T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MİRAS PAYININ DEVRİ

DOKTORA TEZİ

İsmail DEDE

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

OCAK 2025

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MİRAS PAYININ DEVRİ

DOKTORA TEZİ

İsmail DEDE

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

OCAK 2025

ÖNSÖZ

"Miras Payının Devri" isimli bu doktora tez çalışması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında tez danışmanı Prof. Dr. Mehmet Erdem, Prof. Dr. O. Gökhan Antalya, Prof. Dr. Burak Özen, Prof. Dr. H. Murat Develioğlu ve Prof. Dr. Ahmet Türkmen'den oluşan jüri önünde savunulup oybirliği ile başarılı bulunmuştur.

Severek çalıştığım tez konusunun belirlenmesinde olduğu gibi, yazım sürecinde de ilgisini ve desteğini esirgemeyen kıymetli hocam, tez danışmanım Prof. Dr. Mehmet Erdem'e şükranlarımı sunarım. Hocamın desteği yalnızca tez yazım süreciyle sınırlı kalmamış, akademik faaliyetlerimin hemen her aşamasında yüreklendirici tutumuyla bana rehberlik etmiştir. Kendisiyle çalışabilmiş olmak, benim için büyük bir ayrıcalıktı.

Tez jürisinde yer almayı kabul ederek beni onurlandıran değerli hocam Prof. Dr. O. Gökhan Antalya'ya teşekkür ederim. Kıymetli eleştirileri, tez çalışmamı farklı bir bakış açısıyla değerlendirmemi sağladı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki öğrencilik ve asistanlık günlerimin ardından, bu tez çalışması vesilesiyle hocamın engin tecrübelerinden doğrudan faydalanabilmiş olmayı büyük bir şans olarak görüyorum.

Prof. Dr. Burak Özen, jüri üyesi olarak yer aldığı tez savunmasında, kendi metinlerini oluştururken gösterdiği titizliği, tez çalışmam hakkındaki incelemeleri ve eleştirilerinden esirgememiştir. Bu sayede, çalışmamı okuyuculara sunma konusundaki çekincelerim önemli ölçüde azalmıştır. Üçüncü sınıftan itibaren öğrencisi olma ayrıcalığını yaşadığım hocamın kıymetli katkılarından bir kez daha faydalanmış olmaktan büyük memnuniyet duyuyor, kendisine en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Değerli hocam Prof. Dr. H. Murat Develioğlu; metnimi yalnızca bilimsel tartışmalar açısından değerlendirmekle kalmamış, aynı zamanda daha akıcı bir dile kavuşması için adeta bir danışman titizliğiyle katkı sunmuştur. Yazım sürecinde karşılaştığım zorluklarda, desteğini ve metin oluşturma konusundaki engin birikimini benimle cömertçe paylaşan hocama gönülden minnettarım.

Çalışma konusunun içeriğinin zenginleşmesine değerli yorumlarıyla katkı sağlayan kıymetli hocam Prof. Dr. Ahmet TÜRKMEN'e teşekkür ederim. Hocamın

incelikli değerlendirmeleri, konunun diğer bağlantılı hukuki kurumlarla ilişkisini güçlendirmede önemli bir rol oynamıştır.

Tez çalışmamın önemli bir bölümünü Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlama fırsatı buldum. Beni misafir araştırmacı olarak kabul eden ve sınırlı zamanını araştırmalarım süresince cömertçe paylaşan Prof. Dr. Pascal Pichonnaz'a bu değerli katkıları nedeniyle teşekkür ederim.

Akademik metin üretmenin ciddiyetini bana aşılayan ve yazdığım her metni titizlikle satır satır değerlendiren, yüksek lisans tez danışmanım Prof. Dr. İpek Sağlam, bu tezin hazırlanma sürecinde de desteğini esirgemedi. Hocamın katkıları benim için son derece kıymetlidir. Kendisine duyduğum minnet borcunu günün birinde ödeyebilmiş olmayı diliyorum.

Çalışmamı zenginleştiren tartışmaların önemli bir kısmını, yazım süreçlerimizin kesiştiği meslektaşlarımla gerçekleştirme imkânı buldum. Bu tartışmalar esnasında bilgilerini ve desteklerini saatin kaç olduğu fark etmeksizin cömertçe paylaşan Dr. Can Yalçın Armutcuoğlu, Dr. Işıl Yelkenci Dr. Egemen Işık ve Dr. Damla Taşkın'a teşekkür ederim. Yazmayla ilgili sorunlarla yüzleşmekten kaçındığım safhada, beni masa başına çeken, kendi tez savunma sürecinden elde ettiği taze tecrübelerden istifade etmemi sağlayan Dr. Simge Saraçoğlu'na ayrıca teşekkür etmek isterim.

Yazım süerecini, kürsü arkadaşlarımın sundukları destek olmadan kotaramazdım. Eline tutuşturduğum her taslağı okuyan, yönelttiği sorularla metnin hudutlarını genişleten Doğan Kara'ya teşekkür borçluyum. Doğan'ın bana aşıladığı cesaret olmasaydı, çalışmamı Fribourg'ta yürütmeye dair ilk adımı atamazdım. Kendisine, hudutlarımı genişletmeme sunduğu katkı için de teşekkür ederim. Tez çalışmamı oluşturduğum süreçte, önüme çıkan veya çıktığını bahane ettiğim engellerin, ortadan kalkması için, büyük bir özveri ortaya koyan ve yapıcı tutumunu hiçbir zaman esirgemeyen kürsü arkadaşım Eylem Işık'a ne kadar teşekkür etsem az. Zamana yoksunluğunda yakındığım sırada, içinde bulunduğum anın kıymetini kavramamı sağlayan Aybike Seyhan'ın verdiği desteği de anmadan geçemem. Bu sayede, tezimin barışçıl ve huzurlu bir ortamda hazırlanmasını sağladıkları için Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı'ndaki tüm hocalarıma ve birlikte çalışma fırsatı yakaladığım tüm kürsü arkadaşlarıma duyduğum minneti paylaşmak isterim.

Birden fazla kurumda çalışmak, bana eşsiz bir kürsü arkadaşı çevresi edinme imkânı sunan en değerli kazanımlardan biri olmuştur. Ege Türel, Kardelen Kıraç Tokabaş, Ertuğrul Erzengin, Dr. Selahattin Eren, Dr. Çisil Durgun Arslan, Dr. Ekin Şentürk, Dr. Sema Aydın, Dr. Pelin Çavdar Lokumcu, Dr. İpek Çevik, Murat Akdi, Emre Esen, Seda Kökgör, Burak Türk ve Dr. Eray Aksın Atar'a benden sakınmadıkları akademik birikim ve arkadaşlıkları için teşekkür ederim.

Çalışmalarımı yürüttüğüm süreç, huzur ve keyif dolu iş yeri ortamının ne denli önemli bir etken olduğunu bana yeniden fark ettirdi. Galatasaray Üniversitesi'nin bana kazandırdığı arkadaşlarım Burak Sönmez, Yunus Emre Erdölen, Ceyhan Feyza Kaymakçı, İlkim Sumru Altıntaş, Mehmet Ali Tanrıkulu, Dilara Abbasoğlu, Aleyna Kalender, H. Asena Çolak, Bengisu Mert, Dilşad Kuğuoğlu Altınışık, Büşra Naciye Yıldız, Onat Kaan Güzelce, Dr. Hazal Tolu Yılmaz ve Dr. Fatmagül Karagöz'e ofis yaşamını, ev sıcaklığında deneyimlememi sağladıkları için teşekkür ederim.

Metnin bu kısmını, ailemin bana sunduğu katkıyı anmdan geçemem. Sevgilerini ve imkanlarını koşulsuz bir şekilde benimle paylaştıkları için başta annem Sibel Taşkınöz olmak üzere kardeşim İzel Dede'ye ve babam Kürşat Dede'ye şükran borçluyum. Rahmetli babaannem Özgül Dede'yi anmadan geçemem. Kendisinin desteğini her daim omuzlarımda hissetmeye devam edeceğim. Konu koşulsuz sevgiden açılmışken, evimi paylaşarak beni yalnızlıktan çekip kopardığı için Çarşı'ya minnettarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ ..... **İİ**

İÇİNDEKİLER ..... **V**

KISALTMALAR CETVELİ ..... **X**

RÉSUMÉ ..... **Xİİİ**

ABSTRACT ..... **XVİİ**

ÖZET ..... **XXİ**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM: MİRAS PAYI KAVRAMI VE MİRAS PAYI DEVRİNİN İŞLEVLERİ **4**

§1. MİRAS PAYI KAVRAMI VE KAVRAMA KARŞILIK GELENLER **4**

I. MİRAS PAYI KAVRAMININ GÖRECELİLİĞİ **4**

A. Miras Payı Kavramının Birinci Karşılığı: Miras Oranı 5

B. Miras Payı Kavramının İkinci Karşılığı: Terekeyi Yönetme ve Terekeden Yararlanma Yetkisi 8

C. Miras Payı Kavramının Üçüncü Karşılığı: Terekeden Soyut Malvarlığı Değeri 18

D. Miras Payı Kavramının Dördüncü Karşılığı: Miras Paylaşımı Fazında Oluşturulan Pay 30

E. Miras Payı Kavramının Beşinci Karşılığı: Paylaşım Sonucu Özgülenen Tereke Değerlerinin Toplamı 33

II. DEVİR TAAHHÜDÜNÜN KONUSU OLARAK: MİRAS PAYI **36**

A. Genel Olarak 37

B. Tereke Değeri Üzerindeki Payın Taahhüdü 40

III. MİRAS PAYININ DEVRİNİ KONU ALAN İŞLEMLERİN SINIFLANDIRILMASI **60**

§2. MİRAS PAYININ DEVRİ TAAHHÜDÜNE YÜKLENEN MİSYON **62**

I. GENEL OLARAK **62**

II. KLASİK YAKLAŞIM: MİRASÇININ LİKİDE ERKEN ULAŞMA ÇIKARI 62

III. YÜKSEK POTANSİYELLİ ÇIKAR: KREDİ TEMİN ETME İŞLEVİ 65

IV. MİRASBIRAKANLA DAYANIŞMADAN KAYNAKLANAN DENKLEŞTİRME BORCUNUN İFASINDAKİ ROLÜ 66

V. SORUMLULUKTAN KURTULMA ya da SORUMLULUĞU DARALTMA ÇIKARI 69

İKİNCİ BÖLÜM: AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞME 78

§3. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDAKİ SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ İÇİN ARANAN KOŞULLAR 78

I. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI 79

II. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ 82

III. MUHTEMEL MİRASBIRAKANIN KATILMASI VEYA İZNİ 90

A. Kavramın Kökenleri ve Yerine Getirilmiş Sayılması İçin Aranan Unsurlar 90

1. İsviçre ve Türk Hukuklarında Süregelen Bağlaç Tartışması: Katılma veya İzin mi, yoksa Katılma ve İzin mi? 91

2. Temsile Açık Olup Olmadığına Dair Tartışma 96

3. Tabi Olduğu Şekil 98

4. Geri Alınamaz Karakteri 100

5. Koşul İçermesine Dair Yaklaşımlar 102

B. Katılma veya İznin Birinci Etkisi: Sözleşmeyi Geçersizlik Yaptırımından Kurtarma 103

C. Katılma veya İznin İkinci Etkisi: Mirasbırakanın Güven Sorumluluğu 107

1. Genel Olarak 107

2. Muhtemel Mirasbırakanın Gerçeğe Aykırı Bilgi Vermekten Kaynaklanan Güven Sorumluluğu 109

3. Muhtemel Mirasbırakanın *culpa in testando* Sorumluluğu 114

IV. SÖZLEŞMENİN KONUSU ve DOĞURDUĞU ETKİ 120

V. KESİN HÜKÜMSÜZ SÖZLEŞME SEBEBİYLE VERİLMİŞ ŞEYLERİN İADESİ 124

§4. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMELERDE İFA 128

I. İFANIN KONUSU 128

A. Genel Olarak: Özgülenen Değerlerin Devri 128

B. Özel Olarak: İsviçre ve Türk Yargı Uygulamaları Çerçevesinde Sözleşmeden Doğan Borcun Konusu 134

II. İFA YERİ 138

III. İFA ZAMANI 140
A. Genel Olarak 140
B. Terekenin Tamamının Paylaşılması Durumunda Borcun Muacceliyeti 142
C. Terekenin Kısmen Paylaşılması Durumunda Borcun Muacceliyeti 145
D. Miras Payı Beklentisinin Taahhüt Edildiği Durumda Borcun Muacceliyeti 147

§5.AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMELERDE İFA ENGELLERİ 147

I. ALACAKLININ ETKİ ALANINDA GERÇEKLEŞEN İFA ENGELLERİ 148
A. Alacaklı Temerrüdü 148
B. Alacaklının Yol Açtığı İfa İmkansızlığı 149

II. BORÇLUNUN ETKİ ALANINDAN KAYNAKLANAN İFA ENGELLERİ 151
A. İfa Engellerinin Temel Gerekçesi: Açılmamış Miras Hakkındaki Sözleşmenin Kırılgan Noktaları 151
B. Açılmamış Miras Hakkında Sözleşmede Borca Aykırılığın Görünümüne Özgü Yaptırımlar 154
1. Devir Borçlusunun Sorumlu Tutulabildiği İfa İmkânsızlığı 154
a. Devir Borçlusunun Mirastan Feragat Sözleşmesine Taraf Olması. 154
b. Devir Borçlusunun Mirastan Yoksun Kalması 156
c. Devir Borçlusunun Mirastan Çıkarılması 158
d. Devir Borçlusunun Ölüme Bağlı Tasarrufu Etkisiz Kılmaktan İmtina Etmesi 159
e. Devir Borçlusunun Mirası Reddetmesi 160
f. Yaptırım ve Yaptırımın Taşıdığı Kırılgan Noktalar 161
2. Devir Borçlusunun Sorumlu Tutulmadığı İfa İmkansızlığı 164
3. Devir Borçlusunun Temerrüdü 166
a. Genel Olarak 166
b. Paylaşmayı Gerçekleştirme Borcunun İfasında Borçlu Temerrüdü 167
c. Muhtemel Miras Payı Taahhüdünde Borçlu Temerrüdü 168
4. Devir Borçlusunun Kötü İfası 169
C. İfa Engellerine Bağlanan Yaptırımların Kırılgan Noktaları 170

§6. BORCUN İFASINA ÖZGÜ KIRILGAN NOKTALARI AŞMAYA YÖNELİK ENSTRÜMANLAR 172

I. MİRASIN PAYLAŞIMINA DEVİR BORÇLUSU YERİNE KAYYIMIN KATILMASI 172

II. DEVİR ALACAKLISININ TEMSİL YETKİSİYLE DONATILMASI 178

III. DEVİR ALACAKLISI LEHİNE SÖZLEŞMEDE YER VERİLEN BOZUCU KOŞULLAR 181

IV. DEVİR ALACAKLISININ FER'İ MÜDAHALESİ ve MÜDAHALENİN ETKİSİ 183

V. DEVİR BORÇLUSUNUN İRADE BEYANINA HÜKMEDİLMESİ 185
A. Açılmamış Miras Hakkında Sözleşmeden Doğan Yapma Borçları..... 185
B. Kronikleşmiş Sorunu Aşma Enstrümanı Olarak: Devir Borçlusunun İrade Beyanına Hükmedilmesi 187
C. Muhtemel Miras Payı Taahhütlerinin İfası Özelinde İrade Beyanına Hükmedilmesi 192

VI. BORCUN GEREĞİ GİBİ İFASI İÇİN SÖZLEŞME HÜKMÜ ÖNERİLERİ 193

§7. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN GARANTİ SORUMLULUĞU 194

§8. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMELER İÇİN ÖZELLİK TAŞIYAN DURUMLAR 195

I. MUHTEMEL MİRAS BEKLENTİSİNİ KONU EDİNEN REHİN ve İNTİFA HAKKI TESİSİ MESELESİ 195
A. Muhtemel Miras Menfaatini Konu Edinen Rehin Hakkı Tesisine İlişkin Tartışma..... 195
B. Rehin Hakkı Tesisine İlişkin Tartışmadan Elde Edilenler Işığında İntifa Hakkı Tesisine Yaklaşım 198

II. MURİS MUVAZAASI İDDİASININ DEVİR ALACAKLISI TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLMESİ 199

III. MİRASTAN FERAGAT ve MİRASÇI ATAMA KOMBİNASYONUNU İÇEREN MİRAS SÖZLEŞMESİ 202

§9. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMENİN İFASININ TEREKE BORÇLARINDAN SORUMLULUĞA ETKİSİ 203

§10. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞEMLERDE UYGULANACAK HUKUK SEÇİMİ 207

§11. VERGİ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR 209

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: MİRAS AÇILDIKTAN SONRA KURULAN MİRAS PAYININ DEVRİ SÖZLEŞMELERİ 211

§12. MİRAS AÇILDIKTAN SONRA KURULAN MİRAS PAYININ DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ İÇİN ARANAN KOŞULLAR..... 212

I. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI..... 212
A. Devreden/ Devir Borçlusu 212
B. Devralan/ Devir Alacaklısı..... 219
1. Alman Medeni Kanunu'nun İrade Serbestisini Önceleyen Tutumu... 220
a. Genel Kural: İrade Serbestisi 220
b. Genel Kuralın Frenlenmesi: Diğer Ortak Mirasçıların Yasal Önalım Hakkı 222
c. Devralanın Bulunmadığı Ayrık Bir Devir Uygulaması: Mirasçılar Topluluğundan Çıkma..... 231
2. İsviçre ve Türk Hukukunun Sınırlayıcı Tutumu..... 234

II. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ..... 236

III. SÖZLEŞMENİN KONUSU 241
A. Terekeden Soyut Malvarlığı Değeri Olarak Miras Payının Konu Alan Hukuki İşlemler..... 242
1. Miras Payının Devralanın Malvarlığına İntikal Ettirilmesi 242
a. Genel Olarak 242
b. Devrin Kapsamı 244
2. Miras Payının Rehni 250
3. Miras Payı Üzerinde İntifa Hakkı Tesisi 253
B. Paylaşım Sonucu Özgülenecek Değerlerin Devrinin Taahhüdü..... 255
C. Tereke Değeri Üzerindeki Payın Devri..... 258

IV. İFA ve İFA ENGELLERİ..... 262

§13. MİRAS PAYININ HACZİ 268

§14. DEVRİN TEREKE BORÇLARINDAN SORUMLULUĞA ETKİSİ 272

§15. MİRAS PAYININ DEVRİ SÖZLEŞEMLERİNDE UYGULANACAK HUKUK SEÇİMİ 275

§16. VERGİ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR..... 276

SONUÇ..... 278

KAYNAKÇA 287

KISALTMALAR CETVELİ

Abs.	**:**	Absatz
AcP	**:**	Archiv für die civilistische Praxis
AJP	**:**	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	**:**	Artikel
Aufl.	**:**	Auflage
b.	**:**	bent
BGE	**:**	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	**:**	Bundesgerihtshof
BK	**:**	818 sayılı Borçlar Kanunu
BK	**:**	Berner Kommentar
bkz.	**:**	bakınız.
CHK	**:**	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
E.	**:**	Esas
E.T.	**:**	Erişim Tarihi
eMK	**:**	743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
f.	**:**	fıkra
GBV	**:**	23.09.2011 tarihli Grundbuchverordnung
HD.	**:**	Hukuk Dairesi
HGK	**:**	Hukuk Genel Kurulu
HMK	**:**	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	**:**	Herausgegeben von
İİK	**:**	2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İÜHFD	**:**	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	**:**	Karar
KadastroK.	**:**	3402 sayılı Kadastro Kanunu
Kazancı	**:**	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
Legalbank	**:**	Legalbank Elektronik Hukuk Bankası
Lexpera	**:**	Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi
m.	**:**	madde
MÖHUK	**:**	5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MÜHFHAD	**:**	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MüncKomm	**:**	Münchener Kommentar
N.	**:**	Not/ Kenar Notu
NJW	**:**	Neue juristische Wochenschrift
OFK	**:**	Orell Füssli Kommentar
OLG	**:**	Oberlandesgeriht
OR	**:**	Bundesgesetz vom 30 März 1911 über das Obligationenrecht (SR 220)
PraxKomm	**:**	Praxiskommentar
Red.	**:**	Redaktör
RG.	**:**	Resmi Gazete
s.	**:**	sayfa / Seite
S.	**:**	Sayı
SchKG	**:**	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (AS 11 529)
SHK	**:**	Stämpflis Handkommentar
SJZ	**:**	Schweizerische Juristen Zeitung
ss.	**:**	sayfa aralığı
StaudingerKomm	**:**	Staudinger Kommentar
succesio	**:**	successio Zeitschrift für Erbrecht
T.	**:**	Tarih
TBK	**:**	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun
TİTRK	**:**	6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TMK	**:**	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	**:**	ve devamı
VVAG	**:**	Verordnung des Bundesgerichts vom 17.Januar 1923 über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen (SR 281.41)
Y.	**:**	Yargıtay
YİBBGK	**:**	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
ZBJV	**:**	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEV	**:**	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge

ZGB	**:**	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dezember 1907 (SR 210)
ZK	**:**	Zürcher Kommentar

RÉSUMÉ

La thèse traite de la cession des parts successorales. La cession des parts successorales est une institution juridique qui permet aux héritiers ou à ceux qui espèrent le devenir de bénéficier des intérêts de l'héritage de manière prioritaire. Dans le cas où plusieurs personnes deviennent héritières lors de l'ouverture de la succession, un droit de propriété commune est établi entre les héritiers en ce qui concerne les valeurs de l'héritage. Il est donc possible pour l'héritier de bénéficier seul et effectivement de l'héritage avec le partage de l'héritage au plus tôt. Selon les observations, le moment du partage de la succession n'est pas prévisible dans la plupart des cas. Il en résulte que l'héritier ne peut pas bénéficier de l'héritage dans la pratique. Dans de nombreux systèmes juridiques, La cession des parts successorales est proposée à l'héritier en tant qu'option. De cette manière, l'héritier peut bénéficier des avantages de l'héritage sans attendre le partage de la succession.

La mission de la cession des parts successorales est essentiellement de fournir à l'héritier des liquidités à un stade précoce. L'héritier peut satisfaire ses besoins de liquidités en concluant des contrats de la cession des parts successorales dans les limites reconnues par la loi. Sans négliger cette mission, la thèse pose la question de savoir si les contrats de la cession des parts successorales peuvent servir d'autres objectifs. À cet égard, on constate que la transaction de transfert de parts successorales a un potentiel élevé dans le domaine de l'octroi de crédit. L'acceptation de la part d'héritage en tant qu'instrument de crédit peut élargir l'accès de l'héritier ou de l'héritier potentiel au crédit. D'autre part, l'établissement de crédit peut devenir propriétaire des valeurs successorales en contrepartie du prêt.

Les transactions impliquant la cession des parts successorales peuvent également revêtir une importance particulière lors de la phase de partage de l'héritage. Lors de la phase de partage, le transfert de parts héréditaire peut être utilisé pour répartir les valeurs de l'héritage sans perturber l'intégrité de la succession. Là encore, il est possible de s'acquitter de dettes telles que les obligations de péréquation par le biais du transfert de parts d'héritage.

Tant que la succession n'est pas divisée, tous les héritiers sont solidairement responsables des dettes de la succession avec leurs propres biens. L'incertitude du moment du partage rend la durée de la responsabilité floue. C'est pourquoi l'héritier

peut également demander le transfert de la convention de partage de l'héritage afin de limiter le champ de la responsabilité.

Il est nécessaire de définir les limites conceptuelles de la cession des parts successorales, qui peut servir les objectifs susmentionnés. Les significations attribuées par le législateur au concept de part héréditaire sont déterminantes à ce stade. Il est nécessaire de distinguer l'objet de la cession de part successorale, le pouvoir de gérer et de bénéficier de l'héritage, et la part créée dans la phase de partage de l'héritage. En raison de cette distinction, l'objet du transfert, la somme des valeurs à attribuer à la suite du partage et la part d'héritage en tant que valeur des actifs incorporels de la succession se rencontrent.

La limitation conceptuelle et la formulation de la loi impliquent les actes juridiques qui peuvent être établies dans le cadre de la cession des parts successorales. Dans les contrats conclus avant l'ouverture de la succession, le futur héritier a l'obligation de transférer les valeurs qu'il espère se voir attribuer à la suite du partage. Ces contrats sont qualifiés de « contrats sur l'héritage attendu ». Après l'ouverture de la succession, il est possible pour l'héritier de transférer sa part d'héritage. Si l'héritier le souhaite, il peut également s'engager à transférer les valeurs qui lui seront attribuées.

Le contrat sur l'héritage attendu est conclu avant le décès du futur héritier. La négociation de la succession du survivant est soumise à des conditions aussi strictes que possible. Le consentement du futur héritier est demandé. Ce type de contrat ne limite pas la liberté de disposition du futur héritier. Il y a donc un risque élevé pour le créancier du transfert d'obtenir l'exécution. Le cadre du risque supporté par le créancier de la transmission en ce qui concerne l'exécution de la prestation est dessiné dans l'étude. En particulier, les institutions juridiques permettant de surmonter les points de fragilité spécifiques à l'exécution sont discutées. Les possibilités dont dispose l'établissement de crédit pour élargir les instruments de crédit de l'héritier potentiel sont examinées.

Il convient également d'accorder une attention particulière à la question de savoir si les accords sur l'héritage attendu rendent le bénéficiaire du transfert responsable des dettes de la succession. La thèse examine s'il convient de considérer que le créancier du transfert, dont l'exécution de l'obligation est menacée, doit être tenu responsable en vertu des dispositions relatives au transfert d'actifs ou d'entreprises.

Bien que la liberté contractuelle soit en vigueur pour les contrats portant sur l'héritage attendu, il convient de déterminer qui sera responsable des droits de succession. En outre, l'étude analyse si l'accord de présomption entre les parties a des conséquences devant l'administration fiscale. Une autre question abordée est celle de savoir si les parties peuvent choisir la loi comme elles le souhaitent.

Les accords de la cession des parts successorales établis après l'ouverture de la succession servent également à accéder rapidement aux liquidités et à obtenir des crédits. À cet égard, les conséquences du transfert in rem en droit allemand, suisse et turc sont comparées tout au long de l'étude. Il ressort que le système juridique turco-suisse limite le cercle dans lequel le contrat de cession peut être conclu. Cette limitation, qui est réduite aux héritiers, empêche le transfert de se réaliser sur le marché concurrentiel. En raison de cette restriction, il est admis en droit turc que l'intérêt successoral sur l'élément de la succession peut être transféré. Aujourd'hui, les accords de transfert entre héritiers concernant la part de l'élément de la succession sont considérés comme valables. Le résultat du transfert peut être reflété dans le registre foncier. Dans cette thèse, les problèmes créés par cette pratique, qui est caractérisée comme un quasi-partage, en termes de division de l'héritage sont spécifiquement abordés. Il ressort des décisions judiciaires que le transfert de la part de l'élément successoral est fréquemment effectué au profit de personnes qui n'ont pas le titre d'héritier. La signification et les conséquences du transfert sont également analysées dans le cadre de l'étude.

Des questions sont posées concernant l'établissement des droits d'usufruit et de gage sur la part d'héritage. Des tentatives sont faites pour clarifier les questions relatives à la saisie de la part successorale pour satisfaire les créanciers de l'héritier.

La relation entre les accords de transfert cession de parts successorale et les accords dans lesquels le transfert des valeurs à attribuer à la suite du partage est entrepris, ainsi que la relation avec les accords sur l'héritage non ouvert, sont également abordés de manière spécifique.

La question de savoir s'il est possible de choisir la loi applicable dans le contrat de transfert de parts d'héritage avec effet en nature, et quels héritiers doivent être tenus responsables des dettes fiscales à partir de quel moment. Dans ce cadre, l'effet du transfert sur la responsabilité des dettes successorales est également expliqué.

Pour terminer, les analyses concluent que dans le système juridique turco-suisse, l'acte juridique de cession de parts successorales n'ouvre pas la porte à l'héritier ou à l'héritier potentiel pour l'obtention d'un prêt autant que le droit allemand.

ABSTRACT

The thesis deals with the assignment of inheritance shares. The assignment of inheritance share is a legal institution that enables the heirs or those who hope to become heirs to benefit from the inheritance interest in a prioritized manner. In cases where more than one person becomes an heir upon the opening of the inheritance, a unanimous right of ownership of the inheritance values is established between the heirs. Therefore, it is possible for the heir to benefit from the inheritance alone and effectively at the earliest with the division of the inheritance. According to observations, the timing of the division of the estate is in most cases unpredictable. This leads to the fact that the heir cannot benefit from the inheritance in practice. In many legal systems, the assignment of the inheritance share is offered to the heir as an option. In this way, the heir may receive inheritance benefits without waiting for the division of the inheritance.

The mission of the assignment of inheritance shares is basically to provide the heir with liquidity early. The heir may fulfill his liquidity needs by concluding agreements on the assignment of inheritance shares within the limits recognized by the law. Without disregarding this mission, the thesis asks whether transfer of inheritance share agreements can serve other purposes. In this respect, it is seen that the transfer of inheritance share transaction has a high potential in the field of credit provision. The acceptance of the inheritance share as a credit instrument may expand the heir or potential heir's access to credit. On the other hand, the credit institution may become the owner of the probate assets in return for the loan.

Transactions involving the transfer of inheritance shares may also be of special importance during the partition phase of the inheritance. During the partition phase, the assignment of the inheritance share may be utilized to allocate the inheritance values without disrupting the integrity of the estate. Again, it is possible to fulfill debts such as equalization obligations through the transfer of inheritance shares.

As long as the inheritance is not divided, all heirs are jointly and severally liable for the debts of the estate with their own assets. The uncertainty of the time of sharing makes the duration of the liability ambiguous. Therefore, the heir may also apply for a contract of assignment of inheritance share in order to limit the area of liability.

It is necessary to draw the conceptual boundaries of the assignment of the inheritance share, which has the potential to serve the aforementioned purposes. The meanings attributed to the concept of inheritance share by the legislator are decisive at this point. It is necessary to distinguish the subject of the transfer from the inheritance share, the authority to manage and benefit from the estate, and the share created during the inheritance division phase. As a result of this distinction, the subject of the transfer is the sum of the values to be allocated as a result of the division and the share of inheritance as the value of the intangible assets of the inheritance.

The conceptual limitation and the wording of the law imply legal transactions that may be established under the umbrella of the transfer of inheritance share. In contracts concluded before the opening of the inheritance, the prospective heir undertakes the obligation to transfer the values that he/she hopes will be allocated to him/her as a result of the division. Such contracts are characterized as “contracts about the expected inheritance”. After the inheritance is opened, it is possible for the heir to transfer his/her inheritance share. If the heir wishes, he/she may also enter into an obligation to transfer the values to be allocated to him/her.

The contract on the expected inheritance is concluded before the prospective heir passes away. Negotiating the survivor's estate is conditioned as strictly as possible. The consent of the prospective heir is sought. This type of contract does not limit the prospective heir's freedom of disposition. Therefore, there is a high risk for the transferee to obtain the performance. The framework of the risk that the assignee bears regarding the performance of the performance is drawn in the study. In particular, legal institutions to overcome the vulnerabilities specific to performance are discussed. The possibilities available to the credit institution to expand the credit instruments of the prospective heir are discussed.

The question of whether agreements on anticipated inheritance render the transfer creditor liable for the debts of the estate should also be specifically addressed. The thesis discusses whether it is appropriate to consider that the transfer creditor, whose performance is at risk, should be held liable, especially in accordance with the provisions on the transfer of assets or business.

Although the freedom of contract is in force for contracts about the expected inheritance, it should be determined who will be held responsible for the inheritance

tax. The study also examines whether the assumption agreement between the parties has consequences before the Tax Administration. Another issue addressed is whether the parties can choose the law as they wish.

Transfer of inheritance share agreements established after the opening of the inheritance also serve the purpose of early access to liquidity and obtaining credit. In this respect, the consequences of the transfer in rem in German, Swiss and Turkish law are compared throughout the study. It is determined that the Swiss-Turkish legal system limits the circle in which the transfer agreement can be concluded. This limitation, which is reduced to the heirs, prevents the transfer from finding its counterpart in the competitive market. As a result of this restriction, it is accepted in Turkish law that the inheritance interest in the element in the estate can be transferred. Today, transfer agreements between heirs regarding the share in the element in the inheritance are considered valid. The result of the transfer may be reflected in the land registry. In this thesis, the problems created by this practice, which is characterized as quasi sharing, in terms of the division of the inheritance are specifically addressed. It is determined through judicial decisions that the transfer of the share in the inheritance element is frequently undertaken to those who do not have the title of heir. The meaning and consequences of the transfer are also scrutinized within the scope of the study.

Questions are asked regarding the establishment of usufruct and pledge rights over the inheritance share. Issues regarding the attachment of the inheritance share for the satisfaction of the heir's creditors are sought to be clarified.

The relationship between the transfer of inheritance share agreements and the agreements in which the transfer of the values to be allocated as a result of the division is undertaken, and the relationship with the agreements on unopened inheritance is also specifically addressed.

Whether it is possible to choose the applicable law in the contract of transfer of inheritance share with in-kind effect, and which heirs should be held responsible for tax debts as of which moment. Within this framework, the effect of the transfer on the responsibility for probate debts is also explained.

To put the last point at the beginning, the analysis concludes that in the Swiss-Turkish legal system, the legal transaction of transfer of inheritance shares does not open the door to the heir or potential heir to obtain a loan as much as the German law.

ÖZET

Tez, miras payının devrini konu edinir. Miras payının devri, mirasçı ya da mirasçı olma ümidini taşıyanların miras menfaatinden öncelenmiş biçimde istifade etmesini sağlayan hukuki kurumdur. Mirasın açılmasıyla birden fazla kişinin mirasçı sıfatını taşıdığı durumda, mirasçılar arasında tereke değerlerini konu alan elbirliği ile hak sahipliği kurulur. Dolayısıyla mirasçının, miras intikalinden tek başına ve efektif biçimde yararlanması en erken terekenin paylaşılmasıyla mümkündür. Gözlemlere göre, terekenin paylaşım zamanı çoğu durumda öngörülebilir değildir. Bu da mirasçının kendisine intikal eden mirastan pratikte faydalanamaması gerçeğini beraberinde getirir. Pek çok hukuk sisteminde miras payının devri, seçenek olarak mirasçıya sunulur. Mirasçı böylelikle, terekenin paylaşılmasını beklemeden miras menfaati devşirebilir.

Miras payının devrine yüklenen misyon, temel olarak, mirasçının likit ihtiyacına erken kavuşmasıdır. Mirasçı, yasaların tanıdığı sınırlar içinde kalacak şekilde miras payının devrini konu alan sözleşmeler kurarak likit ihtiyacını karşılayabilir. Tez, bu misyonu göz ardı etmeksizin miras payının devri sözleşmelerinin başkaca amaçlara hizmet edip edemeyeceğini sorar. Bu doğrultuda, bugün için miras payının devri işleminin kredi temini sahasında yüksek potansiyel taşıdığı görülür. Miras payının kredi aracı olarak kabul görmesi, mirasçı ya da muhtemel mirasçının krediye ulaşma sahasını genişletebilir. Diğer yandan da kredi kuruluşunun, kredi karşılığında tereke değerlerinin maliki olması gündeme gelebilir.

Miras payının devrini konu alan işlemler, aynı zamanda mirasın paylaşılması fazında da özel önem taşıyabilir. Paylaşma fazında tereke değerlerinin bütünlüğünü bozmadan özgülenmesi için miras payının devrinden yararlanılabilir. Yine, denkleştirme borcu gibi borçların miras payının devri ile ifası mümkündür.

Tereke paylaşılmadığı sürece mirasçıların tamamı, tereke borçlarından kendi malvarlıklarıyla müteselsilen sorumludur. Paylaşma zamanın belirsizliği, sorumluluğun süresini de müphem kılar. Dolayısıyla mirasçı, sorumluluk alanını sınırlamak amacıyla da miras payının devri sözleşmesine başvurabilir.

Sayılan amaçlara hizmet etme potansiyeli barındıran miras payının devrinin kavramsal sınırlarını çizmek gerekir. Yasa koyucunun, miras payı kavramına atfettiği anlamlar bu noktada belirleyicidir. Devrin konusunu; miras oranını, terekeyi yönetme

ve terekeden yararlanma yetkisi ile miras paylaşma fazında oluşturulan paydan ayırmak gerekir. Yapılan ayrım sonucunda, devrin konusu olarak paylaşma sonucu özgülenecek değerlerin toplamı ve terekeden soyut malvarlığı değeri olarak miras payı ile karşılaşılır.

Kavramsal sınırlama ve yasanın lafzı miras payının devri çatısı altında kurulabilecek hukuki işlemleri imler. Miras açılmadan önce kurulan sözleşmelerde, muhtemel mirasbırakan paylaşma sonucunda kendisine özgülenmesini umduğu değerleri devretme borcu altına girer. Bu türden sözleşmeler, "açılmamış miras hakkında sözleşme" olarak nitelenir. Miras açıldıktan sonra ise, mirasçının miras payını devretmesi mümkündür. Mirasçı dilerse, kendisine özgülenecek değerleri devretme borcu altına da girebilir.

Açılmamış miras hakkında sözleşme, henüz muhtemel mirasbırakan vefat etmeden önce kurulur. Sağ kimsenin terekesini müzakere etmek, olabildiğince sıkı koşullara bağlanır. Muhtemel mirasbırakanın muvafakati aranır. Bu türden sözleşme muhtemel mirasbırakanın, tasarruf serbestisini sınırlamaz. Dolayısıyla, devir alacaklısının edime kavuşması yüksek risk barındırır. Devir alacaklısının edimin ifasına ilişkin taşıdığı riskin çerçevesi çalışmada çizilir. Özellikle ifaya özgü kırılgan noktaların aşılmasına yönelik hukuki kurumlar masaya yatırılır. Muhtemel mirasçının, kredi araçlarını genişletebilmek için kredi kuruluşunun yararlanabileceği imkanlar ele alınır.

Açılmamış miras hakkında sözleşmelerin, devir alacaklısını tereke borçlarından sorumlu kılıp kılmayacağı da özel olarak ele alınmalıdır. Edime kavuşması risk taşıyan devir alacaklısının, özellikle malvarlığının veya işletmenin devri hükümleri uyarınca sorumlu tutulması düşüncesinin yerinde olup olmadığı tezde tartışmaya açılır.

Açılmamış miras hakkında sözleşmeler için sözleşme özgürlüğü yürürlükte olsa da veraset vergisinden kimin sorumlu tutulacağı tespit edilmelidir. Ayrıca taraflar arasındaki üstlenme sözleşmesinin Vergi İdaresi nezdinde sonuç doğurup doğurmadığı çalışmada incelenir. Yine tarafların diledikleri şekilde hukuk seçimi yapıp yapamayacağı ele alınan diğer bir meseledir.

Miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmeleri de likite erken ulaşma ve kredi temin etme amacına hizmet eder. Bu doğrultuda ayni etkili devrin Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki sonuçları çalışma boyunca mukayese edilir.

İsviçre-Türk hukuk sisteminin, devir sözleşmesinin kurulabildiği çevreyi sınırladığı tespit edilir. Mirasçı sıfatını taşıyanlara indirgenen bu sınırlama, devrin rekabetçi piyasada karşılığını bulmasını engelleyicidir. Bu engellemenin de tetiklemesiyle Türk hukukunda terekede yer alan unsur üzerindeki miras payının devredilebileceği kabul görür. Bugün için terekede yer alan unsurdaki payı konu alan, mirasçılar arasındaki devir sözleşmeleri geçerli kabul edilir. Devrin sonucu, özellikle tapu siciline yansıtılabilir. Tezde *quasi paylaşım* olarak nitelenen bu uygulamanın terekenin paylaşımı bakımından yarattığı sorunlar özel olarak ele alınır. Tereke unsurundaki payın devrinin, mirasçı sıfatını taşımayanlara sıklıkla taahhüt edildiği, yargı kararları aracılığıyla saptanır. Devrin taşıdığı anlam ve sonuçları da çalışma kapsamında mercek altına alınır.

Miras payı üzerinde intifa ve rehin hakkı tesisine ilişkin sorular yöneltilir. Miras payının mirasçının alacaklılarının tatmin edilebilmesi için haczedilmesine ilişkin meseleler açıklığa kavuşturulmaya çalışılır.

Miras payının devri sözleşmesi ile paylaşım sonucu özgülenecek değerlerin devrinin taahhüt edildiği sözleşmelerin, açılmamış miras hakkında sözleşmelerle olan ilişkisi de özel olarak ele alınır.

Ayni etkili miras payının devri sözleşmesinde uygulanacak hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı, vergi borçlarından hangi an itibarıyla hangi mirasçıların sorumlu tutulması gerektiği ortaya konur. Bu çerçevede, devrin tereke borçlarından sorumluluğa etkisi de aktarılır.

Sonda söylenmesi gerekeni başta ifade etmek gerekirse; yapılan incelemeler, İsviçre-Türk hukuk sisteminde miras payının devri hukuki işleminin, mirasçıya ya da muhtemel mirasçıya kredi temin etme konusunda Alman hukuku kadar kapı aralamadığı sonucunu verir.

GİRİŞ

Ölüm, dünya üzerindeki canlıları eşitleyen yegâne olaydır. Yeryüzünün tamamına yaygın bu azametli olgu, hukuk sahasında ilgi çekici sonuçlar doğurur. Hukuki olay olarak ölüm, tüm kişiler için gerçeklik arz etmez. Gerçek kişiler için yüzleşmenin zorunluluk arz ettiği olaya, tüzel kişiler bağışıktır. Nesnelerin ölümle yitip gitmesi prensipte akla yatkın değilse de eşya olarak kabul gören hayvanlar öldüğünde, malikin malvarlığında kalmaya devam eder. Malik ölmüş eşyayı dilediği amaca özgüleyebilir, tüketebilir, terk edebilir ya da yok edebilir.

Gerçek kişilerin ölüme karşı direnç geliştirememiş olması, emek ve birikimlerinin boşa çıkma riskini de beraberinde getirmiştir. Ölümle beraber tüm emeğin hiçliğe karışacağı bilincinin, kişileri üretim faaliyetlerinden alıkoyması işten bile değildir. Benzer bir durum olarak ölen kişinin borçlarından kimsenin sorumlu tutulamayacağı düşüncesi, kişinin ifa edemeyeceği sözleşmelere taraf olmasına neden olabilecek ve işlem güvenliğini sarsacak sonuçlara yol açabilecektir. Hukuk, bu sorunun çözümünü ölenin malvarlığını, terekeye dönüştürerek geride kalanlara aktarması olanağında bulmuştur. Ölüm hukuki olayının kişiler üzerindeki etkisinin yanı sıra, kişilerin malvarlığı üzerinde de etkisi bulunduğunu böylelikle kabul etmek gerekir. Ölüm, malvarlığının terekeye başkalaşmasını da zorunlu kılar.

Terekenin, mirasçılara hangi anda intikal edeceğine ise farklı hukuk sistemleri farklı cevaplar vermektedir. Terekenin hiçbir işleme gerek kalmaksızın ölüm olayıyla beraber kendiliğinden (*ipso iure, ipso mortem*) mirasçılara intikal edeceğini öngören sistemin yanı sıra, terekenin mirasbırakanın ya da kanunun öngördüğü kişi veya kurumlarca idare edilmesi, paylaştırılması ve paylaşım sonucunda mirasçılara intikal etmesini öngören sistem de mevcuttur. İsviçre-Türk hukuk sistemi, tercihini ilkinden yana kullanmıştır. Bu tercihin bir sonucu olarak mirasbırakan, ardında birden fazla mirasçı bıraktığı ihtimalde, tereke üzerinde hak sahibi olan birden fazla kişi bulunur. Dolayısıyla bu kişilerin tümel olarak tereke üzerindeki hak sahipliğinin konumlandırılması, terekede yer alan değerlerle ilişkileri, mirasbırakanın borçlarından sorumluluk, terekenin tasfiyesi ve birbirleriyle olan ilişkilerinin düzenlenmesi gereklilik arz eder.

İsviçre-Türk hukuk sistemi, mirasçılardan oluşan bu topluluğu "miras ortaklığı" olarak adlandırmış ve bu toplulukta yer alanların tereke üzerinde elbirliği ile hak sahibi

olduğunu düzenlemiştir. Tüzel kişiliği bulunmayan bu toplulukta yer alanların, mirasbırakanın borçlarından müteselsilen sorumlu tutulmaları öngörülmüştür. Öngörülen düzenlemeler ışığında, terekenin aktifleri üzerinde en hantal hukuki ilişki ile birbirlerine bağlı kılınmış tesadüfi kişilerin; mirasbırakanın borçları ve bunun yanı sıra tereke borçlarından kendi malvarlığıyla sorumlu tutulduğu gözlemlenir.

Yasa koyucunun birden fazla mirasçının söz konusu olduğu durum için öngördüğü topluluk yapısı, terekenin tasfiyesini hedef tutan ve tasfiye gerçekleşinceye kadar elbirliği ile hak sahipliği ilişkisi içinde bulunan örüntüye karşılık gelir. Mirasbırakan ve yasanın belirlediği rastlantısal kişilere, bir arada hareket etme zorunluluğunun yüklendiği topluluğun terekeyi idare etmesi ya da tasfiye etmesi yasa koyucunun temenni ettiği kadar kolay değildir. Yasa koyucunun öngördüğü türden miras paylaşım sözleşmesinin kurulamaması ve terekenin paylaşılması davasından imtina edilmesi, mirasçıların tereke değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilme imkanının önüne set çeker. Elbirliği ile hak sahipliği kurgusu da topluluk kararı alınmaksızın, tereke değerlerinin kullanımını ve bu değerlerden yararlanılmasını engeller. Bu sorunlara çözüm üretmeyi tercih eden yasa koyucu mirasçılar topluluğunda yer alanların miras payını devrederek, topluluktan ayrılmasını sağlamıştır. Bu olanak sayesinde payını devrederek ortaklığın dışında yer almayı tercih eden mirasçı, devir işleminin hukuki sebebine göre payını rastlantısal topluluktaki bir diğer mirasçıya bağışlayabileceği gibi payını satarak terekeden, paylaşım safhasını beklemeden öncelenmiş bir biçimde menfaat elde etme imkanına kavuşmuştur.

Mirasçılar topluluğunun girift yapısının doğurduğu sorunları aşmak için türetilen miras payının devrinin yanı sıra, muhtemel mirasçıya henüz mirasbırakanın sağlığında miras payını sözleşmeye konu etme imkânı yasada düzenleme altına alınmıştır. Yasa koyucu oluşturduğu bu kurguda, yaşamın olağan akışında sıkça rastlanılan "ileri yaşta olanın erken vefat edeceği" fiili karinesini temel edinmiştir. Kavuşacağı miras payı ile müreffeh yaşama kavuşması pek olası bulunan muhtemel mirasçı, mirasbırakanın sağlığında muhtemel miras payını ivazlı olarak devrederek, refaha kavuşmayı önceleyebilmektedir.

Bu çalışmada detaylarıyla inceleyeceğimiz **miras payının devrini konu alan işlemler,** esasında yasa koyucunun gerek mirasçıya gerek muhtemel mirasçıya, sırasıyla elde ettiği ya elde etmesi muhtemel kazanımları **önceleme aracıdır.** Ölüm,

tüm kişiler için soğuk bir gerçeklik arz etmese de zaman tüm kişiler için kıymetlidir. Ne de olsa vakit nakittir!

Menfaatlere ulaşımı önceleme aracı olarak miras payının devrini konu alan işlemler; elbirliği ile hak sahipliği ilkesinin istisnasını teşkil edip etmediği, miras ortaklığı yapısındaki değişimler, mirasın paylaşımı ile ilişkisi, muhtemel mirasçının mirasçılık statüsünü kazanamama ihtimali, mirasbırakanın sağlığındaki devir işlemlerindeki rolü, terekede yer alan münferit değer üzerindeki pay üzerinde tasarrufun mümkün olup olmadığı gibi tartışmalarla gündemde kalmıştır.

Anılan nedenler, miras payının devrini konu alan işlemlerin bir kez daha mercek altına alınmasını haklı çıkarabilecek niteliktedir. Bu ihtimale yaslanarak; ilk olarak miras payı kavramının göreceliliği, daha sonra kanunun öngördüğü miras payının devrini konu alan sözleşmelerin mirasın açılması ekseninde kronolojik dökümü ve bu sözleşmelerden doğan haklar ve yükümlülükler ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM: MİRAS PAYI KAVRAMI ve MİRAS PAYI DEVRİNİN İŞLEVLERİ

§1. MİRAS PAYI KAVRAMI ve KAVRAMA KARŞILIK GELENLER

I. MİRAS PAYI KAVRAMININ GÖRECELİLİĞİ

Sözleşmelere konu edilebilen miras payı kavramının karşılığını tespit etmek, bu çalışma için atılması gereken başlangıç adımıdır[1].Böylelikle devrin konusu, tarafların hak ve yükümlülükleri incelenebilir. Ne var ki, murat edilen sonuca ulaşmak sanıldığı kadar da kolay değildir. Yasa koyucu, Medeni Kanun'da Miras Hukuku kitabında *miras payı* kavramına çeşitli anlamlar atfeder. Yasanın kullandığı miras payı ibareleri incelenmeli, hangileri için devir sözleşmesinin gündeme geleceği ayıklanmalıdır.

Miras payı denildiğinde akla ilk gelen, mirasçı veya muhtemel mirasçıya intikal eden ya da etmesi muhtemel olan niceliği ifade eden orandır[2]. Miras payı kavramının ikinci karşılığı, mirasın açılmasından, mirasın paylaşımına kadar geçen sürede mirasçıların[3] terekeyi yönetme yetkisi ve terekeden yararlanma hakkıdır. Söz mirasın açılması ile paylaşımı arasındaki zaman kesitine gelmişken, üçüncü karşılığın içlerinden belki de en yadırgatıcı bulunanı olduğunu ifade etmek gerekir. Bu karşılık, mirasın açılmasından mirasın paylaşımına kadar geçen sürede mirasçıların terekedeki paylarını ifade etmektedir. Elbirliği ile hak sahipliğinde gerçek anlamda bir "pay" ın söz konusu olamayacağına ilişkin hâkim görüş, sunulan yalın miras payı tanımını hayli yadırgatıcı bulmaktadır[4]. Miras payı kavramına dördüncü olarak mirasın paylaşımı safhasında *"oluşturulması gereken pay"* şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Son olarak,

---

[1] Miras payının devrini inceleyen çalışmalardan bazıları bu çalışmada tercih edildiği gibi ilk olarak miras payı kavramını açıklamayı tercih etmiştir. Bu yöndeki bazı örnekler için bkz.: **ÖZAKMAN,** s. 2 vd.; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 2; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 13 vd.; **SARIKAYA,** s. 807 vd. Diğer yazarlar ise, mirasçılar topluluğunun oluşumunu ve bu topluluğun elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi tutulduğunu açıklamalarına başlangıç konusu ederek mirasçılar topluluğunda yer alan mirasçıların, miras paylarının ifade ettiği anlamı okuyucuya sunmayı tercih etmiştir. Bu yönde bazı örnekler için bkz.: **KOHLER,** s. 3 vd.; **GUILLAUME,** s. 301-302; **WOLF/von BARY,** s. 151-152. Miras hukukunu ya da miras paylaşım aşamasını daha genel olarak ele alan eserlerde miras payı kavramına çeşitli gereklerle değinildiği daha sonraki bölümlerde miras payının devrini konu alan sözleşmeler üzerinde durulduğu tespit edilebilmektedir. Bu yöndeki bazı örnekler için bkz.: **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** §3, s. 30 vd.; §43, s. 542 vd; **ANTALYA,** N. 1074; N. 2147 ; **SEROZAN/ENGİN,** §1, N. 6; §7, N. 17; **WOLF,** Grundfragen, §4 ; §10 ; **WEIBEL/MATA,** N. 5 vd.

[2] Miras oranı şeklindeki kullanım için bkz. **WEIBEL/MATA,** N. 13.

[3] Tek bir mirasçı bulunması ihtimalinde tereke başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tek mirasçıya intikal edeceğinden, mirasın paylaşılması söz konusu olmaz. Bu nedenle mirasçılar kavramı tercih edilmiştir.

[4] Bkz. İleride **§I, C.**

mirasın paylaşım safhasının da tamamlanmasıyla mirasçıya paylaşım sonucu özgülenen değerlerin tamamı da miras payı kavramı ile ifade edilmektedir. Takip eden başlıkta miras payı kavramına yasa koyucu tarafından atfedilen anlamlar detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

A. Miras Payı Kavramının Birinci Karşılığı: Miras Oranı

İradi mirasçılık sisteminin ağır bastığı karma mirasçılık sisteminin hakim olduğu[5] miras hukukumuzda, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunmadığı takdirde kim veya kimlerin mirasçı statüsünü taşıyacağı yasada gösterilir. Yasal mirasçı şeklinde isimlendirilen bu sınıf, bilindiği üzere zümre sistemine göre tespit edilir. Yasa koyucu, mirasın açılması anının tespiti uyarınca kimlerin hangi sırayla yasal mirasçı olacağını TMK m. 495 ve devamı hükümlerinde düzenleme altına alır. Yasa koyucu bu hükümlerde, miras payı kavramına doğrudan yer vermiş değildir. Ne var ki TMK m. 497 f. III *"...mirasbırakandan önce ölmüşse, ona düşen **pay** aynı taraftaki mirasçılara kalır."* ifadesini kullanılarak, miras payı kavramı işaret edilmiştir. Varılan sonucun sağlamasını, TMK m. 506 hükmünün, yürürlükte bulunan bulunmayan tüm bentleri aracılığıyla gerçekleştirmek mümkündür. Bu hüküm, TMK m. 495 ve devamında sayılan yasal mirasçılardan hangilerinin saklı paylı mirasçı statüsünü taşıdığını ve saklı pay oranlarını ortaya koymaktadır. Alt soyun, ana ve babanın, sağ kalan eşin saklı pay oranlarının tespiti için yasa koyucu her bir bentte yasal *miras payını* referans almıştır[6]. Her ne kadar yasa koyucu yasal ve saklı paylı mirasçılık düzenlemelerinde miras payı ifadesini kullanmış olsa da burada kast edilen miras oranından başka bir şey değildir *(Erbquoten)*[7]. Gerçekten de hükümlerde yer alan pay kavramı; terekenin 1 (bir) tam sayısına eşitlendiği fiktif düzlemde mirasçıların 1 (bir) tam sayısına nispetle miras oranlarını, saklı pay oranlarını ve mirasbırakanın serbest tasarruf oranını karşılamaktadır[8]. Fiktif düzlemde nicel belirteç

---

[5] İradi mirasçılık ve yasal mirasçılığın birbirine üstün tutulmasına ilişkin tartışmalar için ve ulaşılan iradi mirasçılık lehine ağır basan karma mirasçılık sistemi sonucu için bkz. **HATİPOĞLU,** s. 343 vd.

[6] Kardeşlerin saklı paylı mirasçılar olarak öngörüldüğü dönemde TMK m. 506 b. 3'te kardeşin saklı payı, yasal *miras payının* sekizde biri olarak düzenleme altına alınmıştı. Sonuç olarak yasa koyucu, saklı pay oranlarını düzenlerken miras payı kavramını kullanmaktan imtina etmemiş; aksine her bentte miras payı kavramına yer vererek cömert bir tavır takınmıştır.

[7] **WEIBEL/MATA,** N 13.

[8] **SCHIMDT,** s. 316: Yazar, mirasçılar topluluğundan çıkmanın mümkün olup olmadığını tartıştığı makalesinde Alman Yüksek Mahkemesi'nin çıkmaya yeşil ışık yaktığı içtihatları üzerinden, terekenin fiktif olarak 1 tam sayısına ya da %100 oranına eşitlenerek çözüme ulaşıldığını vurgular. Adi ortaklıkta olduğu gibi mirasçılar topluluğundan çıkmanın mümkün olup olmadığı ileride özel olarak ele alınmaktadır. Bkz. **§12, I, B, 1, c.**

olmanın ötesinde anlam taşımayan miras payı kavramı, çalışmamız kapsamında devri hedef tutulan sözleşme konusu olarak gündeme gelemez. Oranlar üzerinde tasarrufta bulunmak, prensip olarak mirasbırakandadır ve ölüme bağlı tasarruf başlığı altında ele alınmayı hak eder.

Miras payı kavramının, miras oranının karşılığı olarak kullanımına yasal mirasçılık ve saklı paylı mirasçılık düzenlemeleri dışında da rastlanmaktadır. Tenkise tabi sağlar arası kazandırmaların sayıldığı TMK m. 565 b.1 hükmü *"…mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar…"* ifadesini barındırmaktadır. Bu hükümde miras payı ile kast edilen, mirasçılık sıfatını kaybetmiş sağlar arası hukuki işlemdeki kazandırma lehtarının, mirasçılık sıfatını kaybetmemiş olsaydı yasanın kendisi için takdir ettiği miras oranından başka bir şey değildir. Yine denkleştirme kurumunun düzenlendiği TMK m. 669 vd. hükümlerinde miras oranı yerine, miras payı ifadesine yer verildiği görülmektedir. Mirasçılık sıfatının kaybı ihtimalinde denkleştirme yükümlüsünün kim veya kimler olacağının tespit edildiği TMK m. 670'te *"…mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçıya ait geri verme yükümlülüğü, onun yerini alan mirasçılara, miras paylarında meydana gelen artış oranında geçer."* denilerek, mirasçılık statüsünü yitiren kimsenin ve onun yerine geçenlerin miras oranı göz önünde tutulmuştur. Denkleştirme yönteminin düzenlendiği TMK m. 671 ve m. 672 hükümleri de sırasıyla *"Geri vermekle yükümlü olan mirasçı,…dilerse payından fazla olsa bile değerini miras payına mahsup ettirir."* ve *"Yapılan kazandırma miras payını aştığı takdirde mirasçı, mirasbırakanın bunu kendisine bırakmak istediğini ispat ederse, bu fazlalık denkleştirmeye tâbi olmaz…"* söyleyişini barındırmaktadır. Bilindiği üzere denkleştirme; denkleştirme alacaklılarının istemi üzerine, terekenin paylaşımından önce yasal mirasçılar arasında eşitliği hedef tutan bir kurumdur. Denkleştirmeye başvurulmasıyla, mirasbırakanın yasal mirasçı lehine gerçekleştirdiği denkleştirmeye tabi sağlar arası kazandırmanın konusu, düşünsel olarak terekeye eklenerek hesaba katılır ve yasal mirasçıların, miras oranlarına karşılık gelen nominal değer ortaya çıkarılır. Kurumun amacı ve işleyiş mekanizması göz önünde bulundurulduğunda, denkleştirme sahasında yasa koyucu tarafından kullanılan miras payı kavramının, miras oranına tekabül ettiği su yüzüne çıkar.

Yasa koyucu mirasçıların sözleşmeyle, münferit tereke değerini ya da terekenin tamamını elbirliği ile hak sahipliği rejiminden çıkarıp paylı mülkiyet rejimine tâbi kılmasını TMK m. 676 f. II ile mümkün kılmıştır. Terekenin ya da tereke değerinin,

ekonomik bütünlüğünün korunması hem mirasçıların hem de dolaylı olarak da toplumun menfaatine sonuç doğurabilmektedir[9]. Yasa koyucu da bu menfaati gözetmiştir. Anılan düzenleme de mirasçıların elbirliği ile hak sahipliğini "*miras payları oranında paylı mülkiyete"* dönüştürülebileceği hüküm altına alınmıştır. Madde metninden de anlaşıldığı üzere TMK m. 676 f. II hükmünde anılan miras payı, mirasçının terekedeki miras oranına karşılık gelmektedir. Mirasçının miras oranı, elbirliği ile hak sahipliği rejiminden çıkarılan tereke değeri üzerinde sözleşmeyle tesis edilen paylı mülkiyet rejimindeki pay oranına karşılık gelecektir. Sözün özü, TMK m. 676 f. II hükmünde de üzerinde tasarruf edilebilen bir miras payından bahsedilemez[10]. Miras payı kavramının, miras oranı anlamında kullanıldığı son hüküm mirasçılar topluluğunda rücu ilişkisinin düzenlendiği TMK m. 682 f. III hükmüdür.

Bu yedek hüküm, mirasbırakanın ya da tereke borçlarını ifa eden müteselsil borçlu mirasçıların, aksi kararlaştırılmadığı durumda bu borçları *"miras payı oranında"* ifa etmekle yükümlü olduğunu açıklığa kavuşturmaktadır. Böylelikle miras payını aşan biçimde ifada bulunan mirasçıya, diğer müteselsil borçlulara rücu etme olanağı tanınmıştır. Söz konusu düzenlemede miras payı, hangi mirasçılara hangi oranda ve miktarda rücu edileceğinin tespitindeki nicel değeri karşılamaktadır.

---

[9] Tarımsal taşınmaz, ticari işletme, mevduat sözleşmesinden doğan alacak hakkı gibi tereke değerlerinin ekonomik bütünlüğünün bozulmaması mirasçıların lehine sonuç doğuracağı gibi dolaylı olarak toplumun menfaatine de sonuçlar meydana getirir. Ekonomik bütünlüğün bozulmaması, bu değerlerin işletilmesi ile mirasçıların malvarlıklarının aktiflerinin genişlemesine katkı sunar. Dolaylı olarak da topluma katkı sağladığı yadsınamaz. Tarımsal taşınmazın bütünlük arz etmesi, gıdaya erişim hakkı ile bağlantılıdır. Yine bütünlüğü zarar görmemiş ticari girişimler, makro düzlemde ekonomik düzene duyulan güveni artırdığı gibi bu işletmelerde istihdam edilenlerin gelirlerini elde edememeleri riskini büyük ölçüde dışlar. Mevduat sözleşmesinden doğan alacak hakkının bütünlüğünün korunması, bankanın kredi arzını ve toplumun krediye erişimini kolaylaştırır. İsviçre'de yapılan araştırmalara göre, her yıl yaklaşık 14.000 ilâ 16.000 işletme tereke değeri olarak paylaşmanın konusu olmaktadır. Bu durumun da yılda 80.000'den fazla çalışanı etkileme olasılığı bulunduğu tespit edilmiştir. Terekenin paylaşımı nedeniyle her yıl 3.400 ticari girişimin finansman sorunu yaşayabileceği de öngörülmektedir. Anılan nedenler ışığında İsviçre yasa koyucusu, ticari işletmelerin miras yoluyla intikaline ilişkin köklü bir revizyona hazırlanmaktadır. Bu revizyonla ticari işletmelerin ekonomik bütünlüğünün bozulmadan ve zarara uğramadan intikalinin gerçekleşmesi hedef tutulmaktadır. Bu açıklamalar için bkz. **KELLENBERGER,** N. 14. Ekonomik bütünlüğün korunmasının, paylaşma süreci içinde bir yönüyle de ontolojik bir sorun niteliği taşıdığı hakkında bkz. **KALSS,** s. 6-7. Yürürlükteki yasa uyarınca bütünlüğü korumak için mirasbırakanın tasarrufta bulunma zorunluluğu için bkz. **ELMIGER,** s. 148. Tarımsal taşınmazların özgülenmesinde bütünlüğün korunmasının hukukumuzda taşıdığı önem için ayrıca bkz. **SAĞLAM,** Tarımsal Taşınmaz, s. 222; **KÖSE,** s. 6 vd. İleride, mirasın açılmasından sonra gerçekleştirilen miras payı devirlerinin tereke değerlerinin ekonomik bütünlüğünü koruma işlevi ve işletmelerin yönetimini kolaylaştırıcı yönü ortaya ayrıca konacaktır. Bkz. **§2, V.**

[10] TMK m. 676 f. II hükmü ileride "tasfiye payının devrini" konu alan miras payının devri için özel bir önem taşıyacaktır. Tereke değerinin mirasçıların sözleşmesiyle, elbirliği ile hak sahipliğinden paylı mülkiyet rejimine tabi kılınması objektif kısmi paylaşma anlamına gelecek ve tasfiye payının devri borcu kısmen de olsa muaccel hale gelecektir. Hükmün, tasfiye payının devrinin kararlaştırıldığı sözleşmenin ifa zamanı için taşıdığı önem için bkz. **§4, III, C.**

Özetle, yasa koyucunun miras oranı (*Erbquoten*) kavramının karşılığı olarak kullandığı miras payı terimi, sözleşmelere konu edilebilen terimle (*Erbanteil*) örtüşmemekte ve bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır[11].

B. Miras Payı Kavramının İkinci Karşılığı: Terekeyi Yönetme ve Terekeden Yararlanma Yetkisi

Miras oranı yerine kullanılan miras payı ibaresine ilişkin açıklamalar, tereke kavramının fiktif kavranışını açıklama fırsatı verir. Yasa koyucu, Medeni Kanun'un çeşitli kısımlarında kullandığı miras payı kavramı ile terekenin yönetimini ifade eder. Yasa koyucunun bu tercihi; terekenin oluşumu, tabi olduğu rejim, terekenin yönetimi ve terekeden yararlanma hususlarını ortaya koymaya vesile olur.

Yasa koyucunun, miras payı kavramını, gaibin mirasçılığının düzenlendiği TMK m. 586-588 hükümlerinde kullanmayı tercih ettiği gözlemlenmektedir. Bilindiği üzere ölümün yanı sıra, gaiplik de kişiliği sona erdirir. Gaiplik durumunda ölüm olayı, mahkeme kararı ile ortaya çıktığından, başka bir deyişle mutlak kesinlik arz etmediğinden, büyük ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da uzun zamandan beri haber alınamayan gaibin hukuk sahnesine yeniden çıkma ihtimali de yasa koyucu tarafından gözetilir. TMK m. 586 hükmünde "*mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının* ***miras payı*** *resmen yönetilir."* denilerek, kendisine miras intikal eden gaip lehine düzenlemede bulunulmuştur. Böylelikle gaibin sağ olduğu anlaşılırsa, kendisine intikal eden mirasa kavuşması sağlanabilmektedir. Bu düzenlemeyle aynı doğrultuda TMK m. 588 hükmü de sağ olup olmadığı bilinmeyen kişinin *miras payının* resmen yönetilmesi hususunu düzenler. Bu iki hükümde yer alan miras payı kavramı, miras oranının ötesinde bir anlama karşılık gelir.

Yine yasa koyucu küçük mirasçıların saklı payının idaresini düzenlediği TMK m. 358 hükmünde, küçüğün miras payının yönetiminin veli sıfatını taşıyanlarda olduğunu ifade eder. Mirasbırakan dilerse, küçüğün saklı payının yönetimini veli statüsünü taşımayan birine bırakabilir. Böylelikle saklı payın yönetimi üçüncü kişiye bırakılır. Mirasın henüz paylaşılmadığı evrede yöneticinin görevinin küçüğün miras payını idare etmek olduğu kabul edilir[12]. Bu düzenleme; küçüğü ekonomik bağımsızlığa hazırlama, çocuğun malvarlığını artırma ve veli statüsünü taşıyanların

[11] **WOLF,** Grundfragen, s. 136; **WOLF/von BARY,** s. 153; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 2.
[12] **KAMP/BREITSCHMID,** s. 95; **ERDEM/MAKARACI BAŞAK,** s. 485.

yönetim için uygun olmaması[13] nedeniyle küçüğün korunması amacına hizmet eder[14]. Tespit edileceği üzere yasa koyucu, bu kısımda da miras payı kavramına, terekeyi yönetme yetkisi anlamını atfeder[15].

Miras payı kavramı bu hükümler özelinde, idare edilmesi ya da yönetilmesi öngörülen bir değer olarak işaret edilmektedir. Esasında bu durum, elbirliği ile hak sahipliği rejiminin yansıması niteliğindedir[16]. Mirasın açılmasıyla[17], birden fazla kimsenin mirasçı sıfatını taşıdığı durumda tereke mallarının korunması ve idare edilmesi gereği gündeme gelmiştir. Mirasbırakanın geride bıraktığı intikale elverişli değerlerin kayba uğramaksızın ardıllara geçirilmesi, miras hukukunun temel işlevidir[18]. Mirasa ehil tek kişinin geride kaldığı durumda, intikal ve terekenin idaresi sorunu gündeme gelmez. Mirasbırakanın terekesi, tek mirasçının malvarlığı bilançosuna doğrudan etki eder. Sözgelimi mirasbırakanla mirasçı arasında karşılıklı

---

[13] Uygulamada sıklıkla boşanan eşlerden veli statüsünü taşımayanın, bu türden ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu tespit edilir. Veli statüsündeki eski eşin, çocuğun saklı payını idare etmekten uzaklaştırıldığı bu ölüme bağlı tasarruflar *"boşanma vasiyeti"* olarak adlandırılır. Niteleme için bkz. **KAMP/BREITSCHMID,** s. 94.

[14] OFK-**HÄFELI,** ZGB Art. 322, N. 5.; CHK-**BIDERBOST,** ZGB Art. 321-323, N. 5; **ERDEM/MAKARACI BAŞAK,** s. 485.
Mirasbırakan, küçüğün menfaatini tahkim etmek için yöneticinin belirli periyotta sulh hakimine hesap vermesini öngörebilir (TMK m. 358/II, ZGB Art. 322 Abs. 2). Bu ihtimalde yöneticinin vekil gibi hesap verme borcu doğar (kavram ve tartışmalar için bkz. **ARMUTCUOĞLU,** s. 36 vd.). Öğretide, özenli idare borcunun ve hesap verme borcunun bankalar tarafından sıklıkla ifa edildiğinden hareketle, ölüme bağlı tasarrufta bankaların yönetici olarak atanmasının küçüğü daha etkin koruyacağı fikri savunulur (**KAMP/BREITSCHMID,** s. 95.).

[15] Saklı pay idaresi kendisine bırakılan kişinin görevinin, küçüğün saklı payı olduğunun altı çizilir. Yönetici, vasiyeti yerine getirme görevlisi gibi terekenin tamamını idare etmekle yükümlü değildir (**KAMP/BREITSCHMID,** s. 95.). Saklı payın gelirlerinden yararlanma ve malların sarfı ise genel düzenlemelere tabidir (CHK-**BIDERBOST,** ZGB Art. 321-323, N. 6; **ERDEM/MAKARACI BAŞAK,** s. 486.).

[16] Gaibin miras payının idaresi için öngörülen idare ve yönetim gerekliliği esasında hem elbirliği ile hak sahipliği hem de kayyımlık düzenlemelerinin bir **yansımasıdır.** Gaiple beraber birden fazla kişinin mirasçı sıfatını taşıması, yani gaibin mirasçılar topluluğunun parçası olması ihtimalinde mirasçılar topluluğunun yapısı gereği aşağıda açıklanan yönetim işlerinin yapılması için gaibin miras payının temsil edilmesi zorunluluktur. Zira, elbirliği ile hak sahipliğinde esas olan yönetim işlerinin oy birliği ile karar bağlanarak yürütülmesidir. Gaibin payının yönetilmemesi, tereke değerlerinin korunmasını güçleştirir. Gaibin tek başına mirasçı sıfatını taşıması ihtimalinde, onun hukuk sahnesine çıkma ihtimali nazara alınarak miras yoluyla intikal eden özel malvarlığının yönetilebileceğine dikkat çekmekle yetinelim. Metnin devamında, mirasçılar topluluğuna hâkim olan ilkelerden hareket edilmesi, konu bütünlüğü için tercih edilmektedir. Gaibin mirasçılığı için bkz. **ANTALYA,** N. 1588 vd.; **SEROZAN/ENGİN,** §5 N. 18 vd.

[17] Birden fazla kişinin mirasçı sıfatını taşıdığı bazen de vasiyetnamenin açılmasıyla öğrenilebilir. Vasiyetnamenin açılması mirasın açılmasından sonraki bir zamana denk düşse de içerdiği maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar mirasın açılması anına etkili bir sonuç doğurur. Böylelikle zaman boşluğu kabul etmez biçimde mirasın açıldığı ana ardıl biçimde birden fazla mirasçının söz konusu olduğu kabul edilir. İkâme, olarak adlandırılan bu durumla ilgili olarak detaylı açıklamalar için bkz. **ÖNAY,** s. 271. Vasiyetnamenin açılmasının, miras sebebiyle istihkak davasının davacı ve davalıların tespitinde de geçmişe etki edeceği ve bu sıfatların tespitinde mirasın açılması anının orijin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **AKBIYIK,** Miras Sebebiyle İstihkak, s. 155 vd. ; **CÖMERT AKBAY,** s. 221.

[18] **HÖSLY/GEIGER,** s. 322.

borç ilişkisi bulunmaktaysa, alacaklı ve borçlu sıfatı tek mirasçı nezdinde birleşir ve borç sona erer. Mirasa birden fazla kişinin ehil olması durumunda tereke, mirasçıların malvarlığına *ipso iure* intikal etse de paylaşıma değin özel malvarlığı niteliğini korumaya devam eder. Dolayısıyla, birden fazla mirasçının söz konusu olduğu durumda, terekenin paylaşımı ve tereke değerlerinin mirasçılara özgülenmesi aşamasına kadar özel malvarlığı terekenin korunması ve yönetilmesi gerekliliği ortaya çıkar. Ne de olsa kuşaklar arası servet aktarımı ancak böyle perçinlenebilir. Bu gereği öngören yasa koyucu birden fazla kişinin mirasa ehil olduğu hallerde "miras ortaklığı" kurulacağını kabul etmektedir[19].

Yasa koyucunun öngördüğü ortaklık sistemi ve bunun miras payı ile ilintisine geçmeden önce, terminoloji tercihi ortaya konmalıdır. Her şeyden önce "miras ortaklığı" teriminin yasa koyucunun tercihi olduğu belirtilmelidir[20]. Alman ve mehaz İsviçre yasa koyucusu, TMK'daki "miras ortaklığı" kavramının yerine "*Erbengemeinschaft"* (*mirasçılar topluluğu*) kavramını tercih etmektedir[21]. Bu tercihin arka planında, tesadüfilik olgusu yatar. Zira bir grup kişinin aynı mirasbırakanın mirasçısı sıfatını taşıması, belli koşulların sağlanması ile gerçeklik bulur. Mirasbırakan ya da yasa, anılan kimselerin mirasçı sıfatını taşımasını tasarlamış olmalı, bu kişiler mirasın açılmasından önce sağ olmalı ve mirastan yoksun olmamalıdır. Bu gerekliliklerin her biri, mirasçı olması tasarlanan her bir kişi için ayrı ayrı sağlandığında aynı anda mirasçı sıfatını taşımaları söz konusu olur. Tesadüfilik olgusu; mirasbırakan ya da yasa koyucunun iradesinin, ilahi iradenin ve kişinin iradesinin toplamı dense yeridir. Bunun karşısında ortaklıklar için hukukumuzda esas olan, ortaklığın sözleşme ile kurulmasıdır[22]. Hukuk sistemiz temelde, kolektif ilişkilerin tesadüf sonucunda değil; iradelerin uyuşması doğrultusunda oluşmasını öngörmektedir. Çok taraflı hukuki işlem niteliğindeki sözleşme ile ortaklar, amaçta

---

[19] İsviçre öğretisinde *MABILLARD/ BRENNIS-HOBI,* genel hayat tecrübesine göre birden fazla kişinin mirasçı sıfatını taşımasını kural, tek kişinin mirasçı sıfatı taşımasını istisna olarak değerlendirmektedir. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 1.

[20] Bkz. TMK m. 640.

[21] İsviçre ve Alman hukukundaki kullanım için sırasıyla bkz. ZGB Art. 560 ve BGB §1922 ile §2032 vd. Ortaklık yerine topluluk kavramı tercihi için ayrıca bkz. **WOLF/von BARY,** s. 151 ve 155. Aynı yönde bkz. **LEMMERZ,** s. 1246.

[22] Adi ortaklık, TTK'ya tabi ticari ortaklıklar, aile malları ortaklığı ve evlilik birliğindeki mal ortaklığı rejimi tarafların iradeleri doğrultusunda kurulur. Yine ortaklık olarak sayılması mümkün olmayan paylı mülkiyet rejimi dahi temelde sözleşme ilişkisine muhtaçtır. Sayılanlar için tüzel kişiliği bulunsun bulunmasın **irade açıklaması,** kurucu unsur niteliğindedir. Adi ortaklık sözleşmesi için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** C. II, s. 1677; **DURAN,** s. 6; **YILDIRIR,** Adi Ortaklık, s. 5 vd.; **IŞIK,** Adi Ortaklık, s. 7. Aile malları ortaklığı ile mal ortaklığı rejiminin tesisinde yer alan irade unsuru için sırasıyla bkz. **ERDEM/MAKARACI-BAŞAK,** s. 494-495 ve 266.

ortaklaşır. Oysa yasanın "miras ortaklığı" olarak tanımladığı "ortaklık" hukuk sisteminden sapan biçimde, mirasın açılması ile mirasçıların irade açıklaması aranmaksızın kendiliğinden *(ipso iure)* kurulur[23]. Kuruluşa ilişkin olarak mirasçıların başlangıçta herhangi bir sermaye taahhüdünün bulunmadığı da göz ardı edilmemelidir[24]. İrade açıklaması olmaksızın bir arada bulundukları kişi grubunun, ortaklık vasfını hak etmeyişi, kuruluş aşamasında baş gösterdiği gibi amaç unsurunda da tespit edilir. Adi ortaklık prototipi de dahil olmak üzere, ortaklık ilişkilerinin tamamı "amaç" ve "amaç için eylemli davranma taahhüdü (*affectio societatis)"* barındırır. Ortaklık sözleşmelerindeki amaç, genel olarak kazanç elde etme ve bu kazancı paylaşmaya dayalıdır. Süreklilik arz etmese bile inşaat tamamlama, mal ithal etme gibi amaçlar da **yapıcı nitelik** arz eder. Ortaklar da bu amacın gerçekleşmesi için eylemli davranma taahhüdünü yerine getirmek için çaba sarf eder. Bunun aksine miras ortaklığının oluşum amacı mirasın paylaşılmasıdır. Terekenin tasfiyesini hedef tutar. Yapı sökümcü bir yerden, mirasbırakanın sağlığında biriktirdiklerini üleştirip özgülemeyi mevziler. Bu yönüyle **yıkıcı nitelik** arz etmesi kaçınılmazdır. Varlık amacını, sona ermesinde bulan bu yapının paydaşlarının, eylemli çabası da kural olarak tasfiyeyi hedef tutar. Sözün özü "miras ortaklığı" deyişi, amaç yönüyle de ortaklık kavramı ile bağdaşmaz[25]. Miras ortaklığının, ortaklıkla kesiştiği belki de yegâne unsur kişi çokluğu unsurudur. İrade, amaç ve sermaye unsurlarının eksikliği de kişi çokluğunu "ortaklık" olarak nitelemeyi tek başına haklı kılmamaktadır. Anılanlar ışığında, çalışmada kullanılmak üzere eMK döneminde kullanılan "*miras şirketi"* ve TMK'da yer alan *"miras ortaklığı"* ifadeleri değil; ***"mirasçılar topluluğu"*** terminolojisi tercih edilmektedir.

Mirasçılar topluluğunun amacı, terekenin paylaşımı olsa da terekenin tasfiyesi çoğunlukla kısa vadede gerçekleşmez. Davranışsal ekonomi bunun altında yatan nedenleri çeşitlendirmektedir. Bunlardan ilki, mirasbırakanla kurulmuş duygusal bağlılığın tasfiye ile ortadan kalkacağına duyulan inançtır. Mirasçılardan en az birinin, mirasbırakandan intikal edenleri mirasbırakanla kurulan duygusal bağa indirgemesi ve bu değerlerin paylaşımının, elden çıkarılmasının mirasbırakanın dünyadaki izinin

---

[23] **LEMMERZ,** s. 1246; BK-**WOLF,** ZGB Art. 602, N. 14; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1602; OFK-**BÜCHI-WEHINGER/REICH,** ZGB Art. 602, N. 6; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 678.

[24] Sermaye taahhüt borcunun, ortaklık sözleşmelerindeki yeri için bkz. **DURAN,** s. 11 vd.

[25] Mirasçıların; mirasın bahşettiği yetkileri frenlenmemiş ve tek başına kullanabilmesinin yegane yolunun mirasın paylaşılması olduğu, bunun da esasında topluluk ilişkisini ortadan kaldırmak için eylemli çabayı gerektirdiği yönünde bkz. **BEUTHIEN,** s. 684.

tamamen silineceğine duyduğu inanç miras paylaşımını geciktirmektedir. İkinci olarak, mirasbırakanın tereke değerlerinin, paylaşılmamış olsa dahi mirasçının malvarlığının aktifinde yer almasıdır. Bu noktada mirasçıların bir çeşit illüzyona aldandığı söylenebilir. Terekenin paylaşımı, mirasçının malvarlığının aktifindeki değerler sayasını ister istemez azaltıcı nitelik gösterecektir. Elbirliği ile hak sahipliğini bertaraf edecek olsa da malvarlığının aktifindeki nicel azalma, paylaşımı erteleyebilmektedir. Burada ele alınacak üçüncü neden ise miras paylaşım sözleşmelerinde, mirasçıların diğer mirasçıların blöfüne ya da iç anlaşmalarının dayatılmasına maruz kalındığını düşünmesidir. Oyun teorisinin (*Spieltheorie)* devreye girdiği miras paylaşım sürecinde, mirasçılar paylaşımın gündeme geldiği her aşamada kendileri için optimal koşulların oluşup oluşmadığını denetlemeyi gerekli görmektedir. En doğru stratejiyi belirleme baskısı da paylaşımı geciktirmektedir[26]. Tereke paylaşımının ötelenmesi, tereke değerlerinin paylaşıma değin korunması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Yasa koyucu tereke değerlerinin korunmasını, birincil olarak bu değerlerin elden çıkarılmasını önleyici bir rejimi mirasçılar topluluğuna hâkim kılmakta bulmaktadır. Bu amaç doğrultusunda **elbirliği ile hak sahipliği** rejimi yasa koyucu tarafından tercih edilmiştir[27].

Alman yasa koyucusu, BGB'nin hazırlandığı süreçte mirasçılar topluluğunun nasıl tasarlanacağı sorusuyla yüzleşmek durumunda kalmış ve kökenini Roma hukuku geleneğinde bulan, her ortağın payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği paylı mülkiyet rejimi ile Prusya hukuk modelinde uygulanmış elbirliği ile hak sahipliği rejimini arasında tercih yapmayı gerektiren yol ayrımında duraksamıştır. Hazırlanan ilk taslakta mirasçılar topluluğunun paylı mülkiyet rejimine tabi olmasına karar verilmişse de en nihayetinde tereke değerlerinin elden çıkarılmasını önlemek amacıyla elbirliği ile hak sahipliğinde karar kılınmıştır[28]. Roma hukukundaki payların serbestçe devre konu edilebildiği "*communio"* tercihinin topluluk yapısını her an değiştirme ihtimali ile topluluktaki kişilerden bağımsız *"universitas"* yapısının tüzel kişiliği gerekli kılabileceği düşüncesi, Alman miras hukukuna uygun bulunmamıştır[29]. *BESELER;* Roma hukuku kökenli "*communio"* ile *"universitas"* seçeneklerinin

[26] **VÖGELI,** s. 14 vd.
[27] Tereke, mülkiyete konu eşya dışında başta alacak hakkı olmak üzere hak türünden değerler içerebileceğinden doktrindeki pek çok yazarla da paralel olarak elbirliği mülkiyeti yerine elbirliği ile hak sahipliği terimi tercih edilmiştir.
[28] **LEMMERZ,** s. 1246.
[29] **SEIF,** s. 303.

hukuki ilişkilere katı biçimde empoze edilmemesi gerektiğini, bu iki yapı arasında çeşitli ayrımlara rastlanabileceğini ifade ederek Alman hukuku kurumu olan elbirliği yapısını canlandırmıştır[30]. Öyle ki bugün, elbirliği ile hak sahipliğindeki pay kavramına paylı mülkiyetteki pay kavramına yakın anlam yükleyen *BEUTHIEN* dahi, elbirliği topluluklarının yegâne ortak özelliğinin *toplulukta yer alanların belirli hakları kullanmalarının, elbirliği ile hak sahipliğinde yer alan diğer kimseler tarafından sınırlanması olmaktan öte gidemeyeceğini* kabul etmekte ve tereke değerlerinin elden çıkarılmasının önüne set çektiğini kabul etmektedir[31].

İsviçre yasa koyucusu da mirasçılar topluluğuna hâkim kılınması için tercihini elbirliği ile hak sahipliği rejiminden yana kullanmıştır. İsviçre öğretisinde *WOLF*; Alman hukukundaki "elbirliği mülkiyetinin" kavramsal olarak bağımsız bir "ortak mülkiyet" olarak yorumlanması gerektiği inancının kodifikasyon sürecinde galip geldiğini, böylece İsviçre hukukunda da "ortak mülkiyetin" ayrı bir alt türü olarak olumlu bir şekilde sabitlendiğini ifade etmektedir[32]. Mirasçılar topluluğu bakımında da elbirliği ile hak sahipliği rejimi tercihi topluluk için bir denge mekanizması olarak olumlu karşılanmaktadır. Nitekim, tüzel kişiliği bulunmayan bu toplulukta yer alan her bir mirasçı özel malvarlığı olan terekede yer alan değerler üzerinde hak sahibi olmaya devam ederken; tereke değeri üzerinde tek başına tasarrufta bulunamamaktadır[33]. *HÖSLY/GEIGER* de bu pratik sonucun altını çizmektedir. Yazarlar, servetin korunması ve olabildiğince az kayıpla aktarımı için elbirliği ile hak sahipliği rejiminin seçilmiş olmasının bir tesadüf sayılamayacağını; bilakis mirasçılar topluluğunun, elbirliği ile hak sahipliği rejiminin dominasyonu altında kalmasının *Eugen HUBER* tarafından yapılan bilinçli seçimin sonucu olduğunu ifade etmektedir[34].

İsviçre hukukundan yapılan iktibasa değin, Türk hukukunda elbirliği ile hak sahipliği rejimine dair uygulama bulunmadığı not edilmektedir[35]. Dolayısıyla, mirasçılar topluluğunun elbirliği ile sahipliğine tabi olması da iktibasıyla yürürlük bulmuştur. Bunun öncesinde, mirasçıların tereke değerleri üzerinde paylı hak sahibi olacağı kabul edilmekteydi[36]. İktibasın henüz gerçekleştiği dönemde, elbirliği ile hak sahipliği rejimine ilişkin düzenlemelerin toplumun geleneklerinin görmezden

---

[30] **BESELER**, s. 78-80.
[31] **BEUTHIEN,** s. 665 ve 676.
[32] **WOLF,** Grundfragen, s. 26.
[33] **WOLF,** Grunfragen, s. 21; **GUILLAUME,** s. 301-302.
[34] **HÖSLY/GEIGER,** s. 324.
[35] **AYİTER,** Elbirliği, s. 61; **KORKMAZ,** s. 30.
[36] **AYİTER,** Elbirliği, s. 66; **KORKMAZ,** s. 44.

gelindiğinin nişanesi olduğu ileri sürülmüş ve *ÖKTEM* tarafından *"kör barsak"* olarak nitelenmiştir[37]. Mirasçılar topluluğu açısından yapılan bu sorgulamaya, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nün yeni bir soluk getirdiği, *AYİTER*'in eserinden izlenebilmektedir. Enstitü, İstanbul Baro Mecmuası aracılığıyla hukukçulara "*Tereke mallarının rejimi ne olmalıdır?"* sorusunu yöneltmiştir. *AYİTER*'in de altını çizdiği üzere, bu anketin sonuçlarına ulaşılamamıştır. Sonucuna ulaşılamasa da açılanan tartışmaya özel önem atfeden yazar, yasa koyucunun elbirliği prensibinden sosyal ve ekonomik yönüyle yararlanmayı bilinçli olarak kabul ettiği sonucuna varmaktadır[38]. İktibas ile mirasçılar topluluğunu elbirliği prensibine hakim kılan yasa koyucu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nu hazırladığı süreçte de bu seçiminden vazgeçmemiştir. Yasada "miras ortaklığının" düzenlendiği 640. Maddenin tasarı gerekçesi incelendiğinde, mirasçılar topluluğunda elbirliği ile hak sahipliğinin geçerlilik bulacağını ifade eden ikinci fıkranın kaynak ZGB Art. 602 dikkate alınarak düzenlendiği açığa vurulmaktadır. Şu halde yasa koyucumuzun, *HUBER*'le aynı menfaati dikkate aldığı sonucuna ulaşılabilir. Bu menfaat de servetin ya da terekenin olabildiğince az kayıpla ardıllara yani mirasçılara aktarılmasından başka bir şey değildir[39].

Metin akışını toparlamak gerekirse, hukukumuzda mirasın açılmasıyla aynı mirasbırakanın birden fazla mirasçısı mirasa ehil olursa; bu kişilere miras kendiliğinden, külli biçimde intikal eder ve özel malvarlığı niteliğindeki tereke üzerinde mirasçılar elbirliği ile hak sahibi olur. Paylaşımın da kısa vadede masaya yatırılmadığı durumlarda, özel malvarlığı olarak terekenin ve tereke unsurlarının taşıdığı değeri kaybetmeksizin korunması gerekliliği gün yüzüne çıkar. Gerçekten de paylaşımdan önce mirasçılar topluluğunun bir arada geçirdiği süre zarfında, tereke değerini kullanmak, korumak veya değerini artırmak ya da terekeyi güvence altına almak gerekebilir. Bunun yanında çeşitli bakım, onarım çalışmaları icra etmek veyahut kira sözleşmelerinin kurulması gibi çeşitli hukuki veya fiili tedbirler gerekli olabilmektedir[40]. İşte bu noktada elbirliği ile hak sahipliğinin tercih edildiği sistemde yasa koyucunun gaibin mirasçılığı bahsinde tesis ettiği *"miras payının yönetilmesi"* ifadesinin karşılığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

---

[37] **ÖKTEM,** s. 59.
[38] **AYİTER,** Elbirliği, s. 62. Anketin yer aldığı yayın için bkz. İstanbul Baro Mecmuası, Cilt XXVII, s. 175.
[39] **HÖSLY/GEIGER,** s. 324.
[40] **LEMMERZ,** s. 1249.

Mirasa ehil kimseler, tereke üzerinde kendiliğinden hak sahibi olsalar da tereke ve tereke ile ilişkileri hukukun halen en tartışmalı alanlarından biridir[41]. Çünkü elbirliği ile hak sahipliğiyle paylı mülkiyeti (ya da bu bağlamda hak sahipliğini) birbirinden ayıran temel unsurun, birlikteliğe dahil kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir payın bulunup bulunmadığı olarak kabul edilmektedir[42]. Bu kabul de kullanma, yararlanma ve yönetim yapısının nasıl kurgulanacağı sorununu doğurmaktadır. Elbirliği ile hak sahipliği rejiminin genel hükümleri sayılan TMK m. 701-703 hükümlerinde[43], aksine bir düzenleme ya da sözleşme bulunmadıkça elbirliği topluluğunun oybirliğiyle yönetileceği ifade edilmektedir (TMK m. 702 f. II)[44]. Altını çizmek gerekirse, bu hükümlerde elbirliği topluluğunun yönetimine işaret edilmektedir; yoksa topluluğa dahil kişilerin kendi *payını* yönetmesine değil. Bu genel hüküm, konumuz bakımından terekenin oybirliği ilkesi ile idare edileceği şeklinde algılanır. Yasada yer alan "yönetim" ifadesinin de hem iç ilişkiyi hem de dış ilişkiyi kapsadığı kabul edilir[45]. İç ilişki bakımından yönetim, tereke lehine alınacak bir tedbirin alınıp alınamayacağının kim veya kimlerin yetkisinde olduğu sorusuyla ilgilidir. Sorunun nesnesi, elbirliği ile hak sahipliği rejiminin hâkim kılındığı özel malvarlığı olduğuna göre, cevap da genel prensibin tekrarından ibarettir. Çoğu durumda, terekenin idaresi sadece mirasçıların iç koordinasyonunu değil, aynı zamanda üçüncü kişilerle hukuki işlemlerin kurulmasını da gerektirir. Hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi kisvesine bürünebilecek bu yönetim işleri, dış ilişki olarak adlandırılmaktadır. Yönetimi hedef tutan dış ilişki, temsil yetkisi ile

---

[41] *WOLF,* tereke üzerinde birden fazla kişinin tek tip hak sahipliği arasındaki ikilemi, sorunun çekirdeği (*das Kernproblem)* olarak nitelendirmektedir. Bu niteleme için bkz. **WOLF,** Grundfragen, s. 26.

[42] Elbirliği ile hak sahipliğinde, serbestçe tasarruf edilen bir payın bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. **§1, C**.

[43] İsviçre hukukunda da elbirliği ile hak sahipliği için genel hükümler ZGB Art. 652-654a maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. BK-**GRAHAM-SIEGENTHALER,** Art. 652, N. 2. Alman hukukunda her bir elbirliği ile hak sahipliği varyantı için daha detaylı düzenlemelerin yürürlüğe konulması tercih edilmiştir. Alman hukukundaki genel hükümler düzenlemekten kaçınma tarzındaki bu tercihin, yargı kararlarında göz ardı edildiği de ifade edilmektedir. Alman içtihadının, farklı amaçlara hitap eden adi ortaklık ve mirasçılar topluluğunu ortak noktalarda bağdaştırma yönündeki eğilimi doktrindeki kimi yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bu içtihatlara örnek olarak adi ortaklıkta ortağın pay devrinin mirasçılar topluluğundakine yakınsayan, adi ortaklık için kabul edilen taraf ehliyetinin mirasçılar topluluğuna da teşmil etme çabaları taşıyan ve adi ortaklıkta olduğu gibi mirasçılar topluluğundan çıkmanın imkân dahilinde olduğunu kabul eden kararları örnek gösterilebilir. Kararların yakın markaj takibi ve eleştirileri için bkz. **SCHMIDT,** s. 321.

[44] İsviçre hukukunda da elbirliği ile hak sahipliğinde yönetimin kural olarak oybirliği gerçekleştirileceği yönünde bkz. BK-**GRAHAM-SIEGENTHALER,** Art. 652, N. 22; Art. 653, N. 5. Alman hukukunda da mirasçılar topluluğu için aynı prensip benimsenmektedir. Bkz. **LEMMERZ,** s. 1249; **SCHMIDT,** s. 333.

[45] BK-**GRAHAM-SIEGENTHALER,** Art. 653, N. 5; MüncKomm-**GERGEN,** §2038, Rn. 6; **LEMMERZ,** s. 1249.

ilintilidir. Dış ilişkiyi düzenleyen TMK m. 640 f. II; mirasçılardan biri ve birkaçının temsil yetkisi ile donatıldığı durumlar hariç olmak üzere, tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilebilmes için oybirliği ile karar alınması gerektiğinin altını çizer. Nitekim bu ifade, tereke değerlerinin korunmasını tahkim eder. Yasa hükmü, tasarruf işlemlerinin soncunu kapsamakta, ne var ki mirasçıların girişeceği borçlandırıcı işlemlerin akıbetini kapsamamaktadır[46]. İsviçre öğretisi; işlemi gerçekleştirenin temsil yetkisi ile donatılmadığı takdirde, kurulan borçlandırıcı işlemlerin mirasçılar topluluğuna izafe edilemeyeceğinin altını çizmektedir. Çünkü temsil yetkisi, oybirliği ile tesis edilmelidir[47].

Yukarıda ifade edildiği gibi tedbirler, kural olarak tüm mirasçıların oybirliği ile verilecek kararla alınır. Bununla birlikte yasa koyucu bu konuda duraksanan bir hususu TMK m. 640 f. III hükmü ile açıklığa kavuşturmaktadır. Hükme göre, her bir mirasçı terekedeki hakların korunmasını talep etme yetkisine sahiptir ve bu yetkinin üzerine sağlanan korumadan tüm mirasçılar yararlanır. Benzer bir düzenlemeye BGB §2038'de de rastlanır. BGB §2038; gereklilik arz ettiği durumlarda, her bir mirasçının diğerlerinin iş birliği olmaksızın terekenin korunmasına hizmet edecek önlemi, tek başına alabileceğini düzenlemektedir[48]. Esasında bu hüküm, yönetimin, miras payının ötesinde terekeyi hedef tuttuğunu doğrulamaktadır[49]. Nitekim İsviçre öğretisinde de

---

[46] Alman yasa koyucusu da benzer bir tutum sergilemektedir. Borçlandırıcı işlemler için mirasçıların temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı BGB §2040 hükmünde standarda bağlanmamıştır. Oysa BGB §2040 hükmü, TMK m. 640 f. II'de olduğu gibi tasarruf işleminin, kural olarak oybirliği ilkesine tabi olduğunu düzenleme altına almıştır. **LEMMERZ,** s. 1251; MüncKomm-**GERGEN,** §2038, Rn. 60.

[47] BK-**WOLF,** ZGB Art. 602, N. 71; OFK-**BÜCHI-WEHINGER/REICH,** ZGB Art. 602, N. 17. Federal Mahkeme, temsil yetkisinin geri alınmasının da oybirliği ilkesine bağlı olduğunu kabul etmektedir (Bkz. BGE 101 II 117 E. 5; BGE 94 II 313 E. 6). Buna karşın öğretide *WOLF* ve *WEIBEL*, tek bir mirasçının temsil yetkisini geri almasının, temsil yetkisinin donatılmasındaki oybirliği gereğine ilişkin zemini ortadan kaldırmasından harekete ederek tek bir mirasçının temsil yetkisini geri almanın, temsilciyi yetkisiz temsil dairesine geçireceğini ifada etmektedir. Açıklamalar için bkz. BK-**WOLF,** ZGB Art. 602, N. 80; PraxKomm-**WEIBEL,** Art 602 ZGB, N. 33.

[48] Burada anılan gerekliliğin dar yorumlanması gerektiği kabul edilir. Zira, tek bir mirasçının tek başına özel malvarlığı tereke üzerinde karar alabilmesi, elbirliği ile hak sahipliği düşüncesine aykırıdır. Federal Yüksek Mahkeme; alınan tedbirin, terekenin korunmasına hizmet etmesi ve tedbirin alındığı sırada herhangi bir gecikmeye tahammül edilememesi koşullarıyla, mirasçının tek başına karar alabileceğini hüküm altına almıştır. Mahkeme; (K1), (K2) ve (K3)'e, (E)'den intikal eden taşınmazın mirasçılara intikalinden kısa bir süre sonra, ahşap kirişlerinde sünger oluşumu üzerine, (K1)'in tek başına zanaatkâr (H) ile sözleşme kurmasını, taşıdığı aciliyeti de nazara alarak BGB §2038 kapsamında gerekli tedbir olarak nitelemiş ve (K1)'in tek başına tedbir alabilmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir. Karar için bkz. **BGHZ 6, 76, 83.**

[49] Alman öğretisi bir adım daha ileriye gitmektedir. Acil önem arz eden, her bir mirasçının tek başına harekete geçebileceği iç ilişkiye yönelik yönetim işinin, tereke değerini gerçekten koruyabilmesi için bu yönetim işini hedef tutan ve tek bir mirasçı tarafından üçüncü kişiyle girişilen borçlandırıcı veya tasarruf işlemin de geçerliliğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır. LEMMERZ ve GERGEN; BGB §2038 ile §2040 arasında bulunan bu gerilimin, acil işlere yönelik hukuki işlemlerde oybirliği ilkesini devre dışı bırakarak sonlandırabileceğini ileri sürmektedir. MüncKomm-**GERGEN,** §2038, Rn. 62; **LEMMERZ,** s. 1251.

terekenin korunması amacıyla, hakkın kötüye kullanım yasağına dayanarak (ZGB Art. 2), mirasçıların rıza açıklamasında bulunmakla yükümlü tutulabileceği ifade edilmektedir[50]. Bu önermeye uygun olarak şu örnekler verilebilir. Tek bir mirasçının açtığı miras sebebiyle istihkak davası sonucunda, dava konusunun mirasçılar topluluğunda yer alanların tümünün zilyetliğine geçmesi; tereke değeri taşınmazın çürüyen kirişlerinin acilen onarılması, mirasçının tek başına alabileceği önlemlerdir.

Terekenin yönetimi gerek oybirliği ile alınan kararla gerek yasanın öngördüğü istisnalar çerçevesinde bir veya daha fazla mirasçı tarafından alınan kararla sağlansın, terekenin yönetimi mirasçı sıfatını taşıyanlardadır. Miras payının yönetimi, en nihayetinde terekenin yönetimine ilişkin kararlara katılma yetkisi anlamına gelir. Bu yetki paydan ziyade mirasçılık statüsüne bağımlıdır[51]. Miras payının devrine ilişkin sözleşmelerin tamamı, mirasçılık statüsü üzerinde değişikliğe sebebiyet vermediğinden payın yönetimine ilişkin yetkilerin devri, yalnızca *mirasın açılmasından sonra mirasçılar arasında gerçekleştirilen pay devirleri* bakımından gündeme gelebilecektir. Bu itibarla yasa koyucunun miras payının yönetimi ifadesine atfettiği anlam, çalışma kapsamında devrin konusu olarak ele alınan miras payı kavramı ile her zaman için örtüşmemektedir.

---

[50] Alman hukukunda mirasçılar topluluğunun iç yönetim ilişkilerini düzenleyen hükmü, TMK m. 640 f. III hükmünden daha ayrımlıdır. BGB §2038 hükmü miras ortaklığının prensip olarak oybirliği ilkesi ile yönetileceğini ortaya koyar, acil ve gerekli durumlarda her bir mirasçının tek başına hareket edeceğini düzenler. Bununla birlikte BGB §2038, "uygun yönetim tedbirleri" kategorisini de düzenler. Uygun yönetim tedbirleri, terekenin niteliğine ve tüm ortak mirasçıların menfaatlerine hakkaniyete uygun olarak uygun düşen tedbirlerdir. Bu tedbirlerin hakkaniyete uygunluğu objektif bakış açısıyla belirlenir. Alınan tedbirin, tedbirin konusu tereke değeri açısından makul ve ekonomik nitelik taşıması tedbirin uygun olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. Uygun yönetim tedbirlerine, mirasçıların **oy çokluğu** ile karar vermesi esastır. BGB §2038'e göre oy çokluğu, kişi sayısı ile değil **miras payının çoğunluğu** ile sağlanmalıdır. Yasa koyucu, böylelikle harekete geçmeyenlerin ya da ret oyu verenlerin de terekenin korunması için işbirliği içinde bulunmalarını hedeflemiştir. BGB §2038 düzenlemesi hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. MüncKomm-**GERGEN,** §2038, Rn. 8; **LEMMERZ,** s. 1250. **BGHZ 56, 47,** N. 43'te Alman Federal Mahkemesi; daha da ileriye giderek, tek bir mirasçının uygun yönetim tedbirlerinin alınması için mahkemeye başvurarak, diğer mirasçıların tedbirin alınması yönünde irade beyanında bulunduğuna hükmedilen karar elde edebileceğinin altını çizmiştir. *LEMMERZ* de verdiği örnekte böylesi bir kararın avantajlarının altını çizmiştir. Bkz. **LEMMERZ,** s. 1251. Keza İsviçre hukukunda da terekenin yönetimine ilişkin oybirliği ile hareket edilmesi gereken olağanüstü durumlarda, ZGB Art. 2 uyarınca mirasçıların rıza açıklamasında bulunmakla yükümlü tutulabileceği ifade edilmektedir. Bkz. BK-**WOLF,** ZGB Art. 602, N. 65. İsviçre ve Alman hukukunda, mirasçılar topluluğunda yer alanlar aleyhine açılabilecek *irade beyanına hükmetme davalarına* sıcak yaklaşılması, ileride özellikle tasfiye payının konu edildiği miras payının devri sözleşmeleri için özel önem taşıyacaktır.

[51] BGB §2038'de düzenlenmiş "uygun yönetim tedbirleri" için dahi bu esas geçerliliğini korur. Her ne kadar oyçokluğundan anlaşılması gerekenin pay çokluğu olduğu kabul edilse de mirasçılar topluluğundaki uygun yönetim tedbirleri için aranan oyçokluğunda toplanması gereken oylar muhakkak ki, mirasçı statüsünü taşıyanlar veya onların yetkilendirdikleri tarafından kullanılmalıdır.

C. Miras Payı Kavramının Üçüncü Karşılığı: Terekeden Soyut Malvarlığı Değeri

Mirasçılar topluluğuna intikal eden özel bir malvarlığı (*Sondernsvermögen)* niteliğindeki tereke ile mirasçılar arasındaki ilişkinin halen gizemini koruduğu kabul edilir. Bu ilişki hakkında yöneltilen soruların, mirasçılar topluluğunun çekirdeğini oluşturduğu ifade edilmektedir[52].

Özel malvarlığı niteliğindeki tereke, aktif ve pasiften oluşur. Mirasçılar topluluğunda yer alanların, bu özel malvarlığındaki aktif ve pasif değerler ile ilişkisi farklı biçimde düzenlenir. Toplulukta yer alan her bir mirasçı, prensip olarak tereke borçlarından ve mirasbırakanın borçlarından kendi malvarlıklarıyla müteselsilen sorumludur (TMK m. 681 f. I)[53]. Yasa gereği doğan bu topluluk için, yine yasaca öngörülmüş müteselsil sorumluluk, mirasbırakanın alacaklarının alacağı elde etmek için dilediği mirasçıya veya mirasçılara, kısmi ifa mümkünse dilediği ölçüde, başvurabilmesine zemin oluşturur. Yasa bu kurguyla, mirasbırakanın alacaklılarının tatmini kolaylaştırır ve böylelikle mirasbırakanın alacaklılarını korur[54, 55].

Tereke değerlerinin elden çıkarılmasını önlemek amacıyla, tereke değerleri üzerinde mirasçıların elbirliği ile hak sahibi kılındığına yukarıda yer verildi. Bu hak sahipliğinde de oybirliği ile, hep bir elden hareket etmenin ilke olduğu açıklamalarına yer verildi. Şu halde mirasçılar; tereke borçlarının ifası yalnızca kendilerinden talep edildiğinde, borcu ifa hiç veya gereği gibi ifa etmemeden sorumlu tutulabilmekte, tereke değerlerinden yararlanma veya bu değerler üzerinde tasarruf etme iradesi ortaya koyduğunda, diğer mirasçıların da irade açıklamalarına muhtaç kalmaktadır. Özel malvarlığı terekenin, karşıt anlam taşıyan departmanlarına, yani aktif ve pasifine ilişkin rejim de mirasçılar için bu karşıtlığa şayan biçimde tezattır. *SEROZAN*, bu

---

[52] Bkz. yukarıda dn. 40. Alman hukukundaki benzer yaklaşım için bkz. **SCHMIDT,** s. 312.

[53] İsviçre ve Alman hukukunda da aynı prensip devrededir. ZGB Art. 639 vd. ve BGB §2058 vd. hükümleri bu sorumluluğu düzenlemektedir. Müteselsil sorumluluğun prensip olarak devrede bulunduğunu ifade eden her iki hukuk sistemindeki örnekler için sırasıyla bkz. **WOLF,** Grundfragen, s. 336; **LEMMERZ,** s. 1256.

[54] **WOLF,** Grundfragen, s. 336; **LEMMERZ,** s. 1256; **BAYGIN,** s. 52.

[55] Mirasın açılmasıyla, paylaşımı arasındaki zaman kesiti için müteselsil sorumluluk prensiptir. Miras paylaşma sözleşmesi veya paylaşım hükmü, uyarınca hangi mirasçının hangi borcu ifa edeceği kararlaştırılabilir. Bu ihtimalde de mirasçılar muaccel borçlar için paylaşımdan itibaren; müeccel borçlar için ise muacceliyet tarihinden itibaren beş yıl boyunca müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Müteselsil sorumluluğun mirasın paylaşımından sonra devam etmesi yine alacaklıları koruma amacına hizmet eder. LEMMERZ, terekenin paylaşımından sonra, ayrı bir malvarlığı olarak mevcudiyetini yitireceğini hatırlatarak mirasçının yalnızca kendi malvarlığı ile sorumlu olmasını paylaşımdan önceki döneme göre daha dezavantajlı görmektedir (**LEMMERZ,** s. 1257).

durumu *"asimetri"* olarak niteler[56]. Mirasçıların, mirasbırakanın ve terekenin borçlarından sorumluluğu ile tereke değeri üzerinde müstakil tasarruf yetkisinin ayrık tutulmuş olması arasındaki asimetrinin, miras payı üzerindeki tasarruf imkânı ile dengelenmeye çalışılmıştır. Bu asimetri yasa koyucu tarafından bilinçli olarak meydana getirilmiştir. Mirasbırakanın ve tereke borçlarından malvarlığı ile sorumlu olan mirasçının, tereke değerini sınırlı kullanma ondan sınırlı yararlanma yetkisine sahip olması, buna ek olarak da tereke değeri üzerinde tek başına tasarruf işleminde bulunamaması, miras paylaşımını tetikler. Miras paylaşımını, mirasçılar topluluğunun iradesine bırakan yasa koyucu mallar ve hakların bu topluluklar elinde donmasını ve işlem piyasasına girmesini sağlamak için kurguladığı asimetri ile miras paylaşımını tahrik eder. Yasa koyucu bu asimetrinin yoğunluğunu seyreltme uğurunda, miras payı üzerinde tasarruf edilebileceğini hüküm altına almıştır. Lakin tasarruf işlemine konu edilmesi mümkün görünen miras payının, terekedeki değerlere sirayet edip etmediği tartışmalıdır. Yani elbirliği ile hak sahipliğinin hüküm sürdüğü mirasçılar topluluğunda, her bir mirasçının tereke değeri üzerinde tek başına tasarruf edebileceği bir payın bulunup bulunmadığı tartışmaya açılmaktadır. Aşağıda bu tartışmaya yer verilecektir.

Yasa koyucunun TMK m. 677'de ortaya koyduğu *"miras payı"* kavramı, öğretide kabul gördüğü üzere mirasçının hak ve yükümlüklerinin toplamından oluşur ve mirasçının, mirasçılar topluluğundaki konumunu ifade eder. Bu statüye sahip mirasçıların, elbirliği ile hak sahibi oldukları terekede üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri "pay" ve tereke değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri "pay" ın bulunup bulunmadığı bu bahisteki miras payı kavramını anlamlandırmaya yardımcı olur.

Bugün için mirasçılar topluluğunda yer alan her bir mirasçının, mirasta payı olduğu kabul edilse de bu payın mirasçının kendi malvarlığının aktifinde yer alıp almadığı tartışmalıdır[57]. Tartışma, elbirliği ile hak sahipliği rejiminin paya verdiği anlam ekseninde şekillenir[58]. Elbirliği ile hak sahipliğinin genel hükümlerle

---

[56] **SEROZAN/ENGİN,** §7, N. 29. *SEROZAN*'ın kullandığı "asimetri" ifadesiyle benzer biçimde *MABILLARD/BRENNIS-HOBI* de paylaşım ile tereke değerleri arasında "uçurum/kopukluk (*eine Diskrepanz)*" bulunduğunu ortaya koymaktadır. Kullanım ve bağlamın benzerliği için bkz. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 1.

[57] **WOLF,** Grundfragen, s. 47;

[58] Mirasçılar topluluğunun ZGB Art. 652-654 hükümleri çerçevesinde elbirliği topluğunun bir temsili olduğu kabul edildiğinden pay yüklenen anlam da elbirliği ile hak sahipliği ekseninde şekillenir. **WOLF/von BARY,** s. 152.

düzenlendiği İsviçre ve Türk hukukunda, topluluk ilişkisi devam ettiği sürece pay üzerinde tasarrufta bulunamayacağı açıkça düzenlenir (ZGB Art. 653. Abs. 3, TMK m. 702 f. III). Elbirliği ile hak sahipliğinde pay üzerinde tasarruf edilemeyeceğine ilişkin bu hüküm; elbirliği ile hak sahipliğinde paydan söz etmenin mümkün olmadığı yönündeki görüş ve elbirliği ile hak sahipliğinde payın bulunduğu ancak bu pay üzerinde müstakil tasarruf imkânın bulunmadığı görüşüyle desteklenir. **(1)** Birinci görüşü savunan yazarlar; elbirliği ile hak sahipliği rejiminde, tasarruf işlemine konu edilebilen bağımsız paydan söz etmenin mümkün olmadığını kabul eder[59]. Öğretinin çoğunluğu tarafından benimsenen bu görüş uyarınca, elbirliği ile hak sahipliği için öngörülen pay kavramı, yalnızca tasfiye aşamasında önem arz eder. Tasfiye aşamasına kadar bu payların aktüel bir önemi bulunmaz ve hak sahiplerinin tamamı eşit konumdadır. Kaldı ki kullanma, yararlanma ve yönetim de prensip olarak oybirliği ilkesine tabi alınan kararlara tabidir. *WOLF* bu durumu, hak sahipliğindeki her bir kişinin niteliksel olarak eşit konumu paylaştığı, niceliksel olarak eşit olmayabilen büyüklükte menfaatler devşirebileceği yapı olarak açıklar[60]. Hak sahipliği devam ettiği müddetçe her bir hak sahibinin eşit hürmeti hak ettiği dönem için pay bu görüş uyarınca uykuda, askıda kabul edilir (*ruhige Anteile*). Payın uykuda ya da askıda olduğu durumun niteliğine ilişkin bu görüş kendi içinde ikiye ayrılır: **(i)** İlk ayrımda kalan yazarlar, elbirliği ile hak sahipliğinde tasfiye aşamasında devreye girecek pay ve pay oranlarının, topluluk ilişkisi devam ettiği müddetçe toplulukta yer alan kişilerin malvarlıklarının aktifinde yer almadığını savunur[61]. Bu ayrımdaki yazarlar gerek iradi gerek yasa tarafından belirlenen bir amaç ekseninde bir araya getirilmiş özel malvarlığı üzerinde sahip olunan elbirliği ile mülkiyet ve diğer hak sahipliğinin, toplulukta yer alan kişinin malvarlığında yer aldığını kabul eder. Bu özel malvarlığından soyutlanmış bir paydan söz edilemez. Örneğin, iradi biçimde meydana getirilen adi ortaklığın malvarlığında taşınmaz yer alsın. Bu görüşe göre ne bu taşınmazdan ne de taşınmazın da bulunduğu özel malvarlığından soyutlanan bir pay ortağın malvarlığında ayrıca yer almaz. Ortağın malvarlığında yer alan, özel malvarlığı üzerindeki elbirliği ile hak sahipliğidir. Ortak, hak sahipliğinin bahşettiği gerek sınırlı gerek sınırlı olmayan birtakım yetkileri kullanabilir. Ne var ki hak sahipliğine dahil bir nesne üzerinde

[59] BK-**GRAHAM-SIEGENTHALER,** Art. 653, N. 9; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO,** § 99 N 8. Türk hukukundaki yaklaşım için bkz. **SEROZAN,** Eşya, s. 241; **SİRMEN,** s. 291.
[60] **WOLF,** Grundfragen, s. 49.
[61] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 2.

tasarruf, bu hak sahipliğinin bahşettiği yetkilerden sayılamaz. Elbirliği ile hak sahipliğindeki payın malvarlığı değeri niteliğini taşıyamayacağını benimseyen *ROUILLER*, ZGB Art. 635'te öngörülen miras payının devri imkanının mirasçılar topluluğundaki payın pazarlık konusu yapılabilen bir mertebeye çıkardığını kabul eder. Yazara göre, miras payının yalnız mirasçılar arasında pazarlık konusu edilebilmesi, terekedeki payın terekeden soyut bir biçimde malvarlığı değeri olarak ele alınmasını haklı kılmaz[62]. Bu görüş, adi ortaklık payının ve mirasçılar topluluğundaki miras payının haczini öngören hükümlerin ifade ettiği anlamı açıklayamadığı için eleştirilir. Türk hukukunda İİK m. 94 ve 121 uyarınca ve Alman hukukunda ZPO §859 uyarınca hak sahipliği ilişkisi devam ederken, adi ortaklık payının ve miras payının haczi mümkündür[63]. Elbirliği ile hak sahipliği ilişkisinin devam ettiği süre zarfında pay pekala haczedilebiliyorsa, borçlu ortak veya hak sahibinin malvarlığında payın yer almadığının ileri sürülmesi bu ayrımdaki yazarlara yöneltilen en büyük eleştiridir[64].

(ii) Elbirliği ile hak sahipliğindeki payın tasfiye aşamasına değin askıda kaldığını kabul eden görüşü paylaşan diğer yazarlar, elbirliği ile hak sahipliğindeki payın haczi kabiliyetini de nazara alarak, söz konusu payın ortağın ya da hak sahipliğindeki kişinin malvarlığında ayrı bir değer olarak yer aldığını kabul eder. Elbirliği ile hak sahipliği payı, prensip olarak tasarruf işlemine konu edilemez. Yasa çeşitli bahislerde bu duruma istisna getirir. Özetle bu görüşü paylaşan yazarlara göre, payın tasarruf işlemine konu edilmesi yasanın topluluk ilişkisi özelinde bu tasarruf işlemine izin vermesine bağlıdır. ZGB Art. 635 miras payının mirasçılar arasındaki devrine imkân tanır. Yine ZGB Art. 899 vd. hükümleri elbirliği ile hak sahipliği üzerinde hak rehni tesisine olanak tanır[65]. Nitekim, elbirliği ile hak sahipliğindeki payın haczini düzenleyen hükümler de elbirliği ile hak sahipliğindeki payın, topluluk mensubunun malvarlığında ayrı bir yer tuttuğunu doğrular[66]. Alman hukukunda da adi ortaklık payının rehni ve devri de bu istisnalardan sayılır[67]. Yine miras payının mirasçı olmayanlara dahi devrini mümkün kılan BGB §2033 hükmü de pay üzerinde tasarruf etmenin yaydırıldığı istisnalardandır[68]. Hukukumuzda da istisna görüşünün hâkim

---

[62] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 2.
[63] İsviçre hukukunda da olanaklı olduğu yönünde bkz. SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 25.
[64] **BEUTHIEN,** s. 676.
[65] BK-**GRAHAM-SIEGENTHALER,** Art. 653, N. 9; BSK-**WICHTERMAN,** Art. 652 N. 12; CR-**FOËX,** Art. 653 ZGB, N. 35.
[66] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 1; **WOLF/von BARY,** s. 152; **WOLF,** Grundfragen, s. 49; **GUILLAUME,** s. 306.
[67] Adi ortaklıkta pay devrinin mümkün olduğu yönünde ayrıca bzk. **WOLF/von BARY,** s. 153.
[68] **LEMMERZ,** s. 1248.

olduğu tespit edilir[69]. İsviçre-Türk hukukunda ve Alman hukukunda, pay üzerinde tasarruf olanağı tanınmayan yegâne kesişim alanının evlilik birliğindeki mal ortaklığı rejiminden ibaret olması ilgi çekicidir[70]. Bu görüşe İsviçre-Türk hukukunda yöneltilen eleştiri, elbirliği ile hak sahipliğinde pay üzerinde tasarruf yasağının genel bir hükümle düzenlemesi üzerine, uygulamada en sık karşılaşılan elbirliği ile hak sahipliği türleri olan adi ortaklık ve mirasçılar topluluğu bakımından istisna getirilmiş olmasıdır. Genel yasağı betimleyen genel hüküm ve istisnaları tarif eden özel hüküm düzenlemeleri yasa yapım tekniği açısından makul görülse de uygulamada nicel üstünlük, istisnanın uygulandığı sahadadır. Bu da genel hükmü sindirmeyi zorlaştırır. Eleştirileri yöneltenler, evlilik birliğindeki mal ortaklığı rejiminin el birliği ile hak sahipliğinin morfolojisini tayin eden genel sınırları çizerken kontrol grubu olarak nazara alınmasından rahatsızlık duyar. Nihayetinde evlilik birliği ilişkisine eş statüsünü taşıyanlar dahildir. Mal ortaklığı rejimini eş statüsünü taşıyanlar ya da evlenme başvurusunu yapan nişanlılar tercih edebilir. Kıta Avrupası hukuk sistemi aile hukukunda tek eşlilik esas olduğuna göre, elbirliği ile hak sahipliğindeki pay devri olanağının sınırlarının, mal ortaklığı rejimi dikkate alınarak çizilmesi yerinde değildir.

(2) İkinci görüşü savunanlar, birinci görüşü takip eden yazarların aksine elbirliği ile hak sahipliğinde yer alan payın, paylı mülkiyet rejiminde olduğu gibi hak sahibinin malvarlığında ayrı bir yer tuttuğunu ve bu pay üzerinde her bir hak sahibinin müstakil tasarruf yetkisinin bulunduğunu kabul eder. Alman öğretisinden *BEUTHIEN*, BGB'yi hazırlayanların açık gözlü davrandığını ifade eder. Zira yazara göre, yasa koyucu el birliği mülkiyeti ve el birliği ile hak sahipliğini tanımlamaktan bilinçli olarak imtina etmiştir. BGB'nin yürürlükte bulunduğu yüz yılı aşkın zamandır tanımlamadan kaçınılması da tercihin bilinç taşıdığına delalet eder[71].Yasa koyucunun suskunluğuna

---

[69] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 542; **SİRMEN,** s. 291; **SEROZAN,** Eşya, s. 241; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 17.

[70] Türk hukukundaki elbirliği ile hak sahipliği grupları şunlardır: mirasçılar topluluğu, adi ortaklık, evlilik birliğindeki mal ortaklığı rejimi ve aile malları ortaklığı. İsviçre hukukundaki elbirliği ile hak sahipliği grupları şunlardır: mirasçılar topluluğu, adi ortaklık, kollektif ortaklık, komandit ortaklık, evlilik birliğindeki mal ortaklığı rejimi, aile malları ortaklığı ve müşterek eser sahipliği. (BK-**GRAHAM-SIEGENTHALER,** Art. 652, N. 5) Alman hukukundaki elbirliği ile hak sahipliği grupları şunlardır: adi ortaklık, evlilik birliğindeki mal ortaklığı rejimi, mirasçılar topluluğu. Almanya'da, İsviçre ve Türk hukukundaki elbirliği ile hak sahipliğine ilişkin genel hükümlere rastlanmaz (**WOLF/von BARY,** s. 153; **MARTENS,** s. 1354.).

[71] **BEUTHIEN,** s. 675. BGB'de elbirliği ile hak sahipliği de dahil genel kavramların tanımsız bırakılmış olması gerçeğini tartışmaya açan MARTENS ise, eşya hukuku kavramları hakkında tanımlara yer verilmemesinin BGB'de eşya hukuku genel hükümlere ilişkin boşluk barındırıp barındırmadığını tartışmaya açar. Yazar, kavramların teker teker tanımlanmamış olmasının eşya hukuku sorunlarını çözmede bir aksaklığa sebebiyet vermediği sonucunu, makalesinin sonunda ortaya koyar (**MARTENS,** s. 1354).

anlam atfederek yöneltilen, elbirliği ile hak sahipliğinde payın bulunup bulunmadığı sorusu da dogmatik bir soru niteliğindedir. Nitekim bu sorunun cevabı da yasa koyucunun herhangi bir genel düzenlemeye yer vermemiş olmasından hareket eder ve elbirliği ile hak sahipliğine ilişkin izlediği hukuk politikasından uzaklaşır. Gerçekten de yazar, BGB'de elbirliği mülkiyetine ilişkin genel bir düzenleme bulunmasa da elbirliği ile hak sahipliği ilişkisi barındıran topluluk ilişkilerinde izlenen hukuk politikasının altını çizer. Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenen üç tip elbirliği ortaklığında kesişen özellik, ortaklık malvarlığı ve bu malvarlığına dahil hak ile münferit eşyalar üzerinde oybirliği ile tasarrufta bulunabilmesidir (BGB §747, §1416, §2040). Yazara göre bu kesişim kümesi "elbirliğinin", malvarlığı unsurluları üzerinde "tek başına tasarrufa açık olmama", şeklinde okunmasını gerektirir. Malvarlığı unsurları için tespit edilen ortak özelliği, elbirliği topluluğundaki paylara yaydırma dogmatik tutumu sürdürmekten başka bir şey değildir. Sözgelimi yayma refleksi de yasa koyucunun iradesini aşar. Bir kere BGB §719, ortaklığın malvarlığından, malvarlığındaki paydan ve malvarlığına dahil unsurlar üzerindeki paydan söz eder. Yasa böylelikle, payı soyutlama eğilimi gösterir[72]. BGB §2033 de mirasçının topluluktaki miras payını devretme kabiliyetini açıkça tanır. Gerek adi ortaklık gerek miras payının haczi de BGB §859 uyarınca haczedilebilir. Şu hâlde yasa koyucunun özel malvarlığı ile malvarlığı payını soyutladığı ve kimi hallerde devre izin verdiği gözlemlenir[73].

Pay devri imkanı, elbirliği ile hak sahipliğine hakim olan malvarlığını koruma ereğini de baltalamaz. Zira payını devreden ortak ya da topluluk üyesi özel malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmaz ve elbirliğini ortadan kaldırmaz. Bu noktada üçüncü kişilerin, özellikle alacaklıların menfaatlerinin nazara alınması gerektiği düşünülebilir. Pay üzerindeki tasarruf, korunaklı özel malvarlığında azalmaya sebebiyet vermediğinden alacaklı gibi üçüncü kişilerin durumunun ağırlaştığından da söz edilemez.

BGB'nin içerdiği bu gerçeklerden hareket edilmesi gerektiğini salık veren *BEUTHIEN*, elbirliği ilişkilerinde malvarlığı ve malvarlığı unsuru üzerinde tasarrufta bulunmanın mümkün olmadığını kabul etmekle beraber pay üzerinde tek başına tasarrufun olanaklı olduğunu benimser. Yazara göre, elbirliği ilişkisindeki paylar

---

[72] Bugün adi ortaklık payının devri genel olarak kabul görmektedir. Bu yönde bkz. **SCHMIDT,** s. 322; **BİNGÖL,** s. 518. İstisna olduğu yönünde bkz. **SİRMEN,** s. 291.
[73] **BEUTHIEN,** s. 676.

yapısal olarak paylı mülkiyetin ifade ettiği paylarla benzerdir. Bu paylar üzerindeki tasarruf imkânı yasa tarafından derecelendirmeye tabi tutulur. Yani genel geçer bir tasarruf kısıtlaması, elbirliği ile hak sahipliğinin hüküm sürdüğü malvarlığı değerleri için geçerlidir. Yoksa, paylar için değildir. Mirasçılar topluluğunda, miras payının bir diğer mirasçıya veya üçüncü kişiye devri yasaca makbul görülür (BGB §2033). Adi ortaklık için öngörülmüş BGB §719'de yer alan tasarruf yasağı da ortaklığın varlıklarıyla ilgili değildir. BGB §719'da öngörülen pay devri yasakları, ortaklık ilişkisine yabancı bir kişinin girmesini önleme ve böylelikle ortaklık idaresini tehlikeye atmamayı hedef tutar. Görüldüğü üzere adi ortaklıktaki pay devirleri, ortaklığın malvarlığını azaltmaz. Aynı zamanda alacaklıların durumunu da ağırlaştırmaz. Bu nedenle pay devrini yasaklayan hüküm elbirliği ile hak sahipliğinden kaynaklandığı söylenemez. Sözün özü, adi ortaklıkta pay devrini kısıtlayan elbirliği ile hak sahipliği değil, ortaklar arasındaki borç ilişkisidir. Evlilik birliğindeki mal ortaklığı rejimi de açık bir pay devri yasağı içermez. Bu ortaklık ilişkisinde payın bir başkasına devredilememesi, eş statüsünü taşıyan kişi sayısının ikiyle limitli olmasından kaynaklanır. Dikkat edilirse, yine elbirliği ilkesinden kaynaklanan pay devri yasağından söz edilemez. Devri engelleyen aile hukukunun muhafazakâr yapısıdır.

Sonuç olarak yasa koyucunun tanım vermeye yönelik ketumluğuna değil, yasaya nakşedilmiş hukuk politikasına kulak verilirse, yasanın payların mal ortaklığı süresince askıda kaldığı (*ruhige Anteile*) ve ancak feshedildiğinde gündeme geldiği şeklindeki fikre karşı olduğu da anlaşılır. Damıtılan fikir de payın, hak sahibini malvarlığının aktifinde yer aldığı ve kural olarak pay üzerindeki tasarrufun da serbest olduğu sonucuna varır. Pay üzerinde tasarruf, nispi ilişki nedeniyle, içkin olduğu amaç ekseninde sınırlanmış olabilir. Yazarın açıklamalarından miras payı hakkında çıkarılan sonuç, miras payı tasarrufunu konu alan işlemlere kural olarak girişilebileceği ve bu türden işlemlerin istisnai karakter taşımadığıdır. Payın ötesinde, tereke değeri üzerindeki payın devri ancak borçlandırıcı işlem niteliği taşıyabilir. Zira buna geçit vermek, elbirliğine tabi özel malvarlığının azalmasına sebep olur ve yasanın ruhuna aykırıdır. Miras payının devri işlemi, elbirliği ile hak sahipliği için genel kabul gören devir yasağının istisnası değil, bilakis pay üzerinde tasarrufun mümkün olduğunu ortaya koyan genel kuralın açığa vurulmasıdır.

BEUTHIEN'in miras payını konu alan hukuki işlemlere yönelik açıklamalarının BGB §2033 ve devamından damıtıldığı göz ardı edilmemelidir. Zira BGB'de

düzenlenen miras payını konu alan işlemler, İsviçre-Türk hukuk sisteminden farklılık arz eder. Şöyle ki BGB §2033 ve devamı hükümleri, mirasçılar topluluğunda yer alan herhangi bir mirasçının payını devretmesi halinde devralanın mirasçılar topluluğuna dahil olmasını öngörür. Payı devralanın mirasçılar topluluğunda yer alması özel olarak aranmaz[74]. Mirasçı, payını mirasçı olmayan birine devretse bile devralan mirasçılar topluluğuna katılmış olur[75]. Mirasçılar topluluğunda yer alan diğer mirasçı veya mirasçılar, topluluğa dışardan birinin girmesini sahip oldukları yasal önalım hakkını kullanarak engelleyebilir[76]. Gözlemleneceği üzere BGB, özel malvarlığı terekeden soyutladığı miras payının devrini genelleştirme eğilimindedir. Devralan için özel sınırlamalar öngörülmez. Ne var ki toplulukta yer alan diğer mirasçılar, topluluğa dışardan katılan kişinin topluluk yapısı ve tereke üzerinde olumsuz etki doğuracağına kanaat getirirse yasaca tanınmış önalım hakkıyla yasanın genelleştirici tavrına set çekebilmektedir. İsviçre-Türk hukuk sisteminde, miras payının devrini düzenleyen sırasıyla ZGB Art. 635/II ile TMK m. 677 f. II hükümleri uyarınca miras payının toplulukta yer almayan üçüncü kişilere devri, üçüncü kişinin miras payını iktisap etmesiyle sonuçlanmaz. Ayni etkisi olmadığı gibi üçüncü kişi, devreden mirasçının yerini de almaz. Söz konusu devir taahhüdü devreden mirasçı ile devralan arasında nispi sonuçlar doğuran borçlandırıcı bir işlemden ibarettir[77]. Şu hâlde *BEUTHIEN*'den aktarılan görüşün, İsviçre-Türk hukuk sistemi için yerinde olup olmadığı tartışmaya açılmalıdır[78].

İsviçre-Türk hukukunda, BGB §2033'ten ayrımlı olarak, miras payının yalnızca mirasçılar arasındaki devrinde pay üzerinde tasarrufun söz konusu olabileceği kabul edilir. Özel malvarlığı terekeden soyutlanmış pay üzerinde tasarruf işlemi mirasçılar arasında yapılabilecek statü işlemine indirgenir. Miras payını devredenin tasarruf

---

[74] **WOLF/von BARY,** s. 157.

[75]Bununla birlikte devreden, mirasçı statüsünü korur. Bu pozisyonlar birbirinden titizlikle ayrılmalıdır. Alıcı; mirasçılar topluluğunun yönetimine ilişkin düzenlemelere tabidir, müşterek mirasçı olarak paylaşıma katılır, tereke idaresi veya vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevden alınması ile ilgili başvurularda bulunma hakkına sahiptir. Mirasçılar topluluğunun yapısı, üyelerden bağımsız olarak kalır. Bu durum da yasal belirliliği ve sağlamaya hizmet eder. Açıklamalar için bkz. **WOLF/von BARY,** s. 157; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 34.

[76] **WOLF/von BARY,** s. 157. MüncKomm-**GERGEN,** §2034, Rn. 1; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 2. **GREINER,** N. 366.

[77] **WOLF/von BARY,** s. 154.

[78] Adi ortaklık payının, diğer ortakların rızasıyla devri imkânı Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre-Türk hukuk sisteminde de geçerliliğini korur. İsviçre-Türk hukuk sistemi için de söz konusu devir sınırlamasının elbirliği ilkesinden değil, ortaklık sözleşmesinden kaynaklandığı gözlemlenir. Yine mal ortaklığı rejiminde payın varlığı ve devredilemezliği, evlilik birliğinde yer alanların eş statüsünden ileri gelir. Adi ortaklık hakkındaki açıklamalar için bkz. **BİNGÖL,** s. 171 vd.

yetkisi, böylelikle sınırlanır. Yasaların taşıdığı ortak *ratio*, mirasçılar topluluğuna mirasın açıldığı anda yer alanlar dışında yeni kişilerin dahil olmaması ve böylelikle miras paylaşımının daha da komplike bir hal almasını engellemektir. Buna karşın Alman yasa koyucusu, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf serbestisini de hesaba katmış görünmektedir. Gerçekten de mirasbırakan, mirasçı atama tasarrufuyla daha önce bir araya gelmemiş kişileri mirasçılar topluluğunda elbirliği ile birbirlerine bağlayabilir. Bu durumu dikkate alan Alman yasa koyucusu, payı devralan üçüncü kişinin mirasçılar topluluğuna dahil olmasını yadsımaz ve mirasçının pay devrine ilişkin tasarruf yetkisini kısıtlamaz. İsviçre-Türk hukukundaki devir kısıtlaması, miras payı devrinin elbirliği ilkesinin istisnası olduğu fikrinin ileri sürülmesine önayak olur[79]. Oysa pay üzerinde tasarrufun olanaklı olduğu mirasçılar arasındaki işlemler bakımından da pay devri, özel malvarlığı terekeyi azaltıcı ya da alacaklıların durumunu ağırlaştırıcı nitelik arz etmez. BGB §2034'ün önalım hakkı düzenlemesiyle çektiği seti; ZGB ve TMK, pay devri işlemini statüye bağlayarak engellemeyi tercih eder. İsviçre ve Türk medeni yasalarında yer alan düzenleme özel hukuka hâkim aksiyom, irade serbestisini daraltmaktan ibarettir. Bu daraltım elbirliği ilkesinden kaynaklanmamakta, yasa koyucunun iradesinden ileri gelmektedir[80].

