşınmaz üzerine inşa edilen binada paydaş sayısınca daire ve her bir paydaşın payı kadar kullanabileceği yer bulunduğu diğer bir ifadeyle tüm paydaşları bağlayan fiili kullanım biçiminin oluştuğu açık olup, davalılardan T.’in de diğer davalıların kiracısı olduğu belirlendiğine göre elatmanın önlenmesi ve ecrimisil davasının koşulları oluşmadığından reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru olmamıştır”.

Yarg. 8. HD, T. 3.3.2020, E. 2018/4807, K. 2020/2057. (erişim tarihi: 16.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

gerektiği ifade edilmektedir¹⁴¹⁶. Kanaatimizce, elatmanın önlenmesi davasının açılmasından önce mirasçılar arasında paylaşma sözleşmesi yapılması, doğrudan elatmanın önlenmesi davasının reddine sebep olmaz. Zira paylaşma sözleşmesinin yapılması, mirasçılar arasında fiili bir kullanım biçiminin tespit edildiği anlamına gelmemektedir. Ancak paylaşma sözleşmesi henüz ifa edilmediği halde fiilen uygulanmaktaysa, bu durumda elatmanın önlenmesi talebinin reddedilmesi gerekmektedir. Örneğin mirasbırakan M'nin A ve B adlı iki mirasçısı vardır. Bu mirasçılar yazılı paylaşma sözleşmesi yaparak tarım arazilerinin A'ya, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün B'ye verilmesini kararlaştırmışlardır. Bunun üzerine A tarım arazilerini ekip biçmeye, B de bağımsız bölümü fiilen kullanmaya başlamış olsa, artık birbirlerine karşı elatmanın önlenmesini talep etmeleri mümkün değildir. Mirasçıların tercih etmeleri gereken yol, diğerinin ifaya yanaşmaması durumunda aynen ifa talebi çerçevesinde tescile zorlama davası (uygulamadaki ismiyle tapu iptal ve tescil davası) açmak olmalıdır.

Yargıtay, mirasçılar arasında fiili bir kullanım biçimi tespit edilemediği takdirde, paylı mülkiyet hükümlerine göre sonuca varılması gerektiğini belirtmektedir¹⁴¹⁷. Bu durumda, hâkim mirasçıların miras paylarını göz önünde tutarak davacı mirasçının payına düşecek kısmı belirleyecektir. Ancak bu yönde bir uygulama elbirliği mülkiyetinin niteliğine aykırıdır. Tereke unsurlarının tümü üzerinde mirasçıların tamamının hakkı bulunmaktadır. Öte yandan, mirasçıların sahip oldukları miras payı, soyut bir tasfiye payından ibarettir. Diğer bir deyişle, mirasçıların paylı mülkiyette olduğu gibi tereke unsurları üzerinde belirli payları yoktur. Bu sebeple, mirasçılardan birinin diğer bir mirasçıya karşı açtığı elatmanın önlenmesi davasında, fiili kullanıma dair bir tespit söz konusu olmadığı takdirde, davalı mirasçının taşınmazdan tamamen el çekmesi yönünde bir karar verilmelidir¹⁴¹⁸.

Davanın açılmasından sonra mirasçılar arasında bir yazılı paylaşma sözleşmesi yapılması, kural olarak davanın sona ermesine sebep olmaz. Zira sözleşme yapılmasına rağmen elatmanın devam ediyor olması mümkündür. Ancak mirasçıların fiili duruma uygun düşen bir

¹⁴¹⁶ “...Hatta elbirliği mülkiyetinde dahi paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine elatmanın önlenmesi davası açabilir. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı elatmanın önlenmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu elatmanın önlenmesi davası ile değil, kesin sonuç getiren taksim veya şuyun satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlemesi gerekmektedir”. Yarg. 8. HD, T. 3.3.2020, E. 2018/11468, K. 2020/2111. (erişim tarihi: 16.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁴¹⁷ “O halde, paydaşlar arasındaki elatmanın önlenilmesi davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terkedildiği saptanılmalı, harici veya fiili taksim yoksa uyumsuzluk TMK.'nun müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir”. Yarg. 8. HD, T. 12.6.2018, E. 2018/6276, K. 2018/14005. (erişim tarihi: 16.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁴¹⁸ Aynı yönde: **Akbulut**, s. 89.

paylaşma sözleşmesi yapmaları halinde, bu sözleşmenin elatmanın önlenmesi davasına etki edeceğini kabul etmek gerekir. Söz gelimi mirasçılardan biri terekedeki bir taşınmazın diğer mirasçılar tarafından kullanılmasını engellemiş ve bundan dolayı kendisine karşı elatmanın önlenmesi talep edilmiş olsun. Sonradan mirasçılar arasında yapılan paylaşma sözleşmesinde bu taşınmazın hâlihazırda onu fiilen kullanan mirasçıya verilmesi kararlaştırılırsa, artık elatmanın önlenmesi davasına devam edilmesi kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırı olur. Diğer taraftan, sonradan yapılan paylaşma sözleşmesine elatmanın önlenmesi davası yönünden sulh yapılmasına dair bir hüküm konulması da pekâlâ mümkündür. Bu durumda paylaşma sözleşmesi mahkeme dışı sulh sözleşmesi işlevi görür. Sözleşmenin mahkemeye sunularak tutanak altına alınmasıyla birlikte bu sözleşme mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşür ve böylelikle elatmanın önlenmesi davası sona erer.

3.2.2.3. Ecrimisil Davası

Mirasçılardan birinin veya birkaçının terekede bulunan malların diğer mirasçılar tarafından kullanılmasını ve yararlanılmasını engellemesi durumunda karşılaşılan taleplerden bir diğeri ecrimisil olmaktadır¹⁴¹⁹. Uygulamada ecrimisil tazminatı genellikle elatmanın önlenmesi talebiyle birlikte ileri sürülmektedir. Ancak elatmanın önlenmesi talep edilmeden de ecrimisil tazminatı istenebilir. Örneğin mirasçılardan biri terekede bulunan dükkân niteliğindeki taşınmazı, diğer mirasçılarının rızası olmaksızın kiraya vermiş fakat kira bedelinin tamamını kendisi almışsa, diğer mirasçılar ecrimisil tazminatı isteme hakkına sahiptirler.

Yargıtay, paylı veya elbirliği mülkiyeti hallerinde ortaklardan birine karşı diğer ortakların ecrimisil talep etmesini “intifadan men” şartına bağlamaktadır¹⁴²⁰. Başka bir deyişle, diğer mirasçılar taşınmazı fiilen kullanan mirasçıya, ilgili taşınmazdan yararlanmak istediklerini bildirmelidirler. Böyle bir bildirime rağmen söz konusu mirasçı taşınmazın diğer mirasçılar tarafından kullanılmasını engellemeye devam ederse ancak o zaman ecrimisil talep edilebilmektedir¹⁴²¹. Yargıtay, elatmanın önlenmesi talebinde olduğu gibi, mirasçılar arasında harici taksim veya fiili bir kullanım biçimi bulunduğu takdirde ecrimisil talep edilemeyeceğini

¹⁴¹⁹ Tekdoğan, Aydın, **Ecrimisil Davaları**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 209; Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal, **Ecrimisil Davaları**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 189; Durğun Şanlı, İrem, **Haksız İşgal-Ecrimisil Tazminatı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 121.

¹⁴²⁰ **Ruhi/Ruhi**, s. 105; **Tekdoğan**, s. 214; **Akbulut**, s. 95; **Durgun Şanlı**, s. 121. “Paydaşlar, kural olarak, intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de; ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanma isteğini davalı paydaşa bildirmiş olmasına bağlıdır”. Yarg. 8. HD, T. 4.3.2020, E. 2018/5653, K. 2020/2157. (erişim tarihi: 19.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁴²¹ Yargıtay uygulamasının eleştirisi için bkz: **Akbulut**, s. 95 vd.

ifade etmektedir¹⁴²². Ayrıca, davacı mirasçının payına karşılık olarak kullandığı bir kısım yer varsa, bu durumda da ecrimisil davasının dinlenme olanağı bulunmamaktadır¹⁴²³.

Belirtmek gerekir ki, elatmanın önlenmesi talebinde olduğu gibi, mirasçılar arasında önceden bir paylaşma sözleşmesinin yapılmış olması tek başına ecrimisil tazminatı istenmesini engellemez. Ancak mirasçılar paylaşma sözleşmesine uygun olarak fiili bir kullanım biçimi oluşturmuşlarsa, bu durumda Yargıtay içtihatları çerçevesinde ecrimisil tazminatı talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

Yargıtay, mirasçılar arasında bir anlaşma veya fiili kullanım biçimi belirlenmediği takdirde, her mirasçının kendi miras payı oranında ecrimisil tazminatı talep edebileceğini belirtmektedir¹⁴²⁴. Ancak hemen yukarıda belirtildiği gibi, intifadan men şartının da gerçekleşmesi gerekmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, Yargıtay bazı durumlarda intifadan men şartının aranmayacağını ifade etmektedir¹⁴²⁵. Örneğin hukuki ve doğal semere veren yerler bakımından intifadan men şartı aranmamaktadır. Bu bakımdan uygulamada en fazla karşılaşılan durumlardan biri olan tereke malının kiraya verilmesi halinde, intifadan men şartı aranmaksızın diğer mirasçılar kiraya veren mirasçıdan ecrimisil talep edebilirler¹⁴²⁶. Ecrimisil talebiyle dava açıldıktan sonra, mirasçılar arasında paylaşma sözleşmesi yapılması kural olarak davanın devamına etki etmez. Ancak elatmanın önlenmesi davasında olduğu gibi, burada da mirasçıların devam eden ecrimisil davası bakımından sulh yapılmasına dair bir hükmü paylaşma sözleşmesine koymaları mümkündür. Bu durumda sözleşme mahkeme içi sulhe dönüştürülerek davanın sona ermesi sağlanabilir.

¹⁴²² “ O halde, paydaşlar arasındaki elatmanın önlenmesi ve ecrimisil davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı...”. Yarg. 8. HD, T. 6.12.2018, E. 2018/3161; K. 2018/19827. (erişim tarihi: 19.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁴²³ Akbulut, s. 96.

¹⁴²⁴ “...yukarıda belirtilen ilkeler göz önünde bulundurulmak suretiyle intifadan men olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, dava konusu taşınmazların intifadan men olgusu yönünden yukarıda sayılan istisnalar arasında olup olmadığının belirlenmesi, intifadan men koşulunun dava tarihinden önce gerçekleştiğinin tespit edilmesi halinde de davacının (mirasçı sıfatıyla) zeminde paydaş olduğu gözetilerek zemin (tarla) geliri aksi halde taşınmazların mevcut durumu üzerinden net gelir metoduna göre davacının talep ettiği süreler ve intifadan men koşulunun gerçekleştiği tarih gözönünde bulundurularak eldeki dava tarihine kadar olan dönem için davacının miras payı oranında hesaplanacak ecrimisile karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir ”. Yarg. 8. HD, T. 26.11.2019, E. 2018/4319, K. 2019/10549. (erişim tarihi: 19.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁴²⁵ İntifadan men şartının istisnaları için bkz: Tekdoğan, s. 229 vd; Durğun Şanlı, s. 122 vd.