Tartışmayı zenginleştirmek uğruna Alman Medeni Kanunu'nda yer almayan aile malları ortaklığının yapısı da incelenebilir. Aile malları ortaklığı, hısımlar arasında kendilerine intikal eden mirasın tamamı veya bir kısmı üzerinde ya da başkaca hak ve mallar getirilerek oluşturulan iradi ortaklıktır. Resmi şekilde kurulan bu ortaklıkta yer alan mal ve haklar üzerinde elbirliği ile hak sahipliği söz konusudur[81]. Aile malları ortaklığının iradeye dayalı yapı olduğunun altını çizen yazarlar; ortakların, paylarını

---

[79] İsviçre hukuku için bkz. BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 1-2; **KOHLER,** s. 47; SHK-**ROUILLER,** Art. 635 N. 3; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 1-2; **GUILLAUME,** s. 303. Türk hukuku için bkz. **ÖZAKMAN,** s. 9-10; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 17; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 549; **ANTALYA,** N. 2149; **SEROZAN/ENGİN,** §7, N. 18; **DURAL/ÖZ,** N. 1571; **EREN/YÜCER AKTÜRK,** N. 1362; **ORTA,** s.34; **ÇALIŞKAN DEMİR,** s. 15.

[80] Yasa koyucunun bu tercihi, yani devralanın mirasçılar topluluğunda yer alamaması ve paylaşmaya katılamaması hukuki işlemin zayıf karnı olarak nitelenmekte ve devralanı temsil yetkisiyle donatma, miras paylaşımının gerçekleşmesinin geciktirici koşul olarak kararlaştırılması gibi pratiklerle aşılmaya çalışılır. Zayıflık ve uygulamaya ilişkin bilgiler için bkz. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 46.

[81] Resmi şekil gerekliliği, mirasçıları aile malları ortaklığı kurmadan alıkoyduğu için eleştirilmektedir. Hakikaten de mirasçıların tereke değerlerinin bir kısmı veya tamamıyla adi ortaklık kurabilmesi için adi yazılı şekle tabidir. Bu noktadan hareket edenler mirasçılar topluluğundaki mal ve haklar kullanılarak oluşturulacak aile malları ortaklığı için adi yazılı şekil şartının yeterli olduğu görüşünü savunmaktadır. **GUILLAUME,** s. 320; CR-**PIOTET,** Art. CC 337, N. 3.

ortakların mutabakatı ile bir diğer ortağa devredebileceğini kabul eder[82]. Görüldüğü üzere bu kabul de payın malvarlığından soyutlanmasından başka bir şey değildir. Devir, kabul görmekle beraber aynı statüyü paylaşanlara indirgenir[83]. Ortaklıkta yer almayanlara devir ZGB Art. 635/II ile TMK m. 677 f. II'deki gibi etki doğurmalıdır. Yani pay üzerinde tasarruf anlamına gelmeyen, borçlandırıcı bir işlemden başka bir şy değildir[84]. Alman hukukunda öngörülmemiş elbirliği ile hak sahipliği için dahi payın özel malvarlığından soyut olduğu, pay üzerinde tasarruf edilebileceği, tasarrufun yasaca sınırlandırılabileceği, ne var ki bu sınırlamanın elbirliği ilkesinden değil de yasa koyucunun iradesinden ileri geldiği şablonu kullanılabilmektedir.

Gelinen noktada *BEUTHIEN*'in ileri sürdüğü gibi miras payı üzerinde tasarrufun serbest olduğu; lakin yasının bu devri ZGB Art. 635/II ve TMK m. 677 f. II hükümleriyle sınırlandırdığı yönündeki argümanı kabul etmenin önünde engel bulunmadığı sonucuna varılabilir.

(3) Türk hukukunda, elbirliği ile hak sahipliğine ilişkin açıklamalar taşıyan sistematik eserlerde, elbirliği ile hak sahipliğinde payın söz konusu olmadığı görüşü yaygındır[85]. Paydan söz edilemeyeceğini ifade eden kimi yazarlar, paydan söz etmenin gereklilik arz ettiği durumlarda bu payın topluluk ilişkisi devam ettikçe askıda kalacağının kabulünü zorunlu bulur[86]. *NOMER/ERGÜNE* ise, elbirliğindeki hak sahipliğinin bölünmemiş olduğu yönündeki görüşün hakimiyetini yitirdiğini ve toplulukta yer alan kişilerin bireysel hak sahibi olduğu yönündeki görüşün hakimiyet sahasını doldurduğunu ifade eder[87].

Miras payının devrini konu edinen monografik çalışmalar incelendiğinde *ÖZAKMAN*, tereke üzerindeki hak ve yetkilerin kullanımı için tüm mirasçıların iradelerinin uyuşması arandığından birlikte hareket ilkesinin söz konusu olduğunu ortaya koyar. Birlikte hareket zorunluluğunun ise, elbirliği ile hak sahipliğinde

---

[82] **GUILLAUME,** s. 320; CR-**PIOTET,** Art. CC 337, N. 9.

[83] İndirgemenin statüyle ilintisi, uygulanacak hukuk seçimi serbestisi ile yakından ilgilidir. Statünün, miras payı devrine ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk seçimini kısıtladığı kabul edilir. Benzer kısıtlama, aile malları ortaklıklarında da kendine yer bulmalıdır. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 44.

[84] **GUILLAUME,** s. 320.

[85] **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR,** N. 1337; **SİRMEN,** s. 291; **SEROZAN,** Eşya, s. 241-242.

[86] **SEROZAN,** Eşya, s. 241.

[87] **NOMER/ERGÜNE,** N. 778. Yazarların aktardığı görüş uyarınca, elbirliği ile hak sahipliğinde topluluk üyelerinden her birinin kendi malvarlığının aktifinde yer alan bir haktan söz edilebilmektedir. Ancak, elbirliği ile hak sahipliğine dahil değer üzerinde tasarruf, diğer ortakların katılımına bağlı kılınmıştır. Yani oybirliği ilkesi geçerlidir. Payın devre konu edilip edilemeyeceğine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

bağımsız bir pay kavramını dışladığını ifade eder. Yazara göre el birliği ile hak sahipliğinde, paydan söz edilemez[88]. *ÖZAKMAN*'ın görüşü, çalışmasını kaleme aldığı dönemde İsviçre'de yaygın olarak kabul edilen "bölünmemiş birlikte hak sahipliği" teorisine dayanır[89]. *GENÇ ARIDEMİR* ise, elbirliği ile hak sahipliğinde paydan söz edilebilse de bu payın tasfiye aşamasına kadar atıl kaldığını ifade eder[90]. Yazar, pay üzerindeki tasarrufların kural olarak tasfiye payı olarak anlaşılması gerekliliğinin altını çizer. Tam da bu noktada her iki yazarın görüşü kesişmektedir. Her iki yazara göre de miras payının devri, elbirliği ile hak sahipliğindeki genel ilkelere getirilmiş bir istisnadır. Yasa koyucu, pay devrini olanaklı kılmasaydı miras payının devri de söz konusu olamazdı[91].

Kaleme aldığı makalesinde elbirliği ile hak sahipliğinde payın, bağımsız bir değer olup olmadığını değerlendiren *SUNGURBEY*, bölünmemiş hak sahipliği teorisinin açıklarını gündeme alır. Bölünmemiş hak sahipliği teorisi uyarınca, topluluk ilişkisi devam ederken paydan söz etmek mümkün değilse, paylaşma ve özgüleme aşamasında etkinleşen payın kaynağının ne olduğu sorusu sorulmalıdır. Elbirliği ile hak sahipliği süresince paydan söz edilemiyorsa, paylaşım anında payın nasıl doğduğu muammadır ve bölünmemiş hak sahipliği teorisi bu duruma açıklık getirememektedir. Bu nedenle, topluluk ilişkisinin devam ettiği süre için de payın bulunduğunu kabul etmek zorunluluk arz eder[92]. Yazar bir adım daha ileri giderek, topluluğun tüzel kişiliği bulunmadığını ve topluluğa dahil malların sahipsiz mal da sayılmadığını bildirerek, esasında terekede değerleri üzerinde de mirasçıların payının bulunduğunu kabul etmenin bir zorunluluk olduğunu ortaya koyar[93].Yazar yaptığı bu açıklamalar üzerine kapalı bir topluluk olan mirasçılar topluluğundaki miras payı devirlerini yadırgatıcı bulmaz. Yazar, bu açıklamalarını yaparken mehaz ZGB'nin elbirliği ile hak sahipliği meselesinde BGB'yi mehaz aldığını ifade ederek "mehazın mehazı" BGB §2033 hükmünden yararlandığını ortaya koyar[94].

---

[88] **ÖZAKMAN**, s. 9 ve 12.
[89] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 602 ZGB, N. 40; **KOHLER,** s. 28-29.
[90] **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 10 vd.
[91] **ÖZAKMAN,** s. 19; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 19. *SARIKAYA* da miras payının devrinde devrin konusunu incelediği makalesinde, elbirliği ile hak sahipliğinde paydan söz edilemeyeceğini ortaya koyar ve TMK m. 677 f. I hükmü ile bu genel kurala istisna getirildiğini savunur. Bkz. **SARIKAYA,** s. 808.
[92] **SUNGURBEY,** s. 620-621.
[93] Aynı yönde bkz. **BEUTHIEN,** s. 676. Tereke değeri üzerinde ayrı bir payın bulunup bulunmadığı aşağıda ele alınacaktır.
[94] *SUNGURBEY* (s. 622) çalışmasında tereke değeri üzerinde pay bulunup bulunmadığını ortaya koymak için savlarını genelden özele giderek ortaya koyar. Bu metot, uyarınca elbirliği ile hak

(4) Yukarıda ele alınan görüşler temelde farklılıklar taşısa da kesiştiği yerler de mevcuttur. Elbirliği ile hak sahipliğinin, tereke değerlerinin elden çıkarılması menfaatine hizmet ettiği şüphesizdir. Yasa koyucu, terekenin korunması menfaatini tahkim ederken, mirasçının da özellikle miras paylaşımı safhasından önce tatmin edilme olanağını hayata geçirme çatışmasının çözümünü, miras payını terekeden soyutlamakta bulur. Soyut miras payı, terekedeki değerlerin ayni ikameyle değiştiği, tereke değerinin semere verdiği veya hasar sonucu telef olduğunda da mirasçının terekeyle ilişkisini ortaya koymaya devam eder. Elbirliği ile hak sahipliğini, "*bölünmemiş birlikte hak sahipliği"* olarak kavrayanlar, topluluktaki yetkileri dışlayan ve topluluktan bağımsız soyut bir paydan söz edilemeyeceğini bildirir. Bu görüşü savunanlar, yasanın tanıdığı istisna nedeniyle miras payının mirasçılar arası pazarlık edilebilir hale getirildiğini ifade eder. Elbirliği ile hak sahipliğini *"bölünmüş birlikte hak sahipliği"* olarak kavrayanlar ise, topluluk ilişkisi devam ettiği sürece terekeden soyut bir pay bulunduğunu kabul eder. Bu görüşü paylaşanlara göre pay; kullanma ve yararlanma anlaşmaları, ivedi işlerin görülmesi ve pay haczi konularında etki gösterir. Keza özel malvarlığına dahil değerin özgülenmesi veya devri için oybirliğiyle alınması gereken karar için ileri sürülmesi gerekli irade beyanı da hüküm ve sonuç doğurmasını paya borçludur. Buna karşın, kanuni istisnalar dışında payın tümel bir biçimde devri gündeme getirilemez. Miras payının devri, kanun buna cevaz verdiği için mümkündür. Mirasçılar topluluğunun yapısı göz önüne alındığında; paylaşmadan önce mirasçıların ivedi işleri görme gereği, kullanma ve yararlanma sözleşmeleri kurma ihtiyacı, mirasçıların alacaklılarının miras payı ile tatmin edilmesi gereksinimi, elbirliği ile hak sahipliğini *"bölünmüş birlikte hak sahipliği"* olarak kavranmasını makul kılar. Elbirliği ile hak sahipliğindeki payın özel malvarlığını koruma amacı dikkati alındığında, her bir hak sahibinin malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunmasının önüne geçilmiş olsa da bu özel malvarlığından soyut payını elden çıkarmasının prensipte mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

Aktarılan tüm bu görüşler ışığında, elbirliği ile hak sahipliğindeki payın özel malvarlığından soyut olduğu, soyut payın devrinin kural olarak mümkün olduğu yönündeki görüş dairesinde kalmak makul görünür. Devir yasakları; mal ortaklığı

---

sahipliğinde payın bulunup bulunmadığını açıklığa kavuşturur. Ardından BGB §2033 hükmünden hareket ederek tereke değeri üzerinde pay bulunup bulunmadığını tartışmaya açar. Yazar izlediği metot çerçevesinde, diğer elbirliği ile hak sahipliği ilişkilerinde payların durumu ve tasarrufu hakkında açıklamalara yer vermemiştir.

rejimi için eş statüsünün, aile malları ortaklıkları içinse hısımlık statüsünün değişmezliğinden kaynaklanır. Bu yasaklar, aile hukukuna özgü, kişiler arasındaki statü ilişkileriyle bağlantılıdır. Bunun karşısında adi ortaklıkta, ortaklık payının devri mutlak biçimde yasaklanmaz. Ortaklar, aralarındaki nispi ilişkide pay devrinin mümkün olduğunu kararlaştırabilir[95]. Mirasçılar topluluğundaki elbirliği ile hak sahipliği payının devri hususunda, Alman hukukunda herhangi bir sınır bulunmaz ve soyut payın devrinin mümkün olduğu prensibine bağlı kalınır. İsviçre ve Türk hukuk sistemi, elbirliği ile hak sahipliği payı niteliğindeki miras payının, ancak mirasçı statüsünü taşıyan kişilere devredilebileceğini düzenler. Kanaatimce bu düzenleme bir hukuk politikası tercihidir ve öğretinin büyük bir kısmı tarafından dile getirilen elbirliği ile hak sahipliğindeki pay devri yasağının istisnası değildir. Aksine, özel malvarlığından soyut, serbestçe devredilebilir pay için öngörülmüş bir devir yasağıdır[96]. Nihayetinde varılan sonuç, TMK m. 677 hükmünde yer verilen "miras payı" kavramının; elbirliği ile hak sahipliğinden soyut, mirasçının malvarlığında yer alan ve devir serbestisi yasaca sınırlanmış elbirliği ile hak sahipliği payını karşıladığı yönündedir.

D. Miras Payı Kavramının Dördüncü Karşılığı: Miras Paylaşımı Fazında Oluşturulan Pay

Mirasbırakanın tek bir mirasçısının bulunduğu durumda tereke, *ipso iure* tek mirasçının malvarlığına intikal eder. İntikal bazı hakların son bulmasına neden olur. Mirasbırakan ve mirasçının taraf olduğu borç ilişkisi özelinde alacaklı ve borçlu sıfatı birleşir ve borç, ifa dışı bir yolla sona erer. Bunun gibi bir dizi durum, mirasçı sayısının biri aştığı durumda gündeme gelmez. Çoğunlukla mirasın paylaşılması fazı tamamlanmadıkça tereke değerleri, mirasçıların malvarlığı ile kaynaşmaz.

Miras intikalinin son fazı olarak mirasın paylaşımını düzenleyen yasa koyucu gerek iradi gerek dava yoluyla gerçekleşecek paylaşım için *"mirasçı ya da kök sayısında payların"* oluşturulması ve oluşturulan bu *"pay"* ların özgülenmesini öngörür. Böylelikle medeni yasada *"miras payı"* anlamı yüklenebilecek bir hüküm olarak TMK m. 650 karşımıza çıkar. Esasında mehaz ZGB art. 611'in Almanca metni incelendiğinde, ZGB art. 635'te yer alan *"der Erbanteil"* terimine değil; *"die Teile oder Lose"* terimine yer verdiği görülür. Terim, terekenin mirasçı sayısı ya da kök

[95] TBK m. 632 hükmünün ters lafzı yorumuyla ulaşılan aynı yöndeki kanaat için bkz. **BİNGÖL,** s. 191.
[96] Bu devir yasağı, Alman hukukunda öngörülen yasal önalım hakkının İsviçre ve Türk hukuk sistemindeki ikamesi olarak görülür.

sayısına göre miras paylarına dayalı olarak fiktif biçimde birimlere ayrılması anlamına gelir. Böylelikle tereke değerleri, bu birimlere atfedilen sayısal değerle orantılı biçimde birimlere yerleştirilir. Bu süreç işleyişinde eşit sayısal değer taşıyan birimlerin kim veya kimlere özgüleneceği bilinmez. Keza süreç sonuçlanmadan mirasçı, ilgili birime özgülenen değerin maliki ya da hak sahibi statüsüne kavuşamaz[97]. İşte bu

[97] **TEKELİOĞLU,** s. 106. Birimlerin belirlenmesinin mirasçılar arasında sonuç eşitliği sağlamayı hedef tuttuğu yönünde bkz. **HÖSLY/GEIGER,** s. 330; **WEIBEL,** s. 630.
Miras paylaşımı fazında oluşturulan payların, mirasçılar arasındaki eşitliği hangi yöntemle sağlaması gerektiği hakkında, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve öğretinin yaklaşımı farklılık arz eder. Federal Mahkeme'ye göre (**BGE 143 III 425 E. 6)** oluşturulacak birimler, miras payını garanti altına alacak şekilde oluşturulmalıdır. Bunun için payların en küçük ortak katının referans alınması gerekmemektedir. Mirasçıların eşit oranda paylara sahip olmamaları durumunda, ZGB art. 611 Abs. 3 de nazara alınarak kura çekmeye elverişli birimlerin oluşturulması yeterlidir. Tereke değerinin bu şekilde birimlere indirgenememesi ya da indirgenmesinin kurayı zorlaştıracağı ihtimalde, tereke değerinin paraya çevrilmesi eşitliği tahkim eder. Mahkeme'ye göre; bu yolun izlenmesiyle, miras paylaşımına hâkim eşitlik ilkesinin yürürlük bulabilir. Öğretide *HÖSLY/GEIGER,* matematiksel eşitliğe dayalı belirlemenin her zaman adil sonuç vermeyeceğini kabul sürerek, Federal Mahkeme'nin tutumunu eleştirir. Yazarlara göre, Federal Mahkeme'nin yaklaşımı özellik arz eden tereke değerinin bölünmesine ya da paraya çevrilmesine yol açabilecek sonuçları gündeme getirir. Özellikle ticari işletmelerin ve şirket hisselerinin söz konusu olduğu durumda, bu değerlerin bütünlüğü korunarak yetkin mirasçıya tahsis edilmesi, eşit birimlerle mirasçılara üleştirilmesinden daha önemlidir. Aksi yönde yorum, anayasal mülkiyet hakkının ihlaliyle sonuçlanır. Bu nedenle bütünlük arz eden tereke değerinin emredici hükümlere aykırı olmayacak şekilde, mirasçılardan birine önceden tahsis edilmesi ve birimlerin güncel duruma göre oluşturulmasının önünde engel bulunmamaktadır. Federal Mahkeme'nin önüne gelen olayda olduğu gibi miras payları arasındaki oran çok farklıysa (62/192 ve 3/192 gibi) küçük payların, para veya mevduat alacağı likit varlıklarla karşılanması öncelemelidir. Ancak böyle bir uygulamayla ZGB art. 611 gerçek anlamıyla hayata geçirilebilir (**HÖSLY/GEIGER,** s. 338, 342-345). *WEIBEL* ise Federal Mahkeme'nin kararını hakimin takdir yetkisini sınırlandırması yönünden eleştirir. Federal Mahkeme'nin mutlak eşitliği hedef tutan birimlerin oluşturulması yönündeki tutumu, tereke değerlerinin paraya çevrilmesini tetikleme potansiyeli taşır. Dolayısıyla mirasçılar arasındaki eşitlik ilkesini mutlak bir noktaya taşıma emeli, diğer yandan ayni taksim ilkesini zedeleyebilir. Yazar, Federal Mahkeme'nin tutumunun hiç değilse miras paylaşımının daha iradi bir düzleme çekilmesine vesile olacağını ortaya koyar. Emlak değerlerini korumak için, yalnızca "patolojik" uyuşmazlıkların mahkeme önünde çözüleceği yönünde öngörüde bulunan yazar, ayni taksim araçlarının hakim tarafından yaratıcı bir şekilde kullanılacağının altını çizer. Bu yönden de paylaşma davası sürecinde, ZGB art. 635'te düzenlenmiş miras payının devrinden istifade edilebileceği ortaya konur (**WEIBEL,** s. 600-604, 608 ve 610). Yazar; uyuşmazlık çözümünün anahtarını, arabuluculuk ve tahkim yargılamasında bulmakta ve ölüme bağlı tasarruflarda yer alan tek taraflı tahkim kayıtlarını sempatiyle karşılamaktadır (**WEIBEL,** s. 609).
İsviçre Federal Mahkemesi'nin tutumunu sürdürmesi halinde, ZGB art. 611 tereke değerlerinin kime özgüleneceğine kanaat getirilmeyen birimlerin oluşturulması safhasında, ayni paylaşım ilkesini hayata geçirmek için miras payının devrinden yararlanılması ve miras payı devrinin yeni bir işlev üstlenmesi olası görünmektedir. Yargıtay ise ayni paylaşım ilkesinden yana tavır takınmaktadır. Yargıtay, kararlarında sıklıkla ayni paylaşmanın altını çizmekte ve mirasçılara özgülenen tereke değerleri arasındaki farkın denkleştirme tutarı ile dengelenmesi yönünde karar almaktadır. Şu halde hukuk uygulamamız bakımından da yargılamaların uzun sürdüğü nazara alınarak, TMK m. 650 hükmüne payların oluşumu sırasında hakim, mirasçıları miras payının devrine aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde sevk edebilir. Devrin ivazlı yapılması durumunda devreden mirasçı, Yargıtay'ın nitelemesiyle denkleştirme alacağına çok önceden kavuşma imkânı yakalar. Bu sonuçi miras payı devrinin ontolojisini miras çıkarına öncelenmiş biçimde ulaşma aracı şeklinde açıklayan görüşlerle örtüşür. **Y. 14. HD. 10.11.2014 T., 2014/12859 E., 2014/12560 K.:** "*Kanun koyucunun bu hükmü getirmekteki amacı öncelikle aynen paylaştırma isteyen mirasçılar arasındaki paylaşma konusundaki ihtilafın en uygun biçimde çözümlenmesi ve taşınmazların değerleri arasında fark bulunması halinde, gereğinde farkı para ödetmek yoluyla, denkleştirmenin sağlanmasıdır. Ayrıca payların özgülenmesinde mirasçıların anlaşması asıl olup, anlaşamazlarsa kura çekilecektir. Bu yolla aynen paylaştırmayı*

nedenle, TMK m. 650'ye dair süreç devam ederken mirasçılar topluluğunun dağıldığından söz edilemez. Dolayısıyla söz konusu süreç işlemekteyken de mirasçıların TMK m. 677 uyarınca miras payının devri sözleşmeleri kurmaları mümkündür. Bu sözleşmenin konusu ise TMK m. 650 uyarınca oluşturulan birim değil, devreden mirasçının genel miras payıdır. Bu nedenle birimlerin, TMK m. 650'nın deyimiyle payların yeniden oluşturulması zorunluluk arz eder. Dolayısıyla gerek iradi gerek mahkeme huzurunda sürdürülen miras paylaşım sürecinde özgülenecek birimler oluşturulurken miras payının devrinden yararlanılabilir. Böylelikle, özgülenecek birim de kısmen su yüzüne çıkmış olur ve paylaşım daha iradi bir düzlem bulur[98].

Miras paylaşım sürecinde tereke değerlerinin miras oranlarına göre birimlere dağıtıldığı aşama, paylaşmanın kısa sürede tamamlanabileceğinin de sinyalini verir. Mirasçıların bu aşamada paylaşım için sunulan önerileri ve önerilerin güncel sonuçlarını değerlendirmeye daha eğilimli olduğu ifade edilir[99]. Paylaşımın mahkeme huzurunda yönetildiği ihtimalde mirasçıların tamamı için ortaya çıkan şeffaflık, paylaşım ve özgülemenin yakın zamanda tamamlanma olasılığının gündeme gelmesi, mirasçıları miras payının ivazlı kısmi devriyle tatmin olmaya daha açık pozisyona getirir. Böylelikle miras payının devrine, adil ve efektif paylaşım için kolaylaştırıcı kurum olma misyonu da yüklenebilir.

Miras paylaşımının tamamen iradi gerçekleştiği ihtimalde de miras oranlarına dayalı özgüleme birimlerinin oluşturulduğu aşama, mirasçıların tamamının iradesini gerekli kıldığından görece şeffaf bir müzakere ortamını beraberinde getirir. Miras payının devri kurumu yukarıda atfedilen misyonla, iradi paylaşım sürecine de esneklik katabilir.

Ortaya konan açıklamalar ışığında yasa koyucunun TMK m. 650 hükmünde ortaya koyduğu "*pay"* teriminin, TMK m. 677 anlamında tasarruf işlemine konu edilebilen *"miras payı"*ndan farklı bir anlama tekabül ettiği sonucuna varılır. Ne var

---

gerçekleştirme olanağı olan mahkemenin mirasçıları satışa zorlayacak bir yöntemi benimsemesi olanaklı olmadığı gibi açıklanan yasal düzenlemelere de aykırıdır." **(Legalbank, E.T.: 01.02.2024); Y. 14. HD. 20.11.2014 T., 2014/8778 E., 2014/13158 K.:** *"Aynen bölünerek paylaştırmanın (taksimin) mümkün olması durumunda bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi halinde eksik değerdeki parçaya para (ivaz) eklenerek denkleştirme sağlanır. Davada paydaşlar arasında anlaşma olmadıkça hakim kendiliğinden bazı taşınmazların bir kısım paydaşlara, kalanın diğer paydaşlara verilmesi şeklinde aynen bölünerek paylaştırmaya karar veremez."* **(Legalbank, E.T.: 01.02.2024).**

[98] Paylaşım araçlarının hâkim tarafından efektif kullanılmasını telkin ederek, aynı yönde oluşturulan kanaat için bkz. **WEIBEL,** s. 608.

[99] **VÖGELI,** s. 242.

ki TMK m. 650'de ifade edilen payın oluşumu fazında, miras paylaşımını kolaylaştırmak maksadıyla miras payının devrinden istifade edilmesi gerekebilir. Hakimin aydınlatma ödevi neticesinde ya da iradi olarak istifade edilen miras payının devrinin, TMK m. 650 uyarınca oluşturulmuş payın devri anlamına gelmeyeceğini yinelemek faydalı olabilir.

E. Miras Payı Kavramının Beşinci Karşılığı: Paylaşım Sonucu Özgülenen Tereke Değerlerinin Toplamı

Yasada kullanılan ifadelerden hareketle *"miras payı"* kavramına yüklenen anlamlardan beşincisi ve bu çalışma kapsamında sonuncusu, mirasın paylaşımı sonucunda özgülenen tereke değerlerinin toplamıdır.

Mirasbırakanın tek mirasçısının bulunduğu ihtimalde mirasın açılması ile paylaşma fazına gerek bulunmaksızın tereke, mirasçının malvarlığı ile kaynaşır. Miras paylaşım fazı, yukarıda da belirtildiği gibi birden fazla ortak mirasçının söz konusu olduğu durumlar için geçerlidir. Paylaşım sürecinin sonunda mirasçıya özgülenecek değerlerin toplamının tasarruf işlemine konu edilebileceği yasada özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden ilki TMK m. 677 f. II'de yer alır. Yasanın kullandığı ifadeyle *"böyle bir sözleşme",* ilk fıkradaki *"miras payının devri konusundaki… sözleşme"* kavramı ile örtüşür. Yapılan lafzi çıkarımla, TMK m. 677 f. II hükmünün paylaşma sonucunda mirasçıya özgülenecek değerin, miras payının devrine konu edilebileceği sonucuna varılır. TMK m. 677 hükmünün kronolojik olarak mirasın açılmasından sonrasını düzenlediği göz önüne alınmalıdır. Buna göre, mirasçılar topluluğunda yer alan herhangi bir üye, paylaşım fazının tamamlanmasıyla kendisine özgülenecek değeri devretme taahhüdünde bulunabilir. Devri taahhüt edilen, özgülenecek değerlerin toplamıdır. Devri taahhüt eden mirasçı her ne kadar terekenin tamamı üzerinde elbirliği ile hak sahibi olsa da onun taahhüdünün konusu, mirasın paylaşılması koşuluna bağlıdır. Bu nedenle TMK m. 677 f. II hükmünde öngörülen devir, beklenen hakkın devri anlamına gelir[100]. Devralan, devredenin taahhüdüyle miras paylaşımı koşuluna bağlı alacak hakkı elde ettiğinden, miras payının hem diğer mirasçılara hem de mirasçı statüsünü taşımayanlara devri mümkündür[101]. Diğer

[100] **NOMER,** s. 1, 12.

[101] Aynı mirasçılar topluluğunda yer alanların aralarında gerçekleştirilen pay devrini hedef tutan sözleşmelerde miras payına yüklenen anlamda açıklık bulunamaması durumunda *"miras payı"* kavramına yüklenmesi gereken anlam tartışmalıdır. İsviçre-Türk öğretisinde yaygın olarak savunulan görüş, açıklık bulunmaması durumunda miras payı devrine atfedilen anlamın tasarrufi etki doğuran pay

elbirliği ile hak sahipliği düzenleri de tasfiye payının devrini hedef tutan borçlandırıcı işlemlere açıktır[102]. Elbirliği ile hak sahipliğinin tüm varyantları için bu türden taahhütler borçlandırıcı işlem mahiyetindedir.

---

devri olarak kavranması gerektiğini savunur (**GENÇ-ARIDEMİR,** s. 40; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 7; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 12; **SARIKAYA,** s. 815). Bu görüşü paylaşan yazarlardan *GENÇ-ARIDEMİR,* taşınmaz içeren terekelerle bağlantılı olarak tapu müdürlüğüne yöneltilecek tescil istemlerinin ve elbirliği ile hak sahipliğinin devam ettiğine ilişkin özellikle yargılama safhasında ileri sürülebilecek savların önüne geçmek için tasarruf işlemini hedef tutan miras payının kararlaştırıldığı yönünde yorum yapılması gerektiğini önerir (**GENÇ-ARIDEMİR,** s. 40); aynı sonuca ulaşan *SARIKAYA ise* tarafların iradelerinin güven teorisi ışığında yorumlanmasını önerir. Yazar, mirasçılar arasındaki pay devrinde ulaşılmak istenen sonucun, işlemin tamamlanması ile paya kavuşmak olduğunu vurgular. Yazar bu vurgulaması, esasında davranışsal ekonomi verileriyle de uyumludur (krş. **VÖGELI,** s. 215). Bu nedenle miras payına atfedilen anlam tasarruf işlemine vücut verecek şekilde yorumlanmalıdır (**SARIKAYA,** s. 815).

İsviçre öğretisinde *SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, GÖKSU* ve *WOLF/von BARY*, miras payının devrini hedef tutan sözleşmede açıkça aksi kararlaştırılmamışsa devrin konusunun tasfiye payı değil; aktüel miras payını konu alan, tasarruf işlemi niteliğindeki miras payının devri olarak yorumlanması gerektiğini ortaya koyar (CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 7; BSK-**SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 12, **WOLF/von BARY,** s. 153). İsviçre-Türk öğretisindeki ikinci görüş ise miras payına atfedilen anlam konusunda açıklık bulunmaması durumunda, bu işlemin salt borçlandırıcı etki taşıdığını kabul eder. Bu görüşe uyarınca taahhüt edilen, bu başlık altında ele alınan tasfiye payından başka bir şey değildir (BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 20c; **ÖZAKMAN,** s. 64; **EREN,** s. 146). Bu görüşü savunan yazarlardan *TOUR/PICENONI* pratik nedenleri nazara alarak, borçlandırıcı etki doğuran tasfiye payı anlamı atfetmeyi uygun görür (BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 20c). *EREN,* kati bir sonuca ulaşılamadığı durumda dar anlama yönelmenin makul olduğunu savunur (**EREN,** s. 146). *ÖZAKMAN* ise, yorum sonucunda herhangi bir veriye ulaşılamadığı durumda tarafların malvarlığı bütünlüğünü korumak için miras payı kavramına tasfiye payı anlamının yüklenmesinin yerinde olduğunu savunur (**ÖZAKMAN,** s. 64).

Alman hukukunda miras payına yüklenecek anlam konusunda prensip olarak tereddütte mahal yoktur. Mirasçılar topluluğundaki payın devrinin düzenlendiği BGB §2033 hükmü ile tasfiye payının satışının düzenlendiği BGB §2371 hükümlerinin her ikisi de noter onayını gerektirir. Noterin hukuki işlemi senetlerken, tarafların gerçek iradelerini ortaya çıkaracağı düşünülür. Şekil ve şekle bağlanan sonuçlar için sırasıyla bkz. **WOLF/von BARY,** s. 156; MüncKomm-**MUSIELAK,** §2371, Rn. 4.

Tarafların adi yazılı şekle uygun hazırladığı miras payının devri konulu sözleşmede, miras payına atfedilen anlamın muğlak kalması ihtimaline İsviçre-Türk hukukunda daha sık rastlanabileceği kabul edilmelidir. Bu nedenle de bu ihtimale dair görüş bildirmek zorunluluk arz eder. Bilindiği gibi İsviçre-Türk hukuk sisteminde mirasın açılmasından sonraki aşamada kurulan miras paylaşma sözleşmeleri de adi yazılı şekil şartına tabidir. Bu nedenle sözleşmeye taraf olan mirasçıların adi yazılı şekle uygun olarak devretmeyi taahhüt ettikleri miras payının, elbirliği ile hak sahipliğindeki payın devralanın malvarlığına intikal etmesi yadırgatıcı değildir. Aynı zamanda pratik olarak nitelenebilen bu sonuç, kavramlara yaslanan bir tahlilin ürünüdür. Kanaatimce esas olan taraflar arasındaki dengenin sağlanmasıdır. Örneğin mirasçılar topluluğunda, mirasçılar arasında dönemsel edimlerin elden paylaşılması söz konusuysa devrin konusunun tasfiye payı olduğu yönünde yorum yapılması taraflar arasındaki dengeyi korumaya daha elverişlidir. Buna karşın terekede mirasçılar adına işletilen ticari işletme bulunması nedeniyle, tacir olmanın beraberinde getirdiği sorumlulukları yerine getiremeyen mirasçı miras payını devretme yönünde irade açıklamasında bulunmuşsa elbirliği ile hak sahipliğindeki payın devredildiği sonucuna varılabilir. Sonuç itibarıyla, miras payı kavramına atfedilen anlam konusunda muğlaklığın hâkim olduğu durumda elbirliği ile hak sahipliğindeki pay ile tasfiye payı arasında götürü bir kavramsal tercihin dışlanması gerektiği ve menfaat dengesi gözetilerek sonuca varılması gerektiği savunulmalıdır.

[102] Adi ortaklıkta, evlilik birliğindeki mal ortaklığı rejiminde ve aile malları ortaklığında ortaklık ilişkisinin çözülmesi koşuluna bağlı olarak ortakların tasfiye payları bulunur. Hatta alacaklıların söz konusu tasfiye paylarından tatmin edilmesi imkânı da yasada tanınır Keza elbirliği ile hak sahipliği modellerinin tamamında tasfiye paylarının iradi biçimde borçlandırıcı işleme konu edilebileceği kabul edilir. Adi ortaklık için bkz. (**BİNGÖL,** s 167-168**)**.

Mirasçılar topluluğu, bir yönüyle daha diğer elbirliği ile hak sahipliği ortaklıklarından ayrılır. İsviçre-Türk hukuk sisteminde düzenleme altına alınmış diğer ortaklıklarda, henüz ortaklığın kurulmadığı evrede tasfiye payının devrini öngören bir düzenleme bulunmaz. Buna karşın ZGB Art. 636 ve TMK m. 678 hükümleri henüz mirasın açılmadığı dönemde de mirasçı statüsüne kavuşma beklentisi bulunan kişi veya kişilerin muhtemel tasfiye paylarının devrine açıkça imkân tanır[103]. Dahası, mirasın açıldığı anda mirasbırakanın tek mirasçısı bulunmaktaysa tereke, başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın, eşzamanlı olarak tek mirasçıya intikal eder. Bu ihtimalde tek mirasçının payından söz edilemez. Oysa mirasın açılmasından önce, miras beklentisini taahhüt konusu yapan muhtemel mirasçı, mirasın açıldığı anda mirasçılık statüsüne hiç kavuşamayacağı gibi mirasbırakanın tek mirasçısı dahi olabilir. Şu halde ZGB Art. 636 ve TMK m. 678 hükümlerinin ileride tek mirasçı olması muhtemel mirasçıları da kapsadığı tespit edilir[104]. Yasa koyucunun henüz mirasın açılmadığı evrede miras sayesinde elde edilecek değerlerin sözleşmeye konu edebilmesini düzenlemesi, muhtemel mirasçının miras beklentisine önceden kavuşmasını hedef tutar. Esasında yasa normun altında yatan *ratio* miras payının devri konseptiyle uyumluysa da sözleşmenin kurulduğu sırada taahhüt edilebilecek *miras payı*ndan söz edilemez. Bu durumu gözeten yasa koyucu da bilinçli olarak miras payı kavramını değil, *açılmamış miras hakkında sözleşme* ifadesini tercih eder[105]. Şu halde ZGB Art. 636 ve TMK m. 678 bağlamında, miras payı kavramından ve bu kavramından görünümünden söz etmek prensipte mümkün değildir. Ancak, miras sonucu elde edilmesi beklenen değerler ile tasfiye payı arasındaki benzeşme ve bağlantı, miras payının devrini konu edinen önceki çalışmalarda olduğu gibi, ZGB Art. 636 ve TMK m. 678 hükümlerinin incelenmesini bu çalışma özelinde de zorunlu kılar.

Yukarıda öğretinin önemli bir kısmının miras payının devrini istisna olarak görmüş olduğuna ve ulaşılan kanaate yer verildi. Miras payı devrinin elbirliği ile hak sahipliği ortaklıkları için öngörülmüş istisna teşkil etmediği yönündeki görüş, bu bahiste tahkim edilebilir. TMK m. 677 f. II'de ile ZGB Art. 635/II'de devir taahhüdü öngörülen miras payı, tasfiye payını karşılar ve taahhüdün ivaz karşılığında yapılması

[103] **EITEL,** ZBJV, s. 912; **GUILLAUME,** s. 304; **ÖZAKMAN,** s. 104 vd.
[104] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 26; **GUILLAUME,** s. 305; **YILDIRIM,** I, s. 122.
[105] ZGB Art. 636'daki ifadenin de bilinçli tercihi yansıttığı yönünde bkz. SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 8; **RYFFEL,** s. 190.

umulan şeyin satışından başka bir şey değildir[106]. Hukuk sistemimizde konusu umulan şey olan satış sözleşmelerine istisna gözüyle bakılmaz. Yine, mirasçının tasfiye payının haczini öngören İİK m. 121 hükmü de tasfiye payına özgülenecek değerlerin paraya çevrilerek alacaklıların tatmin edilmesini düzenler. Gerek her iki tarafa borç yükleyen ivazlı sözleşmelerin prototipi satış sözleşmesinin gerek alacaklıların tatminini hedef tutan İİK'nın elbirliği ile hak sahipliğinin tasfiyesi sonucu elde edilecek değerlerin devrini bünyesinde barındırması, miras payının devrini konu alan sözleşmelerin istisna olarak nitelemesini güçleştirir.

Toparlamak gerekirse, *miras payı* kavramına yüklenen anlamların bir diğeri mirasçılar topluluğunun tasfiyesi neticesinde elde edilecek *tasfiye payı*dır. Mirasçılar topluluğunun yasaca öngörülmüş ve mirasçılar tarafından değiştirilemeyen yegâne amacının tasfiye olduğu gözetildiğinde, tasfiye payı devrini hedef tutan taahhütlerin borçlandırıcı işlem niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılır. Yasa koyucu bir adım daha ileri giderek, tasfiye payını konu edinen borçlandırıcı işlem kurulmasına olanak tanır. Henüz miras açılmadan önce mirasçı olma ümidi taşıyan muhtemel mirasçı, mirasçı statüsüne kavuşma ve söz konusu mirasın paylaşılması koşuluna bağlı tasfiye payını devretme taahhüdünde bulunabilir. Ne var ki bu taahhüt, miras payını konu alan bir taahhüt olarak vasıflandırmaya elverişli olmadığından, açılmamış miras hakkında sözleşme olarak nitelenir. Taahhüdün konusu miras payı olarak nitelenemese de taahhüt edilen edimin ifası, borçlunun mirasçı statüsüne kavuşması koşulunun gerçekleşmesiyle mirasçılar topluluğundan doğan yükümlülüklerle kesişir[107]. Dahası, miras paylaşım fazının tamamlanması koşulunun gerçekleşmesiyle, açılmamış miras hakkında yapılan sözleşmeden doğan borcun ifası modaliteleri, büyük ölçüde TMK m. 677/II'deki ile benzeşir. Sayılan bu nedenler, açılmamış miras hakkında sözleşmenin, miras payının devrini konu alan çalışmada ele alınmasını gerekli kılar.

II. DEVİR TAAHHÜDÜNÜN KONUSU OLARAK: MİRAS PAYI

Miras payı kavramına karşılık gelen kavramlar yukarıda ele alındı. Miras payının karşıladığı anlamlardan hangisi veya hangilerinin devir taahhüdüne konu edilebileceğinin derlenerek ortaya konması, çalışmanın takibini kolaylaştırıcı işleve

[106] **NOMER/ENGİN,** TBK m. 207, N. 24 ve N. 29; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 635, N. 3.

[107] Devir borçlusunun; denkleştirme alacağı talep etme, tenkis davası açma, ölüme bağlı tasarrufun iptalini isteme, mirası paylaşma ve miras sebebiyle istihkak davası açmakla yükümlü olup olmadığı borç ilişkisinin kapsamının ortaya konduğu bölümde özel olarak ele alınacaktır.

sahiptir. Bu itibarla öncelikle, yukarıdaki kısımda elde edilen verilerin taahhüde elverişliliği ortaya konacaktır. Takip eden kısımda ise hukuk uygulamamızda kendisine yer bulmuş *tereke değeri üzerindeki payın devri taahhüdü* özel olarak incelenecektir.

A. Genel Olarak

Yasa koyucunun miras payı kavramına yüklediği anlamlar, devir taahhüdü bakımından ele alınacak olursa karşımıza ilk *miras oranı* çıkar. **(1)** Miras oranı; mirasçının tereke üzerindeki hak sahipliğini belirleme işlevi bulunan fiktif değerden ibarettir. Bu değeri belirleme yetkisi mirasbırakandadır. Muhtemel mirasçıların bu oranı kendi aralarında belirlemeye yönelik anlaşmaları, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisini ihlal ettiğinden kesin hükümsüzdür[108]. Miras açıldıktan sonra miras oranı hakkında açığa vurulan birbirine uygun irade beyanları bakımından temkinli davranılmalıdır. Mirasçıların böyle bir anlaşmayı yapmakdaki amaçları titiz biçimde ele alınmalıdır. Mirasçılar, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf serbestisini dolanma amacıyla salt oran belirlemeye yönelik anlaşmada bulunuyorsa böyle bir anlaşma yine kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşır. Örneğin mirasbırakanın sağlararası ya da ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunduğu kişiye karşı birden fazla mirasçının tenkis davası açabilecek konuma gelebilmesi için salt oran üzerinde yapılan anlaşmalar, kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşır.

(2) Terekeyi yönetme ve terekeden yararlanma yetkisine karşılık gelen miras payı kavramı da devir taahhüdüne konu edilemez. Mirasçılar topluluğunda mirasçı sıfatıyla yer alanların terekeyi yönetme ve tereke değerlerinden yararlanma yetkisi bulunur. Yönetim yetkisi, mirasçı statüsüne bağımlı bir yetki olmanın yanı sıra çeşitli yükümlülükleri de beraberinde getirir[109]. Terekeyi yönetme yetkisinin devrini hedef tutan miras payı üzerindeki sözleşmeler, TBK m. 502 f. II uyarınca vekalet sözleşmesi olarak nitelenmelidir. Söz konusu vekalet sözleşmesinin konusu, bir iş görme edimi olan miras payının ve terekenin yönetimidir[110]. Herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmaksızın, terekenin yönetimini hedef tutan tek taraflı yetki donatımı da temsilci

---

[108] Böyle bir anlaşma kesin hükümsüz olsa da mirasın paylaşılması fazında mirasçıların irade serbestisini üstünlük tanınır. Mirasçılar payların oluşturulduğu evrede düşük oranda bir paya, pahada yüksek bir tereke değerinin özgülenmesi hususunda anlaşabilirler. Böyle bir miras paylaşma sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu ileri sürülemez. Paylaşma fazı için öngörülmüş irade serbestisi için bkz. **TEKELİOĞLU,** s. 82.

[109] Terekenin yönetimi yetkisi aynı zamanda belirli yükümlülükleri beraberinde getirir. Bu yönde bkz. **LEMMERZ,** s. 1249.

[110] **LEMMERZ,** s. 1251.

atama anlamına gelir. Mirasçılar, terekenin yönetimi neticesinde tereke değerlerin elde edilecek semerelerin belirli dönemlerde devşirilmesini ve paylaşılmasını kararlaştırmış olabilir. Terekenin semereleri de ayni ikame ilkesi uyarınca tereke değeri sayılır ve esasında tarafların yaptıkları anlaşma, objektif kısmi miras paylaşma sözleşmesidir. Bu sözleşmeye uygun biçimde elde edilecek değerlerin devri taahhüdü ise *elde edilmesi umulan şeyin* satışıdır[111].

(3) Miras paylaşımı fazında oluşturulan pay kavramı, tereke değerlerinin orantılı biçimde özgülenmesini sağlayan fiktif birime karşılık gelir. Mirasın paylaşılması sürecinde, mirasçılar arasındaki maddi anlamda eşitliği sağlamak için oluşturulan bu matematiksel değer mirasçıların malvarlığında ayrı bir değer olarak yer almaz. Bu nedenle devir taahhüdüne konu edilmesi olanak dışıdır.

(4) Terekeden soyut malvarlığı değeri anlamına karşılık gelen miras payı kavramı, yukarıda açıkladığımız üzere mirasçının malvarlığında yer alan elbirliği ile hak sahipliği payını ifade eder. Başlı başına ekonomik değer ihtiva eden bu payın, devir sözleşmesine konu edilebileceği genel geçer biçimde kabul edilir[112]. Genel kabulü paylaşan öğretinin bu sonuca farklı yolla vardığı açıklanmıştı[113].

(5) Mirasın paylaşımı sonucu mirasçıya özgülenecek değerlerin toplamından oluşan tasfiye payının da miras payı adlandırmasıyla devir sözleşmelerine konu edilmesi mümkündür. Bu bahiste devralan, özgülenecek değerlerin kendisine devredilmesini talep etme yetkisi bahşeden alacak hakkı kazanır. Miras açılmadan önce ortaya konan devir taahhütlerini miras payı olarak nitelemek mümkün değildir. Söz gelimi zaman kesitinde bulunan taahhütler, açılmamış mirasa dair sözleşme taahhüdü sayılır. Devralan, devredenin mirasçı statüsü taşıması ve paylaşımın

---

[111] **NOMER/ENGİN,** TBK m. 207, N. 29.

[112] **GUILLAUME,** s. 308; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 1; SHK-**ROUILLER,** Art. 635 N. 2.

[113] Hatırlanacak olursa bir görüş, elbirliği ile hak sahipliğiyle, pay devrinin kural olarak bağdaşmadığını, TMK m. 677 ve ZGB Art. 635 düzenlemelerinin istisnasıyla bu devrin mümkün olduğunu kabul ediyor. Bu görüşe göre yasa koyucunun bu istisnayı mirasçılar arasındaki hukuki işlemle sınırlı tutar. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 1; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 2; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 635, N. 1; **RYFFEL,** s. 190; **ÖZAKMAN,** s. 19; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 19; **SARIKAYA,** s. 808-809.
Diğer görüş ise, elbirliği ile hak sahipliğinin pay devrini ontolojik olarak dışlamadığını; devir yasaklarının elbirliği ile hak sahipliğinin tabi olduğu nispi ilişki nedeniyle sınırlanmış olabileceğini kabul eder (**BEUTHIEN,** s. 676.). Bu görüşe dayanıldığında varılması gereken sonuç, elbirliği ile hak sahipliği payı niteliğindeki miras payının devri kural olarak mümkündür. Yasa koyucu bu serbest devir olanağını sınırlayabilir. Nitekim TMK m. 677 ve ZGB Art. 635'te böyle bir düzenleme barındırır. Devri serbest olan miras payının tasarruf işlemine konu edilebileceği çevre, bu düzenlemeyle sınırlanır. Buna sınırlamaya göre devir, aynı mirasbırakanın mirasçıları arasında ayni etkiye kavuşabilir. Alman hukukunda miras payının tasarruf işlemine konu edilebileceği çevre sınırlanmış değildir. Mirasçı olmayanlara yapılan devir de ayni etki kazanabilir (**SCHMIDT,** s. 329; **WOLF/von BARY,** s. 157.).

tamamlanması üzerine özgülenen değerlerin devrini hedef tutan alacak hakkına sahip olur.

Açıklamalar ışığında gerek borçlandırıcı işleme, gerek tasarruf işlemine konu edilebilen miras payı kavramının iki karşılığı bulunur. Bunlar *miras açıldıktan sonra mirasçılar topluluğunda yer alan mirasçıların kendi malvarlıklarında yer alan terekeden soyut elbirliği ile hak sahipliği payı* ve *miras paylaşımı sonucunda mirasçılara özgülenecek malvarlığı değerlerinin toplamıdır*[114].

Miras payı kavramına atfedilen anlamlar incelendiğinde; elbriliği ile hak sahipliği payının kapsayıcı bir kavram olduğu ve ferden tayin edilen tereke değeri veya değerlerine karşılık gelmediği görülür. Tereke değerlerinin tamamına yaygın miras payının kapsamı, tereke değerlerinin ikamesi sonucunda değişkenlik gösterebilir. Ne var ki bu değişkenlik, elbirliği ile hak sahipliği payını ayrı bir malvarlığı hakkı olduğu ve ekonomik değer taşıdığı gerçeğini değiştirmez[115]. Yine paylaşım sonucunda mirasçıya özgülenecek değerlerin toplamı da prensip olarak belli tereke değeri veya değerlerini konu edinmez[116]. İsviçre ve Alman hukukunda benimsenen yaklaşıma göre, miras payı belli tereke değerinin veya tereke değeri üzerindeki payın devri olarak hayata geçirilemez[117]. Buna karşın terekede yer alan bir değer üzerindeki payın

---

[114] Yasada beş farklı anlama karşılık gelen miras payı kavramının sözleşmede yeterli açıklıkta kullanılmaması üzerine, tarafların şekle uygun sözleşmeyle ulaşmak istediği menfaat nazara alınarak miras payı ifadesi ya da bu anlama gelecek diğer ifadeler yorumlanmalıdır: **(1)** Taraflar sözleşmeyle, miras oranı devretme hususunda uzlaşmışlarsa ve sözleşme ile amaçlananın elbirliği ile hak sahipliği payı olduğu anlaşılıyorsa sözleşmeye buna bağlı sonuçlar yüklenir. **(2)** Yine mirasçılar arasında kurulan elbirliği ile hak sahipliğindeki payın devrini konu edinen sözleşme, tasarruf işlemi niteliğini de taşımaktaysa devredenin terekeyi yönetme yetkisini de devralana bıraktığı anlamına gelir. **(3)** Miras paylaşma fazında oluşturulan payların devri mümkün değilse de mirasçılar hangi paya hangi değerlerin özgüleneceğinin ortaya çıkması üzerine bu düşünsel payların devri konusunda mutabık kaldıkları sözleşme kurabilir. Konusu pay olan böylesi bir sözleşme, tarafların amacı doğrultusunda özgülenecek değerlerin devrini konu edinen borçlandırıcı işlem olarak yorumlanabilir.

[115] **LANGE/KUCHINKE,** s. 1068; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 2.

[116] Miras paylaşım sonucunda belli tereke değerlerinin devrini hedef tutan sözleşmelere yüklenen anlam ileride özel olarak ele alınacaktır. Bu türden hükümlerin, garanti taahhüdü veya devir vaadi sözleşmesi anlamına gelebileceği tartışmaya açılacaktır. İleride bkz. **§1, II, B.**

[117] **WOLF/von BARY,** s. 158; **LANGE/KUCHINKE,** s. 1170; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 7; **GUINAND/STETTLER/LEUBA,** N. 568. İsviçre Federal Mahkemesi **BGE 100 Ib 121** numaralı kararında: "*Temyiz edenler ayrıca, kısmi taksim sözleşmesi olarak kabul edilememesi halinde, intifa hakkının tesis edilmesine ilişkin anlaşmanın her halükârda ZGB Art. 635 uyarınca mirasçıların muaccel paylarına ilişkin bir anlaşma olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak bunu yaparken, terekenin bir parçasını oluşturan* ***belirli nesnelerin veya hakların ZGB Art. 635 uyarınca bir sözleşmeye konu olamayacağını göz ardı etmektedir.*** *Bir paylaşma sözleşmesinde belirli ortak mirasçılara tahsis edilmemişlerse bu eşyalar veya haklar, sağlararası hukuki işlemleri düzenleyen kurallara uygun olarak alıcıya devredilmelidir. ZGB Art. 635, yalnızca miras paylarının veya bunların bir kısmının devri için özel bir şekil kuralı içermektedir. Bununla birlikte, Rosa Kuntschen'in mirasçıları arasındaki anlaşma, bazı mirasçıların kendilerine düşen hisseleri veya hisse kısımlarını ortak mirasçılarına devretmek istediklerini hiçbir şekilde ima etmemektedir. Aksine, sadece Myriam ve Germaine Kuntschen'e La Lenk'teki daire üzerinde*

devredilip devredilmeyeceği Türk hukukunda etraflı biçimde tartışılmıştır. Devam eden başlıkta bu konu hakkındaki yargı kararlarına ve öğretinin kanaatine yer verilecektir.

B. Tereke Değeri Üzerindeki Payın Taahhüdü

Terekenin, kavramsal olarak, mirasın açılmasıyla paylaşımı arasındaki zaman zarfına özgü özel bir malvarlığı (*Sondernsvermögen)* niteliği taşıdığı kabul edilir. Mirasçılar topluluğunda yer alanların ise tereke değerleri üzerinde elbirliği ile hak sahibi olduğu; buna karşın her bir mirasçının kendi malvarlığında, tereke üzerindeki hak sahipliğini imgeleyen elbirliği ile hak sahipliği payı bulunduğu sonucuna varıldı. Şüphesiz ki varılan bu sonucun da mirasın açılması ile paylaşımı arasındaki evreye indirgenmesi gereklilik arz eder. Öğreti ve uygulama, söz konusu zaman aralığında terekeden soyut miras payı kavramının tereke değeri üzerinde etkisi bulunup bulunmadığını tartışmaya açar. Gündeme getirilen tartışma, eşya hukukuna özgü ilkeler ile temellendirilse de tartışmanın, miras hukukuna özellikle mirasın paylaşılmasına da değgin alana inhisar ettirilmesi zorunluluk arz eder. Aşağıda, Alman ve İsviçre hukukundaki yaklaşım aktarıldıktan sonra hukukumuzda hakim olan görüş ve eleştiriler sıralanacaktır.

(1) Elbirliği ile hak sahipliği kavramına dair genel hüküm bulunmayan **Alman hukukunda,** miras payı ile tereke değeri arasında bağ ve tereke değeri üzerindeki payda serbestçe tasarruf imkanının bulunup bulunmadığı yönündeki soru, *tümevarım metodu* ile ele alınır. *BEUTHIEN*, tümevarım metodundan istifade etmek ve elbirliği ile hak sahipliğinin kendine özgü yapısını su yüzüne çıkarabilmek için paylı mülkiyete ilişkin genel düzenlemelerden yararlanır. Yazar; paylı mülkiyete ilişkin genel kabulün eşyanın bölünmeden kalması olduğunun, paylara ayrılanın eşya üzerindeki mülkiyet hakkı olduğunun altını çizer[118]. Bu kabulün ise, paylı mülkiyette hak sahiplerine münhasırlık kazandırma amacı taşıdığını bildirir. Paydaşlara kazandırılması arzu edilen münhasırlık payı devretmek veya pay üzerinde rehin gibi sınırlı ayni hak kurmak türünden tasarruf yetkisidir. Nitekim paydaşın kullanım ve yararlanma yetkisi

---

intifa hakkı tesis etmek istedikleri açıktır. Dolayısıyla bu anlaşma, ZGB Art. 635 uyarınca miras hisselerinin devri olarak değerlendirilemez." ifadelerine yer verir.
Alman Yüksek Mahkemesi de **BGHZ 43, 174** numaralı kararında verdiği elbirliği ile hak sahipliğinde yer alan değerlerin devir konusu yapılamayacağına ilişkin içtihadını sürdürmektedir (Aynı yönde kararlar için bkz. **OLG Saarbrücken, 25.01.2023 – 5 W 87/22; OLG München, 08.02.2021 – 33 U 4723/20**).

[118] **BEUTHIEN,** s. 669. Yazar, genel kabulü *BAUR/STÜRNER*'in "*Paylı mükiyet payı, mülkiyettir!"* vecizinden (**BAUR/STÜRNER,** §3 Rz. 28.) ve *SAEGNER*'in bu vecizi tersten zikreden *"Paylı mülkiyette malik, aslında malik değildir."* (**SAEGNER,** s. 118.) ifadelerinden hareket ederek aktarır.

ya da eşya üzerindeki doğrudan zilyetliği sınırlanmış olsa da pay üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi her zaman paydaştadır[119]. Ancak yazar paydaşın malvarlığında yer alan payın, hakkın konusundan tam anlamıyla bağımsız olmadığını da ortaya koyar. Gerçekten de hakkın konusu telef olursa, payın ekonomik bir işlevi kalmayabilir. Bu nedenle, eşya üzerindeki münhasır tasarruf yetkisinin kabul edildiği yapı da dahi eşyanın ve özgülendiği amacın korunmasına ilişkin düzenlemeler, yaptırımlar öngörülür. Birlikte mülkiyet ilişkilerinin ortak hak sahibine en yüksek düzeyde serbesti tanıyan görünümü dahi eşya ve eşyanın özünün korunmasını gözetirken, yasanın özel önem atfettiği özel malvarlıkları için durumun farklı olmayacağı kabul edilmelidir[120]. *BEUTHIEN* ortaya koyduğu hakkın kaynağının korunmasına ilişkin önermenin, yasada öngörülen elbirliği ile hak sahipliği görünümleri için *evleviyetle* yürürlükte olduğunu kabul eder. Zira, elbirliği ile hak sahipliği yasanın öngördüğü hukuki olay ve ilişki sayesinde kurulur ve özel malvarlığı niteliği taşır. Özel malvarlığına, münferit eşya muamelesi yapılamaz. Paylı mülkiyette eşyanın özü korunurken, özel malvarlığının korunması gerektiği reddedilemez. Koruma önlemi olarak, özel malvarlığındaki değerlerin oybirliği ile elden çıkarabileceği kabul edilir[121]. Ne var ki *BEUTHIEN,* öğretinin elbirliği ile hak sahipliği için ortaya koyduğu "*elbirliği ile hak sahipliğinde payın bulunmadığı ve her şeyin herkese ait olduğu"* şeklindeki betimlemeye katılmadığını da dillendirir. Bu betimlemeyi son derece romantik bulan yazar, özünde elbirliği ile hak sahipliğinde tasarruf edilebilecek münferit payların bulunduğunu kabul etmek gerektiğini; ancak özel malvarlığını, yani payın kaynağını korumak ve yasaca öngörülmüş hukuki ilişkileri yıpratmamak için bu payın özel malvarlığı değerlerine indirgenemeyeceğini ifade eder[122]. Elbirliği ile hak sahipliğinde yer alanların, özel malvarlığındaki münferit değerdeki pay devrini konu alan taahhüdü, ancak mülkiyet devrini konu alan borçlandırıcı işlem olarak yorumlanabilir[123]. Dolayısıyla, tereke değeri üzerindeki payın devrinden söz edilemez.

---

[119] **BEUTHIEN,** s. 668 ve 671.
[120] **BEUTHIEN,** s. 673.
[121] **BEUTHIEN,** s. 673.
[122] **BEUTHIEN,** s. 674: Yazar önermesini BGB §2033'te öngörülen miras payının devrine uygulayarak, özel malvarlığından soyut elbirliği ile hak sahipliği payının devrinin, miras payını devralanın malvarlığına devren kazanma yoluyla intikal edeceğini kabul eder. Payın elde edilmesi, özel malvarlığındaki değerler hakkındaki yetki ve sorumlulukları da devralana geçirir. Tespit edileceği üzere, devir için tereke değerleri hakkında özel temlik ve teslim işlemlerine gerek yoktur. Bu da payın soyutluğunu vurgular.
[123] **BEUTHIEN,** s. 673.

Böylesi bir taahhüt ancak, taahhüt konusu tereke değeri eşya ise eşyanın mülkiyetini hedef tutan borçlandırıcı işlem olarak yorumlanabilir[124].

Elbirliği ile hak sahipliğinde bağımsız biçimde tasarruf edilebilecek payın bulunup bulunmadığının tartışıldığı kısımda hak sahiplerine en serbest alanı *BEUTHIEN'*in tanıdığının altı çizildi. Pay devri bakımından serbest tutum taşıyan yazarın, tereke değerleri üzerinde payın devredilemeyeceği fikrini savunduğu nazara alınırsa, Alman öğretisindeki diğer yazarların da ortak görüşte olduğunu tespit etmek giz perdelerini aralamak sayılmaz. Alman öğretisi, BGB §2033'te öngörülen miras payının devri olanağının, tereke değeri üzerindeki pay devri anlamına gelemeyeceğini dogmatik olarak kabul eder[125].

(2) Miras payının devri olanağının, elbirliği ile hak sahipliğine getirilen bir istisna olarak görüldüğü **İsviçre hukukunda,** terekede yer alan münferit değerler üzerindeki payların devir konusu yapılamayacağı kabul edilir[126]. Elbirliği ile hak sahipliği kurumunun genel hükümlerine yaslanan bu kabul[127], İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da tahkim edilir.

Federal Mahkeme'nin kararına konu olayda mirasçılar 16 Ekim 1972 tarihinde yazılı olarak kurdukları sözleşmede, iki mirasçı lehine terekede yer alan taşınmazlardan biri üzerinde intifa hakkı tesis eder. İntifa hakkının tapu siciline tescil edilmesi için gerçekleştirilen başvuruda noter, tescil isteminin hukuki sebebini oluşturan işlemin şekle aykırı kurulduğu gerekçesiyle tescil istemine riayet etmez. Noterin tescil istemine riayet etmemesi üzerine idari yargı yoluna başvuran mirasçıların başvurusu reddedilir. Kararı Federal Mahkeme'ye temyiz eden mirasçılar, adi yazılı şekle tabi miras paylaşım sözleşmesiyle taşınmaz mülkiyetinin devri mümkünse, intifa hakkı tesisinin evleviyetle mümkün olduğunu iddia eder. Federal

---

Elbirliği ile hak sahipliğinde yer alan değer üzerindeki mülkiyet hakkının devrinin taahhüdünden, paylı mülkiyet payının devrinin taahhüdü anlamı da çıkarılabilir. Borçlandırıcı işlemin konusunu tespit ederken, tarafların kullandığı ifadelerden yararlanılmalıdır.

[124] Bu aşamada, tereke değerinin devrini konu edinen borçlandırıcı işlem geçerlilik şekline tabi tutulmuşsa taahhüdün bu şekle uygun biçimde otaya konmuş olmasına dikkat edilmelidir.

[125] Bu yönde bkz. MüncKomm-**GERGEN,** §2033, Rn. 3; **LANGE/KUCHINKE,** s. 1170; **SEIF,** s. 313; **LEMMERZ,** s. 1248; **SCHMIDT,** NJW 2001, s. 993; **ALTENHOFFEN,** s. 209.

[126] **WOLF/von BARY,** s. 152; **WOLF,** Grundfragen, s. 151; **WOLF/GENNA,** s. 381; **GUILLAUME,** s. 305; **GUINAND/STETTLER/LEUBA,** N. 568; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 7; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 3; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 6.

[127] Öğretinin görüşü, elbirliği mülkiyetini genel hükümler şeklinde düzenleyen ZGB Art. 652 ve devamı hükümlerine dayanır. ZGB Art. 652 Abs. 2 uyarınca, elbirliği mülkiyetinde tasarruf edilebilir bağımsız paydan söz edilemez. Kaldı ki elbirliği mülkiyetinin konusu, ikameye açık özel malvarlığıdır. Bu nedenle, özel malvarlığındaki değerler üzerinde paydan söz edilemez. Haliyle devri de gündeme gelemez. ZGB Art. 652'ye ilişkin bu yorum için bkz. BK-**GRAHAM-SIEGENTHALER,** Art. 652, N. 20; **REY,** Rz. 973; BSK-**WICHTERMAN,** Art. 652 N. 14.

Mahkeme'nin bu yoruma katılmaması durumunda *intifa hakkı tesisinin her halde her bir mirasçının miras payını konu alan bir sözleşme olarak nitelenmesi gerektiğinin* altını çizer[128]. Federal Mahkeme verdiği kararda mirasçıların savına ilişkin olarak "*Davacılar ayrıca, intifa tesisine ilişkin anlaşmanın kısmi miras sözleşmesi olarak kabul edilmemesi halinde, bu anlaşmanın ZGB Art. 635 uyarınca intikal eden miras payı üzerinde sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini savunur. Ne var ki,* ***terekedeki münferit eşya ve hakların ZGB Art. 635'te öngörülen sözleşmenin konusunu oluşturamayacağı gerçeği göz ardı edilmektedir.***" ifadesine yer verir[129]. Tespit edileceği üzere Federal Mahkeme de tereke değerindeki pay üzerinde tasarrufun gündeme getirilemeyeceğinin altını çizer.

Federal Mahkeme 2002 yılında verdiği bir başka kararında; mirasbırakanın paylaşma kuralı öngördüğü olayda, paylaşma kuralını hayata geçirmek üzere terekedeki münferit mal ve hakların ZGB Art. 635'te öngörülen sözleşmeye konu edilebileceğini kabul eder[130]. Bu karar özelinde dikkat çekilmesi gereken nokta, Federal Mahkeme'nin miras paylaşımına atfettiği önemdir. Gerçekten de tereke değeri üzerindeki payın devri eşya hukukuna özgü ilkeler ve tutulan sicillerle bağdaşmadığı ölçüde[131], miras paylaşım sürecini zorlaştırır. Tereke değerindeki payın devrinin kabul edildiği kurguda devralan, prensip olarak tereke değerinin maliki ya da hak sahibi statüsünü kazanamaz[132]. Terekenin, belirli bir zaman kesitine özgülenmiş özel malvarlığı niteliği dikkate alındığında, tereke değeri üzerindeki payın devri de en nihayetinde bu zaman kesiti içinde etki doğuracağı gözden kaçırılmamalıdır. Yani devralanın, terekenin tasfiyesi neticesinde yüksek pay oranına sahip olduğu tereke değerinin kendisine özgülenmesi yönünde beklenen hakkı bulunmaz. Devralanın elde edeceği menfaat, miras paylaşma sözleşmesi müzakerelerinde ilgili tereke değeri hakkındaki pazarlık gücünü artırmak ya da paylaşma davasında payların oluşturulduğu fazda, tereke değerinin özgülenmesi hususunda ileri sürülebilecek sav elde etmekten ibarettir. Paylaşma sözleşmesinin tarafları ve paylaşma davasını gören hâkim bu talebe

---

[128] **BGE 100 Ib 121.**
[129] **BGE 100 Ib 121 E. 4.**
[130] **BGE 128 III 163 E. 2. b.**
[131] İsviçre tapu sicili uygulamasında, miras sebebiyle intikal eden taşınmazın malik sütununa genel olarak "Mirasbırakan (X)'in Miras Ortaklığı" kaydı düşülür. Mirasçıların talep etmesi üzerine isimleri teker teker yazılabilir ve malik sütununda mirasçıların paylarına yer verilmez. Dolayısıyla tereke değeri taşınmaz üzerindeki payın devri, tapu sicili düzenlemeleri ile de bağdaşmaz. İsviçre tapu sicil sistemine ilişkin uygulama için bkz. **PFÄFFI,** s. 48.
[132] Mirasçı sayısının ikiyle sınırlı olduğu ihtimalde, bu türden sözleşme objektif kısmi paylaşma sözleşmesi anlamına gelir. Keza tüm mirasçıların, tereke değerinin tek bir mirasçıya devredilmesi hususundaki sözleşme de objektif kısmi paylaşma sözleşmesi olarak nitelenir.

kayıtsız kalabilir[133]. Varılan sonuçların ihtimali karakteri değerlendirildiğinde, Federal Mahkeme'nin paylaşma kuralının öngörüldüğü durumlarda, tereke değerlerinin ZGB Art. 635 uyarınca kurulan sözleşmelerde yer alabileceği yönündeki içtihadı, paylaşma sonrası kesinlik taşıyan evreye de etki etmesiyle tutarlılık taşır.

Diğer ihtimalde tereke değerinin devri taahhüdü, şekil şartlarına uygun olmak kaydıyla borçlandırıcı işlem niteliği taşır[134].

(3) Türk hukukunda soruna ilişkin tartışma, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar ekseninde ele alınmalıdır[135]. Kronolojik açıdan tasnif yapıldığında:

(i) *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı öncesi dönemde* tereke değeri üzerindeki payın, devir sözleşmelerine konu edilip edilemeyeceği yönündeki tartışmaya dair görüşler incelendiğinde, öğretinin mehaz İsviçre hukukundaki yaklaşımı paylaştığı tespit edilir. *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU;* terekede yer alan değerdeki payın devrinin, miras payının devri sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceğini ifade eder[136]. Dönemin Yargıtay kararlarının bazıları öğretideki hakim yaklaşımla uyum içindeyken, bazı kararları ise taşınmaz cinsinden tereke değerlerindeki payın devredilebileceğine hükmeder. Mirasçıların, mirasbırakandan intikal eden üç taşınmazdaki payın devrini konu alan sözleşme ile ilgili verdiği kararda Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, bu sorunda uygulanacak hükmün eMK m. 612 (TMK m. 677) olduğunu tespit eder. Bu hükmün miras paylarının genel olarak devrini düzenlediğinin altını çizen Yargıtay, bu hüküm çerçevesinde terekedeki belirli taşınır ve taşınmazlardaki payın devrinin mümkün olmadığı yönünde hükme varır. Yargıtay'ın kararında değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, terekenin söz konusu üç taşınmazdan oluşup oluşmadığının tespitinin ıskalanmasıdır. Tereke söz konusu üç taşınmazdan ibaret olsaydı, bu taşınmazlardaki devir genel olarak miras payı kavramına tekabül edeceğinden Yargıtay'ın devir sözleşmesine geçerlilik

---

[133] **HÖSLY/GEIGER,** s. 332.
[134] BK-**GRAHAM-SIEGENTHALER,** Art. 652, N. 21.
[135] 20.07.1985 tarihli ve 18817 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan **1984/2 E., 1985/5 K. numaralı YİBK Kararı**.
[136] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 549.

atfedeceği anlaşılır[137]. Yine Yargıtay, terekedeki münferit taşınmazdaki payın devrini konu alan sözleşmelerin miras payının devri niteliği taşımayacağına hükmeder[138].

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi ise yukarıdakilerden farklı yönde kararlara hükmeder. Yargıtay bu kararlarında, mirasçılar arasında kurulan miras payının devri sözleşmelerinin terekedeki payın satışını konu edinebileceği gibi, terekede yer alan münferit taşınmazdaki payın satışını da konu edinebileceği sonucuna varır[139].

Yargıtay daireleri arasındaki görüş ayrılığı, sorunun Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından ele alınmasını zorunlu kıldı. Yargıtay İBBGK oy çokluğu ile aldığı kararda *"İçtihadı birleştirmenin konusu açısından sorun, terekedeki miras payını devredebilen mirasçının terekeye dahil bir maldaki miras payını diğer bir mirasçıya devredebilip edemeyeceği hususunu oluşturmaktadır. Çoğun içinde azın da bulunduğu kuralı öğreti ve uygulamada benimsenen bir esastır. Mirasçılardan birinin diğer birine tüm miras payını devretmesi geçerli bulunduğuna göre, belli bir taşınmaz maldaki miras payını da devredebilmesi az önce değinilen kuralın doğal sonucudur. Bu çözüm biçimi mirasçıların yararına uygun olduğu gibi, yasa koyucunun 612. maddeyi düzenlemekle güttüğü yukarıda açıklanan amacına da tamamen uygundur."* ifadelerine yer verir[140]. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45.

---

[137] **Y. 14. HD. 17.01.1980 T., 1979/3821 E., 1980/105 K.:** *"Tarafların miras bırakanı K1, sağlığında kocası müşterek miras bırakan K5 'dan kalan 491, 492 ve 522 parsellerde kendine düşen 1/4 payı, davacılara satmış ve bu hususu teyiden 13.5.1972 günlü sözleşme düzenlenmiştir. Bu sözleşmede K1 'nin parmak izi var ise de Usulün 297. maddesinde öngörülen koşullar yerine getirilmiştir. Davacılar vekili, mezkur sözleşmeye dayanarak çekişmeli taşınmazlardaki ölü K1 'ye payların müvekkilleri adlarına tescilini istemiştir. Bu durumda davanın yasal dayanağı MK.nun 61 maddesidir. Bu madde uyarınca sözleşmeyle mirasçıların, birbirlerine veya üçüncü bir kişiye miras haklarınıtemlik etmeleri mümkündür. Ancak; bu sözleşmenin geçerliliği için yazılı olması ve sözleşmeye bütün miras haklarının dahil edilmesi gerekir. Çünkü yasa koyucu miras haklarının temlikini öngörmüş, bununla belli bir taşınır ve taşınmaz maldaki payın temlikini madde kapsamına almamıştır. Yargıtay Yüksek Hukuk Genel Kurulu'nun 30.11.1968 gün ve esas 1968/5-881, karar 787 sayılı içtihadı da bu doğrultudadır. Bu yüzden kök miras bırakan K5 'un terekesinde dava konusu taşınmazlar dışında mal bulunup bulunmadığının kesin olarak saptanması, sözleşmenin buna göre geçerli olup olmadığının tartışılması ve hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ve incelemeyle yazılı biçimde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırıdır."* **(Lexpera, E.T.: 25.03.2024).**
Yargıtay'ın yukarıdaki kararında atıfta bulunduğu **Y. HGK. 30.11.1968 T., 1968/5-881 E., 1968/787 K.** künyeli kararında da açıkça *"...Belli bir gayrimenkuldeki irs hissesinin satışında bu madde (MK 612) uygulanmaz."* ifadesinin altını çizer (**BOLATOĞLU,** s. 21.).

[138] **Y. 2. HD. 13.04.1981 T., 1981/2720 E., 1981/2754 K.:** *"İstek, belli bir taşınmazdaki payın temlikine ilişkin olup, miras payının devri söz konusu değildir (MK 612). Öyleyse inceleme görevi Y. 14. H.D.'ne aittir."* (**BOLATOĞLU,** s. 25.).

[139] **Y. 7. HD. 05.07.1979 T., 1979/9874 E., 1979/8000 K.; Y. 7. HD. 30.12.1975 T., 1975/7473 E., 1975/8443 K.** (20.07.1985 tarih ve 18817 numaralı Resmi Gazete, s. 21-22.).

[140] **YİBBGK 20.07.1985 T., 1984/2 E., 1985/5 K.** (20.07.1985 tarih ve 18817 numaralı Resmi Gazete, s. 21 vd.)
Oyçokluğuyla alınan karara altı adet kaşı oy yazısı sunulmuştur. Karşı oy yazılarında ön plana çıkarılan husus, elbirliği ile mülkiyette yer alan mal ve haklarda payın bulunmadığıdır. Bu çerçevede kararda varılan sonucun; eşya hukukuna hakim temel ilkelerle, medeni yasayla ve kaynak ülke hukukuyla bağdaşmadığı ortaya konur. Yine yargıcın gerçekleştireceği yorum faaliyetinin, yasa metninden

maddesinin beşinci fıkrası uyarınca İçtihadı Birleştirme Kurulu kararları, benzer hukuki uyuşmazlıkları gören Yargıtay genel kurullarını, daireleri ve mahkemeleri bağlar. Bu nedenle YİBBK'nun hükmettiği kararla, terekedeki münferit taşınmazdaki payın devri de miras payının devri sözleşmesi olarak hukukumuzda yürürlüğe girmiştir.

Öğretideki yazarlardan *SUNGURBEY*, terekede değeri üzerindeki pay devrine imkan tanıyan kararı olumlu bir gelişme olarak karşılar. Yazara göre, tereke değerleri üzerinde hak sahibi olarak nitelenmeyen mirasçının, terekenin tamamı üzerinde hak sahibi konumunda bulunmasını açıklamak güçtür. Miras payının bağımsız bir kavram olarak düşünülemeyeceğini ifade eden *SUNGURBEY*, tereke değerleri üzerindeki payın devrini olanaklı kabul eder. YİBBGK'nun verdiği karar uyarınca da mirasçılardan birinin taşınmazdaki miras payını diğer mirasçıya devretmesi durumunda, mirasçının devir konusu taşınmazdaki miras payı sona erer; devralan mirasçının miras payı kendiliğinden artar. Yazara göre bu kazanım, sicil dışı kazanım niteliği taşıdığından devreden mirasçının tescil isteminde bulunmaması üzerine, devralan mirasçı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak adına tescili sağlayabilir[141].

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ise, kararın pratik sonuçları bulunduğunu reddedemeyeceğini ifade ederken, kararın Yargıtay'da gerek olumlu gerek olumsuz yankılar uyandırdığını aktarır. Yazarın, kararın yerindeliği hususunda görüş açıklamadığı gözlemlenir[142].

Öğretide karara ilişkin ileri sürülen görüşlerin; terekenin zaman itibarıyla taşıdığı özel malvarlığı niteliğini dışladığı ve paylaşma aşamasını kompleksleştirdiği tespit edilmelidir. Karara ve TMK düzenlemesine ilişkin açıklamalar aşağıda takip edilebilir.

(ii) *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı sonrası dönemdeki*

en önemli gelişme şüphesiz ki medeni yasa revizyonudur. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hazırlandığı dönemde yasa koyucunun, Yargıtay İBBGK'nun kararını takip edip etmeyeceği merak konusuydu. Yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu

---

bağımsız olmadığı, yasa metninden uzaklaşmanın diyalektiğin kopması anlamına geleceğini vurgular. Kararda uygulanan "çoğun içinde az da vardır" şeklinde somutlaştırılan evleviyet metodunun nitelik açısından daraltıcı, nicelik açısından genişletici bir metot olduğu açıklığa kavuşturulur. Bu metot uyarınca yargıç, yasanın özünü değiştirmekten kaçınmalıdır. Ancak kararda bu metotla miras payı kavramının özü değiştirilmiştir. Kararın böylelikle, taşınmaz satışının adi yazılı şekille kurulabilmesine kapılar aralamasından dem vurulmuştur.

[141] **SUNGURBEY,** s. 631.

[142] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Ek Kitap, s. 54-57.

madde 677'nin birinci fıkrası "*Terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmeler…"* şeklinde kaleme alındı. Madde metni yukarıdaki gelişmeler bir kenara bırakılarak okunduğunda, metnin miras payının tamamını ya da oransal bir bölümünü kapsadığı; ancak tereke değeri üzerindeki payı kapsamadığı sonucuna varılabilecek ifadeler içerir. Yasa koyucu, gelişmeleri nazara alarak madde metnini oluşturma iradesi taşıdığını madde gerekçesinde açığa vurur. Gerekçede yer alan *"Maddenin birinci fıkrasına miras payının devrinin terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde olabileceği hükmü eklenmiştir. Böylece öğretide ve* ***yargı kararlarında kabul edilen,*** *payın devrinin terekenin tamamı üzerindeki payı kapsamasının zorunlu olmadığı yönündeki görüş yasal dayanak bulmuştur."* ifadeleri bu iradeyi ortaya koyar. Yasa koyucunun bu iradesi hakkında öğretide çeşitli görüşlerin ortaya konduğu tespit edilir.

Miras hukuku alanında sistematik eser kaleme alan yazarlardan *ÖZ*, mirasçılar topluluğu ile tereke arasındaki ilişkinin devam ettiği zaman zarfında, herhangi bir mirasçının tasarruf edebileceği haktan söz edilemeyeceğini bildirir. Yargıtay ve Yargıtay'ı takip eden yasa koyucunun bazı pratik ihtiyaçları ön planda tuttuğu düşünülse de kabul edilen bu ilkenin, miras payı, mirasçılar topluluğu ve elbirliği ile hak sahipliği kavramlarıyla bağdaştırılamayacağını savunur. *ÖZ*'e göre, münferit tereke değeri devri ancak, mirasın paylaşılmasıyla mümkündür[143]. Yine *SEROZAN* da varılan sonucu yasanın mantığına aykırı bulduğunu ifade ederken, miras payının devri kurumunu fonksiyonuna değinir. Yazar, miras payının devri kurumunun özellikle miras paylaşımının geciktirilmesi nedeniyle ekonomik açmaza düşen mirasçının tatmin edilmesini amaçladığının altını çizer. Yargıtay uygulamasını takip eden yasa koyucu tarafından ortaya konan çözümün, miras payının devrine dair yaklaşımın çerçevesini çatlattığını ifade eder. Bu da miras payının devrindeki likide ulaşma amacını anlamsızlaştırarak ve hatta tarafları geleneksel miras payının devri ilişkilerine başvurmaktan alıkoyarak, amorf bir devir türünü yaygınlaştırma potansiyelini beraberinde getirir[144].

Yasa hükmü ve gerekçe hakkında *GENÇ ARIDEMİR*, tereke değerindeki paya ilişkin tasarruf sözleşmelerinin hukuk sistemimiz ile bağdaşmadığının altını çizer. Yazara göre, elbirliği ile hak sahipliği ilkesi gereğince, tereke değeri üzerinde tasarruf edilebilecek paydan söz edilemez. Tüm mirasçıların tereke değerlerinin tamamına

---

[143] **DURAL/ÖZ,** N. 1576.
[144] **SEROZAN/ENGİN,** §7 N. 20.

yaygın hak sahipliği söz konudur. Bu nedenle diğer mirasçıların katılımı olmaksızın gerçekleştirilen tereke değerindeki pay devirleri, miras payının devri sözleşmeleri aracılığıyla gerçekleştirilemez[145]. Dolayısıyla, özellikle taşınmazdaki pay devrinin tapu siciline yansıtılması için girişilen tapu sicilinin düzeltilmesi davası da temelsizdir. Yazara göre mirasçılar arasında taşınmazdaki tereke değeri üzerindeki payın devrini konu alan sözleşmelerin, borçlandırıcı işlem olarak ayakta tutulabilmesinin önünde engel bulunmaz[146]. *SARIKAYA* da miras payının devrinin konusunun, terekedeki belli değerlerdeki paylar olmadığını vurgular. Nitekim yazar da tereke değerleri üzerinde ayrı paylar bulunmadığını yineler. Yazar yerinde bir tespitle, sorunun sadece eşya hukuku ilkeleriyle bağlantılı olmadığının, aynı zamanda miras paylaşma safhasıyla da bağlantılı olduğuna temas eder. Tereke değeri üzerindeki payın devrine cevaz vermenin miras paylaşma süreci üzerinde olumsuz etkileri bulunabileceğine, özellikle tereke değerinin devralan mirasçıya özgülenmeme ihtimalinin bulunduğuna dikkat çeker[147]. *GÖNEN*'e göre de paylaşıma değin varlığını sürdüren elbirliği ile hak sahipliği, terekede yer alan münferit değerler üzerinde tasarrufu engeller[148].

Öğretide anılan bu görüşlere karşın *ANTALYA*, mirasçılar arasındaki miras payı devrinin ayni etkiyi hedef tutan bir sözleşme olduğunu, dolayısıyla bu sözleşmeyle elde edilmek istenen menfaatin ayni etki olduğunu ifade eder. Yargıtay da vermiş olduğu kararda, ayni etki gereği tereke değeri üzerindeki payın devralana intikal edeceğini vurguladığından, Yargıtay'ın ve yasa koyucunun ulaştığı sonuç yazarın görüşüyle uyumludur ve müdafaa edilmelidir[149].

Karar ve TMK m. 677 f. I hükmü üzerine öğretide ileri sürülen eleştirel yaklaşımların, genel olarak elbirliği ile hak sahipliği ilkelerini baz aldığı; destekleyici yaklaşımların ise evleviyet metoduna yaslanarak ayni etkiyi yaydırmadan yana olduğu gözlemlenir.

Sorunun çözümünün elbirliği ile hak sahipliği rejimine olduğu gibi, mirasın paylaşımı kurumuna da değgin olduğu dikkate alınmalıdır. Mirasın paylaşımı ise terekenin tasfiyesini hedeflediğinden, tereke kavramı bu sorunun çözümünde anahtar kavramdır. Bilindiği üzere tereke, özel malvarlığı niteliğindedir. Özel malvarlığı, hukuk sisteminin belirli bir amaç uğruna genel malvarlığından ayırdığı ve belirli

[145] **GENÇ ARIDEMİR,** s. 55.
[146] **GENÇ ARIDEMİR,** s. 56.
[147] **SARIKAYA,** s. 818.
[148] **GÖNEN,** s. 72.
[149] **ANTALYA,** N. 2038.

açılardan özel muamele görmesine imkân tanıdığı, hatta bunu emrettiği malvarlığıdır[150]. Özel malvarlığı, eşya hukuku bağlamında da özel bir birim olarak kabul edilemez[151]. Özel malvarlığının içinde yer alan değerlerden, eşya niteliğini taşıyanlar belirlilik ilkesi uyarınca birim teşkil eder. Bu da özel malvarlığında, ikame ilkesinin yürürlük bulmasına imkân tanır. Sözün özü, hukuk sahnesinde kaldığı zaman aralığında özel malvarlığının içeriği değişime açıktır. Özel malvarlığı niteliğindeki tereke de bu özelliklerden azade değildir. Ayrıca tereke, paylaşıma değin hukukun değer atfettiği, deyim yerindeyse belirsiz vadeye tabi kılınmış özel malvarlığıdır. Şu hâlde terekenin teşekkül ettiği an ile sona erdiği an arasında içerdiği değerler arasında farklılıklar bulunabilir. Paylaşma fazı için nazara alınan ise terekenin teşekkül anı değil, ikame ilkesi neticesinde ulaşılan nihai bilançodur.

Sorun hakkında nihai karara erişebilmek için özel malvarlığı niteliğindeki tereke, miras payı ve tereke değeri ilişkisini konumlandırmak gerekir. İsviçre-Türk hukukunda tereke, yalnızca mirasçılara aittir[152]. Mirasçıların kişisel malvarlıklarıyla tam anlamıyla kaynaşmadığı gibi onların malvarlığından da kopuk değildir[153]. Özel malvarlığı niteliğindeki terekede yer alan, elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi değerler ile mirasçının malvarlığı arasında irtibat kuran ***miras payıdır.*** Tam da bu stratejik konumu nedeniyle, miras payının terekeden soyut biçimde mirasçının malvarlığında yer alan bir değer olduğu yukarıda açıklığa kavuşturuldu. Keza, miras payını konu alan hukuki işlemin elbirliği ile hak sahipliğine getirilen istisna olmadığının da altı aynı amaçla çizildi. Gelinen aşamada, terekedeki hak sahipliğini ortaya koyan mirasçının malvarlığında ayrı bir değer teşkil eden miras payının, tereke değerine yansıtılarak tereke değeri üzerinde pay sahipliği şeklinde konumlandırılması, özel malvarlığı kavramına atfedilen anlamla bağdaşmaz.

(iii) Miras payı üzerinde tasarrufta bulunabilen, tereke değeri üzerinde böyle bir yetkinliğe sahip değildir. Yapılan katmanlı konumlandırma, Yargıtay'ın *"çoğun içinde az da vardır"* şeklindeki yorumunu da açığa düşürür. Yargıtay'ın *çok* ve *az* değerini atfettiği değerler, deyim yerindeyse aynı matematiksel düzlemde bulunmaz

---

[150] **HÜRLIMAN-KAUP/RUMO-JUNGO,** s. 292; **BIRRER,** s. 29.
[151] **BIRRER,** s. 30.
[152] Alman hukukunda durum farklılık arz eder. Mirasçılar topluluğunda yer alanların miras payını üçüncü kişiye devretmesiyle, üçüncü kişi mirasçılar topluluğuna dahil olur. Devreden mirasçı, topluluktan ayrılır. Mirasbırakanın tüm mirasçılarının, miras payını farklı farklı üçüncü kişilere devrettiği ihtimalde bu kimseler tereke üzerinde elbirliği ile hak sahibi olur. Tereke yine de mirasbırakanın adıyla anılır. Tespit için bkz. **WOLF/von BARY,** s. 157. Ayrıca ileride bkz. **§12, I, B, 1, a.**
[153] **HÜRLIMAN-KAUP/RUMO-JUNGO,** s. 292; **BIRRER,** s. 31.

ve birbirlerine göreceliliği bulunmaz. Yargıtay bu tartışmanın ötesinde TMK m. 677/I'e dayanarak tereke değeri üzerindeki payın devri uygulamasına devam eder. Yasanın ve yargı uygulamasının doğurduğu temel sorun, değer üzerindeki payın devrinin değer üzerindeki hak sahipliğine etkisi ve söz konusu değerin tereke değeri niteliğini yitirip yitirmediğine odaklanır. Aşağıda, bu problemin sonuç doğurduğu sahalar incelenebilir.

Terekenin İkamesi ve Mirasın Paylaşılmasına Dair Problem: Yargıtay'ın ve onu takip eden yasa koyucunun, terekenin zaman kesitine sıkıştırılmış özel malvarlığı niteliğini ıskaladığı ifade edilmelidir. Bu, kararlardan elde edilen bir bulgudur. Yargıtay, terekedeki taşınmaz üzerinde yapılan pay devirlerine cevaz verdiği gibi bu devirlerin tapu siciline yansıtılabileceğine de hükmeder[154]. Anlaşılacağı üzere, tereke değeri üzerindeki pay devrine ayni etki sonucu bağlama eğilimi hakimdir[155]. Bu eğilim, mirasçılar topluluğunu elbirliği ile hak sahipliği zemininden paylı mülkiyete doğru kaydırır. Taraflar kurdukları hukuki işlem neticesinde, paylı mülkiyet payı devrini anımsatan bir tasarruf işlemini hedeflediği gözlemlenir. Nitekim kararlarda yer alan, ifa ve ifa kabiliyetine atıfta bulunan ifadeler de nazara alındığında terekedeki taşınmaz üzerindeki payı devralanın emelinin bu payın nihai maliki amacı olduğu

---

[154] **Y. 14. HD. 15.05.2019 T., 2016/12127 E., 2019/4431 K.:** *"Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağının bulunması zorunludur. Elbirliği mülkiyetine (TMK m.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağı varlığı düşünülemez. Elbirliği ortaklarının birbirine yaptıkları satış vaadi sözleşmelerinde ise sözleşmenin ifa olanağı vardır. Somut olayda; dava konusu taşınmaz tapuda tarafların kök miras bırakanı ... adına kayıtlıdır. Dosya içinde bulunan veraset ilamlarının incelenmesinden, tapu maliki ...'nun hem satış vaadi sözleşmelerinin alacaklısı olan davacı ...'nın hem de satış vaadi sözleşmelerinin borçluları olan ... ve ...'nun murisi olduğu anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi, satış vaadi borçluları ile vaat alacaklısı tapu kayıt maliki ...'nun mirasçıları olup davacı ve davalılar taşınmaza elbirliği halinde maliktirler. Taraflar taşınmaza elbirliği halinde malik olduklarından, elbirliği ortaklığı bozulmadan ...'dan satıcı iştirakçi ... ve ...'ya intikal eden payın alıcı iştirakçi olan davacı ...'nın payına ilave edilmek suretiyle satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı vardır."* **(Kazancı, E.T.: 01.04.2024).**
Y. 14. HD. 27.01.2010 T., 2009/14672 E., 2010/690 K.: "*Elbirliği ortaklığında bir paydaşın tasarrufu ile diğer paydaşların zarar görmemesi; bir başka anlatımla diğer paydaşların dışa karşı koruması gerekir. Bunun sonucu, her türlü tasarruf tüm paydaşların oluru ile mümkündür. Somut olayda satış vaadi elbirliği ortakları arasında yapılmıştır. Satıcı maliklerin payları alıcı malike geçeceğinden ortak malikler zarar görmeyecektir. Hal böyle olunca elbirliği ortakları arasında yapılan satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı vardır. Bu husus gözden kaçırılarak davanın reddi yönünde hüküm kurulması doğru değildir. Diğer taraftan dava konusu taşınmazların kamulaştırıldığı bildirildiğinden bu durumun da araştırılarak sonucuna göre bir karar vermek gerekir iken eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir."* **(Legalbank, E.T.: 01.04.2024).**

[155] Tereke değeri üzerindeki devir, mirasın açılmasından sonraki dönem için mirasçı sıfatını taşıyanlara özgü bir devrin bir görünümü olarak algılanır. Bu kavrayışa göre, mirasın açılmasından sonra miras payının devri ayni etki doğurabildiğine göre *"çoğun içindeki az da (!)"* ayni etki doğurabilmeye elverişlidir.

gözlemlenir. Ancak tarafların meydana gelmesini arzu ettiği hak kazanımı, çeşitli açmazları beraberinde getirir. Bir kere devre konu edilen tereke değeri üzerindeki pay oranları terekedeki pay oranından farklılaşır. Örneğin miras oranı 1/3 olan mirasçının, devraldığı tereke değerindeki payı 2/3 oranına erişebilir. Atfedilen ayni etki sonucu ortaya çıkan farklılaşma, devir konusunun alt kümede değerlendirilmesini gerekli kılar. *GÜMÜŞ*'ün deyimiyle bu tereke değeri ya da değerleri, özel malvarlığı oluşturan tereke içerisinde yer alan alt özel malvarlığına dönüşür[156]. Ortaya çıkan özel malvarlığı kümelerinin, paylaşma fazında nazara alınması gereklilik arz eder. Paylı mülkiyet zeminine kayan anlayış uyarınca, devir sözleşmesi ile devredenin tereke değeri üzerinde hakkı bulunmayacağından, söz konusu unsurun, paylaşım fazında devredene özgülenemeyeceği kabul edilmelidir. Şayet paylaşım sonucuna paylaşma davasıyla ulaşılmak isteniyorsa, hâkimin de bu özel malvarlığı alt kümelerine riayet etmesi beklenir. Tereke içindeki özel malvarlığı alt kümelerinin sayısının artması, paylaşım fazındaki payların oluşturulmasını *(die Losbildung)* hayli zora sokar. Bu yönüyle terekenin adil paylaşımı riske edilmiş olur[157].

Terekedeki belirli değerdeki payın devrine sanki paylı mülkiyet rejimi yürürlükteymişçesine ayni etki atfeden hâkim görüşün, miras paylaşma sözleşmesinin kurulması aşaması için de ayrı bir parantez açmadığı tespit edilir. Miras paylaşma sözleşmesinin tarafı olmak, mirasçı sıfatını taşımaya bağımlıdır. Oysa tereke unsurundaki payını devreden mirasçı, uygulamaya hâkim görüş uyarınca paylaşım konusu değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir. Halen tereke değeri statüsünü yitirmemiş değeri konu alan miras paylaşma sözleşmesinin taraflarının hangi mirasçılardan ibaret olması gerektiği sorusu, paylaşma sözleşmesinin geçerliliği hakkında tereddüt uyandırmaya elverişlidir. Her bir mirasçının miras payının 1/3 olduğu örnekte: (M1)'in terekede yer alan taşınmazlardan birindeki payını (M2)'ye devretmesi üzerine, terekenin tamamının paylaşımı için kurulacak sözleşmede tüm mirasçıların sözleşmeye taraf olması gerektiği yönünde bir tereddüt yoktur. Soru, taşınmazın özgülenmesine yönelik paylaşım sözleşmesinde önem kazanır. (M1)'in tereke değeri üzerindeki payının devri, deyim yerindeyse **"tereke değerine mahsus mikro ölçekli sübjektif kısmi paylaşma"** olarak kabul görürse hem tasarruf yetkisine

[156] **GÜMÜŞ,** Taşınmaz Üzerindeki Miras Payı, s. 125.
[157] Terekenin adil ve hızlı paylaşımının gerçekleşeceğine duyulan güven, hukuk sistemine de duyulan güvenle bakışımlı görülür. Bu açıdan adil paylaşım araçlarının öncelenmesi, bunu zora sokan uygulamalardan kaçınılması gerektiği hakkında bkz. **VÖGELI,** s. 6-7.

sahip hem mirasçılık statüsünü taşıyan (M2) ve (M3)'ün kurduğu paylaşma sözleşmesi yeterli görülür. Ne var ki paylaşma sözleşmesine uygun biçimde tapu müdürlüğüne yöneltilen tescil isteminde, tescil istemeye yetkili kişinin belgelenmesi gereğine riayet edilmelidir. Bu gerekliliğe uygun biçimde TMK m. 677 f. I uyarınca kurulan tereke değeri üzerindeki miras payının devri sözleşmesi ile miras paylaşım sözleşmesi yetkili tapu müdürlüğüne ibraz edilmelidir. Terekedeki münferit değerdeki payın devriyle, sözleşmenin konusunu oluşturan değerlerin terekeye nispetle alt ve özel malvarlığı niteliği taşımaya devam edeceği göz önünde bulundurulursa, söz konusu hak veya eşyanın tereke değeri niteliği taşımaya devam ettiğini kabul etmek gerekir[158]. Kavramlar ve statülere sıkı sıkıya bağlı bir yorum yapılırsa, bu tereke değerini hedefleyen ya da içeren objektif kısmi miras paylaşma sözleşmesine devredenin de taraf olması aranmalıdır. Bu ihtimalde miras paylaşma sözleşmesine uygun özgülemenin tapu siciline yansıtılması için yetki tapu müdürlüğüne yöneltilen tescil isteminde, istemde bulunanın yetkisi yalnızca miras paylaşma sözleşmesinin ibrazıyla belgelenebilir.

Tereke Değerinin Korunması Masrafları ve Tereke Değerlerinin Sebep Olduğu Sorumluluğa Dair Problem: Münferit tereke değeri üzerindeki pay devrinin, TMK m. 677 f. I hükmünde genel miras payının devri için öngörülen ayni etkiden yararlanacağına dair yaygın fikir kabul edilirse, devredenin tereke değeriyle iyelik ilişkisi son bulur. İlişkinin son bulma, anı devir anına tekabül eder. Devredenin, bu andan itibaren devir konusuyla bağlantılı sorumluluk alanının daralıp daralmadığı sorunuyla karşılaşılır. Bahsi geçen sorumluluk alanı iki yönlüdür. Devredenin mirasçılar topluluğuna karşı sorumluluğu ile üçüncü kişilere karşı sorumluluğu gündeme alınmalıdır. Bilindiği üzere terekenin idaresi, kural olarak mirasçıların ortak iradelerine uygun gerçekleştirilmelidir ve idare birincil olarak tereke değerinin korunmasını kapsar. Yargı uygulaması ve bu uygulamayı takip ettiğini açığa vuran yasa koyucu, pay devrinin paylaşma fazının ötesine etki doğurmasını öngördüğünden devreden mirasçının tereke değeri ile olan ilişkisi de müphem bir duruma evrilir. Devir

[158] *GÜMÜŞ,* terekede yer alan bir taşınmazın payının devrini konu edinen ve uygulamada genel olarak "Taşınmaz Satış Vaadi" ya da "Taşınmaz Payı Satış Vaadi" başlıklı sözleşmelerden elde edilmek istenen menfaatin TBK m. 19 ışığında yorumlanması gerektiğini ifade eder. Bu metot kullanıldığında, tarafların bu sözleşmelerle elde etmek istedikleri menfaat tasarrufi etkidir. Tarafların iradesi de esasında, TMK m. 677/I'deki pay satışına denk düşer. Bu durumda da taşınmaz satışından değil, ancak taşınır satışının uygulama alanı bulacağı sözleşmeden söz edilebilir (**GÜMÜŞ,** Taşınmaz Üzerindeki Miras Payı, s. 126-127). Yazar'ın taşınmaz satışından söz edilemeyeceğine dair yaptığı vurgu, sözleşmeye konu edilen değerin terekede kalmaya devam ettiğine de işaret eder.

konusunun terekede yer almaya devam ettiği hususunda şüphe bulunmaz. Ancak, paylaşma fazının ardına etkiyle beraber ile devredenin diğer mirasçılar lehine devir konusunu koruma yükümlülüğünün devam ettiğinin kabulü de mirasçılar arasındaki menfaat dengesini örseler.

Öte yandan tereke değeri üzerindeki payını devreden, mirasçı sıfatını taşımaya devam eder. Tereke değerini korumakla yükümlü tutulup tutulamayacağı tartışmalı bulunan mirasçının, kendi iradesiyle tereke değerini koruma yollarına başvurmaktan da alıkonamayacağı kabul edilmelidir. Nitekim bu durum TMK m. 640 f. IV hükmüyle de pekiştirilir[159]. Bu noktada devreden mirasçının, devir konusu tereke değerinin korunması için miras sebebiyle istihkak davası açabileceğini de kabul etmek gerekir[160]. Tereke değerini korumak için harekete geçen mirasçı, yapmış olduğu masrafların iadesini diğer mirasçılardan vekalet hükümlerine dayanarak talep edebilir[161]. İncelenen ihtimal tersine çevrilirse, yani tereke değeri üzerindeki payını devreden mirasçı, tereke değerini haksız olarak elinde bulundurmaya devam ederse diğer mirasçılar devreden mirasçıya miras sebebiyle istihkak davası yöneltebilir mi? İsviçre öğretisi, tereke değeri üzerinde pay devrini reddettiğinden bu soruna özel olarak cevap vermez. Türk hukukuna ilişkin soru bakımından, çözümü yine Türk hukukunda aramak doğru olur. Hukukumuzda da miras sebebiyle istihkak davasının mirasçı sıfatını taşıyanlara yöneltilip yöneltilemeyeceğinde dair farklı görüşler bulunur. *AKBIYIK,* İsviçre hukukunda baskın biçimde kabul edildiği gibi Türk hukukunda da miras sebebiyle istihkak davasının, mirasçı sıfatını taşısın taşımasın tereke değerini haksız olarak elinde bulundurana yöneltilebileceğini ifade eder[162]. Bunun karşısında *HATEMİ* ve *GÜVENÇ* ise TMK m. 637'de yer alan *"mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürerek"* ibaresine odaklanır. Her iki yazar da mirasçı olmayan kişilere karşı istihkak davası yöneltilmesinin zaten yasada saklı olduğunu ifade ederek,

---

[159] TMK m. 640 hükmünün mehazdaki karşılığı ZGB Art. 602'de benzer bir düzenleme yer almaz. Ancak öğretide, özellikle tereke değerinin korunmasının söz konusu olduğu durumda tek bir mirasçının harekete geçebileceğini ve diğer mirasçıların da ZGB Art. 2 uyarınca tereke değerinin korunmasına yönelik irade beyanına mahkum edilmiş sayılacağını kabul edilir. Bkz. BK-**WOLF,** ZGB Art. 602, N. 65.

[160] İsviçre ve Türk hukukunda bugün için hakim olan görüş, miras sebebiyle istihkak davasının mirasçı olmayan haksız zilyete de yöneltilebileceği yönündedir. Bu yönde bkz. **AKBIYIK**, s. 216; **RYFFEL,** s. 167; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1585.

[161] Alman hukukundaki BGB §2038 hükmündeki düzenleme ışığında ulaşılan aynı yöndeki kanaat için bkz. **LEMMERZ,** s. 1249.
Tereke değeri üzerindeki payını devredenin, bu tereke değeri ile ilişkisinin mirasçılık statüsünü aşan bir biçimde kesildiğinin kabulü halinde devreden korumak için yaptığı masrafları vekalet hükümlerine değil, vekaletsiz işgörme hükümlerine dayanarak talep edebilir.

[162] **AKBIYIK,** s. 217.

miras sebebiyle istihkak davasının davalısının, tereke değerini haksız olarak elinde bulunduran diğer bir mirasçı olabileceğini kabul eder. Yazarlara göre ancak bu ihtimalde, mirasçılıktaki üstün hak bir anlam ifade edebilir[163]. Tereke değeri üzerindeki payını devreden, mirasçı statüsünü taşımaya devam etmekle beraber, devir işlemiyle devrin konusu bakımından diğer mirasçıların kendine nispetle üstün hakkı bulunduğunu ortaya koymuş olur. Böylelikle, her iki görüş bakımından da devreden mirasçıya miras sebebiyle istihkak davası yöneltmek caiz görülür.

Tereke değeri üzerindeki pay devrinin kabulü, mirasçılar arası ilişkide açılım yapmayı gerektirdiği gibi mirasçı olmayanların uğradığı zararlardan sorumluluk bahsini de ele almayı gerektirir. Tereke değeri üzerindeki pay devrinin etkisi, paylaşma sonrası evreye yaydırılmak istense de paylaşıma değin bu tereke değeri nedeniyle mirasçı olmayanların uğradığı zararlardan devredenin sorumlu tutulup tutulmayacağı bahsi de açılmalıdır. Tereke değerinin taşınmaz olduğu ihtimalde, yapı malikinin veya taşınmaz malikinin sorumluluğu gündeme gelebilir. Yine tereke değerinin motorlu araç olduğu ihtimalde motorlu araç işletenin sorumlu tutulması gerekebilir. Daha genel bir sorumluluk sebebi olarak, eşyaya bağlı borçlar hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olabilir. Anılan bu ihtimallere ne yasada ne de yargı kararlarında özel olarak değinilir. Örneğin terekede yer alan taşınmazın yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik nedeniyle zarara uğrayanların yine de devredene başvurup başvurmayacağı genel hükümlere başvurularak çözümlenmelidir. Birden fazla kişinin malik olduğu taşınmazdaki yapının yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik meydana gelen zararlarda yapı maliklerinin tamamı müteselsilen sorumludur. Şu hâlde tereke değerinin malikinin kim ve kimler olduğunun tespiti mühimdir. Henüz paylaşma fazına gelinmemişken, tereke değeri üzerindeki miras payının devrine paylaşma sonrası döneme etkili sonuç bağlandığında devreden mirasçının sorumlu olmayacağı yönünde sonuca varmak mümkün görünebilir ve hakikaten bu durum haksız fiil sahasında yadırgatıcı görünmeyebilir. Ne de olsa haksız fiil, devirden sonra gerçekleşmiştir denebilir[164]. Bunun yanı sıra mirasbırakanın sağlığında taraf olduğu sözleşmeler için aynı sonuca varmak, kolay değildir. Sözgelimi mirasbırakanın sağlığında geçit hakkı tesis ettiği sözleşmede, geçidin bakım ve onarım masraflarının malik tarafından yerine getirileceği öngörülmüşe tereke değeri üzerindeki pay devrine yukardakine benzer sonuç bağlanacağını düşünülemez. Dar ve teknik anlamıyla tereke

[163] **HATEMİ,** Miras Sebebiyle İstihkak, s. 582; **GÜVENÇ,** s. 118 vd.
[164] **KAPANCI,** Birlikte Borçluluk, s. 179.

borcu sayılan[165] ve mirasçıların alacaklı karşısında müteselsil sorumluluğunun söz konusu olduğu bu ihtimallerde, tereke değeri üzerindeki pay devrine alacaklının aleyhine sonuç bağlamak yasanın kurguladığı menfaat dengesiyle bağdaşmaz[166]. Tereke değerindeki payını, yasa hükmüne uygun biçimde devreden mirasçının tereke değerini kapsayan kimi borçlardan paylaşıma kadar müteselsilen sorumlu tutulmaya devam ettiği de göz ardı edilmemelidir[167].

Devrin Sonucuna Yüklenen Anlamın Taşıdığı Problem: Yargı uygulamasını şekil verdiği yasa hükmü miras payının devri kurumunun ötesinde, elbirliği ile hak sahipliği kurumuna da yabancı bir konsept sunar. Yargı uygulamasında karşılaşılan vakıalarda genelde, tarafların terekede yer alan bir taşınmaza özgü elbirliği ile hak sahipliği payının devrini hedef tutar. Taraflar taşınmazdaki payın devri sonucuna ulaşmak için taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdeder. Satış vaadine uygun biçimde satış sözleşmesinin kurulmaması ve tescil isteminde bulunulmaması üzerine açılan davalarda Yargıtay; mirasçı olmayanlar arasında da tereke değeri taşınmazı ya da taşınmaz payını konu edinen sözleşmelerin kurulabileceğini; ne var ki miras paylaşımı tamamlanana değin bu sözleşmelerin ifa olanağının bulunmadığını ifade eder. Sözleşmenin taraflarının mirasçılardan mürekkep olduğu ihtimalde Yargıtay, ifa olanağının bulunduğunun altını çizer. Taraflar satış sözleşmesi kurmuşsa, devredenin devir konusu taşınmazdaki tasfiye payı Yargıtay'a göre azalmalı ya da tamamen ortadan kalkmalıdır. Bu sonuca paralel olarak da devralanın tasfiye payı artmalıdır[168].

---

[165] Tereke borcu kavramı için bkz. **KOCAR,** s. 35 vd.

[166] **BAYGIN,** s. 85 vd.

[167] Gerçekten de miras payının tamamını devreden mirasçının, mirasçılar topluluğundan ayrılmış sayılması, devredenin müteselsil sorumluluğunu zaman bakımından daraltır (**WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2082; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 639, N. 3.). Böylelikle devreden için müteselsil sorumluluğun zamansal sınırı belirginleşir. Öte yandan miras payının tamamını değil de bir kısmını devreden mirasçı, devrin sonucunda mirasçılar topluluğunda kalmaya devam eder. Bu nedenle devreden, diğer mirasçılarla beraber paylaşmaya değin müteselsil biçimde borçlu olmaya devam eder. İşaret edilmelidir ki bu ihtimalde devreden, terekenin tamamına yaygın biçimde hak sahipliği konumundan da ödün vermiş değildir. Mirasçılık statüsünden ileri gelen hak sahipliğinin etki alanında meydana gelen sorumluluk da menfaat dengesine dahildir. Oysa hukuk uygulamamıza dahil olan tereke değeri üzerindeki payın devri, mirasçı sıfatını taşımasına rağmen tereke değeri ile hak sahipliği ilintisinin de ortan kalktığı düşünülen devredenin devir konusu nedeniyle sorumlu tutulmasının da önüne geçemez. TMK m. 677 f. I hükmünün bu görünümündeki menfaat sorumluluk dengesizliğini aşmak için TBK m. 202 hükmünün kıyasen uygulanarak devredenin sorumluluğunun TMK m. 681'de öngörüldüğü gibi, zaman bakımından sınırlan düşünülebilir. Ne var ki TBK m. 202'nin uygulanma koşullarının başında devir konusunun *"malvarlığı"* niteliği taşıması aranır. Elbirliği ile hak sahipliğine tabi özel malvarlığı terekede yer alan bir değer üzerindeki payın devrinin *"malvarlığı"* şeklinde nitelendirilebilmesi tartışmaya açıktır (**ACEMOĞLU,** s. 5-6; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, N. 1883 ve özellikle 1887. İsviçre hukuku için bkz. **FURRER/MÜLLER-CHEN,** s. 681 N. 84).

[168] **Y. 14. HD. 14.06.2017 T., 2016/15713 E., 2017/5104 K.:** *"Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmekiçin sözleşmenin ifa olanağı bulunmalıdır. Elbirliği mülkiyetine (TMK m.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir*

Uygulamadan elbirliği ile hak sahipliği kurumu bakımından çıkarılan sonuç; elbirliği ile hak sahipliğindeki pay kavramı esasında tasfiye aşamasında anlam taşıyan oran niteliğindeyken, TMK m. 677 f. I hükmü sayesinde tereke değeri üzerindeki pay devri tasfiye payı aritmetiğini, henüz tasfiye aşamasına gelinmemişken değiştirmeye muktedirdir. Kararlara hükmedilirken, taşınmazın yer aldığı diğer terekedeki diğer değerlerle de ilişkisi hiçbir şekilde kuruluş değildir. Kararlar, yalnızca taşınmaz payının ifasına odaklandığından anılan tasfiye payı ibaresinin taşınmaza münhasır kullanıldığı sonucuna varılır. Şu halde Yargıtay'a göre mirasçılar arasında terekedeki taşınmaz payının devrini konu alan sözleşmeler, taşınmazdaki elbirliği ile hak sahipliğini ortadan kaldırmamakla beraber, bir şekilde de paylaşma fazının ötesine etki saçar[169]. Hatta kararlardan edinen izlenime göre, devri takiben yalnızca taşınmazda hak sahibi olan mirasçılar, taşınmazı hedef tutar biçimde elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini talep edebilir ve bu noktada devreden mirasçının itirazı dinlenmemelidir.

Örnekle açıklamak gerekirse mirasbırakan (M)'nin eşit miras oranına sahip atanmış ve yasal mirasçıları (M1), (M2) ve (M3)'ten (M1) ve (M2), terekede yer alan taşınmazdaki payın satışı ya da satışı vaadi hususunda mutabık kalırsa, payın ifa olanağı bulunduğundan taşınmaz elbirliği mülkiyeti rejimine tabi kalmakla beraber devralan (M2)'nin taşınmazdaki payı 2/3'e çıkar ve (M3)'ün payı 1/3 kalmaya devam eder. Bu oranlar taşınmazdaki tasfiye payı şeklinde paylaşmaya değin muhafaza edilir. Taşınmaz, terekenin tasfiyesi aşamasında bu orana göre pay edilir. Ayrıca (M2) ve (M3), paylaşma aşamasını beklemeden elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürülmesini TMK m. 644 uyarınca mahkemeden talep edebilir ve bu safhada (M1)'in itirazı dinlenmez.

Örnek üzerinden hareket etmeye devam edilirse esasında (M1)'in elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi talebine yönelik itirazı haklı görülebilecek ölçüdedir. Zira, mirasın paylaşılması fazında paylar oluşturulurken tereke değerlerinin güncel payı nazara alınır. (M2) ve (M3) taşınmazı paylı mülkiyet

---

kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte elbirliği ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. Elbirliği ortaklarından birinin ortaklardan bir diğer kişiye satım vaadinde bulunması halinde ise ifa imkansızlığından bahsedilemez. Elbirliği ortaklarının birbirine yaptıkları satış geçerlidir. Bu durumda bir ortağın tasfiye payı azalmakta veya kalmamakta bu pay elbirliği mülkiyetinin diğer ortağının tasfiye payına ilave edilmiş olmaktadır. Diğer taraftan 26.5.1954 tarih 7/17 Sayılı içtihadı birleştirme kararı gereğince mirasçılar arasında zamanaşımı cereyan etmeyeceğinden sözleşmenin ifa olanağı vardır." (**Kazancı, E.T.: 18.08.2024)**

[169] Aynı yönde çıkarımda bulunan diğer bir eser için bkz. **ÖZEN,** Elbirliği, s. 630.

rejimine tabi kılmakla beraber, paylarını serbestçe üçüncü kişilere devredebilir bir konuma erişirler ve bu da paylaşım adaletini ciddi oranda tehdit eder.

Görüldüğü üzere TMK m. 677 f. I hükmünde yer alan miras payı devrinin bu görünümü, mirasçılar arasında kurulan sözleşmenin konusunu paylı mülkiyet payı edinme zeminine kaydırıyor ve tüm mirasçıların katılımının aranmadığı kısmı objektif paylaşma sözleşmesine kapı aralıyor. Bu uygulamanın esasında yasanın ruhuyla bağdaşan kesiti de yok değildir. Devreden mirasçı, terekeden elde etmeyi umduğu ekonomik menfaate paylaşım aşamasından evvel ulaşmış olur.

Tereke değeri üzerindeki pay devrinin kronolojik izleği ve barındırdığı sorunlar incelendiğinde, yürürlükteki yasayı yapanların, miras payının devri sözleşmesi aracılığıyla uygulamada da karşılığı olan ***quasi paylaşım*** hükmü (paylaşma benzeri hüküm) tasarladığı sonucuna varılabilir. Yasa koyucunun iradesini yasanın ruhunu da dikkate alarak anılan sorunları bertaraf edecek şekilde uygulamada tutmak da pekala mümkün olabilir.

(iv) Ulaşılan Sonuç: Yukarıda ortaya konulan sorunlar da dikkate alındığında, Alman ve İsviçre hukukunda yer almayan devir türünü dışlayıcı bir tavır almak ve TMK m. 677 f. I hükmünü mirasçının sahip olduğu miras oranının bir bölümü olarak pekâlâ mümkündür. Ne var ki böylesi bir tutum, gerek sübjektif tarihi yorum metodu gerekse objektif tarihi yorum metoduyla uyumsuzluk taşır. Çünkü yasa koyucunun iradesi göz ardı edilmiş olur. Bunun yerine, yasa koyucunun iradesini miras payının devri kurumunun amacına indirgeyerek, bu aşamada sorumluluk ve paylaşım bahsini de gözeterek amaca göre sınırlamada (*teleolojik redüksiyon)* bulunmanın daha yerinde olacağı düşünüldü.

Hatırlanacak olursa yasa koyucu TMK m. 677 hükmünün gerekçesinde, *yargı kararlarında kabul edilen* görüşün yasal dayanak bulduğunun altını çizer. 4721 sayılı medeni yasanın yürürlüğe girmesinden önceki dönemdeki yargı kararlarına konu olan somut uyuşmazlıklar incelendiğinde, hükme varılan kararların tamamının taşınmazları ve taşınmazlardaki miras payını konu edindiği tespit edilir. Bu kararlar, terekeyi iradi ya da yargısal olarak paylaşma iradesi ortaya koymayan mirasçıların bedel karşılığında tereke değeri taşınmazın gerçek olmayan anlamda paylaşılmasını sağlar. Devir sözleşmesinin, tasfiye paylarını güncellendiğini vurgulayan ifadeler de varılan sonucu doğrular. Miras payının devri kurumu aracılığıyla *quasi paylaşım* öngören yasa koyucunun iradesi, bir yönüyle de miras payını devri kurumunun uyumludur. Devreden mirasçı, öncelenmiş biçimde mirastan ferdi menfaat elde eder.

Yargı kararlarındaki vakıa grupları da değerlendirildiğinde, yasa koyucunun *quasi paylaşım* imkanını taşınmaz cinsinden değerlerle sınırlı tutma iradesi taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Gerekçenin lafzıyla bağlı kalınırsa, yasa koyucu taşınmazları konu edinen yargı uygulamasında kabul edilen görüşe dayanak sağladığına göre, TMK m. 677 f. I'de öngörülen *quasi paylaşım* imkânı da taşınmazlarla sınırlı kabul edilmelidir. Lakin, kararlara konu vakıaların cereyan ettiği dönemde yatırım aracı olarak kabul gören ve ekonomik anlamda yüksek değere sahip eşya türünün taşınmazlardan ibaret olduğu göz ardı edilmemelidir. Günümüz için taşınır eşya ayrımında yer alan eşyaların ve hatta hakların taşınmazlardan daha fazla değer sahip olduğu ve yatırım aracı olarak kullanıldığı nazara alınırsa[170] yasa koyucunun öngördüğü *quasi paylaşım*ı taşınmazlarla sınırlı tutmak, yasanın amacıyla bağdaşmaz. Şu hâlde TMK m. 677 f. I hükmünde öngörülen devir görünümünün, terekede yer alan eşya ve hak türünden değerlerin tamamına yaygın biçimde uygulanacağı kabul edilmelidir.

Devre neredeyse paylı mülkiyete rejimine tabiiyet mertebesinde sonuç bağlamak; paylaşım sırasındaki bilançonun tespiti, tereke değerinin korunması ve tereke borçlarından sorumluluk sahalarında çeşitli sorunlara sebebiyet vermeye adaydır. Bu nedenle devre, tereke sınırları içinde sonuç bağlanması, kurumun amaca göre sınırlanması anlamına gelir. Kaldı ki tereke değeri üzerindeki pay devri, en nihayetinde terekenin varlığını koruduğu safhada gerçekleşir. Dolayısıyla söz konusu değerin, pay devriyle beraber tereke dışına çıkmış olduğu düşünülemez. Bu ancak paylaşma sözleşmesiyle mümkündür. Değer tereke dışına çıkmamış sayıldığına göre, bu değer halen elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi kalmaya devam eder. Şu hâlde tereke içinde yer alan devir konusu değerdeki paylar tereke yürürlükte kaldığı sürece anlam taşır. Bu noktada devralanın mirasçı olmayan üçüncü kişiye devredebileceği paydan söz edilemez. Tereke değeri üzerindeki yeni oranlar, paylaşma fazında payların oluşturulması aşamasında ve tereke değerinin özgülenmesi aşamasında nazara alınabilir. Dikkat edilirse tereke değerindeki oran değişimi, özellikle taşınmazlar söz konusu olduğunda değerin tabi olduğu sicile ya da diğer değerler için de kaydı tutulmaktaysa ilgili defter ya da sicile işlenmelidir. Bu işlemenin taşınmazlarda tapu sicilinin mülkiyet sütununda, diğer değerlerde de hak sahipliğini gösteren kısımda yapılması, tereke borcunun ifası aşamasında alacaklılar aleyhine bir

[170] Taşınmaz eşyaların, taşınırlar ve haklar karşısında yaşadığı değer kaybının tespiti için bkz. **SEROZAN,** Eşya Hukuku I, N. 308.

tür aleniyet sorunu doğurabilir[171]. Bu noktada tereke borçlarından ötürü devreden mirasçının da müteselsilen sorumlu tutulabileceği göz ardı edilmemelidir. Tereke borçlarından sorumluluk prensip itibarıyla, paylaşım tamamlanıncaya kadar yürürlüktedir. TBK m. 202 hükmünün kıyasen uygulanabileceğinin kabul edildiği ihtimal saklıdır.

Devir konusunun terekede kalmaya devam etmesi, devredenin de mirasçı sıfatıyla tereke değerini koruma önlemlerine başvurabilmesinin yolunu açık tutar. Devreden dilerse, tereke değerini elinde bulunduran üçüncü kişiye karşı miras sebebiyle istihkak davası yöneltebilmekle beraber; devredenin tereke değerini korumak yükümlü olduğu söylenemez[172].

Bu noktaya kadar, amaca göre sınırlandırmanın, *quasi paylaşım* iddiasını ortadan kaldırdığı düşünülebilir. İki noktada *quasi paylaşım* iddiası devam eder. Birincisi, paylaşma fazında devreden mirasçının, devir konusu tereke değerinin kendisine özgülenmesine prensipte cevaz verilmemesiyle *quasi paylaşım*a ilişkin bir sonuç elde edilir. İradi paylaşımda tarafların iradesinin uyuşması elbet saklıdır. Bunun ötesinde, yargısal paylaşımda hâkim, sözleşmeyi nazara alarak özgüleme yapma hususunda takdir yetkisine sahiptir[173]. Böylelikle tereke değeri üzerindeki miras

---

[171] Devredenin halen sorumluluğuna başvurulabilmesi, ancak bir yandan da paylaşma fazı için yeni oranların işaret edilebilmesi için yeni oranların taşınmazlar için tapu sicilindeki beyanlar hanesine işlenmesi daha yerinde olabilirdi. Lakin hukukumuzdaki hakim görüş uyarınca, tapu siciline beyan kaydının düşülebilmesi için düşülecek beyanın kanunda ya da tüzükte belirlenmiş olması aranır (**OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR,** N. 946-947; **SİRMEN,** s. 221.). TMK ve diğer yasalar incelendiğinde mirasçılar topluluğuna ve elbirliği hak sahipliği hakkında böyle bir beyan türüne rastlanmaz.
İsviçre hukukunda beyanlar hanesine kamu hukuku ilişkileri düşülebileceği gibi özel hukuk ilişkilerinin düşülebileceği kabul görür. Paylı mülkiyette paydaşlar arasındaki kullanma ve yararlanma sözleşmeleri, İsviçre hukukunda tapu sicilinin beyanlar hanesinde yer alır (**HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENHALTER/EGGEL,** s. N. 527; **ÖZEN,** Paradigma, s. 163.). Ne var ki İsviçre'de de mirasçılar topluluğuna özgü beyan öngörülmüş değildir. (ACABA KIYASEN UYGULANABİLİR Mİ DİYE GİRİZGAH YAPTIM!)

[172] Mirasçı sıfatını taşıyanların tereke değerini elinde bulunduran üçüncü kişilere karşı miras sebebiyle istihkak davası açabileceği yönünde bildirilen görüş için bkz. **AKBIYIK**, s. 216; **RYFFEL,** s. 167; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1585. Davanın yalnızca diğer mirasçılara karşı yöneltilebileceği yönünde bkz. **MOSHE,** s. 23 vd.; **HATEMİ,** Miras Sebebiyle İstihkak, s. 582; **GÜVENÇ,** s. 118 vd.

[173] **ARAL, s.** 102; **OZANEMRE YAYLA, s.** 258. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. **HÖSLY/GEIGER,** s. 330.
Yargıtay, ikame edilen paylaşma davasında iddia ve savunmanın genişletilmesi aşamasında ileri sürülmeyen miras payının devri hukuki işleminin nazara alınamayacağını, miras payının devrinin ileri sürülmemesinin miras payının devri sözleşmesinden örtülü olarak dönülmesi anlamına geleceğinin altını çizerek paylaşma hükmünü içeren kesin hükmün tüm mirasçılar açısından sonuç doğuracağını istikrarlı biçimde kabul eder. Bu nedenle, hakimin anılan takdir yetkisini kullanabilmesi için miras payını devri hukuk işleminin de dava malzemesine dahil edilmesi gereği göz ardı edilmemelidir. Örnekler için bkz. **Y. 8. HD. 11.05.2010 T., 2010/2416 E., 2010/2490 K.:** *"…Osman Nuri Aydın'ın mirasçıları olduğu anlaşılan taraflar arasında yapılan ve miras payının devrine ilişkin bulunan dayanak sözleşme TMK. nun 677. maddesi hükmü uyarınca kural olarak geçerli ve sonuç doğuran bir*

payının devri işlemi, paylaşma aşamasında etki doğurur. Diğeri, Yargıtay uygulamasının değişen tasfiye oranlarına atfettiği anlamla ilgilidir. Kararlarda kullanılan ifadelerden ulaşılan sonuca göre, devreden mirasçı dışında tereke değeri üzerinde hak sahibi olmaya devam edenler TMK m. 644 uyarınca, devir konusunun elbirliği mülkiyetinden paylı mülkiyet rejimine dönüştürülebilmesini talep edebilecek konum elde eder. Bunun yanında, devredenin TMK m. 644'e uygun girişilen prosedür uyarınca itiraz imkânı bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktaydı. Oysa değerin halen tereke kapsamında kalması ve paylaşım aşamasına değin değerinin artması ihtimali devreden mirasçının da TMK m. 644 uyarınca itiraz imkanı bulunduğunu kabul etmeyi gerekli kılar. İşte devreden mirasçı TMK m. 644'te kendisine bahşedilen bu imkanı kullanmaktan imtina ederse, tereke değeri için yasa koyucunun tasavvur ettiği *quasi paylaşım*ın etkisi ortaya çıkar.

III. MİRAS PAYININ DEVRİNİ KONU ALAN İŞLEMLERİN SINIFLANDIRILMASI

Miras payı kavramının yasada kullanıldığı yerler, miras payına atfedilen anlamlar ve taahhüdün konusu başlıklarındaki açıklamaları mukayeseli olarak toparlamak çalışmada ele alınacak başlıkları kabaca belirlemek için yol gösterici bir nitelik taşır. Bu doğrultuda Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında miras payının devri için öngörülen çeşitlilik ve inceleme alanı belirlenmelidir.

(1) Alman hukukunda; mirasın açılmasının ardından **(i)** elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi terekedeki miras payının diğer mirasçılara ya da üçüncü kişiye devri

---

sözleşme ise de, incelenmekte olan davanın açıldığı 13.06.2007 tarihinden önce tüm Osman Nuri mirasçılarının taraf sıfatını aldığı Manavgat Sulh Hukuk Mahkemesinin 2004/794 esas ve 2005/316 karar sayılı kesinleşmiş hükmü uyarınca dava konusu taşınmazdaki iştirak halindeki mülkiyet, paylı mülkiyete dönüştürülmüş ve 12.07.2005 tarihinde mirasçılar adına paylı olarak sicil oluşturulmuştur. Bu işlem miras payının devrine ilişkin 15.02.2002 tarihli sözleşmenin tadili ve sözleşmeden dönme niteliğindedir. Yani mahkeme hükmüyle elbirliği mülkiyetin mahkeme hükmü ile paylı mülkiyete dönüştürülmesi ile 15.02.2002 tarihli miras payının devri sözleşmesi bozulmuş ve artık hukuki sonuç doğurma özelliğini kaybetmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle sözleşmeye dayanarak hak istenemez. Bu durumda 15.02.2002 tarihli sözleşmeye dayanılarak açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru değildir." (**Legalbank, E.T.: 18.08.2024**); **Y. 2. HD. 14.05.2007, 2007/6995 E., 2007/8052 K.:** *"Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü. KARAR: Davadan sonra, bütün mirasçıların talebi ve katılımı ile dava konusu taşınmazlardaki iştirak halindeki mülkiyet paylı mülkiyete dönüştürülmüş ve paylı olarak mirasçılar adına sicil oluşturulmuştur. Bu işlem, miras payının temlikine ilişkin 28.05.1985 tarihli sözleşmenin tadili ve sözleşmeden dönme niteliğindedir. (Bkz. 2. H.D. 31.03.2003 gün ve2003/3590 esas, 2003/4511 K.) Bu durumda 28.05.1985 tarihli sözleşmeye dayanılarak hüküm kurulamaz. İsteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. SONUÇ: Hükmün yukarda gösterilen sebeple BOZULMASINA, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararını tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliği ile karar verildi."* (**Legalbank, E.T.: 18.08.2024**)

mümkündür (BGB §2033). Devralanın üçüncü kişi olması ve devrin ivaz karşılığı gerçekleştirilmesi durumunda, devir ilişkisine taraf olmayan diğer mirasçı önalım hakkı kullanabilir (BGB §2034). **(ii)** Tereke değeri üzerindeki pay, devir sözleşmelerine konu edilemez. **(iii)** Bunların yanında terekenin paylaşımı sonucunda mirasçıya özgülenecek değerlerin satışı da pekala mümkündür (BGB §2371 vd.). Henüz mirasın açılmadığı dönemde, **(iv)** muhtemel mirasçının muhtemel miras hakkı üzerinde sözleşme yapabileceği çevre, yasa koyucunun iradesiyle sınırlanır. Muhtemel mirasçının dilediği kişilerle, muhtemel miras hakkını konu alan sözleşme kurmasına imkan tanınmaz. Yasa koyucu, yalnızca muhtemel mirasçılar arasında kurulan sözleşmelere geçerlilik atfeder (BGB §311b Abs. 4-5).

(2) İsviçre hukukunda; mirasın açılmasının ardından **(i)** elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi terekede miras payının genel olarak diğer mirasçılara devri mümkündür. Mirasçılar topluluğunda bulunmayan üçüncü kişilere devir, yasa koyucunun iradesi ile yasaklıdır (ZGB Art. 635/I). **(ii)** Tereke değeri üzerindeki pay, devir sözleşmelerine konu edilemez. **(iii)** Terekenin paylaşımı sonucunda mirasçıya özgülenecek değerlerin devrinin taahhüdü imkân dahilindedir. Diğer mirasçı veya mirasçı olmayan lehine böylesi taahhütte bulunulabilir (ZGB Art. 635/II). Mirasın açılmasından önceki dönemde, **(iv)** muhtemel mirasçı muhtemel miras hakkını konu alan sözleşmelere taraf olabilir. Sözleşmenin diğer yanını oluşturanın muhtemel mirasçı olması aranmaz (ZGB Art. 636).

(3) Türk hukukunda; mirasın açılmasının ardından **(i)** tereke üzerindeki elbirliği ile hak sahipliği anlamına gelen miras payının diğer mirasçılara devri mümkündür. Mirasçılar topluluğunda bulunmayan üçüncü kişilere devir, yasa koyucunun iradesi ile yasaklıdır (TMK m. 677 f. I). **(ii)** Tereke değeri üzerindeki payın, her iki tarafın mirasçı statüsü taşıdığı sözleşmelere konu edilebileceği, içerdiği sorunlara rağmen kabul görür (TMK m. 677 f. I hükmünde yer alan "*Terekenin…bir kısmı üzerinde"* ibaresine atıfla). Bu çalışmada tereke değeri üzerindeki pay devrine, amaca göre sınırlanması kaydıyla sıcak bakılır. **(iii)** Terekenin paylaşımı sonucunda mirasçıya özgülenecek değerlerin devrinin taahhüdü imkân dahilindedir. Diğer mirasçı veya mirasçı olmayan lehine böylesi taahhütte bulunulabilir (TMK m. 677 f. II). Mirasın açılmadığı dönemde, **(iv)** muhtemel mirasçı muhtemel miras hakkını konu alan sözleşmelere taraf olabilir. Sözleşmenin diğer yanını oluşturanın muhtemel mirasçı olması aranmaz (TMK m. 678).

§2. MİRAS PAYININ DEVRİ TAAHHÜDÜNE YÜKLENEN MİSYON

I. GENEL OLARAK

Miras payının devrini konu edinen hukuki işlem, borçlandırıcı işlem ya da tasarruf işlemi niteliği taşır. Bilindiği üzere hukuki işlemlerin özellikle de tasarruf işlemlerinin hukuki sebebi bulunur. Hukuki sebep, özellikle sebebe bağlılık ilişkisinin kabul edildiği hukuki işlemler açısından daha büyük önem arz eder.

Çalışmanın bu başlığı ise, dar ve teknik anlamıyla hukuki sebebi ele almayı hedeflemez. Bu başlık, tarafları özellikle de miras payını devredeni ya da devretmeyi taahhüt edeni, bu hukuki işlemi kurmaya iten ekonomik gereklere odaklanmaktadır. Bu ekonomik gerekler; miras paylaşımından önce likide ulaşma, kredi sisteminde teminat olarak kullanma, mirasbırakanla sosyal dayanışmanın denkleştirilmesini sağlama ve kanunun yüklediği sorumlulukları sınırlama olarak sınıflandırılabilir. Bugün için Türk-İsviçre öğretisi genel olarak, miras payının devri hukuki işleminin ekonomik temellerini, mirasçının likide öncelenmiş biçimde erişmesi misyonuna dayandırır. Miras payının devrinde *klasik paradigma* olarak adlandırılabilecek paradigmanın genişletilmesinin, miras payının devrini konu edinen hukuki işlemlerin yaygınlaştırılmasında rol oynaması bu doktora tezinin hedeflerindendir. Aşağıda klasik paradigma ve diğer ekonomik itkilere yer verilecektir.

II. KLASİK YAKLAŞIM: MİRASÇININ LİKİDE ERKEN ULAŞMA ÇIKARI

Miras payının devri hukuki işlemine yüklenen klasik misyon, mirasçının miras sebebiyle intikal eden ya da etmesi ümit edilen hakları öncelenmiş bir biçimde elde etmesidir. Özellikle miras paylaşımının uzun ve efor gerektiren sürece yayıldığı durumlarda, mirasçıların tereke değerlerinden diledikleri ölçüde menfaat elde etmeleri sınırlıdır. Elbirliği ile hak sahipliğinin yürürlük bulması nedeniyle, nakit paraya ihtiyaç duyan mirasçının, mirasbırakanın yüklü miktar alacağının bulunduğu mevduat hesabından istifade edememesi verilen örneklerdendir. Yine, mirasçıların tamamının ortak karara varamaması nedeniyle terekedeki onlarca taşınmazdan birini dahi kullanamayan evsiz mirasçı bir diğer örnek olarak gösterilir. Öğretide genel olarak tasviri yapılan, zengin mirasbırakanın aç mirasçısı tablosudur[174].

[174] İsviçre hukuku için bkz. BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 2; ZK-**ESCHER,** Art, 635 ZGB, N. 1; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2039. Türk hukukundaki benzer yaklaşım için bkz. **ÖZAKMAN,** s. 1-2; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 18; **DURAL/ÖZ;** N. 1571; **EREN/YÜCER AKTÜRK,** s. 1362.

Öğreti, bugün dahi geçerliliğini koruyan klasik yaklaşımını miras payının devri kurumunun çıkış noktası olarak kabul eder. Mirasçının, ertelenemeyecek derecede önem arz eden likide ulaşma ihtiyacının, paylaşma süreci tamamlanmadan mirasçının tatmin edilmesi yolunun açılmasını zorunlu kıldığından yasa koyucu, miras payının devri düzenlemesine yer verir. Miras payının devrinin, elbirliği ile hak sahipliğine pay devri yönünden getirilen bir istisna olmak üzere ihdas edildiğini kabul eden yazarların, mirasçının likide erken ulaşma çıkarını ön planda tuttuğu gözlemlenir. Yasa koyucunun özel bir amaç doğrultusunda elbirliği ile hak sahipliği düzeninden ayrıldığı ifade edilir[175]. Tezde, elbirliği ile hak sahipliği düzeninde bağımsız payın bulunduğu ve pay üzerinde tasarrufun esasında serbest olduğu kanaatine ulaşılır. Klasik yaklaşımın lütuf temsili atfettiği ZGB Art. 635 ve TMK m. 677 hükümlerinin, aksine sınırlayıcı hükümler olduğu sonucuna varıldı. İsviçre-Türk yasa koyucuları, mirasın açılmasından sonraki evrede miras payının devrini konu alan hukuki işlemlerin, bir tasarruf işlemiyle ifasını hukuki işlemin her iki tarafının "mirasçı" statüsü taşımasını bağımlı kılar. Esasında söz konusu tercih, mirasçının likide erken ulaşma menfaatine hitap eden pazarı alabildiğince sınırlar. Bununla kıyaslanınca Alman yasa koyucusunun, mirasçının likide ulaşma menfaatini daha çok gözettiği söylenebilir. Ne de olsa BGB §2033 ve devamı hükümlerine göre, miras açıldıktan sonra miras payını devretmeyi taahhüt eden borçlu, mirasçı statüsü taşımayan devir alacaklısı lehine tasarruf işlemini nihayete erdirebilir. Sözün özü mirasçı statüsünü bir an için dahi taşımayan devralan, tasarruf işlemi sonucunda miras payını malvarlığına devşirebilme imkanına sahiptir.

Miras payının devri sayesinde devreden mirasçı, likide erken ulaşmakla beraber mirasçı statüsünü korumaya devam edebilir. Miras payının kısmen devredilmesi hali bu ihtimale örnek olarak gösterilebilir. Mirasbırakandan intikal eden 1/3'lük miras payının 1/2'sini diğer mirasçıya devreden mirasçının durumu böyledir. Türk hukukunda kabul edilen imkan uyarınca, mirasçıların tereke değeri üzerindeki payı diğer bir mirasçıya devretmesi de olanak dahilindedir. Eleştirilere tabi tutulsa da yürürlük bulan bu düzenleme uyarınca mirasçı, diğer bir mirasçıya tereke değeri üzerindeki payını devretmekle yine hem mirasçı statüsünü korur hem de likide

[175] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2039; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 19.

duyduğu ihtiyacı karşılar. Sözü edilen son ihtimalin, Alman ve İsviçre hukukunda dışlandığı hatırlanmalıdır[176].

Mirasçı, miras payını tasarruf işlemine konu etmeksizin miras paylaşımı sonucu elde edeceği değerlerin devrini de taahhüt edebilir. Borçlandırıcı işlem niteliğindeki bu hukuk işlem sayesinde mirasçının öncelenmiş biçimde mirastan elde etmeyi umduğu çıkara kavuşması mümkündür. Borçlandırıcı işlem niteliğindeki bu sözleşmelerde, diğer yanının mirasçı statüsü taşıması aranmaz.

Likide ulaşma çıkarını karşılayan bir diğer imkân ise, mirasın açılmasından önce mirasçılık haklarının devrini konu edinen sözleşmedir. Mirasçı sıfatını henüz kazanmamış kimse dahi yasaya ya da ölüme bağlı tasarrufa dayanan mirasçı olma umudunu, likide dönüştürebilir. Borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan bu hukuki işlem sonucu devralanın tatmin edilmesi, birden fazla koşula bağımlıdır. Bu koşullar: mirasbırakan hakkında ölüm olayının gerçekleşmesi, devredenin mirasçılık statüsüne ehil olması ve mirasın paylaşılmasıdır.

Borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan miras payının devri sözleşmeleri, devredenin mirasçılık statüsüne ya da mirasçı olma umuduna yönelik menfaatini öncelenmiş biçimde elde etmesine imkân tanısa da bu türden hukuki işlemler, devralan bakımından edime kavuşma riski barındıran işlemlerdir. Dolayısıyla sözleşmenin devralan yanının prensip olarak dileyen herkese açık olması pek bir anlam ifade etmez. Bu sözleşmenin devralan yanının; risk almaya yatkın, aldığı riski rasyonel temellerle teminat altına alma gücü bulunan ve sözleşmeyle elde etmeyi tasarladığı menfaati, özellikle karşı edimi, geç elde etmeyi tolere edebilecek aktörlere hitap ettiği gerçeği benimsenmelidir.

İsviçre-Türk yasa koyucusunun tasarruf işlemi kurabilecek aktörler hakkındaki tercihi ve borçlandırıcı işlemin etkisinin, mirasçı ya da mirasçı olma ümidi taşıyanların sırasıyla mirastan ve mirasçı olma ümidinden öncelenmiş biçimde menfaat elde etmesini sınırladığı tespit edilir. Söz konusu tespit, miras payının devrinin miras veya miras ümidinden öncelenmiş biçimde menfaat elde etme imkanını dışlamaz ya da göz ardı etmez. Buna karşın tespit, miras payının devri işlemine başvurulmasının diğer rasyonel temellerini tartmayı sevk edici bir rol taşır. Takip eden başlıklarda, diğer rasyonel temeller ve miras payının devri hukuki işleminin rotası ele alınır.

---

[176] Tereke değeri üzerindeki miras payı devrinin ortaya saçtığı etki ve neden olduğu sorunlar için bkz. Yukarıda **§1, II, B.**

III. YÜKSEK POTANSİYELLİ ÇIKAR: KREDİ TEMİN ETME İŞLEVİ

Borçlandırıcı işlem niteliğindeki miras payının devri işleminin sözleşmede kararlaştırılan ifasının birden fazla koşula bağlıdır. Bu koşullar, devralanın edime kavuşmasını geciktirdiği gibi bazen de edime kavuşmasını olanaksız hale getirir. Miras açıldıktan sonra kurulan, tasfiye payını hedef tutan miras payının devri sözleşmesinin ifası, terekenin tasfiye edilmesine bağlıdır. Bu koşul nedeniyle devralan, tasfiyenin tamamlanmasını yani geciktirici koşulun gerçekleşmesini beklemelidir. Tasfiyenin sonunda, miras payını devretme taahhüdünde bulunana değer özgülenmesi de bir diğer koşuldur. Aksi takdirde devredenin borcu sona erer. Nitekim bu ihtimalde ifa edilecek edim bulunmaz. Miras açılmadan evvel kurulan ve yine tasfiye payının devrini hedefleyen sözleşme ek koşullar barındırır. Bu sözleşme uyarınca devir alacaklısının alacağının doğumu; mirasbırakanın, devir taahhüdünde bulunandan önce ölmesi ve devir taahhüdünde bulunanın mirasa ehil olmasına bağımlıdır. Bu nedenle, borçlandırıcı işlem mahiyetindeki miras payının devri ve açılmamış miras hakkında sözleşmeyle devir alacaklısı konumunda yer almayı kabul eden aktörün, edime kavuşamama riskini ya da geç kavuşma riskini tolere edebilecek aktörlerden olması beklenir. Öğreti, rasyonel ekonomik yaklaşımlar çerçevesinde kredi kuruluşlarını işaret eder[177].

Kredi kuruluşları, kredi açma sözleşmelerinde kredinin kısmen ya da tamamen geri ödenmesinin tasfiye payının devri yoluyla gerçekleştirileceği hususunda mutabık kalabilir. Özellikle yüksek enflasyonun hâkim olduğu ve emtianın yatırım aracına dönüştüğü ekonomik ortamda, geri ödemenin miras payı ile gerçekleştirilmesi kredi kuruluşunun çıkarına olabilir. Bunun yanında, kredi sözleşmesinden doğan alacağı teminat altına almak için miras payının rehnedilmesi mirasçının krediye ulaşmasını kolaylaştırır. Tasfiye payı anlamına gelen miras payı üzerinde rehin tesis edilebileceği gibi, miras payı teminat amacıyla temlik işlemine de konu edilebilir. Miras payının inançlı intifası ve teminat amaçlı intifa sebebine dayanarak temliki aracılığıyla da mirasçının kredi temin etme alanı genişletilebilir[178].

Hukukumuzda miras payı devrini konu alan sözleşmenin tasarruf işlemi niteliği kazanması, mirasın açılmasından sonra mirasçılar arasında kurulan miras payının

---

[177] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 6; **GUILLAUME,** s. 306.

[178] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 1; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 6; **GUILLAUME,** s. 306. Kredi temin etme işlemine vurguda bulunmaksızın hukuki sebep hakkında ortaya konan aynı yönde açıklamalar için bkz. **WOLF/von BARY,** s. 156.

devri sözleşmesiyle sınırlı tutulduğundan, kredi kuruluşuyla bu türden devir sözleşmesi kurmak hemen hemen mümkün görülmez. Oysa Alman hukukunda, tasarruf işlemi niteliği taşıyan miras payının devri sözleşmesinin mirasçı statüsünü taşımayan kişilerle de kurulması mümkündür. Sözleşme serbestisi ilkesini tahkim eden bu tutum, mirasçının taksim fazından önce kredi araçlarına erişmesini İsviçre-Türk hukuk sistemine nispetle kolaylaştırır[179]. İsviçre-Türk hukuk sistemine dönülecek olursa, yasa koyucunun gözetmediği menfaati mirasbırakanın gözetmesi beklenir. Mirasbırakan, mirasçısının kredi araçlarına erişimini genişletmek için, kredi kuruluşunu ölüme bağlı tasarruf ile mirasçı olarak atayabilir. Kredi kuruluşunun mirasbırakanın serbest tasarruf oranında kalan ve binde bir gibi oldukça küçük bir oranda mirasçı atanması mümkündür. Yine mirasçı atama tasarrufu, yasal mirasçıların ya da ölüme bağlı tasarrufta sayılan mirasçıların, mirasın açılmasından itibaren belli bir süre içinde kredi kuruluşuna başvurması koşuluna bağlı yapılabilir. Ne var ki miras payının ekonomik değerine yaslanarak kredi temin etmek isteyen mirasçının sözleşme kurma serbestisi, bu kez de mirasbırakanın çizdiği sınırlara tabidir.

Tasfiye payını hedef tutan borçlandırıcı işlemlerin kredi temin aracı olarak kullanılabilmesi, devralan kredi kuruluşunun çıkarlarının korunmasına bağımlıdır. Mirasçılık statüsünden doğan hakların devreden tarafından kullanılması, mirasçılar topluluğunun idaresi ve özellikle paylaşma fazında etkili müzakerenin sürdürülmesi bu çıkarların başında gelir. Esasında bu risk, sadece kredi kuruluşlarının üzerinde değildir. Tasfiye payına özgülenecek değerleri devralan tüm aktörler için yürürlük bulur. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, söz konusu çıkarların korunması özel olarak ele alınmaktadır. Ortaya konan görüşlerin, kredi araçlarına erişimi elverişli hale getirme menfaatini de odağa aldığı şimdiden ifade edilmelidir[180].

IV. MİRASBIRAKANLA DAYANIŞMADAN KAYNAKLANAN DENKLEŞTİRME BORCUNUN İFASINDAKİ ROLÜ

Miras payının, mirasın açılması ile mirasın paylaşımı aşaması arasındaki zaman zarfında mirasçının malvarlığında yer aldığı açıklandı. Yasa koyucu bu zaman kesitine, diğer hukuki düzenlemelerinde de önem atfeder. Mirasçıların mirasbırakanla

---

[179] **WOLF/von BARY,** s. 156. Yazarlar, Alman hukukunda mirasçı ve *hissedar* kavramlarının birbirlerinden ayrışmasının mirasçı için serbestiyi de beraberinde getirdiğini vurgular. İsviçre hukuk sistemindeki aksine düzenlemeyi ise katı bulduklarının altını çizer.

[180] Mirasçılık statüsüne bağlı yetkilerin kullanılması ve mirasçılar topluluğunun idaresi için devralanın temsil yetkisi ile donatılması, mirasçılık statüsüne bağlı hakların devralan lehine etki doğurması için irade beyanına hükmetme davasının kullanımı ve sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin gereği gibi ifa ile ilişkisinin ele alındığı kısım için bkz. **§6.**

dayanışması sonucu ortaya çıkan taleplerin çözümü de bu zamana terk edilmiş vaziyettedir. Mirasın paylaşımına ilişkin bir işlem olarak vasıflandırılan denkleştirme kurumu ile Aile Hukuku Kitabı'nda düzenlenen altsoyun denkleştirme alacağı anılan türden hukuki kurumlardır.

Denkleştirme kurumu genel olarak, mirasbırakanın mirasçılarına ekonomik bağımsızlık kazanmalarını sağlamak amacıyla gerçekleştirdiği sağlararası kazandırıcı işlemlerin iadesini konu edinir. Bu ihtimalde mirasbırakan, sağlığında muhtemel mirasçıyla dayanışma gösterir. Mirasta denkleştirme kurumu, mirasın açılması anında dayanışmadan yararlandığı tespit edilen mirasçı ile dayanışmadan yararlanamayan mirasçının eşitlenmesini hedef tutar. Eşitlemenin, mirasın paylaşımı fazıyla tamamlanması öngörülür. Dayanışma lehtarı denkleştirme borçlusu mirasçı, sağlararası kazandırıcı işlem sayesinde elde ettiklerini terekeye aynen iade etmek suretiyle denkleştirme borcundan kurtulabilir. Bunun yanında kazandırıcı işlem sebebiyle edindiği hak ya da eşyayı muhafaza ederek, bu değerin bedelini terekeye iade etmesi de mümkündür. Seçim yetkisinin borçluda olduğu kabul edilir (TMK m. 671/ ZGB Art. 628)[181]. Yasa koyucu, denkleştirme borçlusu mirasçının borcunu, *miras payına* mahsup ettirebileceğini ifade eder. Mahsup ettirilecek *miras payı* kavramının çalışma kapsamında ifade ettiği anlam, açıklığa kavuşturulmalıdır. Mirasta denkleştirme kurumu, mirasın paylaşılması aşamasının bir parçasını oluşturur ve denkleştirme borcunun ifası nominal bir hesaplamayı beraberinde getirir. Bu nedenle yasa koyucunun *miras payı* kavramıyla, miras paylaşımı fazında oluşturulacak birimi işaret ettiğini tespit etmek gerekir. Miras oranına göre oluşturulan bu birim, denkleştirme borçlusu mirasçının mahsup istemi ışığında paylaşma aşamasında güncellenmelidir. Şu halde denkleştirme borçlusu mirasçının, borcunun miras payına mahsup ettirilmesini talep etmesi, terekeden soyut malvarlığı değeri niteliğindeki miras payı üzerinde etki doğurmaz. Yani borçlu mirasçının mahsup istemi, TMK m. 677/ZGB Art. 635 anlamında miras payının devri anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle borçlunun, miras payının devri kurumuyla ifada bulunmaya yönelik seçimlik yetkisi bulunmaz. Yine de paylaşım aşamasında birimlerin oluşturulduğu fazda, denkleştirme borçlusu ve denkleştirme alacaklısı denkleştirme borcunun miras payının devri ile ifa edilmesi hususunda anlaşmaya varabilir. Ancak bu, ifa anlaşmasının tabi olduğu sözleşme serbestisinin bir sonucudur.

[181] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 482; **DURAL/ÖZ,** N. 1425. İsviçre hukukunda da seçim yetkisinin borçluda olduğu yönünde bkz. BK-**EITEL,** ZGB Art. 628 N. 4.

Yasada öngörülen diğer dayanışma modeli, altsoyun üstsoyla dayanışmasıdır. Altsoy statüsündeki erginin, emeğini ya da gelirini birlikte yaşadığı üstsoyla sürdürdüğü aile yaşantısına özgülediği durumda, uygun bir bedeli talep edebileceği TMK m. 370'te öngörülür. Denkleştirme alacağı olarak nitelenen bu alacağın borçlusu bu kurguda üstsoydur[182]. Bu borç, İsviçre hukukunda olduğu gibi kural olarak, üstsoyun ölümüyle muaccel olur[183]. Üstsoyun ölümüyle de genellikle üstsoy mirasbırakan; sosyal dayanışma gösteren altsoy da mirasçı sıfatını kazanır[184]. Yasa koyucu, sosyal dayanışma gösteren altsoyun alacağını herhangi bir zamanaşımına tabi kılmamayı tercih eder. Ne var ki bu alacak, en geç borçlunun terekesi paylaşılana değin istenmelidir. Borcun kural olarak muaccel olduğu an ile talebin ileri sürülmesi için belirlenen son tarih aralığındaki zaman kesitine dikkat çekilmelidir. Bu zaman kesiti, esasında mirasçılar topluluğunun ve özel malvarlığı terekenin yürürlük bulduğu zamana denk düşer. Zaman bakımından uyuşma, denkleştirme alacağının miras payının devri yoluyla ifası ihtimalini beraberinde getirir. Denkleştirme alacaklısının borcun ifasını talep etmesiyle, borca karşılık gelen bedelin para cinsinden ya da başka bir şekilde mirasçılar topluluğu tarafından ifa edilmesi gerekir. Tarafların ifa konusu bedelin miktarı ve ifa tarzı konusunda uzlaşamaması durumunda hakimin devreye girmesi öngörülür[185]. Denkleştirme alacaklısının, mirasçılar topluluğunda yer aldığı kurguda hakim, borcun miras payının devri ile ifasına hükmedebilir mi? Bu soruna yalnızca TMK m. 370 f. II incelenerek çözüm aranırsa, yanıltıcı biçimde olumlu yanıt verilmelidir. Gerçekten de ilk bakışta TMK m. 370 f. II hükmü, hakime geniş bir takdir imkanı tanır. Oysa hakimin takdir yetkisi, Anayasa'da yer alan temel haklarla ve kanunun diğer hükümlerinde yer alan ilintili kurumlarla sınırlıdır. Hakimin, miras payının devriyle ifaya hükmetmesi Medeni Kanun bağlamında; mirasbırakanın mirasçı ve miras oranı tayinindeki irade serbestisi ilkesini, keza miras paylaşımında mirasçılar lehine öngörülen irade serbestisi ilkesini neredeyse saf dışı bırakır. Anılan bu nedenlerle, denkleştirme borcunun ifasının miras payının devri yoluyla gerçekleştirilmesinin hükmedilmesi mümkün görünmez. Bunun yanında uyuşmazlığı çözmekle mükellef hakimin, tarafları miras payının devri tasarruf işlemi kurarak

---

[182] **ERDEM/MAKARACI BAŞAK,** s. 492. İsviçre hukuku hakkındaki aynı yönde açıklamalar için bkz. CHK-**KELLER,** ZGB Art 334 N. 6.

[183] **ERDEM/MAKARACI BAŞAK,** s. 492; CHK-**KELLER,** ZGB Art 334bis N. 1.
Borcun üstsoy sağken muaccel olacağı ihtimaller TMK m. 370 f. II'de özel olarak sayılır.

[184] CHK-**KELLER,** ZGB Art 334bis N. 3.

[185] CHK-**KELLER,** ZGB Art 334 N. 8.

uyuşmazlığı sonlandırabileceği yönünde aydınlatabileceğini kabul etmek gerekir[186]. Tarafların borcun ifasının miras payının devriyle gerçekleştirme ihtimali elbet saklıdır. Ne var ki bu ihtimal gerek miras payının devrinin gerekse sözleşme serbestisinin olağan sonucudur.

Bu başlık altında genel bir sonuç damıtmak gerekirse, mirasbırakan ile mirasçı arasındaki dayanışmanın denkleştirilmesinde miras payının devri hukuki işlemi, herhangi bir seçimlik yetki sayesinde devreye giremediği gibi hakimin de ifanın miras payının devriyle gerçekleştirilmesi yönünde hüküm kurmasının önünde engeller bulunduğu tespitiyle yetinilir.

V. SORUMLULUKTAN KURTULMA ya da SORUMLULUĞU DARALTMA ÇIKARI

Mirasa ehil olmak, mirasçının terekesine bir kül halinde halef olmayı beraberinde getirir. Mirasçı, mirasbırakanın borçlarından da sorumlu tutulur. Dahası mirasçı, kural olarak kendi malvarlığıyla sorumludur. Sorumluluğun terekede yer alanlarla sınırlandığı yegâne durum, Devlet'in mirasçı sıfatını kazandığı olasılıktır[187]. Şu hâlde, mirasçı statüsüne kavuşmanın salt olumlu sonuçları beraberinde getirdiğini kabul etmek, bir yanılsamadan ibarettir. Kaldı ki yasa koyucu, özellikle mirasbırakanın borçlarından malvarlığıyla sorumlu olmak istemeyenler için mirası ret imkanını tanır. Ne var ki mirası ret, mirasçının tereke üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak menfaat etmesini de engelleyici bir kurumdur[188].

Mirasçının miras yoluyla edindiği hakları kullanabilmesinin ve sorumluluktan kurtulmasının aynı anda mümkün olup olmadığı sorusu akla gelir. Bu soruya götürü olarak olumlu yanıt vermek hukuk sistemimizle bağdaşmaz. Esas olan mirasın kül halinde edinilmesidir. Mirasçının borçlarından sorumluluk, alışveriş hayatının bir anlamda teminatıdır. Aksi ihtimalde mirasbırakan, borçlarının önemli bir kısmının ifasını önemli ölçüde geciktirmeyi tercih ederdi. Yine bazı belirtilere sahip borçlu, borçların vadesini tahmini ölüm zamanına sabitlemeyi seçerdi. Alışveriş hayatındaki güven unsurunda çatlamaya yol açan bu distopik görü, orantısız servet aktarımına da kapı aralardı. Bu ihtimali öngören yasa koyucu, mirasbırakanın belirlediği mirasçı

---

[186] Hakimin, miras paylaşma davasındaki konumlandırılmasına ilişkin olarak bkz. yukarıda **§1, I, D.**
[187] Devlet'in tereke değerleriyle sınırlı sorumluluğu için bkz. **SAĞLAM,** s. 2484; **KOCAR,** 172.
[188] **HELVACI, İ.,** s. 141 vd.Mirasçının mirası reddetmesine karşın, terekede değerlerinden istifade edebilmesine imkân tanıyan istisnai düzenleme TMK m. 612'de yer alır.

veya mirasçıların borçlarından sorumlu tutulamayacağına ilişkin ölüme bağlı tasarrufunun dış ilişki bakımından anlam taşımayacağını ifade eder. Mirasçıların kendi aralarında kurduğu ve içlerinden bir veya birkaçının mirasbırakanın borçlarından sorumlu tutulamayacağını kararlaştırdıkları anlaşmalar da dış ilişkide hüküm ifade etmez[189]. Böyle bir sözleşmenin varlığında dahi gerek mirasbırakanın alacaklıları gerek tereke alacaklıları, müteselsil borçlu mirasçılara başvurabilir. Anılan ölüme bağlı tasarruf ya da sözleşme ancak iç ilişki bakımından özel önem taşır. Mirasbırakan tarafından kayrılan ya da sözleşmeyle sorumluluk alanı daraltılan mirasçı, borcu ifa ettiği takdirde iç ilişkide diğer mirasçılara rücu eder. Rücu aşamasında bu mirasçının iç ilişkideki borca dair rücu oranı, sıfır olarak dikkate alınır[190]. Mirasçılar için öngörülen sorumluluk, mirasçılar topluluğunun yürürlükte olduğu zaman zarfıyla da sınırlı değildir. Mirasçılar, terekenin paylaşımını takip eden beş yıl boyunca mirasbırakanın ve terekenin borçlarından kendi malvarlıklarıyla, müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Görüldüğü gibi soruna götürü olarak olumlu yanıt verilememekle beraber hak ve sorumluluk unsurları seyreltip dengelenerek, sorumluluğunu sınırlandırmak isteyen mirasçı açısından optimal bir sonuca varılabilir.

Dengeleme, miras payının devri sayesinde de gündeme gelir. Miras payını ivazlı devreden mirasçının, intikal eden miras sayesinde elde etmeyi umduğu menfaate dolaylı şekilde erişirken, sorumluluk alanını da daraltma olanağının devam ettiği gözlemlenir. Bu daraltıma özellikle, miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmelerinde rastlanır[191]. Miras açıldıktan sonra, mirasçılar arasında kurulan miras payının devri sözleşmesiyle payının tamamını diğer mirasçı veya mirasçılara devredenin mirasçılar topluluğundan ayrılması esastır. Böylelikle mirasçılar topluluğunda, kişi sayısı bakımından bir azalma meydana gelir. Bu durum öğretide sübjektif kısmi paylaşma olarak adlandırılır[192]. Sübjektif kısmi paylaşma da paylaşmanın bir alt görünümü olarak kabul görür[193]. Payını devrederek, mirasçılar topluluğundan ayrılan mirasçı açısından mirasın paylaşımı gerçekleşmiş sayılır. Devreden, irade serbestisine uygun biçimde payına tekabül eden ivaz karşılığında

---

[189] **WOLF,** Grundfragen, s. 348; **KOCAR,** s. 189.
[190] **WOLF,** Grundfragen, s. 348; **KAPANCI,** s. 355 vd.
[191] Miras açılmadan önce kurulan açılmamış miras hakkında sözleşme uyarınca, tarafların tereke borçlarından sorumluluğu için aşağıda bkz. **§9.**
[192] Bu esas Alman, İsviçre ve Türk hukuku bakımından yürürlüktedir. Bkz. **WOLF/von BARY,** s. 154; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 6; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 17; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 30.
[193] **WOLF,** Grundfragen, s. 168; CHK-**GÖKSU,** Art. 634 ZGB, N. 6; **OZANEMRE YAYLA,** s. 182.

tereke ile bağlantısını koparmayı tercih etmiştir. Şu hâlde ivazlı devredenin, miras payı sayesinde menfaat elde ettiğinin altı bir kez daha çizilmelidir. Devreden bu sayede, mirasın paylaşılmasına ilişkin belirsizlikleri de ardında bırakmış olur. Ne var ki tüm bunların yanında, terekede kişiye özgü, sübjektif kısmi paylaşma gerçekleştiğinden devreden, paylaşmanın sonuçlarına da katlanmakla yükümlüdür. Yükümlülüklerin başında tereke borçlarından müteselsil sorumluluk gelir. Yasa, TMK m. 681 hükmüyle müteselsil sorumluluk süresini beş yılla sınırlar. Miras payını devrederek, topluluktan ayrılan mirasçı için beş yılla sınırlı sorumluluk süresinin başlangıç anı tartışmalıdır. Öğretide yer alan birinci görüş, miras payının devri sözleşmesinin diğer mirasçıların katılımı olmaksızın kurulduğuna dikkat çekerek, bu sözleşmenin tam anlamıyla sübjektif kısmi paylaşma teşkil etmeyeceğini bildirir. Bu nedenle devreden mirasçının sorumluluğunda bir sınırlamaya gidilmemelidir. Devreden de diğer mirasçılar gibi mirasın taksiminden itibaren beş yıl boyunca müteselsilen sorumlu tutulabilmelidir[194]. İkinci görüşü savunan yazarlar, sübjektif kısmi paylaşmaya bağlanan sonuçların burada da devreye girmesi gerektiğini ileri sürer. Bu görüşü savunan yazarlara göre devredenin müteselsil sorumluluğu devri takip eden beş yıl sonunda ortadan kalkar. Bu süreçte terekenin tamamının paylaşılmış olup olmaması devredenin sorumluluğu için özel bir önem taşımaz[195]. İlk görüş miras payını devredenden ziyade alacaklıların menfaatini gözetirken; ikinci görüşün miras payını devredenin menfaatini kolladığı tespit edilir. *ROUILLER,* iki görüşün de belirli koşullarda savunulması gerektiğini ortalama bir çözüm olarak sunar. Yazar, sübjektif paylaşma sözleşmelerinin tüm mirasçıların katılımını gerektirdiğinden hareket ederek belirli düzeyde aleniyet taşıdığını kabul eder. Buna karşın miras payının devri sözleşmesinin diğer mirasçılardan ve alacaklılardan uzakta, kapalı kapılar ardında akdedilmesi de pek olasıdır. Yazara göre eğer ki, miras payının devri sözleşmesi tarih içeriyorsa ya da noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılmışsa beş yıllık müteselsil borçluluk süresi, devir sözleşmesinin kurulmasıyla başlamalıdır. Sürenin sona ermesiyle de devreden sorumlu tutulamamalıdır[196]. Sözleşme metninden, sorumluluk sınırının tespitine imkân tanıyan bilgilerin edinilebildiği durumlar için beş yıllık müteselsil

---

[194] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 28; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 13; **SEROZAN/ENGİN,** §7, N. 21.

[195] **KOHLER,** s. 219; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 558; **EREN,** s. 148; **ÖZAKMAN,** s. 177; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 18; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 187; **KOCAR,** s. 210.

[196] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 11. Yazar, OR art. 181'dekine benzer bir bildirimden söz etmez. Sözleşme metninden sorumluluk sınırına ilişkin bilgilerin edinilebilmesi yeterli görülmelidir.

borçluluk süresinin başlangıç anının devir anı olarak kabul edilmesi gerektiği savı yerinde görülür. Devir sözleşmesinden özellikle zamansal çıkarımda bulunulamıyorsa devreden, miras paylaşımının tamamlanmasını takip eden beş yıl boyuna müteselsilen borçlu olmaya devam etmelidir. Böylelikle devreden ve alacaklıların menfaati arasında bir denge kurulmuş olur[197].

Miras payının tamamını devrederek topluluktan ayrılmış mirasçı, hem miras payından öncelenmiş biçimde yararlanır hem de sorumluluk alanını daraltır. Böylelikle mirasın uzun zaman paylaşılamamasının olası olumsuz etkilerini iradi olarak dışlamış olur.

Devir tarihi hakkında şüpheye yer vermeyen devirlerde devreden mirasçı, devri takip eden beş yıl boyunca müteselsilen sorumlu tutulmaya devam eder. Ancak bu noktada, devreden mirasçının tereke ile özellikle terekede yer alan değerler ve haklarla ilişkisinin koptuğu da göz ardı edilmemelidir. Devir tarihinden sonra terekedeki değer nedeniyle meydana gelen zararlardan, devredenin sorumlu tutulması mümkün görünmez. Devreden, yapı maliki olarak terekedeki yer alan yapının bakımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten sorumlu tutulmaz[198]. Eşyaya bağlı borçlardan sorumlu tutulamaz. Söz gelimi terekede yer alan taşınmaz üzerinde tesis edilmiş geçit irtifakı uyarınca geçit alanın bakımını yapma borcunun ifası devredenden istenemez[199].

Aynı ölçüt kullanılarak devreden mirasçının terekeyi idare etme borcunun bulunmadığı sonucuna varılır. Devreden; devir tarihinden sonra tereke değerini korumadığı, gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle zarar tazminiyle sorumlu tutulamaz[200]. Terekenin idaresinden kaynaklanan sorumluluk, mirasçılar topluluğunda yer almaya devam edenlerdedir. Bunun karşısında, devirden önceki dönem için terekenin idaresinden kaynaklanan borçlardan sorumlu tutulmaya devam eder[201].

---

[197] Öğretide malvarlığının veya işletmenin devrini düzenleyen OR Art. 181 ve TBK m. 202 hükümlerinin de sorumluluk bahsinde özel olarak ele alınması gerektiğini tartışan yazarlara rastlanır. Tez, miras payını özel bir malvarlığı olarak nitelemekten kaçınır. Teze göre miras payı terekedeki değer üzerinde hak sahipliğini yansıtan, işaret eden ama terekeden soyut bir malvarlığı değeridir. Bu kabul gereği OR Art. 181 ve TBK m. 202 hükümlerinin masaya yatırılması gerekmez. Bu tartışmanın takibi için bkz. **KOHLER,** s. 224 vd.; **ÖZAKMAN,** 161-162; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 190-191.

[198] **LEMMERZ,** s. 1248; **SARAÇOĞLU,** s. 119-122.

[199] **LEMMERZ,** s. 1248; **KOCABAŞ,** s. 252.

[200] **LEMMERZ,** s. 1249 vd.

[201] Alman hukukunda, terekenin idaresinden sorumlu tutulmak için belirli bir süre mirasçılar topluluğunda yer almak yeterli görülür. Üstelik, sorumlu tutulan kişinin toplulukta geçirdiği süre boyunca mirasçı statüsü taşınması da özel olarak aranmaz. BGB §2036 hükmü bunu açıkça ortaya koyar. Miras payını devralarak, topluluğa dahil olan kişiye karşı diğer mirasçılar yasal önalım hakkını kullanarak miras payını elde edebilir. Bu prosedürün takip edildiği zaman kesitinde, yani miras payının

Devreden mirasçının, sorumluluk alanını ortadan kaldıran diğer bir saha, bilgi verme yükümlülüğüne ilişkindir. Mirasçılar topluluğunda yer alan mirasçılar, bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülükler, paylaşım adaletini sağlama amacına hizmet eder. Tereke değerine dolaysız zilyet olan mirasçı, bunu paylaşım fazında diğer mirasçılara bildirmelidir. Mirasbırakana borcu bulunan mirasçı da özellikle borcun miktarı hakkında eksiksiz bilgi vermekle yükümlüdür (ZGB Art. 607/ TMK m. 646). Daha genel bir ifadeyle paylaşmanın eşitliğini sağlamaya yönelik tüm bilgilerin de paylaşılması gerekir (ZGB Art. 610/ TMK m. 649)[202]. Bilgilendirme yükümlükleri genel anlamda paylaşma aşaması için işlevseldir. Miras payını devrederek, topluluktan ayrılmış mirasçının devirden sonra diğer mirasçılarla bilgi paylaşımında bulunması özel bir işlev taşımaz. Dolayısıyla, bilgi verme yükümlülüğünün de miras payının devriyle sona erdiği söylenebilir[203].

Devreden mirasçının sorumluluk alanının daraldığı özel bir durumdan bahis açmak gerekir. Devredilen payın imlediği terekede ticari işletmenin bulunması halinde miras payının devri, devredenin sorumluluk alanını daraltabilir. Ticari işletme, kısmen de olsa kendi adına işletilen kişi tacir sıfatını kazanır (TTK m. 12 vd.). Terekede ticari işletmenin yer aldığı ihtimalde, ticari işletmenin işletilmeye devam edilmesi elbirliğiyle hak sahibi mirasçının tacir sıfatını kazanmasına neden olur[204]. Mirasçının tacir sıfatını kazanması, ticari işletmenin kısmen de olsa mirasçı adına işletilmesi gereğine bağımlıdır. Sözgelimi mirasçılardan biri paylaşma anlaşması ya da yönetim anlaşması olmaksızın ticari işletmeyi yalnızca kendi adına işletmekteyse, diğer mirasçı ya da mirasçılar tacir unvanını kazanamaz. Ticari işletmeyi haksız yere kendi adına işleten mirasçıya yöneltilen haksız el atmanın önlenmesi talebinden olumlu netice edilmesi üzerine, diğer mirasçı veya mirasçıların tacir sıfatını kazanması gündeme gelebilir[205]. Diğer ihtimalde yalnızca işleten ya da kendi adına işletilen mirasçı tacir

---

devri ile önalım hakkına dayalı devir arasındaki süreçte miras payını devralan terekenin idaresiyle sorumludur (ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2036, Rn. 2; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2036, Rn. 6.)
Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenen yasal önalım hakkı ve etkileri için ayrıca bkz. **§12, I, B, 1, b.**

[202] **BAYRAMOĞLU,** s. 197-198.

[203] **ÖZAKMAN,** s. 154; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 185.

[204] Mirasın açılmasından önce tacir sıfatını taşıyanlar bakımından, terekede ticari işletme bulunması ve bu işletmenin kısmen de olsa mirasçılar adına işletilmesi özel bir önem taşımaz. Bu bahiste yer verilen açıklamalar, mirasın açılmasıyla tacir sıfatını kazananlarla ilgilidir.

[205] **Y. 1. HD. 29.11.2017 T., 2015/2185 E., 2017/6852 K.:** *"…davalının taşınmazları miras bırakanın ölümü itibariyle kullandığı sabit olmakla davacıların payları oranında el atmanın önlenmesi talebinde haklı oldukları, ihtarnamenin davalıya tebliğ edildiği tarih ile dava tarihi arasındaki dönem için davacıların çekişme konusu taşınmazlardaki miras payları gözetilerek, ecrimisil istenilen ilk dönem başlangıç tarihi olarak baz alınmak suretiyle hesaplama yaptırılarak belirlenen ecrimisile, sonraki*

sıfatını taşır. Mirasçı olmayan üçüncü kişinin işleten olması durumunda, üçüncü kişiye yöneltilen miras sebebiyle istihkak talebinden olumlu sonuç alınmasıyla, mirasçı veya mirasçıların tacir unvanına kavuşması mümkün olabilir.

Tacir sıfatını kazanmak, olumlu ve olumsuz sonuçları beraberinde getirir. Bu sonuçlar şüphesiz ki tacir sıfatını kazanan mirasçı için de devrededir. Bunların içinde, tacire karşı iflas yoluyla takibe girişebilme imkanının altı özel olarak çizilir. Böylelikle alacaklılar borçluyu külli takip yolu olarak da anılan iflas yoluyla takip edebilir.

---

dönemler için ÜFE artış oranının tamamının yansıtılması suretiyle belirlenecek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir."; **Y. 1. HD. 18.06.2008 T., 2008/5915 E., 2008/7671 K.:** *"Bilindiği üzere, paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan payına vaki el atmanın 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 el atmanın önlenilmesi davası açabilir. Ancak, o paydaşın payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa, açacağı el atmanın önlenilmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu el atmanın önlenilmesi davası ile değil, kesin sonuç getiren taksim veya şuyuun satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlemesi gerekmektedir."* **(Legalbank, E.T.: 19.06.2024).**

Haksız el atma davası açan mirasçının ecrimisil isteminde bulunması durumunda, intifadan men koşulunun arandığı da göz ardı edilmemelidir. İntifadan men koşuluna ve istisnalarına yer veren yerleşik içtihat için bkz. **Y. 1. HD. 10.07.2017 T., 2014/16493 E., 2017/3949 K.:** *"Davalı-karşı davacının asıl dava bakımından temyiz itirazlarına gelince; dava konu taşınmazlarda taraflar paydaştırlar. Paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan her zaman payına vaki elatmanın önlenilmesini ve/veya ecrimisil isteyebilir. Elbirliği mülkiyetinde de paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine ecrimisil davası açabilir. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı ecrimisil davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlemesi gerekmektedir.Kural olarak, men edilmedikçe paydaşlar birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de, ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır. Ancak, bu kuralın yerleşik yargısal uygulamalarla ortaya çıkmış bir takım istisnaları vardır. Bunlar; davaya konu taşınmazın kamu malı olması, ecrimisil istenen taşınmazın (bağ, bahçe gibi) doğal ürün veren yada (işyeri, konut gibi) kiraya verilerek hukuksal semere elde edilen yerlerden olması, paylı taşınmazı işgal eden paydaşın bu yerin tamamında hak iddiası ve diğerlerinin paydaşlığını inkar etmesi, paydaşlar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın yararlanacağı ortak taşınmaz veya bölümlerinin belirli bulunması, davacı tarafından diğer paydaşlar aleyhine daha önce bu taşınmaza ilişkin, elatmanın önlenmesi, ortaklığın giderilmesi, ecrimisil ve benzeri davalar açılması veya icra takibi yapılmış olması halleridir. Bundan ayrı, taşınmazın getirdiği ürün itibariyle de, kendiliğinden oluşan ürünler; biçilen ot, toplanan fındık, çay yahut muris tarafından kurulan işletmenin yahut, başlı başına gelir getiren işletmelerin işgali halinde intifadan men koşulunun oluşmasına gerek bulunmamaktadır…Bu nedenle, davaya konu taşınmazlar yönünden sayılan istisnalar dışında intifadan men koşulunun gerçekleşmesi aranacak ve intifadan men koşulunun gerçekleştiği iddiası, her türlü delille kanıtlanabilecektir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.02.2002 gün ve 2002/3-131 E, 2002/114 K sayılı ilamı)."* **Y. 3. HD. 06.03.2008 T., 2008/1871 E., 2008/3679 K.:** *"Somut olayda, taşınmazlar üzerinde davalı tarafından ticari amaçla kullanılan işyeri bulunduğu anlaşılmaktadır. Muris tarafından kurulan veya fabrika, otel, fırın gibi hasılat getiren ticari amaçlı ortak yerler için ise intifadan men koşulu aranmaz. Dolayısı ile araç yıkama-yağlama yerinin muris tarafından kurulup kurulmadığı somutlaştırılarak, muris tarafından kurulmakla davalı tarafından işletildiğinin anlaşılması halinde intifadan men şartı gerçekleşmiş kabul edilerek, bu işyeri hakkında davanın kısmen kabulü gerekirken, eksik inceleme ile davanın reddi doğru görülmemiştir."* **(Legalbank, E.T.: 19.06.2024).**

Mirasçılar arası topluluk ilişkisi devam ettiği, ticari işletme kısmen de olsa mirasçı adına işletilmeye devam ettiği sürece mirasçı, iflas yoluyla takip edilebilir[206]. İflas yoluyla takibin radarından sıyrılmak isteyen mirasçı, miras payının tamamını devrederek mirasçılar topluluğundan ayrılma yolunu seçebilir[207]. Bu seçim sonucunda, devreden mirasçı adına kısmen de olsa işletilen ticari işletmeden söz etmek mümkün olmaz. Devirle beraber esasında, mirasçının tereke ve tereke değerleri ile ilişkisi ortadan kalkar. Devir, alacaklıların iflas yoluyla takip yoluna başvurmasının önüne kendiliğinden geçemez. Miras payını devreden mirasçı, ticareti terk eden tacir sayılır ve iflas yoluyla takibe başvurulmasını önlemek için İİK m. 44 f. I'de yer alan bildirim ve ilan yükümlülüğünü yerine getirmelidir[208]. Bildirim ve ilan yükümlülüğünü yerine getiren mirasçı, ilanın üzerinden bir yıl geçmekle beraber iflas yoluyla takibe tabi olmaktan kurtulur (İİK m. 44 f. II)[209].

Bu bağlamda Türk hukukuna mahsus devir türünün özel olarak ele alınması gerekir. Mirasın açılmasını takiben mirasçıların kendi arasında kurduğu sözleşmelerle, tereke değeri üzerindeki pay devirlerine olanak tanınır. Yasa koyucunun tanıdığı bu olanak doğrultusunda, salt tacir olmanın olumsuz sonuçlarından kurtulmak isteyen mirasçının, miras payının tamamını değil; yalnızca ticari işletme üzerindeki payını devir işlemine konu etmeyi tasavvur etmesi pek muhtemeldir. Özel malvarlığı terekede yer alan, ticari işletme üzerinde devre konu bir payın bulunup bulunmadığı tartışmaya açılmalıdır[210].

Miras payı kavramına ilişkin olarak Türk hukukunda, terekedeki hak ve yükümlülükleri işaret eden soyut malvarlığı değeri anlayışı, mirasçı statüsünü taşıyanlar arasındaki işlemler bakımından garipsenecek düzeyde aşılmış durumdadır. Mirasçılar arasındaki devir hukuki işlemi bağlamında, mirasçıların tereke değeri üzerinde de paylarının bulunduğu ve bu payların da devredilebileceği kabul görür[211].

---

[206] **ARKAN,** s. 145 vd.

[207] Borçlandırıcı işlem niteliğindeki devir ya da mirasçılar arasındaki kısmen devir, ticari işletmenin kısmen de olsa mirasçı adına işletilmesi olgusunu ortadan kaldırmayacağından, devreden mirasçı tacir sıfatını taşımaya devam eder. Bu da iflas yoluyla takibe tabi olmaya devam etmesi anlamına gelir.

[208] **KURU,** Ticareti Terk, s. 110; **TÜRKMEN, E.,** s. 67 vd.

[209] Miras payının tamamını devreden ve ticari işletmeyle bağıntısı kesilen mirasçının, şüphesiz ki tacir olmanın diğer olumsuz sonuçlarına katlanma yükümlülüğü de ortadan kalkar.

[210] Tereke değeri üzerinde pay kavramından söz edilemeyeceğine ilişkin kanaat, yukarıda gerekçeleriyle yer alır. Bu açıklamalar için bkz. **§1, II, B.**

[211] Mehaz yasadan farklılaşan bu kabulün, terekede yer alan özel malvarlığı değerleri bakımından nasıl bir durumla sonuçlanacağı önemlidir. Türk hukukuna özgü kavrayış, temelini *"çoğun içinde azı da vardır."* şeklinde ifade edilmiş evleviyet yorumuna dayandırır. Genel kabul ve uygulama bu yönde olsa da terekeden soyut malvarlığı değeri anlamına gelen pay ile tereke değeri arasında nicel bir kıyaslamanın mümkün olmadığının altı yukarıda çizildi.

TMK m. 677 hükmünün yasalaşma süreci incelendiğinde, tereke değeri üzerinde payın devrinin taşınmazlar özelinde ele alına geldiği tespit edilir. 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Yargı kararlarına konu edilen tereke değerlerinin tamamı taşınmazlardan ibarettir. Yasa yapım sürecinin bu örnek üzerinden ilerlemesi, ticari işletme gibi özel malvarlığı değerleri gündeme geldiğinde çözümü güçleştirir[212]. Bu sorun karşısında iki tür tavır takınılabilir. **(1)** İlki, yasa koyucunun madde gerekçesinden hareket edilmesiyle oluşturulur. Gerekçeye göre yasa yapımına sebebiyet veren uygulamadır. Yasa koyucunun yaptığı, uyuşmazlık sonucunda istikrar kazanan içtihadı yasaya mündemiç kılmaktan başka bir şey değildir. TMK m. 677 f. I'deki düzenleme yürürlüğe girmeden önceki dönemdeki yargı kararları münferit aktif tereke değerleriyle ilgili olduğuna göre, aktif ve pasiflerin toplamından oluşan ticari işletmede devredilebilecek pay kavramı, elbirliği ile hak sahipliğinin tabi olduğu genel ilkeler uyarınca dışlanmalıdır. Varılan sonuç, mirasçının yalnızca ticari işletmedeki payın devrini dışlar. **(2)** Uygulamada istikrar kazanan içtihadı kodifiye eden yasa koyucun, esasında tereke değeri için ***quasi paylaşım*** öngördüğü ve hiç değilse bazı tereke değerlerinin böylelikle miras paylaşım fazı tamamlanmadan evvel işlem piyasasına dahil etmeyi hedef tuttuğu sonucuna da varılabilir. Bu sonuca varılmasıyla, yasa koyucunun mirasçılar arasındaki tereke değeri üzerindeki pay devrini genelleştirme niyeti taşıdığı ve münferit aktif değerlerin ötesinde, ticari işletmedeki payın da devrine kapı araladığı kabul edilir[213]. Gelinen bu noktada ise devir konusunun altı özel olarak çizilmelidir. Mirasın açıldıktan sonraki evrede, mirasçılar arasında devri kararlaştırılan ticari işletme payı özel malvarlığındaki paya karşılık gelir. Mirasçılar arasındaki bu işlemde, devre konu edilen dar ve teknik anlamıyla ticari işletme sayılamaz[214]. Dolayısıyla, devir işlemine ticari işletmenin

---

Terekede değerindeki pay devrini imkan dahilinde görenler için bkz. **ANTALYA,** N. 2166.

[212] *ACEMOĞLU,* tereke değeri niteliği taşımayan ticari işletme üzerinde pay oluşturarak bu payların kısın kısım faklı kişilere devredilebileceğini kabul eder. Yazar, özellikle işletme alacaklılarının korunması uğruna ticari işletme payı devrine de BK m. 179 (TBK m. 202) hükmünün uygulanması gerektiğini ifade eder (**ACEMOĞLU,** s. 41). *ÇELİKBOYA* da devralanların sayısının birden fazla olması durumunda, devre konu edilen malvarlığı üzerinde kural olarak paylı mülkiyet tesis edileceğini; devralanın adi ortaklık olması ihtimalinde elbirliği ile hak sahipliği tesis edileceğini bildirir (**ÇELİKBOYA,** s. 149). Yazarların ulaştığı sonuçların terekede yer alan ticari işletme hakkında olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

[213] Yukarıda varılan sonuca göre, tereke değeri üzerindeki pay devri terekenin yürürlükte kaldığı dönem için hüküm ve sonuç doğuran bir devir niteliği taşır. Bünyesinde barındırdığı geçicilik nedeniyle, tereke değeri üzerindeki pay devrine ayni etki sonucu bağlanamaz. Hâkim paylaşma fazında, devre rağmen söz konusu tereke değerini, değerdeki payını devreden mirasçıya özgüleyebilir. Bunun önünde bir engel yoktur. Keza mirasçılar da bu yönde miras paylaşma sözleşmesi yapabilir. Aynı neticelerin, ticari işletmedeki payın devri bakımdan da yürürlük bulacağı şüphesizdir. Bu açıklamalar için bkz. **§1, II, B.**

[214] **ÇELİKBOYA,** s. 10.

devrine bağlanan sonuçlar bağlanamaz. Yine aynı nedenle, mirasçılar arasındaki devir işleminin, ticari işletmenin devrinin şekline tabi olmadığı dikkate sunulmalıdır. İşlemin geçerli olarak kurulmasını sağlayan adi yazılı şeklin kaynağı, TMK m. 677 f. I hükmünde yer alan geçerlilik şeklidir[215].

Ticari işletme üzerindeki payın diğer mirasçı veya mirasçılara devrinin sonuçları, işletmenin borcundan doğan sorumluluk boyutuyla da ele alınmalıdır. Devir konusu, teknik anlamıyla TTK m. 13 uyarınca ticari işletme niteliği taşımaz[216]. Aktif ve pasiflerden oluşan ticari işletmedeki payın niteliği hakkında da tereke payına ilişkin ulaşılan sonucu teşmil etmek gerekir. Şu halde TMK m. 677 f. I bakımından ticari işletme payı, özel ya da ferden tayin edilmiş türden malvarlığı sayılamaz. TMK m. 677 f. I'den türetilen bu payın devri de özel malvarlığı tereke hudutlarında sonuç doğurur. Devir konusu da ticari işetme ya da malvarlığı niteliği taşımadığından, devreden mirasçı TBK m. 202 uyarınca müteselsil sorumluluğunu sınırlandıramaz. Varılan sonuç, yukarıda münferit değerdeki paya dair ortaya konulan örüntüye de uyumludur. Devreden mirasçı, yine de devir işlemiyle ticari işletmenin kendi adına işletilmesine son vermiş olur. Böylelikle, tacir olmanın sonuçlarına kural olarak tabi tutulamaz. Tereke değeri üzerindeki payını devreden mirasçı, iflasa tabi olmaktan kurtulmak için yukarıda işaret edilen, İİK m. 44'te yer alan prosedürü tamamlamalıdır.

Görüldüğü üzere miras payının devri ile payını devredenin, tereke nedeniyle gündeme gelmiş sorumluluk alanı ya daralır ya da tamamen ortadan kalkar. Bu durum da miras payının devri işleminin, devredenin sorumluluk alanını daraltma işlevi hakkında çıkarsamada bulunulmasını sağlar.

---

[215] Bu noktada geçerlilik şekli örtüştüğü için uygulama bakımından özel bir farklılık söz konusu değildir. Ne var ki, yasa koyucu ticari işletmenin devri için aradığı geçerlilik şeklini ağırlaştırma yönünde bir tercihte bulunsa da mirasçılar arasındaki devir işlemi, adi yazılı şekle tabi olur. Ticari işletmenin devrinin geçerlilik şekline dair tarihsel gelişim için bkz. **ÇELİKBOYA,** s. 153-154.

[216] *ACEMOĞLU,* ticari işletme payı devirlerine de ticari işletme devri hükmü sonuçlarının bağlanması gerektiğini kabul eder. Ancak yazar bu kabulü devralanın sorumluluktan kurtulmaması amacına dayandırır (**ACEMOĞLU,** s. 41).

İKİNCİ BÖLÜM: AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞME

Çalışmanın bu bölümü itibarıyla, miras payının devri kapsamında kategorize edilen devir türleri inceleme konusu edilmektedir. Çalışmada, yasa koyucunun takip ettiği sıralama terk edilerek mirasın açılması hukuki olayı referans alınarak, kronolojik sıranın takip edilmesi tercih edilmiştir. Bu nedenle ilk olarak mirasın açılmasından önceki dönem ele alındı. Mirasın açılmasından önceki dönemde kurulan işlemler, prensip olarak borçlandırıcı işlem olarak nitelendiğinden bu bölümde elde edilen verilerin pek çoğu, miras açıldıktan sonra kurulan borçlandırıcı işlem mahiyetindeki miras payının devri işlemleri için de aydınlatıcıdır.

Bu bölüm altında sırasıyla; miras açılmadan önceki dönemde miras haklarını konu alan sözleşmelerde aranılan koşullar, bu sözleşmelerden doğan borçların ifası, sözleşmenin konusu bakımından özellik arz eden durumlar ve devrin tereke borçlarından sorumluluğa etkisi ayrı başlıklarda takip edilebilir.

§3. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDAKİ SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ İÇİN ARANAN KOŞULLAR

Mirasın henüz açılmadığı dönemde, açılmamış miras hakkında kurulan sözleşmelerin spekülatif bir yönünün bulunduğu kabul edilmelidir. Bu evrede kurulan sözleşme sonucunda, devralanın edimine kavuşması birden fazla vakıaya bağımlıdır. Mirasbırakan için mirasın açılması hukuki olayı gerçekleşmeli, devreden mirasa ehil olmalı, mirasın açılması olayı sonucunda mirasçılar topluluğu oluşmuşsa mirasın paylaşılması neticesinde devredene özgülemede bulunulmalı ve tereke değeri devir alacaklısına temlik edilmelidir. Devralanın, sözleşmede yer alan edime kavuşması ancak bu aşamaların kat edilmesi ile mümkün görünür. Anılan vakıa zincirinde edime kavuşmak için gerçekleşmesi beklenen ilk koşulun mirasbırakanın ölümü olması da Roma hukukundan beri bu türden işlemlere sıcak bakılmasının önüne geçer[217].

[217] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 1.
Klasik Roma hukukunda, halen hayatta olan bir kimsenin terekesine ilişkin sözleşmeler geçersiz kabul edilirdi. Justinianus, Corpus Iuris'te bu türden sözleşmelere, mirasbırakanın dilediğinde serbestçe geri alabileceği açık rızasının söz konusu hallerde geçerlilik tanınabileceğine yer vermiştir (*Justinian Corpus Iuris Civilis, C. 2, 3 (30))*. Alman yasa koyucusu da BGB'de Roma hukukundaki esası takip etmeyi tercih etti ve ilke olarak hayattaki bir kimsenin terekesini konu edinen sözleşmeleri yasaklamayı tercih etti. Yasa koyucunun tercihi, bu tür sözleşmelerin mirasbırakanın ölümü üzerinde spekülasyonlar doğurması ve hatta mirasbırakanın yakın zamanda ölümün umulması nedeniyle ahlaki açıdan kınanabilir olmasına dayanır. Yine terekesi hakkında sözleşme kurulduğunda öğrenen mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarruf serbestisinin kısıtlanmış olduğunu hissetmesi de muhtemel görünür. Son olarak

Dolayısıyla, yasa koyucunun hem devralanı hem de mirasbırakanı koruma amacıyla açılmamış miras hakkındaki sözleşmeleri sıkı koşullara bağladığı tespit edilir. Karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında aşağıda sözleşmenin ilişkisinin tarafları, mirasbırakanın sözleşmedeki rolü, sözleşmelerin tabi kılındığı şekil, sözleşmelerin doğurduğu etkiler takip edilebilir.

I. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerle ilgili olarak Alman hukuk sistemi ve İsviçre-Türk hukuk sisteminin farklı yönde tercihte bulunduğu tespit edilir. Ancak hemen belirtilmelidir ki; ele alınan hukuk sistemlerinin tamamında, açılmamış miras hakkında sözleşmenin, taraflarını borç altına sokabilmesi için genel ehliyet kuralları tatbik edilir. Aynı esas, hukukumuzda da yürürlüktedir[218].

(1) Alman hukukunda, mirasın açılmasından önceki dönemde miras haklarını konu edinen sözleşmelerin dar bir çevreye hitap etmesi tasarlanır. BGB §311b Abs. 4 hükmü uyarınca, hayattaki bir kimsenin terekesini konu edinen sözleşmeler prensipte hükümsüzdür. Takip eden fıkrada yasa koyucu bu prensip için bir istisna öngörür. BGB §311b Abs. 5 muhtemel mirasçıların, hayattaki bir kimsenin terekesini konu edinen sözleşmeler kurabilmesine imkân tanır. Hükmün amacının, muhtemel yasal mirasçıları miras paylaşımı konusunda erkenden uzlaşmaya teşvik etmek olduğu ifade edilir[219]. Genel amacın yasal mirasçılar arasında erken bir uzlaşı ortamı sağlamak olduğu hedefine uygun olarak, yasal mirasçılar gibi atanmış mirasçıların da açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin tarafı olması mümkün görülür[220]. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin, üçüncü kişi yararına sözleşme biçiminde kurulması da olasıdır. Bu ihtimalde, lehine sözleşme kurulan üçüncü kişinin de muhtemel mirasçı olması aranır[221]. Sözün özü, Alman hukukunda sözleşmenin bağlayıcı sayılabilmesi için sözleşmenin kurulması anında tarafların yasal ya da iradi olsun, muhtemel mirasçılardan olması aranır. Sözleşmenin kurulması anından sonra taraflardan birinin

---

Alma yasa koyucusu, bu tür sözleşmeleri ekonomik açıdan da tartışmalı bulur. Sözleşme tarafının, özellikle devreden yanın pervasızlığı nedeniyle istismar edilme oranı hayli yüksek tespit edildiğinden BGB'yi yapanlar hayattaki kişinin terekesi hakkındaki sözleşmeleri kanun sistemi dışında tutmayı tasarlamıştır. Sonradan yürürlüğe sokulan istisna arz eden BGB 331b hükmünün getiriliş amacı ise muhtemel mirasçılar arasındaki uzlaşıya açık zaman dilimini alabildiğince genişletmektir.

[218] **GENÇ ARIDEMİR,** s. 134 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 107.

[219] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 137.

[220] Atanmış mirasçılar açılmamış miras hakkında sözleşmelere taraf olabilirken, vasiyet alacaklarının böylesi bir sözleşmeye taraf olabilmesi mümkün değildir. MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 137; BeckOGK-**SCHREINDORFER,** BGB §311b, Rn. 467.

[221] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 137; BeckOGK-**SCHREINDORFER,** BGB §311b, Rn. 468.

muhtemel mirasçı sıfatını kaybetmesi, hâkim görüş uyarınca sözleşmenin bağlayıcılığı üzerinde etki doğurmaz. Esas olan, sözleşmenin kurulması aşamasında muhtemel mirasçılardan sayılmaktır. Örneğin, taraflardan birinin sözleşmenin kurulmasından sonra tam evlat edinilmesi ya da mirasbırakandan boşanması, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin bağlayıcılığına ve ifasına engel görülmez[222]. Muhtemel mirasçıların yanı sıra, muhtemel mirasbırakanın da açılmamış miras hakkındaki sözleşmelere taraf olabileceği belirtilir. Hatta, muhtemel mirasbırakanın sözleşmeye taraf olmasının sözleşmenin içeriğini değiştirmeyeceği ve başkaca etkiler doğurabileceği genel olarak kabul görür[223].

(2) İsviçre yasa koyucusunun, muhtemel mirasçının sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünü Alman hukukuna kıyasla geniş tuttuğu tespit edilir. ZGB Art. 636/I hükmü uyarınca İsviçre hukukunda, açılmamış miras hakkındaki sözleşme, muhtemel mirasçılardan biriyle herhangi bir kişi arasında kurulabilir[224]. Ayrıca bu muhtemel mirasçının açılmamış miras hakkında sözleşme kurabilmesi için, mirasçılık statüsünü miras sözleşmesi gibi bir hukuki işlemle güvence altına almış olması da aranmaz[225]. Yine muhtemel mirasçının yasal ya da iradi mirasçı olarak nitelenmesi de farklı bir muameleyi gerektirmez. Muhtemel mirasbırakan, açılmamış miras hakkındaki

---

[222] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 137; BeckOGK-**SCHREINDORFER,** BGB §311b, Rn. 467; StaudingerKomm-**SCHUMACHER,** 2018, BGB 311b, Rn. 24.

[223] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 137; BeckOGK-**SCHREINDORFER,** BGB §311b, Rn. 481.
Tarafların kardeş olduğu yani mirasbırakanın birinci zümresinde yer aldığı bir olayda, oğullardan birincisinin 5 Şubat 1990'da mirasbırakanla noter onaylı mirastan feragat sözleşmesi imzaladığı, oğullardan ikincisinin yine aynı gün mirasbırakanla feragat eden mirasçının payının kendisine devredilmesini konu edinen noter onaylı sözleşmeyi imzaladığı, ne var ki bunun ardından mirasbırakan ve oğullarının arasında sözlü biçimde mirasın eşit olarak paylaşılmasının kararlaştırıldığının, noterde kurulan sözleşmelerin yegane amacının birinci oğlun borcu nedeniyle mirasbırakanın taşınmazına alacaklılar tarafından el atılmasının önlenmesi olduğunun davacı birinci oğul tarafından iddia edildiği uyuşmazlık hakkında Alman Yüksek Mahkemesi, hayattaki bir kimsenin terekesini konu edinen sözleşmelerin hükümsüz sayılmasının, hükmün koruyucu amacından kaynaklandığının altını çizer. Ancak, mirasbırakanın yakın ölüm ihtimalinin farkında olduğu durumlarda, sözleşmelerin ahlaki açıdan sakıncalı amaç taşımaktan ziyade özellikle miras paylaşımı gibi öznel amaçlar taşıdığı durumda mirasbırakanın sağlığında terekesi hakkında kurulan sözleşmelere geçerlilik tanınması gerekebileceği de kararda ortaya konur. Somut olayda mirasbırakanın da bu sözleşmelere taraf olmasının, ahlaki açıdan sakıncalı amacı bertaraf etmiş sayılabileceği ortaya konur. Mahkeme'ye göre, mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf düzenlemek yerine alacaklıların taşınmaza el atmasını engellemek yerine kendisi de sözleşmelere taraf olmayı bilinçli olarak tercih etmiş ve şekil şartlarına riayet etmiştir. Mahkeme, davacının sözlü kurulan anlaşmaya aykırı davranılmış olmasının şekle aykırılık savıyla karşılanmasının BGB §242'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması biçiminde nitelenmesine mümkün olmadığına kanaatine varır (**NJW 1995, N. 448-449)**. Bu olayda mirasbırakanın sağlığında, kendi terekesine hedef tutan sözleşmelere taraf olması, mirasçıların hakkın kötüye kullanıldığı savına dayanmasının önüne geçer.

[224] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 2; **WOLF/ HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2092; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 5; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 3.

[225] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 3; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 3.

sözleşmenin tarafı değildir; ancak aşağıda irdelendiği üzere sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için terekesi sözleşme konusu olarak masaya yatırılan muhtemel mirasbırakanın rızası aranır[226].

İsviçre yasa koyucusu Alman yasa koyucusundan ayrımlı bir şekilde, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin, muhtemel mirasçılar arasında akdedilmiş olmasını aramasa da içtihat hukuku henüz mirasın açılmadığı safhada muhtemel mirasçılar arasında kurulan sözleşmelere özel bir önem atfeder. Muhtemel mirasçıların tamamının taraf olduğu çok taraflı bir hukuki işleme, terekesi hakkında sözleşme kurulan muhtemel mirasbırakanın rıza göstermesi durumunda, bu çok taraflı hukuki işlemin **öncelenmiş paylaşma kuralı** olarak muamele görmesi Federal Mahkeme ve öğreti tarafından kabul edilir[227].

(3) Türk Medeni Kanunu'nu hazırlayan yasa koyucunun, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin tarafları bakımından mehaz yasadaki düzenlemeden ayrılmadığı görülür. TMK m. 678 f. I'de yer alan düzenlemeye göre muhtemel mirasçı, bir diğer muhtemel mirasçıyla ya da üçüncü kişiyle açılmamış miras hakkında sözleşme kurabilir[228]. Yani sözleşmenin diğer yanının kimliği önem taşımaz. İsviçre hukuku hakkında ortaya konan açıklamalara paralel biçimde açılmamış miras hakkında sözleşme kuran mirasçının, iradi ya da atanmış mirasçı olması arasında fark bulunmadığı gibi muhtemel mirasçının, mirasçılık beklentisini miras sözleşmesi gibi hukuki işlemle perçinlemiş olması da aranmaz. Yine İsviçre hukukuna benzer biçimde muhtemel mirasbırakan, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin tarafı değildir. İsviçre Federal Mahkemesi ve İsviçre öğretisinin öncelenmiş paylaşma kuralı olarak nitelediği kurumun ötesinde Yargıtay'ın **öncelenmiş miras paylaşma sözleşmesine** kapı araladığı tespit edilir. Yargıtay, hüküm ve sonuçlarını doğuran öncelenmiş miras

---

[226] Bkz. **§3 II.**

[227] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 5; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 2.
İsviçre Federal Mahkemesi, dört torunun ayrı ayrı tarihlerde mirasbırakanın terekesinde yer alması muhtemel değerleri kendi aralarında kalem kalem özgülemeyi hedef tutan sözleşmeler hakkında, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler için yasa koyucunun bilinçli olarak miras payı kavramı kullanmaktan imtina ettiğini ifade eder. Bu nedenle de açılmamış miras hakkında muhtemel mirasçıların tamamının tereke değerlerin özgülemek için kurdukları sözleşme ZGB Art. 636 kapsamında değerlendirilebilir. Ancak, somut olayda ayrı ayrı kurulan sözleşmelerde ve mirasbırakanın açıkladığı rıza beyanında sıra ve zaman sorunu bulunduğu tespit edilir (**BGE 128 III 163 E. 2)**. Kararın ölüme bağlı tasarruflarda sıra ve bozucu koşul bakımından etraflıca tahlili için bkz. **EITEL,** ZBJV, s. 913 vd.; **YILDIRIM,** İki Gelişme, s. 127 vd.

[228] Mirasçılık statüsünü kazanmaları muhtemel mirasbırakanın ölümünden başkaca koşullara bağlı kılınan yedek mirasçı ve artmirasçının devir taahhüdünde bulunamayacağı kabul edilir. Bu yönde bkz. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 15.

paylaşma sözleşmesinin, tüm muhtemel mirasçılar ve mirasbırakanın adi yazılı şekil şartına uygun taraf olduğu bir sözleşmeyi gerektirdiğini kabul eder[229].

II. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin tabi kılındığı geçerlilik koşullarından biri olarak şekil meselesi göze çarpar. Esasında ZGB Art. 636 ve TMK m. 678 hükmüne bakıldığında, mirasbırakanın izni veya katılımının sağlanmış olması kaydıyla, yasa koyucunun sözleşmenin kuruluşuna ilişkin özel bir geçerlilik şekli aramadığı izlenimine kapılmak doğal görülebilir. Oysa mevzuat, öğreti ve yargı kararları irdelendiğinde açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin tabi kılındığı şeklin de çeşitleme içerdiği göze çarpar.

(1) Hayattaki bir kimsenin terekesini konu edinen sözleşmelerin yalnızca muhtemel mirasçılara hitap ettiği Alman hukukunda, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin geçerliliği **noter tarafından düzenlenmiş** olmasına bağımlıdır. Sözleşmeye dahil olan tarafların tamamına ait irade beyanları, hukuki işlemin içeriğine dahil edilen sözleşme konusunu da kapsar biçimde noter tarafından senetlenmiş

---

[229] **AYDINCIK MİDYAT,** s. 154.

Y. 2. HD., 03.04.2003 T., 2003/2492 E., 2003/4868 K.: *Sözleşme mülkiyetin naklini amaçlamaktadır. Temliki özelliğe sahiptir. Taraflar sözleşme serbestisi içindedirler. Muhtemel miras ortaklığını, oranını, tasfiye payını dikkate alarak taksim sonunda kendisine isabet edecek kısmın intikalini amaçlamaktadırlar. Beklenen miras hakkının devredilmesinde mirasçının tüm tasfiye payı üzerinde tasarrufta bulunmasına da gerek yoktur. İşlemin tasfiye payının bir bölümünü içermesi de mümkündür. Sözleşme yapısı itibariyle geciktirici şarta bağlıdır. Bu unsur sözleşmenin bünyesinde saklıdır. İçerisinde sulh, satım, trampa, bağış gibi akitler mevcuttur. Miras bırakan* ***C. E. ölümünden önce eşi ve tüm çocukları ile birlikte 18.3.1983'te miras taksim sözleşmesi başlığı altında bir senet düzenlemişlerdir. Miras bırakanın eş ve çocukları muhtemel terekedeki taşınmazların kime ait olacağının, nasıl kullanılacağını, belirlemişlerdir. Miras paylarını kendi aralarında birbirlerine devretmişlerdir. Yapılan sözleşme, 743 sayılı Medeni Kanunun 613. maddesine uygundur.*** *Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken hukuki nitelemede yanılgıya düşüp, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır."* **(Legalbank, E.T.: 23.08.2024)**.

Y. 8. HD., 12.04.2018 T., 2015/22090 E., 2018/11254 K.: *"1956 yılında yapılan tapulama çalışmalarında tüm taşınmazların kök muris adına tescil edildiklerini, sonrasında muris sağken taşınmazlarını çocuklarına paylaştırdığını ve tapu kayıtlarını aktardığını beyan etmiş, dosyaya muris tarafından diğer mirasçılara devredilen taşınmazlara ait tapu kayıtları dosya arasına alınmış, muris tarafından diğer mirasçılara yapılan devirlerin 1957 yılından sonra ve rücu şartı ile yapıldığı görülmüştür. Saptanan bu olgular karşısında, davacı taraf dava konusu taşınmaz tapuya tescil edildikten sonra ancak 9.6.1965 tarihinde ölen ortak muris ...'ın sağlığında yapılan taksime dayanmıştır. TMK.nın 676/1-3. maddesi hükmüne göre; tapulu taşınmazlara ilişkin paylaşma sözleşmesinin geçerliliği tüm mirasçıların katılımı ile yazılı şekilde yapılması ve TMK. nın 678. maddesi uyarınca da muris sağ iken yapılacak miras payı devrine ilişkin sözleşmelerde murisin bizzat imzasının bulunması halinde hukuki sonuç doğurur. Açıklanan kanun maddeleri gereğince, sözleşmenin yazılı olması bir ispat şartı değil geçerlilik şartıdır.* ***Somut olayda kök muris Mustafa'nın sağlığında, bütün mirasçılar ve murisin katılımı ile yapılmış yazılı taksim sözleşmesinin varlığı davacı tarafından ispatlanmamıştır.*** *Bu halde yazılı taksim sözleşmesi bulunmadığından, davacıların davasının başarıya ulaşma imkanı mümkün bulunmamaktadır."* **(Lexpera, E.T.: 22.08.2024)**.

olmalıdır[230]. Muhtemel mirasçıların sözleşmeyi temsilci aracılığıyla kurmasının önünde bir engel bulunmaz. Ancak temsilcinin yetkili olarak kabul edilebilmesi için özel temsil yetkisi ile donatılmış olması aranır[231].

Yasada aranan şekil şartına riayet edilmemesi durumunda, sözleşme kesin hükümsüz addedilir. Şekle aykırı sözleşmenin, ifa yoluyla ayakta tutulması ihtimali ise saklıdır[232].

(2) İsviçre hukukunda açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin şekline dair açık bir ifadeye rastlanmaz. Yasa koyucunun ZGB Art. 634'de düzenlenen miras paylaşma sözleşmesi ve ZGB Art. 635'te düzenlenen miras payının devri işlemleri için adi yazılı şekli, geçerlilik şekli olarak düzenlenmiş olmasına karşın; ZGB Art. 636'da herhangi bir şekil koşulu öngörmemiş olması bilinçli bir tercih olarak algılanmaktaydı[233]. Zug Kantonu'nda ticaretle iştigal eden Johann Brunner'in muhtemel mirasçılarının 24 Mayıs 1916 tarihinde akdettikleri ve Johann Brunner'in terekesinin paylaşımını öngören sözleşmenin geçerliliğini tartışan İsviçre Federal Mahkemesi 1931 yılında, mirasbırakanın terekesinin muhtemel mirasçıları tarafından tasarruf edilmesine şüpheye yer vermeyecek biçimde imzasıyla katılması gerektiğini kabul eder. Federal Mahkeme, miras paylaşımı ve intikal eden miras payının devri işlemi için yazılı şekil aranmaktayken, açılmamış tereke hakkındaki sözleşme için yasada şekil öngörülmemiş olmasını eleştirir. Anılan diğer işlemlerle kıyaslandığında, açılmamış tereke hakkındaki sözleşmeleri şekil yönünden kolaylaştırmanın Mahkeme'ye göre izahı söz konusu değildir. Nitekim bu işlem sonucunda da terekedeki bir taşınmazın, sicil dışı kazanımı pekala mümkün görünmektedir[234].

Federal Mahkeme'nin şekle ilişkin yaklaşımı öğretide *TOUR/PICENONI* ve *ESCHER'*in eserlerinde karşılık bulur. Anılan yazarlar da açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin adi yazılı şekle riayet ederek kurulması gerektiğini kabul eder[235].

Federal Mahkeme 23 Kasım 1972 tarihinde konuyla ilgili olarak verdiği hükümde, yasada açılmamış miras hakkındaki sözleşmelere özgü şekil öngörülmemiş olsa da ZGB Art. 636'nın da ZGB Art 635'in hedeflediği gibi terekeye ilişkin

---

[230] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 142. Muhtemel mirasçının sözleşmeye muvafakat etmesi halinde dahi resmi şeklin aranması gerekliliğine yapılan vurgu için bkz. HK/BGB-**FRIES,** BGB §311b, Rn. 40.
[231] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 142.
[232] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 120.
[233] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 12.
[234] **BGE 57 II 21 E.1.**
[235] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 14; ZK-**ESCHER,** Art, 636 ZGB, N. 10.

olduğunun altını çizer. Dahası Mahkeme, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin, ZGB Art. 635/II'de ihdas edilmiş mirasçı ve üçüncü kişiler arasındaki sözleşmelerle prensip olarak aynı sonucu amaçladığını vurgular. Mahkeme'ye göre tam da bu nedenle ZGB Art 635/I'de öngörülen ve ZGB Art. 635/II hükmü için de bağlayıcı olan şekil koşulu, ZGB Art. 636 için yürürlükte olmalıdır. Bunun yanı sıra, yazılı şekil sözleşme içeriğinin güvenilir biçimde belirlenmesini sağlar. Böylelikle şekil, işlem taraflarını koruyucu bir etki gösterir. Koruyucu etki ZGB Art. 635 hükmü uyarınca kurulan sözleşmelerden ziyade, ZGB Art. 636 çerçevesinde kurulan sözleşmeler için Mahkeme'ye göre daha önemlidir. Zira ilkinde intikal etmiş miras payının devri söz konusuyken; ikincisinde, bir yönüyle rastlantısallık karakterinin ağır bastığı, dikkatli değerlendirmenin elzem olduğu, etkisini muhtemelen yıllar sonra doğuracak bir sözleşme söz konusudur. Dolayısıyla Federal Mahkeme'ye göre, ZGB Art. 636'nın geçerliliği için de adi yazılı şekil şartı aranmalıdır[236].

Yukarıdaki kararlar incelendiğinde İsviçre Federal Mahkemesi'nin sistematik ve amaçsal yorum metotlarından istifade ederek, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin geçerliliğini adi yazılı şekil şartına tabi kıldığı görülür. Yerleşik uygulama haline gelen içtihat, bugün için öğreti tarafından da ittifakla kabul görür. Öğretide açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin adi yazılı şekle tabi olması hususunda güncel kaynaklarda aksi görüşe rastlanmaz. Sözleşmenin kapsamına taşınmazların girmesi ihtimalinde dahi, adi yazılı şekil şartı yeterli görülür[237].

Adi yazılı şekle uyulduğunun kabul edilmesi için devir borcu altına girenin imzasının bulunması prensip olarak yeterli görülür. Ancak sözleşmenin, ivazlı hukuki işlem şeklinde kurgulanmış olduğu durumda sözleşmenin diğer yanının imzasının da sözleşmede yer alması aranır[238].

---

[236] **BGE 98 II 281 E.5.f.**

[237] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 12; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 636, N. 3; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 17; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 6.

[238] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 8; **GUILLAUME,** s. 307.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin ZGB Art. 635 kapsamında konuya yaklaşımı farklıdır. Federal Mahkeme'nin önüne gelen uyuşmazlıkta, davalılar ZGB Art. 635 uyarınca geçerli bir temlik işleminden söz edebilmek için her iki sözleşme tarafının imzasının arandığını, metnin yalnızca devreden davalı Agatha Marbach tarafından imzalanmış olması nedeniyle yazılı şekil şartına riayet edilmediğini savlar. Mahkeme uyuşmazlıkla ilgili olarak açılmış mirasta mirasçılar arasındaki miras payının devrinin yalnızca aktif değerin devri anlamına gelmediği, aynı zamanda yükümlülüklerin de devri anlamına geldiği ifade edilir. Buna karşın dosyadaki bilirkişi raporuna göre terekede yer alan on bir adet taşınmazın toplam değeri 1.000.000 CHF'nin üzerindedir ve bu değer yalnızca 28.000 CHF tutarındaki ipotekle kayıtlanmış vaziyettedir. Bu nedenle, devralanın malvarlığında yer alan değerlerin takip yoluyla paraya çevrilmesi ihtimali oldukça düşüktür. Devralanlar bakımından oldukça elverişli bu durum söz konusu olduğundan, kendilerinin ya da temsilcilerinin imzası bulunmasa dahi devir sözleşmesinin adi yazılı şekle uygun kurulduğu kabul edilmelidir (**BGE 101 II 222, E.5.)**. Miras payını

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin sağlararası işlem karakteri gözetilerek, ZGB Art. 635'te öngörülen şekil şartının kıyasen uygulanması durumunda da aranan adi yazılı şeklin OR Art. 11/II uyarıca, geçerlilik şekli olarak yürürlük bulması gerektiği kabul edilir. Şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür[239].

(3) Hukukumuzda açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin düzenlendiği TMK m. 678 hükmü incelendiğinde, kaynak ülke hukukunda olduğu gibi, şekle dair hükme rastlanmaz. Oysa şekil meselesi, 743 sayılı yasanın yürürlükte olduğu dönemde de tartışmalara sebebiyet vermişti. Bu nedenle hukukumuzda açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin şekli iki evrede incelenmelidir.

(i) *743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'*nin yürürlükte bulunduğu dönemde, eMK m. 613 hükmünün şekle ilişkin düzenleme barındırmamasının, 818 sayılı BK'unda düzenlenen şekil serbestisini düzenleyen 11. madde hükmü de dikkate alınarak, sağlararası hukuki işlem niteliği taşıyan açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin esasında herhangi bir şekle tabi olmadığı sonucuna götürebileceği ifade edilmekteydi. Bu hususa dikkat çeken öğreti, aynı fasılda yer alan taksim mukavelesi ve miras hisseleri hakkında mukavelenin adi yazılı şekil şartına tabi tutulmuş olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiğini belirtmişti. Nitekim anılan bu sözleşmelerin açılmamış miras hakkındaki sözleşmeyle, taraf ve konu bakımından benzerlikler taşıdığı da vurgulanmıştı. Buna göre gerek mirasçılar arasında kurulmuş olsun, gerekse mirasçı ile mirasçı statüsünü taşımayanlar arasında kurulmuş olsun, mirasın açılmasından sonra kurulan ve tasfiye payını hedef tutan sözleşmelerin konusu, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeyle paralellik barındırır. Dahası mirasın açılmasından sonra kurulan sözleşmelerle kıyaslandığında, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin

---

devralanların herhangi bir sağlar arası ivazı yerine getirme borcu altına girmeyi üstlenmediği devir sözleşmesinin geçerliliğini tahlil etmek için, terekenin aktüel bilançosuna göre borca batık olup olmadığının değerlendirilmesi eleştiriye açıktır.
Kararla ilgili olarak *GUILLAUME,* mirasçılar topluluğunda yer alan birden fazla mirasçı arasında karşılıksız kazandırmaya dayalı yapılan miras payı devirlerinde, yalnızca devredenin imzasının aranmasını yeterli bulur. Ne var ki Federal Mahkeme'nin önüne gelen uyuşmazlıkta durum böyle değildir. Yazar, devreden Agatha Marbach'ın atanmış yegane mirasçı olarak, yasal mirasçılar lehine devirde bulunma iradesini gösterdiğinin altını çizer. Şu halde, terekedeki borçlardan sorumlu tutulması mümkün olmayan kimseler, devir işlemi sonunda kararda geçen ifadeyle mirasçılık statülerini *geri kazanmış* olur. Bu nedenle *GUILLAUME*'ye göre devralanın da devir sözleşmesiyle yükümlülük altına girdiği tespit edildiğine göre, devralanların da devir sözleşmelerinde imzalarının aranması gerekirdi. Yazar anılan nedenle, Federal Mahkeme'nin görüşüne katılmadığını bildirir **(GUILLAUME,** s. 307.**)**. *GUILLAUME'*nin açtığı parantezi yerinde bulmakla beraber, karara konu olaydaki devrin mirasçılar arası devir olarak mı yoksa, mirasçı olmayana devir olarak mı değerlendirilmesi gerektiği de özel olarak ele alınmalıdır. Bu tartışmalar, ileride mirasın açılmasından sonra kurulan devir sözleşmeleri bahsinde takip edilebilir. Bkz**. §12, II.**

[239] **FURRER/MÜLLER-CHEN,** s. 162 N. 41; **GUILLAUME,** s. 306.

kurulması aşamasında tarafların düşünmeye sevk edilerek korunmasında daha fazla ehemmiyet bulunur. Koruma işlevi sözleşmenin her iki tarafı için eşit derecede önemlidir. Çünkü taraflar edime kavuşma riski hayli yüksek olan bir hukuki işleme girişmiştir. İfa zamanıyla, sözleşmenin kurulması anı arasına uzun zaman girmesi ihtimali, sözleşmenin ispatını zorlaştırıcı bir etkene de dönüşebilecektir. Anılan gerekler ve sözleşmeler arasında kıyas yapmaya olanak tanıyan benzerlikler nedeniyle eMK m. 612'de öngörülen adi yazıl şekil zorunluğunun, kıyasen eMK m. 613'te yer alan açılmamış miras hakkındaki sözleşmeye de uygulanması gerektiği öğreti tarafından kabul edilmekteydi[240]. Yargıtay uygulamasının da bu görüşle uyumlu bir gelişim geçirdiği tespit edilir[241].

Eldeki verileri toparlamak gerekirse; 743 sayılı yasa döneminde açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde, karşı yanının kimliği gözetilmeden sözleşmenin adı yazılı

---

[240] **ÖZAKMAN,** s. 124; **YILDIRIM,** II, s. 278; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 545.

[241] **Y. 2. HD., 17.06.1996 T., 1996/5600 E., 1996/6702 K.:** *"Medeni Kanunun 613. maddesi miras bırakan hayatta iken mirasçı olması beklenilen şahsın miras hissesini başkasına temlik etmesinin, bu temlik sözleşmesine miras bırakanın iştirak ve muvafakat etmesi kaydıyla imkan dahilinde olacağını hükme bağlamıştır. Muris henüz hayatta iken, mirasçı olması muhtemel bulunan kimselerin iktisap etmeleri beklenen miras üzerinde, hisselerine ilişkin olarak sözleşme yapmaları nisbi bir işlemdir. Çünkü temlik olunan hakkın kapsamı belirsizdir. Murisin ne zaman öleceği belli değildir. Sözleşme yapanların ondan önce ölmeleri de mümkündür. Hatta sözleşme yapıldığı anda zengin olan murisin durumunun bozulması imkan dahilindedir. Medeni Kanun bütün bu olumsuz şartlara rağmen murisin iştiraki şartı ile sözleşmenin yapılabileceğini kabul etmiştir. Medeni Kanunun 613. maddesinde ifadesini bulan miras payının temliki sözleşmesinin tabi tutulacağı şeklin ne olacağı konusunda yasada açıklık yoktur. Ancak Medeni Kanunun 611. maddesindeki miras taksim mukavelesi ile 612. maddesindeki miras payının temliki sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağı açıkça belirtilmiştir.* ***Bu iki maddedeki adi yazılı şekil şartının kıyas yolu ile gayrimenkullere taalluk etse bile 613. maddesindeki miras payının temliki sözleşmelerinde de uygulanması gerekir. Miras bırakan, muhtemel mirasçı ve devralan; diğer bir anlatımla aktin bütün tarafları bu kurala uymak zorundadırlar. Yazılı şekil aktin sıhhat şartıdır. Şekil şartına uyulmadan yapılan işlemler geçersizdir."*** **(Legalbank, E.T.: 23.08.2024). Y. 2. HD., 03.04.2003 T., 2003/2492 E., 2003/4868 K.: "***Açılmamış bir terekedeki miras payının devri 743 sayılı Medeni Kanunun 613. maddesinde düzenlenmiştir. Miras bırakan henüz hayatta iken onun muhtemel mirasçısı ilerde doğması muhtemel miras hakkını bir başka mirasçıya yahut üçüncü bir kişiye devretmesi imkan dahilindedir. Beklenen miras üzerinde sözleşme yapılması nisbi bir işlemdir. Temlik olunan hakkın kapsamı belirsizdir. Murisin ne zaman öleceği terekeden hangi malların çıkacağı şüphelidir. Bu nitelikteki miras payının devrine ilişkin sözleşmenin tabi tutulacağı şeklin ne olacağı konusunda da yasada açıklık yoktur. ***743 Sayılı Medeni Kanunun karşılığını oluşturan Türk Medeni Kanununun 678. maddesinde de açıklık bulunmamaktadır. Ancak miras payının temliki ile miras taksim sözleşmesine ilişkin (743 Sayılı MK. Md.611-612) adi yazılı şeklin burada geçerli olduğunun kabulü gerekir. Yazılı şekilde yapılmış olması aktin sıhhat şartıdır."*** **(Legalbank, E.T.: 23.08.2024). Y. 2. HD., 15.04.2003 T., 2003/4418 E., 2003/5475 K.: "***4722 Sayılı Yasanın 17. maddesine göre mirasa miras bırakanın ölüm günündeki hükümlerin uygulanması gerekir. Mirasçılar arasındaki miras payının devrine ilişkin sözleşmede mirasa dahil tüm mal varlığının dahil edilmesine gerek bulunmamaktadır. Sözleşmenin yazılı yapılması da yeterlidir. (743 S.M.K.m.612 ve 24.5.1985 gün 2/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı) Davacı; kendi miras bırakanı Enver ile bir kısım kardeşleri arasında yapılmış olan miras payının devrine ilişkin 12.11.1985 ve 16.12.1985 günlü sözleşme ile miras bırakanı arasındaki 15.6.1992 günlü satış vadine ilişkin sözleşmeye dayanarak tapu iptali ve tescil isteğinde bulunmuştur. (743 S.MK. md.613) Sözleşmeler taraflar arasında çekişme konusudur."* **(Legalbank, E.T.: 23.08.2024).**

şekle uygun kurulması aranmaktaydı. Şekil şartına aykırı sözleşmeler, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulurdu.

(ii) *4721 sayılı Türk Medeni Kanunu*'nun yürürlüğe girmesiyle, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin şekline ilişkin yasal bir düzenlemeye rastlanmaması şaşırtıcıdır. Esasında 4721 sayılı yasanın hazırlandığı aşamada, Yargıtay uygulaması, öğreti görüşü ve İsviçre hukukundaki gelişmeler nazara alınarak TMK m. 678 hükmünde şekle dair bir düzenlemeye yer verilmesi beklenirdi. Bu noktada bir fırsatın kaçırılmış olduğundan dem vurulabilir.

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin taşıdığı riskler, edime geç kavuşma ihtimalinin yüksekliği ve ispatın güçlüğü aynı ölçüde yürürlüktedir. Bunun yanında, mirasın açılmasından sonra kurulan ve tasfiye payının devrini hedef tutan miras payının devri sözleşmesiyle taraf ve konu bakımından benzeşmede ise bir değişme görülmez. İşte bu nedenlerle kaynak hukukta ve mülga yasa döneminde sergilenen kıyas eğiliminin, yürürlükteki yasa için de devrede olduğunu söylemek mümkündür. Ne var ki bu kez tarafların taşıdığı kimliğin, sözleşmenin tabi olduğu şekle etki edeceği fikri öğretide ittifakla kabul edilir. Çünkü kıyasa kaynaklık eden TMK m. 677 hükmü, mirasçı sıfatını taşıyanlarla kurulan sözleşmelerin ve mirasçı sıfatını taşımayanlarla kurulan sözleşmelerin tabi olduğu şekil kurallarında ayrıma yer verir. TMK m. 677 hükmüne göre, miras payının devri sözleşmeleri mirasçı statüsünü taşıyanlar arasında kurulmaktaysa adi yazılı şekle uygun kurulması yeterlidir. Devralan yan, mirasçı statüsünü taşımayan bir kimseyse, devir sözleşmesi noterde düzenleme şekline uygun formüle edilmelidir. Öğretiye göre, kıyas faaliyetinde de bu farklılık gözetilmelidir. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmede devralan muhtemel mirasçılardansa adi yazılı şekil yeterli görülmelidir; muhtemel mirasçılardan sayılamıyorsa sözleşme resmi şekle uygun akdedilmelidir[242]. Yargı uygulamasının da içtihadını öğretinin işaret ettiği kıyas faaliyetiyle uyumlu kıldığı izlenir[243].

---

[242] **YILDIRIM,** İki Gelişme, s. 120-121; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 116; **ANTALYA,** N. 2176-2177; **DURAL/ÖZ,** N. 1566; **SEROZAN/ENGİN,** §7 N. 24.

[243] **Y. 1. HD., 05.03.2009 T., 2009/1181 E., 2009/2759:** *"Hemen belirtilmelidir ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 676. maddesi, mirasçıların tereke üzerinde yapacakları taksimin, keza mirasçıların birbirleri ile miras paylarının temliki konusundaki yapacakları sözleşmelerin aynı Yasa'nın 677. maddesi hükmü gereğince geçerli olması için yazılı olması koşulunu öngörmüştür. Her iki halde de, yapılacak tasarrufların murisin ölümünden sonra gerçekleştirilmesinin olanaklı bulunduğu sabittir. Öte yandan,* ***Türk Medeni Kanunu'nun 678. maddesi düzenlemesi ile de, murisin sağlığında ileride (murisin ölümünden sonra) intikal edecek terekedeki hakkıyla ilgili olarak bir mirasçının diğer mirasçılarla veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmelerin geçerli olabilmesi için yazılı olması*** *ve ayrıca miras bırakanın da sözleşmede yer alması* ***ve*** *onun katılımıyla gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu kuralına yer verilmiştir."* **(Legalbank, E.T.: 23.08.2024). Y. 14. HD. 23.01.2017 T.,**

Türk öğretisinin kurduğu kıyas faaliyeti tetkik edildiğinde, hukuki işlemin doğurduğu sonucun değil de hukuki işlemin taraflarının tutamak noktası olarak alındığı tespiti göze çarpar. Şekle açıkça yer veren TMK m. 677 hükmünde işaret edilen statüler üzerinden, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin tabi olduğu şekle dair sonuca varıldığı görülür. Öğretinin vardığı yer itibarıyla, salt borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan ve birebir aynı etkileri doğurmaya elverişli iki sözleşmenin, faklı şekil şartlarına tabi kılındığı gözlemlenir. Kaynak hukuk ve mülga yasa döneminde, mirasın açılmış olduğu dönemde mirasçı olmayanlarla akdedilecek sözleşme ile ilgili bir düzenleme yer almazdı. Bu nedenle, mirasın açılmasından sonra mirasçı sıfatını taşımayanlarla kurulan sözleşmelere ilişkin şekil sorunun aşmak için mirasçılar arasında kurulan sözleşmelerde aranan yazılı şekil koşulunun kıyasen uygulanması kabul edildi. Bu eMK m. 612 ve ZGB Art. 635'e içkin bir kıyas faaliyetiydi. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin hangi şekle riayet edilerek kurulmasına ilişkin sorun ise, hükmün şekle dair çözüm içermemesi üzerine eMK m. 612 ve ZGB Art. 635'te aranan adi yazılı şeklin, eMK m. 613 ve ZGB Art. 636'ya kıyasen uygulanması ile çözümlenirdi. Böylelikle, eMK m. 612 ve ZGB Art. 635 hükümlerinin kıyasen uygulanması ile aynı etkiye sahip borçlandırıcı işlemler, aynı şekle tabi tutulurdu[244]. Bugün için açılmamış miras hakkındaki sözleşmelere ilişkin TMK m. 678 hükmünün şekle ilişkin hüküm barındırmaması üzerine, TMK m. 677'nin kıyasen uygulanmasında sözleşme taraflarının kimlikleri de kıyas noktası arz eder. Dolayısıyla gelinen noktada TMK m. 678'de yer alan, aynı etkiye sahip iki sözleşme farklı şekillere tabi tutulmuş olur. Oysa bu farklılık, kıyas noktasında indirgemeye varılmasıyla pekala aşılabilir. Açılmamış miras hakkındaki sözleşme, tarafların kimliklerinden bağımsız salt borçlandırıcı etkiye sahip olduğuna göre, şekle ilişkin boşluk TMK m. 677'de salt borçlandırıcı etki doğuran TMK m. 677 f. II hükmünün

---

2016/10390 E., 2017/434 K.: *"Mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakanla mirasçı arasında yapılan ve mirasçının miras hakkından vazgeçmesine ilişkin bulunan bir sözleşmedir. Mirasçının bu konuda üçüncü bir şahısla veya diğer bir mirasçı ile yaptığı sözleşme mirastan feragat sözleşmesi olmayıp, miras hakkının temliki sözleşmesidir. Mirastan feragat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması bir geçerlilik şartı olduğu halde miras hissesinin temliki sözleşmesi alelade yazılı şekilde yapılabilir. Açılmamış bir miras üzerinde miras hakkının temliki sözleşmesinin geçerli sayılabilmesi için TMK'nın 678. maddesi gereğince miras bırakanın bu sözleşmeye iştiraki ve muvafakat etmesi şarttır. …'un sağlığında, …'un gayrimenkulleri hakkında yapılan rızai taksim sözleşmesi geçersiz olduğu gibi sözleşmenin 2. maddesinde yer alan …'un mirasından feragat hükmü de noterde resmi şekilde yapılmadığından geçersizdir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir."* **(Lexpera, E.T.: 22.08.2024)**.

[244] İsviçre hukuku bakımından şekle dair kıyasen uygulama halen yürürlüktedir. Bkz. **§3, II, (2).**

kıyas yoluyla uygulanmasıyla aşılmalıydı. Yani açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin tabi olduğu şekil, sözleşme yanlarının kimliklerinden bağımsız biçimde **resmi şekil şartına** tabi kılınmalıdır[245].

Varılan sonuç Yargıtay'ın olumlu sonuç bağladığı, muhtemel mirasbırakanın sağlığında, muhtemel mirasçıların tamamı ve mirasbırakanın da katılımıyla kurulan, adi yazılı şeklin yeterli görüldüğü öncelenmiş miras paylaşım sözleşmesinin, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden ayırdını da kolaylaştırır.

Ulaşılan noktada, miras açıldıktan sonra mirasçılar arasında da tasfiye payını hedef tutan, salt borçlandırıcı etkiye sahip sözleşme kurulabileceği, ne var ki bu sözleşmeler için adi yazılı şekil şartının aranmasının tezde sunulan görüşle uyumsuzluk taşıdığı düşüncesi akla gelebilir. Oysa dikkatlice incelenirse, mirasın açılmadığı evrede taşınan mirasçı statüsü ihtimalden ibarettir. Devralan tarafın miras açıldıktan sonra mirasçı sıfatını taşıyıp taşımayacağı belirsizdir. Bunun karşısında miras açıldıktan sonra salt borç doğurucu etkiye sahip sözleşmenin kurulduğu sırada sözleşmenin her iki yanı da mirasçı statüsünü taşır. Mirasın açılmadığı evrede muhtemel mirasçı olarak taçlandırılan sözleşme tarafının miras paylaşımı fazında etkin olup olamayacağı, edimine kavuşmak için harekete geçip geçemeyeceği dahi belirsizdir. Diğer yandan miras açıldıktan sonra kurulan borçlandırıcı etkiye sahip sözleşmedeki devralan, tek başına yargısal paylaşımı başlatabilecek konumdadır. Anılan nedenlerle, açılmamış miras hakkında sözleşmeye muhtemel mirasçıların taraf olduğu ihtimal için resmi şeklin zorunlu olduğu sonucuna varmak TMK m. 677 f. I hükmüyle çelişmez.

Dahası, önerdiğimiz kıyas metoduyla açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin tamamında resmi şeklin aranması, tasfiye payını edinmeyi hedef tutan muhtemel mirasçıyı etkin bir biçimde korur. Bu koruma, sözleşmeyi akdettiği sırada muhtemel mirasçılardan sayılan; ancak mirasın açıldığı sırada mirasçı statüsünü kazanamayanlar bakımından önem arz eder. Devredenin tasfiye payını edinmeyi hedef tutan muhtemel mirasçı, mirasçı sıfatını kazanamazsa terekenin paylaşımında etkin bir rol üstlenemez. Meğer ki, sözleşmede aksi kararlaştırılsın. Sözleşmede de temsil yetkisi bahşedilmesi gibi bir düzenlemeye gidilmemişse, devralanın kullanabileceği yegâne imkân TMK m. 648'de yer alan paylaşmaya kayyımın katılmasını talep etme yetkisidir[246]. Bu talep

[245] Nitekim Alman yasa koyucusu tercihini bundan yana kullanmıştır. Bkz. **§3, II, (1).**
[246] TMK m. 648 ve ZGB Art. 609 hükmünde açıkça miras açıldıktan sonra payı devralanların, paylaşıma devreden mirasçı yerine kayyımın katılmasını talep edebileceği düzenlense de öğreti, açılmamış miras

sulh hakimine yöneltilir. Muhtemel mirasbırakanın evlenmesi, boşanması, evlat edinmesi, yeni bir çocuğunun dünyaya gelmesi, muhtemel mirasçının haberdar olmadığı ölüme bağlı tasarruf düzenlemiş olması gibi hukuki olay ve işlemler, kayyım atanması talebini inceleyen hâkimin, talepte bulunanın sözleşmenin kurulduğu sırada muhtemel mirasçılardan sayılıp sayılmadığını saptamasını güçleştirir. Dolayısıyla, kıyas faaliyeti sonucunda genele yaygın biçimde resmi şekle uygunluğu aramak, esasında muhtemel mirasçıların da menfaatlerini daha etkin biçimde korumaya hizmet eder.

Toparlamak gerekirse bu tez çalışması; açılmamış miras hakkındaki sözleşmelere, sözleşmenin taraflarına atfedilen kimliklerden bağımsız olarak, resmi şekle uygun akdedilmediği sürece geçerlilik atfedilemeyeceğini savunur.

III. MUHTEMEL MİRASBIRAKANIN KATILMASI VEYA İZNİ

A. Kavramın Kökenleri ve Yerine Getirilmiş Sayılması İçin Aranan Unsurlar

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler, muhtemel mirasbırakan henüz sağ iken onun terekesini konu almaktadır. Sözleşmenin kurulması, bir yanıyla da terekesi sözleşmeye konu edilen kimsenin ölümünün yakın görüldüğü ve hatta umulduğu izlenimine beraberinde getirir. Keza sözleşme, yalnızca tarafları arasında sonuç doğursa da yarattığı baskılayıcı atmosfer nedeniyle, muhtemel mirasbırakanı malvarlığı ve terekesi üzerinde serbestçe tasarruftan alıkoyabileceği fikri de sıklıkla ileri sürülür. Sayılan nedenlerden ötürü klasik dönemde Roma hukukunda, açılmamış tereke hakkında sözleşmelere sıcak bakılmadığı tespit edilir. Sağ kimsenin terekesi üzerindeki sözleşmelere *Justinian Corpus Iuris Civilis* ile yürürlük tanındığı görülür. Yine de bu sözleşmelerin geçerliliği, terekesi sözleşmeye konu edilen mirasbırakanın rıza açıklamasına bağımlı kılınmıştır. Muhtemel mirasbırakanın, rıza açıklamasını serbestçe geri alabileceği de aynı metinde belirtilir[247].

İsviçre-Türk hukuk sisteminin de açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin geçerliliği hakkında mirasbırakanın katılması veya iznini arayarak Roma hukuku geleneğini büyük ölçüde takip ettiği görülür. Alman hukukunda ise, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin geçerliliği muhtemel mirasbırakanın etki alanı dışında tutulur. Bunun esasında mantıklı bir gerekçeye dayandığı da söylenebilir. Yukarıda da

---

hakkındaki sözleşmelerdeki tasfiye payını devralanların da bu imkândan yararlanabileceğini kabul eder (**ÖZAKMAN,** s. 238; BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 20; SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 7.).

[247] *Justinian Corpus Iuris Civilis, C. 2, 3 (30).*

belirtildiği gibi Alman hukukunda sağ bir kimsenin terekesi hakkındaki sözleşmenin taraflarını yalnızca, muhtemel mirasçılar oluşturabilir. Mirasın açılması anında mirasçılık statüsünü kazanmaya aday olmayan, diğer bir deyişle mirasbırakanla belirli bir yakınlık içinde bulunmayanların böyle bir sözleşme kurması söz konusu olamaz. Haliyle muhtemel mirasbırakanla yakınlığı bulunanların, mirasbırakanın ölümünü yakın görmeleri ya da ummalarından ziyade, miras paylaşımını uzlaşmacı biçimde daha uzun süreye yayma amacı taşıdığı yasa koyucu tarafından kabul görür. Bu nedenle Alman yasa koyucusu BGB §311b Abs. 5 hükmüyle, açılmamış miras hakkında muhtemel mirasçılar arasında kurulan sözleşmenin noterde düzenleme şeklinde kurulmasını yeterli bulur, mirasbırakanın rızasını ya da sözleşmeye katılmasını aramaz[248].

İsviçre-Türk hukuk sistemi terekesi sağlığında alışveriş hayatına konu edilen mirasbırakanın, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde söz sahibi olmasını Roma hukukunda olduğu gibi kabul eder. Ancak her iki hukuk sisteminde de yasa metninin kaleme alınış biçimi çeşitli tartışmalara mahal verir. Bu tartışmalar sonucu ulaşılan sonuç, aşağıda takip edilebilir.

1. İsviçre ve Türk Hukuklarında Süregelen Bağlaç Tartışması: Katılma veya İzin mi, yoksa Katılma ve İzin mi?

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin, terekesi sözleşmeye konu edilen kişiler hakkında spekülasyon doğurması nedeniyle İsviçre ve Türk medeni yasalarını hazırlayanlar, sözleşmelerin geçerli sayılabilmesi için muhtemel mirasbırakanın katılma veya izin şeklinde somutlaşan, katkısını arar. Katkının ne türde ve nasıl aranması gerektiğini betimleyen yasa hükümlerine, her iki hukuk sisteminde de çeşitli anlamlar yüklendiği tespit edilir. Yasalarda tercih edilen kavramlar ile kavrama yüklenen anlamlar hakkında ileri sürülen görüşlerin kavrayışını kolaylaştırmak üzere, ikili bir tasnif uygun görüldü. Aşağıda aynı madde metnine sahip ZGB Art. 636/I ve eMK m. 613 f. I hükmü için ileri sürülen görüşler bir arada incelenirken, farklılaşan madde metniyle TMK m. 678 f. I hükmü hakkında ileri sürülen görüşler ayrıca incelenir.

İsviçre'de halen yürürlükte bulunan ZGB Art. 636 ile mülga eMK m. 613 f. I hükümleri, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin geçerli kabul edilebilmesi için mirasbırakanın *katılımı **ve** muvafakatini (Mitwirkung **und** Zustimmung)* arar. **(1)**

[248] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 142.

Öğretideki görüşlerden biri katılma ve muvafakat ibarelerinin iki farklı anlama geldiğini, bu nedenle metnin *katılma **veya** muvafakat* şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürer. **(i)** Aradaki bağlacı *veya* olarak kavrayan görüşlerden birincisine göre katılma ifadesi, mirasbırakanın da taraf olduğu bir miras sözleşmesi olarak düşünülmelidir. Bu miras sözleşmesinde, açılmamış mirastaki hakkını devreden ile mirasbırakan arasında mirastan feragat sözleşmesi kurulmuş olur. Mirasbırakan ile devralan arasında, devralanın mirasçı atandığı bir miras sözleşmesi daha kurulur. Mirasçı atama işleminin vasiyetname düzenlenerek yerine getirilmesi de mümkündür. Ancak miras sözleşmesi, devralanın menfaatlerini koruma bakımından daha işlevsel bulunur[249]. Mirasbırakanın katılımı bu görüş uyarınca sözleşmeye taraf olması sonucu doğurur. Mirasbırakanın sözleşmeye taraf olması, sağ birinin terekesinin masaya yatırılmasının meydana getirdiği spekülasyonları ilk elden bertaraf edicidir. Sözleşme neticesinde devralan, mirasın açılmasıyla mirasçılar topluluğuna dahil olurken, devreden mirasçı statüsü kazanamaz[250]. Mirasbırakanın sözleşmeye katılmamayı tercih ettiği durumda, sözleşmenin geçerliliği mirasbırakanın muvafakatini dışa vurmasına bağımlıdır. Muvafakat, kronolojik olarak "izin" ve "icazet" görünümüne bürünebilir[251].

(ii) Aradaki bağlacı "*veya"* olarak kavrayan görüşlerden ikincisine göre ise, katılma ibaresinden anlaşılması gereken mirasbırakanın sözleşmenin kuruluşuna nezaret etmesidir. Mirasbırakanın nezareti, onun sağlığında kapalı kapılar ardında terekesinin pazarlık konusu edilmesinin kati biçimde önüne geçer[252]. Mirasbırakanın sözleşmenin tarafını teşkil etmesi bir zorunluluk değildir[253]. Mirasbırakan, açılmamış miras hakkında kurulan sözleşmeye nezaret etmemeyi tercih edebilir ya da nezaret edememesi bir zorunluluktan ileri gelebilir. Sözgelimi mirasbırakanın başka bir

---

[249] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 14; **LEEMAN,** s. 149; **SEROZAN/ENGİN,** s. §7, N. 27.

[250] Feragat sözleşmesi ivaz karşılığında kurulmuşsa, bu ivaz devralan tarafından ödenmiş olsa bile devreden ve altsoyunun mirasçı olamayacağının altı çizilmelidir. **ANTALYA,** Feragat, s. 187.

[251] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 14.

[252] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 10; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 7.

[253] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 10; BSK-**MINNIG,** Art 636 ZGB, N. 8. Öğretide *WOLF/SPICHIGER*, ZGB Art. 636'da düzenlenen sözleşmenin, tam anlamıyla sağlararası işlem karakteri taşıdığını vurgulayarak, bu sözleşmelerin miras sözleşmelerinden kati bir biçimde ayrılması gerektiğini ifade eder. Yazarlar ayrıca, sözleşmenin mirasın paylaşılması bölümünde yer almasının da sağlararası işlem karakterinin altını çizdiğini bildirir (**WOLF/SPICHIGER,** s. 13).
Açılmamış miras hakkında sözleşme kurma niyetindekilerin iradelerinin uyuşursa ve mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisini hayata geçirmek isterse, mirastan feragat ve mirasçı atama kombinasyonu içeren miras sözleşmesi akdedilebilir. Ancak bu bir zorunluluk değil, irade serbestisinin genel sonucudur.

şehirde yaşaması ya da yatağa mahkûm olması zorunluluklara örnek olarak verilebilir. Tam da bu türden zorunluluklar gözetilerek, pratik ihtiyaçlara cevap vermek üzere bağlacın *"veya"* olarak anlaşılması gerektiği, bu görüş taraftarlarınca ileri sürülür. Mirasbırakanın yasa deyimiyle sözleşmeye katılmaması durumunda, geçerli kabul edilebilmesi için mirasbırakanın muvafakatini açıklaması gerekir. Muvafakatin etkisini doğurabilmesi için mirasbırakanın kurulan sözleşmeden haberdar olduğunu ve temel olarak kendi terekesini konu edindiğinin farkında olduğunu belirtmesi yeterlidir. Muvafakat, sözleşme kurulmadan önce veya sonra açıklanabilir[254]. Sözleşme kurulmadan önceki açıklamalar bakımından, mirasbırakana bir taslak sunulmuş olması; sözleşme kurulduktan sonraki aşamada ise sözleşme metninin bir örneğinin mirasbırakana gönderilmiş olması aranmaz[255].

(2) Yürürlükteki ZGB Art. 636 ve mülga eMK 613 hükümleriyle ilgili olarak öğretide ileri sürülen ikinci görüşe göre, yasada yer aldığı haliyle katılma ve muvafakat bir bütün olarak kavranmalıdır. Yasa koyucu katılma ve muvafakati birlikte arayarak, mirasbırakanın terekesi hakkında kurulan işlem bakımından net bir tavır ortaya koymasını hedeflemiştir. Katılma ve muvafakatin yerine getirildiğinden bahsedebilmek için, mirasbırakanın taraf olduğu miras sözleşmesi kurması beklenmez. Burada aranması gereken, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin kurulduğu sırada mirasbırakanın hazır olması ve sözleşmenin yapıldığı sırada muvafakatini ortaya koymasıdır. Sözleşme kurulduktan sonra muvafakat açıklamak, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin geçerlilik kazanmasını sağlamaz. Keza sözleşmenin kurulduğu sırada hazır bulunmak ve muvafakat açıklamak, mirasbırakanı sözleşmenin tarafı haline getirmez[256].

Bugün için İsviçre hukukuna aradaki bağlacı "*veya"* şeklinde kavrayan, muvafakat açıklamasının sözleşmenin kurulmasından önce ya da sonra verilmesinde farklılık görmeyen görüş hakimdir. Türk hukuku için bu görüşlerden birini hakim olduğunu söylemek güçtür. Zira 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girmesiyle mülga eMK 613 hükmünde köklü bir değişikliğe gidildiği görülür. TMK m. 678 hükmü

---

[254] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2091; **WOLF/GENNA,** s. 387; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 7; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 4; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 636, N. 4.

[255] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 12.

[256] **ÖZAKMAN,** s. 130; **YILDIRIM,** I, s. 132; **GUILLAUME,** s. 304. Hatta *DRUEY*'e göre muvafakatin ortaya konması, İsviçre hukukuna göre yazılı şekil şartına tabi sözleşmenin imzalanması şeklinde gerçekleşmelidir. Mirasbırakanın metni imzalaması, onu sözleşmenin tarafı haline getirmez (**DRUEY,** §8 N. 14.).

uyarınca, mirasbırakan *katılmadıkça* ***veya*** *izin* vermedikçe, onun terekesini konu edinen açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler geçersizlik yaptırımına tabi tutulur. Yasa koyucu madde gerekçesinde, hükümde değişiklik bulunmadığını bildirse de mülga yasa dönemindeki birinci görüşü yasalaştırma iradesini ortaya koymuş sayılır. Önceki yasa döneminde ileri sürülen görüşler nazara alınacak olursa hükümle ilgili olarak iki fikrin ortaya atılabilmesi mümkündür. **(i)**Yukarıda bağlaca *veya* anlamı atfeden birinci görüş taraftarları takip edilirse katılma ibaresinden, sözleşmeye katılma anlaşılmalı ve mirasbırakan ile açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin tarafları arasında mirastan feragati ve mirasçı atamayı konu edinene bir dizi miras sözleşmesi kurulması gerektiği fikri ortaya atılabilir. Takip edilen bu görüşe göre mirasbırakanın sözleşmeye katılması, sözleşmenin tarafı haline gelmesini gerektirir. Bunu murat etmeyen mirasçı, katılmaktan imtina ederek açılmamış miras hakkında sözleşmenin kurulmasına izin verebilir. Dikkat edilirse, yukarıda muvafakat kavramına izin ve icazeti kapsayan bir anlam yüklenebilmekteydi. Ancak, yasa koyucu yeni hükümde "izin" terminolojisini tercih ederek icazet imkanına kapıları kapamış görünür[257].

(ii) Diğer yandan katılma ibaresinin, işlemin kurulması sırasında hazır bulunma anlamına geldiği fikri halen savunulabilir. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeleri etkili kılmak bakımından iki imkân söz konusudur. Mirasbırakan terekesi hakkında sözleşme kurulduğu sırada hazır bulunarak, sözleşmenin sonuçlarını doğurması yönünde temennilerini açıklayabilir. Bunu tercih etmeyen ya da edemeyecek durumda olan mirasbırakan, kurulması planlanan açılmamış miras hakkındaki sözleşmeye izin verebilir. Yasa koyucu, önceden kurulan ve muhtemel mirasbırakanın terekesini pazarlık konusu edinmiş sözleşmelerin mirasbırakana dayatılarak icazet vermeye telkin edilmesinin önüne geçmeyi emel edinir[258]. Muhtemel mirasbırakanı tüm bunlardan azade tutarak, terekesi hakkındaki işlemler hakkındaki saf yaklaşımına erişmek için yasa metnindeki ifadeyi olduğu gibi algılamak gerekir. Buna karşın öğretide halen, TMK m. 678 f. I hükmünde yer alan ifadenin icazeti de kapsadığını ileri savunanlara da rastlanır[259].

---

[257] **ÇAKIRCA,** s. 1839.
[258] **YILDIRIM,** İki Gelişme, s. 123.
[259] **ANTALYA,** N. 2183; **DURAL/ÖZ,** N. 1565; **ÇABRİ,** III, s. 546.
İzin kavramını icazeti de kapsar biçimde yorumlayan karar için bkz. **Samsun BAM, 1. HD., 08.06.2022 T., 2022/1536 E., 2022/1388 K.:** "*Davacılar murisi K5, kardeşi K3 ile babaları K6 hayatta iken mülkiyeti ona ait olan Samsun İli, Çarşamba İlçesi, A4 Mah. 500 ada 116 parseldeki baba K6 den K3e düşecek hissenin K5'ye satılması husunda anlaşarak aralarında 17/08/1986 tarihli adi yazılı şekilde düzenlenen gayrimenkul satış senedi düzenlemişler ise de Medeni Kanunun 678. Maddesine göre: "Bir kimsenin sağlığında, ileride mirasçısı olabilecek kişilerden birinin diğer bir mirasçıyla ya da üçüncü*

Kurumun kökeni ve görüşler dikkate alındığında bu tez çalışmasında, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin etkisini geçerli bir şekilde doğurabilmesi için terekesi hakkında sözleşme akdedilen muhtemel mirasbırakanın, sözleşmenin kurulması sırasında **hazır bulunması** ya da sözleşme kurulmadan önce **izin vermiş** olması aranır. TMK m. 678 hükmünün madde gerekçesinde, hükümde hiçbir değişiklik yer almadığının yasa koyucu tarafından bildirilmesi de bu görüşün savunulmasına engel sayılmaz. Yasa metinleri yürürlüğe girmekle, yasayı hazırlayanların iradesinden bağımsızlaşır, sözü ve özüyle uygulama alanı bulur. Metnin lafzı ve amacı yol göstericidir. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerle ilgili olarak Roma hukuk geleneğinden beri, sağ bir kimsenin terekesini kapı kapılar ardında pazarlığa konu etmek yadsınır. Terekesi alışveriş hayatına konu edinilen kimsenin, belirleyici rol üstlenmesi İsviçre-Tük hukuk sisteminin *ratio*'sudur. Yasada aranan katılma veya izin olgusu, muhtemel mirasbırakanı sözleşme üzerinde hâkim kılmaya elverişlidir. Ancak icazet için aynısını söylemek mümkün değildir. Taraflarca edim ve karşı edimlerin belirlenerek, noterde düzenleme şeklinde hazırlanmış bir metnin mirasbırakanın icazetine sunulması, bir yönüyle dayatmacı bir tutumdur. Mirasbırakanın gerçek iradesini ortaya koymasına mâni olabilir. Hakikaten de muhtemel mirasçının, sözleşme metninin hazırlandığını, taraflarca imza edildiğini ve hatta karşı edimi de temin ettiğini mirasbırakana bildirerek, icazetini talep etmesi mirasbırakan üzerinde manevi bir baskı yaratabilir. En nihayetinde böyle bir kurguda muhtemel mirasbırakan, muhtemel mirasçısının elde ettiği ve belki de tükettiği karşı edimi, nasıl iade edeceğini gözetmek durumunda kalır. Toparlamak gerekirse, sözleşmelerin geçerli bir şekilde akdedilmiş sayılması için metin noterde düzenleme şeklinde akdedilmeden evvel, mirasbırakanın izninin alınması aranmalıdır. Muhtemel mirasbırakan tarafından iznin kapsamına, kurulan sözleşmeden haberdar olduğunun ve temel olarak kendi terekesini konu edindiğinin farkında olduğunun dahil edilmesi yeterlidir. Sözleşmenin taslak metninin, mirasbırakana önden incelemesi için bırakılmış olması gibi koşullar aranmaz. Ancak hemen belirtmek gerekir ki izin, somut bir sözleşmeye ilişkin olmalıdır. Mirasbırakanın muhtemel mirasçısına götürü

---

kişilerle yaptığı, gelecekteki mirası hakkındaki sözleşmeler, kendisinin katılımı ve onayı bulunmadıkça geçersiz olacaktır." hükmü gereğince dinlenen mahalli bilirkişi ve tanık beyanlarından ve dosyaya sunulan 17/08/1986 tarihli adi yazılı şekilde düzenlenen gayrimenkul ***satış senedinden de anlaşılacağı üzere baba K6'in miras hisse devrine katılmadığı ve onayı da bulunmadığından*** *geçersiz olduğundan davacılar tarafından geçersiz sözleşmeye dayanarak açılan davalı K4'a yönelik tapu iptal ve tescil davası reddedildi."* **(Lexpera, E.T.:05.09.2024)**

biçimde, dilediği kimselerle dilediği şekilde, terekesi hakkında sözleşme kurmasına izin vermesi hükmün amacıyla bağdaşmaz[260]

Muhtemel mirasbırakanın sözleşmenin kurulmasına katılması veya izin vermesine hangi anlamın yüklenmesi gerektiğinin yanı sıra, bu işlemin temsile açık olup olmadığı da tartışmalıdır. Aşağıda temsil bahsine dair görüşler takip edilebilir.

2. Temsile Açık Olup Olmadığına Dair Tartışma

Terekesi sağlığında sözleşmeye konu edilen kimsenin bu sözleşmenin etkisini doğurabilmesi için sözleşmenin kurulduğu sırada hazır bulunması veya izin açıklamasında bulunmasının temsile açık olup olmadığı ile ilgili olarak öğretide farklı görüşlere rastlanır.

Bir kere bu noktada fikir ileri sürebilmek için hazır bulunma ve izin açıklaması ayrıma tabi tutulmalıdır. Sözleşmenin kurulduğu sırada hazır bulunma, maddi fiil niteliği taşır ve bilindiği üzere maddi filler temsile kapalıdır[261].

Sözleşmeye katılmayı; mirasbırakanla, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin tarafları arasında bir dizi miras sözleşmesi kurma olarak kavrayan görüşe göre de katılma temsilci aracılığıyla sağlanamaz. Nitekim bu görüş doğrultusunda mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufta bulunması gerekir ve ölüme bağlı tasarrufların mirasbırakan tarafından bizzat gerçekleştirilmesi aranır[262].

Ortaya konan saptamalarla beraber temsilci kullanımına ilişkin sorun, Türk hukuku bakımından iznin; İsviçre hukuku bakımından muvafakatin temsilci aracılığıyla açıklanıp açıklanamayacağına indirgenir. Bir kere izin ya da muvafakat açıklaması, hukuki sonuca yönelmiş irade beyanı niteliği taşıdığı için hukuki işlem olarak kabul edilir. Terekesi sözleşmeye konu edilen kişinin beyanda bulunması arandığından, bu hukuki işlem; tek taraflı ve sağlararası işlem niteliğindedir. Muhtemel mirasbırakanın iznini ortaya koyan beyanın net olması aranmakla beraber, etki doğurması için sözleşme taraflarına varması aranmaz. İradenin açıklanması yeterli olup pekâlâ başka bir ölüme bağlı tasarrufun içinde yer alması dahi mümkün görülür[263]. Hukuki işlemler, prensip olarak temsilci aracılığıyla gerçekleştirilebilir.

---

[260] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 10.
[261] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Borçlar, §45, N. 4; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, 663; **ANTALYA,** C. V/1, 1, N. 2640
[262] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 505; **ANTALYA,** N. 2182; **DURAL/ÖZ,** N. 1565; **EREN/YÜCER AKTÜRK,** N. 1355.
[263] Bu örneğe, icazete imkân tanıyan İsviçre hukukunda rastlanılması pek daha muhtemeldir.

Her ne kadar durum böyle olsa da TMK m. 678 ve ZGB Art. 636 bağlamında farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülür.

Birinci görüşe göre, muhtemel mirasbırakanın muvafakat ya da izin açıklaması kişiye sıkı suretle bağlı bir hakkın kullanımı niteliğindedir. Bu beyan dar ve teknik anlamıyla ölüme bağlı tasarruf sayılmasa, hatta beyanda bulunanın tasarruf yetkisini kısıtlamasa da yine de tereke üzerinde etkisi bulunur. Bu etki nedeniyle, mutlaka muhtemel mirasbırakan tarafından açığa vurulması aranmalıdır[264].

İsviçre öğretisindeki hâkim ikinci görüş ise; muhtemel mirasbırakanın muvafakat açıklamasının kendisini borç altına sokmadığı gibi tasarrufta bulunmaya da zorlamadığının altını çizer. Keza bu yöndeki irade beyanı, ölüme bağlı tasarruf niteliği de taşımaz[265]. Tereke üzerindeki olası etki, herhangi bir kişilik değeriyle ilintili olmadığı gibi mirasbırakanın tasarruf yetkisini kısıtlamaz. Bu nedenle, kişiye sıkı suretle bağlı bir işlemden söz etmek güçtür. Dolayısıyla sağlararası hukuki işlemler hakkındaki genel kuraldan ayrılmayı haklı kılacak sebep bulunmaz. Muvafakat ya da izin, temsilci aracılığıyla açıklanabilir[266].

Ortaya konan gerekçeler irdelendiğinde ikinci görüşe katılmak daha makul görünür. Bu görüşe katılmayı haklı kılacak bir argüman daha ileri sürülebilir. Muhtemel mirasbırakanın iradesini bizzat açıklamasını beklemek, kendisinin ayırt etme gücünün bulunmadığı durumda, muhtemel mirasçılar açısından hak ehliyeti sınırlamasını beraberinde getirir. Ayırt etme gücü bulunmayan muhtemel mirasbırakanın izin açıklamasına sonuç bağlanamayacağından, muhtemel mirasçıların açılmamış miras hakkında sözleşme kurma hakları kâğıt üstünde kalır[267]. Buna karşın

---

[264] **LEEMAN,** s. 149; **ÖZAKMAN,** s. 134; **YILDIRIM,** I, s. 133.

[265] Sağlar arası işlemin, düzenlenmiş vasiyetnamedeki tasarrufları geri alma anlamı taşıyabileceği için farklı ihtimallerin ortaya çıkabileceği ve götürü beyandan kaçınmak gerektiği yönünde bkz. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 7.

[266] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 13; ZK-**ESCHER,** Art, 636 ZGB, N. 5; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 7.

[267] **Y. 2. HD., 21.10.2013 T., 2013/11498 E., 2013/23671 K.: "***Tarafların mirasbırakanı Maksut, 27.04.2001'de ölmüştür. Sağlığında mirasçıları arasında mirasbırakanın da katılımı ile düzenlenen 6.10.1998 tarihli sözleşme, mirastan feragat sözleşmesi (TKM. md. 475) niteliğinde olmayıp, henüz açılmamış bir miras hakkında mukaveleye (TKM. md. 613) ilişkindir. Nitekim, sözleşmenin bu nitelikte olduğu davacılar tarafından davalıya karşı daha önce açılmış olan "muvazaa" sebebiyle tapu iptali ve tescil davasını inceleyen Yargıtay 1. Hukuk Dairesi tarafından da kabul edilmiştir. Bir kimsenin sağlığında, mirasçılardan birinin diğer mirasçılar veya üçüncü bir şahıs ile olan o kimsenin mirası hakkındaki sözleşmenin geçerliliği kendisinin iştiraki ve muvafakatine bağlıdır. Mirasbırakanın iştiraki veya muvafakati olmaksızın yapılan sözleşme hükümsüzdür. Böyle bir mukavele mucibince vukuu bulan teslimat geri istenebilir (TKM. md. 613). Sözleşmenin yapıldığı tarihte mirasbırakanın tasarruf ehliyetinin bulunmadığı yapılan soruşturma ve Adli Tıp 4. İhtisas Kurulunun 28.04.2006 tarihli 1392 sayılı raporundan anlaşılmaktadır.* ***Hukuki işlem ehliyetinin yokluğu, mirasbırakanın katılımını geçersiz kılar. Ve onu sözleşmeye katılmamış duruma getirir. Dolayısıyla, mirasçılar arasında mirasbırakan sağken düzenlenen 6.10.1998 tarihli sözleşme hükümsüzdür.*** *Bu hükümsüzlük,*

İsviçre öğretisinde, vesayet altında bulunan mirasbırakan adına yasal temsilcinin muvafakat açıklayabileceği ifade edilir[268]. Böylelikle muhtemel mirasçılar *de facto* hak ehliyeti sınırlaması ile burun buruna gelmekten kurtulur.

Yasada herhangi bir açıklık yer almasa da izin açıklamasında bulunan temsilcinin bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş olması aranmalıdır[269].

3. Tabi Olduğu Şekil

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelere muhtemel mirasbırakanın katılımının veya izninin herhangi bir şekle tabi olup olmadığı, diğer bir tartışma meselesidir. Mirasbırakanın sözleşmeye katılmasını, sözleşmeye mirastan feragat ve mirasçı atama sözleşmemeleri aracılığıyla taraf olmak şeklindeki anlayışa göre miras sözleşmesinin tabi olduğu şekil aranmalıdır[270]. Bunun yanında mirasbırakanın sözleşmeye katılması ve muvafakatini tek bir unsur olarak görenler ise, mirasbırakanın açık muvafakatinin yazılı metnin altında imzayla belirginleştirmesi gerektiğini kabul eder[271].

Bugün için İsviçre hukukuna da hâkim olan, mirasbırakanın katılımını ya da muvafakatini yeterli gören görüş, rıza açıklamasının açık olmak kaydıyla herhangi bir şekle tabi olmadığını savunur[272]. Oysa İsviçre Federal Mahkemesi önceki içtihatlarında muvafakat açıklamasının yazılı şekilde yapılmasını arıyordu[273]. Federal Mahkeme bu konuda görüş değişikliğine gitmiştir. Mahkeme; muvafakate ilişkin açıklamaların net olması koşuluyla, mirasbırakan tarafından kanıtlanabilir biçimde

---

paylaşmadan önce herhangi hak düşürücü veya zamanaşımı süresine bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir." **(Lexpera, E.T.: 11.09.2024).**

[268] Vesayet altına alınmış kişiler bakımından vesayet dairelerinin muvafakat açıklamasında bulunmasının mümkün olduğu yönünde bkz. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 7.

[269] Özel temsil yetkisi aranan durumların yasada sayılı olanlarla sınırlı olmadığı öğreti tarafından kabul edilir. Ancak sınırın nerden çekileceği, yani hangi noktada özel olarak yetkilendirilmenin aranacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre TBK m. 504 f. III hükmünde sayılanlara benzer sonuçlar doğuran işlemler için özel yetki aranmalıdır (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Borçlar §46, N. 42). Diğer bir görüşse göre ise genel yetkili temsilcinin, işlemi temsil olunan adına yaptığı durumlar özelinde dürüstlük kuralı uyarınca risk barındırdığı tespit edilmekteyse işlem için özel temsil yetkisi aranmalıdır (**İNCEOĞLU,** Temsil, s. 208). Mirasbırakanın sağlığında, onun terekesi hakkında kurulan sözleşmelerin ölümü hakkında spekülasyon doğurduğu ve yalnızca muhtemel mirasçıların devir borçlusu şeklinde konumlanabildiği nazara alınacak olursa, genel yetkili temsilcinin dürüstlük kuralı çerçevesinde daimi olarak kurduğu ve risklerine vakıf olduğu sözleşmelerden bahsetmek güçtür. Bu nedenle ikinci görüşe üstünlük tanıyarak, temsilcinin özel olarak yetkilendirilmiş olmasını aramak gerekir.

[270] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 14.

[271] **YILDIRIM,** I, s. 135.

[272]**WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2091; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 11; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 8; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 5; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 636, N. 4.

[273] İsviçre Federal Mahkemesi'nin **BGE 57 II 51** künyeli kararında ispatı kolaylaştıracağı gerekçesiyle muvafakatin yazılı şekilde verilmiş olmasını arıyordu. Öğretide de benzer kaygılarla, yazılı şeklin aranması gerektiği fikri hakimdi. Bu yönde bkz. BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 17; ZK-**ESCHER,** Art, 636 ZGB, N. 11.

ortaya konulmuş olmasını yeterli görür. Mahkeme, önceki içtihatta yazılı şeklin neden arandığına dair gerekçeye rastlanmadığının da altını çizer. Muvafakat beyanında bulunmak, muhtemel mirasbırakanı bir borç altına da sokmaz. Bu nedenle mirasbırakanın düşünmeye sevk edilerek korunması yönünde bir menfaatten söz edilemez. Kaldı ki muvafakat beyanında bulunmak, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin doğurabileceği çeşitli sakıncaları bertaraf etmek ve mirasçılar tarafından kurulan belirli sözleşmelerde mirasbırakanın kontrolü ele geçirmesi için aranır. Bu nedenle yazılı olması aranmamalıdır. Ayrıca mirasbırakanın durumunu; ehliyetsizlerin kendi hukuki işlemleriyle borç altına girebilmesi için rıza açıklamasında bulunması beklenen yasal temsilciden daha ağır konuma getirmeyi yetecek neden de tespit edilebilmiş değildir[274].