¹⁴²⁶ “ Her ne kadar mahkemece intifadan men koşulunun gerçekleşmediği kabul edilmiş ise de, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, hukuki ve tabii semere veren yerler için intifadan men şartı aranmamaktadır. Hukuki semere kavramından bahsedebilmek için ise; taşınmazın sadece kiraya verilebilecek yerlerden olması yeterli olmayıp, üçüncü kişilere bizzat kiraya verilip gelir elde edilmiş olması da gerekmektedir. Somut olaya gelince; davalının taşınmazın bir kısmını 3. kişiye kiraya vermek suretiyle gelir elde ettiği sabittir. O halde, mahkemece; tarafların bahsedilen hususlarda tüm delilleri toplanarak ecrimisil miktarının usulince tespit edilip, davacıların payına düşen bölümünün hüküm altına alınması gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 1. HD, T. 17.07.2013; E. 2013/8153, K. 2013/11413. (erişim tarihi: 19.10.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

3.2.2.4. Paylaşma veya Ortaklığın Giderilmesi Davaları

Mirasçılardan paylaşma sözleşmesi yapma konusunda anlaşmaya varamamaları halinde, miras ortaklığının sona erdirilmesi kural olarak mahkeme kararıyla söz konusu olur. Nitekim kanun koyucu bu ihtimale binaen, TMK m. 642/1 hükmünde mirasçılardan her birinin sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça her zaman mirasın paylaşılmasını talep edebileceğini belirtmektedir. Söz konusu maddenin kenar başlığı da “Paylaşmayı isteme hakkı” olarak düzenlenmiştir. Mülga 743 sayılı MK’da ise bu maddeyi karşılayan 583. maddenin kenar başlığı “Taksim Davası” şeklindeydi. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu’nun TMK m. 642’yi karşılayan 604. maddesinin kenar başlığı, Almanca metninde “Paylaşma talebi” (*Teilungsanspruch*), Fransızca ve İtalyanca metinlerde ise “Paylaşma davası” (*Action en partage*, *Azione di divisione*) olarak ifade edilmektedir¹⁴²⁷. Öğretide de belirtildiği üzere kanunda açıkça yer almamakla birlikte, mirasçılardan paylaşma konusunda anlaşamamaları halinde miras paylarının mirasçılar tarafından alınmasını amaçlayan davaya paylaşma davası denilmektedir¹⁴²⁸. Hal böyle olmakla birlikte, uygulamada mirasın paylaşılması amacıyla açılan davaların “ortaklığın giderilmesi davası” olarak nitelendirildiği ve bu adla açıldığı görülmektedir. Özellikle de terekede bulunan taşınmazların tamamı veya bir kısmı hakkında doğrudan ortaklığın giderilmesi davası açılmakta ve davalar bu şekilde devam ettirilmektedir. Öğretide bir görüş, paylaşma davası ile ortaklığın giderilmesi davasının birbirinden farklı esaslara tabi olan iki ayrı dava olduğunu ileri sürmektedir¹⁴²⁹. Bu görüşe göre, paylaşma davası ortaklığın giderilmesi davasına göre daha geniş kapsamlı olup, terekenin tespiti ve payların oluşturulması aşamaları paylaşma davasının ayırt edici özellikleridir¹⁴³⁰. Diğer bir görüşe göre ise, TMK m. 642 hükmü, paylı mülkiyetin sona ermesine ilişkin hükümlere paralel olarak düzenlendiğinden, miras ortaklığının sona erdirilmesi için de ortaklığın giderilmesi davası açılabilir¹⁴³¹.

Uygulamada ortaklığın giderilmesi davası olarak görülse de, tereke unsurlarının paylaşılmasına ilişkin davalarda hâkim TMK m. 642 vd. hükümleri çerçevesinde karar

¹⁴²⁷ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 604, N. 2; Escher, Art. 604, N. 1; Tuor/Picenoni, Art. 604, N. 1; Graham-Siegenthaler, Art. 604, N. 2; Häfliger, Art. 604, N. 2; Wolf, BK-ZGB, Art. 604, N. 3; Beusch-Liggenstorfer/Dorjee-Good/Gellis, Art. 604, N. 1; Couchepin/Maire, Art. 604, N. 1; Spahr, Art. 604, N. 1; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 82, N. 11; Guinand/Stettler/Leuba, s. 266; Künzle, KuKo-ZGB, Art. 604, N. 2; Brückner/Wiebel, s. 79; Wolf/Genna, s. 196; Druey, § 16, N. 17; Jost, s. 72.

¹⁴²⁸ Eren/Yücer Aktürk, s. 619; Kocayusufoğlu, s. 680; Oğuzman, s. 321; İmre/Erman, s. 462; Serozan/Engin, s. 609; İnan/Ertas/Albaş, s. 559; Antalya/Sağlam, s. 512; Çabri, Şerh, s. 131; Özdemir, Şerh, s. 54; Aral, s. 55; Ozanemre Yayla, s. 240; Avcı, s. 69.

¹⁴²⁹ Avcı, s. 70; Köroğlu, Anıl, Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 9.

¹⁴³⁰ Avcı, s. 70; Köroğlu, s. 10.

¹⁴³¹ Topal, Önder, Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyü) Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 94.

verecektir. Bu bakımdan önemle belirtmek gerekir ki, mirasçılar arasında yapılmış olan bir paylaşma sözleşmesi varsa, paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açılmaz¹⁴³². Zira paylaşma sözleşmesi mirasçılar bakımından bağlayıcı niteliktedir. Ayrıca, mirasın serbestçe paylaşılması ilkesi çerçevesinde, miras paylaşma sözleşmesinin paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası karşısında bir önceliği bulunmaktadır¹⁴³³. Sözleşme kurulduktan sonra, eğer mirasçılardan biri veya birkaçı ifaya yanaşmıyorsa, paylaşma davası değil ifa davası açmak gerekmektedir¹⁴³⁴. Öte yandan sözleşmenin iptal edilebilirliğine ilişkin bir durum söz konusu ise (aldatma, yanılma, korkutma gibi), öncelikle bunun iptali yoluna gidilmeli ve sonrasında paylaşma davası açılmalıdır.

Paylaşma sözleşmesinin varlığına rağmen, mirasçılardan biri paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açtığı takdirde, davanın reddedilmesi gerekir¹⁴³⁵. Ancak bu noktada dava konusu edilen tereke unsurlarıyla, sözleşmeye konu edilen tereke unsurlarının aynı olup olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. Söz gelimi, mirasçılar terekede bulunan taşınmazların bazıları için paylaşma sözleşmesi yapmış, diğer bazı taşınmazları ise sözleşme dışında bırakmış olabilirler. Bu durumda sözleşme dışında bırakılan taşınmazlar için paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açılmasına bir engel yoktur. Davanın terekede bulunan bütün taşınmazlar için açılması durumunda ise, sözleşmeye konu edilen taşınmazlar bakımından davanın reddine, diğer taşınmazlar bakımından davanın devamına karar verilmelidir¹⁴³⁶.

Paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası devam ederken mirasçıların bir araya gelerek paylaşma sözleşmesi yapmaları mümkündür. Ancak dava devam ederken yapılan bu anlaşmanın davaya etki edebilmesi tarafların tutumuna bağlıdır. Yargıtay'ın önüne gelen bir

¹⁴³² **Ozanemre Yayla**, s. 225. “*Madde hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere elbirliği mülkiyetine konu mallarda ortaklar paylaşma sözleşmesi eski deyimle miras taksim sözleşmesi yapmış iseler bu sözleşme ile elbirliği haline son vermiş olduklarından artık ortaklığın giderilmesi davası açamazlar.*” Yarg. 6. HD, T. 17.1.2011, E. 2010/9900, K. 2011/123. (erişim tarihi: 14.09.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁴³³ **Ozanemre Yayla**, s. 225.

¹⁴³⁴ **Ozanemre Yayla**, s. 225; Ayrıca bkz: Weiss, Kinga M., “*Klage auf Vollzug eines Erbteilungsvertrages oder Teilungsklage?*”, Successio-Zeitschrift für Erbrecht, 2013, s. 54.

¹⁴³⁵ “*Somut olayda; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 676. maddesine göre, paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlı olup eldeki davanın mirasçıları arasında 09.10.1995 tarihli adi yazılı miras taksim sözleşmesi yapılmış olmakla geçerliliği ortada olan miras taksim sözleşmesine rağmen paydaşlardan birinin taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesini dava etmekte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114/1-h. maddesi gereği dava şartı olan hukuki yararı bulunmamaktadır. Tüm bu nedenlerle; mahkemece, davacının davayı açmada hukuki yararı bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken davaya konu taşınmaz üzerindeki ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.*” Yarg. 14. HD, E. 2016/12515, K. 2020/309. (erişim tarihi: 13.09.2020), <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>.

¹⁴³⁶ “*Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi geçerli bir paylaşma (taksim) sözleşmesine dayanılarak isteniyorsa bu şekilde açılmış davanın reddi gerekir. Zira bu gibi durumlarda paylaşma (taksim) sözleşmesine göre tescil davası açılmalıdır.*” Yarg. 6. HD, T. 24.03.2005, E. 2005/1005, K. 2005/2705. (erişim tarihi: 14.09.2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

olayda¹⁴³⁷ mirasçılardan biri terekede bulunan taşınmazlar için satış yoluyla ortaklığın giderilmesi talebiyle dava açmıştır. Dava devam ederken mirasçılar taşınmazların bir kısmını kapsayan bir miras paylaşma sözleşmesi yapmış ve bu sözleşmeyi mahkemeye sunarak buna göre karar verilmesini talep etmişlerdir. Mahkeme, davanın satış yoluyla ortaklığın giderilmesi talebiyle açıldığını gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Karar temyizden bozularak dönmüş ve sonrasında davacı tarafından ıslah dilekçesi verilerek ortaklığın giderilmesi davasının “miras taksim sözleşmesine dayalı tescil davası” olarak ıslahı talep edilmiştir. Bunun üzerine mahkeme, davacının davasının kabulüyle miras taksim sözleşmesinde gösterilen plana göre mirasbırakandan intikal eden taşınmazların mirasçılar arasında aynen taksimine ve tapuya tescil işleminin yapılması için kararlar birlikte taksim sözleşmesinin bir suretinin tapuya gönderilmesine hükmetmiştir. Söz konusu karar taraflarca temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Kanaatimizce sonradan yapılan paylaşma sözleşmesinin devam eden davaya etkisi bakımından izlenmesi gereken yol davanın ıslahı değildir. Zira “miras taksim sözleşmesine dayalı tescil davası” ile kastedilen şey esasen TMK m. 716/1 çerçevesinde açılabilen tescile zorlama davasıdır. Bu dava, ilgili hükümde de belirtildiği üzere malikin tescilden kaçınması halinde bir ifa davası olarak açılabilir. Olayda ise herhangi bir ifa etmeme durumu söz konusu değildir. Şu halde izlenmesi gereken yol, dava devam ederken yapılan paylaşma sözleşmesinin mahkeme içi sulhe dönüştürülmesi olmalıdır. Mirasçılar mahkeme dışında yapmış oldukları yazılı paylaşma sözleşmesini mahkemeye ibraz ederek tutanağa geçirilmesini sağladıkları takdirde, artık bu sözleşme mahkeme içi sulhe dönüşür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 315/1 hükmü, taraflar sulhe göre karar verilmesini istedikleri takdirde mahkemenin sulh sözleşmesine göre karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁴³⁸. Bu durumda mirasçılar paylaşma sözleşmesine göre karar verilmesini talep ederlerse, mahkeme sözleşmede gösterilen şekilde tereke unsurlarının ilgili mirasçılar arasında paylaşılmasına karar verecektir. Söz konusu kararın kesinleşmesiyle birlikte mahkeme huzurunda yapılan sulh, özellikle tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından aranan resmi şeklin yerini alır¹⁴³⁹ ve sözleşmeye konu edilen taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı tek kişi mülkiyetine dönüşür. Diğer bir deyişle, mirasçılar paylaşma sözleşmesine göre verilen kararın kesinleşmesiyle, sözleşme gereğince kendilerine verilecek olan taşınmazların mülkiyetini kazanırlar. Sonradan tapu siciline yapılacak olan tescil ise bildirici niteliktedir.

¹⁴³⁷ Yarg. HGK, T. 15.11.2006, E. 2006/6-712, K. 2006/708. (erişim tarihi: 14.09.2020), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

¹⁴³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 442; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 562; Kuru, s. 433; Şahan, s. 173; Kılınç, s. 512.

¹⁴³⁹ Topal, s. 488.