Öğretide *SCHAUFELBERGER/KELLER*'in, Federal Mahkeme'nin hükmüne eleştiriyle yaklaştığı tespit edilir. Yazarlar, kararda yer alan *"...mirasbırakanın muvafakatini şekle tabi olmasa da açık ve net davranışlarla ifade etmesi yeterlidir."*[275] ifadesini geniş bulduklarını belirtiyor. Yazarlara göre karar, açık rızayı kesin bir dille vurgulamakta, ancak *"net davranışlarla ifade etme"* ibaresiyle örtülü irade beyanına kapı arlar. Yazarların çıkarımına göre Mahkeme, örtülü beyanla rıza verilmesine açık kapı bırakır ve kargaşaya yer verecek türden gri alan oluşturur[276].

Türk öğretisinde ise mülga yasa dönemindeki genel yaklaşım, muvafakatin açığa vurulmasında şekil serbestisinden yanaydı. 818 sayılı BK'da yer alan şekil serbestisine istisna getiren hükmün, sözleşmeye taraf olanlara uygulanmak üzere ihdas edildiği öğreti tarafından bildiriliyordu. Yine öğretimiz mirasbırakanın bu beyanıyla, sözleşmeye taraf olmayacağının altını çizerek sağlığında terekesi pazarlık konusu yapılanın, belli başlı spekülasyonları önlemesinin hükmün esas amacı olduğunu ortaya koyuyordu. Açıklanan gereklerle muhtemel mirasbırakanın muvafakat beyanını şekle tabi kılmak mümkün görünmüyordu[277].

---

[274] **BGE 98 II 281, 287.**
[275] **BGE 98 II 281, 287.**
[276] BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 636 ZGB, N. 9.
[277] **ÖZAKMAN,** s. 137; *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,* beyanın örtülü biçimde dahi açıklanmasını yeterli buluyordu (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 544).
Y. 16. HD., 04.12.2018 T., 2017/3546 E., 2018/7349 K.: "*Muris K6'ün sağlığında çocukları K3 ve K7 arasında miras payının devrine dair 10.04.1974 tarihli senedin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 743 sayılı Medeni Kanunun 613. maddesinde; bir kimsenin sağlığında mirasçılardan birinin diğer mirasçılar veya üçüncü bir şahıs ile o kimsenin mirası hakkında ve kendi iştirak ve muvafakati olmaksızın yaptığı mukavelerin batıl ve hükümsüz olduğu, aynı kanunun 475. maddesinde ise bir kimsenin mirasçılarından biri ile ivazlı veya ivazsız mirasçılıktan feragat mukavelesi yapılabileceği bu surette feragat eden kimsenin mirasçılık sıfatını kaybedeceği düzenlenmiştir. Nitekim Yargıtay İçtihadı*

İncelenen görüşler ışığında, TMK m. 678'te yer alan iznin net biçimde açıklanmış sayılması yönünde İsviçre hukukuna hâkim olan görüşe üstünlük tanımak yerinde olur. Dolayısıyla, terekesi pazarlık konusu yapılan mirasbırakanın sözleşme kurulmadan evvel, açık ve net olmak kaydıyla ispatlanabilir biçimde izin beyanında bulunması yeterli görülmelidir. Bunun yanında *SCHAUFELBERGER/KELLER'*in görüşü de dikkate alınarak, açıklık ve netlik konusunda şüpheye düşürecek davranışlara örtülü irade beyanı anlamı atfedilememesi kanaatinin paylaşıldığını da eklemek gerekir.

4. Geri Alınamaz Karakteri

Muhtemel mirasbırakanın katılımı veya izniyle, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler üzerinde gölgesinin bulunduğu kabul edilse de her durumda hakimiyeti altında kaldığını söylemek güçtür. Muhtemel mirasbırakanın açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerdeki hakimiyetini frenleyen, geçerli ve etki doğurucu biçimde açığa vurulan muvafakatin geri alınamamasıdır.

İsviçre hukukunda muvafakat ifadesi hem izni hem de icazeti kapsayacak şekilde yorumlandığından, verilen muvafakatin sözleşme kurulmadan önce geri alınamayacağı gibi sözleşme kurulduktan sonra geri alınmasına imkân tanınmaz[278]. Tez çalışması, TMK m. 678 hükmündeki izin kavramına icazet anlamı atfedilemeyeceğini kabul ettiğinden, hukukumuzda sözleşme kurulmadan önce verilen iznin tek taraflı irade beyanıyla sözleşme kuruluncaya değin geri alınamayacağını benimser. İznin geri alınamaz karakteri, kesinlik ihtiyacı ile gerekçelendirilir. Bu ihtiyaç, sözleşmenin ivazlı kurulduğu durumlarda devralan yan için had safhadadır.

İrade sakatlığı hallerine dayalı iptal beyanının kullanılması imkânının saklı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Ancak burada öneri ya da kabul beyanın, temsil yetkisinin veya el yazılı vasiyetnamenin geri alınması gibi dar ve teknik anlamda geri almadan söz edilemez[279]. TBK m. 30 ve devamındaki hükümlerin sözleşmenin

---

Birleştirme Kurulunun 11.02.1959 tarih 1959/16-14 Esas ve Karar sayılı ilamıyla da muris ile mirasçısı arasında düzenlenen mirastan feragat sözleşmesinin resmi yazılı şekilde yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Eldeki davanın konusu 1974 tarihli senet, muris ile mirasçısı arasında değil, murisin mirasçıları arasında ve murisin sağlığında düzenlendiğine göre 743 sayılı Medeni Kanunun 613. maddesinin uygulanacağı açıktır. Uygulamada ve öğretide mirasçılar arasında yapılan bu tür sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasının gerekmediği, yazılı olmasının yeterli olduğu, ***murisin muvafakatinin ise adi yazılı şekil ile veya ispat edilmek şartı ile başka surette sağlanabileceği kabul edilmiştir.****"* **(Lexpera, E.T.: 11.09.2024)**

[278] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 13; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 6; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 5; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 636, N. 4.

[279] Aynı yönde bkz. **ÖZAKMAN,** s. 134.

kurulmasında uygulama alanı bulacağı yasa metininde yer almakla beraber, bu hükümlerin tek taraflı hukuki işlemlere de tatbik edileceği kabul edilir. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin tarafları ya da üçüncü bir kişi tarafından aldatılan muhtemel mirasbırakan, yasadaki diğer koşullara riayet etmek kaydıyla vermiş olduğu izin için iptal beyanında bulunabilir. Benzer durum, korkutma için de geçerlidir. Yanılmaya dayanarak iptal beyanını kullanmak için yanılmanın esaslı olması aranır. Öğretide *ROUILLER,* sözleşmedeki devralan tarafın taşıdığı bazı özelliklerin esaslı yanılmaya sebebiyet vereceğini işaret eder. Yazara göre devralanın, muhtemel mirasbırakana karşı kabul edilemez eylemler sergilemiş olmasının sonradan öğrenilmesi, esaslı yanılma kurumuna başvurmasına olanak sağlar. Yazar kabul edilemez eylemlerin sınırını, devralan muhtemel mirasçılardan olsun ya da olmasın, mirasbırakana karşı mirastan çıkarmaya ve hatta mirastan yoksunluğa sebebiyet veren bir davranış şeklinde çizer. Örnek olarak, devralanın izin açıklamasından önce mirasbırakanı kasten öldürmeye teşebbüs ettiğinin sonradan öğrenilmesi ya da devralanın mirasçının yakınlarından birine karşı çıkarmayı haklı kılacak ağırlıkta suç işlemiş olduğunun sonradan öğrenilmesi yanılma hükümlerine başvurularak, iznin geri alınmasına imkan tanımalıdır[280]. Kural olarak, iznin verilmesinden sonra devalanın sergilediği davranışlar hakkında mirasbırakanın yanılma hükümlerine başvurması mümkün görülmez. Yine esaslı yanılmaya dürüstlük kuralına aykırı dayanmak yasa tarafından yasaklanır. Muhtemel mirasbırakanın, devralan hakkında hiçbir bilgi istemediği yani sözleşmenin kiminle kurulduğuna kayıtsız kaldığı durumda, esaslı yanılmaya başvuramayacağı ve izin beyanını iptal edemeyeceği fikri yazara göre üstün tutulmalıdır[281].

Muhtemel mirasbırakan açığa vurduğu izni dilediği gibi geri alamasa da TMK m. 678 hükmüne uygun kurulan açılmamış miras hakkındaki sözleşmeyi, hazırladığı bir ölüme bağlı tasarrufla büyük ölçüde etkisiz kılabilir. Açılmamış miras hakkında sözleşmeye izin veren muhtemel mirasbırakanın, sözleşmeyle tasfiye payını devretme borcu altına giren mirasçısını mirastan ıskat ettiğine dair vasiyetname kaleme aldığı durum örnek gösterilebilir. Ne de olsa sözleşmenin tarafı olmayan muhtemel mirasbırakanın, tasarruf yetkisi sınırlanmış da değildir. Şüphesiz ki mirasbırakanın

[280] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 15.
[281] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 15.

ölüme bağlı tasarrufu, TMK m. 678 hükmüne uygun kurulan sözleşmeyi kendiliğinden hükümsüz kılamaz[282].

5. Koşul İçermesine Dair Yaklaşımlar

Muhtemel mirasbırakanın iznini veya katılımını gerektiren açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde, mirasbırakanın muvafakatini koşula bağlı şekilde açıklayıp açıklanamayacağı hakkında da birden fazla görüşe rastlanır. Sözleşmenin, etkisini geçerli bir şekilde ortaya koymasının, mirasbırakanın tartışmaya yer vermeyecek açıklıkta dışa vurulan muvakkatine bağlandığı hatırlanmalıdır. İsviçre-Türk hukuku yasaları, hukuki işlemin yürürlüğü hakkında şüpheye vermeyen bir yaklaşımdan yana olduğunu ortaya koyar. Yasaların bu tutumu açığa vurulan muvafakatin geri alınamamasıyla da tamamlanır. Muvafakat özelinde aranan açık ve net tutum ile muvafakatin geri alınamaz karakterini bir arada ele alan öğreti, taraflar için esas olanın işlemin yürürlüğüne dair kesinlik olduğunu vurgular. Mirasbırakanın muvafakatini koşula bağlayamayacağı sonucuna varır[283]. *ÖZAKMAN,* özellikle mirasbırakanın muvafakatini bozucu koşula bağlayabildiğinin kabul gördüğü ihtimalin, muvafakatin geri alınamaz karakterini örseleyeceğini vurgular. Yazara göre muhtemel mirasbırakanın muvafakat beyanını koşula tabi kılabileceğinin kabul edilmesi, mirasbırakanın menfaatinin de nazara alınması anlamına gelir. Oysa unutulmamalıdır ki muhtemel mirasbırakan, sözleşmenin tarafı değildir[284].

İsviçre öğretisinden *ROUILLER* muvafakat beyanının koşula bağlanamayacağı yönündeki anlayışa kuşkuyla yaklaşır. Yazar, muvafakatin koşula bağlanamayacağı yönündeki görüşlerin dayandığı temeli kabul ettiğini ifade etmekle beraber; sözleşme özgürlüğü prensibinin koşul karşıtı görüşün yürürlüğünü engellemeye elverişli olduğunun altını çizer. Muvafakat koşula bağlanamaz dense bile muhtemel mirasbırakan, önem atfettiği bozucu ya da geciktirici olgu sözleşme hudutlarına girmediği takdirde muvafakat beyanında bulunmaktan kaçınacağını taraflara bildirebilir. Muhtemel mirasbırakanın bu katı tutumu, muvafakatte aranan açıklıkla da tutarlıdır. Bu tavırla en nihayetinde, muvafakat vermediğini su götürmez biçimde

---

[282] Tasfiye payına özgülenecek değerleri devir borcu altına girenin, mirasçı sıfatını kazanamamadaki kusuru ölçüsünde sorumlu tutulması gündeme gelebilir. Kusura yüklenen anlam ve kusurun tazminattaki rolü aşağıda detaylarıyla incelenebilir. Bkz. **§5, II, C.**
Muhtemel mirasbırakanın verdiği izinle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarını, açılmamış miras hakkındaki sözleşme taraflarına bildirme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı için aşağıda bkz. **§3, III, C.**

[283] **ÖZAKMAN,** s. 134; **YILDIRIM,** I, s. 134; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 14.

[284] **ÖZAKMAN,** s. 135.

ortaya koymuş olur. Yazara göre muvafakatin temel fonksiyonu, mirasbırakanı ölümüne ilişkin spekülasyondan korumaktır. Tarafların sözleşmenin yürürlüğünün kesinliğine dair talepleri, diğer sağlar arası işlemlerdekinden daha değerli bir korumayı gerektirmez. Muhtemel mirasbırakanın serbest bir şekilde muvafakati geri alamadığının kabulü, zaten sözleşmeyi mirasbırakanın iki dudağının arasında olmaktan kurtarır. Sözleşmenin tarafları bu frenleyici mekanizmanın koruyucu etkisinin yanında pekâlâ, koşula bağlı muvafakatle yetinmeyi tercih edebilir[285].

Tezde, TMK m. 678 f. I hükmündeki izin ifadesi dar yorumlanmaktadır. Bu nedenle de Türk hukuku bakımından mirasbırakanın icazetinin, hüküm ve sonuç doğurmaya elverişli olmadığı kabul edildi. Dolayısıyla muhtemel mirasbırakanın icazetini iradi bozucu koşula bağlayarak, sözleşmenin yürürlükte kalıp kalmadığına dair belirsizlik dışarda tutulur. Kavrama yüklenen anlamın sonucudur, bu. Sorun dar ve teknik anlamıyla izne indirgendiğinde, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasında etkili olacak olgular, henüz sözleşme kurulmadan evvel tarafların takdirine sunulmuş olur. Tarafların en başta kendi iradeleriyle yaratılan belirsizliği göze alarak, sözleşmeyi kurabileceği kabul edilmelidir. Ne de olsa sözleşmenin tarafları, sözleşmeden elde etmeyi umdukları menfaati tartıp biçebilecek ve bunun öngörülen koşulla ilgisini tartabilecek durumdadır. Diğer yandan iznin koşula bağlanabilmesinin kabulü, muhtemel mirasbırakanın açılmamış miras hakkındaki sözleşmelere sempatisini artırabilir. Terekesi sağlığında pazarlık konusu edilen muhtemel mirasbırakan, sözleşme üzerindeki etkisinin iradi koşulla artmasıyla, muvafakat vermeye daha sıcak yaklaşabilir. Böylelikle iradi koşul, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler bakımından dengeleyici bir enstrüman haline gelebilir.

B. Katılma veya İznin Birinci Etkisi: Sözleşmeyi Geçersizlik Yaptırımından Kurtarma

İsviçre ve Türk hukuku, Roma hukuk geleneğini takip eder. Genel anlatımla, ZGB ve TMK açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin bağlayıcı olmadığı prensibine dayanır. Bunun temelinde, mirasbırakana duyulan saygı ve ahlaki duyarlılık yatar. Bir kimse henüz sağken, onun terekesi üzerinden edim devşirmeyi hedef tutan sözleşmelerin o kimsenin ölümüne ilişkin spekülasyon barındırması ve hatta yaşamını tehdit etme ihtimali anılan duyarlılığın gerekçesidir. Tam da bu nedenle İsviçre-Türk hukuk sistemi, sağ kimsenin terekesi hakkındaki müzakerelerin kapalı

[285] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 14, özellikle dn. 27.

kapılar ardında yürütülmemesini tercih eder. Mirasbırakana duyulan saygının ve onun lehine gözetilen ahlaki duyarlılığın, katılma veya izin kurumuyla yasal zemin edindiği tespit edilir. Böylelikle sözleşme, mirasbırakan için aleniyet kazanır[286].

Açılmamış miras hakkında sözleşme kapsamına dahil edilen iki tür sözleşme için de durum aynıdır. İsviçre ve Türk medeni yasalarında düzenlendiği haliyle, muhtemel mirasbırakanın terekesinin tasfiyesi sonunda taahhütte bulunana özgülenecek değerlerin devrini konu edinen sözleşmeler için mirasbırakanın katılımının veya izninin arandığı tespit edilir. Diğer yandan, hukukumuzda yargı uygulaması tarafından kabul gören, öncelenmiş miras paylaşma sözleşmelerinin geçerliliği de muhtemel mirasbırakanın bu çok taraflı hukuki işlemin tarafı olmasına bağımlıdır.

Öğretideki hâkim anlayışa göre muhtemel mirasbırakanın katılımı veya izni, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeleri ahlaka aykırı olmaktan kurtarır. Böylelikle sözleşme, kesin hükümsüzlük yaptırımına uğramaktan alıkonur[287]. Bu yönüyle mirasbırakanın katılımı veya izni, sözleşmelerin ahlaka aykırılık taşıyıp taşımadığını kontrol etmesi için bir araç niteliğinde görülür[288].

Ulaşılan sonuç değişmemekle birlikte, muhtemel mirasbırakanın katılımı veya iznini içermeyen sözleşmelerin ahlaka aykırılık nedeniyle değil de kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması daha uygun görünür. Hukuka aykırılık ve ahlaka aykırılık kavramları arasındaki ilişkinin öğreti tarafından incelendiği gözlemlenir. Konu üzerine özel olarak eğilenlerin genel çıkarımı uyarınca, ahlaka aykırı olduğu düşünülen bir davranış yasanın emredici hükmüyle yasaklanmışsa, yasayı uygulayanlardan ahlaka uygunluk denetiminde bulunması beklenemez. Emredici hükme aykırılık bulunup bulunmadığının

---

[286] İsviçre hukuku için bkz. BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 1-2; ZK-**ESCHER,** Art, 636 ZGB, N. 2.; **LEEMAN,** s. 149; **DESCHENAUX/STEINAUER,** s. 327; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 2; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 1; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 636, N. 1.
Türk hukuku için bkz. **ÖZAKMAN,** s. 133; **YILDIRIM,** I, s. 133; **AYDINCIK MİDYAT,** s. 150.

[287] Federal Mahkeme de verdiği **BGE 98 II 281** künyeli kararında bu etkinin altını çizer.
BGE 98 II 281, E. 5: *"Mirasçılardan birinin, mirasbırakanın katılımı ve muvafakati bulunmaksızın henüz intikal etmemiş mirasla ilgili olarak ortak bir mirasçı veya üçüncü kişiyle kurduğu sözleşmeler ZGB Art. 636 uyarınca bağlayıcı değildir. Bu hükümden, henüz intikal etmemiş mirasa ilişkin sözleşmelerin, mirasbırakanın katılımı ve muvafakati halinde geçerli bir şekilde akdedilebileceği sonucuna ulaşılır. Mirasbırakanın rızası, ölümüyle ilgili spekülasyon nedeniyle bu tür sözleşmelere eşlik edebilecek sakıncalı karakteri ortadan kaldırır. Mirasbırakanı, intikal etmesi muhtemel hakların tamamı veya bir kısmını devreden mirasçının istismarı olasılığından korur."*

[288] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 3.

saptanması yeterlidir[289]. Yasada yer alan hüküm, yasaklayıcı ifade barındırıyorsa ve bu yasağın hükmün amacıyla bağdaşır temeli bulunmaktaysa, hükmün emredici olduğu kabul edilir. TMK m. 678 ve ZGB Art. 636 hükümleri, mirasçının katılımı veya izni olmaksızın açılmamış miras hakkında sözleşme kurulmasına cevaz vermediğinden anılan her iki hüküm de emredici karakterdedir. Yasanın aradığı katılma veya izin koşuluna somut olay özelinde rastlanmadığı takdirde sözleşme, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulur[290].

Bu cepheden bakıldığında *MABILLARD/ BRENNIS-HOBI'*nin kullandığı ifade de son derece sakıncalı bulunur. Yazarlara göre katılım veya izin, mirasbırakanın terekesi hakkındaki sözleşmelerin ahlaka aykırılık ihtiva edip etmediğini denetleme aracıdır[291]. Oysa TMK ve ZGB metinleri incelendiğinde mirasbırakana ahlaki denetim yetkisi verildiği söylenemez. Aksinin kabulü, objektif açıdan ahlaki olmasına rağmen mirasbırakan tarafından veto edilen sözleşmelerin akıbetini tartışmaya açardı. Mirasbırakana tanınan katılma veya izin verme yetkisi, somut sözleşme özelinde mirasbırakanın, terekesinin sağlığında pazarlığa açılmasına muvafakatinin eşlik edip etmediğiyle ilgilidir. Muhtemel mirasbırakanın dış dünyaya açıklaması beklenen

---

[289] **HATEMİ,** Ahlaka Aykırılık, s. 36-37; **KAPANCI,** TBK m. 49 f. 2, s. 3; **KAŞAK,** s. 101.
ZGB Art. 636 ve TMK m. 678 hükmünün içerdiği yaptırım gözetildiğinde, muhtemel mirasbırakanın katılımı veya iznini içermeyen sözleşmelerin ahlaka aykırılığının değerlendirilmesine yer olmadığına dair yaklaşımımız, yasanın yasakladığının ahlaka aykırı olamayacağı şeklinde bir yargı da içermez. Bunun karşısında; yasanın cevaz verdiği düzenlemelerin, ahlaka aykırılığına dair denetim yapılamaz.

[290] **Y. 1. HD., 01.12.2021 T., 2021/5671 E., 2021/7430 K.:** *"Davacı miras payını Elbistan noterliğinin 31.08.1962 tarih 1359 yevmiye nolu sözleşmesi ile bedeli karşılığında davalılara devretmiş ise de bu sözleşme tarihinde miras bırakan sağ olup, (17.09.1988 tarihinde ölmüştür.) 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 678. maddesi (Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 613. madde) uyarınca mirasın açılmasından önce, diğer bir deyişle mirasbırakanın sağlığında mirasçının, mirasbırakanın katılması veya izni olmaksızın miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçerli değildir. Diğer bir anlatımla, davacı ile davalılar arasında düzenlenen ve davacının miras payının davalılara devrine ilişkin sözleşme mirasbırakanın sağlığında düzenlenmesine rağmen mirasbırakanın katılımı veya izni ile yapılmadığından geçersizdir. Bu nedenle, geçersiz bu sözleşmeye dayalı olarak davacının miras payını devrettiğinin kabulü ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır."* **(Lexpera, E.T.: 11.09.2024). Y. 7. HD., 17.05.2022 T., 2021/8070 E., 2022/3499 K.:** *"Mahkemece, mirasbırakan …'nin nüfus kaydına göre 29.12.1976 tarihinde öldüğü kabul edilerek davacıların dayandıkları sözleşmelerin 1968 ve 1970 tarihli olmaları ve sözleşmelerde mirasbırakan …'nin imzasının bulunmaması nedenleriyle Türk Medeni Kanununun 678. maddesi gereğince mirasbırakanın ölümünden önce henüz açılmamış bir miras hakkında mirasbırakanın katılması veya izni olmaksızın bir mirasçının diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmelerin geçerli olmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Nüfus Müdürlüğünün 30.03.2021 tarih ve 1 sayılı düzeltme işlemi ile mirasbırakan …'nin ölüm tarihi bilgisi 29.12.1976 iken 29.12.1966 olarak düzeltilmiştir. Bu durumda, davacıların iddialarına dayanak 07.09.1970 ve 21.03.1968 tarihli adi yazılı sözleşmeleri mirasbırakanın ölüm tarihinden sonraki tarihli olup açılmış miras payının devri niteliğindedir. Açılmış miras payının devri niteliğindeki sözleşme hükümleri esas alınarak Türk Medeni Kanununun 677. maddesine göre inceleme ve araştırma yapılmalı ve sonucuna göre bir hüküm kurulmalıdır. Açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir."* **(Lexpera, E.T.: 11.09.2024)**

[291] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 3.

karar, titiz bir ahlaki denetimin sonucu değil tamamen kendi iradesinin ürünü olmalıdır. Yasa, muhtemel mirasbırakanın iradesini hâkim kıldığından iznin verilmediği ya da sözleşmenin kurulmasına nezaret edilmediği durumlarda mirasbırakanın ahlaka aykırı davranışla kasten zarar vermeye yeltendiğinden de söz edilemez. Nihayetinde muhtemel mirasçının olumsuz yaklaşımı ya da hareketsizliği de hukuka uygun bir davranış teşkil eder.

Hükmün emredici karakteri bir noktada daha belirir. Açılmamış miras hakkındaki sözleşme taraflarının, mirasbırakanın katılımı veya muvafakatine ihtiyaç duyulmayacağı yönündeki anlaşmaları da kesin hükümsüz addedilir[292]. Buna karşın sözleşmede, muhtemel mirasbırakandan muvafakat açıklamasında bulunmasını sağlamaktan hangi tarafın sorumlu olduğu kararlaştırılabilir. Bu türden anlaşma, taahhütte bulunan için yan edim yükümü niteliği taşır ve gerekli adımları atmayan ya da atmasına rağmen muvafakat beyanını kotaramayan tarafı tazminat ödemekle yükümlü kılar[293]. Ancak burada da silik bir ayrıma dikkat çekilmelidir. Taraflardan birinin mirasbırakanın muvafakat beyanında bulunması için gerekli adımları atma taahhüdüyle, mirasbırakanın muvafakat beyanında bulunmaması halinden ortaya çıkacak zararları tazmin etme taahhüdü birbirinden ayrılmalıdır. İlkinde asli edimin ifasını hedef tutan yan edim yükümlülüğü söz konusuyken; ikincisinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt gündemdedir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ya da diğer garanti taahhütleri daha ağır şekil şartlarına tabi tutulmalarının yanı sıra, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler özelinde mirasbırakan üzerinde manevi baskı yaratabilir. Bu nedenle mirasbırakanın muvafakatini konu alan garanti ya da üçüncü kişinin fiili taahhütleri, kesin hükümsüz addedilmelidir[294].

Muhtemel mirasbırakan tarafından henüz muvafakatin verilmediği aşamada, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin akıbetinin ne olacağının tartışıldığı tespit edilir. İsviçre hukukunda muvafakat ibaresine hem izin hem de icazet anlamı atfedildiğinden, tartışmanın daha çok icazet anlamı üzerinden yürüdüğü

---

[292] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 23.

[293] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 23, dn. 57.
Yazar, taraflar arasında bir anlaşma bulunmadığı takdirde, söz konusu yan edim yükümlüsünün devreden muhtemel mirasçı olduğunu kabul eder.

[294] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 24.
Sözleşmenin taraflarından birinin gerçeğe aykırı bir biçimde, muhtemel mirasbırakanın rıza açıklamasında bulunduğunu bildirmesi halinde de sözleşme muhtemel mirasbırakanın katılımı veya iznini içermediğinden kesin hükümsüzdür. Bu ihtimalde, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğundan söz edilemese de gerçeğe aykırı bildirimde bulunulan tarafın *culpa in contrahendo* sorumluluğuna mazur kalacağı kabul edilmelidir.

belirtilmelidir. Kaldı ki sözleşme kurulmadan evvel muhtemel mirasbırakana sunulan izin istemi reddedilirse, sözleşme zaten bağlayıcılık kazanamaz.

Tarafların sözleşmeyi aranan şekle uygun biçimde kurmalarına rağmen, mirasbırakanın herhangi bir beyanda bulunmadığı evreye ilişkin olarak birinci görüş, sözleşmenin tamamlayıcı unsurunun eksik olduğunu ifade eder. Bu görüşe göre sözleşme, askıda hükümsüzdür. Askıda hükümsüzlük sonsuza değin sürmez, muhtemel mirasbırakanın muvafakatini almak için makul süre için askıda hükümsüzlükten söz edilir. Makul olarak görülen süre zarfında, muhtemel mirasbırakandan olumlu bir dönüt alınmadığı takdirde sözleşme, birbirine uygun irade beyanlarının açıklandığı an itibarıyla kesin hükümsüz kabul edilir. Tarafların makul bir süre yerine, mirasbırakanın muvafakatini almak için kendi aralarında kesin süre tayin edebilecekleri göz ardı edilmemelidir[295]. İsviçre öğretisindeki diğer görüş ise, muhtemel mirasbırakanın rızasını askıya alıcı bir koşul olarak değil; sözleşmenin kurucu unsurlarının tamamlanabilmesi için yasal bir koşul olarak görür. Bu görüşe göre, mirasbırakanın katılımının veya muvafakatinin bulunmadığı senaryoda sözleşmenin bağlayıcılığından söz edilemez[296]. Tez, Türk hukukunda sözleşmenin kurulmasından evvel muhtemel mirasbırakanın iznini aradığından, icazete dair görüşlerden birine üstünlük tanımaktan kaçınır. Ne var ki, TMK m. 678 kapsamında iznin aranmasının doğal sonucu olarak iznin sözleşmenin kurucu unsurlarını tamamlayan yasal koşul niteliği taşıdığını kabul eder. Sonuç olarak, mirasbırakanın izni alınmaksızın senetlenen metin, kesin hükümsüzlük yaptırımına uğratılır.

C. Katılma veya İznin İkinci Etkisi: Mirasbırakanın Güven Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Açılmamış miras hakkındaki sözleşme, katılması veya izin vermesi için muhtemel mirasbırakanın bilgisine sunulduğunda mirasbırakan için alenileşmiş olur. Muhtemel mirasbırakan, taraflarca kendisine arz edilen bilgiler sayesinde sözleşmenin içeriği hakkında bilgi edinir. Hemen belirtmek gerekir ki, muvafakatin geçerli sayılabilmesi için sözleşme metninin bir taslağının ya da kopyasının muhtemel mirasbırakana gönderilmiş olması bir zorunluluk olarak görülmez. Mirasbırakan

---

[295] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 6; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 22.
Süre tayini tamamen sözleşme serbestisinin bir tezahürüdür. Taraflar, dürüstlük kuralı uyarınca makul görünecek sürenin altında ya da üstünde süre tayin etme konusunda serbesttir (SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 22, dn. 56.).

[296] BSK-**MINNIG,** Art 636 ZGB, N. 7.

nezdinde alenileşmesi gereken, muhtemel mirasçı ve diğer tarafın mirasbırakanın terekesini konu alan bir sözleşmeyle bağlı olma iradeleridir. Zorunlu olmamasına karşın taraflar, sözleşmenin hukuki sebebi ve karşı edimi başta olmak üzere muhtemel mirasbırakanı sözleşmenin içeriğinden haberdar etmiş olabilir. Mirasbırakanın sözleşmenin kuruluşuna nezaret ettiği ihtimalde prensip olarak, sözleşmenin içeriğinden haberdar olduğu kabul edilmelidir.

Mirasbırakanın devrin hukuki sebebini ve karşı edimini öğrendiği ihtimal, devir konusu hakkındaki bilgi asimetrisini su yüzüne çıkarır. Malvarlığının aktifinde ve pasiflerinde yer alan değerlerden hareket ederek, potansiyel terekesi hakkında en fazla bilgi sahibi olabilecek kişi, muhtemel mirasbırakandan başkası değildir. Sözleşme taraflarının, sözleşmenin konusuyla ilgili bilgisi kural olarak mirasbırakandan azdır. Sözleşmenin her iki tarafını muhtemel mirasçıların oluşturduğu kurguda, sözleşmenin her iki tarafının taahhüdün konusu hakkında eşit bilgiye sahip olduğu düşünülebilir. Devir taahhüdü alacaklısının, mirasçı statüsünü taşımayan bir kimse olması durumunda prensip olarak, mirasbırakanın güncel malvarlığı ve terekeye dönüşebilecek potansiyel hakkında en az bilgi sahibi aktör devralandır.

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin yaygın biçimde satış sözleşmesi şeklinde kurulduğu gözetilirse, sözleşmenin kuruluşu aşamasında mirasbırakanın satış bedeli konusunda, daha genel ifadeyle karşı edim konusunda tarafları bilgilendirme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Gerçekten devralan, bilgisizliğe yaslanan bir iyimserlikle astronomik bir karşı edimi ifa etme borcu altına girmiş olabilir. Diğer taraftan muhtemel mirasçı bilgi eksikliği nedeniyle, potansiyel terekenin çok altında bir edime razı olmayı kabullenmiş sayılabilir.

Açılmamış miras hakkında sözleşmenin tarafı olmayan muhtemel mirasbırakanın tasarruf yetkisinin hiçbir şekilde kısıtlanmadığı kabul edilir. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonraki dönemde muhtemel mirasbırakanın birtakım ölüme bağlı tasarrufları, açılmamış miras hakkında sözleşmedeki edim dengesini değiştirebilir. Tasarruf özgürlüğüne gölge düşürmeyecek biçimde, mirasbırakanın sonradan gerçekleştirdiği tasarrufları sözleşmenin taraflarına bildirme yükümlülüğü altında olup olmadığı da tartışılması gereken diğer bir konu başlığıdır.

Aşağıda iki konuya özgü açıklamalar takip edilebilir. Açıklamaların, muhtemel mirasbırakanın sözleşmenin tarafı olmadığı gerçeğine dayandığı göz ardı edilmemelidir.

2. Muhtemel Mirasbırakanın Gerçeğe Aykırı Bilgi Vermekten Kaynaklanan Güven Sorumluluğu

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde muhtemel mirasbırakanın katılımı veya muvafakatinin aranmasına yüklenen işlevlerden biri sözleşmenin tarafı, muhtemel mirasçıyı koruyucu işlevdir. Yasa koyucunun, muhtemel mirasbırakanın nezaretini ve muvafakatini aramakla, aslında örtülü olarak devreden mirasçının menfaatini de hesaba kattığı kabul edilir. Hükme bu işlevi yükleyenler, terekenin öngörülebilir değerinin çok altındaki veya çok üstündeki satışları veto edebileceğini vurgular. Veto da muhtemel mirasçının özellikle sömürüye karşı korunmasını sağlar. Atfedilen koruyucu fonksiyon, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki edim dengesine yöneliktir[297]. Altı çizilmelidir ki denge unsurunu gözetme kudreti, sözleşmeye taraf olmayan muhtemel mirasbırakandadır.

Öğretide *ROUILLER,* muhtemel mirasbırakanın katımlı veya muvafakatine yüklenen bu fonksiyonun dolaylı olarak sözleşmenin devralan tarafını da koruduğunu kabul etmek gerektiğini vurgular. Yazara göre muhtemel mirasbırakanın edim dengesini gözeten tutumu, devralanın bilgi eksikliğini kısmen de olsa gidermesine yardımcı olur ve sözleşmenin kurulması aşamasında daha rasyonel davranmasına ışık tutar[298].

Bu noktada irdelenmesi gereken iki soru akla gelir. Muhtemel mirasbırakanın, katılma veya muvafakat verme safhasında tarafları malvarlığının güncel durumu hakkında doğru bir şekilde bilgilendirmekle yükümlü olup olmadığı ilk sorudur. İkinci soru da tarafların isteği doğrultusunda, malvarlığını mali durum tespitine açmakla yükümlü tutulup tutulamayacağıdır.

Hukuk sistemimizde bugün için birbirlerinin hukuk sahasına temasta bulunan aktörlerin, birbirlerinin malvarlığını ve kişi varlığını koruma yükümlülüğü altına girdiği genel olarak kabul edilir[299]. Koruma yükümlülüğünün kapsamı ise dürüstlük kuralı uyarınca belirlenir. Sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluk *(culpa in contrahendo)* ve sözleşme ilişkisinin art etkisinin yükümlü kıldığı kusurlu davranış nedeniyle sorumluk *(culpa post pactum perfectum)* kuramlarının ortak noktası, sözleşme ilişkisinin nisbiliği rayında kalmasıdır. Yazında

---

[297] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 1; BSK-**MINNIG,** Art 636 ZGB, N. 1; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 2; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 4.

[298] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 4, dn. 6.

[299] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Borçlar, s. 9-10; **SEROZAN,** Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, s. 123 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 138.

ve yargı uygulamasında kabul gören bu sorumluluk kuramlarının sözleşme taraflarının dışında kalan üçüncü kişiler için tatbik edilmesi mümkün görünmez. Bu nedenle, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler için sözleşmenin tarafı konumunda olmayan muhtemel mirasbırakanın özellikle *culpa in contrehando* sorumluluğundan söz edilemez.

Kaynağını yine dürüstlük kuralında bulan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı ve yaratılan haklı güvenden kaynaklanan sorumluluk kuramının sözleşme ilişkisinin nisbiliği ilkesini aştığı tespit edilir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramında, sözleşme ilişkisinin koruyucu etkisi, edimin taşıdığı risk ve riske yakınlık kriterleri dikkate alınarak, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişileri kapsamına alır. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde ifası kararlaştırılan edimlerin, sözleşmenin tarafı olmayan muhtemel mirasbırakan bakımından risk taşıdığını düşünmek güçtür. Üçüncü kişi yararına eksik sözleşme ihtimali, elbet saklıdır. Güven sorumluluğunda ise, hukuki temasta bulunulan bir aktörün uyandırdığı haklı güvenin boşa çıkması nedeniyle kusuru ölçüsünde sorumlu tutulması söz konusudur[300]. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin tarafları, mirasbırakanla hukuki temasta bulunur ve onun malvarlığı hakkında verdiği bilgi, taraflarda güven uyandırmaya elverişlidir. Yukarıda da açıklandığı gibi, mirasbırakanın mali durumuna ilişkin verdiği bilgi tarafların üstlenmeyi tasarladıkları edimleri gözden geçirmelerine tesir edebilir[301]. Sözleşmenin kurulmasına nezaret eden veya izin vermesi beklenen muhtemel mirasçının, malvarlığı hakkında verdiği bilgiden sorumluluğu, güven sorumluluğu için belirlenen kriterler eşliğinde masaya yatırılmalıdır.

Kriterlere dair denetleme, sözleşmenin kurulması ya da izin açıklaması sırasında malvarlığı hakkında bilgi açığa vurarak, edimler üzerinde etki eden mirasbırakan ihtimali üzerinden yapılır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin verdiği bilgiden sorumluluğu hakkında verdiği karardan, öğretinin belli başlı kriterler damıttığı görülür[302]. Bu kriterler: (i) sözleşme ilişkisine dahil olmayan

---

[300] CHK-**MIDDENDORF,** ZGB Art. 2, N. 12.

[301] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 1; BSK-**MINNIG,** Art 636 ZGB, N. 1; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 2; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 4.

[302] İsviçre Federal Mahkemesi **BGE 130 III 345** künyeli kararında, ipotek hakkına konu edilmesi planlanan taşınmaz hakkında bankaya sunulmak üzere mimar tarafından hazırlanan taşınmaz değerleme raporunda yer verilen bilgilerin gerçeğe aykırı olduğu taşınmazı daha sonradan satın alan kimse tarafından fark edilir. Satın alan çatının altında, mahzende ve yapı statiğinde raporda bahsedilmeyen ayıplara rastlar. Alıcı, değerleme raporunda yer alan bilgiler nedeniyle kendisinde uyandırılan güvene aykırılık nedeniyle zarara uğradığından bahisle mimara tazminat davası açar. Federal Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak, sözleşme ilişkisine yabancı üçüncü kişinin uyandırdığı güven ve bu güvenin boşa çıkmasının tazminat talebinin kaynağı olabileceğini ifade eder. Ancak bu kabul için

kimsede, korunmaya değer objektif temeli bulunan bir güvenin uyandırılması, (ii) uyandırılan güvenin özel bir hukuki ilişkiden kaynaklanması, (iii) güven uyandıran kişiyle hukuki işlem zemininde bir temasta bulunulması, (iv) güvenenin, uyandırılan güven nedeniyle zarara uğraması, (v) zarar ile uyandırılan güven arasında nedensellik bağının bulunması ve (vi) güven uyandırıcı davranışta bulunanın davranışının kusurlu olması, şeklinde sıralanır[303]. Damıtılan kriterler teker teker incelenmelidir.

(i) Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeye taraf olmayan, sözleşme ilişkisine yabancı mirasbırakanın sözleşmenin kurulması sırasında veya kurulmadan önce sözleşmenin iznine sunulduğu sırada malvarlığı hakkında gerçeğe aykırı bilgi açıklaması, objektif temeli bulunan güven uyandırmaya elverişlidir. Çünkü, terekeye dönüşme potansiyeli taşıyan malvarlığı hakkında en yüksek seviyede bilgiye sahip olan kişi muhtemel mirasbırakandır.

(ii) Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, muhtemel mirasbırakanın sözleşmenin kurulmasına nezaret etmiş olmasına ya da izin vermesine gereksinim duyulur. Mirasbırakan ve tarafların, mirasbırakanın bilgi açıkladığı zeminde bulunması kaçınılmazdır. Bu zemini hazırlayan, yasanın kendisidir. Zira aksi durumda sözleşme kesin hükümsüz addedilir. Dolayısıyla, bilgi açığa vuran mirasbırakan ile sözleşmenin tarafları arasında özel bir hukuki ilişki bulunduğu kabul edilmelidir.

(iii) Mirasbırakanın malvarlığına ilişkin bilgi açıkladığı evre, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasıyla ilgilidir. Mirasbırakanla onun nezaret etmesi şeklinde kurulan veya izin açıklaması için kurulan temas, haksız fiillere özgü tesadüfiliği ve anonimliği aşar. Bu nedenle taraflar arasında hukuk işeme yönelik, işlemsel, bir temas bulunduğu da tespit edilir.

(iv) Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin kurulması aşamasında katılımı veya izni aranan muhtemel mirasbırakanın, nezaretinin veya izninin arandığı sırada terekeye dönüşme potansiyeli taşıyan malvarlığı hakkındaki açıklamaları nedeniyle

---

sorumluluğun taraflarının, dürüstlük kuralından doğan koruma ve bilgilendirme yükümlülüklerinin uygulanmasını haklı gösterecek **"özel hukuki ilişki"** içinde bulunması gerektiğinin altını çizer (**E.1**). Somut olayda mimarın hazırladığı raporun, muhatabı bankadır. Banka bu ayıpları fark etmiş olsaydı raporu hazırlayan mimarın sorumluluğuna başvurabilirdi. Rapora, asıl amacıyla bağdaşmayan biçimde taşınmaz satışı sonrasında tesadüfi biçimde dayanılması, mimar ve satın alan arasında özel hukuki ilişki bulunmadığını gösterdiğinden, mimarın uyandırdığı güven nedeniyle sorumlu tutulması söz konusu olamaz. Mahkeme'ye göre aksinin kabulü, bilgi açıklamalarına *"erga omnes"* etki atfeder (**E.2**). Kararın çevirisi için bkz. **ALTINER,** s. 473 vd.; **KARA/DEVELİOĞLU,** s. 139, N. 73.

[303] **KIRCA,** Bilgi Vermeden Doğan Sorumluluk, s. 187; **KALKAN OĞUZTÜRK,** s. 268; **ALTINER,** s. 490; CHK-**MIDDENDORF,** ZGB Art. 2, N. 12.

zararın meydana gelmesi, aranan diğer bir kriterdir. Muhtemel mirasbırakanın açıklamalarının, tarafların malvarlığında iradeleri dışında eksilmeye sebebiyet vermesi aranır. Satış sözleşmesi şeklinde kurulan açılmamış miras sözleşme için iznine başvurulan mirasbırakanın, malvarlığının toplam değerinin sanılandan yüksek olduğunu ve satış bedelinin orantısız olduğunu ama yine de izin verebileceğini ilettiği mizansende, taraflar bu beyana güvenerek satış bedelinin ilkinden daha yüksek kararlaştırabilir.

(v) Böylelikle, zarar ve mirasbırakanın güven uyandıran davranışı arasında nedensellik bağı da kurulmuş olur. Mirasbırakanın açıklamada bulunduğu sırada terekeye dönüşme potansiyeli taşıyan güncel malvarlığı hakkında gerçeğe aykırı bilgi sunduğu tespit edilirse, devralan bu beyana güvenerek ödemeyi kabul ettiği yüksek satış bedeli ile bilgi açıklaması öncesinde kararlaştırılmış satış bedeli arasındaki farkın tazminini mirasbırakandan talep edebilir. Bu yaklaşım, güven sorumluluğunun prensip olarak olumsuz zararı tazmin edici işleviyle de bağdaşır[304]. Güven uyandıran, gerçeğe aykırı bilgi açıklamasından önce müzakere edilmiş daha düşük satış bedeli, olumsuz zararı imleyen kaçırılan fırsatla da bağdaşır.

(vi) Gerçeğe aykırı bilginin sunulması mirasbırakanın kast niteliği taşıyan kusurlu davranışı sayılır. Muhtemel mirasbırakanın gerçeğe aykırı bilgi açıklaması, ihmali nedeniyle yanlış bir değerlendirmeye dayanıyorsa yine de sorumlu tutulur. İhmal, tazminatın kapsamının daralmasında rol oynar.

Yeniden altı çizilmelidir ki, mirasbırakanın sorumluluğuna sebebiyet veren açıklamada bulunduğu sırada malvarlığına ilişkin gerçeğe aykırı bilgi vererek uyandırdığı güvendir. Yoksa, gerçeğe uygun bilgi açıklamasında bulunan mirasbırakanın, sözleşmenin kurulmasından sonra malvarlığını azaltıcı tasarruflarından sorumlu tutulmasının söz konusu değildir[305].

Katılma veya izin aşamasında mirasbırakanın gerçeğe aykırı bilgi açıklamasında bulunması sonucu zarara uğrayan tarafın tazminat istemi, Türk yargı uygulamasına göre, genel zamanaşımı süresine tabidir. Zarara uğrayan TBK m. 146'da öngörülen on yıllık zamanaşımı süresine riayet ederek, zamanaşımı def'i ile karşılaşma ihtimalini bertaraf eder. Ayrıca TBK m. 112 hükmünün öngördüğü ispat yükü dağılımı uyarınca,

---

[304] CHK-**MIDDENDORF,** ZGB Art. 2, N. 12.

[305] Sırf devralanın zarara uğraması için yapılan devirler ve muvazaalı devirler saklıdır. Bkz. **§8, II.**

tazminat isteminde bulunandan mirasbırakanın kusurunu ispat etmesi aranmaz. Mirasbırakan, kusursuzluğunu ispat etme yükü altındadır[306].

Muhtemel mirasbırakanın katılma veya izin aşamasında malvarlığının güncel durumu hakkında herhangi bir bilgi açıklamasında bulunmaması halinde, taraflarda uyandırdığı güvenden söz etmek mümkün değildir. Tarafların sözleşme edimlerinde tamamen kendi iradeleriyle mutabık kaldığı da hesaba katılacak olursa, mirasın paylaşılmasından sonra beklentilerinin altında tatmin edilmiş olmalarında mirasbırakanın kusuru bulunmadığı hemen göze çarpar. Toparlamak gerekirse, muhtemel mirasbırakanın malvarlığının değeri hakkında sessiz kaldığı ya da müdahalede bulunmaktan imtina ettiği olasılıkta, sorumlu tutulması mümkün değildir.

Sözleşme taraflarının, sözleşmenin kurulmasına nezaret ettiği veya iznine başvurdukları sırada malvarlığına dair bilgi istemeleri üzerine mirasbırakanın, gerçeğe uygun bilgi verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı bu başlık altında yöneltilmesi gereken bir diğer sorudur. Bu soruya yanıt aranırken katılma veya iznin temel fonksiyonunun, sağ bir kimsenin terekesinin kapalı kapılar ardında pazarlığa açılmasını engellemek olduğu hatırlanmalıdır. Öğreti, izin veya katılmanın tarafların menfaatini dolaylı olarak koruyacağını bildirir[307]. Yani yasanın mirasbırakanın katılımı veya iznini aramış olması, tarafları aydınlatma yükümlülüğü altına girmesiyle sonuçlanamaz. Aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayanlar bakımından, dürüstlük kuralına dayanılarak türetilen koruma yükümlülüklerinin bir başkasının hukuk sahasına temastan kaynaklandığı da görülür. Dikkat edilecek olursa, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde durum böyle de değildir. Muhtemel mirasbırakanın, kendi davranışlarıyla sözleşme yanlarının sahasına müdahale ettiği söylenemez. Aksine tarafların sözleşme müzakeresine girişerek, muhtemel mirasbırakanı belki de hiç hesapta yokken terekesi hakkında kanaat açıklamaya çektiği söylense yeridir. Yasanın muhtemel mirasbırakanı bu tip sözleşmeler bakımından hâkim kılma iradesi, mirasbırakanın sözleşmeye taraf olmaması ve sözleşme taraflarının hukuk sahasına olan etkisinin kendi davranışlarından ileri gelmemesi gerekçeleri yığıldığında,

---

[306] İsviçre hukukunda tazminat isteminin OR Art. 60'ta yer alan haksız fiile özgü kısa zamanaşımı süresine tabi olduğu ve zarara uğrayanın OR Art. 97'de yer alan ispat yükü düzenlemesinden yararlanabileceği kabul edilir. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT,** N. 982j; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** s. 532, N. 11; CHK-**MIDDENDORF,** ZGB Art. 2, N. 12.

[307] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 1; BSK-**MINNIG,** Art 636 ZGB, N. 1; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 2; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 4.

mirasbırakanın malvarlığının güncel durumu hakkında tarafların isteği doğrultusunda bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmek gerekir.

Tarafların edim dengesini optimize edebilmek maksadıyla, mirasbırakanın rızası alınmaksızın malvarlığını incelemeye tabi tutulması da hukuka uygun görünmez. Mali durum tespiti gibi bir inceleme süreci mirasbırakanın özel hayat alanının, dolayısıyla kişilik hakkının ihlali anlamına gelir. Mirasbırakanın böyle detaylı bir incelemeye rıza göstermemiş olması, onun güven sorumluluğuna başvurulabilmesine imkân tanımaz.

3. Muhtemel Mirasbırakanın *culpa in testando* Sorumluluğu

Miras hukukuna özgü ilkelerden biri ölüme bağlı tasarruf serbestisidir. Muhtemel mirasbırakan, mirasın açılmasından sonraki evre için dilediği ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Serbestçe yapılan ölüme bağlı tasarruflar arasında miras sözleşmesinde cisimleşen ve miras sözleşmesine özgü tasarruflar bağlayıcıdır. Vasiyetnamelere özgü tasarruflar her zaman yeni bir ölüme bağlı tasarrufla geri alınabilir[308]. Ölüme bağlı tasarrufu geri alma da tasarruf serbestisine dahildir. Dahası, hiçbir tasarrufta bulunmaksızın terekenin akıbetini yasadaki yedek kurallara bırakma dahi tasarruf serbestisine dahildir. Muhtemel mirasbırakanın, tasarruf serbestisi çerçevesindeki hukuki işlemlerinden sorumlu tutulmaması esastır. Sözgelimi ilk vasiyetnamede belirli mal vasiyeti lehtarı olarak atanan kimse; belirli malı sağlığında elinden çıkaran mirasbırakanın sorumluluğuna başvuramaz. Keza, resmi vasiyetnameyle mirasçı atanan kimse sonradan el yazılı vasiyetnameyle geri alınan bu tasarruf nedeniyle mirasbırakanın sorumluluğuna başvuramaz. Vasiyetnamenin varması dahi gerekmeyen, tek taraflı irade beyanı niteliği bu noktada belirleyicidir. Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufun yürürlük bulması için bir borç altına girmediği gibi, tasarruf lehtarının beklenen hakkından söz etmek de mümkün değildir.

Genel prensip yukarıda açıklandığı gibiyse de ortak özellikler taşıyan vakıa grubunun, yeni bir eğilimin taraftar toplamasına neden olduğu tespit edilir. Vakıa grubu, ortak noktalarıyla şu şekilde özetlenebilir: Muhtemel mirasbırakan sağlığında, aralarında hukuki bağ bulunan bir kimseye onun lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunacağı vaadinde bulunur. Muhatap, ölüme bağlı tasarruf şekillerine uymayan, çoğu zaman sözlü şekilde iletilen bu bildirime güvenir. Vaat edilen ölüme bağlı

[308] Vasiyetnamelerin içeriğinde yer alan ölüme bağlı tasarrufun, yeni bir ölüme bağlı tasarrufla geri alınması formel sayılabilecek bir geri alma yöntemi olarak kabul edilebilir. Vasiyetnamede yer alan ölüme bağlı tasarrufla bağdaşmayan sağlararası tasarruf işlemi ve el yazılı vasiyetnamenin yok edilerek geri alınması ise informel yöntemlerdir. Detaylı açıklamalar için bkz. **AYDIN ÜNVER,** s. 82 vd.

tasarrufa güvenen muhatap, emeğinden veya malvarlığından çeşitli ödünler verir. Muhtemel mirasbırakanın ölümü sonrasında, ölüme bağlı tasarrufları incelenir ve muhatap lehine vaat edilen ölüme bağlı tasarrufta bulunulmadığı görülür. Bu vakıa grubu için çözülmesi gereken sorun, muhtemel mirasbırakanın vaadine güvenerek hareket etmiş, güveni boşa çıkmış muhatabın uğradığı zararların tazmininin mümkün olup olmadığıdır[309].

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma vaadiyle muhatapla temasta bulunduğu, bu temasın mirasbırakan tarafından bilinçli bir şekilde gerçekleştirildiği, vaadin yasada aranan şekil şartlarına uygun formda beyan edilmeyerek muhatapta haklı bir beklentinin yaratıldığı, bu güvene yaslanan muhatabın beklentiye ulaşmak için malvarlığında eksilmeye neden olan hukuki işlemlerde bulunduğu ve mirasın ya da vasiyetnamenin açılmasıyla vaadin yerine getirilmediğinin öğrendiği ihtimal için öğreti, muhatabın uğradığı zarardan kusurlu davranan mirasbırakanı sorumlu tutabilmesi eğilimi sergiler. Miras sözü vermeden kaynaklanan kusurlu sorumluluk (***culpa in testando***) olarak adlandırılan bu sorumluluğun temelinde, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunu kendisine saklamaması, ölüme bağlı tasarrufta bulunacağını muhataba duyurması yatar[310]. Böylelikle, mirasbırakan ile muhatap arasında ferden tayin edilmiş özel bir bağ kurulmuş olur[311]. Yasadaki formel kalıplarla bağdaşmayan

---

[309] Yukarıda ortak noktaları açıklanan vakıalara verilen örnekler şöyledir:
Tarımsal faaliyette bulunan ve kendisine bu faaliyetler için yardımda bulunacak erkek çocuğu bulunmayan mirasbırakan, cüzi bir miktar harçlık karşılığında yardımına koşan üniversite öğrencisi yeğenine, yirminci yaş günü kutlamasında katılımcılar huzurunda çiftliği ölümünden sonra kendisine bırakacağını bildirir. Kutlamadan sonra mirasbırakan, sözünde ciddi olduğunu bildirir. Edindiği telkinler üzerine yeğen üniversite eğitimini yarıda bırakır, çiftliğe kredi dahi temine etmek suretiyle yatırımda bulunur, geleceğine yatırım için ziraat eğitimi almaya başlar. Mirasbırakanın kutlamada verdiği söz ve yeğeninin davranışları, çekirdek aile içinde huzur kaçırır. Aile içi huzuru yeniden tesis etmek isteyen mirasbırakan, terekesini eşine ve kızına bıraktığı bir vasiyetname tanzim eder ve yeğenini bu vasiyetnameden haberdar etmez. Yeğeni bu ölüme bağlı tasarrufu, büyük bir hayal kırıklığı içinde mirasbırakanın ölümü sonrasında öğrenir. Yeğenin emek ve malvarlığı sarfının tazminini konu alan ve Alman yargısına intikal eden bu vakıa öğretide "Çiftlik Olayı" (*"Hoferben- Fällen")* şeklinde anılır. Karar için bkz. **BGH, Beschluss vom 16. Februar 1954 – V BLw 60/53 in BeckRS 1954 30385215, E. 3.** "Çiftlik Olayı" şeklindeki adlandırma için bkz. **MISERRE,** s. 25; **RUSCH,** s. 675; **HIRSCHLEHNER,** s. 1174-1175; **ATLAN,** s. 269; **İNCE,** s. 155-156.
Çocuğu bulunmayan ve orta ölçekli ticari işletme sahibi mirasbırakanın işletmenin çalışkan ticari temsilcisiyle iyi bir ilişkisi bulunur. Maaşına istediği oranda zam alamayan ticari temsilci, rakip işletmelerden daha iyi teklifler aldığını ve bunlardan birini değerlendirmek için aralarındaki sözleşmeyi feshedebileceğini mirasbırakana bildirir. İşletme sahibi, çocuğunun bulunmadığını, işletmeyi ileride çalışkanlığının ve azminin mükafatı olarak vasiyet edeceğini ticari temsilciye iletir. Taahhüde ikna olan temsilci, işletmenin kendisine vasiyet edileceği inancıyla aynı koşullar altında özveriyle çalışmaya devam eder. Taahhüdün üzerinden geçen iki yılın ardından işletme sahibi ölür ve herhangi bir ölüme bağlı tasarruf kaleme almadığı ortaya çıkar. "Çiftlik Olayı" örnek alınarak *MISERRE* tarafından kaleme alınan bu örnek için bkz. **MISERRE,** s. 28. Örneğin, Türkçe aktarımı için bkz. **İNCE,** s. 156.
[310] **MISERRE,** s. 85; **HIRSCHLEHNER,** s. 1181; **SEROZAN,** successio, s. 10; **ATLAN,** s. 276.
[311] **HIRSCHLEHNER,** s. 1181; **ATLAN,** s. 276.

miras sözü verme açıklamasına duyulan güvenin, dürüstlük kuralı uyarınca objektif bir korumayı gerektirdiği kabul görür[312]. Buna göre miras sözü vererek, haklı bir beklenti yaratan kimse yarattığı bu güveni boşa çıkaran ölüme bağlı tasarrufta bulunursa ya da beklentiye uygun ölüme bağlı tasarrufu geri alırsa bu hukuki işlemleri muhataba bildirmekle yükümlü olmalıdır. Ne de olsa, ölüme bağlı tasarruf serbestisi gibi özel hayat alanına dahil bir bilgiyi alenileştirmeyi mirasbırakan bizatihi kendisi tercih etmiştir. Bu nedenle yarattığı güveni, boşa çıkarmamaya dair koruma yükümlülüğü altına girmiş sayılması yadırganmamalıdır. Diğer yandan mirasbırakanın bu sorumluluğu genele hitap eden bir sorumluluk da değildir. Ölüme bağlı tasarruf vaadinde bulunduğu kişi bakımından alenileşme söz konusu olduğundan, yalnızca muhatap lehine koruma yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, mirasbırakanın koruma yükümlülüğü altında bulunduğunu kabul etmek ölüme bağlı tasarruf serbestisinin sınırlandığı anlamına gelmez. Mirasbırakan, dilediği tasarrufu yapmakta özgürdür. Önemli olan, muhatabı bu tasarruflardan haber ederek koruma yükümlülüğüne uygun davranmasıdır. Aksi halde, miras sözü vermesinden kaynaklanan kusur sorumluluğuna (*culpa in testando)* başvurulabilir[313].

Verilen miras sözüne aykırı davranış, muhatabın malvarlığında iradi olmayan bir eksilmeye neden olur. *Culpa in testando* sorumluluğu kabul eden yazarlar, yerine getirilmeyen miras sözüne duyulan güven nedeniyle meydana gelen eksilmelerin, yani olumsuz zararın tazmin edilmesinin mümkün olduğunu kabul ederler. Çünkü olumlu zararın tazminini, yani miras sözü yerine getirilmiş olsaydı muhatabın malvarlığının içinde bulunacağı durum ile güncel durumu arasındaki farkın tazminine kapı aralanması mirasbırakanın tasarruf serbestisine dolaylı bir müdahale anlamı taşır. "Çiftlik Olayı" üzerinden örneklendirilirse, mirasbırakanın ölümü sonrasında malvarlığında çiftliğin kendisine devredilmesini hedef tutan alacak hakkı bulunmayan yeğenin, mirasçıları bu zarardan sorumlu tutabileceği kabul edilirse, bu kabul çiftliği paraya çevrilmesine varan bir dizi sonuca yol açabilirdi ve günün sonunda tereke, mirasbırakanın iradesiyle uyumsuz bir yapıya bürünürdü. Bu nedenle *culpa in*

---

[312] Öyle ki bugün için Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bu korumayı daha geniş kapsamlı tutmak uğruna taraflar arasında "vasiyetname yapma sözleşmesi" kurulduğunu ve ölüme bağlı tasarrufta bulunma vaadine aykırı davrananın bu sözleşmeyi ihlal ettiğini savunan görüşe rastlanır. **HIRSCHLEHNER,** s. 1186; **SEROZAN,** successio, s. 10.

[313] **MISERRE,** s. 238; **HIRSCHLEHNER,** s. 1184. *MISERRE,* böyle bir kurguda mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf serbestisinin sınırlandığının kabul edilebileceğini ifade eder. Yazara göre, ölüme bağlı tasarrufu kamuya açarak tasarruf serbestisini sınırlayan bizatihi mirasbırakanın kendisi olduğuna göre bu iradi bir sınırlama olarak görülmelidir (**MISERRE,** s. 239).

testando sorumluluğu, verilen miras sözüne güvenerek yapılan masrafların tazminini hedef tutmalıdır[314].

Mirasbırakan, yarattığı güveni boşa çıkaran aktif[315] ya da pasif[316] bir davranışı bilinçli olarak sergiler. Bu nedenle kastının bulunduğu ve kendisine kusur atfedilebileceği kabul edilir[317].

Kaynağını dürüstlük kuralında bulan *culpa in testando*'ya dayanan tazminat taleplerine *culpa in contrahendo* ile bakışımlı olarak, borca aykırılık rejimindeki ispat yükü dağlımı ve genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğinin kabul edildiği gözlemlenir[318].

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerle, miras sözü vermeden kaynaklanan kusur sorumluluğunun kesiştiği alan tespit edilir. Bilindiği gibi muhtemel mirasbırakan, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin tarafı değildir ve kendisinin ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi sözleşmeden etkilenmez. Yani muhtemel mirasbırakan, açılmamış miras hakkındaki sözleşme nedeniyle ölüme bağlı tasarrufta bulunma ya da bulunmama borcu altına girmez. Ne var ki sözleşmenin mirasbırakan için alenileştiği izin veya katılma aşaması, yukarıda belirtildiği üzere mirasbırakan ile sözleşmenin tarafları için koruma yükümlülüğü doğuran bir temas olarak kabul edilir[319]. Sözleşmenin devir taahhüdünde bulunan yanının, muhtemel mirasçılardan olması gerektiğinden, mirasbırakanın devreden tarafla ilgili ölüme bağlı tasarruflardan tarafları haberdar etmekle yükümlü olup olmadığı ortaya konmalıdır. Böylelikle, mirasbırakanın *culpa in testando* sorumluluğuna başvuru imkanı açıklığa kavuşturulmuş olur.

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeye katıldığı veya izin verdiği aşamada mirasbırakan, çoktan devir taahhüdünde bulunanın mirasçı olmasını engelleyici bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş olabilir. Devir taahhüdünde bulunanın, atanmış

---

[314] **MISERRE,** s. 238; **HIRSCHLEHNER,** s. 1185; **ATLAN,** s. 289.

[315] Verilen sözle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf düzenleme ya da verilen sözle bağdaşmayacak sonuçlar doğuran, ölüme bağlı tasarrufu geri alma şeklindeki davranışlar örnek gösterilebilir.

[316] Hareketsiz kalınarak, verilen sözle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufun ya da yasal mirasçılık kurallarının yürürlüğe girmesini sağlayıcı davranışlar, örnek gösterilebilir.

[317] *MISERRE, culpa in testando* sorumluluğun kast derecesinde kusur aranan bir sorumluluk türü olduğunu, ihmalin *culpa in testando* sorumluluk için yeterli sayılamayacağını kabul eder. Yazara göre, miras sözü vermenin ihmal suretiyle muhataba aktarılması mümkün değildir (**MISERRE,** s. 257).

[318] **ATLAN,** s. 291-292. İsviçre hukukunda *culpa in contrahendo*'ya dayanan tazminat isteminin OR Art. 60'ta yer alan haksız fiile özgü kısa zamanaşımı süresine tabi olduğu ve zarara uğrayanın OR Art. 97'de yer alan ispat yükü düzenlemesinden yararlanabileceği kabul edildiğinden, *culpa in testando* için de belirtilen ispat yükü dağılımı ve zamanaşımı süreleri yürürlük bulur. Modaliteler için bkz. CHK-**MIDDENDORF,** ZGB Art. 2, N. 12.

[319] Bkz. **§3, II, C, 2.**

mirasçılık statüsüne son verilmiş olması veya muhtemel yasal mirasçının mirastan çıkarılmasını konu edinen tasarruflar, anılan ihtimale dahildir. Sayılan türden ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş muhtemel mirasbırakanın, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin kurulmasına izin vermesi veya nezaret etmesi devredenin mirasçı statüsü taşıyacağı yönünde miras verme sözü olarak yorumlanabilir mi? Yanıtlanması gereken soru budur. *Culpa in testando* sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, mirasbırakanın kendi iradesiyle ölüme bağlı tasarrufunu alenileştirmesi, bunun üzerine muhatabın malvarlığından ödün vermesi aranıyordu. Sorumluluğun başlangıç noktası olarak, mirasbırakanın bilinçli olarak gerçekleştirdiği temastı. Oysa açılmamış miras hakkındaki sözleşmede ele alınan bu ihtimal için, durum böyle değildir. Taraflar muhtemel mirasbırakanın etkisi olmaksızın sözleşme müzakerelerine başlar ve sözleşmenin geçerliliği için kendisine başvurur. Yine miras sözü vermeden kaynaklanan kusur sorumluluğunda, muhatabın zarar görmüş olması aranır. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde, sözleşmenin devreden yanı tasfiye sonucu özgülenecek değerleri devretme borcu altına girer. İvazlı devirler için, zarardan söz edilemez. Karşılıksız kazandırmalar için ise olsa olsa bağışlama taahhüdü gündemdedir. Dolayısıyla, devreden yanın zararı da bulunmaz. Ayrıca mirasçı sıfatını taşımayanla kurulan açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler, sözleşmenin kurulduğu sıradaki imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Dolayısıyla devralan, sözleşme dolayısıyla verdiği edimi sebepsiz zenginleşmeye dayanarak iade edilmesini talep edebilir. Ezcümle, devralan yanın da mirasbırakan tarafından tazmin edilmesi gereken zararı söz konusu değildir.

Yapılan açıklamalar ışığında muhtemel mirasbırakanın, mirastan çıkardığı ya da atanmış mirasçı olma ihtimali devre dışı bıraktığı devredenin taraf olduğu sözleşmeye nezaret etmesi veya katılması miras sözü vermek olarak yorumlanamaz. *Culpa in testando* sorumluluğun doğması ihtimal dışı kaldığından, muhtemel mirasbırakandan yaptığı ölüme bağlı tasarrufları da sayıp dökmesi beklenemez.

Açılmamış miras hakkındaki sözleşme kurulduktan sonra, devir taahhüdünde bulunan mirasçılık sıfatını kazanmasına engel olacak bir davranışta bulunmuş olabilir. Muhtemel mirasçı davranışı sonunda mirastan yoksun addedilebilir. Muhtemel mirasbırakan tarafından mirastan çıkarılması da ihtimal dahilindedir. Sözleşmenin kurulması aşamasına katılma veya izin vermeden öte gitmeyen davranış yukarıda ortaya konan gerekçeler ışığında, miras sözü verme olarak görülemeyeceğinden devir alacaklısının veya devir taahhüdünde bulunanın çıkarma tasarrufu ya da af anlamına

gelen his açıklamasında bulunmayan mirasbırakandan tazminat talep etmesi gündeme gelemez. Devir taahhüdünde bulunanın davranışları, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ifasını imkansızlaştıran kusurlu davranış sayıldığından, devir alacaklısı uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra, devir taahhüdünde bulunanın miras oranın düşüren ölüme bağlı tasarrufta bulunulmuş olması diğer bir ihtimaldir. Muhtemel mirasbırakanı izin veya katılmayla, devredenin miras oranı hakkında miras sözü verdiği kabul edilseydi, azalan oranı bildirmeyen mirasbırakanın tazminat sorumluluğu gündeme gelirdi. Lakin, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler için devir taahhüdünde bulunanın miras oranının değişmesi sözleşmenin barındırdığı ve devralan tarafından en başta içselleştirilen bir risktir. Mirasbırakanın sözleşmeden sonra evlenmesi, evlat edinmesi gibi hukuki işlemleri de devir taahhüdünde bulunanın muhtemel mirasçılık oranını azaltıcı etki gösterir. Bunun yanında katılma veya izin aşamasında mirasbırakan, devir taahhüdünde bulunanın miras oranının azaltıcı ölüme bağlı tasarrufta bulunmayacağını ya da devir taahhüdünde bulunanın miras oranını artıracak tasarrufta bulunacağını sözlü bir şekilde aktarmış olabilir. Dikkat edilecek olursa devralana yönelik böyle bir aktarım, ferdileştirilmiş ve işlemsel temas sırasında devralanda güven uyandırmaya yönelik bilinçli bir aktarımdır. Mirasbırakan, yukarıdaki vakıa grubunda olduğu gibi, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin vaadini kendi iradesiyle belirli bir kimse için güven uyandırmaya elverişli, koruma yükümlülüğü altında bulunduğu bir zeminde açığa vurur. Özellikle devredenin miras oranının artacağına duyulan güvenin, devrin karşılığının yükseltilmesine sebebiyet vermiş olma ihtimali yüksektir. Mirasbırakanın sözüne güvenerek, daha yüksek bedel ödeme borcu altına giren devralan, uyandırdığı güvene aykırı davranışta bulunarak kendisini zarara uğratan mirasbırakanın *culpa in testando* sorumluluğuna başvurabilir. Buradaki zarar kalemi, *culpa in testando* sorumluluk sahasında tazmin edilmesi öngörülen olumsuz zararla da uyumludur. Tarafların değişmeyen miras oranı için müzakere ettikleri ilk bedel, sözleşmede kararlaştırılan yüksek bedele nispetle kaçırılan sözleşme fırsatı olarak değerlendirilir. Koruma yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan farkın, borca aykırılık rejimi kuralları çerçevesinde mirasbırakan tarafından tazmin edilmesi talep edilebilir.

Mirasbırakanın, miras sözü vermeden sorumlu tutulması gerektiği kural olarak vasiyetnamenin açıldığı sırada tespit edilir. Bu nedenle söz konusu tazminat alacağı,

terekeye borç olarak kaydedilmelidir. Mirasçıların tamamı bu tereke borcundan müteselsilen, kendi malvarlıklarıyla sorumlu tutulur.

IV. SÖZLEŞMENİN KONUSU ve DOĞURDUĞU ETKİ

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler, sözleşmenin kurulduğu zaman zarfı için bir beklentiyi konu edinir. Devir taahhüdünde bulunan, mirasçı sıfatını kazanmakla elde etmeyi umduğu değerleri taahhüt eder. Yani taahhütte bulunan, mirasçılık sıfatını kazanması üzerine terekeden kendisine özgülenecek değerleri devretme borcu altına girer. Sözleşmenin kurulduğu sırada devredilecek değer, belirli ya da belirlenebilir olmadığından, tasarruf işleminden söz edilemez. Kurulan sözleşme, salt borçlandırıcı işlem niteliği taşır. Devralan, mirasçı sıfatını kazanamaz ve mirasçılar topluluğunda yer almaz[320].

Devir taahhüdünde bulunanın yegâne muhtemel mirasçı olduğu senaryoda da varılan sonuç değişmez. Bu ihtimali incelemeye değer kılan neden, mirasın açılmasıyla beraber yegâne mirasçının paylaşma fazına gereksinim duymadan tereke değerleri üzerinde tasarruf edebilecek konuma gelmesidir. Yine de elde edinilen tereke değerlerinin devralana devri için tasarruf işlemlerinin yapılması gerekir. Devralanın, paylaşma fazını es geçerek edime kavuşabilmesi, devralan için şüphesiz ki bir avantaj niteliğindedir.

Mirasın açılmasıyla beraber mirasçıların malvarlığı ile tereke arasındaki bağı miras payı kavramının kurduğu fikrine üstünlük tanınan bu çalışma özelinde, henüz mirasın açılmadığı dönemde devrin konusu olarak tasfiye payının değil de miras payının kararlaştırılmasının imkân dahilinde olup olmadığı ele alınmalıdır[321]. Federal Mahkeme'nin, mehaz yasadaki ibarenin bilinçli olarak tercih edildiği yönündeki ifadesi ortaya konmuştu. Mahkeme'ye göre yasa koyucu bilinçli olarak miras payı kavramından imtina ederek, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin konusunu

---

[320] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 18; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 17; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 18; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 7; **ÖZAKMAN,** s. 233; **YILDIRIM,** II, s. 279; **SARIKAYA,** s. 826; MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 143.
Muhtemel mirasçı ile açılmamış miras hakkında sözleşme müzakerelerinin tamamlanmasının ardından, muhtemel mirasbırakanın ile taahhütte bulunan muhtemel mirasçı arasında ivazlı mirastan feragat sözleşmesi; devir alacaklısı ile mirasçı atamayı hedef tutan miras sözleşmesi kurulduğu ihtimal de yazında açılmamış miras hakkında sözleşme başlığı altında incelenir. Mirasbırakanla, kurulan miras sözleşmeleri kombinasyonu devralan lehine mirasçı atama tasarrufu içerdiğinden devralan, mirasın açılmasıyla mirasçı statüsünü kazanır ve mirasçılar topluluğunda yer alır. Devreden de ivaz karşılığı feragat ettiğinden mirasçı ve altsoyu mirasçı statüsünü kazanamaz. İvazı, devralanın ifa etmiş olması sonucu değiştirmez.

[321] Miras payına atfedilen bu anlam için bkz. **§1, I, C.**

genişletme tercihini ortaya koyar[322]. Buna göre sözleşmenin konusu; muhtemel mirasçıya özgülenecek değerlerin toplamı, mirasbırakandan tek muhtemel mirasçıya intikal edecek terekede yer alan değerlerin tamamı veya belirli tereke değerlerini hedefleyen öncelenmiş paylaşma kuralı olabilir[323]. Öncelenmiş paylaşma kuralının tesis edildiğinden söz edebilmek içinse mirasbırakanın da sözleşmeye taraf olması aranır. Ne de olsa bu ihtimalde, muhtemel mirasbırakanın terekesi pazarlık konusu edilmenin ötesinde, muhtemel mirasçıların planlamasına açılır. Aksi durum da muhtemel mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf serbestisine gölge düşürür. İsviçre ve Türk öğretisi, miras açılmadan evvel beklenen miras payını konu alan sözleşmelerin ZGB Art 636 ve TMK m. 678 hükmünün kapsamına girmesini yadırgatıcı bulur[324]. Takınılan bu yadırgatıcı tavrın temelinde, elbirliği ile hak sahipliğinde tasarruf işlemine konu edilebilecek bağımsız bir pay bulunmadığı kavrayışı yatar. Bu görüşe göre yasanın istisna olacak şekilde, miras açıldıktan sonra, miras payının mirasçılar arasında devir sözleşmesine konu edilmesine olanak tanıdığı çıkarımında bulunulabilir[325]. Bu çalışma, elbirliği ile hak sahipliği rejiminde tasarruf işlemine konu edilebilen payların bulunduğunu; ancak yasanın devir sahasını kısıtladığını savunur. TMK m. 678 hükmüyle, herhangi bir kimseye tasfiye payını borçlanabilen muhtemel mirasçının, pekâlâ malvarlığının aktifinde yer alması muhtemel miras payını borçlanabilmesinin önünde bir engel görülmemelidir. Yeter ki TMK m. 678'in aradığı şekil ve mirasbırakanın dahline dair kurallara riayet edilmiş olsun. Öyle ki mirasbırakanın katılması veya izni, öncelenmiş paylaşma kuralı uygulamasından da büyük farklılıklar taşımaz. Öncelenmiş paylaşma kuralında bundan yararlanan, kurala riayet edilmesine yönelik diğer mirasçılara ve vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı şahsi bir talepte bulunma yetkisine sahiptir. Paylaşma kuralı öngörüldü diye, mirasın açılmasıyla o değer üzerinde mülkiyet hakkı iddia edemez. Aynı esas büyük ölçüde **muhtemel miras payının**, diğer muhtemel mirasçıya borçlanıldığı sözleşmeler için de geçerlidir. Devir taahhüdü borçlandırıcı bir etkiye sahiptir. Devir taahhüdünde

---

[322] **BGE 128 III 163 E. 2.**

[323] OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 636, N. 2.

[324] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 3; **LEEMAN,** s. 149; **ÖZAKMAN,** s. 108-109; **YILDIRIM,** I, s. 118. İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 128 III 126 kararıyla, muhtemel miras payı devrini yasaklamış sayıldığı yönünde bkz. SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 8.

[325] Bu görüşü savunanların argümanlarından biri de muhtemel miras payı devrine cevaz verilmesinin, miras açılmadan önce muhtemel mirasbırakanın terekesinin bir kişinin elinde toplanmasına neden olacağıdır. Bu argümandan anlaşılan, görüşü savunan yazarların muhtemel miras payını konu alan açılmamış miras hakkındaki sözleşmeye ancak ayni etki atfedebileceği çıkarımında bulunduğudur. Bkz. **ÖZAKMAN,** s. 109; **YILDIRIM,** I, s. 118.

bulunan, mirasın açılmasıyla mirasçılar topluluğunda yer alır ve mirasbırakanın sağlığında, onun katılımı veya izniyle kurduğu borçlandırıcı işleme riayet etme yükümlüğü altındadır. Miras payını sözleşmeye uygun biçimde devretmesi beklenen borçlu mirasçı, TMK m. 677 f. I'de görülen adi yazılı şekil şartına uygun biçimde tasarruf işlemini gerçekleştirerek borcunu ifa etmiş olur. Borcunu ifa ettiği an itibarıyla, mirasçılar topluluğundan ayrılır ve tereke borçlarından sorumluluğu bu ana gözetilerek saptanır[326]. Varılan sonuç, miras payının devrine yüklenen misyonlara da uygunluk taşır[327].

Yukarıdaki tartışmanın ardından hemen belirtilmelidir ki, muhtemel mirasbırakanın katılımı veya izni olmaksızın kurulmuş muhtemel miras payı devri taahhüdü kesin hükümsüzdür. Miras açıldıktan sonra emredici hükme aykırılık barındıran borçlandırıcı işlemin ifasını hedef tutan, adi yazılı şekle tabi tasarruf işlemi de sebebe bağlılık ilkesi uyarınca kesin hükümsüzdür[328]. Geçersizlik yaptırımına tabi tutulan tasarruf işleminin, açılmış miras payının devri işlemi ile aynı şekil kurallarına uygun olması ise tahvil kurumunu akıllara getirir. Bugün için tahvil ya da çevirmenin, kesin hükümsüzlük yaptırımının istisna içermemesinin neden olduğu örtülü boşluğu amaca göre sınırlayan bir hukuki kurum olduğu savunulur[329]. Tahvilden söz edebilmek

---

[326] Mirasın açılmadığı evrede beklenen miras payının devrini konu alan sözleşmelere geçerlilik atfetmenin, mirasbırakanın terekesini dizayn etme yetkisine taşacağını gözeten Alman hukukunda bu türden sözleşmelere sıcak bakılmaz. Ancak, muhtemel mirasçıların saklı payları üzerinde mirasbırakanın tasarruf serbestisini bir ölçüde sınırlı olduğu ifade edilerek, saklı payı oranındaki muhtemel miras payı devri taahhütlerinin ayakta tutulması gerektiği ifade edilir. Bu yönde bkz. StaudingerKomm-**SCHUMACHER,** 2018, BGB §311b Abs. 4/5, Rn. 54; MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 143.

[327] Alman öğretisinde *MEIER,* miras açılmadan önce mirasçılar arasında kurulan ve muhtemel miras payının devrinin konu alan sözleşmenin koşula bağlı bir ayni etkiyi hedeflediğini savunur. Yazara göre, miras açılmadan önce kurulan ve muhtemel miras payının devrini konu alan borçlandırıcı işlem, mirasın açılmasıyla ayni etki doğurur ve devralanın malvarlığına intikal eder. Devredenin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu da miras açıldığı anda mirasçılar topluluğundan ayrıldığı gözetilerek belirlenir. *MEIER,* saklı paylı mirasçı ile saklı payı bulunmayan mirasçı arasındaki devirlere ayni etki bağlamanın, mirasbırakanın serbest tasarruf alanına etki edeceği yönünde gelebilecek eleştirilere de peşinen yanıt verir. Saklı paya ilişkin taleplerin, her halde miras açıldıktan sonra ileri sürülebileceği göz ardı edilmemelidir. BGB §311b Abs. 5 kapsamındaki ayni etki için ileri sürülmesi muhtemel kaygılar BGB §2033 vd. hükümleri için de geçerlidir. Yasa koyucu bu kaygıları bir kenara bırakarak, BGB §2033 hükmünde devre ayni etki bağlamayı tercih etmesi hareket noktası olmalıdır. BGB §2033 hükmünün ayni etki saçması için devralanın mirasçı olması dahi aranmazken, devralanın muhakkak ki muhtemel mirasçılardan olmasının arandığı BGB §311b Abs. 5'e uygun kurulmuş, muhtemel miras payının devri sözleşmelerine, mirasın açılmasıyla ayni etki bağlanması yasanın sistematiğiyle uyumlu görülmelidir. Bkz. StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 45 vd.

[328] Taşınır devrinde sebebe bağlılık görüşünün de en az sebepten soyutluk ilkesi kadar savunulduğu yönünde bkz. **BURCUOĞLU,** s. 59 vd. *SEROZAN,* taşınırları konu alan tasarruf işleminin sebepten soyut olduğunu savunsa da bu ilkenin giderek delindiğini kabul eder. Taşınır devrine sebepten soyutluğu benimseyen Alman Medeni Kanunu'na rağmen Alman öğretisinin bu ilkeyi aşmanın yolunu aradığını aktarır. **SEROZAN,** Eşya, s. 265.

[329] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Borçlar, §44, N. 30; **HAVUTÇU,** s. 658; **AKBULUT,** s. 124; **KAŞAK,** Tahvil, s. 979.

için tarafların, kurulması sırasında sözleşmenin hükümsüz olduğunun farkında olsalardı, aynı amacı taşıyan ve yasanın yürürlük tanıdığı diğer sözleşmeyi kurma iradesi gösterip göstermeyeceği denetlenir. Kesin hükümsüz sözleşmeden doğan miras payının devri borcunu yerine getirmek için gerçekleştirilen tasarruf işleminde, yalnızca borçlunun devir beyanın yer alması yeterlidir. Buna karşın, ivazlı bir devir sözleşmesinde hem devreden hem de devralan mirasçının imzası aranır. Yani devrin karşılıksız olduğu ihtimal dışında, her iki tarafın imzasını taşıması gerekli görülür. O halde salt devreden mirasçının imzasını taşıyan hükümüz tasarruf işleminin, miras açıldıktan sonra kurulan miras payının ivaz karşılığı devri sözleşmesine tahvil edilme olanağı bulunmaz[330]. İstenilen sonuca ulaşmak için tarafların, miras açıldıktan sonra yeni bir miras payının devri sözleşmesi kurması gerekir[331].

Hukukumuzda yargının benimsediği, kendine özgü sonuçları bulunan diğer bir açılmamış miras hakkında sözleşme görünümünün öncelenmiş miras paylaşma sözleşmesi uygulaması olduğu kabul edilir[332]. Kararlar incelendiğinde, muhtemel

---

[330] Mirasına açılmasından evvel hazırlanan ve her iki tarafın da imzasını taşıyan borçlandırıcı işlem niteliğindeki belge ve tasarruf işlemi bir arada düşünülerek de tahvil kapısı aralanamaz. Zira, borçlandırıcı işlemi hükümsüz kılan şekle aykırılık değil; muhtemel mirasbırakanın izni veya katılımı emredici hükmüne riayet etmemektir. Yasa bu emredici hükümle muhtemel mirasbırakanı, sağlığında terekesinin alışveriş hayatına konu edilmesine hâkim kılma menfaatine üstünlük tanımayı tercih eder.

[331] Tasarruf işleminin, karşı edimi de içeren bir tasarruf sözleşmesi şeklinde gerçekleştirildiği ihtimal için tahvil kurumunu devreye sokma imkânı bulunduğunu söylemek teorik olarak mümkün gözükse de bu söylemin sınırları iyiden iyiye siliktir. Zira TBK m. 19 uyarınca, bir sözleşmenin içeriğinin ve türünün belirlenmesinde, keza yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Bu doğrultuda tarafların ulaşmak istedikleri sonuç gözetilerek tasarruf sözleşmesinin, bizatihi miras payının devri sözleşmesi olarak yorumlanması da olasılık dahilindedir.

[332] **Y. 8. HD., 12.04.2018 T., 2015/22090 E., 2018/11254 K.:** *"Saptanan bu olgular karşısında, davacı taraf dava konusu taşınmaz tapuya tescil edildikten sonra ancak 9.6.1965 tarihinde ölen ortak muris ...'ın sağlığında yapılan taksime dayanmıştır. TMK.nın 676/1-3. maddesi hükmüne göre; tapulu taşınmazlara ilişkin paylaşma sözleşmesinin geçerliliği tüm mirasçıların katılımı ile yazılı şekilde yapılması* ***ve TMK. nın 678. maddesi uyarınca da muris sağ iken yapılacak miras payı devrine ilişkin sözleşmelerde murisin bizzat imzasının bulunması halinde hukuki sonuç doğurur. Açıklanan kanun maddeleri gereğince, sözleşmenin yazılı olması bir ispat şartı değil geçerlilik şartıdır.*** *Somut olayda kök muris Mustafanın sağlığında, bütün mirasçılar ve murisin katılımı ile yapılmış yazılı taksim sözleşmesinin varlığı davacı tarafından ispatlanmamıştır. Bu halde yazılı taksim sözleşmesi bulunmadığından, davacıların davasının başarıya ulaşma imkanı mümkün bulunmamaktadır."*; **Y. 14. HD., 02.10.2019 T., 2018/4842 E., 2019/6154 K.:** *"Tapuda kayıtlı bulunan taşınmazlarla ilgili taksimin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Açıklanan bu şekil geçerlilik koşulu olup geçersiz bir taksime dayalı olarak istekte bulunulması da mümkün değildir.* ***Davacının sunduğu "Tarlaların Pay Edilişi" başlıklı belgelerin, TMK m. 678 anlamında murisin ve mirasçıların birlikte imza altına aldığı bir sözleşme ya da tereke açıldıktan sonra taraflar arasında yapılmış yazılı bir sözleşme niteliğinde olmadığı açıktır.*** *Hal böyle olunca, tapu iptali ve tescil davasının reddine karar verilmesi gerekirken yasal ve yerinde olmayan gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."*; **KONYA BAM, 1. HD., 22.03.2022 T., 2022/315 E., 2022/543 K.:** *"Davacılar muris K7'in sağlığında yapılan taksime dayanmıştır. TMK.nın 676/1-3. maddesi hükmüne göre; tapulu taşınmazlara ilişkin paylaşma sözleşmesinin geçerliliği tüm mirasçıların katılımı ile yazılı şekilde yapılması ve TMK. nın 678. maddesi uyarınca da muris sağ iken yapılacak miras payı devrine ilişkin sözleşmelerde murisin bizzat imzasının bulunması halinde hukuki sonuç doğurur. Açıklanan kanun maddeleri gereğince, sözleşmenin yazılı olması bir ispat şartı değil geçerlilik şartıdır. Somut*

mirasbırakanın terekesinde yer alma ihtimali bulunan ve genelde taşınmaz niteliği taşıyan münferit değerin öncelenmiş miras paylaşma sözleşmesine konu edildiği tespit edilir. Yaygınlık da nazara alındığında, deyim yerindeyse bu uygulama **öncelenmiş objektif kısmi paylaşma sözleşmesi** şeklinde adlandırılabilir[333]. Yargı uygulaması bu sözleşmelerin geçerlilik kazanabilmesi için tüm muhtemel mirasçılar ile mirasbırakanın paylaşma sözleşmesine taraf olmasını arar. Bu koşullara riayet edilerek kurulan borçlandırıcı sözleşmenin, mirasın açılmasıyla muaccel hale geleceği kabul edilir. Sözleşmede kendisine taşınmaz tahsis edilen mirasçı, bu borcun ifasını talep edebilir. Tescil isteminden kaçınılması durumunda, sözleşmeyle kendisine tahsis edilmiş mirasçı tescile zorlama davası açarak taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkına kavuşabilir (TMK m. 716).

V. KESİN HÜKÜMSÜZ SÖZLEŞME SEBEBİYLE VERİLMİŞ ŞEYLERİN İADESİ

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için devredenin muhtemel mirasçılardan olmasının, kıyas yoluyla elde edilen şekil şartına uygun olmasının ve muhtemel mirasbırakanın sözleşmeye katılma ya da izin verme suretiyle muvafakat vermiş olmasının arandığı yukarıda detaylarıyla ele alındı. Yasanın aradığı bu gereklerin herhangi biri bakımından eksiklik söz konusuysa, açılmamış miras hakkında sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrar[334].

Devir taahhüdünde bulunanın muhtemel mirasçılardan sayılmadığı ihtimalde, sözleşmenin konusunun baştan imkânsız kabul edilmelidir[335]. Sözleşmenin

---

olayda muris Mustafa'nın sağlığında, bütün mirasçılar ve murisin katılımı ile yapılmış yazılı taksim sözleşmesinin varlığı davacı tarafından ispatlanmamıştır. (Benzer yönde Yargıtay 8. H. D. 2015/22090 E.,2018/11254 K. Sayılı ilamı) Bu halde yazılı taksim sözleşmesi bulunmadığından mahkemece yapılan tespit yerindedir." **(Lexpera, E.T.: 05.09.2024).**

[333] Mirasçılar arasında terekenin tamamını değil de belirli tereke değerlerinin taksimini hedef tutan miras paylaşma sözleşmeleri, objektif kısmi paylaşma sözleşmesi şeklinde adlandırılır. Sözleşme özgürlüğü prensibi gereğince objektif kısmi paylaşma sözleşmesi akdetmenin önünde engel bulunmamaktadır. **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1643; **WOLF/GENNA,** s. 200; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 634 ZGB, N. 5; **OZANEMRE YAYLA,** s. 182; **AVCI,** s. 54 vd.; **ERGÜNE,** Objektif Kısmi Paylaşma, s. 1068; **TEKELİOĞLU,** s. 75. Öğretide, terekenin paylaşımının uzun sürmesi veya kısmi paylaşımda menfaat bulunduğu durumlarda terekenin tamamı yerine objektif kısmi paylaşma davası açılabileceği kabul edilir. Bu yönde bkz. **ERGÜNE,** Objektif Kısmi Paylaşma, s. 1084.

[334] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 21; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2061; **WOLF/GENNA,** s. 389.

[335] İmkânsızlık, taahhütte bulunana özgü sübjektif imkânsızlık niteliğindedir. Öğretide sübjektif imkansızlığın bilincindeki borçlunun yanlış bilgi vermeden kaynaklanan culpa in contrahendo sorumluluğuna veya garanti taahhüdüne aykırı davranışından sorumlu tutulması gerektiği ifade edilir. Ele alınan konuya indirgemek gerekirse, muhtemel mirasçı sıfatı taşımayan kimse, muhtemel mirasçı olduğu kanaati uyandıran davranışlarından ya da mirasçı olarak atanacağını garanti etmekten sorumlu tutulabilir. Bkz. **SEROZAN,** İfa, §14 N.34.

konusundaki imkânsızlık nedeniyle sözleşme TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrar. Sözleşmenin kurulduğu sırada imkânsız olarak nitelenmekle beraber, ifa safhasında imkansızlığın ortadan kalkacağı düşüncesiyle kurulan sözleşmelerin, imkansızlığın ortadan kalkması ile birlikte geçerli olduğu kabul edilir[336]. O halde taraflar, devir taahhüdünde bulunanın mirasçı atanacağı düşüncesiyle hareket etmişse ve ölüme bağlı tasarruf sayesinde muhtemel mirasçı statüsü sonradan kazanılmışa, açılmamış miras hakkındaki sözleşme geçerlidir. Geçerlilik şekline uyulmamasının yaptırımının da kesin hükümsüzlük olarak kabul gördüğü aktarıldı[337]. Aynı şekilde muhtemel mirasbırakanın katılımı veya izninden mahrum sözleşmelerin akıbeti de yasa tarafından kesin hükümsüzlük olarak belirlenir[338].

Kesin hükümsüz addedilen açılmamış miras hakkındaki sözleşme gereğince tarafların, özellikle de devir taahhüdünün alacaklısının yerine getirdiği edim söz konusu olabilir. Genellikle de devir taahhüdünün alacaklısının, karşı edimi yerine getirdiği görülür. Ne de olsa konsept olarak miras payının devri sözleşmeleri, muhtemel mirasçının miras dolayısıyla elde etmesi muhtemel menfaati öncelemeyi amaçlar. O halde devir taahhüdünün muhatabı, alacaklının yerine getirdiği edimin, hangi iade rejiminde ele alınması gerektiği tartışmaya açılmalıdır. Yasa, TMK m. 678 f. II hükmünde *"**Böyle bir sözleşme** gereğince yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi istenebilir."* ifadelerine yer verir. Yasa "*böyle bir sözleşme"* ibaresiyle TMK m. 678 f. I hükmüne atıfta bulunur[339]. Yasanın atıfta bulunduğu kavramın somutlaştırılması gerektiği düşünüldüğünden, iade rejimine ilişkin görüşlere aşağıda yer verildi.

Öğretide ağırlıklı görüş, ZGB Art. 636 Abs. 2 ve TMK m. 678 f. II hükmünün açılmamış miras hakkındaki sözleşmeleri hükümsüz kılan tüm sebepler için uygulanabileceğini kabul eder. Bu görüşü savunan yazarlara göre yasa, sebepsiz zenginleşme hükümlerine bilinçli olarak atıfta bulunmamayı tercih eder. Bu doğrultuda, yasadan doğan ve verilenlerin aynen iadesini hedef tutan bir rejim tasarlar. Nitekim bu yasada öngörülen bu rejim, edimi yerine getirenin lehine avantajlar

---

Mirasbırakanın katılması veya izin açıklamasının, örtülü miras sözü verme şeklinde yorumlanamayacağı yönünde bkz. **§3, III, C, 3.**

[336] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I., N. 293.

[337] Bkz. **§3, II.**

[338] Kesin hükümsüzlük yaptırımı ve İsviçre hukukunda icazet eksikliği için öngörülen askıda hükümsüzlük yaptırımı için bkz. **§3, III, C, 2.**

[339] Mehaz yasada da ZGB Art. 636 Abs. 2 hükmü "*Leistungen, **die auf Grund solcher Verträge** gemacht worden sind, können zurückgefordert werden."* ifadesine yer vererek ZGB Art. 678 Abs. 1 düzenlemesine atıfta bulunur.

barındırır. Yerine getirilen edimin aynen iadesini hedef tutar. Yasadan doğan iade borcu söz konusu olduğu için alacaklar için öngörülmüş genel zamanaşımı süresine tabidir. Yani alacak, TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulur. Keza, mirasbırakanın katılımı veya izninin bulunmadığı ihtimaldeki iade istemini de hayattaki kimsenin terekesinin kapalı kapılar ardında pazarlık konusu edildiği gerekçesiyle, ahlaka aykırı bir sonucu hedefleyip hedeflemediği denetiminden de azat eder. Yani, ZGB Art. 636 Abs. 2 ve TMK m. 678 f. II hükümleri için gereksiz bir yineleme ibaret olduğu değerlendirmesi yapılamaz[340].

Öğretideki diğer görüş ise, hükümsüzlüğün sebebinde ayrıma gidilmeksizin iade rejimine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini bildirir. Yasadaki düzenleme, geçerli olmayan sebebe dayanan iktisap olgusunu değiştirmez. Devredene, para dışında bir şey verilmişse, devredenin şey üzerinde mülkiyet hakkı iktisap etmediği durumlarda iade istihkak davası ve haksız zilyetlikte iade hükümlerine göre talep edilebilir. Talebin sebepsiz zenginleşmeye dayandığı durumlarda herhangi bir def'i ile karşılaşmamak uğruna sebepsiz zenginleşmeye özgü kısa zamanaşımı süresine riayet edilmelidir (OR Art. 67/TBK m. 82). İstihkak talebi içinse zamanaşımı öngörülmüş değildir. Bunun yanında bu görüşü savunanlara göre, ZGB Art. 636 Abs. 2 ve TMK m. 678 f. II hükmünün salt sebepsiz zenginleşme düzenlemelerine atıfta bulunma işlevi taşıdığı yanılgısına düşülmemelidir. Hüküm açıkça iadenin gerçekleşmesini vurguladığından, ahlaka aykırı sonucun gerçeklemesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceği hükmünün, bu konseptteki iade rejimi için yasa tarafından devre dışa bırakıldığı kabul edilmelidir[341].

İleri sürülen görüşü değerlendirirken, yasa metninde yer alan ibareyi göz ardı etmemek gerekir. Yasa "*böyle bir sözleşme"* ibaresiyle, aslında ZGB Art. 636 Abs. 1/TMK m. 678 f. I düzenlemesine yollamada bulunur. Hükmün birinci fıkrasında ise

---

[340] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 14; ZK-**ESCHER,** Art, 636 ZGB, N. 10; **ÖZAKMAN,** s. 240; **YILDIRIM,** II, s. 288; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2061; SHK-**ROUILLER,** Art. 636 N. 25; **ÇABRİ,** III, s. 853.
İsviçre ve Türk hukukundakine benzer hüküm içermeyen Alman hukukunda, azınlıkta kalan görüşün borca aykırılık rejiminin uygulanmasını kabul eder. MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 144.

[341] BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 636 ZGB, N. 12-14; **ANTALYA,** Miras, N. 2044; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 636, N. 5; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 9.
Alman hukukundaki ağırlıklı görüşün sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasından yana olduğu bildirilir. Hakim görüş, borca aykırılığa dayanan iade istemini açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin taşıdığı spekülatif yönü görmezden gelmekle eleştirir. Bu yönde bkz. StaudingerKomm-**SCHUMACHER,** 2018, BGB §311b, Rn. 42; MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 144; GrünebergKomm-**GRÜNEBERG,** 2024, BGB §311b, Rn. 74.

mirasbırakanın katılımı veya izni olmadan kurulan sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulduğu düzenlenir. Altı defalarca çizildiği üzere yasa koyucu, muhtemel mirasbırakanı açılmamış miras hakkındaki sözleşmelere hakim kılma amacını ön planda tutar. Nitekim bu amacın, iade rejimi düzenlemesinin de ana fikri olduğu göz ardı edilmemelidir. Üstelik söz konusu düşünsel bağ, yasanın sözüne işlenmiştir. Yasa koyucu, muhtemel mirasbırakanın katılımına veya iznine bu denli anlam atfettiğine göre, ZGB Art. 636 Abs. 2 ve TMK m. 678 f. II'de öngörülen iade rejimi de onun katılmadığı veya muvafakatinin alınmadığı durumlarda uygulanması gereken iade rejimi olmalıdır. Sağ bir kimsenin terekesini, ondan habersiz alışveriş yaşamına konu edenler yasadan kaynaklanan, on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi ve aynen iadeyi hedef tutan iade rejimine riayet etmelidir. Bunun karşısında, muhtemel mirasbırakanın katılımı veya izni bulunmasına rağmen, şekle aykırılık gibi diğer nedenlerden ötürü kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi sözleşmeler dolayısıyla edinilenler ise, sebepsiz zenginleşme ve istihkak davası hükümlerine uygun olarak istenebilmelidir. Bu ayrım kavram hukukuna yaslanan bir ayrım da değildir. Yasanın amacı gözetildiğinde bu ikilik; sözleşmenin şekli ve tarafı hakkında yasaya uygun davranmayarak ifada bulunanla, mirasbırakanın arkasından menfaat devşirme ümidiyle ifada bulunanı da ayırmış olur[342].

Muhtemel mirasbırakanın katılımı veya izni dışındaki başka bir gereğe aykırılıktan kesin hükümsüzlük yaptırımına uğramış sözleşme nedeniyle yerine getirilenlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme kurallarına tabi tutulması, bir noktada duraksamaya neden olabilir. Bu nokta ise ahlaka aykırı bir amaca ulaşma verilenlerin geri istenemeyeceğini düzenleyen hükmün uygulama alanı bulma ihtimalidir (OR Art. 66/ TBK m. 81). Oysa açılmamış miras hakkındaki sözleşmelere Roma hukukundan beri ahlaka aykırılık atfedilmesinin nedeni, sağ kimsenin bilgisi dışında terekesinin sözleşemeye konu edilmesidir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması önerilen ayrımda mirasbırakanın katılımı veya izni sağlanmış olduğundan, OR Art. 66/ TBK m. 81 anlamında ne hukuka aykırı ne de ahlaka aykırı bir amacın hedef tutulduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu hüküm de kapı dışarı edilmiş olur.

[342] Yasa hükmüne getirilen bu yorum, yaptırımın amaca göre sınırlanması (teleolojik redüksiyon) anlamına da gelmez. Yasanın lafzının, amaçsal yorum araçlarının denetimiyle doğrudan uygulamaya konması önerilir.

§4. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMELERDE İFA

Açılmamış miras hakkında sözleşmenin kurulmasıyla, tarafların bu sözleşmeden kaynaklanan hakları ve borçları doğar. Açılmamış miras hakkında sözleşmede, devralanın bedel ödemesi hususunda mutabık kalınmışsa satış sözleşmesinin yürürlükte olduğu kabul edilir. Devir taahhüdünde bulunan muhtemel mirasçının, sözleşmeyi kurmadaki birincil fonksiyonunun miras menfaatine önceden ulaşmayı hedef tuttuğu gözetilirse, bu sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme karakteri taşıdığı genellemesinden hareket etmek yanlış olmaz. İfa modaliteleri, hiç veya gereği gibi ifa etmeme ve diğer ifa engellerinin ele alındığı bu bölüm tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme genellemesine yaslanarak oluşturuldu. Konunun ve tartışmaların takibini kolaylaştırmak için devir taahhüdünde bulunan ve devir taahhüdü alacaklısı üzerinden ayrıma gitmek yerine, ifaya özgü sistematik içinde her iki tarafın hak ve yükümlülüklerine yer verme yöntemi tercih edildi. Açıklamalar, mülkiyet naklini hedef tutan ivazlı sözleşmelerin prototipi olan satış sözleşmesi izleğinde ortaya konsa da yeri geldikçe trampa sözleşmesi ile tek tarafa borç yükleyen bağışlama sözleşmesine özgü sonuçlara ve tartışmalara yer verilmeye gayret edildi.

I. İFANIN KONUSU

A. Genel Olarak: Özgülenen Değerlerin Devri

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler, temlik borcu doğuran sözleşmeler kategorisinde sınıflanır.

Açılmamış miras hakkında sözleşmeyle devir taahhüdünde bulunan, sözleşmenin diğer yanının mirasçı statüsünden bağımsız, paylaşma fazının ardından kendisine özgülenecek değerleri devralanın malvarlığına intikal ettirme borcu altına girer. Devir borcunun konusunu özgülenen değerlerin tamamını oluşturduğundan, bu değerlerin toplamı özel bir malvarlığı oluşturur[343]. Hukukumuzda özel malvarlığının devrini konu alan borçlandırıcı işlemin, tek hukuki işlemle kurulması mümkündür. Buna karşın tasarruf işleminin tek bir hukuki işlemle gerçekleştirilmesi, prensip olarak olanak dışıdır. İsviçre-Türk hukuk sistemi, malvarlığının veya bir işletmenin devriyle gündeme gelen borcun ifasının cüz'i devirle yerine getirilmesini kural kılar. Devrin konusu özel malvarlığındaki aktif değerlerin tek bir işlemle (*uno actu)* devralanın malvarlığına intikal ettirilmesi kural dışıdır[344]. ZGB Art. 636 ve TMK m. 678

[343] **HÜRLIMAN-KAUP/RUMO-JUNGO,** s. 292; **BIRRER,** s. 29.
[344] **ACEMOĞLU,** s. 69; CHK-**REETZ/GRABER,** OR Art. 181, N. 8.

hükümleriyle her ki yasa da kısmi külli halefiyet yolu öngörmekten imtina ettiğinden, devir taahhüdünde bulunan mirasçı kendisine özgülenen tüm değerleri ayrı ayrı tasarruf işlemine konu etme borcu altındadır. Devreden, borcunu ifa ederken tereke değerinin niteliğine uygun tasarruf işlemini gerçekleştirmelidir. Taşınırlar için zilyetliğin devri[345], taşınmazlar için tapu sicilinde devralan adına tescil kaydının sağlanması aranır[346]. Özgülenen alacağı konu alan tasarruf işleminin tamamlanmış sayılması için, adi yazılı şekle uygun biçimde alacağın devri sözleşmesinin kurulmuş olması aranır. Kıymetli evrakın devrinin söz konusu olduğu ihtimalde, kıymetli evrak için öngörülen tasarruf şekline uyulması aranır[347].

Devir taahhüdünde bulunanın mirasın açılmasıyla tek mirasçı olduğu tespit edildiği takdirde taahhütte bulunan kendisine intikal eden değerlerin tamamını, devir alacaklısının malvarlığına intikal ettirme borcu altındadır[348]. Böyle bir olasılıkta paylaşma fazına yer olmadığından, devir alacaklısının teoride edimine daha erken kavuşması beklenir.

İfanın konusu özelinde ele alınması gereken durum, taahhütte bulunan mirasçıya paylaşma sonucunda birden fazla değerin özgülenmiş olmasıdır. Yukarıda anılan esasla uyumlu olarak devir borçlusu mirasçı, kendisine özgülenen tüm değerleri devralanın malvarlığına intikal ettirmekle yükümlüdür. Burada dikkate değer nokta, yerine getirilmesi gereken her bir tasarruf işleminin, taahhüt edilen özel malvarlığının devrini mevzilemesidir. Değerlerin tümü için tasarruf işleminin tamamlanmasıyla, borç gereği gibi ifa edilmiş olur. Bu nedenle, borçlu tarafından ifa amacıyla gerçekleştirilen her bir tasarruf işlemi, sözleşmede kararlaştırılan özel malvarlığı devri borcunun kısmen ifası olarak görülür. TBK m. 84, borcun tamamı belli ve muaccel ise

---

Cüz'i devri gerektiren durumlara istisna olarak ticari işletmenin devrine rastlanır. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin kurulmasıyla, işletmenin aktif değerlerinin başkaca bir tasarruf işlemine gerek kalmaksızın devralanın malvarlığına intikal edeceği düzenlemesi TTK'da yer alır. Özel malvarlığının kısmi külli halefiyet yoluyla intikali olarak nitelenen bu devir türü, hukuk sistemimiz bakımından istisna niteliğindedir. Kısmi külli halefiyet nitelemesi ve sonuçları için bkz. **ÇELİKBOYA,** s. 194-195. Devrin ticari işletmenin aktif değerleri üzerinde doğurduğu *uno actu* etki için ayrıca bkz. **TOPUZ,** s. 32.

[345] Zilyetliğin devrinden anlaşılması gereken; teslim, teslimin yerini tutan fiiller ve zilyetliğin devri anlaşmasının toplamıdır.

[346] Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için zilyetliğin devri hükümlerine riayet edilmesi aranır (**ACEMOĞLU,** s. 74).

[347] Özellikle, emre yazılı senetler için kıymetli evrakın ciro edilmiş olmasının arandığı hatırlanmalıdır (CHK-**REETZ/GRABER,** OR Art. 181, N. 8).

[348] Mirasın açıldığı sırada birden fazla mirasçı bulunmasına rağmen, devir taahhüdünde bulunan dışındaki mirasçı veya mirasçıların mirası reddetmesi halinde ret, mirasın açılması anına etkili sonuç doğurur. Bu nedenle devir taahhüdünde bulunan, yine de mirasın açıldığı an itibarıyla mirasbırakanın tek mirasçısı olarak muamele görür ve paylaşma fazına yer olmaksızın külli intikal gerçekleşmiş olur. **WOLF/GENNA,** s. 81; **ÖNAY,** s. 273-274.

alacaklının arz edilen kısmen ifayı reddedebileceğini düzenler. Kısmi ifa yasağı olarak nitelenen bu yasağın, dürüstlük kuralı ile sınırlı olduğu öğretide kabul edilir[349]. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan devir borcunu gereği gibi ifa etmek için, tasarruf işlemlerinin ayrı kalemlerde yerine getirilmesi neredeyse bir zorunluluk sayılabileceğinden, alacaklının kısmi ifayı reddetme imkanının bulunmadığı kabul edilmelidir. Kısmi ifa arzını reddeden devralan, alacaklı temerrüdüne düşer.

İfa edilen kısım için borç, sona erer. Kötü ifa edilen, ifa edilmeyen ya da borçlunun sorumlu tutulabildiği ifa imkansızlığı gibi ifa engeline takılan kısım içinse, bölümsel yaptırımlara başvurulur. Borçlu temerrüdünün genel sonuçları, tasarruf edilmeyen değer için yürürlük bulur. Ağır risk sorumluluğu ve gecikme tazminatı, ifa edilmemiş kısım için devrededir. Teslimi gerçekleştirilmeyen değerin para cinsinden olması durumunda, temerrüt faizi işletilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için gerekli merasim yerine getirilerek, aynen ifadan vazgeçmek suretiyle tazminat isteminde bulunulabilir. Bunun yanında kısmi temerrüde dayanılarak, kısmi dönme hakkı kullanılabilir. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmede, devir taahhüdü lehtarının bedel ödemesi kararlaştırılmışsa satış sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin alıcıya verdiği yetkilerden bölümsel yararlanılır (TBK m. 229-230). Özellikle bedel indirimi ve sözleşmeden dönme hakları, kötü ifa edilen bölüme indirgenerek kullanılır. Dönme hakkının kullanılması ile bölümsel edime karşılık gelen satış bedelinin iadesi gündeme gelir. Yine, özgülenen değerlerden bir veya birkaçının zaptı halinde kısmi zapt nedeniyle uğranan zararların tazmini gündeme gelir. Ancak açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin kurulduğu sırada, devrin konusu henüz belirli değildir. Devralan, bu belirsizliği gözeterek sözleşmeye taraf olur. Dolayısıyla yasada düzenlenen, alıcının kısmi zaptı bilseydi satış sözleşmesini kurmayacağını ispatlaması halinde hâkimden sözleşmeyi sona erdirmesini isteme hakkına, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde yer yoktur (TBK m. 218 f. II)[350].

Ele alınması gerekli olan diğer bir durum ise, devir taahhüdünde bulunan muhtemel mirasçının muhtemel miras payının tamamını değil de belirli bir oranını devretme taahhüdünde bulunduğu sözleşmelerdir. Bu ihtimali incelemeye değer kılan nedense, paylaşma fazının tamamlanması üzerine devir borcunun nasıl ifa edileceğidir. Taraflar sözleşmeyi kurmakla, devir taahhüdünde bulunan muhtemel mirasçının özel malvarlığını oransal biçimde devretmesini kabul etmiş sayılır. Bu

[349] **SEROZAN,** İfa, §9 N. 2; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 884.
[350] Terekedeki değerin zaptı ve ayıplı olmasının özel olarak ele alındığı kısım için bkz. **§7.**

nedenle ifa, devir borçlusu mirasçıya özgülenen değerlerin sözleşmede yer alan oran doğrultusunda devralanın malvarlığına intikal ettirilmesiyle gerçekleştirilir. Yani devredenin, özel malvarlığına giren değerlerden, kararlaştırılan orana uygun değerleri devir alacaklısına temlik etmesinden söz edilimelidir. Kurulduğu sırada özel bir belirleme içermeyen açılmamış miras hakkında sözleşmede, paylaşma fazının tamamlanmasıyla borcun ifasının hangi değerlerle yerine getirebileceği belirlenebilir hale gelir. Devir borçlusu, borcunu özel malvarlığında yer alan değerlerden biri veya birkaçını temlik ederek ifa etmelidir. Söz konusu ihtimal, seçimlik borcun ifasıyla örtüşür. Dolayısıyla, kararlaştırılan orana tekabül eden değerlerden hangisinin devredileceğini seçim hakkının kimde olduğu tespit edilmelidir. Sözleşmeden ve işin mahiyetinden başkaca bir çıkarımda bulunmak mümkün değilse, seçim hakkı devir borçlusundadır[351].

Bu gerekliliğin yanı sıra tarafların ifa aşamasında, borçlanılan edim dışında başka bir şeyle ifanın gerçekleşmesi hususunda anlaşması ihtimali saklıdır. Taraflar, özgülenen değerler üzerinde paylı hak sahipliği tesis edilmesi yerine terekedeki değerlerden biri veya birkaçının devri ile ifanın gerçekleşmesi konusunda anlaşabilir. Bu olasılıkta devredenin borcu, ifa yerini tutan edanın yerine getirilmesiyle son bulur[352].

Mirasçılar topluluğunda yer alanlar, terekenin tamamının değil de bir kısmının paylaşılması konusunda mutabık kalmış olabilir. Objektif kısmi paylaşmada da devir taahhüdünde bulunan, kısmen paylaşım sonucunda kendisine özgülenenleri nakletmekle yükümlüdür. Terekenin paylaşılmayan kısmı bakımından hangi değerin

---

[351] **SEROZAN,** İfa, §17 N. 11; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 901; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 813.
Açılmamış miras hakkında sözleşmenin ivazlı olarak kurulduğu olasılıkta, sözleşmedeki risklerin hemen hepsinin devir alacaklısının omuzlarına yüklendiği gözetilmelidir. Bu tür sözleşmelerde devir alacaklısı, genellikle karşı edimi miras henüz açılmamışken ifa eder. Tüm bunlar dikkate alındığında, seçim hakkının işin mahiyeti kriteri çerçevesinde, karşı edimi erkenden ifa edip sözleşmenin risklerini yüklenen devir alacaklısında olduğu sonucuna varılabilir.

[352] **SEROZAN,** İfa, §17 N. 20; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 862; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 762.
Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler, genel olarak özgülenen değerin devrini hedef tuttuğundan, paylı hak sahipliği tesis etmektense, verilen edimin paraya çevrilmesi yoluyla tatminin amaçlandığı ifa uğruna edimden bahsetmek kural olarak mümkün değildir. Şüpheli durumda ifa uğruna edimin kararlaştırıldığının kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşün, tarafların açılmamış miras hakkındaki sözleşme kurmadaki beklentileri ve menfaatleri nazara alınarak gözden geçirilmesi gerekir. Devralan taraf prensipte, tereke değeri elde etmeyi hedefler. Devralanın, elde edeceği değeri paraya çevirme bu şekilde tatmin olma gibi bir beklentisi bulunduğundan söz etmek güçtür. Üstelik satış bedeli ödeyerek bu sözleşmeye taraf olan devralan, ödediği bedeli yatırım aracı olarak görür. Tarafları sözleşme kurmaya hazırlayan rasyonel nedeneler nazara alındığında, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler bakımından, şüpheli durumda ifa yerini tutan edanın kararlaştırıldığı kabul edilmelidir.

özgüleneceği paylaşma sözleşmesi ile belirlenmediğinden, paylaşılmayan kısım için borç muaccel değildir. Dolayısıyla, objektif kısmi paylaşmaya dayalı gerçekleştirilen ifa, kısmi ifa niteliği taşımaz.

Türk hukukuna özgü bir düzenleme, açılmamış miras hakkında devir taahhüdünde bulunanın ifa etmekle yükümlü olduğu borcu hayli ilginç kılar. Bahsi geçen, TMK m. 644'te yer alan, elbirliği ile hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi düzenlemesidir. Bu hükme göre, mirasçılar topluluğunda yer alanlar, terekenin tamamı üzerindeki veya belli bir tereke değeri üzerindeki elbirliği ile hak sahipliğinin, paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini yetkili sulh hukuk mahkemesine açacakları dava ile talep edebilir. Mahkemece tayin edilen sürede, elbirliği ile hak sahipliğinin devamını haklı kılan bir sebebin ileri sürülmemesi veya paylaşma davası açılmaması halinde hâkim; elbirliği ile hak sahipliğinin, paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine hükmeder. Terekenin tamamının davaya konu edilmesi durumunda, hükmün kesinleşmesiyle tüm tereke değerleri paylı hak sahipliği rejimine tabi tutulur. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeyle taahhütte bulunan mirasçı da paylı mülkiyete konu eşyalar üzerindeki payı, diğer haklar üzerindeki hak sahipliği payını temlik etmekle borcundan kurtulur.

Kesin hükmün konusu belirli bir tereke değerinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesiyse, bu değerdeki payın temliki ile muaccel borç ifa edilmiş olur. Paylı hak sahipliği rejimine dönüştürülen tereke taşınmaz içermekteyse ya da paylı mülkiyete dönüştürülmek istenen değer, taşınmaz niteliği taşımaktaysa[353] açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ifası yeni bir tartışmayı beraberinde getirir. Açılmamış

[353] KadastroK m. Ek 3: "*Bir mirasçı, miras ortaklığından doğan elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde tapu sicil müdürü, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder. Tebligat masrafları ilgilisince karşılanır. Elbirliği mülkiyetinin devamına yönelik bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan herhangi biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde, istem konusu taşınmaz mal üzerindeki elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülerek, hissedarlık esaslarına göre mirasçılar adına tapu kütüğüne tescil edilir."* hükmüyle terekede yer alan taşınmaz üzerindeki mülkiyetin; elbirliği mülkiyeti rejiminden, paylı mülkiyet rejimine idareye başvurularak dönüştürülmesini düzenler. Halen yürürlükte olan bu hüküm, TMK m. 644'e göre farklılık içerir. KadastroK uyarınca yapılan başvuruyu alan tapu müdürlüğü de itiraz ileri sürme veya paylaşma davası açma için mirasçılara süre tayin eder. Bu süre içinde mirasçılardan biri dahi itirazda bulunursa, haklılık incelemesi yapılmaksızın sürece idare tarafından son verilir.
KadastroK. m. Ek 3 hükmünün 15.01.2009 tarihinde yasalaştığı tespit edilir. Dolayısıyla bu hüküm 4721 sayılı TMK m. 644'e göre özel hüküm niteliği taşıdığı ve TMK m. 644'ü ilga etmediği fikri kabul edilir. Bkz. **ÇABRİ,** III, N. 261 ve dn. 562'te yer verilen yargı kararları.

miras hakkında sözleşmeyle devir borcu altına giren mirasçı, bu ihtimalde taşınmaz payını sözleşmenin diğer yanına devretmekle borcundan kurtulur[354].

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin, devir alacaklısı yanında muhtemel mirasçının bulunması durumunda da sözleşmenin yalnızca borçlandırıcı işlem niteliği taşıdığı benimsenir. Diğer bir deyişle, muhtemel mirasçılar arasında kurulan, açılmamış miras hakkındaki sözleşme ayni etki doğurmaz. Devir taahhüdünde bulunan, sözleşmeden doğan borcunu paylaşma sonucu kendisine özgülenen değerleri devralanın malvarlığına geçirerek ifa eder. İfanın konusunu da genel esasa uygun olarak, özgülenen değerler oluşturur. Taraflar, mirasın açılmasının ardından ifa ve ifa konusuna ilişkin genel kabulden ayrılabilir. Bu iradeyi de açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ifası maksadıyla, miras payının devri sözleşmesi kurarak ortaya koymaları pek mümkündür. Açılmamış miras hakkındaki sözleşme ve miras payının devri sözleşmeleri, farklı edimleri konu edinir. Bu nedenle geçerli bir şekilde kurulmuş, taksim sonucu edinileceklerin devrini konu alan açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin, henüz devir borcu muaccel değilken, miras payının devrini hedefleyen sözleşme ile ifası olanak dışıdır. Doğrusu, borç muaccel değilken ifa yerini tutan eda ya da ifa uğruna edim anlaşmasının varlığından söz edilemez. Ne var ki taraflar, kurdukları ikinci sözleşme (=ayni etki doğuran miras payının devri sözleşmesi) ile birinci sözleşmeden (=borçlandırıcı işlem niteliğindeki açılmamış miras hakkında sözleşme) doğan borcu sona erdirerek, yeni bir borç yaratma iradesi taşıyorsa, yenilemenin (*novatio)* vuku bulduğu düşünülebilir[355]. Yasa, borcun yenileme sayesinde sona ermesi için açık yenileme iradesini arar (TBK m. 133). Aksi takdirde, ilk sözleşmeden doğan borç sona ermiş sayılmaz[356]. Açık yenileme iradesinden anlaşılması gereken, yenilemenin açık irade beyanları ile ortaya konması değildir. Somut olaydaki hal ve şartların değerlendirilmesiyle, tarafların yenileme

---

[354] Dikkat edilecek olursa ifanın gerçekleşmesiyle devralan, diğer mirasçılarla taşınmazı konu alan paylı mülkiyet ilişkisine dahil olur. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmedeki devir taahhüdünün karşı edimi olarak, diğer yanın bedel ödemesi kararlaştırılmışsa paylı mülkiyet ilişkisinde yer alan mirasçıların yasal önalım hakkını kullanıp kullanamayacakları, çözümlenmesi gereken bir soruya dönüşür. Peşinen ifade etmek gerekir ki, sözleşmenin her iki yanı da mirasçılardan oluşmaktaysa, ifa neticesinde paylı mülkiyet ilişkisine üçüncü kişi dahil olmayacağından yasal önalım hakkını kullanmaya yer olmaz. Şu hâlde soru; üçüncü kişiyle ivaz karşılığı kurulan, açılmamış miras hakkının devri sözleşmesinden doğan borcun konusuna uygun, taşınmaz mülkiyeti payı devretme yoluyla ifası, önalım olayı olarak nitelenebilir mi, şeklinde sorulmalıdır. Bu soruya ilerleyen kısımda, zapta karşı tekeffül bahsinde yer verildi. Bkz., aşağıda **§7, III.**

[355] **ÖNAY,** Yenileme, s. 5-7; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 1774; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 989.

[356] **ÖNAY,** Yenileme, s. 78; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 1780.

iradesini örtülü biçimde ortaya koymuş olduğu da belirlenebilir[357]. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin, devir taahhüdünde bulunan mirasçının miras payının tamamını konu edindiği olasılıkta, miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmesi devreden mirasçının mirasçılar topluluğundan çıkması sonucunu doğurur. Artık devredene özgülenecek değerden söz edilemez. Durumun hal ve şartları, örtülü de olsa tarafların yenileme iradesini ortaya koyduğunu işaret eder.

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin geçerliliği için aranan şartlara uygun olması koşuluyla, muhtemel mirasçılar arasında muhtemel miras payının devrini konu alan sözleşmelerin bağlayıcı olduğu fikri savunuldu[358]. Buna göre miras açılmadan evvel kurulan sözleşme uyarınca, devir taahhüdünde bulunan mirasçının malvarlığının aktifinde yer alan miras payını devralanın malvarlığına geçiren tasarruf işlemini yerine getirtmesi gerekir. ZGB Art. 635 ve TMK m. 677 uyarınca, mirasçılar arasındaki tasarruf işlemi adi yazılı şekle tabi tutulduğundan devir borçlusu, bu şekle uygun biçimde tasarruf muamelesini tamamlamakla borcunu ifa etmiş kabul edilir[359]. Devredenin tereke borçlarından sınırlı sorumluluğu da tasarruf işleminin gerçekleştirildiği zaman dikkate alınarak belirlenmelidir.

B. Özel Olarak: İsviçre ve Türk Yargı Uygulamaları Çerçevesinde Sözleşmeden Doğan Borcun Konusu

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerle ilgili olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın, muhtemel mirasbırakanın taraf olduğu sözleşmelere özgü içtihat geliştirdiği tespit edilir. Hemen altı çizilmelidir ki her iki yüksek yargı makamının kapsamında giren vakıalardaki sözleşmeler, miras sözleşmesi olarak nitelenmeye elverişli değildir. Vakıaların diğer bir ortak noktasını tarafların taşıdığı özelliklerden ileri gelir. Yargı uygulamasına konu olan her iki durumda da muhtemel mirasbırakanla mirasçıların sözleşmeye taraf olduğu tespit edilir.

(1) İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen uyuşmazlıkta, muhtemel mirasbırakanın sağlığında tüm muhtemel mirasçıları arasında terekenin paylaşımını konu alan sözleşmeler imzalanır. Mirasbırakan bu sözleşmelerden 27.06.1985 tarihinde kurulana katılarak imza atar. Bu sözleşmede miras açıldıktan sonra,

---

[357] **ÖNAY,** Yenileme, s. 111.
[358] Bkz. yukarıda **§3, IV.**
[359] Alman öğretisinde azınlıkta kalan *MEIER,* muhtemel miras payını konu alan açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ayni etkisinin taraflarca geciktirici koşula bağlı kılındığını, mirasın açılmasıyla fasılasız biçimde miras payının devir borçlusunun malvarlığına intikal ettikten sonra, kendiliğinden devralanın malvarlığına geçtiğini ve bu anda devredenin mirasçılar topluluğundan ayrıldığını kabul eder (StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 47-48.).

mirasbırakanın taşınmazlarından birinin (W) isimli muhtemel mirasçının adına tescil edileceği ve (W)'nin de diğer üç mirasçının her birine 20.000 CHF ödeneceği kararlaştırılır. Muhtemel mirasbırakan 1993 yılında hazırladığı vasiyetnamede, 27.06.1985 tarihli sözleşmeyi iptal ettiğini; cenaze masraflarının, (W)'nin taşınmazın bakımı için yaptığı masrafların karşılığı olarak 20.000 CHF tutarında avansın ödenmesinin ardından geri kalan mirasın eşit biçimde paylaşılması arzularına yer verir. Mirasın ve vasiyetnamenin açılmasının ardından (W), 1985 tarihli sözleşme ve 1993 tarihli vasiyetnamede yer alan taşınmazın kendi adına tescil edilmesini ve mirasın geri kalanının taksimini talep ettiği dava açar. Schwyz'de yer alan ilk derece mahkemesi (W)'nin talebini yerinde bulduğu bir karara hükmeder. Diğer mirasçıların istinaf başvurusu üzerine Kanton Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını onar ve davalılar kararı Federal Mahkeme'ye temyiz eder. Federal Mahkeme bu kararında açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerle ilgili olarak yasanın özellikle "miras" ibaresini kullandığını, "miras payı" kavramından bilinçli olarak imtina ettiğinin altını çizer. Bu nedenle Mahkeme'ye göre bu gibi sözleşmelerin konusunu genel bir oran değil; belirli tereke değerleri de oluşturabilir. Bunun yanında ZGB Art. 636'da aranan koşullar gerçekleştiği tespit edilir. Mahkeme mirasbırakanın bu sözleşmeye verdiği iznin sözleşmenin imzalanması ile somutlaştığını dikkate sunar. Mahkeme'ye göre, ZGB Art. 636 uyarınca verilen rızanın sonradan geri alınması mümkün değildir. Ancak mirasbırakan sözleşme kapsamına giren değerleri konu alan sağlararası işleme taraf olmada ve ölüme bağlı tasarrufta bulunmada serbesttir. Somut olayda, mirasbırakanın sağlararası işleme dayanarak taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmadığı, taşınmazın terekede yer aldığı görülür. 1993 tarihli vasiyetnamede, rızanın geri alınması anlamına gelen arzuya da ZGB Art. 636 anlamında yürürlük tanınamayacağına göre 27.06.1985 tarihli sözleşmeye miras paylaşma kuralı olarak riayet edilmelidir. Dolayısıyla Federal Mahkeme, (W)'nin mirasın paylaşılmasını ve taşınmazı kendi adına tescil ettirebilmesi amacıyla mahkemeden yetki talep ettiği dava sonucu varılan hükmü yerinde bulduğu sonucuna varır[360].

Güncel İsviçre öğretisi, muhtemel mirasçılar ve mirasbırakan arasında kurulan ve belirli tereke değerlerinin kime tahsis edileceğini içeren sözleşmelerin ZGB Art 636'da düzenlenen açılmamış miras hakkında sözleşme kapsamında yer aldığını kabul eder. Yine bu sözleşmelerde bulunan tahsise ilişkin hükümlerin öncelenmiş miras

[360] **BGE 128 III 163.**

paylaşma kuralı olarak değerlendirir[361]. ZGB Art. 636 hükmüne uygun biçimde kurulan ve belirli malların tahsisini hedef tutan sözleşmeden doğan borcun ifası da paylaşma kuralı nitelemesiyle uyumlu olmalıdır. Mirasbırakan tarafından paylaşma kuralının öngörüldüğü durumlarda, bu kuralın lehtarı ayni hak kazanmış olmaz. Diğer mirasçılara veya vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı ileri sürebileceği kişisel bir talep doğurduğundan söz edilir[362]. Üstelik bu yetkinin kullanılabilmesi için mirasın açılmış olması yetmez; paylaşma fazının başlamış olması gerekir[363]. Paylaşma kuralı lehtarının, paylaşma fazı başlamadan bu kuralın yerine getirilmesini talep etme yetkisi bulunmaz. Dolayısıyla açılmamış miras hakkındaki sözleşme bağlamında kurulan, muhtemel mirasçı ve mirasbırakanın yer aldığı sözleşmeden kaynaklanan nisbi hak, ancak paylaşma fazında ileri sürülebilir[364]. Mirasçılar, objektif kısmi paylaşma konusunda anlaşarak, terekenin tamamını paylaşmadan da kuralda belirtilen değerin lehtara bırakılmasına karar verebilir[365].

Federal Mahkeme'nin öncelenmiş paylaşma kuralı yorumunun; muhtemel mirasçının elde ettiği yetkinin borçlandırıcı etki doğurması ve tereke değerine ancak payın özgülenmesi ya da paylaşmanın tamamlanmasıyla kavuşma imkânı yönünden,

---

[361] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 8; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 14; OFK-**BOSSHARDT,** ZGB Art. 636, N. 2; CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 2. Yine aynı yönde **AYDINCIK MİDYAT,** s. 152. Federal Mahkeme'nin taksim kuralı öngörmediği yönünde **YILDIRIM,** İki Gelişme, s. 130.
Karar hakkında değerlendirmede bulunan *EITEL,* miras sözleşmesi şekline riayet etmese de sağlararası işlem niteliğinde yer alan ZGB Art. 636'ya uygun verilen rızanın ölüme bağlı tasarrufla geri alınamayacağı yönünde varılan sonuca karara katıldığını bildirir (**EITEL,** ZBJV, s. 914.). Yazar ayrıca, 27.06.1985 tarihli sözleşmeyle davacı (W)'nin mülkiyeti hangi koşullar altında talep edebileceğini sınırlarının net bir şekilde çizildiğini, bu sözleşmenin paylaşma kuralı olarak nitelenmesinin davacı aleyhine olabileceğini de aktarır (**EITEL,** ZBJV, s. 912.). Yazar son olarak, (W) ile muhtemel mirasbırakan arasında miras sözleşmesi kurulmuş olsaydı (W)'nin talep ettiği sonuç bakımından daha korunaklı bir durumda olacağını da yineler (**EITEL,** ZBJV, s. 917.).

[362] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 747; **ACAR,** Paylaşma Kuralı, s. 146; **AKBIYIK,** Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, s. 129-130.

[363] **ACAR,** Paylaşma Kuralı, s. 146.
İsviçre Federal Mahkemesi'nin önünde gelen uyuşmazlıkta da davacı (W)'nin terekenin taksimi ile beraber, taşınmazın tahsisini talep ettiği hatırlanmalıdır (**BGE 128 III 163, 165; EITEL,** ZBJV, s. 910.).

[364] Paylaşma fazına girilmeden, tereke değerinin kendisine tahsis edileceği düşüncesiyle tereke değerini kullanan ve ondan yararlanan mirasçı, kötüniyetli haksız zilyet dairesinde değerlendirilir. Bu mirasçıya karşı, miras sebebiyle istihkak davası yöneltilebilir.

[365] Paylaşma kuralı için yapılan açıklamalar genel olarak, bu bağlamda da yerini korur. Tarafların, paylaşma kuralını oybirliği ile devre dışı bırakabilmesi de böyledir. Farklı olarak, Federal Mahkeme'nin yürürlük tanıdığı öncelenmiş paylaşma kuralı, ölüme bağlı tasarrufta değil de sağlararası hukuki işlemde yer alır. Bu nedenle ölüme bağlı tasarruflara özgü yorum kurallarına, öncelenmiş paylaşma kuralı için başvurulamaz. Ölüme bağlı tasarrufta yer alan paylaşma kuralının yorumu hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. **ERGÜNE,** Yorum, s. 212 vd.

ZGB Art. 636'ya bağlanan genel sonuçla da büyük ölçüde örtüştüğü kabul edilmelidir[366].

(2) Hukuk uygulamamızda Yargıtay'a intikal eden vakıa grubunun odak noktasında miras açılmadan önce kurulan sözleşme yer alır. Sözleşme taraflarının, belirli bir tereke değerinin mirasın açılmasıyla birlikte mirasçılardan birine veya birkaçına bırakılmasını kararlaştırıldıkları görülür. Yargıtay, miras açılmadan evvel belli tereke değerini konu alan sözleşmelere geçerlilik atfedebilmek için bu sözleşmelerin yazılı şekilde kurulmasını ve muhtemel mirasbırakan ve mirasçıların tamamının sözleşmeye taraf olmasını arar. Sayılan gerekleri karşılayan sözleşmeyi Yargıtay, **öncelenmiş miras paylaşma** sözleşmesi olarak niteler[367]. Bilindiği üzere geçerlilik şartlarına riayet ederek kurulmuş miras paylaşma sözleşmesi borçlandırıcı etki doğurur[368]. Sözleşme kurulmasıyla hükümlerini doğursa da bu kurguda borç derhal muaccel olmaz. Borcun muaccel hale gelmesi için mirasın açılmış olması aranır. Yargıtay'ın da tereke değerini konu alan açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde mirasın açılmasına borcun muaccel sayılması sonucunu bağladığı tespit edilir. Muhtemel tüm mirasçılar ile mirasbırakanın, adi yazılı şekle uygun kurduğu

---

[366] Öğretide *YILDIRIM,* Federal Mahkeme'nin içtihadının sözleşme konusunu somutlaştırılmasının açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler için tehlike taşıdığını ifade eder. Yazar bu uygulamanın yerinde olmadığına dair kanaatini, miras açılmasından sonra tereke değeri üzerindeki pay devrinin taşıdığı olumsuzluklarla benzeştirir (**YILDIRIM,** İki Gelişme, s. 127.). Oysa, Federal Mahkeme'nin vardığı paylaşma kuralı sonucu, paylaşma safhası tamamlanmadan evvel lehtarına ayni hak kazandırıcı etki taşımaz. Devre bağlanan etki yönünden de mirasın açılmasından sonra tereke değeri üzerindeki pay devrinden ayrılır. Bu yönüyle tereke değeri üzerindeki pay devriyle kurulan benzerliğin yerindeliği tartışmaya açıktır.