Mirasçılar paylaşma sözleşmesinin mahkeme içi sulhe dönüştürülmesine rağmen, davanın sulhe göre sonuçlandırılmasını talep etmedikleri takdirde, dava ayrıca bir hüküm verilmesine gerek olmaksızın sona erer¹⁴⁴⁰. Bu durumda mahkeme, karar verilmesine yer olmadığına karar verir (HMK m. 315/1). Ancak belirtmek gerekir ki, mirasçıların dava devam ederken yaptıkları ve sonradan mahkeme içi sulhe dönüştürdükleri paylaşma sözleşmesi, davaya konu edilen tereke unsurlarının tamamını kapsamayabilir. Örneğin ortaklığın giderilmesi davası terekede bulunan bütün taşınmazlar için açılmışken, paylaşma sözleşmesi bu taşınmazlardan birkaç tanesi için yapılmış olabilir. Bu durumda, mirasçılar bakımından kısmi bir sulh söz konusu olur¹⁴⁴¹. Dava, mirasçıların üzerinde anlaştıkları tereke unsurları bakımından sona ererken, diğer tereke unsurları bakımından devam eder.

Paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davasında mirasçılar sulh olup da mahkemeden sulhe göre karar verilmesini talep etmedikleri takdirde, tereke unsurları üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliği devam eder. Bu aşamadan sonra mirasçılar paylaşma sözleşmesi çerçevesinde gerekli olan tasarruf işlemlerini yaptıkları takdirde sözleşme ifa edilmiş olur. Ancak sözleşmeye rağmen mirasçılardan biri veya birkaçı ifaya yanaşmazsa, artık ifa davası açmaktan başka bir yol bulunmamaktadır.

3.2.3. Mirasın Paylaşılması Bakımından Arabuluculuk ve Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Mahiyeti

3.2.3.1. Mirasın Paylaşılması Bakımından Arabuluculuk

Arabuluculuk, taraflar arasında var olan bir uyuşmazlığın, mahkeme dışında tarafsız bir üçüncü kişi yardımıyla ve iradi olarak çözüme kavuşturulması anlamına gelmektedir¹⁴⁴². Hukukumuzda arabuluculukla ilgili temel düzenlemeyi 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” (HUAK) teşkil etmektedir¹⁴⁴³. Söz konusu kanuna göre, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf

¹⁴⁴⁰ Topal, s. 491.

¹⁴⁴¹ Topal, s. 480.

¹⁴⁴² Arabuluculuğun muhtelif tanımları için bkz: Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 17; Kıyak, Emre, **Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk İle Uyumlaştırılması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 55; Taşpolat Tuğsavul, Melis, **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 26; İlhan, Onur, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 42; Dür, Orhan, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 11; Ertürk, Mustafa, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 27.

¹⁴⁴³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda arabuluculuk, “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmaktadır (HUAK m. 2/1-b).

edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulanabilir (HUAK m. 1/2). Mirasın paylaşılmasına hâkim olan en temel ilkelerden birisi irade özgürlüğü ilkesidir. Nitekim TMK m. 646/2 hükmünde, aksine bir düzenleme olmadıkça mirasçıların paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırabilecekleri öngörülmüştür. Mirasçılar oybirliği ilkesine uygun olarak anlaştıkları takdirde, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarıyla öngördüğü paylaşma kurallarını dahi ortadan kaldıracılabilmektedirler. Şu halde tereke unsurlarının paylaşılmasının mirasçılar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlemlerden olduğu noktasında duraksama bulunmamaktadır¹⁴⁴⁴. Bu sebeple, mirasın paylaşılması bakımından arabuluculuk yönteminin uygulanması mümkündür¹⁴⁴⁵.

Kanun koyucu, mirasın paylaşılması bakımından mirasçılar öncelikle anlaşma yolunu tercih etmelerini istemiş ve bunu kolaylaştırıcı hükümler öngörmüştür. Hal böyle olmakla birlikte, mirasçılar bir araya gelerek bir paylaşma sözleşmesi yapma konusunda anlaşmaya varmaları her zaman mümkün olmamaktadır. Gerek tereke unsurlarının çeşitliliği gerekse de mirasçı sayısının fazla olması, anlaşma ihtimalini daha da zorlaştıran hususlardır. Bu durumda mirasın paylaşılması için dava yoluna gidilmesi gündeme gelmektedir. Mirasın mahkeme kararıyla paylaşılması ise, hem uzun hem de masraflı bir sürecin içine girilmesi anlamına gelmektedir. Öte yandan, dava sonucunda ortaya çıkacak durumun mirasçıları tatmin etmeme ihtimali de bulunmaktadır. Ancak mirasın paylaşılması noktasında arabulucuya başvurulması, tüm bu olumsuzlukların giderilmesi ve mirasçıları tatmin edecek bir sonuca ulaşılması bakımından elverişli olabilir¹⁴⁴⁶.

Hâlihazırda ticari uyuşmazlıklar ve iş hukukuna dair bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabulucuya gidilmesi zorunludur¹⁴⁴⁷. Kanaatimizce benzer bir düzenlemenin miras hukukuna dayanan paylaşma ve ortaklığın giderilmesi davaları bakımından da getirilmesi düşünülebilir. Zira bu davaların yargı mercilerini çok uzun süre meşgul ettikleri bilinen bir

¹⁴⁴⁴ Özer Deniz, Miray, “Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2020, s. 33; Demir, Şamil, “Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, s. 493.

¹⁴⁴⁵ Manser, Roman/Jutzeler, Esther, “Mediation in der Anwaltlichen Praxis (Erbrecht)”, Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, 2015, Stämpfli Verlag, s. 380; Büyükay, Ferhat, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 197.

¹⁴⁴⁶ Manser/Jutzeler, İsviçre uygulaması bakımından mirasın paylaşılmasında arabuluculuğa başvurunun düşük oranda olduğunu ifade etmektedirler. Yazarlara göre bunun temel sebebi, çoğu miras ortaklığında ikiden fazla mirasçının bulunması ve bunların taleplerini uzlaştırmanın oldukça zor ve karmaşık olmasıdır. Bkz: Manser/Jutzeler, s. 377.

¹⁴⁴⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 125 vd.

gerçektir¹⁴⁴⁸. Ancak mevcut durumda tereke unsurlarının paylaşılması bakımından arabulucuya gidilmesi, tamamen mirasçıların ortak istekleri çerçevesinde gerçekleşebilmektedir.

3.2.3.2. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Mahiyeti ve Paylaşmaya Etkisi

Mirasçılar, tereke unsurlarının paylaşılması bakımından arabulucuya başvurmaya karar verdikleri takdirde, arabulucuya başvurma sözleşmesi kurulmuş olur¹⁴⁴⁹. Bu sözleşme herhangi bir şekle tabi olmadığından, mirasçıların arabulucuya başvurma konusunda hemfikir olmaları yeterlidir¹⁴⁵⁰. Sonrasında mirasçıların arabuluculuk yapması konusunda üzerinde anlaştıkları arabulucu ile yaptıkları sözleşme ise arabuluculuk sözleşmesidir. Arabuluculuk sözleşmesi ile arabulucunun ve tarafların hak ve borçları ile arabuluculuk faaliyetinin nasıl ilerleyeceği düzenlenmiş olur. Bu başlık altında ele alınan husus ise, arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varmaları halinde hazırlanan belgenin mahiyetidir¹⁴⁵¹.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir ve anlaşma belgesi düzenlendiği takdirde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır (m. 18/1)¹⁴⁵². Şu halde arabuluculuk faaliyeti neticesinde mirasçıların tereke unsurlarının paylaşılması konusunda anlaşmaya varmaları halinde, bir anlaşma metni düzenlenerek mirasçılar ve arabulucu tarafından imzalanarak paylaşma sonuçlandırılabilir. Anlaşma belgesi, adi yazılı şekilde düzenlenebileceği gibi, noterde düzenleme şeklinde yapılması da mümkündür¹⁴⁵³. Kanaatimizce, mirasçıların hangi tereke unsurunun kime ait olacağına dair iradelerinin açıkça yer alması durumunda, arabuluculuk anlaşma belgesi bir miras paylaşma sözleşmesi niteliğine

¹⁴⁴⁸ İzmir'in Menderes ilçesinde bir arazinin mirasçılar arasında paylaşılmasına dair yaklaşık elli yıldır devam eden uyuşmazlığın arabuluculuk ile sona erdiği hakkında bir haber için bkz: <https://www.haberler.com/yarim-asirlik-miras-anlasmazligi-arabuluculukla-12577644-haberi/> (erişim tarihi: 09.09.2020).

¹⁴⁴⁹ Arabuluculuk sürecinde meydana gelen sözleşmeler bakımından bir kavram birliği mevcut değildir. Bazı yazarlar, tarafların arabulucuya başvurma konusunda kendi aralarında yaptıkları sözleşmeyi arabuluculuk sözleşmesi olarak adlandırmaktadır. Bkz: Bora, Özlem, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 47 vd. Biz, tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmeyi arabulucuya başvurma sözleşmesi olarak ifade etmeyi daha doğru buluyoruz. Bkz: İlhan, s. 79 vd.

¹⁴⁵⁰ İlhan, s. 154.

¹⁴⁵¹ Arabuluculuk faaliyeti sonucunda hazırlanan belgenin ismi konusunda da bir kavram birliği bulunmamaktadır. Öğretide “anlaşma belgesi”, “çözüm anlaşması”, “ortak çözüm kararı” veya “nihai sözleşme” gibi kavramların kullanıldığı görülmektedir. Bkz: Bora, s. 47. Biz kanunda yer alan kavrama uygun olarak “anlaşma belgesi” ifadesini kullanıyoruz.

¹⁴⁵² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 634; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 761; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 109; Taşpolat Tuğsavul, s. 184.

¹⁴⁵³ Öğretide arabuluculuk anlaşma belgesinin noterde “onaylama” şeklinde yapılabileceği de kabul edilmektedir. Bkz: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 110. Ancak Noterlik Kanunu m. 89 hükmünde miras paylaşma sözleşmesinin noterde ancak düzenleme şeklinde yapılacağı öngörülmektedir. Bu sebeple, paylaşma sözleşmesi niteliği taşıyan bir arabuluculuk anlaşma belgesinin de kanaatimizce noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir.

sahiptir¹⁴⁵⁴. Bu bakımdan anlaşma belgesinde mirasçılar dışında arabulucunun da imzasının bulunması bir engel teşkil etmez. Zira arabulucu, sözleşmeye taraf sıfatıyla değil, kanundan doğan görevi dolayısıyla imza koymaktadır. Ancak bu noktada mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesini ayırık tutmak gerekmektedir. Mirasbırakan henüz hayattayken muhtemel mirasçılarının üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri tereke unsurları bulunmamaktadır. Bu nedenle, mirasın açılmasından önce arabuluculuğa başvurularak ileride terekede bulunması muhtemel olan unsurlar hakkında bir anlaşmaya varılması mümkün değildir¹⁴⁵⁵. Kanun koyucu, beklenen miras hakkı bakımından sıkı şartlara bağlı olarak belirli işlemlerin yapılmasına cevaz vermiştir. Dolayısıyla, mirasın açılmasından önce muhtemel mirasçılarının durumu kanaatimizce arabuluculuğa elverişli değildir.

Mirasçılar, tereke unsurlarının paylaşılması için herhangi bir dava açmadan arabulucuya başvurabilecekleri gibi, paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açıldıktan sonra da başvurabilirler. Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması ve anlaşmaya varılarak buna uygun şekilde belge düzenlenmesi durumunda, artık paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açılamaz¹⁴⁵⁶. Zira bu anlaşma belgesi paylaşma sözleşmesi niteliğine sahip olduğundan mirasçılar bakımından bağlayıcıdır. Öte yandan, HUAK m. 18/5 hükmünde, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı belirtilmiştir¹⁴⁵⁷. Dolayısıyla, mirasçılarının arabuluculuk anlaşma belgesine konu etmedikleri tereke unsurları varsa, ancak bunlar bakımından paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açılması mümkündür.

Arbuluculuk faaliyeti sonucunda tereke unsurlarının paylaşılması konusunda bir anlaşma belgesi imzalanması, sözleşmeye dâhil edilen tereke unsurlarının mülkiyetinin geçmesi sonucunu doğurmaz. Bunun için, sözleşmeye konu edilen tereke unsurlarının türüne göre zorunlu olan tasarruf işlemlerinin yapılması gerekir. Örneğin arabuluculuk anlaşma belgesinde bir taşınmazın mirasçılardan birine devri kararlaştırılmışsa, diğer mirasçılarının da katılımıyla tapuda devir işlemlerinin yapılması tescilin tamamlanması şarttır. Mirasçılar tapu sicil müdürlüğüne ayrı ayrı başvurarak arabuluculuk anlaşma belgesi gereğince tescil talebinde bulunamazlar. Böyle bir talepte bulunulsa bile, bu talep tapu sicil müdürlüğü tarafından

¹⁴⁵⁴ **Özer Deniz**, s. 37. Arabuluculuk anlaşma belgesinin nasıl hazırlanması gerektiği hakkında bkz: **Büyükcay**, s. 102 vd. İsviçre uygulaması bakımından arabuluculuk faaliyeti sonucunda mirasçılarının anlaşmaya varmaları halinde, alınan kararların bir tutanağa (Memorandum) geçirileceği, sonrasında ise buna uygun olarak paylaşma sözleşmesi düzenleneceği yönünde bkz: **Manser/Jutzeler**, s. 380.

¹⁴⁵⁵ **Büyükcay**, s. 197.

¹⁴⁵⁶ **Özer Deniz**, s. 37.

¹⁴⁵⁷ **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 634; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 113.

reddedilecektir¹⁴⁵⁸. Zira arabuluculuk anlaşma belgesi ilam niteliğinde değildir¹⁴⁵⁹. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesine rağmen, mirasçılardan biri veya birkaçı tapuda tescile muvafakat beyanında bulunmaktan kaçınırsa, anlaşma belgesine dayanılarak ifa davası açılabilir¹⁴⁶⁰. Diğer taraftan, arabuluculuk anlaşma belgesi noterde düzenleme şeklinde yapılmış ve her bir mirasçıya tek başına tescil talebinde bulunma yetkisi verilmişse, bütün mirasçıların muvafakat beyanında bulunmasına gerek olmaksızın tapuda tescil işlemi yapılabilir.

Mirasçılar, arabuluculuk anlaşma belgesi imzalandıktan sonra bunun icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler (HUAK m. 18/2). Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verildiği takdirde, bu anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge sayılmaktadır (HUAK m. 18/2)¹⁴⁶¹. Ancak belirtmek gerekir ki, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi için, mirasçıların icra yoluyla infazı mümkün olan bir anlaşma yapmış olmaları gerekir. Söz gelimi, arabuluculuk anlaşma belgesinde terekede bulunan taşınmazların aynına dair hükümler varsa, bu hükümler için icra edilebilirlik şerhi istenemez¹⁴⁶². Zira hukukumuzda taşınmazların aynına dair hususların cebri icra yoluyla infazı mümkün değildir. Yine, motorlu taşıtlar gibi sicile kayıtlı taşınırler bakımından da aynı husus geçerlidir¹⁴⁶³. İcra yoluyla yerine getirilmesi mümkün olan edimler bakımından ise icra edilebilirlik şerhi istenmesi mümkündür. Özellikle mirasçılar arasında bir para borcunun kararlaştırıldığı durumlarda, icra edilebilirlik şerhi istenmesi, borcun ifası bakımından kolaylık teşkil eder. Borçlu mirasçı para borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklı mirasçı icra edilebilirlik şerhi alınmış olan arabuluculuk anlaşma belgesine dayanarak ilamlı icra takibinde bulunabilir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağı ifade edilmektedir (m. 18/4)¹⁴⁶⁴. Dolayısıyla anlaşma belgesi mirasçılar ve arabulucu dışında, mirasçıların avukatları tarafından da imzalandığı takdirde doğrudan icra edilebilme kuvveti kazanmaktadır. Ancak bu durum, cebri icra yoluyla yerine getirilmesi mümkün olmayan hususlar bakımından bir farklılık arz etmez. Diğer bir deyişle, terekede bulunan taşınmazların veya sicile kayıtlı motorlu taşıtların mirasçılara devri bakımından tasarruf işlemlerinin yapılması zorunluluğu devam eder.

¹⁴⁵⁸ Özer Deniz, s. 37; Demir, s. 498.

¹⁴⁵⁹ Büyükkay, s. 109.

¹⁴⁶⁰ Özer Deniz, s. 37; Demir, s. 498.

¹⁴⁶¹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 635; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 761; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 111; Dür, s. 377; Büyükkay, s. 109.

¹⁴⁶² Büyükkay, s. 202.

¹⁴⁶³ Demir, s. 499.

¹⁴⁶⁴ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 635; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 112; Büyükkay, s. 122; Dür, s. 386.

Tereke unsurlarının paylaşılması için bir paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açıldıktan sonra, mirasçıların arabuluculuk yoluna gitmeleri ihtimal dâhilindedir. Dava devam ederken gerçekleşen arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir anlaşma belgesinin imzalanması tek başına davanın gidişatına etki etmez. Ancak burada da arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme içi sulhe dönüştürülmesi mümkündür¹⁴⁶⁵. Böylelikle devam eden dava sulh ile sona ermiş olur. Mirasçılar, arabuluculuk anlaşma belgesine göre karar verilmesini isterlerse, mahkeme buna göre hüküm kurar¹⁴⁶⁶. Kararın kesinleşmesiyle birlikte mirasçılar, anlaşma belgesinde paylaşmayı kararlaştırdıkları tereke unsurlarının mülkiyetini kazanırlar. Mirasçılar anlaşma belgesine göre karar verilmesini istemedikleri takdirde, mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar verir¹⁴⁶⁷. Bu ihtimalde ya mirasçılar kendi istekleriyle sözleşmeyi ifa ederler, ya da şartları mevcutsa ifa davası açma yolunu tercih edebilirler.

¹⁴⁶⁵ **Büyükcay**, s. 123. Nitekim öğretide arabuluculuk anlaşma belgelerinin mahkeme dışı sulh sözleşmesi ya da sulh benzeri sözleşme niteliğinde olduğunu belirten görüşler bulunmaktadır. Bkz: **Dür**, s. 374; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 185; Kıyak, Emre, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 6, S. 21, 2015, s. 529.

¹⁴⁶⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 634; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 115.

¹⁴⁶⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 634; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 115.

SONUÇ

Miras hukukunun temel ilkelerinden biri olan külli halefiyet ilkesi gereğince, mirasbırakanın terekesinde bulunan bütün haklar ve borçlar bir bütün olarak mirasçılara intikal eder. Mirasbırakanın tek mirasçısının bulunduğu hallerde mirasın paylaşılması gündeme gelmez. Birden fazla mirasçının bulunması durumunda ise, bu mirasçılar arasında elbirliği ile hak sahipliğine dayalı bir miras ortaklığı meydana gelir. Kanun gereği kendiliğinden meydana gelen bu ortaklığı sona erdirmek için mirasçıların önünde iki seçenek bulunmaktadır. Birinci seçenek, bütün mirasçıların katılımıyla bir paylaşma sözleşmesi yapmaktır. İkinci seçenek ise, mirasçılardan her birinin diğerinden bağımsız olarak açabileceği paylaşma davasıdır.

Kanun koyucu, mirasın paylaşılmasına dair hükümleri düzenlerken, mirasçıların mümkün olduğunca birinci seçeneği tercih etmelerini, diğer bir deyişle anlaşma yoluna gitmelerini istemiştir. Bu sebeple, mirasçılar arasında paylaşma sözleşmesi yapılmasını kolaylaştıracak hükümler öngörülmüştür. Öte yandan, mirasçıların paylaşmaya dair iradeleri, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarından ve bazı istisnalar dışında, kanun hükümlerinden üstün tutulmuştur.

Miras paylaşma sözleşmesi, sözleşmenin yapıldığı zamana göre iki temel türe ayrılır. İlk olarak, TMK m. 678 hükmü çerçevesinde, mirasın açılmasından önce bir paylaşma sözleşmesi yapılması mümkündür. Bu durum ilk bakışta mantık dışı görülebilir. Zira mirasın açılmasından önce ortada ne mirasçı ne de paylaşılacak bir tereke bulunmamaktadır. Ancak tespitimize göre, Roma Hukuku'nda mirasbırakanın ölmeden önce mirasını çocukları arasında paylaşabilmesi, İsviçre Medeni Kanunu'na (ve dolayısıyla da TMK'na) mirasın açılmasından önce muhtemel mirasçılar arasında sözleşmeler yapma imkânı olarak yansımıştır. Hal böyle olmakla birlikte, mirasbırakan henüz hayattayken yapılacak olan bu sözleşme, geçerlilik bakımından onun katılması veya iznine bağlanmış bulunmaktadır. Öte yandan mirasbırakan, muhtemel mirasçıların yaptıkları paylaşma sözleşmesine katılsa veya izin verse bile, sözleşmenin tarafı haline gelmemekte ve dolayısıyla da sözleşme ile bağlı sayılmamaktadır. Bunun temel sonucu ise, mirasbırakanın sözleşmeye konu edilen mal veya haklar üzerindeki tasarruf yetkisinin hiçbir şekilde etkilenmemesidir. Söz konusu durum, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesini tabiri caizse pamuk ipliğine bağlı hale getirmektedir. Yine de, gelecekte ortaya çıkabilecek ihtilafları çözmek bakımından, mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinin önemli işlevlere sahip olduğunu ve çok sık olmasa da uygulamada karşılaşıldığını belirtmek gerekir.

Miras paylaşma sözleşmesi, ikinci olarak TMK m. 676 hükmü çerçevesinde mirasın açılmasından sonra yapılabilir. Esasen uygulamada da paylaşma sözleşmesi büyük çoğunlukla mirasın açılmasından sonra yapılan bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Mirasın açılmasından sonra yapılan paylaşma sözleşmesi de kendi içerisinde elden paylaşma sözleşmesi ve yazılı paylaşma sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Elden paylaşma sözleşmesi, temelini Roma Hukuku'ndaki real sözleşmelerden alır. Zira bu sözleşmede, sözleşmenin kurulması ile ifası aynı zamanda gerçekleşmekte, diğer bir deyişle borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi bir arada yapılmaktadır. Yazılı paylaşma sözleşmesi ise, sözleşmeye konu edilen tereke unsurlarının mülkiyetini devretme borcu doğurmaktadır.

Miras paylaşma sözleşmesi, terekede bulunan mal ve haklar üzerindeki elbirliği ile hak sahipliğinin sona erdirilerek, bu mal ve hakların mirasçıların bireysel hak sahipliğine geçirilmesini amaçlayan bir sözleşmedir. Elden paylaşma sözleşmesinin bir tasarruf işlemi özelliği göstermesi sebebiyle bireysel hak sahipliğine geçiş, sözleşmenin kurulmasıyla aynı anda gerçekleşir. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesi ve yazılı paylaşma sözleşmesinde ise, tereke bulunan mal ve hakların mirasçıların bireysel mülkiyetine geçişi, sözleşmenin ifasıyla mümkün olmaktadır. Zira söz konusu paylaşma sözleşmesi türleri, birer borçlandırıcı işlem niteliğindedirler. Bu bakımdan sözleşmeye konu edilen tereke unsurlarının türüne göre zorunlu olan tasarruf işlemlerinin yapılması gerekmektedir. Mirasçılar bu tasarruf işlemlerini yapmaktan kaçındıkları takdirde, alacaklı durumdaki her bir mirasçı ifa davası açma hakkına sahiptir.

Mirasçılar, terekede bulunan bütün mal ve hakları paylaşma sözleşmesine konu etmek zorunda değildirler. Bu bakımdan yalnızca bazı mal ve hakların paylaşma sözleşmesine konu edilmesi de mümkündür. Ayrıca, mirasçılar paylaşmayı kararlaştırdıkları mal ve haklar yönünden tek bir paylaşma sözleşmesi türüne bağlı kalmayabilirler. Söz gelimi, terekede bulunan bir miktar para için elden paylaşma sözleşmesi, taşınmazlar için yazılı paylaşma sözleşmesi yapabilirler. Hatta her bir taşınmaz için ayrı ayrı paylaşma sözleşmesi yapılması dahi geçerlidir.