[367] **Y. 2. HD., 03.04.2003 T., 2003/2492 E., 2003/4868 K.:** *Sözleşme mülkiyetin naklini amaçlamaktadır. Temliki özelliğe sahiptir. Taraflar sözleşme serbestisi içindedirler. Muhtemel miras ortaklığını, oranını, tasfiye payını dikkate alarak taksim sonunda kendisine isabet edecek kısmın intikalini amaçlamaktadırlar. Beklenen miras hakkının devredilmesinde mirasçının tüm tasfiye payı üzerinde tasarrufta bulunmasına da gerek yoktur. İşlemin tasfiye payının bir bölümünü içermesi de mümkündür. Sözleşme yapısı itibariyle geciktirici şarta bağlıdır. Bu unsur sözleşmenin bünyesinde saklıdır. İçerisinde sulh, satım, trampa, bağış gibi akitler mevcuttur. Miras bırakan* ***C. E. ölümünden önce eşi ve tüm çocukları ile birlikte 18.3.1983'te miras taksim sözleşmesi başlığı altında bir senet düzenlemişlerdir. Miras bırakanın eş ve çocukları muhtemel terekedeki taşınmazların kime ait olacağının, nasıl kullanılacağını, belirlemişlerdir. Miras paylarını kendi aralarında birbirlerine devretmişlerdir. Yapılan sözleşme, 743 sayılı Medeni Kanunun 613. maddesine uygundur.*** *Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken hukuki nitelemede yanılgıya düşüp, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır."* **(Legalbank, E.T.: 23.08.2024)**. **Y. 8. HD., 12.04.2018 T., 2015/22090 E., 2018/11254 K.:** *"Saptanan bu olgular karşısında, davacı taraf dava konusu taşınmaz tapuya tescil edildikten sonra ancak 9.6.1965 tarihinde ölen* ***ortak muris ...'ın sağlığında yapılan taksime dayanmıştır.*** *TMK.nın 676/1-3. maddesi hükmüne göre; tapulu taşınmazlara ilişkin paylaşma sözleşmesinin geçerliliği tüm mirasçıların katılımı ile yazılı şekilde yapılması ve TMK. nın 678. maddesi uyarınca da muris sağ iken yapılacak miras payı devrine ilişkin sözleşmelerde murisin bizzat imzasının bulunması halinde hukuki sonuç doğurur.* **(Lexpera, E.T.: 23.08.2024)**.

[368] **WOLF/GENNA,** s. 378; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2019, 2038; **ANTALYA,** Miras, N. 2156; **TEKELİOĞLU,** s. 123.

sözleşmede belirli tereke değerlerinin mirasçılardan birine tahsis edilmesi karara bağlanmışsa, mirasın açılmasıyla beraber külli haleflerin paylaşma sözleşmesine riayet etme borcu muaccel hale gelir. Borç, paylaşma sözleşmesine uygun ifa ile borç sona erer. Bunun için mirasçıların tamamının ya da mirasçılar topluluğunun temsilcisinin tasarruf işlemini gerçekleştirmiş olması aranır. Aynı tereke değeri birden fazla mirasçıya tahsis edilmişse, öncelenmiş paylaşma sözleşmesinde aksi yer almıyorsa, tereke değeri üzerinde miras oranları düzeninde paylı hak sahipliği tesis edilerek, borç ifa yoluyla sona erdirilebilir. Söz konusu değerin taşınmaz olması durumunda, mülkiyetin nakli için tescil isteminde bulunulması gerekir. Tescil isteminde bulunmaktan kaçınılması halinde, sözleşmenin alacaklısı konumundaki mirasçı, tescile zorlama davası aracılığıyla taşınmazın kendi adına tescil edilmesini sağlayabilir (TMK m. 716).

Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaptıkları nitelemeler ve vardıkları sonuç yan yana konulduğunda, iki kural arasındaki pratik farkın alacağın muacceliyet zamanına ilişkin olduğu göze çarpar. Her iki yüksek yargı makamı da miras açılmadan evvel belirli tereke değerinin tahsisini konu alan sözleşmeleri borçlandırıcı işlem olarak kabul eder. Federal Mahkeme'nin öncelenmiş paylaşma kuralı içtihadı, alacak hakkının paylaşma fazında ileri sürülebilmesine imkan tanır. Yargıtay'ın öncelenmiş miras paylaşma sözleşmesi içtihadı ise, mirasın açılmasıyla beraber sözleşmeden doğan borcu ifasını talep yetkisi verir.

II. İFA YERİ

İlke olarak sözleşme özgürlüğünün hakim olduğu hukuk sistemimizde, bir borcun ifa yerini taraflar serbestçe tayin edebilir. Tarafların ifanın nerde gerçekleştirileceğine yönelik açık veya örtülü iradeleri bulunmuyorsa TBK m. 89 hükmü yedek hüküm olarak devreye girer. Yasanın ifa yerinin tespitini edimin konusuna göre tasnif ettiği görülür. Yasadan hareketle öğreti; aranılacak borç, götürülecek borç ve gönderilecek borç ayrımında bulunur. Bu ayrım en büyük önemini yarar ve hasarın intikalinde gösterir[369]. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan borcun ifasının, bu kategorilere indirgenmesi gerekir.

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerden doğan borç, devir taahhüdünde bulunan mirasçıya özgülenen değerlerin tasarruf işlemi vasıtasıyla devralanın

[369] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I; N. 1044-1046; **SEROZAN,** İfa, §4 N. 11; CHK-**WULLSCHLAGER,** 2023, OR Art. 74, N. 4-9.

malvarlığına intikal ettirilmesiyle ifa edilir. Özel malvarlığı bütün olarak tasarruf işlemine konu edilemediğinden, ifa yeri bakımından değerlendirme dışı tutulmalıdır. Özgülenen her bir değer için ayrı ifa yeri belirleme zorunluluğu doğar.

Devir taahhüdünde bulunana paylaşma sonucunda paranın özgülendiği ihtimalde götürülecek borç olarak, devir alacaklısının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilmesi gerekir. Devir taahhüdünde bulunana para özgülenmemiş olmakla beraber, özgülenen değerin yerini tazminat ödeme borcu almışsa bu borç da götürülecek borç niteliğiyle alacaklının yerleşim yerinde ifa edilmelidir[370]. Devir borçlusunun temlik borcunun konusu, terekede yer alanlardan özgülenenler olarak kararlaştırıldığına göre para dışındaki edimler parça borcu olarak kabul görmelidir[371]. Parça borcu niteliği taşıyan edimlerin ifası, sözleşmenin kurulduğu sırada borcun konusu nerede bulunuyorsa orda ifa edilmelidir. TBK m. 89 f. II, b.2'de yer alan bu hükmün, açılmamış miras sözleşmelerine tatbik edilmesi hayli güçtür. Çünkü, sözleşmenin kurulduğu sırada devir konusu değerler belirli değildir. Tarafların ifa aşamasında, sözleşmenin kurulduğu safhada bunların nerede bulunduğunu araştırması oldukça külfetlidir. Zira sözleşmenin kurulması takiben; mirasın açılması, paylaşma ve özgüleme safhaları kat edilerek ifa aşamasına geçilmiştir. Üstelik sözleşmenin kurulduğu sıradaki yer hakkındaki bilgi sahibi de sözleşmenin gerektirdiği kurgu nedeniyle bu dünyayı terk etmiştir. Düzenleme her ne kadar sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yeri işaret etse de hakim öğreti, bu düzenlemeyi gerçekçi bulmadığını ifade eder. Bu görüşü savunan yazarlara göre, sözleşmenin kurulduğu sırada borcun konusunun bulunduğu yerin ifa yeri olarak kabul edilebilmesi için, borçlunun yerleşim yeri dışında konumlanan parça borcunun yerinin sözleşmenin taraflarınca biliniyor olması gerekir[372]. Sözleşmenin kurulduğu sırada taraflar bu bilgiye vakıf değilse borç, gönderilecek borç olarak muamele görmelidir. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler bakımından da yedek hüküm olarak bu esasın uygulanmasının, menfaat dengesini gözeteceği düşünülebilir. Gönderilecek borçlarda, hasara katlanma yükümlülüğü devir taahhüdünün alacaklısındadır.

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin borçlusu, para ya da parça borcu dışında alacak hakkı gibi bazı hakların devir borcu altında olabilir. İsviçre Federal

---

[370] CHK-**WULLSCHLAGER,** 2023, OR Art. 74, N. 7.
[371] **SEROZAN,** Parça Borcu, s. 216 vd.
[372] **FURRER/MÜLLER-CHEN,** s. 56-57 N. 25; CHK-**WULLSCHLAGER,** 2023, OR Art. 74, N. 8. Hasara dair yaptığı açıklamalardan hareketle aynı kanaati paylaştığı sonucuna ulaşılan diğer eser için bkz. **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 246.

Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararında, temlik senedi düzenlenmesi gibi irade beyanında bulunma borçlarının, para ve parça borcu dışındaki diğer tüm borçlar için öngörülen yerde ifa edilmesi gerektiğine hükmettiği görülür. Karar uyarınca irade beyanında bulunma borçları, borçlunun yerleşim yerinde ifa edilmelidir[373]. Açılmamış miras sözleşmesinin devir borçlusuna alacak hakkının özgülendiği durumda, temlikte bulunma borcunu kendi yerleşim yerinde ifa etmesi yeterlidir. Aynı esas, öğretinin büyük çoğunluğunda ayrılarak mümkün gördüğümüz muhtemel miras payının devri sözleşmesi için de geçerlidir. Bu ihtimalde borçlu, miras açıldıktan sonra miras payını devretmekle yükümlü tutulur ve bu yükümlülük de tasarruf işlemini hedef tutan irade beyanında bulunmakla ifa edilir. Şu halde muhtemel miras payının devri sözleşmesinin ifası da aksine düzenleme yoksa borçlunun yerleşim yerinde ifa edilmelidir.

III. İFA ZAMANI

A. Genel Olarak

Açılmamış miras hakkındaki sözleşme, kurulmasıyla hükümlerini doğurur. Meydana gelen borç ilişkisi, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları asli edimi derhal ifa etmeyi gerektirmese de koruma yükümlülükleri ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmeleri kendilerinden beklenir. Sözleşmenin konusunun imkansızlaşması ve kötü ifa eksenindeki yaptırımları gündeme getiren davranış yükümlerine aykırılıklar ifa engelleri başlığında ele alındı[374]. Ancak şu kadarı ifade edilmelidir ki sözleşmenin kurulmasıyla, taraflardan davranış yükümlerine riayet etmeleri beklenir[375]. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler için de durum aynıdır.

Asli edim yükümlülükleri merkezinde ifanın ne zaman gerçekleştirilmesi gerektiği meselesine eğilmek gerekirse, TMK m. 678 hükmünün özel bir çözüm sunmadığı tespit edilir. Bu nedenle borçların yerine getirilmesinin talep edilebileceği zaman, genel hükümlere göre belirlenmelidir. İfa zamanını düzenleyen TBK m. 90 hükmüne göre, taraflar özel bir belirlemede bulunmadıkça ya da işin özelliği

---

[373] **BGE 4A_686/2012 E. 4.3.:** *"Temyize başvuran, temlik senedi ile güvence altına alınan irade beyanının alınması ihtiyacı nedeniyle, temlik işleminin yerine getirilme yerinin temlik alanın yerleşim yerine kaydığını iddia eder. Bu kabul edilemez bir durumdur: OR Art 74 Abs. 2 Ziff. 3 uyarınca, mevcut uyuşmazlıkta öngörülen temlik sözleşmesi kurma yükümlülüğü, borçlu olan davalının ikametgahında bir temlik senedi düzenlenmesi ve verilmesi suretiyle yerine getirilmelidir. Davalının senedi kendi yerleşim yerinde düzenlemesi ve temyiz edene ibraz etmesi ya da oradan göndermesi gerekecektir."*

[374] İleride bkz. **§4, II.**

[375] **ÖZAKMAN,** s. 231; **YILDIRIM,** II, s. 280.

gerektirmedikçe her borç doğumu anında muaccel olur. Muaccel bir borç, borçlusu tarafından ifa edilebilir[376].

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde devir taahhüdünde bulunanın borcu, mirasın paylaşımı sonucunda kendisine özgülenen değerleri sözleşmenin diğer yanının malvarlığına intikal ettirmektir. Bu borcun ifası, mirasın açılmasından sonra paylaşılmasıyla mümkün hale gelir. Bu nedenle TBK m. 90 hükmünde işaret edilen hukuki işlemin özelliği ifadesi, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde yürürlük bulur. Hukuki işlemin özelliği nedeniyle borcun daha sonraki bir tarihte muaccel olacağının kabul edilebilmesi için, tarafların sözleşmeden beklentileri ve elde etmek istedikleri menfaatler gözetilerek sonuca varılmalıdır[377]. Miras payının devri sözleşmeleri genel olarak, mirasçı ya da muhtemel mirasçının miras menfaatinden öncelenmiş biçimde yararlanmasını hedef tutar. Tarafların kurduğu sözleşmedeki hukukin işlemin özelliği de bu hedef doğrultusunda anlamlandırılmalıdır. Kabaca, mirasçı ya da muhtemel mirasçının olabildiğince erken zamanda tatmin edilmesi; buna karşın alıcının ise miras haklarının devredilebilir hale geldikten sonra ifayla tatmin edilmesi bu sözleşmelerle oluşturulan menfaat dengesidir.

Devir taahhüdünde bulunanın olabildiğince erken biçimde ifayla tatmin edilmesi ise, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ivaz ödeme borcunun genel kurala uygun biçimde, sözleşmenin kurulmasıyla muaccel olması ile sağlanır. Bu nedenle devralanın karşı edimi için taraflar vade tayin etmemişse, bu borç sözleşmenin kurulması ile muaccel olur. Öte yandan devir taahhüdünde bulunanın borcunun muacceliyeti, her halde mirasın açılmasından sonraki dönemde gerçekleşir. Borçlandırıcı işlem niteliğindeki, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerden doğan özgülenen değerleri temlik etme borcunun, miras paylaşma fazının tamamlanmasıyla muaccel olacağı kabul edilir[378].

Karşılıklı borç yükleyen açılmamış miras hakkındaki sözleşmedeki edimlerin farklı zamanlarda muaccel olması, bu sözleşmelerle ifa sırası tayin edildiğini de ortaya koyar. Vadenin kararlaştırıldığı ihtimal ayrık tutulursa, devir taahhüdünde bulunan ivazın ifasını talep ettiğinde, devir taahhüdü alacaklısının ödemezlik def'inden

---

[376] **OĞUZMAN/ÖZ,** C.I, N. 994; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** s. 57 N. 27; CHK-**WULLSCHLAGER,** 2023, OR Art. 75, N. 3.

[377] **OĞUZMAN/ÖZ,** C.I, N. 1001; BK-**WEBER,** OR Art. 75, N. 85; CHK-**WULLSCHLAGER,** 2023, OR Art. 75, N. 5.

[378] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 24; **KOHLER,** s. 140, 183; **ÖZAKMAN,** s. 203; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 238.

yararlanamayacağı anlaşılır. Nitekim varılan bu sonuç, devir taahhüdünde bulunanın miras beklentisinden öncelenmiş biçimde menfaat elde etmesi amacıyla da uyumludur.

B. Terekenin Tamamının Paylaşılması Durumunda Borcun Muacceliyeti

Öğretide, devir taahhüdünde bulunanın borcunun, paylaşmanın tamamlanmasıyla muaccel olacağının ortaya konduğu tespit edilir[379]. Yapılan açıklamalar incelendiğinde, öğretinin daha çok, terekenin tamamının paylaşmaya konu edildiği durumları ele aldığı sonucuna varılır. Terekenin tamamının paylaşımı ihtimaline ek olarak kısmi paylaşım sonucu veren ihtimaller de değerlendirilmeye alınmalıdır.

Terekenin tamamının paylaşımı sözleşmeye dayalı ya da mahkeme kararına dayalı olabilir. Mahkeme kararına dayanan paylaşma, paylaşma davasında hakimin hükmünün kesinleşmesiyle gerçekleşir. Dava, yenilik doğurucu davalardandır ve paylaşma davasında verilen hüküm ayni etki doğurur[380]. Mahkeme kararı ile mirasçıya özgülenen değerler, başka bir tasarruf işlemine gerek olmaksızın mirasçının malvarlığına intikal eder. Açılmamış miras hakkında sözleşmeyle devir taahhüdünde bulunanın da borcu ifa edebilir hale gelir. Miras paylaşımının paylaşma davası aracılığıyla gerçekleştirildiği ilk ihtimalde, mahkeme kararının kesinleşmesiyle, devir taahhüdünde bulunanın tereke değerini taahhüt alacaklısına devretme borcu muaccel olur[381].

Paylaşma sözleşmesi, paylaşma davasından farklı olarak borçlandırıcı etki doğurur. Paylaşma sözleşmesinin kurulmasıyla mirasçı, payına özgülenen değerlerin devrine yönelik bir alacak hakkı kazanır. Sözleşmenin kurulduğu sırada, mirasçıya paylaşıma istinaden terekedeki hangi değerlerin bırakılacağı kararlaştırılmış olur. Ne var ki, bu değerler henüz mirasçının malvarlığına geçirilmiş değildir. Sözleşmenin borçlandırıcı etkisi nedeniyle, açılmamış miras hakkında sözleşmeyle devir taahhüdünde bulunmuş mirasçının, devir borcunun hangi anda muaccel olacağına dair iki görüşe rastlanır. Öğretide yer alan görüş, miras paylaşma sözleşmesinin imzalanmasıyla paylaşma fazının tamamlanmış olacağını, paylaşma sözleşmesinin ifasının paylaşma sürecine dahil sayılmayacağından hareket ederek devir taahhüdünde bulunanın borcunun, paylaşma sözleşmesinin kurulmasıyla muaccel olacağını kabul

---

[379] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 24; **KOHLER,** s. 140, 183; **EREN,** s. 140; **ÖZAKMAN,** s. 203; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 18; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 238.
[380] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1657; **OZANEMRE YAYLA,** s. 266; **AVCI,** s. 154; **ANTOGNINI,** N. 56.
[381] **GENÇ-ARIDEMİR**, s. 239.

eder[382]. Diğer görüş ise, miras paylaşma sözleşmesinden doğan borçların ifa edilmesiyle paylaşmanın tamamlandığını kabul eder. Bu görüşü paylaşan yazarlara göre, devir taahhüdünde bulunanın malvarlığına intikal etmiş tereke değerlerini tasarruf işlemine konu edebileceği göz ardı edilmemelidir. Tam da bu nedenle paylaşma sözleşmesinin ifasının tamamlanmasıyla, açılmamış miras hakkında devir taahhüdünde bulunanın devir borcu muaccel olmalıdır[383]. Esasında ilk görüş kabul edildiği sırada da, devir taahhüdünde bulunanın borcunu ifa etme imkanı bulunduğu görülür. Devir taahhüdünde bulunan mirasçı, miras paylaşma sözleşmesinden kaynaklanan alacağını taahhüt alacaklısına devrederek borcunu ifa edebilir. Ne var ki açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin kurulduğu sırada taahhüt alacaklısı, devir taahhüdünde bulunana intikal edecek değerleri malvarlığına devşirmeyi amaçlar. Alacağın devredilmiş olması, devralanın tereke değerlerine kavuşmasını sağlamaz. Ayrıca miras sözleşmesinden kaynaklanan alacağın temlikinin, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ifası anlamına geleceği kabul edilirse; alacağın devri önerisini reddeden, alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılır. Bu nedenle sözleşmedeki menfaat dengesini dikkate alan ikinci görüşe üstünlük tanınması yerinde olur. Miras paylaşma sözleşmesine uygun biçimde, özgülenen tereke değerlerinin tamamının, devir taahhüdünde bulunanın malvarlığına intikal ettirilmesiyle, taahhütte bulunan mirasçının devir borcu muaccel olur.

Türk hukukuna özgü, amorf paylaşım olarak nitelenebilecek diğer bir ihtimal de terekede yer alan değerlerin tamamının elbirliği ile hak sahipliği rejiminden paylı hak sahipliği rejimine tabi kılınabilmesi ihtimalidir (TMK m. 644). Mirasçılardan en az birinin başvurusu üzerine, mahkeme kararı ile terekede yer alan değerlerin tamamı paylı hak sahipliği rejimine tabi kılınırsa, devir taahhüdünde bulunan mirasçının her bir değer üzerinde serbestçe tasarruf edeceği pay söz konusu olur. Bu ihtimalde devir taahhüdünde bulunanın, her bir değer üzerindeki payı taahhüt alacaklısına devrederek ifayı gerçekleştirmesi beklenir. Nitekim borcun bu tarzda ifası da olanaklıdır. O halde terekede yer alan değerlerin tamamının paylı hak sahipliği rejimine dönüşmesi yönündeki mahkeme kararının kesinleşmesiyle, açılmamış miras hakkında sözleşmeyle taahhütte bulunanın borcunun muaccel hale geldiğini kabul etmek

---

[382] **EREN,** s. 140; **ÖZAKMAN,** s. 203.
SORU: Bu aşamada sözleşmeden doğan alacaklarını temlik etme önerisi, ifa arzı ve alacaklı temerrüdü?

[383] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 637 ZGB, N. 10b; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 239; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2071; **WOLF/GENNA,** s. 393; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 728; **SEROZAN/ENGİN,** §7 N. 62.

gerekir. TMK m. 676 f. II hükmünde yer aldığı gibi, miras sözleşmesiyle terekede yer alan değerlerin tamamının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi kararlaştırılırsa bu sözleşmeyle mirasçılar, terekede yer alan her bir değeri paylı hak sahipliği rejimine geçirmeyi birbirlerine borçlanmış olurlar. Eş deyişle, sözleşmenin ayni etkisi bulunmaz[384]. Dolayısıyla miras sözleşmesinde savunulan görüş burada da benimsenmelidir. Değerlerin tamamımın paylı hak sahipliği rejimine tabi kılınmasıyla, devir taahhüdünde bulunanın borcunun muaccel hale geleceği kabul edilmelidir.

Terekenin tamamının paylaşılmasını sağlayan yöntemlerden bir diğeri de elden paylaşmadır. Elden paylaşmada da mirasçıların tamamının anlaşması aranır. Elden paylaşmada, miras paylaşma sözleşmesinden ayrımlı olarak tasarruf işleminin de derhal tasarruf işlemi aracılığıyla gerçekleştirilir[385]. Terekenin tamamının elden paylaşılması ihtimalinde, elden paylaşmanın tamamlanmasıyla, devir taahhüdünde bulunanın borcu muaccel hale gelir.

Teknik anlamıyla paylaşma sayılması pek muhtemel olmayan bir diğer ihtimalse, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesidir. Mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarının tamamının miras reddetmesi durumunda tereke, iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda, arta kalan değerlerin red beyanında bulunmamış gibi mirasçılara bırakılacağı düzenlenir. Yasa hükmü, mirasçılara ret beyanında bulunmamış gibi muamele edilmesini öngördüğüne göre arta kalan değerler mirasçılar topluluğuna elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi biçimde bırakılmalıdır[386]. Devir taahhüdünde bulunan da mirası reddetmemiş gibi muamele görmelidir. Devir

---

[384] **ÇABRİ,** III, s. 500.

[385] Taşınmaz mülkiyetinin devri için tescile gereksinim duyulduğundan, taşınmazların elden paylaşmaya konu edilip edilemeyeceği tartışma konusudur. Öğretide bir grup yazar, mirasçıların tamamının tapu müdürlüğüne başvuruda bulunarak taşınmazın içlerinden biri adına tescil edilmesini sağlayabileceğini savunur (**ANTALYA,** N. 2154; **WOLF/GENNA,** s. 374; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2027.). *ANTALYA,* Tapu Sicil Tüzüğü'nün 20. maddesinin c bendinin, resmi şekle getirdiği istisna nedeniyle taşınmazların elden paylaşılabileceğini savunur (**ANTALYA,** N. 2156.). *WOLF/HRUBESCH-MILLAUER* ise, yazılı bir paylaşma sözleşmesi kurmamış mirasçıların tamamının tescil isteminde bulunmasının, hukuki sebebinin miras paylaşımı olarak iletilmesinin pekala elden paylaşma sayılması gerektiğini ifade eder. Yazarlar bu ihtimalde tescili istemine ilişkin gereğin karşılandığını ve mevcut durumun taşınır ve hakların elden paylaşmasından büyük fark taşımadığını ifade eder (**WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2027.).
Diğer grupta yer alan yazarlar ise, tapuda tasarruf işlemi yapılmasını vurgular ve bunun için de hukuki sebebin belgelenmesi gerektiğini hatırlatır. Hukuki sebep olarak, miras paylaşma sözleşmesi imzalanarak ibraz edilmesi gereklilik taşımaktaysa elden paylaşmadan değil, paylaşma sözleşmesine dayalı paylaşımdan söz edilmelidir. Bu nedenle tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşılması mümkün görünmemektedir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için elden paylaşma yolu açıktır (BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 634 ZGB, N. 11; **OZANEMRE YAYLA,** s. 190; **ÇABRİ,** III, s. 478.

[386] **WOLF/GENNA,** s. 96; SHK- **ROUILLER,** Art. 573 N. 15.
İflas dairesinin arta kalan değerleri, mirasçılar arasında paylaştırması durumunda şikayet yoluna başvurulması gerektiği hakkında özellikle bkz. SHK- **ROUILLER,** Art. 573 N. 15, dn. 19.

taahhüdünde bulunanın mirası ret beyanı ise, açılmamış miras hakkındaki sözleşme bağlamında ifayı da imkansızlaştırmış değildir[387]. Terekeden arta kalan değerlerin, sözleşme ya da dava yoluyla paylaşılması durumunda devir borcu muaccel hale gelir[388]. Terekenin mirasçılar ya da alacaklılar tarafından resmen tasfiye edilmesinin istendiği ihtimalde de ulaşılan sonuç yürürlüktedir[389].

C. Terekenin Kısmen Paylaşılması Durumunda Borcun Muacceliyeti

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeler bakımından, devir taahhüdünde bulunanın borcunun muaccel olacağı zaman hakkında, genel hatlarıyla "miras paylaşımının tamamlanması" anın işaret edildiği tespit edilir[390]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de, temel uyuşmazlık konusunu ifa zamanı olmadığı, bir kararında devir borcunun paylaşmanın tamamlanmasıyla muaccel olacağına işaret ettiği görülür[391]. Oysa paylaşma, kimi zaman terekenin bir kısmının paylaşılması şeklinde de gerçekleşebilir. Terekenin kısmen paylaşıldığı ihtimalde, açılmamış miras hakkında sözleşmeyle devir taahhüdünde bulunmuş mirasçının, miras oranının belli bir kısmı kendisine özgülenmiş olur. Miras oranının paylaşmaya konu kısmı, mirasçının ferden tasarruf edebileceği şekilde malvarlığına geçirilir. Ele alınması gereken mesele, devir taahhüdünde bulunanın kısmi paylaşma sonucu elde ettiklerini, devralana temlik etmesi borcunun muacceliyeti için terekenin tamamının paylaşımı beklenip beklenmeyeceğidir.

Terekenin tamamının sözleşmeyle paylaşıldığı ihtimalde, devir borcunun muacceliyet anı hakkında iki görüş bulunuyordu. Bu görüşlerden ilki paylaşma sözleşmesinin kurulması anının esas alırken, diğer görüş bu sözleşmeden doğan borcun devir taahhüdünde bulunana devredilmesi anını esas almaktadır. Öğretinin bu

---

[387] **ÖNAY,** İkame, s. 273 vd.

[388] *ROUILLER,* tasfiyeden arta kalan tereke değerlerinin paylaşımının, genel olarak paylaşma fazında karşılaşılan sorunları içermeyeceğini aktarır. Çünkü, payların oluşturulması sırasında (*die Losbildung)* nazara alınması gereken tereke borcu söz konusu değildir (SHK- **ROUILLER,** Art. 573 N. 15., dn. 19.).

[389] **WOLF/GENNA,** s. 122-123; **ÇABRİ,** II, s. 847.

[390] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 24; **ÖZAKMAN,** s. 202. *GENÇ-ARIDEMİR* de devir borcunun kural olarak, miras paylaşımının tamamlanması ile muaccel olacağını bildirmekle beraber, bu kuralın istisnasının tarafların iradesinden ileri gelebileceğini kabul eder (**GENÇ-ARIDEMİR,** s. 238).

[391] **BGE 98 II 281, 285:** *"Kanunun, henüz intikal etmemiş bir mirasa ilişkin bir sözleşmenin geçerliliğini, yukarıdaki 5. paragrafın 1. cümlesinde belirtilen nedenlerle mirasbırakanın rızasına bağlı kılması, böyle bir sözleşmenin, MK 635. maddenin 2. paragrafında düzenlenen tahakkuk etmiş bir mirasa ilişkin üçüncü bir tarafla yapılan sözleşme gibi, devreden ve devralan arasında yalnızca bu kişileri bağlayan bir sözleşme kurulu ve ayni etkiye sahip değildir. Yani mirasbırakanın miras hukuku kapsamındaki statüsü bu sözleşmeden etkilenmez. Diğer bir deyişle, miras hukuku kapsamında tarafların statüsünü etkilememekte, sadece devralana, devredene karşı,* ***taksimde devredene tahsis edilen mirasa (veya devredenin devralanın tek ortak mirasçısı veya tek mirasçısı olması halinde, mirasın tamamına) ilişkin talep hakkı*** *verir."*

tartışmaya yaklaşımı ise, devir taahhüdünde bulunanın hangi an itibarıyla tasarruf yetkisini kullanabileceğine odaklanmaktaydı. Öğretideki baskın görüşe göre, tasarruf yetkisinin kullanılabilir hale gelmesiyle devir borcu muaccel sayılmalıydı[392]. Öğretideki bu görüş, kısmi paylaşma hali için de pekâlâ takip edilebilir. Kısmi paylaşma sonucunda özgülenen tereke değeri üzerinde tasarruf yetkisinin kullanılabilmesi anı, bu tereke değerlerinin devri borcu için muacceliyet zamanı olarak nitelenir.

Açılmamış miras payının devriyle, terekeden elde edilecek değerlerin özel bir malvarlığı oluşturacağı, paylaşma tamamlanmadan önce muacelliyetten söz edilemeyeceği fikrine de karşı çıkılmalıdır. Çünkü sözleşmenin kurulduğu sırada terekede hangi değerlerin yer alacağı ve bunlardan hangisinin devir taahhüdünde bulunana isabet edeceği bile belli değildir. Dolayısıyla, terekenin tamamının paylaşılması sonucunda, intikal eden tereke değerlerinin özel bir bütünlük taşıdığı iddia edilerek paylaşma tamamlanıncaya değin ifadan kaçınılamamalıdır. Keza bu noktada, kısmi ifadan da söz edilemez. Kısmi ifadan söz edebilmek için, borcun tamamının muaccel olması ve bunun yanında borcun belli bir kesitinin ifa edilmiş olması aranır. Ele alınan ihtimalde, devir borcunun tamamı muaccel olmadığından kısmi ifaya ilişkin sonuçlar tatbik edilmez. Özellikle de alacaklının, devir taahhüdünde bulunan mirasçının kısmi paylaşma sonucu elde ettiği değerlerden mürekkep ifa arzını geri çeviremeyeceği ortaya konmalıdır. Uygun ifa arzını reddeden alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşer[393].

Terekenin kısmen paylaşımı üzerinde, devir taahhüdünde bulunana özgülenen tereke değeri üzerinde tasarruf yetkisinin kullanılabildiği zaman, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden kaynaklana devir borcu muaccel olur. Objektif kısmi paylaşma; sözleşmeyle gerçekleşmişse, miras paylaşma sözleşmesinin ifa edilmesiyle taahhütte bulunanın devir borcu muaccel hale gelir. Objektif kısmi paylaşma, paylaşma davasında verilen hükümle de gerçekleşmiş olabilir[394]. Davada verilen hüküm ayni etki taşıdığından, objektif kısmi paylaşımı içeren mahkeme kararının kesinleşmesiyle, devir taahhüdünde bulunanın borcu muaccel hale gelir. Terekede yer alan değerlerin bir kısmının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini konu alan davada, hakimin verdiği hüküm yine ayni etki taşır. TMK m. 644'e uygun verilen mahkeme

---

[392] Yukarıda **§4, I, C, 2.**
[393] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 1139; **ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK,** s. 220-222.
[394] **ERGÜNE,** Objektif Kısmi Paylaşma, s. 1084; **ANTOGNINI,** N. 26.

kararının kesinleşmesiyle, devir taahhüdünde bulunan bu değerler üzerine paylı hak sahibi haline gelir ve serbestçe tasarruf edebileceği pay söz konusu olur. O halde mahkeme kararının kesinleşmesi, devir borcunun muacceliyet anı ile örtüşür. KadastroK. m. Ek 3 uyarınca, terekede yer alan bir taşınmazın, idare tarafından paylı mülkiyet rejimine tabi kılındığı ihtimalde idari işlem tamamlandığında devir taahhüdünde bulunmuş mirasçı, serbestçe tasarruf edebileceği taşınmaz payına kavuşur. İdari işlemin tamamlanması, paylı mülkiyete ilişkin tescilin gerçekleştirildiğinde, devir borcu muaccel olur. Son olarak terekenin bir kısmının elden paylaşılması halinde, elden paylaşımın gerçekleştiği anda devir taahhüdünde bulunanın elde ettiği tereke değerini temlik etme borcunun muaccel olduğu göz ardı edilmemelidir.

D. Miras Payı Beklentisinin Taahhüt Edildiği Durumda Borcun Muacceliyeti

Muhtemel mirasçıların arasında, miras açılmadan evvel kurulmuş ve muhtemel miras payının devri taahhüdünü içeren sözleşmelere geçerlilik atfedebileceği tezde savunulan görüşler arasında yer alır. Bu sözleşmelerin geçerliliği ise, açılmamış miras hakkındaki sözleşme için aranan koşulları ihtiva etmesine bağımlı kılınmıştı.

Muhtemel mirasçılar arasında kurulan ve olasılı miras payını konu alan bu sözleşmeden doğan borcun ifası için mirasın paylaşılması gerekmez. ZGB Art. 635 ve TMK m. 677 hükmüyle, miras açıldıktan sonra miras payının mirasçılar arasında devri olanaklı görülür[395]. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin konusunu, muhtemel miras payı teşkil ediyorsa, devir taahhüdünde bulunan ve devralanın mirasçı statüsüne kavuşmasıyla borç ifa edilebilir bir hal alır. Sözleşmeye uygun biçimde miras payını devretme borcu, mirasın açılmasıyla muaccel hale gelir.

§5.AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMELERDE İFA ENGELLERİ

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden kaynaklanan, terekeden intikal etmiş değerlerin devri borcu hiç veya gereği gibi ifa edilmeyebilir. Bu kısımda alacaklı temerrüdü, borçlu temerrüdü, kötü ifa ve ifa imkansızlığına ilişkin yaptırımlar, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeye özgü sonuçlarıyla incelenmektedir. Genel

[395] Elbirliği ile hak sahipliğinde, sebestçe tasarruf edilebilir bir payın bulunduğu ancak tasarruf işleminin taraflarının yasa tarafından sınırlandığının kabul edildiği görüşler için bkz. **§1, I, C.**

eğilime riayet edilerek, alacaklının ve borçlunun etki alanından kaynaklanan ifa engellerinin ayrı başlıklarda ele alınması tercih edildi.

I. ALACAKLININ ETKİ ALANINDA GERÇEKLEŞEN İFA ENGELLERİ

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ifasına, kimi zaman alacak hakkı sahibinin davranışları engel olur. Alacaklının, kendisine uygun biçimde arz edilmiş ifayı, haklı bir sebep bulunmaksızın kabul etmekten imtina etmesi ya da alacaklının davranışları nedeniyle borcun ifasının imkânsızlaşması böyledir. Aşağıda, tereke değerlerinin devri özelinde bu başlıklara yer verilir.

A. Alacaklı Temerrüdü

Terekenin kısmen ya da tamamen paylaşımı sonucunda devir borçlusunun malvarlığına intikal eden değeri, alacaklının malvarlığına geçirme borcu muaccel olur. Borçlunun, muaccel borcun ifasına yönelmiş ifa arzının, haklı neden olmaksızın alacaklı tarafından kabulden edilmemesi ya da borcun ifası için gerçekleştirmesi gereken hazırlık fiillerini yerine getirmemesi alacaklı temerrüdüne sebep olur.

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeyle devir taahhüdünde bulunmuş mirasçı; maddi nitelik taşıyan, üzerinde zilyetlik tesis edilebilen taşınır eşyaları hâkimin belirlediği yere tevdi ederek borcundan kurtulur. Özgülenen tereke değerlerinin tevdi edilmesi mümkün değilse, tereke değerinin satılarak parasının tevdi edilmesi aranır. Terekeden intikal edilen değerin taşınmaz niteliğindeyse, devir borçlusunun tescil isteminde bulunması mülkiyet nakli için yeterlidir[396].

Çalışma konusu bakımından özellik arz eden bir durum olarak, miras açılmadan evvel muhtemel miras payının devrinin taahhüt edildiği ihtimal ele alınmalıdır. Mirasın açılmasıyla ve her iki tarafın mirasçı statüsünü taşıması kaydıyla, devir borçlusunun miras payını TMK m. 677/ZGB Art. 635 hükmüne göre devretme borcu muaccel hale gelir[397]. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ivaz karşılığı kurulması ihtimalinde, devir borcunun aranan şekle uygun biçimde yerine getirilebilmesi için her iki tarafın imzasını taşıması aranır[398]. Alacak hakkı sahibinin tasarruf sözleşmesi kurmaktan kaçınması üzerine alacaklı temerrüdüne başvurulma

---

[396] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 1164 vd.; **SEROZAN,** İfa, §12 N. 6 vd.; **ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK,** s. 242 vd.

[397] StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 45 vd. Ayrıca bkz. yukarıda **§3, IV.**

[398] Devrin ivazsız yapılması halinde, yalnızca devredenin imzasının yeterli bulunur. Buna karşın Federal Mahkeme'nin bir kararında, miras payı devrinin tereke borcundan sorumlu tutulmayı da beraberinde getirdiği ve terekenin, tereke borçlarını karşılayamadığı durumlarda devralanın imzasının da aranması gerektiğine hükmettiği hatırlanmalıdır. Bkz. **BGE 101 II 222, E.5.**

yolu tercih edilirse, devir borçlusu TBK m. 110 hükmüne dayanarak, borçlu temerrüdü hükümlerine riayet ederek sözleşmeden dönebilir[399]. Devir borçlusunun sözleşmeden dönmesi üzerine, miras payını devir alacaklısına devretme yükümlülüğü ortadan kalkar. Borçlu, miras payını bir başka mirasçıya devrederse, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ifasını imkansızlaştırmaktan sorumlu tutulamaz.

B. Alacaklının Yol Açtığı İfa İmkansızlığı

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeye izin verdiği veya katıldığı sırada, devralanın mirastan çıkarmayı haklı kılacak ya da mirastan yoksun bırakacak ölçüde davranışlar sergilemiş olduğunu bilmeyen muhtemel mirasbırakanın, bu davranışları sonradan öğrenmiş olmasının, vermiş olduğu izinde yanılma anlamı taşıdığı kabul edildi. Kişide yanılma potasına konulan bu esaslı yanılma hükümlerine göre muhtemel mirasbırakanın, izin beyanını iptal edebileceği açıklandı. Üstüne, iptal hakkının kullanılabilmesi için devralanın muhtemel mirasçılardan olmasının dahi aranmadığı belirtildi[400].

Devir taahhüdü alacaklısı bahsi geçen türden davranışları, sözleşme kurulmadan önce değil de sözleşme kurulduktan sonra sergilerse, bu davranışlara ne gibi sonuçlar bağlanabileceği izaha muhtaçtır. Devralanın muhtemel mirasçılardan olduğu ihtimalde, muhtemel mirasbırakan elbette ki mirastan çıkarma tasarrufunda bulunabilir. Fiil, mirastan yoksunluğa sebebiyet verenlerdense devralan, mirasçı statüsüne kavuşamaz. Buna karşın devralan, muhtemel mirasçılardan sayılsın sayılmasın, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan devir taahhüdünün kendisine gereği gibi ifa edilmesiyle, tereke değerleri üzerinde hak sahibi olur. Mirastan çıkarılanın, yoksun kalanın devir alacaklısı konumundan istifade ederek mirasbırakanın mallarının tadını çıkarması ihtimali, muhtemel mirasbırakan için yadırgatıcı bulunabilir. Dahası, mirasbırakan verdiği izni ya da katılımını geri alma yetkisine sahip değildir.

Mirasbırakanın yadırgatıcı bulduğu ihtimali devre dışı bırakmasının anahtarı, tasarruf serbestisi kavramındadır. Muhtemel mirasbırakan, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeye taraf değildir. Dilediği sağlararası işlem ve ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Devir taahhüdü alacaklısının menfaatine ulaşmasını engellemek isteyen muhtemel mirasbırakan, devir taahhüdünde bulunanla mirastan feragat

---

[399] Sözleşmeden dönme için gereken süre verme merasimi ve diğer detaylar için bkz. **ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK,** s. 429 vd.

[400] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 15. Detaylı açıklama için bkz. yukarda **§3, III, A, 4.**

sözleşmesi kurma yolunu tercih edebilir. Düzenleyeceği vasiyetnameyle devir taahhüdünde bulunanın atanmış mirasçılığına son vermek, mirastan çıkarma tasarrufunda bulunmak ya da miras oranını saklı pay hudutlarına çekmek de diğer olanaklardır. Dikkat edilirse bu ihtimallerin tamamında devir taahhüdünde bulunan, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin kurulduğu sıradakinden daha az mirasa hak kazanır ya da hiç mirasçı olamaz.

Sözleşme kurulduktan sonraki dönemde, miras oranının azaltılması durumu için Alman öğretisi, devir taahhüdünde bulunanın sözleşmenin kurulduğu sıradaki miras oranını taahhüt etmiş sayıldığını ve meydana gelen azalmalardan sorumlu tutulması gerektiğini kabul eder[401]. Oysa, yukarıda açıklanan ihtimalde miras oranın azaltılması ya da ortadan kaldırılmasının nedeni, devir taahhüdü alacaklısının davranışlarıdır. Yani henüz muaccel olmamış borcun, alacaklısının sergilediği tutumdur.

Alacaklının, mirastan çıkarmayı ya da yoksun kılınmayı haklı kılacak davranışta bulunması üzerine bundan haberdar olan muhtemel mirasbırakanın, vasiyetname düzenlemek suretiyle devir borçlusunun miras payını azaltan ya da ortadan kaldıran tasarrufta bulunmasının sonuçları, borçluya yüklenemez. Sözleşmenin tarafı olmayan mirasbırakanı, tasarruf serbestisini kullanmak üzere harekete geçiren alacaklının davranışıdır. Bu nedenlerden ötürü, edimin içeriğinin alacaklı aleyhine değişmesi, alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığı olarak değerlendirilebilir. Alacaklının kusurlu davranışı sonucunda ifa imkansızlığına sebebiyet vermesi durumunda, taahhüt ettiği kendi edimini aynı şekilde ifa etmesi ve borçlunun edimini ifa edememesine katlanması beklenir. Diğer bir deyişle alacaklı, borçlu borcunu ifa etmişçesine, taahhüt ediği edimi ifa etmelidir[402]. Atanmış mirasçıyla satış bedeli karşılığında, açılmamış miras hakkında sözleşme kurduktan sonra mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs eden, bu davranışı sonucunda devreden lehine yapılan vasiyetname geri alındı diye, bedel ödeme borcundan kurtulamaz. Aynı şekilde borcun konusu imkansızlaştı diye, tazminat da isteyemez. Üstelik sergilediği davranışın alacaklıya yükletilebilmesi için aranan kusur, dar ve teknik anlamıyla da kusur değildir. Alacaklının aklı başında,

[401]MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 144; BeckOGK-**SCHREINDORFER,** BGB §311b, Rn. 487; StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 76.

[402] Alman hukukunda alacaklının yol açtığı imkansızlıkla ilgili BGB §326'da özel bir düzenleme yer alır. Bu düzenlemeye göre ifayı imkansızlaştıran alacaklı edim alacağından yoksun kalmanın ötesinde karşı edimini de ifa etmelidir. İsviçre ve Türk hukukunda, ise aynı sonuca çelişkili davranış yasağından hareket edilerek ulaşılır. Borcun ifasının imkansızlaşmasına kendi davranışlarıyla yol açan alacaklı, karşı edimi ifa etmekten kaçınamamalıdır (**SEROZAN,** İfa, §13 N. 4.).

sağduyulu, ortalama bir kimse gibi hareket etmeyerek, edimin imkansızlaşmasına neden olması yeterli bulunur[403].

Varılan sonuç, açılmamış miras hakkındaki sözleşme düzenlemesinin amacıyla da uyumludur. Yasa, açılmamış miras hakkında sözleşmelerin kurulması sırasında muhtemel mirasbırakanın izni veya katılımını arayarak, aslında muhtemel mirasbırakana bir anlamıyla hürmet duyulmasına verdiği önemin altını çizer[404]. Mirasbırakan hürmet duymayan da neden olduğu sonuçlara katlanmalıdır.

II. BORÇLUNUN ETKİ ALANINDAN KAYNAKLANAN İFA ENGELLERİ

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerden doğan borcun ifası; miras açıldığı sırada devredenin mirasçı statüsünü taşımasına ve devir borcunun muaccel olmasına bağımlıdır. Bu iki gerek, yan yana durmadıkça borç gereği gibi ifa edilemez. Mirasçılık statüsünün kazanılamaması ve borcun muaccel olmasını geciktiren durumlar, çoğunlukla borçlunun etki alanında gerçekleşir. Devir taahhüdü borçlusunun hangi davranışı, hangi safhada sergilemiş olduğu ise açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan borcun ifa engelini ve buna bağlanan yaptırımı tespit etmeyi sağlar[405].

İfa engelleri ve bu engellere bağlanan yaptırım yelpazesine yer vermeden önce, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin ifa engellerine yatkınlığını artıran kırılgan noktalarını tespit etmek daha büyük önem taşır. Öyle ki kırılganlıkların aşılmasının, çatı kavram olarak miras payının devri sözleşmesinin kredi temin etme fonksiyonunu ön plana çıkaracağı düşünülmektedir.

A. İfa Engellerinin Temel Gerekçesi: Açılmamış Miras Hakkındaki Sözleşmenin Kırılgan Noktaları

Açılmamış miras hakkında sözleşmelerin taşıdığı bazı ortak özellikler, devir taahhüdü alacaklısının edime ya tamamen ya da sözleşmede kararlaştırılan koşullar altında kavuşmasını engeller. Sözleşmenin borçlandırıcı etki doğurması bu zincirin başlangıç noktasıdır. Günümüzde, Roma'da yaygın olan *real akit* sistemi terk

---

[403] **SEROZAN,** İfa, §13 N. 6.
[404] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 10, dn. 16.
[405] Çalışmada İsviçre-Türk ifa engelleri sisteminin getirdiği ayrımın takip edilmesi gereklilik arz eder. İmkânsızlık için, sözleşmenin kurulması anının belirleyici bir zaman zarfına dönüşmesi gibi, mirasın açılması da hakkındaki sözleşmelerde de mirasın açılmasından önce ve sonraki davranışlar farklı yaptırımları hak eder. Bu farklılıkların temelinde de esasında İsviçre-Türk ifa engelleri sistemi yatar. İfa engeli sistemine yönelik eleştiriler için bkz. **ATAMER,** s. 318 vd.

edildiğinden[406], sözleşmenin borçlandırıcı işlem karakteri tek başına kırılganlık nedeni olarak görülemez. Borçlandırıcı sözleşmenin kurulmasıyla, taahhütte bulunanın devir borcunun muaccel hale gelmesi arasındaki zaman farkı, edime gereği gibi kavuşma riskini ortaya çıkarır. Açılmamış miras hakkında sözleşmelerin tamamı, doğal olarak bu riski barındırır. Borçludan ifanın istenemediği bu zaman zarfı, hem borçlunun hem de muhtemel mirasbırakanın aktif ve pasif davranışlarının, devir alacaklısı aleyhine sonuç doğurmasına açıktır. Üstelik, devir taahhüdü alacaklısının bu sonuçları engelleme yetkisi de bulunmaz.

Borcun gereği gibi ifasına engel olabilecek ihtimalleri mirasın açılması anına göre tasnif etmek mümkündür. **Miras açılmadan önceki dönemde,** devir taahhüdünde bulunanın muhtemel mirasçılık statüsünü kaybetmesi risklerin başında gelir. Muhtemel mirasçının, mirastan yoksunluğuna sebebiyet veren bir davranışta bulunması, mirastan cezai çıkarmayı haklı kılacak bir davranış sergilemesi üzerine mirasbırakanın çıkarma tasarrufunda bulunması, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden kaynaklanan borcun ifasını imkânsız hale getirir. Sözleşme kurulduktan sonra muhtemel mirasçı ile mirasbırakan arasında mirastan feragat sözleşmesi kurulması da aynı etkiyi doğurur. Bu ihtimaller, devir alacaklısının sözleşmeyi kurarken amaçladığı, tereke değerine ulaşma menfaatiyle değil, tazminatla tatmin edilmesi ile sonuçlanır. Bu yönüyle, edime ulaşma bakımından kırılgan nokta teşkil eder[407].

Muhtemel mirasbırakanın açılmamış miras hakkındaki sözleşmeye taraf olmaması, malvarlığı ve terekesi hakkında serbestçe tasarruf yetkisini koruması şüphesiz ki sözleşmenin diğer kırılgan noktasıdır. Karşı edimin tayini sırasındaki bilgi asimetrisinin yanında, devir taahhüdünde bulunanın miras oranının azaltılması her zaman için ihtimal dahilindedir. Devir alacaklısının sayılan bu departmanlardaki etkisizliği, riski tamamen onun omuzlarına yükler[408].

Mirasın açılmasından sonraki dönemde de sözleşmenin ifa engellerine gebe kırılgan noktalar taşıdığı tespit edilir. Miras açıldıktan sonra mirasa ehil olan devir taahhüdü borçlusu mirasçı statüsünü kazanırken, devir taahhüdü alacaklısı mirasçılar topluluğunda yer almaz. Sözleşmenin borçlandırıcı etkisinin sonucudur, bu. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan borç, kısmi ya da objektif

---

[406] HRP-**GRÖSCHLER,** §24, Rn. 5.
[407] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 46.
[408] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 20.

paylaşmanın tamamlanmasıyla muaccel olacağından, muacceliyet için paylaşma ile ilgili adımların atılması zorunludur. Paylaşma sözleşmesi kurmaya ya da paylaşma davası açmaya yetkili olan ise, devir taahhüdünde bulunmuş borçludur. Borçlunun paylaşma sürecini başlatma konusundaki hareketsizliği ya da paylaşma müzakerelerindeki etkisizliği, alacaklının kavuşacağı edim için belirleyicidir[409].

Devir taahhüdünde bulunan mirasçının, mirası reddetmesi de devir taahhüdünde bulunanın edime kavuşmasını engelleyici mahiyet taşır. Ne var ki mirasın reddedildiği her olasılığın alacak hakkı sahibi aleyhine olduğu da düşünülmemelidir[410].

Devredenin özel nitelikli statüsünün bahşettiği yetkileri kullanmaktan imtina etmesi de edimin maksimize edilmesini engeller. Saklı paylı mirasçı statüsündeki borçlunun, tenkis davası açmaktan imtina etmesi, edimin kapsamını daraltabilecek nitelik taşır. Bu daralmaya sebebiyet veren, tamamen borçlunun hareketsizliğidir.

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin kırılgan noktaları, gereği gibi ifa bakımından risk teşkil eder. Bu riskleri minimize etmeye elverişli hukuk enstrümanlarının tespiti ya da daha iddialı bir tavırla keşfi, açılmamış miras hakkında sözleşmelere başvurma sıklığını artırabilir. Böylelikle muhtemel mirasçının, mirasın açılmasını beklemeden kredi temin etme olanağı artırılmış olur. Riskleri minimize edecek enstrümanlara geçmeden önce, ifa engelleri sonucu ortaya çıkacak yaptırımların sayılıp dökülmesi riskin çerçevesini de çizmek açısından önemlidir. Bu yüzden aşağıda, karşılaşılan ifa engeline özgü yaptırımlara, sözleşmenin de karakteri nazara alınarak yer verilir. Gerçekleştirilen faaliyet ise, TMK m. 678'te yer alan sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesine engel olan durumu TMK m. 5 köprüsünden geçirerek, TBK hudutlarında anlamlandırmak; TBK'da bu ifa engeli için öngörülen yaptırımı yeniden TMK m. 5 köprüsünden geçirerek TMK m. 678'teki menfaat dengesine uygun biçimde tatbik etmektir[411]

---

[409] Devir alacaklısının aynı mirasçılar topluluğunda yer alan diğer bir mirasçı olması ihtimalinde, alacak hakkı sahibi de paylaşma sürecini özellikle paylaşma davası açarak başlatabilme yetkisine sahiptir. Bunun yanında, paylaşma sözleşmesi ya da paylaşma davasında devir taahhüdünde bulunan lehine etkili müzakere sürdüreceğini kabul etmek güçtür. Paylaşma sürecinde çoğu zaman, alacak hakkı sahibi şapkası yerine mirasçı şapkasını takmak, devralan için daha büyük önem taşıyabilir. Bu nedenle devralanın mirasçı statüsünü taşımasının, devredenin etkili müzakere sürdürmesinde çıkarı olmadığı şeklinde yorumlanamaz.

[410] Terekenin borca batık olduğu durumda, mirasın reddedilmesinin borca aykırılık teşkil edip etmediği devir alacaklısının tereke borçlarından sorumluluğu ile ilintilidir. Bu nedenle bu kısım, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerden doğan sorumluluk bahsinde tartışmaya açıldı. Bkz. ileride **§5, II, B, 1, e.** Mirasın reddi her zaman borçlunun sorumlu tutulmasını gerektirmez. Öyle ki bazı durumlarda borcun muacceliyet zamanını erkene dahi çekebilir. En yakın mirasçıların tamamı tarafından mirasın reddedilmesi ve etkisi için bkz. geride **§4, II, B.**

[411] **ANTALYA/TOPUZ,** N. 992; **AKKANAT,** N. 195; **GÜRZUMAR,** s. 126; **ATEŞ,** s. 678.

B. Açılmamış Miras Hakkında Sözleşmede Borca Aykırılığın Görünümüne Özgü Yaptırımlar

1. Devir Borçlusunun Sorumlu Tutulabildiği İfa İmkânsızlığı

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin kurulmasıyla, devir taahhüdünde bulunanın asli edimi henüz muaccel değilse de devir borçlusundan davranış yükümlerine riayet etmesi beklenir. Kaynağını dürüstlük kuralında bulan davranış yükümleri, devir borcunun gereği gibi ifasına hizmet eder[412]. Sözleşme konusu edimin ifasının imkansızlaşmasını önleme de bu potadadır. Sözleşme kurulduktan sonraki dönemde borcun konusu, borçluya yüklenebilen bir nedenle imkansız hale gelirse ifa imkansızlığından borçlu sorumlu tutulur. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasından sonra ifanın imkansızlaşması miras hukukuna ve aile hukukuna özgü kurumlarla kesişim içindedir[413]. Statü hukukuna özgü sonuçlar, devir taahhüdünde bulunana atfedilen kusurun ölçeğinin belirlenmesi ve tazminatın hesaplanması departmanında önem arz eder. Tespit edebildiğimiz kadarıyla öğreti, miras ve aile hukukuna içkin kusur değerlendirmesini, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelere olduğu gibi yaydırma eğilimi gösterir. Bu eğilimin yerindeliği de tartışmaya açılmalıdır.

a. Devir Borçlusunun Mirastan Feragat Sözleşmesine Taraf Olması

Açılmamış miras hakkında sözleşme kurulduktan sonra, borcun ifasını imkansızlaştıran ihtimaller yakından incelenirse, mirastan feragat sözleşmesinin kurulduğu olasılık ilk olarak göze çarpar. Devir borçlusu muhtemel mirasçı ile mirasbırakan arasında, miras sözleşmesi şekline riayet edilerek kurulan mirastan feragat sözleşmesi, mirasın açılmasıyla devir taahhüdünde bulunanın mirasçı olmasını engeller. Feragat, ivaz karşılığı yapılsın ya da yapılmasın mirasçılık statüsü kazanılamaz.

Mirastan feragat, miras sözleşmesi niteliği taşıdığından devir borçlusu mirasçının iradesine ihtiyaç duyulur. Açılmamış miras hakkında sözleşmeye taraf olmuş devir borçlusunun mirastan feragat iradesi ortaya koyması, sözleşmeyi kendi kusuruyla imkansızlaştırması sonucunu doğurabilir. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin konusu, bu sonucu oluşturur. Devir taahhüdünde bulunanın borcu,

---

[412] **KOHLER,** s. 141; BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 24; **ÖZAKMAN,** s. 204; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 551; **YILDIRIM,** II, s. 280 vd.; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 252.

[413] Mirasın paylaşımı sonucunda, intikal eden değerlerin devrinin borçlu tarafından imkânsız hale getirilmesi borcun aykırılığın genel kaidelerine dahildir. Bu başlık atında genel kurallar ve sonuçlarına özel olarak değinilmemesi tercih edildi.

terekeden kendi malvarlığına intikal eden değerleri devralanın malvarlığına geçirmektir. Mirastan ivazsız feragat edenin malvarlığına intikal eden tereke değeri söz konusu değildir. Feragatin ivaz karşılığı gerçekleştiği ihtimalde, feragat eden terekeden değil sağlararası hukuki işlem vasıtasıyla muhtemel mirasbırakanın malvarlığından tatmin edilir[414]. Dolayısıyla feragat edenin kavuştuğu ivazı, açılmamış miras hakkındaki sözleşme hükümleri uyarınca devralana temlik etme yükümlülüğü de bulunmaz.

Kusura dayalı sorumluluk prensibi gereğince, şüphesiz ki devir borçlusu sorumlu tutulmalıdır. Kanımca bu senaryoda, devir taahhüdünde bulunmuş muhtemel mirasçı şapkasıyla mı, yoksa mirasbırakanla aralarındaki özel münasebet nedeniyle onun mirasından yararlanmamayı tercih eden gururlu mirasçı şapkasıyla mı mirastan feragat edildiği özel önem taşımaz. Feragat eden mirasçı, mirastan feragat sözleşmesiyle mirasbırakanın terekesinden hiçbir suretle menfaat devşirmemeyi kabul eder[415]. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeyle elde ettiği, öncelenmiş menfaat de buna dahildir. Bu nedenle devir taahhüdünde bulunanın, mirastan feragat sözleşmesi kurmayı tercih ederek açılmamış miras hakkındaki sözleşmeyi kasten imkansızlaştırıldığı sonucuna varılmalıdır.

Açılmamış miras hakkında sözleşmeden doğan borcun ifasının imkansızlaştığı anın aslında mirastan feragat sözleşmesinin kurulması anı olarak tespit edilmesi gerekir. Buna karşın feragatin hükümden düşebileceği de nazara alınmalıdır. Yasa'nın, TMK m. 529 f. II hükmüyle vaaz ettiği fiksiyon uyarınca, feragatin hükümden düşme olasılığı göz ardı edilecek düzeyde değildir[416]. En yakın ortak kökün altsoyunun mirasçılık statüsü, mirasın açıldığı sırada tetkik edilebilir. Bu nedenle çoğu zaman, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan borcun ifasının mümkün olup olmadığı, mirasın açılması anında tespit edilebilir[417]. Borcun imkansızlaşmasından sorumlu tutulan borçlunun, yaptırıma maruz bırakılması için çoğu zaman mirasın açılmasını beklemek gerekir. Bu durum, açılmamış miras hakkında sözleşmelerin, edime kavuşmanın yanında tazminata kavuşmada da kırılgan nokta barındırdığını gözler önüne serer.

---

[414] **ANTALYA,** N. 1011; **ANTALYA,** Feragat, s. 75 vd.; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 940.
[415] Belirli bir mirasçı lehine feragatte de durum farklı değildir. Bu ihtimalde de feragat eden, muhtemel mirasbırakanın terekesinden istifade etmemeyi peşinen kabul etmiştir.
[416] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 940; CHK-**HRUBESCH-MILLAUER,** ZGB Art. 496, N. 2; OFK-**STUDHALTER,** ZGB Art. 496, N. 3; **DURSUN KARAAHMETOĞLU,** s. 62 vd.
[417] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 940; CHK-**HRUBESCH-MILLAUER,** ZGB Art. 496, N. 2.

b. Devir Borçlusunun Mirastan Yoksun Kalması

Devir taahhüdünde bulunan muhtemel mirasçının, yasada mirastan yoksun kalma yaptırımına tabi kılınmış davranışları sergilemesi de açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan borcun imkansızlaşmasıyla sonuçlanır. Muhtemel mirasçının yasada öngörülmüş davranışı sergilemesi, mirastan yoksun kalması için yeterlidir. Muhtemel mirasbırakanın ayrıca ölüme bağlı tasarrufta bulunması aranmaz. Muhtemel mirasbırakanın, yoksunluğa sebebiyet veren ağırlıktaki davranışı sergileyen mirasçıyı affetmesiyle yoksunluk ortadan kalkar. Bu düzenleme nedeniyle, mirasbırakanın kasten ve hukuka aykırı bir şekilde öldürülmesi dışındaki yoksunluk sebepleri bakımından muhtemel mirasçının affedilip edilmeyeceği belirsizdir. Yoksunluğa sebebiyet veren davranışı sergileyen mirasçının, mirastan yoksun kalıp kalmadığı bazı herhalde mirasın açılması anında dahi belirli değildir. TMK m. 181 f. II hükmü bu önermenin örneğidir. Boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi durumunda, evlilik ölüm sebebiyle sona erer. Ölen eşin mirasçılarından en az birinin istemi üzerine görülmekte olan boşanma davasına, tespit davası olarak devam edilir. Tespit davasında hakim, konusuz kalmış boşanma davasına ilişkin dava malzemesinden hangi eşin daha kusurlu bulunduğuna hükmetmelidir. Hakim, sağ kalan eşin daha kusurlu olduğuna kanaat getirirse sağ kalan eş, ölenin eşin mirasçısı olamaz[418]. Görüldüğü üzere bu ihtimalde, mirastan yoksunluk miras açıldıktan daha sonra tespit edilmiş olur. Sağ kalan eş, açılmamış miras hakkındaki sözleşmedeki devir taahhüdünde bulunan tarafsa, borcun ifası da imkansızlaşmış olur[419].

Açılmamış miras hakkında sözleşme ile devir borcu altına giren muhtemel mirasçının, borcun ifasının imkansızlaşmasından sorumlu tutulabilmesi gerekir. Prensip olarak da borçlu, kendisine kusur atfedilebilmekteyse sorumlu tutulur. Öğretide evvelden de devir borcunu kusuruyla imkansızlaştıran borçlunun sorumlu tutulması gerektiği haklı olarak ifade edilmişti. Devir borçlusunun mirastan yoksun kalmaya ilişkin herhangi bir derecedeki kusuru, açılmamış miras hakkındaki

---

[418] **AKSU,** 264-268; **ERDEM/MAKARACI-BAŞAK,** s. 173-174.

[419]İsviçre hukukundaki yeni düzenleme ZGB Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2 uyarınca, boşanma davasının ortak talep üzerine açıldığı ya da eşlerden birinin iki yıldır ayrı yaşama olgusuna dayanarak boşanma davası açtığı olasılıkta, eşlerden biri görülmekte olan dava sırasında hayatını kaybederse, sağ kalan eş saklı payını kaybeder. Sağ kalan eş yasal miras payını korur; ancak onun saklı payı mirasbırakanın serbest tasarruf alanına eklenir (FamKomm-**BÜCHLER,** ZGB Art. 120, N. 13; OFK-**BRIANZA,** ZGB Art. 120, N. 5.).
İsviçre hukukuna göre, açılmamış miras hakkında sözleşmeyle devir taahhüdünde bulunan sağ kalan eşin mirastan yoksun kalması söz konusu olmadığından, devir borcunun imkansızlaştığını söylemek mümkün olmaz.

sözleşmeden doğan borcun ifasını imkansızlaştırmaya yeter[420]. Ancak eserlerde ortaya konan açıklamalardan anlaşıldığı kadarıyla, yoksunluğa sebebiyet veren kusurun ağırlığı ile borcun konusunun imkansızlaştırılmasındaki kusurun ağırlığı eş tutulmaktadır. Oysa mirastan yoksunluğa sebebiyet veren kusur derecesinin, açılmamış miras hakkında sözleşmeye doğrudan yaydırılması tartışmaya açılmalıdır. Bu tartışma, TMK m. 578 ve TMK m. 181 f. II özelinde yapılmalıdır.

Muhtemel mirasçının, TMK m. 578'te sayılan ve mirastan yoksunluğuna sebebiyet veren davranışı muhtemel mirasbırakana karşı sergilemesinin altında yatan motivasyon, daha yüksek miras oranına erişmek ya da mirasa erken kavuşmak şeklinde betimlenebilir[421]. Muhtemel mirasçı, yasada sayılan davranışları, sırf mirastan yoksun kalayım diye sergilemez[422]. Dolayısıyla muhtemel mirasçının kendi mirasçılık statüsünü ve mirasçılık oranını tahkim etme motivasyonuyla kasıtlı olarak sergilediği davranışın, açılmamış miras hakkında sözleşmeyi ihlal etme kastını barındırdığı söylenemez. Muhtemel mirasçının sergilediği davranışın ağırlığı ve aldığı risk hesaba katılacak olursa, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan borcunu ancak ağır ihmalle imkansızlaştırıldığı söylenebilir. Ulaşılan bu sonuç, devir borcunun imkansızlaşmasından yine de borçlunun sorumlu tutulmasını gerektirirken; tazminatın takdirinde indirim sebebi olarak gözetilmesine neden olur.

TMK m. 181 f. II kurgusunda ulaştığımız sonuç daha net teşhis edilebilir. Eşinden kendine intikal etmesi muhtemel miras payını devretme taahhüdü altına giren borçlunun, aile hukukundan kaynaklanan yükümlüklere riayet edip etmemeyi tercih ettiği her davranışı, açılmamış miras hakkında sözleşmeyle bağlantılı kılmak uygun nedensellik bağına ters düşer. Ayrıca boşanma davalarında hangi eşin daha kusurlu olduğu, daha dar bir biçimde boşanmaya sebebiyet veren olguların gerçekleşmesindeki kusur bakımından incelenir. TMK m. 181 f. II uyarınca, sağ kalan devir borçlusu eşin daha kusurlu olduğunun tespiti, devir borcunun kasten imkansızlaştırılması olarak yorumlanamaz. Aile hukukundaki yükümlülüklerin pek çoğunun eksik yükümlülük olduğu nazara alınacak olursa[423], açılmamış miras hakkında sözleşmeden kaynaklanan

---

[420] **ÖZAKMAN,** s. 235; **YILDIRIM,** II, s. 280.
Mirastan yoksunluğa sebebiyet veren TMK m. 578'te yer alan fiillerin kasten gerçekleştirilebileceği göz ardı edilmemelidir. **ENGİN,** Yoksunluk, s. 77.

[421] SHK- **GÖKSU/CONSTANTIN,** Art. 540 N. 1; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1258.

[422] Amacı mirastan menfaat elde etmemek olan muhtemel mirasçının elinde mirasın açılmasından önce mirastan feragat; mirasın açılmasından sonra mirasın reddi seçeneği bulunduğu unutulmamalıdır. Ne de olsa, kimseye iradesi dışında kazandırma dayatılamaz.

[423] **SEROZAN/BAŞOĞLU/KAPANCI,** s. 534

devir borcunun hafif ihmal derecesinden bir kusurla imkansızlaştırıldığı sonucunda dahi varılabilir.

Devir borçlusunun, miras açılmadan önce mirastan yoksunluğuna sebebiyet veren bir davranış sergilemesi durumunda devir borcunu imkansızlaştıracağı tartışmasızdır[424]. Ancak, borcun imkansızlaşmasındaki kusurunun derecesini kast olarak nitelemek her zaman için mümkün değildir. Tazminatın kusur derecesine uygun takdiri, devir taahhüdü alacaklısı aleyhine sonuç doğurma kapasitesi taşır.

c. Devir Borçlusunun Mirastan Çıkarılması

Devir borçlusunun, muhtemel mirasbırakana veya onun yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi ya da muhtemel mirasbırakana ya da onun aile üyelerine karşı aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmesi durumunda, muhtemel mirasbırakan düzenleyeceği bir ölüme bağlı tasarrufla devir borçlusu muhtemel mirasçısını mirastan çıkarabilir (TMK m. 510). Mirastan cezai çıkarma olarak da algılanan bu ihtimalde muhtemel mirasçı, saklı payına dahi kavuşamaz[425]. Haliyle devir borcunu ifa etmesi imkansızlaşır. Yukarıda yoksunluk bahsinde ele alındığı gibi, devir borcunun imkansızlaşması borçlunun kusurlu davranışından ileri gelir.

Mirastan yoksunluğa sebebiyet veren davranıştaki kusur derecesinin, borcun ifasının imkansızlaşmasına dair kusur derecesiyle eş tutulup tutulamayacağına dair yukarıda yer verilen tartışma, bu kez de mirastan çıkarma sebebiyle imkansızlığa taşınmalıdır. Mirastan çıkarmaya sebebiyet veren ilk neden, mirasbırakan ya da yakınlarına karşı mirastan çıkarmayı haklı kılacak ağır davranışın sergilenmesidir[426]. Bu düzenlemenin amacı, saklı paylı mirasçının mirasbırakana ve onun yakınlarına hürmet göstermesini teşvik etmektir[427]. Bu davranışı sergileyen muhtemel mirasçının, mirastan yoksunluk bahsinde anılan motivasyona da her zaman için sahip olduğu söylenemez. Mirasbırakana veya yakınına karşı ağır suç teşkil eden davranışı sergileyen mirasçının davranışının olumsuz sonuçlarının tartarak harekete geçtiği düşünülür. Miras payını edinememe ihtimali de göze alınmış ilk sonuçtur. Dolayısıyla, mirasbırakana veya yakınına karşı sergilenen davranıştaki kusurun derecesi, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ifasının imkansızlaştırılmasındaki kusurun

[424] **ÖZAKMAN,** s. 235; **YILDIRIM,** II, s. 280.
[425] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1126-1127; **ANTALYA,** Miras, N. 870.
[426] Davranışın ceza yasası anlamında suç olarak düzenlenmiş olmasının aranmadığı yönünde bkz. **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1133.
[427] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1130; **YAĞCI,** s. 30-31.

dercesine denk tutulabilir. Diğer yandan, miras oranını artırmak maksadıyla mirasbırakanın yakınlarının mirasçı olmasını engelleme amacıyla sergilenen davranışta, mirastan yoksunluktakine benzer bir motivasyon söz konusudur. Bu fiili gerçekleştirdiği sırada, muhtemel mirasçının açılmamış miras hakkında sözleşmeden doğan borcu imkansızlaştırma kastının bulunduğundan söz etmek güçtür.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesinden kaynaklanan çıkarma bakımından, bu yükümlülüklerin pek çoğunun eksik yükümlülükler olduğunun altı çizilmelidir. Yine mirasçının bu yükümlülüklere kasten de olsa önemli ölçüde aykırı davrandığı sırada, açılmamış miras hakkından doğan borcunu imkansızlaştırma kastı taşıdığını söylemek oldukça güçtür. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğe önemli ölçüde aykırı davrandığı için mirastan çıkarılan mirasçının, devir borcunun imkansızlaşmasına ihmal derecesinde kusurla sebebiyet verdiği sonucuna varılabilir. Bu da tazminatın takdiri bakımından büyük önem taşır.

Devir taahhüdünde bulunanın, mirastan çıkarıldığı prensip olarak vasiyetnamenin açılmasıyla ortaya çıkar[428]. Ancak borç, mirasın açılmasıyla imkansızlaşmış kabul edilir[429].

d. Devir Borçlusunun Ölüme Bağlı Tasarrufu Etkisiz Kılmaktan İmtina Etmesi

Muhtemel mirasbırakan hazırladığı ölüme bağlı tasarrufla, devir borçlusunun mirasçılardan sayılmasını engellemiş olabilir. Mirasçı atama tasarrufu, sebep göstermeksizin mirastan çıkarma ya da sebepte yanılarak mirastan çıkarma tasarrufu devir borçlusunun mirasçılık statüsünü devre dışı bırakan tasarruflardır. Yasa bu gibi ölüme bağlı tasarruflar karşısında, devir taahhüdünde bulunan mirasçıya kullanabileceği birtakım imkanlar tanır.

Mirasbırakan tarafından yapılan tasarrufun iptal sebeplerinden en az birini içermesi durumunda dava yoluyla iptal edilmesi yolu açıktır. Devir taahhüdünde bulunan; ölüme bağlı tasarrufun ehliyet eksikliği, şekil eksikliği, irade sakatlığı ya da koşul veya yüklemenin hukuka/ahlaka aykırılık taşıdığını tespit etmesine rağmen, iptal davası açmaktan imtina ederse devir borcunun ifasını imkansızlaştırmış olur. Dava açmama şeklinde hareketsizliğinden, sorumlu tutulur.

---

[428] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1364; Miras sözleşmesinin de aynı usulle açılacağı yönünde ayrıca bkz. N. 1366.
[429] **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 1367; **ÇABRİ,** II, s. 327.

Devir borçlusu, saklı paylı mirasçılardansa tenkis davasına başvurarak, hiç değilse saklı payına kavuşabilir. Terekenin tamamı için başka kimselerin mirasçı atandığı bu ihtimalde, devir taahhüdünde bulunan tenkis davasına başvurmaktan imtina ederse mirasçılar topluluğunda yer alamaz. Mirasçılar topluluğunda yer alamaması ise devir borcunu ifa edememesi ile sonuçlanır. Bu ihtimalde de devir taahhüdünde bulunanın hareketsizliği, borcun imkansızlaşmasından sorumlu tutulması sonucunu doğurur. Oysa kimi zaman tenkis davası açmama şeklindeki hareketsizlik, açılmamış miras sözleşmesini imkansızlaştırma kastıyla sergilenmez. Devir taahhüdünde bulunan mirasçı, mirasbırakanın son arzusuna saygı duymak amacıyla tenkis davası açmamayı tercih etmiş olabilir. Ne var ki bu tercihte de borcun imkansızlaşmasına sebebiyet veren borçlunun kastıdır.

Mirasbırakan sebep göstermeksizin, devir borçlusunu mirastan çıkarmışsa mirastan çıkarılan bu tasarrufa iptal davası aracılığıyla itiraz edebilir. Keza, ölüme bağlı tasarrufta yer alan çıkarma sebebinin hiç gerçekleşmemiş olduğu olasılıkta da çıkarılan devir borçlusunun iptal davası ile itiraz etmesi beklenir. Bu davada ispat yükü altında olan davalı, sebebin gerçekleştiğini ispat edemezse dava sonucu verilen hüküm, çıkarılan mirasçının saklı payına kavuşmasını sağlar. Diğer yandan, mirasbırakanın sebepte yanılması üzerine açılan iptal davasında, sebepte yanıldığı ispat edilirse çıkarılan davacı miras payının tamamına kavuşur. Devir borçlusu haksız yere mirasçılıktan çıkarılmasına rağmen TMK m. 512'de öngörülen davaları açmama yönünde tasarrufta bulunursa, devir borcunu imkansızlaştırmaktan sorumlu tutulur[430].

e. Devir Borçlusunun Mirası Reddetmesi

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin kurulmasından sonra, mirasın açılmasına kadar geçen süre zarfında devir borçlusu, davranış yükümlerine uygun hareket etmiş olabilir. Feragat etmemiş, yoksun kılınmamış, çıkarılmamış devir borçlusunun sözgelimi davranış kurallarına riayet yükümlülüğü, mirasın açılmasından sonra da devam eder.

Hukukumuza hâkim olan *"kimseye iradesi dışında karşılıksız kazandırma dayatılamaz"* ilkesinin, miras hukukunda yürürlük bulmasını sağlayan kurum mirasın reddidir. Miras açılmasıyla, mirasçı statüsünü kazanmış olanlar hak düşürücü süreye riayet ederek mirası reddettiğini sulh hukuk mahkemesine beyan edebilir. Mirası

[430] Alman hukukunda da aynı yönde bkz. StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 78; GrünebergKomm-**GRÜNEBERG,** 2024, BGB §311b, Rn. 144; BeckOGK-**SCHREINDORFER,** BGB §311b, Rn. 486.

reddedenler, mirasın açılması anına etkili olarak mirasbırakandan önce ölmüş olanlar gibi muamele görür. Yani bir an için dahi mirasçılık statüsü kazanmış sayılmaz. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeyle devir borcu altına giren de miras açıldıktan sonra mirasçı olmaya ehilse, ret hakkını kullanmaya muktedirdir. Öğretide, açılmamış miras hakkında sözleşmenin taraf olmaya, mirası reddetme hakkından feragat etmiş olma anlamı atfedilemeyeceği; karşıt yönde bir kabulün sözleşmeyle, ekonomik özgürlüğün hukuka aykırı biçimde sınırlandırılması anlamına geleceği ifade edilir[431].

Devir borçlusunun mirası kendi iradesiyle reddetmesi, mirasçılık statüsünün bir an için dahi kazanılamadığı sonucunu doğurur. Mirasçı olmayana da terekeden paylaşma sonucunda herhangi bir değer özgülenmez. Borçlunun mirası ret beyanı kural olarak, devir borcunun ifasını imkansızlaştırır[432]. İmkansızlığa sebebiyet veren, devir borçlusunun ret beyanı olduğundan devir borçlusu borcun imkansızlaşmasından sorumlu tutulur. Ne var ki, mirası reddetmiş olmak her zaman için sorumluluğu gerektirmeyebilir. Devir borçlusunun ret beyanında bulunması üzerine en yakın mirasçıların tamamı mirası reddetmiş sayılıyorsa, tereke resmen tasfiye edilir.

Tasfiye sonunda artanlar, en yakın mirasçılara hiç ret beyanında bulunmamışçasına bırakılır. Bırakılan değerler üzerinde elbirliği ile hak sahipliği rejimi hakimdir ve mirasçılar topluluğunun özelliği gereği paylaşılması gerekir. İşte bu ihtimalde ret beyanında bulunan devir borçlusunun, devir borcunu imkansızlaştırdığı söylenemez. Dolayıyla devir borçlusunun sorumluluğu da söz konusu olmaz. Sözün özü, mirasın reddinin her durumda kategorik olarak borca aykırılık sonucuna vardığını ifade eden indirgemeci tavra, mesafeli yaklaşılmalıdır.

f. Yaptırım ve Yaptırımın Taşıdığı Kırılgan Noktalar

Sözleşmenin kurulmasından sonraki evrede meydana gelen ifa imkansızlığından sorumlu tutulabilen borçlu, tazminat yaptırımı ile karşılaşır. Borçludan, ifa imkansızlığı yüzünden oluşmuş tüm zararları gidermesi beklenir. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin, zararın çerçevesinin belirlendiği an ve tazminatın takdiri bakımından taşıdığı özellikler, her zaman için alacak hakkı lehine sonuç doğurmayabilir.

Devir borçlusunun, açılmamış miras sözleşmesindeki borcunu imkansızlaştırdığı sonucuna varılan an prensipte mirasın açılması anıdır. Borcu

---

[431] **YILDIRIM,** II, s. 287.

[432] *YILDIRIM,* devir borçlusunun ret beyanında bulunmasının ifa etmeme sayılacağını ortaya koyarak, olumlu zararın tazminini talep edebileceğini ifade eder (**YILDIRIM,** II, s. 287).

imkansızlaştıran davranış, mirasın açılmasından önce sergilenmişse de mirasbırakanın mirasçıyı affedip etmediği ya da çıkarma tasarrufunda bulunup bulunmadığı mirasın açılmasından sonra ortaya çıkar. Borcun hangi anda imkansızlaştığını tespit etmek ise, zamanaşımının başlangıç anı için önemlidir. Mirastan yoksunluk özelinde, yoksunluğa sebebiyet veren davranışın sergilenmesinin yanında mirasbırakanın affetmemiş olması da arandığından, bu iki olgunun yığışması en erken mirasın açılmasında mümkün olur. Mirastan yoksunluk nedeniyle kusurlu ifa imkansızlığında, tazminat borcu için zamanaşımının başlangıcı mirasın açılması anı olmalıdır. Mirastan cezai çıkarmada, çıkarmayı haklı kılan davranışın sergilenmesi ve mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş olması davranışlarının yığışmasıyla devir borcu imkansızlaşır. Ölüme bağlı tasarruf, mirasın açılmasıyla etki saçacağından imkânsızlık, mirasın açılması anına denk düşer. Mirasın reddinde, devir borçlusunun mirası reddi mirasın açılması anına etkili sonuç doğursa da devir borcunu imkânsızlaştıran eylem, mirasın açılmasından sonra gerçekleşmiştir. Bu nedenle ret beyanında bulunulan tarih nazara alınarak zamanaşımı süresi hesap edilmelidir. Devir borçlusunun, kendi aleyhine düzenlenmiş ölüme bağlı tasarrufun iptali ya da tenkisi davası açmadığı ihtimalde ise iptal ve tenkis için öngörülen hak düşürücü sürelerin hareketsiz geçirildiği an itibarıyla imkânsızlık saptanır. Zamanaşımı da bu ana göre hesaplanır. Görülüyor ki devir borçlusunun sergilediği ve borca aykırılığa yol açacağı bariz davranışların, herhangi bir ifa engeline başvurmayı gerektirip gerektirmediğini saptamak dahi zaman alır. Bu gerçek de devir alacaklısının tazminata erişmesini geciktiren faktördür. Neyse ki öğretide bugün için borçlunun sorumlu tutulduğu ifa imkansızlığında tazminatın asıl edimin yerini aldığı kabul görür ve tazminat borcunun imkansızlığın saptandığı andan itibaren on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi tutulması kabul görür[433].

Devir borçlusunun borcunu imkansızlaştırması üzerine tazminatın kapsamının nasıl belirlenmesi gerektiği de sorular barındırır. Zararın fark teorisi ışığında hesaplandığı düşünülecek olursa, sözleşmeye aykırılık edilmemiş olsaydı alacaklının malvarlığının farazi durumu ile devir alacaklısının güncel malvarlığı arasındaki bilanço açığı, tazminata denk düşer[434]. Alacaklının malvarlığının farazi durumunun

[433] **SEROZAN,** İfa, §16 N. 3; **ERDEM,** Zamanaşımı, s. 42-44. Asıl borcun imkânsızlaşması sonucunda doğan tazminat borcunun yeni bir borç olduğu ve bu borç için genel zamanaşımı süresinin tatbik edilmesi yönünde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 1479.

[434] Miras payının devrini konu alan işlemlerde, devir taahhüdünde bulunan (muhtemel) mirasçının, mirasın intikalinden ya da paylaşımından önce tatmin edilme menfaati asıl olduğundan, devir alacaklısı prensip olarak edimini daha önce ifa etmiş olur. Bu prensipten hareket edilirse, borcun kusurlu imkansızlaştırılması halinde mübadele teorisinin uygulanmasının da önünde bir engel bulunmaz.

hangi an baz alınarak ve nasıl hesaplanacağı tartışılmalıdır. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmede devir borçlusu, tasfiye sonucu özgülenen değerleri alacak hakkı sahibinin malvarlığına intikal ettirmekle borcunu ifa eder. O halde alacaklının malvarlığının farazi durumu, bu durum baz alınarak hesaplanmalıdır, denebilir[435]. Devir borçlusunun elde etmesi beklenen miras oranına eş oranda paya sahip mirasçıya, paylaşma tamamlandıktan sonra intikal eden değerler, zararın hesaplanmasında dikkate alınmalıdır[436]. Şu halde devir alacaklısının tazminata kavuşması, edime kavuşmada olduğu gibi paylaşmanın tamamlanmasıyla mümkün olur. Devir alacaklısından, yaptırım çıkarına da geç ulaşmayı tolere etmesinin beklendiği söylense yeridir.

Yukarıda devir borcunun imkansızlaşmasına neden olan vakıadaki kusurun, her zaman için borca aykırılıktaki kusur derecesiyle aynı tutulamayacağı ihtimaller, örneklerle ortaya kondu. Sözgelimi yoksunluğa sebebiyet veren kast, devir borcunun ifasını ağır ihmalle imkansızlaştırma anlamına gelebiliyordu. Tazminat belirlenirken borcun imkansızlaşmasındaki kusurun derecesi dikkate alınır (TBK m. 114 f. II atfıyla, TBK m. 51 f. I). Kusur derecesinin kast olarak tahlil edilemediği durumlar, indirim sebebi teşkil edebilir[437]. Devir alacaklısı; aile ve miras hukukundaki statülerin nazara alınması nedeniyle, tenkis edilmiş tazminatla tatmin olmaya razı gelmelidir.

Devir borçlusunun, mirasçılık statüsünü kazanmayı da imkansızlaştırdığında aynen tazmin kapısı da kapanmış olur. Artık, devir borçlusu mirasçıya hangi tereke değerlerinin özgüleneceğini tespit etmek de söz konusu değildir. Bu nedenle devir alacaklısı, ancak nakden tazminatla tatmin edilebilir. Nakden tazmin yolu ise, açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin belirli malvarlığı değerlerine ulaşmaya aracılık eden yatırım fonksiyonunu yarı yolda bırakır.

Beklenen miras payının devrinin taahhüt edildiği olasılıkta, mirasçılık statüsünün borçluya yüklenebilen nedenlerle kaybı da borçluya yüklenebilen imkansızlıkla sonuçlanır. Bu ihtimalde devir konusu, miras payı olduğundan zararın

---

Hesabın hangi metoda uygun yapılacağının alacaklının seçimine bağlı olduğu kabul edilir (**SEROZAN,** İfa, §16 N. 12).
Alman hukukunda da imkansızlık nedeniyle tazminat yaptırımının devreye gireceği yönünde ayrıca bkz. StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 73; GrünebergKomm-**GRÜNEBERG,** 2024, BGB §311b, Rn. 74.

[435] Hesaplamaya yoksun kalınan kar ve refakat zararları da dahil edilir (**SEROZAN,** İfa, §16 N. 5a.).

[436] Devir borçlusunun muhtemel miras oranına eşit oranda miras payı edinen mirasçı bulunmuyorsa; tercihen devir borçlusunun yer aldığı zümrede yer alan, mirasçının edindiklerini oranlama suretiyle de zarar saptanabilir.

[437] **SEROZAN,** İfa, §16 N. 8.

hesaplanması için paylaşım aşamasının ikmal edilmesi beklenmez. Fiktife tereke nazara alınarak zarar hesaplanabilir. Kusurun zararın takdirindeki etkisi ve nakden tazmin, beklenen miras payının devri borcunun kusurlu imkansızlığı için de kırılgan nokta olarak kabul edilir.

2. Devir Borçlusunun Sorumlu Tutulmadığı İfa İmkansızlığı

Açılmamış miras sözleşmesi kurulduktan sonra, devir borçlusu kendisine yüklenemeyen nedenlerden ötürü, mirasçılık statüsünü kazanamayabilir. Ön zümrede mirasçının türemesine yol açan doğum, tanıma ya da evlat edinme bu nedenlerin başında gelir. Bu ihtimallerin meydana gelmesinden borçlu prensip olarak sorumlu tutulamaz[438].

Devir taahhüdünde bulunanın, muhtemel mirasçından önce öldüğü ya da gaipliğine hükmedildiği olasılıkta da açılmamış miras hakkında sözleşmeden doğan borç imkansızlaşır. Bu önerme karşısında, devir taahhüdünde bulunanın mirasçılarının neden devir borcunu ifa etmekle yükümlü olmadığı sorusu yöneltilebilir. Bu sorunun cevabı oldukça yalındır. Açılmamış miras hakkında sözleşmeyle devir taahhüdünde bulunan, mirasbırakanın terekesinden kendi malvarlığına özgülenen değerleri devretme borcuna altına girer. Muhtemel mirasbırakandan önce ölümde, mirasbırakanın terekesinden devir borçlusunun malvarlığına herhangi bir değerin özgülenmesi olasılığı sıfırlanmıştır[439].

Devir taahhüdünde bulunan muhtemel mirasçının, mirasbırakanın eşi statüsünü taşıması da pek olağandır. Devir borçlusu ile mirasbırakan arasındaki evlilik birliği boşanma ile sona ererse, devir borçlusu yasal mirasçı statüsü kazanamayacağı gibi, aksi anlaşılmadıkça ölüme bağlı tasarruftan da yararlanamaz[440]. Devir borçlusu, boşanmaya hükmedilen davada daha kusurlu addedilmişse devir borcunu imkansızlaştırmada kusurlu bulunur mu? Açılmamış miras hakkında sözleşmeden doğan borcun imkansızlaşmasından devir borçlusunun sorumlu tutulup tutulamayacağını belirleyen kusur, dar ve teknik anlamıyla sorumluluk hukukuna özgü bir nitelik taşır[441]. Boşanma davasında takdir edilen kusur ise, boşanmaya sebep olan vakıalara ilişkindir[442]. Boşanma davasındaki, dava malzemesi nazara alınarak takdir edilen kusurun, mirasçılık statüsünün kaybına teşmil edilmesi mümkün

[438] **YILDIRIM,** II, s. 281.
[439] StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 74.
[440] **ERDEM/MAKARACI-BAŞAK,** s. 172-173.
[441] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, N. 152 vd.; **BAYSAL,** s. 64.
[442] **ERDEM/MAKARACI-BAŞAK,** s. 102; **DURGUN ARSLAN,** s. 123.

görünmemektedir. Aksi yönde kabul, açılmamış miras hakkında sözleşmenin, neredeyse evlilikten doğan yükümlülüklere aykırı davranmama borcu yüklediğini söyletir. Borçlunun, sırf devir borcunu imkansızlaştımak için boşanmaya sebebiyet verecek davranışta bulunması halinde sözleşmeden doğan borç, borçluya yükletilebilecek nedenle imkansızlaşmış sayılmalıdır.

Devir borçlusunun mirasçılık statüsünü kaybetmiş olduğu, yine prensip olarak mirasın açılmasıyla tespit edilir. Ön zümrede yer alanlar, mirasçılık statüsünü kazanamayabileceği gibi, devir taahhüdünde bulunan mirasçı atanmış olabilir.

Devir borçlusunun, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan borcunun, mirasçılık sıfatını kendisine yüklenemeyen nedenlerle kaybı nedeniyle imkansızlaşması durumunda borç sona erer. Sözleşme dolayısıyla elde etmiş olduğu karşı edimi ise, devir taahhüdü alacaklısına iade etmelidir[443]. Borçlunun sorumlu tutulmadığı ifa imkansızlığı neticesinde iade yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilseydi sözleşme, talihe ve tesadüfe bağlı sözleşme karakteri taşırdı. Oysa açılmamış sözleşmelerde tesadüfi tek öge, devrin konusundadır. Zira hangi değerlerin devir borçlusuna özgüleneceği, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemez[444].

Muhtemel miras payının devrini konu alan açılmamış miras hakkında sözleşme için de aynı esaslar yürürlük bulur[445]. Bunun yanında bir mesele daha bu başlıkta açıklığa kavuşturulmalıdır. Muhtemel miras payının devrini hedef tutan açılmamış miras hakkında sözleşmenin her iki tarafı da muhtemel mirasbırakanın mirasçısı olacaklarına duydukları inançla bu sözleşmeyi kurar. Devir alacaklısının gerek sorumlu tutulabildiği, gerekse tutulamadığı bir nedenden ötürü mirasçılık statüsünü kazanamaması, devir borcunun ifasını imkansızlaştırır. İmkansızlıktan da devir borçlusu sorumlu tutulamaz. Bu ihtimal için de TBK m. 136 hükmü çerçevesinde iade gündeme gelir.

---

[443] Kusursuz ifa imkansızlığında yasanın sebepsiz zenginleşme hükümlerine yaptığı atfa yüklenmesi gereken anlam için bkz. **SEROZAN,** İfa, §15 N. 10. Alman hukukunda ise ağırlıklı görüşün sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasından yana olduğu bildirilir. Hakim görüş, borca aykırılığa dayanan iade istemini savunanları, açılmamış miras hakkındaki sözleşmelerin taşıdığı spekülatif yönü görmezden gelmekle eleştirir. Bu yönde bkz. StaudingerKomm-**SCHUMACHER,** 2018, BGB §311b, Rn. 42; MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 144; GrünebergKomm-**GRÜNEBERG,** 2024, BGB §311b, Rn. 74.

[444] Sözleşmenin talihe ve tesadüfi sözleşme niteliği taşımadığı yönünde bkz. StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 48. Sözleşmenin talihe ve tesadüfe bağlı sözleşme özelliğinin ağır bastığı yönünde **YILDIDIM,** II, s. 284.

[445] StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 48-49: Muhtemel miras payı devrinin ayni etki doğurduğunu kabul eden *MEIER* de mirasçılık statüsünün kazanılamamasının borcu sona erdireceğini ifade eder.

3. Devir Borçlusunun Temerrüdü

a. Genel Olarak

Mirasın açılmasıyla, devir borçlusunun da aralarında bulunduğu birden fazla kişi mirasçı statüsünü kazanmışsa, devir borcu mirasın kısmen ya da tamamen paylaşılmasıyla muaccel olur. Devir borçlusunun, mirasbırakanın yegane mirasçısı olduğu durumda paylaşma fazına gereksinim duyulmayacağından, mirasın açılmasıyla borcun muacceliyet aynı ana denk düşer. Her iki durumda da devri borcu muaccel hale gelse de devir borcunun ifa zamanı belirsizliğini korur. Borçlunun muaccel devir borcunu ifa etmemesi durumunda, devir alacaklısının borçluya ihtarda bulunarak, borçlu temerrüdüne düşürmesi gerekir[446]. Devir borçlusunun temerrüde düşmesi, nitelikli gecikmeden kaynaklanan tazminatın ödenmesini ve ağır risk sorumluluğunu beraberinde getirir. Borçlu temerrüdünün genel sonucudur bu. Yine, devir borçlusuna terekeden özgülenen eden değerler arasında para yer alıyorsa, borçlu temerrüdünün para borçlarına özgü sonucuna devir borçlusu riayet etmelidir. Temerrüt faizini ödemesi ve gerektiği durumda aşkın zararı tazmin etmesi devir borçlusundan beklenir. Taraflar arasında, muhtemel mirasbırakanın terekesinden özgülenecek değerlerin bağışlanması kararlaştırılmışsa TBK m. 294 hükümleri nazara alınarak borçlunun sorumluluğu belirlenmelidir[447].

Açılmamış miras hakkındaki sözleşmenin ivazlı bir sözleşme olarak kurgulandığı olasılıkta, borçlu temerrüdünün her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin sonuçlarından devir alacaklısı yararlanabilir. Yani yasada düzenlenen merasime riayet etmek kaydıyla, aynen ifadan vazgeçerek tazminat ödenmesini talep edebilir ya da sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazminini talep edebilir. Aynen ifadan vazgeçilerek olumlu zararın tazminin talep edildiği ihtimalde zararın kapsamını belirlemek, imkansızlıkla kıyaslandığında görece kolaydır. Nitekim bu aşamada, devir borçlusuna intikal eden değerler belirlidir. Özgülenmiş değerler üzerinden zarar saptanabilir. Sözleşmeden dönerek olumsuz zararın talep edildiği ihtimalde, açılmamış miras hakkında sözleşme hâkim görüş uyarınca tasfiyeyi hedef tutan bir sözleşme ilişkisine dönüşür. Taraflar sözleşme sayesinde elde ettiklerini iade yükümlülüğü altındadır. Buna ek olarak devir alacaklısı, açılmamış miras hakkında sözleşmeyi kurmak için yaptığı masraflar ve kaçırdığı sözleşme fırsatları olumsuz zarar olarak

---

[446] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 40.
[447] **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 293.

talep edebilir. Bunun başında, sözleşmenin kurulması ve mirasbırakanın katılımı veya iznin alınması için yapılan noter, yazışma masrafları gelir. Keza, tereke değerlerinin paylaşma sonucunda devreden mirasçıya özgülenmesi için ödenmesi gereken intikal vergisinin devralan tarafından finanse edilmesi öngörülmüşse bu tutarlar da olumsuz zarar kategorisi altında talep edilebilir. Bunun yanında, kaçırılmış sözleşme fırsatları nedeniyle uğranan zararın tazminin önünde teoride engel bulunmaz. Ancak, bilindiği üzere kaçırılan fırsatların gerçekçi biçimde ispat edilmesi gerekir. Başkaca bir kimsenin daha uygun koşullar içeren açılmamış miras hakkında sözleşme teklifinde bulunmuş olması yetmez, teklifte bulunanın muhtemel mirasçısının da sözleşmeye ılımlı yaklaştığının ispatı gerekir. Aksi durumda, somut ve gerçekçi bir teklifin kaçırıldığı söylenemez. Ancak, aynı mirasbırakanın başka bir mirasçısının, sözleşmenin kurulması safhasında örneğin daha düşük satış bedeli karşılığında, terekeden kendisine özgülenecek değerleri devretme taahhüdünde bulunduğu durumunda kaçırılmış fırsatın varlığından söz edilebilir. Bu nedenle açılmamış miras hakkında sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkını kullanmak, devir alacaklısının genel hükümlerde öngörülen tüm olanaklardan istifade etmesini hayata geçirmeye yetmez.

Devir borçlusu, kendisine özgülenen değerlerin bir kısmını devir alacaklısının malvarlığına geçirmişse, bu kısım için borç ifayla sona ermiş demektir. İfa edilmeyen kısım için ise kısmi temerrüt hükümlerine başvurulması gereklilik arz eder. Her iki tarafa borç yükleyen açılmamış miras hakkında sözleşmeler özelinde, devir alacaklısının seçim hakkını kullandığı olasılıkta aynen ifadan vazgeçilerek tazminat talep edilmesi ya da sözleşmeden dönülmesi halinde, bölümsel yaptırımlar devreye sokulur[448].

b. Paylaşmayı Gerçekleştirme Borcunun İfasında Borçlu Temerrüdü

Yukarıda sayıp dökülenlerin tamamı kısmen de olsa paylaşmanın gerçekleştiği durumlar için geçerlidir. Zira, tereke paylaşılmazsa, devir borcu muaccel olamaz. Şu halde borçlunun, paylaşmayı geciktirmesinden sorumlu tutulup tutulamayacağı da akıllarda yer edinir. Paylaşma fazını ikmal etmek de açılmamış miras hakkında sözleşmelerin ifası için elzemdir. Şu halde mirasçılardan olmayan devir alacaklısının paylaşımı tetiklemesi gündeme gelebilir mi? Kendisine özgülenecek değerleri

[448] **SEROZAN,** İfa, §17 N. 24; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 1739 vd. Alman hukuku için aynı yönde bkz. StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 73.

devretme borcu altına giren, esasında paylaşmayı da taahhüt etmiş demektir. O halde paylaşmayı yerine getirmeyen devir borçlusuna, paylaşmayı gerçekleştirme borcu için ihtarda bulunulması ve bu borç için temerrüde düşürülmesi imkan dahilindedir. Ancak ne var ki, paylaşmayı gerçekleştirme borcunun aynen ifası da paylaşma davası açma ya da paylaşma sözleşmesi kurma yönünde irade beyanında bulunmayı gerektirir.

Paylaşma gerçekleşmediği müddetçe devir borcu muaccel olmaz; devir borcu muaccel olmadıkça da ifa talep edilemez. Muacceliyetin anahtarını, elinde tutanın devir borçlusu olduğunu söylemek, giz perdelerini aralama anlamı da taşımaz. Muacceliyetin, devir borçlusuna bu denli bağımlı olması nedeniyle, muacceliyetin devir borçlusunun hareketsizliği nedeniyle askıda kalması durumu TBK m. 175 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla aşılabilir. Nasıl ki bir kimse bir koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı engellerse, koşul gerçekleşmiş sayılırsa; devir borçlusunun muacceliyeti askıya alan dürüstlük kuralına aykırı hareketsizliği de borcun muaccel sayılması sonucunu sağlayabilir. TBK m. 175 hükmünün kıyasen uygulanmasına cevaz verildiği ihtimalde, yine de paylaşma tamamlanmadığından, TBK m. 124 f. I, b. 1 uyarınca ek süre verilmesi gerekmeden zararın tazmini ya da dönme yolu devir alacaklısı tarafından seçilebilir.

Devir alacaklısı, sözleşmenin aynen ifasından beklediği ifa menfaatine kavuşmak istiyorsa yine de paylaşmanın tamamlanmasını beklemek durumundadır. Bu noktada paylaşmayı gerçekleştirme borcunun ifasında temerrüde düşen borçlunun yerine, irade beyanına hükmetme yoluyla paylaşma davasının yürürlüğe konulup konulamayacağı detaylı biçimde incelenmelidir[449].

c. Muhtemel Miras Payı Taahhüdünde Borçlu Temerrüdü

Sözleşmenin konusu olarak muhtemel miras payı devrinin kararlaştırıldığı durumda, sözleşmenin aynen ifası, irade beyanında bulunma borcunun ifasıyla sağlanabilir. Borçlunun irade beyanında bulunma borcunu ifa etmekten kaçınmasını aşmak, borçlunun irade beyanına mahkeme kararıyla hükmedilmesiyle aşılıp aşılamayacağı incelenmelidir[450]. Böyle bir sorunla baş başa kalmak dahi, açılmamış miras hakkında sözleşmelerde edime kavuşma bakımından kırılganlık taşır.

---

[449] Devir taahhüdünde bulunanın paylaşmaya ilişkin yetkilerini kullanmaması durumunda, devir alacaklısına paylaşmaya ilişkin herhangi bir güvence verilemeyeceği yönünde bkz. SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 19.

[450] Kırılganlıkları aşmaya yarayan enstrümanlardan irade beyanına hükmedilmesi ihtimali için bkz. **§6, V.**

4. Devir Borçlusunun Kötü İfası

Devir borçlusunun borcu kimi zaman imkansızlaşmasa ya da nitelikli biçimde gecikmese de yerine getirdiği ifa, borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması sonucunu doğurur. Özellikle yan edim yükümüne aykırı davranmak suretiyle borcun gereği gibi ifa edilmediği durumlarda kötü ifası söz konusudur. Devir borçlusu kötü ifadan sorumludur.

Açılmamış miras hakkında sözleşmelerdeki devir taahhüdü dikkate alındığında, devir borçlusunun miras payını ve miras payına denk düşen değerleri maksimize etme borcunun bulunduğu kabul edilmelidir. Bu borca sözleşmede açıkça yer verilmese de dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin amacından ve menfaat dengesinden, borçlunun söz konusu yükümlülüğü örtülü olarak kabul ettiği sonucuna varılır. Öğretiye bugün için hakim olan bu görüşe göre devir borçlusunun; aleyhe ölüme bağlı tasarruf hakkında iptal davası açması, tenkis davası açması, denkleştirme isteminde bulunması, muvazaa davası açması ve paylaşma sözleşmesi müzakerelerini devir alacaklısına zarar vermeyecek şekilde yürütmesi, gereği gibi devir borcunun ögeleridir. Mirasın açılmasıyla beraber gündeme gelen bu yükümlülüklere riayet etmeyerek, alacak hakkı sahibinin elde edeceği menfaati azaltan devir borçlusu tazminat ödemekle yükümlü olmalıdır[451]. Devir borçlusunun tazminat ödemekle yükümlü tutulması, kötü ifaya bağlanan yaptırımla da örtüşür[452].

Doğrusu, açılmamış miras hakkında sözleşmenin karşı edimini bedelin oluşturması halinde devir taahhüdünü maksimize etmeye yardımcı yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması ayıplı ifa olarak nitelenebilir. Anılan yükümlülükler, sözleşmenin dürüstlük kuralı uyarınca yorumlanmasından türetilmiş olup devir konusundan beklenen objektif özelliklerin sınırında kalıp kalmadığını belirlediğinden, edimden beklenen lüzumlu niteliği tasvir eder[453]. Devir taahhüdünde bulunanın tenkis

---

[451] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 17; **GUILLAUME,** s. 313; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 9; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2050; **TOUR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP,** §86 N. 13.
Alman öğretisinde *MEIER*, sözleşmenin yorumlanmasından hareket edilmesi gerektiğini ifade ederek, devir borçlusunun hareketsizliğine tazminat yaptırımının bağlanması gerektiğini savunur. Ancak yazar burada bir ayrıma gider. Şayet miras oranındaki azalma, ölüme bağlı tasarruf sınırları içinde kalıyor olmasına rağmen borçlu fazlasını taahhüt etmişse, örneğin sözleşmede yasal miras oranı yer almasına rağmen, borçlu saklı paya hak kazanmışsa bu gibi durumlarda borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmamalıdır (StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 77.).
Türk hukuku bakımından da *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,* bahsi geçen yükümlülere riayet edilmesi gerektiğinden yanadır. Yazar'ın tenkis özelinde ortaya koyduğu açıklamalar, diğer yükümlülüklere de pekâlâ yaydırılabilir (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Miras, s. 551).
[452] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 972-973; **SEROZAN,** İfa, §18 N. 7.
[453] **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** C. I s. 141; **KAPANCI,** Ayıp, s. 12.

davası açmaktan imtina etmesinden tutulsun denkleştirme isteminde bulunmasına değin yükümlülükleri ihlal etmesi, ayıba sebebiyet verir. Ekonomik ayıp ihtiva eden ifaya karşısında, devir alacaklısı ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilir.

Devir borçlusunun, sözleşmeden doğan miras payı oranını ve terekenin nominal değerini artırmayı hedef tutan borcuna aykırı davranarak ifada bulunması neticesinde, tazminat yaptırımıyla karşılanması ifa engelleri sistemi için tutarlıdır. Ancak devir taahhüdünde bulunan; tenkis davasıyla miras oranını artırsaydı, denkleştirmeye tabi kazandırmanın iadesini sağlasaydı, muvazaalı devir konusunun terekeye dönmesine yol açsaydı, miras oranını saklı pay hudutlarına çeken ölüme bağlı tasarrufun iptalini sağlasaydı, paylaşım müzakerelerini daha etkin sürdürseydi kendisine görece daha kıymetli ya da daha fazla tereke değeri özgülenebilirdi. Devir alacaklısı da paradan ziyade bu eşya veya hakları iktisap edebilirdi. Kötü ifa neticesinde, tazminat yaptırımının gündeme gelmesi, bu yönüyle miras payının devri sözleşmelerine yüklenen yatırım fonksiyonunu zedeler.

Muhtemel miras payını konu alan sözleşmeler için de bu açıklamalar yürürlük bulur. Devir taahhüdünde bulunan saklı paylı mirasçı, mirasın açılmasından sonra özellikle tenkis davası açma borcuna riayet etmezse; yasal mirasçı, denkleştirme talep etmemişse gereği gibi ifa etmemeden sorumlu tutulur[454].

C. İfa Engellerine Bağlanan Yaptırımların Kırılgan Noktaları

Açılmamış mira hakkında sözleşmelerde borçludan kaynaklanan ifa engellerine bağlanan yaptırımların ortak noktaları aşağıdaki şekilde damıtılır:

(i) Aynen ifanın kotarılamadığı çok sayıda olasılıkta, devir alacaklısının olumlu zararın tazmini yoluna başvurması gerekir. Sözleşmenin yasadaki kurgusu gereği, nakden tazmin yürürlük bulur. Aile hukuku ve miras hukuku sahasında kast düzeyindeki kusur, borca aykırılığın çoğu zaman ihmal derecesinde kusurla ihlaline neden olur ve tazminatta indirimin önünü açar. Boşanmaya neden olan zina davranışını kasten sergileyen devir borçlusu, açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan borcunu kast düzeyinde kusurla imkansızlaştırmış sayılamayabilir. Sözleşmenin kurulduğu sırada; taşınır, taşınmaz veya hak elde etme beklentisi taşıyan devir alacaklısı, miras payını devri sözleşmelerinin yatırım fonksiyonundan istifade edemez.

---

[454] StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 77; BeckOGK-**SCHREINDORFER,** BGB §311b, Rn. 468.

(ii) Devir borçlusunun borcunu ifa etmede temerrüde düştüğü sinallagmatik sözleşmelerde, devir alacaklısının sözleşmeden dönme yolunu tercih etmesi kendisi açısından efektif sonuç doğurmaz. Sözleşmenin kurulduğu dönemde kaçırılan fırsat kategorisindeki olumsuz zarar kaleminden çoğu zaman yararlanamaz. Karşı edim olarak, bedel ödediği olasılıkta eline yine son kertede geçen para olur. Sözleşmenin yatırım fonksiyonu da devre dışı kalır.

(iii) Devir borcunun kötü ifa edildiği olasılıkta yine nakden tazminat yaptırımı ile zarar giderilir. Oysa borç gereği gibi ifa edilseydi, hukuk düzeninin imkân tanıdığı davalar açılsaydı hem miras oranı genişleyecek hem de bu orana intikal eden değer bollaşacaktı.

İfa engellerine bağlanan yaptırımlar nedeniyle devir alacaklısının yatırım fonksiyonundan yararlanamaması, açılmamış miras hakkında sözleşmeyi bir nevi nakdi kredi kullandırma sözleşmesi görünümüne bürür. Üstelik alışılageldik kredi açma sözleşmelerinde belirgin biçimde yer alan geri ödeme vadesi, işleyecek faiz oranı da müphemleşmiştir. Devir alacaklısına, yatırımın karşılığını elde edeceği enstrümanlar sunulmadığı takdirde, TMK m. 678/ZGB Art. 636'da yer alan sözleşmeler, edime kavuşamama riskini devralana yüklemeye devam eder. Oysa, açılmamış miras hakkında sözleşmelerin hitap ettiği kesim günümüzde kredi kuruluşlarıdır. Evvelden kurulmuş mevduat sözleşmeleri, kredi açma sözleşmeleri, sağlık sigortası sözleşmelerini irdeleyen kredi kuruluşu, muhtemel mirasbırakanın terekeye dönüşme potansiyeli taşıyan malvarlığı hakkındaki bilgi asimetrisini minimize edebilir, karşı edimi doğru değerleyebilir. Yine tüzel kişi karakterleri sayesinde, mirasın açılması ve paylaşımı safhasında özel hukuk kişisi olarak varlıklarını sürdürecekleri kesindir. Kredi kuruluşlarının, açılmamış miras hakkında sözleşme aracılığıyla nakden tazminata bağımlı, müphem koşullarda kredi kullandırmaktan ziyade; kredi açma sözleşmesini tercih edeceği de açıktır. Açılmamış miras hakkında sözleşmeler, devir taahhüdünde bulunanın miras beklentisine erken kavuşarak finansman oluşturma; devir alacaklısının da aldığı riskle orantılı yatırıma kavuşma menfaatlerinin perçinlenmesi ile yaygınlık kazanabilir. Takip eden başlıkta, ifa engellerini ve yaptırımların kırılganlığını aşmaya yarayan enstrümanlar tanıtılacaktır.

§6. BORCUN İFASINA ÖZGÜ KIRILGAN NOKTALARI AŞMAYA YÖNELİK ENSTRÜMANLAR

Açılmamış miras hakkında sözleşmelerde, devir alacaklısının sözleşmeden beklediği menfaati en üst raddeye çekmek için devreye sokulabilecek imkanlara bu başlık altında yer verildi. Paylaşmaya kayyımın katılımı, devir alacaklısının temsil yetkisiyle donatılması, koşulların yoruma mahal vermeyecek şekilde kullanımı ve irade beyanında bulunma borcuna uygun davranılmasını sağlama, ele alınan imkanları oluşturur. Açılmamış miras hakkındaki sözleşme özelinde ele alınan bu imkanlar, büyük ölçüde miras açıldıktan sonra kurulan ve tasfiye payının devrini hedef tutan sözleşmeler için de uygulama alanı bulur. İsviçre-Türk hukuk sisteminde, mirasçı statüsü taşımayanlarla kurulan devir sözleşmeleri borçlandırıcı etki doğurduğundan, özellikle kredi kuruluşlarıyla akdedilmiş devir sözleşmelerinden doğan borcun gereği gibi ifası hakkında da bu bölüm özel bir önem taşır.

I. MİRASIN PAYLAŞIMINA DEVİR BORÇLUSU YERİNE KAYYIMIN KATILMASI

Devir borçlusunun, terekenin tasfiyesi sonunda kendisine intikal edecek değerleri devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmeler özelinde, devir alacaklısının menfaatini korumak için yasa miras paylaşımına devir borçlusu yerine kayyımın katılmasını öngörür (TMK m. 648). Mehaz yasa, kayyımdan daha geniş bir ifade kullanarak resmi bir makamın, devir borçlusu lehine paylaşmaya katılmak üzere yetkilendirileceğini ifade eder (ZGB Art. 609)[455]. Bu düzenlemenin altında yatan neden oldukça temel bir gerekçeye dayanır. Borçlandırıcı işlem karakteri taşıyan devir sözleşmesi, devir alacaklısını mirasçılar topluluğuna dahil etmeye yetmez. Özel olarak yetkilendirilmedikçe, mirastın paylaşılması fazına da dahil olamaz. Diğer yandan devir borçlusu, mirastan edinmeyi umduğu menfaati çoktan elde etmiştir. Mirasın paylaşılması aşaması, onun için yalnızca devir borcunun kapsamını belirlemeye yarayan, kat edilmesi gereken bir prosedürden ibarettir. Dolayısıyla, devir borçlusunun paylaşma sürecine kayıtsız kalması pek muhtemeldir. Söz konusu kayıtsızlık ise devir alacaklısının sözleşmeden beklediği menfaati tehlikeye düşürür. Anılanlar nedeniyle İsviçre ve Türk medeni yasalarında, devir alacaklısının menfaatini koruma amacına hizmet eder biçimde, devir borçlusu mirasçının paylaşıma katılmasının önünü kesilir.

---

[455] BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 609 ZGB, N. 2; BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 3; SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 11; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 23 ve 32; **GUILLAUME,** s. 313.

Devir borçlusunun yerine sırasıyla, resmi bir makamın veya kayyımın katılımı uygun bulunur[456].

İlgili yasa hükümlerinin lafzı tetkik edildiğinde, paylaşma safhasına kayyımın[457] katılabilmesi için, alacaklının miras açıldıktan sonra miras payını devralmış olması ve paylaşıma devreden mirasçı yerine kayyımın katılması yönünde mahkemeden istemde bulunması aranır[458]. Hükmün ilk bakışta açılmamış miras hakkında sözleşmelere tatbik edilemeyeceği düşünülebilir. Oysa, açılmamış miras hakkında sözleşmeler de borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Yine, bu sözleşmelerin konusu da mirasın açılmasından sonra kurulan sözleşmelerle ayniyet taşır. Her iki sözleşmede de devir borçlusu, paylama fazının sonunda kendisine intikal edecek değerleri devretme borcu altındadır. Sözleşmelerin konusu ve doğurduğu etki gibi, devir alacaklısının korunma ihtiyacı da büyük oranda örtüşür. Yasanın alacak hakkı sahibini koruma refleksi dikkate alınarak TMK m. 648/ZGB Art. 609 hükmünün, açılmamış miras hakkında sözleşmelere de uygulanması gerektiği kabul görür[459].

Açılmamış miras hakkında sözleşmenin devir alacaklısının da paylaşmaya kayyımın yararlanması imkanından faydalanabileceği ortaya konduktan sonra, bu imkana nasıl başvurulacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Devir alacaklısının talepte bulunması üzerine, kayyım devir borçlusu yerine miras paylaşma sürecine dahil olur[460]. Kayyımın atanmasına yönelik talep, mirasbırakanın son yerleşim yerindeki sulh mahkemesine sunulmalıdır[461]. Kayyımın, mirasın paylaşılması aşaması için atanacağı göz önüne alınırsa, talebin mirasın paylaşılması aşamasına geçildiği sırada mahkemeye yöneltilebileceği açıktır. Bunun yanında öğreti, paylaşmanın inandırıcı

---

[456] BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 609 ZGB, N. 1; BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 5; SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 2; **ÖZAKMAN,** s. 238; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 259-260.

[457] TMK m. 648 hükmünde tercih edilen kayyım kavramı, buradan sonra ZGB Art. 609 Abs. 1'de tercih edilen resmi makam terimini de kavrayacak şekilde kullanıldı. Özellik arz ettiği durumda İsviçre hukukunda tercih edilen terminolojiye dair açıklamalara yer verilmesi tercih edildi.

[458] ZGB Art. 609 Abs. 1: *"Auf Verlangen eines Gläubigers, der den Anspruch eines Erben auf **eine angefallene Erbschaft** erworben oder gepfändet hat, oder der gegen ihn Verlustscheine besitzt, hat die Behörde an Stelle dieses Erben bei der Teilung mitzuwirken."*

Yasaların her ikisi bu imkanı miras payını haczettirmiş veya mirasçıya karşı borç ödemeden aciz belgesi bulunan alacaklıya da tanır. Çalışmanın kapsamını aşan bu ihtimallerin, tezin kapsamını aşacağı gözetilerek ele alınmaması yerinde görüldü. Bu olaslıklara dair detaylı döküm için bkz. **GÜMÜŞ,** Kayyımlık, s. 266 vd.

[459] **ÖZAKMAN,** s. 238; BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 20; SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 7.

[460] ZGB Art. 609 Abs. 2 hükmü, resmi makamın görevleri ve atanması usulüne ilişkin olarak Kantonlara yetki bırakır. Kanton yasalarında resmi makama daha geniş yetkilerin sunulduğu ve mahkemenin resmi makamı resen göreve davet ettiği ihtimaller için bkz. SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 17 vd.

[461] Devir borçlusu mirasçının yerleşim yerinin yetkili olduğu savıyla yürütülen tartışmaların yanı sıra, Yargıtay'ın kimi kararlarında görevli mahkeme olarak aile mahkemesini işaret ettiği kararlar ışığında yetkili ve görevli mahkeme hakkında ileri sürülen görüşler ve detaylı bilgi için bkz. **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 264-266.

yakınlıkta olmasını da başvuru için yeterli bulur[462]. Mahkemenin kayyımı atamaya hükmederken, alacaklının menfaatinin tehlikeye düştüğünü ispat etmesinin beklenmediği ifade edilir[463]. Açıkçası, miras payını haczettiren ya da devir borçlusu mirasçıya karşı ödemeden aciz belgesi alındığı hallerde, takip hukukuna özgü yollar tüketilerek alacağın tehlikeye düştüğü şekli olarak ortaya konmuş olur. Oysa, miras açıldıktan sonra miras payının devrini konu alan sözleşmeye ve açılmamış miras hakkında sözleşmeye taraf olmak, takip hukuku sahasında bir etki doğurmaz. Sulh hukuk mahkemesinden kayyım atanması hususunda talepte bulunan devir alacaklısı, alacağının tehlikeye düştüğünü ispat etmekle yükümlü tutulmalıdır.

Mahkeme tarafından kayyımın atanmasına hükmedilmesi üzerine kayyım, devir borçlusu yerine paylaşma aşamasına katılır. Kayyımdan, paylaşma süresince devir borçlusunun ve dolaylı olarak devir alacaklısının menfaatini gözetmesi beklenir[464]. Kayyım, devir borçlusu yerine mirasın paylaşma sözleşmesi müzakerelerine katılır. Kendisin mahkemenin atamış olması, diğer mirasçılara göre ayrıcalıklı olduğu anlamına gelmez[465]. Paylaşma konusunda tek başına karar alma yetkisi bulunmaz[466]. Paylaşma sözleşmeleri müzakereleri sırasında anlaşmaya varılamazsa, kayyımın devir borçlusu yerine paylaşma davası açabileceği kabul edilir[467]. Federal Mahkeme de önüne gelen bir uyuşmazlıkta, alacaklının tatmini için kısmi paylaşma önerisinde bulunan resmi makamın önerisinin reddedilmesi ve paylaşma sürecinin uzlaşıya kapalı tutum sergilenerek akamete uğratılması sonucunda, devir borçlusu yerine atanmış resmi görevlinin paylaşma davası açabileceğine hükmeder[468].

---

[462] BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 36; SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 3.

[463] Yasanın söz konusu hükümle devir alacaklısının menfaatinin tehlikeye düştüğü yönünde fiksiyon öngördüğü yönünde bkz. **KOHLER,** s. 145; **GÜMÜŞ,** Kayyımlık, s. 227; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 262. Fiksiyon nitelemesi yapmaksızın herhangi bir koşula bağlı olmaksızın resmi makamın müdahalesinin istenebileceği yönünde SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 20.

[464] BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 11; SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 7.

[465] **BGE 85 II 603** künyeli kararında İsviçre Federal Mahkemesi, resmi makamın paylaşmada keyfi ve eşitliğe aykırı müdahalede bulunamayacağının altını çizer.

[466] BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 33; SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 12.

[467] BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 609 ZGB, N. 12; BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 38; SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 14; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 9.

[468] **BGE 129 III 316, E. 3.:** *"Davacı yanlış bir şekilde, İsviçre Medeni Kanunu'nun 609. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yetkili makamın katılımının zorunlu olarak mirasın tamamının paylaştırılmasına yönelik olduğunu varsaymaktadır. Kısmi bir paylaşmadaki işbirliği sadece kendi içinde mümkün olmakla kalmaz, aynı zamanda bu tür bir işbirliği genellikle uygulanabilirdir ve kural olarak yetkili makam, borçlu mirasçının miras üzerindeki haklarını mümkün olduğunca korumak ve alacaklıların menfaatleri doğrultusunda alacağın hızlı bir şekilde icrasını sağlamak için başlangıçta sınırlı bir paylaşım için çalışır (bkz. SCHAUFELBERGER, Basler Kommentar, N. 14 to Art. 609 ZGB)…ZGB Madde 609 paragraf 1 uyarınca yetkili makamın görevi paylaşıma katılmakla sınırlıdır, bu nedenle paylaşımı ne kendisi eliyle gerçekleştirebilir ne de yönlendirebilir (TUOR/PICENONI, Berner Kommentar, N. 11 zu Art. 609 ZGB). Bununla birlikte, alacaklının değil, borçlu mirasçının yerini aldığı*

için, paylaşmadaki konumu tam olarak (devir borçlusu) mirasçının konumudur. Bu hukuki konumu nedeniyle, özellikle de paylaşma davası açabilmelidir."

Türk öğretisinde *GÜMÜŞ,* kayyım atandıktan sonra dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde sözleşme müzakerelerinin başlatılmaması durumunda kayyımın paylaşma davası açabileceğini kabul eder (**GÜMÜŞ,** Kayyımlık, s. 247). *SEROZAN/ENGİN* ise, ne dürüstlük kuralı ne de Federal Mahkeme kararındaki sınırlamalara bağlı kalınmaksızın kayyım tarafından paylaşmanın talep edilebileceğini kabul eder (**SEROZAN/ENGİN,** §7, N. 61). *ANTALYA* da atanan kayyımın paylaşma davası açabileceğini götürü biçimde kabul eder (**ANTALYA,** Miras, N. 2087. Yargıtay'ın tutumu da genel olarak öğretinin görüşüyle uyumlu olsa da Yargıtay ikili bir ayrıma gider. Yargıtay miras payını İİK m. 121 uyarınca haczettiren alacaklının, tasfiyeyi isteme yetkisi bulunduğunun altını çizerek, alacaklının imkanı karşısında borçlu mirasçı yerine atanan kayyımın paylaşma davası açamayacağını belirtir. Bunun dışındaki vakıalar bakımından kayyımın paylaşma davası açabileceğini prensip olarak kabul edilir.

Kayyımın mirasın paylaşılması davas açabileceği yönünde bkz. **Y. 6. HD., 28.01.2003 T., 2003/306 E., 2003/437 K.:** *"Yeni yasal düzenlenme karşısında elbirliği mülkiyetine, elbirliği mülkiyeti ile birlikte paylı mülkiyete tâbi mallarda borçlu mirasçının alacaklısı olan kişinin paylaştırma davası açabilmesi için alacaklı veya borçlunun yararlarını da korumak amacı ile Medeni Kanunun 648. maddesi gereğince kayyım atanması istemesi, kayyım atandığında davanın kayyım tarafından açılıp kayyım huzuru ile davaya devam edilmesi gerekir."***(Lexpera, E.T.: 27.09.2024)** **Y. 6. HD., 15.06.2004 T., 2004/4804 E., 2004/4927 K.:** *"Bu kanuni düzenlemeden anlaşılacağı üzere paylaşma isteme (taksim davası açma) hakkı kural olarak paylı mülkiyette paydaşa, elbirliği mülkiyetinde ise mirasçıya tanınmıştır. Malik olmayan kimseye paylaşma isteme ve paylaşmaya katılma hakkı tanınmamıştır. Örneğin Kanuni Medeninin 612, Medeni Kanunun 677. maddeleri miras payının temliki konusunda üçüncü kişi ile sözleşme yapma imkanı vermesine karşın, bu kimseye paylaşmaya katılma yetkisi vermemektedir. O halde paydaş olmayan kimsenin paylaşma (taksim) davası açması mümkün değildir. Kanunu Medeninin 588. maddesine göre bir mirasçıya düşen hisseyi temellük eden veya haczeden yahut o mirasçı aleyhine borcunu ödemekten acze dair icra vesikası olan alacaklı hakimin mirasçı yerine kaim olmak üzere taksime iştirakini isteyebilecektir. Taksime iştirak paylaşma (davayı) isteme hakkını da kapsar. Paylaşma davası açma hakkı paydaş yada mirasçıya ait olduğundan ve borcunu ödemeyen mirasçıdan alacağın tahsili sonucunu doğuran bir davayı açması da beklenemeyeceğinden kanunun sözü edilen maddesi ile bu hak hakime tanınmış, hakim borçlu mirasçı yerine dava açması konusunda alacaklıya yetki vermekte, alacaklıda hakimden aldığı bu yetkiye dayanarak taksim davası açmakta idi. Kanun koyucu böyle bir durumu uygun görmediğinden Türk Medeni Kanunun 648. maddesiyle yeni bir hüküm getirmiş, alacaklıya sulh hakiminden paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir tarzında bir düzenleme yapılmıştır.* ***Buna göre alacaklı sulh hakiminden paylaşmaya katılmak üzere kayyım atanmasını isteyecek, kayyım atandığında kayyım paydaşlığın giderilmesi (taksim) davası açacak, davaya kayyım huzuru ile devam edilip sonuçlandırılacaktır.*** *Yasa maddesinde bizzat borçluya değil borçlu adına mirasın paylaşılmasını istemek, gerektiğinde paydaşlığın giderilmesi davası açmak üzere bir kimsenin kayyım atanması amaçlanmıştır. Kanunun bu hükmü dikkate alınmaksızın davaya alacaklı huzuruyla devam edilip sonuçlandırılması doğru değildir. Bundan zühul ile yazılı şekilde hüküm verilmesi doğru değildir."* **(Lexpera, E.T.: 27.09.2024)**

Miras payının alacaklı tarafından haczettirildiği olasılıkta, kayyımın paylaşma davası açmaya yetkili olmadığı yönünde bkz. **YHGK., 07.12.2005 T., 2005/662 E., 2005/699 K.: "***Bozma ve direnme kararlarının içerik ve kapsamları itibariyle, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, İ.İ.K. nun 121. maddesi uyarınca İcra Tetkik Merciince verilen yetkiye dayalı olarak, alacaklı tarafından açılan eldeki davaya, sonradan atanan kayyım tarafından devam olunmasının Türk Medeni Kanununun 648.maddesindeki düzenlemeye uygun bulunup bulunmadığı; Kanun Koyucunun, anılan hükümde, böylesi bir davanın sadece kayyım tarafından açılabileceğini öngörmüş olup, olmadığı noktasında toplanmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun "Paylaşmaya kayyımın katılması" başlıklı 648.maddesi "Açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış veya haczettirmiş olan ya da elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemeden aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir." Hükmünü taşımaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nun konuya ilişkin, 3.11.2004 gün ve 2004/6-509-568 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; Türk Medeni Kanunu'nun 648. maddesinde belirtilen konumdaki bir alacaklı, İcra Mahkemesinden alacağı yetkiye dayanarak borçlunun da içinde bulunduğu tüm elbirliği ortaklarına karşı ortaklığın giderilmesi davası açıp, bu davayı sonuçlandırabileceğine; buradaki dava açma hakkı hakime ya da başka bir kişiye değil, yalnızca mirasçıya ya da İcra Mahkemesinden İ.İ.K.nun 121.maddesi hükmü uyarınca ortaklığın giderilmesi davasını açma yetkisini alan alacaklıya tanındığına göre;* ***Kanun Koyucunun, böylesi bir davanın sadece atanan kayyım tarafından açılabileceğini öngörmüş olacağı,***

Kayyımın paylaşma davası açabileceğine yeşil ışık yakılsa da ölüme bağlı tasarrufun iptali ya da tenkis davası açamayacağı vurgulanır. Çünkü anılan bu davalar terekenin paylaşılmasına ilişkin sayılmaz ve paylaşmayı sağlamak amacıyla devir borçlusunun koltuğunu dolduran kayyımın görev sınırlarını aşar[469]. Geniş anlamda paylaşmayla ilgili olduğu kabul edildiğinden, denkleştirme davası açmasına sıcak bakılır[470].

Paylaşmaya katılan kayyımın ilk adımda, alacaklının hakkına kavuşmasını sağlayacak oranda paylaşımı hedefleyen müzakereler yürütmesi gerektiği ifade edilir[471]. Adil paylaşma metotlarını konu alan çalışmasında *VÖGELI,* kayyımdan da dostane çözüm yollarını tercih etmesinin beklendiğini ifade eder. Omuzlarında hem alacaklının menfaatini koruma zorunluluğunu hem de etkili bir müzakereyle borçlu mirasçıya daha fazlasının özgülenmesi gayretini yükleyen kayyımın, tereke unsurlarını piyasadaki karşılığına olabildiğince yakın değerleyeceğini aktarır. Dolayısıyla borçlu mirasçı yerine kayyımın atanması, paylaşma sürecini sekteye uğratan bir uygulama olarak değil; bu süreci piyasa değerlerine yakınsayan ve adil paylaşıma hizmet eden bir düzenleme olarak yorumlanmalıdır[472].

Mahkeme kararıyla devir borçlusunun yerini kayyımın alması, devir borçlusunun kayyıma talimat verebileceği anlamına gelmez. Ancak özellikle miras payının devri sözleşmesi nedeniyle kayyımın atandığı olasılıkta, kayyımın devir alacaklısının işaret ettiği tereke değerlerinin paylaşımda devir borçlusuna özgülenmesi için gerekli özeni göstermesi gerektiği ifade edilir[473]. Federal Mahkeme de borçlu mirasçının paylaşıma özgü isteklerinin mümkün olduğu ölçüde nazara alınması gerektiğini ortaya koyar[474].

***mevcut yasal düzenleme karşısında kabul edilemez**. Dolayısıyla, somut olaydaki gibi, İ.İ.K.nun 121.maddesi uyarınca İcra Tetkik Merciince (İcra Mahkemesince) verilen yetkiye dayalı olarak, alacaklı tarafından açılan ortaklığın giderilmesi davasına, Türk Medeni Kanunu'nun 648.maddesi çerçevesinde atanan kayyım tarafından devam olunması usulen olanaklıdır. Eş söyleyişle, davanın mutlaka kayyım tarafından açılmış olması gerekmez."* **(Lexpera, E.T.: 27.09.2024).** *SPAHR* da miras payını haczettiren alacaklının paylaşımı ya da geniş anlamda tasfiyeyi tetikleyebileceğini, bunun için kayyım atanmasının zaruri olmadığını ifade eder (SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 4.).

[469] BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 32; **ÖZAKMAN,** s. 228; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 272.

[470] BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 32; **BAYGIN,** s. 188; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 272.

[471] BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 36.

[472] **VÖGELI,** s. 223-224.

[473] BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 34; SHK- **SPAHR,** Art. 609 N. 15.

[474] Yetkili makamın borçlu mirasçı veya alacaklının isteklerini dikkate alması yönündeki **BGE 5A_748/2021 c.5.1.:** "*"Yetkili makamın MK 609. madde 1. fıkra kapsamındaki rolü, kendi başına gerçekleştiremeyeceği veya yönetemeyeceği paylaşıma katılmakla sınırlıdır. Bu makam ya da atadığı temsilci, payının resmi yöneticisi olarak paylaştırmada mirasçı-borçlunun yerini alır. Paylaşma davasında (ATF 129 III 316, para. 3) veya paylaşma sözleşmesi kabul edildiğinde (MK md. 634; 18 Eylül 2014 tarihli 5A_387/2014 sayılı karar, para. 4.1 ve atıfta bulunulan yazarlar; 21 Temmuz 2011*

Kayyımın yer aldığı süreçte paylaşma sözleşmeyle ya da dava yoluyla tamamlanmış olabilir. Kayyım, paylaşma neticesinde devri borçlusuna özgülenen değerler içinden, alacaklıyı tatmin edecek orandaki malvarlığı değerlerini devir alacaklısının malvarlığına geçiremez. Kayyımın, paylaşımın tamamlandığını ve paylaşım sonucu elde edilen sonucu, devir borçlusuna ve devir alacaklısına bildirmekle görevini tamamlayacağı kabul edilir. Elde ettiği bilgiler çerçevesinde borcun ifası için devir borçlusuna, devir alacaklısının başvurması gerekir[475].

Paylaşma sürecini yürütmesi için devir borçlusu yerine kayyımın atandığı dururumda, mirasçıları tamamı kayyımın katılımı olmaksızın miras paylaşımını tamamlarsa paylaşım, kayyımın atanmasını talep eden alacaklı için bağlayıcı sayılmaz. Öğreti bu olasılık için nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasını kabul eder. Devir alacaklısının nisbi etkisizlik yaptırımından faydalanabilmesi için mirasçıların kayyımın atandığını bilmesi aranır[476]. Bu tartışmaları bertaraf etmek uğruna, kayyımın atanır atanmaz tüm mirasçıları atanması ve yetkileri konusunda bilgilendirmesi önerilir.

Miras payının bir kısmını konu edinen sözleşmelerle ilgili olarak öğretide ileri sürülen görüşe göre, kayyım yalnızca devir konusu kısım için atanmalı; devre konu edilmemiş miras payı kısmı için paylaşıma mirasçı bizzat katılmalıdır. Paylaşıma katılan kayyım ve mirasçının söz konusu miras payı için bir arada hareket etmesi gerektiği de eklenir[477]. Atanmış kayyımın vazifesi gereği devir alacaklısının menfaatini gözetmesi, dolaylı olarak devir borçlusunun da çıkarına sonuç doğurur. Dolayısıyla, paylaşıma yalnızca kayyımın katılması yeterli görünmelidir. Ayrıca, aynı pay için paylaşma müzakerelerinin teki kişinin güdümünde yürütülmesi paylaşımın daha hızlı sonuca ulaşmasını sağlar[478]. Dahası, açılmamış miras hakkında sözleşmede özel bir düzenlemeye yer verilmemişse payın kısmi devredildiği sözleşmelerde, devir borçlusu kendisine özgülenen tereke değerlerinin tamamı üzerinde paylı hak sahipliği

---

tarihli 5A_126/2011 sayılı karar, para. 4.2.2.1), yerine geçtiği mirasçıyı dışlayarak hareket eden bu makamdır. Paylaşıma müdahale eden makam, kararlarında, paylaşım müzakerelerine katılma hakkına sahip olmayan borçlu-mirasçının iradesinden bağımsızdır; ancak, mümkün olduğunca mirasçının isteklerini dikkate alır."

[475] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 609 ZGB, N. 15; BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 41.

[476] BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 42; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Miras, s. 720; **ÖZAKMAN,** s. 228.
GÜMÜŞ, İİK m. 86 hükmünün kıyasen uygulanmasını önerir. Kayyım katılmaksızın yapılan paylaşım sonucunda elde edilen değerler, kayyım paylaşıma dahil olsaydı kotaracağından az takdir edilirse aradaki farkın alacaklıya karşı etkisiz olacağını ifade eder (**GÜMÜŞ,** Kayyımlık, s. 251).

[477] **KOHLER,** s. 164; **ÖZAKMAN,** s. 231; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 275.

[478] **VÖGELI,** s. 224.

tesis etme borcu altına girer. Dolayısıyla devir alacaklısını tatmin olacağı değer için özel bir ayrım yapmak, paylaşmayı takip eden ifa aşamasının sonunda mirasçıda kalacak değerleri düşünsel olarak tayin etme anlamına gelir. Bu da çoğu zaman açılmamış miras hakkında sözleşmenin hükümleriyle bağdaşmaz[479].

Son olarak, kayyımın denetiminden söz etmek gerekir. Kayyımın, denetim makamı tarafından denetleneceği bildirilir. Denetim makamını harekete geçirmek için devir alacaklısının şikâyette bulunması gerekir[480].

Mirasın açılmasından sonra kurulan, borçlandırıcı işlem niteliğindeki miras payının devri sözleşmesindeki devir alacaklısına tanınan, miras paylaşımına kayyımın katılmasını talep etme yetkisi, amaca uygun genişletici yorumla açılmamış miras hakkında sözleşmedeki devir alacaklısına da tanınır. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın içtihatlarına uygun biçimde kayyımın, gerektiğinde miras paylaşma davası açabilme yetkisi, devir borcunun muaccel hale gelmesini sağlar ve devir alacaklısının asli edime kavuşmasını kolaylaştırır. Böylelikle borçlu temerrüdü cinsinden ifa engeli ile karşılaşma riskini azaltır.

II. DEVİR ALACAKLISININ TEMSİL YETKİSİYLE DONATILMASI

Açılmamış miras hakkında sözleşmelerde ifa engeliyle karşılaşma ihtimali, mirasın açılmasıyla artar. Devir borçlusunun miras paylaşımı fazında hareketsiz kalması ya da paylaşma sürecine gerekli ilgiyi göstermemesi, devir alacaklısının asli edime kavuşmasını en iyi ihtimalle geciktirir. Sözleşmedeki bu riskin devir alacaklısı lehine aşılabilmesi için borçlu tarafından temsil yetkisiyle donatılması önerilir. Böylelikle devir alacaklısı, borçluyu miras paylaşma sürecinde temsil edebilir. Diğer mirasçılarla miras paylaşma sözleşmesi müzakeresi yürütebilir ve hatta miras paylaşma davası açabilir[481].

Devir alacaklısı, açılmamış miras hakkında sözleşmede yer alan bir hükümle paylaşma fazı için yetkili kılınabileceği gibi; sözleşme kurulduktan sonra da temsil yetkisiyle donatılabilir. Açılmamış miras hakkında sözleşmede devir borçlusuna, devir alacaklısını temsile yetkili kılma borcu da yüklenebilir.

---

[479] Aynı gerekçeyle miras açıldıktan sonra kurulan miras payının kısmen devredildiği borçlandırıcı işlem karakteri taşıyan sözleşmeyle de bağdaşmaz.

[480] BK-**WOLF,** ZGB Art. 609, N. 45.

[481] **KOHLER,** s. 141; **ÖZAKMAN,** s. 218; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2050; **WOLF/GENNA,** s. 385 ve 389; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 256; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 46; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 19; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 19; **GUILLAUME,** s. 313; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 9.

Devir alacaklısının temsile yetkili kılındığı işlemde, açılmamış miras hakkındaki sözleşme dolayısıyla temsilci olarak tayin edildiği ifade edilmiş ve başka hiçbir açıklamaya yer verilmemişse, devir alacaklısının temsil yetkisi, devir borçlusunu miras paylaşımında temsil etmekle sınırlıdır. Mirasçılar topluluğunda yer almayan kişilerle muhatap olunmasını gereken, tereke değerinin korunması önlemlerini alamaz. Miras sebebiyle istihkak davasında devir borçlusunu temsil edemez. Bunlar gibi mirasçılar topluluğunda yer almayanlar karşısında da yetkili temsilci olarak hareket edebilmesi için devir alacaklısının ayrıca yetkilendirilmesi aranır[482]. Ayrıca yetkilendirilme, özel yetkilendirme anlamına gelmez. Bugün için hakim görüş, özellikle tereke değerlerinin korunmasında yetkili sayılması için devir alacaklısının genel yetkili temsilci olarak atanmasını yeterli görür[483]. Devir borçlusuna genel temsil yetkisi bırakılmış olsa da devir alacaklısı, TBK m. 504 f. III hükmünde yer alan, özel temsil yetkisini gerektiren işlemleri yapmaya yetkili değildir. Örneklemek gerekirse, ölüme bağlı tasarrufun iptali ya da miras sebebiyle istihkak davası açmaya yetkisi bulunmaz[484].

Temsil yetkisiyle donatılan devir alacaklısı, devir borçlusunu doğrudan temsil eder. Temsilci sıfatıyla gerçekleştirdiği hukuki işlemler, devir borçlusunun malvarlığına ilişkin sonuçlar doğurur. Öğretide temsil yetkisiyle donatılan devir alacaklısının, paylaşma safhasında devir borçlusunu temsilen eline geçen tereke değerlerini borçlu mirasçıya teslim etmesi gerektiği ifade edilir[485]. Doğrudan temsilin, hukuk sahasındaki sonucu hakikaten de böyledir. Ne var ki açılmamış miras hakkındaki sözleşme temelinde devir alacaklısına temsil yetkisinin bırakılmasının özel bir amacı vardır. Devir alacaklısının, sözleşmede kararlaştırılan edime alabildiğince hızlı ve efektif kavuşmasını hedef tutar. Dolayısıyla, paylaşma sonunda elde ettiklerini devir borçlusuna bırakması ve daha sonra devir borçlusundan bu değerleri konu alan tasarruf işleminin gerçekleştirilmesini talep etmesi makul görünmez. Borçlu temerrüdü türünden ifa engelini aşmak uğruna, temsil yetkisinin devir borçlusu adına devir alacaklısına ifada bulunmayı da kapsadığı kabul edilmelidir. Bu noktada, temsilcinin kendisiyle işlem yapma yasağı akla gelebilir. Öğreti, temsil olunanın

---

[482] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 19, dn. 31.
[483] **KOHLER,** s. 141-142; BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 19; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Miras, s. 551; **ÖZAKMAN,** s. 218; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 19; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 257.
[484] **ÖZAKMAN,** s. 219; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 19.
[485] **KOHLER,** s. 143; **ÖZAKMAN,** s. 220; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 258.

zararına olmadığı müddetçe temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına olanak tanır[486]. Paylaşmayla tayin edilmiş ve temsil olunan tarafından temsilcinin malvarlığına intikal ettirilmesi gereken değerlerin, temsilci tarafından gerçekleştirilen ifayla yerine getirilmesi devir borçlusunun aleyhine sonuç doğurmaz. Bilakis devir borçlusunu, kusurlu ifa imkansızlığı gibi ifa engellerinden sorumlu tutulmaktan korur. Temsilci devir alacaklısının, temsil olunan devir borçlusu adına kendi adına ifada bulunabileceği kabulü, taşınır ve hak cinsinden tereke değerlerinin kısa elden teslimiyle hayat bulur[487]. Taşınmazların ifa amacıyla da olsa devri için özel temsil yetkisinin arandığı göz ardı edilmemelidir[488].

Devir alacaklısının temsil yetkisiyle donatılmasıyla ilgili bir diğer tartışma ise, temsil yetkisinin devir borçlusu tarafından geri alınabilmesiyle ilgilidir. Temsil olunan, temsil yetkisini geri alma kudretine sahiptir. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin devir alacaklısına tanınan temsil yetkisi bakımından da bu ilkeden sapılmaz. Hatta sözleşmede devir borçlusu, temsil yetkisini geri almayacağını taahhüt etse bile bu taahhüde bağlayıcılık atfedilmez. Temsil yetkisini geri almaktan feragat edilemez[489]. Türk öğretisinde geri almaktan feragat mümkün olmasa da bazı hallerde temsil yetkisinin geri alınmasının TMK m. 2 f. II uyarınca hakkın kötüye kullanımı sayılacağını kabul eder. Yazarlara göre, özellikle temsilcinin menfaati için bırakılmış yetkinin geri alınması, hakkın kötüye kullanımı yasağına çarpar. Yasağın yaptırımı, geri alma beyanına sonuç bağlamamak şeklide olmalıdır[490].

İsviçre öğretide *ROUILLER,* öğreti ve içtihat bu konuda katı bir tutum sergilese de vekalet sözleşmesindeki vekilin uygun olmayan zamanda azledilemeyeceğine ilişkin OR Art. 404 hükmünün kıyasen, devir alacaklısı lehine verilen temsil yetkisinin geri alınmasına da uygulanması gerektiğini kabul eder. Yazara göre, özellikle

---

[486] **OĞUMAN/ÖZ,** C. I, N. 729; **FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER,** N. 722; **IŞIK,** Yetkisiz Temsil, s. 156-157.

[487] **SEROZAN,** Eşya, s. 118.

[488] Devir borçlusuna bahşedilen temsil yetkisinin, terekeden özgülenecek taşınmazla ilgili ifası işlemlerini de kapsadığı yetki belgesinden anlaşılıyorsa bir görüşe göre aranan özel temsil yetkisi koşulu sağlanmış olur (**FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER,** N. 706). Öğretideki diğer görüş ise, temsilcinin özel yetkiyle donatılmış sayılabilmesi için taşınmazın ya da taşınmazların yer aldığı semt, sokak gibi ayırt edici özelliklerinin belirtilmesi gerektiğini şart koşar (**OĞUMAN/ÖZ,** C. I, N. 721). Terekeden özgülenecek değerlere ilişkin ifada bulunma yetkisi, özgülenen taşınmazların ifası bakımından devir alacaklısının özel olarak yetkili kılındığı şeklinde kabul edilmelidir. Devir alacaklısı, devir borçlusuna özgülenen taşınmazın kendi adına tescil edilebilmesi için tescil isteminde bulunabilmelidir. Aksi yönde kabul, devir alacaklısını tescile zorlama davası açamaya muhtaç bırakır.

[489] **LUTHY,** s. 68; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 707; **ÖZAKMAN,** s. 220; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 19; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 258.

[490] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 731-732; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 192; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 258.

paylaşma sözleşmesi müzakerelerinin başlamış olması, uygun olmayan zaman olarak nitelenir. Böyle bir durumda temsil yetkisiyle donatılmış devir alacaklısı, azil için uygun zamanda olmadığı savunmasını yapabilir[491]. Mirasın paylaşım sürecinin adil ve hızlı şekilde tamamlanmasını ele aldığı çalışmasında da *VÖGELI,* açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden bağımsız olarak, müzakereyi yürüten temsilcilerin sıkça değişiminin paylaşma sürecine zarar vereceğinin altını çizer[492]. Miras paylaşma fazının hızlı bir şekilde kat edilmesinin, borcun ifasına olan katkısı göz ardı edilmemelidir. Ayrıca temsilci kılınmış devir alacaklısının elde edeceği edimi maksimize etmek için harcayacağı çaba, temsil olunan devir borçlusu aleyhine sonuç doğurmaya da elverişli değildir[493]. Anılan gerekçeler ışığında TBK m. 512 hükmünün kıyasen tatbik edilmesiyle, temsil yetkisinin uygun olmayan zamanda geri alınamayacağı fikrine üstünlük tanınmalıdır. Temsil yetkisini geri almanın uygun zamanda yapılmaması nedeniyle, devir alacaklısının uğramış olduğu zarar TBK m. 512 hükmü kıyasen uygulanarak tazmin edilmelidir[494].

Devir alacaklısı temsil yetkisiyle donatılsa da bu yetkiyi kullanma borcu bulunmaz. Devir borçlusunu miras paylaşma safhasında temsil etmeye yetkin devir borçlusu, temsil yetkisini kullanmak yerine devir borçlusunu temsil etmek üzere kayyım atanmasını talep edebilir. Bu ihtimalde atanan kayyım alt temsilci olarak değil, devir borçlusu yerine paylaşma müzakerelerine katılır. Yukarıda kayyımla ilgili yapılan açıklamaların tamamı yürürlük bulur.

III. DEVİR ALACAKLISI LEHİNE SÖZLEŞMEDE YER VERİLEN BOZUCU KOŞULLAR

Yukarıda açılmamış miras hakkında sözleşmeler özelinde borçludan kaynaklanan ifa engellerine ilişkin açıklamalara yer verirken iki önemli riskin altı çizildi. Bunlardan birincisi, devir borçlusunun mirasçı statüsünü kazanamaması; ikincisi ise muhtemel mirasbırakanın potansiyel terekeyi azaltan tasarruflarıdır. İlk olasılıkta borç imkansızlaşırken, ikinci olasılıkta kural olarak borca aykırılıktan söz edilemez. Borçlunun sorumlu tutulduğu imkânsızlık nedeniyle doğan tazminat alacağının hesabındaki indirim nedenleri, borçlunun sorumlu tutulmadığı imkansızlıkta yalnızca ifa etmiş olduğu karşı edimin iadesiyle yetinme zarureti, diğer

[491] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 19, dn. 32.
[492] **VÖGELI,** s. 184.
[493] Resmi makam hakkında yapılan yorum, burada da geçerliliğini korur. Bkz. **VÖGELI,** s. 224.
[494] Türk öğretisinde temsil yetkisinin geri alınması durumunda, ancak sözleşmede kararlaştırılmışsa zararların tazmin edileceği fikri *ÖZAKMAN* tarafından savunulur (**ÖZAKMAN,** s. 220).

yandan mirasın açılmasıyla karşılaşılan tereke bilançosuna katlanma gereği, devir alacaklısını korumasız bırakır. İsviçre öğretisinde *ROUILLER,* borçlandırıcı işlem karakteri taşıyan miras payının devri sözleşmelerinde bozucu koşul kullanımının devir alacaklısı tarafından üstlenilen riski önemli ölçüde azaltacağını aktarır. Sözleşmede yer verilen bozucu koşul, net terekenin öngörülenin çok altında bir değere sahip olduğu ya da devir borçlusunun mirasçı statüsünü kazanamadığı olasılıkta çoktan ifa ettiği karşı edime kavuşmasını sağlar[495]. Bilindiği üzere bozucu koşul gerçekleştiğinde, sözleşme ilişkisi koşulun gerçekleştiği an itibarıyla kendiliğinden hükümden düşer. Böylelikle sözleşme dolayısıyla verilmiş olan edimlerin, iadesi gerekir. İsviçre hukukundaki hakim görüş, bozucu koşul gerçekleşinceye değin yürüklük bulan sözleşme ilişkisinin, tasfiye ilişkisine dönüşeceğini savunur[496]. Bu savununun gerekçesi gayet berraktır. Koşula ve koşulun etkileri sözleşmeyle kararlaştırıldığına göre, iadeye de sözleşmesel rejim uygulanmalıdır[497]. Açılmamış miras hakkında sözleşmede terekenin bilançosu, mirasçılık statüsü veya devir borçlusunun miras oranına bağımlı bozucu koşula yer verilir ve koşul gerçekleşirse iade yükümlülükleri gündeme gelir. Açılmamış miras hakkında sözleşmelerde, koşulun bağlandığı olgunun belirsizliğini koruduğu evrede borcunu çoktan ifa etmiş taraf, devir alacaklısıdır. Elde ettiklerini iade etmekle yükümlü olan da devir borçlusudur.

Sözleşme ilişkisinin bozucu koşul sonucu hükümden düşmesinin ileri etkili sonuç doğuracağı kabul edilir. Dolayısıyla, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça devir borçlusu sadece karşı edimi iade etmekle borcundan kurtulur. Sözleşmenin kurulduğu andan olgunun gerçekleştiği zamana kadar elde ettiği yararları iade etme borcu bulunmaz[498]. Sözleşmede bozucu koşulun bağlandığı olgunun gerçekleşip gerçekleşmediği, genellikle mirasın açılması anında ortaya çıkar[499]. Sözleşmenin kurulmasıyla, mirasın açılması arasındaki sürenin uzunluğu devir borçlusunun aleyhinedir. Bu nedenle sözleşmede bozucu koşula yer verilirken, sözleşmenin geriye etkili olarak hükümden düşeceğinin kararlaştırılması önerilir[500]. Böylelikle devir alacaklısı, sözleşmenin kurgusu gereği yerine getirdiği edimi devir borçlusunun elde ettiği yararlarla beraber edinebilir. Yarar kavramına, karşı edimin bedel olduğu

---

[495] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 18; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 20, dn. 51.
[496] OFK-**WUFFLI,** OR Art. 154, N. 3; CHK-**ROTH PELLANDA,** OR Art. 154, N. 9.
[497] Aynı yönde bkz. **SİRMEN,** Şart, s. 181.
[498] **SİRMEN,** Şart, s. 182; OFK-**WUFFLI,** OR Art. 154, N. 4; CHK-**ROTH PELLANDA,** OR Art. 154, N. 13.
[499] Bkz. **§5, II, B, 1** ve **2.**
[500] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 18; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 20, dn. 51.

ihtimalde faiz getirisi; taşınmaz olduğu ihtimalde doğal ve hukuki semereler örnek gösterilebilir.

Alman hukuk öğretisi, koşulun açılmamış miras hakkında sözleşmelerde kullanımını bir adım daha öteye taşır. Devir borçlusunun mirasçı olamaması ya da daha düşük oranla mirasçı olması ihtimali için sözleşmenin kurulduğu sıradaki potansiyel durumun referans olarak alınması gerektiği savunulur. Devir taahhüdünde bulunan ve devir alacaklısı, aksine sözleşmede yer vermemişlerse, taahhüdün verildiği sıradaki muhtemel miras oranını örtülü olarak koşul tayin etmiş sayılır. Miras açıldığında, devir borçlusunun miras oranı azalmış ya da sıfırlanmışsa bozucu koşul etkilerini gösterir ve sözleşmeyi hükümden düşürür[501].

Devrin konusunun genel olarak muhtemel miras payı olduğu ihtimal için de aynı sonuçlara varmak mümkündür[502].

IV. DEVİR ALACAKLISININ FER'İ MÜDAHALESİ ve MÜDAHALENİN ETKİSİ

Temsil yetkisiyle donatılmamış devir alacaklısı haberdar edilmeden, miras paylaşma davası ikame edilmesi pek muhtemeldir. Böylesi bir paylaşma davasında, özellikle payların oluşumu ve paylara tereke değerlerinin özgülenmesi aşamasının kendi nezdinde şeffaflaşmasında menfaat gören devir alacaklısı, devir borçlusu yanında fer'i müdahil olarak davaya katılabilir[503]. Miras paylaşma davasının *actio duplex* karakteri nedeniyle, hem davacı hem de davalı taraf yanında davaya müdahale etmiş olur[504]. Miras paylaşma davası açıldıktan sonra dahi, devir alacaklısının devir borçlusu yerine paylaşmaya kayyımın katılımını talep edebileceği göz ardı edilmemelidir. Paylaşma davasına devir borçlusu yerine kayyımın katılmasının sağlandığı durumda, devir borçlusunun davaya müdahale edip edemeyeceği sorusu akla gelir. Yanıt ise, devir alacaklısının hukuki yararının bulunup bulunmadığı sorusuna verilen yanıtla bakışımlıdır. Üçüncü kişinin davanın akıbetine yönelik ekonomik beklenti ve endişelerinin bulunması, hukuki menfaat kriteri için yeterli

---

[501] MüncKomm-**RUHWINKEL,** 9. Aufl., BGB §311b, Rn. 144; BeckOGK-**SCHREINDORFER,** BGB §311b, Rn. 486; StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 78.

[502] Miras açılmadan önce kurulan ve muhtemel miras payının genel devrini konu alan sözleşmelere aynı etki atfeden *MEIER,* örtülü bozucu koşul anlaşmasının bu türden devir sözleşmeleri için daha büyük önem arz ettiğini, tarafları ayrı bir tasarruf işlemi yapmaktan kurtardığını savunur (StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 48 ve 78.).

[503] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 21; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 9; **ANTOGNINI,** N. 79.

[504] **AMMAN,** N. 392; **ANTOGNINI,** N. 80.

görülür[505]. Davaya devir borçlusu yerin kayyımın katıldığı durumda da aynı endişe ve beklenti varlığını korumaya devam eder. Dahası, paylaşma davasından verilen karar devir borçlusu mirasçı için kesin hüküm teşkil eder. Şu halde devir alacaklısının, kayyım atanmış paylaşma davalarında da fer'i müdahil sıfatıyla müdahale edebileceği kabul edilmelidir.

Temsil yetkisiyle donatılmamış devir alacaklısı için miras paylaşma davasından ziyade, devir borçlusunun miras oranını ya da terekenin nominal değerini artırmak amacıyla açtığı davalara müdahalede bulunmak daha önemlidir. Ne de olsa, paylaşma davasında devir borçlusu yerine kayyımın atanması sağlanarak edim güvenceye kavuşturulabilir. İsviçre Federal Mahkemesi de içtihadında, miras paylaşma davasını aşan biçimde, devir borçlusunun diğer mirasçılara açtığı davalarda devir alacaklısının davaya fer'i müdahil olabileceğini kabul eder[506]. Ölüme bağlı tasarrufun iptali, tenkis davası, denkleştirme talebini hedef tutan davanın efektif biçimde yürütülmesinde, devir alacaklısının hukuki yararı bulunur. Zira, devir borcunun kapsamı bu davalarda elde edilen sonuç ışığında belirlenebilir. Bu davalarda iddia ve savunmaların etkili biçimde ortaya konmaması, açılmamış miras hakkında sözleşmeden doğan devir borcunun kötü ifası olarak nitelenir. Dolayısıyla devir alacaklısı sayılan bu davalarda da fer'i müdahil olarak davaya müdahale edebilir.

Devri alacaklısının hukuki yararının bulunduğu davalara müdahalede bulunması, dava sürecinin yürütülmesini şeffaflaştırmanın ötesinde, devir alacaklısının müdahalenin etkisinden yararlanmasına olanak tanır. Müdahalenin etkisi genel hatlarıyla, ilk davadaki tarafla fer'i müdahil arasında sonradan görülen davada, ilk davada varılan hükmün tartışmaya açılamamasıdır[507]. Devir borçlusu mirasçının açtığı ve devir alacaklısının fer'i müdahil olarak katıldığı tenkis davası, devir borçlusunun hak düşürücü süreyi kaçırması nedeniyle reddedilirse; devir alacaklısının daha sonra açtığı kötü ifa nedeniyle tazminat davasında ilk davada verilen hüküm

---

[505] **BOHNET/DROESE,** ZPO Art. 77, N. 1; OFK-**MORF**, ZPO Art. 77, N. 6; Pekcanıtez/**ATALI,** s. 725.

[506] **BGE 89 II 185, E. 2:** *"ZGB'nin 635. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir ortak mirasçı ile üçüncü bir kişi arasında kurulan miras payını konu alan sözleşmeler, "üçüncü kişiye paylaşmaya müdahale etme hakkı vermez". Bu kural, mirasçılık statüsünün devredilemezliğinden kaynaklanır. Bu kural bize, üçüncü bir kişinin, hatta devralanın bile, mirasçılıkta herhangi bir hak kazanmadığını ve bu nedenle miras paylaşımında kendi iddialarını ileri süremeyeceğini hatırlatır. Ancak bu durum, mirastaki payı satın alan kişinin, miras bırakan ile ortak mirasçıları arasındaki görüşmelere veya uygun olduğu hallerde onlara karşı açtığı davalara mirasçı* ***ile birlikte katılmasını engellemez.*** *Üçüncü kişi devreden kişiyi temsil edebilir (RO 87 II 224). Evleviyetle,* ***iddialarını ve yasal işlem durumunda sonuçlarını desteklemek için onunla birlikte hareket edebilir."***

[507] Pekcanıtez/**ATALI,** s. 735.

tartışmaya açılamaz. Müdahalenin etkisi, hüküm fıkrasının yanında gerekçeleri de kapsadığından, devir alacaklısının kötü ifaya dayalı tazminat istemini konu edinen tazminat davasında kötü ifayı ispat etme yükünden kurtulduğu dahi söylenebilir[508].

Sözleşmenin taraflarının, devrin konusu olarak tasfiye sonucu özgülenen değerlerin teslimi hususunda değil de muhtemel miras payının miras açıldıktan sonra devrini kararlaştırdıkları durumda da devir alacaklısının elde edeceği edim, kimi davalarda devir borçlusunun ortaya koyacağı çabayla bağlantılıdır. Devir borçlusunun, ölüme bağlı tasarrufun tenkisi talebiyle açtığı davanın sonucu, devrin konusu genel miras payı oranını artırabilir. Miras oranındaki bu değişim, devir alacaklısının elde edeceği edimi etkiler. Devir alacaklısının davaya müdahil olması için aranan hukuki yarar da böylelikle saptanmış olur. Tüm bu ifadelerden hareketle, beklenen miras payının devri sözleşmelerinin devir alacaklısının, miras payı oranına tesir etme potansiyeli taşıyan davalarda devir borçlusunun yanında, fer'i müdahil olarak davaya katılabileceği sonucuna varılır.

V. DEVİR BORÇLUSUNUN İRADE BEYANINA HÜKMEDİLMESİ

A. Açılmamış Miras Hakkında Sözleşmeden Doğan Yapma Borçları

Açılmamış miras hakkında sözleşmelerden doğan devir borcunun gereği gibi ifasının, devir borçlusunun bazı davranışlarda bulunmasına bağlı olduğunun altı çizilmişti. Devir alacaklısının, aynı mirasçılar topluluğunda yer almadığı durumda devir alacaklısı paylaşma sürecine katılamaz; mirasçılar topluluğunda yer alsa dahi devir borçlusunun örneğin saklı paylı mirasçı, yasal mirasçı statüsüne bağımlı hukuki işlemleri gerçekleştiremez. Tam da bu nedenle, miras oranını artırmayı hedef tutan tenkis davası açan, denkleştirme isteminde bulunan, ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açan, paylaşma sürecini özenle yürüten devir borçlusunun borcunu gereği gibi ifa ettiği söylenebilir. Tersindense devir borçlusunun hareketsizliğinin, ifa etmeme ya da kötü ifa ile sonuçlandığı söylenir.

Açılmamış miras hakkında sözleşme ile muhtemel miras menfaatini devir konusu yapan borçlu, elde edeceği değerleri bir noktada devir alacaklısının malvarlığına intikal ettirmekle yükümlü olduğu bilincini taşıdığından, borçlunun paylaşmaya ve mirastan efektif sonuç elde etmeye yönelik ilgisiz tavır sergilemesi de pek muhtemel görünür. Hele ki ivazlı sözleşmelerde, karşı edimi çok önceden elde etmesi bu ilgisizliği körükler. Devir borçlusunun ilgisiz tutumu, alacaklıyı

[508] **BOHNET/DROESE,** ZPO Art. 77, N. 1; OFK-**MORF**, ZPO Art. 77, N. 4.

sözleşmeden elde etmeyi umduğu menfaatten uzaklaştırır. Gereği gibi ifa için borçludan beklenen davranışların ortak kümesi bu davranışların *yapma borcu* niteliğiyle sınıflanır. Açılmamış miras hakkında sözleşmelerdeki bu yapma borçlarının sözleşme kurgusundaki yeri ve kaynağı saptanarak, devir alacaklısının sahip olduğu imkan ortaya konmalıdır[509].

Asli edimin ifasına hizmet eden yapma borcu niteliğindeki yan edim yükümlülüklerinin kaynağı bizatihi sözleşme olabilir. Açılmamış miras hakkında sözleşmede, devir borçlusu ifayı gereği gibi neticelendirebilmek maksadıyla, açık hükümlerle belli davranışlarda bulunmayı taahhüt etmiş olabilir. Genel bir ifadeyle, paylaşım aşamasında devir borcunun kapsamını genişletmek için kendisinden beklenen özeni göstereceği ya da devir alacaklısının talimatlarına uyacağı yönünde taahhütte bulunması da mümkündür[510]. Bugün için öğreti, sözleşmede açık taahhütlere yer verilmese de sözleşmenin amacı çerçevesinde tarafların irade beyanlarını güven prensibi ışığında yorumlayarak, devir borçlusunun anılan yükümlülüklere riayet etme borcu bulunduğunun sözleşmeden çıkarılabileceğini savunur. Kaynağını sözleşmeden bulan devir borçlusunun yapma borçları, bir alt kümede daha sınıflanabilir. Belirli davaları açmaya yönelik bu borçlar, esasında borçluya yükletilmiş irade beyanında bulunma borçlarından ibarettir. Üstelik devir borçlusundan açıklaması beklenen irade beyanlarının çeperi belirgin ve içeriği de spesifiktir[511]. Devir borçlusunun irade beyanında bulunma taahhütlerine aykırı davranışı karşısında devir alacaklısı, ihtarla devir borçlusunu temerrüde düşürebilir. Ne var ki tazminatla yetinmek istemeyen devir alacaklısının, sözleşmeden elde etmeyi umduğu menfaatin yolu yine de aynen ifadan geçer. Öğretide, sözleşmede irade beyanında bulunma taahhütlerine yer verilerek bunların ceza koşuluyla desteklenmesinin, borçlu temerrüdünden sonuçlarından daha etkili olacağı ifade edilir[512].

---

[509] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 18; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 19; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 17; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 636 ZGB, N. 17.

[510] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 19; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 17; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 636 ZGB, N. 17.

[511] OFK-**EGLI,** ZPO Art. 344, N. 4; CHK-**SUTTER-SOMM/SEILER,** ZPO Art. 344, N. 2; KUKO-**SPÜHLER,** ZPO Art. 344, N. 1.
Mirasın paylaşımını isteme, ölüme bağlı tasarrufun iptalini veya tenkisini talep etme, denkleştirme isteminde bulunma gibi davalarda devir borçlusunun talep sonucunun içeriği açıktır.

[512] SHK- **ROUILLER**, Art. 635 N. 18. Ceza koşulunun borçlu aleyhine maliyeti artırarak borçluyu aynen ifada bulunmaya zorlayacağı yönündeki olumlu etki için bkz. **YELKENCİ,** s. 22 vd.

B. Kronikleşmiş Sorunu Aşma Enstrümanı Olarak: Devir Borçlusunun İrade Beyanına Hükmedilmesi

Açılmamış miras hakkında sözleşmede kararlaştırılmış aynen ve gereği gibi ifa menfaatinin önünde öbekleşen engellerin tamamı, devir borçlusunun irade beyanında bulunmasıyla aşılabilir.

İrade beyanında bulunma borcu, yalnızca borçlu tarafından yerine getirilebilen yapma borçlarındandır. Borçlunun beyanda bulunma borcuna riayet etmediği durumda, alacak hakkı sahibinin mahkemeye başvurarak, mahkemeden davalının beyanda bulunması gerektiğine hükmetmesi talep edilebilir. Mahkemeden, davalıyı bir şeyi yapmaya hükmetmesinin talep edildiği bu dava, eda davası mahiyetindedir[513]. Mahkemenin davayı kabul etmesi, yol ayrımında duraksamayı gerektirir. Mahkemenin verdiği karar üzerine, borçlunun irade beyanında bulunması için alacak hakkı sahibi ilamlı icra yoluna sevk edilebilir ya da mahkemenin hükmü, borçlunun irade beyanının yerine geçerek, irade beyanın yöneldiği hukuki sonucu doğurur[514]. İsviçre Federal Usul Kanunu'nun (SchZPO) bu yol ayrımı için bir tercihte bulunduğu saptanır. SchZPO Art. 344 hükmü uyarınca; bir kimse, mahkeme tarafından bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilirse, kesinleşen hüküm ilamlı icraya konulmaksızın, davalı beyanda bulunmuşçasına hukuki sonuçlarını doğurur[515]. Mahkeme kararının, bu şekilde davalının irade beyanının yerine geçmesi fiksiyon olarak nitelenir[516]. Mahkemenin davalının irade beyanında bulunmuş sayılmasına hükmedebilmesi için, irade beyanının özel içeriğinin açık olarak bilinmesi aranır[517]. Açılmamış miras hakkında sözleşmelerde, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılması için açıklaması gereken irade beyanlarının neredeyse tamamının özel içeriği tartışmaya yer vermeyecek açıklıktadır. Sözgelimi devir borçlusunun ölüme bağlı tasarrufun iptalini

---

[513] **BAŞOĞLU,** Aynen İfa, s. 89-90; Pekcanıtez/**PEKCANITEZ,** s. 963; **YAZICI-TIKTIK,** s. 2741; **ERDOĞAN,** s. 261; **AKKAN,** s. 243.

[514] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 1239; **YAZICI-TIKTIK,** s. 2741; **ERDOĞAN,** s. 262.

[515] OFK-**EGLI,** ZPO Art. 344, N. 1; CHK-**SUTTER-SOMM/SEILER,** ZPO Art. 344, N. 1; KUKO-**SPÜHLER,** ZPO Art. 344, N. 1.
Alman yasa koyucusu da tercihini benzer yönden yana kullanmıştır. Tercih için Alman Medeni Usul Kanunu §894 incelenmelidir.

[516] OFK-**EGLI,** ZPO Art. 344, N. 1; **AKKAN,** s. 242.

[517] OFK-**EGLI,** ZPO Art. 344, N. 4; CHK-**SUTTER-SOMM/SEILER,** ZPO Art. 344, N. 2; KUKO-**SPÜHLER,** ZPO Art. 344, N. 1. Bilanço düzenleme, hesap özeti tanzim etme, gider kalemlerini belirleyen bir pusula hazırlama gibi bilgi açıklamaları barındıran hesap verme borcu, irade beyanında bulunma borcuna konu edilse de mahkemenin vereceği hüküm irade beyanı yerine geçemez. Bu yöndeki tespit için bkz. **ARMUTCUOĞLU,** s. 88 vd.

veya tenkisini mahkemeden talep etmesinde, mirasın paylaşılmasını mahkemeden talep etmesinde durum böyledir.

İrade beyanına hükmedilmesine ilişkin akla gelen sorulardan biri de geçerliliği yasaca şekil şartına tabi kılınmış hukuki işlemler hakkındadır. Öğretide bugün için kabul gören yaklaşım, irade beyanına hükmedilmesi kararının kesinleşmesinin, şekle uygun irade açıklanmasının yerini alacağı yönündedir[518]. Ayrıca öğretide ve yargı uygulamasında mahkemece hükmedilen irade beyanının tapu sicili ya da ticaret sicili gibi resmi bir sicile işlenmesi gereklilik arz ediyorsa, mahkemenin sicili tutan makamlara gerekli talimatları verebileceği kabul edilir[519]. Açılmamış miras hakkında sözleşmelerde devir borçlusundan açıklaması beklenen irade beyanları kural olarak bir

---

[518] OFK-**EGLI,** ZPO Art. 344, N. 6; CHK-**SUTTER-SOMM/SEILER,** ZPO Art. 344, N. 1-2.

[519] İrade beyanına hükmeden yargıcın, resmi sicilleri tutmakla yükümlü makama talimat verebileceğini düzenleyen SchZPO Art. 344 Abs. 2 hükmü ile ilgili açıklamalar için bkz. OFK-**EGLI,** ZPO Art. 344, N. 8; CHK-**SUTTER-SOMM/SEILER,** ZPO Art. 344, N. 4.
Türk yargı uygulamasında özellikle taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan satış sözleşmesi kurma borcunun ifasını konu alan davalarda, talep edilmesi halinde yalnızca taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade beyanına değil; buna ek olarak hukuki sebebe uygun tescil isteminde de bulunulduğuna yönelik irade beyanına hükmedilir. Taşınmazın mahkeme kararıyla sicil dışı kazanımına uygun tescili sağlanır. Bu yönde kararlardan örnekler aşağıdadır: **Y. 14. HD., 23.05.2016 T., 2016/5019 E., 2016/6141 K.:** *"Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Dosya kapsamına ve toplanan delillere göre satış vaadi sözleşmesi yapmak üzere davalıların kendisine vekalet vermiş oldukları ...'nın vekalet görevini kötüye kullandığı kanıtlanamamıştır."* **(Lexpera, E.T.: 07.10.2024); Y. 14. HD., 12.04.2016 T., 2015/18796 E., 2016/4383 K.:** *"Kaynağını Türk Borçlar Kanununun 29. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanununun 237. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptal ve tescil davalarının kabulü için aranacak ilk husus sözleşmenin ifa olanağının bulunup bulunmadığıdır. Sözleşmenin herhangi bir nedenle aynen ifa edilememesi sonucu, vaat alacaklısının zarara uğrayacağı açıktır. TBK'nın 112. Maddesi "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür" hükmünü içerir. Buna göre vaat borçlusunun, vaat alacaklısının zararını tazmin etmesi gerekir. Vaat borçlusunun sorumlu olmasının nedeni sözleşmeyle yükümlendiği taahhüdünü ihlal etmesidir. Borçlunun taahhüdü, genellikle bir akde dayanır. Buna "akdi tazminat", sorumluluğuna da "akdi sorumluluk" denir. Satış vaadi sözleşmelerinde borçlunun edimini yerine getirmemesinden ötürü vaat alacaklısının karşılaması gereken zararı daima müspet zarardır. Çünkü, borç ifa edilmiş olsaydı; alacaklının mal varlığına hem borcun konusunu teşkil eden şey (satış vaadine konu teşkil eden eşyanın mülkiyeti) fiilen girmiş, hem de satış vaadi alacaklısı bundan başka kazançlar elde etmiş olacaktı. Somut olaya gelince; Davacı ile davalıların murisi ... arasında 201 parsel sayılı taşınmazın 480m2lik kısmına isabet eden 480/9100 payının satışının vaat edilmesine ilişkin olarak düzenlenmiş geçerli bir satış vaadi sözleşmesi mevcuttur. Ancak davalı tarafından sözleşme ifa edilmediğinden Borçlar Kanununun 112. maddesi hükmü uyarınca zararın tazmini gerekir."* **(Lexpera, E.T.: 07.10.2024).**

davanın açılmasını gerektirir. Yazılı yargılamanın egemen olduğu hukuk sistemlerinde dava dilekçesinin de yazılı olarak sunulması gerekir. Talep sonucu belirli olan ve borcun gereği gibi ifası için devir borçlusu tarafından açılması gereken paylaşma, tenkis, denkleştirme, ölüme bağlı tasarrufun iptali gibi davaların açılması yönünde irade beyanına hükmedildiği hallerde mahkeme kararı, yazılı şeklin yerini alır. Devir borçlusu aleyhine verilen ilgili davanın açılması hükmünün, devir alacaklısı tarafından görevli ve yetkili mahkemeye sunulmasıyla dava açılır. Devir borçlusunun iradesine hükmedilerek açılan davalar için harcın ve yargılama gider avansının ödenmiş olması beklenir (HMK m. 114/I b. g.). Hükmedilen irade beyanının sonuçlarını doğurması resmi harcama yapma ya da satış bedeli gibi gerekleri beraberinde getirmekteyse, bedelin ya da resmi gider kaleminin ödenmesi sonucunda irade beyanına hükmedilebileceği, İsviçre hukukunda kabul görür[520]. Devir borçlusunun dava açma beyanında bulunulmasına hükmedildiği olasılıkta da harcın açılacak davaya ilişkin harç ve gider avansının ödenmesi ya da bu konuda güvence verilmesi istenebilir. Ödemenin yapılması veya güvencenin verilmesi üzerine, davanın açılması yönünde irade beyanına hükmedilmelidir.

Devir borçlusunun dava açma beyanına hükmedilmesi, yargılama hukukuna hakim ilkelerden tasarruf ilkesi özelinde de incelenmelidir. Tasarruf ilkesi, davanın açılması konusundaki inisiyatifi davacıya tanımayı kapsar[521]. İlkenin kapsamı HMK m. 24 f. II hükmünde belirlenir. Tasarruf ilkesi uyarınca, hiç kimse lehine olan davayı dahi açmaya zorlanamaz. Devir borçlusunun, dava açma beyanında bulunulmaya hükmedilmesinin ilk bakışta tasarruf ilkesiyle bağdaşmadığı düşünülebilir. Ancak dikkat edilmelidir ki devir borçlusu, açılmamış miras hakkında sözleşmeye taraf olmakla gereği gibi ifayı perçinleyen davaları açmayı taahhüt etmiştir. Yapma borcu olarak sınıflandırılan taahhüt, son sınıflamada irade beyanında bulunma borcudur. Devir borçlusunun borca uygun davranması için mahkeme aracılığıyla zorlanabilmesi, hukuki himayenin gereğidir. Diğer kabuller, devir alacaklısının sözleşmede kararlaştırılan edimden ziyade; tazminatla yetinmesiyle sonuçlanır. Verme edimini konu alan eda davası ile yapma edimini konu alan eda davası arasında, teknik bir fark bulunmadığı da göz ardı edilmemelidir[522]. Bu açıklamalardan hareketle, devir borçlusunun dava açma beyanında bulunmaya hükmedilmesinin tasarruf ilkesi

[520] CHK-**SUTTER-SOMM/SEILER,** ZPO Art. 344, N. 5 ve N. 5'te yer alan yazarlar.
[521] Pekcanıtez/**ERDÖNMEZ,** s. 784; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM,** s. 182.
[522] **BAŞOĞLU,** s. 85; Pekcanıtez/**PEKCANITEZ,** s. 962; **AKKAN,** s. 242.

çatışmadığı; bilakis devir alacaklısının hukuki himayeden yararlanmasını sağladığı sonucuna varılmalıdır.

Gelinen noktaya değin devir borçlusunun irade beyanına hükmedilebileceği, hatta dava açma beyanında bulunulmasına dahi hükmedilebileceği açıklandı. Mahkeme kararının geçerlilik şeklini karşıladığı aktarıldı. İsviçre uygulamasına benzer bir uygulamayla, irade beyanına hükmedilmesi davasında, açılmasına hükmedilecek dava içinde ödenmesi gereken harç ve gider avansının tahsil edilebileceği de önerildi. İrade beyanına hükmedilmesi davası hakkında, hukukumuzda en hararetle tartışılan meseleye sıra geldi. Mahkemenin davayı kabul etmesi üzerine yol ayrımındaki hangi yolun seçilebileceği saptanarak, devir alacaklısının durumu tespit edilmelidir. Öğretideki tartışma, TMK m. 716 ve TBK m. 185 düzenlemeleri ve bu maddelerin uygulanması üzerinden yürütülür[523]. Öğretide

[523] Alacağın mahkeme kararıyla devrini konu alan TBK m. 185 uygulaması için bkz. **Y. 8. HD., 18.03.2014 T., 2014/670 E., 2014/4467 K.:** *"6098 sayılı TBK'nun 185. maddesine (818 sayılı BK'nun 164.m) göre kanuni temlik, temlik edenin bir irade beyanına gerek olmadan muayyen bir vakıanın gerçekleşmesi ve bir kanun hükmü ile alacağın bir kimsenin mamelekinden çıkarak diğer bir kimsenin mamelekine geçmesidir. Temlik edenin bir irade beyanına lüzum olmadan; mahkeme kararı ile bir alacağın, bir kimsenin mamelekinden başka bir şahsın mamelekine geçmesine ise "kazai temlik" denir. Alacağın temliki, kazandırıcı bir tasarruf işlemi olması nedeniyle; Temlik edenin malvarlığının aktifinde, mevcut haklarda başkası lehine bir azalmayı, bir değişmeyi veya kayıtlamayı gerektiren hukuki bir işlemdir. Bir kimsenin ileride kazanacağı alacakların temliki de mümkündür. Burada ileride gerçekleşecek olmakla birlikte, temlik anında hukuki bir temeli olan alacak mevcuttur. Bu şekildeki temlikte alacaklı sahip olduğu alacağı veya beklenen bir hakkı ya da bir hukuki durumu temlik etmiş olduğundan artık başka bir işlem yapmakla yükümlü değildir. Diğer anlatımla alacağın talep edilebilir hale gelmesi, geciktirici şartın gerçekleşmesi veya çekişmenin çözümlenmesi, alacağın temliki sonuçlarım meydana getirecektir."Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir" (6098 sayılı TBK. m. 185). hükmü gereğince; hiçbir şekil şartına gerek olmadan gerçekleşir. Davalı A. adına "Tasfiye Halindeki İhlas Finans Kurumu'ndaki hesapta bulunan para aslında bilinen, her an ödenebilir, ancak ödenecek miktarı belli olmayan bir durumda bulunan ve muaccel olan bir para olup, borçlu eşin kendisinden kaynaklanan bir engel ya da nedenle değil, söz konusu Kurum'un (Bankanın) tasfiye halinde olması durumundan kaynaklanan bu özel durum (engel) nedeniyle tam olarak ne zaman ödeneceği belli olmayan (belirsiz olan) ancak ödenebilir muaccel para alacağıdır. Öyle ise böyle bir alacağın TBK'nun 185. maddesi uyarınca "... Mahkeme kararıyla (yargısal devirle) temlike" konu olabilmelidir. Henüz muaccel (ödenebilir durumda) olmadıklarından ödenmeyen emekli ikramiyesi kıdem tazminatı, OYAK tarafından yapılan ödemeler ve benzerleri için aynı şeyi söylemek olanaksızdır."* **(Legalbank, E.T.: 07.10.2024).**
TMK m. 716 uygulaması için bkz. **Y. 7. HD., 22.04.2024 T., 2024/1255 E., 2024/2137 K.:** *"1. Dava, taraflar arasında noterde düzenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptal ve tescil, olmadığı takdirde tazminat istemine ilişkin olup, vaatte bulunan davalı ..., vaat alacaklısı olan davacı ...'in babasıdır. Anılan sözleşmeye göre; davalı ..., tapu kaydında kök murisleri ...'ten gelen payı ile annesi ...'dan gelen payını davacıya satmayı vaat etmiştir.2. Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağı bulunmalıdır. Elbirliği mülkiyetine (TMK m.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte elbirliği ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez.3. Bu açıklamalara göre; her ne kadar davalı ..., hem muris babası ...'ten hem de muris annesi ...'dan gelen elbirliği ortaklığına konu paylarını satmayı vaat etmiş ve o sırada ortaklık dışı davacı yönünden ifa olanağı henüz doğmamış olsa da; davalı ... ... 25.07.2022 tarihinde vefatı ile oğlu olan davacının tapudaki elbirliği ortaklığına Ali mirasçısı sıfatıyla dahil olmasına göre artık ifa olanağı doğmuş*

savunulan ilk görüş, tescile zorlama davasının yenilik doğurucu dava olduğunu, mahkeme kararıyla taşınmaz mülkiyetinin sicil dışı kazanıldığını savunur. Yenilik doğurucu davalarda, bir de ayrıca davalının irade beyanına başvurulması aranmaz. İrade beyanına hükmedilmesi davası ise, yapma borcunun yerine getirilmesini konu edindiğinden eda davasıdır. TMK m. 716 ve TBK m. 185 hükümlerinin geniş yorumlanmasıyla yenilik doğurucu davaya ilişkin sonuçlar, eda davasına yaydırılmamalıdır. Davalının irade beyanına hükmedildiği durumda davacı, mahkeme kararına uygun beyanda bulunulması için İİK m. 30 uyarınca davalıyı ilamlı icra yoluyla takip etmelidir. Borçlu, icra emrine rağmen mahkeme kararında yer alan irade beyanında bulunmazsa, ancak tazyik hapsi ile cezalandırılabilir[524]. Öğretide savunulan diğer bir görüş ise TMK m. 716 ile davacı, her halde davalıdan esas sözleşmeyi kurması yönünde beyanda bulunmasını talep eder. Bu talebi konu edinen dava eda davasıdır[525]. Bu eda davasında sözleşmenin kurulmasına karar verildiği gibi ifasına da hükmedilir. Aynı davada yargıç, borçlunun hem sözleşme kurma beyanına hem de tecil istemi beyanına hükmeder. En nihayetinde de taşınmazın tapu sicilinde davalı adına tescil edilmesine hükmeder. Dolayısıyla hukuk uygulamamız, eda hükmü niteliğindeki irade beyanına hükmedilmesine ve hâkim hükmünün davalının irade beyanının yerine geçmesine yabancı sayılmaz. TMK m. 716 ve TBK m. 185

---

olmaktadır. Hal böyle olunca; güncel tapu dikkate alınmak suretiyle tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda toplanmış ve toplanacak olan deliller dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde verilen karar doğru görülmemiştir." **(Legalbank, E.T.: 07.10.2024); Y. 7. HD., 11.01.2024 T., 2022/6905 E., 2024/140 K.:** *"1. Kaynağını Türk Borçlar Kanunu'nun 29 uncu maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nun 237 inci maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 706 ıncı ve Noterlik Kanunu'nun 89 uncu maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu'nun 716 ıncı maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.2. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden Borçlar Kanunu'nun 146 ıncı maddesi hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır ve bu süre sözleşmenin ifa olanağının doğması ile işlemeye başlar. Ancak satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye yani vaat alacaklısına teslim edilmiş ise on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda zamanaşımı savunması Türk Medeni Kanunu'nun 2 inci maddesinde yer alan "dürüst davranma kuralı" ile bağdaşmayacağından dinlenmez."* **(Legalbank, E.T.: 07.10.2024).**

İsviçre Federal Mahkemesi de 1959 yılında verdiği **BGE 85 II 474** künyeli kararda, önalım hakkına dayalı sözleşmenin kurulmasına hükmetmenin, ifa aşamasında borçlunun direniminin önüne geçemeyeceğini ifayı da sağlayan beyana da hükmedilmesi gerektiğini kabul eder **(E. 5).**

[524] **AKKAN,** s. 243-245; **ERDOĞAN,** s. 163-164 ve özellikle dn. 81. *YAZICI-TIKTIK* ise dava türüne dair bir nitelemede bulunmaksızın, mahkeme kararının İsviçre hukukunda olduğu gibi içre edilmiş sayılamayacağını ve mahkeme kararının İİK m. 30 uyarınca ilamlı icraya konu edilmesi gerektiğini bildirir. Yazara göre de icra emrine riayet etmemenin yegane yaptırımı İİK m. 343'te yer alan tazyik hapsidir (**YAZICI-TIKTIK,** s. 2741-2742).

[525] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Borçlar, §11 N. 23; **OĞUZMAN/ÖZ,** C.I, N. 1241 ve N. 1418; Pekcanıtez/**PEKCANITEZ,** s. 962; **BAŞOĞLU,** s. 92; **BÜYÜK,** s. 177-178.

düzenlemelerinden ilke kıyası yaparak[526], irade beyanında bulunma hükümlerinin tamamı için mahkeme kararının davalının irade beyanının yerini alacağı kabul edilebilir[527].

Öğretide yer alan ikinci görüş, yapma borçlarının ifasını daha etkin biçimde himaye eder. Bu görüş açılmamış miras hakkında sözleşmelere tatbik edilirse, devir borcunun kötü ifası büyük ölçüde aşılır. Paylaşma davası, tenkis davası, denkleştirme, ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açma borcuna riayet etmeyen devir borçlusu aleyhine, hakim irade beyanına hükmeder ve bu hüküm tenkis, paylaşma, denkleştirme gibi ilgili davanın açılmasını sağlar. Devir alacaklısı da sözleşme menfaatini maksimize etme fırsatı yakalar[528]. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin kredi temin etme amacıyla kullanıldığı sözleşmeler açısından bu imkan hayli büyük önem taşır. Mahkeme kararının, hareketsiz kalan devir borçlusunun irade beyanının yerini alacağını öngören kredi kuruluşu, muhtemel miras beklentisini güvenli bir finans aracı olarak kullanmaya sıcak bakabilir. Böylelikle muhtemel mirasçı, kredi temin elde araçlarını genişletirken; kredi kuruluşunun da tereke değerleriyle malvarlığını genişletme olasılığı artar. Her iki tarafın çıkarını da yücelten, bu imkan, aynı zamanda muhtemel mirasçının, miras menfaatine erken kavuşmasını sağlayarak klasik paradigmaya da hizmet eder.

C. Muhtemel Miras Payı Taahhütlerinin İfası Özelinde İrade Beyanına Hükmedilmesi

Mirasın açılmadığı evrede, muhtemel mirasçılar arasında kurulan ve gelecekte oluşması beklenen miras payının devrini konu alan sözleşmelerin, muhtemel mirasbırakanın katılımının veya iznin bulunması kaydıyla, borçlandırıcı etki taşıyacağı kabul edildi. Bu sözleşmeyle kararlaştırılan devir borcunun ifasının her şeyden önce, taraflarının mirasçı statüsü taşımasına bağımlı olduğunun altı çizildi. Borcun ifasının ise TMK m. 677 f. I hükmünde yer alan, tasarruf şekline riayet edilerek gerçekleştirilebileceği sonucuna ulaşıldı. Tasarruf işleminin tamamına erdirilebilmesi için devir borçlusunun yazılı temlik beyanında bulunması aranmalıdır. Devir

---

[526] İlke kıyası ya da toplu kıyas metodu için bkz. **ANTALYA/TOPUZ,** N. 1268; **HÜRLIMAN-KAUP/SCHMID,** N. 189-189a.

[527] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Borçlar, §11 N. 23; **OĞUZMAN/ÖZ,** C.I, N. 1418; **BAŞOĞLU,** s. 90; Pekcanıtez/**PEKCANITEZ,** s. 963; **BÜYÜK,** s. 177-178.
Bu görüş, takip hukukuna hakim şeklilik ilkesi ile bağdaşmadığından eleştirilir. **AKKAN,** s. 164.

[528] Açılan tenkis, iptal, paylaşma davasının tarafı devir borçlusudur. Keza davayı takip yetkisi de devir borçlusundandır. Devir borçlusunun usulüne uygun biçimde davet edilmesine rağmen duruşmaya katılmayarak dosyanın işlemden kaldırılarak hiç açılmamış sayılması olasılığına mahal vermesi de söz konusudur.

borçlusunun yazılı şekil şartına uygun biçimde temlik iradesinde bulunmaktan kaçınması halinde, devir alacaklısının başvurabileceği imkan eda davasıdır. Bu eda davasında da mahkemeden, devir borçlusu davalının irade beyanında bulunmasına hükmedilmesi talep edilir. Mahkemenin, devir borçlusunun davalıyı yazılı beyanda bulunmaya mahkum etmesi halinde de yukarıdaki savunulan görüşe sadık kalınmalıdır. Mahkemenin hükmü, davalının yazılı devir beyanı yerine geçmeli ve devir borçlusunun miras payı, devralan miracının malvarlığına intikal etmelidir. Miras payının, devir alacaklısının malvarlığına intikal ettiği an eda davasının kesinleştiği ana tekabül eder.

VI. BORCUN GEREĞİ GİBİ İFASI İÇİN SÖZLEŞME HÜKMÜ ÖNERİLERİ

Açılmamış miras hakkında sözleşmeyle kararlaştırılan ifa menfaatine ulaşma önündeki engeller, birkaç hususun sözleşme hazırlanırken göz önünde bulundurularak metne işlenmesiyle büyük ölçüde aşılabilir. Bu başlık altındaki teorik tartışmalardan damıtılacak öneriler, açılmamış miras hakkında sözleşmede (1) devir alacaklısının açık bir şekilde paylaşma davası, tenkis davası, denkleştirme davası, ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açmayı kapsayan biçimde temsil yetkisiyle donatılması, (2) devir borçlusunun mirasçı statüsünü kazanamaması halinde sözleşmenin hükümden düşeceğine dair bozucu koşula yer verilmesi, (3) miras açıldıktan sonra belirli bir süre içinde paylaşma davası açmayı taahhüdü ve bu taahhüde uyulmasına ilişkin ceza koşuluna yer verilmesi, (4) gündeme gelebilecek irade beyanına hükmetme davasında tartışmaya mahal vermeyecek biçimde, başta tenkis, denkleştirme, paylaşma, ölüme bağlı tasarrufun iptali davaları olmak üzere mirasçılık statüsüne ilişkin davaların devir alacaklısı lehine açılacağı yönünde taahhüde yer verilmesi, (5) gerektiğinde kayyım atanmasını talep edebilmesi için, paylaşma müzakerelerine başlandığını devir borçlusunun, devir alacaklısına bildirmekle yükümlü olduğuna yer verilmesi, (6) devir alacaklısının fer'i müdahil olarak davaya katılabilmesi ve müdahalenin etkisinden yararlanabilmesi için, açılan davaların devir borçlusu tarafından HMK'daki usule uygun biçimde devir alacaklısına ihbar edileceğinin kabul edildiğine yer verilmesi şeklinde sıralanabilir.

§7. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN GARANTİ SORUMLULUĞU

İvaz karşılığında kurulan açılmamış miras hakkında sözleşmelerin ifasıyla, **devredilen değerlerle** ilgili olarak borçlunun ayıptan ve zapttan doğan garanti sorumluluğuna başvurulup başvurulamayacağı incelenmelidir. İnceleme sırasında sözleşmenin kurulduğu sırada, devir konusunun belirli ya da belirlenebilir nitelik taşımadığı göz ardı edilmemelidir.

Açılmamış miras hakkında sözleşmede karşı edimin bedel ödeme borcu olarak kararlaştırılmasıyla, satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur[529]. Satış sözleşmesine ilişkin hükümler, ayıba karşı tekeffül ve zapta karşı tekeffül hükümlerine başvurulmasını çeşitli koşullara tabi kılar. Satıcının tam ve kısmi zapttan sorumlu tutulabilmesi için zapt olgusunun veya tehlikesinin sözleşmenin kurulduğu sırada var olması aranır[530]. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin kurulduğu sırada, muhtemel mirasbırakanın terekesinde yer alan değerlerin neler olabileceği dahi kestirilebilir değildir. Dolayısıyla, devir taahhüdünde bulunanın zapta karşı tekeffül sorumluluğuna başvurulması olanaklı görünmez. Devir borçlusunun mirasın paylaşımı sonucunda belirli bir değerin kendisine özgüleneceğini ve bunu devir alacaklısına temlik edeceğini taahhüt etmiş olması olasılığı bu tartışmadan ayrıktır.

Satış sözleşmesi hükümlerine göre, alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için ayıbın, hasar ve yararın geçişi anında satılanda bulunması aranır[531]. Hasar ve yararın alıcıya geçiş anı ise taşınır ve taşınmazlar için farklılık gösterir. Taşınırlarda zilyetliğin devredilmesiyle yarar ve hasar alıcıya intikal eder ve dolaysız zilyetliğin tesis edildiği sırada satılan ayıp barındırıyorsa, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilir. Taşınmaz satışlarında yarar ve hasar, tescille beraber alıcıya intikal eder[532]. Açılmamış miras hakkında sözleşmede, devir borçlusu kendisine özgülenen tereke değerlerini devretme borcu altındadır[533]. Devir borçlusuna özgülenen değerlerin türüne göre ayıbı barındırması gereken an özel olarak tespit edilmelidir. Hemen belirtmek gerekir ki tereke değerlerinin, devir borçlusuna

---

[529] **KOHLER,** s. 180; **ÖZAKMAN,** s. 211; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 249.
Karşı edimin niteliğine göre mal değişim sözleşmesi hükümleri de uygulama alanı bulabilir. Mal değişim sözleşmelerinin garanti sorumluluklarıyla ilgili olarak satış sözleşmesine atıfta bulunduğu göz ardı edilmemelidir (TBK m. 283).
[530] **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** C. I, s. 125; **NOMER/ENGİN,** TBK m. 214, N. 31.
[531] **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** C. I, s. 144; **NOMER/ENGİN,** TBK m. 208, N. 24.
[532] **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** C. I, s. 146; **NOMER/ENGİN,** TBK m. 208, N. 47.
[533] Bu bağlamda aliud teslimin de gündeme gelmesi pek olası görünmez (**ESEN,** s. 13 vd.).

özgülenme anında taşıdığı yıpranma ve lüzumlu vasıfları taşımaması ayıp olarak nitelenemez. Devir borçlusu mirasçıya özgülemenin gerçekleştirildiği an ile devir alacaklısına ifanın gerçekleştirildiği an arasındaki zaman kesitinde, devir borçlusu kendisine özgülenen tereke değerleri ile ilgili nitelik vaadinde bulunmuşsa, bu vaade aykırılık halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanılması mümkündür[534].

§8. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMELER İÇİN ÖZELLİK TAŞIYAN DURUMLAR

Miras açılmadan önce, muhtemel mirasbırakanın terekesini pazarlık konusu edinen açılmamış miras hakkında sözleşmeler ekseninde, elde edilmek istenen kimi sonuçlar özel değerlendirmeyi hak eder. Muhtemel miras payı üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilip edilemeyeceği ve devir alacaklısının muris muvazaasına dayanmasında hukuki menfaatinin bulunup bulunmadığı bu başlıkta değerlendirilmek üzere seçilmiş meselelerdir.

I. MUHTEMEL MİRAS BEKLENTİSİNİ KONU EDİNEN REHİN ve İNTİFA HAKKI TESİSİ MESELESİ

Mirasın henüz açılmadığı dönemdeki devir taahhüdünü inceleyen eserlerin pek çoğu, muhtemel miras menfaatinin rehin hakkı tesisine konu edilip edilemeyeceğini de ele alır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 73 III 149 künyeli kararının da bunda etkili olduğu açıktır. Oysa İsviçre-Türk hukuk sisteminde, hak üzerinde tesis edilebilen yegâne sınırlı ayni hak rehin hakkı değildir. Genel bir ifadeyle haklar üzerinde intifa hakkı tesisi de mümkün olabilir. İncelenen eserlerde rehin hakkı üzerinden yürütülen tartışmaya yer verilerek, tümevarım metoduyla intifa hakkı tesisine ilişkin görüş oluşturmak yerinde bir tercih olarak görüldü[535]. Bu nedenle bu başlık, rehin hakkı ve intifa hakkını ele alacak şekilde ikiye bölündü.

A. Muhtemel Miras Menfaatini Konu Edinen Rehin Hakkı Tesisine İlişkin Tartışma

Açılmamış miras hakkında sözleşmeyle, miras ümidinin devri taahhüdü yerine; bu bekleme durumu üzerinde rehin hakkı tesis etmenin mümkün olup olmadığı, öğreti ve yargı kararlarında tartışılmıştır. Bir hukuki işlemi kurmanın imkân dahilinde olup

---

[534] Devir alacaklısının seçimlik haklardan yararlanabilmesi için gözden geçirme ve bildirimde bulunma külfetini yerine getirmiş olması aranır. Ayıp nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep edebilir. **KARA,** Zarar, s. 493 vd.

[535] Benzer sistematiğin tercih edildiği eser için bkz. **NOMER,** s. 60-61.

olmadığı sorusu karşısında ulaşılabilecek yanıtın, evet ya da hayır ile başlaması zorunludur. Bu zorunlulukla uyumlu olarak da öğretide iki görüşe rastlanır.

İsviçre öğretisinde *TOUR/PICENONI* ve *MINNIG,* hak üzerinde rehin tesis etme olanağını düzenleyen ZGB. Art. 899 ve devamı hükümlerinin yürürlük bulabilmesi için her şeyden önce devre konu bir hakkın bulunması gerektiğinin altını çizer. Zira bu, rehin tesisine hakim ilkelerden olan belirlilik ilkesinin bir sonucudur. Mirasın henüz açılmadığı dönemde, devre konu bir hak muhtemel mirasçının malvarlığında yer almadığına göre, miras bekleme durumu üzerinde rehin hakkı tesis edilebileceği söylenemez[536]. Öğretideki bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 73 III 49 künyeli kararına dayandırılır.

Karara konu olayda davalı, babasının katılımı ve imzalamasıyla babasından intikal etmesi muhtemel miras menfaati üzerinde iki ergin çocuğu lehine rehin hakkı tesis eder. Temyiz eden, bahsi geçen rehin hakkının paraya çevrilmesi yoluna başvurur. Borçluysa, intikal etmemiş miras payının paraya çevrilebilir bir değer olmadığını iddia ederek takibe itiraz eder. Federal Mahkeme umut ve beklentinin, rehnin paraya çevrilme yoluyla takibine başvurulsa bile bundan sonuç alınamayacağını bildirir. Yine Mahkeme, bu önermenin istisnalarının bulunup bulunmadığına karar vermeyeceğinin altını çizerek, miras henüz açılmadan miras ümidinin paraya çevrilmeyeceğini ve haczedilemeyeceğini vurgular. Güç kullanarak, borçlunun miras ilişkilerine müdahale etmek kabul edilemez ve sakıncalı görülür[537].

ESCHER ise, soruna yalnızca ZGB Art. 899 ve devamı hükümleri cephesinden yaklaşılmasıyla oluşan kaygıları yerinde bulduğunu belirtir. Ancak ZGB Art. 636 hükmünün rehin tesisine ilişkin sözleşmelere cevaz verip vermediğinin ele alınmamış olması bu görüşün eksik yanıdır. Açılmamış miras hakkındaki sözleşmeden doğan borcun ifası kırılganlık taşısa da ZGB Art. 636 hükmü bu sözleşmelere yürürlük tanımayı tercih etmiştir. Ayrıca hükümde, açıkça devirden de söz edilmiş değildir. Yani yasa koyucu, ZGB Art. 636'da yer alan imkanı devirle de sınırlamış değildir. Kanun açıkça devirle sınırlamada bulunsaydı, rehin tesisi imkanını reddetmek gerekirdi. Tercih edilen ifade de dikkate alınarak, muhtemel mirasbırakanın katılımının veya rızasının temin edildiği olasılık için muhtemel miras menfaati

[536] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 636 ZGB, N. 18a; BSK-**MINNIG,** Art 636 ZGB, N. 3.
[537] **BGE 73 III 149, 150.**

üzerinde rehin tesis edilebileceğini kabul etmek gerekir. Hatta, pratik ihtiyaçlara cevap verecek şekilde paraya çevrilme yoluyla takibi de olanaklı olmalıdır[538].

İsviçre öğretisinin bugün için, açılmamış miras hakkında sözleşme aracılığıyla miras ümidi üzerinde rehin tesis edilebileceğini benimsediği görünür[539]. *STEINAUER,* Federal Mahkeme'nin rehnin paraya çevrilmesi istemini reddetmesine karşın, devir taahhüdüne izin verildiği ölçüde de sınırlı ayni hak tesisine de evleviyetle *(a fortiori)* olanak tanınması gerektiğini ifade eder[540]. *ROUILLER* de Federal Mahkeme kararını ikna edici bulmadığını belirtir. Yazara göre muhtemel miras menfaatine, ulaşılıp ulaşılamayacağı elbet kesinlik taşımaz. Mirasın açılmadığı bu evre için rehnin paraya çevrilmesi olanağının bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak paraya çevrilememe ZGB Art. 636'daki şartları taşıyan rehin hakkı tesisi taahhütlerinin geçersiz olduğu anlamına da gelmez. Mirasın açılmasından önce rehinle teminat altına alınan alacağın ifasında borçlu temerrüdü gerçekleşse bile, rehin paraya çevrilmesi en erken mirasın açılmasıyla mümkün olabilir. Bu nedenle rehin tesisinde beis görülmemelidir. Ne de olsa evleviyet ilkesi bunu gerektirir. Ayrıca ekonomik işlevi bulunan ve pratik ihtiyaçlara cevap veren rehin tesisini reddetmeyi gerektiren başka bir neden de söz konusu değildir[541].

Rehin hakkı tesisi imkanına ilişkin olarak Türk öğretisinin, İsviçre öğretisindeki birinci görüşü takip ettiği saptanır. *ÖZAKMAN* ve *YILDIRIM,* mirasın henüz açılmadığı dönemde miras ümidinin hak niteliği taşımadığını ortaya koyarak, belirlilik ilkesinin muhtemel miras menfaati üzerinde rehin tesisine olanak tanımadığını kabul eder[542].

Bu tartışmada mirasın henüz açılmadığı dönem için muhtemel mirasçının beklenen bir hakkının bulunmadığını kabul etmek gerekir[543]. Haliyle muhtemel mirasçının malvarlığının aktifinde hak ya da beklenen hak yer almaz. Bu açıdan bakıldığında muhtemel miras menfaati üzerinde rehin tesis edilemeyeceği düşünülebilir. Lakin yasa koyucunun, açılmamış miras hakkında sözleşmeyle devir taahhüdünde bulunanın, muhtemel miras menfaatine öncelenmiş biçimde

---

[538] ZK-**ESCHER,** Art, 636 ZGB, N. 16.
[539] CHK-**GÖKSU,** Art. 636 ZGB, N. 2; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 636 ZGB, N. 13; **GUINAND/STETTLER/LEUBA,** N. 566; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 636 ZGB, N. 4; SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 4.
[540] **STEINAUER,** successions, N. 1206, dn. 39.
[541] SHK- **ROUILLER,** Art. 636 N. 4, dn. 4.
[542] **ÖZAKMAN,** s. 141; **YILDIRIM,** I, s. 142. Aynı yönde bkz. **ÇABRİ,** III, s. 554; **MAKARACI BAŞAK,** s. 51-52.
[543] **NOMER,** s. 131; **ANTALYA,** N. 136.

kavuşmasına olanak tanıdığı da göz ardı edilmemelidir. Üstelik bu ihtimalde de devre konu haktan söz edilemez. O halde rehin tesisinin olanaklı olup olmadığı sorusunun yanıtının, yalnızca belirlilik ilkesinden geçmediği de açıktır. Miras açılmadan rehnin paraya çevrilemeyeceği gerçeğini benimsemek suretiyle, TMK m. 678'de yer alan koşulları sağlayan rehin tesisine İsviçre hukukundaki hâkim görüş gibi evleviyetle geçerlilik atfetmek pekâlâ mümkün görülebilir. İsviçre hukukundaki hâkim görüş benimsenirse, rehnin en erken mirasın açılmasıyla İİK m. 94 ve 121 hükümlerinden yararlanılarak paraya çevrilebilmesi gündeme gelir[544].

B. Rehin Hakkı Tesisine İlişkin Tartışmadan Elde Edilenler Işığında İntifa Hakkı Tesisine Yaklaşım

Devir taahhüdünde bulunanın, bekleme durumu üzerinde rehnin yanı sıra intifa hakkı tesis edip edemeyeceği de ele alınmalıdır. Bunun nedeni haklar üzerinde tesis edilebilen sınırlı ayni haklardan bir diğeri olan intifa hakkı olarak yasada sayılması değildir. Eş anlatımla bu başlık, tümevarım metodunun tatbik edildiği bir saha değildir.

Bekleme durumu üzerinde rehin hakkı tesisini kabul eden yazarlar, miras açılmadan önce rehnin paraya çevrilmesinin mümkün olmadığını kabul eder. Rehnin paraya çevrilmesi en erken mirasın açılması ile gündeme gelebileceği ifade edilir. Kesinlik taşımasa da rehin taahhüdü etkisini gösterebilir. Rehin paraya çevrilmesi ihtimallere bağlı olsa da bekleme durumu, alacağı teminat altına almıştır.

Taahhütte bulunan muhtemel mirasçının miras açılmadan önceki dönemde kullanma ve yararlanmaya uygun bir hakkı dahi bulunmaz. İntifa hakkının tesisinde belirleyici olan tesis sırasında kullanmaya elverişli intifa konusunun bulunmasıdır[545]. Başlangıçta böyle bir nitelik taşımayan nesne, hak veya malvarlığının daha sonra kullanma ve yararlanmaya elverişli bir değere kaim olması intifa hakkı tesisi için yeterli görülmez[546]. Bu nedenle, miras açıldıktan sonra miras payı üzerinde intifa tesis edilebilmesi, bekleme durumu üzerinde intifa tesis edilebileceği sonucuna götürmez[547].

İntifa tesisini konu edinen sözleşme, koşula bağlı miras payı üzerinde intifa tesisi veya paylaşma sonucu üzerinde intifa tesisi borcu doğuran sözleşme olarak ayakta tutulabilir.

---

[544] **GÜMAN,** s. 146 vd.
[545] **ÖZEN,** İntifa, s. 41.
[546] **ÖZEN,** İntifa, s. 40.
[547] Miras payı üzerinde intifa tesisi olanağına ilişkin bkz. **§12, III, A, 3.**

II. MURİS MUVAZAASI İDDİASININ DEVİR ALACAKLISI TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLMESİ

Muhtemel mirasbırakanın, saklı payları etkisizleştirmek amacıyla gerçekleştirdiği nisbi muvazaalı işlemler, yargı pratiğinde ve öğretide *muris muvazaası* olarak adlandırılır. Muris muvazaası olarak adlandırılan vakıa grupları bakımından da esas olan, tarafların dışa yansımış iradeleriyle ortaya koydukları hukuki işlemin hüküm doğurmaması hususunda anlaşması ve bu işlemin altında gizledikleri hukuki işlemin hükümlerini doğurmasını kararlaştırmalıdır. Yargı kararları referans alınırsa muvazaalı işlemlerle, genel olarak taşınmaz bağışlama sözleşmelerinin taşınmaz satış sözleşmesi altında gizlenmesi formunda karşılaşılır. Muris muvazaasını, diğer muvazaalı işlemlerden ayıran yegâne parametrenin saklı payları etkisizleştirecek aldatma kastı olduğu kabul edilir[548].

Muris muvazaasına başvurulması, görünürdeki işlemi kesin hükümsüz kılar. Bu sonuç taraflar için de şaşırtıcı olmamalıdır. Ne de olsa dış dünyaya yansıyan irade beyanlarının, hüküm doğurmamasını isteyen ve bu hususta anlaşan, taraflardır. Taşınmaz bağışı da bağışlama kastını içeren bağışlama anlaşmasına borçlandırıcı işlemde aranan şekle uygun yer verilmemiş olması nedeniyle kesin hükümsüzdür. Sebebe bağlılık ilkesi de yürürlük bulunca, taşınmazı konu alan tasarruf işlemi de hükümsüz addedilir ve tescil yolsuz olarak nitelenir[549]. Tescil, yolsuz olduğundan söz konusu taşınmaz aslında terekenin aktifinde yer alır. Ancak tapu kayıtlarında muvazaalı işlemin tarafı malik görünür. Muris muvazaasıyla karşılaşan mirasçıdan; muvazaayı, aldatma kastını ispat ederek tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması beklenir. Anılan imkan, tereke değerinin özellikle TMK m. 1023 uyarınca kaybını önlediğinden tereke değerini koruyucu bir faaliyet olarak görülmelidir. Mirasçılardan birinin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması ve olumlu sonuç alması yeterli görülmelidir. Dava için yapılan masrafların da terekenin idaresi masrafı olarak vasıflandırılarak, rücuya tabi kılınması gerekir[550]. Yargıtay kararlarını incelediğimizde, mirasçıların tapu kaydının düzeltilmesini kendi miras oranları ile

---

[548] **DEVELİOĞLU,** Muris Muvazaası, s. 599.

[549] Taşınırların muvazaalı işleme konu edildiği durumda görünürdeki işlem için aranan koşullar, gizlenen işlem için aranan koşulları kapsıyorsa gizlenen işlem özellikle bağışlama sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuş olur. Bu ihtimalde saklı payı etkisizleştirilen saklı paylı mirasçı ancak tenkis davası açabilir. Taşınır bağışlamasının, taşınır satışı arkasına gizlendiği durumlarda taşınırın mülkiyeti geçerli bir sebebe bağlı olarak devralanın mülkiyetine geçer.

[550] **LEMMERZ,** s. 1252.

sınırlı bir şekilde talep ettiği ve bu talebe olumlu sonuç bağlandığı izlenir[551]. Oysa tapu kaydının düzeltilmesi istemi, nicelik itibarıyla bölünmesi mümkün taleplerden değildir.

Şüphesiz ki açılmamış miras hakkında sözleşmenin devir borçlusu da muvazaalı bir işlem karşısında bahsedilen vakıaları ispat ederek, tapu sicilinin düzeltilmesini talep edebilir. Hatta böylesi bir talepte bulunma devir borçlusunun açılmamış miras hakkında sözleşmeden türeyen borcu olarak bile nitelenebilir. Kayden başkasının malik olarak tespit edildiği taşınmazın, terekenin paylaşılması aşamasına konu edilmesi çoğu zaman gündeme gelmez[552]. Terekenin paylaşım kapsamının genişletilmesini hedef tutan dava açma borcuna riayet etmeyen devir borçlusunun hareketsizliği, irade beyanına hükmetme davası ile aşılabilir[553]. Devir borçlusu tarafından açılan muvazaaya dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, davacı kendi *aleyhine* yapılan bir devrin bulunduğunu iddia ettiğinden muvazaanın tarafı olarak

---

[551] **Y. 1. HD., 16.06.2009 T., 2009/3426 E., 2009/6964 K.:** *Davacı, miras bırakanı İ...'nin zengin ve varlıklı bir kişi olduğu mal satmaya ihtiyacı olmadığı halde dava konusu 453 ada 10 parseldeki 2 ve 4 nolu meskenlerini muvazaalı olarak davalı kızı K...'ye devrettiğini, K...'nin diğer davalı N...'ye,onunda K...'nin eşi C...'e temlik ettiğini ileri sürerek* ***miras payı oranında tapu iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur****. Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.* ***Mahkemece, miras bırakan tarafından yapılan temliklerin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu gerekçesiyle davacının miras payı oranında tapunun iptal ve tesciline karar verilmiştir.*** **(Lexpera, E.T.:11.10.2024) Y. 1. HD., 17.01.2019 T., 2016/3738 E., 2019/2012 K.:** *"Gerçekten de, mirasbırakanın işlem tarihinde ehliyetsiz olduğu iddiasıyla üçüncü kişiler aleyhinde açılan tapu iptali ve tescil davalarında, terekeyi temsil eden tüm mirasçıların bir arada hareket etmek suretiyle davayı birlikte açmaları, ayrıca, mirasçılardan birisinin terekeye iade şeklinde dava açması halinde de tüm mirasçılarının davada muvafakatlarının sağlanması, aksi takdirde terekenin atanacak temsilci marifetiyle davada temsil edilmesi ve yürütülmesi gerekmektedir (TMK'nın 640. maddesi). Ne var ki, bu kuralın mirasçılar arasında paylı mülkiyet hükümleri geçerli olduğundan, bir mirasçının diğer bir mirasçı aleyhine açtığı davalarda uygulama yeri bulunmadığı kuşkusuzdur.Öte yandan muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı davalarda pay oranında istekte bulunabileceği 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birlmeştirme Kararında açıkça belirtilmiştir."* **(Lexpera, E.T.:11.10.2024) Y. 1. HD., 11.04.2019 T., 2016/8741 E., 2019/2622 K.:***Taraflar arasında görülen davada;Davacı, mirasbırakan ...'ın maliki olduğu ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... parsel sayılı taşınmazlarını satış göstermek suretiyle oğlu olan davalı ...'e, ...'in de 21.05.2013 tarihinde yine satış göstermek suretiyle eşi davalı ...'a devrettiğini, temliklerin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek,* ***tapu kayıtlarının iptali ile miras payı oranında adına tescile, olmadığı takdirde taşınmazların değeri üzerinden miras payı oranında tazminatın ödenmesine karar verilmesini istemiştir****. Davalı ..., tüm kazanımlarını mirasbırakan babasına verdiğini, ölünceye kadar mirasbırakanın tüm ihtiyaçlarını giderdiğini, babası ile birlikte edindikleri mallardaki şahsi emek ve çalışmaları neticesinde hakkı olanın mirasbırakan tarafından iade edildiğini, birlikte edindikleri malları paylaşma amacıyla devrin yapıldığını, davalı ..., ...'in emeklilik işlemlerinde sıkıntı çıkması nedeniyle taşınmazların kendisine temlik edildiğini, murisin muvazaa amacının olmadığını belirterek davanın reddini savunmuşlardır.* ***Mahkemece, temliklerin muvazaalı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.*** **(Lexpera, E.T.:11.10.2024)**

[552] Muvazaalı devir neticesinde başkasının malik olarak göründüğü sicil, yolsuz tescil barındırır. Aslında, taşınmaz halen terekede yer alır. Sicilin düzeltilmesi talep edilmeden de bu tereke değerinin hangi paya isabet edeceğinin kararlaştırılmasının önünde bir engel bulunmaz. Ancak paylaşma sözleşmesi, ayni etki doğurmadığından başkası adına kayıtlı taşınmazın ifası da mümkün görünmez. Bunun yanında, üçüncü kişinin iyiniyetli hak kazanımı riski de devrede olduğundan bu gibi sözleşme hükümlerine sıcak bakılması olasılığı düşük görülür.

[553] Bkz. **§6, V, B.**

görülmez. Bu nedenle muvazaa iddiasını her türlü delille ispat edilebileceği öğreti ve uygulamada kabul görür[554].

---

[554] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 416; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 419 vd.; **DEVELİOĞLU,** Muris Muvazaası, s. 600.
Yargı uygulamasından örnekler için bkz. **Y. HGK., 18.02.2021 T., 2018/1013 E., 2021/105 K.:** *"Davacıların miras haklarını almalarını engellemek amacıyla düzenlendiği ileri sürülen bono nedeniyle açılan menfi tespit ve istirdat istemine ilişkin eldeki davada, HMK'nın 201. maddesi uyarınca senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defi olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler, ispat sınırından az bir miktara ilişkin olsa bile ancak senetle ispat edilebilir. Ancak hükümde öngörülen senede karşı senetle ispat kuralı senedin tarafları için geçerlidir. Senedin tarafları kavramına külli halefler yani mirasçılar da dahil olduğundan, mirasçıların külli halef sıfatıyla senede karşı dava açmaları hâlinde, iddialarını ancak senetle (yazılı delille) ispat edebilirler. Ne var ki, eldeki davada olduğu gibi mirasçılar küllî halef sıfatıyla değil de sadece kendi miras haklarına dayanarak dava açarlarsa, senede karşı olan iddialarını senet (kesin delil) ile ispat etmek zorunda olmayıp, muvazaa iddialarını HMK'nın 203/d maddesi gereğince tanıkla ispat edebilirler."* **(Lexpera, E.T.:11.10.2024)**
Y. 1. HD., 07.11.2018 T., 2015/18019 E., 2018/14135 K.: *"Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir... Hemen belirtmek gerekir ki; bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, mirasbırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alım gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır. Somut olaya gelince,* ***tanık beyanlarından*** *davalıların babası...'in şoför olarak çalıştığı, davalı tanığı Müddet'in 1996 yılında...'in ev alacağını söylediği, kendisinden yardım istediğini, 4000USD ve üç adet gram altın verdiğini, evi annesinden aldığını ve borcunu 1998 yılında tamamen ödediğini, müteahhitlik yapan tanık...'ın dava konusu taşınmazın kat karşılığı verilip verilmeyeceğini davacı ...'e sorduğu, onunda taşınmazın kardeşinin oğullarına ait olduğunu onlara sorması gerektiğini beyan ettiği, mirasbırakanın eşi tanık...'in ise taşınmazın satış bedelinin... tarafından ödendiğini, satış bedeli ile borçlarını ödediklerini, mal kaçırmanın söz konusu olmadığını belirttiği, davacı tanıklarının muris muvazaasının ispatına yarar bilgileri olmadığı, dosya kapsamı ile bir bütün halinde değerlendirildiğinde mirasbırakan tarafından yapılan temliğin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olmadığı açıktır."* **(Lexpera, E.T.:11.10.2024)**
Antalya BAM. 1. HD., 10.11.2020 T., 2020/150 E., 2020/1054 K.: "*Muris muvazaası niteliği itibariyle nispi muvazaa türü olup, miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek isteyip, mirasçılarını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Bu tür davalarda miras bırakanın kastının açık şekilde saptanması gerekmektedir. Bu kapsamda 6100 sayılı HMK.nun 190. maddesi ile TMK.nun 6. maddesi uyarınca herkes iddiasını ispatla mükelleftir. Bir başka ifade ile temlikin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı olduğunu ispat külfeti davacı tarafa aittir. Evde bakım taahhüt sözleşmesinin incelenmesinde muris K6'in evde bakım hizmeti aldığı, bakımının davalının eşi tarafından üstlenildiği, Kumluca Kaymakamlığının 20/02/2019 tarihli yazısı ile engelli birey (muris) K6'e evde bakım hizmeti karşılığında davalının eşine evde bakım ücreti bağlandığı, murise bakım karşılığı davalının eşi bağlanan bakım ücretinin 01/02/2015 tarihinde alınmaya başladığı, kısa süre sonra murisin vefatı nedeniyle (02/10/2015) bakım aylığının kesildiği, her iki tarafa eşit mesafede yakınlığı bulunan* ***tanık beyanlarına,*** *özellikle davanın kabulü halinde hak sahibi olacak diğer mirasçı K8'in beyanından, davalının murisin bakımına yardımcı olduğu, murisin ölmeden önce kanser hastası olduğu, hastane masraflarını karşılamak için dava konusu taşınmazlardaki paylarını davalıya sattığı, kardeşlerinin ve tanığın kendisinin murise maddi destek olmadıklarını, sadece davalının maddi destek*

Devir borçlusunun, muris muvazaasına dayanarak tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açmaktan imtina etmesi üzerine devir alacaklısı, borçlunun irade beyanına hükmedilmesine başvurmaktansa muvazaa iddiasını dava yoluyla ileri sürebilir. Açılmamış miras hakkında sözleşmede taraflarca kararlaştırılan edim, devir alacaklısının bu davayı açmadaki hukuki yararını ortaya koyar[555]. Açılmamış miras hakkında sözleşmeden doğan borcun ifasında terekenin genişlemesinin devir alacaklısının lehine olduğu hatırlanmalıdır. Tereke ne kadar genişlerse, devir borçlusunun miras oranına isabet edecek değerler de o kadar fazlalaşır. Dolayısıyla, muvazaa iddiasının her türlü delille ispat edilmesine ve sicillerin düzeltilmesi talebine olumlu sonuç bağlanmalıdır. Devir alacaklısı da muvazaalı işlemin tarafın olmadığından, iddiasını her türlü delille ispat edebilir[556]. Devir borçlusu tarafından tüm bu aşamaların kat edilmesi üzerine düzeltme, taşınmazın tapu sayfasındaki mülkiyet sütunu mirasçılar topluluğu üyelerine ve miras pay oranlarına yer verilerek, elbirliği mülkiyetinin gösterildiği tescil kaydın düşülmesi ile tamamlanmalıdır[557]. Böylelikle üçüncü kişilerin iyiniyete dayanarak taşınmaz üzerinde ayni hak kazanması riski de def edilmiş olur.

Daha önce de altını çizdiğimiz üzere, terekenin ve miras oranının kapsamını genişleten davaları açmak aslında devir borçlusunun borçları arasında yer alır. Devir borçlusunun hareketsizliği üzerine, muvazaa iddiasına dayanarak sicilin düzeltilmesi davası açan devir alacaklısı; varsa yapmış olduğu masrafları borca aykırılık tazminatı olarak devir borçlusundan talep edebilmelidir.

III. MİRASTAN FERAGAT ve MİRASÇI ATAMA KOMBİNASYONUNU İÇEREN MİRAS SÖZLEŞMESİ

Muhtemel mirasbırakan, açılmamış miras hakkında sözleşmeye taraf değildir. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin ifasının kırılgan noktalarının belli bir kısmına

---

olduğunu, taşınmazın satışından elde edilen paranın bir kısmının kendisine düğün borçlarını kapatmak için verdiği, davacıların murisin tedavisine bir lira dahi destek olmadıkları, ilgilenmedikleri, hatta davalının babalarının bakımı ile de ilgilendiği, dedesi K4'tan murisi olan annesine kalan taşınmazın da murisin sağlık harcamaları için satıldığı, ***dinlenen tüm tanıkların da benzer beyanda bulundukları, davacıların muris muvazaası iddiasını kanıtlayamadıkları, davacı ve davalı tanıklarının hiçbirinin murisin mal kaçırma kastının varlığından söz etmedikleri anlaşılmıştır.****"***(Lexpera, E.T.:11.10.2024).

[555] Pekcanıtez/**PEKCANITEZ,** s. 947; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM,** s. 194.

[556] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 416; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 419 vd.
Devir alacaklısının açtığı, muris muvazaasına dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davasında mirasbırakanın mal kaçırma kastı ispatlanmalıdır. Bu aşamada, devir alacaklısına fer'i müdahil olarak davaya katılması için devir borçlusuna ihbarda bulunulması önerilir. Devir borçlusunun ihbara kayıtsız kalması ya da fer'i müdahil olarak kendisinden beklenenleri yerine getirmemesi üzerine müdahalenin etkisinden yararlanabilir.

[557] **PFÄFFLI,** s. 33.

da muhtemel mirasbırakanın sözleşmeye taraf olmaması neden olur. Öyle ki, sözleşmeye taraf olmayan muhtemel mirasbırakanın tasarruf yetkisi, taahhüt alacaklısı lehine sınırlanamaz.

Muacceliyet anının gelecekteki belirsiz bir zamanda gerçekleşeceği, ifası kırılganlık barındıran yalın alacak hakkını baştan aşan üç köşeli sözleşme ilişkisinin kurgulandığı tespit edilir. İsviçre ve Türk hukukundaki modele göre, açılmamış miras hakkında sözleşmeden elde edecekleri menfaat için taraflar, mirasbırakanla ayrı ayrı sözleşmeler kurar. Açılmamış miras hakkında sözleşme ile devir taahhüdünde bulunanın elde etmeyi planladığı menfaat, prensip olarak ivazdır. Muhtemel mirasçı bu menfaate kavuşmak için mirastan ivazlı feragat eder. İvazı, muhtemel mirasbırakanın değil açılmamış miras hakkında sözleşmeden yararlanan diğer yanın ifa etmesi kararlaştırılır[558]. Mirastan ivazlı feragat sözleşmesinin, resmi vasiyetname için öngörülen şekle uygun kurulması gerekir[559]. Açılmamış miras hakkında sözleşmeden elde edeceği alacak hakkına kıyasla edinimini kuvvetlendirmek isteyenle, muhtemel mirasbırakan arasında devralanın mirasçı olarak atandığı ayrı bir miras sözleşmesi kurulur. Resmi vasiyetname şekline uygun olarak kurulması gereken bu sözleşmede devralan, mirasçı olarak atanır. Böylelikle, mirasın açılması ile devir alacaklısı başkaca bir işleme gerek olmaksızın mirasçılar topluluğunda yer alır. Yeter ki mirasa ehil olma koşullarını ikmal etsin[560]. Her iki miras sözleşmesinin, aynı ölüme bağlı tasarruf içinde yer alması yeterli görülür[561].

§9. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞMENİN İFASININ TEREKE BORÇLARINDAN SORUMLULUĞA ETKİSİ

Mirasın paylaşımı fazının tamamlanmasıyla, devir borçlusu mirasçıya terekeden aktif değerler özgülenebileceği gibi pasif değerler de yüklenebilir. Açılmamış miras hakkında sözleşme uyarınca, devir borçlusunun aktif değerleri devir alacaklısına temlik etmesi gerekir. Bu konuda herhangi bir fikir ayrılığına rastlanmaz. Bunun karşısında, paylaşım safhasında TMK m. 650 hükmüne göre payların oluşturulduğu evrede, devir borçlusuna özgülenen paya isabet eden ve mirasçının ödemekle yükümlü olduğu borcun belirlendiği ihtimal için farklı görüşlere rastlanır. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin ifasından sonra, paya isabet eden tereke borcunun ifasından

---

[558] **ANTALYA,** Feragat, s. 112-113.
[559] **ANTALYA,** Feragat, s. 42 vd; **TÜRK,** s. 46-48.
[560] **WOLF/SPICHIGER,** s. 13; **WOLF/GENNA,** s. 385; **SEROZAN/ENGİN,** §7 N. 27.
[561] **SEROZAN/ENGİN,** §7 N. 27.

devralanın sorumlu tutulup tutulamayacağı ileri sürülen görüşler ışığında ele alınmalıdır.

Mirasın sözleşmesel veya yargısal paylaşımı sırasında, hangi paya hangi miktarda borcun tekabül edeceği kararlaştırılmamışsa mirasçılar, tereke borçlarının tamamından müteselsilen sorumludur. Devir alacaklısı, açılmamış miras hakkında sözleşmeyle mirasçı statüsüne dair bir kazanım elde etmediğinden, tereke borçlarından müteselsil sorumluluk, müteselsil sorumluluğa özgü rücu mekanizması ve mirasçılar için öngörülmüş garanti sorumluluğu ağına dahil olmaz. Devralanın sorumluluğu, devir borçlusuna özgülenen paya tereke borcunun isabet ettirildiği ihtimalle sınırlı biçimde tartışmaya açıktır[562].

Türk hukukunda da takip edilmiş İsviçre öğretisinde savunulan birinci görüşe göre, miras paylaşımı sonunda devir borçlusuna intikal eden tereke değerleri ve borçların tamamı özel malvarlığı sayılır. Devir borçlusunun da borcunu gereği gibi ifa edebilmesi için bu özel malvarlığını devir alacaklısına temlik etmesi gerekir. O halde ifayla beraber, malvarlığı devrinin gerçekleştirildiği saptanmalıdır. Bunun sonucunda da OR Art. 181/TBK m. 202 hükümleri uyarınca devir alacaklısı, ZGB Art. 611/TMK m. 650 anlamlandırmasıyla miras payına tekabül eden borçtan sorumlu tutulabilmelidir[563]. Bu görüşe göre, paylaşma sırasında paya borç isabet ettirilmişse, devir borçlusunun aktifleri borçtan sıyırarak devir borçlusunun malvarlığına intikal ettirme olanağı bulunmaz[564]. Ne var ki söz konusu borcun alacaklılarının, devralana başvurabilmesi için ifa aşamasının tamamlanmış olması yetmez. Üstüne OR Art. 181/TBK m. 202 hükmünde öngörülen bildirimin veya ilanın duyurulmuş olması aranır. Yani özel malvarlığının devralana temlik edilmesi olgusuna, devralanın ilan veya bildirimde bulunması olgusu eklendiğinde, devralanın paya isabet eden borçlardan sorumlu tutulması gündeme gelir[565]. Yine aynı yasa hükmüne göre devir

---

[562] **KOHLER,** s. 217; BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 29; **LUTHY,** s. 89; **PIOTET,** s. 673; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Miras, s. 558; **ÖZAKMAN,** s. 231; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 232; **WOLF/von BARY,** s. 153.
Devir alacaklısının da aynı mirasçılar topluluğunda yer aldığı ihtimalde devralan, tereke borçlarının tamamından şüphesiz ki sorumlu tutulmaya devam eder.

[563] **KOHLER,** s. 218; BK-**TOUR/PICENONI,** Art 635 ZGB, N. 29; **LUTHY,** s. 87; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Miras, s. 558; **ÖZAKMAN,** s. 231-232; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 234.

[564] Devralanın, malvarlığının veya işletmenin devralınması hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilmesi için açılmamış miras hakkında sözleşmenin ya da miras açıldıktan sonra kurulan borçlandırıcı devir sözleşmesinin kurulması öğreti tarafından yeterli görülür ve ayrı bir borcun üstlenilmesi anlaşması yapılması gereksiz bulunur. Bu yönde bkz. **KOHLER,** s. 218 vd.; **LUTHY,** s. 87; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Miras, s. 558.

[565] Yasada devralana yüklenen bildirim külfetini yerine getirmesi gereken olarak devralanın işaret edildiğini ifade eden öğreti, devralanın hiçbir zaman tabiri caizse ilmeği boynuna geçirmek

borçlusu da, paya isabet ettirilen muaccel borçlar için ilan ve bildirimden itibaren; ileride muaccel olacak borçlar içinse muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl boyunca devralanla birlikte müteselsilen sorumlu tutulur[566, 567]. Öğretimizde ağırlıkla takip edilen bu görüşe *ACEMOĞLU* karşı çıktığı tespit edilir. Yazar, OR Art. 181/TBK m. 202 hükmünün genel olarak malvarlığı kavramı için düzenlendiğini ve özel malvarlığı devirlerine bu hükmün tatbik edilemeyeceğini bildirir[568].

İsviçre hukukunda ileri sürülen ve Türk öğretisinde taraftar toplamamış ikinci görüş ise açılmamış miras hakkında sözleşmenin devir alacaklısının, paya isabet eden borçtan sorumlu tutulamayacağını kabul eder. *WOLF,* açılmamış miras hakkında sözleşmenin devir alacaklısına terekeye temas etme olanağı tanımadığının altını çizer. Terekeden beri durması kurgulanan devir alacaklısının, tereke borçlarından sorumlu tutulmasının yerinde olmadığını ifade eder. Sözleşmeyle mirasçılık statüsünü yitirmeyen devir borçlusu, tereke borcundan sorumlu olmaya devam etmelidir[569].

Savunulan ikinci görüşe yakın çıkarımda bulunan *PIOTET'*ye göreyse, paylaşımdan devir borçlusu mirasçıya intikal eden değerlerin toplamı, özel malvarlığı olarak nitelenemez. Bu nedenle mirasbırakanın ve terekenin paya isabet eden borçlarını ifa etmekle yükümlü olan devir borçlusudur. Hatta miras payının devri sözleşmesi kapsamında borçların devir alacaklısı tarafından devredildiğine yer verilmiş olsa bile OR Art. 181 uyarınca borç, devir alacaklısı tarafından üstlenilmiş olmaz. Çünkü *PIOTET'in* kabulüne göre söz edilebilecek bir malvarlığı bulunmaz. Devir borçlusunun sorumlu olabilmesi iki olasılıkta mümkündür. Devir alacaklısı, ilgili borcun alacaklılarının da rızasını alarak ve aranan şekil şartlarına riayet ederek borcu üstlenmesi durumunda paya isabet eden borçlardan sorumlu tutulabilir. Borcun

---

istemeyeceğini ifade eder. Dolayısıyla, bu türden sorumluluğa pek nadir rastlanabileceği aktarılır. Devralanın sorumluluktan kaçmasını engellemek için sözleşmede devralanın ilan ve bildirimle yükümlü olduğuna özel olarak yer verilmesi tavsiye olunur. Bu açıklamalar için bkz. BK-**TOUR/PICENONI,** Art 635 ZGB, N. 29; **LUTHY,** s. 88.
Oysa ilmeği boynuna geçirmekten imtina edenin zamanaşımı def'inden yararlanma fırsatını ötelediği de göz ardı edilmemelidir.

[566] Paya isabet ettirilmemiş ya da diğer bir ifade ile üleştirilmemiş tereke borçlarından dolayı, devir borçlusunun diğer mirasçılarla olan beş yıllık müteselsil sorumluluğu da ayrı bir kulvarda devam eder. Her iki kulvar için müteselsil sorumluluğun start anının (*dies a quo*) farklı olduğu da dikkatlerden kaçmamalıdır.

[567] İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye göre ilan veya bildirimde bulunulması üzerine devreden, devralanla beraber üç yıl boyunca müteselsil sorumludur.

[568] **ACEMOĞLU,** s. 29.

[569] **WOLF/von BARY,** s. 155; **WOLF/GENNA,** s. 384; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 2085.
WOLF'ün görüşünün *SCHAUFELBERGER/KELLER* tarafından kısmen de olsa takip edildiği tespit edilir. Yazar, özel bir gerekçeye dayanmadan. Tereke borcundan sorumluluğun, devredende kaldığını kabul eder (BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 16).

üstlenilmesi dışında, devir alacaklısının borçlardan sorumlu tutulabileceği tek bir ihtimal bulunur. Bu da devir borçlusuna işletmenin özgülendiği durumdur. Devir borçlusuna intikal eden miras payının içinde bir işletme bulunması durumunda, bu işletme ile sınırlı olarak OR Art. 181'de yer alan ilan ve bildirimde bulunmuş devralan işletmenin borçlarından sorumlu tutulabilir[570].

Yukarıda sarf edilen görüşlerin gerekçeleri nazara alındığında, bu görüşlerin tamamına bir ölçüde yakın durmak mümkündür. Devir borçlusunun, devir alacaklısına intikal ettirmekle yükümlü olduğu değerlerin toplamı şüphesiz ki özel malvarlığı niteliği taşır. İlk bakışta bu özel malvarlığının, devir alacaklısının malvarlığına intikal ettirilmesi üzerine TBK m. 202/ OR Art. 181 düzenlemesinin yürürlüğe girmesi yönünde bir intiba oluşturabilir. Oysa anılan hükmün amacı tespit edilerek sonuca varılmalıdır. Bir malvarlığı veya işletmenin devrini düzenleyen hüküm için altı çizilmesi gereken ilk husus belirlilik olmalıdır. Burada bahsi geçen eşya hukukuna hakim belirlilik ilkesi değil; ekonomik belirliliktir. Malvarlığı veya işletmenin devri sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin kurulması safhasında sözleşme konusunun hangi işletme veya malvarlığıyla sınırlı olduğunu bilir. Bu çerçevede, hangi borçların da ifa edilmesi gerektiğini tespit edebilir. Çoğu zaman da bu tespitle uyumlu olarak, karşı edim tayin edilir[571]. Söz konusu kriter açılmamış miras hakkında sözleşmeye uygulandığında, tökezler. Çünkü açılmamış miras hakkında sözleşmenin kurulduğu sırada terekeden intikal etmesi muhtemel aktif değerler dahi belirli değildir. Bu nedenle devir alacaklısının karşı ediminin, paya özgülenmiş borçlar da hesaba katılarak belirlendiğini söylemek mümkün değildir. İkinci olarak, TBK m. 202/OR Art. 181 hükmünde bahsi geçen borçlar, devir konusunun pasifi niteliğindedir. Devredilen malvarlığı veya işletmeden kaynaklanan, devri mümkün nitelikteki borçlara özgü bir düzenlemedir[572]. Devredenin başka bir işletmesinden ya da özel malvarlığından kaynaklanan borçlarından bu düzenleme sayesinde devralan sorumlu tutulamaz. Bu kriterin de payın oluşumu ve açılmamış miras hakkında sözleşmenin ifasına uygulanması gerekir. Mirasın paylaşımı safhasında paya isabet ettirilen tereke borcunun, paya özgülenen tereke değeri ile ilintili olması aranmaz. Mirasbırakanın herhangi bir borcu, devir borçlusunun payına isabet ettirilebilir. Devralanın sorumlu tutulması, bu yönüyle TBK m. 202/OR Art. 181 hükmü için aranan bağı taşımayabilir.

---

[570] **PIOTET,** s. 674.
[571] **ACEMOĞLU,** s. 102.
[572] OFK-**HURNI/BANK,** Art OR 181, N. 4; CHK-**REETZ/GRABER,** Art OR 181, N. 13.

Tüm bu açıklamaları dikkate alarak, devralanın paya isabet eden borçlardan sorumlu tutulup tutulamayacağı ile ilgili olarak *PIOTET*'nin görüşünün bir boğum genişletilerek benimsenmesini yerinde buluyoruz. Buna göre, devir borçlusu mirasçının payına özgülenen değerlerden kaynaklanan borçlardan devralan sorumlu tutulabilmelidir. Bu önermede *PIOTET*'nin görüşünü genişleten, işletmeyi de aşar biçimde özgülenen değerden kaynaklanan borcu kapsama alan ifadedir. Yani devir borçlusunun payına bir ticari işletme intikal ederse, devir alacaklısı TBK m. 202/ OR Art. 181 hükümlerine riayet etmek koşuluyla bu işletmeden kaynaklanan borçlardan sorumlu tutulabilir. Bunun yanında özgülenen tereke değeri nedeniyle ifa edilmesi gereken bir borç söz konusuysa örneğin taşınmazın bakım ve onarım masrafları gibi, devir alacaklısı bu borçlardan da sorumlu olabilir. Ancak paya isabet eden diğer borçlardan kümülatif biçimde sorumlu tutulması ve bu sorumluluğun kapsamının sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemez nitelik taşıması açılmamış miras hakkında sözleşmeyle güdülen amacı boşa çıkarabilir. Kaldı ki varılan bu sonuç, alacaklıların durumunu da ağırlaştırmaz. Alacaklılar, paya isabet ettirilen borç için dahi paylaşımı takip eden beş yıl içinde dilediği mirasçıya başvurabilir.

§10. AÇILMAMIŞ MİRAS HAKKINDA SÖZLEŞEMLERDE UYGULANACAK HUKUK SEÇİMİ

Açılmamış miras hakkında sözleşmelerde, tarafların uygulanacak hukuk seçimi yapıp yapamayacakları meselesinin, miras açıldıktan sonra kurulan ve genel olarak miras payının devrini konu alan sözleşmelerle karşılaştırma yapılarak çözüme kavuşturulduğu tespit edilir. Miras açıldıktan sonra kurulan ve genel olarak miras payının devrini konu alan sözleşmeler, İsviçre-Türk hukuk sisteminde mirasçılara hitap eden sözleşmelerdir. Diğer bir deyişle, mirasçılar bu sözleşmeye taraf olabilir. Bu gerçeği gözeten İsviçre öğretisi, ZGB Art. 635 Abs. 1'de yer alan miras payının devri sözleşmelerinin mirasçılık statüsü (*Erbstatut*) ile ilgili olduğunu saptar. Bu saptama sonucunda da IPRG Art. 92 hükmü devreye girmelidir. IPRG Art. 92 devrin konusu, kurulması, şekli ve etkisi bakımından mirasbırakanın son yerleşim yeri hukukunun uygulanmasını emreder. Bu nedenle, miras açıldıktan sonra kurulan miras

payının devri sözleşmelerinde taraflar, serbestçe hukuk seçiminde bulunamaz[573]. Federal Mahkeme'nin de içtihadı bu yöndedir[574].

Miras açıldıktan sonra kurulan ve miras payının genel olarak devrini değil de tasfiye payını konu edinen ZGB Art. 635 Abs. 2'de düzenlenen sözleşmelerle ilgili olarak öğreti hukuk seçimi yapılabileceğini kabul eder. Bunun altında yatan gerekçe ise, tasfiye payının devrini konu edinen sözleşmelerde tarafların iradesinin belirli malvarlığı değerlerinin devri hususunda mutabık kalmalarıdır. Tarafların sözleşmede güttükleri amaç dikkate alınırsa, mirasçılık statüsünün karakteristik bir baskınlığından söz edilemez. Ayrıca mirasçı olmayan üçüncü kişilerin devralan olarak konumlanabilmesi de bu saptamanın doğruluğunu kuvvetlendirir. Dolayısıyla, ZGB Art. 635 Abs. 2'de yer alan, tasfiye payının devrini özellikle de satışını konu edinen

---

[573] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 24; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 44; BSK-**MINNIG,** Art 635 ZGB, N. 17; CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 30.

[574] **BGE 118 II 514 E. 3-4:** *"NAG, ZGB Madde 635 paragraf 1 uyarınca miras paylarının devrine ilişkin bir sözleşmenin geçerliliğinin hangi hukuka tabi olduğu sorusuna cevap vermemiştir. Sadece ölüme bağlı tasarrufların, miras sözleşmelerinin veya ölüme bağlı bağışların şekli ile ilgili olarak NAG'ın 24. maddesi üç olası bağlantı faktörü içeriyordu: ya senedin düzenlendiği yerin hukuku ya da senedin düzenlendiği tarihte ikamet edilen yerin hukuku veya vasiyetçinin kendi ülkesinin hukuku. Mevcut dava için bundan doğrudan hiçbir şey çıkarılamaz. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme şimdi BGE 99 II 21 ve devamına atıfta bulunmuştur; burada bir miras payının bir ortak mirasçıya devredilmesinin miras hukukuna tabi olduğu belirtilmektedir. Bu, bu tür sözleşmelere miras ilişkilerini düzenleyen kanunun uygulanacağı anlamına gelmektedir. Federal Yüksek Mahkeme'nin BGE 99 II 24 E. 3a'da belirttiği gibi, miras payının devrinin caiz olup olmadığına ve devralana tereke üzerinde hangi hakları verdiğine yalnızca miras hukuku karar verebilir. Ancak Federal Yüksek Mahkeme, temlik sözleşmesinin şekli konusunda sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun belirleyici olup olmadığı sorusunu açık bırakmıştır (BGE 99 II 27 E. e). Eğer durum böyle olsaydı, sadece basit yazılı bir şekilde yapılan miras payının devri, Alman hukuku uyarınca geçersiz olurdu. Çünkü BGB § 2033 geçerlilik için noter tasdikini şart koşarken, ZGB Art. 635 fıkra 1 - daha önce de belirtildiği üzere - sadece basit yazılı şekli şart koşmaktadır, dolayısıyla tereke yeterli malvarlığı içerdiğinden burada temlik edenin imzası yeterlidir (BGE 101 II 230 E. c).*

Tahakkuk eden miras paylarının devrine ilişkin sözleşmenin borçlar hukuku unsurları içerdiği doğrudur (ESCHER, N 3 ve 6, Art. 635 ZGB; TUOR/PICENONI, N 1 ve 6 Art. 635 ZGB); ancak, özellikle mirasçılar ortak mirasçılara pay devrettiği ölçüde miras hukuku karakteri baskındır. Satılan münferit mallar değil, temel olarak devredenin intikal eden (maddi olmayan) kısım ölçüsünde sübjektif miras hakkıdır (bkz. ESCHER, Art. 635 ZGB, N 3 ve 14; TUOR/PICENONI, Art. 635 ZGB, N 13, 16 ve 20) ve devir bir mirasın sonuçlandırılmasının bir parçası olarak gerçekleşir. Bu durum, bir bütün olarak miras hukuku ile olan bağlantı lehine bulgu olarak görülür. Uluslararası özel hukuk açısından, borçlar hukuku kapsamındaki diğer sözleşmelerin aksine, bir hukuk seçiminin hariç tutulması da önemlidir (bkz. Art. 116 IPRG; VISCHER/VON PLANTA, Internationales Privatrecht, s. 189), çünkü ZGB Art. 635 paragraf 1 anlamında bir temlik sözleşmesinin kabul edilebilirliği ve etkisi, burada geçerli olan eski - ve yeni - hukuk uyarınca miras hukukuyla bağlantılıdır. Davacının kıyasen uygulanmasını istediği IPRG Madde 124 paragraf 1'e göre, sözleşmenin şekline ilişkin ilk bağlantı kriteri, sözleşmeye bir bütün olarak uygulanacak hukuktur. IPRG Madde 124 paragraf 3'e göre, şeklin geçerliliği, bu kanunun taraflardan birinin korunması için bir şekle uyulmasını öngörmesi koşuluyla, yalnızca sözleşmeye uygulanan kanun tarafından belirlenir. Bu hüküm burada uygulanabilir olsaydı, İsviçre Medeni Kanunu'nun 635. maddesinin 1. paragrafı da sadece ispat açısından değil, aynı zamanda sözleşme taraflarının korunması açısından da geçerlilik şartı olarak yazılı da olsa belirli bir şekil öngördüğünden, İsviçre maddi hukukuna uygun olurdu. Yalnızca hükmün lafzından, IPRG Madde 124 paragraf 3'ün her zaman daha katı şekil şartı içeren kanunun uygulanabilir olduğunu beyan etmeyi amaçladığı sonucu çıkmaz ve bu durum davacı tarafından da iddia edilmemiştir."

sözleşmelerde hukuk seçiminde bulunmak mümkün olmalıdır[575]. Bu saptamada bulunan yazarlardan *VOUILLOZ,* açılmamış miras hakkında sözleşmede de tarafların tasfiye payının devri hususunda mutabık kaldıklarının ve devir alacaklısının da muhtemel mirasçı statüsü taşımasının zorunlu olmadığının altını çizer. Yazara göre açılmamış miras hakkında sözleşmelerde de özellikle sözleşmenin satış sözleşmesi şeklinde kurgulandığı durumlarda, hukuk seçiminde bulunmak, tarafların iradelerine bırakılmış durumdadır[576].

İsviçre hukukunda ileri sürülen görüşler, MÖHUK bağlamında da kabul görebilir. TMK m. 677 f. I'de yer alan miras payının devri sözleşmesi, mirasçılık statüsü ile ilgili olduğundan MÖHUK m. 20 uyarınca tarafların hukuk seçimi devre dışıdır. Öte yandan tasfiye payını konu alan devir sözleşmeleri hakkında taraflarca hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilebilir (TMK m. 677 f. II, m. 678; MÖHUK m. 24).

§11. VERGİ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR

Modern vergi sistemlerinde servet dağılımını düzenleyen araçların başında veraset ve intikal vergileri gelir. Ölen bir kimsenin servetinin miras yoluyla başkalarına geçmesi nedeniyle, serveti elde edenlerin elde ettikleri pay üzerinden vergilendirilmesi esastır. Servetin belli bir grup kişinin elinde kalması karşılığında kamunun dolaylı da olsa belli oranda menfaat devşirmesi düşüncesi esastır. Veraset ve intikal vergisinin bulunmadığı bir düzende sınıflar arası eşitsizliğin makası giderek açılır. Mirasçılardan, miras payı oranında veraset vergisi alınır[577]. Açılmamış miras hakkında sözleşmelerin kurgusu incelendiğinde, devir borçlusunun miras paylaşımı sonunda kendisine intikal eden değerleri devir alacaklısına devretme borcu altında olduğu görülür. Tereke değerlerinin devir borçlusunun malvarlığına intikal etmesi zorunluluk taşıdığından, devir borçlusu bu aşamada vergi yükümlüsü olur. Vergi borcunu ifa etmesi gereken de esasında devir borçlusudur[578]. Devir borçlusunu, açılmamış miras hakkında sözleşmeyi kurma yoluna iten nedenlerin başında kredi temin etme ihtiyacı olduğu göz ardı edilmemelidir. Devir borçlusu, prensip olarak likit ihtiyacı içinde bulunan bir aktördür. Bu nedenle açılmamış miras hakkında

[575] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 44; CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 31.
[576] CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 636 N. 16.
[577] **TURHAN,** s. 207.
[578] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 45.

sözleşmelerde, veraset vergisinin devir alacaklısı tarafından ödeneceğine yer verilmesi önerilir. Bu türden bir sözleşme hükmüne rağmen veraset vergisini ödemekten imtina eden devir alacaklısı, ifa arzını engellediği için sorumlu bile tutulabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: MİRAS AÇILDIKTAN SONRA KURULAN MİRAS PAYININ DEVRİ SÖZLEŞMELERİ

Mirasın açılması ile mirasçı statüsüne kavuşarak tereke üzerinde elbirliği ile hak sahipliği elde eden mirasçıların da miras payı üzerinde tasarruf edebileceği kabul edilir. Özel malvarlığı tereke üzerinde elbirliği ile hak sahipliği rejimi tesis edilemezse, miras payının devri söz konusu olamaz. Zira mirasbırakanın tek mirasçısının, miras yoluyla intikal edenlerin tamamını devretmeyi taahhüt etmesi "malvarlığının devri" niteliği taşır. Bu nedenle de borçlar yasasında yer alan özel düzenlemeye tabidir (TBK m. 202/ OR Art. 181).

Elbirliği ile hak sahipliği rejiminin yürürlükte olduğu böylesi bir ihtimalde "pay" kavramından ve "payın devri" kavramından bahis açmak, genellikle yadırgatıcı bulunur. Bu nedenle İsviçre-Türk hukuk sisteminde miras açıldıktan sonra kurulan, miras payının devri hukuki işlemlerinin elbirliği ile hak sahipliğine yasaca getirilmiş bir istisna olarak yaklaşıldığı tespit edilir. Elbirliği ile hak sahipliği rejimine ilişkin genel hükümlerin bulunmadığı Alman hukukunda güncel kavrayış, elbirliği hak sahipliğinde payın bulunduğu ve payın devrinin mümkün olduğu yönündedir. Miras payına, yüklenen anlamların masaya yatırıldığı yukarıdaki kısımda bu tartışmalara yer verildi. Tartışmalar sonunda; esasında İsviçre-Türk hukuk sisteminde de elbirliği ile hak sahipliğinde, bağımsız tasarruf edilebilir paylardan söz etmenin mümkün önünde engel bulunmadığı sonucuna varıldı. Varılan bu sonuçla, TMK m. 677/ZGB Art. 635 hükümlerinin genel kurala, pay devrine imkân tanıyan bir istisna getirdiği sonucuna değil; aksine payın serbestçe devrine engel koyan bir düzenleme niteliği taşıdığı sonucuna varıldı[579].

Tartışmadan damıtılan sonucun ötesinde, tartışmanın varlığı dahi Alman hukukundaki düzenlemeler ile İsviçre-Türk hukuk sistemindeki düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak masaya yatırmayı zorunu kılar. Elde edilen verilerin de miras payının devri işlemiyle hedeflenen amaçları karşılamaya elverişli olup olmadığı ele alınmalıdır. Bu nedenle açılmamış miras hakkında sözleşme bölümünde olduğu gibi Alman, İsviçre ve Türk hukuku düzenlemelerinin karşılaştırılmasına yer verilmesi planlandı.

[579] Tartışmalar ve yapılan çıkarsama için bkz. **§1, I, C** ve **§1, II, A.**

§12. MİRAS AÇILDIKTAN SONRA KURULAN MİRAS PAYININ DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ İÇİN ARANAN KOŞULLAR

Miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmelerini konu alan yasal düzenlemeler incelendiğinde, miras payının devrini konu alan işlemlere yüklenen temel misyonun gözetildiği saptanır. Mirasçının, intikal etmiş mirasçılık hakkından paylaşım öncesinde istifade etmesini sağlamak, yasaların kesişim kümesidir. Bu amaç doğrultusunda, miras payının genel olarak devrine ve miras paylaşımı sonucu elde edilecek değerlerin satışına yasalarda yer verildiği görülür. Alman hukukunda mirasçının, mirasın açılması ile kazandığı mirasçılık hakkını kural olarak dilediği kişiye devredebileceği düzenlenir. Mirasçının, mirasçılık hakkından istifade edebileceği pazar payı alabildiğince geniştir. Buna karşın İsviçre-Türk medeni yasalarında, miras ortaklığındaki miras payının yalnızca mirasçı statüsünü taşıyanlara devredebileceğine hükmedilir. Miras paylaşımı sonunda özgülenecek değerlerin devir konusu yapıldığı ihtimal için işlemin devralan tarafına dair bir sınırlama bulunmaz.

Sözleşmenin geçerlilik şekline ilişkin yaklaşımların da farklılık taşıdığı gözlemlenir. Bu farklılığın temel gerekçesi de sözleşme önerisinin hitap ettiği çevre sınırlaması ile bakışımlıdır. Devre sınırlama getirmeyen Alman hukukunda, işlemin taraflarını korumak için İsviçre-Türk hukukundakine nazaran daha ağır şekil düzenlemelerinin yer aldığı görülür.

Yasaların, miras payının devri işlemine yükledikleri anlam çeperinde, devir işleminin geçerliliği için gerek koştuğu unsurlar, aşağıda detaylarıyla takip edilebilir.

I. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Miras açıldıktan sonraki evre için miras payının devrini konu alan sözleşmelerin düzenlendiği hükümler incelendiğinde, devredenin mirasçı sıfatını taşıyanlardan olmasının arandığı tespit edilir. Mirasçı statüsünü kazanmışların yanında, art mirasçı ve yedek mirasçı gibi ikameden yararlanan mirasçıların devreden olarak konumlandırılıp konumlandırılamayacağı incelenmelidir. Devredenin tespit edilmesi üzerine, devralana ilişkin açıklamalara yer verilmelidir.

A. Devreden/ Devir Borçlusu

Miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmeleri kabaca, miras payının ayni etkiyle devralana temlik edildiği sözleşmeleri ve mirasın paylaşımı sonucunda elde edilecek değerlerin devrinin borçlanıldığı sözleşmeleri kapsar.

Aşağıda, sözleşmelerin taşıdığı etkiye dayalı ayrımın da gözetildiği devreden tarafa özgü açıklamalar takip edilebilir.

(1) Alman medeni yasasının miras payının devrini düzenlediği BGB §2033 hükmüne göre, bir mirasın ortak mirasçılarından herhangi biri terekedeki payını devredebilir[580]. Bu hükme göre, tasarruf sözleşmesi niteliğindeki miras payının devri sözleşmesinin kurulabilmesi için, devredenin birden fazla mirasçının bulunduğu mirasçılar topluluğunda yer alması aranır. Zira, birden fazla mirasçıdan söz edilemediği durumda mirasçılar topluluğu teşekkül etmez ve tereke elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi olmaz. Dolayısıyla devre konu edilecek miras payı ve miras payını devreden de bulunmaz[581]. Benzer bir sonuca miras paylarının tamamının tek bir mirasçıda toplandığı durum için de ulaşılabilir. Terekedeki hak sahipliğini imleyen miras paylarının tamamı tek bir mirasçının elinde toplanırsa, miras paylarının tamamını elinde bulunduran mirasçının, pay devrinde bulunması olanaklı görülmez. Çünkü, miras paylarının tek elde toplanması ile miras esasında tek mirasçıya intikal etmiş olur ve özel malvarlığı tereke amaç gerçekleştiği için ortadan kalkar[582]. Mirasbırakanın art mirasçı atama tasarrufuyla ön mirasçıların tamamı için aynı kişiyi art mirasçı olarak atamışsa, her bir ön mirasçı için fevkalade ikamenin gerçekleşmesi ile art mirasçı, terekenin tek mirasçısı olur. Bu ihtimalde de art mirasçının, miras payını devredebileceğinden bahis açmak mümkün görünmez[583].

Mirasçılar topluluğunda yer alan mirasçının miras payı, ölümü halinde kendi mirasçılarına intikal eder. Bu mirasçılar, vefat edenin ilk mirasbırakanın terekesindeki miras payı bakımından alt ortaklık teşkil eder. İlk mirasbırakanın terekesine ilişkin miras payı üzerinde tasarrufta bulunabilmek için birlikte hareket etmeleri gerekir (BGB §2038 vd.). İçlerinden birisi kısmen veya tamamen devirde bulunmaya yetkili değildir. Daha doğru bir tabirle, tasarruf yetkisiyle donatılmış değildir[584].

Tasarrufta bulunabilmenin ilk koşulunun halefiyetin gerçekleşmesi olduğu sonucu, böylelikle ortaya çıkar. Bu noktadan hareket edildiğinde, şarta bağlı ya da ertelenmiş şekilde mirasçılık konumunu elde edecek kimselerin de devir sözleşmesinin devreden yanında yer alabileceği kabul edilir. Dolayısıyla halef sıfatını

---

[580] MüncKomm-**GERGEN,** §2033, Rn. 11; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 1; **WOLF/von BARY,** s. 156.
[581] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 3.
[582] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 8.
[583] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 9.
[584] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn.11; **WOLF/von BARY,** s. 158.

kazanamayan yedek mirasçı, miras payının devri sözleşmesi kuramaz ve pay devretme hususunda tasarruf yetkisine sahip değildir[585]. Artmirasçının konumu, mirasın açıldığı anda yedek mirasçının konumu kadar net tespit edilmez. Mirasbırakanın tasarrufu doğrultusunda fevkalade ikamenin gerçekleşmesi halinde artmirasçı, mirasa halef olur ve bu andan itibaren mirasçılar topluluğunda yer alır. Artmirasçının fevkalade ikame açıldıktan sonra miras payı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi üzerinde şüphe bulutu gezinmez. Ancak mirasın açılması ile fevkalade ikamenin açılması arasındaki ara dönemin şüpheden ırak olduğu da söylenemez. Bahsi geçen zaman kesitinde artmirasçının mirasa dair beklenen hakkının ("*Anwartschaftsrecht")* bulunduğu, Alman hukukunda kabul görür. Bu nedenle artmirasçının beklenen hak üzerinde tasarrufta bulunabileceği, devre ve rehne konu edilebileceği ifade edilir[586].

Alman hukukunda BGB §2033 düzenlemesi, devrin hitap ettiği çevre hakkında sınırlama içermez. Terekedeki hak sahipliğini imleyen miras payı, diğer mirasçılara devredilebildiği gibi üçüncü kişilere de devredilebilir. Miras payını devralan, mirasçı statüsünü taşımayan üçüncü kişi de mirasçılar topluluğuna dahil olur[587]. Payı devralmış üçüncü kişi de tereke taksim edilinceye değin miras payını devredebilir. Bu durum Alman hukukuna özgü sonuçlardan biri olarak görülebilir. İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde mirasçı sıfatı taşımayanların, miras payının devri hakkında tasarruf yetkisine sahip olmasına rastlanmaz[588].

Mirasçı olmayan üçüncü kişinin devreden tarafta yer almasına ilişkin özel bir tartışmaya rastlanır. Bu tartışma mirasçı tarafından üçüncü kişiye yapılmış kısmi miras payı devri hakkındadır. Mirasçı, malvarlığının aktifinde yer alan miras payının tamamını devir konusu yapabileceği gibi belirli bir kısmını da devredebilir. Miras payının kısmi devrinin, mirasçılardan bir diğerine yapılması halinde, devreden mirasçının miras payı bu devir oranında azalır. Devralan mirasçının miras payı da

---

[585] **HANKEL,** s. 72; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn.15.

[586] **HANKEL,** s. 74; **MEZGER,** s. 382; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn.16.
ZGB Art. 490 hükmünde, artmirasçının ara dönemdeki durumuna için "beklenti" (*"die Anwartschaft das Nacherben"*) kavramının tercih edildiği tespit edilir. Bu yönde bkz. CHK- **HRUBESCH-MILLAUER,** ZGB Art. 490, N. 12; **WOLF/HRUBESCH-MILLAUER,** N. 737; **NOMER,** s. 137. Türk hukukunda TMK m. 523 hükmünün ZGB terminolojisini kullanmaktan imtina ettiği tespit edilir. Hükümde açıkça *"artmirasçının beklenen hakları…"* ifadesi yer alır. **ÇABRİ,** I, s. 459.

[587] Devralan üçüncü kişi mirasçılar topluğuna dahil olsa da mirasçı sıfatını kazanamaz **(WOLF/von BARY,** s. 157). Devreden, mirasçılık statüsünü korur. Bu nedenle mirasçılık belgesinde devreden yer almaya devam eder (StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn.35; ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 5).
Devralanla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **§12, I, B.**

[588] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn.12.

sözleşme konusu oranında artış gösterir. Ancak miras payının üçüncü kişiye kısmi devri durumuna bağlanması gereken sonuç öğretide tartışmalıdır. Birlik teorisi olarak adlandırılan görüş; ("*Einheitstheorie"*), miras payının belirli bir oranının üçüncü kişiye devredildiği olasılıkta, devredenle devralan arasında miras payının idaresini konu edinen alt ortaklık kurulacağını kabul eder. Bu alt ortaklıktaki oranlar devir konusuna göre belirlenir. Devreden ile devralan arasındaki ortaklık ilişkisi ise adi ortaklık olarak nitelenir. İçtihatlar da bu görüşü destekler[589]. Bölünme teorisi (*"Spaltungstheorie"*) şeklinde adlandırılabilecek ikinci görüş ise; üçüncü kişiye yapılan kısmi devir sonucunda alt ortaklık oluşmayacağını, devreden ve devralanın sözleşme oranına bağlı miras paylarına sahip olacağını savunur. *WOLF/von BARY;* ikinci görüşün ulaştığı çözümü daha pratik ve daha yerinde bulur. Yazarlar bu sonuca miras payının tamamının üçüncü kişiye devrine bağlanan sonuç üzerinden ulaşır. Miras payı üçüncü kişiye devredildiğinde, devralan mirasçılar topluluğuna dahil olur; ancak mirasçı statüsünü kazanamaz. Devralan üçüncü kişinin statüsü, hak ve yükümlülükleri soyutlanabildiğine göre, bu soyutlamanın kısmi devre uygulanmasının önünde bir engel bulunmamalıdır[590]. Görüşler arasındaki fark, kısmi pay devralmış üçüncü kişinin edindiği payı bir başkasına devredip devredemeyeceğinde belirleyicidir. Uygulamaya hâkim birinci görüş devredenle devralan arasında alt ortaklık oluşumu öngördüğünden, üçüncü kişi edindiği kısmi miras payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamaz. Öte yandan ikinci görüşe göre, devralan mirasçı olmayan üçüncü kişinin tasarrufta bulunabileceği miras payı söz konusudur. Dolayısıyla devralmış üçüncü kişi, miras payının devri sözleşmesinin devreden yanını oluşturabilir.

(2) Alman hukukundan ayrımlı düzenlemeye sahip İsviçre hukukunda da devreden yana ilişkin açıklamalara ve görüşlere yer verilir. Medeni yasamızın mehazını teşkil eden İsviçre hukukundaki tartışmalar, büyük ölçüde yazınımıza yansımış durumdadır. Terekeden soyut malvarlığı değeri niteliğindeki miras payının devri İsviçre hukukunda, yakıştırma yerindeyse "*inter heredes"* olarak görülür[591].

---

[589] MüncKomm-**GERGEN,** §2033, Rn. 9; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn.12; **WOLF/von BARY,** s. 158.

[590] **WOLF/von BARY,** s. 158.

[591] Yukarıda yer verilen tartışmalar hatırlanmalıdır: Yasanın taraflar bakımından takındığı bu indirgemeci tavır nedeniyle, miras payının devri hukuki işleminin elbirliği ile hak sahipliği rejimine getirilmiş bir istisna olduğu savunulur. Tez çalışması, bu görüşün karşısında yer alarak elbirliği ile hak sahipliği rejiminde pay devrinin istisna olmadığını, miras payının devredilebileceği çevrenin yasa tarafından sınırlandırıldığını kabul eder. Yukarıda **§1, III.**

Devir işleminin tarafları mirasçılar olabilir (ZGB Art 635/ I). Miras payının devri, mirasçılar arası hukuki işleme indirgendiğinden mirasbırakanın geride bıraktığı tek mirasçısının miras payını devretme imkanı bulunmaz[592].

Devredenin mirasçı sıfatını taşıması yeterlidir. Mirasa yasa gereği ya da ölüme bağlı tasarruf gereği hak kazanmış olması önem arz etmez. Diğer bir ifadeyle, yasal ya da atanmış mirasçılar devreden konumunu ayrımsız kazanabilir[593]. Yasal ve atanmış mirasçı arasında ayrımın bulunmamasının nedeni, her iki grubun da mirasçılar topluluğunda yer almasıdır[594].

Mirasçılar topluluğunda yer alıp almayacağı koşulun gerçekleşmesine bağlı olan, yedek ve art mirasçının devreden sıfatını kazanmasını mümkün olup olmadığı İsviçre hukukunda tartışılır. Bu tartışma şüphesiz ki ikamenin gerçekleşmesinden önceki belirsiz döneme ilişkindir[595]. Zira koşul gerçekleşmiş, ikame açılmışsa yedek ve art mirasçı, mirasçılar topluluğuna dahildir. Yedek mirasçının, mirasçılar topluluğuna dahil olup olmayacağının şüpheli zaman kesitine ilişkin olarak İsviçre öğretisindeki birinci görüş, yedek mirasçının miras payının devri sözleşmesi kurabileceğini kabul eder. Bu görüşün dayanağı, borçlandırıcı işlemlerin ve tasarruf işlemlerinin geciktirici koşula bağlanabilmesidir[596]. Öğretideki görüşlerden bir diğeri, asıl mirasçının mirasa ehil olmaması durumu için tek bir yedek mirasçı atanmışsa, yedek mirasçının belirsiz dönemde miras payını devredemeyeceğini kabul eder. Bu

---

[592] **GUILLAUME,** s. 305; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 2.

[593] **GUILLAUME,** s. 305; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 3; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 3; CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 2; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 7, **WOLF/von BARY,** s. 154; **WOLF/GENNA,** s. 383.

[594] Bunun yanı sıra mirasçılar topluluğunda yer almayan vasiyet alacaklısı ya da yükleme lehtarının devreden olarak sözleşmede yer alması mümkün değildir. Bu kimselerle kurulan devir sözleşmeleri, başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüzdür **(KOHLER,** s. 64). Diğer koşullar da tamamsa, vasiyet alacaklısı ile kurulan devir sözleşmesi alacağın devrine tahvil edilebilir.

Belirli mal vasiyeti lehtarı aynı zamanda mirasçılar arasında yer almaktaysa, miras payının devri sözleşmesiyle vasiyet alacağı üzerinde tasarrufta bulunduğu söylenemez. Vasiyet alacağını devretmek isteyen lehtar, alacağı temlik almak isteyenle ayrı bir tasarruf sözleşmesi kurmalıdır **(GENÇ-ARIDEMİR,** s. 123).

[595] Yedek mirasçının, mirasbırakana mirasçı olup olmayacağına ilişkin belirsizlik mirasın reddi ve mirastan yoksunluk kurumlarıyla bağlantılıdır. Mirasın açılmasıyla mirasçı statüsünü kazanan, mirası reddederse ya da mirasın açılmasından sonra mirastan yoksunluğa sebebiyet verecek bir davranışta bulunursa mirasçılık statüsü mirasın açılması anına etkili olarak ortadan kalkar. Mirasçılık statüsünü kaybeden yerine, mirasın açılması anına etkili olarak yedek mirasçı mirasçılık statüsünü kazanır. Yasanın ikameye ilişkin varsayım düzenlemesi, zamansal bir boşluğa yer bırakmasa da kronolojik çizgide yedek mirasçının mirasçılık statüsünün müphem olduğu zaman kesiti bulunur (**ENGİN,** Yedek Mirasçılık, s. 125 vd.)