Miras paylaşma sözleşmesinin kurulması, geçerliliği, ifası ve sona ermesi noktasında büyük oranda borçlar hukukunun genel hükümleri rol oynamaktadır. Özellikle de yazılı paylaşma sözleşmesinin var olduğu durumlarda, söz konusu hükümlerin uygulanması noktasında bir güçlük ortaya çıkmaz. Ancak elden paylaşma sözleşmesinde ve mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde durum farklı olabilmektedir. Örneğin, elden paylaşma sözleşmesi varsa, Türk Borçlar Kanunu'nun ifa etmemeye ilişkin hükümlerinin uygulanması gündeme gelmez. Zira elden paylaşma sözleşmesi kurulmuşsa zaten ifa edilmiş

demektir. Mirasın açılmasından önce yapılan paylaşma sözleşmesinde ise, mirasın açılması ve sözleşmenin taraflarının mirasçılık sıfatını kazanmalarına kadar devam eden bir askı süresi var olduğundan, bu süre içerisinde genel hükümlerin uygulanması söz konusu olmamaktadır. Örneğin miras henüz açılmadan hiçbir mirasçı diğer bir mirasçıdan sözleşmenin ifasını talep edemez ve dolayısıyla da ifa etmemeye ilişkin hükümlere başvuramaz. Sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya başlamasından sonra ise, özellikle ifaya ilişkin TBK hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir.

Miras paylaşma sözleşmesi, mirasçıların birbirlerine karşı açtıkları bazı davalara etki edebilmektedir. Bunların başında hiç şüphesiz paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davaları gelmektedir. Mirasçılar bir tereke unsuru hakkında paylaşma sözleşmesi yaptıktan sonra, aynı tereke unsurunu konu edinen bir paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açamazlar. Eğer açmışlarsa, bu davanın reddedilmesi gerekmektedir. Zira paylaşma sözleşmesi mirasçılar açısından bağlayıcıdır. Paylaşma veya ortaklığın giderilmesi davası açıldıktan sonra bir paylaşma sözleşmesi yapılması halinde ise, sözleşmenin varlığı doğrudan davayı sona erdirmez. Ancak mirasçılar, mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindeki bu sözleşmeyi, mahkeme içi sulhe dönüştürerek davanın sona erdirilmesini sağlayabilmektedirler. Benzer bir durum, mirasçılar arasında görülen başka bazı dava türlerinde de karşımıza çıkmaktadır.

Mirasın paylaşılmasının ihtiyari arabulucuğa konu olması mümkündür. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan anlaşma belgesi, bir paylaşma sözleşmesi olarak kabul edilebilir. Kanaatimizce, bazı iş hukuku ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarında olduğu gibi, mirasın paylaşılmasına dair uyuşmazlıklarda da zorunlu arabuluculuk uygulamasının getirilmesi yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2016.
- Acar, Faruk, **Rehin Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Acar, Özlem, “**Satıcının Zapttan Sorumluluğu**”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2014, s. 116.
- Aeppli Viktor, **ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen**, Art. 114-126, 1. Auflage, Schulthess Verlag, 1991.
- Ağca Toplandı, Pınar, **Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Akbıyık, Cem, **Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Akbulut, Pakize Ezgi, “**Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığı Halinde)**”, Legal Hukuk Dergisi, C.16, S. 181, 2018, ss. 69-101.
- Akbulut, Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Akça, Neslihan, “**Yasal Mirasçılarının Mirastan Feragatinden Yararlanacak kişilerin Tespiti ve Feragatin Hükümden Düşmesi**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2019, ss. 237-247.
- Akça, Neslihan, **İvazlı Miras Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2020.
- Akçaal, Mehmet, **Satıcının Zapttan Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Akgün, Aliye, **Mevduat Sözleşmeleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Akıncı, Şahin, **Roma Hukuku Dersleri**, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2018.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, **Kişiler Hukuku**, 14. Bası, Beta, Ankara, 2018.
- Akkanat, Halil, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Akkuş, Sabahattin, **Tapu Sicilinde Miras Paylaşım Problemleri**, Selçuk Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2013.
- Aktan, Hamza, **Mukayeseli İslam Miras Hukuku**, İşaret Yayınları, İstanbul, 1991.
- Albaş, Hakan, “**Mirastan Feragat Sözleşmesi Ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, ss. 535-552.

- Altaş, Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Altıparmak, Ayşe Kübra, **İngiliz, Avrupa Birliği Ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Altunkaya, Mehmet, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Ann, Christoph, **Münchener Kommentar zum BGB**, Band 10, Erbrecht, § 2042-2063, 7. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2017.
- Annen, Oskar, **Die Objektiv und Subjektiv Beschränkte Teilung Der Erbengemeinschaft**, Dissertation, Schwyz, 1941.
- Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019. (Kısaltma: **Antalya, Borçlar**)
- Antalya, O.Gökhan, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1999.
- Antalya, O.Gökhan/ Sağlam, İpek, **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Aral, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Aral, Fahrettin, **Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası**, Ankara, 1979.
- Arnet, Ruth, **“Erbengemeinschaft im sachenrechtlichen Umfeld”**, Nachlassplanung und Nachlassteilung, Schulthess Verlag, Zürich, 2014, ss. 385-405.
- Arnet, Ruth, **“Grundlagenirrtum bei der Teilung”**, Successio-Zeitschrift für Erbrecht, 9 (2), Schulthess Verlag, 2015, ss. 109-114.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, **Medeni Usul Hukuku**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Arter, Oliver, **“Auskunftsrechte Bei Erbschaften”**, Expert Focus, 10/20, ss. 739-742.
- Atak, Ali Selkor, **“Consortium Ercto Non Cito”**, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul, 2011, ss. 19-38.
- Atak, Ali Selkor, **Klasik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2004.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim, **Medeni Usul Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Atamulu, İsmail, **Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Atlan, Hülya, **“Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 2, ss. 267-294.
- Atteslander-Dürrenmatt, Agnes, **OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 216-221.

- Auberson, Géraldine/Roussianos, Leila, **SHK-Stämpflis Handkommentar**, Commentaire du droit des successions, (Hrsg. Antoine Eigenmann/Nicolas Rouiller), Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- Aubert, Maurice, **“İsviçre Bankalarının Mirasçılar Karşısında Sırları ve Sorumlulukları”**, (Çev. Kevork Acemoğlu), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, 1968, ss. 553-588.
- Avcı, Mehmet Özgür, **Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Avcı, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Bası, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 2018.
- Ayan, Mehmet, **Eşya Hukuku-II**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016. (Kısaltma: **Ayan, Mülkiyet**)
- Ayan, Mehmet, **Eşya Hukuku-III**, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017. (Kısaltma: **Ayan, Sınırlı Ayni Haklar**)
- Ayan, Mehmet, **Miras Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen, **Kişiler Hukuku**, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Ayan, Özge, **“Ölümün Şirketler Hukuku İlişkilerine Etkileri”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2019, ss. 1-25.
- Ayan, Serkan, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Aydın Ünver, Tülay, **Cenin Hukuki Konumu**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Aydın Ünver, Tülay, **Müşterek Hesap**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Aydın, Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- Aydın, Öztürk, **“Homolog Döllenme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, ss. 349-374.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Ayiter, Nuşin, **Miras Hukuku**, 4. Bası, Ankara, 1978.
- Badur, Emel, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Bağcı, Ömer, **Vasiyetnamenin Geri Alınması**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012.
- Bahtiyar, Mehmet, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.
- Balmer, Dominik, **Die Naturalobligation**, Von Rom bis heute - unter besonderer Berücksichtigung der kantonalen Zivilgesetzbücher, Schulthess Verlag, Zürich, 2018.
- Başpınar, Veysel, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998.

- Başpınar, Veysel, **“Taşınmaz Satımında Vekalet”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, 1996, ss. 483-504.
- Başpınar, Veysel, **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Battes Robert, **“Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts-Dogmatik und praktische Auswirkungen des § 2032 BGB”**, Archiv für die civilistische Praxis, Band 178, 1978, ss. 338-369.
- Baumann, Max, **ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Nutzniessung und Wohnrecht**, (Hrsg. Peter Gauch/Jörg Schmid), 3. Auflage, Schulthess Verlag, 1999, Art. 745-778.
- Baumgartner, Matthias, **Der Grundsatz der freien Erbteilung**, Winterthur, 1954.
- Bänziger, Urs, **Erbteilungsvertrag-Schweizer Vertragshandbuch**, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.
- Becker, Hermann, **BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen**, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern, 1945.
- Bergamin, Christof, **Unterbrechung der Verjährung durch Klage**, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Berger, Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Philadelphia, 1953.
- Berki, Ali Himmet, **İslam Hukukunda Feraiz ve İntikal**, 2. Baskı, Ankara, 1985.
- Berki, Şakir, **“Eski ve Yeni Hukukumuzda Miras Sistemleri Arasındaki Farklar”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, Yıl: 1973, ss. 133-158.
- Berki, Şakir, **“Kur’an’da Miras Hukuku”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 38, S. 1, ss. 107-132.
- Berki, Şakir, **“Roma’da Ayni Haklar”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Yıl: 1948, ss. 323-375.
- Berki, Şakir, **Miras Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.
- Berti, Stephen V., **ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2002.
- Beusch-Liggenstorfer, Christine/Dorjee-Good, Andrea/Gellis, Jossy, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 2. Auflage, Zürich, 2011.

- Beusch-Liggenstorfer, Christine/Vlcek, Michael, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 2. Auflage, Zürich, 2011.
- Bichsel, Martin/Mauerhofer, Kaspar, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Bieler, Brigitte, **“Das Urheberrecht in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung”**, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, 2018, s. 116.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 9. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2018.
- Binder, Marcus, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1**, (Hrsg. Marcus Müller-Chen/Claire Huguenin), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Blumer, Maja, **Kurzkomentar Obligationenrecht**, (Hrsg. Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.
- Bora, Özlem, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- Boran, Çağla, **Devletin Mirasçılığı**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Bornhauser, Philip R., **“Erbvertrag und Erbteilungsvertrag: Wessen Wille ist eigentlich entscheidend?”**, Successio- Zeitschrift für Erbrecht, 2020, ss. 216-226.
- Bosshardt, Martina, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Bozkurt, Tamer, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Bozkurt, Tamer, **Şirketler Hukuku**, 10. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Brand, Michael, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Braun, Alexandra, **“Formal and Informal Testamentary Promises-A Historical and Comparative Perspective”**, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 76, 2012, ss. 994-1021.
- Braun, Christian/Müller-Engels, Gabriele, **Keim/Lehmann Beck’sches Formularbuch, Erbrecht**, Vollständige Erbausinandersetzung, 4. Auflage, Leinen, 2019.
- Brazerol, Riccardo, **“Der Erbe Als Willensvollstrecker”**, INR - Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Band/Nr. 22, Stämpfli Verlag, 2018, ss. 47-77.

- Brazerol, Riccardo, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Brehm, Roland, **BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen**, (Hrsg. Heinz Hausheer/Hans Peter Walter), 4. Auflage, Stämpfli Verlag, 2013.
- Breitschmid, Peter, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Breitschmid, Peter, **“Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung”**, Praktische Probleme der Erbteilung, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 46, Bern, 1997.
- Brucker-Kley, Elke/Schweizer, Matthias, **“Der digitale Nachlass: Sterben und Erben im Internetzeitalter”**, Schweizerischer Treuhänderverband, S. 36, 2014, ss. 36-39.
- Brunner, Geneviève, **Der Tod des Bankkunden- Rechtsprobleme bei der Vererbung der Bankbeziehung aus schweizerischer Sicht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2011.
- Brückner, Christian/Weibel, Thomas, **Die Erbrechtlichen Klagen**, 3. Auflage, 2012.
- Bucher, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht-Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich, 1988.
- Bucher, Eugen/Aebi-Müller, Regina, **Berner Kommentar zum ZGB, Die Natürlichen Personen**, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- Burandt, Wolfgang/Rojahn, Dieter, **Beck'sche Kurz Kommentare, Erbrecht**, 3. Auflage, Leinen, 2019.
- Buz, Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Büchler, Andrea, **FamKommentar, Scheidung, Band I: ZGB**, (Hrsg. Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- Bürgi, Klaus, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Bürgi, Urs, **Kurz Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.
- Büscher, Andreas, **Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen**, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess Verlag, Zürich, 2015.

- Büyükcay, Ferhat, **Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, 9. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2018.
- Couchepin, Gaspard/Maire, Laurent, **SHK-Stämpflis Handkommentar**, Commentaire du droit des successions, (Hrsg. Antoine Eigenmann/Nicolas Rouiller), Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- Çabri, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi**, Cilt III, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020. (Kısaltma: **Çabri**, Şerh)
- Çakar, Hale Nur, **Tasarım ve Mülklerin Bölünebilirliği: Miras ve Önalım**, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Çakır, Adem, “**Osmanlı Devletinde İslam Miras Hukukuna Uymayan Tereke Paylaşımları Üzerine Bir Çalışma**”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 115-138.
- Çetiner, Selma/Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, **Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Dasser, Felix, **OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 19-31.
- Deillon-Schegg, Bettina, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Demir, Abdullah, “**Karşılaştırmalı Bir Yaklaşımla Kıyas**”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 21, 2009, ss. 157-182.
- Demir, Şamil, “**Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk**”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, ss. 491-503.
- Demirbaş, Feride, **Kısmi İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Demirbaş, Harun, **Türk Borçlar Kanunu’nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012.
- Demirkapı, Ertan, **Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.
- Demirsatan, Barış, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Develioğlu, Hüseyin Murat, **Takas**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Di Marzo, Salvatore, **Roma Hukuku** (Çev. Ziya Umur), İstanbul, 1954.
- Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden**, Kantonal Druckschriftenverlag, 1989.

- Dinçer, Nilgün, **Klasik Dönem Roma Hukukunda Actio Pro Socio ve Actio Communi Dividundo İlişkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011.
- Dişel, Buse, **İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- Doğan, Murat, “**Tescile Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıt Rehni**”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 3-4, 2008, ss. 181-207.
- Druey, Jean Nicolas, **Grundriss des Erbrechts**, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2002.
- Dural, Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, 1976.
- Dural, Mustafa, **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 19.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Durğun Şanlı, İrem, **Haksız İşgal-Ecrimisil Tazminatı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Dutta, Anatol, **Münchener Kommentar zum BGB**, Band 11, Teil 4, Internationales Erbrecht, 7. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2018.
- Dür, Orhan, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Dürr, David, **ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht**, Prinzipien des Sachenrechts, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2009.
- Eder, Karoline, “**Alles voller Zweifel: die Willensmängel im Erbrecht- Die Zwitterstellung des Erbvertrages zwischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht**”, Liber discipulorum für Professor Dr. Andreas Furrer zum 55. Geburtstag, Stämpfli Verlag, 2018, ss. 27-46.
- Eggel, Martin, “**Beständigkeit von der Erbteilung zugrunde gelegten Verkehrswertgutachten in späteren Auseinandersetzungen**”, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, 2017, ss. 4-20.
- Eichenberger, Michaela, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, 2016, Art. 114-126.
- Eitel, Paul, **Grundlagen des Erbrechts**, Kurzfassung, 2013.
- Eitel, Paul/Arnet, Ruth, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Ekinci, Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku**, 5. Bası, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017.

- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Elmiger, Fabienne, **Das Unternehmen in der Erbteilung**, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.
- Engin, Baki İlkey, **Mirastan Yoksunluk**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Er, Sefa, **Anonim Şirketlerde Pay Devri**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2016.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra, “**Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması**”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3 (1), 2013, ss. 45-64.
- Erdem, Mehmet, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2019.
- Erdoğan, İhsan/Keskin, A. Dilşad, **Türk Medeni Hukuku**, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- Erdoğan, Kemal, “**Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali**”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.1, 2016, ss. 123-179.
- Eren, Fikret, “**Mirasın Paylaşılması**”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, I. Cild, Ankara, 2017, ss. 495-523. (Kısaltma: **Eren, Paylaşma**)
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. (Kısaltma: **Eren, Genel Hükümler**)
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. (Kısaltma: **Eren, Özel Hükümler**)
- Eren, Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016. (Kısaltma: **Eren, Mülkiyet**)
- Eren, Fikret/Başpınar, Veysel, **Toprak Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, **Türk Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Ergüne, Mehmet Serkan, “**Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 1063-1085.
- Erişgin, Nuri, “**Birlikte Mirasçıların Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, ss. 121-143.
- Erkan, Vehbi Umut, “**Türk Medeni Kanunu’nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi**”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Erkan, Vehbi Umut/Yücer, İpek, “**Ayırt Etme Gücü**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 3, 2011, ss. 485-522.

- Erlüle, Fulya, **Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Erol, Yasemin, **Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Ertaş, Şeref, **Eşya Hukuku**, 13. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2016.
- Ertürk, Mustafa, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Escher, Arnold, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Die Erbgang (Art: 537-640), 3. Auflage, Zürich 1960.
- Fasel, Urs, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Felber, Rosmarie, **Aufgeschobene und Partielle Erbteilung Nach Schweizerischem Recht**, Dissertation, Bern, 1939.
- Fischer, Willi/Tamer Talaat, David, **Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen**, 1. Auflage, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen, 2016.
- Fountoulakis, Christina/ Affolter-Fringeli, Kurt/ Biderbost, Yvo/ Steck, Daniel, **Kindes- und Erwachsenenschutzrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Frick, Thomas A., **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 965-989.
- Gauch, Peter/Jäggi, Peter/Hartmann, Stephan, **ZK-Zürcher Kommentar, Obligationenrecht**, (Hrsg. Jörg Schmid), 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2014.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter/Schmid, Jörg/Rey, Heinz/Emmenegger, Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Schulthess Verlag, Zürich, 2008.
- Genç Arıdemir, Arzu, **Mirasın Açılmasından Sonra Miras Payının Devri Sözleşmesi**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Gençcan, Ömer Uğur, **Miras Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2011.
- Gergen Thomas, **Münchener Kommentar zum BGB**, Band 10, Erbrecht, 7. Auflage, München, 2017.
- Gezder, Ümit, “**Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 2, 2007, ss. 237-252.
- Giger, Hans, **BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/1/3, Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR**, (Hrsg. Heinz Hausheer), Stämpfli Verlag, Bern, 1997.
- Giger, Hans, **Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen**, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen, 2016.

- Glatthard, Melchior, **Das Rücktrittsrecht**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Stämpfli Verlag, 2020.
- Gottini, Melanie Catalina, **Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht**, Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2019.
- Göksu, Tarkan, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 634-640.
- Graham-Siegenthaler, Barbara, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 602-606.
- Graham-Siegenthaler, Barbara, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 646-654.
- Guillaume, Florence, **“Cession de parts héréditaires et suspension du partage successoral”, Nachlassplanung und Nachlassenteilung**, Schulthess Verlag, Zürich, 2014.
- Guinand, Jean/Stettler, Martin/Leuba, Audrey, **Droit des Successions**, 6. édition, Schulthess Verlag, Zürich, 2005.
- Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. (Kısaltma: **Gümüş**, Özel Hükümler)
- Gümüş, Mustafa Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Günel, A. Nadi, **“Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu İle Miras”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, S.1, Yıl: 1995, ss. 425-442.
- Gündoğdu, Fatih, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- Güneş, İlhami, **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl, Dieter, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eigentum**, Band IV/I, 2. Auflage, Zürich, 1977.
- Habicht, Max, **Die Formen Der Erbschaftsteilung im Schweizerischen Recht**, Dissertation, Zürich, 1925.
- Häfliger, Manuela, **OFK-Orell Füßli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Hatemi, Hüseyin, **İslam Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2012.

- Hatemi, Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Hatemi, Hüseyin, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Hauser, Peter, **Der Erbteilungsvertrag**, Dissertation, Zürich, 1973.
- Hauser-Spühler, Gabriela/Meisser, Luzius, **“Eigenschaften der Kryptowährung Bitcoin”**, Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, S. 6, Schulthess Verlag, 2018, ss. 6-12.
- Hausmaninger, Herbert/Selb, Walter, **Römisches Privatrecht**, 9. Auflage, Hermann Boehlau Verlag, Wien, 2001.
- Hecht, Werner, **“Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs”**, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 69, 1950, ss. 379-400.
- Heinzelmann, Regula, **“Digitaler Nachlass – rechtzeitig Verfügungen treffen”**, Schweizerischer Treuhänderverband, S. 170, 2016, ss. 170-172.
- Helvacı, İlhan, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Helvacı, Serap, **Gerçek Kişiler**, 8. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2017.
- Henggeler, Benno, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Hepp, Eva-Maria, **Der amerikanische Testiervertrag-contract to make a will-aus Sicht des deutschen Rechts**, München, 1991.
- Hızır Asrav, Fatma, **Sulh Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Hilty, Reto M./Purtschert, Tina, **Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil**, Schulthess Verlag, 2013.
- Hirschlehner, Anna, **“Culpa inTestando-Vertaruenshaftung des Erblassers”**, Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag, 2017, ss. 1174-1187.
- Hitz, Flurina, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Hitz, Flurina, **Das Baurecht als selbstständiges und dauerndes Recht: Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen**, Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2017.
- Hoeren, Thomas, **Schulze Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar**, 10. Auflage, Nomos Verlag, 2019.
- Honsell, Heinrich, **Römisches Recht**, 7. Auflage, Springer, 2010.
- Hubesch-Millauer, Stephanie, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

- Hrubesch-Millauer, Stephanie, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie/ Bosshardt, Martina/ Kocher, Moritz B., **“Rechtsbegehren im Erbrecht”**, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, 2018, ss. 4-30.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie/Bürki, Melanie, **“Der Erbteilungsvertrag-ausgewählte aspekte”**, Festschrift für Thomas Koller, Stämpfli Verlag, Bern, 2018, ss. 319-344.
- Hubert-Froidevaux, Anouchka, **SHK-Stämpflis Handkommentar**, Commentaire du droit des successions, (Hrsg. Antoine Eigenmann/Nicolas Rouiller), Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- Huguenin, Claire, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Dike Verlag, Zürich, 2016.
- Huguenin, Claire/Purtschert, Tina, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Innominatkontrakte**, (Hrsg. Marcus Müller-Chen/Claire Huguenin), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Hürlimann-Kaup, Bettina, **“Aussonderung von Bitcoins im Konkurs des Verwahrers?”**, Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag, 2018, ss. 1447-1450.
- Iten, Marc’Antonio, **“Vom Schwarzen Peter im Erbrecht: Haftet der Nachlass, die überlebende Ehegattin, der Willensvollstrecker oder haften die Erben?”**, Der Treuhandexperte, 2017, ss. 76-81.
- İleri, Çiğdem, **“Dijital Miras-Alman Federal Mahkemesi’nin Facebook Kararı Üzerine Bir İnceleme”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 146, 2020, ss. 123-152.
- İlhan, Onur, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- İmre, Zahit, **Türk Miras Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 1978.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan, **Miras Hukuku**, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- İnal, H. Tamer, **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- İnan, Ali Naim/Ertas, Şeref/Albaş, Hakan, **Miras Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- İnce Akman, Nurten, **“Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2018, ss. 527-560.
- İnce, Nurten, **“Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa In Testando)”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2018, ss. 153-184.
- İpek, Eyüp, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- İpek, Eyüp, **Kadastro Kanunu’na Göre Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman, **Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

- Jäggi, Peter, **“Zwei Fragen Aus Dem Erbteilungsrecht”**, Schweizerische Juristen Zeitung, 1965, ss. 165-170.
- Jäggi, Peter, **ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1973.
- Jahnel, Werner, **“Grundlagen des österreichischen Erbrechts unter besonderer Berücksichtigung des österreichisch-schweizerischen Erbfalls”**, Successio-Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2019, ss. 65-84.
- Jolles, Alexander/Vlcek, Michael, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 2. Auflage, Zürich, 2011.
- Jolles, Alexander/Vlcek, Michael/Fünfschilling, Annika, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 2. Auflage, Zürich, 2011.
- Jost, Arthur, **“Grundbuch und Erbteilung”**, Schweizerische Juristen Zeitung, 1968, ss. 33-41.
- Jost, Arthur, **Der Erbteilungsprozess im Schweizerischen Recht**, Stämpfli Verlag, Bern, 1960.
- Jung, Peter, **Kurzkomentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.
- Kähr, Michel, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Kalabalık, Halil, **İmar Hukuku Dersleri**, 9. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Kamp, Annasofia/Breitschmid, Peter, **“Minderjährige Erben”**, Successio-Zeitschrift für Erbrecht, 2013, ss. 90-115.
- Kaneti, Selim, **“Tapu Uygulamaları Açısından Miras Hukuku Sözleşmeleri”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 48, S. 1-4, 1983, ss. 99-112.
- Karadeniz Çelebican, Özcan, **Roma Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Karaman, Hayreddin, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, 11. Bası, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2006.
- Karauz, Ağâh Kürşat, **“Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir?”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, ss. 349-370.
- Karauz, Ağâh Kürşat, **Sulh Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Karlı, İbrahim, **Paylaşmaya Kadar Miras Ortaklığının Hukuki Durumu**, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2016.
- Kavasoğlu, İsmet İpek, **“Tarım Arazilerinin Miras Yolu İle Bölünmesinin Önlenmesine Yönelik Yasal Düzenlemenin Örtüaltı İşletmeleri Üzerindeki Etkilerinin**

- Araştırılması: Antalya İli Örneği**”, Akdeniz Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2018.
- Kaya, Mustafa İsmail/Tatlı, Burçak, **Ticaret Hukuku-I**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Kayar, İsmail, **Ticari İşletme Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Kayıhan, Şaban, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Kayıhan, Şaban, **Şirketler Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019. (Kısaltma: **Kayıhan, Şirketler**)
- Kayıhan, Şaban, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Keim, Christopher/Lehmann, Daniel, **Beck’sches Formularbuch, Erbrecht**, 4. Auflage, Leinen, 2019.
- Kenel, Luca, **Entire Agreement Clause**, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Schulthess Verlag, Zürich, 2018.
- Kernen, Alexander, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016. (Kısaltma: **Kılıçoğlu, Borçlar Genel**)
- Kılıçoğlu, Ahmet M., **Fikri Haklar**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017. (Kısaltma: **Kılıçoğlu, Fikri Haklar**)
- Kılıçoğlu, Ahmet M., **Medeni Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., **Miras Taksim Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989. (Kısaltma: **Kılıçoğlu, Taksim**)
- Kılınç, Ayşe, “**Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi**”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 2, 2019, ss. 503-521.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Kıyak, Emre, “**Arbuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği**”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 6, S. 21, 2015, ss. 523-548.
- Kıyak, Emre, **Dönüştürücü Arbuluculuk-Problem Çözücü Arbuluculuk İle Uyumlaştırılması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Kızıl, Cevdet/Hanişoğlu, Gülay Selvi/Aslan, Tunay, **Kripto Paraların Finansal Piyasalara Etkileri ve Muhasebeleştirilmesi**, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2019.
- Killias, Laurent/Wiget, Matthias, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

- Kley, Andreas/Seferovic, Goran, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Klöti, Daniela, **Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014.
- Kocaağa, Köksal, “**Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2005, ss. 83-102.
- Kocaağa, Köksal, “**Mirasçılık Belgesi**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, 2005, ss. 84-105.
- Kocaağa, Köksal, **Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Kocaoğlu, Hüsamettin, **Miras Payının Devri**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Koller, Alfred, “**Vertragsrücktritt des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs des Käufers**”, Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag, 2018, s. 1500-1506.
- Koller, Alfred, **Der Grundstückkauf**, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret, **Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, 1977.
- Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund, **Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 2. Auflage, Springer Verlag, Wien, 2007.
- Köprülü, Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul, 1985.
- Koroğlu, Anıl, **Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Koroğlu, Emre, **Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Kramer, Ernst A., **BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/2, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Inhalt des Vertrags**, Stämpfli Verlag, Bern, 1990.
- Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno, **BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, Stämpfli Verlag, Bern, 1986.

- Krauskopf, Frédéric/Stuber, Jonas, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Krauskopf, Frédéric, **Präjudizienbuch OR**, (Hrsg. Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli), 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Krenz, Uwe, **“Die Auseinandersetzung der Erbgemeinschaft- Dogmatische, rechtsvergleichende und rechtspolitische Aspekte”**, Archiv für Civilistische Praxis, Heft 4, 1995, ss. 361-391.
- Kuhn, Hans, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Kunz, Romano, **Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur Gesamten Hand**, Dissertation, Bern, 1963.
- Kurşat, Zekeriya, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Kurt, Ekrem, **“Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt II, 2013, ss. 1857-1930.
- Kurt, L. Müjde, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Kuru, Baki, **Medeni Usul Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Kut, Ahmet, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht- Allgemeine Bestimmungen**, (Hrsg. Andreas Furrer/Anton K. Schynider), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Küçükgüngör, Erkan, **Roma Hukukunda Vasiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Künzle, Hans Rainer, **“Der Willensvollstrecker in der Erbteilung”**, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2013, ss. 309-332.
- Künzle, Hans Rainer, **“Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht”**, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2015, ss. 39-54.
- Künzle, Hans Reiner, **“(Deutsche) Testamentsvollstreckung und (schweizerische) Willensvollstreckung”**, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2010, ss. 233-255.
- Künzle, Hans Reiner, **Basler Praxiskommentar zum Erbrecht**, 2. Auflage, Basel, 2011.
- Landes, Sabine/Schmolk, Dennis, **Digitaler Nachlass-Das Handbuch Für Forsorgende Und Hinterbliebende**, 1. Auflage, 2017.

- Leu, Daniel, **“Aufgaben und Befugnisse des Willensvollstreckers in der Erbteilung - Länderbericht Schweiz”**, Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Schulthess Verlag, 2017, ss. 143-172.
- Liechti, Fabrizio Andrea, **Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch**, Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- Lindenmann, Barbara/Stark, Emil W., **BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016.
- Liver, Peter, **ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1980.
- Lorandi, Franco, **“Erblasser, Erbengemeinschaft, Erben und Erbschaft als Schuldner”**, Aktuelle Juristische Praxis, 2012, ss. 1378-1392.
- Lötscher, Cordula, **“Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft”**, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2019, ss. 174-198.
- Manser, Roman/Jutzeler, Esther, **“Mediation in der Anwaltlichen Praxis (Erbrecht)”**, Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, 2015, Stämpfli Verlag, ss. 377-381.
- Maraşlı Dinç, Yasemin, **“Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 142, 2019, ss. 273-287.
- Maraşlı, Dinç, Yasemin, **Miras Hukukunda Külli Halefiyet İlkesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.
- Mauchle, Mathias, **Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde**, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2019.
- Maurer, Matthias, **Der Vergleichsvertrag**, Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2013.
- Meyer, Caroline B., **“Die Rechtsstellung des teilweise oder vollständig übergangenen Pflichtteilserben”**, Basler Juristische Mitteilungen, 2008, ss. 177-211.
- Meyer, Thomas, **CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Misere, Roman, **Die “Culpa in testando”- Möglichkeiten und Grenzen einer Vertrauenshaftung im Erbrecht**, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2002.
- Mooser, Michel, **“Le pacte sur succession non ouverte”**, Nachlassplanung und Nachlassenteilung, Schulthess Verlag, Zürich, 2014.

- Moser, Nicola, **Die Verjährung von haftpflichtrechtlichen Forderungen bei einer Verletzung der körperlichen Integrität**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.
- Muratoğlu, Tahir, **İmar Hukuku**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Müller, Christoph, **BK-Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Einleitung in das OR**, Stämpfli Verlag, Bern, 2018.
- Müller, Franz/Lieb-Lindenmeyer, Saskia, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Müller, Roger, **Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen**, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen, 2016.
- Müller-Chen, Markus, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Nar, Ahmet, **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Nonn, Michael, **„Anordnung der Erbenvertretung nach Art. 602 Abs. 3 ZGB“**, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2012, ss. 67-84.
- Nussberger, Natascia, **„Das Vertretungsrecht und die Handlungsfähigkeit im neuen Erwachsenenschutzrecht“**, Aktuelle Juristische Praxis, 2012, ss. 1677-1687.
- Oğuz, Arzu, **„Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio’nun Sebebe Bağlılığı“**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 47, S. 1, 1998, ss. 49-83.
- Oğuzman, Kemal, **Miras Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, 1995.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I**, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Oktay, Saibe, **„İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması“**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, ss. 263-296.
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1936.

- Otto, Dirk-Ulrich, **Münchener Vertragshandbuch**, Band 6, 7. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2016.
- Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay, “**Mirasçılarının Paylaşma Konusu Mallara İlişkin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumlulukları**”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2016, ss. 13-33.
- Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay, **Mirasın Paylaşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “**Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1-2., 2001, ss. 31-46.
- Öcal Apaydın, Bahar/İnce Akman, Nurten, “**Dondurularak Saklanmış Üreme Hücresinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı**”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 2, 2020, ss. 63-107.
- Özakman, Cumhuri, **Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984.
- Özay, Hilal, “**İslam Miras Hukukunun Özellikleri**”, İslam Medeniyeti Araştırmaları Dergisi, C.3, S. 2, 2018, ss. 203-224.
- Özay, Osman Levent, **Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Özbilen, Arif Barış, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Özçelik, Ş. Barış, “**5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2015, ss. 87-110.
- Özdamar, Demet/Kayış, Ferhat/Yağcıoğlu, Burcu/Akgün, Aliye, **Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Özdemir, Hayrunnisa, “**Mirasçılarının Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu**”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 1-2, 2012, ss. 191-223.
- Özdemir, Hayrunnisa, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019. (Kısaltma: **Özdemir**, Şerh)
- Özer Deniz, Miray, “**Mirasın Paylaşılması Sözleşmesi ve Bunun Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2020, ss. 26-38.
- Özmen, Etem Saba/Aydın, Gülşah Sinem, “**Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)**”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 6, 2014, ss. 179-215.

- Özmen, Etem Saba/Ürem, Müge, **“Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”**, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S.3, 2016, sS. 193-218.
- Öztan, Bilge, **“Eşlerden Birinin Ölümü Halinde Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi”**, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, ss. 237-263.
- Öztan, Bilge, **Miras Hukuku**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Pekmez, Cüneyt, **“Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları”**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 20, 2015, ss. 523-565. (Kısaltma: **Pekmez, Ödemezlik Def'i**)
- Pekmez, Cüneyt, **Borcun İfa Edilmediği Def'i (Ödemezlik Def'i)**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Pfammatter, Aron, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Pfäffli, Roland, **“Erbrechtliche Auswirkungen auf das Immobiliarsachenrecht”**, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, 2009, ss. 32-50.
- Piller, François, **“Virtuelle Währungen – Reale Rechtsprobleme?”**, Aktuelle Juristische Praxis, 2017, ss. 1426-1438.
- Pirinççi, Ayşe Esra, **“Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin'in Değerlendirilmesi”**, International Journal of Economics Politics Humanities and Social Sciences, Vol.1/1, 2018, ss. 45-52.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2010.
- Pulaşlı, Hasan, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Raveane, Zeno, **“Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung”**, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Schulthess Verlag, Zürich, 2017.
- Reetz, Peter/Burri, Christof, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

- Rizzi, Marco Athos, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Roglmeier, Julia, **Beck'sche Online Formulare Erbrecht**, 22. Edition, C.H.Beck Verlag, 2019.
- Rouiller, Nicolas, **SHK- Stämpfli Handkommentar**, Commentaire du droit des successions, (Hrsg. Antoine Eigenmann/Nicolas Rouiller), Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal, **Ecrimisil Davaları**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Sağlam, İpek, “**Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, ss. 201-231.
- Sapanoğlu, Süleyman, **Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Saymen, Ferit H., “**Aciz Sebebi İle Mirastan Iskat**”, İstanbul Barosu Mecmuası, C. XIII, S. 3, 1939, ss. 145-169.
- Schaufelberger, Peter/Keller Lüscher, Katrin, **BSK-Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, (Hrsg. Thomas Geiser/Stephan Wolf), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.
- Schaufelberger, Peter C./Keller, Katrin, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Schmid, Dominik/Berger-Steiner, Isabelle, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Schmidlin, Bruno, **BK-Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen**, Art. 23-31 OR, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2013.
- Schmid, Jürg, “**Notariats- und grundbuchrechtliche Aspekte im erbrechtlichen Umfeld**”, Successio- Zeitschrift für Erbrecht, 2018, ss. 299-312.
- Schmid-Tschirren, Christina, **Das sachenrechtliche Akzessorietätsprinzip im Spannungsfeld zwischen Forderungsbindung und Flexibilisierung**, Brücken bauen, Stämpfli Verlag, 2018.
- Schönle, Herbert, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1993.

- Schönle, Herbert/Higi, Peter, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Band/Nr. V/2a, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2005.
- Schraner, Marius, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Die Erfüllung der Obligationen, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000.
- Schröder, Andreas, **“Erbrechtliche Informationsansprüche oder: Geister, die ich rief...”**, Successio- Zeitschrift für Erbrecht, 2011, ss. 189-202.
- Schwander, Ivo, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana, **BSK-Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, (Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger/David Oser), 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- Seeberger, Lionel Harald, **Die Richterliche Erbteilung**, Universitätsverlag Freiburg, 1992.
- Serozan, Rona, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Serozan, Rona, **“Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali”**, Prof. Dr. İlhan E. Postacioğlu’na Armağan, İstanbul, 1990, ss. 279-289.
- Serozan, Rona, **“Wohin steuert das Erbrecht?- Die sozio-ökonomischen und rechtspolitischen Triebkräfte und ihre Auswirkungen auf die Entwicklung des Erbrechts”**, Successio - Zeitschrift für Erbrecht, Schulthess Verlag, 2014, ss. 4-23.
- Serozan, Rona, **Eşya Hukuku I**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Serozan, Rona, **Medeni Hukuk**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007. (Kısaltma: Serozan, Dönme)
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Sert Sütçü, Selin, **Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Sirmen, Lale, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Spirig, Eugen, **ZK-Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1993.
- Spycher, Stephan, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.

- Stanescu, Ana Maria, **Die Verwaltung Des Nachlasses Durch Die Erbgemeinschaft**, Dissertation, Augsburg, 2013.
- Steinauer, Paul-Henri, **ZK-Zürcher Kommentar, Der Schuldbrief, Die Anleiheobligationen mit Grundpfandrecht**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2015.
- Stein-Wigger, Matthias, **„Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften“**, Aktuelle Juristische Praxis, 2001, ss. 1135-1147.
- Stöckeband, Adolfo Wegmann, **„Obligatio re contracta“**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- Stokar, Daniel, **Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches**, Dissertation, Zürich, 1953.
- Stöckli, Hubert, **Das Synallagma im Vertragsrecht**, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess Verlag, 2008.
- Strazzer, René, **„Die anwaltliche Doppel und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat - einige Streiflichter aus der Praxis“**, Successio- Zeitschrift für Erbrecht, 2014, ss. 113-120.
- Stucki, Stefan/Mühlematter, Adrian, **Grundbuchrecht für die Praxis**, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2017.
- Studhalter, Philipp, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erbrecht**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Stumpe, Bernd, **Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung Handkommentar**, (Hrsg. Kindl/Meller-Hannich/Wolf), Teilungsversteigerung, 3. Auflage, Nomos Verlag, 2015.
- Stürner, Rolf, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, (Hrsg. Othmar Jauernig/Rolf Stürner/Christian Berger), BGB § 2032, 17. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2018.
- Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Sutter, Thomas/Freiburghaus, Dieter, **Kommentar zum neuen Scheidungsrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 1999.
- Sutter-Somm, Thomas/Ammann, Dario, **«Tombola iudicialis» – das Los der uneinigen Erben? Wege zur Auflösung der Erbgemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Teilungsgerichts**, Festschrift für Peter Breitschmid, Schulthess Verlag, 2019, ss. 543-558.
- Şahan, Seçkin, **Medeni Usul Hukukunda Sulh**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Şahin, Ayşenur, **Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

- Şahin, Eda, **“Gaibliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 144, 2019, ss. 249-275.
- Şıpka, Şükran/Çelikel, Ali Yaşar, **“Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları”**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S.1, 2017, ss. 177-188.
- Şıpka, Şükran/Özdoğan, Ayça, **Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları**, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Şimşek, Ayşe, **“Osmanlı Miras Hukuku Sulh-Tehârûc Uygulamalarında Kadın: Konya Kadı Sicili Örneği”**, Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, S. 2, ss. 9-36.
- Tanrıver, Süha, **“Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu’nun 89. Maddesi”**, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 2, 2017, ss. 23-30.
- Taş Korkmaz, Hülya, **“Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, ss. 1413- 1482.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis, **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Tat, Orkun, **Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Danışmanlık**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Tekdoğan, Aydın, **Ecrimisil Davaları**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Tekinalp, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıtop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıtop, Atilla, **Tekinay Eşya Hukuku**, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Thurnherr, Christoph, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Tokat, Hüseyin, **Türk Hukukunda Gaiplik**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Topal, Önder, **Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyü) Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Topuz, Seçkin, **Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Troll, Max/Gebel, Dieter/Jülicher, Marc/Gottschalk, Paul Richard, **Erbschaftsteuer und Schenkungsteuergesetz Kommentar**, 53. Auflage, Vahlen Verlag, München, 2017.

- Tschäni, Rudolf/Gaberthüel, Tino, **BSK-Basler Kommentar Obligationenrecht I**, (Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger/David Oser), 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- Tuor, Peter/Schnyder Bernard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 13. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2009.
- Tuor, Peter/Picenoni, Vito, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht**, 2. Abteilung, Bern, 1973.
- Turan Başara, Gamze, “**Miras Hukuku Bakımından Ceninin Durumunun Değerlendirilmesi**”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2016, ss. 389-410.
- Turanboy, K. Nuri, **İbra Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Turanboy, Kürşat Nuri, “**Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1997, ss. 254-265.
- Tüzüner, Özlem, **Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Umur, Ziya, “**Roma Miras Hukukunun Ana Hatları**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 31, S. 1, Yıl: 1965, ss. 159-195.
- Uyumaz, Alper/İlhan, Onur, “**Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, 2018, ss. 861-905.
- Ülgen, Hüseyin/Helvaci, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, **Şekli Eşya Hukuku**, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ünlütepe, Mustafa, “**Yazılı Paylaşma Sözleşmesine Dayalı Olarak Mirasın Paylaşılması**”, Legal Hukuk Dergisi, C. 17, S. 195, 2019, ss. 1201-1234.
- Vischer, Markus, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 1974.
- Von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band II, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 1974.
- Vouilloz, François, **Commentaire Romand Code Civil II**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.
- Vögeli, Annina, **Möglichkeiten und Grenzen von fair division im schweizerischen Erbrecht**, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 292, Schulthess Verlag, 2019.

- Vurucu, Mehmet/Arı, Mustafa Ufuk, **Bankacılık Ürün ve Hizmetleri**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Wandt, Roland, **“Die Erbengemeinschaft- vom Gesetzgeber zur Handlungsfaehigkeit verdammt?”**, Arbeitsgemeinschaft Erbrecht, Heft 2, 2017, ss. 63-78.
- Watter, Rolf, **BSK-Basler Kommentar Obligationenrecht I**, (Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger/David Oser), 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- Weber, Rolf H., **BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen**, 2. Auflage, Bern, 2005.
- Wehinger, Claudia/Reich, Rahel, **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Weibel, Thomas/Heckendorn, Lukas, **“Erbteilung-praktische Probleme und aktuelle Entwicklungen”**, Successio-Zeitschrift für Erbrecht, 2009, ss. 218-230.
- Weimar, Peter, **BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2009.
- Weipert, Lutz, **“Die Erbengemeinschaft als Mitglied einer Personengesellschaft”**, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Heft 8, 2002, ss. 300-312.
- Weiss, Kinga M., **“Klage auf Vollzug eines Erbteilungsvertrages oder Teilungsklage?”**, Successio-Zeitschrift für Erbrecht, 2013, ss. 51-56.
- Welser, Rudolf/Zöchling-Jud, Brigitta, **Grundriss des Bürgerlichen Rechts**, Band II, 15. Auflage, Manz Verlag Wien, 2020.
- Wenger, Thomas J., **OFK-Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Wey, Rainer/Furrer, Andreas, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Wiegand, Wolfgang/Hurni, Christoph, **Kurzkomentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.
- Wildisen, Christoph, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Wolf, Stephan, **“Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht-Erbengemeinschaft-Erbteilung”**, Zeitschrift für Sozialreform, 2006/II, ss. 217-276.
- Wolf, Stephan, **BK-Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014.
- Wolf, Stephan, **Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft**, Stämpfli Verlag, Bern, 2004.

- Wolf, Stephan/Eggel, Martin, **BK-Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014.
- Wolf, Stephan/Genna, Gian Sandro, **Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Erbrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.
- Wolf, Stephan/Spichiger, Bettina, **“Zum Erbvertrag-Einführung und Überblick”, Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2018.
- Wullschlegler, Paola, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Yakupoglu, Sekine Derya, **Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu**, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Cevdet/Topuz, Murat, **“Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, 2015, ss. 663-700.
- Yazıcı, Ayşenur Merve, **Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Yelmen, Adem, **“Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi”**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 1, 2020, ss. 265-294.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl, **“Beklenen (Açılmamış) Bir Terekedeki Miras Hakkının Devri Sözleşmesi”**, Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 1-2, 1995, s. 109-144. (Kısaltma: Yıldırım, 1995)
- Yıldırım, Mustafa Fadıl, **“Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1, 2004, s. 117-130.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl, **“Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 1049 vd.
- Yılmaz, Süleyman, **Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Yılmaz, Süleyman/Yıldırım, Abdülkerim, **Medeni Hukuk I**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Zankl, Wolfgang, **“Culpa in testando bei Widerruf und Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen”**, Österreichische Notariats Zeitung, 1995, ss.265-297.

- Zellweger-Gutknecht, Corinne, **BSK-Basler Kommentar Obligationenrecht I**, (Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger/David Oser), 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- Zellweger-Gutknecht, Corinne, **Präjudizienbuch OR**, (Hrsg. Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli), 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. Bası, Ankara, 2019.
- Zeytin, Zafer, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Zorlu, Süheyla, **“Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Sözleşmeler”**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 2, 2014, ss. 107-129.

İnternet Kaynakları

- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (erişim tarihi: 14.09.2020)
- <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 19.07.2019)
- <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 14.09.2020)
- <https://www.swisslex.ch> (erişim tarihi: 22.10.2020)
- <https://www.legalis.ch/de/> (erişim tarihi: 26.04.2020)

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Numan TEKELİOĞLU
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Aydın Adnan Menderes Anadolu Lisesi
Lisans Diploması	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Diploması	Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Konusu	Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar
Yabancı Dil / Diller	İngilizce, Almanca
BİLİMSEL FAALİYETLER	
Kitap 1. Tekelioğlu, Numan, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.	
Makale 1. Tekelioğlu, Numan, "Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1-2, 2016, ss. 2-34. 2. Tekelioğlu, Numan, "Mecelle'de ve Türk Borçlar Kanunu'nda Satış Sözleşmesinin Kurulması ve Unsurları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:25, Sayı:2, 2017, s. 485-521. 3. Tekelioğlu, Numan, "Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Hukuki Ayıp ve Zapttan Sorumluluğun Birbirinden Ayırt Edilmesi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2017, ss.76-99. 4. Tekelioğlu, Numan, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 2, 2017, ss. 159-186. 5. Topçuoğlu, Metin/Özkul, Burcu/Tekelioğlu, Numan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Helal Ürün Sorunu ve Sonuçları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:30, 2017, ss.19-55. 6. Tekelioğlu, Numan, "Havayolu ile Yapılan Ulusal Yolcu Taşımalarından Kaynaklanan Bedensel Zararlardan Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Şartları", Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 144, Ağustos 2018, ss.87-98. 7. Tekelioğlu, Numan, "Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2018, ss.1-34. 8. Tekelioğlu, Numan, "Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış Sözleşmesi", Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 137, Ocak 2018, ss. 92-101.	

9. Tekelioğlu, Numan, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Satıcının Teminat Sağlama Zorunluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 67, Sayı 1, Mart 2018, ss.81-104.
10. Tekelioğlu, Numan, "Zaman Çarteri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Tartışması ve Ürün Kirası Açısından Sözleşmeye Bir Bakış", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.11, Haziran 2018, ss.123-138.

Editörlük

1. Balcı, Muharrem/Tekelioğlu, Numan, Mecelle'de ve Türk Borçlar Kanununda Akitler ve Zarar, İGİAD Yayınları, İstanbul, 2020.

İŞ DENEYİMİ

Stajlar	Avukatlık Stajı, Denizli Barosu (2013-2014)
Çalıştığı Kurumlar	Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2014-2016) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2016- ...)