Miras açıldıktan sonra ön mirasçının mirasçılık statüsünü kazanması durumunda art mirasçının mirasçılar topluluğuna dahil olup olamayacağı, fevkalade ikamenin açıldığı sırada mirasa ehil olup olamayacağına bağlıdır. Yasa kurgusu art mirasçı için öngörülmüş, kaçınılmaz belirsizlik taşır. Meğer ki miras açıldığında, ön mirasçı mirasa ehil olsun (**GÜRPINAR,** s. 168 vd.; **AYDIN,** s. 302).

[596] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 9; ZK-**ESCHER,** Art, 636 ZGB, N. 4.

görüş, asıl mirasçıyı birden fazla yedek mirasçının yedeklemesi durumunda, yedekleyen mirasçıların kendi aralarında miras payının devri sözleşmesi kurabileceğini kabul eder. Örneklenecek olursa (A)'nın 1/3 oranında mirasçı atandığı; ancak (A)'nın mirasa ehil olamaması durumunda 1/3'lük miras oranı için (Y1) ve (Y2)'nin yedek mirasçı atandığı olasılıkta (Y1) ve (Y2) arasında miras payının devri sözleşmesi kurulabileceği bu görüş tarafından kabul edilir[597]. Bu görüşün, miras payının devri sözleşmesinin hitap ettiği çevreyi alabildiğince daralttığına işaret edilmelidir.

Art mirasçının, mirasçılık statüsünün belirsiz olduğu evreyle ilgili olarak İsviçre öğretisindeki birinci görüş, art mirasçının miras payını geciktirici koşula bağlı olarak devredebileceğini kabul eder[598]. Bunun yanında ön mirasçının, art mirasçıya devirde bulunamayacağı yaygın biçimde kabul edilir[599]. İkinci görüş, yedek mirasçılıktakine benzer biçimde ön mirasçının ardılı olarak birden fazla art mirasçının bir arada atandığı ihtimalde, art mirasçıların birbirleriyle miras payının devri sözleşmesi kurabileceğini kabul eder. Bu görüşe göre, fevkalade ikamenin gerçekleşmediği müphem evrede art mirasçılar devreden konumunda yer alabilir[600].

Art mirasçı atandığı ihtimalle ilgili olarak, mirasçı sıfatını taşıyan ön mirasçının miras payını başka bir mirasçıya devretmesinin art mirasçıyı olumsuz etkilemeyeceği de kabul edilir[601].

Taksim sonucu özgülenecek değerlerin toplamını konu alan miras payının devri sözleşmelerinin devir borçlusu da ancak mirasçı statüsünü taşıyanlardan olabilir (ZGB Art. 635/ II)[602]. Mirası reddetmiş ya da miras açılmasından sonraki evrede mirastan yoksun kalmış kişi, mirasçılık statüsünü mirasın açıldığı ana etkili kaybettiğinden, miras sonucunu konu alan borçlandırıcı işleme taraf olamaz.

---

[597] **KOHLER,** s. 71-72.
[598] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 10.
[599] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 10; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 9; CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 8.
VOUILLOZ'nun kullandığı ifadelerden asıl mirasçının yedek mirasçıya, miras payını devredemeyeceği sonucu çıkarılabilir (CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 8.).
[600] Yedek mirasçılıkta olduğu gibi bu görüş, miras payının devri sözleşmesinin hitap ettiği çevreyi daraltır. **KOHLER,** s. 72.
[601] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 10; **WOLF/von BARY,** s. 154; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 9.
[602] **GUILLAUME,** s. 305; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 3; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 3; CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 2; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 7, **WOLF/von BARY,** s. 154; **WOLF/GENNA,** s. 383.

(3) Türk hukukuna göre de devreden taraf, mirasçı statüsünü taşımalıdır. Türk hukukunda da genel olarak miras payını konu edinen miras payının devri sözleşmeleri, *"inter heredes"* karakter taşır (TMK m. 677 f. I). İsviçre hukukunda yedek mirasçı ve art mirasçı hakkında yürütülen tartışmanın, hukukumuzda masaya yatırıldığı tespit edilir. Konuyu ele alan ve görüş açıklayan yazarların, yukarıda yer verilen İsviçre hukukunda açıklanan görüşlere yer verdikleri tespit edilir. Öğretide *ÖZAKMAN,* ikameli mirasçı atamada yedek mirasçının ve art mirasçının ikamenin açılmadığı dönemde, mirasçılar topluluğunda yer almadığından hareket ederek miras payının devri sözleşmesinde devreden konumunda yer alamayacağını bildirir[603]. *GENÇ-ARIDEMİR* ise yedek mirasçılık ve art mirasçılıktaki belirsiz dönemlerin yasal düzenlemeden kaynaklandığını ve bizatihi yasa koyucunun bu statüleri, geciktirici koşulla bağdaştırdığını aktarır. Geciktirici koşulla böylesi iç içe kurumlarda, miras payının geciktirici koşula bağlı olarak devredilemeyeceğinin kabul edilmesinin mümkün olmadığını vurgular[604]. Açılmamış miras hakkında sözleşme bahsinde, sözleşmenin kırılgan noktası olan ifa engellerini aşmak için koşul kurumunun etkin kullanımına değinildi. Açılmamış miras hakkında sözleşmedeki devir borçlusunun borcunu ifa edebilmesi için miras açıldığı sırada mirasa ehil olması aranır. Art mirasçının ve yedek mirasçının durumu da esasında bu yönüyle, devir borçlusunun durumuyla benzerdir. Tartışmanın odaklandığı zaman kesitinde miras açılmıştır, ancak ikamenin açılıp açılmayacağı belirsizdir. Bu nedenle devir borçlusu için yapılan çıkarsamanın, art ve yedek mirasçı için kıyas yoluyla tatbik edilmesinin önünde bir engel bulunmaz. Yedek mirasçı ve art mirasçının, miras payının devri taahhüdünün koşula bağlı şekilde ayakta tutulması ve koşul gerçekleştiğinde, geciktirici koşula bağlanmış tasarruf işleminin de etkisini doğuracağını kabul etmek gerekir[605]. Söz konusu kabul özellikle art mirasçının beklenen hakkının bulunduğunu kabul eden Alman öğretisi ve TMK m. 523 lafzıyla da uyumludur[606]

Ön mirasçının art mirasçıya devirde bulunamayacağı kabul edilir. Buna iki gerekçe gösterilir. İlki, mirasın ön mirasçıya intikal ettiği ancak fevkalade ikamenin

---

[603] **ÖZAKMAN,** s. 73 ve 76.
[604] **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 127 ve 131. Yedek mirasçı ile ilgili olarak aynı yönde görüş için bkz. **ENGİN,** Yedek Mirasçılık, s. 140.
[605] İfa engellerini aşmak için koşula başvurulması yönünde yapılan açıklamalar için bkz. yukarıda **§6, III.**
[606] Alman öğretisindeki görüş için bkz. **HANKEL,** s. 74; **MEZGER,** s. 382; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn.16. Yasanın kullandığı beklenen hak kavramı için bkz. **ÇABRİ,** I, s. 459.

açılmadığı evrede art mirasçı, mirasçılar topluluğunda yer almadığı için bu devre karşı çıkılır. İkinci olarak, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla ortaya koyduğu iradesinin önüne geçilmesi riskini bertaraf etmek için bu türden devre sıcak bakılmaz[607]. Alman hukuku için bu tartışma esaslı bir önem taşımaz. Keza, Alman hukuk sisteminde mirasçı olmayanlara devrin önünde bir engel bulunmaz. Bu önerme üzerinde hemfikir olanlar, ön mirasçının mirası reddetmesiyle mirasın art mirasçıya intikal edeceğini hatırlatır (TMK m. 525 f. III)[608]. Yasanın TMK m. 677 f. I hükmünde düzenlenen miras payının devri, aynı mirasçılar topluluğunda yer alanlara özgü bir işlem olarak tasarlandığından, ön mirasçı ile art mirasçı arasında bu sözleşmenin kurulamayacağına katılmanın yerinde olacağı düşünülebilir. Ancak mirasa hak kazanmasına rağmen nakde ihtiyaç duyan ön mirasçının, miras payını serbestçe tasarruf edebileceği değere devşirmesinin çıkar yolu gözükmez. Mirası reddederek, mirasın art mirasçıya intikal etmesini sağlayabilen ön mirasçının, mirasçılık payı sayesinde nakde erişerek art mirasçıya devretmesinin önüne geçmek kavramlara indirgenmiş kategorik bir tutum olarak da nitelenebilir. Miras payı devrinin, mirasçıların irade serbestisine ağırlık tanıyan miras paylaşımı ayırımında yer alması da bu görüşün kavramlara ve statülere bağlı kalındığı izlenimini kuvvetlendirir.

Hukukumuzda da mirasçı statüsünü taşımayanların, mirasın paylaşımı sonucu özgülenen değerlerin devrini taahhüt edemeyeceği kabul edilir. Borçlandırıcı işlem niteliğindeki sözleşmenin kurulmasından sonra, devri borçlusunun mirası reddetmesi ve mirastan yoksun kalması sözleşmenin kurulması aşaması ile ilgili değil; ifası aşamasıyla ilgilidir[609].

B. Devralan/ Devir Alacaklısı

Yasa koyucuların miras payının devri sözleşmelerinin devralan yanına ilişkin yaptığı tercihler, güdülen hukuk politikası tercihini de yansıtır. Devralan tarafa ilişkin daraltımlar ne kadar az ise, mirasçının miras hakkından öncelenmiş şekilde istifade etme ve kredi temin etme olanağı o denli genişler. Bunun karşısında, devralan aktörlerde sınırlamaya gidildiğinde mirasçının başvuru olanakları hayli daralır. Alman

---

[607] **ÖZAKMAN,** s. 77; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 131.

[608] Ön mirasçının, art mirasçıya devrinin önalım olayı sayılıp sayılmayacağı tartışılır. Aşağıda, devralan bahsinde bu kısım detaylı şekilde takip edilebilir. Bkz. **§12, I, B.**

[609] Borçlandırıcı işlem niteliğindeki miras payının devri sözleşmesi (TMK m. 677 f. II), açılmamış miras hakkında sözleşmeden doğan borcun ifasına ilişkin kırılganlıkların bir kısmını taşır. Devir borçlusunun, sözleşmenin kurulmasından sonra mirasçılık statüsünü kendi kusuruyla yitirmesi de bunlardandır. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin taşıdığı kırılganlıklar ve bu kırılganlıkların da aşılmasına ilişkin açıklamalar bu bahiste de devrededir. Açıklamalar için bkz. **§5, II, B, 1** ve **§6.**

yasa koyucusunun, tercihini birinciden yana kullandığı tespit edilir. Mirasçının, malvarlığının aktifine eklenen miras payı sayesinde kredi temin etme olanağı prensip olarak açık tutulur. Mirasçılar topluluğuna dışardan birinin dahil olmasını istemeyen diğer mirasçılar, devredenin devir işlemiyle tasarladığı şekilde tatmin edilmesini sağlayarak bunun önüne geçebilir. Miras payı devrine özgü bu ön alım hakkı (*"Vorkaufsrecht"*), devredenin ekonomik menfaatini güvencelerken, mirasçılar topluluğunda yer alan diğerlerinin yönetim ve paylaşıma ilişkin istikrar ihtiyacını korur[610]. Ayni etkili devir için yapılan açıklamalar, özgülenecek tereke değerlerinin devri taahhüdü için de yürürlüktedir[611]. İsviçre-Türk hukukunda, miras payının ayni etkili devri; elbirliği ile hak sahipliğine getirilen istisna olarak değerlendirildiğinden, yasaların sınırlayıcı tutumu makul görünür. Paylaşım sonucu özgülenecek değerlerin devrinin taahhüt edildiği sözleşmelerin devir alacaklısı için sınırlamaya yer verilmez. Alman hukukundaki serbestiden, İsviçre-Türk hukuk sistemine detaylı açıklamalara bu başlık altında takip edilebilir.

1. Alman Medeni Kanunu'nun İrade Serbestisini Önceleyen Tutumu

a. Genel Kural: İrade Serbestisi

(1) Alman hukukundaki BGB §2033 ve devamı hükümleri incelendiğinde, terekeden soyut malvarlığı değeri niteliği taşıyan miras payı, mirasçılar topluluğunda yer alanlar gibi diğer üçüncü kişilere de devredilebilir. Diğer bir ifadeyle devreden mirasçı, sözleşmenin diğer tarafını seçme konusunda irade serbestisi ilkesinin genel sonuçlarından faydalanır. Yani sözleşmenin karşı tarafını seçmede serbesttir[612]. Devir sözleşmesinin devralan yanını, diğer ortak mirasçılardan biri oluşturmaktaysa devreden mirasçılar topluluğundan çıkar ve devralanın topluluktaki miras oranı artar. Bunun bir sonucu olarak devralan mirasçı, yeni bir mirasçılık belgesinin düzenlenmesini ve bu mirasçılık belgesinde yeni miras oranının yer almasını talep edebilir[613]. Oysa mirasçılar topluluğunda yer almayanlar için durum böyle değildir. Toplulukta yer almayan devralan; mirasçılar topluluğuna dahil olmakla beraber, mirasçı statüsünü kazanamaz. Çünkü böyle bir ihtimalin kabulü, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf serbestisi ile bağdaşmaz. Mirasçılık statüsünü halen devreden taşımaya devam ettiği için, BGB §2382 uyarınca tereke borçlarından sorumlu olmaya devam

---

[610] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn.1; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn.1; **WOLF/von BARY,** s. 159.
[611] StaudingerKomm-**OLHAUSEN,** 2016, BGB 2371, Rn.6; **WOLF/von BARY,** s. 159.
[612] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 34.
[613] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 35.

eder. Tanzim edilen mirasçılık belgesinde devreden, mirasçı olarak yer alır[614]. Dolayısıyla mirasçılık belgesine duyulan haklı güvenin de korunmadığı sonucu ile karşılaşılır. Miras payını, mirasçılar topluluğunda yer almayan alıcıya satan mirasçı, devir sözleşmesinden sonraki tarihte mirasçılık belgesi tanzim ettirmiş ve bu belgede işaret edilen miras payını satmayı diğer bir kişiye önermiş olsun. Öneriyi kabul eden ikinci alıcı, miras payını edinemez. Zira satıcının malvarlığında devredebileceği, tasarruf yetkisini kullanabileceği miras payı bulunmaz. Satış sözleşmesinin tarafı, ikinci alıcı aldatma hükümlerine dayanarak tazminat isteminde bulunabilir[615].

Devralan üçüncü kişinin statüsü açıklanmaya muhtaçtır. Öğreti devralanın konumunu, devredenin miras payına mündemiç tüm hukuki ilişkilerinin tarafı olmak şeklinde betimler[616]. Devralan; devredenin miras payındaki tüm takyidatları, yani vasiyetnamenin yerine getirilmesine, ölüme bağlı tasarrufların tenfizine, koşullara, saklı paylara denkleştirme yükümlülüğüne, paylaşma kurallarına ve teminatlara katlanmayı da üstlenmiş olur[617].

Alman hukukunda devralan yan için öngörülmüş irade serbestisi ilkesinin, bugün için daha çok kredi temini için kullanılmaya elverişli olduğu ifade edilir. Miras payı devri önerisinin banka, finansal kiralama şirketi ve diğer kredi kuruluşlarına sunulması muhtemel görülür. Deyim yerindeyse miras payının hitap ettiği pazarın bu denli geniş olmasının beraberinde getireceği rekabet de mirasçı lehine sonuç doğurur[618].

---

[614] MüncKomm-**GERGEN,** §2033, Rn. 20; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 35.

[615] Mirasçılık belgesine duyulan haklı güvenin korunmayacağı ilkesi Avrupa geneline de yaygın bir tutumdur. Avrupa Mirasçılık Belgesi'nin de iyiniyetle hak kazanımına etkisi bulunmadığı kabul edilir. Diğer bir deyişle yaratılan görünüşe güven ilkesi bu alanda tazminat, dışında etki doğurmaz. Bunun yanında öğreti, mirasçılık belgesinin ibraz edildiği taşınır tereke değeri satışlarında mirasçılık belgesinin tek başına satıcının emin sıfatı ile zilyetliğini ispat etmeye yetmeyeceğini savunur. Bu görüş uyarınca devralan, iyiniyetin koruyucu etkisinden yararlanmak için devredenin malike nispetle emin sıfatıyla zilyet olduğunu bilahare ispatlamakla yükümlüdür. Bu yönde bkz. MüncKomm-**GERGEN,** §2033, Rn. 20; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 36.

[616] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 5; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 37.

[617] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 5; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 37.

[618] MüncKomm-**GERGEN,** §2033, Rn. 11; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 1; **WOLF/von BARY,** s. 158-159.

Ayrıca dikkat çekilmelidir ki, bu evrede miras açılmış ve terekedeki değerler belirlenebilir olduğundan, miras payının değerlemesi daha rasyonel temellere dayanır. Alman hukukunda açılmamış miras hakkında sözleşme, kredi aracı olmaktan ziyade öncelenmiş miras paylaşım vasıtası olarak görüldüğünden yalnızca muhtemel mirasçılar arasındaki işlemlere konu edilebilir. Bu düzenlemeler ışığında Alman yasa yapıcısının, rasyonel kararların alınabildiği ve rekabetçi bir ekonomik düzlemde miras payının tedavülüne olanak tanımayı tercih ettiği çıkarsamasında bulunulabilir.

b. Genel Kuralın Frenlenmesi: Diğer Ortak Mirasçıların Yasal Önalım Hakkı

Mirasçının, sözleşmenin devralan yanını seçme serbestisi bulunsa da bu serbesti mutlak değildir. Alman Medeni Kanunu mirasçının ekonomik çıkarını gözetirken; mirasçılar topluluğunda yer alan diğer mirasçıların menfaatini göz ardı etmemiştir. Toplulukta yer alan diğer mirasçılar BGB §2034 hükmünde yer alan önalım hakkını kullanarak, miras payının devredildiği üçüncü kişinin mirasçılar topluluğuna dahil olmasını engelleyebilir. Alman yasa koyucusu bu düzenlemeyle, diğer ortak mirasçıların terekenin idaresi ve paylaşımına yönelik istikrar beklentisini korumayı hedefler[619]. Bunun yanında, yasal önalım hakkı sayesinde mirasçılardan bir veya birkaçının, diğerlerine nispetle yüksek oranda miras payı üzerinde hak sahibi olması muhtemeldir. Yüksek oranda pay sahibi olan mirasçının, miras paylaşım sürecini tetiklemesi ve paylaşıma öncülük etmesi muhtemel görünür. Dolayısıyla, yasal önalım hakkının mirasçılar topluluğunun amacı olan mirasın paylaşımına da etkisi bulunur[620].

Alman hukukunda öngörülmüş bulunan bu yasal önalım hakkı düzenlemesinin karşılığına İsviçre-Türk hukuk sisteminde rastlanmaz. Ne var ki bu yasal kurum, devreden mirasçının miras payı üzerinden rekabetçi bir ortamda tatmin edilmesini ve kredi teminini sağlaması yönünden ilgi çekicidir. Özellikle Türk hukuku için *de lege ferenda* yol gösterici nitelik taşıyabileceği gözetilerek, yasal önalım hakkı düzenlemesine tez kapsamında yer verilmesine karar verildi.

Mirasçılar topluluğunda yer alan diğer mirasçıların önalım hakkını kullanabilmesi için önalım olayı gerçekleşmiş olmalıdır[621]. Bu doğrultuda için mirasçılardan birinin miras payını, satış ya da satışa denk ekonomik sonuçlar doğuran hukuki işlemle mirasçı olmayan birine devretmesi aranır. Önalım olayından anlaşılması gereken budur. Esasında önalım olayının gerçekleşmiş sayılması için mirasçı ile üçüncü kişi arasında borçlandırıcı işlemin kurulmuş olması yeterli görülür. Ne var ki miras payının devri; çoğu zaman tasarruf sözleşmesi şeklinde dizayn edildiğinden, önalım olayı tasarruf sözleşmesi sayesinde etkinleşir[622]. Doğurduğu ekonomik sonuçlar bakımından satış sözleşmesine denk sayılan bazı hukuki işlemler

---

[619] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn.1; **WOLF/von BARY,** s. 159.
Söz konusu yasal önalım hakkı düzenlemesi ile tereke idaresinde ve paylaşımında istikrarın bozulmayacağı amacının altında, mirasçıların aynı aileye mensup olma ihtimalinin yüksekliği yatar.
[620] MüncKomm-**GERGEN,** §2034, Rn. 2; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 2.
[621] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 5.
[622] **LETTMAIER,** s. 205-207; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2035, Rn. 1.

sıralanmalıdır. Ancak bu sıralama yapılırken yasanın kullandığı açıklamalara dogmatik biçimde bağlı kalınmamalıdır. Hukuki işlemin taraflarının rızaya dayalı iradesine göre amaçlanan ekonomik sonuç nazara alınmalıdır. Lafza sıkı bağlılık, cebri satışı da önalım olayı olarak nitelemeyi gerektirebilir. Oysa cebri satış, yasanın icbarı ile gerçekleştirilir. Tarafların amaçları doğrultusunda; para borcunun ifası maksadıyla miras payının devredildiği, kredinin geri ödenmesi amacıyla miras payının devredildiği durumlar önalım olayı teşkil eder[623].

Miras payının iradi, hatta ivazlı devrinin taahhüt edildiği trampa sözleşmesi ve karma bağışlama sözleşmesi önalım olayı sayılmaz. Bağışlama sözleşmesine dayalı devirlerin de evleviyetle önalım olayı teşkil etmeyeceği dikkate alınmalıdır. Bunların yanında miras payının teminat amacıyla devri, rehin sözleşmesi uyarınca rehnedilmesi ve miras payı üzerinde intifa hakkı tesisi de önalım olayı olarak nitelenemez[624].

Takip hukukunda alacaklıların hızlı bir şekilde tatmin edilmesi esası gözetildiğinden cebri satış ve iflas idaresi tarafından yapılan satış önalım olayı olarak, diğer mirasçıların önalım hakkını tetiklemez[625]. Burada Alman hukukunda karşılaşılabilecek bir durumu da arz etmek yerinde olur. Mirasçıların tamamı, miras paylaşımı sözleşmesi ile mirasçılardan birinin payını satış yoluyla paraya çevirmesi hususunda anlaşırlarsa bu satış sözleşmesi de önalım olayı olarak nitelenemez. Çünkü miras sözleşmesinin kurulmasında tüm mirasçılar bir arada hareket etmiştir. Sözleşmenin ifası amacıyla kurulan devir sözleşmesine dayanarak önalım hakkını kullanmak, bu noktada hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Hukuk düzeni buna sonuç bağlamamalıdır[626].

Mirasçı ile mirasçı olmayan üçüncü kişi arasında kurulmuş satış sözleşmesi kesin hükümsüzse, diğer mirasçılar önalım hakkını kullanamaz. Durum böyle olmakla birlikte, hükümsüzlük şekle aykırılıktan ileri geliyorsa ve sözleşmeden doğan borçlar ifa edilmişse yine de önalım olayının gerçekleşmediği tereddütsüz bir şekilde kabul edilebilir mi? Alman yargı uygulamasına hakim olan görüş, ifa yoluyla hukuki işlemin sağalmasını reddeder. Bu ihtimalde önalım olayının gerçekleştiği ve diğer ortak

---

[623] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 8 ve 13.
Taraflar, diğer mirasçıların önalım hakkını engellemek maksadıyla, *"Önalım hakkının kullanılması ile bu miras payının devri sözleşmesi hükümden düşer."* gibi sözleşme hükümlerine yer vererek ya da muvazaalı niteleme yaparak önalım hakkının kullanılmasını engellemeye çalışırlarsa BGB §138, §465 uyarınca bu anlaşmaların geçersiz kılınacağı ifade edilir.
[624] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 9.
[625] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 10.
[626] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 10.

mirasçıları önalım hakkını kullanabilme imkanını tetiklediğini söylemek mümkün olmaz[627]. Ancak öğretide şekle aykırılık taşıyan miras payı devirlerinin ifanın düzeltici etkisinden yararlanabileceğini ileri sürenlere de rastlanır[628]. Öğretide *OLSHAUSEN,* şekle aykırı sözleşmelerin ifa yoluyla düzelmesine ilişkin genel bir kural bulunmadığının altını çizer. Yazara göre tartışmaların temelinde yatan neden budur. Yazar, hukuki işlemin ifa yoluyla sağalması tartışmasının BGB §2033 ve devamı hükümleri için daha önemli olduğunu bildirir. Çünkü miras payının devredileceğini konu alan satış sözleşmesi şekle aykırı kurulsa da devir yani tasarruf işlemi şekle uygun gerçekleştirilebilir. Tasarruf işleminin şekle uygun yapılması, borçlandırıcı işlemdeki şekle aykırılığın ileri sürülmeyeceği yönünde zımni anlaşma olarak kabul edilerek ifanın, şekle aykırı sözleşmeyi sağalttığı sonucuna varılabilir. Bu sonuca varılması, önalım olayının gerçekleştiğinin kabulünü gerektirir[629].

Mirasçının miras payını, satış ve satışa denk hukuki işleme konu ettiği her durum önalım olayı teşkil etmez. Taraflar arasındaki hukuki işlemin amacı kadar tarafları da önem arz eder. Mirasçılardan birinin satış sözleşmesine dayanarak devirde bulunduğu mirasçı olmayan kişinin, aynı miras payını mirasçı olmayan bir başka kişiye yeni bir satış sözleşmesine dayanarak devrettiği olasılıkta ikinci satış sözleşmesi, önalım olayı teşkil etmez[630]. Buna karşın, mirasçının payı aynı mirasçılar topluluğunda yer almayan birine halefiyet yoluyla intikal ederse, bu kişinin satış sözleşmesine dayanarak yaptığı devir, önalım olayı olarak nitelenir ve önalım hakkının kullanımını tetikler[631].

Normun amacı, mirasçılar topluluğuna yeni birinin dahil olmasını mirasçılar topluluğunda yer alanların iradesine bırakmak olduğundan, devralanın da toplulukta yer almayan, üçüncü kişi olması aranır. Burada da ilgi çekici ihtimallere rastlamak mümkündür. Mirasçılardan biriyle kurmuş olduğu satış sözleşmesi sebebiyle miras payı devralmış bir alıcının, daha sonra aynı topluluğa mensup diğer bir mirasçının miras payını satış sebebiyle devralmasının önalım olayı olarak nitelenip nitelenemeyeceği tartışmalıdır. Öğreti ağırlıklı olarak, ikinci satış sözleşmesi sebebine dayanan önalım olayı olarak nitelenmesini önerir. Keza görece yakın tarihli yüksek

---

[627] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 11; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn.25; **BGH NJW 1967,** 1128**; OLG Frankfurt OLGE 16,** 280**.**

[628] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 6; ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2034, Rn. 2.

[629] StaudingerKomm-**OLSHASUEN,** 2016, BGB 2371, Rn. 22-24.

[630] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 2; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 14. Hak düşürücü süre kaçırılmamışsa BGB §2037 uyarınca ilk önalım olayına dayanarak, önalım hakkının kullanılması yine de mümkündür.

[631] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 15.

mahkeme kararı da bu görüşün yerinde olduğuna işaret eder[632]. Normun koruma amacı, mirasçılar topluluğunun idaresi ve taksimine yönelik istikrarı temin etmek ve bu nedenle mirasçılar topluluğuna dışardan üçüncü bir kişinin girmesini mirasçıların iradesine bırakmak olduğundan, topluluğa bir şekilde dahil olmuş kişi aleyhine önalım olayının vuku bulduğunu kabul etmek yadırgatıcıdır.

Önalım olayının gerçekleşmesi üzerine, hukuki işlemin tarafı olmayan diğer mirasçılar önalım hakkını kullanabilir. Yasal önalım hakkı devredilemez karakterde olup, mirasçılara intikal etmesinin önünde bir engel bulunmaz. Miras payını daha evvelden satış sözleşmesine dayalı devretmiş mirasçı, önalım hakkından yararlanamaz. (M)'nin mirasçılarının (M1), (M2) ve (M3) olduğu, (M1)'in payını (A)'ya satarak devrettiği ihtimalde (M2)'nin payını (B)'ye satarak devretmesi üzerine (M1)'in malvarlığında önalım hakkı yer almaz. Daha yalın bir ifadeyle, önceden devretmiş mirasçı, önalım hakkına sahip değildir. Bunun da gerekçesi oldukça açıktır. Yasal önalım hakkı kurgusu, mirasçılar topluluğunda yer alan mirasçıları koruma amacı taşır[633]. Dahası, payını devrettikten sonra yeniden miras payı almak suretiyle mirasçılar topluluğuna dönen mirasçı da önalım hakkını kazanamaz. Çünkü, miras payını üçüncü bir kişiye devrederek başkalarının mirasçılar topluluğuna girmesine neden olmuştur. Kendisi mirasçılar topluluğunu deyim yerindeyse yabancılaştıran mirasçının, daha sonra önalım hakkından yararlanması çelişkili davranış yasağına aykırı olmalıdır[634]. Daha önceden miras payı devralarak, mirasçılar topluluğuna dahil olmuş kimse de önalım hakkına sahip değildir. Yukarıdaki örnekten devam etmek gerekirse, (M2)'nin payını (B)'ye satıp devrettiği olasılıkta (A) da yasal önalım hakkı kazanamaz[635].

Miras payını satan ve yalnızca satış sözleşmesini kuran mirasçı, tasarruf işleminden önce başka bir önalım olayı için önalım hakkını kullanır ve daha sonra

---

[632] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2034, Rn. 2; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 17. Karar için bkz. **BGH NJW 1993, 726.**

[633] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2034, Rn. 4; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 21.

[634] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 22. Alman öğretisinde azımsanmayacak çoklukta savunulan diğer görüş ise, miras payı satın alarak yeniden mirasçılar topluluğuna dönen mirasçının da önalım olayı vuku bulduktan sonra yasal önalım hakkı kazanacağını ve bu hakkın bahşettiği yetkilerden yararlanabileceğini kabul eder. Bu yönde bkz. **ANN,** s. 343; MüncKomm-**GERGEN,** §2034, Rn. 22.
Topluluğa dönen mirasçının, önalım hakkının bahşettiği yetkilerden yararlanabileceğini savunan yazarlardan *ANN,* ileride önalım hakkından istifade edebilmek maksadıyla miras payının küçük bir oranını elinde tutarak miras payını devredenin, daha sonra gerçekleşen önalım olayından sonra önalım hakkını kullanmasını, hakkın kötüye kullanımı olarak niteler (**ANN,** s. 344).

[635] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 24.

tasarruf işlemeni gerçekleştirirse, miras payını devralan önalım hakkının kullanılmış olmasının etkilerinden yararlanabilir. (M)'nin mirasçılarının (M1), (M2) ve (M3) olduğu örnekte (M1), miras payını (A)'ya satıp devretmiştir. Miras payının satışı hakkında (B) ile sözleşme kuran (M2), önalım hakkını kullanır ve daha sonra (B) ile miras payının devrini sağlayan tasarruf sözleşmesini kurarsa (B), (M2)'nin önalım hakkından istifade edebilir[636].

Yasal önalım hakkına sahip mirasçılardan her biri, terekedeki miras oranından bağımsız bir biçimde bu hakkın bahşettiği yetkiden yararlanabilir[637]. Yani görece yüksek oranda miras payı edinmiş mirasçının önceliği bulunmaz. Miras payının devri sözleşmeleri, gözlemlendiği kadarıyla ayni etkili olacak şekilde akdedildiğinden yasal önalım hakkı devralana karşı kullanılmalıdır[638].

İsviçre ve Türk hukuk sisteminde yer almayan bu kurumun özelliği bir kez daha vurgulandıktan sonra, hakkın kullanımı ve sonuçlarına geçilmesi yerinde olur. Alman hukuku, miras payının devri sözleşmelerinin kurulabileceği çevreye ilişkin özel bir sınırlamaya yer vermez. Bu durum da devreden lehine sonuç doğurur. Devreden, rekabete dayalı pazarda miras payından efektif biçimde öncelenmiş bir biçimde istifade eder. Ne var ki bu serbesti, topluluğun teşekkül ettiği anda toplulukta yer almayan, terekenin idaresindeki ve taksimi sürecindeki istikrarı tehlikeye atacak kişinin mirasçılar topluluğuna girmesine neden olur. Bu durum, şüphesiz ki diğer mirasçıların zaviyesinden, menfaatlerini risk altına alabilecek bir olgu olarak kavranabilir. Yasa, yani BGB, tüm mirasçıların menfaatlerini dengelemek için fren mekanizması olarak yasal önalım hakkını düzenlemeyi tercih eder. Böylelikle, miras

---

[636] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 25.
[637] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2034, Rn. 4; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 27.
[638] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 32.
Önalım hakkına ilişkin düzenlemelere yer veren diğer bir hüküm olan BGB §464 hükmüne göre, önalım hakkının etkinleşmesi için borçlandırıcı işlemin kurulmuş olması yeterlidir. Açıklamalar takip edildiğinde BGB §2034 düzenlemesinin de bu esastan ayrılmadığı tespit edilir. Yani ortak mirasçıların önalım hakkının etkinleşmesi için mirasçı ile üçüncü kişi arasında satış veya satışa denk ekonomik sonucu amaçlayan borçlandırıcı işlemin kurulması yeterli görülür. Tasarruf işleminin henüz gerçekleşmediği bu zaman kesitinde önalım hakkının devir borçlusu mirasçıya yöneltilmesi gerektiği de belirtilir. Ne var ki uygulamada, miras payının devrini konu alan sözleşmelerin, borçlandırıcı ve tasarruf işlemi şeklinde ayrılarak kurulmadığı da dikkat çeker. Bu uygulamadan çıkarsama ile yapılan genellemede, önalım hakkının alıcıya karşı kullanılması gerektiğini ifade eden bir önermeyi, yadırgatıcı olmaktan çıkarır. Nitekim önalım hakkının, üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği de BGB §2035'te özel olarak düzenlenir (**LETTMAIER,** s. 205-207; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2035, Rn. 1.).

payının devrinin gerçekleştirilebileceği çevre sınırlanırken, devredenin rekabetçi serbest ekonomik düzlemden istifade etmesi maksimize edilmiş olur[639].

Yasanın himaye ettiği istikrar menfaatinden, yenilik doğurucu yasal önalım hakkından mirasçılar bir arada yararlanmalıdır. Önalım hakkının kullanılması aynı zamanda terekenin idaresi ile ilgili bir mesele olduğundan, devreden dışındaki mirasçılar BGB §2038 hükmüne uygun bir şekilde karar almak suretiyle, önalım hakkını birlikte de kullanabilir[640]. Mutabakata varılmadığı takdirde, önalım hakkının kullanılamayacağı kabul edilir. Yüksek Mahkeme, önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında verdiği kararda, önalım hakkını kullanmak isteyen mirasçının aynı mirasçılar topluluğunda yer alan iki kız kardeşi ve onların kızlarıyla beraber mutabakata varması gerektiğini vurgular. Varılan kararda, önalım hakkını yalnızca davacının kullanabileceğinde ortaklaşırsa, davacı ancak o zaman önalım hakkının bahşettiği yetkilerden yararlanabilecektir. Diğer mirasçıların mutabakat zemini oluşturmaktan kaçınmalarının da yasanın verdiği yetkiye dahil olduğunu vurgulayan Mahkeme, yalınkat bir kaçınmanın hakkın kötüye kullanımı olarak nitelenemeyeceğini de açıklığa kavuşturur[641]. Varılan sonucun, miras payını devralan üçüncü kişinin lehine sonuç doğurduğunu kabul etmek gerekir. Önalım olayı sonrasında mirasçılar, varacakları karar sonucunda belirledikleri mirasçı veya mirasçıların önalım hakkını kullanmasını sağlayabilir. Dahası, her birinin bu önalım hakkının bahşettiği yetkiden miras oranları uyarınca yararlanabileceğinde mutabık kalabilirler. Alınan karar, terekedeki miras payı oranları, terekenin idaresindeki ve taksimindeki pazarlık gücü için belirleyicidir. Mirasçılar topluluğundaki diğer mirasçıların aldığı karar, önalım hakkının kullanımı borcu doğurmaz. Yani mirasçılar topluluğundaki mirasçılar içlerinden yalnızca birinin önalım hakkını kullanabileceği yönünde karar varırsa, kararda işaret edilen mirasçının önalım hakkını kullanma borcu bulunmaz[642].

Bunun yanında önalım hakkından istifade etmeye yetkin mirasçılardan kimisi için hak düşürücü süre geçmiş kimisi ise önalım hakkından feragat etmişse, diğer mirasçılar önalım hakkını bir arada kullanabilir[643].

---

[639] Aşağıda detaylarına yer verileceği üzere İsviçre ve Türk hukuk düzenlemeleri, pay devrinin yapılabileceği çevreyi, diğer ifadeyle pazarı alabildiğince sınırlamayı tercih eder. Sınırlama tercihi, elbirliği ile hak sahipliği kurumundaki pay kavramına olan dogmatik bağlılık nedeniyle, garipsenecek ölçüde lütuf olarak algılanır.

[640] **ANN,** s. 343; **LEMMERZ,** s. 1249; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 34.

[641] **BGH NJW 1982, 330.**

[642] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 35.

[643] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 35.

Önalım hakkının kullanımı, yenilik doğurucu haklarda sıklıkla rastlandığı üzere hak düşürücü süreye tabidir. Miras payının devri hukuki işleminin tarafı olmayan ortak mirasçıya bildirimde bulunulmasıyla iki aylık hak düşürücü süre işlemeye başlar. Süre her bir mirasçı için, kendilerine yapılan bildirimle başlar[644]. Bildirimde bulunmakla yükümlü olan, miras payının satıcısıdır. Bildirim; sözleşmenin tarafı, sözleşmede yer alan ivaz gibi içeriği doğru bir şekilde yansıtıyorsa, ancak o zaman hak düşürücü sürenin başlamasını sağlayabilir[645]. Yasal önalım hakkı sahibi mirasçı, satış sözleşmesi hukuki sebebine dayanan miras payının devri işleminin gerçekleştirildiği sırada hazır bulunmuşsa, bu mirasçı için hak düşürücü süre sözleşmenin kurulduğu tarih dikkate alınarak hesaplanır. Kendisine bildirimde bulunulmayan mirasçı da bildirimde bulunulmasını beklemeden önalım hakkından istifade edebilir. Bildirimin etkin bir şekilde hangi tarihte alınmış olduğuna dair ispat yükünü satıcı, tasarruf işlemi tamamlanmışsa ayrıca devralan taşır. Bildirim ve bildirimin ispatı herhangi bir şekle tabi değildir[646]. Miras payını devralmış üçüncü kişinin, miras payını başka bir üçüncü kişiye yeniden devrettiği olasılık, yeni bir hak düşürücü sürenin başlaması için zemin oluşturmaz. İkinci devir, İlk devirdeki iki aylık süre içinde gerçekleştirilmişse yasal önalım hakkı bu alıcıya karşı da kullanılabilir. Önalım hakkı; hak düşürücü sürenin dolması, tüm hak sahiplerinin feragat etmesi ve miras payını devretmiş olana yeniden devredilmesiyle sona erer[647].

Yukarıda da belirtildiği üzere önalım hakkı miras payını devralan üçüncü kişiye karşı yöneltilebilir. Bu durum BGB §2035 hükmünde özel olarak düzenlenir[648]. Çünkü, miras payının devrini konu alan işlemlerde taraflar prensip olarak, borçlandırıcı sözleşme ve tasarruf sözleşmesi ayrımı yapmadan her iki işlemi içeren tek bir sözleşme kurmayı tercih eder. Hüküm de bu gerçeği göz ardı etmeyerek, önalım

---

644 **LEMMERZ,** s. 1249; MüncKomm-**GERGEN,** §2034, Rn. 30; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 38.

645 ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2034, Rn. 6; MüncKomm-**GERGEN,** §2034, Rn. 32; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 40.

646 MüncKomm-**GERGEN,** §2034, Rn. 32; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 41. Mirasçıların terekenin idaresi kapsamında önalım hakkını etkinleştiren önalım olayının bildirimi veya ispatı için şekil öngörebileceği hususunda bkz. **LEMMERZ,** s. 1249.

647 StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 49.

648 BGB §463 ve devamı hükümlerinde düzenlenen önalım hakkı, yalnızca satıcıya karşı ileri sürülebilen bir hak olarak düzenlenir. Bu nedenle önalım hakkının satıcıya değil de alıcıya karşı ileri sürülebilmesi Alman hukuku için özel bir durum olarak görülür (StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2035, Rn. 1). Türk hukukunu takip eden bir okuyucu için belki de garipsetici olan, böylesi bir soyutlama ile BGB §2035 hükmünün yürürlüğe konmuş olmasıdır. Ne de olsa TMK m. 7343 hükmü, önalım hakkının eşyaya bağlı borç etkisini taşıdığını açıkça kabul etmektedir. Yasada himaye altına alınmış bu özellik ile olağan olarak algılanan, önalım hakkının alıcıya karşı kullanılabilmesidir (**KIRKBEŞOĞLU,** s. 713).

hakkının kullanımının engellenme ihtimalini ortadan kaldırır. Düzenlemenin, önalım hakkını ayni hak mertebesine çıkarmadığı; sadece ileri sürülebileceği çevreyi genişlettiği haklı olarak ifade edilir[649]. Önalım hakkının, alıcıya karşı kullanıldığı durumda, alıcının götürü biçimde teminat gösterilmesini isteme yetkisi bulunmaz[650]. BGB §2037 düzenlemesi önalım hakkı sahibini koruyucu olanakları deyim yerindeyse arşa çıkarır, iyiden iyiye genişletir. Bu hükme göre, miras payını devralan alıcı satın aldığı payı daha sonra bir başkasına devrederse, önalım hakkı son devralana karşı ileri sürülebilir[651]. Yasa, önalım hakkının ileri sürülebileceği çevreyi bu düzenleme ile genişletir. Üstelik alıcının yaptığı devir işleminin hukuki sebebi de BGB §2037 bağlamında önem taşımaz. Yani miras payını satın alarak önalım olayının etkinleşmesine yol açan alıcı, elde ettiği miras payını bağışlama sözleşmesi, trampa sözleşmesi gibi bir sebebe dayanarak devretse dahi son devralan önalım hakkının etkisiyle yüzleşmek durumunda kalır[652]. Yeter ki son devir iradi olsun[653] ve hak düşürücü süre sınırları içinde kalsın[654]. Şu var ki, önalım hakkı alıcıya karşı kullanıldıktan sonra alıcının miras payını bir başkasına devrettiği durumda BGB §2037 hükmünün devreye girip girmeyeceği tartışmalıdır. Yenilik doğurucu hakkın kullanılmakla tükendiği görüşüne yaslanılırsa, payın ilk devredildiği alıcı ile satış ilişkisinin kurulduğunu kabul etmek gerekir. Pay, malvarlığında yer almayan ilk alıcı tazminat ödemekle yükümlülüğünden kurtulur. Yenilik doğurucu hak sonra erdiği için aktüel devralana başvurulamaz. Alıcıya karşı önalım hakkının kullanılmasının ardından, miras payının bir başkasına devredildiği durumla ilgili olarak Yüksek Mahkeme, zamanında kullanılan önalım hakkının hedefinin mirasçılar topluluğunda yer almayanları bu topluluktan uzaklaştırmak olduğunun altını çizer. Hak zamanında kullanılmış olmasına rağmen, hakkın etkisinin aktüel devralana karşı teşmil etmemek,

---

[649] **LETTMAIER,** s. 207; MüncKomm-**GERGEN,** §2035, Rn. 1; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2035, Rn. 2.

[650] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2035, Rn. 8.

[651] MüncKomm-**GERGEN,** §2037, Rn. 1; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2037, Rn. 1.

[652] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2037, Rn. 1; MüncKomm-**GERGEN,** §2037, Rn. 1; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2037, Rn. 1.

[653] Takip hukuku uyarınca gerçekleştirilen satışlara, BGB §2037 hükmü uygulanmaz.

[654] Önalım olayı gerçekleştikten sonra yapılan bildirimi takip eden hak düşürücü süre içindeki devirleri kapsar. Yoksa, alıcının gerçekleştirdiği ikinci devir yeni bir hak düşürücü sürenin başlamasına neden olmaz. StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2037, Rn. 5.
Öğretide, payın her yeni alıcıya devredilmesiyle yeni bir önalım hakkı doğması gerektiğini ifade edenlere de rastlanır. Azınlıkta kalan bu görüşü *LÖHNIG,* eleştirir. Üçüncü bir kişinin mirasçılar topluluğuna girmesine baştan mâni olmayanlar, topluluğun istikrarına dair riski üstlenmelidir. İlk devirde hak düşürücü süreyi kaçıranlara, yeni bir imkan tanınmamalıdır (*LEONHARD'*ın naklen aktarılan görüşü ve eleştirisi için bkz. StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2037, Rn. 5.

normun amacı ile bağdaşmaz. Önalım hakkını zamanında kullananın da şüphesiz ki menfaatinin korunması ve dengelenmesi gerekir. Bu gerekçeler ışığında önalım hakkının aktüel devralana karşı kullanılmasında sakınca görülmemelidir[655]. Mahkeme'nin de benimsediği bu görüşe göre, önalım hakkı ilk devralana karşı ileri sürülse de satış ilişkisi, ikinci devralanla kurulur[656]

Önalım hakkının kullanılması, yenilik doğurucu etki saçar. Önalım hakkını kullanan mirasçı veya mirasçılar ile devralan kişi arasında, ilk satış ilişkisindeki hak ve yükümlülüklerden oluşan yeni bir satış ilişkisi kurulur. Bu satış ilişkisi uyarınca önalım hakkını kullanan ya da kullananlar, satış bedelini devralana ödemekle yükümdür[657]. Satış bedelinin yanı sıra; devir masrafları, noter ücreti gibi kalemler de önalım hakkını kullanan tarafından ödenmelidir[658].

Devralan ise miras payını, önalım hakkını kullanan veya kullananlara devretmekle yükümlüdür[659]. Önalım hakkını birden fazla mirasçının kullanıldığı olasılıkta, her biri satış bedelinin ifasından müteselsilen sorumludur[660]. Satış ilişkisi yalnızca borçlandırıcı işlem olarak nitelenebildiğinden, satın alanın ifa için devir beyanında bulunması gerekir. Bu yapma borcundan kaçınması halinde, satın alan borçlunun irade beyanına hükmedilmesi gerekir[661]. Devir beyanıyla beraber miras payı, önalım hakkını kullanan mirasçıların malvarlığına, miras oranlarına göre tahakkuk eder[662].

Mirasçılar topluluğunda yer almak yalnızca hak bahşetmez, toplulukta yer alanının belirli borçlardan sorumlu tutulmasını gerektirir. Terekenin idare edilmesinden kaynaklanan borçlar, tereke borçları bunlardandır[663]. Önalım hakkına maruz kalan payı devralan da mirasçılar topluluğuna bir an için olsa dahil olduğundan tereke borçlarından sorumlu tutulması icap ederdi. Alman yasa koyucusu bilinçli bir

---

655 **BGH NJW 2002, 820, 822.**
656 **BGH NJW 2002, 820, 822; LÖHNIG,** 2020, BGB 2037, Rn. 6.
657 Satıcı mirasçı, miras payını rayicin üstünde bir bedelle pazarlamışsa bile yüksek bedel ödenmelidir. Bedelde muvazaa ihtimali saklıdır.
658 MüncKomm-**GERGEN,** §2034, Rn. 37; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 46.
659 ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2034, Rn. 2; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 42.
660 StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 43.
661 LÖHNIG'e göre alıcının, miras payını devretmede borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda önalım hakkını kullanan mirasçılar aynen ifadan vazgeçerek tazminatın ödenmesini talep edememelidir. Böylesi bir talebi olanaklı kılmak, normun amacı ile bağdaşmaz. Aynen ifaya eklenen, gecikme tazminatının talep edilmesinin önünde bir engel bulunmaz. Sözleşmeden dönme hakkının kullanımı da son çare olarak gündeme getirilebilmelidir (StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2035, Rn. 11)
662 MüncKomm-**GERGEN,** §2034, Rn. 36; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 45.
663 Miras payının devreden mirasçı, tereke borçlarına ilişkin sorumluluğundan kurtulmaz. BGB §2382 uyarınca alıcıyla beraber müteselsil sorumlu olmaya devam eder. Devredenin sorumluluğu, aşağıda ayrı bir bahiste özel olarak ele alınır. Bkz. **§14.**

tercihle miras payını devraldıktan sonra, önalım hakkının kullanılması nedeniyle ortaklıktan ayrılmak durumunda kalanların tereke borçlarından sorumlu tutulamayacağını özel olarak düzenler[664]. Aktarılan bu muafiyetin bir istisnası söz konusudur. Miras payını devralan kişi, mirasçılar topluluğunda yer aldığı sürece yani önalım hakkının kullanılması üzerine payı devrettiği ana değin terekenin idaresi hususuna üzerinde düşen görevleri yerine getirmekten imtina etmişse ya da özensiz biçimde yerine getirmişse, neden olduğu zararları tazmin etmekle yükümlü tutulmalıdır[665]. Alman yasa koyucusu bu tercih ile, mirasçılar topluluğunda yer alan diğer mirasçıların önalım hakkını kullanmalarına rağmen terekenin idaresine ilişkin risklerden korunmalarını sağlar.

c. Devralanın Bulunmadığı Ayrık Bir Devir Uygulaması: Mirasçılar Topluluğundan Çıkma

Miras payının devri söz konusu olduğunda, okuyanı yasa ile incelediği metin arasında bırakacak kararlar yalnızca Türk hukukuna mahsus değildir[666]. Alman hukukunda da tartışmalı kararlara rastlanır. Mirasçılardan birinin, mirasçılar topluluğundan çıkma hakkının bulunup bulunmadığının tartışıldığı kararlar, belki de en tartışmalı uygulamaların başında gelir. Yüksek Mahkeme'nin tartıştığı meselenin mirasın reddi kurumuyla bağlantılı olmadığının altı çizilmelidir. Mahkeme, ret süresini geçirmiş mirasçının, mirasçılar topluluğundan dilediği zaman çıkma hakkının bulunup bulunmadığını ele alır. Sonda söylenmesi gerekeni başta bildirmek gerekirse, Yüksek Mahkeme şaşırtıcı şekilde mirasçılar topluluğundan çıkma olanağının bulunduğunu kabul eder. Varılan sonuç ise devralanının iradesi bulunmayan, miras payının devri uygulamasına kapı aralar.

Vakıa örüntüsünü taşıyan karar örneği üzerinden ilerlemek meselenin kavranmasını kolaylaştırabilir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 27.10.2004 tarihli ve **BGH, NJW 2005, 284** künyeli kararına konu olay şu şekilde cereyan eder: Davacı ve davalı tarafın babası 1983 yılında vefat eder. Ölümü sırasında evli ve beş çocuk sahibi olan mirasbırakanın mirasçılarından sağ kalan eş mirasın yarısına, çocuklar ise diğer yarısına eşit oranda hak kazanır. Yani tarafların annelerinin miras payı 5/10, taraflar da dahil olmak üzere diğer mirasçıların miras payı 1/10 olacak

[664] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2036, Rn. 1; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2036, Rn. 3.
[665] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2036, Rn. 2; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2036, Rn. 6.
[666] Türk hukuk uygulaması bakımından, tereke değeri üzerinde miras payının devri uygulaması; İsviçre hukuk uygulamasında da şekle ilişkin kuralın tereke borçlarına bağlı gevşetilmesi gibi durumlar buna örnek verilebilir.

şekilde saptanır. Davacı ve iki kız kardeşi (toplamda üç kardeş) 1989 yılında mirasçılar topluluğundan ayrılır. Böylece toplulukta sağ kalan eş ile, davalı tarafın da yer aldığı toplam iki altsoy kalır. 1990 yılında sağ kalan eş ile diğer altsoy, miras payını yasaya uygun biçimde davalıya devreder. 1998 yılında sağ kalan eş, yani tarafların anneleri vefat eder. Davacı da 1990 yılında bağışlama hukuki sebebine dayalı olarak yapılan miras payı devrinin tenkisini talep eder. Yüksek Mahkeme topluluktan çıkan ve üç mirasçının 1/10 oranındaki paylarının, toplulukta kalan mirasçıların paylarına oranı ölçüsünde ekleneceğini, sağ kalan eşin miras oranının 5/7, davalı ve diğer altsoyun miras oranının ise 1/7 olarak güncellendiğini kabul eder. Dolayısıyla 1990 yılındaki miras payının devri sözleşmesinin konusu 5/7 oranındaki miras payı olmalıdır.

Yüksek Mahkeme'den evvel karar veren Yüksek Bölge Mahkemesi, ayrılma yoluyla sağ kalan eşin miras oranının 5/10'dan 5/7'ye yükselmesini kabul etmediğini bildirmişti. Yüksek Bölge Mahkemesi, BGB §738 hükmünde adi ortaklık için öngörülmüş olan ortaklıktan çıkma sonrası payların tahakkuku düzenlemesinin mirasçılar topluluğuna uygulanamayacağını savunmuştu. Yüksek Mahkeme, bu savalara da karşı çıkar. Bir kere içtihat ve doktrinde, sübjektif kısmi paylaşma yolu olarak mirasçılar topluluğundan ayrılan mirasçıların paylarının, mirasçılar topluluğunda kalan diğer mirasçılara önceki payları oranında tahakkuk ettiği kabul edilir (**BGHZ 138, 8 [11] = NJW 1998, 1557**). Mahkemeye göre bu durum, mirasçılar topluluğunun yasal yapısından kaynaklanır. Bu yapıda, terekenin münferit nesneleri bir bütün olarak topluluğa aittir. Mirasçılar topluluğunun bu özelliği, toplulukta yer alanların mirasçılıktan çekilmesi, çıkması, durumunda BGB § 738 öngörülen tahakkuk ilkesinin mirasçılar topluluğuna da uygulanması sonucunu doğurur. Müteveffanın ölüme bağlı tasarrufunda aksini öngörmesi durumu değiştirmez. Nitekim mirasın sübjektif kısmi paylaşımındaki uygulama da bunu destekler. Mirasçılardan birinin sübjektif kısmi paylaşma sözleşmesi uyarınca topluluktan ayrıldığı durumda, toplulukta kalan mirasçıların miras payı, oranınca arttığına göre ortaklıktan çıkma da aynı sonucu doğurmalıdır[667].

Uygulamadan yapılan çıkarsamaya göre, mirasçılardan birinin miras payının devri veya sübjektif kısmi paylaşma için aranan sözleşme kurma gereğine uymadan topluluktan çıkması mümkündür. Çıkma, miras payının devri için aranan noterde düzenleme şekline de tabi değildir. Varması bile gerekmeyen, yenilik doğurucu hakkın

[667] **BGH, NJW 2005, 284.**

kullanılması mirasçıyı mirasçılar topluluğundan çıkarır[668]. Mahkeme'nin geliştirdiği uygulama için yasada boşluk bulunması gerektiğini vurgulayan *SCHMIDT,* meselenin elbirliği ile hak sahipliği rejiminde düğümlendiğini gözler önüne serer. Mahkeme'nin uygulamasının yegane nedenini BGB'de elbirliği ile hak sahipliğini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamasına bağlar[669]. Genel hükme dair eksiklik, öğretiyi ve uygulamayı istemsiz de olsa bir kıyas zorunluluğuna itmiştir. Mirasçılar topluluğu ve adi ortaklığa ilişkin boşlukların, birbirlerine kıyasla doldurulması eğilimi Alman öğretisine hakim olmuş görünmektedir. Mirasçılar topluluğundan çıkmaya ilişkin uygulama da miras hukukunda düzenlenmemiş, adi ortaklığa özgü düzenlemenin dikte edilmesinden ibarettir[670]. Yazar, adi ortaklık ve mirasçılar topluluğuna ilişkin aşırıya kaçmış kıyas uygulamalarından elbirliği ile hak sahipliği rejimine ilişkin genel hüküm devşirilmeye çalışıldığını, bunun yerinde olmadığını vurgular. Yazar, tümevarım metodundan yararlanan Mahkeme'nin evlilik birliğindeki mal rejimi ortaklığını kontrol grubu olarak denetlememiş olmasını, metodolojik bir eksiklik olarak görür[671]. Bu denetleme yapılsaydı, eşlerden birinin dilediği gibi ortaklıktan çıkamayacağı ve bunun genel bir elbirliği ile hak sahipliği rejimi kuralı olarak mirasçılar topluluğuna dayatılamayacağı görülebilecekti[672]. Bu uygulama, eşya hukukundaki aleniyet ilkesine de gözlerini dikmiş durumdadır. Amacı taksim olan bir topluluğu, ortaklık formuna girmeyi zorlar. Deyim yerindeyse tereke idaresini şirketleştirir. Şekil bile gerektirmeyen çıkma beyanının yapıldığı an, devredilmiş taşınmazın iadesi ya da iflas masasından mal kaçırmak için basit bir yazılı şekille deforme edilebilir. Mirasçılık

---

[668] **SCHMIDT,** s. 311; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 40.
Mirasçının, mirasçılar topluluğundan çıkmasının önalım olayı olarak nitelenmesinin mümkün olmadığı kabul edilir.
BGH, NW 1998, 1557: "*Yasa, kanun veya ölüme bağlı tasarrufla atanmış birden fazla mirasçı arasında miras paylarının tahakkuku fikrine yabancı değildir ... (§§ 1935, 2094, 2095 BGB). Kuşkusuz, bu durumlarda tahakkuk, bir mirasçının halefiyet zamanından itibaren geçerli olmak üzere varlığının sona ermiş olduğunu varsayar. Bununla birlikte, mirastan bir payın önalım hakkına sahip bir ortak mirasçıya devredilmesi halinde bu hükümlerin ilgili uygulaması tanınmaktadır (MünchKomm/Dütz § 2033 Rn. 26 ve § 2034 Rn. 36 ve diğer referanslar). Ancak, bir ortak mirasçının karşılıklı rıza ile mirasçılar topluluğundan ayrılmasının sonuçlarına başka hiçbir hüküm uygulanamaz."*
[669] **SCHMIDT,** s. 312 vd. Aynı kaygıyı paylaşan başka bir yazar için bkz. **MARTENS,** s. 1353-1354.
[670] **SCHMIDT,** s. 323.
[671] **SCHMIDT,** s. 317-318.
[672] **SCHMIDT,** s. 318.
Mirasçılıktan çıkma meselesi özelinde, *SCHMIDT*'in görüşleri tutarlı bulunsa da, aile hukukuna özgü hukuki işlem ve statülerin elbirliği hak sahipliği için kontrol grubu olarak kullanılmasını yerinde bulmak pek de mümkün görünmez. Zira, mal ortaklığı rejiminin kuruluşu ve sona ermesi özünde aile hukukuna özgü mekanizmaların denetimi altındadır. Bu denetimi göz ardı etmek, elbirliği ile hak sahipliği kurumunu dogmatik şemalara hapseder. Mal ortaklığı rejiminin kontrol grubu olarak her koşulda dikkate alınmasını eleştiren kısım için yukarı bkz. **§1, I, C.** Ayrıca bkz. **BEUTHIEN,** s. 675; **MARTENS,** s. 1354.

belgesine güvenin de korunmadığı gözetilirse, işlem güvenliğini önemli ölçüde tehlikeye atar[673]. Yazara göre adi ortaklık ve mirasçılar topluluğunun gölgelerinin, birbirleriyle aydınlatılması yanlış bir metottur. Zira mirasçılar topluluğundan çıkma uygulaması için, mirasçılar topluluğu düzenlemelerinde boşluk bulunmaz. Bu nedenle dogmatik ve metodik anlamda yanlış olan bu uygulamadan vazgeçilmelidir[674].

Eleştirilerin odağında bulunan mirastan çıkma içtihadının, *de facto* miras payının toplulukta yer alan mirasçılara devrini dikte eden sonucuna benzer uygulamaya İsviçre ve Türk hukukunda rastlanmaz[675].

2. İsviçre ve Türk Hukukunun Sınırlayıcı Tutumu

İsviçre ve Türk medeni yasaları incelendiğinde ayni etkili miras payı devrinin taraflarının yalnızca mirasçı sıfatını taşıyanlar olabileceği görülür[676]. Yasanın yaptığı tercih ve tercihin altındaki amaç tespit edilmelidir. Tespitin kapısını yine elbirliği ile hak sahipliğine dair kavrayış açar. İsviçre-Türk hukuk sisteminde, elbirliği ile hak sahipliği ile pay kavramı bağdaştırılmaz. Yasa yapıcının, aynı terekede yer alan mirasçılar lehine bir istisna düzenlemeyi tercih ettiği fikri kabul görür[677]. Bu nedenle miras payının tedavüle gireceği pazarın, yasa koyucu tarafından bilinçli olarak daraltıma uğratıldığı söylenemez. Mirasçının, kredi temin edebileceği pazarın genişliğine ilişkin eleştiri de bu yönüyle görecelidir. Alman hukukuyla kıyaslandığında, mirasçının rekabete dayalı serbest piyasa koşullarında payını tedavüle sokulamadığı eleştirisi yapılabilirken; bir yandan da mirasçılara miras payının devri imkanını tanıdığı için yasa koyuculara minnet duyulabilir. Takınılacak tavır, elbirliği ile hak sahipliği kurumunun yapısına hakkında varılan sonuçla bağdaşıktır. Bu çalışmada miras payının terekeden soyut malvarlığı değeri niteliği

---

[673] **SCHMIDT,** s. 339. Mirasçılar topluluğunun, dava ehliyetinin tartışmaya açılmasıyla adi ortaklığa yakınsanmasını eleştiren diğer bir çalışma için bkz. **ALTENHOFEN,** s. 208-210.

[674] **SCHMIDT,** s. 340; **ALTENHOFEN,** s. 211.
Bu metodun kullanıldığı bir diğer örneğe yukarıda değinildi. Devreden miras payının tamamını değil de bir kısmını ortaklıkta yer almayan birine devrederse, devreden ile devralan arasında kısmi payı konu alan alt ortaklık kurulurdu. Aslında bu kabul de kaynağını, adi ortaklık hükümleri arasında yer alan BGB §741 hükmünden alır (StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 12).

[675] Federal Mahkeme içtihadına konu olan bir uyuşmazlık hakkında, terekenin tamamı için mirasçı atanan yasal mirasçının, mirası reddetmesinin diğer yasal mirasçılar lehine yapılmış, ZGB Art. 635 anlamında miras payının devri sayılması gerektiğine hükmeder (**BGE 101 II 202, E. 5)**.
Mahkeme'nin kararı, Alman Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasını anımsatsa da bu olayda mirasçının süresi içinde mirası reddetme hakkını kullandığı göz ardı edilmemelidir.

[676] **GUILLAUME,** s. 305; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 3; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 3; CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 2; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 7, **WOLF/von BARY,** s. 154; **WOLF/GENNA,** s. 383; **ÖZAKMAN,** s. 76; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 131.

[677] **GUILLAUME,** s. 305; **WOLF/von BARY,** s. 152-153; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 1; CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 1.

taşıdığı savunulduğundan, ZGB Art. 635 ve TMK m. 677 hükümlerinin belirlediği devir alanının sınırlama olduğu kabul edilir. Miras payını, yalnızca toplulukta yer alan diğer mirasçıların malvarlığına intikal ettirme olanağı bulunan mirasçının rekabete dayalı serbest piyasa dinamiklerinden yararlanamayacağı ortadadır. Mirasçının devir sahasını genişletmesini, hazırlamış olduğu ölüme bağlı tasarrufla mirasbırakan genişletmiş olabilir. Ne de olsa, atanmış mirasçı da yasal mirasçılar gibi potansiyel devralanlardandır. Ancak bu ihtimalin de devredeni Alman hukukundaki optimal imkanlara yaklaştırdığı söylenemez. En nihayetinde payın devralınması bakımından rekabet, yalnızca mirasçılar arasındadır ve mirasçılar arasında kredi kuruluşunun yer alması pek olağan görünmemektedir.

Türk hukukundaki miras payına dair yaklaşıma da devir sahasının darlığının sebebiyet verdiği düşünülebilir. Miras payını devrederek kredi temin etmek isteyen mirasçının, bunu geniş bir çevreye arz edememesi ya da arz ettiği çevrenin umulanın altında ivaz teklif etmesi, genel olarak miras payının değil de tereke değeri üzerinde payın devrine imkan tanınmasını tetiklemiş olabilir[678].

İkameli mirasçı atamalarında, art mirasçı ve yedek mirasçının devralan tarafta yer alıp alamayacağı bu bahiste de ele alınır. İkamenin gerçekleşmediği aşamada yedek mirasçı ve art mirasçıya yapılan devirler, koşula bağlı devir olarak ayakta tutulabilir. Bunun yanında ön mirasçının devralan tarafta yer almasının önünde bir engel bulunmaz[679].

Mirasçılar arası devir sayılıp sayılmayacağı tartışmalı bir durum da ölüme bağlı tasarrufla yegâne mirasçı atanmış kişinin, miras payının tamamını veya bir kısmını yasal mirasçılara devri ihtimalidir. Yegane mirasçıdan söz edildiği durumda, mirasçılar topluluğu bulunmadığı ve bu nedenle miras payına yer olmadığı aktarıldı. Dolayısıyla atanmış yegane mirasçının, yasal mirasçılarla miras payının devri sözleşmesi kuramayacağı düşünülür. Ne var ki İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği kararla atanmış yegane mirasçının, yasal mirasçılar lehine miras payını devredebileceğini kabul eder[680].

---

[678] *Quasi paylaşım* ve eleştirisi için bkz. **§1, II, B.**

[679] CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 8.
İkameli atamalara ilişkin diğer olasılıklar için ayrıca bkz. **§12, I, A.**

[680] **BGE 101 II 222, E.5.**
Karar, hem devralan çevre hem de şekil bakımından tartışmaya açık yönler taşır. Saklı paylı mirasçıların, gizil tenkis isteminin miras payının devri aracılığıyla uzlaşı içinde çözüldüğü düşünülse bile, verilen karar halen tartışmaya açıktır.

II. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Miras payının devri sözleşmesinin geçerliliği için aranan diğer koşullarda olduğu gibi, sözleşmenin şekli hakkında da incelediğimiz hukuk sistemleri ayrışır. Aranan en sıkı şekil koşuluna Alman hukukunda rastlanırken, görece aranan en hafif geçerlilik şekli İsviçre hukuku düzenlemelerinde yer alır. Bu duruma sıradan bir tesadüf yakıştırması yapılmamalıdır. Aranılan geçerlilik şekli ile devralanın taşıması gereken özellikler arasında ilişki kurulabilir. Miras payının devredilebildiği çevre genişledikçe, aranılan geçerlilik şeklinde sıkılaşmaya gidilir. Böylelikle şekil kurallarının işlem taraflarını koruyucu etkisi su yüzüne çıkar.

(1) Alman hukukunda miras payı üzerinde tasarrufta bulunulan miras payının devri sözleşmelerinin noterde düzenleme şekline tabi olduğu emredilir. Tasarruf sözleşmesine ilişkin öneri ve kabul beyanın her ikisinin de noterin düzenlediği metinde yer alması aranır[681]. Şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür[682]. Her iki tarafı da mirasçıların oluşturması, hükümsüzlüğe engel olmaz.

Tartışılan meselelerden biri, miras payının devri işleminin bizatihi mirasçı tarafından değil de onun vekili tarafından gerçekleştirileceği duruma ilişkindir. Devir işlemini müvekkili adına ve hesabına vekilin gerçekleştireceği olasılıkta, vekaletnamenin şeklinin ne olacağı tartışılır. Vekaletnamenin, noterde düzenleme şeklinde hazırlanmasına gerek olmadığı görüşü baskındır[683].

Miras payı üzerinde intifa tesisini konu edinen işlemler de noterde düzenleme şekline tabidir[684]. Öte yandan miras payı üzerinde rehin tesir etmenin borçlanıldığı, salt borçlandırıcı işlemin noterde düzenleme şekline tabi olmadığı kabul edilir[685].

Terekede taşınmaz bulunsa bile noterde düzenleme şeklinde yapılan miras payının devri geçerlidir. Terekede tarımsal taşınmazın bulunması da şekil şartının sıkılaşmasına neden olmaz. Sonuçta devrin konusu tarımsal taşınmaz değil, miras payıdır[686]. Buna karşın terekenin esasen tarım veya ormancılık faaliyeti işletmesinden oluşması durumunda geçerlilik şartı sıkılaşır. Burada mülkiyet hakkına yasaca getirilmiş sınırlamaların, miras payı devrine tesis etmesi söz konusudur. Tarımsal

---

[681] Yazılı yargılama safhasında kurulan sulh sözleşmesine dayalı miras payı devirlerinin hüküm ve sonuçlarını doğurması için yeniden noterde senetlenmesi aranmaz. Bu yönde bkz. StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 23. Ayrıca bkz. **GÜZEL,** s. 52 vd.

[682] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 6; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 23.

[683] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 6; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 24; StaudingerKomm-**SCHILKEN,** 2019, BGB 167, Rn. 20.

[684] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 25.

[685] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 6; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 25.

[686] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 7; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 27.

Yapının İyileştirilmesi ile Tarım ve Orman Faaliyetlerinin Güvence Altına Alınmasına İlişkin Tedbirler Hakkında Kanun olarak çevrilebilecek "*Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe" ,* GrdstVG §2 hükmünün ikinci bendi uyarınca mirasın esasen bir tarım veya ormancılık işletmesinden oluşması halinde, miras payının diğer mirasçıların dışında birine satılabilmesi toplulukta yer alanların iznine bağlıdır. Devrin sıhhatle nihayete erdirilebilmesi için hem borçlandırıcı işleme hem de tasarruf işlemine izin verilmesi gerekir. Ayrıca aksi anlaşılmadıkça, borçlandırıcı işlem için verilen iznin tasarruf işlemi için de verilmiş sayılacağı da aynı maddede düzenleme altına alınır.

Şekle aykırı kurulan sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu kabul edilir. Ne var ki şekle aykırılığa rağmen gerçekleştirilen ifanın, kesin hükümsüz işlemi geçerli kılıp kılmayacağı tartışmalıdır. Alman yargı uygulamasına hakim olan görüş, ifa yoluyla hukuki işlemin sağalmasını reddeder. Ancak öğretide şekle aykırılık taşıyan miras payı devirlerinin ifanın düzeltici etkisinden yararlanabileceğini ileri sürenlere de rastlanır[687]. Öğretide *OLSHAUSEN,* şekle aykırı sözleşmelerin ifa yoluyla düzelmesine ilişkin genel bir kural bulunmadığının altını çizer. Yazar, hukuki işlemin ifa yoluyla sağalması tartışmasının BGB §2033 ve devamı hükümleri için önemi bulunduğunu aktarır. Çünkü miras payının devredileceğini konu alan satış sözleşmesi şekle aykırı kurulsa da devir yani tasarruf işlemi şekle uygun gerçekleştirilebilir. Tasarruf işleminin şekle uygun yapılması, borçlandırıcı işlemdeki şekle aykırılığın ileri sürülmeyeceği yönünde zımni anlaşma olarak kabul edilerek ifanın, şekle aykırı sözleşmeyi sağalttığı sonucuna varılabilir.

Miras payının devrinin yanı sıra, paylaşım sonucunda özgülenecek değerlerin satışını konu alan sözleşme de noterde düzenleme şeklinde tabi kılındığı görülür[688].

(2) Miras payının ayni etkili devrini mirasçılar arası bir işlem olarak tasarlayan ZGB Art. 635 hükmü, devrin geçerli olabilmesini adi yazılı şekilde yapılmasına bağlı kılar[689]. Sözleşmenin geçerliliği için öngörülen şekil şartının, miras paylaşma sözleşmesi için öngörülmüş şekil şartıyla uyumlu olduğu dikkate değerdir. Terekenin taşınmaz barındırdığı durumda da adi yazılı şekil şartına uyulması yeterli görülür[690].

---

[687] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 6; ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2034, Rn. 2.
[688] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 6; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 25.
[689] **GUILLAUME,** s. 306; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMAN-KAUP,** § 86 N. 11; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 6; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 4; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 10.
[690] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 7; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 4; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 10.

Çünkü devrin konusu taşınmaz değil, miras payıdır. Bununla beraber miras payı üzerinde rehin tesisini hedefleyen devirlerin de geçerliliği, *"a maiore ad minus"* adi yazılı şekilde akdedilmesine bağlıdır[691].

Devrin, ivaz karşılığında yapıldığı durumda hem devredenin hem de devralanın irade beyanlarının adi yazılı şekle uygun açıklanması aranır. Devrin ivaz karşılığı yapılmadığı, özellikle hukuki sebebinin bağışlama sözleşmesine dayandığı durumda devredenin irade beyanının şekle uygun açıklanması yeterli görülür[692]. Öğreti şekil kuralını ivaz içerip içermemesine göre bu doğrultuda benimser. Bununla birlikte Federal Mahkeme'nin konuya farklı bakış açısı getirdiği içtihada rastlamak da mümkündür. Federal Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta davacılar; ZGB Art. 635 uyarınca geçerli bir temlik işleminden söz edebilmek için her iki sözleşme tarafının imzasının arandığını, metnin yalnızca devreden davalı Agatha Marbach tarafından imzalanmış olması nedeniyle yazılı şekil şartına riayet edilmediğini savlar. Mahkeme uyuşmazlıkla ilgili olarak, miras açıldıktan sonra mirasçılar arasındaki miras payının devrinin yalnızca aktif değerin devri anlamına gelmediğini, aynı zamanda yükümlülüklerin de devri anlamına geldiğini vurgulama fırsatı bulur. Buna karşın dosyadaki bilirkişi raporuna göre terekede yer alan on bir adet taşınmazın toplam değeri 1.000.000 CHF'nin üzerindedir ve bu değer yalnızca 28.000 CHF tutarındaki ipotekle kayıtlanmış vaziyettedir. Bu nedenle, devralanın malvarlığında yer alan değerlerin takip yoluyla paraya çevrilmesi ihtimali oldukça düşüktür. Devralanlar bakımından oldukça elverişli bir durum söz konusu olduğundan, kendilerinin ya da temsilcilerinin imzası bulunmasa dahi devir sözleşmesinin adi yazılı şekle uygun kurulduğu kabul edilmelidir (**BGE 101 II 222, E.5.)**.

Devir sözleşmesinin geçerliliğini tahlil etmek için, terekenin aktüel bilançosuna göre borca batık olup olmadığının değerlendirilmesi eleştiriye açıktır. Kararla ilgili olarak *GUILLAUME,* mirasçılar topluluğunda yer alan birden fazla mirasçı arasında karşılıksız kazandırmaya dayalı yapılan miras payı devirlerinde, yalnızca devredenin imzasının aranmasını yeterli görür. Ne var ki Federal Mahkeme'nin önüne gelen uyuşmazlıkta durum böyle değildir. Yazar, devreden Agatha Marbach'ın atanmış yegane mirasçı olarak, yasal mirasçılar lehine devirde bulunma iradesini gösterdiğinin

---

[691] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 11.
İntifa hakkı tesisinin şekli için de aynı çıkarsamada bulunmak mümkündür.
[692] CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 4; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 10.

altını çizer. Şu halde, terekedeki borçlardan sorumlu tutulması mümkün olmayan kimseler, devir işlemi sonunda kararda geçen ifadeyle mirasçılık statülerini *geri kazanmış* olur. Bu nedenle *GUILLAUME*'ye göre devralanın da devir sözleşmesiyle yükümlülük altına girdiği tespit edildiğine göre, devralanların da devir sözleşmelerinde imzalarının aranması gerekirdi. Yazar anılan nedenle, Federal Mahkeme'nin görüşüne katılmadığını bildirir[693].

Mirasçılar arasındaki ayni etkili devri şekle tabi tutan ZGB Art. 635 hükmünün, borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan ve paylaşım sonucu özgülenecek değerlerin devrini konu alan devir sözleşmesi hakkında şekil barındırmadığı gözlemlenir. Öğreti yasada açıkça ifade edilmemiş olsa da mirasçı olmayanlarla kurulan bu devir sözleşmelerinin de adi yazılı şekil şartına uygun akdedilmesi gerektiğini ZGB Art. 635/I hükmüne kıyasen kabul eder[694].

(3) Mirasçılar arasında kurulan miras payının devri sözleşmesi, kaynak hukuka uygun biçimde TMK m. 677 f. I hükmü ile adi yazılı şekil şartına tabi kılınır. İsviçre hukukunda olduğu gibi aranan şekil şartı, miras paylaşma sözleşmesinin geçerliliği için aranan şekille uyumludur. Türk hukukunda da ivazlı devir sözleşmelerinde sözleşmenin her iki tarafının şekle riayet etmesi gerektiği, ivazsız devirlerde ise yalnızca devredenin şekle uygun beyanda bulunması gerektiği kabul eden görüşe rastlanır[695]. Buna karşın öğretide yer alan diğer bir görüş, miras payını devralanın tereke borçları nedeniyle sorumlu tutulması söz konusu olacağı için devir ivazsız olsa da irade beyanını adi yazılı şekilde açıklaması gerektiğini savunur[696]. Bu tartışmada devrin konusu belirleyici konumda olmalıdır. Devrin konusu terekeyi imlese de terekeden soyut malvarlığı değeri olarak miras payıdır. İvaz, miras payının karşılığını oluşturur. Sözleşme kurulduktan sonraki aşamada belli borçlardan sorumluluk gündeme gelebilecek olsa da bu borçların kaynağı miras payının devri sözleşmesi değildir. Dolayısıyla bu tartışmada ilk görüşü benimsemek daha makul görülebilir.

---

693 **GUILLAUME,** s. 307.
*GUILLAUME'*nin açtığı parantezi yerinde bulmakla beraber, karara konu olaydaki devrin mirasçılar arası devir olarak mı yoksa, mirasçı olmayana devir olarak mı değerlendirilmesi gerektiği de özel olarak ele alınmalıdır.

694 BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 26; ZK-**ESCHER,** Art, 636 ZGB, N. 30; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMAN-KAUP,** § 86 N. 11; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 6; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 4; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 10.

695 **EREN,** s. 134.

696 **ÖZAKMAN,** s. 94; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 142.

Yargıtay'ın davadan feragati, miras payının devri olarak yorumladığı kararlara da rastlamak mümkündür[697]. Yine miras payının devri sözleşmesine ilişkin iradenin bulunup bulunmadığını irdelemeden, adi yazılı şekille bulunulmuş beyanı da miras payının devri olarak yorumladığı tespit edilir[698]. Farklı bir kararında Yargıtay, adi yazılı şekil şartının ispat edilemediği davada, davalının davayı kabul beyanının miras payının devri sözleşmesini ispat edeceğine ve tapu kayıtlarının bu kabulle uyumlu işlemlere özellikle de takyidata açık olduğuna hükmeder[699].

Mirasçılar arasında genel olarak miras payının devrini konu edinen sözleşmelerin yanında, belirli tereke değeri üzerindeki payın devrini konu alan sözleşmelerin de adi yazılı şekil şartına tabi tutulduğu tespit edilir. En azından

---

[697] **Y. 1. HD. 28.10.1999 T., 1999/9944 E., 1999/10833 K.** künyeli karar ve eleştirisi için bkz. **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 143.

[698] **Y. 1. HD. 01.12.2010 T., 2010/11765 E., 2010/12656 K.:** *"Dosya içeriği ve toplanan delillere göre; miras bırakanın malik olduğu 100 parsel sayılı taşınmazını oğlu M...'nın eşi (murisin gelini) davalı A...'ye ölünceye kadar bakma akti ile 16.12.1983 tarihinde temlik ettiği, murisin 12.4.1984 tarihinde ölümünden sonra bazı mirasçıların, yapılan bu temlikin muris muvazaası ile illetli olduğu iddiası ile açtıkları davaların kabulle sonuçlanarak derecattan geçmek suretiyle kesinleştiği dosya içinde bulunan aynı mahkemenin 1999/370 esas 2000/244 karar ve 2003/245 esas 2003/359 karar sayılı dosyaları ile sabittir... Ancak, dosyaya ibraz edilen 19.2.2001 tarihli taahhütname başlığını taşıyan belgede davacı Ş..., taşınmaz kendisine temlik edilen A...'ye karşı bir dava açmayacağını ve dava açma hakkından vazgeçtiğini taahhüt etmiştir. Murisin ölümünden sonra davacı Ş...'in, miras bırakanın yapmış olduğu temlik işlemine karşı bu şekilde yapmış olduğu taahhüdün miras hakkı üzerinde gerçekleştirilen bir sözleşme niteliği taşıdığı ve Şakir'i bağlayacağı tartışmasızdır. Zira, TMK nun 677. maddesi hükmü uyarınca mirasçıların terekeden gelen miras payları üzerinde yapacakları tasarrufların yazılı olması kaydıyla geçerli olacağı açıktır."* **(Lexpera, E.T.:13.12.2024).**

[699] **Y. 8. HD. 25.02.2016 T., 2016/1076 E., 2016/3257 K.:** *"TMK. m. 706, 6098 sayılı TBK. m. 237 ve Tapu Kanunun 26. maddesi hükümlerine göre, tapulu taşınmazların satış ve devri tapu sicil memuru önünde yapılacak resmi sözleşme ile geçerli olur. Elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazlarda miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmeler yazılı olmak koşulu ile geçerlidir. (TMK.nun 677. mad.) Resmi şekil şartı öngörülmemiştir. Terekeye dahil taşınmazlar, paylaşılması ya da elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi ile miras malı olmaktan çıkar Bu aşamadan sonra paydaşlar arasındaki ilişki miras ilişkisi olmayıp mal ortaklığına dönüştürüldüğünden paylı mülkiyet esaslarına göre malik olan kişiler arasındaki paylaşım ve pay devrinin genel kurala göre tapu sicil memuru önünde resmi şekilde yapılması zorunludur. Somut olayda davacı davalılara ait taşınmazlardaki paylarını satın aldığını usulüne uygun biçimde ispat edemediğinden davanın reddine karar verilmiş olması ilke olarak doğrudur. Ne var ki davalıların tümü mahkemeye sundukları dilekçelerinde imzalı beyanları ile açılan davayı kabul ettiklerini açıklamışlardır. 6100 sayılı HMK'nun 308 (1086 sayılı HUMK.92.) maddesinde "..kabul, davacının talep sonucuna davalının tamamen veya kısmen muvafakat etmesi ...", HMK.nun 311 (HUMK. 95.) maddesinde ise, "kabul, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur." ifadeleri yer almaktadır. Kabul iradelerini fesada uğratan geçerli bir nedenin varlığı da ileri sürülmediğine göre, davalıların kabul beyanları kendilerini bağlamaktadır. Davayı kabul eden davalılardan ...'in 3. kişilere borcunun olması (feri Müdahile) ve tapudaki paylarına haciz şerhi konmuş olması kabule değer verilmesine engel olmaz. Bu kişinin payı hakkında tapu iptal ve tescil kararı verildiği takdirde tapudaki payı üzerindeki şerh ve takyidatlarla birlikte payı yeni malike geçeceği tabiidir. Bu şerh ve takyidatlar üzerinde hak sahibi olanların bu haklarının korunması için yeni başvuru imkanları da mevcuttur. Bu nedenle davacı açısından eldeki dava bakımından TMK.nun 2. maddesi gereğince dava hakkının kötüye kullanıldığının, davalıların da kabul beyanlarının hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmek mümkün değildir. Şu halde mahkemece, davayı kabul eden davalıların kabul beyanları göz önünde bulundurularak beyanlarının HMK'nun hükümleri uyarınca geçerli bulunduğu takdirde miras payları yönünden davaya konu taşınmazların tapu kayıtlarının iptali ve tesciline karar verilmesi gerektiği gözönünde bulundurulmalıdır."* **(Lexpera, E.T.:13.12.2024).**

Yargıtay'ın terekede yer alan taşınmazdaki elbirliği ile hak sahipliği payının devrini konu alan işlemlere dair uygulaması bu yöndedir[700].

Mirasçı statüsü taşımayanla kurulan ve paylaşım sonucu özgülenecek değerlerin devrini konu edinen borçlandırıcı işlem mahiyetindeki miras payının devri sözleşmesinin noterde düzenleme şekline tabi tutulur (TMK m. 677 f. II). TMK m. 677 f. I'de olduğu gibi bu şekil de geçerlilik şeklidir[701].

Yasanın aradığı şekil, geçerlilik şekli olduğundan bu şekle riayet edilmemiş olması ağırlıklı görüşe göre sözleşmeyi kesin hükümsüz kılar[702].

III. SÖZLEŞMENİN KONUSU

İncelenen üç hukuk sisteminin tamamında miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmelerinin konusunu terekeden soyut malvarlığı değeri olarak

---

[700] **Y. 8. HD., 16.01.2017 T., 2014/25453 E., 2017/257 K.:** *"Mahkemenin de gerekçesinde açıkladığı gibi kural olarak; TMK.nun 706, Tapu Kanununun 26, BK.nun 213 (6098 sayılı BK.nun 237.) maddelerine göre tapulu taşınmazların satışına ilişkin senetlerin Tapu Sicil Müdürlüğünde resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. Tapu dışı yapılan satışlar hukuken geçerli bir sonuç doğurmaz. Ne var ki eldeki davada tapu dışı bir satış söz konusu olmayıp, davalı ...'in, annesinden gelen miras paylarını kardeşleri ... ve ...'e devrettiği anlaşılmaktadır. TMK.nun 677/1.maddesi uyarınca "terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır." Buradaki yazılı şekil bir ispat şekli olmayıp, geçerlilik koşuludur. Somut olayda; iptali istenen paylar, dava konusu parsellerde ...'den davalı ...'e intikal eden paylar olup, sözleşme tarihi itibariyle ... adına kayıtlı olmakla elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabidir. Davalı ... 22.07.2005 tarihinde, annesinden gelen kanuni miras paylarını yazılı şekilde davacı kardeşlerine devrettiğine göre yapılan miras payı devir sözleşmesinin geçerli olduğunun kabulü gerekir.Şu halde mahkemece, uyuşmazlığın TMK.nun 677.maddesi çerçevesinde değerlendirilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ve gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir."* **(Lexpera, E.T.:13.12.2024). Y. 8. HD., 08.10.2015 T., 2015/14688 E., 2015/17795 K.:***"Dava; harici satış sözleşmesine dayalı tapudaki miras payının iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Dosya arasında mevcut tapu kaydı, tapulama tutanağı ve nüfus kayıtlarının incelenmesinde; dava konusu 3596 parsel sayılı taşınmazın 03.10.1969 tarihinde yapılan tapulama çalışmalarında ½ hisse oranında K3 ve K4 adına tespitinin yapıldığı, itiraz edilmeksizin kesinleşerek 13.03.1970 tarihinde tapuya tescil edildiği, K4'ın 1971 yılında, K3'ın ise 1990 yılında vefat ettikleri, davacıların mirasbırakanı K5 ve davalının tapu kayıt malikleri K4 ve K3'ın mirasçıları oldukları görülmüştür. Davacının davasının dayanağını oluşturan sözleşme 01.09.1976 tarihli olup, sözleşmenin düzenlendiği bu tarihte tarafların ortak miras bırakanı K4'ın hissesi iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi olup, böyle bir taşınmazda, mirasçıları olduğu anlaşılan taraflar arasında yapılan ve miras payının devrine ilişkin bulunan dayanak sözleşme TMK'nun 677. maddesi hükmü uyarınca kural olarak geçerli ve sonuç doğuran bir sözleşmedir. O halde, Mahkemece, TMK'nun 677. maddesi hükmü uyarınca bir mirasçının diğer mirasçıya payını yazılı sözleşme ile devrinin geçerli olduğu ve davalı tarafından sözleşmeye atılan imza inkar edilmediği göz önünde bulundurularak; taraflar arasında miras payının devrine ilişkin 01.09.1976 tarihli sözleşmeye değer verilerek, dava konusu taşınmazda mirasbırakan K4'den intikal eden miras payının, davacının miras payı oranında iptal edilerek davacı K1 adına tescili gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir."* **(Lexpera, E.T.:13.12.2024).**

[701] 4721 sayılı TMK öncesi dönemde, mirasçı olmayanlarla kurulan ve paylaşım sonucunu konu alan miras payının devri sözleşmeleri için şekil şartı öngörülmüş değildi. Öğreti bu dönemde, İsviçre hukukundakine benzer kıyas metodunu takip ederek mirasçı olmayan kişilerle kurulan devir sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için adi yazılı şekilde düzenlenmiş olması gerektiğini aramaktaydı. Kıyas yoluyla bu yönde çıkarımda bulunan yazarlar için bkz. **ÖZAKMAN,** s. 90; **EREN,** s. 133.

[702] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 102; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 479; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 155.

miras payı veya mirasın paylaşımından sonra özgülenecek değerlerin toplamı oluşturur. Türk hukuku, Alman ve İsviçre hukukundan ayrımlı olarak, tereke değerindeki payın devredebileceğini de kabul eder ve bu alanda zengin bir yargı uygulamasına sahiptir.

Paylaşım sonucu özgülenecek değerleri konu alan miras payının devri sözleşmesinin konusu, genel itibarıyla açılmamış miras hakkında sözleşmenin konusuyla örtüşür. Bu nedenle sözleşmenin konusuyla ilgili genel açıklamalar hakkında konunun ele alındığı bölüme yollama yapılmalıdır[703].

Yine tereke değerindeki pay devrinin konusu ve ifasının sonuçları özel olarak ele alınmıştı[704]. Bu bölümün altında, üçüncü kişilerle kurulan tereke değeri payını konu alan sözleşmelere bağlanan hukuki sonuçların aktarılması ile yetinilir.

Dolayısıyla bu bölümde genel olarak miras payını konu alan, miras payı üzerinde rehin veya intifa hakkı tesisi gibi meseleler ele alınır. Borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan ve tasfiye payını konu alan miras payının devri sözleşmelerinde alacak hakkı sahibinin bu imkanlardan yararlanması sorunu da incelenir. Ele alınması planlanan meseleler, üç ayrı başlıkta incelenir.

A. Terekeden Soyut Malvarlığı Değeri Olarak Miras Payının Konu Alan Hukuki İşlemler

1. Miras Payının Devralanın Malvarlığına İntikal Ettirilmesi

a. Genel Olarak

Çalışmanın tamamına yaygın biçimde ele alındığı haliyle miras payının devrini konu alan temel işlem, miras payının tasarruf işlemine konu edilerek devralanın malvarlığına intikal ettirildiği devir sözleşmesidir. Bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için tarafların tasarruf sözleşmesi kurması aranır. Tasarruf sözleşmesinin kurulmasıyla, başka bir hukuki işleme gerek kalmaksızın miras payı, devralanın malvarlığına intikal eder. Devrin konusunun, miras payının tamamı olması gerekmez. Taraflar miras payının belirli bir kısmının devrini de kararlaştırabilir. Bu ihtimalde devralanın malvarlığına, miras payının belirli bir oranı intikal ettirilmiş olur[705]. Alman ve İsviçre hukukunda kısmi devrin, tereke değeri üzerinde pay devri ya da tereke değerinin devri olarak kavranmasının mümkün olmadığı yönündeki

---

[703] Bkz. **§3, IV.**
[704] Bkz. **§1, II, B.**
[705] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 25; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 3; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 157.

açıklamalara yer verilir[706]. Öğretideki genel kabul bu yönde olsa da İsviçre Federal Mahkemesi'nin tereke değerleri hakkında verdiği ayrıksı bir karara rastlamak da mümkündür. Federal Mahkeme 2002 yılında verdiği bir kararında; mirasbırakanın paylaşma kuralı öngördüğü olayda, paylaşma kuralını hayata geçirmek üzere terekedeki münferit mal ve hakların ZGB Art. 635'te öngörülen sözleşmeye konu edilebileceğini kabul eder[707].

Alman hukukunda, miras payının aynı mirasçılar topluluğunda yer almayan bir kişiye devrinin mümkün olduğuna değinildi. Böyle bir devir, devralanı mirasçılar topluluğuna dahil ederken; devredenin mirasçı statüsünü korumasıyla sonuçlanır. Ortaya çıkan bu sonuç nedeniyle, devreden mirasçının mirası paylaşma hakkını kendisinde tutup tutamayacağı tartışmaya açılır. Devreden mirasçının paylaşma hakkını kendisinde tutabileceği düşünülürse bu imkân, devredenin paylaşma hakkını daha sonra devredene ayrıca satabilmesine olanak tanır. Ancak hemen belirtelim ki, mirası paylaşma hakkının miras payının çıktısı olduğu ve miras payından ayrılmasının mümkün olmadığı ifade edilir[708]. İsviçre ve Türk hukukunda miras payını konu alan işlemler, "*inter heredes"* görüldüğünden böyle bir tartışmaya yer olmaz. Ne de olsa devralanın her halde mirasın paylaşılmasını isteme hakkı bulunur. Miras payının uzantısı olarak görülen miras paylaşma hakkının pazarlanabilmesi amacıyla değil de devralan lehine miras paylaşımına katılma amacıyla devredende kalmasının saklı tutulup tutulamayacağı İsviçre'de tartışma konusu edilir. Federal Mahkeme tarafların, devrin devredenin taksime katılımı üzerinde hiçbir etkisi olmayacağı konusunda açıkça anlaşmış oldukları ihtimalin hüküm ve sonuç doğurmaya elverişli olduğunu savunur[709]. Mahkeme'nin görüşü bazı yazarlarca kabul görür[710]. Buna karşılık öğretide yer alan diğer görüş, miras payının devri sözleşmesiyle devredenin devralan lehine paylaşma fazında yer alabilmesine imkân tanıyan sözleşme hükümlerine geçit verilmemesi gerektiğini savunur. Bu görüşe göre, nisbi sözleşme hükümleri mirasçılar topluluğuna dayatılmış olur ve paylaşma sürecinin adil yürütülme zemini örselenir[711].

---

[706] Alman hukukundan örnekler için bkz. StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 17; ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 10. İsviçre hukukundan örnekler için bkz. SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 3; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 6.

[707] **BGE 128 III 163 E. 2. b.**

[708] Böylelikle devredenin, deyim yerindeyse bir koyundan iki post çıkarmasının önüne geçilir. StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 18.

[709] **BGE 102 Ib 321.**

[710] **WOLF,** Grundfragen, s. 138; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 14.

[711] **GUILLAUME,** s. 310; **VÖGELI,** s. 49-50.

Devredenin miras paylaşım müzakerelerine katılması yönünde tüm mirasçıların anlaşmaya vardığı ihtimal saklıdır. Ne var ki tüm mirasçılar anlaşsa da dava takip yetkisi bulunmayan devredenin paylaşma davasına taraf olması ya da fer'i müdahil olarak katılması mümkün görünmez.

İsviçre hukukunda *GUILLAUME,* miras payının inançlı devirlere de konu edilebileceğini açık bir şekilde ifade eder. İnançlı devrin temelinde inanç anlaşması yatar. Yönetimi ya da teminatı hedef tutan inançlı devirde, sözleşmede kararlaştırılan inanç anlaşması sona erdiğinde inanılanın (devralanın), miras payını inanana (devredene) iade etme borcu doğar[712]. Miras henüz paylaşılmamışsa, iadenin konusu miras payı olmalıdır[713].

b. Devrin Kapsamı

Devir konusu genel olarak miras payı olsa da bazı hak ve yetkilerin devir konusuna içkin olup olmadığı ve devralan mirasçının bu hak ve yetkilerden yararlanıp yararlanamayacağı özel olarak ele alınmalıdır. Devreden mirasçının; vasiyet alacaklısı, denkleştirme alacaklısı, saklı paylı mirasçı ve yükleme lehtarı sıfatını taşımasının devrin konusuna etkisi incelenmelidir. Yine devri ve intikali özel önem taşıyan bazı düzenleme ve yargı uygulamasının da devir konusu olarak miras payı ile ilişkisi ortaya konmalıdır.

Devreden mirasçının aynı zamanda vasiyet alacaklısı olarak tayin edildiği ihtimalde, miras payının devri sözleşmesinin vasiyet alacağının temlikini kapsamadığı kabul edilir[714]. Mirasbırakanın vasiyet alacağını temlik etmesinin önünde bir engel

---

[712] **GUILLAUME,** s. 306.
Alman hukukunda miras payının teminat amacıyla temlikinin özel bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir. Zira, devralan taraf bakımından kısıtlama bulunmadığı için miras payı banka ve kredi kuruluşları da dahil olmak üzere teminat amacıyla temlik edilebilir. Alacağın, ifa gibi nedenlerle sona ermesi üzerine, devralanın miras payını devredene iade etmesi gerekir. Teminat amacıyla temlikin, diğer yasal mirasçıların yasal önalım hakkını etkinleştirmeyeceği de ifade edilir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 21.

[713] İsviçre ve Türk hukukunda miras payının tamamını devreden kişinin, sübjektif kısmi paylaşmaya benzer biçimde mirasçı statüsünü kaybederek mirasçılar topluluğundan ayrıldığının kabulü, miras payının iade borcunun konusunu oluşturduğu durumlarda karmaşıklaştırır. Zira devreden mirasçı statüsünü kaybetmişse miras payını iade alma yetkinliği de tartışmalı bir noktaya taşınır. Aynı soruna sözleşmeden dönme hakkının kullanılma ihtimalinin gündeme geldiği durumlarda da rastlanır.
Devirle mirasçılık statüsünün kaybedileceği yönünde bkz. **KOHLER,** s. 166; **GUILLAUME,** s. 310; SHK-**ROUILLER,** Art. 635 N. 10; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 7; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 12; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 159.
Paylaşma gerçekleşmişse, miras payına özgülenen değerler üzerinde inançlı işleme konu miras payı oranında paylı mülkiyet tesisi ile iade gerçekleştirilmelidir. Bunun yanında tarafların anlaşarak, özgülenen değerlerden hangilerinin iadesi ile borcun ifa edileceği kararlaştırılabilir.

[714] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 12; **GUILLAUME,** s. 315; **ÖZAKMAN,** s. 149; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 123.

bulunmaz. Ancak bu devre ilişkin iradenin, devir sözleşmesinden açık bir şekilde çıkarılabilmesi gerekir.

Devreden mirasçının saklı paylı mirasçı olması durumunda, tenkis talebinde bulunma yetkisinin devralan tarafından ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı tartışılır. Ağırlıklı görüş, tenkis talebinde bulunma yetkisinin saklı paylı mirasçıya özgü olduğunu kabul eder. Bu nedenle tenkis isteme yetkisi devralana temlik edilmiş olmaz[715]. Saklı payın ihlali, her zaman için tenkis sonucuyla da karşılaşmaz. Tenkis talebini ileri sürmek, saklı paylı mirasçının tasarrufundadır. Saklı paylı mirasçı pekâlâ mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf özgürlüğüne saygı duymayı ve onun tesis ettiği kurallara uymayı da tercih edebilir. Ayrıca, saklı paylı mirasçı olmasına rağmen, miras payını devreden elindeki miras oranınca likit ya da kredi arayışına girmiştir. Dolayısıyla devredenin, tenkis isteminden yararlanma yönünde bir iradesinin bulunduğundan da söz etmek güçtür. Diğer yandan bu durum devralan için önem taşır. Devralan, tenkis istemi sonucunda ulaşılacak daha yüksek oranda miras payını devşirmek isteyebilir. Ne var ki bu sorunun, sözleşmenin kurulması aşamasında sonuca bağlanması daha yerinde olur. Çünkü, devreden saklı paylı mirasçı elindeki pay ile kredi arayışına girişmeye çoktan razı olmuştur. Devir konusunun oranını az bulan potansiyel devralan, tenkis isteminde bulunulmasına bağlı olarak sözleşmeye taraf olmayı tercih etmelidir[716].

Devreden mirasçının, mirasta denkleştirme kuralları uyarınca denkleştirme alacağı bulunuyorsa devralanın alacak hakkını iktisap etmesi söz konusu değildir. Öyle ki denkleştirme istemi denkleştirme borçlusuna karşı ileri sürülebilen bir taleptir ve miras paylaşma fazına özgü bir düzenleme olarak görülür. Miras payını devrederek, paylaşmaya özgü menfaatlere ulaşma imkanını elimden çıkaran devredenin yerini devralanın alması mümkün görünmemelidir. Devralan da yasal mirasçılar arasında yer alıyorsa, kendi lehine doğmuş denkleştirme isteminden şüphesiz ki yararlanabilir.

---

[715] SHK-**ROUILLER,** Art. 635 N. 14; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 13; **ÖZAKMAN,** s. 191; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 170.

[716] Devredenin saklı paylı mirasçı, tenkis talebinde bulunabileceği hak düşürücü süreyi kaçırdıktan sonra ivazlı devir sözleşmesi kurmuşsa, devralan zamanında tenkis talebinde bulunulmadığı için ayıplı devrin bulunduğu iddiasında bulunabilir. Keza daimi def'ilerden tenkis def'ini ileri sürmediği durum için de aynı sonuca varılabilir. Ancak bu olasılıkta ayıba karşı tekeffül olanağından yararlanılabilmesi için nitelik vaadinde bulunulmuş olması aranmalıdır. Yukarıda da bahsedildiği gibi, tenkis isteminde bulunmak saklı paylı mirasçının borcu ya da ödevi değildir. Devirden sonra, saklı payı ihlal eden bir vasiyetnamenin açılması halinde de devralanın ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabileceği bildirilir. Devralanın, ivazlı devirden önce açılan vasiyetnameden haberdar olduğu olasılıkta TBK m. 222 hükmüne kıyasen ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanması mümkün görünmez (**GENÇ-ARIDEMİR,** s. 171; **KARA,** s. 434).

Ancak devralan atanmış mirasçının bu imkândan faydalanması mümkün değildir. Çünkü denkleştirme kurumu, yasal mirasçılar arasında eşitliği gözetir. Devralan atanmış mirasçının, bu bağlamda menfaatinin bulunduğundan söz edilemez[717].

Devreden mirasçının ölüme bağlı tasarrufla yükleme lehtarı kılınması ihtimalinde de miras payının devri, devralanı yükleme lehtarı olarak konumlandıramaz. Zira yüklemeden yararlanmak, miras payına bağımlı bir imkan olarak görülmez. Yükleme, yararlanana alacak hakkı da bahşetmediğinden, ayrıca devrin konusu yapılması da olanak dışıdır[718].

Miras payının devri sözleşmelerinde, miras payının belirli bir oranı devrin konusu yapılabildiğine göre, pay oranının bu sözleşmeler bakımından önem taşıdığı sonucuna varılması yanıltıcı olmaz. Pay oranı şüphesiz ki sözleşmenin her iki tarafı için de önem taşır. Devralan ne kadar fazla oranda miras payına sahip olursa, paylaşma müzakerelerinin kendisi lehine sonuçlanma oranı artar. Öte yandan, yüksek oranda miras payı devreden bu değerle orantılı menfaat elde etme ihtimaline kapı aralar. Nitekim devir sözleşmelerinde bu oran, belirli ya da belirlenebilir şekilde yer alır. Ne var ki sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen bazı vakıalar, devrin konusunun nicel yönden yeniden değerlendirilmesine neden olabilir. Miras payının devri sözleşmesi kurulduktan sonra, mirasçılar topluluğunda yer alan diğer bir mirasçının, mirası reddetmesi ya da mirastan yoksun kılınmasına neden olan davranış sergilemesi devrin konusu bakımından duraksamaya yer verebilir. Bu vakıa grubunda reddeden ya da yoksun kalan mirasçı, mirasçılık sıfatını mirasın açılması anına etkili olarak kaybeder. Bu da diğer mirasçıların miras payını yeniden değerlendirmeyi zorunlu kılar. Devredilen pay da buna dahildir. Örnek vermek gerekirse, her biri eşit paya sahip dört mirasçıdan (M1), miras payının tamamını (M2)'ye devrettikten sonra (M3) mirası reddetmişse (M1)'in mirasın açıldığı andaki miras payı 1/4'ten 1/3'e yükselir. O halde, (M1) ile (M2) arasında kurulmuş, miras payının tamamının devrini konu alan miras payının devri sözleşmesine konu miras payı oranı 1/4 olarak mı 1/3 olarak mı nazara alınmalıdır? Öğretide bu soruya yanıt veren yazarlar; sözleşmede aksine bir düzenleme yer almıyorsa, miras payının artan oranda devralana devredildiği şeklinde

---

[717] **ÖZER,** s. 194.
Buna karşın devreden denkleştirme yükümlüsü ise devir, devralanı denkleştirmekle yükümlü kılar. Bu yönde varılan sonuç için bkz. StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 37; **ÖZER,** s. 208.

[718] OFK-**STUDHALTER,** ZGB Art. 482, N. 11; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 124; **ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK,** Yükleme, s. 530.

yorumlanamayacağını ortaya koyar. Dahası sözleşmede açıkça, devrin konusu miras payının tamamı olarak ifade edilmiş olsa bile varılan sonuç böyle olmalıdır. Çünkü tarafların kullandığı miras payının tamamı ibaresi, sözleşmenin kurulduğu andaki miras payının tamamına işaret eder. Miras payında artma, intikal anına etkili ve mirasçı sıfatını taşımaya etkili olduğundan, artan pay devreden mirasçının malvarlığında yer almalıdır[719]. Savunulan bu görüş verilen örneğe uyarlanırsa, (M1) ile (M2) arasında kurulan miras payının devri sözleşmesinin konusu 1/4 oranındaki miras payı olarak kalmaya devam eder. Ret ya da yoksunluk sonucu türeyen 1/12 oranındaki miras payı devreden mirasçı (M1)'in malvarlığında yer alır. İvaz karşılığı gerçekleştirilen devirler bakımından varılan bu sonuca katılmak pek mümkün görünmez. Çünkü taraflar, kurdukları sözleşmeyle miras payının tamamının devri konusunda mutabık kalmayı tercih ederek, devredenin mirasçılar topluluğunda yer almamasını da fiyatlandırmıştır. Gerçekten de devralan, daha az sayıda mirasçıya karşı elinde bulundurduğu daha yüksek pay oranıyla paylaşma müzakerelerindeki yerini ayırtmış sayılır. Mirasın açılması anına etkili artışların, devralanın malvarlığında etki doğuracağı düşüncesi devralanı bu menfaatten alıkoyar. Artışın devralanın malvarlığında sonuç doğurduğu kabulü ise, devredenin likide ulaşma çıkarını olumsuz yönde etkileyebilir. Bu ihtimalde devreden, işlem temelinin çöktüğü savına dayanarak sözleşmedeki edim dengesinin yeniden tesis edilmesini talep edebilmelidir[720]. Bağışlama sözleşmesine dayanan miras payı devirleri bakımından yazarların önerdiği sonuca ulaşılması mümkün olabilir. Bilindiği üzer bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın malvarlığının özünden kazandırmada bulunduğu sözleşme türüdür. Bağışlayan, kural olarak sözleşmenin kurulduğu sırada malvarlığında yer alan miras payını devretmiştir. Türeyen pay, devredenin malvarlığında yer almalıdır. Ancak bağışlama sözleşmesi yorumlandığında, bağışlayanın mirasçılar topluluğundan ayrılma amacını ön planda tuttuğu sonucuna varılıyorsa, ret ve yoksunluk nedeniyle türeyen miras payı devralanın malvarlığında yer almalıdır.

Devir konusunun niceliğine ilişkin durumlardan bir diğeri, tasarruf sözleşmesi niteliğindeki miras payının devri sözleşmesi kurulduktan sonra devredilen miras payının azalmasıdır. Atanmış mirasçının miras payını devrettikten sonra ölüme bağlı

---

[719] **ÖZAKMAN,** s. 187; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 169.

[720] Devredenin, sözleşmeye taraf olmayan diğer mirasçının sonradan mirası reddetmesinin ya da mirastan yoksun kalmasının gelecekteki olguları değerlendirmede temel yanılması da teşkil etse bile yanılma hükümlerinin bahşettiği yetkilerden yararlanmamasının yerinde olmayacağı yönünde bkz. **KANIŞLI,** s. 512; **ÖZER,** Hata, s. 129 vd.

tasarrufun tenkis edilmesi bu sonucu doğurur. Yine, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunun iptali nedeniyle daha düşük orandaki yasal miras oranının devreye girmesi de azalmaya sebebiyet verir. Eğer ki miras payının devri ivaz karşılığında gerçekleştirilmişse, devralanın malvarlığındaki miras payındaki nicelik azalması kısmi zapt olarak değerlendirilir (TBK m. 214 ve m. 284). Kısmi zapt haline devralan, uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilir (TBK m. 218). Tazmin edilmesi gereken olumlu zarardır[721].

Devrin konusu bakımından ele alınması gereken diğer bir mesele de uygulamamızda yer bulan muhdesatın tespiti davasıdır. Davanın konusu, elbirliği ile hak sahipliğine tabi bir taşınmazda, hak sahiplerinden biri tarafından kalıcı olması maksadıyla inşa edilen yapılar ve dikilen bitkilerin tespitidir. Davanın türü tespit davasıdır. Dava sonucunda elde edilen hüküm de tespit hükmüdür. İcraya konması mümkün olmayan bu hüküm, yapı inşa eden veya bitki dikenin durumunun ortaklığın giderilmesi davalarında dikkate alınmasını sağlar[722]. Bunun yanında sebepsiz zenginleşme ve haksız yapıya ilişkin talepte bulunmak da mümkündür. Muhdesatın tespiti davasının miras payının devri ile kesiştiği alan, yapı inşa eden veya bitki diken mirasçının devrettiği miras payının, devralana muhdesatın tespitine ilişkin imkanlardan yararlanma hakkı bahşedip bahşetmediğidir. Muhdesatı yapan mirasçının, zenginleşen veya malzeme sahibi olarak sırasıyla sebepsiz zenginleşme ve

---

[721] Sözleşmenin konusunun misli mallardan olması durumunda TBK m. 227 hükmüne kıyasen, zapt edilen kısmın tamamlanması suretiyle zararın giderilmesi imkân dahilinde görülür (**YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** C. I, s. 136; **NOMER/ENGİN,** TBK m. 214, N. 6). Miras payı da taşıdığı oran sayesinde misli karaktere sahip olduğundan kısmi devirlerde, devreden açısından bu imkân saklıdır.

[722] **AKÇAAL,** s. 90 vd.

Y. HGK. 28.3.2014 T. 2013/7-670 E., 2014/423 K.: *"Davacı tarafından yapıldığı bildirilen davaya konu muhtesat hakkında, paydaşlar arasında bu davadan sonra açılmış da olsa, bir ortaklığın giderilmesi davasının bulunduğu, bu dava sonunda taşınmazı iktisap edecek yeni zemin malikinin men'i müdahale ve kal davası açabileceğinden, davacının bu davayı açmakta hukuken korunması gereken bir hakkının olduğunun, bu bakımdan da, eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunduğunun kabulü gerekir..."* **(Lexpera, E.T.:13.12.2024). Y. 7. HD. 11.7.2005 T., 2005/2289 E., 2005/2289 K.** *"Kural olarak aidiyetin tesbitine ilişkin davalar sonucunda yerel mahkemesince oluşturulan hükümlerin icra ve infaz kabiliyeti yok ise de ortaklığın giderilmesi davası sonuçlandığında aidiyetin tesbiti davasında saptanan hukuksal olgunun açık bir anlatımla belli bir hukuki olgunun varlığı ya da yokluğunu belirleyen mahkeme hükmünün ortaklığın giderilmesi davasıyla ilgili kesinleşen hükmün icra ve infazı için önemli olacağı kuşkusuzdur. O halde 1048 ada 10 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın kime ait olduğu yada kim tarafından meydana getirildiği taşınmaz üzerindeki konumunu ve yüzölçümünü muhdesatın niteliğini ve cinsini duraksamasız belirleyecek şekilde hüküm kurulması gerekir..."* **(Lexpera, E.T.:13.12.2024).**

haksız yapı hükümlerinden yararlanma olanağı dikkate alınırsa, miras payının devriyle muhdesata ilişkin hakların devrin konusunu oluşturmadığı sonucuna varılır[723].

Devredenin statüsüne özgü hakların, miras payının devri aracılığıyla devralana intikal edip etmediği de devrin konusu başlığı altında masaya yatırılmalıdır. Sağ kalan eşin miras payını devretmesi durumunda, sağ kalan eşe mahsus haklar devralana geçmez. Özellikle devralan, aile konutu ve ev eşyasının kendisine özgülenmesini talep etme yetkisine sahip değildir (TMK m. 652)[724]. Devreden mirasçının aile belgelerinin ve aile için özel anı değeri olan eşyanın satışını engelleme yetkisinin devralan mirasçıya geçeceği kabul edilmelidir. Yasa, satışın engellenmesine ilişkin yetkiyi mirasçı statüsüne hasretmeyi tercih etmiştir. Devreden ve devralan mirasçının aynı aileye mensup olması durumunda zaten tartışmaya yer yoktur. Devralanın, aileye üye olmayan atanmış mirasçı olması ihtimalinde TMK m. 653'te yer alan hakkın devralan mirasçı tarafından kullanılması aranır. Devreden, bu türden belgelerin ve eşyaların satışını engelleyemez[725]. Ancak devir sözleşmesinde devralanın bu gibi satışları engelleme yükümlülüğü altında olduğu kararlaştırılabilir[726]. İntikali yasada özel düzenlemeye tabi tutulmuş eşyalardan olan İstiklal Madalyası da miras payının devri sözleşmesinin konu bakımından kapsamına dahil olmaz. İki mirasçının yer aldığı mirasçılar topluluğunda mirasçılardan biri miras payının tamamını diğer mirasçıya devretse de devralan İstiklal Madalyası üzerinde mülkiyet hakkı kazanamaz[727].

---

[723] Bununla beraber sebepsiz zenginleşme ve haksız yapıya ilişkin hükümlerden yararlanma imkanının bulunmadığı olasılıkta muhdesat inşa edenin elindeki yegâne imkan, muhdesatın tespitini isteyerek bunun ortaklığın giderilmesi davasında dikkate alınmasını sağlamaktır. Böylelikle, muhdesatın taşınmaza yaptığı katkı denkleştirilmiş olur. Mirasçılar topluluğunda ortaklığın giderilmesi değil de mirasın paylaşımı söz konusudur. Muhdesatı yapanın katkısı da paylaşma fazında dikkate alınır. Miras payını devredenin, paylaşma fazında denkleştirilmesi gereken bir miras payı bulunmayacağına göre amaca göre yorum yapılarak, muhdesatın miras payını devralan lehine tespiti yapılabilir. Bu tespit, devredenin muhdesata ilişkin menfaatini de ivazlı devir sözleşmesinde fiyatlamış olduğu fikrine dayanır. Bu nedenle bağışlama sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulamaz.

[724] **ACAR,** N. 285 vd.; CHK-**MEYER,** ZGB Art. 612a, N. 1; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 168.
İsviçre hukuku bakımından aile konutunun özgülenmesi istemi yalnızca sağ kalan eşe tanınmış bir olanak değildir. Sağ kalan kayıtlı hayat ortağının da miras payını devretmesi, devralana aile konutunun kendisine özgülenmesini talep etme yetkisini bahşetmez. Bu yönde bkz. CHK-**MEYER,** ZGB Art. 612a, N.2.

[725] CHK-**MEYER,** ZGB Art. 613, N.3.

[726] Devralanın bu yapma borcunu ifa etmekten kaçınması durumunda, devralanın irade beyanına hükmedilmesi yoluna başvurulabilir. İrade beyanına hükmedilmesi olanağı için yukarıda bkz. **§6, V.**

[727] 66 sayılı İstiklal Madalyası Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, İstiklal Madalyası'nın intikali Türk Medeni Kanunu'nda yer alan miras hukuku kurallarından farklılık gösterir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukuku Kitabı'ndaki düzenlemeler, prensip olarak bu özel intikale tatbik edilmez. Bu yönde **ANTALYA,** N. 150, dn. 93.

2. Miras Payının Rehni

(1) Miras payının devrinin yanı sıra, miras payının devredenin malvarlığında kaldığı tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesi de mümkündür. Miras payı üzerinde rehin hakkı tesisi, mirasçının kredi araçlarına ulaşmasını genişletme amacına hizmet eder. **(i)** İsviçre-Türk hukuk sistemde, miras payının rehni aracılığıyla kredi temin etmek isteyen mirasçının başvurabileceği çevre oldukça sınırlıdır. Payın devrinde olduğu gibi, miras payı üzerinde rehin de ancak diğer mirasçılar lehine tesis edilebileceği bugün için kabul görür[728]. Ne var ki literatürümüzdeki eserler incelendiğinde, miras payı üzerinde rehin tesisine tereddütle yaklaşıldığı tespit edilir. Tereddütlerin ortak paydası, belirlilik ilkesinde düğümlenir[729]. Bunun nedeni de belirlilik ilkesinin terekede yer alan değerlerle ilişkilendirilmesidir. Tez, miras payını konumlandırışı itibarıyla bu sorunu aşmış görünür. Miras payı, mirasçının malvarlığında yer alan ayrı bir değer olduğuna göre, rehnin konusu da belirlidir. Miras payı niteliği itibarıyla eşya niteliği de taşımadığından, hak rehnine ilişkin hükümler uyarınca rehin tesis edilmesinin önünde engel bulunmaz[730]. Hak üzerinde rehin tesis edilmesi TMK m. 955 f. III hükmü uyarınca, hakkın devri için öngörülen şekle tabi edilmesine bağlıdır.

Mirasçılarda biri lehine rehnin tesis edilebilmesi için şekil şartı, adi yazılı şekildir[731]. Mevcut düzenleme ışığında, miras payının yalnızca diğer bir mirasçı lehine tesis edilebilmesi, mirasçının kredi temin etme ihtiyacını karşılamaya yetmez. Tesis

---

[728] **GUILLAUME,** s. 306; **WOLF/von BARY,** s. 153; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 10 ve N. 23. Türk hukukunda bu görüşü savunanlar için bkz. **ANTALYA,** N. 2167.

[729] Rehin hakkının tesisi bakımından belirlilik ilkesinin rolü hakkındaki genel açıklamalae için bkz. **ACAR,** Belirlilik İlkesi, s. 151; **ATAR,** s. 30-31; **ÖZAKMAN,** s. 98; **DURAL/ÖZ,** N. 1590; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 79; **MAKARACI BAŞAK,** s. 52.

[730] İsviçre Federal Mahkemesi, borçlandırıcı işlem mahiyetindeki rehin taahhüdüne hak rehnine ilişkin hükümlerin kıyasen dahi uygulanamayacağını kabul eder. **BGE 87 II 218, 228:** *"Ancak davacı OFTINGER'e atıfta bulunmaktadır (ZGB Art. 906'ya ilişkin N. 21 ve ZGB Art. 899'a ilişkin N. 56). Bu yazar, atıfta bulunulan ilk paragrafta ve ZGB Madde 900'e ilişkin N. 68'de, ZGB Art. 906 Abs. 2 anlamında bildirimin etkilerini yalnızca gerçek anlamda alacakların rehnedilmesiyle değil, aynı zamanda ZGB Art. 900 Abs. 3 anlamında "diğer hakların" rehnedilmesiyle de sağladığını ve üçüncü bir tarafın ödemelerine yol açan - temettü ödemeleri gibi - bir borçlunun ödemelerine eşdeğer olarak kabul edileceğini açıkladığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, bir miras payının rehnedilmesi, bu - devredilemez - pay hakkının yukarıda belirtilen şekilde tabi olduğu özel düzenleme nedeniyle olağan anlamda bir rehin değildir, tıpkı böyle bir payın "temlikinin" gerçek bir temlik olmadığı gibi (lit. c), daha ziyade, yukarıda açıklandığı gibi, bu sadece rehin verene karşı rehin verene devredilecek nesneler üzerinde bir haciz oluşturulması için zorunlu bir talep oluşturur ve bunun uygulanması hiçbir şekilde rehin verenin ortak mirasçılarının veya icra memurunun sorumluluğunda olamaz.".*
Federal Mahkeme'nin içtihadı, ZGB Art 635 Abs. 2 (TMK 635 f. II) bağlamındaki borçlandırıcı işlem mahiyetindeki rehin taahhüdüne özgüdür. Bu içtihattan, miras payı üzerinde rehin hakkı tesis edilemeyeceği çıkarılamaz. Aynı şekilde, rehin tesisine hak rehni hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varılamaz.

[731] **ERGÜNE,** Taşınır Rehni, s. 50.

edilen rehnin paraya çevrilmesi, miras payının haczinin düzenlendiği İİK m. 94 ve m. 121 hükümlerine tabidir. Rehinli alacaklı, yasada yer alan takip kuralları izlenerek tatmin edilebilir[732].

(ii) Alman hukukunda miras payını konu alan işlemler, İsviçre-Türk hukuk sisteminde olduğu gibi dar bir çevreyle sınırlanmadığından miras payının rehninin kredi araçlarını genişletme işlevinden daha etkin biçimde istifade edilir. Rehnin konusu, rehin veren mirasçının malvarlığında yer alan miras payıdır. Miras payı üzerinde tesis edilen rehin hakkı, terekedeki münferit değerlerin rehin hakkıyla kayıtlamaz[733]. Buna karşın terekede yer alan değerlerin bakımının, onarımının ve idaresinin aksatılması miras payının değerinin düşmesine neden olabilir. Bu yönüyle de alacaklının, değer düşmesine karşı korunması gerekliliği doğar. Öğretide, rehin hakkı sahibinin korunabilmesi için rehin veren mirasçının terekenin idaresi bakımından sahip olduğu yetkileri rehin alanla birlikte kullanması gerektiği savunulur[734]. Alman Yüksek Mahkemesi de vermiş olduğu **BGHZ 52, NJW 1969, 1348** künyeli kararında, rehin hakkının etkin bir biçimde kullanılabilmesi için terekede yer alan münferit değerlerin elden çıkarılmasında, rehin hakkı sahibinin bilgilendirilmesi gerektiğine hükmeder. Miras payı üzerinde rehin hakkı edineni koruyucu uygulama bununla da sınırlı değildir. Her ne kadar rehnin konusu terekede yer alan münferit değerler değilse de miras payı üzerinde tesis edilen rehin hakkının terekede yer alan taşınmazın kaydının bulunduğu tapu kütüğüne kaydedilebileceğine hükmeder (**BGH ZEV, 2019, 268)**. Tapu siciline düşülmesi gereken kayıt, tescil değildir. Rehin verenin tasarruf yetkisinin kısıtlandığını imleyen şerh kaydı düşülmelidir[735]. Şerhin amacı, rehnin kapsamında yer alan güvencenin elden çıkarılmasını önlemektir. Mirasçı, rehinle kayıtlanmış miras payını devretme bakımından rehin hakkı sahibinin rızasına muhtaç değildir. Miras payını dilediği gibi devir işlemine konu edebilir.

Rehin hakkı tesis edilmiş olmasına rağmen, miras payı mirasçının başka bir alacaklısı tarafından haczedilirse, rehin hakkı sahibinin bu takibe itiraz etme imkanı bulunmaz (ZPO §771). Rehin hakkı sahibi, koşulları oluşmuşsa paraya çevirme

---

[732] **GÜMAN,** s. 167 vd.
[733] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 41.
[734] **LEMMERZ,** s. 1251; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 41. Rehin alan alacaklının korunmasına hizmet eden benzer düzenlemelerin ele alındığı kısım için bkz. **ATAR,** s. 199 vd.
[735] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 42.

işleminden tatmin edilebilmek için tanınan imtiyazlı yetkileri kullanabilir. Bunların başında da hacze iştirak kurumu gelir[736].

Rehinli miras payının söz konusu olduğu ihtimalde mirasın paylaşımı mirasçı ve rehin hakkı sahibi ile birlikte ileri sürülmelidir. Paylaşım istemi en nihayetinde miras payının yok olmasıyla sonuçlanacağından, miras payı üzerinde tasarruf olarak nitelenir. Paylaşma tamamlandığında, rehin hakkının rehin veren mirasçıya özgülenen değerler üzerinde devam edeceği kabul edilir. Rehin yükünün özgülenen tüm değerleri kayıtlamasındansa rehin yükünün alacak hakkıyla orantılı olarak intikal etmiş değerlere dağıtılabileceği de sunulan öneriler arasındadır[737].

Rehin hakkı sahibi, terekenin borçlarından sorumlu tutulamaz. Ne var ki tereke alacaklılarının tereke değerlerinden tatmin edilmesine katlanmakla yükümlüdür[738].

Rehnin hakkı tesis edilebilecek çevrenin genişliği, rehin hakkını rehnin konusu bakımından koruyan uygulama dikkate alındığında, Alman hukukunda miras payı dolayısıyla kredi temin etme işlevinin ne denli geniş olduğu dikkat çeker.

(2) Hukukumuzda, miras payının rehnedilmesine tereddüt hakim olsa da mirasçının rehin tesis etme borcu altına girebileceği kabul görür. Rehin tesis etmeyi hedef tutan borçlandırıcı işlemin konusu, paylaşım sonucundan mirasçıya özgülenecek değerlerdir. Borçlandırıcı işlemin kaynağı şüphesiz ki rehin sözleşmesidir[739]. Miras payını, rehin sözleşmesine konu ederek rehin tesis etmeyi taahhüt eden mirasçı, paylaşım sonucunda kendisine özgülenecek değerler üzerinde rehin tesis etme borcu altına girer[740]. Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan kişinin mirasçı statüsünü taşıyıp taşımadığı önem arz etmez. Rehin tesis etme taahhüdü, bu yönüyle mirasçının kredi araçlarına ulaşmasını kolaylaştırır. Rehin tesis etme taahhüdünde bulunan mirasçıya paylaşım sonunda taşınmaz özgülenmesi ihtimali dikkate alınarak, sözleşmenin şekli hakkında görüşlerin ileri sürüldüğü tespit edilir. Tartışma gerek İsviçre gerek Türk hukukunda miras payının devri için aranan şekil lehine sonuçlanmıştır. Buna göre, İsviçre hukukunda aranan şekil adi yazılı şekil iken; Türk hukukunda aranan şekil

---

[736] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 43; MüncKomm-**GERGEN,** §2033, Rn. 37.
[737] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 44; StaudingerKomm-**LEHMANN,** 2018, BGB 1258, Rn. 20).
[738] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 45; MüncKomm-**GERGEN,** §2033, Rn. 35.
[739] **ERGÜNE,** Taşınır Rehni, s. 50; **MAKARACI BAŞAK,** s. 51.
[740] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 7; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 23; **ÖZAKMAN,** s. 99; **SEROZAN/ENGİN,** §7, N. 18; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 80; **MAKARACI BAŞAK,** s. 50-51.

sözleşmenin diğer yanına göre farklılık arz eder. Rehin taahhüdünden yararlanan mirasçı ise adi yazılı şekil, mirasçı değilse resmi şekil önerilir[741].

Sözleşmede kararlaştırılan borcun ifasının, paylaşım sonucunda özgülenecek değerler üzerinde rehin hakkı tesis edilmesiyle ifa edileceği bildirilir[742]. Taahhütte bulunan mirasçı, rehin hakkı tesis etme borcuna aykırı davranırsa yapma borcunun ifasını sağlamaya yönelik düzenlemelere başvurulmalıdır. Taahhütte bulunana taşınmaz özgülenirse, ifada bulunmayan borçluya karşı tescile zorlama davası açılabilir (TMK m. 716). Taahhütte bulunan mirasçıya özgülenen değerin taşınır eşya niteliği taşıması durumunda rehin tesis etme borcu, taşınırın rehin amacıyla teslimi ile ifa edilir. Sicili bulunan taşınırlar için ifa sicile tescille sağlanır[743]. Lehine rehin taahhüdünde bulunulanın kredi kuruluşu, tacir veya esnaf olması ihtimalinde rehin taahhüdünün ifası, ticari işlemlerde taşınır rehni hükümlerine göre rehin tesisiyle de sağlanabilir. Böylelikle, rehin tesisi amacıyla taşınır değerlerin teslimi gereği tarafların ifa anlaşması ile devre dışı bırakılmış olur[744].

Rehin tesis etme borcunun ifasının, özgülenen tüm değerleri kapsamasının gerekip gerekmediği sorusuna, Alman hukukunda bulunan çözümle yanıt verilebilir. Özgülenen değerlerin karşılığı, rehinle teminat altına alınmak istenen alacağa oranla yüksek görünüyorsa rehin yükünün belirli değerlere dağıtılmasıyla borcun ifa edildiğinin kabul edilmesi yerinde bir tercih olur[745].

3. Miras Payı Üzerinde İntifa Hakkı Tesisi

Miras payı üzerinde intifa hakkı tesisine ilişkin olarak, yukarıda rehin hakkı tesisi için sunulan izleğin yansımalarına rastlandığını söylemek mümkündür. Miras

---

741 İsviçre hukukundaki tartışma ve varılan sonuç hakkında bkz. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 11. Türk hukuku için bkz. **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 81. Ne var ki, aynı hukuki sonucu doğuran hukuki işlemlere farklı şekil kurallarının tesis edilmesi eleştiriye açıktır. Benzer tutumun eleştirisi ve varılan sonuç için bkz. **§3, II.**

742 Federal Mahkeme uygulaması da bu yöndedir. **BGE 87 II 218, 228:** *"Nasıl ki bir miras payının temliki, üçüncü kişiye sadece mirasın paylaştırılması üzerine devredene özgülenen değerlerin devri için talep hakkı sağlıyorsa, rehin alacaklısı da bu değerler üzerinde rehin tesis edilmesi için rehin verene karşı sadece kişisel bir talep hakkı elde eder (bu anlamda TUOR N. 7 ve ESCHER 3. ed., N. 32 to Art. 635 ZGB). Rehin verenin ortak mirasçıları ve vasiyeti yerine getirme görevlisi, paylaşmayı gerçekleştirirken böyle bir talebi dikkate almak zorunda değildir.".*

743 **ERGÜNE,** Taşınır Rehni, s. 168 vd.; **AKÇURA KARAMAN,** s. 74 vd.

744 **ANTALYA/ACAR,** s. 14-15.
Tasfiye payı üzerinde rehin taahhüdünde bulunan mirasçının amacının kredi temin etmek olduğu kabul edilirse, sicilli taşınır rehin ile ifanın kredinin geri ödenmesinde iktisadı faaliyete katkı sunacağı gözetilmelidir. Böylelikle miras payına yüklenen kredi misyonu elverişli bir şekilde hayata geçirilmiş olur.

745 StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 44; StaudingerKomm-**LEHMANN,** 2018, BGB 1258, Rn. 20).

payı üzerinde intifa hakkı tesisi ile tasfiye payı üzerinde intifa tesisini borçlanma arasında ayrım yapılarak görüşlere yer verilmelidir.

(1) Miras payı üzerinde intifa hakkı tesisinin belirlilik ilkesiyle yakından ilişkili olduğu ortaya konur. Miras payının, belirlilik ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı ise miras payına atfedilen anlamla yakından ilgilidir.

Miras payını konu alan işlemlerin, elbirliği ile hak sahipliğine getirilen bir istisna olduğunu kabul eden görüş elbirliği ile hak sahipliğinden genel olarak "pay" kavramını dışlar. Bu görüşü kabul eden yazarlar, kabulün çıktısı olarak miras payı kavramının belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığını ve bu nedenle miras payı üzerinde intifa hakkı tesis edilemeyeceğini kabul eder[746]. Çalışma, terekeyi imleyen miras payını, mirasçının malvarlığında yer alan değer olarak konumlar. Böylelikle, belirlilik ilkesiyle bağdaşmazlığa ilişkin sorun aşılmış olur. İsviçre öğretisindeki kimi yazarlar, miras payına ilişkin tezde savunulan yaklaşımı benimsemese de miras payının pazarlığa konu edilmesine yasa koyucunun imkân tanımasından hareket ederek görüşlerini ortaya koyar. Yasa koyucu, miras payının pazarlık konusu edilmesine olanak sağladığına ve bunun devrine malvarlığında etki doğurucu sonuç bağladığına göre intifa tesisi de *"a maiore ad minus"* mümkündür[747]. Dolayısıyla, hak üzerinde intifa tesisine ilişkin hükümler miras payı üzerinde intifa tesisine de uygulanmalıdır[748]. Tesis şekli de hak üzerinde tasarruf şekline tekabül eder. TMK m. 677 hükmüne uygun olarak mirasçı lehine miras payı üzerinde intifa tesis etmek adi yazılı şekil şartına tabidir[749]. İntifa tesisi, intifa hakkı sahibi mirasçıya terekenin idaresinden elde edilen gelirler, hukuki semerler üzerinde kullanma ve yararlanma bahşeder. Dahası intifa hakkının kaim değerde devam etme prensibiyle uyumlu olarak, hak üzerinde intifa paylaşma sonucu tesis eden mirasçıya özgülenen değerler üzerinde ayrı bir işleme gerek olmaksızın devam eder[750]. Ancak hemen belirtelim ki, paylaşma istemi intifa konusunun yok olmasına neden olacağı için miras payı üzerinde intifa tesis etmiş mirasçı, ancak lehine intifa hakkı tesis ettiği mirasçı ile beraber paylaşma davası açabilir[751]. Bahşettiği yetkiler nazara alındığında, miras payı üzerinde intifa hakkı

---

[746] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 8; **ÖZAKMAN,** s. 101; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 84.
[747] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 11.
GUILLAUME, intifa hakkı tesisinin yanı sıra miras payı üzerinde inançlı intifa ve teminat amaçlı intifa hakkı da tesis edilebileceğini aktarır (**GUILLAUME,** s. 306).
[748] Hak üzerinde intifa tesisi için bkz. **ÖZEN,** İntifa, s. 49.
[749] **ÖZEN,** İntifa, s. 143.
[750] **ÖZEN,** İntifa, s. 144.
[751] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 46.
Keza, Mirası ret beyanı da intifa hakkı sahibi ile açıklanmalıdır.

tesisinin pek çok avantajı beraberinde getirdiği ortadadır. Ne var ki İsviçre-Türk hukuk sisteminde tesisin, yalnızca diğer mirasçılar lehine gerçekleştirilebileceği de göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle mirasçının, özellikle inançlı intifa ya da teminat amacıyla intifa gibi kredi temin yelpazesini genişleten işlemlerden, rekabetçi bir ortamda yararlanması olanak dışıdır[752].

Miras payı üzerinde intifa tesisinin, özellikle ivazlı tesis söz konusu olduğunda tarafların menfaatine olduğu şüphesizdir. Bunun yanında bu işlem, aynı zamanda tereke alacaklılarının da lehinedir. Gerçekten de payı üzerinde intifa hakkı tesis eden mirasçı, mirasçılar topluluğundan ayrılmış olmaz. Miras payını devretmiş olsaydı, tereke alacaklıları devredeni devir anından itibaren beş yıl boyunca müteselsilen sorumlu tutabilecekken; intifa hakkı tesis eden mirasçının beş yıllık müteselsil sorumluluğu prensip olarak paylaşma ile başlar[753].

(2) Miras payının üzerinde intifa hakkı tesis edilemeyeceğini kabul eden yazarlar dahi, paylaşma sonucu özgülenecek değerler üzerinde intifa hakkı tesis etme borcunu konu alan sözleşme kurulabileceğini kabul eder. Bu sözleşme ZGB Art. 635 Abs. 2 ve TMK m. 677 f. II hükümlerine uygun olarak, üçüncü kişilerle de kurulabilir[754]. Borcun ifası özel malvarlığı üzerinde intifa hakkı tesisi ile sağlansa da özel malvarlığında yer alan her bir değere özgü tasarruf işlemi yapılmadan intifa hakkı tesis edilmiş olmaz[755].

B. Paylaşım Sonucu Özgülenecek Değerlerin Devrinin Taahhüdü

Miras açıldıktan sonraki evrede kurulan devir sözleşmesi, devir taahhüdünde bulunana paylaşma sonucunda özgülenecek değerlerin toplamını da konu edinebilir. Paylaşım sonucu özgülenecek değerlerin devrini konu alan sözleşme, salt borçlandırıcı etki taşır. Borcun ifası, paylaşmanın tamamlanması ile gerçekleşebilir. Bu nedenle devir borcu, paylaşma gerçekleşinceye değin muaccel değildir.

Sözleşme, borçlandırıcı işlem mahiyetinde olduğundan diğer bir mirasçıyla ya da mirasçı olmayanlara kurulabilir. İsviçre hukukunda sözleşmenin geçerliliği için

---

[752] Mirasçı olmayanlara devir olanağı sayesinde mirasçının kredi imkanlarının genişlediği çıkarımında bulunabilmek için bkz. StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 46; **WOLF/von BARY,** s. 153.

[753] Miras payının devrinin, devredenin sorumluluk alanını daralttığı ve bu yönde de kendisine menfaat sağladığı yönünde bkz. **§2, V.**

[754] **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 84.
Borçlandırıcı işlemin şekline ilişkin açıklamalar ve eleştirisi için yapılan yollama için bkz. **§12, III, A, 2.**

[755] Ne var ki taahhütte bulunan mirasçıya özgülenen değerlerden biri ticari işletme ise, bu ticari işletme üzerinde intifa hakkı tesis etmek için işletemeye dair unsurların tamamı için ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılmasının gerekmediği yönünde bkz. **ÖZEN,** İntifa, s. 427.

aranan şekil, adi yazılı şekildir. Özgülenecek değerlerin taahhüdünün düzenlendiği ZGB Art. 635 Abs. 2 hükmü özel bir şekil öngörülmez. Hükmün ilk fıkrasından yapılan kıyas sonucunda alacaklı, mirasçılardan sayılmasa bile sözleşmenin geçerliliği adi yazılı şekle bağımlı olmalıdır[756]. Türk Medeni Kanunu, mehazdan ayrımlı olarak mirasçı olmayanlarla kurulan sözleşme için daha ağır şekil şartı öngörür. Devir sözleşmesi noterde düzenleme şekline uygun kurulmadıkça, geçerli olmaz[757].

Mirasın açılmasından sonra kurulan ve tasfiye payını hedef tutan sözleşmeden doğan borç ve ifası konu bakımından, açılmamış miras hakkında sözleşme ile örtüşür. Dolayısıyla, açılmamış miras hakkında sözleşmede ele alınan ifa modaliteleri, ifa engelleri ve ifanın taşıdığı kırılgan noktalar da benzeşir. Tekrara düşmemek için borcun konusu ve ifasına ilişkin yapılan açıklamalara atıfta bulunmakla yetinilmesi gerekir[758].

Miras açıldıktan sonra kurulan ve paylaşma sonunda özgülenecek değerleri konu alan sözleşmeler, alacaklı için açılmamış miras hakkında sözleşmelere kıyasla daha az risk taşır. Bir kere miras açıldığı için terekede hangi değerlerin yer aldığı belirlidir.

---

[756] **GUILLAUME,** s. 312; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 28; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 4; **TOUR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP,** §85 N. 11.

[757] **YILDIRIM,** İki Gelişme, s. 120-121; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 116; **ANTALYA,** N. 2176-2177; **DURAL/ÖZ,** N. 1566; **SEROZAN/ENGİN,** §7 N. 24.
743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 613. maddesinde özel bir şekil şartı öngörülmediğinden mirasçı olmayanlara yapılan devrin şekli tartışmalıydı. İsviçre hukukunda varılan çözümün uygulanması önerilirdi. Yakın tarihli Yargıtay kararının bu öneriyle uyumlu vermiş olduğu karar için bkz. **Y. 7. HD., 22.01.2024 T., 2022/5291 E., 2024/376 K.:** *"Dava konusu taşınmazlar tapulu taşınmazlar olmakla 743 sayılı Kanun'un 634 üncü maddesi gereği tapulu taşınmazların devrine ilişkin sözleşmelerde resmi şekil şartı bulunsa da taşınmazların tereke malı olması nedeniyle, uyuşmazlığın aynı Kanun'un 612 nci maddesine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. 743 sayılı Kanun'un birinci cümlesinde mirasçıların terekede bulunan taşınmazlar hakkında düzenleyecekleri sözleşmelerin açıkça adi yazılı şekle tabi olacağını düzenlemiştir. Ancak madde lafzında terekeye üçüncü kişi konumunda olan, mirasçı olmayanlara ilişkin miras payının devrine yönelik sözleşmelerin ne şekilde düzenleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Hukukumuzda şekil serbesti kural olup, şekil şartı ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde kabul edilmiştir. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 11 inci maddesine göre kanunun öngördüğü şekil şartı geçerlilik şartı olup, 743 sayılı Kanun'un 612 nci maddesinde "resmi yazılı şekil" ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Keza, Kanun Koyucu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 677 nci maddesinin ikinci fıkrasına düzenleme getirilerek bu nitelikte sözleşmelerin noterlikçe yapılması geçerlilik şartına bağlamış olsa da 743 sayılı Kanun geçerlilik şartına ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir.743 sayılı Kanun'da bu hususta açıklık bulunmaması, mirasçılar ile terekeye üçüncü kişi konumunda olan kişiler arasında düzenlenecek sözleşmelerin resmi şekle tabi olacağı yorumunu çıkarmak 818 sayılı Borçlar Kanunu 11 inci maddesine ayrılık oluşturacağı gibi hakkaniyete de uygun düşmeyecektir. Nitekim aynı nitelikte sözleşmelerin mirasçılar arasında yapılması halinde adi yazılı şekle tabi tutulması ayrıcalık anlamına gelecektir. Dolayısıyla, miras payının üçüncü kişiye devrine ilişkin bu tür sözleşmelerde 743 sayılı Kanun'un 612 nci maddesi kapsamında adi yazılı şekil aranması gereklidir. (Şener Esat, Miras Hukuku, Ankara, s. 795) Bu itibarla, dava konusu sözleşmelerin geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir."* **(Lexpera, E.T.:13.12.2024).**

[758] Bakınız yukarıda **§4-7.**

Açılmamış miras hakkında sözleşmeler, mirasbırakanın tasarruf serbestisini sınırlamadığından malvarlığındaki hangi değerlerin terekeye intikal edeceği belirli değildir. Terekenin kapsamının belirli olması, mirasçı lehine kredi açılmasını kolaylaştırır. Özgülenecek değerler henüz belli değilse de ortalama parasal karşılığı kredi kuruluşu tarafından hesaplanabilir. Bununla beraber açılmamış miras hakkında sözleşmede devir borçlusu, miras açıldığı sırada mirasa ehil olamayabilir. Miras açıldıktan sonra kurulan sözleşme, prensip olarak böyle bir risk barındırmaz[759]. Her iki sözleşmede de ifa, paylaşmayla muaccel hale gelir. Bu nedenle sözleşmenin kurulması ile ifası arasında zaman aralığı bulunur. Açılmamış miras hakkında sözleşmede söz konusu zaman aralığı daha geniştir. Nitekim önce mirasın açılmasının beklenmesi gerekir. Bu bakımdan miras açıldıktan sonra kurulan ve özgülenecek değerleri konu alan sözleşme, edime daha erken kavuşulmasını sağlar.

Borcun ifası sözleşmenin tarafı olan ve özgülenecek değerleri devretmeyi taahhüt eden mirasçıdan talep edilmelidir. Nisbilik ilkesinin gereği de budur. İsviçre hukukunda ZGB Art. 635 Abs. 2 hükmüyle ilgili verdiği bir kararda Zug Kanton Mahkemesi, nisbilik ilkesini alacaklı lehine aşabilecek ifadelere yer verir. Mirasçılardan biri, kızıyla ZGB Art. 635 Abs. 2 hükmüne uygun kurduğu sözleşmenin ardından, diğer mirasçıların da rızası hilafına terekede yer alan bir taşınmazın mülkiyet sütununda, kendisi yerine kızının adının yer almasını sağlar. İlk derece mahkemesinin tescilin yolsuzluğuna hükmetmesi üzerine, kanun yoluna başvurulur. Zug Kanton Mahkemesi, *"Temyiz edenlerin iddia ettiği anlamda, yani üçüncü bir kişinin mirasçılar topluluğuna katılmasıyla (tapu kayıtlarının) 'yeniden düzenlenmesinin' mümkün olmadığı sonucuna varılır. Temyiz eden, mirasçılar topluluğunun bir üyesi sıfatıyla, mirasçılar topluluğunun sona ermesi üzerine tasfiyenin net sonucu üzerinde yalnızca maddi bir hak talebinde bulunma hakkına sahiptir ve* ***bu hakkı, özellikle alacağın temlikine ilişkin kurallara uygun olarak kızına devrederek, serbestçe tasarruf edebilir.*** *Bunun için diğer ortak mirasçıların rızası gerekli değildir. Tarafların ortak iradesi bu hukuki sonucu doğurmaya yönelik olmadığından, tapu kaydının düzeltilmesi haklı bulunmuştur. Dolayısıyla, itirazın temelsiz olduğu ortaya çıkmakta ve reddedilmesi gerekmektedir."* şeklinde hükme varır[760]. Mahkeme'nin bu

[759] Mirasın açılmasının ardından, özgülenecek değerlerin devrini konu alan sözleşme kurulduktan sonra devir taahhüdünde bulunan mirasçı, mirastan yoksun kalmasına sebebiyet veren bir davranış sergilerse mirasa ehil olamaz. Borcun ifasını kendisine yükletilebilen imkansızlaştırdığı kabul edilmelidir. Devir taahhüdünde bulunan, sözleşme kurulduktan sonra mirası reddederse, yine aynı sonuca varmak gerekir.
[760] **GVP 2004 s. 248, 252.**

açıklamaları; devir taahhüdünde bulunanın ZGB Art 635 Abs. 2'de belirtilen sözleşmeyle, paylaşmayla özgülenecek değerlerin kendisine teslimi talebini devralana temlik etmiş sayılacağı yönünde yorumlanır[761]. Yorumdan yapılan çıkarsama, paylaşma fazının tamamlanmasıyla devralan üçüncü kişinin, mirasçıya özgülenen değerlerin ifasını diğer mirasçılardan talep edebilmesine kapı araladığı yönündedir[762].

C. Tereke Değeri Üzerindeki Payın Devri

Miras açıldıktan sonra kurulan devir sözleşmelerin konusu, esas olarak miras payıdır. İsviçre ve Alman hukukundaki kabul halen bu yöndedir[763]. Nitekim hukukumuzda da kuruma ilişkin ilk düzenleme kaynak hukukla uyumludur. Buna karşın yargı uygulamamızda, ekonomik ihtiyaçlar doğrultusunda *quasi paylaşım*ı hedefleyen ve tereke değeri üzerindeki payın devrine geçit tanındığı görülür. Tereke değerindeki payın devrini konu alan sözleşmelerin mirasçılar arasında kurulduğu olasılık ve sonuçlarına yukarıda detaylı şekilde yer verildi. Yinelemeden kaçınmak için bu ifadelere yollamada bulunmak yerinde olur[764]. Ne var ki bu başlık yalnızca bu yollamayı yapmak için açılmış da değildir. Yargı kararlarında karşılaşılan özel bir vakıa gurubu bu başlıkta ele alınır. Bu vakıa grubu, mirasçılardan birinin paylaşımdan önce terekede yer alan taşınmazdaki payını devretme taahhüdü olarak betimlenebilir[765].

---

[761] SHK-**ROUILLER,** Art. 635 N. 22.

[762] SHK-**ROUILLER,** Art. 635 N. 23.

[763] Alman hukuku için bkz. ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 10; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 17. İsviçre hukuku için bkz. PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 12; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 6.
İsviçre hukukunda tereke değerindeki payın devrine Federal Mahkeme'nin tek bir olasılıkta geçit tanıdığı tespit edilir. Bu ihtimal de mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta belirlediği paylaşma kuralının hayata geçirilmesi için kurulan devir sözleşmeleridir (**BGE 128 III 163 E. 2. b.).**

[764] **§1, II, B.**

[765] **Y. HGK., 16.01.1971 T., 1971/1-429 E., 1971/17 K.:** *"İştirak halinde bir taşınmaz payının satış vaadi sözleşmesi ise, iştirakin çözülerek bu payın karşı tarafa ferağ edileceği yükümlülüğünü kapsar. Bu gibi sözleşmeler geçerlidir. Satış vaadi alacaklısı, borçlunun iştiraki çözerek ferağı sağlamaması hâlinde onu temerrüde düşürerek sözleşmenin bozulması ve zarar isteğinde bulunabileceği gibi, iştirakin çözülmesi üzerine ferağa icbar davası da açabilir. Taşınmaz malın sonradan müşterek mülkiyete çevrilmesiyle….satış vaadi sözleşmesi dava gününde yerine getirilebilir duruma geldiğinden…"* (**SAPANOĞLU,** s. 293); **Y. 14. HD., 03.07.2008 T., 2008/7749 E., 2008/8754 K.:** *"Satış vaadi sözleşmelerinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağının bulunması zorunludur. Elbirliği mülkiyetine (Türk Medeni Kanunu m. 701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklardan birinin, ortaklık dışı kişiye satış vaadinde bulunulması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağı varlığı düşünülemez. Elbirliği ortaklarının birbirine yaptıkları satış vaadi sözleşmelerinde ise sözleşmenin ifa olanağı vardır."* (**SAPANOĞLU,** s. 252); **Y. 14. HD., 20.01.2015 T., 2014/8957 E., 2015/639 K.:** *"Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağı bulunmalıdır. Elbirliği mülkiyetine (TMK m.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte elbirliği ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. Bu*

Yargıtay'a intikal eden vakıalarda mirasçı, resmi şekle uygun kurulmuş sözleşmeyle terekede yer alan taşınmazdaki payını devretme taahhüdünde bulunur. Mirasçının taahhütte bulunduğu sözleşmenin diğer yanı, sözleşmeden doğan borcun ifasını miras henüz paylaşılmamışken talep eder. Yargıtay talep hakkındaki incelemeyi iki aşamalı denetime tabi tutar. İlk denetim, devir taahhüdünde bulunulanın statüsüne ilişkindir. Buna göre alacaklı, aynı mirasçılar topluluğunda yer alan diğer bir mirasçıysa sözleşmeden doğan borcun ifa kabiliyeti bulunur. Miras payının kısmen devrine olanak tanıyan TMK m. 677 f. I hükmüne ilişkin yargı pratiği de sicilin düzeltilmesine hükmedilmesini sağlar[766]. Yapılan ilk denetimin sonunda, devir

---

durum, satışı vaat edilen taşınmazın tapusunda temliki tasarrufu engelleyen bir kaydın bulunması veya 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi hükmüne aykırı şekilde taşınmaz satışı vaat edilmesi ya da vaade konu taşınmazın bir başka mahkemede mülkiyet uyuşmazlığına konu olması halinde de geçerlidir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, Türk Medeni Kanununun 1009. maddesi uyarınca tapunun beyanlar hanesine şerhi mümkündür. Böylece, sözleşme alacaklısı sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkını kuvvetlendirmiş olur ve üçüncü kişilere karşı ileri sürme olanağı kazanır. Tapu Kanununun 26/6 maddesi uyarınca bu şerh beş yıl için geçerli olup beş yılın dolmasıyla kayıttan silinir ve anılan gücünü yitirir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra beş yıl içinde kayda işlenen her türlü haciz, ipotek ve benzeri sözleşme alacaklısının haklarını kısıtlayacak nitelikteki şerhler de sözleşme alacaklısını bağlamaz. Somut olaya gelince 21.8.1996 tarihli ve 25431 yevmiye numaralı vekaletnamenin usulüne uygun şekilde düzenlendiği ve vekilin satış vaadi sözleşmesi yapma yetkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı ...'in bu vekaletname ile ...'i vekil tayin ettiği, vekilin ise 22.8.1996 tarihli ve 25473 yevmiye numaralı satış vaadi sözleşmesi ile müvekkilinin davaya konu 16, 132, 133 ve 428 parsel sayılı taşınmazlardaki miras hak ve hisselerinin tamamını davacıya satmayı vaat ettiği görülmüştür. Davalı vekili tarafından, davalıya vekaleten satış vaadinde bulunan vekil tarafından müvekkilinin hile yapılmak ve aldatılmak suretiyle iradesi fesada uğratılarak noterde vekaletname düzenlettirildiği savunulmuş ise de dosya kapsamına, toplanan delillere ve tanık beyanlarına göre bu husus kanıtlanamamıştır. Taraflar arasında resmi şekilde düzenlenmiş geçerli bir satış vaadi sözleşmesi mevcut olduğuna göre mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir. **(Kazancı, E.T.:13.12.2024).**

[766] Yargıtay'ın bu yönde ulaştığı sonuçlar için bkz. **Y. 14. HD. 03.07.2008 T., 2008/7749 E., 2008/8754 K.:** *"Satış vaadi sözleşmelerinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağının bulunması zorunludur. Elbirliği mülkiyetine (Türk Medeni Kanunu m. 701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklardan birinin, ortaklık dışı kişiye satış vaadinde bulunulması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağı varlığı düşünülemez. Elbirliği ortaklarının birbirine yaptıkları satış vaadi sözleşmelerinde ise sözleşmenin ifa olanağı vardır."* (**SAPANOĞLU,** s. 252); **Y. 14. HD. 27.01.2010 T., 2009/14762 E., 2010/690 K.:** *"Elbirliği ortaklığında bir paydaşın tasarrufu ile diğer paydaşların zarar görmemesi; bir başka anlatımla diğer paydaşların dışa karşı koruması gerekir. Bunun sonucu, her türlü tasarruf tüm paydaşların oluru ile mümkündür. Somut olayda satış vaadi elbirliği ortakları arasında yapılmıştır. Satıcı maliklerin payları alıcı malike geçeceğinden ortak malikler zarar görmeyecektir. Hal böyle olunca elbirliği ortakları arasında yapılan satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı vardır. Bu husus gözden kaçırılarak davanın reddi yönünde hüküm kurulması doğru değildir. Diğer taraftan dava konusu taşınmazların kamulaştırıldığı bildirildiğinden bu durumun da araştırılarak sonucuna göre bir karar vermek gerekir iken eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir."* (**Legalbank, E.T.: 13.12.2024**); **Y. 14. HD. 14.06.2017 T., 2016/15713 E., 2017/5104 K.:** *"Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağı bulunmalıdır. Elbirliği mülkiyetine (TMK m.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte elbirliği ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. Elbirliği ortaklarından birinin ortaklardan bir diğer kişiye satım vaadinde bulunması halinde*

taahhüdünün alacaklısının mirasçı statüsü taşımayanlardan biri olduğu tespit edilirse, denetimin ikinci fazına geçilir.

Denetimin ikinci fazında Yargıtay, elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi taşınmazdaki payın borçlandırıcı işleme konu edilebileceğini ifade eder. Ne var ki elbirliği ilişkisi bir şekilde çözülmediği takdirde, ifanın mümkün olmadığını aktarır. Bu nedenle, elbirliği ile hak sahipliği ilişkisi çözülmemişse tescile zorlama davasına hükmedilemez. Gerçekten de borcun ifasını hedef tutan tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi için tasarrufta bulunulacak değerin belirli olması aranır.

Tarafların sözleşme kurmadaki gerçek iradeleri ve sözleşmeyle ulaşmak istediği menfaat dikkate alındığında, taahhütte bulunanın elde etmesi muhtemel taşınmaz payının devri hususunda anlaştıkları tespit edilir. Yargıtay'ın da gerçek iradeyi ıskalamadığı ve sözleşmeyi taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak nitelediği ve bu nitelemeye uygun sonuçlar bağladığı tespit edilir[767]. Dolaysıyla kurulmuş bu sözleşmenin miras payının devri sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkün değildir.

---

ise ifa imkansızlığından bahsedilemez. Elbirliği ortaklarının birbirine yaptıkları satış geçerlidir. Bu durumda bir ortağın tasfiye payı azalmakta veya kalmamakta bu pay elbirliği mülkiyetinin diğer ortağının tasfiye payına ilave edilmiş olmaktadır. Diğer taraftan 26.5.1954 tarih 7/17 Sayılı içtihadı birleştirme kararı gereğince mirasçılar arasında zamanaşımı cereyan etmeyeceğinden sözleşmenin ifa olanağı vardır." **(Kazancı, E.T.:13.12.2024); Y. 14. HD. 15.05.2019 T., 2016/12127 E., 2019/4431 K.:** *"Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağının bulunması zorunludur. Elbirliği mülkiyetine (TMK m.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağı varlığı düşünülemez. Elbirliği ortaklarının birbirine yaptıkları satış vaadi sözleşmelerinde ise sözleşmenin ifa olanağı vardır. Somut olayda; dava konusu taşınmaz tapuda tarafların kök miras bırakanı ... adına kayıtlıdır. Dosya içinde bulunan veraset ilamlarının incelenmesinden, tapu maliki ...'nun hem satış vaadi sözleşmelerinin alacaklısı olan davacı ...'nın hem de satış vaadi sözleşmelerinin borçluları olan ... ve ...'nun murisi olduğu anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi, satış vaadi borçluları ile vaat alacaklısı tapu kayıt maliki ...'nun mirasçıları olup davacı ve davalılar taşınmaza elbirliği halinde maliktirler. Taraflar taşınmaza elbirliği halinde malik olduklarından, elbirliği ortaklığı bozulmadan ...'dan satıcı iştirakçi ... ve ...'ya intikal eden payın alıcı iştirakçi olan davacı ...'nın payına ilave edilmek suretiyle satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı vardır."* **(Kazancı, E.T.:13.12.2024); Y. 14. HD., 15.10.2019 T., 2019/32 E., 2019/6624 K.:** *"Dava satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptal ve tescil, ikinci kademede alacak istemine ilişkindir. Somut olayda; dosya içerisinde, satış vaadi sözleşmesinde satmayı vaat eden davalıların murisinin birbiriyle çelişkili olan mirasçılık belgeleri bulunmaktadır. Bu çelişkinin giderilmesi amacıyla mirasçılık belgesinin iptali için yetki ve süre verilmeli, bu dava sonucunda alınacak mirasçılık belgesine göre taraf teşkili sağlandıktan işin esasının incelenmedir. Çelişki ve eksiklik giderilmeden yerel mahkemece hüküm kurulması, bu durumun BAM'da istinaf aşamasında değerlendirilmemesi doğru görülmemiştir. Somut olayda, satış vaadi elbirliği malikleri arasında yapılmış olup dava konusu payların yine elbirliği maliki olan davacıya geçmesi halinde diğer ortaklar bir zarar görmeyecektir. Bu nedenle iştirakçi malikler arasında yapılan satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı vardır. Bu sebeple davada ne zamanaşımı süresinin dolduğundan ne de sözleşmenin ifa kabiliyeti olmadığından bahsedilemez. Yerel Mahkeme'nin ve BAM'ın davanın reddine dair gerekçeleri yerinde değildir. Belirtilen hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir."* **(Kazancı, E.T.:13.12.2024).**

[767] **ÖZEN,** Elbirliği, s. 631; **ORTA,** s. 157-158.

Taraflar yine de sözleşmeyi yanlış bir biçimde, miras payının devri sözleşmesi olarak nitelese de bu niteleme satış vaadi sözleşmesinin geçersizliğine yol açmaz[768].

Borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile vaatte bulunulan alacak hakkı kazanır. Alacak hakkı, asıl sözleşmenin kurulmasını talep etme yetkisini konu alır. Bilindiği üzere alacak hakkı, zamanaşımına tabidir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan alacak hakkına genel zamanaşımı süresi tatbik edilir. Yargıtay, elbirliği ile hak sahipliği ilişkisi çözülmediği sürece ifanın olanaklı olmadığını bildirir. Dolayısıyla zamanaşımı, taşınmaz üzerinde elbirliği ile hak sahipliği ilişkisinin çözüldüğü anda işlemeye başlar[769]. Muhtemel paylı mülkiyet payının vaat edildiği taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, muacceliyet ve zamanaşımı süresi bakımından borçlandırıcı işlem mahiyetindeki miras payının devri sözleşmesiyle örtüşür. Ne var ki bu örtüşme, vaat alacaklısının miras payının devri sözleşmesindeki alacak hakkı sahibine tanınmış ayrıcalıklardan yararlanmasını sağlamaz. Vaat alacaklısı, miras payının devri sözleşmesine taraf olan gibi paylaşmaya kayyımın katılmasını talep edemez. Devir vaadinde bulunanın paylaşma davası açmada temerrüde düştüğünden hareket ederek, paylaşma davasının açılmasını sağlayıcı irade beyanına hükmetme olanağından yararlanamaz. Gerekçe, pek açık şekilde ortadadır. Vaat alacaklısının, menfaati tümel biçimde miras payı ve terekenin paylaşımı ile ilintili değildir. Borcun konusu taraflarca, terekede yer alan bir değerde tesis edilmesi müstakbel paya indirgenmiştir. Dolayısıyla, vaat borçlusunun kendisine özgülenecek değerleri maksimize etme borcu bulunmaz. Böyle bir borcu bulunmadığından, vaat alacaklısının paylaşım sonucunu azami ölçülere çıkarmaya elverişli imkanlardan yararlanması da mümkün görünmez[770].

---

[768] **AKSOY DURSUN,** s. 147.

[769] **ORTA,** s. 159; **Y. 14. HD., 03.07.2008 T., 2008/7749 E., 2008/8754 K.:** *"Satış vaadi sözleşmelerinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağının bulunması zorunludur. Elbirliği mülkiyetine (Türk Medeni Kanunu m. 701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklardan birinin, ortaklık dışı kişiye satış vaadinde bulunulması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte* ***ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağı varlığı düşünülemez.*** *Elbirliği ortaklarının birbirine yaptıkları satış vaadi sözleşmelerinde ise sözleşmenin ifa olanağı vardır."* (**SAPANOĞLU,** s. 252).

[770] Vaat alacaklısının, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan alacağının tapu kütüğüne şerh düşülmesi imkanının bulunmadığı da eklenmelidir. Bkz. **ÖZEN,** Elbirliği, s. 642.
Ancak Yargıtay'ın farklı yönde hükme vararak, vaat alacaklısının kişisel hakkının tapu kütüğüne şerh edilebileceğine hükmettiği kararlara da rastlanır. Kararlar ve eleştirisi için bkz. **ÖZEN,** Elbirliği, s. 642-643.

IV. İFA ve İFA ENGELLERİ

(1) Miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmelerinde, taraflar aksini kararlaştırmadıkça borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi üst üste biner. Şekle uygun devir sözleşmesinin kurulmasıyla miras payı, devralanın malvarlığına intikal eder[771]. Bu nedenle ZGB Art 635 Abs. 1 ve TMK m. 677 f. I hükmüne uygun düzenlenen sözleşmelerde ifa engeline rastlamak, borçlandırıcı işlem mahiyetindeki devir sözleşmelerine kıyasla daha seyrektir. Ancak bu açıklama, hiçbir şekilde ifa engeli ile karşılaşma ihtimalinin bulunmadığına da yorulamaz.

Miras açıldıktan sonra mirasçılar arasında kurulan ve miras payının devrinin borçlanıldığı sözleşmelerde, devir konusu miras payı henüz devralanın malvarlığına intikal etmiş değildir[772]. Bu sonucun doğması için ifa amacıyla tasarruf sözleşmesinin kurulması aranır. Borçlandırıcı işlem kurulmuş olmasına karşın borçlu, devir borcunu ifa etmede direngen tutum sergiliyorsa, alacak hakkı sahibi tarafından borçlunun irade beyanına hükmedilmesi mahkemeden talep edilebilir. Borçlu direnimi nedeniyle, borçlu temerrüdüne düşürülerek borçlu temerrüdünün sonuçlarından istifade edilebilir.

Miras payının devri borçlanıldıktan sonra, miras paylaşılırsa devrin konusu imkansızlaşmış olur. Devir borçlusunun bu imkansızlıktan sorumlu tutulup tutulamayacağı irdelenmelidir. Mirası paylaşmak, mirasçılar topluluğunun amacı da göz önüne alındığında tüm mirasçıların hakkıdır. Miras payını devir taahhüdünde bulunmak, mirası paylaşma hakkının bir sınırı olarak görülemez. Devir borçlusunun, mirası paylaşması nedeniyle devir borcunun imkansızlaşmasından sorumlu tutulması prensip olarak mümkün görünmez. İki olasılık da bu gündeme gelir. Eğer devir borçlusu, mirası paylaşma hakkını devir alacaklısı mirasçıya zarar vermek maksadıyla kullanmışsa TBK m. 49 f. II'de yer alan düzenlemeden yararlanılması mümkün görünür. İkinci olarak devir borçlusu, borçlu temerrüdüne düşürülmüşse TBK m. 119 uyarınca ağır bir risk sorumluluğu altına girer. Mirasın paylaşılması ile ediminin

---

[771] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2035, Rn. 1; **WOLF/von BARY,** s. 154; SHK-**ROUILLER,** Art. 635 N. 9; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 7; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 12; **WEIBEL/MATA,** N. 179; **ÖZAKMAN,** s. 144; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 157; **ÇALIŞKAN DEMİR,** s. 134.

[772] Muhtemel mirasçılar arasında, muhtemel mirasbırakanın izni veya katılımı ile kurulan ve muhtemel miras payının devrini konu alan sözleşmelerin, hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edildi. Bu kabule göre, mirasın açıldığı tarihte sözleşmenin her iki tarafı da mirasçı statüsünü kazanmışsa devir taahhüdünde bulunmuş mirasçı miras payını devrederek borcunu ifa etmelidir. Bkz. Bkz. StaudingerKomm-**MEIER,** 2023, §311b Abs. 4 und 5, Rn. 45 vd.
Kurulan borçlandırıcı işlemin, miras payını konu alan sözleşmedir. Yoksa, miras payının devri için kurulmuş bir önsözleşme değildir. Alacağın devri sözünde de benzer bir sonuca ulaşmak mümkündür. Bu yönde bkz. **VARDAR HAMAMCIOĞLU,** s. 292.

ifasının imkansızlaşmasından kusuru bulunmasa bile sorumlu tutulur. Devir borçlusu, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Miras açıldıktan sonra, miras payının devrini konu alan borçlandırıcı işlem kurulduktan sonra devir borçlusu miras payının bir kısmını ya da tamamını diğer mirasçılardan birine devredebilir. Diğer mirasçıya miras payının ayni etkili devri, ilk sözleşmeden doğan borcun ifasını kısmen ya da tamamen imkansızlaştırır[773]. Sözleşmenin kurulmasından sonra mirası reddetmesi ya da mirastan yoksun kılan davranış sergilemesinde de aynı sonuca varılır. Bu gibi hallerde devir borçlusu, ifa imkansızlığından sorumlu tutulur[774].

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda miras payının devrine ilişkin devir yasağı öngörmesi halinde, mirasçıların bu yasakla bağlı olup olmadıkları öğretide ele alınır. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarla, miras payının devrini kısmen veya tamamen engelleyen, devrin geçerliliğini vasiyeti yerine getirme görevlisinin rızasına bağlı kılamayacağı kabul edilir[775]. Keza, miras payının devri kurumunun mirasın paylaşılmasına ilişkin ayırımda yer aldığı gözetilirse, paylaşmaya hakim ilkelerin yürürlükte olacağı kabul edilebilir. Paylaşmaya hakim ilkelerin başında da mirasçıların irade serbesti gelir. Tereke hakkında serbestçe sözleşme kurabilen mirasçıların, uzlaşı içinde paylaşma amacına erişmesi daha olası görülür[776].

Tarafların sözleşmede aksini kararlaştırmadığı olasılıkta, sözleşme metninin de yorumlanmasından da başka çıkarımda bulunmadıkça, devir sözleşmesinin kurulduğu sırada devir borcunun ifa edildiği kabul edilir. Payı devretme borcu, ifa ile sona erer. Aynı esas, tereke değerindeki payı konu alan Türk hukukuna özgü sözleşmeler için de

---

[773] Alman hukukunda miras payının devrini konu alan borçlandırıcı işlem kurulduktan sonraki evrede miras payı, mirasçı olmayan kimseye dahi devredebilir (StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2034, Rn. 3.)

[774] Miras payını, mirasçılardan birine ayni etkili olarak devretmesine rağmen; bir başka mirasçıyla özellikle mirasçılık belgesi ibraz ederek miras payını devretme taahhüdünde bulunanın edimini ifa etmesi imkansızdır. İmkansızlık, sözleşmenin kurulduğu sırada söz konusudur. Esasında, ikinci sözleşme kesin hükümsüzdür. Hükümsüzlük nedeniyle, ifa edilmişse karşı edimin iadesi ve menfi zararın tazmini gerekir. Başlangıçtaki imkansızlığı bilerek sözleşme kurmaya sevk eden borçlunun *culpa in contrahendo* sorumlu tutulması gerektiği de öğretide ifade edilir. Buna göre miras payının bir kısmını ve tamamını devretmiş mirasçının daha sonra ifası imkansız bir edim olan miras payının devrini borçlanması nedeniyle olumlu zarardan sorumlu tutulması mümkün görünür (**SEROZAN,** İfa, §14, N. 21).

[775] MüncKomm-**GERGEN,** §2033, Rn. 4; ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 1; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 4.

[776] **HÖSLY/GEIGER,** s. 342; **WEIBEL,** s. 604-605.

WEIBEL, mirasçıların iradelerine üstünlük tanınmasının miras paylaşımına egemen olduğunu ifade etmekle beraber, mirasbırakan tarafından titiz bir şekilde planlanmış tereke tasfiyesinin mirasın paylaşımını hızlandıracağını ve mirasçılar arasındaki uyuşmazlık potansiyelini en aza indirgeyeceğini ileri sürer. Yazara göre, mirasbırakanın paylaşma kuralı tasarrufunun nazara alınması daha yerinde bir tercih olabilir (**WEIBEL,** s. 605.).

yürürlüktedir. Terekede yer alan taşınmaz payını konu alan sözleşmeler, pay devrini hedef tutan temlik beyanı içermekteyse taşınmaz payı, devralanın malvarlığına intikal eder. Tapu sicilinde gerçekleştirilecek tescil, açıklayıcı tescildir[777]. Devrin etkisi bu yönde olsa da Yargıtay'ın devirden sonra mirasın paylaşılmasına ilişkin hükmettiği kararlarda ifaya ve ifanın sonucuna önem atfetmediği tespit edilir.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadına konu olayların ortak noktası; mirasçılar arasında tereke değerindeki payın devrini konu alan sözleşme kurulduktan sonra, devir konusu taşınmazın paylı mülkiyete dönüştürülmesidir. Paylı mülkiyete dönüştürülen taşınmazda, devreden de dahil olmak üzere tüm mirasçılar adına payları tescil edilir. Sözleşme konusu pay kendi adına değil de devreden adına tescil edilen mirasçı, taşınmazdaki mülkiyet hakkını kaybettiği gerekçesiyle kanun yoluna başvurur. Başvuruyu inceleyen Yargıtay, *"Davadan sonra, bütün mirasçıların talebi ve katılımı ile dava konusu taşınmazlardaki iştirak halindeki mülkiyet paylı mülkiyete dönüştürülmüş ve paylı olarak mirasçılar adına sicil oluşturulmuştur. Bu işlem, miras payının temlikine ilişkin* ***28.05.1985 tarihli sözleşmenin tadili ve sözleşmeden dönme*** *niteliğindedir. (Bkz. 2. H.D. 31.03.2003 gün ve2003/3590 esas, 2003/4511 K.) Bu durumda 28.05.1985 tarihli sözleşmeye dayanılarak hüküm kurulamaz."* hükmüne varır[778].

---

[777] **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 56.

[778] Alıntının yapıldığı karar: **Y. 2. HD. 14.05.2007, 2007/6995 E., 2007/8052 K.** (**Legalbank,** E.T.: 10.12.2023). Yargıtay'ın aynı sonuca vardığı diğer kararlar için bkz. **Y. 8. HD. 01.07.2015 T., 2015/11115 E., 2015/14248 K.:** *"Dava konusu taşınmazlarda muris ...'e ait payların, ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1994/759 Esas, 1995/26 Karar sayılı ve aynı Mahkemenin 1995/232 Esas, 1995/305 Karar sayılı ilamlarıyla elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesine karar verilmiş, davanın açıldığı 01.07.2010 tarihinden önce 16.11.1995 tarihinde tapuda yapılan intikal işlemi ile taşınmazdaki miras ortaklığı sona ermiş, taşınmazdaki mülkiyet durumu paylı mülkiyete dönüştürülmüş, bu durum tapu kaydına da yansıtılmıştır. Bu işlem miras payının devrine ilişkin* ***1979 tarihli sözleşmenin tadili ve sözleşmeden dönme niteliğindedir.*** *Miras payının devri sözleşmesi bozulduğu ve artık hukuki sonuç doğurma özelliğini kaybetmiş olduğunun kabulü gereklidir. Bu nedenle bu sözleşmeye dayanılarak hak istenemez. Hal böyle olunca, Mahkemece 1979 tarihli sözleşmeye dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil davasının reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir."* (**Legalbank,** E.T.: 10.12.2023); **Y. 8. HD. 30.04.2015 T., 2014/6324 E., 2015/9754 K.:** *"Miras payının devrine dair sözleşmeye değer verilebilmesi için terekenin kısmen veya tamamen tasfiye edilmemiş (paylaşılmamış) olması gereklidir. Ancak; İncelenmekte olan davanın açıldığı 17.2.2011 tarihinden önce 13.4.2009 tarihinde tarafların ve davacının da katılımıyla tapuda yapılan intikal işlemi ile, taşınmaz paylı mülkiyete dönüştürülmüş; böylece miras ortaklığı bu taşınmaz yönünden sona ermiştir.* ***Bu işlem tarafların oybirliğiyle miras payının devrine dair 30.3.2009 tarihli sözleşmeden dönme niteliğindedir.*** *Miras payının devri sözleşmesi bozulduğu ve artık hukuki sonuç doğurma özelliğini kaybetmiş olduğunun kabulü gereklidir. Bu sebeple bu sözleşmeye dayanılarak hak istenemez. Hal böyle olunca, Mahkemece 30.3.2009 tarihli sözleşmeye dayanılarak açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir."* (**Kazancı,** E.T.: 14.12.2024); **Y. 8. HD. 24.06.2021 T., 2019/921 E., 2021/5478 K.**: *"Dairenin eksiklik talebi uyarınca dosya içerisine alınan tedavüllü tapu kayıtları ve dayanaklarının incelenmesinde, temyize konu davaların açıldığı 26.05.2015 ve 15.12.2015 tarihlerinden önce 1995 yılında davacıların ve...'ın da katılımıyla tapuda yapılan intikal işlemi ile, taşınmaz paylı mülkiyete dönüştürülmüş; böylece miras ortaklığı bu taşınmaz*

Yargıtay'a göre taşınmazdaki pay devredildikten sonra, taşınmaz üzerindeki elbirliği mülkiyeti giderilirse ve bu giderim sırasında miras payının devri sözleşmesinin ifa edilmiş olduğu ileri sürülmezse, devir sözleşmesi tadil edilmiş ve sözleşmeden dönülmüş sayılır. Yargıtay'ın vardığı sonuç tadil sözleşmesi ile sözleşmeden dönme menfaatini eleştiriye açık biçimde lehimler. Sözleşmeyle bağlı olunmak istenmemesi menfaati ile sözleşmeyi revize ederek ayakta tutma menfaati bir arada düşünülmüştür. Dahası, sözleşmeden doğan ani edim türünden asli edim ifa edilmişken bu sonuca varılmıştır. Sorunun kökeni, tarafların kurdukları sözleşmenin elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi özel malvarlığı niteliğindeki terekenin geçiciliğini aşan ve paylaşma fazının ötesine etkili olduğuna duydukları inançtır[779]. Devre neredeyse paylı mülkiyete rejimine tabiiyet mertebesinde sonuç bağlamanın; paylaşım sırasındaki bilançonun tespiti, tereke değerinin korunması ve tereke borçlarından sorumluluk sahalarında çeşitli sahalarda sorunlara mahal verdiğinin de altı çizildi. Tam da bu nedenle söz konusu değerin, pay devriyle beraber tereke dışına çıkmış olduğu düşünülemez. Bu ancak paylaşma sözleşmesiyle mümkündür. Değer tereke dışına çıkmadığına göre, bu değer halen elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi kalmaya devam eder. Şu hâlde tereke içinde yer alan devir konusu değerdeki paylar tereke yürürlükte kaldığı sürece anlam taşır. Tereke değeri üzerindeki yeni oranlar, paylaşma fazında payların oluşturulması aşamasında ve tereke değerinin özgülenmesi aşamasında nazara alınabilir. İşte nazara alınabileceği aşamalardan biri de devir konusu taşınmaz üzerindeki elbirliği ile hak sahipliğinin, paylı mülkiyet rejimine dönüştürüldüğü safhadır. Yasa koyucunun amaçladığı *quasi paylaşımın* yaşama geçirilebilmesi için, paylı mülkiyete dönüştürme safhasında devredenin itirazda bulunmaması gerektiği sonucuna varıldı[780].

Tezde varılan sonuca göre, tereke değerinin elbirliği ile hak sahipliği rejiminden paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasında devredenin itirazda bulunmaması, sessiz

---

yönünden sona ermiştir. ***Bu işlem tarafların oybirliğiyle miras payının devrine ilişkin 09.03.1974 tarihli sözleşmeden dönme niteliğindedir.*** *Buna göre miras payının devri sözleşmesinin bozulduğunun ve artık hukuki sonuç doğurma özelliğini kaybetmiş olduğunun kabulü gereklidir. Bu nedenle bu sözleşmeye dayanılarak hak istenemez. Hal böyle olunca, Bölge Adliye Mahkemesince 09.03.1974 tarihli sözleşmeye dayanılarak açılan davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir."* (**Kazancı,** E.T.: 14.12.2024).

[779] Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 27.11.1985 ve 1478 sayılı Genelgesi, *"Mirasçılar arasında yapılacak miras payı temliklerinin iştirak hali bozulmadan yine iştirak halinde mülkiyet olarak, payını devreden mirasçı veya mirasçıların yerlerine devralan mirasçı veya mirasçılar yazılmak suretiyle tescil işlemlerinin yapılması gerektiği"* uygulamasıyla bu inanışı pekiştirir. Devralan mirasçının pay oranı artık sicile kaydedilmiştir. Aynı yönde bkz. **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 181.

[780] **§1, II, B.**

kalması, devir sözleşmesine yüklenen *quasi paylaşım* misyonuna hizmet eder. Devredenin ve devralanın sessiz kalmasına, tadil sözleşmesi sonucu yakıştırılamaz. Tadil sözleşmesi, örtülü irade beyanı ile kurulabilse de irade uyuşmasının aranması asıldır[781]. Gerek dönüşüm sürecinde mahkemede itirazda bulunmayan, gerekse devirden sonra tapu müdürlüğüne diğer mirasçılarla paylı mülkiyet rejimine geçiş başvurusunda bulunan devreden mirasçının, gerçekleştirdiği ifaya dair yan yükümlülüğünü yerine getirdiğini tespit etmek yanlış olmaz. Yan yükümlülüğü yerine getiren borçlunun davranışı, örtülü olarak sözleşmeden dönme beyanına yorulamaz[782]. Tereke değeri üzerinde pay devrinin akabinde, mirasçıların tamamının katılımıyla taşınmaz elbirliği ile hak sahipliği rejiminden, paylı mülkiyet rejimine dönüştürülmüşse ve devir konusu pay devreden mirasçı adına tescil edilmişse sicilin yolsuz olduğunu kabul edilmeli ve devralan mirasçıya sicili düzeltme olanağı tanınmalıdır. Aksi halde, yasanın öngördüğü *quasi paylaşım* misyonu yürürlüğe konamaz.

Yargıtay'ın vardığı sonuç, tek bir ihtimalde tereke değerindeki payın devri sözleşmesinin ifasıyla bağdaşabilir. İfa, tereke hudutları içinde sonuç doğuracağından, devir sözleşmesinden sonra tüm mirasçıların katılımıyla miras paylaşma sözleşmesi kurulmuşsa ve bu süreçte miras payının devri ve ifası hiç gündeme getirilmemişse, devir ve devrin sonuçlarının payların oluşturulduğu fazda dikkate alındığının kabulü gerekir. Miras paylaşma sözleşmesinde, devir konusu taşınmazın paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilse dahi daha önce devralmış mirasçı, devreden adına tescil edilmiş pay hakkında tapu sicilinin düzeltilmesi davası açamamalıdır. Devralan mirasçının esaslı yanılmaya dayanarak, miras paylaşma sözleşmesinin iptalini sağlama imkânı saklıdır[783].

Ele alınması gereken son mesele, miras payı devredenin sözleşmeden dönme hakkını kullanıp kullanamayacağıdır. İvazlı devir sözleşmesinde devralan, karşı edimi ifa etmede temerrüde düşmüşse ya da gerçekleştirdiği ifa ayıplı ise devredenin sözleşmeden dönmesi gündeme gelebilir[784]. Sözleşmeden dönme hakkının

---

[781] **ÖZ,** s. 84.

[782] Sözleşmeden dönme, belirli koşulların gerçekleşmesiyle taraflardan biri tarafından kullanılan yenilik doğurucu hak olarak nitelenebilir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına konu kararlarda; borçlu temerrüdü veya ayıp hükümleri gibi sözleşmeden dönmeye imkân tanıyan vakıalar tespit edilmiş değildir. Tespit edilen vakıa, devir sonrası paylı mülkiyet rejimine geçme konusunda tarafların her ikisinin de itiraz etmemiş olmasıdır.

[783] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 634 ZGB, N. 7; **TEKELİOĞLU,** s. 193.

[784] Aynı tartışma bağışlama sözleşmesi ve bağışlamanın geri alınmasına yansıtılabilir. Bağışlamanın geri alınmasının doğurduğu etki için bkz. **TÜRKMEN, s. 335.**

tartışılmasının nedeni, devrin İsviçre-Türk hukukunda sübjektif kısmi paylaşmaya hizmet ettiğinin kabul görmesidir[785]. Dar ve teknik anlamıyla sübjektif paylaşma sözleşmesinden bahis açabilmek için tüm mirasçıların bu sözleşmeye taraf olması aranır. Oysa miras payının devri sözleşmesi, devrin tarafları arasında kurulur. Devir sözleşmesinin, sonucu itibarıyla sübjektif kısmi paylaşma sonucu ile örtüşmesi sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı şeklinde yorumlanamaz. Ancak, sözleşmede kullanılan ifadelerden devredenin devir sözleşmesiyle mirasçılar topluluğundan ayrılma menfaatinin bulunduğu çıkarılabiliyorsa sözleşmeden dönme hakkının kullanımı tartışmaya açılabilir.

Sözleşmenin konusunun terekeden soyut malvarlığı değeri niteliğindeki pay olduğu durumda ifaya ilişkin sonuçlar bu şekilde ortaya konabilir. Devrin konusunun paylaşma sonucu olarak kararlaştırıldığı durum, ayrıca ele alınmalıdır.

(2) Miras açıldıktan sonra kurulan ve özgülenecek değerleri konu alan sözleşmelerin ifası da kırılgan noktalar içerir. Devir alacaklısının mirasçılar topluluğunda yer almadığı olasılıkta paylaşma müzakerelerinin devir alacaklısı lehine yürütülmesi, hızlı ve etkin paylaşmanın tamamlanması, paylaşma tamamlandıktan sonra borcun ifa edilmesi risk teşkil eder. Açılmamış miras hakkında sözleşmede önerildiği gibi (i) paylaşma müzakerelerinin hızlı ve etkin yürütülebilmesi için devir alacaklısının temsil yetkisiyle donatılması kararlaştırılabilir. Temsil yetkisiyle donatılmış olsun olmasın devir alacaklısı paylaşmaya kayyımın katılmasını talep edebilir. (ii) Paylaşmanın belirli sürede tamamlanması ya da paylaşmada devredene belirli değerlerin özgülenmesi, sözleşmede bozucu koşul olarak yer alabilir. (iii) Paylaşmanın istenmemesi, tenkis davası, denkleştirme davası, ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açılmaması durumunda, paylaşma tamamlanmasına rağmen ifada bulunulmaması üzerine devralan irade beyanına hükmedilmesi imkanından yararlanabilir[786]. (iv) Devir alacaklısının, devir borçlusunun açacağı tenkis davası gibi

---

Bağışlamanın geri alınmasında, bağışlayanın malvarlığının özünden yaptığı kazandırmanın temelini sarsan sebepler gözetilir. Bu nedenle bağışlama sözleşmesi, devredenin topluluktan ayrılma amacını öncelese dahi bağışlayan geri alma hakkını kullanabilir. Bağışlama sözleşmesinin geri alınmasına olanak tanıyan sebepler ve değerlendirilmesi için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** C. I, s. 407; **TÜRKMEN,** s. 161

[785] Alman hukukunda üçüncü kişiye yapılan devir sübjektif kısmi paylaşma sonucunu doğurmaz. Payını diğer mirasçılardan birine devretse dahi, mirasçı statüsünü yitirmez (ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 5; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 35.). Bu yönde bkz. **WOLF,** Grundfragen, s. 139; BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 20b; SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 10; CHK-**GÖKSU,** Art. 635 ZGB, N. 7; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 159; **ÇALIŞKAN DEMİR,** s. 134.

[786] Devir alacaklısı üçüncü kişinin, devreden özgülenen taşınmazın kendi adına tescilini sağlayabileceğini ortaya koyan, taşınmazlara özgü irade beyanına hükmetme uygulaması -tescile

davalara fer'i müdahil olarak katılması da miras oranının ve bu orana özgülenecek değerin maksimize edilmesini sağlar. Yukarıda detaylarıyla ortaya konan bu imkanlar, ifanın kırılgan noktalarını törpüler. Mirasçı lehine kredi açanın, korunup kollanmasına hizmet eder[787].

§13. MİRAS PAYININ HACZİ

Miras payı, mirasçı için olduğu kadar mirasçının alacaklıları için de özel ekonomik değer taşır. Nasıl mirasçı, miras payını devir sözleşmelerine konu ederek paylaşımdan önce mirastan yararlanma menfaatini önceleyebiliyorsa; mirasçının alacaklıları da miras paylaşılmadan önce alacağını elde edebilmek için avantaj yakalayabilir. Alman hukuku ile İsviçre-Türk hukuk sisteminde "miras payı" kavramına farklılaşan yaklaşım, payın haczinde de farklılığa yol açar.

(1) Alman hukukunda mirasçının alacaklısı, ZPO §859 hükmü uyarınca miras payının haczedilmesini sağlayabilir. Miras payının haczedilebilmesi için haciz emrinin diğer mirasçılara, vasiyeti yerine getirme görevlisine ya da tereke temsilcisine tebliğ edilmelidir (ZPO §857). Haczin konusu miras payıdır. Haciz, terekede yer alan münferit değerlerdeki payın haczi olarak kavranamaz[788]. Genel haciz uygulaması, mahcuz mal üzerindeki tasarrufun alacaklıya karşı etki doğurmasını engeller. Bu nisbi etkisizlik yaptırımının, miras payı haczinde özel bir anlamı bulunmaz. Zira, hacizden sonra miras payının devri tereke değerleri üzerinde etki doğurmadığından, alacaklıyı zarara uğratma ihtimali bulunmaz. Buna karşın, terekedeki değer üzerinde tasarrufta bulunulacaksa, hacizli alacaklının katılımına gereksinim duyulur[789].

Miras payının haczedilmesi, takip alacaklısına kendiliğinden özel yoldan satış yetkisi bahşetmez. Esas olan, açık artırma yoluyla satıştır. Miras payı, açık artırmada

---

zorlama davası- örneği olarak Yargıtay'ın 8. Hukuku Dairesi'nin vermiş olduğu karar incelenebilir. **Y. 8. HD., 01.10.2007 T., 2007/5059 E., 2007/5321 K.:** *"Davacı Nedime 30.12.1996 tarihli satış senediyle Polatlı Kadastro Mahkemesinin 1978/148 esasında kayıtlı 18 numaralı parselde Muharrem Türkoğlu hissesine tekabül eden 43.000 m2 yeri satın almıştır. Davalı Muharrem de Polatlı Asliye 2. Hukuk Mahkemesinin 2002/130 esas sayılı dava dosyasında bu durumu kabul etmiştir. 18 numaralı parsel ifrazen bir çok parsele gitmiş, dava konusu yer ise, 469 parsel numarasını almış ve Muharrem Türkoğlu'nun payı belirlenmiştir. MK.nun 612 maddesi hükmüne göre, miras payının devrine ilişkin olarak üçüncü kişilerle yapılan yazılı sözleşmeler, paylaşma sonucunda mirasçıya özgülenen payın alıcıya verilmesini isteme hakkını sağlar. Davalı Muharrem'in Polatlı 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/130 esas sayılı dosyasındaki kabulü, bilahare bu kişinin payının 469 numaralı parselle 1224/1440 pay olarak belirlenmiş olması karşısında davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmiş olması doğru olmamıştır."* **(Kazancı, E.T.: 13.12.2024).**

[787] Borçlandırıcı işlem mahiyetindeki devir sözleşmelerinin taşıdığı ifa aşamasına ilişkin kırılgan noktaların aşılmasını sağlayan imkanlar hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. **§6.**

[788] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 47.

[789] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 50.

en yüksek teklifi verene satılır. Açık artırma yoluyla payın üçüncü kişiye satılıp devredilmesi, mirasçılar topluluğunda yer alan diğer mirasçılar için önalım olayı teşkil etmez[790]. Açık artırma yoluyla miras payını edinen mirasçı, terekeyi idare etme yükümlülüklerinden sorumlu tutulamaz[791]. Yüksek Mahkeme içtihadına göre miras payını haczettirmiş takip alacaklısının, terekenin paylaşımı veya objektif kısmi paylaşımı için diğer mirasçılara başvuruda bulunabileceği kabul edilir (**BGH ZEV 1999, 69**).

Miras payının devredilebildiği çevrenin diğer hukuk sistemlerine göre taşıdığı genişlik, miras payının görece yüksek tutarda paraya çevrilmesine hizmet eder. Böylelikle alacaklılar efektif biçimde korunmuş olur. Payı paraya çevrilen mirasçının da tereke borcundan sorumluluğu devir anı dikkate alınarak sınırlanmış olur. İsviçre-Türk hukuk sisteminde esas olan tasfiye payının haczedilmesi olduğundan, mirasçının sorumluluk alanı daralma göstermez.

(2) İsviçre hukukunda miras payının haczi, elbirliği ile hak sahipliğinde pay haczinin düzenleyen SchKG Art. 104 ve VVAG Art. 1-16 hükümlerinde ihdas edilir. Alacaklı, bu hükümler uyarınca Alman hukukunda olduğu gibi soyutlanmış payın haczini değil; borçlunun tasfiye payının haczini talep edebilir[792]. Tereke unsurları farklı yerlerde bulunsa bile, haciz istemi borçlunun yerleşim yeri icra dairesine yöneltilmelidir[793].

Haczin konusu borçlu mirasçının terekenin paylaşımı sonucunda elde edeceği tasfiye payıdır. Haczin konusu tasfiye payı olduğundan, tereke değerlerine ilişkin tedbir alınmasında gereklilik bulunmaz. Terekede taşınmaz bulunması olasılığında, tapu siciline tasarruf yetkisini kısıtlayan herhangi bir şerh düşülemez. Ancak GBV Art. 130 uyarınca, borçlu mirasçının tasfiye payının haczedildiği beyanlar hanesine yazılabilir[794].

---

[790] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 51-52.

[791] ErmanKomm-**BAYER,** BGB 2033, Rn. 6.
Açık artırma yoluyla satışın, mirasçılar topluluğunun menfaatini öncelemediği görülür. Deyim yerindeyse yabancıların topluluğa dahil olması, borçlu olmayan mirasçılar için olumsuz sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle *de lege ferenda* bir öneri olarak, ilk etapta mirasçılar lehine açık artırmaya çıkarma gibi bir zorunluluk öngörülebilir (StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 52).

[792] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 25; SK-**SCHLEGEL/ZOPFI,** SchKG Art. 104, N. 2; OFK-**KOSTKIEWICZ,** SchKG Art. 104, N. 1; **GÜMAN,** s. 152.
BGE 91 III 69, E. 1.

[793] Borçlu mirasçının İsviçre'de yerleşim yeri bulunmuyorsa yetkili icra dairesi mirasbırakanın son yerleşim yeridir (SK-**SCHLEGEL/ZOPFI,** SchKG Art. 104, N. 2; OFK-**KOSTKIEWICZ,** SchKG Art. 104, N. 3).

[794] SK-**SCHLEGEL/ZOPFI,** SchKG Art. 104, N. 7.

Tasfiye payının haczi için VVAG'de öngörülen sıraya uyulmalıdır. Terekeden elde edilen gelir gibi borçlunun tasarrufunda değerler söz konusu ise önce bu gruptaki mal ve hakların haczedilmesi gerekir. Bu grupta değer bulunamaması ya da bulunan değerlerin alacağı karşılamaması üzerine tasfiye payının haczedilmesi gündeme gelir[795].

Borçlu mirasçı, aynı zamanda aynı alacaklı tarafından tereke borçlarından dolayı da karşı takip edilebilir durumdaysa alacaklının iki imkanı bulur. Alacaklı dilerse borçlunun müteselsil sorumluluğuna başvurarak, borçluyu malvarlığından sorumlu tutabilir. İkinci olarak, tasfiye payının haczedilmesi için takip yoluna girişebilir. Mirasçının tasfiye payının haczedilmesi, tüm malvarlığı ile sorumlu tutulmasını engellemez. Alacaklı genel haciz yoluyla takip yolunu da tercih edebilir. Federal Mahkeme **BGE 73 III 113** künyeli kararında, alacaklının serbest seçim hakkını kullanabilmesi için aynı icra dairelerinin yetkili olması gerektiğini kabul eder[796].

(3) Türk hukukunda da miras payının alacaklı tarafından haczedilmesi mümkündür (TMK m. 648, İİK m. 94). Haczin konusu, İsviçre hukukunda olduğu gibi tasfiye payının haczidir[797]. Dolayısıyla haczin tereke değerleri üzerinde etkisi bulunmaz. Buna karşın alacaklının menfaatinin korunabilmesi için, terekede yer alan taşınmazın tapu kütüğüne tasarruf yetkisini sınırlayan haciz şerhini düşülebileceği de kabul edilir[798].

İİK m. 85 hükmü, İsviçre'deki VVAG'de olduğu gibi özel bir sıra öngörmez. Dolayısıyla alacaklı, borçlu mirasçının başkaca mallarını konu edinen takip talebinde bulunmadan, tasfiye payının haczini talep edebilir[799].

---

[795] VVAG'de düzenlenen haciz sırasına ilişkin üç ana grup için bkz. **GÜMAN,** s. 163.
[796] SK-**SCHLEGEL/ZOPFI,** SchKG Art. 104, N. 8.
[797] **GÜMAN,** s. 168; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 206.
[798] **GÜMAN,** s. 175.
Y. 12. HD., 02.11.2010 T., 2010/12543 E., 2010/25490 K.:*"Borçlunun bir taşınmaz üzerindeki miras hissesi tapu siciline tescil edilmemiş ise alacaklının, öncelikle İ.İ.K.nun 94/II. Maddeye göre borçlunun miras hissesinin tapu siciline tescilini sağlaması ondan sonra miras hissesinin İ.İ.K.nun 121. maddesine göre paraya çevrilmesini istemesi gerekir. Alacaklı, borçlunun miras hissesini tapu siciline tescil ettirmeden (intikali sağlamadan) borçlunun miras hissesinin İ.İ.K.nun 121. maddesine göre paraya çevrilmesini isteyemez. İ.İ.K.nun 121. maddesindeki yola başvurulmadan terekedeki elbirliği halinde tasarruf edilen bir malın borçlu mirasçısının borcundan dolayı satılması mümkün değildir. Ortaklığın satış sureti ile giderilmesine karar verilmesi halinde satışın sonucuna kadar borçlunun o mal üzerindeki hissesi henüz belirli ve ayrılmış değildir (Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı s.545). Somut olayda borçlulara murislerinden intikal edecek hisselere haciz konmuş olup, taşınmazların henüz borçlular adına intikali yapılmadan taşınmazların taksim edilmemiş bir hali ile bir bütün olarak değerinin tespitine veraset ilamına göre borçluların ayrı ayrı hisse değerlerinin tespitine karar verilmesi İ.İ.K.nun 94 ve 121. maddelerine aykırı süresiz şikayete tabi olup icra müdürlüğünün bu yönde yaptığı 25.9.2009 tarihli işleminin iptali gerekmektedir."* **(Kazancı, E.T.: 13.12.2024).**
[799] **GÜMAN,** s. 164.

Borçlu mirasçının alacaklısı, haczedilen tasfiye payının paraya çevrilmesi yoluyla tatmin edilir. Bu nedenle, paylaşım fazında borçlu mirasçıya özgülenecek değerlerin maksimize edilmesi alacaklının da menfaatinedir. Ne var ki, tasfiye payı haczedilmiş mirasçının paylaşma fazındaki müzakereleri etkin biçimde yürütmeyeceği de göz önünde tutulmalıdır. Ne de olsa, özgülenecek değerler paraya çevrilecektir. Alacaklının tatmin edilme riskini yükselten bu ihtimal karşısında, TMK m. 648'te (ZGB Art. 609) miras payını haczettirmiş alacaklıya özel bir olanak tanır. Buna göre miras payını haczettirmiş alacaklı, paylaşmaya kayyımın katılmasını talep edebilir[800].

Kayyım atanması talebinin yanında alacaklı İİK m. 121 hükmünden de istifade edebilir. Hüküm sayesinde payı haczeden icra müdürü, satışın nasıl yapılması gerektiğini icra mahkemesine sorar. İcra hakimi, yerleşim yeri bilinen ilgilileri davet eder. İlgililerden davete icabet edenler dinlendikten sonra açık artırmaya hükmedilebilir[801]. Dahası haciz isteminde bulunan alacaklıya, paylaşma davası açma yetkisi verilebilir[802]. Bu yetki kullanıldığında, miras paylaşımı tamamlanır ve borçlu mirasçıya özgülenen değerler, paraya çevrilerek alacaklı tatmin edilir. Alacaklı İİK m. 121 uyarınca paylaşmaya yönelik hakkını kullandıktan sonra, miras başka bir şekilde paylaşılırsa alacaklının hukuki yararı kalmadığı kabul edilir[803].

---

[800] Kayyım atanması ve etkileri için bkz. **§6, I.**

[801] İntifa hakkının paraya çevrilmesi metodundan yararlanılır. İsviçre hukuku için aynı yönde bkz. SK-**SCHLEGEL/ZOPFI,** SchKG Art. 104, N. 4.

[802] **GÜMAN,** s. 294; **BAYGIN,** s. 190; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 206.

[803] **Y. 14. HD., 08.12.2020 T., 2020/2342 E., 2020/8177 K.:** *"Dava; İİK'nin 121. maddesi uyarınca alınan yetki belgesine dayalı olarak açılan ortaklığın giderilmesi isteğine ilişkindir. Borçlunun ölümü üzerine mirasçıların tümü mirası reddetmiştir. TMK'nin 612. maddesine göre; en yakın mirasçıların tamamı tarafından reddolunan miras, sulh hukuk mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir ve tasfiye sonunda arta kalan değerler, mirası reddetmemiş gibi hak sahiplerine verilir. Yukarıda açıklandığı üzere, davacının (alacaklının) tasfiye edilecek terekesine alacağını yazdırması ve buradan tahsili cihetine gidilmesi gerekir. İcra ve İflas Kanununun 121. maddesi gereğince yetki alarak dava konusu taşınmaz yönünden ortaklığın giderilmesi davası açmasında hukuki yararı kalmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekir."* **(Kazancı, E.T.: 13.12.2024); Y. 7. HD., 01.03.2022 T., 2022/1518 E., 2022/8075 E.:** *"Somut olaya gelince; davacı tarafından borçlu ... hakkında, Bursa 18. İcra Müdürlüğünün 2012/10710 Esas sayılı dosyası ile yapılan icra takibi neticesinde, dava konusu taşınmazdaki ... miras hissesi üzerine haciz konularak, Bursa 4. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2014/599 Esas, 2014/716 Karar sayılı dosyası üzerinden İİK'nun 121. maddesi gereğince verilen yetki belgesine istinaden ortaklığın giderilmesi davası açılmıştır. Davacı vekili 24.11.2021 tarihli dilekçesiyle Bursa 18. İcra Müdürlüğünün 2012/10710 Esas sayılı dosyasının borcunun 21.12.2016 tarihinde ödendiğini ve dosyanın 22.12.2016 tarihinde infazen kapatıldığını beyan etmiştir. Bu nedenle davacının İİK'nun 121 maddesi gereğince başlangıçta dava açma hakkı ve yetkisi olmasına rağmen, yargılama sırasında borcun ödendiği beyan edildiğinden davacının davanın görülmesinde hukuki yararının kalıp kalmadığı değerlendirilerek bir karar verilmesi gerektiğinden hükmün bozulması gerekmiştir."* **(Kazancı, E.T.: 13.12.2024).**

§14. DEVRİN TEREKE BORÇLARINDAN SORUMLULUĞA ETKİSİ

Miras payını ivazlı devreden mirasçının, intikal eden miras sayesinde elde etmeyi umduğu menfaate dolaylı şekilde erişirken, sorumluluk alanını da daraltma olanağının devam ettiği gözlemlenir. Bu daraltıma özellikle, miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmelerinde rastlanır[804]. Miras açıldıktan sonra, mirasçılar arasında kurulan miras payının devri sözleşmesiyle payının tamamını diğer mirasçı veya mirasçılara devredenin mirasçılar topluluğundan ayrılması esastır. Böylelikle mirasçılar topluluğunda, kişi sayısı bakımından bir azalma meydana gelir. Bu durum öğretide sübjektif kısmi paylaşma olarak adlandırılır[805]. Sübjektif kısmi paylaşma da paylaşmanın bir alt görünümü olarak kabul görür[806]. Payını devrederek, mirasçılar topluluğundan ayrılan mirasçı açısından mirasın paylaşımı gerçekleşmiş sayılır. Devreden, irade serbestisine uygun biçimde payına tekabül eden ivaz karşılığında tereke ile bağlantısını koparmayı tercih etmiştir. Şu hâlde ivazlı devredenin, miras payı sayesinde menfaat elde ettiğinin altı bir kez daha çizilmelidir. Devreden bu sayede, mirasın paylaşılmasına ilişkin belirsizlikleri de ardında bırakmış olur. Ne var ki tüm bunların yanında, terekede kişiye özgü, sübjektif kısmi paylaşma gerçekleştiğinden devreden, paylaşmanın sonuçlarına da katlanmakla yükümlüdür. Yükümlülüklerin başında tereke borçlarından müteselsil sorumluluk gelir. Yasa, TMK m. 681 hükmüyle müteselsil sorumluluk süresini beş yılla sınırlar. Miras payını devrederek, topluluktan ayrılan mirasçı için beş yılla sınırlı sorumluluk süresinin başlangıç anı tartışmalıdır. Öğretide yer alan birinci görüş, miras payının devri sözleşmesinin diğer mirasçıların katılımı olmaksızın kurulduğuna dikkat çekerek, bu sözleşmenin tam anlamıyla sübjektif kısmi paylaşma teşkil etmeyeceğini bildirir. Bu nedenle devreden mirasçının sorumluluğunda kıyas yoluyla da olsa bir sınırlamaya gidilmemelidir. Devreden de diğer mirasçılar gibi mirasın taksiminden itibaren beş yıl boyunca müteselsilen sorumlu tutulabilmelidir[807]. İkinci görüşü savunan yazarlar, sübjektif kısmi paylaşmaya bağlanan sonuçların burada da devreye girmesi gerektiğini ileri sürer. Bu görüşü savunan yazarlara göre devredenin müteselsil sorumluluğu devri

---

[804] Miras açılmadan önce kurulan açılmamış miras hakkında sözleşme uyarınca, tarafların tereke borçlarından sorumluluğu için aşağıda bkz. **§9.**

[805] Bu esas Alman, İsviçre ve Türk hukuku bakımından yürürlüktedir. Bkz. **WOLF/von BARY,** s. 154; StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 6; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 17; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 30.

[806] **WOLF,** Grundfragen, s. 168; CHK-**GÖKSU,** Art. 634 ZGB, N. 6; **OZANEMRE YAYLA,** s. 182.

[807] BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 28; BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 13; **SEROZAN/ENGİN,** §7, N. 21.

takip eden beş yıl sonunda ortadan kalkar. Bu süreçte terekenin tamamının paylaşılmış olup olmaması devredenin sorumluluğu için özel bir önem taşımaz[808]. İlk görüş miras payını devredenden ziyade alacaklıların menfaatini gözetirken; ikinci görüşün miras payını devredenin menfaatini kolladığı tespit edilir. *ROUILLER,* iki görüşün de belirli koşullarda savunulması gerektiğini ortalama bir çözüm olarak sunar. Yazar, sübjektif paylaşma sözleşmelerinin tüm mirasçıların katılımını gerektirdiğinden hareket ederek belirli açıklığı taşıdığını kabul eder. Buna karşın miras payının devri sözleşmesinin diğer mirasçılardan ve alacaklılardan uzakta, kapalı kapılar ardında akdedilmesi de pek olasıdır. Yazara göre eğer ki, miras payının devri sözleşmesi tarih içeriyorsa ya da noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılmışsa beş yıllık müteselsil borçluluk süresi, devir sözleşmesinin kurulmasıyla başlamalıdır. Sürenin sona ermesiyle de devreden sorumlu tutulamamalıdır[809]. Sözleşme metninden, sorumluluk sınırının tespitine imkan tanıyan bilgilerin edinilebildiği durumlar için beş yıllık müteselsil borçluluk süresinin başlangıç anının devir anı olarak kabul edilmesi gerektiği savı yerinde görülür. Devir sözleşmesinden özellikle zamansal çıkarımda bulunulamıyorsa devreden, miras paylaşımının tamamlanmasını takip eden beş yıl boyuna müteselsilen borçlu olmaya devam etmelidir. Böylelikle devreden ve alacaklıların menfaati arasında bir denge kurulmuş olur[810].

Miras payının tamamını devrederek topluluktan ayrılmış mirasçı, hem miras payından öncelenmiş biçimde yararlanır hem de sorumluluk alanını daraltır. Böylelikle mirasın uzun zaman paylaşılamamasının olası olumsuz etkilerini iradi olarak dışlamış olur.

Devir tarihi hakkında şüpheye yer vermeyen devirlerde devreden mirasçı, devri takip eden beş yıl boyunca müteselsilen sorumlu tutulmaya devam eder. Ancak bu noktada, devreden mirasçının tereke ile özellikle terekede yer alan değerler ve haklarla ilişkisinin koptuğu da göz ardı edilmemelidir. Devir tarihinden sonra terekedeki değer nedeniyle meydana gelen zararlardan, devredenin sorumlu tutulması mümkün

---

[808] **KOHLER,** s. 219; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 558; **EREN,** s. 148; **ÖZAKMAN,** s. 177; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 18; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 187; **KOCAR,** s. 210.

[809] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 11. Yazar, OR art. 181'dekine benzer bir bildirimden söz etmez. Sözleşme metninden sorumluluk sınırına ilişkin bilgilerin edinilebilmesi yeterli görülmelidir.

[810] Öğretide malvarlığının veya işletmenin devrini düzenleyen OR Art. 181 ve TBK m. 202 hükümlerinin de sorumluluk bahsinde özel olarak ele alınması gerektiğini tartışan yazarlara rastlanır. Tez, miras payını özel bir malvarlığı olarak nitelemekten kaçınır. Teze göre miras payı terekedeki değer üzerinde hak sahipliğini yansıtan, işaret eden ama terekeden soyut bir malvarlığı değeridir. Bu kabul gereği OR Art. 181 ve TBK m. 202 hükümlerinin masaya yatırılması gerekmez. Bu tartışmanın takibi için bkz. **KOHLER,** s. 224 vd.; **ÖZAKMAN,** 161-162; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 190-191.

görünmez. Devreden, yapı maliki olarak terekedeki yer alan yapının bakımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten sorumlu tutulmaz[811]. Eşyaya bağlı borçlardan sorumlu tutulamaz. Söz gelimi terekede yer alan taşınmaz üzerinde tesis edilmiş geçit irtifakı uyarınca geçit alanın bakımını yapma borcunun ifası devredenden istenemez[812].

Tereke alacaklıları, tereke borçlarının mirasçılar arasında bölünmesine veya nakline rıza gösterirse tereke borcundan sorumlu mirasçı veya mirasçılara başvurabilir. Alacaklılar, devreden mirasçının tereke borçlarından sorumlu olmayacak şekilde tayinine rıza gösterirse devreden mirasçıya ifa için başvuramaz. Devreden, rıza gösteren alacaklı nezdinde sorumlu tutulamaz[813].

Paylaşım sonucunun borçlanıldığı miras payının devri sözleşmelerinde, ifa paylaşmanın tamamlanmasıyla gerçekleştirilebilir. Esas olan özgülenen tereke değerlerinin devralanın malvarlığına geçirilmesidir. Bunun yanında paylaşım sırasında devir borçlusu mirasçının payına borç isabet ettirilmişse devir alacaklısının bu borçtan sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır. Açılmamış miras hakkında sözleşme bahsinde aktarıldığı gibi bir görüş, TBK m. 202/OR Art. 181 hükümleri uyarınca devir borçlusunun da müteselsilen sorumlu tutulabileceğini kabul eder. Üstünlük tanınan görüş uyarınca devir alacaklısı, yalnızca devir borçlusu mirasçının payına özgülenen değerler nedeniyle ortaya çıkan borçlardan sorumlu tutulabilmelidir. Yani devir borçlusunun payına bir ticari işletme intikal ederse, devir alacaklısı TBK m. 202/ OR Art. 181 hükümlerine riayet etmek koşuluyla bu işletmeden kaynaklanan borçlardan sorumlu tutulabilir. Bunun yanında özgülenen tereke değeri nedeniyle ifa edilmesi gereken bir borç söz konusuysa örneğin taşınmazın bakım ve onarım masrafları gibi, devir alacaklısı bu borçlardan da sorumlu tutulabilir. Bunu aşan biçimde, devir borçlusunun payına isabet ettirilmiş borçların tamamından sorumlu tutulamaz.

---

[811] **LEMMERZ,** s. 1248; **SARAÇOĞLU,** s. 119-122.
[812] **LEMMERZ,** s. 1248; **KOCABAŞ,** s. 252.
[813] BSK- **SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER,** Art. 635 ZGB, N. 13; BK-**TOUR/PICENONI,** Art, 635 ZGB, N. 20; **KOHLER,** s. 225; [813] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 11; **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 189.

§15. MİRAS PAYININ DEVRİ SÖZLEŞEMLERİNDE UYGULANACAK HUKUK SEÇİMİ

Miras açıldıktan sonra kurulan ve genel olarak miras payının devrini konu alan sözleşmeler, İsviçre-Türk hukuk sisteminde mirasçılara hitap eden sözleşmelerdir. Diğer bir deyişle, mirasçılar bu sözleşmeye taraf olabilir. Bu gerçeği gözeten İsviçre öğretisi, ZGB Art. 635 Abs. 1'de yer alan miras payının devri sözleşmelerinin mirasçılık statüsü (*Erbstatut*) ile ilgili olduğunu saptar. Bunun sonucunda da IPRG Art. 92 hükmü devreye girmelidir. IPRG Art. 92 devrin konusu, kurulması, şekli ve etkisi bakımından mirasbırakanın son yerleşim yeri hukukunun uygulanmasını emreder. Bu nedenle, miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmelerinde taraflar, serbestçe hukuk seçiminde bulunamaz[814]. Federal Mahkeme'nin de içtihadı bu yöndedir[815].

Miras açıldıktan sonra kurulan ve miras payının genel olarak devrini değil de paylaşma sonucunu konu edinen ZGB Art. 635 Abs. 2'de düzenlenen sözleşmelerle ilgili olarak öğreti hukuk seçimi yapılabileceğini kabul eder. Bunun altında yatan gerekçe ise, tasfiye payının devrini konu edinen sözleşmelerde, tarafların iradesinin malvarlığı değerlerinin devri hususunda mutabık kalmalarıdır. Tarafların sözleşmede güttükleri amaç dikkate alınırsa, mirasçılık statüsünün karakteristik bir baskınlığından söz edilemez. Ayrıca mirasçı olmayan üçüncü kişilerin devralan olarak konumlanabilmesi de bu saptamanın doğruluğunu kuvvetlendirir. Dolayısıyla, ZGB Art. 635 Abs. 2'de yer alan, tasfiye payının devrini özellikle de satışını konu edinen sözleşmelerde hukuk seçiminde bulunmak mümkün olmalıdır[816].

İsviçre hukukunda ileri sürülen görüşler, MÖHUK bağlamında da kabul görebilir. TMK m. 677 f. I'de yer alan miras payının devri sözleşmesi, mirasçılık statüsü ile ilgili olduğundan MÖHUK m. 20 uyarınca tarafların hukuk seçimi devre dışıdır. Öte yandan tasfiye payını konu alan devir sözleşmeleri hakkında taraflarca hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilebilir (TMK m. 677 f. II, m. 678; MÖHUK m. 24).

---

[814] SHK- **ROUILLER,** Art. 635 N. 24; PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 44; BSK-**MINNIG,** Art 635 ZGB, N. 17; CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 30.
[815] **BGE 118 II 514 E. 3-4.**
[816] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 44; CR CC II-**VOUILLOZ,** Art. 635 N. 31.

§16. VERGİ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR

Terekenin henüz paylaşılmadığı dönemde mirasçılar arasında kurulan miras payının devri sözleşmelerinin doğurduğu bazı etkiler vergi hukuku sahasında da sonuç doğurur. İnceleme konumuz bakımından veraset ve intikal vergisi ile emlak vergisine özgü sonuçlarla karşılaşılır.

Veraset ve intikal vergileri iki ayrı şekilde uygulanabilir. Birinci uygulamada, mirasçılar tereke paylaşılmasa bile miras paylarına oranla vergi ödemekle mükellef kılınır. Bu vergilendirme modeli tereke vergisi olarak adlandırılır. Bu ihtimalde vergi borçlusu mirasın intikaliyle tespit edilir. TMK m. 677 f. I hükmüne uygun yapılan miras payının devri sözleşmesi, devralanın miras payını ve oranını genişleteceğinden, genişleyen kısım için vergi ödeme borcundan devralan sorumlu olmalıdır. Devreden, vergi borcunu miras payının devri sözleşmesinden önce ödemişse, devir sözleşmesindeki ivaz bu durum gözetilerek kararlaştırılabilir[817].

Veraset ve intikal vergisine ilişkin ikinci uygulama, terekenin paylaşılması sonucunda mirasçıya özgülenen değerlere göre vergilendirmenin esas olduğu uygulamadır. Bu uygulama, miras payı vergisi olarak adlandırılır. Bu uygulamada vergilendirme, intikal ile mümkün olduğundan miras payını devreden mirasçının vergi borcu bulunmaz. Devreden miras payının tamamını devretmişse, devralan kendisine paylaşma sonucunda intikal eden değerler üzerinden vergilendirilir. Miras payı kısmen devredilmişse, devreden de kendi payına intikal eden kısma isabet eden değerler oranınca vergi ödemekle mükelleftir[818].

Borçlandırıcı işlem mahiyetindeki miras payının devri sözleşmelerinin kurgusu incelendiğinde, devir borçlusunun miras paylaşımı sonunda kendisine özgülenen değerleri, devralan devretme borcu altında olduğu görülür. Tereke değerlerinin devir borçlusunun malvarlığına intikal etmesi zorunluluk taşıdığından, devir borçlusu yukarıda anılan vergilendirme sistemlerinden hangisi tercih edilirse edilsin vergi yükümlüsü olur. Veraset ve intikal vergisini ödemesi gereken de esasında devir borçlusudur[819]. Devir borçlusunu, açılmamış miras hakkında sözleşmeyi kurma yoluna iten nedenlerin başında kredi temin etme ihtiyacı olduğu göz ardı edilmemelidir. Devir

---

[817] **TURHAN,** s. 208.
[818] **TURHAN,** s. 208.
7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu uyarınca, devredenin de vergi borçlusu olduğu kabul edildiği ve iç üstlenme anlaşmasıyla sorumluluğun kaldırılamadığı yönünde bkz. **GENÇ-ARIDEMİR,** s. 203.
[819] PraxKomm-**MABILLARD/BRENNIS-HOBI,** Art. 635 ZGB, N. 45.

borçlusu, prensip olarak likide ihtiyaç duyar. Bu nedenle açılmamış miras hakkında sözleşmelerde, veraset vergisinin devir alacaklısı tarafından ödeneceğine yer verilmesi önerilir. Bu türden bir sözleşme hükmüne rağmen veraset vergisini ödemekten imtina eden devir alacaklısı, ifa arzını engellediği için sorumlu bile tutulabilir.

Alman hukukunda miras payının devri sözleşmelerinin, tereke değerleri üzerinde bir etkisi bulunmadığının altı çizilse de tereke değerleri ile ilintili vergi uygulamasına rastlanır. Devir konusu payın imlediği terekede taşınmaz yer alıyorsa, miras payının devri sözleşmesinin tarafları emlak vergisi ödemekle mükelleftir. Emlak vergisi; taşınmaza atfedilen değerin, devir konusu miras payına oranlanmasıyla hesaplanır[820].

Terekede yer alan taşınmazdaki miras payının devrini konu alan sözleşme sonucu, devralan mirasçının pay edinimi tapu siciline yansıtılabilir. Taşınmazdaki payı devralan mirasçı adına yapılacak tescilde iktisap sebebi olarak "intikal ve payın temliki" açıklamalarının yazılması gerektiği bildirilir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, 27.11.1985 tarih ve 1478 sayılı Genelgesi bu duruma açıklık getirir. Genelge'de sicile tescil, önce intikal sonra temlik şeklinde yorumlanır. Bu nedenle, tescil istemini yerine getirilebilmesi için devir konusu taşınmaz payına ilişkin intikal vergisi borcunun ödenmiş olması aranır. Genelge hükmüne göre, vergi borcu ödenmedikçe pay, devralan adına tescil edilmez[821].

[820] StaudingerKomm-**LÖHNIG,** 2020, BGB 2033, Rn. 30.

[821] 1478 sayılı Genelge'nin ilgili kısmı şu şekildedir: *"Gayrimenkule ait veraset ve intikal vergisinin tahsil edilip edilmediğinin mahalli vergi dairesinden sorulması tahsil edildiğinin bildirilmesi veya mükelleflerce tahakkuk eden vergiye karşılık 6183 sayılı kanunun 10 ncu maddesine yazılı cins- ten (Bu maddenin 5 nci bendinde yazılı menkul mallar hariç) teminat gösterilerek intikal eden gayrimenkullerin bir kısmının veya tamamının devir ve ferağına izin verildiğinin bildirilmesi durumunda talebin karşılanması, aksi takdirde reddi gerekir."*

SONUÇ

Tez çalışması boyunca miras payının devrini konu alan sözleşmelere ilişkin yaklaşımlara ve tartışmalara, mukayeseli hukuk verilerinden yararlanılarak yer verildi. İncelenen yaklaşım ve tartışmalar neticesinde hukuk uygulamamız bakımından ulaşılan sonuçlara aşağıda yer almaktadır.

1. Türk Medeni Kanunu, *miras payı* kavramına çeşitli hükümlerinde yer vermiştir. Miras payı kavramının; *miras oranı, terekeyi yönetme ve terekeden yararlanma yetkisi* ile *miras paylaşma fazında oluşturulan birim* kavramlarını karşıladığı durumlar miras payının devrinin konusunu oluşturmaz. Bunun yanında miras payının devri işlemi, mirasçının tereke ile etkisini belli ölçüde sonlandırabilir. Yine mirasın paylaşımı fazında, adil paylaşım birimlerinin oluşması için miras payının devri işleminden faydalanmak mümkündür.

2. Dar ve teknik anlamıyla miras payının devri sözleşmesine konu olabilenler *miras açıldıktan sonra mirasçının malvarlığında yer alan, terekeyi imleyen ve terekeden soyut malvarlığı değeri miras payı* ile *mirasın paylaşımı sonucunda mirasçıya özgülenecek değerlerin toplamı*ndan ibarettir. Miras açıldıktan sonra terekeyi imleyen miras payı devri işleminin, elbirliği ile hak sahipliği rejimine istisna teşkil ettiği ağırlıklı olarak kabul edilir. Oysa tez, özellikle adi ortaklık ve aile malları ortaklığı rejimini de inceleyerek elbirliği ile hak sahipliği rejiminin pay devrini dışlamadığı sonucuna varır. Bu nedenle, miras payı devrinin miras açıldıktan sonra ancak mirasçılar arasındaki devrine ayni etki bağlayan TMK m. 677 hükmünü devri sınırlayan *emredici hüküm* olarak benimser.

3. Hukukumuzda miras açıldıktan sonra tereke değeri üzerindeki payın devrinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. 20.07.1985 tarihli ve 18817 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1984/2 E., 1985/5 K. künyeli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı bu tartışmaya son vermiştir. Kararda, elbirliği ile hak sahipliği rejimine tabi terekede yer alan *tereke unsurundaki payın* devrini konu alan mirasçılar arasındaki devir işlemleri ayni etki doğurmaya elverişli bulunmuştur. Tez, elbirliği ile hak sahipliğinin pay devrine yabancı olmadığını benimserken, TMK m. 701 uyarınca özel malvarlığındaki unsurda payın bulunmadığını kabul eder. Dolayısıyla İçtihadı Birleştirme Kararı'nın ve bu karara uyumlu ihdas edilen TMK m. 677 hükmünün elbirliği ile hak sahipliği rejimi ile bağdaşmadığını savunur. Bunun yanında tez, yasa metnini ve içtihadı da dışlamaz. Uygulamada sıklıkla başvurulan devir işlemlerinin *quasi paylaşım* sonucuna hizmet ettiğini tespit eder. Dolayısıyla amacı, paylaşmayla

sona erme olan tereke çerçevesinde kurulan bu türden devir işlemleri paylaşmaya hizmet ettiği ölçüde muteber bulunmalıdır. Devrin, *quasi paylaşım* olarak nitelenebilmesi için paylaşım safhasında sözleşme konusu tereke değerini devredene özgülenmesi mümkün görülmemelidir. Tereke değeri üzerindeki mülkiyet düzenin elbirliği mülkiyetinden, paylı mülkiyete dönüştürülmesi için yapılan başvuruda (TMK m. 644), devredenin itirazda bulunma hakkının bulunmadığı kabul edilerek *quasi paylaşım* sonucu yaşama geçirilebilir.

4. Miras payı kavramına, miras payının devri sözleşmeleri bağlamında atfedilen anlam ve TMK m. 677-678 hükümleri düzenlemeleri incelendiğinde, hukukumuzda dört farklı devir sözleşmesinin yürürlük bulabileceği tespit edilir:

(i) mirasın açılmasından önce muhtemel mirasçı, miras ümidini konu alan devir sözleşmesi kurabilir. Bu ihtimalde devrin konusu, *terekenin paylaşımı sonucunda kendisine özgülenecek değerlerin toplamıdır.* Devir sözleşmesi, salt borçlandırıcı etki doğurur.

(ii) miras açıldıktan sonra mirasçılardan biri, diğer bir mirasçıya miras payını devredebilir. Ayni etkili devrin konusu, *mirasçının malvarlığında yer alan ve terekeyi imleyen paydır.*

(iii) miras açıldıktan sonra mirasçılardan biri, diğer bir mirasçıya tereke değerindeki payını devredebilir. *Quasi paylaşım,* amacına hizmet eden devir muteberdir. Devreden, paylaşım safhasında bu değerin kendisine özgülenmesini talep edemez.

(iv) miras açıldıktan sonra mirasçılardan biri, *paylaşım sonucunda kendisine özgülenecek değerlerin toplamını* devretme borcu altına girebilir. Devir taahhüdünün alacaklısının mirasçı statüsünü taşıyıp taşımaması önem arz etmez.

5. Miras payının devrini, elbirliği ile hak sahipliği rejimine getirilmiş bir istisna olarak gören ağırlıklı görüş, miras payının devri işleminin amacını *mirasçının, miras menfaatinden öncelenmiş biçimde faydalanması* olarak saptar. Devir serbestisini kural olarak gören bu çalışma, miras menfaatinden öncelenmiş menfaat etmenin yanında farklı amaçları tespit eder. Miras payının devri sözleşmesi, mirasçının miras payı aracılığıyla kredi temin etme işlevi taşır. Kredinin geri ödenmesi veya kredi karşılığında teminat gösterilmesi mümkündür. Çalışmanın önemli bir bölümünde de Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemelerinin, kredi teminini sağlama bakımından yeterli olup olmadığı sorgulanmıştır. Miras açıldıktan sonra kurulan ayni etkili devir sözleşmelerinin taraflarının mirasçılarla sınırlanmış olmasının, kredi temin işlevini

önemli ölçüde engellediği tespit edilmiştir. Sözleşme tarafının seçimi için öngörülmüş sınırlamanın yalnızca kredi temin edilebilecek çevreyi sınırlamadığı, bunun ötesinde rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisinde miras payının değerlenmesinin önüne geçtiği saptanmıştır. Miras payının devri işleminin, kredi teminini optimal düzeyde sağlayabilmesi amacıyla Alman hukukunda olduğu gibi, payın devredilebileceği çevrenin serbest bırakılması gerektiği *de lege ferenda* önerilmektedir. Bu önerinin tamamlayıcısı olarak, mirasçılar topluluğuna bir başkasının girmesini, tereke idaresi ve terekenin paylaşımı bakımından tehdit olarak gören mirasçıların korunması için *de lege ferenda* Alman hukukundakine benzer *yasal önalım hakkı* kurumu ile dengelenmesi gerekir.

6. Miras payının devri işlemi diğer yandan mirasbırakanla dayanışmayı denkleştirmede rol oynayabilir. Denkleştirme borçlusu konumundaki yasal mirasçı, iade borcunu miras payı devri aracılığıyla ifa edebilir. Böylelikle dolaylı da olsa miras menfaatinden öncelenmiş biçimde yararlanır.

7. Miras payının devri sözleşmesi ile miras payını devrederek mirasçılar topluluğundan ayrılan mirasçı sorumluluk alanını daraltır. Tereke borçlarından kendi malvarlığı ile müteselsil sorumlu olan devreden mirasçı, müteselsil sorumluluğu devir anı ile sınırlamış olur. Bunun yanında tereke idaresine ilişkin yükümlülükleri son bulduğu için devir tarihi itibarıyla, tereke değerlerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulamaz. Terekede tüm mirasçılar adına işletilen ticari işletme yer almaktaysa da devir itibarıyla tacir unvanını taşımaktan kurtulur. Tacir olmanın olumsuz sonuçlarına katlanmaktan kurtulur. İflas yoluyla takibin önüne geçebilmesi için ticareti terk kurumuna ilişkin adımları tamamlamalıdır.

8. Miras açılmadan önce kurulan ve miras paylaşımı sonucunda özgülenecek değerlerin devrinin taahhüt edildiği sözleşme, *açılmamış miras hakkında sözleşme* olarak nitelendi. Muhtemel mirasbırakan henüz sağken kurulan bu sözleşmeler, mirasbırakanın ölümü hakkında spekülasyonlara sebebiyet verir. Muhtemel terekesi, sağlığında pazarlık konusu edilen mirasbırakanın bu sözleşmelere hâkim kılınması esastır (TMK m. 678). Yasaya yüklenen anlam ve görüşler incelenerek sözleşmenin geçerliliği hakkında aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

(i) Devir borçlusu muhtemel mirasçı olmalıdır. Devir, diğer muhtemel mirasçıya taahhüt edilse de taahhüdün etkisi borçlandırıcıdır. Dolayısıyla, borçlandırıcı etkiye devir işlemindeki şekil şartı kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Açılmamış miras hakkında sözleşmeler için aranan geçerlilik şekli, *resmi şekildir.*

(ii) Açılmamış miras hakkında sözleşmenin geçerliliği için aranan diğer bir koşul, muhtemel mirasbırakanın katılımı veya iznidir. TMK m. 678 hükmündeki değişiklik dikkate alınarak, muhtemel mirasbırakanın *icazetinin* sözleşmenin geçerliliği için yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Sözleşmenin geçerli olabilmesi için muhtemel mirasbırakanın *sözleşmenin kuruluşuna nezaret etmesi* veya *izni* aranmalıdır. Ancak bu şekilde dayatmalardan azade tutularak, gerçek anlamıyla sözleşmeye hâkim kılınabilir.

(iii) Muhtemel mirasbırakan, izin açıklamasını temsilci aracılığıyla açıklayabilir. Özellikle ayırt etme gücünü kaybettiği olasılıkta yasal temsilci izin açıklamasında bulunabilir. Aksinin kabulü, muhtemel mirasçı için *de facto hak ehliyeti sınırlaması* anlamına gelir.

(iv) İzin açıklaması herhangi bir şekle tabi değildir. Tartışmaya yer vermeyen açıklıkta izin verilmiş olduğunun ispat edilmesi yeterlidir. İspat yükü kural olarak, devir taahhüdünde bulunandadır.

(v) Açılmamış miras sözleşmesinin yürürlüğü hakkında şüpheye düşülmemesi adına muhtemel mirasbırakanın izin açıklamasını serbestçe geri alamayacağı kabul edilir. Bununla beraber, özellikle devir alacaklısı hakkında esaslı yanılmış olduğu durumlarda iptal hakkını kullanma imkânı saklıdır.

(vi) Muhtemel mirasbırakanın izin açıklamasının hüküm ve sonuç doğurması muhtemel mirasbırakan tarafından koşula bağlanabilir. Taraflar, kendi iradeleriyle baştan yaratılan bu belirsizliği göze almayı tercih etmiş sayılır. Muhtemel mirasbırakanın özellikle devir alacaklısı için öngördüğü belirli koşullar, sözleşmeye sempatiyle yaklaşmasını ve dolayısıyla izin verme olasılığını artırabilir.

9. Muhtemel mirasbırakanın katılması veya izninin açılmamış miras hakkında sözleşmeler üzerinde iki temel etkisi bulunur. İlki, sözleşmeyi geçersizlik yaptırımından kurtarmaktır. Tezde ele alınan ikinci etki; belirli ihtimallerde, muhtemel mirasbırakanın *gerçeğe aykırı bilgi vermekten kaynaklanan güven sorumluluğu*na veya *culpa in testando* sorumluluğuna sebebiyet verebilir. Sözleşmenin kurulduğu sırada edim dengesi hakkında en çok bilgiye sahip olan muhtemel mirasbırakandır. Terekeye dönüşme olasılığı bulunan malvarlığı, yaptığı ölüme bağlı tasarruflar ve karşı edim hakkındaki bilgilerin pek çoğuna vakıftır. Sözleşmeye nezaret etmesi veya izin vermesi istenen muhtemel mirasbırakan, terekesi veya ölüme bağlı tasarruflar hakkında yanlış bilgi vererek karşı edimin yükselmesine sebep verirse, devir alacaklısı olumsuz zararın tazminin talep edebilir. Zarar, teklif edilen ilk karşı edim kaçırılan

fırsat olarak değerlendirilerek tespit edilir. Tazminle yükümlü olan muhtemel mirasbırakandır. Yine muhtemel mirasbırakan, katılma veya izin sırasında devir borçlusunun miras oranını artıran ölüme bağlı tasarrufta bulunacağının sözünü vermişse ve bu sözü nedeniyle karşı edim değiştirilmişse, zarara uğrayan mirasbırakanın *culpa in testando* sorumluluğuna başvurarak olumsuz zararın tazminini talep edebilir. Zarar, mirasbırakanın ölümü ve vasiyetnamenin açılmasıyla öğrenilmişse zararı tazmin borcu terekeden karşılanmalıdır.

10. Geçersizlik sebebi taşıyan açılmamış miras hakkında sözleşme nedeniyle verilmiş şeylerin iadesine ilişkin olarak tez ikili ayrımı benimser. Geçersizlik, muhtemel mirasbırakanın katılımı veya izni eksikliğinden kaynaklanıyorsa iade TMK m. 678'de öngörülen kanuni iade rejimine tabi olmalıdır. Bunun dışında şekil eksikliği gibi nedenlerden ileri gelen geçersizlik hallerinde iade, sebepsiz zenginleşme rejimi çerçevesinde gerçekleştirilmelidir.

11. Açılmamış miras hakkında sözleşmelerin ifası, çeşitli vakıaların yığışmasına bağlıdır. Sözleşme kurulduktan sonra miras açılmalı, devir borçlusu mirasa ehil olmalı, miras paylaşılmalı ve tereke değeri devir borçlusuna özgülenmelidir. Bu vakıaların gerçekleşmesi ile devir borcu *muaccel* hale gelir. Devir alacaklısının ifa menfaatine kavuşması için borcun muacceliyetine kadar geçecek süreyi tolere edebilmesi beklenir. Devir borcuna yüklenen birincil işlev, muhtemel mirasçının miras menfaatinden öncelenmiş biçimde yararlanmasıdır. Dolayısıyla, devir alacaklısının karşı edimi önce ifa etmesi beklenir. Edimini önce ifa ederek, vakıaların gerçekleşmesini bekleyebilecek aktör prensipte kredi kuruluşu olarak tespit edilir.

12. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin ifasına ilişkin kırılganlık yalnızca muacceliyetle ilişkili değildir. Sözleşme kurulduktan sonra devir borçlusu, kendisine yüklenebilir nedenlerden ötürü mirasçı statüsünü kazanamayabilir. Yine mirasçı statüsünü kazanmasına rağmen, devrin konusunu maksimize edecek davaları açmaktan (ölüme bağlı tasarrufun iptali, mirasçılık sebebiyle istihkak, tenkis, denkleştirme davası) imtina edebilir. Dahası, mirasın paylaşımına ilişkin müzakerelerden kaçınabilir. Tüm bu sayılanlar, açılmamış miras sözleşmesinin ifasının kırılgan noktaları olarak göze çarpar. İfaya ilişkin kırılgan noktalar aşağıdaki yöntemlerle aşılır:

(i) Devir alacaklısı TMK m. 648 uyarınca, miras paylaşım fazına devir borçlusu yerine kayyımın katılmasını talep edebilir. Kayyım, elde edeceği değerleri devretme borcu altına giren mirasçıya nazaran daha efektif müzakere yürütebilecektir.

(ii) Sözleşmede devir alacaklısının paylaşma davası açma başta olmak üzere devrin konusunu maksimize edecek davaları açmakla yetkili kılınabilir. Temsil yetkisiyle donatılan devir alacaklısı paylaşma müzakerelerine de katılabilir. Paylaşmanın sonucu, kendisine devredilecek olan devir alacaklısının paylaşma fazını devir borçlusuna göre daha efektif yürüteceği düşünülür. Bu kurumun en zayıf noktası, temsil yetkisinin devir borçlusu tarafından dilediği zaman geri alınabilmesidir.

(iii) Açılmamış miras hakkında sözleşmede devir alacaklısı lehine öngörülen bozucu koşullar ile eli güçlendirilebilir. Terekenin net değerinin belli bir değerin altında olması, paylaşmanın belirli bir sürede tamamlanması veya devir borçlusunun mirasçılık statüsünü kaybetmesi gibi koşullara yer verilebilir. Bozucu koşulun gerçekleşmesi ile devir alacaklısı, ifa etmiş olduğu karşı edime ulaşabilir.

(iv) Devir alacaklısı, devir borçlusunun tarafı olduğu ölüme bağlı tasarrufun iptali ya da tenkisi davasına fer'i müdahil olarak katılabilir. Müdahalenin etkisinden faydalanabilir.

(v) Devir borçlusunun borcun ifası için yerine getirmesi gereken davranışların pek çoğu yapma borcunun ifası niteliğindedir. Sözgelimi anılan davaların açılması da yapma borcunun ifasının özel bir görünümüdür. Paylaşmayı isteme borcunda temerrüde düşürülen devir borçlusundan aynen ifa istendiğinde de durum böyledir. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin ifasının kronik olarak tıkandığı bu gibi noktaların aşılması için tez, *irade beyanına hükmedilmesi davasından* yararlanılabilmesi gerektiğini savunur. Mahkemenin borçlunun irade beyanına hükmetmesi ve davalının hükmedilmiş beyanda bulunduğunun varsayılması ile borcun muacceliyeti ve ifası koparılabilir.

13. İfaya ilişkin sayılan kırılgan noktalar yalnızca açılmamış miras hakkında sözleşmelere özgü değildir. Miras açıldıktan sonra kurulan ve paylaşma sonucu özgülenecek değerlerin toplamının devrinin taahhüt edildiği borçlandırıcı sözleşmeler için de yürürlüktedir. Dolayısıyla bu bahiste ulaşılan sonuçlar, TMK m. 677'nin ikinci fıkrasına uygun kurulan sözleşmeler için de uygulanabilir.

14. Mirasbırakanın muvazaalı işlemlerine karşı, devir alacaklısının kendisinin taraf olduğu muris muvazaası davası açabileceğini kabul eder.

15. Açılmamış miras sözleşmesinin ifa aşamasına ilişkin taşıdığı kırılgan noktalar sözleşmenin konusuna yüklenen anlamla da aşılabilir. Yargıtay, miras açılmadan önce muhtemel mirasçıların tamamının ve muhtemel mirasbırakanın imzasını taşıyan sözleşmeleri, *öncelenmiş miras paylaşma sözleşmesi* olarak kabul

eder. Bu doğrultu da miras açıldıktan sonra, doğrudan devrin sonucunun ifası talep edilebilir. Bunun yanında tez muhtemel mirasçılar arasında kurulan, mirasbırakanın katılımı veya iznini taşıyan *muhtemel miras payının devri sözleşmesini* geçerli kabul eder. Mirasın açılması, devre ayni etki kazandırmaz. Devir borçlusunun, miras payını devir alacaklısına temlik etme borcunu ifa etmesi beklenir. İfadan kaçınan borçlunun irade beyanına hükmedilir.

Mirasbırakan ile devir borçlusu arasında mirastan feragat sözleşmesi, devir alacaklısı ile mirasbırakan arasında mirasçı atama sözleşmesinin kurulduğu kurgu ölüme bağlı tasarrufların kombinasyonundan ibarettir ve tez bağlamında miras payının devri sözleşmesi olarak nitelenmez. Miras sözleşmesi, mirasın açılması ile etki doğurur ve atanmış mirasçı mirasçılar topluluğunda yer alır.

16. Miras paylaşımı sonucunda devir borçlusuna özgülenen tereke değerinin taşıdığı yıpranmalar ayıp olarak nitelenemez. Ne de olsa devir alacaklısı terekeden intikal edecek değerin ifasını baştan kabul etmiştir. Bunun yanında devir borçlusu özgülemeden sonraki aşamada, tereke değeri hakkında nitelik vaadinde bulunmuşsa bu vaade aykırılık nedeniyle ayıba karşı tekeffül hükümlerinden sorumlu tutulabilir.

17. Tez tartışmaya mahal verse de miras beklentisi üzerinde rehin tesis edilebileceğini kabul eder. Buna karşın, beklentinin kullanmaya elverişli olmadığını gözeterek intifa tesisini reddeder.

18. Açılmamış miras hakkında sözleşmenin, devir alacaklısını TBK m. 202 uyarınca sorumluluk altına sokup sokmayacağı tartışmalıdır. Borcun ifasına ilişkin bütün riski yüklenen alacaklının, kendisine devredilen özel malvarlığı dolayısıyla sorumlu tutulması edim dengesini alabildiğince bozar. Bu nedenle sınırlandırılması gerekir. Tezde ulaşılan sonuç, özel malvarlığında yer alan işletme ya da değer nedeniyle ortaya çıkan borçlardan devir alacaklısının sorumlu tutulabileceği yönündedir. Aynı sonuca, miras açıldıktan sonra kurulan borçlandırıcı etkili devir sözleşmesi için de varılır.

19. Açılmamış miras hakkında sözleşme, borçlandırıcı işlem mahiyetinde olduğundan tarafların sözleşmeyle hukuk seçiminde bulunması mümkündür. Aynı sonuç, miras açıldıktan sonra kurulan borçlandırıcı etkili devir sözleşmesi için de geçerlidir.

20. Açılmamış miras hakkında sözleşme devir alacaklısını mirasçılar topluluğuna dahil etmez. Bu nedenle miras intikalinden kaynaklanan vergi borçlarından devir borçlusu mirasçı sorumludur. Taraflar arasında vergi borcunun iç

üstlenilmesine ilişkin sözleşme kurulabilir. Ancak bu sözleşme Vergi İdaresini bağlamaz. Borca aykırılık, alacaklının ifaya hazırlık hareketini yerine getirme borcuna aykırılık teşkil eder.

21. Miras açıldıktan sonra kurulan miras payının devri sözleşmeleriyle ilgili olarak Türk hukukunun kredi teminine yeterli alan açmadığı tespiti yinelenir.

22. Alman hukukundaki içtihatların aksine Türk hukukunda, mirasçılar topluluğundan çıkmanın mümkün olmadığı saptanır.

23. Mirasçılar arasında kurulabilen miras payının devri işleminin, mirasçılık statüsüne bağlı hakların devralana intikal etmesini sağlamadığı tespit edilir. Devralan, devredenin yerine tenkis davası açamaz ya da denkleştirmeye dayalı iade isteminde bulunamaz.

24. Miras payı üzerinde rehin tesisi ve intifa hakkı tesisi mümkün görülür. Miras payı İİK m. 121 ve m. 94 uyarınca paraya çevrilebilir. İntifa hakkı ise, miras paylaşımı sonucunda özgülenen değerler üzerinde devam eder.

25. Miras açıldıktan sonraki evrede kurulan miras payının devri sözleşmelerinin ifası, genellikle tasarruf sözleşmesinin kurulmasıyla tamamlanır. Prensipte ifa engeli ile karşılaşılmaz.

26. Miras payını devreden, devir tarihi itibarıyla tereke borçlarından kaynaklanan müteselsil sorumluluğunu sınırlar. Sorumluluğun sınırlanabilmesi için devrin gerçekleştirildiği tarihin şüpheye yer vermeyecek biçimde saptanması gerekir. Bu durumda devredenin kendi malvarlığıyla, beş yıllık müteselsil sorumluluğu devir tarihi itibarıyla başlar. Paylaşmanın daha ileriki tarihte gerçekleştirilmiş olması, devredeni sorumlu tutmaya yetmez.

27. Mirasçının alacaklıları, borçlu mirasçının miras payını haczettirebilir. Hacizle beraber, paylaşım sonucu özgülenen değerlerin paraya çevrilmesi ile alacaklı tatmin edilir. Alacaklı, miras paylaşma davası açmak için hâkimden yetki alabilir.

Borçlandırıcı işlem mahiyetindeki devir sözleşmesindeki alacaklı da bu imkândan yararlanabilir.

Tezin, devir alacaklısının takip prosedürüne girmeden devir borçlusunun irade beyanına hükmedilmesini talep edebileceğini kabul ettiğinin altı burada bir kez daha çizilmelidir.

28. Miras açıldıktan sonra miras payının devri işlemi, mirasçılık statüsüne bağımlı olduğu için sözleşmenin tarafları hukuk seçiminde bulunamaz.

KAYNAKÇA

ABT, Daniel/ WEIBEL, Thomas (Hrsg.) : Praxiskommentar Erbrecht Nachlassplanung - Nachlassabwicklung - Willensvollstreckung – Prozessführung, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023. (PraxKomm-**YAZAR)**

ACAR, Faruk : "Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2006, ss. 121-159. (Paylaşma Kuralı)

ACAR, Faruk : Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ACAR, Faruk : Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017. (Belirlilik İlkesi)

ACEMOĞLU, Kevork : Borçlar Kanunun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.

AEBI-MULLER, Regina E./MULLER, Cristoph (Hrsg.) : Berner Kommentar Das Eigentum - Allgemeine Beziehungen- Art. 641-654a ZGB, Stämpfli Verlag AG, Bern 2022. (BK-**YAZAR**).

AKBIYIK, Cem : Miras Sebebiyle İstihkak Davası Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Işığında Bilimsel Bir Sentez Denemesi, Der Yayınları, İstanbul 2003. (Miras Sebebiyle İstihkak)

AKBIYIK, Cem : Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012. (Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi)

AKBULUT, Pakize Ezgi : Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

AKÇAAL, Mehmet : "Yargıtay'ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat", TAAD, Y. 13, S. 51, 2022, ss. 77-112.

AKÇURA KARAMAN, Tuba : Gemi ve Hava Aracı İpoteği ve Motorlu Taşıt Rehni (Taşınır İpoteği), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

AKKAN, Mine : Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası (İİK M. 30 ve M. 343), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

AKKANAT, Halil : Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004. (Ölüm)

AKKANAT, Halil : Medenî Hukukun Uygulanmasında Yöntem, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.

AKSOY DURSUN, Sanem : "Borçlar Hukukunda "Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)" Kuralının Uygulanması", İÜHFM, C. 76, S. 1, Y. 2018, ss. 133-152.

ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kâmil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis : Medenî Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

ALTENHOFEN, Christian : "Zur Enträtselung der Figur der Gesamthand", Juristische Ausbildung, 2018(3), ss. 205–213.

ALTINER, Fatma Zeynep : "Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III 345 No.lu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi", MÜHFHAD, C. 17, S.1-2, ss. 473-496.

AMMAN, Dario : Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (*de lege lata* und *de lege ferenda*), Dike Verlag AG, Zürich 2020.

ANTALYA, O. Gökhan : Miras Hukuku, Marmara Hukuk Yorumu Cilt III (Yayına Hazırlayanlar: O. Gökhan ANTALYA/ İpek SAĞLAM), 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ANTALYA, O. Gökhan : Mirastan Feragat Sözleşmesi, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999. (Feragat)

ANTALYA, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu Cilt V/1, 1 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019. (C. V/1, 1)

ANTALYA, O. Gökhan/ ACAR, Faruk : Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınevi, İstanbul 2017.

ANTALYA, O. Gökhan/ TOPUZ, Murat : Medeni Hukuk, Marmara Hukuk Yorumu Cilt I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ARAL, Fahrettin : Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979.

ARMUTCUOĞLU, Can Yalçın : Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Hesap Verme Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2024.

ATAMER, Yeşim M. : "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, ss. 317-360.

ATAR, Eray Aksın : Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkında Güvencenin Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklıların Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

ATEŞ, Derya : "Özel Hukukun Bütünlüğü Ilkesi ve Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması", İÜHFM, C. 77, S. 2, Y. 2019, ss. 669-696.

ATLAN, Hülya : "Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu", MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, ss. 267-294.

AVCI, Mehmet Özgür : Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

AYDIN ÜNVER, Tülay : Vasiyetnamenin Geri Alınması, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

AYDIN, Gülşah Sinem : "Artmirasçı Atamada Önmirasçının Taşınmazlara İlişkin Yaptığı Tasarruf İşlemlerinin Geçerliliği Sorunu", MÜHF-HAD, C. 25, S. 1, Y. 2019, ss. 299-328.

AYİTER, Nuşin : Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961. (Elbirliği)

BABUSIAUX, Ulrike/ BALDUS, Christian/ ERNST, Wolfgang/ MEISSEL, Franz-Stefan/ PLATSCHEK, Johannes/ RÜFNER, Thomas (Hrsgb.) : Handbuch des Römischen Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2023. (HPR-**YAZAR**)

BALDUS, Christian (Red.) : Staudinger BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5 Erbrech §1967-2063, Berlin 2020. (StaudingerKomm-**YAZAR,** 2020, BGB)

BAŞOĞLU, Başak : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

BAYGIN, Cem : Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

BAYRAMOĞLU, Necati Şükrü : "Mirasçıların Bilgilendirme Yükümlülükleri", Erciyes Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, Y. 2021, ss. 191-216.

BAYSAL, Başak : Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

BESELER, Georg : Die Lehre von den Erbverträgen, 1. Teil, Göttingen 1835.

BEUTHIEN, Volker : "Die Gesamthand – Was Ist Das Eigentlich", Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 4/2019, ss. 664-701.

BIRRER, Stefan : "Der Erbvertrag in Kombination mit einer Vermögensübertragung unter Lebenden nach Art. 534 ZGB", LBR – Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 76 (Hrsg. Jörg Schmid), 2013, ss. 16-36.

BREITSCHMID, Peter/ JUNGO, Alexandra (Hrsg.) : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 3. Aufl., Schulthess, 2016. (CHK-**YAZAR,** Art. ZGB)

BURCUOĞLU, Halûk : "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 4, S. 1, 2018, ss. 57-82.

BÜYÜK, Elif Irmak : Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

CÖMERT-AKBAY, Büşra : Türk Aile ve Miras Hukukunda Ayni İkame, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

ÇABRİ, Sezer : Miras Hukuku Şerhi Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020. (II)

ÇABRİ, Sezer : Miras Hukuku Şerhi Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018. (I)

ÇABRİ, Sezer : Miras Hukuku Şerhi Cilt III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020. (III)

ÇALIŞKAN DEMİR, Büşra : Miras Payının Devri Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

ÇELİKBOYA, Kerem : Ticari İşletmenin Devri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

DESCHENAUX, Henri/ STEINAUER, Paul-Henri : Droit des successions, Fribourg 2003.

DEVELİOĞLU, H. Murat : "QUI VADIS? (Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Üzerine Başta Mirastan Mal Kaçırma Kastı Olmak Üzere Muris Muvazaası ile İlgili Düşünceler", Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, C. I, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, ss. 577-603.

DURAN, Fatih : Adi Ortaklıkta Katılım Payı Getirme Borcuna Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

DURGUN ARSLAN, Çisil : "Boşanma Sebeplerinden Kusur Esasının Kaldırılmasına İlişkin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yaklaşımlar", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu (4 Ekim 2021) (Ed. Prof. Dr. O. Gökhan Antalya), Legal Yayıncılık, İstanbul 2022, ss. 121-139.

DURSUN KARAAHMETOĞLU, Şeyda : Mirastan Feragat Sözleşmesinin Hükümden Düşmesi ve Sonuçları, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

EIGENMANN, Antoine/ ROUILLER, Nicolas (Hrsg.) : Stämpflis Handkommentar, Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR), 2. Aufl., 2023 (SHK-**YAZAR,** Art. ZGB)

EITEL, Paul : "Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft im Verhältnis zu einem nachträglich errichteten Testament (mit privatorischer Klausel), Anmerkungen zu BGE 128 III 163 ff.", ZBJV 139/2003 S. 909 (Hrsg. Jörg Schmid/ Frédéric Krauskopf), ss. 909-917. (ZBJV)

ELMIGER, Fabienne : Das Unternemen in der Erbteilung, LBR, 2012.

ENGİN, Baki İlkay : Yedek Mirasçılık, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003.

ERDEM, Mehmet/MAKARACI BAŞAK, Aslı : Aile Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

ERDOĞAN, Ersin : "Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar", AnkBD, 2017/2, ss. 147-175.

EREN, Fikret : "Miras Açıldıktan Sonra Miras Hissesinin Devri Sözleşmesi", Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, ss. 131-151.

EREN, Fikret : "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF-HAD C. 22, S. 3, 2016, ss. 1045-1061. (Miras Sebebiyle İstihkak)

EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek : Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

EREN, Selahattin (Hazırlayan) : Gaius Institutiones, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.

ERGÜNE, Mehmet Serkan : "Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, 2016, ss. 1063-1085.

ERGÜNE, Mehmet Serkan : Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012. (Yorum)

ERGÜNE, Mehmet Serkan : Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002. (Taşınır Rehni)

ESCHER, Arnold : Zürcher Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band III, 3. Aufl. Zürich 1959. (ZK-**ESCHER,** Art. ZGB)

ESEN, Emre : Satış Sözleşmesine Aliud Teslim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

FURRER, Andreas/ MÜLLER-CHEN, Markus : Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2018.

GEHRI, Myriam A./ JENT-SØRENSEN, Ingrid/ SARBACH, Martin (Hrsgb.) : ZPO Kommentar - Kommentar Zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,

3. Aufl., Orrel Füssli Verlag, 2023. (OFK-**YAZAR,** ZPO Art.)

GEISER, Thomas/ WOLF, Stephan (Hrsg.) : Basler Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2023. (BSK-**YAZAR,** Art. ZGB).

GENÇ-ARIDEMİR, Arzu : Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

GÖNEN, Doruk : Mirasın Paylaşılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

GREINER, Stefan : Schuldrecht Besonderer Teil – Vertragliche Schuldverhältnise, 2. Aufl., Springer, 2019.

GRÜNEBERG, Christian (Hrsg.) : Beck'rche Kurz Kommentare, Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Aufl., München 2024 (Grünberg-**YAZAR,**)

GUILLAUME, Florence : "Cession de parts héréditaires et suspension du partage successoral", Nachlassplanung und Nachlassteilung / Planification et partage successoraux (Hrsg. Jürg SCHMID), 2014, ss. 301-321.

GUINAND, Jean/ STETTLER, Martin/ LEUBA, Audrey : Droit des successions, 6. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2005.

GÜMAN, Nihat : Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper : "Belirli Bir Taşınmaz Üzerindeki Miras Payına İlişkin Olarak Mirasçı ve Üçüncü Kişi Arasında Akdedilen Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesine Dair Yargıtay Uygulamasının Kısa Değerlendirmesi", KHAS-HFD, C. 5, S. 1, Y. 2017, ss. 123-137. *(Taşınmaz Üzerindeki Miras Payı)*

GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006. (Kayyımlık)

GÜRPINAR, Damla : Artmirasçı Atama, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

GÜRZUMAR, Osman Berat : "Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri," Prof. Dr. Erden KUNTALP'e Armağan, GSÜHFD, 2004/I, ss. 105-161.

GÜVENÇ, Selvi Nazlı : Miras Sebebiyle İstihkak (Mirasçılık) Davası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

GÜZEL, Pınar : Sulh Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

HANKEL, : Neuere Rechtsprechung auf dem Gebiet des Vor- und Nacherbenrechts, 1939.

HATEMİ, Hüseyin : "Miras Sebebiyle İstihkak Davası Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı'ya Armağan, YÜHFD, C. 18, S. 2, Y. 2021, ss. 577-582.

HATEMİ, Hüseyin : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

HATİPOĞLU, Gözde : Karşılaştırmalı Hukuk Verileri ve Sosyo-Ekonomik Gelişmeler Işığında Miras Hukukunda Yasal Mirasçılık (Özellikle Saklı Paylı Mirasçılık) ile İradi Mirasçılık Arasındaki İlişki, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2021.

HAUSHEER, Heinz/ WALTER, Hans Peter (Hrsg.) : Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2014. (BK-**YAZAR,** Art. ZGB)

HAVUTÇU, Ayşe : "Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili", DEÜHFD, C. 3, S. 1-4, ss. 643-681.

HELVACI, İlhan : Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK 605-MK. 618), 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

HIRSCHLEHNER, Anna : "Culpa in testando - Vertrauenshaftung des Erblassers", AJP 2017, ss. 1174-1187.

HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Pter/ GEISER, Thomas (Hrsg.) : Basler Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007. (BSK-**YAZAR,** Art. ZGB)

HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie/ GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/ EGGEL, Martin : Sachenrecht, 6. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern 2023.

HÜRLIMAN-KAUP, Bettina/ SCHMID, Jörg : Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 4. Aufl., Schultess Juristische Medien AG, Zürich-Genf 2024.

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/ RUMO-JUNGO, Alexandra : "Eine Miterbin verfügt alleine über Erbschaftsgegenstände: erbrechtliche und sachenrechtliche Folgen", successio 2012, ss. 288-299.

IŞIK, Egemen : Yetkisiz Temsilcinin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2024. (Temsil)

IŞIK, Eylem : Adi Ortaklıkta Borcunu İfa Eden Ortağın Rücu Talebi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023. (Adi Ortaklık)

İNCE, Nurten : "Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa In Testando)", İnÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2018, ss. 153-184.

İNCEOĞLU, M. Murat : Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu : Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

KALSS, Susanne : "The Interaction Between Company Law and the Law of Succession – A Comparative Perspective", Company Law and Law of Succession (Ed.

Susanne Kalss), Springer, 2015, ss. 3-49.

KAMP, Annasofia/BREITSCHMID, Peter : "Minderjahrige Erben", Zeitschrift für Erbrecht, successio 2013, S. 90, ss. 90-115.

KANIŞLI, Erhan : İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasına Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

KAPANCI, Kadir Berk : Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 f. 2), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016. (TBK m. 49 f. 2)

KAPANCI, Kadir Berk : Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

KAPANCI, Kadir Berk : Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012. (Satış)

KARA, Doğan : Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

KARA, Doğan : "İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", GSÜHFD, 2018/1, ss. 483-530. (Zarar)

KAŞAK, Fahri Erdem : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

KAŞAK, Fahri Erdem : "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili", AÜHFD, C. 71, S. 3, Y. 2022, ss. 971-1015. (Tahvil)

KELLENBERGER, Daniel : Unternehmenserbrecht, IMPULSE, 2022.

KESSAL-WULF, Sibylle (Red.) : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11 Erbrecht, 9. Aufl., 2022 (MünchKomm-**YAZAR**).

KIRCA, Çiğdem : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan : Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

KOCABAŞ, Gediz : Sözleşmeden Doğan Geçit İrtifakı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021.

KOCAR, Serra : Türk Miras Hukukunda Mirasçıların Birlikte Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

KOHLER, Urs E. : Die Abtretung angefallener Erbanteile Art. 635 ZGB, Verlag Rüegger, 1980.

KORKMAZ, Abdullah Furkan : Elbirliği Mülkiyetinde Eşyanın Kullanılması ve Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

KÖSE, Eylül Can : 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na Göre Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali,

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2024.

KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta : "Art. 104 - 5. Bei Gemeinschaftsrechten ", SchKG Kommentar - Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, 2020.

KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta /VOCK, Dominik (Hrsg.) : Schulthess Kommentar - Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2017. (SK-**YAZAR**)

KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/ WOLF, Stephan/ AMSTUTZ, Marx/ FRANKHAUSER, Roland (Hrsg.) : Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Orell Füssli Verlag, 2021. (OFK-**YAZAR,** Art. ZGB)

KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/ WOLF, Stephan/ AMSTUTZ, Marx/ FRANKHAUSER, Roland (Hrsg.) : Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Orell Füssli Verlag, 2021. (OFK-**YAZAR,** Art. OR)

KURU, Baki : "Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tâbi Olduğu Hükümler", AÜHFD, Y. 1970, S. 27, ss. 109-118. (Ticareti Terk)

LEEMAN, Hans : "Der Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Driteen nach dem Schweiz", SJZ, 1916, ss. 148-150.

LEMMERZ, Anna-Luisa : "Die Erbengemeinschaft", Repetitorium ZR, Juristische Ausbildung 2014 (12), ss. 1246-1257.

LETTMAIER, Saskia : "Die Drittwirkung des Miterbenvorkaufsrechts", AcP, vol. 217, 2017/2, ss. 205-245.

LÖWISCH, Manfred (Red.) : Staudinger BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §311, 311a-c, Berlin 2020. (StaudingerKomm-**YAZAR,** 2023, BGB)

LUTHY, Jean : Les cessions des parts hereditaires, Lausanne 1955.

MAKARACI BAŞAK, Aslı : Taşınır Rehni Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

MARTENS, Sebastian A. E., : "Sachenrecht AT – Fehlt da was im BGB?", Juristische Ausbildung 2017(12), ss. 1347-1354.

MEIER, Patrick : "§311b, §311c" Staudinger BGB §311, §311a-c Vertragsschluss, Berlin 2023. (StaudingerKomm-**Yazar)**

MEZGER, Braunschweig : "Kann der Erblasser die Übertragung des dem Nacherben zustehenden Anwartschaftsrechtes ausschließen ?", Archiv für die civilistische Praxis , 1952/1953, 152. Bd., H. 4 (1952/1953), ss. 382-385.

MISERRE, Roman : Die "culpa in testando", Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2002.

NOMER, Halûk N. : Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002.

NOMER, Haluk Nami/ENGİN, Baki İlkay : Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi,

Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Sabie : Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

ORTA, Elif : Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay : Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

ÖKTEM, İmran : İştirak Halinde Mülkiyet, İstanbul 1946.

ÖNAY, Işık : Medeni Hukukta Kaim Değer ve İkame Kavramları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

ÖNAY, Işık : Yenileme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016. (Yenileme)

ÖZ, Kerem : Tadil Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

ÖZAKMAN, H. Cumhur : Miras Payının Devrini Konu Alan Sözleşmeler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984.

ÖZEN, Burak : "Paylı Mülkiyete İlişkin Paradigmalar ve Türk Medeni Kanunu'nun Tutumu", MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Aralık 2023, ss. 153-177. (Paradigma)

ÖZEN, Burak : Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

ÖZEN, Burak : "Elbirliği ile Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi", Makaleler - Tebliğler (2001-2020), On

İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, ss. 629-649. (Elbirliği)

ÖZEN, Burak : "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Şerhi ve Bu Şerhin Kaldırılması", Makaleler - Tebliğler (2001-2020), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, ss. 669-694. (Şerh)

ÖZER, Tolga : Medeni Hukukta Hata Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019. (Hata)

ÖZER, Tolga : Mirasta Denkleştirme (TMK m. 669-675), Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

PICHONNAZ, Pascal/ FOËX, Bénédict/ PIOTET, Denis (Hrsg.) : Commentaire romand Code civil II, 2ème édition, 2016 (CR CC II-**YAZAR,** Art. ZGB)

ROUILLER, Nicolas (Hrsg.) : Commentaire du droit des successions (art 457-649; art. 11-24 LDFR), Commentaire Stämpfli (Hrsg. Antoine Eigenmann/Nicolas Rouiller), Bern 2023. (Atıf Şekli: SHK-**YAZAR**).

RUSCH, Arnold F. : "Schadenersatz für entgangenes Erbe? Zur Haftung des Beraters in der Nachlassplanung", AJP PJA, 5/2012, ss. 672-678.

RYFFEL, Gritli : Erbrecht, 2. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2008.

SAĞLAM, İpek : "Devletin Yasal Mirasçılığı", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF-HAD C. 22, S. 3, 2016, ss. 2473-2495.

SAĞLAM, İpek : "Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi", MÜHFHAD, C. 16, S. 1-2, Y. 2010, ss. 201-231. (Tarımsal İşletme)

SAPANOĞLU, Süleyman : Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011.

SARAÇOĞLU, Simge : Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m. 69), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

SARIKAYA, Murat : "Miras Payının Devrine Yönelik Sözleşmelerin Konu Unsuru Bakımından İncelenmesi", DEÜHFD, C. 24, S. 2, 2022, ss. 805-832.

SCHMIDT, Karsten : "Erbteilsabtretung, Miterbenabfindung und Anwachsung bei der Erbengemeinschaft Nachdenken über § 2033 BGB und die Struktur der Erbengemeinschaft", AcP, 2005, ss. 306-343. (AcP)

SEIF, Ulrike : "Die Gesamthand als Konstruktion der Germanistik", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung, Band 118 Heft 1, 2001, ss. 302-320.

SEROZAN, Rona : Tüzel Kişiler Özellilkle Dernekler ve Vakıflar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994. (Tüzel Kişiler)

SEROZAN, Rona : Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014. (Eşya)

SEROZAN, Rona : "Parça Borcu-Çeşit Borcu: Aşılması Gerekli Bir Ayırım", MHAD, C. 3, S. 5, Y. 1969, ss. 211-238. (Parça Borcu)

SEROZAN, Rona : " "Culp in Contrehando", "Aktin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD, S. 3, Y. 1968, ss. 108-129. (Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi)

SEROZAN, Rona : "Wohin steuert das Erbrecht?", successio 2014 S. 4, ss. 4-23. (successio)

SEROZAN, Rona/ BAŞOĞLU, Başak/ KAPANCI, Kadir Berk : "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", Prof. Dr. İlhan ULUSAN'a Armağan, İKÜFD, 15(2), 2016, ss. 531-560.

SİRMEN, A. Lâle : Türk Özel Hukukunda Şart, BTHAE, Ankara 1992. (Şart)

SİRMEN, Lale : Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

SPÜHLER, Karl (Hrsgb.) : Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO annotée/Kurzkommentar, Schulthess Juristische Medien AG, 2023 (KuKo-**YAZAR,** ZPO Art.)

STEINAUER, Paul-Henri : Le droit des successions, 2e éd., Berne 2015.

SUNGURBEY, İsmet : Medeni Hukukun Temel Sorunları, Adalet Yayınevi, Ankara 2003.

SUTTER-SOMM, Thomas/ SEILER, Benedikt (Hrsgb.) : Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO, Schulthess Juristische Medien AG, 2021. (CHK- **YAZAR,** ZPO Art.)

ŞENTÜRK, Ekin : Belirli Mal Vasiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.

TEKELİOĞLU, Numan : Miras Paylaşma Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

TOPUZ, Murat : "Ticari İşletme Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu", MÜHF-HAD, C. 18, S. 2, ss. 19-81.

TOUR, Peter/ PICENONI, Vito : Berner Kommentar, Schweizeriches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht 2. Abteilung Der Erbgang Artikel 537-640 ZGB, Bern 1964.

TOUR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ JUNGO, Alexandra/ HÜRLIMANN-KAUP, Bettina : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schultess Juristische Medien AG, Zürich-Genf 2023.

TURHAN, Salih : Vergi Teorisi ve Politikası, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

TÜRK, Burak : Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Geçersizlik Halleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

TÜRKMEN, Ahmet : Bağışlamanın Geri Alınması, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

TÜRKMEN, Emre : Ticareti Terk Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020. (**TÜRKMEN, E.)**

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah : Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

VÖGELI, Annina : Möglichkeiten und Grenzen von fair division im schweizerischen Erbrecht, Schultes Juristische Medien AG, 2019.

WEIBEL, Thomas/ MATA, Aline : Die Erbteilung, Schulthess Juristische Medien AG, 2020.

WESTERMANN, Harm Peter/ GRUNEWALD, Barbara (Hrsg.) : Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVersTG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, 17. Aufl., 2023. (ErmanKomm- **YAZAR,** BGB)

WOLF, Stephan : Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungs möglichkeiten, Stämpfli Verlag AG, Bern 2004. (Grundfragen)

WOLF, Stephan/ GENNA, Gian Sandro : Erbrecht 2. Teil, Schweizerisches Privatrecht IV/2, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015.

WOLF, Stephan/ HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie : Grundriss des scweizerischen Erbrechts, Stämpfli Verlag AG, Bern 2017.

WOLF, Stephan/ SPICHIGER, Bettina : "Zum Erbvertrag – Einführung und Überblick", Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht / Il contratto successorio, aspetti di diritto comparato Rechtsvergleichendes Symposium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der

Universität Bern vom 17./18. Mai 2018, (Hrsg. Stephan Wolf, Stephanie Hrubesch-Millauer, Martin Eggel, Cristiano Cicero, Vincenzo Barba), Stämpfli Verlag AG, 2018, ss. 1-34.

WOLF, Stephan/ von BARY, Christiane : Abtretung von Erbanteilen in der Schweiz und in Deutschland, AJP 2021 S. 151, ss. 151-160.

YAĞCI, Kürşad : Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022. (C. I)

YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022. (C. II)

YAZICI TIKTIK, Çiğdem : "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası", Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, 2016, ss. 2735-2776.

YELKENCİ, Işıl : Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Koşulu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2022.

YILDIRIM, Mustafa Fadıl : "Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I)", Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 1-2, Y. 1995, ss. 109-144. (I)

YILDIRIM, Mustafa Fadıl : "Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (II)", Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 3, Y. 1995, ss. 278-293. (II)

YILDIRIM, Mustafa Fadıl : "Beklenen Miras Hakkının Devri Konusunda İki Gelişme", AÜHFD, C. 53, S. 1, Y. 2004, ss. 117-130. (İki Gelişme)

YILDIRIR, Efe Can : "Terekenin Tamamı veya Tereke Mallarının Bazılarının Üzerindeki Elbirliği Pay Sahipliğinin Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürülmesi", İMHFD, C. 9, S. 2, Y. 2024, ss. 741-778.

YILDIRIR, Efe Can : Adi Ortaklık Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023. (Adi Ortaklık)

ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK, Burcu : Alacaklı Temerrüdü ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK, Burcu : "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yükleme ve Yüklemenin Tenfizine İlişkin Sorunlar", DEÜHFD, C. 26, S. 1, Y. 2024, ss. 513-556. (Yükleme)

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	: T. C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü	: SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı	: İsmail DEDE
Tez Başlığı	: Miras Payının Devri
Savunma Tarihi	: 22/01/2025
Danışmanı	: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

JÜRİ ÜYELERİ:

Prof. Dr. Mehmet ERDEM (Danışman):

Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA:

Prof. Dr. Burak ÖZEN:

Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU:

Prof. Dr. Ahmet TÜRKMEN:

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü