T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

MİRASIN PAYLAŞILMASI

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan
Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA

Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara - 2011

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

MİRASIN PAYLAŞILMASI

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan
Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA

Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara - 2011

ONAY

Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA tarafından hazırlanan "Mirasın Paylaşılması" başlıklı bu çalışma, 20.01.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği/~~oyçokluğu~~) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk/MedenîHukuk dalında Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

[İmza]
.....
[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)
.....

[İmza]
.....
[Unvanı, Adı ve Soyadı]
.....

[İmza]
.....
[Unvanı, Adı ve Soyadı]
.....

[İmza]
.....
[Unvanı, Adı ve Soyadı]
.....

[İmza]
.....
[Unvanı, Adı ve Soyadı]
.....

ÖNSÖZ

“Mirasın Paylaşılması” başlığını taşıyan bu çalışma Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Medenî Hukuk Bilim Dalında, Sayın Prof. Dr. İhsan Erdoğan’ın danışmanlığında doktora tezi olarak hazırlanmıştır.

Hukuk öğretisi ve uygulaması açısından önemi haiz olduğu düşüncesi ile seçilen konunun tez kapsamında incelenmesinde, konunun alt başlıklarına ilişkin olarak sürdürülen tartışmalara geniş ölçüde yer verilmeye çalışılmış ve bu amaçla Türk-İsviçre Hukuklarında ileri sürülen görüşlerin özenle tetkik edilmesi amaçlanmıştır. Çalışmada ayrıca konuya ilişkin yargı kararlarına ve bu bağlamda Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir.

Bu çalışmanın tez danışmanlığını kabul etme lütfunda bulunan Sayın Hocam Prof. Dr. İhsan Erdoğan’a teşekkürü borç bilirim.

Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ i
İÇİNDEKİLER ii
KISALTMALAR xii
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
PAYLAŞMA KAVRAMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ,
VE PAYLAŞMAYA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER

§. 1. Paylaşma Kavramı 4
I. Genel Olarak 4
II. Miras Ortaklığının Sona Erme Biçimlerinden Biri Olarak Paylaşma 11
A) Genel Olarak 11
B) Öğretide Paylaşma Kavramına İlişkin Olarak Yapılan Tanımlar 14
§. 2. Mirasın Paylaşılmasının Hukukî Niteliği 18
I. Genel Olarak 18
II. Terekedeki Borçların (Pasiflerin) Paylaşılmasının Hukukî Niteliği 18
III. Terekedeki Hakların (Aktiflerin) Paylaşılmasının Hukukî Niteliği 19
A) Genel Olarak 19
B) Paylaşmanın Hukukî Niteliğine İlişkin Olarak Öğretide İleri Sürülen Görüşler 27
1) Miras Ortaklığından Hakkın Tek Bir Mirasçıya Devri Olarak Mirasın Paylaşılması Görüşü (Hakkın Devri Görüşü) 27
2) Diğer Mirasçıların Hakkı Kazanan Mirasçı Lehine Özgülenen Tereke Değeri Üzerindeki Haklarından Vazgeçmeleri Görüşü 29
a) Genel Olarak 29
b) Diğer Mirasçıların Hakkı Kazanan Mirasçı Lehine Tereke Değeri Üzerindeki Haklarından Vazgeçmeleri Görüşünün Türleri 30
aa) Esas Alınan Elbirliği Hak Teorisine Göre 30

bb) Yapılması Gereken Tasarruf İşlemlerine Göre 33
3) Mirasçının Miras Payını Doğrudan Terekeden İktisap Etmesi Görüşü 35
4) Hakların Temliki Görüşü 36
5) İfa ve Tasarruf İşlemleri Görüşü 36
C) Paylaşmanın Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi 36
1) Mirasçının Miras Payını Doğrudan Terekeden İktisap Etmesi Görüşününün değerlendirilmesi 37
2) Hakkın Mirasçıya Temlik Edilmesi Görüşünün Değerlendirilmesi 38
3) İfa ve Tasarruf İşlemi Görüşünün Değerlendirilmesi 38
§. 3. Paylaşmaya Hâkim Olan Temel İlkeler 39
I. İrade Özgürlüğü Prensibi 39
A) Paylaşmanın Her Zaman İstenebilmesi Bakımından 39
1) Genel Olarak 39
2) Paylaşmanın Her Zaman İstenebilmesine İlişkin İrade Özgürlüğü Prensibinin İstisnaları 40
B) Diğer Hususlar Bakımından 46
II. Eşitlik Prensibi 48
A) Genel Olarak 48
B) Eşitlik Prensibinin İstisnaları 50
III. Aynen (*in Natura*) Paylaşma Prensibi 52
A) Genel Olarak 52
B) Aynen Paylaşma Prensibinin İstisnaları 54
IV. Aynî İkame Prensibi 55
V. Bilgi Verme İlkesi 56
IV. Oybirliği İlkesi 58

İKİNCİ BÖLÜM
PAYLAŞMA KURALLARI

§. 4. Genel Olarak 60
§. 5. Mirasçılar Tarafından Belirlenen Paylaşma Kuralları 62
§. 6. Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kuralları 64
I. Mirasbırakanın Paylaşmayı Düzenlemesi 64
A) Kavram ve Hukukî Niteliği 64
B) Mirasbırakanın Paylaşmayı Düzenlemesinin Anlam ve Amacı 69
C) Şekli 70
D) Mirasbırakanın Belirlediği Paylaşma Kurallarının İçeriği 71
E) Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kuralları ile Önvasiyet Arasındaki İlişki 75
1) Paylaşma Kurallarının Ön Vasiyet ile Karşılaştırılması 75
2) Özgülemenin Paylaşma Kuralı Sayılacağına İlişkin Kanunî Karine 78
II. Mirasbırakanın Öngördüğü Paylaşma Kuralının Geçersizliği 82
A) Genel Olarak 82
B) Mirasbırakanın Öngördüğü Paylaşma Kuralının Hukuka ve/veya Ahlâka Aykırı Olması Nedeniyle Geçersizliği 84
1) Kanunda Hukuka veya Ahlâka Aykırılık Nedeniyle Geçersizlik Bakımından Mevcut Düzenlemenin Ana Hatları 84
2) Mirasbırakanın Öngördüğü Paylaşma Kuralının Hukuka Aykırılık Nedeniyle Geçersizliği 97
3) Mirasbırakanın Öngördüğü Paylaşma Kuralının Ahlâka Aykırılık Nedeniyle Geçersizliği 102
C) Paylaşma Kuralının İmkânsızlık Nedeniyle Geçersizliği 107
D) Paylaşma Kuralının Anlamsız ve Rahatsız Edici Nitelikte Olması Nedeniyle Geçersizliği 111
III. Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kurallarının Bağlayıcılığı 111
A) Paylaşma Kurallarının Bağlayıcılığının Mirasçıların Mirası Serbestçe Paylaşmaları Prensibi Karşısındaki Durumu 111

B) Mirasçılar Arasında Anlaşmanın Sağlanamamış Olması Halinde Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kurallarının Bağlayıcılığı 115
1) Genel Olarak 115
2) Mirasçıların Anlaşmaya Varamamış Olmalarına İstinaden Mirasbırakan Tarafından Öngörülen Paylaşma Kurallarının Uygulanması 120
3) Mirasçıların Anlaşmaya Varamamış Olmalarına Rağmen Mirasbırakan Tarafından Öngörülen Paylaşma Kurallarının Uygulanmaması (Mirasçının Hakkından Vazgeçmesi) 121
C) Mirasçılar Arasında Anlaşmanın Sağlanmış Olması Halinde Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kurallarının Bağlayıcılığı 123
1) Genel Olarak 123
2) Mirasçıların Oybirliği ile Mirasbırakanın Belirlediği Paylaşma Kurallarının Uygulanması Hususunda Anlaşmaları Hâlinde 123
3) Mirasçıların Oybirliği ile Mirasbırakanın Belirlediği Paylaşma Kurallarının Uygulanmaması Hususunda Anlaşmaları Hâlinde 124
a) Mirasçıların Paylaşma Kuralları Belirlemeleri Hâlinde 124
b) Mirasçıların Paylaşma Kuralları Belirlemeksizin Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kurallarının Uygulanmaması Hususunda Oybirliği ile Anlaşmaya Varmış Olmaları Hâlinde 131
IV. Mirasbırakan Tarafından Öngörülen Paylaşma Kurallarında Denkleştirme 132
§. 7. Yasada Belirlenen Paylaşma Kuralları 141

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
PAYLAŞMANIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

§. 8. Genel Olarak 145
§. 9. Paylaşmanın Tüm Mirasçıların Anlaşması ile Gerçekleştirilmesi: (Paylaşma Sözleşmesi) 146
I. Şartları 146
A) Terekenin Tamamen veya Kısmen Paylaşılması İradesinin Varlığı146
B) Mirasçıların Oybirliği ile Karar Vermesi 147
C) Paylaşmaya Engel Durumlardan Herhangi Birinin Bulunmaması ..148
D) Paylaşmaya Hazırlık İşlemlerinin Tamamlanmış Olması 149
1) Genel Olarak 149
2) Payların Oluşturulması 150
3) Payların Özgülenmesi 151
II. Türleri 153
A) Genel Olarak 153
B) Elden Paylaşma 160
C) Yazılı Paylaşma Sözleşmesi 171
III. Paylaşma Sözleşmesinin Geçersizliği ve Ortadan Kalkması.....181
A) Geçersizliği 181
1) Borçlar Hukukuna İlişkin Nedenlerle 181
2) Miras Hukukuna İlişkin Nedenlerle 185
B) Ortadan Kalkması 187
§. 10. Paylaşmanın Mirasçılardan Birinin Talep Etmesi ile Gerçekleştirilmesi (Paylaşma Dâvası) 189
I. Şartları 159
A) Genel Olarak 189
B) Menfî Şartları 190
1) Paylaşmaya Engel Durumlardan Birinin Bulunmaması 190
2) Mirasçıların Kendi Aralarında Paylaşmaya İlişkin Anlaşamamış Olmaları 191
C) Müspet Şartları 192
1) Miras Ortaklığının Bulunması 192

2) Mirasçılardan En Az Birinin Paylaşmayı Talep Etmesi 192
a) Talep Hakkının Doğuşu 192
b) Talep Hakkının Hukukî Niteliği 194
aa) Genel Olarak 194
bb) Aynî Talep Görüşü 195
cc) Şahsî Talep Görüşü 196
c) Talep Hakkının Özellikleri 197
aa) Miras Hakkına Bağlı Olması 197
bb) Zamanaşımına Uğramayan Bir Hak Olması (*Unverjährbarkeit*) 198
cc) Tasarruf Edilemeyen Bir Hak Olması (*Keine Verfügbarkeit*) 199
dd) Vazgeçilemeyen Bir Hak Olması (*Unverzichtbarkeit*) 200
ee) Suje Değişiminin Mümkün Olması 201
d) Talep Hakkının İçeriği 202
aa) Talep Hakkının Aynen Paylaşmaya İlişkin Olması .202
bb) Terekenin Tamamen veya Kısmen Paylaşılmasının Talep Edilebilmesi 202
cc) Sadece Miras Payının Talep Edilebilmesi 206
II. Gerçekleştirilmesi 207
A) Genel Olarak 207
B) Paylaşma Dâvasının Açılması 207
1) Dâva Talebinin İçeriği 207
2) Dâvanın Tarafları 210
a) Dâvacı 210
b) Dâvalı 215
c) Paylaşma Dâvasının Actio Dublex Niteliği 217
3) Yetkili ve Görevli Mahkeme 218
4) Zamanaşımı 219
C) Paylaşma Dâvasında Hâkimin Görev ve Yetkileri 220
1) Maddî Hukuk Bakımından 220

a) Genel Olarak 220
b) Paylaşma Konusu Terekenin Tespiti ve Değerinin Belirlenmesi 220
c) Payların Oluşturulması 223
d) Payların Özgülenmesi 227
2) Usul Hukuku Bakımından 229
III. Hukukî Niteliği 230

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
PAYLAŞMANIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİNİN SONUÇLARI

§. 11. Mirasçıların Birbirlerine Karşı Sorumlulukları Bakımından 232
I. Genel Olarak 232
II. Sorumluluğun Kapsamı 237
III. Sorumluluk Hâlleri 240
A) Genel Olarak 240
B) Zapta Karşı Tekeffül Borcu 241
C) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu 256
D) Alacağın Varlığından ve Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluk 266
IV. Sorumluluğa Uygulanacak Zamanaşımı 272
§. 12. Mirasçıların Üçüncü Kişilere Karşı Sorumlulukları Bakımından 274
I. Genel Olarak 274
II. Sorumluluğun Hukukî Niteliği 281
III. Sorumluluğun Kapsamı 288
IV. Sorumluluğun Sona Ermesi 295
A) Alacaklının Rızası İle 295
1) Genel Olarak 295
2) Rızanın Konusu 296
3) Alacaklının Rızasının Hukukî Niteliği 302
4) Alacaklının Rızasının Şekli 304
5) Rızanın Hüküm ve Sonuçları 304

B) Beş Yıllık Sürenin Dolması ile 305
1) Genel Olarak 305
2) Sürenin Hukukî Niteliği 306
3) Beş Yıllık Sürenin Başlangıcı 307
4) İpotekli Taşınmazın Özgülenmesinin Beş Yıllık Süreye Etkisi ..310
5) Sürenin Dolmasının Hüküm ve Sonuçları 312

SONUÇ 316
KAYNAKÇA 330
ÖZET 339
ABSTRACT 341

KISALTMALAR

Abs.	Abstrakt
Abt.	Abteilung
ABD	Ankara Barosu Dergisi
AD	Adalet Dergisi
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bas. Komm.	Basler Kommentar
Bd.	Band
BGB	Bürgerlichesg Gesetzbuch
BGBB	Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
C.	Cilt
Diss.	Dissertation
dpn.	Dipnot
E.	Esasa
Erw.	Erwägung
Einl.	Einleitung
f.	folgende (Seite)

ff.	folgenden (Seiten)
FS	Festschrift
HD	Hukuk Dairesi
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HGK	Hukuk Genel Kurulu
Handkomm.	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İKİD	İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İMK	İsviçre Medenî Kanunu
K.	Karara
Kap.	Kapitel
m.	madde
N.	Note
OR	Obligationenrecht
RG	Resmî Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
s. K.	sayılı Karar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZ	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

t.	tarih
TKM	Türk Kanunu Medenîsi (1 Ocak 2002 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile yürürlükten kalkan 17 Şubat 1926 tarih ve 743 sayılı Kanun)
TMK	Türk Medenî Kanunu
Praxiskomm.	Praxiskommentar
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Vorbem	Vorbemerkungen
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	(Schweizerisches) Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Tezimizin konusu “Mirasın Paylaşılması”dır. Bu konu Türk Medenî Kanunu’nun üçüncü kitabını oluşturan Miras Hukuku’nun “Mirasın Geçmesi” başlığını taşıyan ikinci kısmının, üçüncü bölümünde, 640-682 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Ölümle birlikte kişiye ait değerlerin, bu kimsenin küllî halefi olan mirasçılarına intikali ve bu şekilde bu kimseler arasında miras ortaklığının ilelebet devam etmesi, söz konusu ortaklığın nihaî amacının tasfiye olması ile bağdaşmayacağı gibi, mirasçıların menfaatleri bakımından da uygun olmayacaktır. Bu ortaklığın sürüp gitmemesi, bir yerde sona ermesi gerekir. Olağan sona erme mirasın paylaşılması ile gerçekleştirilir. Ancak hemen belirtelim ki, mirasın paylaşılması, miras ortaklığının tek sona erme biçimi değildir; zira, miras ortaklığı, mirasçıların miras ortaklığını başka bir ortaklığa dönüştürmeleri ile veya tüm mirasçılar tarafından terekeye dâhil değerlerin tahsis edilmesiyle kurulacak bir vakfın tüzel kişilik kazanmasıyla, keza mirasçıların oybirliğiyle anlaşmak suretiyle tereke değerleri üzerinde elbirliği hâlindeki hak sahipliklerini paylı hak sahipliğine dönüştürmeleri ile de sona erebilir. Mirasın paylaşılmasında ise, miras ortaklığı, tereke değerlerinin kural olarak aynen veya satım bedelleri üzerinden miras payları oranında bölünmesi veya istisnaî bazı durumlarda bölünmeksizin miras payına mahsup edilmesi yoluyla oluşturulan miras paylarının mirasçılara özgülenmesi ve bu şekilde de her bir mirasçının kendisine özgülenen tereke değeri veya değerleri üzerinde bireysel hak sahipliğinin tesis edilmesi ile sona ermektedir.

Mirasın paylaşılması, uygulamada ortaya çıkardığı sorunlar da dikkate alındığında, son derece önem arz eden bir konudur. Konunun Türk Medenî Kanunu’nda ele alınış tarzı oldukça muğlaktır. Nitekim bu durum öğretide çeşitli yazarlarca ifade edilegelmektedir. Gerek bütünü itibariyle önemi ve gerek inceleme konumuzun alt başlıklarından bazıları itibariyle, konu, Türk Hukuku’nda çeşitli tez ve makalelerde ele alınmışsa da, “mirasın

paylaşılması” başlığı altında bir inceleme yapılmamış olması nedeniyle bu konuda bir çalışma yapılmakta yarar olduğu şüphesizdir.

İncelemede “Mirasın Paylaşılması” terimi tercih edilmiştir. “Terekenin paylaşılması” terimi yerine, “mirasın paylaşılması” teriminin tercih edilme nedeni öncelikle, ‘tereke’ kavramının, mirasbırakanın ölümü ile mirasçılara intikal eden ve malvarlıksal değer taşıyan hak ve borçların bütününü ifade etmesi dolayısıyla, ‘miras’ kavramına nazaran daha dar bir kavram olmasıdır. Ayrıca ‘tereke’ kavramı, daha çok mirasçılarla üçüncü kişiler arasındaki ilişkiler bakımından kullanılmaktadır. Öte yandan, tezde “mirasın paylaşılması” ifadesindeki “paylaşılma” ve bu çerçevede “paylaşma” terimi, bu kavramın, hem paylaşmanın mirasçılar tarafından hem de hâkim tarafından gerçekleştirilmesi hâllerini birlikte kapsaması nedeniyle tercih edilmiştir.

Mirasın paylaşılması konusunu incelerken, öncelikle, paylaşma kavramı, ayrıntılı bir şekilde bu kavramın hukukî niteliği ve paylaşmaya hâkim olan temel ilkeler hakkında açıklamalara yer verilmiştir. Bu kısım, aynı zamanda, tezin birinci bölümünü oluşturmaktadır.

Tezin ikinci bölümünde ise, paylaşma kuralları üzerinde durulmuştur. Bu kısımda incelenen kurallar, payların oluşturulmasına ilişkin olduğu kadar, belli tereke değerlerinin belli mirasçılara özgülenmesine ilişkindir. İlgili bölümde, bu çerçevede, mirasbırakan tarafından öngörülen, mirasçılar tarafından oybirliği ile kararlaştırılan ve Türk Medenî Kanunu’nda yer alan paylaşma kuralları ele alınmıştır.

Tezin üçüncü bölümünde paylaşmanın gerçekleştirilmesi hususu incelenmiştir. Bu bağlamda Türk Medenî Kanunu’nun konuya ilişkin düzenleme tarzı ve Türk-İsviçre Hukuklarının hareket noktası dikkate alındığında mirasın paylaşılmasında mirasçıların irade özgürlüğü prensibine dayanarak yapacakları anlaşmaya öncelik tanındığı görülmektedir. Bu nedenle tezde öncelikle ve ağırlıklı olarak paylaşmanın mirasçılar tarafından paylaşma sözleşmesi yapılarak gerçekleştirilmesi ele alınmıştır. Paylaşma sözleşmesi altında “elden paylaşma” ve “yazılı paylaşma sözleşmesi”

konuları üzerinde durulmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, miras ortaklığının nihaî amacı tasfiyedir. Bu sonucu mirasçıların paylaşma sözleşmesi ile gerçekleştirmeleri asıldır. Mirasçılar bu sözleşmeyi yapmadıkları veya yapamadıkları takdirde paylaşma, mirasçılardan birinin talep etmesi üzerine hâkim tarafından gerçekleştirilecektir. Bu nedenle de, paylaşma sözleşmesine ilişkin açıklamalardan sonra, paylaşma davasına da konunun gerektirdiği ölçüde değinmiş bulunmaktayız.

Nihayet, dördüncü bölümde, mirasın paylaşılmasının sonuçları ve bu çerçevede mirasçıların birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı olan sorumlulukları üzerinde durulmuştur. Bu şekilde, öncelikle, özgüleme konusu tereke malları bakımından, malın üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi veya ayıplı çıkması hâlinde mirasçıların birbirlerine karşı olan sorumlulukları incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca, mirasçıların tereke borçları bakımından üçüncü kişilere karşı olan müteselsil sorumlulukları ile bu sorumluluğun sona ermesi meselelerine ilişkin açıklamalara da yer verilmiş bulunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

PAYLAŞMA KAVRAMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ, VE PAYLAŞMAYA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER

§. 1. Paylaşma Kavramı

I. Genel Olarak

Miras, mirasbırakanın ölümü ile açılır. Terekede intikale elverişli mevcut hak ve borçların, çıkarılacak ve ilave edilecek unsurların değerlendirilmesi bakımından mirasbırakanın ölüm anı esas alınacaktır (TMK 575).[1] Bir kimse hakkında gaiplik kararı verildiği takdirde, gaiplik kararı da,

[1] Mirasbırakanın ölüm anının tespiti bakımından, kanunkoyucu konuya ilişkin düzenleme getirmemiş, ölüm anının tespitini tıp bilimine bırakmıştır. **ÖZTAN**, Bilge, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara, 2001 s. 21; **OĞUZMAN**, Kemal **/SELİÇİ**, Özer **/OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2005, s. 17; **ÖZSUNAY**, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, 1982, s. 214; **ARPACI**, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2000, s. 183; **DURAL**, Mustafa, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2009, s. 24. Ölüm anının tespiti bakımından tıp biliminde sürekli yeni gelişmeler kaydedilmekte olduğundan, ölüm anının uzun yıllar değişmeden kalan Kanun'da düzenlenmesi, ölüme ilişkin tanımın bilimin ilerlemesi karşısında sürekli değişmesi karşısında yetersiz kalacağı ifade edilmiştir. Ölüm anının tespiti bakımından iki ayrı yöntem bulunmaktadır. Bunlardan ilkini *'klinik ölüm'* yöntemi oluşturur. İlgili yöntemde, büyük hayat fonksiyonları olarak adlandırılan kalp atışının durması, yani kan dolaşımının, solunumun ve sinir sistemlerinin durması ölümün tespitinde esas alınmakta; kişi, kalp atışının ve nefes almasının durduğu anda ölmüş sayılmaktadır. Zaman içinde, kısa bir süre duran kalbin, yapılan masaj veya sun'i teneffüs gibi işlemlerle tekrar çalışabileceğinin tespiti, bu yöntemi tereddütlü hale getirmiştir. Daha sonra ortaya çıkan ve bugün de kabul edilen görüşe göre, ölüm anının tespitinde *'beyin ölümü'* esas alınacaktır. İlgili yönteme göre, bir kimsenin ölmüş olduğunun kabul edilebilmesi için, zorunlu vücut fonksiyonlarının durması, hayatın devamının imkânsız olması ve beyin hücrelerinin ölmesi aranır. Fakat tıbbın her geçen gün gelişmesinin bir neticesi olarak, son tahlilde, bir kimsenin hangi anda ölmüş sayılacağına tıp bilimi karar verecektir. Bir kimsenin öldüğü sonucuna ancak cesedinin bulunması veya bir cesedin o şahsa ait olduğunun tespiti ile varılır. Ancak, Türk Medenî Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiş ölüm karinesi doğrultusunda, bir kimse ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa dahi, bu kimse ölmüş sayılır. Türk Medenî Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca, ölümüne kesin gözüyle bakılacak şartlar altında kaybolan kişinin cesedi bulunamamış ise, o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle ölüm kütüğüne ölü kaydı düşülür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, 29; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 22; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, 1992, s. 212; **ARPACI**, s. 185; **ÖZSUNAY**, s. 219; **DURAL**, s. 25. Birden fazla kimse, hangisinin önce, hangisinin sonra öldüğü anlaşılamayacak şekilde ölmüşlerse; başka bir ifade ile, bu kimselerden hangisinin daha önce öldüğü anlaşılamıyorsa, bu kimseler hakkında birlikte ölüm karinesi söz konusu olur. Birlikte ölüm karinesinin konumuz

ölüm gerçekleşmiş gibi sonuç doğurur (TMK 35/I).[2] Gaiplik kararının verilmesinde, gaibin ölmüş olup olmadığı belirlenemediği için, gaibin mirasının mirasçılara geçişi özellik arzeder (TMK 584-588).[3]

Mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirasçılar, Türk Medenî Kanunu'nun 599. maddesinin birinci fıkrası gereği, mirası bir bütün olarak kazanırlar ve mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirasçılar arasında bir ortaklık ilişkisi doğar. Mirasbırakanın mirasçılarının oluşturduğu bu ortaklık 'miras ortaklığı'[4] olarak

---

açısından önemi, haklarında birlikte ölüm karinesi bulunan kimselerin, birbirlerinin mirasçısı olamamalarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, s. 28; **TEKİNAY**, s. 212; **ARPACI**, s. 186; **ÖZSUNAY**, s. 223.

[2] Gaiplik kararı, ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber alma tarihinden itibaren hüküm ifade ettiğinden, miras da ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber alma tarihi itibariyle açılmış olur. Mirasın intikâlinin, ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya dayanan gaiplik kararında, ölüm tehlikesi içinde kaybolma ânı; uzun zamandır haber alınamamasına dayanan gaiplik kararında, son haber alma ânı esas olmak üzere gerçekleşmesine ilişkin olarak öğretide, ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya dayanan gaiplik kararında, kişi muhtemelen öldüğü için mirasın geçmesinin isabetli olduğu, ancak uzun zamandır haber alınamamasına dayanan gaiplikte, kişinin ölmüş olması ihtimali daha düşük olduğundan aynı şekilde isabetli bir durumun varlığından bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Bkz. **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, s. 35; **DURAL**, s. 37. Dolayısıyla gaiplik kararı geçmişe etkili olmaktadır. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Miras Hukuku, İstanbul, 1987, s. 560; **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, s. 35; **TEKİNAY**, s. 219; **ARPACI**, s. 191; **DURAL**, s. 37.

[3] Kanunkoyucu, gaibin ölmüş olduğu kesin olmadığından, mirasçı olan ve mirastan yararlanan kimselerin, mirastan alacakları malları, gerektiğinde, ortaya çıkan gaibe veya gaibin ölüm tarihi belli olduğu ve buna göre mirastaki hak sahibi değiştiği takdirde, üstün hak sahibi olan bu kimse veya kimselere geri vereceklerine dair teminat göstermelerini aramıştır (TMK 584/I). Teminat çeşidini belirleme hâkime bırakılmıştır. Bu teminat, aynî veya şahsî bir teminat olabilir. (Bkz. **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, s. 36; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 29; **İMRE**, Zahit, Türk Miras Hukuku, İstanbul, 1978, s. 475; **ARPACI**, s. 192.) Ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya dayanan gaiplik kararında, tereke mallarının tesliminden itibaren beş yıl; uzun süreden beri haber alınamamasına dayanan gaiplik kararında son haber alma tarihinden itibaren onbeş yıl ve her hâlde, bu süreler dolmamış olsa bile, gaibin yüz yaşını doldurmasına kadar geçecek süre için teminat gösterilir (TMK 584/II, III). Sürelerin dolması ile teminat sona erer. (*Kocayusufpaşaoğlu*, Kanun'da açık bir şekilde ifade edilmese de, gaibin ölmüş olduğu tarihin belli olduğu hallerde de teminat sona ereceğini belirtmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 561.) Teminat süreleri dolmuş olsa da, teminat vermiş olanların almış oldukları malvarlığı değerlerini, çıkıp gelen gaibe veya üstün hak sahibine geri verme borçları sona ermez. Gaibin çıkıp gelmesi hâlinde, aradan ne kadar süre geçmiş olursa olsun, mirasçılar ellerinde kalan malvarlığını iade etmekle yükümlüdürler. Üstün hak sahibinin çıkıp gelmesi hâlinde, üstün hak sahibine karşı geri verme borcu, geri verme borçlusu iyiniyetli ise, 10 yılda; geri verme borçlusu kötüniyetli ise 20 yılda zamanaşımına uğrar. (Bu hâlde iade, zilyedlik hükümlerine göre olmaktadır. Geri verme borcu bakımından uygulanacak zamanaşımı miras sebebiyle istihkak dâvasının tâbi olduğu zamanaşımıdır.) (TMK 585). Öğretide mirasçının devlet olduğu hallerde, teminat gösterme yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, s. 37; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 29; **TEKİNAY**, s. 221.

[4] Öğretide, eski Medenî Kanun'un 581'inci maddesinin kenar başlığının 'miras şirketi' olması nedeniyle, 'miras ortaklığı' terimi yerine 'miras şirketi' terimi de kullanılmaktaydı. Bu dönemde bazı yazarlar, Kanun'da, ilgili maddenin kenar başlığında yer alan bu ifadeye rağmen, 'şirket' teriminin daha çok sözleşmeden kaynaklanan ilişkileri ifade etmekte olduğunu belirterek, söz konusu kurumun açıklanması bakımından 'miras ortaklığı' teriminin kabul edilmesinin daha yerinde olacağını ifade etmekteydiler. (Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 675; **ARAL**, Fahrettin, Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Dâvası, Ankara, 1979, s. 20; **İMRE**, Zahit, Mirasın Taksimi

adlandırılır (TMK 640). Miras ortaklığına dâhil olan mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile terekedeki intikale elverişli tüm değerler üzerinde elbirliği ile hak sahibi[5] olurlar.[6] Terekedeki borçlar bakımından ise, müteselsil olarak borçlululuk söz konusu olur (TMK 641).

Miras ortaklığının söz konusu olabilmesi ve terekenin paylaşılmasının gündeme gelebilmesi için, mirasbırakanın birden fazla mirasçısının bulunması gerekir.[7] *Wolf*[8] tarafından da ifade edildiği üzere, birden fazla

---

Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medeni Hukukunun Buna İlişkin Meseleleri, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 395.) Türk Medenî Kanunu'nun, Türk Kanunu Medenisi'nin 581. maddesini karşılayan 640. maddesinde kenar başlığı 'miras ortaklığı' olduğu cihetle, kurumun miras ortaklığı olarak adlandırılması gerekir.

[5] Mirasbırakanın ölümü ile, mirasbırakandan mirasçılara geçen tereke üzerinde elbirliği mülkiyet değil; elbirliği hak sahipliği söz konusu olur. Şöyle ki, mirasbırakanın ölümü ile mirasçılara geçen terekede, sadece mülkiyet hakkına konu teşkil eden menkul ve gayrımenkul mallar değil, alacak hakları, sınırlı aynî haklar, fikrî haklar ve benzerleri de bulunduğundan, mirasçıların, eşya hukuku anlamında, elbirliği ile mülkiyet hakkına sahip olmalarından bahsedilmesinin yanlış olduğu belirtilmiştir. Mülkiyet hakkı terimi, eşya hukukunda ifade ettiği anlam itibariyle değil, miras hukuku bağlamında 'tam hak'kı (Vollrecht im erbrechtlichen Sinne) ifade etmek üzere kullanılabilir. Aksi takdirde, mirasçıların tereke malları üzerinde elbirliği ile mülkiyet hakkına sahip oldukları ifadesi, sadece, terekedeki maddî malları karşılar. Bkz. **İMRE**, s. 606; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 22-23; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 45; **AYİTER**, Nuşin, Mâmelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara, 1968, s. 213-214. Elbirliği mülkiyet hakkının kaynağı, Cermen Hukuku ve Orta Çağlardaki Alman örf ve âdetleridir. Roma Hukukunda ve Pandekt Hukukunda ise elbirliği mülkiyet hakkı tanınmamıştır. Elbirliği hâlinde mülkiyet ve daha geniş anlamı ile elbirliği hâlinde hak sahipliği ilişkisinin en önemli özelliği, hak sahipleri arasındaki ilişkinin son derece sıkı olmasıdır. Paylaşmadan önce, hak sahiplerinden hiç birinin müstakil hissesi yoktur. Gerek elbirliği ile hak sahibi olunan malvarlığı ve gerekse bu malvarlığına dâhil mallar üzerinde ayrı ve belirli bir pay mevcut değildir. Her ortağın hakkı, elbirliği hak sahipliğine konu olan eşyanın tamamı üzerindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYİTER**, Nuşin, Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara, 1961, s. 30 vd.

[6] Mirasbırakanın ölümü ile, kanun gereği, terekedeki hak ve borçlar mirasçılara geçtiğinden, taşınır malların teslimine, taşınmaz malların tesciline gerek yoktur. Ancak, bu taşınmazlar üzerinde mirasçıların bir tasarruf işlemi yapabilmeleri için, miras ortaklığından doğan elbirliği mülkiyet hakkının tapuya tescil edilmiş olması şarttır. Bkz. **İMRE**, s. 609; **KILIÇOĞLU**, Ahmet Mithat., Miras Taksim Sözleşmesi, Ankara, 1989, s. 21. *Kılıçoğlu*, taşınmaz mülkiyetinin bu şekilde sicil dışı kazanılmasının, taşınmazın mirasçılara geçmesinde söz konusu olduğunu; ancak taşınmazların mirasçılar arasında paylaşılmasında, tescilin yapılmasının şart olduğunu belirtmiştir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 21.

[7] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 675; **ÖZTAN**, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara, 2008, s. 366; **KILIÇOĞLU**, Ahmet Mithat., Miras Hukuku, Ankara, 2009, s. 270; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 20; **OĞUZMAN**, Kemal, Miras Hukuku, İstanbul, 1995, s. 314; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 20. Mirasbırakanın tek bir mirasçısının bulunduğu hallerde, terekenin yönetimi ve terekenin bir bütün olarak TMK m. 599 hükmü çerçevesinde intikali konusunda bir sorun çıkmayacak, ilgili mirasçı, mirasbırakanın halefi olarak tereke üzerinde tek başına hak sahibi olacaktır. Bkz. **WOLF**, Stephan, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Bern 2004, s. 6; **İMRE**, Zahit / **ERMAN**, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2010, s. 403; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 675; **HATEMİ**, Hüseyin, Miras Hukuku, İstanbul, 2004, § 12, N. 1; **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 70; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 20; **DURAL**, Mustafa / **ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2009, s. 436. Anılan yazarlar, mirasbırakanın tek bir mirasçısının

mirasçının varlığı, miras ortaklığının oluşmasının subjektif şartını teşkil eder. Mirasçılar, yasal veya atanmış mirasçı olabilirler (TMK 599/III).[9] Miras ortaklığının teşekkülü bakımından, birden fazla mirasçının bulunmasının yanı sıra aranan bir diğer şart, terekede aktif değerlerin bulunmasıdır. Mirasbırakanın, geride paylaşmaya konu olacak bir malvarlığı bırakmış olması, miras ortaklığının objektif şartını oluştur.[10]

Miras ortaklığının tüzel kişiliği yoktur.[11] Miras ortaklığında mirasçılar veya mahkeme tarafından başka bir düzenleme öngörülmemişse, işlemler, bütün mirasçıların katılımı ile veya rızası ile yapılır.[12] *Miras ortaklığında, mirasçılar arasında, kişisel ve sıkı bir bağlılık bulunur.*[13] Mirasçılar arasındaki

---

bulunduğu hallerde, bu mirasçının mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu, vasiyet alacaklılarına karşı sorumluluğu, vergi hukukuna göre sorumluluğu ve tereke mallarının haksız zilyetlere karşı korunması gibi sorunların gündeme geleceğini belirtmektedirler.

[8] **WOLF**, s. 6

[9] *Aral*, fevkalade ikâme yoluyla önmirasçı – art mirasçı atanması hallerinde, ilgili kimselerin, mirasçılık sıfatına sahip oldukları ve bu sıfatlarının devam ettiği süre boyunca, miras ortaklığına dâhil olacaklarını belirtmiştir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 22. Aynı yönde bkz. **ESCHER**, Arnold, Zürcher Kommentar, Band III: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1959; Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Aufl., Zürich 1960, Art. 602, N. 7; **TOUR/PICENONI**, Art. 602, N. 2. Bu şekilde ancak, mirasbırakanın birden fazla küllî halefi miras ortaklığı oluşturabilirler. Lehine muayyen mal vasiyeti yapılan kimse, mirasa küllî halef olmadığından, başka bir ifade ile cüz'i halef olduğundan, miras ortaklığının ortağı değildir. **WOLF**, s. 7; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 22; **ÖZTAN**, s. 366; **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 80; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 20.

[10] **WOLF**, s. 8; **SEEBERGER**, Lionel Harald, Die richterliche Erbteilung, Diss., Freiburg, 1992, s. 16. *Wolf*, bu çerçevede, miras ortaklığının nihaî amacı, terekenin tasfiyesi yolu ile kendisini sona erdirmek olduğundan, terekede aktif bulunmaması durumunda, bu amacın daha en başta gerçekleşmiş olacağını ve miras ortaklığı hiç teşekkül etmeyeceğini ifade etmektedir. Yazar, terekede sadece pasifleri karşılayacak kadar aktif bulunması durumunda ise, terekedeki borçlardan sorumluluğu açık bir şekilde düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 641 ve 681. maddelerinde düzenlenen sorumluluk, miras ortaklığı hâlinde söz konusu olan elbirliği ilişkisinden bağımsız olarak mevcut olduğundan, esasen bu hâlde de miras ortaklığının varlığına ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmektedir. Bkz. **WOLF**, s. 9; **WOLF**, Erbschaftswerb, s. 245.

[11] **İMRE**, s. 609; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 692, dpn.2; **OĞUZMAN**, s. 314; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 22.

[12] **İMRE**, s. 609. Bütün mirasçıların bir arada olması her zaman mümkün olmadığından, kanunkoyucu, vasiyeti yerine getirme görevlisi ve terekenin yönetilmesi ile görevli bir idarecinin atanması imkânlarının yanı sıra, Türk Medenî Kanunu'nun 640. maddesi ile, mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh mahkemesinin, miras ortaklığına paylaşmaya kadar bir temsilci atayabileceği düzenlenmiştir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi veya terekenin resmen yönetilmesi ile ilgili bir idarecinin varlığı hâlinde, miras ortaklığı için temsilci tayin edilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZTAN**, s. 367; **İMRE**, s. 609.

[13] Bu kişisel birliğin yanı sıra, miras ortaklığı, mirasçılar arasında malvarlığı birliği de meydana getirir ve çoğu kez, mirasçılar arasındaki malvarlığı birliği, kişisel birliğe nazaran daha fazla önem arzeder. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 24; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 270; **İMRE**, s. 610. *İmre*, elbirliği hâlinde hak sahipliğinde, mirasçılardan her birinin şahsına ait olup, herkesin hakkının ve hissesinin terekede mevcut mal ve hakların bütününe bağlı olması nedeniyle, şahısların ferdî menfaatlerinin arka planda

bu bağlılık, hısımlıktan veya mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufla mirasbırakanın mirasçısı olmaktan doğar. *Miras ortaklığı kanundan doğar*[14] ve *geçici bir ortaklıktır.*[15] *Mirasçılardan her birinin hakkı terekenin tamamı üzerindedir ve paylar belli değildir*[16] *ve mirasçıların da, kural olarak, terekeye ilişkin işlemleri birlikte yapmaları mecburidir.*[17] *Mirasçılardan her biri, mirasın*

---

kaldığını ifade etmektedir. Bkz. s. 610. Öte yandan miras ortaklığında kişisel birlik ön planda olmadığından, paylaşmanın talep edilebilmesi için, kişisel birliğin sona ermesini gerektiren sebeplerin varlığı aranmaz. (Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 25; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 272; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 21.)

[14] **İMRE**, s. 660; **OĞUZMAN**, s. 314; **ÖZTAN**, s. 366; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 24; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 270; **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 69 vd.; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 20; **DURAL/ÖZ**, s. 437. Miras ortaklığı, mirasçılar arasında anlaşma olmaksızın doğduğundan, tesadüfî ortaklık olarak nitelendirilmektedir. **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 160; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 24. Bu anlamda, mirasçıların, mirasbırakanın ölümünden veya kendi mirasçılık sıfatlarından haberleri olmayabilir; mirasçıların tümü henüz tam olarak belli olmayabilir. (Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 21; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 675.) *Dural/Öz*, mirasçıların anlaşmış olmaları gerekmeksizin, hatta bazı mirasçıların mirasın açıldığından haberleri olmaksızın ve yine bazı mirasçılar karşı çıksa dahi, bu kimseler arasında miras ortaklığının doğmasının ortaklık sözleşmesine uymadığını ifade etmekte; mirasçıların iradelerine bakılmaksızın, miras ortaklığının amacının kanunla mirasın paylaşılması olarak belirlemiş olmasının da ortaklık sözleşmesinin özelliklerini yansıtmamakta olduğunu belirtmektedir. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 437. Yine, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile miras ortaklığının doğumuna engel olması veya mirasçıların miras ortaklığının söz konusu olmayacağına ilişkin anlaşmaları, bir hüküm ifade etmez. Bu tip düzenlemeler, mirasçılar arasında miras ortaklığının meydana gelmesine engel teşkil etmeyecektir. Bu konuda bkz. **ETTER**, Alois, Sachinbegriffe und Unteilbare Einzelsachen bei der Erbteilung, Diss., Bern 1955, Bern 1956, s. 1; **İMRE**, s. 602; **ÖZTAN**, s. 366; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 678; **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 69; **İMRE/ERMAN**, s. 403.

[15] Miras ortaklığı devamlı bir ortaklık ilişkisi değil, paylaşmaya kadar devam eden geçici bir ortaklık ilişkisi yaratır. **ESCHER**, Art. 602, N. 1; **JOST**, Arthur, Der Erbteilungsprozess im schweizerischen Recht, Ein Leitfaden für die Praxis, Bern 1960, s. 1; **ETTER**, s. 2; **SEEBERGER**, s. 15; **AYİTER**, Nuşin, Miras Hukuku, Ankara, 1978, s. 214; **ÖZTAN**, s. 366; **İMRE/ERMAN**, s. 407; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 273; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 14, 24.

[16] Mirasçılardan her biri, terekedeki belli bir pay üzerinde değil, terekenin tamamı üzerinde hakka sahiptir. Burada tek bir hak söz konusudur ve bu hak, mirasçıların tamamına aittir. Bu çerçevede miras ortaklığında, miras payı iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. İlk olarak, miras payı, miras ortaklığından doğan ve bir kimsenin mirasçı sıfatı ile sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin bütününü ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu hak ve yükümlülükler, mirasın tamamı üzerindedir. Bu anlamıyla miras payı, bir miras ortaklığı hakkı mahiyetindedir. İkinci olarak ise, miras payı, paylaşmadan sonra mirasçıya düşecek kısmı ifade etmek üzere kullanılmaktadır. (**İMRE**, s. 612'den naklen.) Miras ortaklığında da diğer elbirliği ortaklıklarında olduğu gibi, her ortağın bir payı vardır. Fakat bu pay, paylaşmadan önce somutlaşmış değildir. Paylaşmadan sonra ancak, bu paylar ortaya çıkar. *İmre*, miras ortaklığına kadar paylar bu şekilde ayırt edilmiş somutlaşmış olmadığından, öğretide bu paya '*gizli hisse*' veya '*görünmeyen hisse*' denildiği gibi, '*beklenen hisse*' adı da verilmekte olduğunu belirtmiştir. Bkz. **İMRE**, s. 612. *Oğuzman* da miras ortaklığında, miras payının, her bir mirasçının paylaşmada elde edeceği hak oranını ifade ettiğini belirtmiştir. Bkz. **OĞUZMAN**, s. 314.

[17] Terekeye dâhil değerlere ilişkin işlemlerin bu şekilde, bütün mirasçılar tarafından birlikte yapılması gereği, terekenin idaresi ve terekedeki değerlerden elde edilen semerelere ilişkin işlemler bakımından da geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **İMRE**, s. 612; **DURAL/ÖZ**, s. 438; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 24; **OĞUZMAN**, s. 315; **ÖZTAN**, s. 367. Öğretide, her bir mirasçının, terekedeki değerlere ilişkin olarak alelade idare işlemlerini tek başına yapabileceği belirtilmiştir. Bkz. **İMRE**, s. 616; **AYİTER**,

paylaşılmasından önce miras payını devredebilir (TMK m. 677).[18] *Miras ortaklığında, ortaklık konusu malların iktisadî değeri yanında, manevî değerleri de olabilir.*[19]

Miras ortaklığının konusu, paylaşılmamış terekedir. Bu tereke, mirasbırakanın intikale elverişli olan hak, borç ve hukukî ilişkilerin bütünden oluştuğundan, sayılan hususlar miras ortaklığının konusunu oluşturacaktır. Miras ortaklığına dâhil mirasçılar arasında elbirliği ile hak sahipliği ilişkisi bulunduğundan, tereke[20] paylaşmaya kadar, mirasçıların kişisel malvarlıklarından ayrı ve başlı başına bir malvarlığı karakteri taşır.[21]

Mâmelek, s. 218. Mirasçılar, üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları terekeye ilişkin işlemleri bütün mirasçıların katılımı veya rızası ile yapabilirler. Ancak, Türk Medenî Kanunu'nun 640. maddesinin IV. fıkrası gereği, mirasçılardan her biri terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Yargıtay, maddenin ilgili fıkrasının yorumuna ilişkin bir kararında, mirasçının tek başına ileri sürebileceği bu talebin, yalnız terekenin paylaşılmasına kadarki dönem bakımından, terekedeki malların korunması için tedbir alınmasına ilişkin olduğu sonucuna varılması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 2. HD, 26.6.2003 tarih ve 8181/9695 sayılı Karar (**ÖZMEN**, İsmail, Eski ve Yeni, Açıklamalı – İçtihatlı Miras Hukuku Dâvaları, Ankara, 2006, s. 1040'dan naklen).Yine öğretide, zorunlu bir durumun söz konusu olduğu hallerde, her bir mirasçının, miras ortaklığına ilişkin bir işlemi, vekâletsiz iş görmenin hükümleri oluşmuşsa, bu hükümler çerçevesinde yapabileceği belirtilmiştir. Bu hallerin dışında, miras ortaklığında birlikte tasarruf ilkesi geçerlidir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 694 ve aynı sayfa dpn. 7'de adı geçen yazarlar. Ayrıca bkz. **ÖZTAN**, s. 367-368; **HATEMİ**, § 13, N. 4; **OĞUZMAN**, s. 316.

[18] Türk Medenî Kanunu'nun 677. maddesi uyarınca, terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmenin geçerliliği, yazılı şekle tâbidir. Maddenin ikinci fıkrası mirasçının üçüncü kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliğinin noter tarafından düzenlenmesine bağlı olduğu hükmünü getirmektedir. Bu hüküm çerçevesinde, miras payı, miras ortaklığı devam ederken, bir başka mirasçıya veya mirasçı olmayan üçüncü bir kişiye devredilebilecektir. Bu devir, bir diğer mirasçıya yapılabileceği gibi, mirasçı olmayan üçüncü bir kimseye de yapılabilir. Mirasçının bu şekilde, miras ortaklığı devam ederken miras payını devredebilmesi, elbirliği hak sahipliğinin bir sonucu olarak, terekeye dâhil olan değerler ve bu arada henüz ayrı ve somut bir varlığı olmayan miras payı üzerinde tasarruf edememesi ilkesinin bir istisnasını oluşturur. Türk Medenî Kanunu'nun 677. maddesi ikinci fıkrası son cümlesi gereği, devir, mirasçı olmayan devralana, paylaşmaya katılma yetkisi vermez. Bu devir sözleşmesi ile devralan, sadece paylaşma sonucunda mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkına sahip olur.

[19] Miras ortaklığı mallarının, mirasçılar için, iktisadî değer taşıması yanında bu şekilde manevî bir değer ifade edebilecek olması, mirasın paylaşılmasında dikkate alınmıştır. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 25; **ETTER**, s. 4.

[20] Miras ortaklığının konusunu oluşturan ve daha sonra mirasçılar arasında paylaşılacak olan tereke, bir malvarlığı olarak, bir takım değişikliklere uğrayabilir. Bu değişiklik terekedeki malvarlığının artması şeklinde olabileceği gibi azalması şeklinde de olabilir. Terekeye ait mal ve değerlerden edinilen faiz ve semereler, piyango kazançları ve benzerleri, terekenin artması sonucunu doğururken; mirasbırakanın borçlarının ödenmesi, ölüme bağlı tasarrufla mirasbırakan tarafından öngörülen bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gibi haller terekenin azalması sonucunu doğuracaktır. (**ARAL**, Taksim Dâvası, s. 26'dan naklen)

[21] **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 102-103; **OĞUZMAN**, s. 314; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 22; **İMRE**, s. 679. *Ayiter*, mirasçılardan birinin kendi kişisel borcunu, miras ortaklığının alacağı ile takas edemeyeceğini; mirasçılardan birinin alacaklısının da, alacağını miras

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, tereke bir "*özel mâmelek*" (*Sondervermögen*)'tir.[22] Diğer bir görüş ise, terekenin "özel mâmelek" değil, bir "*elbirliği mâmelek*" teşkil ettiğini kabul etmektedir.[23]

---

ortaklığına olan borcu ile takas edemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 102-103. Aynı yönde bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 25. Bu çevrede, ilgili durumda, takasın şartlarından biri olan karşılıklı borçluluk yoktur. Buna göre, takasın olumlu şartlarından birini de, takası ileri sürecek olan kimsenin karşı taraftan alacaklı olması ve bu karşı tarafa borçlu olması gerekir. Alacağın temlikinde Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi ile getirilen istisna dışında, karşılıklı alacaklılık bulunmadıkça takas mümkün değildir. Takasta karşılıklı borçluluk şartı bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Ahmet Mithat., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009, s. 634; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi /**AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Halûk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1985, s. 1014; **OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 454; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2008, s. 1226. *Aral*, miras ortaklığına karşı bir alacak hakkına sahip olan kimsenin, bu alacağını, mirasçılardan birine olan borcu ile takas edebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, bu son hâlde takas, mirasbırakanın borcundan bütün mirasçılar müteselsilen sorumlu oldukları için mümkün olmaktadır. Yine yazara göre, mirasçılardan biri, miras ortaklığına olan borcunu, miras ortaklığından alacağı ile takas edebilir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 25-26. Aynı yönde, bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 22; **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 103. Aynı şekilde, miras ortaklığının üzerinde hak sahibi olduğu tereke, ayrı bir mal varlığı olduğundan, mirasbırakan ile mirasçı arasındaki hukukî ilişkiler ortadan kalkmayacak; bu anlamda, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olmayacaktır. Bkz. **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 102. *Ayiter*, ayrıca, mirasbırakanın mirasçıdan alacağı varsa veya mirasbırakan mirasçıya karşı borçlu durumunda ise, tereke özel malvarlığı teşkil ettiğinden, mirasçının alacağını terekeden alması; borcunu da terekeye ödemesi gerektiğini belirtmekte; başka bir ifade ile, mirasçının, mirasbırakana olan borcundan dolayı, mirasın açılması ile diğer mirasçılara karşı borçlu ve bu borç bakımından diğer mirasçılarla birlikte müteselsil alacaklı olacağını ifade etmektedir. Eğer mirasçı, mirasbırakandan alacaklı ise, mirasın geçmesinden sonra alacaklı sıfatına sahiptir, fakat borç mirasbırakanın borcu olduğundan ve terekedeki diğer hususlarla birlikte miras ortaklığına geçmiş olduğundan, diğer mirasçılarla birlikte bu borçtan müteselsilen sorumludur. *Ayiter*, bu "tuhaf durum"un, mirasın paylaşılması ile sona ereceğini belirtmektedir. Bkz. **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 102. Mirasçı ile mirasbırakan arasındaki borç ilişkisinden doğan borçların, mirasın mirasçıya geçmesi ile (alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi gündeme gelmeyeceğinden) sona ermeyeceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. **OĞUZMAN**, s. 314, dpn. 230.

[22] **İMRE**, s. 681; **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 103-105; **AYİTER**, Miras, s. 214-215; **JOST**, s. 103. Ayrıca bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 26, dpn. 29'da adı geçen diğer yazarlar. Bu görüşe göre, terekenin özel bir malvarlığı olmasının tabi sonucu olarak burada aynî ikâme prensibi söz konusudur ve bu prensip çerçevesinde, tereke malının değerinin eksilmesinde veya tereke malının ortadan kalkmasında, alınan tazminat, sigorta bedeli; tereke malının kamulaştırılmasında, alınan kamulaştırma bedeli terekeye eklenmektedir. Bu aynî etki dolayısıyla, ortaklık malvarlığına dâhil olan değerler ile alınan taşınır ve taşınmaz mallar, doğrudan miras ortaklığı malvarlığına geçecektir. (**AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 103'den naklen.) *Ayiter*, bu görüşü savunan bazı yazarların, miras ortaklığında terekenin teşkil ettiği bu özel malvarlığının bağımsızlık niteliğinden yola çıkarak, "bu malvarlıklarına tüzel kişiliğe çok yaklaşan bir bünye atfetmekte olduklarını"; hatta bazı yazarların bu hallerde bir "sınırlı hak ve fiil ehliyetinden" bahsedecek kadar ileri gittiklerini belirtmektedir. Bkz. **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 104, dpn. 8.

[23] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 27; **AYİTER**, Mâmelek, s. 79 vd. Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 27, dpn. 35 ve 36. (*Ayiter*, terekenin özel bir malvarlığı olduğuna ilişkin görüşünü, "Mâmelek Kavramı Üzerinde İnceleme" adlı eserinde değiştirmiş ve bu eserde, miras ortaklığı malvarlığının hukukî niteliğine ilişkin olarak ikinci görüşü - malvarlığı ortaklığının, özel malvarlığı değil, elbirliği malvarlığı teşkil ettiği görüşünü - savunmuştur.) Bu görüşe göre, özel mâmelek, ancak kanunda açık bir şekilde düzenlenmişse söz konusu olacağından ve konuya ilişkin bu şekilde açık bir düzenleme bulunmadığından, tereke özel mâmelek sayılamaz. *Aral*, özel mâmelekin

II. Miras Ortaklığının Sona Erme Biçimlerinden Biri Olarak Paylaşma

A) Genel Olarak

Miras ortaklığı, kural olarak, mirasın paylaşılmasına kadar devam eder. Fakat paylaşma, miras ortaklığını sona erdiren tek sebep değildir.

Nitekim terekede sonradan hiç aktif değer kalmazsa, miras ortaklığı son bulur.[24] Miras ortaklığının objektif şartını teşkil eden, terekede aktif değerin bulunması gereğinin sonucu olan bu durum neticesinde, terekede aktif kalmayınca, mirasçılar mirasbırakanın borçlarından elbirliği ile değil, müteselsilen sorumlu olduklarından, amacı tereke malvarlığının mirasçılar arasında paylaşılması olan miras ortaklığı ortadan kalkacaktır.[25]

Miras ortaklığının kurulmasının subjektif şartını teşkil eden birden fazla mirasçının varlığı unsuru da, miras ortaklığı kurulduktan sonra ortadan kalkarsa, miras ortaklığının amacı, terekedeki aktif değerlerin, mirasçılar arasında paylaşılması olduğundan, tek bir mirasçı kalınca bu amaç sona erecek ve bu şekilde miras ortaklığı kendiliğinden ortadan kalkacaktır.[26]

---

ancak bir norm tarafından öngörülen hallerde söz konusu olacağını belirterek, özel mâmeleki, bir başka mâmelek içinde normal mâmelek gibi iktisaden gelişme imkânına sahip ve özel kriterlere göre sıkı ve daha dar biçimde sınırlandırılmış haklar çerçevesi olarak tanımlamıştır. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 27. Öte yandan, özel mâmelekte aynı şahsa ait birden fazla mâmelek kütlesi söz konusu olduğundan, tek bir suje teşkil eden birden fazla mirasçının üzerinde hep birlikte elbirliği ile hak sahibi olduğu bağımsız tek bir malvarlığı teşkil eden tereke, özel mâmelek teşkil etmeyecektir. İlgili durumu *Ayiter* şu şekilde ifade etmiştir: "Hususî mâmelekte, aynı hak hamiline ait iki ayrı mâmelek kütlesi mevcuttur; hâlbuki elbirliği ortaklığı mâmeleki umumî mâmelekin hamilinden başka bir şahsa aittir. Elbirliği mâmelekin müstakil oluşu, hamillerin farklı oluşundandır." Bkz. **AYİTER**, Mâmelek, s. 34; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 27. Fakat bu görüşü savunan yazarlar dahi, mirasın resmen tasfiyesinde, vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasında veya fevkalade ikâmede (ön mirasçının elinde bulunan tereke bakımından) terekenin özel malvarlığı sayılacağını belirtmektedirler. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 27-28; **AYİTER**, Mâmelek, s. 42.

[24] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 679; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 16. *Aral*, terekede aktif değerin kalmaması nedeniyle miras ortaklığının sona ermesine örnek olarak, iflâs hâli ile tereke borçlarının ödenmesi dolayısıyla ortaklık mevcudunun kalmamasını örnek olarak göstermiştir. Bkz. s. 16.

[25] **WOLF**, s. 131. Ayrıca bkz. Bu §, II, A, 2, b.

[26] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 679; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 297-298; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 23; **DURAL/ÖZ**, s. 451. *Dural/Öz*, mevcut diğer mirasçıların mirası reddetmeleri veya diğer bütün mirasçıların miras paylarını devretmeleri yoluyla, geride tek bir mirasçının kaldığı hâlleri, miras ortaklığının sona ermesine örnek olarak göstermiştir. Bkz. s. 451. *Kılıçoğlu* da bu duruma bir diğer örnek olarak mirasçılardan biri dışında, diğer tüm mirasçıların mirastan yoksunluklarının saptanması durumunda da miras ortaklığının sona ereceğini belirtmektedir. Bkz. s. 23. **WOLF**, s. 131. Ayrıca bkz. Bu §, II, A, 2, a. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 16. *Aral*, iki mirasçıdan mütevellit miras

Mirasçıların, aralarında yaptıkları bir anlaşma ile, miras ortaklığının yerine geçmek üzere başka bir ortaklık kurmaları hâlinde, yeni ortaklığın kurulması ile miras ortaklığı son bulur. Bu yeni ortaklık aile malları ortaklığı olabileceği gibi, adî şirket veya bir ticaret şirketi olabilir.[27] Miras ortaklığının, tüm mirasçılarca, terekenin tahsis edilmesiyle kurulacak bir vakfın tüzel kişilik kazanmasıyla sona erdirilmesi de mümkündür.[28]

Miras ortaklığı, Türk Medenî Kanunu'nun 644. maddesi[29] hükmünde yer alan şartlar çerçevesinde, terekede yer alan bütün değerler üzerinde mirasçıların elbirliği hak sahipliğinin, paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi ile de sona erebilir.[30]

---

ortaklığında, mirasçılardan birinin ölmesi sonucunda, mirasçı sıfatını haiz tek bir mirasçının kalması durumunda miras ortaklığının ortadan kalkacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce, miras ortaklığında, bir mirasçı hariç olmak üzere, diğer mirasçıların mirastan uzaklaştırıldığı hâl de, bir diğer sona reme nedeni olarak, yukarıda belirtilen örneklere eklenebilir.

[27] Bu hâllerde, artık miras hukuku hükümleri değil, ilgili müesseseye ilişkin kanun hükümleri uygulanacaktır. Adî şirket veya aile malları ortaklığına dönüşme hâlinde, mirasçılar, yani bu şirketin ortakları, şirkete sermaye olarak koydukları, dönüşmeden önce terekeye dâhil olan değerler üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurken; ticaret şirketine dönüşme hâlinde, ticaret şirketinin tüzel kişiliği mal ve haklar üzerinde tek başına hak sahibi olacaktır. (**DURAL/ÖZ**, s. 453'ten naklen.)

[28] **DURAL/ÖZ**, s. 453 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 679; **İMRE/ERMAN**, s. 547; **DURAL/ÖZ**, s. 453.

[29] İsviçre Medenî Kanunu'nda yer almayan bu düzenleme, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun ile Türk Kanunu Medenisi'ne eklenen 584/a hükmünü karşılamaktadır. 3678 sayılı Kanun ile eklenen 584/a hükmü düzenlemesinden önce, mirasçılar arasındaki elbirliği hâlinde mülkiyetin, paylı mülkiyete çevrilmesi ancak bütün mirasçıların oybirliği ile verecekleri bir kararla mümkün olmaktaydı. Fakat mirasçılardan biri veya bir kaçı diğerlerini elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete çevirmeye zorlayamaz veya bu hususta dâva açıp bir mahkeme kararı alamazdı. **OĞUZMAN**, s. 318'den naklen. Öğretide *Serozan*, Türk Medenî Kanunu'nun 644. maddesini karşılayan Türk Kanunu Medenisi'nin 584/a hükmünü, alacaklıların menfaatinin korunmadığı gerekçesi ile eleştirmiştir. Bkz. **SEROZAN**, Rona, Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarının ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi, İBD, 1991, C. LXV, S. 1-2-3, s. 202. *İmre/Erman* da ilgili düzenlemenin alacaklıların menfaatini tam olarak korumadığını ifade etmekle birlikte, bu düzenlemeden tümüyle vazgeçilmek yerine, hükme, mirasçıların yanı sıra alacaklılara da paylı mülkiyete geçiş talebine ilişkin itiraz hakkı tanınması ile, alacaklıların menfaatinin korunmaması sakıncasının bertaraf edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 443-444.

[30] **ÖZTAN**, s. 378-379; **OĞUZMAN**, s. 318-319; **İMRE/ERMAN**, s. 442; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 297, ayrıca bkz. s. 276; **DURAL/ÖZ**, 451-452; **ANTALYA**, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul, 2009290. Türk Medenî Kanunu'nun anılan 644. maddesine göre, mirasçılardan biri, terekeye dâhil malların tümü veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetin, paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde, sulh hâkimi, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak, onları, belirleyeceği süre içerisinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder. Elbirliği mülkiyetin devamını haklı gösterir bir itiraz ileri sürülmediği veya belirlenen sürede mirasçılardan biri paylaşma dâvası açmadığı takdirde, ilgili mal veya mallar üzerindeki elbirliği mülkiyet, paylı mülkiyete dönüştürülür.

Ancak, tereke üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi ile miras ortaklığının sona ermesi, sadece terekeye dâhil tüm değerler üzerinde elbirliği hak sahipliğinin, paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi hâlinde söz konusu olur. Dolayısıyla, mirasçılardan birinin talebi ve diğer mirasçıların hâkim tarafından belirlenen sürede itiraz etmemesi veya paylaşmayı talep etmemesi ile, sadece belli tereke malı veya malları üzerinde paylı mülkiyete geçiş söz konusu olduğu takdirde, miras ortaklığı elbirliği hak sahipliğine tâbi diğer tereke değerleri üzerinde devam edeceğinden miras ortaklığı sona ermiş olmaz.[31]

Mirasçılar arasında mirasbırakanın ölümü ile meydana gelen ortaklık ilişkisi, mirasçıların iradesi dışında doğan geçici bir ortaklıktır.[32] Mirasçılara, bu dönemin uzun sürmesine engel olunması amacı ile zamanaşımına tâbi olmayan ve vazgeçilemez nitelikteki paylaşmayı talep hakkı tanınmıştır.[33]

Kılıçoğlu, bu çerçevede paylaşmanın amacının, mirasçıları, miras ortaklığından kurtarmak ve miras hisselerine düşen payı ferdileştirmek olduğunu ifade etmektedir.[34] Bu amacı gerçekleştirmek üzere her bir mirasçı, miras ortaklığını sürdürme yükümlülüğü bulunmadıkça sebep göstermeksizin

---

[31] **DURAL/ÖZ**, s. 451-452. *Dural/Öz*, terekedeki mallar bakımından, elbirliği mülkiyeti; haklar bakımından ise elbirliği hak sahipliği söz konusu olacağından, paylı mülkiyete dönüştürme hâlinde de kıyasen paylı mülkiyet hükümlerinin uygulanacağı paylı hak sahipliğinin gündeme geleceğini, halihazırda, Türk Medenî Kanunu'nun 644. maddesi üçüncü fıkrasında "terekeye dâhil diğer hak ve alacakların paylar oranında bölünmesi hususunda da" birinci ve ikinci fıkra hükümlerinin uygulanacağının belirtilmiş olması nedeniyle, "*paylı mülkiyete dönüştürme*" ifadesi yerine "*paylı hak sahipliğine dönüştürme*" ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. s. 452. Her ne kadar, Türk Kanunu Medenisi'nin 584/a maddesinde "iştirak hâlinde mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesi" ifadesine ve Türk Medenî Kanunu'nun 644. maddesinde, "elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi" ifadesi kullanılmış olsa da, yukarıda, § 1, I, dpn.5'te yer alan gerekçe doğrultusunda, burada da "*mülkiyet*" ifadesi yerine "*hak sahipliği*" ifadesini kullanmaktayız. Mirasçıların, terekeye dahil olup mirasbırakanın ölümü ile mirasçılara geçen değerler üzerinde elbirliği maliki değil, elbirliği hak sahibi olacaklarına ilişkin Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 452; **İMRE**, s. 606; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 45; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 22-23; **AYİTER**, Mâmelek, s. 213-214.

[32] **ÖZTAN**, s. 366; **İMRE/ERMAN**, s. 437; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, 23.

[33] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 23; **İMRE**, s. 707; **OĞUZMAN**, s. 320. *Oğuzman*, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan Türk Kanunu Medenisi'nin 583. maddesinin birinci fıkrasında yer alan paylaşmanın mirasçı tarafından her zaman talep edilebileceğine ilişkin düzenlemeyi, paylaşma talebinin ancak, bütün mirasçıların tam olarak belli olmasından sonra ileri sürülebileceğini ifade etmektedir.

[34] **HAUSER**, Peter, Die Erbteilungsvertrag, Diss., Zürich, 1973, s. 5; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 23; **ANTALYA**, s. 309.

dilediği zaman paylaşmayı talep edebilir.[35] Mirasçılar, aralarında yapacakları bir yazılı paylaşma sözleşmesi ile veya elden paylaşma ile miras ortaklığına son verebilirler. Eğer mirasçılar anlaşma yoluyla paylaşmayı gerçekleştiremiyorlarsa, dâva yolu ile paylaşmaya gidilir. Bu durumda da ortaklık mahkeme kararı ile son bulmuş olur.[36]

B) Öğretide Paylaşma Kavramına İlişkin Olarak Yapılan Tanımlar

Paylaşma kavramı İsviçre-Türk Hukuklarında geniş ve dar olmak üzere iki ayrı anlamı karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Geniş anlamda mirasın paylaşılması miras ortaklığının sona ermesine yönelik tasfiye işlemlerinin tümünü ifade eder.[37] Geniş anlamda paylaşma kavramına bu

---

[35] *Ayiter*, diğer elbirliği ortaklıklarından farklı olarak, elbirliği ile terekeye dahil değerler üzerinde hak sahibi olan mirasçılardan her birine, miras ortaklığının paylaşma yoluyla sona erdirilmesini talep hakkının verilmiş olmasının sebebinin, mirasçılar arasındaki ilişkinin bir sözleşmeden değil Kanundan doğması olduğunu ifade etmektedir. Mirasçılar arasındaki bağ, aynı mirasbırakanın terekesi üzerinde hak sahibi olmak gibi "*fiilî, tesadüfî*" bir durumun sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, yazar, diğer elbirliği ortaklıklarından farklı olarak, miras ortaklığında, paylaşma talebinin ileri sürülmesi bakımından gerçek anlamda bir kişisel ilişkinin bulunmadığını; miras ortaklığında öncelikle, her bir mirasçı ile tereke arasında bir ilişkinin söz konusu olduğunu ve mirasçıların birbiri ile olan ilişkisinin bu ilk ilişkiye nazaran ikincil nitelikte olduğunu belirtmektedir. Sonuç olarak, miras ortaklığının nihaî hedefi, yine diğer elbirliği ortaklıklarından farklı olarak, doğduğu andan itibaren paylaşmadır. Bkz. **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 160.

[36] **OĞUZMAN**, s. 320; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 297-298.

[37] **WOLF**, s. 266; **ETTER**, s. 5; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 679; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 29; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 24; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 299; **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 170. *Ayiter*, elbirliği ortaklıklarında, ortaklığı sona erdiren ilişki sona erse de, malvarlığı ile olan ilişkinin tasfiye sona erinceye kadar devam ettiğini belirterek; bu aşamada, aktif ortaklıkta, ortaklığın belirli bir amacı takip etmesine rağmen; tasfiye hâlindeki ortaklığın amacının ortaklık ilişkisini çözmek ve ortaklığı nihayete erdirmek olduğunu ifade etmektedir. Tasfiye hâlindeki ortaklıkta da, ortaklar, malvarlığına dahil değerler üzerinde elbirliği ile hak sahibidirler. *Yazar*, Alman Medenî Kanunu'nun 730. paragrafında, elbirliği ortaklıklarında tasfiyenin sonuna kadar elbirliği prensibinin cari olacağının fiksiyon olarak kabul edilmiş olduğunu ifade etmiş; öğretide, ayrıca Alman Medenî Kanunu'nda kabul edilen ilgili fiksiyona paralel nitelikte "*Akit Teorisi*" ile "*Zorunlu Akit Teorisi*" görüşlerinin yanı sıra Huber tarafından ortaklığın sona ermesi ile paylı mülkiyet ilişkisinin ortaya çıktığı görüşünün ileri sürülmüş olduğunu belirterek, Huber tarafından ileri sürülen görüşü, tasfiye tümüyle sona ermeden ortakların tereke değerleri üzerinde tasarruf etmelerinin mümkün olmadığını ve tasfiyenin sona ermesine kadar ortaklar bakımından ancak bir beklenen hakkın söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. AYİTER, Elbirliği Ortaklıkları, s. 169-170. Aynı şekilde *Aral*, miras ortaklığı ile güdülen amacın geçici olması nedeniyle, miras ortaklığının diğer elbirliği ortaklıklarından farklı olduğunu; diğer elbirliği ortaklıklarında güdülen amacın genelde devamlılık arzettiğini; bu ortaklıklarda, ortak bir amaca erişmek için mâmelekin korunması, geliştirilmesi ve iktisadî yarar sağlanması arzusunun hâkim olduğunu; oysa miras ortaklığında güdülen amacın, terekedeki malları paylaşmaya kadar bir bütün hâlinde tutup paylaşma işlemini gerçekleştirmek

çerçevede, miras paylarının oluşturulması, bu payların özgülenmesi, borçların ödenmesi ya da teminata bağlanması, oluşturulan miras paylarının mirasçılara devri ile ilgili bütün işlemler dâhildir.[38] Dar anlamda mirasın paylaşılması ise, tasfiye işlemleri sonunda o ana kadar tüm mirasçıların üzerinde elbirliği ile hak sahibi (*Gesamtberechtigung*) oldukları tereke değerlerinin mirasçıların tek başlarına hak sahipliğine (*Alleinberechtigung*)[39] geçirilmesini ifade eder.[40] Dar anlamda paylaşma ile miras ortaklığı sona ermiş olur ve bu çerçevede dar anlamda paylaşma, geniş anlamda paylaşmanın son safhasını teşkil eder.[41]

Öğretide[42], İsviçre-Türk Medenî Kanunlarında, paylaşmanın, hem miras ortaklığının tasfiyesini hem de miras ortaklığının tasfiyesinden sonra kalan değerlerin mirasçıların tek başlarına mülkiyetlerine geçirilmesini ifade edecek şekilde kullanılması, bu iki kavram arasındaki farkın ortadan kalktığı ve iki terimin birbiriyle karıştırılmasına neden olduğu belirtilerek eleştirilmiş ve Alman Medenî Kanunu'nda, miras ortaklığının tasfiyesi için gereken tüm işlemleri adlandırmak üzere *tasfiye (Auseinersetzung)* ve miras ortaklığının tasfiyesi sonunda kalan değerlerin, mirasçılar arasında dağıtılması, başka bir ifade ile miras ortaklığının tasfiyesi sonunda kalan değerlerin mirasçıların bireysel mülkiyetlerine geçirilmesi işlemini ifade etmek üzere de *paylaşma (Teilung)* terimlerinin kullanılması nedeniyle, Alman Medenî Kanunu'nda bu şekilde iki ayrı kavrama yer verilmiş olmasının, kavram karışıklığının

---

olduğunu, amacın bu şekilde geçici bir nitelik arzettiğini belirtmektedir. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. ARAL, Taksim Dâvası, s. 29, s. 14 ve aynı sayfa dpn. 11'de adı geçen yazarlar.

[38] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 24. Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasında, 643. maddesinde, 646 ve 669. maddelerinde, paylaşma kavramı bu geniş anlamı ile kullanılmıştır. Bkz. KILIÇOĞLU, Taksim Sözleşmesi, s. 24; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 29.

[39] Yukarıda §.1., I, dpn. 5'te yapılan açıklamalar doğrultusunda burada "mülkiyet" terimi yerine "elbirliği" terimini kullanmaktayız.

[40] **WOLF**, s. 266; **ETTER**, s. 5; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 679; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 29; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 24; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 299.

[41] **ETTER**, s. 5; **WOLF**, s. 267; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 29; **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 170; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 299. *Kılıçoğlu*, dar anlamda paylaşma anına kadar yapılan işlemlerin, paylaşmaya hazırlık niteliği taşıdığını, bu aşamaya kadar oluşturulan payların sahipliğinin gerçekleşmeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, Miras, s. 299. Türk Medenî Kanunu'nda, dar anlamı ile paylaşma kavramının 676. maddede kullanılmakta olduğu da dipnotta adı geçen yazarlar tarafından belirtilmektedir.

[42] **WOLF**, s. 266; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 679; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 29; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 299; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 24.

engellenmesi bakımından daha isabetli olduğu ifade edilmiştir.[43] Paylaşma kavramı, Türk-İsviçre Medenî Kanunlarının bazı maddelerinde her iki anlamı da kapsar şekilde[44], diğer bazı maddelerinde ise dar anlamı ile[45] kullanılmıştır.[46]

Mirasın paylaşılması kavramına ilişkin öğretide çeşitli tanımlar ortaya konulmuştur.[47]

Habicht'e göre[48] paylaşma, "terekede yer alan aktif ve pasif değerlerin mirasçılar arasında dağıtılması, bölüştürülmesi"dir. Öğretide paylaşmayı *Habicht*'e benzer bir şekilde 'terekede yer alan aktif ve pasifler'i dikkate alarak tanımlayan *Stokar*'a göre[49] ise paylaşma, terekede yer alan aktif ve pasiflerin mirasçılar arasında karşılıklı özgülenmesi şeklinde ortaya çıkan bir hukukî işlemdir.[50]

---

[43] Alman Medenî Kanunu'nda kullanılan ilgili terimler için bkz. BGB § 2032, Abs. 2, 2042-2057a (geniş anlamda paylaşma, tasfiye) ve 2059-60 (dar anlamda paylaşma). (**WOLF**, s. 266, dpn. 1520 ve 1521'den naklen.)

[44] İsviçre Medenî Kanunu, madde 602, 604, 605, 607-610'da (ve dolayısıyla bu maddeleri karşılayan Türk Medenî Kanunu madde 640, 642, 643, 646-649'da), paylaşma, bu geniş anlamı ile kullanılmıştır. Belirli bir tereke malının bu geniş anlamda paylaşılması işlemine ilişkin olarak İsviçre Medenî Kanunu, madde 612, 612a ve 613'te (ve dolayısıyla bu maddeleri karşılayan Türk Medenî Kanunu, madde 651, 652 ve 653'te) de paylaşma kavramı bu geniş anlamı ile kullanılmıştır. (**WOLF**, s. 266, dpn. 1516'dan naklen.)

[45] İsviçre Medenî Kanunu, madde 634/I, 638, 639'da (ve dolayısıyla bu maddeleri karşılayan Türk Medenî Kanunu, madde 676/I, 680 ve 681'de) paylaşma, bu dar anlamı ile kullanılmıştır. (**WOLF**, s. 266, dpn. 1518'den naklen.)

[46] **WOLF**, s. 266; **ETTER**, s. 5; **HABICHT**, Max, Die Formender Erbschaftsteilung im schweizerischen Recht, Diss., Zürich, Aarau, 1925, s. 2; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 679; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 24.

[47] Öğretide, paylaşma kavramına ilişkin tanımlar, dar anlamda paylaşma kavramına ilişkindir.

[48] **HABICHT**, s. 2. *Aral*, bu tanımı, paraya çevrilme yoluna gidilmesi (TMK m. 651; m. 653) veya mirasçıların paylaşmadan önce borçların ödenmesini istemeleri (TMK m. 649/III) hallerinde paylaşmanın konusunun sadece bakiyeden ibaret olacağının göz önünde tutulmakta olduğunu belirterek eleştirmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 30.

[49] **STOKAR**, Daniel, Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungs-anspruches, Diss., Zürich 1953, Schaffhausen 1954, s. 14.

[50] Öğretide *Wolf*, *Habicht* ve *Stokar*'ın 'aktif ve pasiflerin paylaşılması' ifadesine yer veren tanımlarını, pasiflerin paylaşılmasının veya ödenmesinin, dar anlamda paylaşmanın bir unsuru olmadığını belirterek eleştirmiştir. *Wolf*'e göre, pasifler (borçlar) olmaksızın her bir mirasçının miras payı net olarak saptanamıyorsa ancak, borçlar anlam kazanacaktır. Bu çerçevede, zorunlu olarak paylaşma kavramına sadece aktif değerler dâhildir. *Wolf*, bu hususun kabulüne ek olarak bu bağlamda, her bir mirasçının, Türk Medenî Kanunu'nun 649. maddesini karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 610. maddesinin üçüncü fıkrası ile sağlanan koruma çerçevesinde mirasbırakanın borçlarının, paylaşmadan önce ödenmesini talep edebileceğini ve böylelikle aktiften müteşekkil paylaşmaya konu olacak değerlerin oluşturulmuş olacağını ifade etmektedir. *Yazar* ayrıca, İsviçre Medenî Kanunu'nun 610. maddesi üçüncü fıkrasında mirasçılara tanınan diğer imkânın kullanılması ile, mirasçıların borçların ödenmesi yerine teminata bağlanmasını talep etmeleri durumunda yine pasiflerin

Etter'e göre ise[51] paylaşma, tasfiye sonucunda kalan değerlerin elbirliği mülkiyetten, mirasçıların tek başlarına mülkiyetlerine geçirilmesidir.

Jost ise[52] paylaşmayı, "Miras paylarının fiziksel olarak veya değerleri itibariyle ayrılması ve bu payların her bir mirasçıya özgülenmesi edilmesi suretiyle miras ortaklığının tasfiyesi" olarak tanımlamaktadır.

Wolf'e göre ise[53], paylaşma, o ana kadar tüm tereke üzerinde elbirliği hak sahipliğinin, mevcut olan taleplerin yerine getirilmesi suretiyle her bir mirasçıya düşen hakların, ilgili mirasçıya özgülenmesi olarak tanımlanabilir.

Aral,[54] paylaşmaya ilişkin olarak yapılan tanımların büyük bir kısmının, eksik olduğunu veya paylaşmanın kendisini değil, hukukî niteliğini açıklamakta olduklarını ifade ederek; paylaşmayı "terekeye dâhil değerlerin mirasçılara miras hisseleri oranında, aynen veya nakden verilmesi" olarak tanımlamaktadır.

Kılıçoğlu[55], paylaşmanın, "miras ortaklığının, mirasçıların talebi üzerine aralarındaki anlaşmayla ya da mahkeme kararıyla tamamen veya kısmen tasfiye edilerek, hak ve borçların ferdîleştirilmesi" olduğunu ileri sürmektedir.

Ayiter[56] ise, paylaşmaya ilişkin genel bir tanım vererek, paylaşmanın, ortaklık malvarlığına dâhil değerlerin, ortaklar arasında, payları oranında fiilen bölünmesi olduğunu ifade etmektedir.

---

paylaşılmasının söz konusu olmadığını, aksine bu hâlde teminat karşılığında pasiflerin muhafaza edilmesinin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **WOLF**, s. 269-270.

[51] **ETTER**, s. 5. *Aral*, *Etter* tarafından yapılan bu tanımı, tanımda paylaşma kavramının değil, paylaşmanın hukukî niteliğinin belirtildiğini ifade ederek eleştirmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 30.

[52] **JOST**, s. 3. Bu tanım diğer bazı yazarlar tarafından da aynı şekilde benimsenmiştir. Bkz. **HAUSER**, Die Erbteilungsvertrag, Diss., Zürich, 1973, s. 14; **SEEBERGER**, s. 15. *Aral*, bu tanımın, paylaşmanın mutlaka miras ortaklığının sona ermesi sonucunu doğuracağı izlenimini yaratmakta olduğunu belirterek, *Jost* tarafından yapılan bu tanımı eksik bulduğunu ifade etmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 30.

[53] **WOLF**, s. 271.

[54] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 30.

[55] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 300. *Kılıçoğlu*, paylaşmaya ilişkin bu tanımı ile, öğretide *Jost* ve *Hauser* (bkz. yukarıda dpn. 52) tarafından yapılan paylaşma tanımını kabul etmiş bulunmaktadır.

[56] **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 170.

§. 2. Mirasın Paylaşılmasının Hukukî Niteliği

I. Genel Olarak

Mirasın paylaşılmasının hukukî niteliği incelenirken, terekede yer alan aktif değerler ve pasif değerler bakımından Kanun farklı çözüm tarzları benimsemiş olduğundan, aktiflerin ve pasiflerin paylaşılmasının hukukî niteliği ayrı ayrı incelenmek gerekir.[57]

II. Terekedeki Borçların (Pasiflerin) Paylaşılmasının Hukukî Niteliği

Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesi, birinci fıkrası gereği mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından müteselsil olarak sorumludurlar. Mirasçıların, kendi aralarında, tereke borçlarının tamamının veya bir kısmının paylaşılmasına ilişkin yaptıkları sözleşmeler, mirasçıların alacaklılara karşı tereke borçlarının tamamından müteselsilen sorumlu olmaları hususunu değiştirmez. Bu anlamda, mirasçılar arasında yapılan borcun paylaşılmasına ilişkin sözleşme, borcun iç yüklenilmesi (borçtan kurtarma taahhüdü) niteliğindedir.[58] Öğretide de belirtilmiş olduğu üzere[59], burada borcun iç yüklenilmesi, Borçlar Hukukunda, Borçlar Kanunu'nun[60] 173. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenmiş borcun iç yüklenmesine nazaran bazı özellikler taşımaktadır. Öncelikle, Borçlar Kanunu'nun 173 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş borcun naklinin ilk aşamasını teşkil eden borcun iç yüklenmesinde, borcun nakli müteahhidi, borçlu ve alacaklı bakımından bir

---

[57] Türk Medenî Kanunu'nun 599 ve 640. maddeleri çerçevesinde, mirasbırakanın ölümü ile birlikte, tereke bir bütün hâlinde mirasçılara intikâl eder ve bu şekilde mirasçılar arasında bir miras ortaklığı meydana gelir. Bu intikâlin sonucunda mirasçılar, terekedeki mallar ve alacaklar üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar. Mirasbırakanın borçları bakımından ise, mirasçıların müteselsil olarak sorumlu oldukları düzenlenmiştir (TMK m. 641). Mirasçıların mirasbırakanın borçlarından müteselsil sorumlulukları paylaşmayı müteakip beş yıl boyunca da devam eder (TMK m. 681).

[58] **WOLF**, s. 343; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 31; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **AYİTER**, Miras, s. 249; **İMRE**, s. 921; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 301.

[59] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 31; **AYİTER**, Miras, s. 249; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **İMRE**, s. 921.

[60] 22.04.1926 t. ve 818 s. Borçlar Kanunu (RG, 8.5.1926 t., S. 366)

üçüncü kişidir.[61] Oysa, mirasın paylaşılmasında, mirasçılardan birinin veya birkaçının bir borcu, aralarında yapacakları sözleşme ile üstlenmelerinde, borcu yüklenen mirasçılar, üçüncü kişi değil, esasen diğer mirasçılarla birlikte bu borçtan dolayı alacaklıya karşı müteselsil borçlu olan kimselerdir.[62] Bu nedenle, mirasbırakanın terekenin intikali ile mirasçılara geçen bir borcuna ilişkin olarak, mirasçılardan birinin veya bir kaçının diğer mirasçılarla yaptığı bir anlaşma ile bu borcu üstlenmesi bakımından Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesi uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümler ise tamamlayıcı şekilde uygulama alanı bulacaktır.[63] Bu durumun tâbi bir sonucu olarak, terekede yer alan bir malvarlığı veya işletmenin mirasçılardan birine veya birkaçına devredilmesi durumunda, devreden mirasçı veya mirasçıların, devralanla birlikte müteselsil sorumlu oldukları süre bakımından, Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde düzenlendiği şekli ile, iki yıllık süre değil; Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinde düzenlenmiş olan beş yıllık süre uygulanacaktır.[64] Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesi gereği, mirasçılar arasında yapılan borcun yüklenmesi sözleşmesine, ilgili borcun alacaklısı rıza gösterdiği takdirde, mirasçıların bu borçtan müteselsil sorumluluğu, borcu üstlenen mirasçı veya mirasçıların, ilgili borca ilişkin şahsî sorumluluklarına dönüşür.[65]

III. Terekedeki Hakların (Aktiflerin) Paylaşılmasının Hukukî Niteliği

A) Genel Olarak

Genel olarak, paylaşmanın hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin başlıcaları, "miras

---

[61] **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 955; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 269; **EREN**, s, 1195; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 603.
[62] **İMRE**, s. 921; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 31.
[63] **İMRE**, s. 921-922; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 31.
[64] **İMRE**, s. 922; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 31.
[65] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, § 12, IV, A, 5.

ortaklığından, hakkın tek bir mirasçıya devri olarak mirasın paylaşılması görüşü", "diğer mirasçıların hakkı kazanan mirasçı lehine tereke malı üzerindeki haklarından vazgeçmesi görüşü", "mirasçının payını doğrudan terekeden iktisâb ettiği görüşü", "hakların temliki görüşü" ve "ifa ve tasarruf işlemleri" görüşüdür.

Bu görüşlerde, paylaşmanın hukukî niteliğini belirlemek üzere öncelikle, elbirliği mülkiyetinin hukukî niteliği saptanmaya çalışılmakta ve bu saptama üzerinden, paylaşmanın hukukî niteliği belirlenmektedir.

Olağan durum, belli bir hakka ilişkin hak sahipliğinin belli bir kişiye tanınmasıdır.[66] Ancak, ekonomik ve hukukî ihtiyaçlar nedeniyle bir hak birden fazla kişiye bağlanabilir ve bu hâlde bir hukukî topluluk söz konusu olur. Türk-İsviçre Hukuklarında, birden fazla kimsenin birlikte hak sahipliği, paylı veya elbirliği hak sahipliği olarak ortaya çıkar.[67] Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesi gereği, paylı mülkiyette her bir paydaş payı üzerinde tasarruf edebilirken, elbirliği hak sahipliğinde bu durum söz konusu olmaz. Elbirliği hak sahipliğinde temel problem, tek bir hakkın bölünmeksizin aynı anda birden fazla hak sahibine ait olması ile ortaya çıkan teklik ve çokluk çatışmasıdır.[68]

Konuya ilişkin olarak ileri sürülen görüşler kendi içlerinde hakkın bölünmesi veya çoğaltılmasına dayanan görüşler ve bölünmemiş ortak hakkın kabulüne dayanan görüşler olarak ikiye ayrılabilir.[69] Hakkın bölünmesi veya çoğaltılmasını kabul eden görüşlerden ilki[70], *condominium plurium in*

---

[66] **HAAB**, Roberts / **SIMONIUS**, August / **SCHERRER**, Werner / **ZOBL**, Dieter, Zürcher Kommentar, IV. Band: Das Sachenrecht, I. Abt.: Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Zürich, 1977, Art. 646-654, N. 1.

[67] **MEIER-HAYOZ**, Arthur, Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Art.: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmunge, Art. 646-654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981; 2. Teilband: Das Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974, Art. 646-654, N. 5; **HAAB**, Art. 646-654, N. 2.

[68] **KUNZ**, Romano, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Diss., Zürich, 1963, s. 1; **WOLF**, s. 27.

[69] **WOLF**, s. 28. Ayrıca bkz. **ZOBL**, Dieter, Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften, Diss., Zürich 1973, s. 29.

[70] Miras ortaklığını bu görüşe dayanarak açıklayan yazarlar için bkz. **HABICHT**, s. 12 vd.; **PIOTET**, SPR IV/II, s. 650. Bu görüş esasen Bamberg Prensliğindeki eşler arasındaki mal rejimini açıklamaya yönelik bir risaleden François GUISAN tarafından, doktora tezinde, eski İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki kolektif şirketin hukukî niteliğini açıklamada kullanılınca, tekrar gündeme gelmiştir.

solidum teorisi temelinde elbirliği topluluğunda birden fazla mülkiyet hakkının bulunduğu esasını kabul eden görüştür. Diğer görüş[71] ise *condominium divisium* teorisine dayanır ve elbirliği topluluğunda hakkın bölünmesinin söz konusu olduğunu savunur. Hakkı bir bütün kabul eden, başka bir ifade ile bölünmemiş ortak hakkı kabul eden görüşleri ise,_bölünmemiş birlikte hak sahipliği görüşü (*Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung*)[72]; ve birden fazla hak sahipliği görüşü (*Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit*)[73] oluşturur.[74]

Hakkın bölünmesi veya çoğaltılmasına dayanan görüşlerden ilkini oluşturan *condominium plurium in solidum* görüşünde, hakların çoğaltılması (*Vervielfältung des subjektiven Rechts, Annahme einer Vielzahl von Eigentumsrechten*) kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, her elbirliği ortağı, eşyanın bütünü üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir ve fakat hak sahibinin bu hakkı, diğer elbirliği ortaklarının aynı nitelikteki hakkı ile sınırlanmıştır.[75] Bu çerçevede, toplulukta birden fazla mülkiyet hakkı söz konusudur ve her bir

---

Guisan, çalışmasında bu teoriyi benimseyerek, "her şerik, bütün şirket mâmelekinin malikidir. Bu, şerikleri, toplu malik telakki etmeye müncer olur." Bkz. **GUISAN**, François, La Notion de Gesamthand appliquée à la société en nom collektif, diss., Lausanne, 1905, s. 81-86. (AYİTER, Elbirliği Ortaklıkları, s. 15 ve 16'dan naklen.) Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **HAUSER**, s. 16 vd; **JOST**, s. 3 vd; **BUCHDA**, Gerhard, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthand-lehre, Marburg in Hessen 1936, s. 115 vd.

[71] **BUCHDA**, s. 201 vd; **NAGLER**, Die gesamte Hand im Gesellschaftrechte, Ein Beitragzum Norddeutschen Gesellschaftrechte, Sächsische Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Bd. 10, 1900, s. 723. (BUCHDA, s. 201'den naklen.)

[72] Bu görüş, öğretide, daha önceleri baskın olan görüştür ve Otto von GIERKE tarafından şekillendirilmiştir. Bkz. **GİERKE**, von Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig, 1895; Bd. II, Sachenrecht, Leipzig, 1905 ve yine GIERKE, von Otto, Die Genossenschafttheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887. (WOLF, s. 34'den naklen.) Ayrıca bkz.. **HAAB**, Art. 646-654, N. 10, 12; **GUHL**, Theo, Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung, ZBJV LIII, 1917, s. 1 vd, ayrıca s. 49 vd. Görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. WOLF, s. 35, dpn. 176.

[73] Bu görüş ise, öğretide ilk olarak Konrad ENGLÄNDER tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. **ENGLÄNDER**, Konrad, Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, Teil I: Grundlegung, Berlin, 1914. (WOLF, s. 40'tan naklen.) Ayrıca bkz. **BINDER**, Julius, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, III. Teil, Leipzig 1905, s. 64; **KUNZ**, s. 70 vd, 110 vd.; **MEIER-HAYOZ**, Art. 652, N.13 vd; **ZOBL**, s. 34; **MASANTI-MÜLLER**, Regula, Verwaltung und Vertretung in der Gütergemeinschaft, Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Diss., Bern 1995, s. 14; **REY**, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, N. 971 vd. Bu görüş, günümüzde, elbirliği ortaklığını açıklamada başvurulan hâkim görüşü oluşturur.

[74] Burada, doğrudan bu çalışmanın konusunu oluşturmadığından konuya ilişkin olarak ileri sürülen bütün görüşlere değil, başlıca görüşlere yer verilmiştir.

[75] Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **BUCHDA**, s. 115 vd.

ortağın mülkiyet hakkı diğerlerinin karşısında yer alır ve *ius re in aliena*[76] olarak ortaya çıkar. Bu görüş günümüzde reddedilmektedir.[77] Her şeyden önce, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun düzenlemesi bu görüşü esas almamaktadır.[78] Nitekim Türk Medenî Kanunu'nun eşya hukuku başlığını taşıyan dördüncü kitabının mülkiyet başlığını taşıyan birinci kısmının birinci bölümünü oluşturan genel hükümlerin altında, paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyet, "birlikte mülkiyet" üst başlığı altında incelenmekte olup, hakların çoğaltılmasına dayanan birinci görüş, Türk Medenî Kanunu'nun sistemi ile çelişmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun 701. maddesi, ikinci fıkrasında yer alan "Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır" ibaresi çerçevesinde kanunkoyucunun elbirliği ortaklığı bakımından birinci görüşü kabul etmediği sonucuna varılacaktır. Yine Türk Medenî Kanunu'nun 702. maddesinin ikinci fıkrası gereği, elbirliği ortaklığında toplu olarak sahip olunan eşya üzerinde tasarruf kural olarak bütün mirasçıların oybirliği ile karar vermesini

---

[76] Başkasına ait eşya üzerinde aynî hak; başka bir ifade ile sınırlı aynî hak.

[77] **HAAB**, Art. 646-654, N. 12; **MEIER-HAYOZ**, Art. 652, N. 15; **KUNZ**, s. 58; **HAUSER**, s. 17; **KOHLER**, E. Urs, Die Abtretung angefallener Erbanteile, Art. 635 ZGB, Diss., Zürich 1976, s. 22 vd.

[78] Görüşü savunan yazarlar, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nda, elbirliği ortaklığı bakımından *condominium plurium in solidum* görüşünün kabul edilmiş olduğunu hususunu, Eugen HUBER'in "Zum schweizerischen Sachenrecht, Drei Vorträge mit Anmerkungen" (Bern, 1914) adlı eserine dayandırmaktadırlar. *Huber*, aynı eşya üzerinde birden fazla kimsenin aynı anda mülkiyet hakkına sahip olması durumunda, malın değil, mülkiyet hakkının bu kimseler arasında bölünmesinin gündeme gelebileceğini; bu çerçevede maliklerin ya eşya üzerinde somutlaşmamış hisselere sahip olacak şekilde ya da bu şekilde hisseler söz konusu olmaksızın her bir malikin eşyanın bütünü üzerinde malik olması şeklinde ortaya çıkacağını belirtmektedir. Yazar, elbirliği ilişkisinde ise, her bir hak sahibinin, eşyanın tamamı üzerinde mülkiyet hakkının tamamına sahip olduğunu ve bu hakkının aynı şekilde eşya üzerinde mülkiyet hakkının tamamına sahip olan diğer hak sahibi veya sahiplerinin hakları ile sınırlanmış olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla, elbirliği maliklerden her biri, eşya üzerindeki mülkiyet hakkının tamamına diğer elbirliği maliklerle birlikte sahiptir. **HUBER**, s. 16 ayrıca bkz. s. 51. *Huber*'e atfen, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nda *condominium plurium in solidum* görüşünün kabul edildiğini savunan *Habicht* ve *Piotet* ise (Bkz. **HABICHT**, s. 13, dpn. 25a ve 27; **PIOTET**, SPR, IV/II, s. 652, dpn. 9), miras ortaklığında "her bir mirasçının eşya üzerinde mülkiyet hakkının tamamına sahip" olduğunu belirtmekte ancak, her bir ortağın "bir mülkiyet hakkına sahip" olduğunu ifade etmektedirler. Oysa *Huber*, anılan çalışmasında belirttiği üzere, her bir mirasçının mülkiyet hakkına birlikte sahip olduklarını, dolayısıyla ortada birden fazla değil, tek bir mülkiyet hakkının bulunduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla *Huber*, çalışmasında, bölünmemiş bir mülkiyet hakkından bahsederken; *Habicht* ve aynı şekilde *Piotet* birden çok mülkiyet hakkından yola çıkmaktadırlar. (WOLF, s. 29, dpn. 144'den naklen)

gerektirmesi de kanunkoyucunun, Medenî Kanun düzenlemesinde bu görüşü kabul etmediğinin bir diğer göstergesidir.[79]

Hakkın bölünmesi veya çoğaltılmasına dayanan görüşlerden ikincisini oluşturan ve bölünmüş birlikte hak sahipliği (*Theorie der geteilten Mitberechtigung*) olarak adlandırılan diğer görüş[80], *Condominium divisum* temelinden hareket etmekte ve elbirliği hak sahipliğinde, paylı ortaklıkta olduğu gibi, payların bulunduğunu kabul etmektedir. Bu çerçevede, ortaklığa dâhil mallara ilişkin olarak, ortak sayısınca hak ortaya çıkar.[81] Bu görüşe göre, elbirliği mülkiyetinde, paylı mülkiyetten farklı olarak tek başına tasarruf imkânı bulunmadığından, elbirliği mülkiyet, "bağlı birlikte mülkiyet"ten başka bir şey değildir.[82] Bu görüşün, elbirliği mülkiyetinin pozitif hukuktaki düzenlenme tarzı ile çelişmekte olduğu, bu nedenle de reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir.[83] Türk Medenî Kanunu'nun 701. maddesinin ikinci fıkrasında, "ortakların belirlenmiş payları olmayıp, her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır" ifadesine yer verilmiş olduğundan, bu görüş Türk Medenî Kanunu'nda benimsenmiş değildir.[84]

Öğretide, elbirliği ortaklığının hukukî niteliğine ilişkin olarak, bölünmemiş ortak hakkı kabul eden görüşlerden ilkini oluşturan bölünmemiş elbirliği hak sahipliği görüşü (*Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung*)[85], hakkın sahibinin birbirine bağlı birden fazla kişi olduğunu ve bu birden fazla kişinin, başka bir ifadeyle ortağın, toplu hakka bölünmemiş olarak sahip olduklarını savunmaktadır. Bu bağlılık çerçevesinde her bir ortak, ortaklaşa hak sahibi ve ortaklaşa yükümlüdür ve bir kişi birliği (*Personeneinheit*) oluştururlar. Elbirliği sayesinde birbirine bağlanmış ortaklardan oluşan bu

---

[79] **KOHLER**, s. 24 vd. ; **GUHL**, s. 51; **WOLF**, s. 30-32.

[80] Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. yukarıda dpn. 69.

[81] **BUCHDA**, s. 201. *Buchda*, elbirliği mülkiyetinde, hak sahiplerinin birden fazla olması karşısında birden fazla da hak sahipliğinin bulunduğunu; zira, hakların sujesi olan ortakların toplamının ortaklığa dâhil haklara sahip olduklarını ve borçla bakımından da borçlu olduklarını ve bu çerçevede ortaklık mallarının, mevcut ortak sayısı kadar özel alanlara bölüneceğini belirtmektedir. (NAGLER, s. 723'e atfen)

[82] **BUCHDA**, s. 202. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **KOHLER**, s. 26.

[83] **HAAB**, Art. 646-654, N. 12**; MEIER-HAYOZ**, Art. 652, N. 15; **KOHLER**, s. 26.

[84] Bu görüşün ayrıntılı eleştirisi için bkz. **KUNZ**, s. 57; **KOHLER**, s. 26; **HAAB**, Art. 646-654, N. 12; **BUCHDA**, s. 202.

[85] Bu görüşü savunan yazar için bkz. dpn. 70.

birlik, hak ve fiil ehliyetine sahiptir ve hakların sahibi, ortaklardan oluşan birliktir.[86] Bu şekilde ortaya konulan fikir çerçevesinde, elbirliği ortaklığında ortakların oluşturduğu birliğin, tüzel kişiliğe sahip topluluklarla büyük benzerlikler gösterdiği, ancak tüzel kişinin aksine, elbirliği hak sahipliğinde hak ve borçların, bir tüzel kişiye değil, bütün hak sahiplerine ait olduğu ve bu şekilde, ortakların dışında ve üzerinde başka bir sujenin bulunmadığı; ancak ortaklar arasında bir hukukî ilişkinin (*Rechtsverhältnis unter den Teilhabern*) bulunduğu ifade edilmektedir. [87] Öte yandan, burada, elbirliği hak sahiplerinin oluşturduğu bu kişi birliği, her bir ortağın tek başına iradesinin bir değer taşımayıp, bütün ortakların iradesinin (*Gesamtwille*) önem arzetmesi nedeniyle, paylı ortaklıklardan da farklıdır. Bu çerçevede, elbirliği ortaklığında, her bir ortak tek başına tasarruf işlemi yapma imkânına sahip olmayıp, ancak bütün ortaklar oybirliği ile verecekleri karar ile tasarruf işlemlerini yapabilirler. Bu görüş, öğretide bazı yazarlar[88] tarafından temel itibariyle kabul edilerek geliştirilmiş ve bazı Yargıtay[89] ve Federal Mahkeme

---

[86] Bkz. von **GIERKE**, Deutsches Privatrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig, 1895, s. 676 vd.; Bd. II, Sachenrecht, Leipzig, 1905, s. 389; Die Genossenschafttheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887, s. 343. (WOLF, s. 34'den naklen.) *Gierke*, hakların sujesinin birbirine bağlı kişiler olması nedeniyle, bu birbirlerine bağlı kişilerin, aynı haklarla bir araya gelmiş, tekleşmiş bir çokluk ve kolektif bir teklik olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. GIERKE, Die Genossenschafttheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887, s. 343. (WOLF, s. 34'ten naklen.)

[87] Elbirliği ortaklığının, bu şekilde, tüzel kişiye yakın ancak tüzel kişi olmayan bir "hukukî ilişki" olarak nitelendirilmesinde, ortada tek bir suje değil, birbirleriyle çok sıkı ilişki içinde olan ve hak sujelerinin çokluğuna dayanan bir elbirliği ortaklığı vardır. Bu nitelendirme çerçevesinde, elbirliği ortaklığı, gevşek bir kişi topluluğu ile tüzel kişi arasında yer alan bir topluluktur. Bkz. **GIERKE**, Genossenschaftstheorie, s. 340 vd. (WOLF, s. 34'den naklen.). Ayrıca bkz. von **TUHR**, von **TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich, 1979, s. 80 vd.

[88] Von TUHR, "elbirliğinin yapısı icabı, ortaklık mâmelekine ait hakları şu mânada müşterek (gemeinsam) addetmek lâzımdır: Ne A ne de bu hakkın sujesidir; fakat ikisi bir arada, ortaklık mâmelekinin hamili sıfatıyla hak sujesidir. Ortaklık mâmelekine dâhil bir ayın üzerinde, birden ziyade sujesi olan bir mülkiyet hakkı vardır. Müşterek alacak A'nın ve B'nin alacak haklarının bir mecmuu telâkki edilmemeli, fakat A ve B'nin bir arada alacaklısı oldukları tüm bir alacak hakkı olarak düşünülmelidir." ibaresine yer vererek, temel itibariyle bu görüşten yola çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için, bkz. von **TUHR**, Andreas / **PETER**, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich, 1979, s. 82. Keza aynı şekilde, **GUHL**, s. 3; **HAAB**, Art. 646-654, N. 12. Ayrıca bkz. **WOLF**, s. 34, dpn. 173'te adı geçen yazarlar ve **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 23, dpn. 34 ve devamında adı geçen yazarlar.

[89] Bu Yargıtya Kararları için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 677, dpn. 5. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.3.1965 tarih ve 51/90 sayılı Kararında, bu görüşü benimser şekilde "…Dâva konusu tarla üzerindeki zilyetlik 12.3.1959 tarihinde ölenden onun mirasçılarına kaldığına göre, olayda Medenî Yasa'nın 581. maddesindeki iştirak hali söz konusudur. O hâlde, Medenî Yasa'da yer alan,

Kararlarında[90] esas alınmıştır. Uzun bir süre, doktrindeki hakim görüşü oluşturan bu görüş, günümüzde reddedilmektedir.[91] Bu görüş, özellikle, ortaklardan oluşan topluluğun hak sahibi olduğunun savunulması açısından eleştirilmektedir. Bu çerçevede, görüşü eleştiren yazarlar, elbirliği ortaklığının, ortaklığa dâhil mallar üzerinde hak sahibi olduğunun kabul edilmesi durumunda, bir tüzel kişiliğin ortaya çıkacağını belirterek, bir topluluğun bir taraftan haklara sahip ve borçlarla yükümlü olduğu ve diğer taraftan tüzel kişiliğe sahip olmadığının kabul edilemeyeceğini ifade etmektedirler.[92]

Öğretide konuya ilişkin olarak ileri sürülen diğer bir görüşü ise, birden fazla hak sahipliği görüşü (*Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit*)[93] oluşturur. Bu görüşe göre, tıpkı paylı topluluklarda olduğu gibi elbirliği topluluğunda da, her bir ortak, bölünmemiş ortak hak üzerinde hak sahibidir. Başka bir ifade ile, burada birden fazla hak sahibi söz konusudur.[94] Bu görüşe göre, hakkın içeriği bakımından tek veya birden fazla sujenin hakka sahip olmasının bir önemi yoktur ve bu şekilde ortaya çıkan hakkın muhtevasının istikrarlılığı prensibine (*Grundsatz Konstanz des Rechtsinhalts*)

---

iştirak hükümleri doğrudan doğruya, taraflarca ileri sürülmesine bakılmaksızın, olaya uygulanır. Bu hükümlere göre, mirasbırakandan kalan haklara, mirasçılardan her biri tek başına sahip değildir; ancak mirasçıların hepsi birden, bir toplum olarak, bu haklara sahiptirler." şeklinde hüküm tesis etmiştir. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 677, dpn. 5'ten naklen.)

[90] BGE 51 II 270 (AYİTER, Elbirliği Ortaklıkları, s. 23, dpn. 39'dan naklen.)

[91] **KUNZ**, s. 72; **MEIER-HAYOZ**, Art. 652, N. 13 vd.; **ZOBL**, s. 28 vd; **MASANTI-MÜLLER**, s. 13 vd.; **REY**, N. 974 vd.

[92] **MEIER-HAYOZ**, Art. 652, N. 14; **ZOBL**, s. 40. *Wolf*, konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen eleştirileri şu şekilde sıralamaktadır: Öncelikle, elbirliği hakların sahibi ve ortaklığa düşen borçların yükümlüsü olarak elbirliği ortaklığının gösterilmesi durumunda, ortaklık hak ehliyetine ve dolayısıyla tüzel kişiliğe sahip olacaktır. Keza, bu çerçevede, hukukî anlamda kişi sayılmayan bir topluluğun, bir birlik olarak haklara sahip olabileceğinin kabul edilmesi, hukukumuzda ancak "kişi" hak sahibi olabileceğinden, pozitif hukuka aykırıdır. İsviçre Medenî Kanunu'nun 11. (TMK m. 8) ve 53. (TMK m. 48) maddesi ile kişiler "gerçek" ve "tüzel" kişi olarak ikiye ayrılmaktadır ve Kanun'da hak sahibi olan ancak kişiliği olmayan üçüncü bir tür kişiye yer verilmemiştir. Elbirliği ortaklıklarının hukukî niteliğini belirtmek üzere, hak ve borçlara sahip olan, ancak hak sujesi de olmayan "hukukî ilişki" kavramı ile, hukukî suje kavramı bertaraf edilemez. Başka bir ifade ile, haklara sahip olma, ancak, hak sujesi olmama düşünülemez. Bkz. WOLF, s. 37 ve s. 37, dpn. 190'da adı geçen yazarlar. Öte yandan, elbirliğine konu tüm malvarlığı üzerinde tek bir hakkın bulunduğuve öte yandan elbirliği mülkiyetindeki payların kabulü ile bağdaşmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. **WOLF**, s. 36 vd. ve s. 36 vd. dpn. 135 ve devamında adı geçen yazarlar.

[93] Bu görüş, ilk olarak, *Engländer* tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. **ENGLÄNDER**, Konrad, Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, Teil I: Grundlegung, Berlin 1914. (WOLF, s. 40'tan naklen.) Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. yukarıda dpn. 72.

[94] Bkz. **ENGLÄNDER**, s. 29. (WOLF, s. 40'tan naklen.)

uygun olarak, bütün hak sahipleri hakkın_objesi ile ve üçüncü kişilerle ilişkilerinde tek başına hak sahibi[95] gibidirler. Bu prensip, bu haliyle hakkın "bütün ortaklara birlikte" ait olduğu şeklindeki yaygın tanımlamaya da uygundur.[96] Buradan, bir hakka sahip olan birden fazla kimsenin bir birlik (*Einheit*) oluşturduğu sonucuna varılamaz. Çünkü, kişi topluluğuna tanınacak böyle bir yetki, birden fazla yetkinin değil, tek bir yetkininin bulunması sonucunu doğurur ve bu hâlde ortada bir topluluk değil, tüzel kişi söz konusu olur.[97] Bu görüşe göre, birden fazla kimsenin elbirliği ile hak sahibi olması durumunda, tek başına hak sahipliğindekine benzer şekilde bir durum söz konusu olup, her bir ortak sadece kendisine düşecek kısım üzerinde, başka bir ifade ile payı oranında hak sahibidir. Bu şekilde ortaya çıkan birden fazla hak sahipliği, paylı hak sahipliğidir. Ortakların payları, özel bir ilişki içinde birbirine bağlıdır ve bu durum topluluğun iç düzeni olarak nitelendirilir.[98] Görüş taraftarlarından *Kunz*, hak sahipliğini, maddî hak sahipliği ve şeklî hak sahipliği olmak üzere ikiye ayırarak, şeklî anlamda hak sahipliğinin hakka sahip olmayı; maddî anlamda hak sahipliğinin ise, hakkı kullanmayı, başka bir ifade ile hak üzerinde tasarruf etme yetkisini ifade ettiğini belirtmiştir.[99] Hakka sahip olma ve hak üzerinde tasarruf etmenin bu şekilde birbirinden ayrılması ile bir "ikilik" (*Zuordnungsdualismus*)[100] ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde elbirliği ortaklığında, her bir ortak şeklî anlamda hakkın sahibidir; ancak, maddî anlamda hak sahipliği, başka bir ifade ile hak üzerinde tasarruf

---

[95] *Engländer*, tanımında, ortakların, tek başına hak sahibi olarak değil, tek başına hak sahibi gibi olduklarını "*wie ein Alleinberechtigter*" ifade etmektedir. Bkz. **ENGLÄNDER**, s. 29. (WOLF, s. 42'den naklen.) *Binder* de, Engländer'e paralel bir şekilde, elbirliği ortaklığında, elbirliği ortağının hukukî durumunun tek başına hak sahibi olan kimsenin hukukî durumu ile özdeş olduğunu belirtmektedir. Bkz. **BINDER**, s. 64.

[96] Bkz. paylı mülkiyet bakımından, Türk Medenî Kanunu'nun 688. maddesi, birinci fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 646. maddesi, birinci fıkrası) ve elbirliği mülkiyet bakımından Türk Medenî Kanunu'nun 701. maddesi, ikinci fıkrası (İsviçre Medenî Kanunu'nun 652. maddesinin ikinci fıkrası) (WOLF, s. 40'tan naklen.)

[97] **ENGLÄNDER**, s. 57-59. (WOLF, s. 41'den naklen.)

[98] **ENGLÄNDER**, s. 104. (WOLF, s. 41'den naklen.)

[99] **KUNZ**, s. 16. *Kunz*, hakkı kullanma ile hakkın sahibi olmanın birbirinden farklı olduğunu belirterek, bir hakka sahip olan kimsenin hakkı kullanmayabileceğini; öte yandan, hakkı kullanabilen kimsenin de, mutlaka hakka sahip olmasının gerekmeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 16.

[100] *Kunz*, hakkın sahibi ile hakkı kullanma yetkisine sahip olan kimsenin farklı kimseler olabilmesine, örnek olarak, hakların sahibi ve borçların yükümlüsü olan X Anonim Şirketinin, hakkın sujesi olmasını; diğer taraftan, ilgili Kanun hükümleri çerçevesinde, belli hakları kullanma ve bazı borçları ödeme yetkisine sahip kişinin yönetim organı Y olmasını göstermektedir. Bkz. **KUNZ**, s. 32.

yetkisi, ortakların tümündedir. Dolayısıyla, elbirliği ortaklığı, birden fazla hak sahipliğinin bulunması nedeniyle bir hak topluluğu ve tek bir tasarruf yetkisinin bulunması nedeniyle bir tasarruf topluluğudur.[101] Günümüzde öğretide baskın görüşü oluşturan bu görüş[102], elbirliği ortaklığında, hak sahibinin, elbirliği ortaklığı değil, her bir ortak olduğunu ve fakat ancak bütün ortakların birlikte hakkı kullanabileceklerini savunmakta olduğundan, diğer görüşlere karşı ileri sürülen eleştiriler, bu görüşe karşı ileri sürülemez.[103] Günümüzde, öğretide baskın görüşü oluşturan bu görüş, hakkın sahibi olarak, elbirliği ortaklığını değil, her bir ortağı göstermektedir. Bu görüşün, elbirliği ortaklığında hak sahipliği bakımından, hak sahibinin birden fazla olduğunun (*Pluralität in der Rechtsträgerschaft*) kabulü ile paylı ortaklıktaki durumla benzerlik kurduğu ve tahsis edilecek payın tanınması bakımından da elbirliği hak sahipliği ilişkisinin açıklanmasını kolaylaştırmakta olduğu ifade edilmiştir.[104]

B) Paylaşmanın Hukukî Niteliğine İlişkin Olarak Öğretide İleri Sürülen Görüşler

1) Miras Ortaklığından Hakkın Tek Bir Mirasçıya Devri Olarak Mirasın Paylaşılması Görüşü (Hakkın Devri Görüşü)

Miras ortaklığına dâhil değerler üzerindeki elbirliği hak sahipliğine ilişkin olarak öğretide daha önceleri baskın olan bölünmemiş hak sahipliği görüşünü (*Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung*)[105] savunan yazarlar,

---

[101] **KUNZ**, s. 167. Elbirliği ortaklığı, hakkın sujesi, başka bir ifade ile elbirliği ortaklığına konu teşkil eden hakların sahibi değildir. Elbirliği ortaklığında, birden çok kimse, tek başına ve diğer hak sujeleri ile birlikte toplu hakka sahiptir. Bu birden fazla kimse, birlikte karar verme topluluğunu oluştururlar.

[102] **MEIER-HAYOZ**, Art. 646-654, N. 2 vd.; **REY**, N. 971 vd; **ZOBL**, s. 34; **KUNZ**, s. 70; **MASANTI-MÜLLER**, s. 14.

[103] **WOLF**, s. 43'ten naklen.

[104] **ZOBL**, s. 43; **MASANTI-MÜLLER**, s. 17.

[105] **GİERKE**, von Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig, 1895, s. 660; Bd. II, Sachenrecht, Leipzig, 1905, s. 375. (WOLF, s. 37'den naklen.) Bu, teoriyi savunan diğer yazarlar için bkz. dpn. 70. İlgili teori çerçevesinde, elbirliği hak sahibi olan kimselerin,

mirasın geçişinde ve paylaşmada mülkiyetin iki kere geçtiğini kabul etmektedirler.[106] Birden fazla mirasçının varlığı hâlinde miras ortaklığı bölünmemiş hak sahipliğini içerdiğinden, bu aşamada mirasçılar, terekeye dâhil aktif değerler üzerinde doğrudan hak sahibi değildirler ve miras ortaklığı, terekeye dâhil bu hakların mirasçılara geçmesinden önce bir ara ortam oluşturur.[107] Miras ortaklığına geçmiş bu değerler paylaşma yoluyla her bir mirasçıya geçmektedir.[108]

Bu görüşe göre, mirasın paylaşılması, miras ortaklığı ile her bir mirasçı arasında yapılan bir hukukî işlemdir ve bu hukukî işlemle terekede yer alan değerlere ilişkin hak sahipliğinin mirasçılara geçişi sağlanmış olur.[109] Paylaşma sözleşmesinde taraflardan birini miras ortaklığı, diğer tarafını ise ilgili tereke malının veya terekedeki hakkın kendisine özgüleneceği mirasçı oluşturduğundan, özgülemenin kendisine yapılacağı mirasçı bir taraftan miras ortaklığının bir üyesi olarak sözleşmenin bir tarafında, bir taraftan da özgülemenin kendisine gerçekleştirileceği mirasçı olarak sözleşmenin karşı tarafında yer alır.[110]

Bu görüşe göre, paylaşma, terekede yer alan intikale elverişli değerlerin iki kere intikal etmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, paylaşmaya konu teşkil eden değerlerin mirasbırakanın ölümü ile, mirasbırakandan miras ortaklığına geçişinden sonra, miras ortaklığı ile her bir mirasçı arasında yapılan devir işlemi ile, terekenin konusunu oluşturan değerler üzerindeki hak sahipliği[111] mirasçıya geçirilmiş olmaktadır.

---

tek başlarına hak sahibi olmadıkları, hep birlikte, elbirliği mülkiyetinin konusunu oluşturan değerlerin tamamı üzerinde hak sahibi oldukları savunulmaktadır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. bu bölüm, §.2., III, A.

[106] **GİERKE**, von Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig, 1895, s. 660; Bd. II, Sachenrecht, Leipzig, 1905, s. 375 (WOLF, s. 37'den naklen); **ESCHER**, Art. 602, N. 1; **TOUR/PICENONI**, Art. 602, N. 40.

[107] **ESCHER**, Art. 602, N. 36; **TUOR**, Peter / **PICENONI**, Vito, Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB. 2. Aufl. Bern, 1966, Art. 602, N. 41.

[108] **TOUR/PICENONI**, Art. 602, N. 40; **ESCHER**, Art. 602, N. 35;

[109] **ESCHER**, Art. 602, N. 35; **TUOR/PICENONI**, Art. 602, N. 40; **DRUEY**, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, Bern 2002, § 16, N. 15.

[110] **ESCHER**, Art. 602, N. 35; **TUOR/PICENONI**, Art. 602, N. 38.

[111] *Escher*, "tereke mallarının devri" (*Übertragung von Erbschaftsgegenständen*) ifadesine yer vermekte ve bu şekilde daha ziyade "mülkiyetin devri"ni (*Übertragung des Eigentums*) kasteder görünmektedir. Bkz. **ESCHER**, Art 602, N. 35.

2) Diğer Mirasçıların Hakkı Kazanan Mirasçı Lehine Özgülenen Tereke Değeri Üzerindeki Haklarından Vazgeçmeleri Görüşü

a) Genel Olarak

Uzun bir süre, miras ortaklığında paylaşmanın, miras ortaklığı ile hakkın kendisine özgülendiği mirasçı arasında bir hukukî işlemle gerçekleştiğini kabul eden hakkın devri görüşü, daha yeni bir görüş olan ve eşya hukukundan gelen haktan vazgeçme görüşünde reddedilmektedir.[112]

Paylaşmanın, hakkın kendisine özgüleneceği mirasçılar dışında kalan diğer mirasçıların, özgülemeye konu olan tereke konusu üzerindeki elbirliği haklarından, tereke konusunun kendisine özgüleneceği mirasçı lehine vazgeçmeleri ile gerçekleştiğini savunan bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı[113], bu görüşü, elbirliği hak sahipliğini açıklayan teorilerden *condominium plurium in solidum* teorisine dayandırmakta; diğer bir kısmı[114] ise, bu görüşü, yine elbirliği hak sahipliğini açıklayan görüşlerden biri olan çok sayıda hak sahipliği görüşüne (*Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit*) dayandırmaktadır.

Öte yandan, paylaşmanın, hakkın kendisine özgüleneceği mirasçılar dışında kalan diğer mirasçıların, özgülemeye konu olan tereke konusu üzerindeki elbirliği haklarından, tereke konusunun kendisine özgüleneceği mirasçı lehine vazgeçmeleri ile gerçekleştiğini savunan bu görüş, bir başka açıdan kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı[115], haktan vazgeçme anlamına gelen paylaşma

---

[112] İsviçre Federal Mahkemesi de, daha önceki kararlarında, paylaşmanın hukukî niteliğini, miras ortaklığından mirasçıya hakkın devri olarak nitelendirmekte iken (Bkz. BGE 47 II 254, BGE 83 II 369) daha yeni bazı kararlarında, paylaşmanın elbirliği hakkından vazgeçme yoluyla gerçekleştirildiğini kabul etmektedir (Bkz. BGE 95 II 432, BGE 116 II 181),

[113] **HABICHT**, s. 18 vd.; **FELBER**, Rosmarie, Aufgeschobene und partielle Erbteilung nach schweizerischem Recht, Diss., Bern 1939, s. 48; **STOKAR**, s. 14; **JOST**, s. 4.

[114] **KUNZ**, s. 127 vd.; **HAUSER**, s. 22 vd.

[115] **HECHT**, Werner, Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungs-anspruchs, ZSR 69, 1960, s. 381 vd.; **JOST**, s. 6 vd.; **STOKAR**, s. 18.

sözleşmesine doğrudan aynî etki atfederken; diğer bir kısmı[116] paylaşma sözleşmesini takiben, terekeye dâhil her değer bakımından, ilgili tasarruf işleminin yapılmasını gerekli görmektedirler.

b) Diğer Mirasçıların Hakkı Kazanan Mirasçı Lehine Özgülenen Tereke Değeri Üzerindeki Haklarından Vazgeçmeleri Görüşünün Türleri

aa) Esas Alınan Elbirliği Hak Sahipliği Teorisine Göre

Paylaşmanın, hakkı kazanan mirasçı lehine, diğer mirasçıların elbirliği haklarından vazgeçmeleri ile gerçekleşeceğini savunan yazarların bir kısmı[117], bu görüşe temel olarak, elbirliği hak sahipliğini açıklayan teorilerden biri olan "*condominium plurium in solidum*"[118] teorisini esas almaktadırlar. *Condominium plurium in solidum teorisi*, hakların çoğaltılmasına dayanması nedeniyle, pozitif hukuka aykırı bulunarak reddedilmişse de, paylaşmanın hukukî niteliğinin, hakkı kazanan mirasçı lehine, diğer mirasçıların özgülemeye konu olan mal üzerindeki haklarından vazgeçmeleri olarak açıklanmasında, çok sayıda hak sahipliği görüşünün yanı sıra, bu görüşe de dayanılmaktadır. Dolayısıyla, bu görüşü savunan yazarlardan *Habicht*[119], elbirliği ortaklıklarının hukuki niteliğine ilişkin teorilerden *condominium plurium in solidum* teorisini; diğer yazarlar ise[120], çok sayıda hak sahipliği görüşünü esas almaktadırlar.

---

[116] **HABICHT**, s. 50 vd.; **KUNZ**, s. 129; **HAUSER**, s. 104 vd.

[117] **HABICHT**, s. 12 vd. ; **HAUSER**, s. 16 vd; **JOST**, s. 3 vd; **WOLF**, s. 282; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 32-33; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 28.

[118] Elbirliği hakkın yapısını açıklamak üzere ortaya konulan teoriler, kendi içinde iki büyük gruba ayrılır. Bu görüşlerin bir kısmı, hakkın bölünmeksizin bütün hak sahiplerine ait olduğu esasını kabul ederken; diğer bir kısmı, hakkın hak sahipleri arasında bölünmüş olduğu esasını kabul etmektedir. Hakkı bir bütün kabul eden teorilerden olan *condominium plurium in solidum* (*dominium plurium in solidum* olarak da ifade edilir), Bamberg Prensliğindeki eşler arasındaki mal rejimini açıklamaya yönelik bir risaleden François GUISAN tarafından, doktora tezinde (La nation de Gesammte Hand ou de Conjonction appliquée à la société en nom collectif, Diss, Lausanne, 1905), eski İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki kolektif şirketin hukukî niteliğini açıklamada kullanılınca, tekrar gündeme gelmiştir. (**AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 15 ve 16'dan naklen.)

[119] **HABICHT**, s. 12 vd.

[120] **KUNZ**, s. 127 vd.; **HAUSER**, s. 22 vd.

— *Condominium plurium in solidum* görüşüne[121] göre, elbirliği ortaklığında, ortak sayısınca mülkiyet hakkı söz konusudur.[122] Başka bir ifade ile, elbirliği hak sahipliğinde, hakkın konusu üzerinde, eşit güce sahip birden fazla hak, birden fazla hâkimiyet söz konusudur.[123] Hakların çokluğu çerçevesinde, her bir elbirliği hak sahibinin, elbirliğine tâbi değerlerin tamamı üzerindeki hakkı, aynı hakka sahip diğer hak sahiplerinin hakkı ile sınırlıdır.[124] Bu görüş taraftarları, hak sahipliği ile hakkın kullanılmasını birbirinden ayırarak, elbirliği hak sahipliğinde, her bir ortağın hak sahibi olduğunu, ancak hakkın kullanılabilmesi için birlikte hareket zorunluluğunun bulunduğunu belirterek (hak sahipliğinde çokluk, hakkın kullanılmasında birlik), elbirliği hak sahipliğinin, elbirliği ortaklığının kurulması ile her bir hak sahibine geçtiğini ifade etmektedirler. Bu görüşe göre, paylaşma, bu şekilde, ikinci bir intikal anlamına gelmeyecek, hâlihazırda hak sahibi olan kimseye tek başına mal üzerinde tasarruf yetkisi veren bir işlem olacaktır. Bu bağlamda, paylaşma bir mal veya hak üzerinde birden fazla hak sahibi olan kimselerden malın veya hakkın kendisine özgülendiği kişi dışında kalan kimselerin, malın veya hakkın kendisine özgüleneceği kişi lehine, kendi haklarından vazgeçmeleri söz konusudur.[125] Bu şekilde, o ana kadar, diğer ortakların hakları ile sınırlanmış

---

[121] *Condominium plurium in solidum* görüşüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. bu bölüm, § 2, III, A.

[122] Bkz. **HABICHT**, s. 13; **HAAB**, Art. 646-654, N. 12; **KUNZ**, s. S. 58 vd; **HAUSER**, s. 17; **MEIER-HAYOZ**, Art. 652, N. 15.

[123] *Kılıçoğlu*, burada, intifa veya inşaat hakkında olduğu gibi sınırlı aynî hakların değil, eşyanın tamamı üzerinde, aynî haktan doğan yetkileri içeren hakların söz konusu olduğunu; fakat her bir hak sahibinin hakkının, diğer hak sahiplerinin aynı güç ve nitelikteki hak ve yetkileri ile sınırlandırılmış olduğunu belirtmektedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 27.

[124] **HABICHT**, s. 12; **HAUSER**, s. 16. Wolf, bu duruma örnek olarak, bir tereke malının mirasçı A'ya özgülenmesinde, A'nın dışındaki diğer mirasçıların, bu mal üzerindeki mülkiyet haklarından vazgeçmesi ve böylelikle, A'nın ilgili tereke malı üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamanın ortadan kalkması ile, mirasçı A'nın kendisine özgülenen tereke malı üzerinde tek başına mâlik olmasını göstermektedir. Bu örnekte, mirasçı A'nın o ana kadar sınırlanmış olan mülkiyet hakkı, esnekliği sayesinde, sınırlamaya tâbi olmayan mülkiyet hakkına (*Volleigentumsrecht*) genişleyecektir. Benzer bir örnek için bkz. **JOST**, s. 5.

[125] **JOST**, s. 3 vd.; **KUNZ**, s. 127 vd.; **MEIER-HAYOZ**, Art. 602, N. 3. Yargıtay'ın 10.12.1952 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (RG, 13.3.1953 t., S. 8358) bu görüşe yakın bir şekilde, paylaşmada çift intikal bulunduğunu reddeden bir karar verilmiştir. Bu kararda: "…Taksim mukavelesi ise taksimden evvel dahi terekenin tamamı üzerinde hak sahibi olan mirasçılar arasındaki iştirake son vererek her hak sahibinin malında münferit ve müstakil tasarruf imkânını temine mâtuf bir akiddir. Taksim ile her mirasçının hissesi ayrılmakda, diğer bütün mallar üzerindeki mülkiyet hakkı düşmektedir. Bu itibarla taksim mukavelesi, mülkiyeti nakleden bir akid sayılamayacağından bu hususta Medenî Kanunun 634 üncü maddesi tatbik edilemez." Yine Yargıtay vermiş olduğu çeşitli kararlarda, paylaşma işleminin, özgülemenin kendisine yapılacağı mirasçı lehine diğer mirasçıların,

olan mülkiyet hakkı, esnekliği sayesinde tam mülkiyet hakkına (*Volleigentumsrecht*) dönüşecek, başka bir ifade ile sınırlanmış olan mülkiyet hakkı tam mülkiyet hakkına genişleyecektir.[126] Bu durum sadece, mirasın geçişi ile mirasçılara intikâl eden mülkiyet hakları için değil, aynı zamanda terekeye dâhil, intikâle elverişli tüm değerler için de söz konusudur ve bu çerçevede, paylaşmada bir alacak hakkı veya diğer bir nisbî hakkın, tek başına hak sahibi olacak şekilde bir mirasçıya özgülenmesinde, hakkın devri değil, hakkın bütünüyle, kendisine hakkın özgülendiği mirasçıya ait olması sonucunu doğuran bir haktan feragat (*Rechtsverzicht*) söz konusudur.[127] Genel olarak, paylaşma, terekede yer alan bütün haklar bakımından, hakkın, kendisine özgülemenin gerçekleştirildiği ortağa ait olmasını sağlayan, karşılıklı olarak elbirliği haklardan vazgeçme olarak nitelendirilebilir.[128]

— Paylaşmanın hukukî niteliğini, hakkı kazanan mirasçı lehine, diğer mirasçıların, haklarından vazgeçmesi olarak açıklayan görüşü savunan yazarların diğer bir kısmı ise[129], elbirliği ortaklıklarının hukukî niteliğine ilişkin, çok sayıda hak sahipliği (*Theorie der mehrfachen Rechtszuständigkeit*) görüşünü esas almaktadırlar. Çok sayıda hak sahipliği olarak adlandırılan ve öğretide ilk olarak *Kunz*[130] tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, elbirliği ortaklığında, her bir ortak, tüm mülkiyet hakkının sujesidir ve bu şekilde, elbirliği ortağı, hâlihazırda sahibi olduğu hakkı, tekrar iktisap etmez.[131] Tüm haklar bakımından hak sahibi olan ortak, tasarruf işlemini, ancak diğer tüm mirasçılarla birlikte yapabilir. Hak sahibi olarak ortağın hak üzerinde tek başına tasarruf edebilmesi için, tek başına hak sahibi olması gerekir. Tek başına hak sahipliğinin tesisi için ise, hakkın konusuna ilişkin yeni bir hak

---

söz konusu tereke değeri üzerindeki haklarından vazgeçmeleri ile gerçekleştiğini; elbette ilgili mirasçının da özgüleme konusu değerler dışında kalan tereke hususları üzerindeki haklarından vazgeçeceğini belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 7. HD, 30.1.2004 t. ve E. 3725, K. 236 s. K.; 7. HD, 18.4.2005 t. ve E. 301, K. 1178 s. K., Erişim: *kazanci*.

[126] **JOST**, s. 5 vd; **STOKAR**, s. 18 vd.

[127] Bkz. **HABICHT**, s. 20 vd.

[128] **HABICHT**, s. 18 vd.; **FELBER**, s. 48; **STOKAR**, s. 14; **JOST**, s. 4.

[129] **KUNZ**, s. 127 vd.; **HAUSER**, s. 22 vd.

[130] Bkz. **KUNZ**, s. 16 vd.

[131] **KUNZ**, s. 127. Kunz, konuya ilişkin olarak yaptığı açıklamada, mülkiyet hakkının, malın maliki olan kimseye tekrardan devredilmesinin mantıkî olarak mümkün olmadığını; zira, bir kimsenin zaten maliki olduğu bir mal üzerindeki mülkiyet hakkını tekrar iktisab edemeyeceğini ifade etmektedir.

sahipliğinin kurulması değil, diğer bütün hak sahipliklerinin kaldırılması gerekir.[132] *Kunz*'u takiben çok sayıda hak sahipliği görüşünden hareket eden *Hauser* de, kendisine tereke malı üzerinde tek başına hak sahipliğinin tanınacağı mirasçının, paylaşmadan önce, diğer mirasçılarla birlikte, ilgili tereke malı üzerinde hak sahibi olduğunu; bu çerçevede, ilgili mirasçıya tek başına hak sahipliğinin tanınabilmesi için, diğer mirasçıların ilgili tereke malı üzerindeki haklarından vazgeçmelerinin gerektiğini belirtmektedir.[133] *Hauser*[134], özel olarak, paylaşmada "hakkın devri"nden bahsedilemeyeceğini; zira, ortada bir suje değişiminin bulunmadığını belirterek; burada, daha ziyade, birden fazla hak sahipliğinin tek başına hak sahipliğine dönüştürülmesinin söz konusu olduğunu ifade etmektedir.

bb) Yapılması Gereken Tasarruf İşlemlerine Göre

Paylaşmanın, tereke konusunun kendisine özgüleneceği mirasçı dışında kalan diğer mirasçıların, ilgili tereke değeri üzerindeki haklarından vazgeçmeleri ile gerçekleşeceğini savunan bu görüşü savuna yazarların bir kısmı[135], paylaşma sözleşmesine aynî etki atfederek, özgülenen her değer için ayrı ayrı tasarruf işleminin yapılmasını gerekli görmezken; diğer bir kısmı[136], paylaşma sözleşmesinden sonra, özgülenecek her değer

---

[132] **KUNZ**, s. 127. Kunz, burada, tek başına hak sahibi olan suje ile hakkın konusu arasında yeni bir hukukî ilişkinin kurulması değil, açık bir şekilde diğer bütün suje ve obje ilişkilerinin kaldırılması gereklidir. Diğer bütün suje-obje ilişkilerinin kaldırılması, belli bir eşya bakımından, tek bir hak sahipliğinin bulunması sonucunu doğurur ve böylelikle, tasarruf yetkisi yeni bir düzenlemeye tâbi olur.

[133] **HAUSER**, s. 22.

[134] **HAUSER**, s. 22. *Hauser*, bu duruma örnek olarak, A, B ve C kişilerinden oluşan bir miras ortaklığında, mirasçıların, belli bir tereke malı üzerinde A'nın tek başına tasarrufunu sağlamak üzere, bu malın A'ya bırakılması konusunda anlaşmaları durumunda, Mirasçı B ve C, ilgili tereke malına ilişkin hak sahipliklerinden vazgeçmek dışında bir şey yapmayacaklardır. Bu çerçevede *Hauser*, paylaşmada bir hak devrinin söz konusu olmadığını, terekeye dâhil haklara ilişkin olarak, karşılıklı haktan vazgeçmenin, daha doğrusu hakkın bütünleşmesi (Rechtskonsolidation) sonucunu doğuran bir feragatin bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 23.

[135] **HECHT**, s. 381; **JOST**, s. 6.

[136] **KUNZ**, s. 129 vd.; **HABICHT**, s. 50 vd.; **FELBER**, s. 48.

bakımından ilgili tasarruf işleminin yapılmasının şart olduğunu kabul etmektedirler.

— Paylaşmayı, haktan vazgeçme olarak nitelendiren yazarların bir kısmı[137], tek bir tasarruf işlemi bulunduğunu kabul ederek, paylaşmanın konusunu oluşturan her bir tereke malı üzerinde ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin yapılmasını gerekli görmemektedirler. Elbirliği mülkiyetinin tek başına mülkiyete dönüştürülmesi, paylaşmanın her iki şekli bakımından da aynı şekilde olacaktır. Elden paylaşmada, o zamana kadar elbirliği ortaklığı çerçevesinde ortakların sahip olduğu elbirliği mülkiyet hakkı, mülkiyet hakkının esnekliği sayesinde (*Elastizität des Eigentums*) her bir ortağın tek başına mülkiyet hakkına dönüşecek, başka bir ifade ile miras ortaklığı devam ederken mirasçının sınırlı olan mülkiyet hakkı tam mülkiyet hakkına genişleyecektir.[138] Keza, paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada da, bu aynî etki söz konusu olmaktadır. Bu görüşe göre, miras ortaklığı, paylaşma sözleşmesi yapıldığı anda sona ermekte ve böylelikle kendiliğinden, her bir mirasçının kendisine özgülenen ortaklık malı üzerinde tek başına hak sahipliği söz konusu olmaktadır.[139]

— Paylaşmayı haktan vazgeçme olarak nitelendiren yazarların bir diğer kısmı, tek bir tasarruf işleminin yeterli olmadığını, tasarruf şekillerine uyulmasının gerekli olduğunu Kabul etmektedirler. Bu çerçevede, ortaklık malının her bir mirasçının tek başına hak sahipliğine geçirilmesi için, paylaşılacak her obje için öngörülen tasarruf işlemine uyulması gereklidir. Görüşü savunan yazarlardan *Habicht*[140], paylaşmanın gerçekleştiril-mesinde, genel olarak mülkiyetin ve diğer hakların intikali için gereken hukukî işlem şekillerine uyulmasının gerektiğini belirtmektedir. Kunz[141] da, haktan vazgeçmeye doğrudan aynî bir etki atfetmeyerek, paylaşmada taahhüt ve tasarruf safhası (*obligatorische und dingliche Phase*) olmak üzere iki safha bulunduğunu ifade etmektedir. Temel borçlandırıcı işlemle, kendisine

---

[137] **HECHT**, s. 381; **JOST**, s. 6.
[138] **JOST**, s. 5.
[139] **JOST**, s. 5 vd.; **HECHT**, s. 379 vd; **STOKAR**, s. 18 ve 38.
[140] **HABICHT**, s. 50 vd.
[141] **KUNZ**, s. 129.

özgülemenin yapılacağı mirasçı dışında kalan diğer mirasçılar, özgülenecek tereke malı üzerindeki haklarından vazgeçme borcu altına girmekte; öte yandan bu borçlandırıcı işlemle, hakkın kendisine özgüleneceği mirasçı, diğer mirasçıların mal üzerindeki haklarından vazgeçmelerini talep etme ve bunun sağlanmasına yönelik gerekli diğer işlemleri yapabilme hakkını elde etmektedir.[142]

3) Mirasçının Payını Doğrudan Terekeden İktisâb Etmesi Görüşü

Öğretide *Leemann*[143] tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, elbirliği mülkiyetinin, tereke mallarının, elbirliği maliklerinden her birine özgülenmesi yoluyla ortadan kaldırılmasının mülkiyetin devri yoluyla gerçekleşmesine ilişkin kuralın istisnası paylaşmada söz konusudur. Bu çerçevede *Leemann*'a göre[144], paylaşma, bir devir işlemi değil, tek başına malvarlığı teşkil eden bir bütüne ilişkin olarak ortaklığın giderilmesidir ve ortaklığın giderilmesi ile, o ana kadar bütün mirasçıların tereke değerleri üzerindeki elbirliği ile hak sahipliği[145], bireysel mülkiyete, başka bir ifade ile bir mirasçının tek başına hak sahipliğine (veya birden fazla mirasçının paylı hak sahipliğine) dönüşür. *Leemann*, bu çerçevede, paylaşmadan önceki aşamada, her bir mirasçının, tereke konuları üzerinde, doğrudan değil, dolaylı bir katılımının bulunduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla, kendisine özgülemenin yapılacağı mirasçı,

---

[142] **KUNZ**, s. 129; **HAUSER**, s. 104 vd. *Kunz*, gerekli tasarruf işleminin yapılması yoluyla gerçekleştirilen feragatle birlikte hakkın da ortadan kalkacağını ifade etmektedir. Bu şekilde yazar, vazgeçmeye ilişkin sözleşmeye aynî etki atfeden görüşü kesin olarak reddetmektedir. Görüş taraftarlarından *Hauser* de, paylaşmayı, *Kunz* ile aynı şekilde, borçlandırıcı safha ve aynî safha olmak üzere iki aşamaya ayırmaktadır. Bkz. HAUSER, s. 133. *Hauser*, feragate ilişkin bu ikili ayrımı kabul etmekle birlikte, elbirliği mülkiyetinin paylaşma yoluyla sona erdirilmesinde, hakkın devrine ilişkin kuralların kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini de belirtmektedir. Bkz. HAUSER, s. 106.

[143] **LEEMANN**, Hans, Über die Form und grundbuchliche Behandlung des Erbteilungsvertrages, SJZ X (1913), s. 97; **LEEMANN**, Hans, Änderungen am Grundeigentum nach dem Gemeinschaftsrecht, SJZ XIII (1916), s. 102.

[144] **LEEMANN**, Form, s. 97.

[145] *Leemann*, hak sahipliği (*Berechtigung*) terimi yerine mülkiyet (*Eigentum*) terimini kullanmaktadır. Bkz. **LEEMANN**, Form, s. 97. Bu çalışmada, mülkiyet terimi yerine, ilk olarak yukarıda dpn. 5'te yapılan açıklamalar çerçevesinde, "hak sahipliği" terimi kullanılmış bulunmaktadır.

diğer mirasçılardan hakkı devralmış olmaz. İlgili mirasçı, mirasbırakanın halefi olarak, özgülenen hakkı doğrudan terekeden iktisab eder.[146]

4) Hakların Temliki Görüşü

Paylaşmanın hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretide ileri sürülen ve *Piotet*[147] tarafından savunulan bir diğer görüş, miras ortaklığının hukukî niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerden biri olan *condominium plurium in solidum* görüşünden hareket ederek, miras ortaklığında, her bir tereke malı üzerinde, ortakların sayısı kadar tam mülkiyet hakkının (*Volleigentumsrecht*) bulunduğunu kabul etmektedir. Bu çerçede *Piotet*, paylaşmanın, miras ortaklığına dâhil olan mirasçıların o ana kadar sahibi oldukları hakları, hakkı iktisab eden mirasçıya temlik etmeleri gerçekleştiğini belirtmektedir.[148]

5) İfa ve Tasarruf İşlemi Görüşü

Paylaşmanın hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretide *Weimar*[149] tarafından ileri sürülen daha yeni bir görüş, Türk İsviçre Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrası (kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 604. maddesi birinci fıkrası) hükmünden yola çıkarak, mirasçıların paylaştırmayı gerçekleştirmelerinin kanunî bir yükümlülük teşkil ettiği hususunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, paylaşma yükümlülüğü Kanun'dan doğduğundan, mirasçıların paylaşmaya ilişkin olarak sözleşme yapmalarına gerek yoktur. Bu çerçevede hem yazılı paylaşma sözleşmesi, hem elden paylaşma, borçlanma işlemi değil, ifa işlemidir.[150] Kanundan doğan paylaşma

---

[146] **LEEMANN**, Form, s. 97; **LEEMANN**, Gemeinschaftsrecht, s. 124.
[147] **PIOTET**, SPR, IV/2, s. 847.
[148] **PIOTET**, SPR, IV/2, s. 847.
[149] **WEIMAR**, Peter, Die Erbschaftsteilung als Erfüllungs- und Verfügungsgeschäft, in: Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, s. 445 vd.
[150] **WEIMAR**, s. 445 vd.

yükümlülüğüne dayanılarak paylaşmanın ifa işlemi teşkil ettiğinin kabul edilmesi, paylaşmanın aynı zamanda tasarruf işlemi olduğunun da kabul edilmesi anlamına gelecektir.[151] Böylece, belli bir tereke malı üzerinde hak sahibi olmak isteyen mirasçı, bu sonuca, diğer mirasçılarla yazılı paylaşma sözleşmesi yaparak veya elden paylaşmayı gerçekleştirerek ulaşabilecektir.[152]

C) Paylaşmanın Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi

1) Mirasçının Payını Doğrudan Terekeden İktisâb Etmesi Görüşünün Değerlendirilmesi

Daha önce yukarıda[153] açıklanmış olduğu üzere, *Leemann*,[154] paylaşmanın, miras ortaklığından, terekenin konusunun kendisine özgülendiği mirasçıya hakkın devredilmesi olmadığını tespit ederek, mirasçının, mirasbırakanın halefi olarak, kendisine özgülenen tereke malını doğrudan terekeden iktisâb ettiğini kabul etmektedir. Öncelikle, *Leemann*'ın bu görüşü eleştirilmiştir. *Leemann*'a göre mirasçı hakkını terekeden iktisâb etmektedir. *Wolf*[155], 'terekeden hakkın doğrudan iktisâb edilmesi" ile, terekenin hak sujesi mi sayıldığının, yoksa miras ortaklığının sona ermesi ile belli bir mirasçı tarafından tereke malının tek başına hak sahibi olacak şekilde, doğrudan iktisâb edilmesinin mi kastedildiğinin belli olmadığı ifade etmiştir. Bu çerçevede *Wolf*, ister ilk, ister ikinci durum kabul edilsin, *Leemann* tarafından ileri sürülen görüşün kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. *Wolf*'e göre, öncelikle, tereke, hakkın sujesi

---

[151] **WEIMAR**, s. 450 vd. *Weimar*, paylaşmada, paylaşmayı gerçekleştiren tarafların yazılı paylaşma sözleşmesi veya elden paylaşmaya ilişki iradelerini açıklayıp ilgili işlemleri tamamlamalarının, taşınmazlar bakımından maddî tasarrufun (*materiellen Verfügung*) yerine geçeceğini belirtmektedir. Bkz. s. 452.

[152] **WEIMAR**, s. 453.

[153] Bkz. yukarıda bu bölüm, § 2, III, B, 3.

[154] **LEEMANN**, Form, s. 97.

[155] **WOLF**, s. 284.

değildir. Birden fazla mirasçı, doğrudan mirasın geçişiyle birlikte terekeye dâhil hususlar üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar. Dolayısıyla, hakkın sujesi, tereke değil, mirasçılardır ve bu şekilde doğrudan terekeden iktisâb söz konusu olmayacaktır.[156] Öte yandan, miras ortaklığının teşekkülü için birden fazla mirasçının varlığı zorunlu olduğundan, tek bir mirasçının doğrudan tek başına hak sahipliği gündeme gelmeyecektir.[157]

2) Hakkın Mirasçıya Temlik Edilmesi Görüşünün Değerlendirilmesi

Paylaşmanın, mirasçıların haklarını, hakkı iktisâb eden mirasçıya temlik etmeleri ile gerçekleştiğini savunan görüş, tereke malları üzerinde, mirasçı sayısınca tam hak (*Volleigentumsrechte*) bulunduğunun kabulüne dayanır.[158] Görüşün temelinde yatan teori *condominium plurium in solidum* teorisidir ve bu teori, hakların çoğaltılmasına dayanması nedeniyle Türk-İsviçre Hukukları ile bağdaşmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir.[159] Dolayısıyla, bu çerçevede, miras ortaklığında çok sayıda hak bulunduğunu kabul eden bu görüşün de reddedilmesi gerekir.[160]

3) İfa ve Tasarruf İşlemi Görüşünün Değerlendirilmesi

Paylaşmanın ifa ve tasarruf işlemi teşkil ettiğini kabul eden görüş, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesi birinci fıkrası (kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 604. maddesi birinci fıkrası) hükmünde yer alan ifadeden[161] yola

---

[156] **WOLF**, s. 284.
[157] **WOLF**, s. 285.
[158] **PIOTET**, Paul, Das Erbrecht, SPR Band IV, 2. Halbband, Basel und Stuttgart 1981, s. 847.
[159] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. bu bölüm, § 2, III, A.
[160] **WOLF**, s. 283'ten naklen.
[161] Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesi birinci fıkrası, "Mirasçılardan her biri, sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir." hükmünü ihtiva etmektedir. Kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesini karşılayan 604. maddesi birinci fıkrasının almanca metni, Türk Medenî Kanunu ile aynı ifadeyi taşımaktadır. Bu ifade şu şekildedir: "*Jeder Miterbe kann zu beliebiger Zeit*

çıkmakta ve mirasçıların, Kanun gereği, yazılı bir paylaşma sözleşmesi yapmak veya elden paylaşmayı gerçekleştirmekle yükümlü olduklarını ileri sürmektedir.

§. 3. Paylaşmaya Hâkim Olan Temel İlkeler

I. İrade Özgürlüğü Prensibi

A) Paylaşmanın Her Zaman İstenebilmesi Bakımından

1) Genel Olarak

Mirasın paylaşılmasında irade özgürlüğü prensibi, her şeyden önce mirasçıların, istedikleri zaman mirasın paylaşılmasını talep edebilmelerini ifade eder.[162] Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereği mirasçılardan her biri, sözleşme veya kanun gereği miras ortaklığını sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak da inceleneceği üzere[163] mirasçılar bakımından, paylaşmayı isteyebilme özgürlüğünün söz konusu olabilmesi için, mirasçıların belli olması; başka bir ifade ile, tüm mirasçıların mirasçılık sıfatlarının kesinleşmiş olması gerekir. *Kılıçoğlu*, mirasçılar bakımından Kanun'da açıkça belirtilmiş olmamasına rağmen, paylaşmayı isteme hakkına ilişkin bir diğer sınırı da Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralının oluşturduğunu ifade etmektedir.[164]

---

die Teilung der Erbschaft verlangen, soweit er nicht durch Vertrag oder Vorschrift des Gesetzes zur Gemeinschaft verpflichtet ist."

[162] Bu durum, diğer elbirliği ortaklıklarının aksine, miras ortaklığında, ortaklığın zorunlu ve geçici olması ile ilgilidir. Kanunkoyucu, her bir mirasçıya, mirasbırakanın ölümü ile birlikte birden fazla mirasçı bakımından kanun gereği doğan bu zorunlu ortaklığı sona erdirme imkânı tanımıştır. Bkz. **ESCHER**, Art. 604, N. 1; **HABICHT**, s. 7; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 680; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 33; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 310.

[163] Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, § 10, I.

[164] *Kılıçoğlu*, aile malları ortaklığında, Türk Medenî Kanunu'nun 383. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, paylaşma ve hesaplaşmanın uygun olmayan bir zamanda istenemeyeceğine ilişkin kural ile

Mirasçılar bakımından irade özgürlüğü, ayrıca, mirasçıların paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe belirleyebilmelerini (TMK m. 646); serbestçe miras paylarını oluşturmalarını (TMK m. 650); bir malın özgülenmesi veya satılması konusunda serbestçe anlaşmalarını da içerir (TMK m. 651). *İmre*[165] ve *İmre/Erman*,[166] mirasçıların, tam paylaşma yoluna gitmeyerek terekenin kısmen paylaşılması (kısmî paylaşma) konusunda da anlaşma yapabilmelerinin irade özgürlüğü prensibinin bir görünümü olduğunu ifade etmektedir.

2) Paylaşmanın Her Zaman İstenebilmesine İlişkin İrade Özgürlüğü Prensibinin İstisnaları

Mirasın paylaşılmasında mirasçılar bakımından söz konusu olan irade özgürlüğünün, kanundan, mahkeme kararından, mirasbırakanın paylaşma kurallarından ve mirasçıların kendi aralarında oybirliği ile yaptıkları anlaşmalardan doğan sınırları mevcuttur.

Paylaşmanın irade serbestîsi prensibi çerçevesinde mirasçılar tarafından her zaman gerçekleştirilebilmesi ve hâkimden talep edilebilmesi kuralının Kanun'dan doğan en önemli istisnasını, paylaşmanın cenin nedeniyle ertelenmesi oluşturur. "Cenin nedeniyle erteleme" kenar başlığını taşıyan Türk Medenî Kanunu'nun 643. maddesinin birinci fıkrasında, "Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir." ifadesine yer verilmiştir. Bu hâlde mirasçıların gerçekleştirdikleri paylaşma geçersiz olacağı gibi, hâkim de paylaşmaya karar veremez.[167]

---

süresiz olarak veya belli bir ortağın hayatı boyunca olmak üzere kurulmuş adî şirkette, Türk Borçlar Kanunu'nun 536. maddesi çerçevesinde altı ay önceden bildirmek koşulu ile ortaklığın feshedilebilmesine ilişkin düzenlemede, fesih ihbarının dürüstlük kuralına uygun şekilde yapılması gerektiği ve yine dürüstlük kuralına uygun zamanda icra edilmesi gerektiğine ilişkin kuralın kıyasen miras ortaklığı bakımından da uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 33-34; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 311

[165] **İMRE**, s. 726.

[166] **İMRE/ERMAN**, s. 453.

[167] Türk Medenî Kanunu'ndan başka bir kanunda düzenlenmiş paylaşma engelleri için bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 35 vd.

Paylaşma hâkim kararı ile de ertelenebilir. Paylaşmanın hâkim kararı ile ertelendiği bu gibi durumlarda da paylaşma talep edilemez. Bu çerçevede, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, terekenin tamamının veya belli bir kısmının derhâl paylaşılmasının, terekenin tamamı veya ilgili kısım bakımından değerin önemli ölçüde azalmasına neden olacağı durumlarda, sulh hâkimi mirasçılardan birinin talep etmesi üzerine terekenin veya ilgili kısmın paylaşılmasını erteleyebilir. Keza Türk Medenî Kanunu'nun 649. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında, mirasçılardan birinin tereke borçlarının paylaşmadan önce ödenmesi veya güvenceye bağlanmasını istemesi hâlinde, hâkim, bu borçlar ödeninceye veya teminata bağlanıncaya kadar paylaşmayı erteleyecektir.[168] Öte yandan paylaşmada tarımsal işletmelerin özgülenmesine ilişkin kurallar arasında da hâkime paylaşmayı erteleme yetkisi veren iki hüküm söz konusudur. Bu hükümlerden ilkini, Türk Medenî Kanunu'nun 664. maddesinin birinci fıkrası[169] oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca, kendisine tarımsal bir işletmenin bir bütün olarak özgülendiği mirasçı, diğer mirasçıların miras paylarını karşılamak üzere, belli şartların varlığı dâhilinde hâkimden paylaşmanın belli bir süre için ertelenmesini isteyebilir. Diğer hüküm ise, Türk Medenî Kanunu'nun 663. maddesidir.[170] Bu hüküm uyarınca mirasçılar arasında ergin olamayan ayırt etme gücüne sahip altsoy varsa, paylaşmanın bu mirasçılar ergin oluncaya kadar ertelenmesi mümkündür.

Her ne kadar, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinde mirasçıların, sözleşme veya Kanun gereği ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça, paylaşmayı her istedikleri zaman talep edebilecekleri düzenlemesine yer

---

[168] *Dural/Öz*, bu hâlde paylaşmanın daha fazla gecikmeden gerçekleşmesini isteyen mirasçının, bu borçları bizzat ödemek veya rehin, kefalet gibi güvenceler vererek ifayı teminat altına almaktan başka çaresi bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 472.

[169] Türk Medenî Kanunu'nun 664. maddesinin birinci fıkrası şu ifadeyi taşımaktadır: "Kendisine işletme özgülenen mirasçının diğer mirasçıların payları karşılığında ödemesi gereken miktar ile, daha önce işletme üzerinde kurulmuş bulunan rehinlerle güvence altına alınmış borçların toplamı, işletmenin gelir değerinin dörtte üçünü aşarsa, kendisine özgüleme yapılan mirasçının istemi üzerine özgülenen işletmenin paylaşılması uygun bir süre ertelenebilir."

[170] Türk Medenî Kanunu'nun 663. maddesi şu şekilde kaleme alınmış bulunmaktadır: "Mirasçılar arasında ergin olmayan ayırt etme gücüne sahip altsoy varsa; paylaşma, bunlar ergin oluncaya kadar ertelenebilir veya mirasçılar arasında özgülemeye karar verilebilecek tarihe kadar aile malları ortaklığı kurulur."

verilmişse de, mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufla[171] bir paylaşma yasağı öngörülmesi durumu da, paylaşmanın ertelenmesi sonucunu doğuracaktır.[172]

Mirasbırakanın paylaşmayı tümüyle yasaklaması veya çok uzun bir süre için ertelemesi hukuka aykırıdır.[173] Öğretide, bu tür ölüme bağlı tasarrufların iptalinin talep edilebileceği ifade edilmektedir.[174] Dolayısıyla

---

[171] Mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma yasağı da, ölüme bağlı tasarruflarda uyulması gereken şekil şartlarına uyularak gerçekleştirilecek; dolayısıyla bir vasiyet ya da bir miras sözleşmesi ile öngörülecektir. Bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 10; **DRUEY**, § 16, N. 30; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 55. *Weibel*, paylaşma yasağının bir miras sözleşmesi içinde yer alması durumunda, söz konusu paylaşma yasağının, ilgili miras sözleşmesine taraf olmayan mirasçılar bakımından bağlayıcı olmadığını ifade etmektedir. Bkz. N. 55.

[172] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 684; **ÖZTAN**, s 380; **İNAN**, Ali Naim / **ERTAŞ**, Şeref / **ALBAŞ**, Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, Ankara, 2008, s. 558; **DURAL/ÖZ**, s. 469; **OĞUZMAN**, s. 322; **ANTALYA**, s. 311; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 861; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 54. Bu kuralların hukukî niteliği için bkz. Bu Bölüm, §. 4, II, A, 4.

[173] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 684; **ÖZTAN**, s. 380; **SEROZAN**, Rona / **ENGİN**, Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara, 2008, § 7, N. 37; **DURAL/ÖZ**, s. 470; **İMRE**, s. 718; **İMRE/ERMAN**, s. 449; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 557; **OĞUZMAN**, s. 322; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 317; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 39; **ANTALYA**, s. 311. İsviçre Hukuk öğretisinde mirasbırakanın paylaşmayı tümüyle yasaklamasının hukuka aykırı olacağı hususuna yer veren yazarlar için bkz. **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 57; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 862; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 8; **PFAMMATTER**, Armand Maurice, Erblasserische Teilungsvorschriften (Art. 608 ZGB), Diss., Zürich 1993, s. 35; **ESCHER**, Art. 604, N. 8.

[174] Bu hâlde, paylaşmanın yasaklanmasına veya çok uzun bir süre için ertelenmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufun Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendi hükmü çerçevesinde iptali için dâva açılabilecektir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 318; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 39; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 684. *Kocayusufpaşaoğlu*, konuya ilişkin açıklamalarında doğrudan iptal dâvası açılacağını belirtmemekte, ancak parantez içerisinde Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendini karşılayan 499. maddesinin üçüncü bendine yer vermiştir. Ancak *Kocayusufpaşaoğlu*, aynı sayfada, paylaşmanın yasaklanmasına ilişkin ölüme bağlı tasarrufların geçersizliği ile ilgili olarak aynı eserin 333 ve devamı sayfalarına bakılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. s. 684, dpn. 28. Yazar, eserin ilgili kısmında, Kanun'un sistemine göre, içeriği hukuka veya ahlâka aykırı olan ölüme bağlı tasarrufların kendiliğinden geçersiz olmayıp, iptal edilebilir bir nitelik taşıdığını ve bu görüşün genel olarak neredeyse öğretinin tamamı tarafından kabul edilmekte olduğunu belirterek, öğretide sadece Lob (**LOB**, Jean, Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse, Lausanne, 1955, s. 48. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336, dpn. 37'den naklen) tarafından ileri sürülen bir diğer görüşe yer vermiştir. Bu görüş, Borçlar Kanunumuz'un aynı numaralı maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde, hukuka veya ahlâka aykırı işlemlerin batıl olduğunun düzenlendiğinden ve ilgili hükmün de kamu düzenine ilişkin olduğundan hareketle, hukuka veya ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarrufların batıl olmayıp iptal edilebilir olduğuna ilişkin düzenlemenin, kanunkoyucunun bir hatası neticesinde Kanun'a girdiğini ve bu çerçevede İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20. maddesine bir istisna getirmediğini savunmaktadır. Dolayısıyla, hukuka veya ahlaka aykırı ölüme bağlı tasarruflar batıl, başka bir ifade ile kesin hükümsüzdürler. Kocayusufpaşaoğlu, bu görüşün daha doğru olduğu kanaatini taşıdığını ifade etmiştir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336. İsviçre Hukuk Öğretisinde, paylaşmanın yasaklanmasına veya çok uzun bir süre için ertelenmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufun İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendini karşılayan 519. maddesinin üçüncü bendi çerçevesinde iptali için dâva açabileceğine ilişkin olarak bkz. **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 57; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 8. Öğretide

mirasbırakan, yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere,[175] sadece belli veya belirlenebilir bir süre için paylaşmanın gerçekleşmesini erteleme imkânına sahiptir. İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği bir kararda,[176] kadın mirasbırakanın vasiyetnamesinde, eşi yaşadığı sürece arazisinin paylaşılmamasına ilişkin olarak öngördüğü ölüme bağlı tasarrufun geçerli olduğunu kabul etmiştir. Alman Hukuku'ndan farklı olarak Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde, bu uygun süre Kanun'da belirlenmiş değildir. Alman Medenî Kanunu'nun 2044. paragrafının ikinci fıkrasında mirasbırakanın paylaşmayı en fazla otuz yıl için erteleyebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Öğretide *Pfammatter*,[177] İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun art mirasçıya mirası kendisinden sonra gelenlere aktarması yükümlülüğünün yüklenemeyeceğinin düzenlendiği 521. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 488. maddesinin ikinci fıkrasının dikkate alınmasının gerektiğini belirtmektedir. Yazar, bu hüküm çerçevesinde, paylaşmanın ertelenmesinin kişilere ilişkin sınırını, mirasbırakanın yaptığı düzenleme ile, mirasçısına terekeyi paylaşmaksızın bırakma yükümlülüğü yükleyebilirken, mirasçının mirasçısına terekeyi paylaşmama yükümlülüğünün yüklenememesinin oluşturduğunu ifade etmektedir. Mirasbırakanın mirasçılarının çok genç olması durumunda, kişilere ilişkin bu sınırlamanın yetersiz kalabileceğini ifade eden *Pfammatter*,[178] paylaşmanın ertelenmesinin zamana ilişkin sınırı

Pfammatter, mirasbırakan tarafından paylaşmanın tümüyle yasaklanmasının veya çok uzun bir süre için ertelenmesinin, gerek miras ortaklığının nihaî amacının tasfiye olması, gerek malvarlığının sonu öngörülemeyen bir müddet için devam etmesi sonucunu doğurması nedeniyle kabul edilemez nitelikte olduğunu belirtmektedir. Yazar, kanunkoyucunun da bir malvarlığının uzun süre çözülmeden kalmasını tasvip etmemekte olduğunu belirterek, mirasbırakan tarafından mirasın paylaşılmasının tümüyle veya çok uzun bir süre için yasaklanmasının, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun art mirasçının, mirası kendisinden sonra gelenlere aktarması yükümlülüğünün yüklenemeyeceğinin düzenlendiği, emredici niteliği haiz 521. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 488. maddesinin ikinci fıkrasına ve İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun, "Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır." ifadesini taşıyan, yine emredici niteliği haiz 372. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesini karşılayan 335. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede yazar, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşmanın tümüyle veya çok uzun bir süre için yasaklanmasına ilişkin düzenlemenin hüküm ifade etmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 35.

[175] Bkz. Bu Bölüm, §. 4, II, A, 4.

[176] Bkz. BGE 85 II 554. (**İMRE/ERMAN**, s. 448, dpn. 30'dan naklen.)

[177] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 35-36.

[178] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 36.

olarak da sonraki nesilin, başka bir ifade ile 30-40 yıllık bir zaman diliminin esas alınması gerektiğini belirtmektedir.

Mirasbırakan tarafından paylaşmanın belli veya belirlenebilir bir süre için ertelenmesine ilişkin olarak öngörülen kuralların, mirasbırakanın tereke üzerinde tasarruf edebileceği kısmı aşmaması gerektiği belirtilmektedir.[179] Bu çerçevede, saklı pay sahibi mirasçıların, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşmanın ertelenmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufun tenkisini talep edebilecekleri[180] ve açılan bu dâvada hâkimin ilgili ölüme bağlı tasarrufu ölüme bağlı tasarrufu, saklı paylı mirasçıların saklı paylarına kavuşmalarını sağlayacak şekilde tenkise tabi tutacağı ifade edilmektedir.[181] Öğretide *Pfammatter*,[182] saklı paylı mirasçıların paylaşmanın ertelenmesine ilişkin

---

[179] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 685; **ÖZTAN**, s. 380; **DURAL/ÖZ**, s. 470; **OĞUZMAN**, s. 322; **ANTALYA**, s. 311; **DRUEY**, Jean Nicolas, Die erbrechtliche Teilung – Übersichtsreferat, in: Praktische Probleme der Erbteilung (Herausgegeben von Jean Nicholas DRUEY / Peter BREITSCHMID), Bern-Stuttgart-Wien 1997, s. 27; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 56; **DRUEY**, § 16, N. 31; **PFAMMATTER**, s. 37.

[180] **OĞUZMAN**, s. 322; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 685, dpn. 34. *Kocayusufpaşaoğlu*, mirasbırakanın paylaşmanın geciktirilmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufunun saklı pay sahibi mirasçıların saklı paylarını ihlâl ettiği ölçüde geçersiz olduğunu belirterek; bu hâlde sözü geçen '*geçersizlik*'ten, dâva veya def'i yoluyla tenkis edilebilir olmanın anlaşılacağını ifade etmektedir. **ESCHER**, Art. 604, N. 8; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 8; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 862; **TUOR**, Peter / **SCHNYDER**, Bernhard / **SCHMID**, Jörg / **RUMO-JUNGO**, Alexandra, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2009, s. 674; **DRUEY**, § 16, N. 31; **SEEBERGER**, s. 47; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 56. Federal Mahkeme de, 113 II 136 ve 96 III 10 sayılı kararlarında, saklı pay sahibi mirasçıların, mirasbırakanın paylaşmanın ertelenmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufunun tenkisini talep edebileceğini kabul etmiştir. (WEIBEL, Praxiskomm., Art. 604, N. 56'dan naklen.)

[181] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 8; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 862. *Piotet*, bu hâlde mirasçıların sahip olduğu tenkis talebinin İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun "Mirası artmirasçıya geçirme yükümlülüğü ile saklı payı zedelenen mirasçı, aşan kısmın tenkisini isteyebilir." ifadesini içeren 569. maddesini karşılayan 531. maddesi ile benzerlik gösterdiğini belirtmektedir. *Escher*, paylaşmanın ertelenmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufun tenkisi için mirasçıların tenkis dâvası açabilecekleri hususuna değinmemekle birlikte, saklı pay sahibi mirasçıların, saklı pay kapsamında paylaşmanın gerçekleştirilmesini talep edebileceğini ifade etmiştir. Bkz. **ESCHER**, Art. 604, N. 8. Türk Hukuk öğretisinde *Kocayusufpaşaoğlu*, mirasbırakan tarafından paylaşmanın geciktirilmesinin öngörüldüğü ölüme bağlı tasarrufların, mirasbırakanın üzerinde tasarruf edebileceği kısmı aşamaması ile ilgili olarak, uygulama açısından konunun oldukça sorunlu olduğunu; zira, terekenin hangi kısmının saklı pay sahibi mirasçının saklı payını karşıladığının ve bu çerçevede, paylaşmanın geciktirilmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufun terekedeki hangi mallara ilişkin olarak geçersiz sayılacağının belirlenemeyeceğini belirtmekte ve bu şekilde bir taşınmaz malın mı, bir miktar paranın mı yoksa bir takım taşınır malların mı mirasbırakanın üzerinde tasarruf edebileceği kısma sayılarak, mirasbırakanın paylaşmanın ertelenmesini öngördüğü paylaşma kuralı bağlamında paylaşma dışı tutulacağının belirlenemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 685-686.

[182] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 38. *Pfammatter*, saklı pay sahibi mirasçının tenkis talebinin, mirasbırakanın başka bir mirasçı veya bir üçüncü kimse lehine yaptığı ölüme bağlı tasarrufla yapılan kazandırmanın '*indirilmesi*'ne ilişkin olduğunu; halbuki paylaşmanın ertelenmesinde bu şekilde

ölüme bağlı tasarruf bakımından tenkis dâvası açacaklarına ilişkin görüşü eleştirerek; bu hâlde ilgili mirasçıların doğrudan paylaşma dâvası açmak suretiyle, paylaşmanın, saklı paya kavuşmalarını sağlayacak şekilde ve saklı payla sınırlı olarak gerçekleşmesini sağlayabileceklerini ifade etmektedir.

Mirasçılar, oybirliği ile yapacakları bir anlaşma ile, mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufla öngörülen, paylaşmanın belli veya belirlenebilir bir süre için ertelenmesine ilişkin kuralın uygulanmamasını sağlayabilirler.[183]

Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin ikinci fıkrasında, mirasçıların kanundan veya sözleşmeden doğan bir sınırlama bulunmadıkça paylaşmanın gerçekleştirilmesini her zaman talep edebilecekleri düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla, mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılan ve

---

indirim yapılacak bir ölüme bağlı kazandırmanın bulunmadığını belirterek, paylaşmanın ertelenmesine ilişkin mirasbırakan tarafından öngörülen ölüme bağlı tasarruf aleyhine tenkis dâvası açılması gerektiğini kabul eden fikri eleştirmekte ve bu hâlde tenkis dâvasının uygun araç teşkil etmediğini ifade etmektedir. Yazar, ayrıca, saklı pay hakkına sahip mirasçıların, saklı payları bakımından paylaşmanın gerçekleşmesi için paylaşma dâvası açmaları yerine, paylaşmanın ertelenmesine ilişkin ölüme bağlı tasarruf için tenkis dâvası açmaları gerektiğinin kabulü hâlinde, tenkis talebi bakımından İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 571. maddesini karşılayan 533. maddesi çerçevesinde bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin söz konusu olması ve bu sürelerin sona ermesinden sonra, sadece def'i olarak tenkis iddiasında bulunulabileceğini; oysa paylaşma talebi bakımından herhangi bir zamanaşımı süresinin veya hak düşürücü sürenin bulunmadığını belirterek, bu hâlde paylaşma dâvası açılacağının kabul edilmesinin mirasçıların menfaatlerinin korunması açısından daha doğru olacağını ifade etmektedir. Türk Hukuk öğretisinde *Kocayusufpaşaoğlu*, saklı paylı mirasçıların, mirasbırakanın paylaşmanın ertelenmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufu aleyhine tenkis dâvası açacaklarını veya tenkis def'i ileri süreceklerini belirtmekle birlikte (bkz. s. 685, dpn. 34), mirasbırakanın paylaşmanın geciktirilmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu bu tür durumlarda, genellikle saklı pay sahibi mirasçıların *paylaşma dâvası* açacaklarını, ancak bu dâvada muhtemelen diğer mirasçıların da mirasbırakanın paylaştırmayı geciktirme tasarrufuna dayanacaklarını ifade etmektedir. Yazar, mirasbırakanın paylaşmanın geciktirilmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufuna dayanan diğer mirasçılara karşı, saklı pay sahibi mirasçıların, herhangi bir süreye bağlı olmayan tenkis def'i ile yine de paylaştırmanın yapılmasını sağlayabileceklerini belirtmektedir. Dolayısıyla, Kocayusufpaşaoğlu da, konuya ilişkin olarak yaptığı açıklamalarda, daha ziyade 'paylaşma dâvası' açılacağı hususuna değinmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 685. Öğretide *Öztan* da, mirasbırakanın paylaşmanın ertelenmesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufunun, saklı pay sahibi mirasçıların saklı paylarına tecavüz oluşturması hâlinde, saklı pay sahibi mirasçıların paylaşma dâvası açacaklarını ifade etmektedir. Bkz. **ÖZTAN**, s. 380.

[183] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 685; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 557; **DURAL/ÖZ**; s. 469; **İMRE/ERMAN**, s. 448; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 75; **ANTALYA**, s. 311; **OĞUZMAN**, s. 322. *Oğuzman*, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla paylaşmanın ertelenmesini öngördüğü durumlarda, mirasçılardan birinin açtığı paylaşma dâvasına diğer mirasçıların itiraz etmemesi üzerine hâkimin paylaşmaya karar vereceğini; zira mirasçıların oybirliği ile yaptıkları anlaşma ile, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma yasağını bertaraf etmelerinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 8; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 11; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 54; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 861; **DRUEY**, § 16, N. 32; **SEEBERGER**, s. 46 vd.

paylaşmanın ertelenmesine ilişkin olan sözleşmeler de, yine bütün mirasçıların oybirliği ile bertaraf edilmedikçe, bütün mirasçıları bağlar. Öğretide ileri sürülen baskın görüş[184] uyarınca, mirasçılar tarafından yapılan belli bir süre için paylaşmanın ertelenmesine ilişkin sözleşme, geçerlilik şekline bağlı değildir. Ancak, eğer mirasçılar, mirasın paylaşılmasını, ortaklığı uzun süre devam ettirmek amacıyla belli olmayan bir süre için ertelemişlerse, bu hâlde mirasçılar arasındaki ortaklık aile malları ortaklığı sayılabilir ve dolayısıyla da yapılan sözleşme resmî geçerlilik koşuluna tabi olur.[185] Mirasın paylaşılmasının ertelenmesine ilişkin sözleşme, haklı sebeplerle feshedilebilir.[186] Bu durumun tipik örneğini, *Dural/Öz*[187] tarafından da ifade edildiği üzere, mirasçılardan birinin, miras ortaklığının teşekkülünden sonra ölümünde onun yerini alan mirasçıların, mirasın paylaşılmasını istemeleri hâlinde, haklı bir şekilde ertelemeye ilişkin anlaşmayı feshedebilmeleri oluşturur.

B) Diğer Hususlar Bakımından

Öte yandan, paylaşmanın nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hükümler genellikle emredici nitelikte

---

[184] **ESCHER**, Art. 604, N. 7; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 6-7; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 859; **HAUSER**, s. 10 vd.; **JOST**, s. 113-114; **OĞUZMAN**, s. 322; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 683 vd.; **DURAL/ÖZ**, s. 468; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 72; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 43. Baskın görüş bu tür sözleşmelerin şekle bağlı olmadığını kabul etmekle birlikte, öğretide bazı yazarlar, mirasçıların miras ortaklığının devamına ilişkin olarak yaptıkları sözleşmelerin hukukî niteliğinin aile malları ortaklığı sözleşmesi olduğunu ve bu nedenle de bu sözleşmelerin resmî şekilde yapılması gerektiği savunmuşlardır. Bkz. **WIDMER**, Helene, Die Erbengemenischaft, Diss., Zürich 1925, Zug 1926, s. 86; **GÖNENSAY**, Samim, Medeni Hukuku, III. Cilt, İstanbul, 1938, s. 320; **GÖNENSAY**, Samim / **BİRSEN**, Kemaleddin, Miras Hukuku, İstanbul, 1938, s. 313 vd. Diğer bazı yazarlar ise, aile malları ortaklığı kurma iradesi her zaman bulunmayabileceği cihetle, ilgili sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğunu kabul etmektedirler. **İMRE,** s. 714; **İMRE/ERMAN**, s. 446; **MERZ**, Hans, Zur Auslegung einer erbrechtlicher Teilungsregeln, in: Zum schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Peter Tuor, Zürich, 1946, s. 86, dpn. 3. (DRUEY, Teilung, s. 45, dpn. 62'den naklen)

[185] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 684; **İMRE/ERMAN**, s. 447; **İMRE**, s. 715; **ESCHER**, Art. 604, N. 2.

[186] **OĞUZMAN**, s. 322; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 72 vd.; **DURAL/ÖZ**, s. 469.

[187] **DURAL/ÖZ**, s. 469.

değildirler.[188] Gerek mirasbırakan ve gerekse mirasçılar, kanunda yer alan düzenlemelerden irade özgürlüğü çerçevesinde ayrılabilirler.[189]

Mirasbırakan da, irade özgürlüğü prensibi çerçevesinde bir ölüme bağlı tasarruf ile paylaşma kuralları koyabilir. Mirasbırakan, bu şekilde terekedeki belli bir malın belirli bir mirasçıya verilmesini emretmiş veya tereke mallarının hangi mirasçıya ait olacağını veya paylaşmada uygulanacak usule ilişkin esasları belirlemiş olabilir.[190] Mirasbırakan tarafından belirlenen bu

---

[188] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702; **AYİTER**, Miras, 237; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 43; **OĞUZMAN**, s. 326; **BREITSCHMID**, Peter / **EITEL**, Paul / **FANKHAUSER**, Roland / **GEISER**, Thomas / **RUMO-JUNGO**, Alexandra, Erbrecht, Basel-Bern-Freiburg-Zürich-St. Galen 2010, Kap. 5, N. 78. Türk Medenî Kanunu'nda yer alan mirasın paylaşılmasına ilişkin bazı kurallar emredici niteliktedir. Öğretide *Serozan/Engin* tarafından da ifade edildiği üzere, Türk Medenî Kanunu'nda yer alan paylaşmaya ilişkin kurallar arasında alacaklıların paylaşmaya müdahalesinin düzenlenmiş olduğu 648. madde hükmü, tamamlayıcı değil, emredici niteliktedir. Bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesini karşılayan 609. maddesinin emredici nitelikte olduğu ve bu çerçevede, gerek mirasbırakanın gerek mirasçıların bu hükümde yer alan kuralın aksine düzenlemelerin sonuç doğurmayacağı hakkında bkz. **WEIBEL**, Praxiskomm., Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 8. Sağ kalan eşin paylaşmadaki durumuyla ilgili hükümler ile tarımsal işletmelere ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olup olmadığı tartışmalıdır. Yine mirasçıların tereke borçlarından müteselsil olarak sorumlu olmaları da mirasbırakanın aksini öngördüğü paylaşma kuralı veya mirasçıların müteselsil sorumluluğun söz konusu olmayacağına ilişkin olarak öngördükleri paylaşma kuralı ile bertaraf edilmiş olmayacaktır. Bkz. WEIBEL, Praxiskomm., Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 8. *Baumgartner* de, devletin yararına olan paylaşma hükümleri ile fiil ehliyetine sahip olmayan mirasçıların paylaşmada korunmasına ilişkin hükümlerin, üçüncü kişileri koruyan paylaşma hükümleri gibi emredici nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bkz. **BAUMGARTNER**, Matthias, Der Grundsatz der freien Erbteilung, Diss., Zürich 1953, Winterthur 1954, s. 28. Mirasçıların tereke borçlarından müteselsil sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dördüncü Bölüm, § 12.

[189] **OĞUZMAN**, s. 326; **İMRE**, s. 725; **İMRE/ERMAN**, s. 452; *Kılıçoğlu*, mirasçılar açısından paylaşma özgürlüğünün, mirasçıların, devlet ve mirasbırakana karşı bağımsızlıklarını sağlamaya yönelik olduğunu ifade ederek, mirasçılara Borçlar Hukuku'ndaki sözleşme (irade) özgürlüğüne benzer bir serbestlik tanıdığını belirtmektedir. Dolayısıyla, paylaşmada irade özgürlüğü, diğer hukukî işlemlere ilişkin irade özgürlüğü gibi, Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20. maddelerinde yer alan sınırlamalara tâbidir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 32. Aynı yönde bkz. **İMRE**, s. 726; **İMRE/ERMAN**, s. 452-453. *Aral*, paylaşmada irade özgürlüğünün, Borçlar Hukukunda düzenlenmiş bulunan irade özgürlüğünün, miras hukukunda uygulanması olduğunu belirtmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 43. Ayrıca bkz. **SEEBERGER**, s. 20. Yazar, bu çerçevede, mirasçıların, emredici hükümlerle düzenlenenler dışında kalan hususları düzenleme özgürlüklerinin bulunduğunu belirtmektedir.

[190] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 61; **OĞUZMAN**, s. 326; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702-703; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 565; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 317 vd.; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 40; **ŞENOCAK**, Zarife, Mirasbırakanın Paylaştırma Kuralları, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, 2009, s. 601; **ESCHER**, Art. 608, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 1; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 7; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **PFAMMATTER**, s. 1-2, 5; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 1; **STEIN-WIGGER**, Matthias, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, AJP 2001, s. 1135. Paylaşma kurallarının mirasbırakan tarafından düzenlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aşağıda İkinci Bölüm.

paylaşma kuralları, kural olarak mirasçılar için bağlayıcıdır.[191] Ancak mirasçılar irade serbestîsi çerçevesinde mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralının uygulanmaması hususunda oybirliği ile anlaşarak, söz konusu paylaşma kuralının uygulanmasını bertaraf edebilirler.[192]

II. Eşitlik Prensibi

A) Genel Olarak

Eşitlik prensibi, öğretide *Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/ Rumo-Jungo*[193] tarafından da ifade edildiği üzere, paylaşmaya hâkim olan en önemli prensibi oluşturmaktadır. Mirasçıların eşitliği kenar başlığını taşıyan Türk Medenî Kanunu'nun 649. maddesi birinci fıkra hükmü ile, mirasçıların, kanunda aksi yönde bir hüküm bulunmadıkça paylaşmada, terekenin tamamı üzerinde eşit haklara sahip oldukları düzenlemesine yer vermiştir. Yine Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesi, birinci fıkrası hükmüne göre, yasal ve atanmış mirasçılar, paylaşmada eşittirler. Bu ilke çerçevesinde mirasçılar, yaş, cinsiyet ve medenî hâlleri farklı olsa da ve mirasçılıkları kanuna veya ölüme bağlı tasarrufa dayansa da eşittirler.[194]

---

[191] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 45; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 565-566; **İMRE**, s. 729; **İMRE/ERMAN**, s. 455; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 40; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 319; **ESCHER**, Art. 608, N. 3; **STEIN-WIGGER**, s. 1138; **DRUEY**, § 16, N. 16; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 6; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 10; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 2; **SEEBERGER**, s. 23; **WOLF**, s. 224.

[192] **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 1; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 607, N. 4; **ESCHER,** Art. 607, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 5; **WOLF**, s. 225; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **MEYER**, Handkomm., Art. 607, N. 2; **PFAMMATTER**, s. 9, 16-17; **WEIBEL**, Praxiskomm., Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 6; **SEEBERGER**, s. 108 vd.; **DRUEY**, § 16, N. 61; **WEIMAR**, s. 445; **İMRE**, s. 725, 729; **İMRE/ERMAN**, s. 452, 455; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702, 704; **ŞENOCAK**, s. 615, 616; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43; **ARAL**, Taksim Dâvası s. 44, 45-46.

[193] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77.

[194] **HABICHT**, s. 37; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77. Yazarlar, İsviçre Hukuku bakımından önceleri mevcut olan eşitsizliğin yerini, XX. yüzyılın bir kazanımı mahiyetinde eşitlik prensibine bıraktığını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **DRUEY**, § 16, N. 41; **ESCHER**, Art. 610, N. 1; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 707-708; **OĞUZMAN**, s. 326; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 49; **AYİTER**, Miras, s. 239; **İMRE**, s. 668; **İMRE/ERMAN**, s. 456;

Önemle belirtilmelidir ki eşitlik prensibi, mirasçıların miras paylarının eşitliğini değil, mirasçıların tereke üzerindeki haklarının eşitliğini; başka bir ifade ile mirasçıların aynı hukuk kurallarına tâbi olmak bakımından eşit olmalarını ifade eder.[195] Dolayısıyla bu hâlde eşitlik nicel (*quantitativ*) değil, nitel (qualitativ) bir eşitliktir.[196] Miras payları farklı olan bu mirasçılar belli bir tereke değerinin kendilerine özgülenmesini isteme bakımından eşittirler; diğer mirasçılarla aynı haklara sahip olarak paylaşmaya katılırlar ve bu şekilde, tereke üzerindeki miras payı küçük olan mirasçı ile büyük olan mirasçı arasında, paylaşmada söz sahibi olma, hak ve yetkileri kullanma bakımından bir farklılık söz konusu olmaz.[197]

Öğretide *İmre*,[198] *İmre/Erman*[199] ve *Serozan/Engin*[200] mirasçının, Türk Medenî Kanunu'nun 649. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde, tereke borçlarının paylaşmadan önce ödenmesini talep etme hakkının eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak getirilmiş bir hak olduğunu ifade etmektedir.

Oğuzman,[201] eşitlik prensibinin bir sonucunun da, mirasçıların mirasbırakanın sağlığında ondan aldıkları kazandırmaları terekeye iade etmekle yükümlü olmalarını göstermektedir. Bu husus, mirasta denkleştirme başlığı altında, Türk Medenî Kanunu'nun 669-675 hükümlerinde düzenlenmiştir.

KILIÇOĞLU, Taksim Sözleşmesi, s. 31; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 307; **DURAL/ÖZ**, s. 458; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 45;

[195] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **JOST**, s. 24; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 708; **AYİTER**, Miras, s. 227; **İMRE**, s. 667-668; **İMRE/ERMAN**, s. 456; **DURAL/ÖZ**, s. 458; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 49.

[196] Bu ifadeye doğrudan yer veren yazarlar için bkz. **SCHAUFELBERGER/KELLER**, Bas. Komm. Art. 607, N. 2; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 49. *Aral*, bu hâlde kemiyet (*quantitativ*) bakımından değil keyfiyet (*qualitativ*) bakımından bir eşitliğin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 307-308; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 31. *Kılıçoğlu* da, konuya ilişkin açıklamalarında "… bu eşitlik miktar (kemiyet, nicelik)açısından bir eşitlik olmayıp, tereke üzerindeki hak bakımından eşitliktir." ifadesine yer vermektedir.

[197] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **İMRE**, s. 668; **İMRE/ERMAN**, s. 456; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 31; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308; **DURAL/ÖZ**, s. 458.

[198] **İMRE**, s. 735.

[199] **İMRE/ERMAN**, s. 460.

[200] **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 47

[201] **OĞUZMAN**, s. 326.

B) Eşitlik Prensibinin İstisnaları

Mirasın paylaşılmasında eşitlik prensibi mutlak değildir. Bu prensibin, mirasçıların oybirliği ile yaptıkları anlaşmalardan, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kurallarından ve en nihayetinde Kanun'da öngörülen bir takım özel paylaşma kurallarından kaynaklanan istisnaları mevcuttur.

Eşitlik prensibinin istisnası bağlamında mirasçılar, irade serbestîsi prensibinden yararlanarak, oybirliği ile yapacakları anlaşmalar yoluyla düzenlemeler öngörebilirler.[202]

Mirasbırakan da, öngördüğü paylaşma kuralı ile eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler getirebilir. Bu çerçevede mirasbırakan öngördüğü bu tür paylaşma kuralları, mirasçıların oybirliği ile ilgili paylaşma kuralının uygulanmasını bertaraf etmeleri ihtimali dışında, mirasçılar için bağlayıcıdır.[203]

Öte yandan Kanun'da yer alan bazı hükümler de, eşitlik prensibine istisna[204] oluştururlar.[205] Bu hükümlerden ilki Türk Medenî Kanunu'nun aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin 652.

---

[202] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 31; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 49; **DURAL/ÖZ**, s. 458-459.

[203] Bu hâlde önemle belirtilmelidir ki, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralı mirasçıların miras paylarının miktarında değişiklik yapmaz. Ancak mirasçıların miras payları hâlihazırda eşitlik kuralına ilişkin bir husus değildir. Burada daha ziyade mirasbırakanın belli bir tereke değerini mirasçıya, özgüleme konusu tereke değerinin kendisine özgülenmesine katlanma borcu yükler şekilde paylaşma kuralı öngördüğü durumlar eşitlik ilkesinin istisnası olarak ortaya çıkacaktır; zira bu hâlde ilgili mirasçı diğer tereke eşyalarının kendisine özgülenmesini isteme hakkına sahip olmamakta ve ilgili paylaşma kuralı bütün mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılacak bir anlaşma ile bertaraf edilemediği takdirde, söz konusu mirasçı için paylaşma kuralında özgülenmesi öngörülen tereke değerini almaktan başka yol bulunmamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, § 6, III, B, 2.

[204] Öğretide bazı yazarlar, bu düzenlemeleri eşitlik prensibinin istisnaları olarak göstermektedir. Bkz. **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **İMRE**, s. 731-732; **İMRE/ERMAN**, s. 457; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 570 vd.; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 50; Ancak öğretide diğer bazı yazarlara göre bu kurallar eşitlik prensibinin istisnası olmayıp, oluşturulan payların mirasçılara özgülenmesine ilişkin özel kurallardır. Bkz. **HABICHT**, s. 37; **OĞUZMAN**, s. 327; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 32; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308.

[205] Öğretide *Kılıçoğlu* ve *Habicht*, Kanun'da yer alan ve eşitlik ilkesinden ayrılan bu hükümlerin, sanıldığının aksine genel itibariyle mirasçıların eşitliği prensibinden ayrılan hükümler olmadığını; bu hükümlerin oluşturulan payların özgülenmesinde eşitlik ilkesinden ayrılan hükümler olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 31; **HABICHT**, s. 37.

hükmüdür.[206] Bu hükmün ilk fıkrasına göre, eşlerden birinin ölümü hâlinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Hükmün ikinci fıkrasında da belirtildiği üzere haklı sebeplerin varlığı hâlinde mülkiyet hakkı yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına karar verilebilecektir. Eşitlik prensibinin Kanun'dan doğan bir diğer istisnası, Türk Medenî Kanunu'nun 659 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olan tarımsal işletmelerin özgülenmesinde söz konusudur.[207] Öğretide bazı yazarlar[208] bu kurallara ek olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 650 maddesinin ikinci fıkrasının da eşitlik kuralının istisnası mahiyetinde olduğunu ifade etmektedirler. İlgili hüküm, terekede bulunan çeşitli hususların özgülenmesinde, mahallî âdetlerin ve mirasçıların kişisel durumlarının göz önünde tutulmasına ilişkindir. Eşitlik prensibinin bir diğer istisnası olarak *Kılıçoğlu*,[209] Türk Medenî Kanunu'nun 653. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan aile belgeleri ile özel anı değeri olan eşyanın mirasçılardan birine özgülenmesini göstermektedir.[210] Keza *Oğuzman*,[211] Türk Kanunu Medenîsi'nin 591-602 hükümlerinin[212] de eşitlik ilkesine rağmen konulmuş özel hükümler olduğunu ifade etmektedir.

---

[206] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **İMRE/ERMAN**, s. 457.

[207] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **İMRE**, s. 732; **İMRE/ERMAN**, s. 457; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 50; **OĞUZMAN**, s. 327; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 309; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 570 vd; **ANTALYA**, s. 457. İsviçre Hukuku'nda da İsviçre Medenî Kanunu'nun tarımsal işletmelerin düzenlendiği 620-626 hükümleri 4 Ekim 1991 tarihli Tarımsal Arazilere İlişkin Federal Kanun (Bundesgesetz über das bäuerliches Bodenrecht) ile yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre'de Ekim 1991'den beri tarımsal işletmelerin özgülenmesi bakımından bu Kanun hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

[208] **İMRE**, s. 732; **İMRE/ERMAN**, s. 457; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 45.

[209] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 309; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 32.

[210] Türk Medenî Kanunu'nun anılan 653. maddesinin ikinci fıkrasında aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşyanın mirasçılardan biri dahi karşı çıkarsa satılmayıp, mirasçıların anlaşması ile belirlenen mirasçıya özgüleneceği; mirasçılar özgülemenin kime yapılacağı hususunda anlaşamazlarsa, hâkimin özgülemeye veya satışa karar vereceği düzenlenmiştir. Hâkimin bu madde çerçevesinde mirasçılardan birine özgülemeye karar verebilmesi Kılıçoğlu tarafından eşitlik prensibinin istisnası olarak nitelendirilmektedir. Öte yandan ilgili hüküm çerçevesinde aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşyanın mirasçıların birinin dahi itiraz etmesi durumunda satılamayacağı düzenlenmiş olduğundan, hüküm bu yönüyle aynen paylaşma prensibini de yansıtmaktadır. Bkz. Bu Bölüm, § 3, III, A.

[211] **OĞUZMAN**, s. 327.

[212] Türk Kanunu Medenîsi'nin 591. maddesi (TMK m. 651) bazı tereke mallarının özgülenmesi veya satılmasına; 592. maddesi (TMK m. 653), bütünlük oluşturan eşya ile aile belgeleri ve özel anı değeri

III. Aynen (*in Natura*) Paylaşma Prensibi

A) Genel Olarak

Paylaşmaya hâkim bir diğer prensip de aynen (in Natura) paylaşma prensibidir.[213] Aynen paylaşma prensibi çerçevesinde mirasçılar, paylaşmaya konu olan değerlerin aynen paylaşılmasını; başka bir ifade ile mirasçıların sayısı ve miras paylarına oranlı olarak terekedeki değerlerin maddî olarak kısımlara ayrılması suretiyle (*körperliche Teilung*) paylaşmanın gerçekleştirilmesini, isteme hakkına sahiptirler. Söz konusu kural, Türk Medenî Kanunu'nun 653. maddesinin ikinci fıkrasında[214] düzenlenmiş olan aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşya bakımından da uygulama alanı bulur.[215] Bu hüküm çerçevesinde, aile belgeleri ile aile için özel anı

---

olan eşyaya; 593. maddesi (TMK m. 654), mirasbırakanın mirasçılardaki alacağına; 594. maddesi (TMK m. 655), rehnedilmiş tereke mallarına; 595. maddesi (TMK m. 657/I) taşınmazlarda özgülemeye esas olan değere; 596. maddesi (TMK m. 658), değerin belirlenmesine; 597. ve 598. maddeleri (TMK m. 659-661), tarımsal işletmelerin özgülenmesi bağlamında, tarımsal paylaştırma dışında bırakmaya, taşınırların özgülenmesine, özgülemenin hangi mirasçıya yapılacağına; 599. ve 600. maddeleri (TMK m. 664 ve 665) aile malları ortaklığında istem hakkı ile ortaklığın sona erdirilmesine ilişkindir.

[213] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **DURAL/ÖZ**, s. 459. Öğretide bazı yazarlar, aynen paylaşma prensibini eşitlik prensibinin bir uzantısı olarak ele almakta ve genelde bu prensibi, eşitlik prensibi içinde incelemektedirler. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 13; Art. 610, N. 2; **ESCHER**, Art. 607, N. 6; Art. 610, N. 2; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 708; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 31; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 49; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 570 vd.; **İMRE**, s. 731; **İMRE/ERMAN**, s. 456; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 45. Ancak öğretide *Dural/Öz*, aynen paylaşma prensibinin, eşitlik prensibinden çıkan bir diğer prensip olmadığını, hatta bu prensibin eşitlik prensibi ile çelişebileceğini ifade etmekte ve bu duruma şu şekilde bir örnek vermektedir: "Eşit paya sahip iki mirasçı her biri 25 Milyar değerinde iki otomobil ve 50 Milyar değerinde bir evi paylaşacaksa, bir mirasçıya iki araba, diğerine ev verilmelidir." Yazarlar, bu örneğe ilişkin olarak burada eşitlik ilkesi mutlak şekilde kabul edilerek, mirasçılara birer otomobil verilmesi ve evin de satılıp bedelin paylaştırılması yoluna gidilmemesi gerektiğini, aksi takdirde, aynen paylaşma prensibine aykırı davranılmış olacağını ifade etmektedirler. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 459.

[214] Türk Medenî Kanunu'nun 653. maddesinin ikinci fıkrası şu ifadeyi taşımaktadır: "Aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşya, mirasçılardan birinin karşı çıkması hâlinde satılamaz. Mirasçılar arasında anlaşmazlık çıkarsa sulh hâkimi, yerel âdetleri, yerel âdet yoksa kişisel durumları göz önünde tutarak bu eşyanın, payına mahsup edilmek veya edilmemek suretiyle mirasçılardan birine özgülenmesine ya da satılmasına karar verir."

[215] Kaynak Kanun'un, Türk Medenî Kanunu'nun 653. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesini karşılayan 613. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan aile belgeleri ile özel anı değeri olan eşyanın özgülenmesine ilişkin kuralın aynen paylaşma prensibinin bir görünümü olduğuna ilişkin olarak bkz. **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77. Yazarlar, bu tür tereke değerleri bakımından aynen paylaşmanın esas olduğunu; ancak tereke borçlarının ödenmesinin, bu tür tereke değerlerinin satılmasını gündeme getirebileceğini ifade etmektedirler.

değeri olan eşya mümkün olduğu kadar aynen özgülenecektir. Şöyle ki, mirasçılardan biri dahi karşı çıkarsa bu tür tereke değeri satılamayacak;[216] bu tereke değerinin satılmasına karşı çıkan mirasçıya veya mirasçılara miras paylarına mahsuben özgülenecektir.[217]

Aynen paylaşmanın mümkün olmadığı durumlarda, ilgili tereke değerinin satılması ile elde edilen meblağın miras payları oranında mirasçılara özgülenmesi gündeme gelecektir. Bu durum, Türk Medenî Kanunu'nun 651. maddesi çerçevesinde, özellikle değeri mirasçılardan herhangi birinin miras payını aşan tereke eşyası bakımından[218] mirasçıların belli bir tereke değerinin bölünmesi veya özgülenmesi hususunda anlaşamamaları hâlinde Kanun gereği gündeme gelecektir.[219]

---

[216] Türk Medenî Kanunu'nun anılan 653. maddesinin ikinci fıkrasında, aile belgeleri ile aile için özel anı değeri taşıyan eşyanın, mirasçılardan birinin dahi karşı çıkması hâlinde satılamayacağı düzenleme altına alındıktan sonra, mirasçılar arasında anlaşmazlık çıktığı takdirde sulh hâkiminin bu malın satılmasına da karar verebileceği hususuna yer verilmiştir. Öğretide bu açıdan hükmün bir çelişki ihtiva ettiği ifade edilmektedir. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 483; **İMRE/ERMAN**, s. 474; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 339; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 52. Bu yazarlardan *Dural/Öz*, bu hükmün hâkimin paylaşma sırasında kesin bir zorunluluk olmadıkça, aile belgesi ve özel anı değeri olan eşyayı satamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini; bu çerçevede eğer aile belgeleri ve özel anı değeri olan eşya değeri itibariyle bir paya sığmakta ise, bütün mirasçıların oybirliği ile anlaşmış olmaları durumu hariç olmak üzere, hâkimin ilgili malı özgülemesi zorunluluğunun bulunduğunu; buna karşılık aile belgesi veya özel anı değeri olan eşyanın değerinin miras paylarından birine sığmaması durumunda, hâkimin, mirasçılar başka bir çözüm tarzında anlaşamamakta iseler satışa karar vereceğini ifade etmektedir. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 483-484. Ancak her halukârda bu satışın mirasçılar arasında yapılması gerektiği; başka bir ifade ile bu tür tereke değerlerinin üçüncü kişilere satılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 475; **DURAL/ÖZ**, s. 484; **TUOR/PICENONI**, Art. 613, N. 22; **ESCHER**, Art. 613, N. 8; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 613, N. 11; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 613, N. 14; **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 613, N. 8; **SEEBERGER**, s. 182 vd. Ancak öğretide *Druey*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 653. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesini karşılayan ve hâkim yerine bu tür bir yetkiyi yetkili merciiye (*zuständige Behörde*) tahsis eden 613. maddesinin üçüncü fıkrasının, yetkili merciinin satış yetkisi bulunmadığı; sadece özgülemeye karar verebileceği şeklinde anlaşılması gerektiğini; bu özgülemenin de bağlayıcı olmadığını sadece bir öneri olarak dikkate alınabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **DRUEY**, § 16, N. 87.

[217] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77. Yazarlar tarafından da ifade edildiği üzere, özgüleme konusu aile belgeleri ile aile için özel anı değeri taşıyan eşyanın değeri ilgili mirasçı veya mirasçıların miras paylarını aşmakta ise, söz konusu mirasçı veya mirasçılar, miras payını aşan kısmı denkleştirmekle yükümlü olacaklardır.

[218] Bu ifade için bkz. **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77.

[219] *Druey*, bu hükümden çıkan bir diğer sonuç olarak, değeri mirasçının miras payını aşmakta olan bir tereke eşyası bakımından, mirasçının, bu tereke değerinin kendisine özgülenmesine katlanma zorunluluğunun bulunmadığını; zira mirasçının son derece yüksek olan denkleştirme bedelini ödemek istemeyebileceğini ifade etmedir. Başka bir ifade ile malın aynen özgülenmesi neticesi olarak denkleştirme bedeli ödenmesi gereken hâllerde, denkleştirme bedeli çok yüksekse, mirasçı bu malın kendisine özgülenmesine katlanmakla yükümlü tutulamayacaktır. Bkz. **DRUEY**, § 16, N. 53.

B) Aynen Paylaşma Prensibinin İstisnaları

Eşitlik prensibi gibi aynen paylaşma prensibi de mutlak değildir. Bu prensibin de, tıpkı eşitlik prensibinde olduğu gibi, mirasçıların oybirliği ile yaptıkları anlaşmalardan, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kurallarından ve en nihayetinde Kanun'da öngörülen bir takım özel paylaşma kurallarından kaynaklanan istisnaları mevcuttur.

Mirasçılar kendi aralarında anlaşmak suretiyle, mirasçı sayısınca ve onların miras paylarına uygun şekilde bölünebilecek bir tereke değerinin bölünmeksizin mirasçılardan birine veya bazılarına miras payına mahsuben özgülenmesini kararlaştırabilirler.[220]

Mirasbırakan da öngördüğü paylaşma kuralı ile aynen paylaşmayı kısmen veya tamamen yasaklayabilir; belli bir tereke değerinin bölünmeksizin mirasçılardan birine veya bazılarına miras payını aşan kısım denkleştirilmek üzere miras payına mahsuben özgüleneceğini düzenleyebilir.[221] Bu tür bir paylaşma kuralı, mirasçıların oybirliği ile ilgili paylaşma kuralının uygulanmaması hususunda anlaşmış olmaları dışında, bağlayıcıdır.[222]

Kanun'da öngörülen bir takım özel kurallar dolayısıyla da aynen paylaşma ilkesi uygulama alanı bulmayabilecektir. Bu kurallardan ilkini, Türk Medenî Kanunu'nun 653. maddesinin birinci fıkrası oluşturur.[223] Bu hüküm gereği, nitelikleri veya özgülendikleri amaç gereği bir bütünlük oluşturan eşya, mirasçılardan biri dahi karşı çıkarsa, birbirinden ayrılamayacak, dolayısıyla miras payları oranında aynen bölünerek mirasçılara dağıtılamayacaktır. Bir diğer özel kural tarımsal işletmeler bakımından söz konusudur. Şöyle ki, Türk Medenî Kanunu'nun 659. maddesinin birinci fıkrası

---

[220] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **DURAL/ÖZ**, s. 459; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 31.

[221] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77; **DRUEY**, § 16, N. 54.

[222] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77;

[223] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 77. Öğretide *Kılıçoğlu*, aynen paylaşmanın istenmesi prensibini, eşitlik prensibi içinde incelemekte ve Türk Medenî Kanunu'nun 653. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan bütünlük oluşturan eşyanın özgülenmesini bu prensibin istisnası olarak göstermektedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 32.

uyarınca, terekede bulunan ekonomik bütünlüğe ve yeterli varlığa sahip bir tarımsal işletme, işletmeye ehil mirasçılardan birinin istemde bulunması hâlinde bu mirasçıya, gelir değeri üzerinden ve bölünmeksizin özgülenecektir.[224] Öğretide *Kılıçoğlu*[225] tarafından belirtilen bir diğer hükmü de, değerinde önemli azalma olmaksızın bölünemeyen tereke malının, bütün olarak mirasçılardan birine özgülenmesinin düzenlendiği 651. maddenin[226] birinci fıkrası oluşturmaktadır.

IV. Aynî İkame Prensibi

Paylaşmanın konusunu terekeye dâhil olan değerler oluşturur. Tereke bir malvarlığıdır[227] ve her malvarlığında olduğu gibi bu malvarlığında da bir takım değişiklikler gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda aynî ikame prensibi devreye girecek ve bu prensip gereğince terekeden çıkan şeyin yerine bunun karşılığı olarak giren husus, çıkan şeyin yerine geçecektir.[228] Örneğin

---

[224] İsviçre Hukuku'nda aynen paylaşmanın istenebilmesi kuralına ilişkin tarımsal işletmeler bakımından söz konusu olan istisna, tarımsal arazilerin belli bir sınırın altında bölünememesi nedeniyle Türk Hukuku'ndan farklıdır. 4 Ekim 1991 tarihli Tarımsal Arazilere İlişkin Federal Kanun'un (*Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht*), 5 Ekim 2007 tarihinde yapılan ve 1 Eylül 2008'de yürürlüğe giren düzenleme ile değişik 58. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, tarımsal arazilerin bölünmesindeki minimum sınır 2,5 dönüme karşılık gelen 25 ar'dır. Söz konusu hükme göre, üzüm bağlarının bölünmesindeki sınırı ise, 1,5 dönüme karşılık gelen 15 ar oluşturmaktadır. Kantonlar bu sınırlardan daha fazla olacak şekilde, arazilerin bölünmesine ilişkin minimum sınır belirleyebilecektir. Bu çerçevede bölündüğü takdirde 25 ar'dan az kısımlara bölünecek olan tarımsal araziler ile bölündüğü takdirde 15 ardan az kısımlara bölünecek üzüm bağlarının, aynen paylaşılması istenemeyecektir.

[225] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 31. *Kılıçoğlu*, aynen paylaşmanın istenebilmesine ilişkin mirasçıların sahip olduğu hakkı eşitlik prensibi altında incelemekte ve bu hükme de eşitlik prensibi başlığı altında değinmektedir.

[226] Türk Medenî Kanunu'nun 651. maddesinin birinci fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: "Değerinde önemli azalma olmadan bölünemeyen tereke malı, bütün olarak mirasçılardan birine özgülenir.". Hükmün ikinci fıkrası ise şu ifadeyi taşımaktadır: "Mirasçılar bir tereke malının bölünmesi veya özgülenmesi konusunda anlaşamazlarsa, o mal satılır ve bedeli bölüştürülür." İlgili hükmün son fıkrası ise şu şekildedir: "Mirasçılardan biri istemde bulunursa satış arttırma yoluyla yapılır. Mirasçılar arttırmanın şekli konusunda anlaşamazlarsa sulh hâkimi, arttırmanın mirasçılar arasında veya herkese açık yapılmasına karar verir."

[227] Terekenin malvarlığı olarak niteliğine ilişkin olarak öğretide, terekenin özel malvarlığı teşkil ettiğini savunan yazarlar olduğu gibi elbirliği malvarlığı teşkil ettiğini savunan yazarlar da mevcuttur. Bu konu yukarıda incelenmiştir. Bkz. Bu Bölüm, § 1, I, dpn. 22 ve 23ve bu notlara bağlı metinler.

[228] **İMRE**, s. 735; **İMRE/ERMAN**, s. 459. *İmre* ve *İmre/Erman*, tereke malvarlığının aktifinin, mirasbırakanın borçlarının ödenmesi, belirli mal vasiyetlerinin ifası veya mükellefiyetlerin yerine

terekede bulunan bir değer satıldığı takdirde, ilgili şeyin yerini satım parası alacak veya terekede bulunan ve yangına karşı sigortalı bulunan bir mal çıkan bir yangında yok olduğu takdirde, sigorta tazminatı, malın yerini alacak[229] ve dolayısıyla satım bedeli, sigorta tazminatı gibi, önceki şeyin yerini alan yeni değer paylaşmanın konusunu oluşturacaktır. Bu durum, miras ortaklığı devam ettiği müddetçe devam edecektir.

V. Bilgi Verme İlkesi

Mirasın paylaşılması, terekenin mirasçılar arasında, eşitlik ilkesine uygun şekilde miras payları oranında paylaşılması amacına yöneliktir ve bu amacın gerçekleşmesi için, terekenin tam olarak saptanması gerekir.[230] Bu çerçevede, Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin üçüncü fıkrası düzenlemesi gereği, tereke mallarına zilyet olan veya mirasbırakana borçlu bulunan mirasçılar, paylaşma sırasında bu konuda eksiksiz bilgi vermekle yükümlüdürler. Keza Türk Medenî Kanunu'nun 649. maddesinin ikinci fıkrası düzenlemesi gereği mirasçıların, mirasbırakan ile aralarındaki ilişkiler hakkında, paylaşmanın eşitliğe ve adalete uygun olması için göz önüne alınması gereken bütün bilgileri birbirlerine vermeleri gerekir.[231]

---

getirilmesi gibi sebeplerle azalabileceğini; faiz veya semerelerin alınması, tereke alacaklarının tahsili veya bizzat tereke lehine mal iktisap edilmesi gibi sebeplerle artabileceğini; bu gibi azalma ve artmaların miras ortaklığına ait olacağını ifade etmektedirler.

[229] Bu örnekler için bkz. **İMRE**, s. 734; **İMRE/ERMAN**, s. 459.

[230] **İMRE**, s. 732; **İMRE/ERMAN**, s. 457; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 45; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 29-30; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 306. Bilgi verme prensibinin, paylaşmanın eşitlik prensibine uygun şekilde gerçekleşmesi amacına hizmet etmekte olduğu hakkında ayrıca bkz. **AYAN**, Mehmet, Miras Hukuku, Konya, 2007, s. 256.

[231] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 708; **İMRE**, s. 732; **İMRE/ERMAN**, s. 457; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 30; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 306; **DURAL/ÖZ**, s. 459. *Dural/Öz*, Türk Medenî Kanunu'nun 459. maddesinde düzenlenen bilgi verme yükümlülüğüne örnek olarak, sağlığında mirasbırakandan denkleştirmeye veya tenkise tâbi bir kazandırma almış olan mirasçının, bu durumu saklamayarak, diğer mirasçılara bu konuda bilgi vermekle yükümlü olmasını göstermiştir. Bkz. s. 459. Öğretide *Kocayusufpaşaoğlu*, Türk Medenî Kanunu'nun 459. maddesi sayesinde, sağlığında mirasbırakandan iadeye veya tenkise tâbi bir kazandırma almış olan mirasçının çok defa bu durumu bilemeyen diğer mirasçıları durumdan haberdar etmesi zorunluluğunun Kanun'da açık ifadesini bulmuş olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 709.

Türk Medenî Kanunu'nda yer alan bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, mirasçıların bilgi verme yükümlülüğü, bu hususta bir talep olmasa da söz konusudur.[232] Esasen, tereke malları hakkında bilgi verme yükümlülüğü sadece mirasçılar bakımından değil, üçüncü kişiler bakımından da söz konusudur. Ancak, mirasçıların aksine üçüncü kişiler, bu hususta bir talep olduğu takdirde, bilgi vermekle yükümlüdürler.[233]

Bilgi verme yükümlülüğü, mirasçılar arasındaki münasebette ve özellikle mirasın paylaşılmasında, dürüstlük kuralının bir uygulamasını oluşturur.[234] Mirasçıların, bu yükümlülüğü yerine getirmemeleri durumunda ne olacağı belirtilmemiş; başka bir ifade ile bilgi verme yükümlülüğünün ihlâlinin yaptırımı Kanun'da düzenlenmemiştir. Öğretide, bazı yazarlar,[235] bu hâlde, mirasçı hukuka aykırı davranmış olacağından, kusurlu olarak bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranan mirasçının, borçlar hukukunun haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminat ödemekle yükümlü kılınabileceğini kabul etmektedirler. Diğer bazı yazarlar[236] ise, kanunda düzenlenmiş olan bu

---

[232] **İMRE**, s. 733; **İMRE/ERMAN**, s. 457**; KILIÇOĞLU**, Miras, s. 306; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 30; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 709. *Kocayusufpaşaoğlu*, bilgi verme yükümlülüğü çerçevesinde mirasçının, bilgi vermeye davet edilmesini beklemeksizin *kendiliğinden* bilgi vermekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. *Kocayusufpaşaoğlu*, ayrıca, mirasçıların, sadece birbirlerine karşı değil, ayrıca, Türk Medenî Kanunu'nun 550 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan vasiyeti yerine getirme görevlisine ve Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesinde düzenlenmiş olan "kayyım atanması" hâlinde hâkime bilgi vermekle yükümlü olduklarını; öte yandan, terekeyi resmen idare etmekle yükümlü kişiye karşı, görevin yerine getirilmesi için zorunlu olanlar hariç, mirasçıların bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. s. 709.

[233] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 709; **İMRE**, s. 733; **İMRE/ERMAN**, s. 457; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 30; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 306. Başka bir ifade ile, mirasçılar, talep olmasa dahi Kanun'da belirtilen hususlarda bilgi vermeye mecbur iken; üçüncü kişiler, talep olmadıkça, tereke malına ilişkin bilgi vermekle yükümlü değildirler. Üçüncü kişiler bakımından bilgi verme yükümlülüğü uygulamada özellikle bankalar bakımından söz konusudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 458 ve aynı sayfa dpn. 13; **İMRE**, s. 733.

[234] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 708; **OĞUZMAN**, s. 327 **İMRE**, s. 732; **İMRE/ERMAN**, s. 457.

[235] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 30; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 306; **İMRE/ERMAN**, s. 457; **İMRE**, s. 733. Bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli durumunda borçlar hukuku hükümleri çerçevesinde, kusurlu mirasçının, diğer mirasçıların bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranmış olması nedeniyle uğradıkları zararı tazminle yükümlü olacağına ilişkin olarak bkz. İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 67 II 207 ve keza BGE 59 II 129 sayılı kararları ve Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 21.11.1964 tarih ve 6051/5466 sayılı Kararı. (İMRE/ERMAN, s. 457, dpn. 12'den naklen.)

[236] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 709; **OĞUZMAN**, s. 327; **DURAL/ÖZ**, s. 460. *Dural/Öz*, kanunda doğan bilgi verme yükümlülüğünün, sözleşme benzeri bir hukukî ilişki olan miras ortaklığına dâhil olmaya bağlanan bir borç olduğundan hareketle, yükümlülüğün ihlâli durumunda borçlar hukukunun haksız fiil hükümlerinin değil, borca aykırılık hükümlerinin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Bkz. s. 460. Bu konuda ayrıca bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 46. Serozan/Engin,

yükümlülüğün ihlâli hâlinde haksız fiil hükümlerinin değil, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi çerçevesinde borca aykırılık hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedirler. Bu görüşlerden ilki kabul edildiği takdirde (her ne kadar, görüşü savunan yazarlarca değinilmemiş olsa da), yükümlülüğe aykırı davranan mirasçı, kusurlu sayılmayacak; onun yükümlülüğün ihlâlinde kusurlu olduğu, tazminat talebinde bulunan mirasçılarca ispatlanacaktır.[237] Oysa ikinci görüşün kabulü durumunda, bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranan mirasçı, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinin getirdiği kusur karinesi dolayısıyla, kusurlu sayılacak ve eğer kusurlu olmadığını ispatlarsa tazminat ödeme borcundan kurtulacaktır.[238]

IV. Oybirliği İlkesi

Mirasın paylaşılması bakımından önem arzeden diğer ilke oybirliği ilkesidir ve bu ilke mirasçıların paylaşmaya ilişkin yapacakları bütün anlaşmalar[239] bakımından geçerlidir.[240] Öğretide *Kılıçoğlu*[241] bu hususu ifade etmek üzere, oybirliği ilkesinin dar anlamda paylaşmayı oluşturan paylaşma sözleşmesi bakımından arandığını; ancak bu ilkenin sadece dar anlamda paylaşma bakımından söz konusu olmayıp, geniş anlamda paylaşma bakımından da geçerli bir ilke olduğunu ve bu çerçevede, dar anlamda paylaşmadan önceki aşamada da oybirliği prensibinin geçerli olduğunu belirtmektedir.

---

bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli hâlinde borca aykırılık hükümlerinin devreye girmesini, mirasçılar arasında 'edim yükümünden bağımsız borç (davranış yükümleri) ilişkisi' bulunmasına dayandırmaktadır.

[237] Haksız fiil sorumluluğunda, tazminat ödemekle yükümlü tutulacak failin kusurunun, zarar gören tarafından ispatlanması gereğine ilişkin olarak, ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, Halûk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, 2010, s. 421 vd.; **EREN**, s. 541; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 354.

[238] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 709; **DURAL/ÖZ**, s. 460.

[239] Bu işlemlerin en önemlisini paylaşmanın gerçekleştirilmesi türlerinden biri olan, sözlü veya yazılı olarak yapılan paylaşma sözleşmesi oluşturmakla birlikte, mirasçılar tarafından yapılan paylaşmaya hazırlık işlemleri, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralının ve/veya tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olan yasal paylaşma kurallarının uygulanmamasına ilişkin anlaşmalar ve benzerleri bu anlaşmaların kapsamında olmak üzere belirtilebilir.

[240] **İMRE**, s. 726-727; **İMRE/ERMAN**, s. 453; **AYAN**, s. 255.

[241] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 30; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 306.

Mirasçıların, dar anlamda paylaşmadan önceki aşamada, payların oluşturulması ve bu payların hangi mirasçıya özgüleneceğine ilişkin olarak anlaşmaya varamamaları hâlinde, Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Hükmün ikinci fıkrasına göre, payların oluşturulmasına ilişkin olarak mirasçılar arasında anlaşma sağlanamazsa, her bir mirasçı payların oluşturulmasını sulh mahkemesinden talep edebilecek; payların oluşturulmasında hâkim, yerel âdetleri, mirasçıların kişisel durumlarını ve çoğunluğun arzusunu göz önünde bulunduracaktır. Payların özgülenmesi bakımından ise, mirasçılar arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde kur'a çekilmesi yoluna gidilecektir.

Dar anlamda paylaşma aşamasında da mirasçıların oybirliği ile anlaşmış olmaları şarttır. Bu çerçevede mirasçılar, oybirliği ile anlaşmak suretiyle paylaşmayı, elden paylaşma yoluyla veya yazılı paylaşma sözleşmesi yaparak, ardında sözleşmenin gereğini icra yoluyla gerçekleştirebilirler. Mirasçılar oybirliği ile anlaşmaya varamadıkları takdirde, paylaşma, miraçsılardan en az birinin paylaşmayı talep etmesi üzerine hâkim tarafından gerçekleştirilecektir. Başka bir ifade ile paylaşma, mirasçıların oybirliği ile yapacakları sözleşme ile gerçekleştirilemediği takdirde, dâva yoluyla gerçekleştirilecektir.[242]

[242] **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 453; **AYAN**, s. 255-256; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 30. Yazar, Türk Medenî Kanunu'nun 651. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde yer alan "Mirasçılar, bir tereke malının bölünmesi veya özgülenmesi konusunda anlaşamazlarsa…" ibaresi dolayısıyla tereke malının satılmayarak bölünmesi veya özgülenmesi bakımından; 653. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "mirasçılardan birinin karşı çıkması hâlinde" ibaresi dolayısıyla, nitelikleri veya özgülendikleri amaç gereği bütünlük oluşturan eşyanın ayrılması bakımından ve 658. maddede yer alan "Mirasçılar özgülenme değeri üzerinde anlaşamazlarsa, …" ibaresi dolayısıyla özgüleme değerinin belirlenmesi bakımından oybirliği prensibin söz konusu olduğunun, Kanun'un anılan hükümlerinden açıkça anlaşılmakta olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 30.

İKİNCİ BÖLÜM
PAYLAŞMA KURALLARI

§. 4. Genel Olarak

Paylaşma kuralları, paylaşmanın nasıl yapılacağına ilişkin kuralları ifade eder. Paylaşma kuralı, yasada öngörülmüş olabileceği gibi, mirasbırakan tarafından da öngörülmüş olabilir. Nihayet, mirasçılar da, irade özgürlüğü prensibi çerçevesinde, mirasın paylaşılmasına ilişkin olarak, oybirliği ile anlaşmak suretiyle paylaşma kurallarını belirleyebilirler.

Yasal paylaşma kuralları bağlamında, Türk Medenî Kanunu'nun "Miras Hukuku" başlıklı üçüncü kitabının, "Mirasın geçmesi" başlığını taşıyan ikinci kısmında ve üçüncü bölüm altında mirasın paylaşılmasına ilişkin kurallara yer verilmiştir.[243] Esas itibariyle tamamlayıcı nitelikte olan bu kuralların aksine düzenlemeler, gerek mirasçılar ve gerek mirasbırakan tarafından yapılabilir.[244]

Bu çerçevede, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinde, mirasbırakanın yapacağı ölüme bağlı bir tasarruf ile, paylaşmanın nasıl yapılacağı ve payların nasıl oluşturulacağı hakkında kurallar koyabileceği

---

[243] Bkz. Türk Medenî Kanunu'nun, yasal mirasçıların gerek kendi aralarında gerek atanmış mirasçılarla birlikte mirası aynı kurallara göre paylaşacaklarının düzenlenmiş olduğu 646. maddesi; Kanun'da aksine hüküm bulunmadıkça mirasçıların paylaşmada terekenin bütün malları üzerinde eşit hakka sahip olduklarının düzenlendiği 649. maddesi; mirasbırakanın bir mirasçıdaki alacağının, paylaşma sırasında o mirasçının payına mahsup edileceğinin düzenlenmiş olduğu 654. maddesi; paylaşmada kendisine mirasbırakanın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçının, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olacağının düzenlenmiş olduğu 655. maddesi; terekede bütünlük oluşturan eşya, aile belgeleri veya özel anı değeri olan eşya bulunması durumunda, mirasın paylaşılmasında bu mal veya belgeler bakımından nasıl bir yol izleneceğinin düzenlenmiş olduğu 653. maddesi; değerinde önemli azalma olmadan bölünemeyen tereke malı bakımından paylaşmada nasıl bir yol izleneceğinin düzenlendiği 651. maddesi; keza, payların oluşturulması kenar başlığını taşıyan 650. maddesi, Türk Medenî Kanunu'nda mirasın mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağına ilişkin hükümlere örnek olarak gösterilebilir. İsviçre Medenî Kanunu'nun bu maddeleri karşılayan hükümlerinin Kanun'da yer alan, terekenin nasıl paylaşılacağının düzenlendiği hükümler olması hakkında bkz. **PFAMMATTER**, s. 1-2. Bu hükümler aşağıda incelenmektedir. Bkz. Bu Bölüm, § 4, III.

[244] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43; **ŞENOCAK**, s. 614; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 43; **ESCHER**, Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 12; **TUOR/PICENONI**, Vorbem., Teilungsart, N. 12; **SCHAUFELBERGER**, Vorbem. zu Art. 607-619, N. 9; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 1; **STEIN-WIGGER**, s. 1138.

düzenlemesine yer verilmiştir.[245] Mirasbırakan, yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla, sahip olduğu irade serbestîsi[246] dolayısıyla, emredici hukuk kurallarını da dikkate alarak paylaşmanın yapılışına ve payların oluşturulmasına ilişkin kurallar koyabilir.[247] Öte yandan mirasçılar da, irade serbestîsi çerçevesinde, üzerinde eşit haklara sahip oldukları terekeyi, oybirliği ile yapacakları anlaşmalarla, yine emredici hukuk kurallarını gözeterek serbestçe paylaşabilirler.[248]

Bu çerçevede önemle belirtmek gerekir ki, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları[249] yasada belirtilen paylaşma kurallarının üzerinde; mirasçıların oybirliği ile anlaşmak suretiyle belirledikleri paylaşma kuralları ve diğer paylaşmaya ilişkin sözleşmeler,[250] gerek mirasbırakan tarafından belirlenen gerek yasada yer alan paylaşma kurallarının üzerindedir.[251]

---

[245] Mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralları hakkında açıklama için bkz. Bu Bölüm, § 4, II.

[246] Mirasbırakanın bu şekilde paylaşma kuralları ile mirasın paylaşılmasını düzenlemesini mirasbırakanın irade serbestîsi (irade özgürlüğü) çerçevesinde değerlendiren yazarlar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702; **SEROZAN/ENGİN**, § 7 N. 43; **DURAL/ÖZ**, s. 457; **ŞENOCAK**, s. 601. *Şenocak*, mirasbırakanın irade serbestîsi ifadesine yer vermemekle birlikte, mirasbırakanın bu şekilde paylaşmayı düzenlemesinin, '*mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlüğünün bir yansıması*' olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz. **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 565-566. Yazarlar, açıkça mirasbırakanın irade serbestîsi ifadesine yer vermemekle birlikte, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin mirasbırakana vasiyetname veya miras sözleşmesi ile terekenin nasıl pay edileceğini ve payların nasıl oluşturulacağını tayin ve tespit etmek konusunda '*tam bir yetki vermekte*' olduğunu belirtmektedirler.

[247] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702-703; **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44; **ŞENOCAK**, s. 601; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 318-319; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 39-40; **DURAL/ÖZ**, s. 457; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 565-566; **AYİTER**, Miras, s. 237; **ESCHER**, Art. 608, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 1; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **SCHUAFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 1; **BAUMGARTNER**, s. 24; **SEEBERGER**, s. 23.

[248] Bkz. Yukarıda Birinci Bölüm, § 3, I ve II.

[249] Sistematik açıdan paylaşma kuralları yasada öngörülen, mirasbırakan tarafından belirlenen ve mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılacak anlaşma ile düzenlenen paylaşma kuralları olmak üzere üç tür olduğundan, bu üç tür kural için ayrı başlık açılmış; ancak, önemine binaen mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları ayrıntılı şekilde incelenmiş; yasada yer alan paylaşma kuralları ise, her biri ayrı ve kapsamlı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek nitelikte olduğundan, çalışmada bu kurallara ayrıntılı olmayacak şekilde değinilmekle yetinilmiştir.

[250] Bu sözleşmeler, yani elden paylaşma sözleşmesi ile yazılı paylaşma sözleşmesi, aşağıda, üçüncü bölümde incelenmiştir.

[251] **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43; **İMRE**, s. 728 vd.; **İMRE/ERMAN**, s. 453 vd. *İmre* ve *İmre/Erman*, öncelikle, mirasbırakanın, yasada yer alan paylaşma kurallarından sapar nitelikte düzenlemeler getirebileceğini ve bu düzenlemelerin mirasçılar açısından bağlayıcı olduğunu belirtmekte, daha sonraki açıklamalarında ise mirasçıların aralarında anlaşmak suretiyle getirecekleri düzenlemelerin mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarından önce geleceğini ifade

§. 5. Mirasçılar Tarafından Belirlenen Paylaşma Kuralları

Mirasçılar irade serbestîsi prensibi çerçevesinde paylaşma kuralları belirleyebilirler. Bu kurallar yasada yer alan emredici paylaşma kurallarına aykırı olmadıkça ve yine mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılacak anlaşmalarla bertaraf edilmedikçe, mirasçıları ve paylaşmanın mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılacak paylaşma sözleşmeleri ile gerçekleştirilememesi üzerine kendisine paylaşmayı gerçekleştirmesi için başvurulan hâkimi bağlar.[252]

Mirasçılar tarafından belirlenen paylaşma kuralları, paylaşmaya hazırlık işlemleri içinde yer alır ve bu kuralların içlerinde yer aldıkları sözleşmeler *Kılıçoğlu*[253] tarafından da ifade edildiği üzere, paylaşma sözleşmesi sayılmazlar. Mirasçılar tarafından belirlenen bu kurallar payların oluşturulmasına ve/veya oluşturulan payların hangi mirasçıya özgüleneceğine ilişkin olabilir. Mirasçılar, nihaî özgülemeyi gerçekleştirmeksizin, belli bir tereke değerinin belli bir mirasçıya özgülenmesine ilişkin olarak da paylaşma kuralları öngörmeleri de mümkündür. Bu son hâlde mirasçılar, terekenin tümüne değil ve fakat terekede bulunan belli bir değere ilişkin olarak özgüleme kuralı düzenlemiş olurlar.

---

etmektedirler. İsviçre Hukuk Öğretisinde *Schaufelberger* de, mirasçıların, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarından sapan anlaşmaları incelediği kısmın başlığında 'mirasçıların mirasbırakanın paylaşma kurallarından sapan anlaşmalarının önceliği' (*Vorrang einer abweichenden Vereinbarıng unter den Erben*) ifadesine yer vermiştir. Bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 10; **WOLF**, s. 225. *Wolf*, mirasçıların mirası serbestçe paylaşmaları sonucunu sağlayan mirasçıların irade serbestîsinin, gerek Kanun'da yer alan paylaşma kuralları, gerek mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralları karşısında mutlak önceliğinin (absoluter Vorrang) bulunduğunu ifade etmektedir.

[252] **DURAL/ÖZ**, s. 475. *Kılıçoğlu*, payların oluşturulmasına ve mirasçılara özgülenmesine ilişkin olarak mirasçılar tarafından yapılan ve miras paylaşma sözleşmesine hazırlık niteliğindeki anlaşmaların, Türk Medenî Kanunu'nun 676. maddesinde öngörülen paylaşma sözleşmelerinden birine uygun olarak sözleşmeye bağlanmadıkça mirasçılar için bağlayıcı nitelik taşımadığını; payların özgülenmesi anlaşmasına rağmen mirasçıların paylaşma sözleşmelerinden birini yapmadıkları takdirde, paylaşmanın dâva yoluyla çözümleneceğini; bu hâlde de yargıcın daha önceden mirasçıların anlaşmasıyla oluşturdukları payları re'sen değil kur'a yoluyla tayin edeceğini ifade etmektedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 73; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 362.

[253] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 53; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 334.

Mirasçılar, Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin birinci fıkrasına göre, mirasçı veya ortak kök sayısınca pay oluşturacaklardır.[254] Ortak kök, mirasbırakandan önce ölen mirasçıyı ifade eder. *İmre/Erman*,[255] konuya ilişkin olarak verdiği bir örnekte, mirasbırakanın mirasçısı olarak üç çocuğunun ve kendisinden önce ölmüş olan çocuğundan olma üç torununun bulunması hâlinde, terekeden önce dört pay oluşturulacağını, daha sonra mirasbırakandan önce ölen oğula düşen payın üç kısma ayrılacağını belirtmektedir. Dolayısıyla bu tür durumlarda kök başı niteliğindeki mirasçıların sayısına göre miras payları oluşturularak; mirasbırakandan önce ölen mirasçıya düşen pay, bu mirasçıların payları dikkate alınmak suretiyle alt paylara bölünecektir.[256] Payların oluşturulmasında, kök başları dışında varsa atanmış mirasçı ile sağ kalan eş de hesaba katılacaktır.[257]

'Pay oluşturma' işlemi ile kastedilen, terekede yer alan değerlerin miras paylarına uygun olarak gruplanması ve bu şekilde her bir payı karşılayacak mal ve hakların saptanmasıdır.[258]

Payların özgülenmesine ilişkin olarak belirlenen kurallar da, anlaşmayı müteakip ilgili anlaşmanın ifası ile tereke değerlerinin mirasçıların bireysel hak sahipliğine girmesi hedeflenmemekte ise, tıpkı payların oluşturulmasına ilişkin kurallar gibi, paylaşmaya hazırlık işlemi niteliğindedir[259] ve bu kurallar da paylaşma kuralı sayılır.

---

[254] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 50; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 105.
[255] **İMRE/ERMAN**, s. 462. Benzer örnekler için bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 51; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 107-108; **ESCHER**, Art. 611, N. 8; **HABICHT**, s. 37-38;
[256] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 50-51; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331; **ARAL**, Taksim Sözleşmesi, s. 105.
[257] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 51; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331.
[258] **ESCHER**, Art. 611, N. 4; **DURAL/ÖZ**, s. 474; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 709; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 50; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 102.
[259] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 54; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 335.

§. 6. Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kuralları

I. Mirasbırakanın Paylaşmayı Düzenlemesi

A) Kavram ve Hukukî Niteliği

Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin birinci fıkrasında, mirasbırakanın yapacağı ölüme bağlı bir tasarruf ile paylaşmanın nasıl yapılacağı ve payların nasıl oluşturulacağı hakkında kurallar koyabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Mirasbırakan, bu şekilde öngördüğü paylaşma kuralları ile, belli bir veya birkaç malın mirasçılardan birine veya birkaçına özgülenmesini veya terekede yer alan belli değerlerin mirasçıların arasında paylaşılmasını öngörmüş veya paylaşmanın hangi usul çerçevesinde gerçekleştirileceğini belirlemiş olabilir.[260]

Mirasbırakanın, mirasçının payına mahsuben terekeden hangi değerleri alacağına ilişkin olarak öngörmüş olduğu paylaşma kuralının, saf bir paylaşma kuralı sayılabilmesi için, mirasbırakanın mirasçıların miras payları arasında kasıtlı olarak eşitsizlik yaratmamış olması gerekir.[261] Zira, paylaşma kuralı miras paylarının artması amacına hizmet etmez.[262] Eğer mirasbırakan,

---

[260] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702-703; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 565; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 316-320; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 40; **ŞENOCAK**, s. 601; **ESCHER**, Art. 608, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 1; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **PFAMMATTER**, s. 1-2, 5; **STEIN-WIGGER**, s. 1135; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 1; **WEIBEL**, Praxiskomm, Art. 608, N. 7.

[261] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44; **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **ŞENOCAK**, s. 605; **DURAL/ÖZ**, s. 458. İsviçre Hukuku'nda paylaşma kuralının saf bir paylaşma kuralı sayılabilmesi için mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralı ile mirasçının miras payını arttırma amacı gütmemesi gerektiğine ilişkin açıklamalar için bkz. **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 1; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 10; **ESCHER**, Art. 608, N. 10; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 1; **PFAMMATTER**, s. 5; **BAUMGARTNER**, s. 25.

[262] *Schaufelberger*, mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralı ile miras payları arasında değer itibariyle ölçülebilecek bir eşitsizlik yaratmış olması durumunda, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda miras payları arasında eşitsizlik olmasını istediğini gösterir açık bir düzenlemeye yer vermemiş olması şartıyla, miras payları arasındaki eşitliğin sağlanması için denkleştirme bedeli ödenmesinin gündeme geleceğini ifade etmektedir. Bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 12. *Şenocak*, konuya ilişkin açıklamalarında, paylaşma esnasında paylaştırma kuralı yoluyla alınan tereke malının miras payına mahsup edileceğini belirterek; '*özgülenen tereke malının değerinin*

öngördüğü paylaşma kuralı ile, miras payları arasında eşitsizlik yaratmak istemeksizin[263] bir eşitsizlik yaratmışsa, miras paylarının denkleştirilmesi[264] yoluna gidilecektir.[265]

Mirasbırakanın, mirasçının, miras payına mahsuben terekeden hangi değerleri alacağına ilişkin öngördüğü paylaşma kuralı[266] saklı payları ihlâl etmez.[267] Zira, bu tür paylaşma kuralında amaç, mirasçıya miras payına ek

---

mirasçının miras payından fazla olması durumunda, bozulan eşitliğin denkleştirme ile sağlanacağını' belirtmektedir. Bkz. **ŞENOCAK**, s. 605. *Kocayusufpaşaoğlu*, mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf ile paylaştırma kuralları koyabileceğini, bu çerçevede mirasbırakanın '*mirasçıların miras paylarının miktarını değiştirmeksizin*' terekedeki belli bir malın belirli bir mirasçıya verilmesini emretmiş veya tereke mallarından hangilerinin hangi mirasçıya ait olacağını veya paylaştırma sırasında uyulacak esasları göstermiş olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702-703. *Aral* ise konuya ilişkin olarak paylaşma kurallarının mirasçıların, '*miras paylarının miktar ve oranına dokunmayacağını*' belirtmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44. *İmre* ve *İmre/Erman*, mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralları ile mirasçıların yasal miras haklarını azaltmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454. Bu konuda benzer açıklamlar için bkz. **PFAMMATTER**, s. 77-78; **ESCHER**, Art. 608, N. 5; **TUOR/PICENONI**, Art. 608. N. 13; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676, dpn. 6; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 4; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 3.

[263] Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, aksini arzu ettiği tasarruftan anlaşılmadıkça mirasbırakanın tereke malını belli bir mirasçıya özgülemesine ilişkin kural paylaşma kuralı sayılır. Başka bir ifade ile, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, mirasbırakanın koyduğu ölüme bağlı tasarrufta, mirasçıya miras payına ek bir kazandırmada bulunduğu hallerde, bu düzenlemenin bir önvasiyet değil paylaşma kuralı olduğu kabul edilir ve yine aynı maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde miras payının denkleştirilmesi yoluna gidilir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz. Bu Bölüm, § 6, I, E.

[264] Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bu düzenlemede öngörülen denkleştirme kavramı, Türk Medenî Kanunu'nun 669 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olan, yasal mirasçıların sağlında mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaların denkleştirilmesi kavramından farklılık arzeder. Bu konuda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 608. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan denkleştirme (*Ausgleichung*) kavramının İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 669 ve devamı hükümlerini karşılayan 626 ve devamı hükümlerinde yer alan denkleştirme kavramından farklı olduğuna ilişkin olarak bkz. **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 2.

[265] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702-703; **DURAL/ÖZ**, s. 458; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44; **ŞENOCAK**, s. 605. İsviçre Hukuk öğretisinde mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralının miras payının artması amacına hizmet etmediğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 608, N. 5; **TUOR/PICENONI**, Art. 608. N. 13; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 12; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676, dpn. 6; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 4; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 3; **PFAMMATTER**, s. 77-78. *İmre* ve *İmre/Erman*, konuya ilişkin olarak, paylaşma kuralının miras payını arttırmaması ile ilgili olarak, mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralları ile mirasçıların yasal miras haklarını azaltmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454.

[266] *Pfammatter*, mirasbırakanın payların oluşturulmasına ilişkin bu tür düzenlemelerini (Vorschriften über die 'Bildung der Teile'), maddi paylaşma kuralı (*materielle Teilungsvorschrift*) olarak nitelendirmektedir. Bkz. **BAUMGARTNER**, s. 25. Aynı yönde bkz. **ŞENOCAK**, s. 601.

[267] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44; **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **ŞENOCAK**, s. 605; **DURAL/ÖZ**, s. 458. *Dural/Öz*, mirasbırakanın paylaşma kurallarına yer verdiği ölüme bağlı tasarrufunun bazı mirasçıların

bir kazandırma yapma olmayıp, mirasçının miras payına mahsuben alacağı değerlerin belirlenmesidir.[268]

Mirasbırakanın paylaşma kurallarına ilişkin ölüme bağlı tasarrufu, mirasçı ataması veya belirli mal vasiyeti[269] gibi tasarruflardan farklı olarak, tasarrufun lehine yapıldığı kimseye maddî anlamda kazandırma sağlayan bir ölüme bağlı tasarruf değildir.[270] Mirasçı atamada, mirasbırakan, terekenin oransal bir kısmı için bir kimseyi mirasçı olarak atamakta ve bu şekilde, ilgili

---

saklı paylarının ihlâl edilmesi sonucunu doğurması durumunda, ortada bu düzenlemeden yararlanan mirasçılar lehine ölüme bağlı bir kazandırmanın söz konusu olduğunu ve bu hâlde bu ölüme bağlı tasarruf ile saklı payları zedelenen mirasçıların tenkis dâvası açabileceklerini ifade etmektedir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, Dural/Öz tarafından da ifade edildiği üzere, bu hâllerde, bir paylaşma kuralı değil, kısmî bir önvasiyet vardır. İsviçre Hukuku'nda kısmi önvasiyet (*Quotenvermächtnis*) terimine değinen yazarlar için bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 15; **ESCHER**, Art. 608, N. 14; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 14; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 20; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm., Art. 608, N. 5; **STEIN-WIGGER**, s. 1137; **PFAMMATTER**, s. 110. İsviçre Hukuku'nda mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralının saklı pay ihlâli yaratmayacağına ilişkin olarak bkz. **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 1; **ESCHER**, Art. 608, N. 10; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 10; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 1; **PFAMMATTER**, s. 5; **BAUMGARTNER**, s. 25. Konuya ilişkin olarak belirtilmelidir ki, mirasbırakanın paylaşma kuralları, tasarruf nisabı ile ilgili değildir. *Pfammatter*, paylaşma kurallarının saklı pay kuralları ile çatışmasının gündeme gelmeyeceğini; zira saklı pay kavramının, terekede yer alan bazı değerlere değil, miras payının belli bir oranına ilişkin olduğunu, bu çerçevede, mirasçıya paylaşma kuralı ile miras payını aşan bir değerin özgülenmesi durumunda, bu değer veya değerlerin özgülenmesi diğer bir mirasçının saklı payını zedelediği takdirde, bu paylaşma kuralının tenkise tabî olmasının düşünülemeyeceğini belirtmektedir. *Pfammatter*, mirasçıya örneğin bir otomobilin paylaşma kuralı ile özgülenmesi durumunda, bu otomobilin tenkis edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Yazar, paylaşma kuralı ile özgülenmesi öngörülen değerin ilgili mirasçıya özgülenmesi neticesinde saklı payı ihlâl edilen diğer mirasçının, sadece saklı payı bakımından değil, miras payının tamamı bakımından, ilgili paylaşma kuralının İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 608. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde denkleştirilmesini talep edebileceğini belirtmektedir. Yazar, eğer mirasbırakan bu eşitsizliği bilerek yaratmışsa, bu takdirde, bu kuralın paylaşma kuralı sayılamayacağını ve böylelikle tenkise tabi olacağını ifade etmektedir. Bkz. s. 36-37.

[268] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **ŞENOCAK**, s. 605; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 3; **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 3; **PFAMMATTER**, s. 56.

[269] Öğretide, mirasbırakanın, mirasçı atama söz konusu olmaksızın belli bir kimse lehine bir malvarlığı menfaati kazandırması kapsamında, vasiyet konusunun bir mal olabileceği gibi, bir alacak hakkı, bir intifa hakkı, irat, infak veya borçtan kurtarma olabileceği gerekçesi ile bütün bu vasiyetleri kapsar şekilde "belirli mal vasiyeti" teriminin kullanılması eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 261; **OĞUZMAN**, s. 140-141; **DURAL/ÖZ**, s. 138-139. Öğretide *Öztan*, terimi açıkça eleştirmemekle birlikte, konuyu "*vasiyet alacaklısı tayin etme*" başlığı altında incelemektedir. Bkz. **ÖZTAN**, s. 251.

[270] **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 1; **PFAMMATTER**, s. 4, 5; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 3; **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **ŞENOCAK**, s. 604; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44. *Aral*, mirasbırakanın paylaşmanın yapılışını ve payların oluşturulmasını düzenlediği bu tür ölüme bağlı tasarruflarının, bazı hallerde, maddî sonuç doğurmasının mümkün olduğunu; bu şekildeki bir paylaşma kuralının maddî bir tasarruf anlamını taşıyabileceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 44, dpn. 5.

kimse mirasçı sıfatını kazanmaktadır.[271] Oysa mirasbırakanın paylaşma kuralı belirlemesinde, *Escher*[272] tarafından belirtildiği üzere, lehine paylaşma öngörülen kimse hâlihazırda mirasbırakanın mirasçısıdır. Keza, mirasçı atama, paylaşmanın tarzına ilişkin değildir.[273] Önvasiyette[274] ise, lehine belirli mal vasiyetinde bulunulan mirasçı, tıpkı, belli bir malın mirasçılardan birine özgülenmesine ilişkin paylaşma kuralında olduğu gibi, paylaşmada mala ilişkin bir talep hakkını kazanmaktadır.[275] Ancak, önvasiyette mirasbırakan mirasçıya miras payına ek bir kazandırmada bulunurken; paylaşma kuralında mirasbırakan, mirasçının miras payına mahsuben terekeden hangi malı alacağını düzenlemektedir.[276] Öğretide de belirtildiği üzere kimi zaman mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufta, paylaşma kuralı ile önvasiyet iç içe geçmiş olabilir.[277] Örneğin mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile mirasçıya, bir tereke eşyasını, gerçek değerinin altında veya üstünde bir değer üzerinden payına mahsup edilmek üzere özgülemesinde durum böyledir.[278] Bu hâlde, malın ilgili mirasçıya özgülenmesi bakımından ilgili

---

[271] **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 5; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 2.

[272] **ESCHER**, Art. 608, N. 1.

[273] **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 2.

[274] Türk Hukuk öğretisinde mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçılar lehine yaptığı belirli mal vasiyeti "önvasiyet" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 262; **ÖZTAN**, s. 254; **DURAL/ÖZ**, s. 143; **ŞENOCAK**, s. 611; **İMRE**, s. 184; **İMRE/ERMAN**, s. 121. *İmre* ve *İmre/Erman*, mirasbırakanın, mirasçıya, miras payı dışında belirli bir malı vasiyet etmesini ifade etmek üzere "önvasiyet" teriminin kullanılmasını, alt vasiyet ve üst vasiyet kavramları ile karışabileceği gerekçesi ile eleştirerek; bu kavramı ifade etmek üzere, önvasiyet terimi yerine '*mirasçıya miras payı dışında yapılan mal vasiyeti*' veya '*mirasçı lehine mal vasiyeti*' terimlerini kullanacaklarını ifade etmektedirler.

[275] **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 3; **PFAMMATTER**, s. 54; **ŞENOCAK**, s. 612. *Kocayusufpaşaoğlu*, mirasbırakanın belli bir tereke eşyasının mirasçılardan birine özgülenmesini düzenlediği paylaşma kuralının önvasiyete 'benzediğini' ifade etmekle yetinmiştir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703.

[276] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 3; **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 3; **PFAMMATTER**, s. 56.

[277] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 5; **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 14; **PFAMMATTER**, s. 110; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 4; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 45.

[278] **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 5; **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **PFAMMATTER**, s. 110; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 4; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 45.

ölüme bağlı tasarruf bir paylaşma kuralı sayılacaktır.[279] Öte yandan, malın gerçek değeri ile mirasçının payına mahsup edilecek değer arasındaki fark bakımından, eğer mal mirasçının payına mahsup edilirken mirasçı lehine avantaj sağlanacak şekilde gerçek değerinin altında bir değer üzerinden özgülenmişse, ilgili mirasçı lehine bir önvasiyet;[280] eğer mal mirasçının payına mahsup edilirken diğer mirasçılar lehine avantaj sağlanacak şekilde gerçek değerinin üstünde bir değer üzerinden özgülenmişse, malın özgülendiği mirasçının dışında kalan diğer mirasçılar lehine önvasiyet söz konusu olacaktır.[281]

Mirasbırakan tarafından düzenlenen paylaşma kuralları, aynî etki doğurmaz.[282] Bu çerçevede, mirasbırakanın belirli bir malın belli bir mirasçıya özgülenmesini düzenlediği ölüme bağlı tasarrufuna rağmen, ilgili mal, mirasın açılmasından itibaren ve miras ortaklığı devam ettiği sürece miras ortaklığında yer alan mirasçıların tamamına elbirliği mülkiyet hükümleri

---

[279] **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 14; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 4; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608. N. 5; **PFAMMATTER**, s. 110; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 45. Ayrıca bkz. BGE 100 II 440; 101 II 36; 103 II 88. İsviçre Hukuk öğretisinde mirasbırakanın, paylaşma kuralı ilenvasiyeti kombine ettiği bu tür düzenlemeleri bakımından "*Quotenvermächtnis*" ifadesine yer verilmektedir. Bkz. **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608. N. 5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm. Art. 608, N. 4; **PFAMMATTER**, s. 110.

[280] **ESCHER**, Art. 608, N. 1; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 14; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 4, 15; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608. N. 5; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 1; **PFAMMATTER**, s. 110; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 44.

[281] **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 14; **PFAMMATTER**, s. 116; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 1; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 44.

[282] **ESCHER**, Art. 608, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 6a; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 8; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 2; **STEIN-WİGGER**, s. 1136; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 12; **PFAMMATTER**, s. 7; **BAUMGARTNER**, s. 27-28; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676. *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, paylaşma kurallarının aynî etkiyi haiz olmadığı ifadesine yer vermemekle birlikte; mirasbırakanın düzenlediği paylaşma kurallarının mirasın geçişi ile birlikte tek başına sonuç doğurmayacağını ifade etmektedir. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **İMRE**, s. 729; **İMRE/ERMAN**, s. 455; **ŞENOCAK**, s. 603; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566. *İnan/Ertaş/Albaş*, mirasbırakanın bir taşınmazı mirasçılardan birine paylaşma kuralı ile özgülemesi durumunda, paylaşma kuralları aynî etkiyi haiz olmadığından, ilgili mirasçının paylaşma kuralına dayanarak taşınmazın kendisi adına tescilini sağlayamayacağını ifade etmektedir. Federal Mahkeme, daha önceleri, mirasbırakanın paylaşma kurallarının aynî etkiyi haiz olduğunu ve bu çerçevede, mirasbırakanın kendisine paylaşma kuralı ile belli bir malı özgülediği mirasçının, mirasbırakanın ölümü ile birlikte derhâl ilgili malın mülkiyetini kazanacağını kabul etmekteydi. Bkz. BGE 50 II 449. Ancak, Federal Mahkeme, 1932 yılında verdiği bir kararla (BGE 58 II 402) bu konudaki içtihadını değiştirerek, paylaşma kuralında belli bir mirasçıya özgülenen malın önce miras ortaklığına geçeceğini; bu çerçevede paylaşma kuralının, paylaşma esnasında ilgili malın mirasçıya özgülenmesinin düzenlenmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ayrıca bkz. BGE 70 II 269; 101 II 36.

uyarınca ait olur.[283] Dolayısıyla ilgili mirasçı, paylaşmanın gerçekleştirilmesinden önce, mirasbırakanın paylaşma kuralı ile kendisine verilmesini istediği mal üzerinde tek başına malik olamaz; ancak, ilgili mirasçı, mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralına dayanarak paylaşmada bu malın kendisine özgülenmesini talep etme hakkına sahip olur.[284]

B) Mirasbırakanın Paylaşmayı Düzenlemesinin Anlam ve Amacı

Yukarıda da belirtildiği üzere, Türk Medenî Kanunu terekenin mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağına ilişkin birçok hüküm ihtiva etmektedir.[285] Mirasçıların anlaşamamaları hâlinde, hangi mirasçıya terekeden hangi değerlerin özgüleneceğine ilişkin olarak açık bir dayanak sunmayan[286] bu kurallar, öğretide yeterince açık olmadıkları ve karmaşık bir şekilde kaleme alındıkları gerekçesi ile eleştirilmektedir.[287] Bu çerçevede

---

[283] **ESCHER**, Art. 608, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 6a; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 8; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 12; **PFAMMATTER**, s. 7; **BAUMGARTNER**, s. 27-28; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **ŞENOCAK**, s. 603.

[284] **ESCHER**, Art. 608, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 8; **BAUMGARTNER**, s. 27-28; **PFAMMATTER**, s. 7; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 1; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 2, 6; **WOLF**, s. 224, dpn. 1296. *Wolf*, mirasçıların anlaşamaması durumunda, ancak, ilgili mirasçının paylaşmanın mirasbırakan tarafından düzenlenen paylaşma kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesini İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 604. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde ileri sürülen talep neticesinde hâkimin bu yönde aldığı karar ile ancak sonuçlarını doğurabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44; **ŞENOCAK**, s. 603; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **AYİTER**, Miras, s. 238. *İmre* ve *İmre/Erman*, doğrudan mirasçının talep hakkına değinmemekle birlikte, paylaşma kuralında ilgili mirasçı veya mirasçılara özgülenen malın mülkiyetinin ancak mirasçıların bu kurallara uygun şekilde mirası elden veya yazılı paylaşma sözleşmesi ile aralarında paylaşmaları durumunda ilgili mirasçı veya mirasçılara geçeceğini ifade etmektedir. Bkz. **İMRE**, s. 729; **İMRE/ERMAN**, s. 455. İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları için bkz. BGE 58 II 402; 70 II 269; 53 II 210; 59 II 96; 67 II 100.

[285] Bkz. Bu Bölüm, § 4, I.

[286] **ŞENOCAK**, s. 602; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 48.

[287] Bu eleştiriler için bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 479 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 48; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 713 vd.; **ŞENOCAK**, s. 602; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 613, N. 2; **DRUEY**, § 16, N. 35. *Druey*, konuya ilişkin olarak yapmış olduğu eleştiride, hangi mirasçının neyi alacağı sorusunda Kanunun, paylaşmayı tam olarak düzenleme açısından yetersiz olduğunu belirtmekte ve ayrıca ilgili hükümlerin terekeye dâhil değerlerin düzenlenmesi ve bu hükümlerin mirasçı olan kişiler bakımından bağlayıcı olup olmadığı konularında eksik olduğunu ifade etmektedir. *Serozan/Engin* ise, Kanun'da yer alan bu düzenlemeleri karışık olarak kaleme alınmış olduklarını belirterek eleştirmekte ve esasen bu şekilde düzenlemeler yerine bu konuda mirasçıların

paylaşma kuralları, mirasbırakanın, mirasçılar arasında ortaya çıkabilecek tartışmaları bertaraf ederek, terekede yer alan değerlerin mirasçılar arasında sorunsuz ve amaca uygun olarak paylaşılması amacına hizmet eder.[288] Öte yandan paylaşma kuralları mirasbırakan için, ölümünden sonra geride bıraktığı intikale elverişli malvarlığının Kanun hükümlerine göre değil, kendi arzuları doğrultusunda paylaşılmasını sağlama imkânı verir.[289] Yine mirasbırakan, terekede bulunan değerinde önemli bir azalma olmaksızın bölünemeyen bir malın belirli bir veya birkaç mirasçıya miras payına mahsuben özgülenmesini koyduğu paylaşma kurallarıyla öngörmek suretiyle, ilgili malın satılmasına ve bu şekilde üçüncü kişilere geçmesine engel olma imkânını elde eder.[290]

C) Şekli

Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin birinci fıkrasında, mirasbırakanın, paylaşmanın nasıl yapılacağı ve payların nasıl oluşturulacağı hakkında "ölüme bağlı tasarrufuyla" kurallar koyabileceği düzenlenmiştir. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf yaparken tasarrufu düzenleme şeklini serbestçe belirleme hakkına sahip değildir.[291] Başka bir ifade ile

---

anlaşmasına öncelik verilmesi, mirasçılar kendi aralarında anlaşamadıkları takdirde olanak bulundukça malın aynen paylaşılması; bu mümkün olmadığı takdirde malın satılarak parasının bölüşülmesi veya malda paylı hak sahipliğinin oluşturulması şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. § 7, N. 48.

[288] **PFAMMATTER**, s. 2; **STEIN-WİGGER**, s. 1136; **DRUEY**, § 16, N. 65; **ŞENOCAK**, s. 602.

[289] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 5; **DRUEY**, § 16, N. 65; **ŞENOCAK**, s. 602.

[290] **STEIN-WIGGER**, s. 1136; **ŞENOCAK**, s. 602. *Şenocak*, esas itibariyle tereke malının satılmasının ne mirasbırakanın ne de mirasçıların menfaatlerine uygun düşeceğini; bu çerçevede, mirasbırakanın koyduğu paylaşma kuralı yoluyla tereke malının satılarak mirasçılar arasında bölüşülmesine engel olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 602-603.

[291] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 156; **ÖZTAN**, s. 155; **OĞUZMAN**, s. 108; **AYİTER**, Miras, s. 39; **DURAL/ÖZ**, s. 51; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 127; **İMRE/ERMAN**, s. 51-52; **ANTALYA**, s. 89; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 96. *Kılıçoğlu*, Borçlar Hukuku'nda yer alan sağlararası işlemler için öngörülmüş sözleşme özgürlüğünün alt kategorilerinden olan şekil özgürlüğünün Miras Hukukunda mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufları bakımından söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **ESCHER**, Einleitung zur Art. 498-515, N. 1; **DRUEY**, § 11, N. 8; **RYFFEL**, Gritli, Erbrecht, Kurz gefasste Darstellung (Repetitorium) des schweizerischen Erbrechts, Zürich 2004, s. 70.

mirasbırakanın şeklî anlamda ölüme bağlı tasarrufları[292] sınırlı sayı kuralına tabidir.[293] Bu çerçevede ölüme bağlı tasarruf ya vasiyet ya da miras sözleşmesi ile gerçekleştirilir.[294] Vasiyet, mirasbırakanın tek taraflı hukukî işlemi ile gerçekleştirilirken; miras sözleşmesi, taraflarından birini mirasbırakanın oluşturduğu iki taraflı bir işlemdir.[295] Dolayısıyla mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralları da, ya bir vasiyetnamenin ya da mirasbırakanın mirasçı ile yaptığı miras sözleşmesinin içinde yer alacaktır.[296]

D) Mirasbırakanın Belirlediği Paylaşma Kurallarının İçeriği

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf ile öngördüğü paylaşma kurallarında paylaşmanın nasıl yapılacağını ve payların nasıl oluşturulacağını

---

[292] Ölüme bağlı tasarruf kavramı kendi içinde '*şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruf*' ve '*maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf*' olmak üzere ikiye ayrılır. Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruf kavramından, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ifade etmesini istediği iradesini açıklarken uymak zorunda olduğu şekil kurallarını ifade eder. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 51-52; **ÖZTAN**, s. 155; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 156 vd.; **OĞUZMAN**, s. 108 vd.

[293] **ÖZTAN**, s. 155; **AYİTER**, Miras, s. 39; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 127; **İMRE/ERMAN**, s. 51-52; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 96; **ESCHER**, Einleitung zur Art. 498-515, N. 1; **DRUEY**, § 11, N. 8; **RYFFEL**, s. 70.

[294] **ÖZTAN**, s. 156; **OĞUZMAN**, s. 108; **HATEMİ**, § 5, N. 10; **AYİTER**, Miras, s. 39; **DURAL/ÖZ**, s. 51-52; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 166; **ESCHER**, Einleitung zur Art. 498-515, Einleitung, N. 3, 4; **DRUEY**, § 11, N. 8; **RYFFEL**, s. 70.

[295] **ÖZTAN**, s. 157; **HATEMİ**, § 5, N. 10; **OĞUZMAN**, s. 108, 129; **İMRE/ERMAN**, s. 52; **AYİTER**, Miras, s. 39; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 100-101 ve s. 122 vd.; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 166; **DURAL/ÖZ**, s. 52.

[296] **ŞENOCAK**, s. 603; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702, dpn. 5; **AYİTER**, Miras, s. 238, dpn. 6; **ESCHER**, Art. 608, N. 6; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 5; **DRUEY**, Teilung, s. 26; **WEIBEL**, Praxiskomm.,Art. 608, N. 4; **STEIN-WIGGER**, s. 1135; **BAUMGARTNER**, s. 24; **PFAMMATTER**, s. 3. Konuya ilişkin olarak, öğretide *Kocayusufpaşaoğlu*, *Ayiter* ve *Şenocak* tarafından üzerinde durulan bir Yargıtay Kararında (2. HD, 29.6.1957 t. ve E. 3725 K. 4014 s. K., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 702, dpn.5'ten naklen.) ölen kimsenin bankadaki kasada bulunan malların üzerine bunların ilgili mirasçılara kalmasını arzu ederek, mirasçıların isimlerini yazmış olması ihtimâlinde ortada bir paylaşma kuralının bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği ifadesine yer verilmiştir. Yargıtay'ın ilgili kararı öğretide, kasada bulunan malların üzerine mirasçıların adlarının yazılmasında, ölüme bağlı tasarruf türlerinden birinin şeklinin gerçekleşmiş olmayacağı belirtilerek eleştirilmekte ve bu nedenle de ilgili durumda, ortada şekil bakımından geçerli ve bağlayıcı bir paylaşma kuralının bulunduğunun kabul edilemeyeceğini ifade etmektedirler. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 702, dpn. 5; AYİTER, Miras, s. 238, dpn. 6; ŞENOCAK, s. 603.

düzenlemiş olabilir.[297] Mirasbırakanın, yaptığı ölüme bağlı tasarruf ile bir paylaşma yasağı öngörmüş olması da mümkündür.[298]

Mirasbırakan, payların nasıl oluşturulacağına ilişkin olarak öngördüğü paylaşma kurallarında, mirasçıların miras paylarını arttırma amacı gütmeksizin, bütün mirasçıların ayrı ayrı veya belli bir mirasçının veya belli bazı mirasçıların, terekeden hangi değerleri alacağını düzenler.[299] Mirasbırakanın bu tür paylaşma kurallarında, belli bir değerin belli bir mirasçıya özgülenmesini ilgili mirasçı bakımından sadece hak olarak veya hem hak hem yükümlülük olarak düzenlemesi mümkündür.[300] Öte yandan mirasbırakan, terekede yer alan belli bir değerin mirasçıya özgülenmesini düzenlemek yerine, mirasçıya birden fazla tereke değeri arasında, kendisine özgülenecek olanı seçmek hususunda bir seçim hakkı da tanıyabilir.[301]

---

[297] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702-703; **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44; **ŞENOCAK**, s. 601; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 316 vd.; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 39-40; **DURAL/ÖZ**, s. 457; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 565-566; **AYİTER**, Miras, s. 237; **ESCHER**, Art. 608, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 1; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **BAUMGARTNER**, s. 24; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 1; **SCHUAFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 1; **SEEBERGER**, s. 23.

[298] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 684; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 37; **İMRE/ERMAN**, s. 447; **İMRE**, s. 716; **DURAL/ÖZ**, s. 469; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 39; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 317-318; **ESCHER**, Art. 604, N. 8; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 1; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 8; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 861; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 7; **PFAMMATTER**, s. 33; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 54; **STEIN-WIGGER**, s. 1137. Mirasbırakan tarafından paylaşma yasağı düzenlenmesi ve bu düzenlemenin paylaşma talebi üzerindeki etkisi için bkz. Birinci Bölüm, § 3, I, A, 2.

[299] **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 1; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 6. Bu hâlde mirasbırakan, terekede yer alan değerleri mirasçıların tamamı arasında bölüştürürken veya belli tereke değerini belli bir mirasçıya özgülerken, özgülemenin kendisine yapılacağı mirasçı ile olan ilişkilerini (bkz. WEIBEL, Praxiskomm., Art. 608, N. 6), özgülemenin kendisine yapılacağı mirasçının özelliklerini (bkz. WEIBEL, Praxiskomm., Art. 608, N. 6), yine özel bazı ihtiyaçlarını (bkz. WEIBEL, Praxiskomm., Art. 608, N. 6) dikkate alabilecektir.

[300] **ŞENOCAK**, s. 614; **DRUEY**, § 16, N. 63; **SEEBERGER**, s. 158; **STEIN-WIGGER**, s. 1138; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 6; **PFAMMATTER**, s. 11.

[301] İsviçre Hukuk öğretisinde, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralı ile belli bir tereke değerini mirasçıya özgüleyebileceği gibi, mirasçıya terekede yer alan bazı değerler arasında seçim hakkı (*Wahlrecht*) da tanıyabileceğine ilişkin olarak bkz. **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 6; **STEIN-WIGGER**, s. 1136; **DRUEY**, § 16, N. 63; **DRUEY**, Teilung, s. 30. *Druey*, mirasbırakanın paylaşma kuralında belli bir mirasçı lehine birden fazla tereke değeri arasında seçim hakkı tanımasına örnek olarak, mirasbırakanın eşi lehine yazlık villada oturma hakkı veya yaşlılık zamanlarını finanse etmek üzere bir grup kıymetli evrakı iktisab etme hakkı arasında seçim hakkı tanımasını örnek olarak göstermektedir. *Druey* ayrıca, mirasbırakanın paylaşma kuralı ile mirasçı lehine saçim hakkı tanımasının, ölüme bağlı tasarruflarda, mirasbırakanın tasarrufun içeriğinin belirlenmesini bir başka kimseye bırakamamasını ifade eden, şahsa sıkı sıkıya bağlılık prensibine aykırı olmadığını

Mirasbırakanın paylaşma kuralında, paylaşmanın usulünü de belirlemesi mümkündür.[302] Bu çerçevede mirasbırakan, terekeye dâhil bütün değerlerin mirasçılar arasında belli bir usul çerçevesinde paylaşılmasını öngörebileceği gibi,[303] tereke değerlerinin özgülenmesinde özgülemede esas alınacak meblağı belirleyebilir[304] veya öğretide *Weibel*[305] tarafından ifade edildiği üzere, tereke değerinin özgülenmesinde belli bir andaki değerin dikkate alınmasını veya özgülemede paya mahsup edilecek değerin belirlenmesine ilişkin olarak belli bir yöntemin izlenmesini düzenleyebilir.

Mirasbırakan, öngördüğü paylaşma kuralına uyulmasını sağlamak üzere, belli bir malın belli bir mirasçıya özgülenmesini, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma usulüne uyulması şartına[306] (*privatorische Klausel*) bağlayabilir.[307] Öğretide[308] bu tür kuralların, kanundan doğan saklı pay hakkının talep edilememesi sonucunu doğurdukları ölçüde geçersiz olacağı ve bu çerçevede bu tür tasarrufların tenkis dâvasına konu olacağı ifade edilmektedir.

Mirasbırakan, yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf ile paylaşmanın belli bir süre için ertelenmesini öngörmüş olması veya paylaşmayı yasaklamış

---

belirtmektedir. Ölüme bağlı tasarruflarda şahsa sıkı sıkıya bağlılık prensibi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SCHÄRER, Christian Jürg, Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung, Diss., Bern, 1973, s. 36 vd. (**DRUEY**, Teilung, s. 30, dpn. 25'den naklen.)

[302] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 1; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 7; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **DRUEY**, § 16, N. 64; **DRUEY**, Teilung, s. 31;

[303] **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 7; **DRUEY**, § 16, N. 64.

[304] **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 7.

[305] Bkz. **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 7

[306] Bu hâlde mirasbırakan, belirlediği paylaşma usulüne uyulmadığı takdirde bir ölüme bağlı tasarrufun hüküm ifade etmeyeceğini düzenlediğinden, bir "bozucu şart" söz konusudur. Bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 37; **DURAL/ÖZ**, s. 457.

[307] **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 9; **DRUEY**, § 16, N. 30; **PFAMMATTER**, s. 17; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 866; **STEIN-WIGGER**, s. 1147; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 37; **İMRE/ERMAN**, s. 448; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 74, 75; **DURAL/ÖZ**, s. 457. *Dural/Öz*, mirasbırakanın, mirasçıların paylaşma kurallarına uygun şekilde mirası paylaşmalarını sağlamak üzere, belirlediği paylaşma usulüne uyulmadığı takdirde bir mirasçı atamanın veya üçüncü bir kimse lehine yapılan bir belirli mal vasiyetinin hüküm ifade edeceğini düzenlemesinin mümkün olduğunu belirtmektedir.

[308] **DRUEY**, § 16, N. 30; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 37; **İMRE/ERMAN**, s. 448; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 75.

olması mümkündür.[309] Öncelikle belirtmek gerekir ki, mirasbırakan tarafından paylaşmanın tümüyle yasaklanması hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılacaktır.[310] Dolayısıyla mirasbırakan paylaşmayı ancak belli veya belirlenebilir bir süre için erteleyebilecektir.[311] Mirasbırakan tarafından öngörülen bu tür kuralların hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bir görüş,[312] bu kuralların Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesi anlamında olumsuz paylaşma kuralı (*negative Teilungsvorschriften*) veya Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesinde düzenlenmiş yükleme (*Auflage*) olarak nitelendirilebileceğini, olumsuz paylaşma kuralı veya yükleme arasında seçim

---

[309] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 684; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 37; **OĞUZMAN**, s. 322; **İMRE**, s. 716; **İMRE/ERMAN**, s. 447; **ESCHER**, Art. 604, N. 8; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 7; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 861; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 8; Art. 604, N. 54; **PFAMMATTER**, s. 33.

[310] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 684; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 74; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 37; **DURAL/ÖZ**, s. 470; **İMRE**, s. 718; **İMRE/ERMAN**, s. 449; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 317-318; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 39; **ANTALYA**, s. 311. İsviçre Hukuk öğretisinde mirasbırakanın paylaşmayı tümüyle yasaklamasının geçersiz sayılacağın hususuna yer veren yazarlar için bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 862; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 8; **ESCHER**, Art. 604, N. 8; **PFAMMATTER**, s. 35.

[311] **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 54; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 10; **PFAMMATTER**, s. 35; **SEROZAN/ENGİN**, §7, N. 37; **DURAL/ÖZ**, s. 470; **ÖZTAN**, s. 380; **İMRE**, s. 717; **İMRE/ERMAN**, s. 448; **ANTALYA**, s. 311; **OĞUZMAN**, s. 322. *Oğuzman* mirasbırakanın paylaşma yasağının terekenin tümüne ilişkin olmayıp, sadece belli tereke değerlerine ilişkin olması hâlinde dahi, bu paylaşma yasağının geçersiz olduğunu ifade ederek, bu hususta Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 18.4.1977 tarih ve E. 2708, K. 3258 sayılı Kararına değinmektedir. Bkz. s. 322, dpn. 273.

[312] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 684; **OĞUZMAN**, s. 322; **İMRE**, s. 716; **İMRE/ERMAN**, s. 447; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 557; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 74; **ANTALYA**, s. 311. İsviçre Hukuk öğretisinde, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf ile paylaşma yasağı öngörmesi durumunda, ölüme bağlı tasarrufta yer alan bu düzenlemenin, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesini karşılayan 608. maddesi çerçevesinde olumsuz paylaşma kuralı (*negative Teilungsvorschriften*) veya Kaynak Kanun'un, Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesini karşılayan 482. maddesinde yer alan yükleme (*Auflage*) olarak nitelendirileceğini savunan yazarlar için bkz. **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 54; **ESCHER**, Art. 604, N. 8. Öğretide *Pfammatter*, gerek Federal Mahkemenin, gerek birçok yazarın mirasbırakan tarafından paylaşmanın yasaklanmasına ilişkin olarak öngörülen kuralların hukukî niteliğine pek değinmediklerini; konuya değinen yazarların da, paylaşma yasaklarının hukukî niteliğine ilişkin olarak bu kuralların yükleme veya olumsuz paylaşma kuralı olarak nitelendirileceğini ifade ettiklerini belirtmekte ve paylaşma yasaklarının olumsuz paylaşma kuralı olarak nitelendirilmesini eleştirmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 36. *Pfammatter*, paylaşma yasaklarının olumsuz paylaşma kuralı olarak nitelendirilmesine ilişkin görüşü eleştirirken, paylaşma kurallarının, terekenin tasfiyesi amacı güttüğünü, dolayısıyla terekenin tümüyle veya kısmen paylaşılmadan kalması amacına hizmet eden paylaşma yasaklarına ilişkin olarak mirasbırakan tarafından öngörülen kuralların paylaşma kuralı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar, paylaşma kurallarının saklı pay kuralları ile çatışmasının gündeme gelmeyeceğini; zira saklı pay kavramının, terekede yer alan bazı değerlere değil, miras payının belli bir oranına ilişkin olduğunu, bu çerçevede, mirasçıya paylaşma kuralı ile miras payını aşan bir değerin özgülenmesi durumunda, bu değer veya değerlerin özgülenmesi diğer bir mirasçının saklı payını zedelediği takdirde, bu paylaşma kuralının tenkise tabî olmasının düşünülemeyeceğini belirtmektedir.

yapmaksızın ifade etmekte; ikinci bir görüş ise,[313] bu kuralların paylaşma kuralı olarak nitelendirilemeyeceğini, bu tür kuralların sadece yükleme teşkil ettiğini belirtmektedir.

E) Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kuralları ile Ön Vasiyet Arasındaki İlişki

1) Paylaşma Kurallarının Ön Vasiyet ile Karşılaştırılması

Türk Medenî Kanunu'nun 517. maddesinin birinci fıkrasında, mirasbırakanın, bir kimseye, onu mirasçı atamaksızın belirli mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabileceği[314] düzenlemesine yer verilmiştir.[315] Mirasbırakanın, bu tür bir vasiyeti, yasal veya atanmış mirasçısı lehine ilgili

---

[313] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 861; **STEIN-WIGGER**, s. 1137; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 8; **PFAMMATTER**, s. 37. *Pfammatter*, paylaşma yasaklarının yükleme olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu belirterek, ilgili kurallar bakımından İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarını karşılayan, 482. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan sınırlamalar çerçevesinde geçerli olacağını ifade etmektedir. Yazar, bu çerçevede, paylaşma yasağının mirasçılar bakımından, mirasın paylaşılmasından kaçınma yükümü doğuracağını ve bunun neticesinde de miras hukukundan doğan menfaatleri olan bir üçüncü kişinin bile bu yükümün yerine getirilmesini talep edebileceğini; dolayısıyla, mirasçıların oybirliği ile mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralının uygulanmaması konusunda anlaşmaları durumunda dahi, bu anlaşmanın ancak menfaat sahibi üçüncü kimsenin yükümün yerine getirilmesini talep etmediği takdirde hüküm ifade edeceğini belirtmektedir. Bkz. s. 37.

[314] Mirasbırakan tarafından yapılan bu tür ölüme bağlı tasarruflarda iki unsur mevcuttur: Bir malvarlığı değerinin bir kimseye bırakılması ve bu malvarlığı bırakılırken, lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan kimsenin mirasçı atanmamış olması. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 259; **İMRE/ERMAN**, s. 113-114; **OĞUZMAN**, s. 140; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 230; **AYAN**, s. 95.

[315] Öğretide, Türk Medenî Kanunu'nda "belirli mal bırakma" terimi ile ifade edilen bu ölüme bağlı tasarrufun, ""belirli mal bırakma vasiyeti", "belirli mal vasiyeti", "mal vasiyeti", "vasiyet alacaklısı tayin etme", "vasiyet" gibi çeşitli terimlerle ifade edildiği görülmektedir. Bu terimlerden, Kanun'da yer alan "belirli mal bırakma vasiyeti" terimi de dâhil olmak üzere, öğretide kullanılan "belirli mal vasiyeti", "mal vasiyeti" gibi terimler, mirasbırakanın, bir kimseye, onu mirasçı atamaksızın, bir malvarlığı değeri kazandırmasında, kazandırma konusunun her zaman bir mal olmayabileceği; bu çerçevede, bir iradın, bir alacağın veya bir intifa hakkının vb. kazandırmanın konusu olabileceği; "mal vasiyeti" teriminin bütün bu kazandırma türlerini kapsar nitelikte olmadığı, aksine bu şekildeki bir kazandırmanın bir türünü belirttiği gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 261; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 133; **OĞUZMAN**, s. 140-141; **ŞENOCAK**, s. 611; **DURAL/ÖZ**, s. 138 vd.; **ANTALYA**, s. 147. Mirasbırakanın mirasçısı lehine yaptığı bu tür kazandırmaların türleri için bkz. **ÖZTAN**, s. 252 vd.; **OĞUZMAN**, s. 141 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 262 vd.; **İMRE/ERMAN**, s. 118 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 138; **DURAL/ÖZ**, s. 141 vd.; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 232 vd.; **ANTALYA**, s. 151 vd.; **AYAN**, s. 96 vd.

mirasçının miras payına ek olarak yapması durumunda, yapılan işlem "önvasiyet" (*Vorausvermächtnis*) olarak adlandırılmaktadır.[316] Gerek önvasiyette gerek paylaşma kuralında mirasbırakan, terekede bulunan belli bir değeri, mirasçılarından birine özgülemektedir. Her iki hâlde de, lehine mal varlığı değerinin özgülendiği mirasçı, mirasbırakanın ölümü ile birlikte terekeye dâhil olarak, bütün mirasçılardan oluşan miras ortaklığına geçen özgüleme konusu değerin kendisine özgülenmesini talep hakkı elde eder.[317] Başka bir ifade ile, gerek önvasiyet gerek paylaşma kuralı aynî etkiden yoksundur.[318] Ancak her iki kurum arasında çok önemli bazı farklılıklar da mevcuttur. Önvasiyette, alacaklı mirasçının, özgüleme konusu değere ilişkin talep hakkı, mirasbırakanın ölümü ile doğar ve mirasbırakanın daha sonraki bir tarihi belirlememiş olması durumunda vasiyeti ifa ile yükümlü kimsenin mirası kabul etmesi veya mirasın kabulü için öngörülen sürenin dolması ile muaccel olur.[319] Oysa paylaşma kuralı ile mirasçı lehine doğan, özgüleme

---

[316]**STEIN-WIGGER**, s. 1136'dan naklen. Ayrıca bkz. **PFAMMATTER**, s. 53; **TUOR**, Peter, Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952, Art. 484, N. 12; **ESCHER**, Art. 608, N. 9; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 5; **DURAL/ÖZ**, s. 143; **ÖZTAN**, s. 254; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 262; **ŞENOCAK**, s. 611; **ANTALYA**, s. 152; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 234; **İMRE**, s. 184; **İMRE/ERMAN**, s. 121. *İmre* ve *İmre/Erman*, alt vasiyet ve üst vasiyet kavramları ile karışabileceği gerekçesi, "önvasiyet" teriminin kullanılmasını eleştirerek, önvasiyet terimi yerine '*mirasçıya miras payı dışında yapılan mal vasiyeti*' veya '*mirasçı lehine mal vasiyeti*' terimlerini önermekte ve konuya ilişkin açıklamalarında da bu terime yer vermektedirler. Ayrıca bkz. **OĞUZMAN**, s. 144. *Oğuzman* da, önvasiyet terimi yerine "mirasçı lehine vasiyet" terimini önermektedir.

[317] **PFAMMATTER**, s. 54; **STEIN-WIGGER**, s. 1136-1137; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 1; **ŞENOCAK**, s. 617. Paylaşma kuralında, mirasçının, kendisine özgülenmesi öngörülen değerin, paylaşmada kendisine özgülenmesini talep hakkı elde edeceğine ilişkin olarak bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **İMRE/ERMAN**, s. 455; **AYİTER**, Miras, s. 238. Vasiyette ve bu çerçevede elbette önvasiyette mirasçının, kendisine özgülenmesi öngörülen değere ilişkin talep hakkı elde edeceğine ilişkin olarak bkz. **ÖZTAN**, s. 252; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 133; **AYİTER**, Miras, s. 184; **DURAL/ÖZ**, s. 139; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 231; **ANTALYA**, s. 148-149; **AYAN**, s. 97.

[318] Öğretide doğrudan bu ifadeye yer veren yazarlar için bkz. **PFAMMATTER**, s. 54; **ŞENOCAK**, s. 612. Bu ifadeye vasiyet ve bu çerçevede önvasiyet bakımından yer veren yazarlar için bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 114; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 134; **AYİTER**, Miras, s. 184. İlgili ifadeye paylaşma kuralı bakımından yer veren yazarlar için bkz. **İMRE**, s. 729; **İMRE/ERMAN**, s. 455; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566. **ESCHER**, Art. 608, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 6a; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 8; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 2; **STEIN-WİGGER**, s. 1136; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 12. Paylaşma kuralının aynî etkiden yoksunluğu ile ilgili olarak bkz. yukarıda, Bu Bölüm, § 4, II, A, 1.

[319] **ŞENOCAK**, s. 612; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 267; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 144; **ÖZTAN**, s. 255; **AYİTER**, Miras, s. 184; **ANTALYA**, s. 149; **TUOR/PICENONI**, Art. 562, N. 3;

konusu değerin kendisine özgülenmesine ilişkin talep hakkı, mirasbırakanın ölümü ile doğar ve o anda da muaccel olur.[320] Ancak, bu talep paylaşmanın kısmen veya tamamen gerçekleşmesi anında icra edilir.[321] Önvasiyet ile paylaşma kuralı arasındaki bir diğer farkı, önvasiyette, mirasbırakanın mirasçıya belli bir malvarlığı değerini miras payına ek olacak şekilde kazandırma amacı gütmesi;[322] oysa paylaşma kuralında, mirasbırakanın, bu şekilde, mirasçının miras payına ek bir kazandırma sağlama amacı gütmemesi oluşturur.[323] Önvasiyet ile paylaşma kuralı arasındaki bu fark nedeniyle, paylaşma kuralında, özgüleme konusu değer, mirasçının miras payına mahsup edilirken, önvasiyette bu şekilde bir mahsup gündeme gelmez.[324] Bu bağlamda, ayrıca, paylaşma kuralı ile özgülenen değer miras payından fazla ise, fazla kısım için, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin ikinci fıkrası anlamında denkleştirme söz konusu olurken; önvasiyet ile vasiyet edilen malvarlığı değeri bakımından bu şekilde bir denkleştirme söz konusu olmaz.[325] Bu hâlde sadece, vasiyet edilen

---

PFAMMATTER, s. 55. *Pfammatter*, konuya ilişkin olarak, önvasiyetin ifası ile paylaşmanın birbirinden bağımsız olduğunu ifade etmektedir.

[320] **PFAMMATTER**, s. 55-56; **ŞENOCAK**, s. 612; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137.

[321] **PFAMMATTER**, s. 55-56; **ŞENOCAK**, s. 612.

[322] **DRUEY**, § 16, N. 66; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 12; **ESCHER**, Art. 608, N. 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 14; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 3; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 3; **ŞENOCAK**, s. 612; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 259; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137; § 7, N. 44; **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **DURAL/ÖZ**, s. 143; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 230. Türk Hukuk öğretisinde, önvasiyet veya genel anlamda vasiyet bakımından, mirasbırakanın, vasiyet alacaklısına kazandırma amacıyla hareket etmesinden bahsetmemekle birlikte, konuya ilişkin açıklamalarında, "kazandırma" ifadesine yer veren yazarlar için bkz. **OĞUZMAN**, s. 140; **ÖZTAN**, s. 253; **ANTALYA**, s. 148. **STEIN-WIGGER**, s. 1136-1137; **PFAMMATTER**, s. 53. *Pfammatter*, paylaşma kuralı ile önvasiyetin ayırt edilmesinde, önvasiyetteki kazandırma ölçütünün son derece önemli bir husus olduğunu; bu bağlamda, paylaşma kuralında, miras payına ek bir kazandırmanın söz konusu olmadığını belirterek; paylaşma kuralının, önvasiyetten farklı olarak mirasçılar arasındaki eşitliğin bozulması sonucunu doğurmayacağını ifade etmektedir.

[323] **STEIN-WIGGER**, s. 1136-1137; **DRUEY**, § 16, N. 66; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867; **PFAMMATTER**, s. 53; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 10; **ESCHER**, Art. 608, N. 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 14; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 3; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 3; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 5; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **OĞUZMAN**, s. 326, dpn. 296; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137; § 7, N. 44;

[324] **ŞENOCAK**, s. 612; **PFAMMATTER**, s. 56; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867; **DRUEY**, § 16, N. 66; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 12; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 17; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 6.

[325] **ESCHER**, Art. 608, N. 9; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 13; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 22; **PFAMMATTER**, s. 56; **DRUEY**, § 11, N. 23; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867;

malvarlığı değerinin ilgili mirasçıya özgülenmesi, saklı pay ihlâline neden olmakta ise, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun tenkisi gündeme gelebilir.[326] Başka bir ifade ile, paylaşma kuralının tasarruf nisabı ile ilgisi yokken;[327] önvasiyet ile kazandırma yapılmasında, bu kazandırma ile mirasbırakanın, tereke üzerinde tasarruf edebileceği kısmı aşmamış olması gerekir.[328] Öte yandan, önvasiyette, vasiyet alacaklısının alacak hakkı mirası reddetse dahi mevcutken;[329] paylaşma kuralında, lehine paylaşma kuralı öngörülen mirasçı, ancak mirası reddetmediği takdirde paylaşma kuralından faydalanacaktır.[330] Son olarak belirtilmelidir ki, önvasiyette, vasiyeti ifa ile borçlu olan kimse, yasal ve atanmış mirasçılar veya bunlardan sadece birkaçı ve hatta bir vasiyet alacaklısı olabilir.[331] *Pfammatter*[332] tarafından ifade edildiği üzere, paylaşma kuralında borçlu daima yasal ve atanmış mirasçılardır.

2) Özgülemenin Paylaşma Kuralı Sayılacağına İlişkin Kanunî Karine

Öğretide[333] de belirtilmiş olduğu üzere, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bir mirasçısına belli bir malvarlığı değerinin özgülenmesini öngördüğü durumlarda, ortada bir önvasiyetin mi, yoksa bir paylaşma kuralının mı bulunduğunun tespiti güçlük arzedebilir. Kanunkoyucu, Türk

---

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 703; **ŞENOCAK**, s. 612; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137; **ANTALYA**, s. 314.

[326] **ESCHER**, Art. 608, N. 10; **ŞENOCAK**, s. 612; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 270; **ÖZTAN**, s. 257; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137; **DURAL/ÖZ**, s. 150; **İMRE**, s. 728; **İMRE/ERMAN**, s. 126, 454; **AYAN**, s. 99.

[327] **ESCHER**, Art. 608, N. 10; **STEIN-WIGGER**, s. 1136; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 3; **ŞENOCAK**, s. 612; **AYAN**, s. 99

[328] **ESCHER**, Art. 608, N. 10; **ŞENOCAK**, s. 612; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 270; **ÖZTAN**, s. 257; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137; **DURAL/ÖZ**, s. 150; **İMRE**, s. 728; **İMRE/ERMAN**, s. 126, 454; **AYAN**, s. 99.

[329] **ÖZTAN**, s. 255; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 262; **İMRE/ERMAN**, s. 121; **OĞUZMAN**, s. 145; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137, 142; **DURAL/ÖZ**, s. 143; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 334; **ANTALYA**, s. 152; **PFAMMATTER**, s. 57-58; **ESCHER**, Art. 486, N. 8; **HUWILER**, Bas. Komm., Art. 486, N. 21.

[330] **PFAMMATTER**, s. 57-58; **ŞENOCAK**, s. 612.

[331] **ÖZTAN**, s. 255; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 266 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 133, 145; **OĞUZMAN**, s. 145; **DURAL/ÖZ**, s. 145; **İMRE/ERMAN**, s. 115; **AYİTER**, Miras, s. 184; **ANTALYA**, s. 152; **AYAN**, s. 97; **PFAMMATTER**, s. 54.

[332] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 54.

[333] **DRUEY**, Teilung, s. 29; **PFAMMATTER**, s. 60, 61; **ŞENOCAK**, s. 612.

Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasında getirdiği karine ile, bu gibi tereddüt içeren durumlarda, belli bir değerin yasal veya atanmış mirasçıya[334] özgülenmesinin, önvasiyet değil, paylaşma kuralı sayılacağını öngörmüştür.[335] Kanunkoyucunun, ölüme bağlı tasarruf ile mirasçı lehine yapılan özgülemenin, tereddüt hâlinde paylaşma kuralı sayılacağına ilişkin bu karineyi öngörmekteki hareket noktasının, 'mirasbırakanın mirasçılar arasındaki eşitliği bozmak istemeyeceği' düşüncesi olduğu[336] ve bu bağlamda ilgili karinenin mirasçılar arasındaki eşitliğe ilişkin bulunduğu[337]

---

[334] Öğretide *Tuor*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan, 608. maddesinin üçüncü fıkrasında bahsi geçen mirasçıdan, sadece yasal mirasçıların anlaşılması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. **TUOR**, Art. 522, N. 24. *Pfammatter*, *Tuor* tarafından ileri sürülen bu fikri, İsviçre Medenî Kanunu'nun anılan 608. maddesinin, mirasın paylaşılması başlığı altında düzenlenmiş bir hüküm olduğunu ve bu başlık altında yer verilen İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 607. maddesinin birinci fıkrasında yasal ve atanmış mirasçıların mirası aynı kurallara göre paylaşacağının düzenlenmiş olduğunu; bu bağlamda, hemen bu hükmü takip eden maddede düzenlenmiş olan 608. maddenin üçüncü fıkrasının sadece yasal mirasçılara ilişkin olduğunun kabul edilmesini gerektirecek bir veri bulunmadığını; öte yandan 522. maddenin ikinci fıkrasında sadece yasal mirasçılardan bahsedilmesinin, ilgili hüküm, tenkis ve saklı pay sahibi mirasçılarla ilgili olduğundan, anlaşılabilir bir durum olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda yazar, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan, 608. maddesinin üçüncü fıkrasını, ortada tenkis ve saklı paylarla ilgili bir durum olmadığından, sadece yasal mirasçılara ilişkin bir hüküm olarak nitelemenin mümkün olmadığını; söz konusu hükmün hem yasal hem atanmış mirasçılara ilişkin olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 62-63.

[335] **ÖZTAN**, s. 257-258; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137, 142; § 7, N. 44; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **DURAL/ÖZ**, s. 143; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. S. 234, 566; **ANTALYA**, s. 150, 314; **AYAN**, s. 255. Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan, 587. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde karineye değinen diğer yazarlar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 262, 703; **İMRE**, s. 727; **OĞUZMAN**, s. 144, dpn. 295. Yargıtay da, vermiş olduğu çeşitli kararlarda, ilgili hükümde yer alan karineye dayanarak; paylaşma kuralı bulunduğu lehine karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 2. HD 20.9.2005 t. ve E. 12632, K. 12344 sayılı K. (YKD, C. XXXII, S. 3, 2006, s. 375-376.); Yargıtay 2. HD, 9.3.1972 t. ve E. 664, K. 1378 s. K. (İMRE/ERMAN, s. 454, dpn. 5'ten naklen.); Yargıtay 2. HD, 6.4.1972 t. ve E. 2027, K. 2099 s. K. (OĞUZMAN, s. 144, dpn. 295'ten naklen.) İsviçre Hukuk öğretisinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan, 608. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ilgili karineye değinen yazarlar için bkz. **DRUEY**, § 11, N. 23; § 16, N. 66; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867; **PFAMMATTER**, s. 53, 60; **STEIN-WIGGER**, s. 1137; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 12; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 14; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 6; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 17; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 3.

[336] **DRUEY**, § 16, N. 66; **DRUEY**, Teilung, s. 29; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 17; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 16; **PFAMMATTER**, s. 61-62; **ŞENOCAK**, s. 613; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566.

[337] **ŞENOCAK**, s. 613; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **DRUEY**, § 16, N. 66; **DRUEY**, Teilung, s. 29; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 17; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 16; **PFAMMATTER**, s. 61-62. *Pfammatter*, Kanun'da genel olarak, mirasbırakanın mirasçısı lehine kazandırmada bulunduğu kanıtlanmadıkça, mirasçıların eşitliği prensibinin benimsenmekte olduğunu ifade etmekte ve Kanun'daki bazı hükümleri örnek olarak göstermektedir. Yazar bu bağlamda, İsviçre Medenî Kanunu'nun, mirasbırakanın karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmaların,

ifade edilmiştir.[338] Mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufta, belli bir malvarlığı değerinin mirasçıya özgülenmesinin önvasiyet olarak düzenlenmiş olduğu açıksa, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinde öngörülen ilgili karine uygulama alanı bulmayacaktır.[339] Bu bağlamda, mirasbırakanın belli bir tereke değerini bir mirasçıya özgülemesinde, bu özgülemenin önvasiyet teşkil edip etmediği belirlenirken, mirasbırakanın ilgili mirasçıyı kayırıp kayırmadığı, ona miras payına ek bir menfaat sağlamak düşüncesinde olup olmadığı araştırılacaktır.[340] İsviçre Federal Mahkemesi de

---

aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbi olacağının düzenlendiği, Türk Medenî Kanunu'nun 669. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan, 626. maddesinin ikinci fıkrasına, miras payını aşan kazandırmaların, *mirasbırakanın bunu mirasçıya bırakmak istediği mirasçı tarafından ispat edilirse*, denkleştirmeye tabi olmayacağının düzenlendiği, Türk Medenî Kanunu'nun 672. maddesini karşılayan, 629. maddesinin birinci fıkrasına ve çocukların eğitim ve öğrenimi için yapılan giderler sebebiyle geri verme yükümlülüğünün, *mirasbırakanın aksini arzu ettiği ispat edilmedikçe*, ancak alışılmış ölçüleri aşan kısım için mevcut olduğunun düzenlendiği, Türk Medenî Kanunu'nun 674. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan, 631. maddesinin birinci fıkrasına değinmektedir. Bkz. s. 62. *Druey* de, kanunkoyucunun ilgili karineyi öngörürken, mirasçıların eşitliği ve mirasçılara eşit muamele tercihinden hareket ettiğini ve kanunkoyucunun bu tercihinin geleneksel bir tercih olduğunu (*traditionelle Präferenz für Gleichbehandlung*) ifade etmekte ve mirasçılar arasında eşitlik prensibinin benimsendiği bir diğer hüküm olarak, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 560. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 522. maddesinin ikinci fıkrasını göstermektedir. Bkz. DRUEY, Teilung, s. 29. Türk Hukuk öğretisinde *Serozan/Engin*, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan karinenin gerekçesini doğrudan belirtmeksizin, önvasiyetten farklı olarak, paylaşma kuralında eşitlik bulunduğunu ve bu çerçevede paylaşma kuralı ile, bu eşit paylaşmanın yönteminin öngörüldüğünü ifade etmektedir. Bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137.

[338] Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan bu karineye benzer bir karine Türk Medenî Kanunu'nun 560. maddesinin ikinci düzenlemesinde yer almaktadır. Buna göre, yasal mirasçıların paylarına ilişkin olarak tasarrufta yer alan kurallar, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, sadece paylaşma kuralı sayılır. Öğretide, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş karineye ilişkin açıklamalarında bu maddeye değinen yazarlar için bkz. **ÖZTAN**, s. 257; **ŞENOCAK**, s. 613; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137. İsviçre Hukuk öğretisinde, Kaynak Kanun'un 608. maddesinin üçüncü fıkrası (TMK m. 647/III) ve 522. maddesinin ikinci fıkrası (TMK m. 560/II) arasındaki benzerliğe değinen yazarlar için bkz. **DRUEY**, Teilung, s. 29; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 3; **PFAMMATTER**, s. 62. *Pfammatter* tarafından da ifade edildiği üzere, İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili 522. maddesinin ikinci fıkrası (ve dolayısıyla Türk Medenî Kanunu'nun 560. maddesinin ikinci fıkrası) sadece yasal mirasçılara ilişkindir.

[339] **İMRE/ERMAN**, s. 454; **ŞENOCAK**, s. 613. Açıklığın bulunduğu durumlarda, Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 587. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan karinenin uygulanmayacağına ilişkin olarak bkz. **İMRE**, s. 727-728. İsviçre Hukuk öğretisinde, mirasbırakanın mirasçı lehine önvasiyet öngördüğünün ölüme bağlı tasarruftan açık bir şekilde anlaşılabildiği durumlarda, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan, 608. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan karinenin uygulanmayacağını ifade eden yazarlar için bkz. **PFAMMATTER**, s. 60-61; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867; **DRUEY**, § 11, N. 23; **ESCHER**, Art. 608, N. 10; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 15; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 6.

[340] **ŞENOCAK**, s. 613; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 44; **İMRE**, s. 728; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **PFAMMATTER**, s. 64-65; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 3.

vermiş olduğu bir kararda,[341] dört mirasçısı olan mirasbırakanın, terekede yer alan bir taşınmazı mirasçılardan birine özgüleyerek terekenin kalan kısmının, mirasçılar arasında eşit olarak bölüneceğini öngörmesinde, kendisine taşınmazın özgülendiği mirasçı lehine açık bir kayırma bulunduğunu ve dolayısıyla taşınmaza ilişkin bu özgülemenin, paylaşma kuralı değil, önvasiyet teşkil edeceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, mirasçı lehine yapılan özgülemenin önvasiyet teşkil edip etmediği ve bu bağlamda, Kanun'da yer alan paylaşma kuralı lehine konulan karinenin çürütülmüş olup olmadığı hususunun belirlenmesinde, mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufun yorumuna başvurulacaktır.[342] Bu çerçevede, karinenin aksinin ispatında katı davranılmadığı[343] ve ilgili karinenin aksinin ispatında vasiyet metninin yanı sıra mirasbırakanın mirasçılarla olan kişisel ilişkilerinin dikkate alınacağı ve yerine göre emarelere dayanan ispatın bile yeterli görüleceği ifade edilmektedir.[344]

Meyer, mirasçıya miras payını aşan bir kazandırmada bulunmanın, tek başına, ilgili mirasçının kayırıldığı ve bu şekilde esasen bir önvasiyet yapıldığı sonucunu doğurmayacağını ve bu şekilde Kanun'da yer alan paylaşma kuralı lehine öngörülen karinenin de çürütülmüş olmayacağını ifade etmektedir. Yazar, ancak, mirasbırakanın ilgili mirasçıyı açık bir şekilde kayırdığı anlaşılmakta ise, söz konusu karinenin bertaraf edilmiş olacağını belirtmektedir.

[341] BGE 115 II 323. Öğretide bu karara değinen yazarlar için bkz. **ŞENOCAK**, s. 613, dpn. 70; **DRUEY**, § 16, N. 66; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 3; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, 17; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 6.

[342] **DRUEY**, § 11, N. 23; **PFAMMATTER**, s. 63-64; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 12; **ESCHER**, Art. 608, N. 10; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 15; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 3; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 18; **ŞENOCAK**, s. 613; **İMRE**, s. 727; **İMRE/ERMAN**, s. 454; **ANTALYA**, s. 150.

[343] **ŞENOCAK**, s. 613; **PFAMMATTER**, s. 64; **ESCHER**, Art. 608, N. 10; **HUWILER**, Bas. Komm., Art. 486, N. 192.

[344] **ESCHER**, Art. 608, N. 10; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 15; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 3; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 18; **PFAMMATTER**, s. 65. *Pfammatter*, sadece ölüme bağlı tasarrufun metninin değil, mirasbırakanın söz konusu ölüme bağlı tasarrufu yapmasına etki eden tüm unsurların araştırılacağını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **ŞENOCAK**, s. 613. *Şenocak*, mirasbırakanın mirasçıya yaptığı özgülemenin bir önvasiyet teşkil edip etmediğinin araştırılmasında, mirasbırakanın kişisel ilişkileri kapsamında, mirasbırakanın mirasçısına minnettarlık duyması, mirasbırakanın kendisine özgüleme yaptığı mirasçısı dışında kalan diğer mirasçıları ile kavgalı olması; mirasbırakanın, iki oğlundan kendisine özgüleme yapmadığı oğluna, sağlığında eğitim gideri olarak çok fazla kazandırmada bulunmuş olması ve ölüme bağlı tasarruf ile diğer oğluna belli bir tereke eşyasını özgüleyerek, oğulları arasındaki eşitliği sağlamaya çalışmakta olması gibi durumları örnek olarak göstermektedir. Bkz. s. 613.

II. Mirasbırakanın Öngördüğü Paylaşma Kuralının Geçersizliği

A) Genel Olarak

Mirasbırakan, şeklî anlamda sınırlı sayı kuralına tabi ölüme bağlı tasarrufun içeriğini serbestçe belirleyebilir.[345] Mirasbırakanın paylaşma kuralının içeriğini serbestçe belirlemesi prensibinin sınırlarından birini, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesi çerçevesinde uygulama alanı bulan Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi oluşturur.[346] Bu bağlamda mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralının içeriği veya paylaşma kuralının bağlandığı şart veya yükümlülük, hukuka veya ahlâka aykırı ise veya paylaşma kuralına uygun şekilde paylaşma mümkün değilse söz konusu paylaşma kuralının geçersizliği gündeme gelecektir. Mirasbırakanın paylaşma kuralının içeriğini serbestçe belirlemesi prensibinin bir diğer sınırını da, Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesinin üçüncü fıkrasının kıyas yoluyla uygulanması ile, söz konusu paylaşma kuralının anlamsız veya rahatsız edici olması nedeniyle yazılmamış sayılması oluşturur.[347]

Paylaşma kuralının geçersizliği durumunda, bu geçersizlik ölüme bağlı tasarrufun sadece bazı hükümlerine tekabül ediyorsa, sadece ilgili hükümler geçersiz olacak ve ölüme bağlı tasarrufun diğer hükümleri kendilerine bağlanan hukukî sonuçları meydana getirecektir.[348] Ancak, mirasbırakanın

---

[345] **ŞENOCAK**, s. 607; **PFAMMATTER**, s. 38; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 615.

[346] **ŞENOCAK**, s. 607. İsviçre Hukuk öğretisinde mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufun içeriğini serbestçe belirlemesinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesini karşılayan 7. maddesi yollamasıyla Borçlar Kanunu'muzun 20. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan sınırlamaların uygulama alanı bulacağı hususuna değinen yazarlar için bkz. **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 26; **PFAMMATTER**, s. 38.

[347] **ŞENOCAK**, s. 611. Anlamsız ve rahatsız edici paylaşma kuralları bakımından, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan, 482. maddesinin üçüncü fıkrasının kıyas yoluyla uygulanacağı hakkında bkz. **PFAMMATTER**, s. 45; **STEIN-WIGGER**, s. 1142.

[348] Kısmî geçersizlik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara, 1998. Ölüme bağlı tasarrufun belli hükümlerinin açılan iptal dâvasının kabulü neticesinde ortadan kalkması durumunda, ölüme bağlı tasarrufta yer alan diğer hükümlerin hukukî sonuçlarını meydana getirmeye devam edeceklerine ilişkin olarak bkz. **PFAMMATTER**, s. 42-43; **TUOR**, Vorbem. zu den Art. 519-521, N. 6 vd.; Art. 519, N. 14; **ESCHER**, Art. 519, N. 6;

varsayılan iradesi, kalan kısmın da geçersiz sayılmasını gerektirmekteyse, ölüme bağlı tasarrufun tamamı geçersiz olacaktır.[349] Bu hâlde, mirasbırakan

---

FORNI/PIATTI, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 29; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 1; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 2; **RASCHEIN**, Rolf, Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen, Winterthur 1954, s. 12-13; **MÜLLER**, Gottfried, Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen, Zürich 1929, s. 91; **ABT**, Daniel, Die Ungültigkeitsklage im scweizerischen Erbrecht, Basel, 2002 (Ungültigkeitsklage), s. 172-173; **EREN**, Fikret, Türk Hukuku'nda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Dâvası, Ankara, 1966, s. 125 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 341-342; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 304; **OĞUZMAN**, s. 195; **ÖZTAN**, s. 212; **DURAL/ÖZ**, s. 218, 225; **AYAN**, s. 127; **İMRE**, s. 343; **İMRE/ERMAN**, s. 209-210; **ANTALYA**, s. 271; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 70, 259. *Serozan/Engin*, ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğünde, bu hükümsüzlüğün salt belli bir bölüme ilişkin olması durumunda, sadece ilgili kısmın geçersiz olacağını ve bu geçersizliğin, geçersiz kısmın yazılmamış sayılması (*pro non scripta habere*) şeklinde algılanacağını ifade etmektedir. *Serozan/Engin*, bu çerçevede, 'iptalin bölümselliği asıl, tümelliği ayrıktır' ifadesine yer vermektedir. Yazar, kısmî geçersizliğin esas kabul edilmesinin olumlu ve tutarlı olduğunu ve bu şekilde kısmî geçersizliği karine olarak kabul eden Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrası hükmü ile, Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin, ana kural düzeyine çıkarılmış olduğunu belirtmektedir. Yazar, kısmî geçersizliğin, sadece birden fazla hüküm ihtiva eden ölüme bağlı tasarruflar bakımından değil, tek bir tasarruf içeren ölüme bağlı tasarruflar bakımından da kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte ve bu hâlde geçersizliğin 'çürük dalı budama yoluyla' olacağını ifade etmektedir. Bkz. § 4, N. 259. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda (BGE 81 II 33), geçersizliğin ölüme bağlı tasarrufun sadece belli hükümlerine tekabül etmesi durumunda, kural olarak, ölüme bağlı tasarrufun tümüyle geçersiz olmayıp, sadece geçersiz kısımların iptal edilmiş olacağını ifade etmektedir. Yargıtayın 7.12.1955 tarih ve 16/25 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, "*mahkeme kararı ancak aleyhlerine sadır olan şahıslara karşı muhkem kaziye teşkil edeceğinden* binnetice tenfiz memuru aleyhine kabul edilen dâva ile iptali istenen vasiyetname topyekün batıl olmayıp iptali hâlinde *sadece tenfiz memuru hakkındaki tasarruf hükümsüz kalmış olur.*" ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır. Aynı yönde bir diğer Yargıtay Kararı için bkz. 2. HD, 10.12.1955, E. 3160, K. 6005 s. K.

[349] Bu hâlde, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesi çerçevesinde Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması söz konusudur. Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasının kıyas yoluyla uygulanması ile, mirasbırakanın geçersiz hükümler olmasa idi, ölüme bağlı tasarrufun kalan kısmını yapmayacak olduğunun kabul edilebildiği; başka bir ifade ile geçersiz kısım ile diğer kısım arasında yoğun bir bağ bulunduğu durumlarda, sadece geçersiz hükümler değil, ölüme bağlı tasarrufun tamamı geçersiz olacaktır. Ölüme bağlı tasarrufun iptali kapsamında değinilen bu husus, sadece ölüme bağlı tasarrufun belli hükümlerin dâva açılmak suretiyle iptal edilebilir olduğu hallerde değil, başka bir geçersizlik sebebi ile sakat olduğu hallerde de uygulama alanı bulacaktır. Ölüme bağlı tasarrufun belli hükümlerinin dâva yoluyla iptal edilebilir olması durumunda, mirasbırakanın varsayılan iradesi çerçevesinde, sadece geçersiz hükümlerin değil, ölüme bağlı tasarrufun tamamının geçersiz olacağına ilişkin olarak bkz. **ÖZTAN**, s. 212, 213; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 342; **DURAL/ÖZ**, s. 218; **İMRE**, s. 344; **İMRE/ERMAN**, s. 209-210; **OĞUZMAN**, s. 195; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 259, 265; **AYAN**, s. 127; **ANTALYA**, s. 271. İsviçre Hukuk öğretisinde ölüme bağlı tasarrufun sadece belli hükümlerinin geçersiz olmasına rağmen, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesini karşılayan 7. maddesi çerçevesinde, Borçlar Kanunu'muzun 20. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan Kaynak Kanun'un aynı madde hükmünün yine ikinci fıkrasının uygulanması ile, mirasbırakanın varsayılan iradesine uygun olarak ölüme bağlı tasarrufun tamamının geçersiz olacağına ilişkin olarak bkz. **FORNI/PIATTI**, Art. 519/520, N. 29; **FANKHAUSER**, Art. 519, N. 1; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 2; **DRUEY**, § 12, N. 58; **MÜLLER**, s. 92-93; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 173. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda (BGE 119 II 208, 211; 98 II 73, 84 vd; 43 II 579), ölüme bağlı tasarrufun sadece belli hükümlerinin geçersiz olması durumunda, mirasbırakanın varsayılan iradesi dikkate alınarak, ölüme bağlı tasarrufun tamamının geçersiz olmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bu hâlde ispat yüküne ilişkin olarak *Kocayusufpaşaoğlu*, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesi

tarafından yapılmış daha önceki bir ölüme bağlı tasarrufta yer alan paylaşma kuralları; eğer, daha önce yapılan bir ölüme bağlı tasarruf bulunmuyorsa, yasada yer alan paylaşma kuralları çerçevesinde paylaşmanın gerçekleştirilmesi gündeme gelecektir.[350]

B) Mirasbırakanın Öngördüğü Paylaşma Kuralının Hukuka ve/veya Ahlâka Aykırı Olması Nedeniyle Geçersizliği

1) Kanunda Hukuka veya Ahlâka Aykırılık Nedeniyle Geçersizlik Bakımından Mevcut Düzenlemenin Ana Hatları

Mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun içeriği veya bağlandığı şart veya yükümlülük hukuka veya ahlâka aykırı ise, söz konusu ölüme bağlı tasarruf geçersiz olacaktır. Bu hâlde geçersizliğin türüne ilişkin olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesi, iptal edilebilirlik yaptırımını öngörmüştür.[351] Kanun'da yer alan bu düzenlemeye karşılık, öğretide,[352]

---

bağlamında Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanması ile, ölüme bağlı tasarrufun kısmen iptal edilmesinin asıl olduğunun kabul edilmesi gerektiğini; tasarruflar arasında mevcut bağlılık sebebi ile, ölüme bağlı tasarrufun tümüyle hükümsüz olması gerektiğini iddia eden tarafın, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 342. Aynı görüşte **TUOR**, Art. 469, N. 17, Art. 519, N. 14; **ESCHER**, Art. 519, N. 7; **AYAN**, s. 127. Aksi görüşte bkz. **EREN**, İptal, s. 133.

[350] Ölüme bağlı tasarrufun iptalinin hükümleri açısından yapılan bu açıklama, sadece iptal bakımından değil, diğer geçersizlik türleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ölüme bağlı tasarrufun iptali halinin hüküm ve sonuçları bakımından bu açıklamaya yer veren yazarlar için bkz. **ÖZTAN**, s. 212; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 254; **İMRE**, s. 344-345; **İMRE/ERMAN**, s. 210-211; **AYAN**, s. 130-131; **RASCHEIN**, s. 82; **ESCHER**, Art. 519, N. 6; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 1, 26, 29; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 3; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 73.

[351] **ŞENOCAK**, s. 607; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 285; **ÖZTAN**, s. 206; **DURAL/ÖZ**, s. 224; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 256; **İMRE/ERMAN**, s. 191; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 179; **HATEMİ**, § 6, N. 28; **AYAN**, s. 119. Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesini karşılayan 499. maddesinin birinci fıkrası ile, hukuka veya ahlâka aykırılığın müeyyidesi olarak, iptal edilebilirlik yaptırımının düzenlendiğine ilişkin olarak bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 336; **İMRE**, s. 314; **OĞUZMAN**, s. 104, 185; **EREN**, İptal, s. 47, 95 vd.; **AYİTER**, Miras, s. 117. Ölüme bağlı tasarrufların hukuka ve ahlâka aykırılığı durumunda, ilgili ölüme bağlı tasarrufun iptal edilebilir olduğu genel olarak kabul edilmekte ise de, öğretide *Velidedeoğlu*, sadece hukuka ve ahlâka aykırılık durumunda değil, Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 557. ve 558. maddelerini karşılayan 499. ve 500. maddelerinin kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımını ihtiva etmekte olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.1, Cüz. 1, İstanbul, 1959, s. 304. *Velidedeoğlu*, ölüme bağlı tasarrufların hâkim tarafından ortadan kaldırılmasında, ortada hâkim kararı

ile hüküm ifade eden bir '*mutlak butlan*' hâlinin bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Öte yandan *Akipek*, ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğinde, bu geçersizliğin, butlan ve iptal arası bir yaptırım olduğunu; bu yaptırımın, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin sadece bazı kimseler tarafından ileri sürülebilmesi nedeniyle iptal edilebilirlik yaptırımına benzediğini; ancak hükmün herkese karşı etkili olması nedeniyle de butlan yaptırımına benzediğini ifade etmektedir. Bkz. **AKİPEK**, Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanunun Sistemi, Ankara, 1953, s. 165, 173. İsviçre Hukuk öğretisinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesini karşılayan, 519. maddesinin birinci fıkrasının ölüme bağlı tasarrufta hukuka veya ahlâka aykırılığın müeyyidesi olarak iptal edilebilirlik yaptırımının benimsenmiş olduğunu ifade eden yazarlar için bkz. **ESCHER**, Art. 519, N. 1; **TUOR**, Vorbem. zu den Art 519-521, N. 2; **PIOTET**, Paul, Das Erbrecht, SPR Band IV, 1. Halbband Basel und Stuttgart 1978, s. 269; **DRUEY**, § 12, N. 39; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 1; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, 519, 520, N. 1; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 16; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 16; **RASCHEIN**, s. 12, 52-53; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 30 vd., 107; **RIEMER**, Hans Michael, Nichtige (Unwirksame) Testamente und Erbverträge, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Herausgeben von Peter Forstmoser, Hans Giger, Anton Heini, Walter R. Schluep, Zürich 1989, s. 246.

[352] Bu yazarlardan *Lob*, kanunkoyucunun, hukuka veya ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarruflar bakımından iptal edilebilirlik yaptırımına yer vermesini, bir hata olarak telakki etmekte ve Borçlar Kanunu'muzun anılan 20. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin kamu düzenini ilgilendirdiğini ve İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun sırasıyla 557. ve 559. maddelerini karşılayan 519. ve 521. maddelerin, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinden ayrılan özel hükümler olduklarının kabul edilemeyeceğini ve bu hâlde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20. maddesine üstünlük tanınarak, emredici hükümlere aykırı ölüme bağlı tasarrufların batıl sayılmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **LOB**, Jean, Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse, Lausanne 1952, s. 48. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336'dan naklen.) *Lob* tarafından ileri sürülen bu görüşün doğru olduğu kanaatini taşıdığını ifade eden *Kocayusufpaşaoğlu*, iptal dâvası açmaya ilişkin sürenin kaçırılması nedeniyle, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun, içeriği hukuka ve ahlâka aykırı olmasına rağmen geçerli hale gelmiş mi sayılacağına ilişkin soruyu ortaya koyarak, ölüme bağlı tasarrufların hukuka ve ahlâka aykırılığında, evlenmenin butlanından farklı olarak, ölüme bağlı tasarrufu hâkim tarafından verilecek karara kadar geçerli saymayı geretirecek bir sosyal veya kamusal menfaat bulunmadığını belirtmektedir. Yazar, ölüme bağlı tasarrufların hukuka ve ahlâka aykırılığında, mirasbırakanın son arzularına saygının bir gereği olarak dâva yoluyla iptal edilebilirlik yaptırımının benimsendiğine ilişkin argümanın da, mirasbırakanın son arzularına, ancak hukuk ve ahlâk kurallarının çizdiği sınırlar içinde kalınmışsa, saygı gösterileceğini ifade ederek; iptal dâvasının açılmasına ilişkin sürenin dolmasından sonra hukuka veya ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarrufa dayanarak hak iddia edilmesinde, hakkın ileri sürülmesinin, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bir *norm suistimali* teşkil edeceğini belirtmektedir. Yazar, bu noktadan hareketle, ortada bir gerçek olmayan boşluğun bulunduğu sonucuna varılacağını; bu boşluğun da hâkim tarafından içeriği hukuka ve ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarrufların, menfî tespit dâvası ile tespit edilecek, kesin hükümsüz (batıl) tasarruflar olduğuna ilişkin bir normla doldurulacağını ifade etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 336-337. Ayrıca bkz. **HATEMİ**, § 6, N. 28-31. *Hatemi*, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendinde bir 'örtülü boşluk' bulunduğunu ve bu boşluğun hukuka ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarrufların batıl olduğunun kabul edilmesi suretiyle doldurulacağı kanaatini taşıdığını ifade etmektedir. Bkz. § 6, N. 28-29. Yazara göre, iptal edilebilirlik, sadece, mirasbırakanın ilgili ölüme bağlı tasarrufu yapmaktaki saikinin hukuka veya ahlâka aykırı ise söz konusu olacaktır. Bkz. § 6, N. 30-31. Öğretide *İnan/Ertaş/Albaş*, kanunkoyucunun butlan yerine dâva yoluyla iptal edilebilirlik yönündeki bu tercihinin tartışmaya açık olduğunu ve bu hâlde dâva yoluyla iptal edilebilirlik yaptırımının tercih edilmesinin, sadece mirasbırakanın iradesine saygı gösterilmesi ile açıklanamayacağını belirtmektedir. Yazarlar, *de lege feranda* bir çözüm önerisi olarak, hukuka ve ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarrufların, diğer geçersizlik sebeplerinden ayırt edilerek, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesindeki gibi, mutlak geçersizlik (butlan) yaptırımına tabi tutulmasının daha doğru olacağını ifade etmektedirler. Bu çerçevede yazarlar, hukuk düzeninin, bir kimseye sağlığında mutlak olarak yasak kıldığı bir işlemi, ölüme bağlı tasarrufta düzenleme yapmak suretiyle, ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurmasını sağlama imkânını

miras bırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin hukuka veya ahlâka aykırı olması durumunda, ilgili ölüme bağlı tasarrufun batıl sayılmasının gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.

Bu şekilde Kanun'da, sadece tasarrufun içeriğinin hukuka veya ahlâka aykırı olması durumunda değil, tasarrufun bağlandığı şart ve yükümlülüğün hukuka veya ahlâka aykırı olması durumunda da, şart veya yükümlülüğün bağlandığı ölüme bağlı tasarrufun iptal edilebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.[353] Ancak, öğretide de belirtildiği üzere, mirasbırakanın iradesinin

---

yaratmasına mantıkî bir açıklama getirmenin güç olduğunu ifade etmektedirler. **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 293. *Dural/Öz* de konuya ilişkin olarak benimsedikleri görüşü açık bir şekilde ifade etmemiş olmakla birlikte, son zamanlarda, hukuka ve ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarruflar bakımından iptal edilebilirlik yaptırımın tercih edilmesinin giderek daha fazla eleştirilmekte olduğunu belirterek, öğretide *Lob* ve *Kocayusufpaşaoğlu* tarafından ileri sürülen görüşlere ve bu görüşlerin gerekçelerine yer vermiş bulunmaktadır. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 223. Ayrıca bkz. **ŞENOCAK**, s. 608. İsviçre Hukuk öğretisinde bazı yazarlar, kanunkoyucunun ölüme bağlı tasarrufların hukuka veya ahlâka aykırı olması durumunda, ilgili tasarrufun tabi olduğu müeyyide bakımından, Borçlar Hukukunda yer alan hukuka veya ahlâka hukukî işlemlerin batıl olacağına ilişkin müeyyideden ayrılınmış olduğunu ifade etmekte ve bu sapmayı dolaylı şekilde eleştirmektedirler. Bu yazarlardan *Forni/Piatti*, Kanunda hukuka veya ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarruflar bakımından dâva yoluyla iptal edilebilirlik yaptırımına yer verilmiş olmasına rağmen, hukuka veya ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarruflar bakımından butlan yaptırımının gündeme gelebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 4. Aynı yönde bkz. **RIEMER**, s. 252-253; **PFAMMATTER**, s. 43; **RASCHEIN**, s. 56. *Piotet* de, ilgili hükümde yer alan diğer geçersizlik sebeplerinden farklı olarak, ölüme bağlı tasarrufun hukuka veya ahlâka aykırılık nedeniyle geçersizliğinde, kamusal menfaatlerin söz konusu olabileceğini ve bu çerçevede ölüme bağlı tasarrufuların hukuka veya ahlâka aykırılığı bakımından butlan yaptırımının dışlanmasının somut olay bakımından caiz olmayabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/1, s. 269.

[353] **ÖZTAN**, s. 206; **DURAL/ÖZ**, s. 223; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 292; **İMRE/ERMAN**, s. 192; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 70, N. 154, N. 168; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 181; **AYAN**, s. 121. Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendini karşılayan, 499. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde, yürürlükteki düzenlemeden farklı olarak, "Gerek doğrudan doğruya, gerek muhtevi olduğu şartlar itibariyle kanuna muhalif veya ahlâka aykırı" ifadesine yer verilmek suretiyle, 'yükümlülüğün hukuka ve ahlâka aykırı olmasından bahsedilmemiş bulunmaktaydı. Ancak buna rağmen öğretide, ilgili hükmün, hukuka ve ahlâka aykırı ölüme bağlı şart ve yükümlülüklerin bağlı bulunduğu ölüme bağlı tasarrufların geçersiz olacağının düzenlendiği, Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 462. maddesinin ikinci fıkrası ile birlikte değerlendirilmesi ile, hukuka ve ahlâka aykırı yükümlülükler bakımından da uygulama alanı bulacağı ve bu şekilde Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendini karşılayan 499. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinin, her ne kadar ifade olarak geçmese de, hukuka veya ahlâka aykırı yükümlülükleri de kapsadığı kabul edilmekteydi. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 334; **İMRE**, s. 314; **OĞUZMAN**, s. 188; **AYİTER**, Miras, s. 82; **EREN**, İptal, s. 48. Bu hâlde önemle belirtilmelidir ki, Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesinin ikinci fıkrasında "Hukuka veya ahlâka aykırı koşullar ve yüklemeler ilişkin bulundukları tasarrufu geçersiz kılarlar" ifadesini ihtiva etmekteyken, Türk Kanunu Medenîsi'nin, ilgili hükmü karşılayan 462. maddesinin ikinci fıkrası "Kanuna yahut adabı umumiyeye mugayir şart ve mükellefiyetleri ihtiva eden tasarruf batıldır." ifadesini içermekteydi. Buna karşılık öğretide, söz konusu müeyyidenin, ilgili hükmün, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendini karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 499. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendiyle birlikte değerlendirilmesi ile, müeyyidenin iptal edilebilirlik olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. **AYİTER**, Miras, s. 82; **EREN**, İptal, s. 47;

yorumundan, şart veya yükümlülüğün geçersizliği durumunda ilgili ölüme bağlı tasarrufun da geçersiz olmasını istediği sonucuna varılabiliyorsa, hukuka veya ahlâka aykırı şart veya yükümlülüğün bağlı olduğu tasarrufun iptali gündeme gelecek; aksi takdirde, tasarruf geçerli olacak[354] ve *Druey*[355]

OĞUZMAN, s. 147. Aksi görüşte bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 274-275. Yazar, Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendini karşılayan 499. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinin, iptal edilebilirlik değil butlan müeyyidesini içermekte olduğunu kabul etmekte olduğundan, hukuka aykırı yükümlülük bakımından da, ilgili yükümlülüğün tasarrufu batıl kılacağının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendini karşılayan 519. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinin Almanca metni, tıpkı ilgili hükmü karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 499. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi gibi, ölüme bağlı tasarrufun içeriği veya bağlandığı şart ahlâka veya hukuka aykırı ise ifadesini içermektedir ve bu şekilde hukuka veya ahlâka aykırı yükümlülüklerden İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili hükmünde de bahsedilmemiş bulunmaktadır. Buna karşılık, İsviçre Hukuk öğretisinde, her ne kadar yükümlülükten bahsedilmemiş olsa da, ilgili hükmün hukuka ve ahlâka aykırı yükümlülükleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Bkz. **DRUEY**, § 12, N. 66; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 90; **RASCHEIN**, s. 57; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 127-128; **ESCHER**, Art. 519, N. 5; **TUOR**, 519, N. 3; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 4; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 1; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 21; **SCHÜRMANN**, Praxiskomm., Art. 482, N. 46.

[354] Hem şart hem yükümlülüğe ilişkin olarak konuya değinen yazarlar için bkz. **DRUEY**, § 12, N. 66; **STUDHALTER**, Handkomm. zum SZ, Art. 482, N. 15; **TUOR/SCHNYDER/ SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 616. *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, hukuka aykırı şart veya yükümlülüğün geçersiz sayılarak, söz konusu şart veya yükümlülüğün bağlı olduğu tasarrufun ayakta tutulmasından bahsetmemiş olmakla birlikte; Kanun'un sözünden, şart veya yükümlülüğün hukuka veya ahlâka aykırı olması durumunda, ilgili şart veya yükümlülüğe bağlı tasarrufun da geçersiz olduğu sonucunun çıktığını; ancak, yerine göre, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanması ile kısmî geçersizliğin burada kabul edilebileceği kanaatini taşıdığını ifade etmektedir. Türk Hukuk öğretisinde, mirasbırakanın iradesinden çıkarılabiliyorsa ancak, hukuka veya ahlâka aykırı şart veya yükümlülükle birlikte, ilgili tasarrufun da geçersiz olacağı hususuna değinen yazarlar için bkz. **ÖZTAN**, s. 246; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 221, s. 225-226; **DURAL/ÖZ**, s. 153-154, s. 162. *Dural/Öz*, hukuka veya ahlâka aykırı yükümlülüğün, bir yasal mirasçıya yüklenmesi durumunda, mirasbırakanın iradesinin yorumlanması gerekmeksizin, yüklemenin hükümsüz olacağını ve yasal mirasçının miras payını, yükümlülük söz konusu olmaksızın kazanacağını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 154, 162. *Serozan/Engin*, mirasbırakanın iradesinin yorumlanması meselesine değinmeksizin, hukuka veya ahlâka aykırı şart ve yükümlülükler bakımından, ilgili şart veya yükümlülüğün yazılmamış sayılması ve bu şekilde kalan kısmın ayakta tutulmasının mümkün olduğu ifade etmektedir. Bkz. N. 154. *Serozan/Engin*, hukuka veya ahlâka aykırı şart ve yükümlülüklerin yazılmamış sayılmasının, *favor testamenti* prensibinin bir uygulaması olduğunu ifade etmektedir. § 4, N. 162. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararda (7.2.2000 t., E. 2641 ve K. 3627 s. K., SEROZAN/ENGİN, § 4, N. 162'den naklen), hukuka aykırı şartın, *favor testamenti* prensibi çerçevesinde yazılmamış sayılmasının ve tasarrufun ayakta tutulmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz. N. 62. Şartın, yükümlülükten farklı olarak tasarrufla bölünmez bir biçimde kaynaştığını belirten ve bu şekilde, konuya sadece yükümlülük bakımından değinen yazarlar için bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 128; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 151; **TUOR**, Art. 482, N. 27; **ESCHER**, Art. 482, N. 30; **STAEHELIN**, Bas. Komm., Art. 482, N. 34; **SCHÜRMANN**, Praxiskomm., Art. 482, N. 41; **HRUBESCH-MILLAUER**, Handkomm., Art. 482, N. 13; **EREN**, İptal, s. 48-49. Ancak öğretide *Raschein*, şart veya yükümlülüğün hukuka veya ahlâka aykırı olduğu durumlarda, tasarrufun geçerli kılınması imkânı söz konusu olmaksızın, hukuka veya ahlâka şart veya yükümlülüğe bağlanan ölüme bağlı tasarrufun iptalinin gündeme geleceğini ifade etmektedir. Bkz. **RASCHEIN**, s. 58.

[355] Bkz. **DRUEY**, § 12, N. 66.

tarafından da ifade edildiği üzere sadece şart veya yükümlülük iptal edilecektir.

Bu şekilde, kanunkoyucu, hukuka veya ahlâka aykırılık bakımından sağlararası işlemlerde müeyyidenin butlan olmasına ilişkin düzenlemesinden ölüme bağlı tasarruflar bakımından sapmıştır.[356] Kanunkoyucunun bu hâlde, butlan yaptırımı yerine, dâva yoluyla[357] iptal edilebilirlik yaptırımını tercih etmesinin sebebi olarak, mirasın geçişi dolayısıyla ortaya çıkan menfaatlerin, çoğunlukla kamusal menfaatler olmaması;[358] mirasçıların ölmüş olan mirasbırakanın arzularına saygı göstermek isteyebilecekleri düşüncesi[359] ve ölüme bağlı tasarrufların mümkün olduğu kadar ayakta tutulmasını ifade eden '*favor testamenti*' prensibi[360] gösterilmektedir. Bu çerçevede, Türk

---

[356] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 336; **İMRE**, s. 313; **İMRE/ERMAN**, s. 192; **DURAL/ÖZ**, s. 223; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 265; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 293; **AYAN**, s. 119; **AYİTER**, Miras, s. 117; **OĞUZMAN**, s. 185; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 179; **ESCHER**, Vorbem. zu Art. 519-521, N. 2; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 1; **DRUEY**, § 8, N. 32; § 12, N. 39; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 107-108; **RASCHEIN**, s. 12-13; **RIEMER**, s. 246. *Riemer*, kanunkoyucunun, Medenî Kanun'un miras hukukuna ilişkin hükümlerinde, Borçlar Hukukunun 20. maddesi anlamında butlan yaptırımına yer vermemiş olduğunu ifade etmektedir.

[357] Ölüme bağlı tasarrufların iptalinde, tek taraflı beyanla iptal söz konusu olmayıp, mutlaka dâva açılması gerekir ve ölüme bağlı tasarruf açılan bu iptal dâvasının kabulü ile ortadan kalkar. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 336, 341; **ÖZTAN**, s. 208; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 297; **EREN**, İptal, s. 87, 95-96; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 251, 254; **OĞUZMAN**, s. 189; **İMRE**, s. 313; **İMRE/ERMAN**, s. 191-192; **DURAL/ÖZ**, s. 224; **TURAN**, Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara, 2009, s. 97; **AYİTER**, Miras, s. 117; **ANTALYA**, s. 266; **AYAN**, s. 120, 127; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 616; **TUOR**, Vorbem. zu den Art. 519-521, N. 5; **DRUEY**, § 12, N. 39; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 273; **MÜLLER**, s. 66; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 31; **ESCHER**, Vorbem. zu Art. 519-521, N. 2; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 1; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 1; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 52, 73; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 2; **RIEMER**, s. 246.

[358] **PFAMMATTER**, s. 42; **DRUEY**, § 12, N. 42; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 269. Yazar, mirasın geçişi ile ilgili menfaatlerin çoğu zaman kamusal menfaatler olmadığını kabul etmekle birlikte, ölüme bağlı tasarrufun hukuka veya ahlâka aykırı olmasında, kamusal menfaatlerin ihlalinin gündeme gelebileceğini ifade etmektedir.

[359] **İMRE**, s. 313; **İMRE/ERMAN**, s. 191; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 256; **AYİTER**, Miras, s. 117; **AYAN**, s. 119; **DRUEY**, § 12, N. 41. *Druey*, mirasbırakanın mirasçılarının, mirasbırakanın ölümünden sonra, onun hayatıyla ilgili ayrıntıları gözler önüne sererek, onun anısına saygısızlık etmek istemeyebileceklerini, bu bağlamda mirasçılar bakımından ahlâki ve psikolojik bir engel bulunduğunu ifade etmektedir. *Pfammatter* de, mirasçılar bakımından ölüme bağlı tasarrufun iptali bakımından psikolojik ve ahlâki bir engelin bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 42.

[360] **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 72, 256; **İMRE/ERMAN**, s. 191; **İMRE**, s. 313; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 179; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 1; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 21; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 1. *Fankhauser*, 'favor testamenti' prensibinin, hukuka veya ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarruflar bakımından sadece butlan yerine dâva yoluyla iptal edilebilirlik yaptırımının benimsenmesinde değil, ayrıca geçersiz olan bu tasarrufun, geçerlilik şartları oluşmuş, benzer hüküm ve sonuçlar doğuran başka bir tasarrufa tahvil

Medenî Kanunu'nun 559. maddesinde düzenlenmiş süreler içinde,[361] hukuka aykırı olan bir ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal dâvası açılmadığı takdirde, geçersizliğin def'i[362] olarak ileri sürülmesi ile ölüme bağlı tasarrufun icrasının engellenmesi hali istisna olmak üzere,[363] söz konusu ölüme bağlı tasarruf, geçerli bir tasarruf gibi hüküm ve sonuç doğurmaya devam edecektir.[364] Türk

---

edilmesinde de uygulandığını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **MÜLLER**, s. 87; **RASCHEIN**, s. 82; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 251. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda (BGE 113 II 270, 273), ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğinde butlan yaptırımı yerine iptal edilebilirlik yaptırımının benimsenmesinde kanunkoyucunun ölüme bağlı tasarrufun mümkün olduğu kadar ayakta tutulmasına ilişkin tercihinin rol oynadığını ifade etmektedir.

[361] Ölüme bağlı tasarrufların iptalinde, iptal dâvasının açılabileceği bu süreler için bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 226-227; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 300-303; **ÖZTAN**, s. 209-210; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 260; **HATEMİ**, § 11, N. 16-18; **İMRE/ERMAN**, s. 204-206; **AYAN**, s. 128-130. Ölüme bağlı tasarrufların iptaline ilişkin bu süreler Türk Kanunu Medenîsi'nde farklı şekilde düzenlenmişti. Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki bu süreler için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 344-348; **OĞUZMAN**, s. 191-193; **İMRE**, s. 332-339; **AYİTER**, Miras, s. 123-124; **EREN**, İptal, s. 111-123.

[362] Türk Medenî Kanunu'nun 559. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde her zaman ileri sürülebilecek bu def'i ile ilgili bilgi için bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 224; **ÖZTAN**, s. 210; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 261; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 303; **İMRE/ERMAN**, s. 207; **AYAN**, s. 130; **HATEMİ**, § 11, N. 19. *Hatemi*, yokluk, hükümsüzlük, hükümsüzleşme hallerinde esasen def'i ileri sürmeye gerek olmadığını; bu hâlde "hakkın doğmadığı itirazı" ileri sürüleceğinin ve bu hususun, ileri sürülmese dahi, hâkim tarafından re'sen dikkate alınacağının kabul edilmesi gerektiği kanaatini taşıdığını ifade etmektedir. Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 559. maddesini karşılayan 501. maddesinde düzenlenmiş def'i hakkı ile ilgili olarak bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 348; **OĞUZMAN**; s. 105; **AYİTER**, Miras, s. 124-125; **İMRE**, s. 339-340; **EREN**, İptal, s. 123-124. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karar için bkz. HGK, 24.4.1996 t. ve E. 14-142; K. 292 s. K., İKİD, 1997, s. 12313. İsviçre Hukuk öğretisinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 559. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 521. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin def'i olarak ileri sürülmesi ile ilgili bilgi için bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 53 vd.; **MÜLLER**, s. 73 vd.; **RASCHEIN**, s. 80; **DRUEY**, § 12, N. 55; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 276; **TUOR**, Art. 521, N. 13, 14; **ESCHER**, Art. 521, N. 11, 12; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 521, N. 4; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 521, N. 19 vd.; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 521, N. 3; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 521, N. 4.

[363] Süreler dolmuş olsa bile, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin def'i olarak ileri sürülmesinin, ölüme bağlı tasarrufun gereğinin yerine getirilmesine engel olacağı ile ilgili olarak bkz. **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 1; **MÜLLER**, s. 59, 73; **ESCHER**, Vorbem. zu Art. 519-521, N. 2. *Escher*, iptal dâvası açılıncaya veya ilgili geçersizlik def'i yoluyla ileri sürülünceye kadar işlemin geçerli bir işlemmiş gibi hüküm ve sonuç doğuracağını ifade ederek; işlemin süresi içinde iptal edilmemesi durumunda, def'i olarak ileri sürülmesi hali istisna olmak üzere, işlemin hukuk aleminde kesin olarak hüküm ifade etmeye başlayacağını belirtmektedir.

[364] **ŞENOCAK**, s. 607-608; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 285; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 341; **ÖZTAN**, s. 208; **DURAL/ÖZ**, s. 224; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 254; **ANTALYA**, s. 266; **AYAN**, s. 127; **OĞUZMAN**, s 105, 189; **EREN**, İptal, s. 47. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararda (12. 3. 2007 t. ve E. 2204, K. 3809 s. K) ölüme bağlı tasarrufların iptal edilmedikleri takdirde, hüküm ve sonuç doğurmaya devam edeceklerine ilişkin olarak, şu şekilde bir ifadeye yer vermiştir: "Vasiyetnameler kendiliğinden batıl olmaz. Mirasçılar vasiyetname geçersiz de olsa, mirasbırakanın son arzularına saygı duyup vasiyetnameye geçerlilik tanıyabileceklerinden, dâva açılıp iptal hükmü alınmadıkça bu vasiyetnameler geçerliliklerini korurlar." (SEROZAN/ENGİN, § 4, N. 254 'ten naklen.) İsviçre Hukuk öğretisinde, ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmediği takdirde geçerli bir ölüme

Medenî Kanunu'nun 558. maddesinin birinci fıkrasında iptal dâvası açabilecek kimseler, mirasçı ve vasiyet alacaklısı[365] olarak gösterilmiştir. Ancak bu kimseler ilgili hükümde de belirtildiği üzere, menfaat sahibi kimseler olmalıdırlar ve bu çerçevede ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açabilecek kimseler, ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesinde, miras hukukuna ilişkin[366] müspet veya menfî bir menfaat[367] sahibi olan kimselerdir.

---

bağlı tasarruf gibi hüküm ve sonuç doğurmaya devam edeceğini ifade eden yazarlar için bkz. **PFAMMATTER**, s. 42; **DRUEY**, § 12, N. 39; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 1; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 1, 21; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 55; **ESCHER**, Vorbem. zu Art. 519-521, N. 2; **TUOR**, Vorbem. zu den Art. 519-521, N. 4; **MÜLLER**, s. 58, 73; **RASCHEIN**, s. 13.

[365] Türk Medenî Kanunu'nun 558. maddesinin, birinci fıkrası uyarınca, geçersiz ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırılması için iptal dâvası açma hakkına, tasarrufun iptalinde menfaati bulunan mirasçı ile vasiyet alacaklısı sahiptir. Bkz. **ÖZTAN**, s. 208; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 297-298; **DURAL/ÖZ**, s. 225-226; **HATEMİ**, § 11, N. 6; **SEOZAN/ENGİN**, § 4, N. 257; **İMRE/ERMAN**, s. 202; **TURAN**, s. 101; **AYAN**, s. 127. Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 558. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 499. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde iptal dâvası açma hakkının mirasçı ve vasiyet alacaklısına ait olduğunun düzenlenmiş olduğu hakkında bkz. **EREN**, İptal, s. 97; **İMRE**, s. 330; **AYİTER**, Miras, s. 122; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 343. İsviçre Hukuk öğretisinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 558. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 519. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, iptal dâvası açma hakkına sahip kimseler olarak mirasçı ve vasiyet alacaklısının gösterilmiş olduğuna ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 519, N. 3; **TUOR**, Art. 519, N. 8; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 56; **RASCHEIN**, s. 71; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 274. Yargıtay 2. HD, 12.3.2007 tarih ve E. 2204, K. 3809 s. K., "Dâva yoluyla ölüme bağlı tasarrufun iptalini isteyebilmek için mirasçılık sıfatının kazanılmış olması şarttır. Vasiyetçi hayatta olduğu sürece mirasçılar vasiyetnamenin iptali için dâva açamazlar." **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 254'ten naklen. Aynı yönde bkz. **İMRE**, s. 329-330; **İMRE/ERMAN**, s. 202.

[366] Miras hukukuna ilişkin bir menfaatin şart olduğu ve bu şekilde aile hukukuna, borçlar hukukuna veya eşya hukukuna ilişkin bir menfaatin yeterli olmayacağına ilişkin olarak bkz. **TUOR**, Art. 519, N. 8; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 25; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 57-58; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 5; **ABT**, Ungiltigkeitsklage, s. 58; **RASCHEIN**, s. 71 (aile, borçlar veya eşya hukukuna ilişkin bir menfaatin bulunmasının yeterli olmadığı hususuna değinmeksizin, sadece, miras hukukuna ilişkin bir menfaatin bulunması gerektiğini ifade ederek); **EREN**, İptal, s. 99; **AYİTER**, Miras, s. 122. İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu çeşitli kararlarda (BGer, 5C.163/2003, Erw. 2; 5C.212/2001, Erw. 2.a) ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açılmasında, miras hukukuna ilişkin bir menfaatin bulunmasının şart olduğunu, ifade etmiştir. Federal Mahkeme bu kararlardan, 5C.163/2003 sayılı kararında, aile hukukuna, borçlar hukukuna veya eşya hukukuna ilişkin bir menfaatin, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin ileri sürülebilmesi; başka bir ifade ile, iptal dâvası açılabilmesi bakımından yeterli olmadığını, ancak miras hukukuna ilişkin bir menfaati olan kimsenin iptal dâvası açabileceğini belirtmektedir. Federal Mahkemenin, miras hukukuna ilişkin menfaatin, ölüme bağlı tasarrufun iptalinin talep edilebilmesi bakımından şart olduğuna ilişkin bir diğer karar için bkz. BGE 41 II 202, 210. Bu çerçevede, gerek İsviçre Hukuk öğretisinde gerek Federal Mahkeme kararlarında, geçersiz ölüme bağlı tasarrufun iptalinin talep edilebilmesi için ideal ve/veya ahlâki bir menfaatin de yeterli olmayacağı belirtilmektedir. Bkz. **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 57; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 58. Aksi görüşte bkz. **RASCHEIN**, s. 72. *Raschein*, miras hukukuna ilişkin bir karakteri haiz olduğu müddetçe, ahlakî bir menfaatin de, ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal dâvası açma bakımından yeterli olduğu görüşündedir. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda (BGE 81 II 33, Erw. 3), özellikle de ileri süren için ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin hiçbir hak yaratmadığı bir durumda, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin ileri sürülebilmesi

Kanunda yer alan bu ifade karşısında öğretide bazı yazarlar,[368] dâva açabilecek kimselerin kapsamını maddede gösterilir şekilde dar yorumlamakta ve sadece mirasçı[369] ve vasiyet alacaklısının dâva açabileceğini kabul etmektedirler. Diğer bazı yazarlar ise,[370] Kanun'da yer alan ifadeye rağmen sadece mirasçı ve vasiyet alacaklısının değil, ölüme bağlı tasarrufun iptal ettirilmesinde miras hukukuna ilişkin bir menfaati olan

---

bakımından '*ideal bir menfaatin bulunmasının yeterli olmadığını*' belirtmektedir. Öğretide *Abt*, ayrıca, bu menfaatin doğrudan bir hukukî menfaat (*unmittelbar einer rechtliche Vorteil*) olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar bu çerçevede, mirasçının mirasçısının geçersiz ölüme bağlı tasarrufun iptalini dâva etmek bakımından doğrudan hukukî bir menfaatinin bulunmadığını, bu nedenle de mirasçının mirasçısının ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açma hakkına sahip bulunmadıklarını ifade etmektedir. Bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 59. Geçersiz ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin dâvanın açılabilmesi için, doğrudan hukukî bir menfaatin bulunmasının aranacağına ilişkin olarak ayrıca bkz. **MÜLLER**, s. 77; **DRUEY**, § 12, N. 51. Druey ayrıca, kamusal bir menfaatin, ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırılması için iptal dâvası açabilmek bakımından yeterli olmadığını ifade etmektedir. Bkz. N. 50.

[367] Önceki ölüme bağlı bir tasarrufla kendilerine özgülenen bir değeri elde etmek isteyen kimselerin, daha sonra yapılan ve geçersiz olan ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesindeki menfaatleri müspet bir menfaatken; ölüme bağlı tasarrufla kendilerine bir vasiyeti veya yükümlülüğü yerine getirme borcu yüklenen kimsenin bu ölüme bağlı tasarrufu iptal ettirmekteki menfaati ile bir paylaşma kuralının iptal edilmesindeki menfaat menfî menfaattir. Bkz. **ESCHER**, Art. 519, N. 3; **MARXER**, Handkomm. zu SZ, Art. 519, 520, N. 5; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 58-59; **TURAN**, s. 102-103.

[368] Bkz. **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 298; **İMRE/ERMAN**, s. 203; **İMRE**, s. 331; **DURAL/ÖZ**, s. 226; **HATEMİ**, § 11, N. 6; **ANTALYA**, s. 268; **AYAN**, s. 127; **OĞUZMAN**, s. 190; **AYİTER**, Miras, s. 122; **EREN**, İptal, s. 99-100; **ESCHER**, Art. 518, N. 15, 28.

[369] Bu hâlde Kanun'da geçen 'mirasçı' ifadesinin hem yasal hem atanmış mirasçıları ifade ettiği ile ilgili olarak bkz. **EREN**, İptal, s. 97-98; **ÖZTAN**, s. 209; **OĞUZMAN**, s. 190; **İMRE/ERMAN**, s. 202; **İMRE**, s. 330-331; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 298; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 257; **ANTALYA**, s. 268; **TURAN**, s. 103; **AYAN**, s. 127; **RASCHEIN**, s. 71; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 5; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 25; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 5. *Tuor* da, atanmış mirasçının dâva açabileceğini, örnek üzerinden belirtmiştir. Bkz. **TUOR**, Art. 519, N. 9.

[370] **ÖZTAN**, s. 209; **TUOR**, Art. 519, N. 9; **DRUEY**, § 12, N. 48; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 274; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 58; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 56; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 25; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 5; **MARXER**, Handkomm. zu SZ, Art. 519, 520, N. 5; **RASCHEIN**, s. 71; **MÜLLER**, s. 77. Konuya ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesinin 5C.163/2003 sayı ve 18.9.2003 (EITEL, s. 153'ten naklen) tarihli kararı oldukça dikkat çekicidir. İsviçre Federal Mahkemesi, ilgili kararında (Erw. 2.1), İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 558. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 519. maddesinin ikinci fıkrasının Almanca metninde, iptal dâvası açabilecek kimselerin kapsamının, "*jeder interessierte Erbe oder Bedachte*" ifadesine yer verilmek suretiyle daraltılmış olduğunu; oysa, Fransızca metinde yer alan, "*L'action peut être intentée par tout héritier ou légataire intéressé*" ifadesine yer verilmek suretiyle, miras hukukuna ilişkin bir menfaati olan herkesin iptal dâvası açabileceğinin kabul edilmiş olduğunu ve bu çerçevede, iptal dâvası açabilecek kimselerin Fransızca metnin de dikkate alınmasıyla genişletici yorumla, mirasçı, vasiyet alacaklısı veya bir başka sebep dolayısıyla miras hukukuna ilişkin menfaati olan herkesin iptal dâvası açabileceğini (… *zur Klage legitimiert ist, wer als Erbe oder Bedachter oder aus einem andern Grund ein erbrechtliches Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde*…) ifade etmektedir. Federal Mahkeme Kaynak Kanun'un Fransızca metninden yola çıkarak, aile hukukuna, borçlar hukukuna veya eşya hukukuna ilişkin menfaatler hariç olmak üzere, miras hukukuna ilişkin bir menfaati olan herkesin, ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açabileceği sonucuna varmaktadır.

kimselerin[371] ve bu çerçevede belli durumlarda vasiyeti yerine getirme görevlisinin[372] iptal dâvası açabileceğini kabul etmektedirler. Öğretide de belirtildiği üzere, terekenin[373] veya mirasçının alacaklısının,[374] terekede

[371] Öğretide, mirasçı ve daha önceki bir ölüme bağlı tasarrufla lehine vasiyet öngörülmüş vasiyet alacaklılarının dışında, yedek ve art mirasçıların (bkz. **ÖZTAN**, s. 209; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519/520, N. 25; **TUOR**, Art. 519, N. 9; art mirasçıya ilişkin olarak, **MÜLLER**, s. 79-80); daha önceki bir tasarrufla düzenlenen yükümlülükten yararlanan kimsenin (bkz. **ÖZTAN**, s. 209; **DRUEY**, § 12, N. 48; **MÜLLER**, s. 78-79; **TUOR**, Art. 519, N. 9); daha genel bir ifade ile, önceki bir ölüme bağlı tasarruftan miras hukukuna ilişkin menfaat sağlayan kimsenin (bkz. **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 5; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 58-59) ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açabileceği ifade edilmektedir.

[372] Önceki ölüme bağlı tasarrufta vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanan kimse, mirasbırakanın bu önceki tasarrufu, başka bir ölüme bağlı tasarruf yaparak geri alması durumunda, bu sonraki tasarruf aleyhine, iptal dâvası açma hakkına sahiptir. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **ÖZTAN**, s. 209; **TUOR**, Art. 519, N. 8; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 274; **DRUEY**, § 12, N. 48; **RASCHEIN**, s. 71; **MÜLLER**, s. 81; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 5; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 25; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 81; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 62; **EITEL**, Paul, Prozessführung durch den Willensvollstrecker, in: Willensvollstreckung - Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich-Basel-Genf 2006, s. 153. *Eitel*, konuya ilişkin olarak, sadece mirasçı veya vasiyet alacaklısının değil, vasiyeti yerine getirme görevlisinin de, kendisinin ölüme bağlı tasarrufu iptal ettirmek hususunda miras hukukuna ilişkin bir menfaati olması şartıyla, iptal dâvası açma hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 153. Yazar, bu menfaatin, ancak önceki ölüme bağlı tasarrufu geri almak üzere, mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarruf yaptığı durumlarda, önceki ölüme bağlı tasarruf ile vasiyeti yerine getirme görevlisi atanan kimse bakımından söz konusu olduğunu; bu hâlde vasiyeti yerine getirme görevlisinin sonraki tasarrufun geçersizliği nedeniyle iptal dâvası açabileceğini belirtmektedir. Bkz. s. 154. Buna karşılık, Kanun'da yer alan ifadeyi dar yorumlayan yazarlar vasiyeti yerine getirme görevlisinin, ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açma hakkı bulunduğunu şiddetle reddetmektedirler. Bu yazarlardan *Escher*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 558. maddesini karşılayan 499. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin olarak yaptıkları açıklamalarda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açma hakkının bulunmadığına ilişkin olarak Kanun'un metninin yanı sıra, vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev kapsamını da vasiyeti yerine getirme görevlisinin iptal dâvası açamayacağının kabulüne gerekçe olarak göstermektedir. *Escher*, vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevinin, kimlerin mirasçı olduğunu tespit etmek değil, mirasçı olan kimselerin haklarını korumak olduğunu ve bu şekilde kimlerin gerçek mirasçı olduğunu tespit etmek üzere iptal dâvası açmanın vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi dışında kaldığını ifade etmektedir. Bkz. **ESCHER**, Art. 518, N. 28. *Abt* da, Kanun'da yer alan ifadeye rağmen, ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesinde miras hukukuna ilişkin doğrudan menfaat sahibi olan herkesin ilgili ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açabileceğini kabul etmekle birlikte (bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 58-59); vasiyeti yerine getirme görevlisinin, ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal dâvası açma hakkının bulunmadığını ifade etmektedir. *Abt*, mirasçıların menfaatlerini savunmanın, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, bir nev'i mirasbırakanın güvenilir kişisi olma durumuna yaklaşan tarafsız konumu ile bağdaşmayacağını belirtmektedir. Bkz. ABT, Ungültigkeitsklage, s. 59. Yargıtay da, 7.12.1955 tarih ve 16/25 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (RG 10.2.1956 t., S. 9230), vasiyeti yerine getirme görevlisinin ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açma yetkisinin bulunmadığını kabul etmiştir.

[373] **ÖZTAN**, s. 209; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 298; **TURAN**, s. 102; **AYAN**, s. 127; **DRUEY**, § 12, N. 49; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 274; **ESCHER**, Art. 519, N. 3; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 63; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 5; **MÜLLER**, s. 77; **RASCHEIN**, s. 71. Mirasbırakanın alacaklılarının iptal dâvası açamayacağı ifadesi için bkz. **ANTALYA**, s. 263; **İMRE**, s. 331; **İMRE/ERMAN**, s. 203; **AYİTER**, Miras, s. 122.

[374] **ÖZTAN**, s. 209; **OĞUZMAN**, s. 191; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 298; **İMRE/ERMAN**, s. 203; **İMRE**, s. 332; **AYİTER**, Miras, s. 122; **ANTALYA**, s. 263; **AYAN**, s. 127; **TURAN**, s. 102; **DRUEY**, § 12, N. 49; **ESCHER**, Art. 519, N. 3; **TUOR**, Art. 519, N. 10; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 274;

mevcut bir alacağın borçlusunun,[375] terekeyi resmen idare ile görevli kimse veya makamın,[376] mirasçının mirasçısı olacak kimselerin[377] ve miras payını devretmiş olan kimsenin[378] iptal dâvası açma hakkı yoktur. Ölüme bağlı tasarrufun iptali dâvası, bu şekilde iptal dâvası açma hakkına sahip olan kimse tarafından, geçersiz ölüme bağlı tasarruftan kendisi aleyhine miras hukukuna ilişkin bir menfaat elde eden kimseye karşı açılacaktır.[379] Ölüme

---

TARNUTZER-MÜNCH/ABT, Praxiskomm., Art. 519, N. 62; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 25; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 5; **MÜLLER**, s. 77; **RASCHEIN**, s. 71. Öğretide, mirasbırakanın alacaklılarının Türk Medenî Kanunu'nun 562. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde tenkis dâvası açma hakları mevcutken, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliği nedeniyle iptal dâvası açma haklarının bulunmadığına işaret eden yazarlar için bkz. **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 298; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 182-183; **ANTALYA**, s. 268. İsviçre Hukuk öğretisinde, mirasçının alacaklılarının, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 562. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan, 524. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde tenkis dâvası açma hakları mevcutken; ölüme bağlı tasarrufun iptali için dâva açma hakları bulunmadığına değinen yazarlar için bkz. **DRUEY**, § 12, N. 49; **TUOR**, Art. 519, N. 10; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 274; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 62; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 25.

[375] **ÖZTAN**, s. 209; **ANTALYA**, s. 263; **AYAN**, s. 127; **ESCHER**, Art. 519, N. 3; **DRUEY**, § 12, N. 49; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 5; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 63; **MÜLLER**, s. 77; **RASCHEIN**, s. 71.

[376] **ÖZTAN**, s. 209; **İMRE/ERMAN**, s. 203; **İMRE**, s. 331; **EREN**, İptal, s. 100; **ESCHER**, Art. 519, N. 3; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 25; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 62; **MÜLLER**, s. 82; **RASCHEIN**, s. 71.

[377] **ÖZTAN**, s. 209; **DRUEY**, § 12, N. 49; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 60; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 59.

[378] **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 5; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 63; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 25; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 5. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda (BGer 5C.212/2001, Erw. 2.c), miras payını devreden mirasçının, ölüme bağlı tasarrufun iptali, kendisinin İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesi çerçevesinde gündeme gelen müteselsil sorumluluğunun sona ermesi sonucunu doğuracak olsa bile, dâva açma hakkının bulunmadığını; zira bu hâlde ilgili kimsenin ölüme bağlı tasarrufun iptalinde aranan şart olduğu kabul edilen türde bir menfaatinin bulunmadığını belirtmektedir.

[379] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 343; **OĞUZMAN**, s. 191; **ÖZTAN**, s. 209; **DURAL/ÖZ**, s. 226; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 298; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 255; **İMRE/ERMAN**, s. 203; **İMRE**, s. 332; **AYİTER**, Miras, s. 122; **AYAN**, s. 127-128; **EREN**, İptal, s. 100; **HATEMİ**, § 11, N. 7; **TURAN**, s. 102; **DRUEY**, § 12, N. 51; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 274; **MÜLLER**, s. 83; **RASCHEIN**, s. 72; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 60; **ESCHER**, Art. 519, N. 4; **TUOR**, Art. 519, N. 11; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 6; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 28; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 6; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 65. Öğretide, vasiyeti yerine getirme görevlisinin iptal dâvası açabileceğine ilişkin yazarlar arasındaki mevcut ihtilaf, vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı iptal dâvası açılması bakımından söz konusu değildir. Bu çerçevede, vasiyeti yerine getirme görevlisinin atandığı ölüme bağlı tasarrufun iptali için vasiyeti yerine getirme görevlisi aleyhine iptal dâvası açılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **ÖZTAN**, s. 209; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 298; **OĞUZMAN**, s. 191; **DURAL/ÖZ**, s. 226; **İMRE**, s. 332; **İMRE/ERMAN**, s. 203-204; **HATEMİ**, § 11, N. 7; **AYAN**, s. 128; **EREN**, İptal, s. 100; **ANTALYA**, s. 268; **TUOR**, Art. 519, N. 11; **MÜLLER**, s. 83; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 6; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, N. 6; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 28; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 67. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda (BGE 85 II 601), vasiyeti

bağlı tasarruf aleyhine açılan bu iptal dâvası, yenilik doğuran bir dâvadır.[380] Hâkimin ölüme bağlı tasarrufun iptaline karar vermesi durumunda, ölüme bağlı tasarrufun geçersiz hükümleri (konumuz bakımından hukuka ve ahlâka aykırı hükümleri), geçmişe etkili olarak (*ex tunc*)[381] ve sadece ölüme bağlı

---

yerine getirme görevlisi aleyhine iptal dâvası açılabileceğini kabul etmiştir. Yukarıda anılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına (7.12.1955 t. ve 16/25 s. İBK, RG 10.2.1956, S. 9230, s. 13540), konu olan olayda, vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasına ilişkin ölüme bağlı tasarrufun iptali için vasiyeti yerine getirme görevlisi aleyhine açılmış bir iptal dâvası söz konusudur.

[380] Geçersiz ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırılmasına yönelik bu iptal dâvası, hâkimin iptal kararı vermesi ile ölüme bağlı tasarruf ortadan kalktığından bozucu yenilik doğrucu nitelikte bir dâvadır. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 341; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 297; **ÖZTAN**, s. 212; **İMRE/ERMAN**, s. 209; **İMRE**, s. 343; **OĞUZMAN**, s. 190; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 254; **DURAL/ÖZ**, s. 224; **ANTALYA**, s. 266; **AYİTER**, Miras, s. 121; **TURAN**, s. 108; **AYAN**, s. 127; **HATEMİ**, § 11, N. 4. *Hatemi*, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesindeki sebeplere dayanan bu iptal dâvasını, bozucu yenilik doğuran butlan dâvası, geçersizlik dâvası olarak nitelendirmektedir. İsviçre Hukuk öğretisinde ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olması durumunda açılacak iptal dâvasının bir yenilik doğuran dâva (*Gestaltungsklage*) olduğunu belirten yazarlar için bkz. **TUOR**, Art. 519, N. 16; **DRUEY**, § 12, N. 56; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 273; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 32-33, 167; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 52; **MARXER**, Handkomm. zu SZ, Art. 519, 520, N. 2. Öğretide daha önce farklı bazı görüşler ileri sürülmüştü. Bu görüşlerden biri *Müller* tarafından ileri sürülmüştür ve *Müller*'e göre ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin ileri sürülmesinde hâkim tarafından verilen karar, bir tespit hükmü içerir. Bkz. **MÜLLER**, s. 66-67. Öte yandan *Raschein*, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin iptali için açılan bu dâvada verilen kararın hem bir tespit hükmü olduğunu hem de yenilik doğurucu olduğunu savunmaktadır. Bkz. **RASCHEIN**, s. 80. İsviçre Hukuk öğretisinde günümüzde, *Forni/Piatti*, kararın niteliğine değinmeksizin, ölüme bağlı tasarrufun iptalinin, bir yenilik doğuran dâva açılması suretiyle talep edilebileceğini veya geçersizliğin bir tespit dâvasında gündeme getirilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 32. Yenilik doğuran dâva hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KURU**, Baki / **ARSLAN**, Yıldırım / **YILMAZ**, Ejder, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2009, s. 294-297; **PEKCANITEZ**, Hakan / **ATALAY**, Oğuz / **ÖZEKES**, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2009, s. 281-283; **ALANGOYA**, H. Yavuz/**YILDIRIM**, M. Kamil/**DEREN-YILDIRIM**, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2009, s. 207-211.

[381] İptal kararının verilmesi ile birlikte ölüme bağlı tasarrufun hangi andan itibaren ortadan kalkmış olacağı meselesine ilişkin olarak öğretide bazı yazarlar, ölüme bağlı tasarruf hakkında iptal kararının verilmesi ile birlikte ilgili ölüme bağlı tasarrufun, *mirasın açıldığı andan itibaren* ortadan kalkacağı ifadesine yer vermektedirler. Bu yazarlar için bkz. **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 303; **DURAL/ÖZ**, s. 224; **TURAN**, s. 108; **AYAN**, s. 130; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 341; **EREN**, İptal, s. 138; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 254, 256; **AYİTER**, Miras, s. 122; **ŞENOCAK**, s. 608; **RASCHEIN**, s. 82; **MÜLLER**, s. 98; **TUOR**, Vorbem. zu Art. 519-521, N. 5; Art. 519, N. 16; **FORNI/PIATTI**, Art. 519/520, Art. 29; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 7; **RIEMER**, s. 246. İsviçre Federal Mahkemesi de, açılmış bir tenkis dâvasına ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda, ölüme bağlı tasarrufun hâkim tarafından iptal edilmesi durumunda, ilgili ölüme bağlı tasarrufun, mirasın açıldığı andan itibaren ortadan kalkmış olacağını, kabul etmektedir. Bkz. BGE 102 II 329, 332. Öte yandan öğretide bazı yazarlar, bu ifadeye yer vermeyerek, iptal kararının verilmesi ile birlikte ölüme bağlı tasarrufun, *en baştan, yani yapıldığı andan itibaren* ortadan kalkacağını ifade etmektedirler. Bu yazarlara göre, sağlararası edimler ihtiva eden miras sözleşmeleri de düşünüldüğünde, iptal kararının, tasarrufun yapıldığı andan itibaren ilgili ölüme bağlı tasarrufun ortadan kalkması sonucunu doğuracağının kabulü gerekir. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **PIOTET**, SPR IV/1, s. 273; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Art. 519, N. 73; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 168. Türk Hukuk öğretisinde de *Oğuzman* ve *Antalya*, ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesiyle birlikte, ilgili ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı andan itibaren ortadan kalkacağını belirtmektedir. Bkz. **OĞUZMAN**, s. 195; **ANTALYA**, s. 270.

tasarrufun iptali için açılan dâvanın tarafları bakımından[382] hüküm ve sonuç doğuracak şekilde ortadan kalkacaktır.

[382] **ESCHER**, Art. 519, N. 6; **TUOR**, Vorbem. zu Art. 519-521, N. 6b; **FORNI/PIATTI**, Art. 519/520, Art. 30; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 7; **MARXER**, Handkomm. zu SZ, Art. 519, 520, N. 3; **RASCHEIN**, s. 83-84; **ÖZTAN**, s. 208, 213; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 341; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 305; **HATEMİ**, § 11, N. 9-10; **İMRE/ERMAN**, s. 211; **İMRE**, s. 345; **OĞUZMAN**, s. 195; **DURAL/ÖZ**, s. 224; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 254, 258; **ANTALYA**, s. 270; **AYAN**, s. 131; **AYİTER**, Miras, s. 123. Öğretide bazı yazarlar, iptal kararının bu şekilde sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmasına ilişkin düzenlemenin yerinde olduğu görüşünü benimsemektedirler. *İmre/Erman*, Kanun tarafından benimsenen bu durumun, iptal edilebilirlik yaptırımı ile bağdaştığını ve ölüme bağlı tasarrufun bu şekilde tümüyle iptal edilmeyip, sadece geçersiz hükümlerin ortadan kalkmasının, ölüme bağlı tasarrufta vücut bulan mirasbırakanın son arzularının, kısmen veya tamamen hüküm ve sonuç doğurması sonucunu doğuracağını; ayrıca ölüme bağlı tasarrufun iptalinin herkes bakımından hüküm ve sonuç doğurmasını haklı kılacak bir gerekçe de bulunmadığından Kanun'da yer alan bu düzenlemenin son derece yerinde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. İMRE/ERMAN, s. 211. *Serozan/Engin* de, evlenmenin iptalinden farklı olarak, ölüme bağlı tasarrufun iptalinde iptal hükmünün geçmişe etkili olduğunu ve bu nedenle ölüme bağlı tasarrufun iptalinin, evlenmenin iptaline nazaran daha yaygın etkili sayılabileceğini; ancak öte yandan, ölüme bağlı tasarrufun iptalinde, iptal hükmünün sadece iptal dâvasının taraflarıyla sınırlı tutulması dikkate alındığında, ölüme bağlı tasarrufun iptalinin, evlenmenin iptaline nazaran daha zayıf etkili sayılabileceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede *Serozan/Engin*, esasen ortada bir yenilik doğuran dâva bulunması nedeniyle '*erga omnes*' – herkes bakımından – etki yaratması gerekirken, sadece nispî '*inter partes*' bir etki yaratmasının, ölüme bağlı tasarruflarda geçerli olan *favor testamenti* prensibinin bir neticesi olduğunu; ayrıca, iptal hükmünün herkes bakımından sonuç doğurucu etki ile donatılmasını zorunlu kılacak bir kamu yararının bulunmaması nedeniyle kanunkoyucunun ölüme bağlı tasarrufun iptalinin sadece taraflar bakımından hüküm ve netice doğurmasına ilişkin olarak yaptığı tercihin yerinde olduğunu belirtmektedir. *Serozan/Engin*, ayrıca, ölüme bağlı tasarrufun iptalinin bu nispî etkisinin, dâva açmayan ilgililerin iradelerine saygı gösterilmesi anlamına geldiğini belirterek; ancak, iptal hükmüne mutlak etki atfetmenin mirasbırakanın ölüme bağlı son dileğine daha uygun düşeceği ve ayrıca, dâva açmak istemeyen hak sahiplerinin iradelerinin dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin görüşün de dikkate değer olduğunu ifade etmektedir. Bkz. § 4, N. 258. Yargıtay da, yukarıda da belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararında (7.12.1955 t. ve 16/25 s. İBK, RG 10.2.1956, S. 9230), vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasının iptali için açılan dâva bakımından, verilen kararın, sadece vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı hüküm ifade edeceğini; ölüme bağlı tasarrufta yer alan diğer tasarrufların iptal kararından etkilenmeyeceğini belirtmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 22.11.1990 tarihinde E. 5170 ve K. 11447 sayılı Kararında da, ölüme bağlı tasarrufun iptalinin sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuracağına ilişkin hüküm tesis etmiştir. (İMRE/ERMAN, s. 211'den naklen.) Yine Yargıtay'ın yakın zamanlarda verdiği bir Kararda da (2. HD, 21.11.2000 t. ve E. 555, K. 458 s. K.), "Vasiyetnamelerin iptali hükmü, sırf dâvanın tarafları yönündendir. Vasiyetnameler, iptal dâvası açmamış olan mirasçılar açısından geçerliliklerini korurlar." ifadesine yer vermiştir. (SEROZAN/ENGİN, § 4, N. 254'ten naklen). İsviçre Federal Mahkemesi de, vermiş olduğu çeşitli kararlarda, ölüme bağlı tasarrufun iptali dâvasında, iptalin, sadece dâvanın tarafları bakımından söz konusu olacağını ifade etmiştir. Bkz. BGE 40 II 190, 192; 44 II 107, 116; 57 II 150, 152; 78 II 180, 183; 81 II 33, 36. Öte yandan, *Oğuzman*, iptal dâvasının sadece taraflar bakımından hüküm ve sonuç doğurmasına ilişkin bu düzenlemenin, 'iptal kararının sadece taraflar arasında etkili kapsamı ile herkesi bağlayacağı' şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **OĞUZMAN**, s. 195. İsviçre Hukuk öğretisinde de bazı yazarlar, iptal kararı yenilik doğuran bir karar olduğundan, bu dâvada verilen ilgili kararın nispi bir hukukî etki (*relative Rechtskraft*) yaratarak, yalnızca taraflar için (*inter partes*) bağlayıcı olacağının kabulünün, kararın yenilik doğurucu niteliği ile bağdaşmayacağını ifade etmektedirler. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/1, s. 274; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 169-171. *Abt*, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğine ilişkin kararın yenilik doğurucu bir karar olması nedeniyle söz konusu kararın dâvaya taraf olmayan diğer ilgililer bakımından da hüküm ve sonuç doğuracağının kabul edilmesi gerektiğini belirterek; konuya ilişkin olarak *Guldener* tarafından savunulan görüşe atıf yapmaktadır. Bkz. s. 171. *Guldener*, ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin kararın, durumu, tasarrufun

Ceza kaydı (*privatorische Klauseln*) olarak da adlandırılan kayıtlara ilişkin olarak öğretide, ceza kaydının bağlandığı ölüme bağlı tasarrufun geçerli olduğu durumlarda, ceza kayıtlarının da geçerli olduğu;[383] ancak, mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufun hukuka veya ahlâka aykırı olduğu durumlarda, bu ölüme bağlı tasarrufa bağlanan ceza kayıtlarının da geçersiz olacağı ifade edilmektedir.[384] Mirasbırakanın tasarruf nisabını aşan kazandırmaları, hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyeceği hâlde, bu tür tasarruflar hakkında tenkis dâvası açılmasına bağlanan ceza

---

iptali ile ortaya çıkan hukukî değişiklikle ilgilili olan bütün üçüncü kişiler için de etkili olacağını ifade etmektedir. Bkz. **GULDENER**, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich, 1969, s. 382 ve dpn. 80b. *Druey* de, ölüme bağlı tasarrufun iptali kararının sadece dâvanın tarafları bakımından hüküm ve sonuç doğurmasının, ilgili kararın yenilik doğurucu niteliği ile bağdaşmadığını belirtmektedir. Yazar, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliğinin taraflar arasındaki bir hukukî işlemle tanınması durumunda ancak, geçersizliğin sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmasının makul ve kabul edilebilir olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **DRUEY**, § 12, N. 57.

[383] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 279-280; **DURAL/ÖZ**, s. 156; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 74; *Serozan/Engin*, ceza kayıtlarındaki şaşmaz geçerlilik ölçütünün, "*meşru ve makul bir amaç için meşru ve makul bir araç*" formülünde somutlaşan '*ölçülülük ilkesi*'nde aranıp bulunacağını; bu çerçevede bu tür şartların ancak haklı görülebilir nedenlerle geçerli oldukları sonucuna varılabileceğini ifade etmektedir. İsviçre Hukuk öğretisinde, hukuka ve ahlâka uygun bu tür ceza kayıtlarına değinen yazarlar için bkz. **TUOR**, Art. 482, N. 29; **ESCHER**, Art. 482, N. 33; **DRUEY**, § 12, N. 34. *Druey*, mirasbırakanın, mirasçının ölüme bağlı tasarrufta vücut bulan son arzularına karşı geldiği takdirde belli bir kazandırmadan yararlanamayacağını düzenlediği ceza kayıtlarının geçerli olduğunu belirtmektedir. Aynı örnek için bkz. **SCHÜRMANN**, Praxiskomm., Art. 482, N. 46. *Druey* ayrıca, ceza kaydına ilişkin ölüme bağlı tasarrufta yer alan hükümlerin, ancak söz konusu ceza kayıtlarının, mirasbırakanın tasarruf nisabı dâhilinde kalması hâlinde geçerli olacağını ifade etmektedir. Bkz. DRUEY, § 12, N. 34. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 132. *Abt*, hukuka uygun ceza kayıtlarına örnek olarak, mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufta belirttiği son arzularına karşı gelinmesi durumunda, belli bir kazandırmanın gerçekleştirilmeyeceğini veya yasal mirasçılar bakımından, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla öngördüğü paylaşma düzenine uyulmadığı takdirde, ilgili yasal mirasçıların sadece saklı paylarını alacaklarının düzenlendiği ölüme bağlı tasarrufları göstermektedir. Bkz. s. 132. Hukuka uygun ceza kayıtlarına ilişkin olarak aynı örneklerle ilgili olarak bkz. **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 616; **STAEHELIN**, Bas. Komm., Art. 482, N. 40. *Abt* ayrıca, bu mirasbırakanın mirasın paylaşılmasına ilişkin olarak çıkabilecek anlaşmazlıkları bertaraf etmek üzere öngördüğü ceza kayıtlarının geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ABT, Ungültigkeitsklage, s. 132-133. İsviçre Federal Mahkemesinin hukuka ve ahlâka uygun ceza kayıtlarına ilişkin olarak verdiği kararlar için bkz. BGE 117 II 244 vd; 89 II 443; 85 II 380.

[384] **DURAL/ÖZ**, s. 156; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 74. Öğretide hukuka ve ahlâka aykırı ceza kayıtlarına örnek olarak, mirasbırakanın, hukuka veya ahlâka aykırı olan bir tasarruf aleyhine iptal dâvası açılmasına ceza kaydı bağlamak suretiyle, söz konusu hukuka veya ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarrufa yürürlük kazandırmaya çalışması gösterilmektedir. Bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 133; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 616; **DRUEY**, § 12, N. 34; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 91; **TUOR**, Art. 482, N. 29; **ESCHER**, Art. 482, N. 33; **HRUBESCH-MILLAUER**, Handkomm., Art. 482, N. 14; **SCHÜRMANN**, Praxiskomm., Art. 482, N. 46; **STAEHELIN**, Bas. Komm., Art. 482, N. 40; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 280; **DURAL/ÖZ**, s. 156. Gerek *Dural/Öz* gerek *Kocayusufpaşaoğlu*, mirasçı hukuka veya ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal dâvası açtığı takdirde, onu bu dâvayı açmaktan alıkoymak üzere mirasbırakan tarafından öngörülmüş olan ceza kaydı geçersiz olacağı cihetle, mirasçının iptal dâvası açmasına rağmen ilgili kazandırmaya hak kazanacağını ifade etmektedirler. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 280; **DURAL/ÖZ**, s. 156.

kayıtları da geçersiz olacak ve mirasçı tenkis dâvası açmasına rağmen uygulama alanı bulmayacaktır.[385]

Kanun'da, içeriği veya bağlandığı şart veya yüklemeler hukuka veya ahlâka aykırı olan ölüme bağlı tasarrufların geçersizliği düzenlenmiş olmakla birlikte, gerek hukuka aykırılığın[386] gerek ahlâka aykırılığın[387] miras hukuku açısından tanımı yapılmış değildir. Bu nedenle de, hukuka aykırılığın ve ahlâka aykırılığın belirlenmesi bakımından, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesi çerçevesinde, Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri kıyasen[388] uygulama alanı bulacaktır.[389]

2) Mirasbırakanın Öngördüğü Paylaşma Kuralının Hukuka Aykırılık Nedeniyle Geçersizliği

Paylaşma kuralının hukuka aykırı olmasından, ilgili paylaşma kuralının içeriğinin bir emredici hukuk kuralına,[390] kamu düzenine veya bir kişilik

---

[385] **DRUEY**, § 12, N. 34; **SCHÜRMANN**, Praxiskomm., Art. 482, N. 46; **HRUBESCH-MILLAUER**, Handkomm., Art. 482, N. 14;

[386] Kanun'da hukuka aykırılığın tanımlanmamış olduğuna ilişkin olarak bkz. **PFAMMATTER**, s. 42; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 107; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 90.

[387] Kanun'da ahlâka aykırılığın tanımlanmamış olduğuna ilişkin olarak bkz. **PFAMMATTER**, s. 39; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 107.

[388] **EREN**, İptal, s. 51. İsviçre Hukuk öğretisinde, Borçlar Kanunu hükümlerinin burada kıyasen uygulanmasında, miras hukukuna ilişkin özelliklerin dikkate alınacağına ilişkin olarak bkz. **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 21; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 34. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesini karşılayan 7. maddesi dolayısıyla uygulama alanı bulan Kaynak Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin uygulanmasında, bu uygulamanın doğrudan bir uygulama olmadığını, ilgili hükümlerin kıyas yoluyla uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **EDİS**, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1997, s. 247-248, s. 257-258. **RIEMER**, Hans Michael, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern, 1987, § 9, N. 5.

[389] Bkz. **EREN**, s. 51. İsviçre Hukuk öğretisinde, hukuka veya ahlâka aykırılığın tanımlanması bağlamında İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesini karşılayan 7. maddesi dolayısıyla, Kaynak Kanun'un ilgili hükümlerinin uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak bkz. **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 21; **RASCHEIN**, s. 52; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 34, 107.

[390] Bu emredici hukuk kuralı, bir özel hukuk kuralı olabileceği gibi, kamu hukuku kuralı da olabilir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 42; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 26, N. 28-30; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 115;

hakkına aykırı olması anlaşılacaktır.[391] Önemle belirtilmelidir ki, paylaşma kuralının hukuka aykırılığında, mirasbırakanın paylaşma kuralını öngörmekteki saikinin hukuka aykırı olması tek başına yeterli değildir. Mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralının hukuka aykırılığından bahsedilebilmesi için, paylaşma kuralına uygun olarak paylaşmanın veya paylaşma kuralının icrası ile ortaya çıkması amaçlanan sonucun hukuka aykırı olması gerekir.[392] Hukuka aykırılık bakımından, tasarrufun yapıldığı andaki hukuk kurallarının mı, yoksa mirasın açıldığı andaki hukuk kurallarının mı esas alınacağı öğretide tartışmalıdır.[393]

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere,[394] bir ölüme bağlı tasarrufun içeriği hukuka aykırı ise, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendi çerçevesinde, ilgili ölüme bağlı tasarruf dâva yoluyla iptal edilebilecektir. Öğretide[395] de belirtildiği üzere, sadece tarafları ilgilendiren

---

[391] **EREN**, İptal, s. 51, s. 52-55; **HATEMİ**, Hüseyin, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, s. 14 vd; **İMRE**, s. 314; **İMRE/ERMAN**, s. 193; **OĞUZMAN**, s. 188, dpn. 488; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 292; **AYAN**, s. 121; **ANTALYA**, s. 264. Hukuka aykırılığın tespitinde, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesi çerçevesinde, Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulacağına yukarıda değinilmişti. Bu çerçevede, Borçlar Hukuku anlamında, hukuka aykırılık kavramından, emredici hükümlere, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık anlaşılacaktır. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 395; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 72; **EREN**, s. 288; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul, 2009, § 42, N. 9-38. *Kocayusufpaşaoğlu*, hukuka aykırılığın, emredici hükümlere, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılığı ifade ettiğine ilişkin bir cümleye yer vermemekle birlikte, hukuka aykırılık halleri (N.17) başlığı altında, emredici kanun hükümlerine aykırılık (N. 17 vd.), kanunî yasaklara aykırılık (N. 21 vd.), kamu düzenine aykırılık (N. 31 vd.) ve kişilik haklarına aykırılık (N. 38) hallerine yer vermiştir. İsviçre Borçlar Kanunu anlamında, hukuka aykırılıktan emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılığın anlaşılacağına ilişkin olarak bkz.

[392] Paylaşma kuralından doğrudan bahsetmemekle birlikte, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarını da kapsar şekilde, ölüme bağlı tasarrufun icrasının veya bu icra ile ortaya çıkması amaçlanan sonucun hukuka aykırı olması gerektiği ifadesine yer veren yazarlar için bkz. **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 21; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 4; **RASCHEIN**, s. 53 vd.; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 116. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda (BGE 73 II 15, 17), mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yapmaktaki saikinin hukuka aykırı olmasının tek başına yeterli olmayacağı; tasarrufun icrasının veya tasarrufun icrası ile gerçekleşmesi amaçlanan sonucun hukuka aykırı olması gerektiğini ifade etmektedir. Aksi görüşte bkz. **HATEMİ**, § 6, N. 30. *Hatemi*, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yapmaktaki saikinin (vasiyetnamede, mirasbırakanın; miras sözleşmesinde tarafların ortak saiki), hukuka aykırı olması durumunda, ilgili ölüme bağlı tasarrufun iptal edilebileceğini ifade etmektedir.

[393] Tasarrufun yapıldığı sıradaki hukuk kurallarının dikkate alınacağına ilişkin olarak bkz. **ÖZTAN**, s. 207; **AYAN**, s. 121. Hukuka aykırılığın tespitinde, mirasın açıldığı sıradaki hukuk kurallarının dikkate alınacağına ilişkin olarak bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 4, 69; **EREN**, İptal, s. 108; **ANTALYA**, s. 263.

[394] Bkz. Yukarıda Bu Bölüm, § 4, II, B, 2, a, dpn. 100 ve ona bağlı metin.

[395] **ŞENOCAK**, s. 608; **PFAMMATTER**, s. 43; **RIEMER**, s. 252.

durumlarda, ölüme bağlı tasarrufun kendiliğinden geçersiz olmayıp, dâva yoluyla iptal edilebilir olması yerinde bir tercihtir. Ancak, ölüme bağlı tasarrufun içeriğindeki hukuka aykırılığın, iptal dâvası açma yetkisine sahip kimseleri ilgilendirmemesi ve bu şekilde ilgili kimselerin iptal dâvası açmamaları durumunda, ölüme bağlı tasarrufun kendisine bağlanan hukukî sonuçları meydana getirmesi pek de istenmeyen bir sonuç olarak ortaya çıkabilecektir.[396] Bu nedenle, kamusal menfaatleri veya üçüncü kişilerin menfaatlerini ilgilendiren bu tür hukuka aykırılık durumlarına ilişkin olarak öğretide,[397] butlan yaptırımının gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.[398]

Pfammatter[399] tarafından konuya ilişkin verilen bir örnekte, tarımsal arazilerin bölünmesine ilişkin Zürih Kantonunda geçerli emredici niteliği haiz kurala aykırı olarak öngörülen bir paylaşma kuralı söz konusudur. Bu örnekte mirasbırakanın üç çocuğu vardır. Mirasbırakan 6 dönüme tekabül eden 60 arlık arazisinin bu üç çocuğu arasında eşit olarak paylaşılmasını öngörmüştür. Ancak, bu paylaşma kuralı, İsviçre Medenî Kanunu'nun, şu

---

[396] **ŞENOCAK**, s. 608; **PFAMMATTER**, s. 43, **RIEMER**, s. 252.

[397] **ŞENOCAK**, s. 608; **PFAMMATTER**, s. 43; **RIEMER**, s. 252; **RASCHEIN**, s. 56. *Raschein*, kamusal menfaatleri ilgilendiren emredici hükümlere aykırılık bakımından, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralının dâva yoluyla iptal edilebilir olduğunun değil, batıl olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ölüme bağlı tasarrufun hukuka aykırılığının, kamusal menfaatlerin ihlâli sonucunu doğurduğu durumlarda, ölüme bağlı tasarrufun batıl olmasının gündeme gelebileceği ile ilgili olarak ayrıca bkz. **PIOTET**, SPR IV/1, s. 269.

[398] Yukarıda da değinilmiş olduğu üzere, öğretide bazı yazarlar, ölüme bağlı tasarrufun hukuka aykırı olması durumunda, Kanunda ilgili duruma ilişkin olarak, dâva yoluyla iptal edilebilirlik yaptırımının tercih edilmiş olmasına rağmen, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun batıl sayılması gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 336-337; **ŞENOCAK**, s. 608; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 293; **PFAMMATTER**, s. 43; **RIEMER**, s. 252; **RASCHEIN**, s. 56; **LOB**, Jean, Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse, Lausanne 1952, s. 48. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336'dan naklen.) *Escher*, şerhin üçüncü baskısında, tarımsal arazilerin bölünmesine ilişkin kuralların emredici olması nedeniyle, mirasbırakanın bu kurallara aykırı olarak öngördüğü ölüme bağlı tasarrufların batıl olduğunu şerhin ilk ve ikinci baskısında savunmuş olduğunu; ancak kanunkoyucunun hukuka aykırı ölüme bağlı tasarruflar bakımından açık bir şekilde dâva yoluyla iptal edilebilme yaptırımını öngörmüş olmasından yola çıkarak, şerhin üçüncü baskısında emredici kurallara aykırı ölüme bağlı tasarruflar bakımından iptal edilebilirlik yaptırımının düzenlenmiş olduğu fikrini savunmakta olduğunu belirtmektedir. Bkz. **ESCHER**, Vorbem. zu Art. 519-521, N. 1.

[399] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 43. Ayrıca bkz. **RASCHEIN**, s. 56. *Raschein*, tarımsal arazilerin bölünmesine ve devrine ilişkin hükümlerin kamusal menfaatlere ilişkin olduğunu ve bu çerçevede mirasbırakanın söz konusu hükümlere aykırı olarak öngördüğü paylaşma kurallarına ilişkin yaptırımın, dâva yoluyla iptal edilebilirliktense, butlan olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

anda artık yürürlükte olmayan 616. maddesi[400] ve bu madde çerçevesinde uygulama alanı bulan Zürih Kantonu İsviçre Medenî Kanunu'nun Uygulanmasına ilişkin Kanun'da 133. paragrafta (*§ 133 EG ZGB ZH*) düzenlenmiş, tarımsal arazilerin bölünmesindeki minimum sınırın 3 dönüme tekabül eden 30 ar[401] olduğuna ilişkin emredici kurala aykırıdır. *Pfammatter*,[402] söz konusu örnekte yer alan paylaşma kuralının kamusal menfaatleri ihlâl ettiğini, bu nedenle de ilgili paylaşma kuralının batıl sayılacağını ifade etmektedir.

Paylaşma kuralı bir üçüncü kişinin menfaatini zedelemekte de olabilir. Konuya ilişkin olarak, mirasbırakanın Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesinde[403] düzenlenmiş alacaklının hâkime başvurarak paylaşmaya bir kayyımın atanmasını talep etmesi ihtimalini ortadan kaldırmak üzere, paylaşmanın sadece mirasçılar arasında gerçekleşeceğini, paylaşmaya mirasçı olmayan bir kimsenin katılamayacağını düzenlediği paylaşma kuralı örnek olarak gösterilmektedir.[404] Üçüncü kişinin menfaatlerini ihlâl eden

---

[400] Bu madde, 4 Ekim 1991'de yürürlüğe giren Tarımsal Arazilere İlişkin Federal Kanun (*Bundesgesetz über das bäuerliches Bodenrecht*, SR 211.412.11)'un 92. maddesinin birinci bendi hükmü ile yürürlükten kalkmıştır.

[401] Tarımsal Arazilere İlişkin Federal Kanun'un (*Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht*), 5 Ekim 2007 tarihinde yapılan ve 1 Eylül 2008'de yürürlüğe giren düzenleme ile değişik 58. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, tarımsal arazilerin bölünmesindeki minimum sınır 2,5 dönüme karşılık gelen 25 ar'dır. İlgili hüküm, tarımsal arazilerin bölünmesindeki sınırın 25 ar olduğunu belirtmektedir. Söz konusu hükme göre, üzüm bağlarının bölünmesindeki sınırı ise, 1,5 dönüme karşılık gelen 15 ar oluşturmaktadır. Kantonlar bu sınırlardan daha fazla olacak şekilde, arazilerin bölünmesine ilişkin minimum sınır belirleyebilirler. Söz konusu hükmün Almanca metni şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Landwirtschaftliche Grundstücke dürfen nicht in Teilstücke unter 25 Aren aufgeteilt werden (Zerstückelungsverbot). Für Rebgrundstücke beträgt diese mindestfläche 15 Aren. Die Kantone können grössere Mindestflächen festlegen.*"

[402] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 43.

[403] Türk Medenî Kanunu'nun "II. Paylaşmaya kayyımın katılması" kenar başlığını taşıyan ilgili 648. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir: 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.

[404] Bu tür bir paylaşma kuralının batıl olacağına ilişkin olarak bkz. **ŞENOCAK**, s. 608. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesini karşılayan 609. maddesinin birinci fıkrasına aykırı paylaşma kuralının dâva yoluyla iptal edilebilirlik değil, butlan yaptırımına tabi olduğunu ifade eden yazar için bkz. **PFAMMATTER**, s. 43-44. Yaptırımı belirtmeksizin sadece ilgili hükmün emredici niteliği haiz olduğu hususuna değinen yazarlar için bkz. **STEIN-WIGGER**, s. 1141; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 28; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 116. *Tarnutzer-Münch/Abt* ve *Abt*, bu hüküm dışında, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesi ile 681. maddesini karşılayan, 603. maddesi ile 639. maddesinin emredici niteliği haiz olduğunu, müeyyideyi belirtmeksizin ifade etmektedirler. Bkz. **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 28; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 116. *Stein-Wigger* ve

paylaşma kuralına bir diğer örnek olarak *Şenocak*[405], mirasbırakanın, Türk Medenî Kanunu'nun 659. maddesine[406] tabi bir tarımsal işletmeyi, bu işletmenin kendisine özgülenmesini isteyen ve buna ehil olduğu anlaşılan mirasçının bu konuda sahip olduğu talep hakkını ortadan kaldıracak şekilde, işletmeye ehil olmayan bir diğer mirasçıya özgülemesini göstermekte ve bu hâlde ilgili paylaşma kuralının, Türk Medenî Kanunu'nun emredici niteliği haiz 662. maddesinin birinci fıkrasına[407] aykırı olduğunu ifade etmektedir.

Konuya ilişkin önem arzeden diğer bir hükmü de, Türk Medenî Kanunu'nun, aile konutu ile ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesinin düzenlendiği 652. maddesi oluşturur. Öğretideki baskın görüş,[408] ilgili

---

Şenocak, mirasbırakanın ilgili hükümlere aykırı paylaşma kuralları öngörmesinde, ilgili hükümlerin sadece mirasçıları bağlayacağını, ancak alacaklılar bakımından herhangi bir hüküm ve netice yaratmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **STEIN-WIGGER**, s. 1141; **ŞENOCAK**, s. 608, dpn. 39. *Riemer* ise, mirasbırakanın mirasçıların müteselsil sorumluluklarının söz konuus olmayacağına ilişkin düzenlemelerinin batıl olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **RIEMER**, s. 253.

[405] **ŞENOCAK**, s. 607. *Abt*, Türk Medenî Kanunu'nun anılan hükümlerine benzer bir hükmü örnek olarak göstermektedir. Yazar, Tarımsal Arazilere İlişkin Federal Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının emredici niteliği haiz olduğunu belirtmektedir. Bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 117. Anılan hüküm, mirasbırakanın, tarımsal işletmenin kendisine özgülenmesini isteyen ve buna ehil olan saklı pay sahibi bir mirasçının özgülemenin kendisine yapılmasına ilişkin talebini ortadan kaldıracak şekilde, söz konusu tarımsal işletmeyi kendisi bizzat işletmek istemeyen veya buna ehil olmayan bir yasal mirasçıya veya atanmış mirasçıya özgüleyemeyeceği düzenlemesini içermektedir. İlgili hükmün Almanca metni şu ifadeyi içermektedir: "*Der Erblasser kann einem pflichtteilsgeschützten Erben, der das Gewerbe selber bewirtschaften will und dafür als geeignet erscheint, den Anspruch auf Zuweisung nicht entziehen zugunsten eines Erben, der das Gewerbe nicht selber bewirtschaften will oder dafür nicht als geeignet erscheint, oder zugunsten eines eingesetzten Erben*."

[406] Türk Medenî Kanunu'nun 659. maddesinde, tarımsal işletmelerin paylaştırma dışında bırakılmasının koşulları düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası, terekede bulunan, ekonomik bütünlüğe ve yeterli tarımsal varlığa sahip bir tarımsal işletmenin, işletmeye ehil mirasçılardan birinin talepte bulunması hâlinde bu mirasçıya gelir değeri üzerinden bölünmeksizin özgüleneceğini hükmünü içermektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, bir işletmenin, değerinde azalma olmaksızın birden çok, yeterli tarımsal varlığa sahip işletmeye bölünebilecek nitelikte olması durumunda, sulh hâkiminin bunları, talepte bulunan ve işletmeye ehil olan birden çok mirasçıya ayrı ayrı özgüleyebileceği düzenlenmesine yer verilmiş bulunmaktadır.

[407] Türk Medenî Kanunu'nun 662. maddesinin birinci fıkrası şu hükmü ihtiva etmektedir: İşletmenin kendisine özgülenmesini isteyen ve buna ehil olduğu anlaşılan mirasçının bu konudaki istem hakkı, ölüme bağlı tasarrufla ortadan kaldırılamaz.

[408] **ŞENOCAK**, s. 609; **KILIÇOĞLU**, Ahmet Mithat., Medeni Kanun'umuzun Aile, Miras, Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2004, s. 294. İsviçre Hukuk öğretisinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 652. maddesini karşılayan 612a hükmünün emredici nitelikte olmadığını belirten yazarlar için bkz. **PFAMMATTER**, s. 50-51; **HAUSHEER**, Art. 219, N. 7; **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Bas. Komm., Art. 244, N. 4; **RUMO-JUNGO**, Handkomm., Art. 219, N. 14; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 612a, N. 10. Aksi görüşte bkz. **DRUEY**, Jean Nicolas, Art. 612a ZGB – Wirklich nur positiv?, AJP 1993, s. 126 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de, 119 II 323 sayılı Kararında İsviçre Medenî Kanunu'nun 612a hükmünün emredici nitelikte olmadığını ifade etmektedir. Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi de 21.9.1989 tarihli Kararında (ZBGR 72, s. 333), aynı hususu ifade etmektedir.

paylaşma kuralının emredici niteliği haiz olmadığını kabul etmekte ve bu çerçevede mirasbırakanın paylaşma kuralı ile aile konutu ve/veya ev eşyasını eşi dışındaki bir kimseye geçerli olarak özgüleyebileceği ifade edilmektedir. Ancak mirasbırakan, sağ kalan eşin, Türk Medenî Kanunu'nun 240. maddesinde[409] yer alan hakkını yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufla tek taraflı olarak ortadan kaldırdığı takdirde, söz konusu paylaşma kuralı hukuka aykırı sayılacak ve sağ kalan eş, ilgili maddede düzenlenmiş olan aile konutu ve ev eşyasına ilişkin hakkını talep edebilecektir.[410]

3) Mirasbırakanın Öngördüğü Paylaşma Kuralının Ahlâka Aykırılık Nedeniyle Geçersizliği

Ölüme bağlı tasarrufun ve bu çerçevede paylaşma kuralının içeriğinin ahlâka aykırı olması durumunda ilgili paylaşma kuralı yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere[411] geçersiz olacaktır. Ahlâka aykırılık bakımından, tıpkı hukuka aykırılıkta olduğu üzere, mirasbırakanın ilgili paylaşma kuralını öngörmekteki saikinin ahlâka aykırı olması ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması bakımından tek başına yeterli olmayacak;[412] ayrıca

---

[409] Türk Medenî Kanunu'nun anılan 240. maddesinin birinci fıkrası şu hükmü ihtiva etmektedir: "Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup, birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklemek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesi ile kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır." ifadesini taşımaktadır. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, sağ kalan eşin, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

[410] **ŞENOCAK**, s. 610; **GEISER**, Thomas / **HAUSHEER**, Heinz / **REUSSER**, Ruth, Berner Kommentar, Bd. II, I. Abt., 3. Teilband (Art. 181-220 ZGB), Bern 1992, Art. 219, N. 12.

[411] Mirasbırakan tarafından öngörülen ölüme bağlı tasarrufun konusunun ahlâka aykırı olması hâlinde, tıpkı hukuka aykırı ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi, butlan yaptırımının tercih edilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 336-337, **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 293; **PFAMMATTER**, s. 43; **RIEMER**, s. 252; **LOB**, Jean, Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse, Lausanne 1952, s. 48. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336'dan naklen.) *Escher*, ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarruflar bakımından Kanun'da iptal edilebilirlik yaptırımının düzenlenmiş olduğunu belirterek, ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı olduğu durumlarda, Kanun tarafından belirlenen bu yaptırımın pek de tatmin edici bir yaptırım olmadığını da ifade etmektedir. Bkz. **ESCHER**, Vorbem. zu Art. 519-521, N. 1.

[412] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 334; **DURAL/ÖZ**, s. 223; **ESCHER**, Art. 519, N. 5; **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 4; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, 37; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 119. Aksi görüşte bkz. **HATEMİ**, § 6, N. 30. *Hatemi*,

tasarrufun icrasının veya icra ile ortaya çıkması amaçlanan sonucun ahlâka aykırı olması aranacaktır.[413] İsviçre Federal Mahkemesi'nin, ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırılık nedeniyle geçersizliği bakımından aramakta olduğu bir diğer şart da, lehine tasarrufta bulunulan kimsenin, düzenlemenin yapılmasından önce, yapıldığı sırada veya yapılmasından sonra, bu kazandırmadan ve ana hatlarıyla kazandırmanın içeriğinden, mirasbırakan tarafından haberdar edilmiş olmasıdır.[414] Zira, öğretide bu kararı olumlu

---

mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yapmaktaki saikinin (vasiyetnamede, mirasbırakanın; miras sözleşmesinde tarafların ortak saiki), ahlâka aykırı olması durumunda, ilgili ölüme bağlı tasarrufun iptal edilebileceğini ifade etmektedir.

[413] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 334; **ESCHER**, Art. 519, N. 5; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 1. Öğretide diğer bazı yazarlar aynı hususu, saikin ahlâka aykırı olmasının tek başına yeterli olmayacağı, hâkimin ölüme bağlı tasarrufun icrası ile ortaya çıkan tüm sonuçları dikkate alacağını belirtmek suretiyle ifade etmektedirler. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/1, s. 90; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 119; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 37. İsviçre Federal Mahkemesi de mirasbırakanın saikinin ahlâka aykırı olmasının tek başına yeterli olmayacağı, tasarrufun icrasının veya tasarrufun icrası ile ortaya çıkacak sonucun ahlâka aykırı olmasının aranacağına ilişkin olarak çeşitli kararlar vermiştir. Bu kararlardan 73 II 15, 17 sayılı karara konu olayda eşinden mahkeme kararı ile ayrı yaşamakta olan bir erkek, dul olan mirasbırakanla arkadaşlık kurarak, düzenli olarak onu ziyaret etmiş ve ziyaret geldiği günlerde de mirasbırakanın evinde kalmıştı. Mirasbırakan, yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufla, terekesinin ¾'ünü, tasarrufta "müstakbel kocam" ifadesine yer vermek suretiyle, bu kimseye özgülemişti. Mirasbırakanın terekesinin ¾'ünün ölüme bağlı tasarrufa uygun olarak özgülenmesinden sonra, söz konusu kimse mahkeme kararı ile ayrı yaşadığı eşi ile tekrar bir araya gelmişti. Durumu, ilgili kimse hakkında yayınlanan bir makaleden öğrenen mirasbırakanın yasal mirasçıları, mirasbırakanın ilgili kimse tarafından, medenî haline ilişkin olarak yanıltıldığı gerekçesiyle, ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesi için dâva açmışlar ve fakat bu dâva reddedilmişti. Mahkemenin dâvayı reddetmesi üzerine mirasçılar, istinaf mahkemesine başvurmuşlardı. İstinaf mahkemesi ise, söz konusu olayda hata bulunmadığını, ancak ilgili ölüme bağlı tasarrufun, ortada zina olmasa bile, ölüme bağlı tasarrufun evlilik dışı ilişkilerin sonucu olarak yapıldığını, bu nedenle de ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu belirterek, ilgili ölüme bağlı tasarrufu iptal etmişti. Olay önüne gelen İsviçre Federal Mahkemesi, istinaf mahkemesi tarafından verilen kararı, mirasbırakanın, vasiyet alacaklısı kimsenin evlenme teklifine dayanarak, onun lehine vasiyette bulunmasının, tek başına ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı olması sonucunu doğurmayacağını; bu sonucun doğabilmesi için, ölüme bağlı tasarrufta öngörülen edimin veya ilgili ölüme bağlı tasarrufla mirasbırakanın güttüğü amacın veya sonucun (hukuka veya) ahlâka aykırı olması gerektiğini gerekçe göstererek bozmuştur. İsviçre Federal Mahkemesinin, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yapmaktaki saikinin ahlâka aykırı olmasının tek başına ilgili ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olması sonucunu doğurmayacağına ilişkin diğer bazı kararları için bkz. BGE 109 II 15, 17; 93 II 161, 165. Öğretide, *Abt* ve *Tarnutzer-Münch/Abt*, mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırılığının, ancak mirasbırakanın, bu özgüleme ile ahlâka aykırı bir durumun doğmasını amaçladığı veya en azından bunu öngördüğü durumlarda söz konusu olacağını; bu nedenle de mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yapmaktaki saikinin hiçbir önemi haiz olmadığının söylenemeyeceğini belirtmektedirler. Bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 119; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 34.

[414] Bkz. BGE 109 II 15, Erw. 1; 93 II 161 vd; 73 II 15; BGer 5C.81/2003. Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında (BGE 85 II 378), kazandırma lehtarı ölüme bağlı tasarruftan haberdar olduğu hâlde, ilgili ölüme bağlı tasarruf geçerli sayılmıştır. Bu karara konu olan olayda, mahkeme kararı ile karısından ayrı yaşamakta olan mirasbırakan, yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufta, hayatının son dokuz yılını birlikte geçirdiği kadın lehine olarak bir yükümlülük öngörmüştü. Söz konusu olayda, lehine yükümlülük öngörülen kimse, mirasbırakan ile sürdürdüğü evlilik dışı

karşılayan yazarlarca[415] da ifade edildiği üzere, kazandırma lehdarının ölüme bağlı tasarruftan haberdar olmadığı durumlarda, onu ahlâka aykırı davranışın kurulmasına veya devam ettirilmesine teşvik etme amacının varlığından söz edilemeyecektir. Özellikle evlilik dışı ilişki sürdürülen kimseler[416] lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar bakımından önem arzeden bu şart, sadece evlilik dışı ilişki sürdürülmesinin tek başına ahlâka aykırı sayılmaması;[417] bu çerçevede ilgili ölüme bağlı tasarrufun, lehine tasarrufta bulunulan kimseyi, evlilik dışı ilişkiyi kurmaya veya mevcut ilişkiyi sürdürmeye teşvik amacıyla, *pretium stupri*[418] teşkil eder şekilde yapılmasını gerektirmektedir.[419]

---

ilişkisinde ona manevî olarak destek olmuş ve uzun yıllar süren hastalığında ona hasta bakıcılık yapmıştı. Federal Mahkeme, bu kararında, mirasbırakanın, tasarrufun lehine yapıldığı kimseye karşı minnet duygusunu ortaya koymuş olduğunu ve ilgili kimsenin, tasarruftan haberdar olmasının da ilgili ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı sayılması sonucunu doğurmayacağını; zira, mirasbırakanın evlilik dışı ilişki sürdürdüğü bu kimsenin, tasarrufun varlığından haberdar olmakla birlikte içeriğine vakıf olmadığını; bu nedenle de mirasbırakanın kazandırma lehtarını evlilik dışı ilişki sürdürmek hususunda teşvik etmekte olmasından bahsedilemeyeceğini belirterek, ilgili ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

[415] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 334-335; **DURAL/ÖZ**, s. 223; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 90; **DRUEY**, § 12, N. 35; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 121; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 39; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 21

[416] Çalışmamızda 'evlilik dışı ilişki sürdürülen kimseler'den kastımız, taraflardan birinin evli olduğu beraberliklerde kendisi lehine ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunulan kimselerdir. Öğretide, "metres lehine tasarruf", "metres vasiyetnamesi" (*Verfügungen zu Gunsten einer Maîtresse*, Maîtressentestament) olarak da adlandırılan bu tür ilişkilerde taraflardan birinin evli olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/1, s. 90; **ABT**, Ungültigkeitskalge, s. 120; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 39; **AYAN**, s. 122.

[417] Evlilik dışı ilişki sürdürülen kimse lehine ölüme bağlı tasarruf yapılmasında, evlilik dışı ilişkinin varlığının, ilgili ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırılığı sonucunu doğurmayacağı hakkında bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 120; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 39; **EREN**, s. 56; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 73. *Serozan/Engin*, önceleri evlilik dışı ilişki sürdürülen kimseler lehine yapılan kazandırmaların, sırf kazandırmanın lehtarının mirasbırakanla olan evlilik dışı ilişkisi nedeniyle geçersiz sayılmakta olduğunu; ancak daha sonra bu anlayışın değiştiğini ifade etmektedir.

[418] "*Pretium stupri*", evlilik dışı cinsel ilişki talebi ile belli bir meblağın ödenmesi anlamına gelir ve daha ziyade 'hayat kadınlığı sözleşmesi'ndeki (*Dirnenvertrag, Prostitutionsvertrag*) bedeli ifade etmek üzere kullanılmaktadır. İsviçre Hukuku bakımından bu tür ahlâka aykırı ilişkiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ZUFFEREY-WERRO**, Jean-Baptiste, Le contrat contraire aux bonnes mœurs. Etude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes mœurs en droit suisse des contrats, Freiburg, 1988 (**ATEŞ**, Derya, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Doktora Tezi, Ankara, 2006, s. 56'dan naklen.)

[419] **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 73; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 90; **DRUEY**, § 12, N. 35; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 121. İsviçre Federal Mahkemesi de, 109 II 15 sayılı kararında (Erw. 1), evli bir adamın metresi lehine yaptığı özgülemenin, ancak bu kazandırmanın evlilik dışı ilişkinin teşvik edilmesi çerçevesinde, adeta bir *pretium stupri* teşkil etmesi hâlinde ancak, yapılan ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. 93 II 161, 165; 85 II 378, 380; 73 II 15, 17. Öğretide, "*pretium stupri*" ifadesine yer vermeksizin, metres lehine olarak, ölüme bağlı tasarrufla yapılan kazandırmaların, ancak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yapmaktaki amacının söz konusu evlilik dışı ilişkinin gerçekleştirilmesini veya sürdürülmesini teşvik

Bu hâlde konumuz bakımından önem arzeden hususu, *Pfammatter*[420] tarafından da ifade edildiği üzere, mirasbırakanın evlilik dışı ilişki sürdürdüğü kimseyi mirasçı atayarak, onun lehine bir paylaşma kuralı öngörmesi durumu oluşturur. Konuya ilişkin olarak *Pfammatter*,[421] İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda da değinilmiş olan[422] bir Kararını,[423] ele alarak; bu karara konu olan olayda, mirasçı ataması ile yan yana bulunan paylaşma kuralının, mirasbırakanın evlilik dışı ilişki sürdürdüğü bu kimseyi, eşinden ayrılmaya ikna etmek üzere mirasçı olarak atamış ve yine onun bilgisi dâhilinde evi de atamış olduğu bu kimseye özgülemiş olması ihtimalinde, hem mirasçı ataması işleminin hem de paylaşma kuralının ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olacağını ifade etmektedir. Yazar,[424] bazı durumlarda, sadece paylaşma kuralının geçersiz olabileceğini ifade ederek, evli bir mirasbırakanın, yıllardır kendisine bakmakta olan ve son yıllarını birlikte geçirdiği evlilik dışı ilişki sürdürdüğü kimseyi terekenin ½'si için mirasçı atayarak, sahibi olduğu evi de, mirasçı atadığı sevgilisi ile ayrı yaşamakta olduğu eşine özgülemesi durumunu örnek olarak göstermektedir. *Pfammatter*,[425] bu hâlde, mirasçı ataması işleminin geçersiz olmadığını,[426]

---

olması durumunda ahlâka aykırı sayılacağını ifade eden yazarlar için bkz. **ESCHER**, Art. 519, N. 5; **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 39; **FORNI/PIATTI**, Bas. Komm., Art. 519/520, N. 21; **MARXER**, Handkomm. zum SZ, Art. 519, 520, N. 1; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 335; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 293; **ANTALYA**, s. 265; **AYAN**, s. 122; **EREN**, s. 56. *Fankhauser* ise, boşanma hukukunda kusur prensibi ile ilgili yaklaşımın değişmiş olması nedeniyle, metres lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların ahlâka aykırı olduğuna ilişkin görüşün reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **FANKHAUSER**, Handkomm., Art. 519, N. 4.

[420] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 40.

[421] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 40.

[422] Yukarıda hukuka ve ahlâka aykırılık ile ilgili olarak yapılan açıklamalarda çeşitli vesilelerle değinilen bu Kararın geçtiği dipnotlar için bkz. dpn. 139, 158, 159, 164.

[423] Bkz. BGE 73 II 15, 17. İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararına konu olan olayda, dul bir mirasbırakan, Mahkeme kararı ile eşinden ayrı yaşamakta olan ve kendisine evlenme teklif etmiş olan bir adamı terekesinin ¾'ü için mirasçı olarak atamış ve evini, içindeki bütün eşyalarla birlikte miras payına mahsuben müstakbel kocası olan bu adama özgülemişti.

[424] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 40-41.

[425] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 41.

[426] Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere (bkz. bir önceki paragraf), bir kimsenin evlilik dışı ilişki sürdürdüğü kimse lehine yaptığı ölüme bağlı tasarruflar, sırf evlilik dışı ilişki sürdürülmesi nedeniyle ahlâka aykırı sayılmayıp, söz konusu olayda, mirasbırakanın tasarrufu yapmaktaki amacı, tasarrufun icrası ile ortaya çıkacak sonuç birlikte değerlendirilmek üzere ve lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kimsenin, tasarrufun içeriğinden veya en azından tasarrufun yapılmasından haberdar olması şartıyla ahlâka aykırı sayılacaktır. Aksi takdirde de, mirasbırakanın evlilik dışı ilişkinin kurulmasını veya devam eden evlilik dışı ilişkinin sürdürülmesini teşvik etmeyi amaçlamasından; dolayısıyla da ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırılığından bahsedilemeyecektir.

ancak, söz konusu olayda aynı evde yaşama, gerek atanmış mirasçı, gerek yasal mirasçı bakımından son derece acı verici ve katlanılmaz bir durum yaratacağından, paylaşma kuralının sonucu olarak ortaya çıkacak durumun ahlâka aykırı olacağını ve bu şekilde ilgili paylaşma kuralının geçersiz olacağını belirtmektedir.

Yine öğretide *Pfammatter*[427] tarafından ifade edildiği üzere, yasal mirasçılar lehine olarak öngörülen paylaşma kuralının ahlâka aykırı olması pek rastlanılır bir durum değildir. Ancak, somut olayda, yasal mirasçı lehine yapılan paylaşma kuralı ahlâka aykırı olduğu takdirde, söz konusu kural geçersiz olacak ve ilgili mirasçı paylaşmaya diğer mirasçılarla eşit şartlar altında katılacaktır.[428]

Paylaşma kuralının ahlâka aykırılığında, ahlâk anlayışının zaman içinde değişmesi durumunda (*Relativität der guten Sitten*) hangi andaki ahlâk anlayışının dikkate alınması gerektiğine ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bir görüş,[429] tasarrufun yapıldığı sırada geçerli ahlâk anlayışının esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir diğer görüş

---

[427] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 41.

[428] *Pfammatter*, İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 649. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 610. maddesinin uygulama alanı bulacağını ve bu şekilde mirasçının paylaşmaya, diğer mirasçılarla eşit haklara sahip olarak katılacağını ve öte yandan ilgili mirasçı lehine öngörülen paylaşma kuralı geçersiz olduğundan, diğer mirasçıların da, söz konusu değerin kendilerine özgülenmesini talep hakkına sahip olacaklarını ifade etmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 41.

[429] **ÖZTAN**, s. 207; **OĞUZMAN**, s. 188; **ANTALYA**, s. 263; **AYAN**, s. 121. Borçlar Hukuku işlemlerinde ahlâka aykırılık bakımından, tasarrufun yapıldığı andaki ahlâk anlayışı dikkate alınmaktadır. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 74, dpn. 112; **EREN**, s. 291; **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 83 vd., s. 126 vd.; **OSER**, Hugo / **SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, Zürcher Kommentar, Band V, Obligationenrecht, Teil 1-3, Zürich 1929 1936 1946, Art. 20 OR, N. 29; **HUGUENIN**, Bas. Komm., Art. 19/20 OR, N. 35. *Huguenin*, ahlâka aykırılığa ilişkin nitelemede kural olarak, sözleşmenin yapıldığı tarihin esas alınacağını; ancak, yapıldığı zaman bakımından ahlâka aykırı olan sözleşmenin, ahlâk anlayışının değişmesi nedeniyle ahlâka uygun hâle gelmesi durumunda, artık sözleşmenin geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ölüme bağlı tasarrufların ahlâka aykırılığı bakımından *Abt*, ivazlı miras sözleşmeleri bakımından, bu sözleşmelerin borçlar hukuku sözleşmeleri ile benzerliği nedeniyle, tasarrufun yapıldığı andaki ahlâk anlayışının esas alınabileceğini; ancak ivazlı miras sözleşmeleri dışında kalan diğer ölüme bağlı tasarruf türleri bakımından, belli bir kıstas benimsemektense *favor testamenti* prensibi ışığında ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 120. Ahlâk kurallarının zaman içinde değişmesi durumunda, kriterler belirleyerek bu çerçevede karar vermektense, tasarrufun ahlâka aykırı olup olmadığını favor testamenti prensibi çerçevesinde değerlendirmek gerektiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. **TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Praxiskomm., Art. 519, N. 38.

ise,[430] paylaşma kuralının ahlâka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde, hâkimin karar verdiği anda geçerli olan ahlâk anlayışının esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Paylaşma kuralının ahlâka aykırı olup olmadığının tespitinde, bir diğer önemli meseleyi hangi andaki fiilî ilişkilerin esas alınacağı oluşturur. Konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir görüş,[431] tasarrufun yapıldığı esnada taraflar arasındaki fiilî ilişkinin esas alınması gerektiğini ileri sürerken; bir diğer görüş,[432] tasarrufun açıldığı sırada taraflar arasındaki fiilî ilişkilerin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.

C) Paylaşma Kuralının İmkânsızlık Nedeniyle Geçersizliği

Pfammatter[433] tarafından da ifade edildiği üzere, paylaşma kuralının icrasının imkânsız olmasından bahsedilebilmesi için, paylaşma kuralının icrasının, objektif olarak, yani herkes bakımından imkânsız olması gerekir.

---

[430] Görüş taraftarlarına göre, hâkimin, karar anında mevcut ahlâk anlayışından ayrılması caiz değildir ve bu nedenle de ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı olup olmadığı, bu andaki ahlâk anlayışına göre belirlenecektir. Görüşü savunan yazarlar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 337; **KEUK**, Brigitte, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, Bonn, 1965, s. 17; **BARTHOLOMEYCZIK**, Horst, Erbrecht, 5. Aufl., München und Berlin, 1961; 8. Auflage, München, 1968, s. 114-115. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 337, dpn. 41'den naklen.) Ahlâka aykırılık bakımından hangi andaki ahlâk kurallarının esas alınması gerektiği meselesinde, vazlı miras sözleşmeleri bakımından birinci görüşü savunan *Abt*, daima favor testamenti prensibinin dikkate alınması gerektiğini belirtmekle birlikte, ivazlı miras sözleşmeleri dışındaki diğer tasarruflar bakımından, mirasın açıldığı andaki ahlâk anlayışının; eğer ahlâk anlayışında mirasın açılmasından sonra değişiklik olmuşsa, hâkimin karar verdiği andaki ahlâk anlayışının esas alınmasının doğru olacağı kanaatini taşımakta olduğunu belirtmektedir. Bkz. **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 120. Türk Hukuk öğretisinde *Serozan* da, ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırı olup olmadığının tespitinde, mirasbırakanın ölümü anında ahlâk kurallarının esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 69

[431] **ANTALYA**, s. 197; **AYAN**, s. 121. *Ayan*, mirasbırakanın, evlilik dışı ilişkinin sürdürülmesini teşvik amacıyla metresi lehine ve onun bilgisi dâhilinde, metresi lehine ölüme bağlı tasarruf yapmasında, geçersiz olan bu tasarrufun, daha sonra mirasbırakan metresi ile evlenmiş olsa dahi, geçerli hâle gelmeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 121-122.

[432] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 338. *Kocayusufpaşaoğlu*, ölüme bağlı tasarrufun ahlâka aykırılık nedeniyle geçersizliğinin mirasbırakanın sağlığında ileri sürülmesi durumunda, tasarrufun yapıldığı sırada mevcut fiilî ilişkilerin dikkate alınacağını; ancak geçersizliğin mirasbırakanın ölümünden sonra ileri sürülmesi durumunda, mirasın açıldığı andaki fiilî ilişkilerin esas alınacağını ifade etmektedir. Alman Hukuk öğretisinde azınlıkta olan bu görüşü savunmakta olan yazarlar için bkz. **KEUK**, Brigitte, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, Bonn, 1965, s. 18 vd.; **BARTHOLOMEYCZIK**, Horst, Erbrecht, 5. Aufl., München und Berlin, 1961; 8. Auflage, München, 1968, s. 114-115. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 338, dpn. 43'ten naklen.)

[433] **PFAMMATTER**, s. 44.

Pfammatter,[434] bu imkânsızlığın, mirasbırakan tarafından öngörülen maddî anlamda paylaşma kuralları bakımından gündeme gelebileceği gibi, şeklî anlamda paylaşma kuralları bakımından da söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Paylaşma kuralının imkânsızlığına örnek olarak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda paylaşma kuralı öngörerek, malvarlığında bulunan tek evi en küçük kızına özgülemesi; ancak mirasbırakanın ölümünde bu evin terekede mevcut olmaması gösterilebilir.[435] Öğretide,[436] mirasbırakanın özgülediği malın mirasın açıldığı anda terekede bulunmamasının, mirasbırakanın ilgili malı sağlığında devretmesinden kaynaklandığı durumlarda, mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruftan örtülü olarak dönmesi halinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Paylaşma kuralının imkânsızlığına ilişkin bir diğer örnek olarak, özgülemenin kendisine yapıldığı mirasçının, mirasın açıldığı anda hayatta olmaması gösterilmektedir.[437]

---

[434] **PFAMMATTER**, s. 44.

[435] Benzer örnekler için bkz. **ŞENOCAK**, s. 611; **PFAMMATTER**, s. 44; **STEIN-WIGGER**, s. 1142; **RIEMER**, s. 251, dpn. 36. *Riemer*, bu durumda, ölüme bağlı tasarrufun konusuz kalması (*Gegenstandslosigkeit der Verfügung*) halinin bulunduğunu ifade etmektedir. *Riemer*, mirasbırakanın ölümü anında mevcut olmayan veya miras yoluyla geçmeyen hakların özgülenmesi hâlinde, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olacağını ifade ederek; İsviçre Medenî Kanunu'nun 749. maddesinin birinci fıkrası (TMK m. 797/I) ile 776. maddesinin ikinci fıkralarına (TMK m. 823/II) değinmek suretiyle intifa ve oturma hakkını miras yoluyla geçmeyen haklara örnek olarak göstermektedir. Bkz. s. 251. *Piotet*, ölüme bağlı tasarrufun icrasının imkânsızlığına, mirasbırakanın, yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufta, çok önce bir yangında yanmış olan bir tabloyu vasiyet etmesini örnek olarak göstermektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/1, s. 272.

[436] **ÖZTAN**, s. 192; **ŞENOCAK**, s. 611. *Şenocak*, mirasbırakanın özgüleme konusu mal üzerinde sonradan tasarrufta bulunması durumunda, Türk Medenî Kanunu'nun 544. maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanması ile mirasbırakanın söz konusu ölüme bağlı tasarruftan örtülü olarak dönmesi halinin bulunduğunu ifade etmektedir. İlgili hüküm, "Belirli mal bırakma vasiyeti de, vasiyetnamede aksi belirtilmedikçe, mirasbırakanın sonradan o mal üzerinde bu vasiyetle bağdaşmayan başka bir tasarrufta bulunmasıyla ortadan kalkar." ifadesini taşımaktadır. İsviçre Hukuk öğretisinde, mirasbırakanın, özgüleme konusu değer üzerinde tasarruf etmesinin örtülü dönme anlamına geleceği hususunu ifade eden yazarlar için bkz. **DRUEY**, § 12, N. 61; **PFAMMATTER**, s. 44; **RIEMER**, s. 250, 251. *Riemer*, batıl ölüme bağlı tasarruflar başlığı altında, mirasbırakanın tasarruf yapmaya ilişkin iradesinin bulunmadığı veya açığa vurulmamış olduğu halleri saymaktadır. Yazar, bu çerçevede, İsviçre Medenî Kanunu'nun, 509. maddesinden başlayarak 512. maddesine kadar olan hükümlere (TMK m. 542-545) işaret ederek, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruftan döndüğü durumlarda ve keza İsviçre Medenî Kanunu'nun 513. maddesinden başlayarak 516. maddeye kadar olan hükümlere (TMK m. 546-549) işaret ederek, ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırıldığı durumlarda, dönülen veya ortadan kaldırılan tasarrufların batıl olduğunu ifade etmektedir.

[437] **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 252; **STEIN-WIGGER**, s. 1142. *Riemer*, imkânsızlık kapsamında görmediği ve irade sakatlığının özel bir türü olarak nitelendirdiği bu duruma ilişkin olarak, İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun sırasıyla 548. maddesinin birinci fıkrasını, 580. ve 581. maddelerini karşılayan 515. maddesinin birinci fıkrası ile 542. ve 543. maddelerine

Öğretide[438] imkânsızlığın, Borçlar Hukuku'nda yer alan imkânsızlık durumlarına paralel bir şekilde, başlangıçtaki imkânsızlık[439] veya sonraki imkânsızlık[440] olarak ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir.

Mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun konusunun imkânsız olması durumunda, ilgili ölüme bağlı tasarruf batıl olacaktır.[441] Mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralının imkânsızlığında, mirasbırakanın söz konusu paylaşma kuralının icrasının imkânsız olduğunu

---

değinmektedir. Bkz. **RIEMER**, s. 251. Türk Medenî Kanunu'nun 548. maddesinin birinci fıkrası "Mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişi mirasbırakanın ölümünde sağ değilse, miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar." ifadesini taşımaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 580. maddesinin birinci fıkrasında "Mirasçı olabilmek için, mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır." düzenlemesine yer verilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 581. maddesi ise, "Vasiyet alacaklısı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır." ifadesini ihtiva etmektedir. *Riemer*, özgülemenin kendisine yapıldığı tüzel kişinin mevcut olmamasını da ölüme bağlı tasarrufun batıl olduğu bir diğer durum olarak göstermektedir. Bkz. s. 251.

[438] **RIEMER**, s. 250; **EREN**, İptal, s. 108.

[439] *Riemer*, başlangıçtaki imkânsızlığa örnek olarak, mirasbırakanın, Kanun gereği tereke ile intikali mümkün olmayan bir hakkı mirasçıya özgülemesini göstermektedir. Bkz. **RIEMER**, s. 250, dpn. 35. *Riemer*, başlangıçtaki imkânsızlığın sonradan ortadan kalkmasının mümkün olmasına rağmen, bu imkânsızlığın ortadan kalkmamış olmasının da mümkün olduğunu ifade etmektedir. Yazar bu duruma örnek olarak, mirasbırakanın ileride edinmeyi düşündüğü malı ölüme bağlı tasarrufta mirasçıya özgülemesi ve fakat daha sonra söz konusu malı edinmemesini göstermektedir. Bkz. s. 250, dpn. 35. Ayrıca bkz. **EREN**, İptal, s. 108.

[440] *Riemer*, mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufta özgülediği malı daha sonra devretmesi hali ile, özgülemenin lehine yapıldığı kimsenin mirasın açılmasından önce ölmesi halini sonraki imkânsızlığa örnek olarak göstermektedir. Bkz. **RIEMER**, s. 250, dpn. 35. Türk Hukuk öğretisinde *Eren*, mirasbırakanın tasarrufu yaptığı sırada uyuşturucu maddenin devrinin ve intikalinin hukuka uygun sayıldığı ve fakat mirasın açıldığı anda ilgili uyuşturucu madde üzerinde tasarruf edilmesinin yasaklanmış olduğu bir durumda, mirasbırakanın uyuşturucu maddeyi mirasçısına özgülemesine ilişkin ölüme bağlı tasarrufu bakımından, Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendini karşılayan 499. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinin uygulama alanı bulmayacağını; bu hâlde Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi anlamında bir sonraki imkânsızlık halinin bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **EREN**, İptal, s. 108.

[441] **PFAMMATTER**, s. 44; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 271; **RIEMER**, s. 251; **STEIN-WIGGER**, s. 1142; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 108, dpn. 530; **EREN**, İptal, s. 108; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 250; **OĞUZMAN**, s. 104, 186. *Oğuzman*, Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin batıl olması sonucunu doğuran durumların düzenlendiği 20. maddesinde sözleşmenin konusunun hukuka ve ahlâka aykırılığının yanı sıra, sözleşmenin konusunun imkânsız olması halinin de düzenlenmiş olmasına rağmen, Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin üçüncü bendini karşılayan 499. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde ölüme bağlı tasarrufun hukuka ve ahlâka aykırı olması halinin düzenlendiğini ancak imkânsızlığının düzenlenmemiş olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, kanunkoyucu, hukuka ve ahlâka aykırı ölüme bağlı tasarruflarda, Borçlar Kanunu'nun öngördüğü yaptırımdan ayrılmak istediğinden bu düzenlemeyi getirmiş ve bu çerçevede imkânsızlık bakımından Borçlar Kanunu ile aynı yaptırımı benimsemekte olduğundan da, ölüme bağlı tasarrufun imkânsızlığına, söz konusu 499. maddenin birinci fıkrasının üçüncü bendinde yer vermemiştir. Bkz. 104. Aynı görüşte bkz. **PIOTET**, SPR IV/1, s. 271-272. İsviçre Federal Mahkemesi de, mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufun icrasının imkânsız olması durumunda, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun batıl olacağını ifade etmektedir. Bkz. BGE 89 II 182; 90 II 476.

bildiği durumlarda, ortada mirasbırakanın ciddî olmayarak yaptığı bir ölüme bağlı tasarrufun bulunduğu ifade edilmektedir.[442] Bu hâlde söz konusu ölüme bağlı tasarruf her hangi bir hukukî sonuç doğurmayacaktır.[443] Mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralının imkânsız olduğunu bilmemesi durumunda ise, her ne kadar mirasbırakan, tasarrufun icra edilebilirliği konusunda hataya düşmüş olsa da,[444] Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin ikinci bendinin uygulanması ile, ilgili paylaşma kuralının dâva yoluyla iptal edilebilir olduğunun kabul edilebilmesi mümkün değildir; zira bu hâlde, imkânsız paylaşma kuralının Türk Medenî Kanunu'nun 559. maddesinde düzenlenmiş iptal dâvası açmaya ilişkin sürelerin dolması nedeniyle geçerli hale gelmesi söz konusu olmayacaktır.[445] Bu nedenle öğretide,[446] mirasbırakanın, paylaşma kuralının icrasının imkânsız olduğunu bilmediği durumlarda da, söz konusu tasarrufun batıl olduğu belirtilmektedir.

---

[442] **DRUEY**, § 12, N. 61; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 266; **PFAMMATTER**, s. 44. **RIEMER**, s. 249.

[443] **DRUEY**, § 12, N. 61; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 266; **RIEMER**, s. 249; **PFAMMATTER**, s. 44; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 249. *Serozan/Engin*, konuya ilişkin olarak yaptığı açıklamalarda şu şekilde bir ifadeye yer vermektedir: "Yalan ve şaka vasiyetname kendiliğinden hükümsüz sayılır. Bu hâlde beyan şuuru eksiktir." *Oğuzman* da, şaka olarak yazılan bir yazının vasiyet niteliği taşımayacağını ifade etmektedir. Bkz. **OĞUZMAN**, s. 185.
İsviçre Federal Mahkemesi de, 56 II 246 sayılı Kararında, mirasbırakanın ciddî olmayarak yaptığı ölüme bağlı tasarrufun her hangi bir hukukî sonuç doğurmayacağını ifade etmiştir.

[444] *Riemer*, ölüme bağlı tasarruflarda butlan yaptırımına ilişkin olarak yapmış olduğu açıklamalarda, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesini karşılayan 519. ve 520. maddelerinde sayılan haller bakımından, uç durumlar (*Extremfälle*) olarak nitelendirdiği bazı durumlara yer vermekte ve bu çerçevede irade sakatlığı halinin uç durumu olarak değerlendirilebilecek bazı hususlara yer vermektedir. Yazar, bu hususlar arasında mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun icrasının mümkün olmadığını bilmemekte olmasını göstermekte ve bu durumu, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinin ikinci bendini karşılayan 519. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendi anlamında irade sakatlığının ve bu bağlamda hatanın uç bir hali olarak nitelendirmektedir. Bkz. **RIEMER**, s. 251.

[445] **RIEMER**, s. 251; **EREN**, İptal, s. 108.

[446] **RIEMER**, s. 250 vd.; **PFAMMATTER**, s. 45; **ABT**, Ungültigkeitsklage, s. 108, dpn. 530; **PIOTET,** SPR IV/1, s. 271-272; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 250; **ŞENOCAK**, s. 611; **EREN**, İptal, s. 108; **OĞUZMAN**, s. 104 ve ayrıca bkz. s. 184.

D) Paylaşma Kuralının Anlamsız ve Rahatsız Edici Nitelikte Olması Nedeniyle Geçersizliği

Öğretide *Pfammatter*[447] tarafından da ifade edildiği üzere, paylaşmanın gerçekleştirilmesine veya belli bir tereke değerinin belli bir mirasçıya özgülenmesine ilişkin paylaşma kurallarının anlamsız veya rahatsız edici nitelikte olması pek rastlanılır bir durum değildir. Fakat bir paylaşma kuralının, anlamsız veya rahatsız edici nitelikte olması durumunda, Türk Medenî Kanunu'nda, anlamsız veya rahatsız edici nitelikte paylaşma kurallarının tabi olacağı müeyyidenin doğrudan düzenlendiği bir hüküm bulunmadığından, bu tür paylaşma kuralları bakımından Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesinin üçüncü fıkrası kıyasen uygulama alanı bulacak ve bu tür paylaşma kuralları yazılmamış sayılacaktır.[448]

III. Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kurallarının Bağlayıcılığı

A) Paylaşma Kurallarının Bağlayıcılığının Mirasçıların Mirası Serbestçe Paylaşmaları Prensibi Karşısındaki Durumu

Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin ikinci fıkrasında, paylaşma kurallarının "mirasbırakan tarafından kastedilmemiş bir eşitsizlik hâlinde payların denkleştirilmesi olanağı saklı kalmak kaydıyla, mirasçılar için bağlayıcı" olduğu ifadesine yer verilmiştir.[449] Mirasbırakanın irade serbestîsi

---

[447] **PFAMMATTER**, s. 45.

[448] **ŞENOCAK**, s. 611 **PFAMMATTER**, s. 45; **STEIN-WIGGER**, s. 1142. *Stein-Wigger*, anlamsız ve rahatsız edici nitelikte nitelikteki paylaşma kuralları bakımından, bu tür kuralların hakkaniyete uygunluk veya açık bir şekilde hakkaniyete aykırılık kriterlerine başvurularak yapılandırılması ve bu şekilde söz konusu ölüme bağlı tasarrufların, mirasbırakanın bu yöndeki iradesi nedeniyle mümkün olduğu kadar ayakta tutulmasına ilişkin Alman Hukuk öğretisinde kabul edilen görüşün kabul edilmesi için bir sebep bulunmadığını ifade etmektedir. Alman Hukuk Öğretisinde ileri sürülen bu görüşle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. LANGE, Heinrich/KUCHINKE, Kurt, Lehrbuch des Erbrechts, 4. A., München, 1995, s. 1090. (STEIN-WIGGER, s. 1142, dpn. 65'ten naklen.)

[449] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 45; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 565-566; **İMRE**, s. 729; **İMRE/ERMAN**, s. 455; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 40; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 318. İsviçre Hukuku'nda, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî

prensibi çerçevesinde öngörmüş olduğu paylaşma kurallarının bağlayıcı olduğunun düzenlendiği Türk Medenî Kanunu'nda yer alan bu hüküm, mirasçıların kendi aralarında anlaşmak suretiyle terekeyi diledikleri gibi paylaşabilmelerini ifade eden mirasçıların irade serbestîsi[450] prensibi dikkate alınarak değerlendirilmek gerekir.[451]

Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin ikinci fıkrasında, aksine düzenleme olmadıkça mirasçıların paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırabilecekleri ifadesine yer verilmiştir. Bu hükümde yer alan "aksine düzenleme olmadıkça" ifadesinden, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının değil, sadece Kanun'da yer alan emredici hükümlerin[452] anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.[453] Bu çerçevede

---

Kanunu'nun 647. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 608. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarının, kural olarak bağlayıcı olduğu hakkında bkz. **ESCHER**, Art. 608, N. 3; **STEIN-WIGGER**, s. 1138; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 6; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 10; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 2; **SEEBERGER**, s. 23; **DRUEY**, § 16, N. 16; **WOLF**, s. 224.

[450] Bu prensibe ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, § 3, I.

[451] **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43; **ŞENOCAK**, s. 616; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702, 704. *Kocayusufpaşaoğlu*, bu ifadeye doğrudan yer vermemekle birlikte, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarını ve bu kuralların bağlayıcılığını incelerken, konuyu mirasbırakanın irade özerkliği (s. 702) ve mirasçıların irade özerkliği (s. 704) ayrımı üzerinden iki ayrı başlık altında ele almaktadır. İsviçre Hukuk öğretisinde mirasçıların irade serbestîsi çerçevesinde mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarının aksine anlaşmalar yapabileceklerine ilişkin olarak bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 10; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 14; **SEEBERGER**, s. 24; **WOLF**, s. 225; **PFAMMATTER**, s. 8, 31; **BAUMGARTNER**, s. 28; **STEIN-WIGGER**, s. 1146; **BREITSCHMID,** Peter / **KÜNZLE**, Hans Rainer, Landerbericht Schweiz, in: Grenzenloses Erbrecht – Grenzen des Erbrechts, Köln, 2004, s. 88. Yazarlar, gerek Kanun'da yer alan paylaşma kurallarının gerek mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarının, mirasçıların mirası serbestçe paylaşacakları kuralını sınırlamadığını ifade etmektedirler.

[452] Öğretide Kanunda yer alan emredici hükümlerin hangileri olduğu meselesi tartışmalıdır. Bu çerçevede Türk Medenî Kanunu'nun paylaşmada, alacaklıların paylaşmaya müdahalesinin düzenlendiği, 648. madde hükmü ile Kaynak Kanun'un ilgili maddeyi karşılayan 609. maddesinin birinci fıkrasının emredici nitelikte olduğuna ilişkin olarak bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43; **WEIBEL**, Praxiskomm., Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 8; **MEYER**, Handkomm., Art. 607, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 8; **ESCHER**, Vorbem., Teilungsart, N. 12; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 607, N. 4. Yine mirasçıların tereke borçlarından müteselsil olarak sorumlu olduklarının düzenlendiği Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesi ile bu maddeyi karşılayan Kaynak Kanun'un 603. maddesinin ve keza mirasçıların paylaşmadan sonra da tereke borçlarından müteselsil olarak sorumlu olduklarının düzenlendiği Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesi ile bu maddeyi karşılayan Kaynak Kanun'un 639. maddesinin emredici nitelikte olduğuna ilişkin olarak bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 7; **ESCHER**, Vorbem., Teilungsart, N. 12; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 607, N. 4; **MEYER**, Handkomm., Art. 607, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 8; **STEIN-WIGGER**, s. 1141; **PFAMMATTER**, s. 43; **SEEBERGER**, s. 21. Bir diğer emredici hükmü, Türk Medenî Kanunu'nun 649. maddesinin üçüncü fıkrası ile bu fıkrayı karşılayan Kaynak Kanun'un 610. maddesinin üçüncü fıkrasının oluşturduğuna ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Vorbem., Teilungsart, N.

mirasçılar aralarında anlaşarak gerek Kanun'da yer alan tamamlayıcı nitelikteki paylaşma kurallarının gerek mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmasını bertaraf edebilirler.[454] Başka bir ifade ile, daha önce yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere,[455] mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralları, yasada yer alan tamamlayıcı

12; **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 1. *Tuor/Picenoni*, Türk Medenî Kanunu'nun sırasıyla 650 ve 651. maddelerini karşılayan Kaynak Kanun'un 611 ve 612. maddelerinin de emredici niteliği haiz olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Art. 607, N. 1. Yazar, ayrıca, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 653. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan, 613. maddesinin birinci fıkrasının da emredici niteliği haiz olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Vorbem. zum zweiten Abschnitt, N. 10. *Pfammatter*, mirasçıların oybirliği ile anlaşarak bertaraf edemeyecekleri Kanun'da yer alan emredici niteliği haiz paylaşma kurallarına örnek olarak, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 643. maddesini karşılayan 605. maddesini göstermektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 9, dpn. 20. *Baumgartner* de, devletin yararına olan paylaşma hükümleri ile fiil ehliyetine sahip olmayan mirasçıların paylaşmada korunmasına ilişkin hükümlerin, üçüncü kişileri koruyan paylaşma hükümleri gibi emredici nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bkz. **BAUMGARTNER**, s. 28. Mirasçıların tereke borçlarından müteselsil sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm.

[453] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **ŞENOCAK**, s. 616; **İMRE**, s. 726; **İMRE/ERMAN**, 452-453; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43; **OĞUZMAN**, s. 326; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 44, 45. *Aral*, Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 586. maddesinin 586. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine ilişkin olarak yaptığı açıklamalarda, mirasçıların paylaşmayı serbestçe gerçekleştirmeleri prensibinin istisnalarının bulunduğunu ifade ederek, bu istisnalardan biri olarak, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile paylaşma kuralları koymasını göstermiş ve fakat bu başlık altında, mirasçıların oybirliği ile anlaşarak, mirasbırakanın paylaşma kurallarının uygulanmasını engelleyebileceklerini ifade etmiştir. Bkz. s. 45. İsviçre Hukuk Öğretisinde, mirasçıların terekeyi serbestçe paylaşmaları prensibinin istisnasını, Kanun'da yer alan emredici hükümlerin oluşturduğunu ifade eden yazarlar için bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 5; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 607, N. 3; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 607, N. 4; **DRUEY**, § 16, N. 61; **MEYER**, Handkomm., Art. 607, N. 2; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 677; **STEIN-WIGGER**, s. 1139; **SEEBERGER**, s. 24; **HAUSER**, s. 65; **WOLF**, s. 227; **RUMO-JUNGO**, Alexandra, Tafeln und Fälle zum Erbrecht unter Berücksichtigung des Internationalen Erbrecht und des Ehegüterrechts, Zürich Basel Genf, 2004, s. 173, 175; **RYFFEL**, s. 116; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 925; ayrıca bkz. IV/1, s. 165-166; **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 1, 2. *Tuor/Picenoni*, emredici hükümlerden, kamu yararını veya üçüncü kişilerin menfaatlerini koruyan hükümlerin anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Art. 607, N. 2. Öte yandan, İsviçre Hukuk Öğretisinde bazı yazarlar, Kanun'da yer alan emredici paylaşma kurallarının yanı sıra, mirasbırakanın paylaşma kuralları belirleyerek bir vasiyeti yerine getirme görevlisi ataması durumunda da, mirasçıların mirası serbestçe paylaşmaları prensibinin uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedirler. Bkz. **ESCHER**, Art. 518, N. 17; **TUOR**, Art. 518, N. 16; **BAUMGARTNER**, s. 16. Türk Hukuk Öğretisinde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566.

[454] **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 1; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 607, N. 4; **ESCHER,** Art. 607, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 5; **WOLF**, s. 225; **PFAMMATTER**, s. 9, 16-17; **MEYER**, Handkomm., Art. 607, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 6; Art. 607, N. 3; **SEEBERGER**, s. 108 vd.; **DRUEY**, § 16, N. 61; **WEIMAR**, s. 445; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 702, 704; **İMRE**, s. 725, 729; **İMRE/ERMAN**, s. 452, 455; **ŞENOCAK**, s. 615, 616; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43; **ARAL**, Taksim Dâvası s. 44, 45-46. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, mirasçıların aralarında anlaşmak suretiyle mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmasını bertaraf edebileceklerine ilişkin kararları için bkz. BGE 78 II 408, 409; 97 II 11.

[455] Bkz. Yukarıda Bu Bölüm, §. 4, I, dpn. 7 ve bu dipnota bağlı metin.

nitelikteki paylaşma kurallarının üstünde, mirasçıların aralarında anlaşarak belirledikleri paylaşma kuralları ise, gerek yasada yer alan tamamlayıcı nitelikteki paylaşma kurallarının gerek mirasbırakan tarafından öngörülmüş paylaşma kurallarının üzerinde yer alır.

Oybirliği prensibi[456] çerçevesinde, mirasçıların mirası serbestçe paylaşmaları bakımından, anlaşmayı birlikte yapmış olmaları şarttır.[457] Keza, mirasçıların oybirliği ile yaptıkları bu anlaşmaların, mirasbırakan tarafından

---

[456] Önemle belirtilmelidir ki, yasada yer alan paylaşma kurallarının bazıları, mirasçıların oybirliği ile anlaşmaları gerekmeksizin, sadece bir mirasçının veya mirasçılardan bir kaçının talep etmesi üzerine uygulama alanı bulmaktadır. Başka bir ifade ile ilgili paylaşma kurallarının uygulanmasında mirasçıların oybirliği ile anlaşmış olması aranmaz. *Tuor/Picenoni*, bu tür kurallara örnek olarak, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun, sırasıyla, 649. maddesinin üçüncü fıkrasını, 650. maddesinin ikinci fıkrasını ve 651. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan, 610. maddesinin üçüncü fıkrasının, 611. maddesinin ikinci fıkrasının ve 612. maddesinin üçüncü fıkrasının, bu tür kurallardan olduğunu belirtmiştir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 1. *Escher* de, mirasçılar arasında genelde oybirliği prensibinin geçerli olduğunu, ancak bu prensibin istisnalarının bulunduğunu belirterek, Kaynak Kanun'un, Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 611. maddesinin ikinci fıkrasını, oybirliği prensibinin Kanun'daki istisnalarından biri olarak göstermektedir. Bkz. **ESCHER**, Art. 607, N. 3. *Kocayusufpaşaoğlu* da, Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan, 590. maddesinin ikinci cümlesinin, tek mirasçının talebine hüküm ve sonuç bağlandığını belirtmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704, dpn. 12.

[457] Mirasçıların paylaşmayı serbestçe gerçekleştirmelerinde, bu serbestî, mirasçıların oybirliğiyle anlaşmaları durumunda söz konusu olacaktır. Bu çerçevede mirasçıların belli bir kısmının kendi aralarında anlaşmaları, gerek mirasbırakan tarafından öngörülen gerek Kanun'da yer alan paylaşma kuralının uygulanmasını bu şekilde bertaraf etmeyecektir. Başka bir ifade ile, mirasçıların mirası serbestçe paylaşmaları, ancak oybirliği ile anlaşmışlarsa söz konusu olacaktır. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 607, N. 1; **ESCHER**, Art. 607, N. 1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 5; **PFAMMATTER,** s. 9; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 607, N. 5; **WEIBEL**, Praxiskomm., Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 2; **BREITSCHMID**, Peter, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung (Herausgeber: Jean Nicholas DRUEY / Peter BREITSCHMID), Bern-Stuttgart-Wien 1997, s. 141-142; **WOLF**, s. 225; **STEIN-WIGGER**, s. 1146; **RYFFEL**, s. 171. *Druey*, mirasçıların oybirliği yapacakları anlaşmaların yasada yer alan tamamlayıcı nitelikte kuralların ve mirasbırakanın belirlediği paylaşma kurallarının üstünde olması bağlamında, mirasçılar oybirliği ile anlaşmak suretiyle her şeyi yapabilirler ("*Die Erben können alles, wenn sie einig sind.*") ifadesine yer vermektedir. Bkz. **DRUEY**, Teilung, s. 44. Türk Hukuk öğretisinde, mirasçıların, mirası serbestçe paylaşmaları prensibinin, ancak mirasçılar oybirliği ile anlaştıkları takdirde söz konusu olduğuna ilişkin olarak bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **ÖZTAN**, s. 385, 390; **İMRE**, s. 726; **İMRE/ERMAN**, s. 453; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 45; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 563; **DURAL/ÖZ**, s. 457; **ŞENOCAK**, s. 616; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43; **ANTALYA**, s. 315; **AYİTER**, Miras, s. 238. *Ayiter*, '*bütün mirasçılar anlaştıkları takdirde*', mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralının uygulama alanı bulmayacağını; ancak, paylaşma kuralının bir miras sözleşmesinde yer alması durumunda gerek sözleşmenin tarafı olan mirasçının gerek diğer mirasçıların bu paylaşma kuralının uygulanmasına itiraz edemeyeceklerini İsviçre Federal Mahkemesinin, mirasçıların mirası serbestçe paylaşmaları prensibinin söz konusu olabilmesi için, mirasçıların oybirliği ile anlaşmış olmalarının şart olduğuna ilişkin olarak bkz. BGE 97 II 11, 101 II 47; 85 II 554.

belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmasını bertaraf edebilmesi için, hukuka veya ahlâka aykırı olmaması da gerekir.[458]

Mirasbırakanın, paylaşma kuralları belirlemekle yetinmeyerek, bu paylaşma kurallarını yerine getirmek üzere bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atamış olduğu hâllerde, mirasçıların mirasbırakan tarafından öngörülen bu kurallardan farklı esaslar çerçevesinde mirası paylaşmalarının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.[459]

B) Mirasçılar Arasında Anlaşmanın Sağlanamamış Olması Hâlinde Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kurallarının Bağlayıcılığı

1) Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin ikinci fıkrasında, aksine düzenleme olmadıkça, mirasçıların paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştıracakları hükmüne yer verilmiştir. Mirasçılar arasında bu şekilde bir anlaşma bulunmaması durumunda, paylaşma, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralları çerçevesinde, eğer mirasbırakan paylaşma kuralları belirlemiş değilse, paylaşmanın nasıl yapılacağına ilişkin olarak Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen kurallar çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Mirasçılar, paylaşma kuralları belirleyerek veya belirlemeksizin, oybirliği ile mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmasını bertaraf etmiş olmadıkça, her bir mirasçı, açacağı bir dâva[460] ile diğer

---

[458] **PIOTET**, SPR IV/1, s. 166-167; **TUOR/PICENONI**, Art., 607, N. 2; **HAUSER**, s. 65; **PFAMMATTER**, s. 10, 17; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 9; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 57; **CHRIST**, Praxiskomm., Art. 518, N. 77.

[459] Bu tartışma için bkz. Aşağıda Bu Bölüm, § 6, III, C.

[460] *Wolf*, mirasın paylaşılmasına ilişkin anlaşma olmaması durumunda, her bir mirasçının, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesini karşılayan 604. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan talep çerçevesinde açacağı bir ifa dâvası veya inşaî dâva ile (Leistungs- oder Gestaltungsklage) paylaşmanın mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesini talep hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bkz. **WOLF**, s. 224. Mirasçıların paylaşmanın başka türlü yapılmasına ilişkin olarak anlaşamamaları durumunda, her bir mirasçının paylaşma dâvası açmak suretiyle mirasın mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları çerçevesinde gerçekleşmesini sağlayabileceğine ilişkin olarak bkz. **SCHAUFELBERGER**,

mirasçıları paylaşmanın mirasbırakan tarafından öngörülen kurallara uygun olarak paylaşılması hususunda zorlayabilir.[461]

Mirasbırakanın, paylaşma kuralları belirleyerek, ayrıca bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atamış olduğu durumlarda, mirasçıların, oybirliği ile mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmaması üzerinde anlaşmaya varmamış olmaları hâlinde, vasiyeti yerine getirme görevlisi, hazırlayacağı paylaşma planında, mirasbırakanın paylaşma kurallarını esas alacaktır.[462] Ancak, vasiyeti yerine getirme görevlisi

---

Bas. Komm., Art. 604, N. 5, Art. 608, N. 9; **ESCHER**, Art. 608, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 9; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 2; **STEIN-WIGGER**, s. 1143; **ŞENOCAK**, s. 614, dpn. 71.

[461] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **DURAL/ÖZ**, s. 457; **ŞENOCAK**, s. 614; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 3; **ESCHER**, Art. 608, N. 3; **SEEBERGER**, s. 24; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 6; **PFAMMATTER**, s. 11; **STEIN-WIGGER**, s. 1138, 1143. *Stein-Wigger*, Mirasbırakanın belli bir tereke eşyasının belli bir mirasçıya özgülenmesine ilişkin olarak koyduğu paylaşma kuralının iki taraflı bir yükümlülük yarattığını; bu çerçevede, bu şekilde lehine paylaşma kuralı öngörülen mirasçıya karşı diğer mirasçıların paylaşma kuralının gereğini yerine getirmekle yükümlü olduklarını ve dolayısıyla ilgili eşyanın söz konusu mirasçıya özgülenmesine katlanmakla yükümlü olduklarını; diğer taraftan ilgili mirasçının da diğer mirasçılara karşı paylaşma kuralı ile kendisine özgülenmesi öngörülen tereke eşyasının paylaşmada kendisine özgülenmesine katlanmakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 1138. Öğretide bazı yazarlar, doğrudan 'sadece lehine paylaşma kuralı öngörülen mirasçının değil, bütün mirasçıların paylaşmanın mirasbırakan tarafından öngörülmüş paylaşma kurallarına uygun olarak paylaşılmasını talep hakkına sahip olduklarını' belirtmemekle beraber, paylaşmanın mirasbırakan tarafından belirlenmiş paylaşma kurallarından farklı şekilde paylaşılmasına ilişkin olarak mirasçılar arasında yapılan anlaşmaya katılmayan 'her mirasçının' paylaşmanın, mirasbırakan tarafından öngörülmüş paylaşma kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesini talep hakkına sahip oldukları ifadesine yer vermektedirler. Bkz. **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **İMRE**, s. 729; **İMRE/ERMAN**, s. 455.

[462] Bu husus öğretide, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasbırakanın belirlediği paylaşma kurallarının uygulanmaması yönünde mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılmış bir anlaşma bulunduğu takdirde, artık vasiyeti yerine getirme görevlisinin paylaşmada mirasbırakanın belirlediği paylaşma kuralları ile bağlı olmadığı belirtilmek suretiyle, dolaylı şekilde ifade edilmiştir. Bu hususa ilişkin olarak bkz Aşağıda Bu Bölüm, § 6, III, C, 3. Öğretide bu ifadeye doğrudan yer veren yazarlar için bkz. **ÖZTAN**, s. 274-275; **ŞENOCAK**, s. 617; **CHRIST**, Praxiskomm., Art. 518, N. 72, 77; **WEIMAR**, s. 455; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 15; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 94; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 9; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 7; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 518, N. 2, 5. Mirasbırakanın, paylaşma kuralları belirleyerek, ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi atamış olduğu durumlarda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasçıların, mirasbırakanın paylaşma kurallarının uygulanmamasına ilişkin olarak oybirliği ile yaptıkları anlaşmaları değil, mirasbırakanın paylaşma kurallarını dikkate alacağı görüşünde olan *Tuor* ve *Escher* de, vasiyeti yerine getirme görevlisinin paylaşma planı hazırlarken mirasbırakanın paylaşma kurallarını dikkate alacağını ifade etmektedirler. Bkz. **TUOR**, Art. 518, N. 16; **ESCHER**, Art. 608, N. 3. *Şenocak* tarafından da ifade edildiği üzere, İsviçre Medenî Kanunu'nun 518. maddesinin ikinci fıkrası ile Türk Kanunu Medenîsi'nin, ilgili maddeyi karşılayan 498. maddesinin ikinci fıkrasında, Türk Medenî Kanunu'nun vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevlerinin düzenlendiği 552. maddesinden farklı olarak, açık bir şekilde vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasbırakanın paylaşma kuralları ile Kanun'da yer alan paylaşma kuralları çerçevesinde

tarafından hazırlanan bu plan tek başına mirasın paylaşılması sonucunu doğurmayacak; başka bir ifade ile vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından hazırlanan bu plan, ancak mirasçılardan biri hâkimden, paylaşma planı çerçevesinde mirasın paylaşılmasını talep ettiği veya mirasçılar paylaşma planı çerçevesinde mirası elden paylaştıkları yahut ilgili planı esas alarak yazılı paylaşma sözleşmesi yaptıkları takdirde, hukuk düzeninde paylaşmaya ilişkin bir hüküm ifade edecektir.[463] Öğretide *Pfammatter*[464] tarafından, konuya ilişkin verilen bir örnek şu şekildedir: Mirasbırakanın, mirasçıları olarak üç oğlu mevcuttur. Mirasbırakan, öngördüğü paylaşma kuralı ile terekede bulunan evi en büyük oğluna özgülemiştir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi, hazırladığı paylaşma planında, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralını dikkate alarak, evin paylaşmada mirasbırakanın en büyük oğluna özgülenmesine ilişkin düzenlemeye yer vermiştir. Mirasbırakanın en

---

paylaşmanın gerçekleşmesini sağlamakla yükümlü olduğu ifadesine yer verilmiştir. Bkz. **ŞENOCAK**, s. 616, dpn. 90. Bu şekilde bir ifade Türk Medenî Kanunu'nun 552. maddesinde yer almamaktadır. Buna rağmen, Türk Hukuk öğretisinde de, vasiyeti yerine getirme görevlisinin paylaşmada mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarını dikkate alacağı, çoğu zaman dolaylı olarak, ifade edilmiştir. Bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 208. *Serozan/Engin*, vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasbırakanın son arzularını yerine getirmekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Yine *Aral*, mirasbırakanın paylaşma kuralı öngörmemiş olması durumunda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin paylaşmada yasada yer alan paylaşma kurallarını dikkate alacağını ifade etmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 46.

[463] **DRUEY**, § 14, N. 68; **PFAMMATTER**, s. 19; **HAUSER**, s. 69; **WOLF**, Stephan, Die Teilung der Erbschaft durch den Willensvollstrecker, in: Willensvollstreckung - Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich/Basel/Genf 2006, s. 109; **TUOR**, Art. 518, N. 17; **KÜNZLE**, Handkomm., Art. 518, N. 54, 56 vd.; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 53 vd.; **CHRIST**, Praxiskomm., Art. 518, N. 72, 73; **WEIMAR**, s. 455. *Weimar*, hernekadar İsviçre Medenî Kanunu'nun 518. maddesinin ikinci fıkrasında, vasiyeti yerine getirme görevlisinin paylaşmayı tek taraflı bir işlemle gerçekleştirebileceği anlamı çıkarılabilecek şekilde "*Sie (Willensvollstrecker) ... die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen ... auszuführen*" ifadesine yer verilmiş olsa da, mirasçıların kendi aralarında anlaşamamaları durumunda vasiyeti yerine getirme görevlisinin tek taraflı bir hukukî işlemle paylaşmayı gerçekleştirmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704-705, 706; **ŞENOCAK**, s. 616; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 135. *Tuor* ve *Aral*, vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından hazırlanan paylaşma planının mirasçılar tarafından onaylanması ile bir yazılı paylaşma sözleşmesinin kurulmuş olacağını ifade etmektedirler. Bkz. **TUOR**, Art. 518, N. 17; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 135. *Şenocak* da, vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından hazırlanan paylaşma planının mirasçılar tarafından onaylanması ile birlikte ilgili paylaşma planının bağlayıcılık kazanacağını belirtmektedir. Bkz. **ŞENOCAK**, s. 616-617. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda (BGE 102 II 202) vasiyeti yerine getirme görevlisinin hazırladığı paylaşma planının tek başına paylaşma sonucunu doğurmayacağını; yine paylaşma planının sonuç doğurması için, paylaşma planına uygun bir şekilde mirasçıların mirası elden paylaşmaları veya paylaşma planına uygun olarak yazılı paylaşma sözleşmesi yapmaları gerektiğini (BGE 97 II 11; 102 II 197) ifade etmektedir.

[464] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 18. *Şenocak* da, konuyu açıklarken, benzer bir örnek vermektedir. Ancak bu örnekte, mirasbırakanın üç kızı vardır ve mirasbırakan, terekedeki tek taşınmaz olan evini, en büyük kızına özgülemiş ve bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atamıştır. Bkz. **ŞENOCAK**, s. 618.

büyük oğlu bu düzenlemeye rızasını bildirmiş; mirasbırakanın diğer oğulları ise, evin kendilerine özgülenmesini istediklerinden, paylaşma planına onay vermeyi reddetmişlerdir. Bu hâlde, kendisi lehine mirasbırakan tarafından paylaşma kuralı öngörülmüş olan mirasçı, paylaşmanın mirasbırakan tarafından belirlenen kurala uygun olarak gerçekleştirilmesi için paylaşma dâvası açma yoluna başvurabilir.[465] Ancak, ilgili mirasçının ve diğer mirasçıların paylaşma dâvası açmaya yanaşmamaları durumunda, öğretideki baskın görüş çerçevesinde,[466] paylaşma dâvası açmak hususunda yetkisi olmayan vasiyeti yerine getirme görevlisi ya miras ortaklığının paylaşma gerçekleşmeksizin sürmesine katlanacak ya da görevinden istifa edecektir.

Mirasbırakan tarafından öngörülen maddî nitelikteki paylaşma kuralları bakımından, paylaşma kuralı ile belli bir malın kendisine özgülendiği mirasçı,

---

[465] **ŞENOCAK**, s. 614; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **DURAL/ÖZ**, s. 457; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 135; **ESCHER**, Art. 608, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 3; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 676; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 6; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 60 vd.; **PFAMMATTER**, s. 11, 18; **SEEBERGER**, s. 24; **STEIN-WIGGER**, s. 1138, 1143.

[466] **DRUEY**, § 14, N. 68; § 16, N. 33 vd.; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 166; **HAUSER**, s. 65 vd. 70; **BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 147 vd ; **WOLF**, Willensvollstrecker, s. 122; **STEIN-WIGGER**, s. 1144 vd.; **PICENONI**, Vito, Probleme aus der Willensvollstreckung, ZBGR 50, 1969, s. 171 vd; **SEEBERGER**, s. 29; **ŞENOCAK**, s. 622; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308-309; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 80; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 135-136. Konuyla ilgili olarak öğretide ileri sürülen diğer bazı görüşler, baskın görüşe nazaran, vasiyeti yerine getirme görevlisinin yetkilerinin genişletilmesi eğilimini ihtiva etmektedirler. Bu görüşlerden biri, mirasçıların kendi aralarında uzlaşamamaları durumunda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasbırakanın paylaşma kuralları çerçevesinde paylaşmayı gerçekleştirmeye razı olan mirasçılarla kısmî paylaşma sözleşmesi yapma yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bu görüş öğretide *Pfammatter* ve *Weimar* tarafından kabul edilmektedir. Bkz. **WEIMAR**, s. 454 vd.; **PFAMMATTER**, s. 22 vd. Görüş taraftarlarından *Pfammatter*, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, miras ortaklığının ve bu çerçevede tüm mirasçıların temsilcisi olduğunu; bu çerçevede, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, terekeye dâhil değerler üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğunu ve bu şekilde paylaşma planına rıza göstermeyen mirasçıları temsilen, diğer mirasçılarla kısmı sübjektif paylaşma sözleşmesi yapabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 23-24. Konuya ilişkin olarak ileri sürülen diğer bir görüşün temelinde, Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin bir uygulaması bulunmaktadır. Bu uygulamaya göre, vasiyeti yerine getirme görevlisi, hazırlamış olduğu paylaşma planına rıza göstermeleri, eğer rıza göstermiyorlarsa dâva açmaları için mirasçılara süre verir ve bu sürede dâva açılmadığı takdirde paylaşma planının bağlayıcı hale geleceğini ihtar eder. Bu görüş pratik faydaları gerekçe gösterilerek *Tuor* ve *Esher* tarafından benimsenmektedir. Bkz. **TUOR**, Art. 518, N. 17; **ESCHER**, Art. 518, N. 19. Öğretide konuya ilişkin olarak ileri sürülen sonuncu görüş, *Karrer* tarafından yeniden gündeme getirilen bir görüştür ve bu görüş uyarınca, mirasçılar arasında anlaşmanın bir türlü sağlanamadığı durumlarda, vasiyeti yerine getirme görevlisi paylaşma dâvası açabilir. *Karrer*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesini karşılayan 604. maddesinde, paylaşma dâvası açabilecek kimseler arasında vasiyeti yerine getirme görevlisinin sayılmamış olmasını, kasıtlı susma olarak değil, kanun boşluğu (*Gesetzeslücke*) olarak nitelendirmektedir. Bkz. **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 66. Öğretide bu görüşlere ilişkin olarak ortaya konulan eleştiriler için bkz. **STEIN-WIGGER**, s. 1144 vd.; **ŞENOCAK**, s. 618 vd.; **WOLF**, Willensvollstrecker, s. 114 vd.; **WOLF**, s. 232 vd.

bu paylaşma kuralı ile, ilgili malın paylaşma esnasında kendisine özgülenmesine ilişkin bir talep hakkına[467] (veya öncelik hakkına)[468] sahip olur.

Mirasbırakanın, terekeden hangi mirasçının neyi alacağına ilişkin olarak öngördüğü paylaşma kuralında, malın ilgili mirasçıya özgülenmesini, ilgili mirasçı bakımından hem hak hem yükümlülük olarak düzenleyebileceği gibi,[469] sadece hak olarak da düzenlemiş olabilir.[470] Mirasbırakanın bu şekilde öngördüğü paylaşma kuralı ile ilgili malın özgülenmesi konusunda mirasçıya sadece hak mı tanıdığı, yoksa ilgili kuralı hem hak hem de yükümlülük olarak mı düzenlediği mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralının yorumlanması ile bulunacaktır.[471]

---

[467] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **ŞENOCAK**, s. 614 vd.; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 2; **DRUEY**, § 16, N. 63; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 6, 8.

[468] Öğretide bazı yazarlar, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralı ile mirasçıya, mala ilişkin talep hakkı vermiş olabileceği gibi, mirasçıya malın kendisine özgülenmesine ilişkin bir öncelik hakkı da vermiş olabileceğine değinmektedirler. Bkz. **ŞENOCAK**, s. 614 vd.; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 2. Öğretide *Seeberger* konuya ilişkin ikili bir ayrım yaparak, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralı ile mirasçıya sadece ilgili malın kendisine özgülenmesini isteme hakkı verilmesi durumunda ortada bir öncelik hakkının (*Vorrecht*); öte yandan hem ilgili malın kendisine özgülenmesini isteme hakkı verilmiş olup, hem de bu malın kendisine özgülenmesine katlanma yükümlülüğünün yüklenmiş olduğu hâllerde iktisâp yükümlülüğünün (*Übernahmeverpflicht*) bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. **SEEBERGER**, s. 159.

[469] **ŞENOCAK**, s. 614; **DRUEY**, § 16, N. 63; **SEEBERGER**, s. 158; **STEIN-WIGGER**, s. 1138; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 2, N. 26. Yazarlar, mirasbırakanın, paylaşma kuralı ile mirasçıya özgülemeyi talep hakkı vermiş olabileceği gibi, özgülemenin kendisine yapılmasına katlanma yükümlülüğü yüklemiş olabileceğini ifade etmekte ve bu ikinci durumu, en kötü hal olarak (*worst case*) nitelendirmektedirler. **PFAMMATTER**, s. 11. *Pfammatter*, 'paylaşma kuralı ile mirasçıya yükümlülük yüklenmesi' ifadesine yer vermemekle birlikte, 'mirasbırakanın terekede yer alan belli bir değerin mirasçılardan birine özgülenmesine ilişkin paylaşma kuralının diğer mirasçıların lehine olması' ifadesine yer vererek, bu hâllerde tereke değerinin kendisine özgülenmesine ilişkin olarak mirasbırakan tarafından paylaşma kuralı konulan mirasçının bu paylaşma kuralının uygulanmasından vazgeçmesinin, tek başına, ilgili paylaşma kuralının uygulanmasına engel olmayacağını; diğer mirasçıların, paylaşma kuralına uygun paylaşma konusunda söz konusu mirasçıyı zorlayabileceklerini belirtmektedir.

[470] **ŞENOCAK**, s. 614; **SEEBERGER**, s. 158; **STEIN-WIGGER**, s. 1138; **PFAMMATTER**, s. 11.

[471] **STEIN-WIGGER**, s. 1138; **SEEBERGER**, s. 158-159; **PFAMMATTER**, s. 11; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 6; **ŞENOCAK**, s. 615. Öğretide *Stein-Wigger*, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralının, paylaşma kuralında açıklık bulunmadığı durumlarda, mirasçıya sadece hak bahşettiğinin kabul edileceğine ilişkin görüşün, tıpkı, paylaşma kuralında açıklık bulunmadığı durumlarda, paylaşma kuralının, ilgili mirasçı bakımından hem hak hem yükümlülük yaratacağının kabul edileceğine ilişkin görüş gibi reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **STEIN-WIGGER**, s. 1138. Öğretide, *Seeberger*, açıklık bulunmadığı durumlarda, paylaşma kuralının mirasçıya ilgili malın kendisine özgülenmesini isteme hakkı ve ilgili malın paylaşmada kendisine özgülenmesine katlanma yükümlülüğü yarattığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz.

2) Mirasçıların Anlaşmaya Varamamış Olmalarına İstinaden Mirasbırakan Tarafından Öngörülen Paylaşma Kurallarının Uygulanması

Mirasbırakan, belli bir malın mirasçıya özgülenmesini öngördüğü maddî nitelikteki paylaşma kuralı ile, malın ilgili mirasçıya özgülenmesini, ilgili mirasçı bakımından hem hak hem de yükümlülük olarak düzenlemiş olduğu hâllerde, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralı ile terekedeki belli bir değerin kendisine özgülenmesini öngördüğü mirasçı, aksine diğer bütün mirasçılarla birlikte yaptığı bir anlaşma olmadıkça, paylaşmada malın kendisine özgülenmesinden vazgeçme (*Verzicht*)[472] hakkına sahip değildir; zira, bu hâlde, ilgili paylaşma kuralı söz konusu mirasçı bakımından sadece hak teşkil etmeyip, aynı zamanda yükümlülük teşkil etmektedir.[473]

Mirasbırakanın bu şekilde belli bir malın belli bir mirasçıya özgülenmesine ilişkin olarak öngördüğü paylaşma kuralı ile ilgili mirasçıya hem bu malın paylaşmada kendisine özgülenmesine ilişkin talep hakkı verip hem de ilgili mirasçıya malın paylaşmada kendisine özgülenmesine katlanmayı bir yükümlülük olarak yüklediği hâllerde, mirasbırakanın paylaşma kuralı ile malın kendisine özgülenmesini öngördüğü mirasçı, diğer mirasçıları, mirasbırakan tarafından konulan paylaşma kuralına uygun paylaşmaya zorlayabileceği gibi; diğer mirasçılar da ilgili mirasçıyı, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralları çerçevesinde paylaşmaya zorlayabilirler.[474]

SEEBERGER, s. 159. Öte yandan, *Hausheer/Aebi-Müller*, mirasbırakanın belli bir malın bir mirasçıya özgülenmesine ilişkin olarak öngördüğü paylaşma kuralının, açıklık bulunmadığı durumlarda sadece ilgili mirasçı bakımından söz konusu malın kendisine özgülenmesini talep etme hakkı vermiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini; bu çerçevede, ilgili mirasçının malın kendisine özgülenmesine katlanma yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna, paylaşma kuralından açıkça anlaşılmadıkça varılamayacağını ifade etmektedirler. Bkz. **HAUSHEER**, Heinz /**AEBI-MÜLLER**, Regina Elisabeth, Begünstigung des überlebenden Ehegatten, in: Güter- und erbrechtliche Planung, Herausgegeben von Jean Nicolas DRUEY / Peter BREITSCHMID, Bern-Stuttgart-Wien, 1999, s. 25.

[472] Paylaşma kuralının uygulanmasından vazgeçme hakkına değinen yazarlar için bkz. **WOLF**, s. 225; **PFAMMATTER**, s. 11; **STEIN-WIGGER**, s. 1139.

[473] **ŞENOCAK**, s. 614; **DRUEY**, § 16, N. 63; **SEEBERGER**, s. 158; **STEIN-WIGGER**, s. 1138; **PFAMMATTER**, s. 11.

[474] **STEIN-WIGGER**, s. 1138; **PFAMMATTER**, s. 11; **SEEBERGER**, s. 158; **ŞENOCAK**, s. 614. Konuya ilişkin olarak *Pfammatter* (Bkz. **PFAMMATTER**, s. 11-12) ve *Stein-Wigger* (Bkz. **STEIN-WIGGER**, s. 1139) tarafından verilen bir örnekte, mirasbırakanın bir oğul ve iki kızdan oluşan üç

Öte yandan, mirasbırakanın belli bir malın mirasçıya özgülenmesi bakımından ilgili malın kendisine özgülenmesi hususunda mirasçıya yükümlülük yüklemeksizin sadece hak tanıdığı hâllerde, ilgili mirasçı, mirasçıların oybirliği ile verecekleri kararla uygulanması bertaraf edilmemiş paylaşma kuralına dayanarak, ilgili kuralda kendisine özgülenmesi düzenlenmiş tereke eşyasının, paylaşmada kendisine özgülenmesini talep ettiği takdirde, paylaşma, mirasbırakan tarafından öngörülen kurallar çerçevesinde gerçekleşecektir.[475]

3) Mirasçıların Anlaşmaya Varamamış Olmalarına Rağmen Mirasbırakan Tarafından Öngörülen Paylaşma Kurallarının Uygulanmaması (Mirasçının Hakkından Vazgeçmesi)

Mirasbırakanın, belli bir malın mirasçıya özgülenmesi bakımından ilgili malın kendisine özgülenmesi hususunda mirasçıya yükümlülük yüklemeksizin sadece hak tanıdığı; başka bir ifade ile ilgili malın ancak lehine paylaşma kuralı öngörülen mirasçının malın kendisine özgülenmesini istemesi hâlinde, ilgili mirasçıya özgüleneceğini düzenlemiş olduğu hâllerde, ilgili mirasçı, paylaşma kuralı ile öngörülen değerin paylaşmada kendisine

---

mirasçısı vardır ve mirasçılar arasındaki gerginlik nedeniyle çekişmesiz bir paylaşma beklenmemektedir. Mirasbırakan, mirasçılar arasındaki çekişmeyi önlemek üzere, her birine miras paylarına denk bir tereke eşyasını ve bu arada oğluna da yazlık evi paylaşma kuralı öngörmek suretiyle özgüler. Bu hâlde mirasbırakanın oğlunun, paylaşma kuralından vazgeçmesi, ilgili paylaşma kuralının bağlayıcılığını etkilemeyecek; dolayısıyla mirasbırakanın kızları, mirasbırakanın oğlunun paylaşma kuralının uygulanmasından vazgeçmiş olmasına rağmen, paylaşmanın mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralına uygun olarak paylaşılması konusunda diğer mirasçı veya mirasçıları zorlayabileceklerdir. *Pfamatter*, dipnota bağlı metinde yer alan örneği verdikten sonra, konuya ilişkin olarak bir diğer örnek vermektedir. Buna göre, mirasbırakan, terekesini mirasçıları olan üç çocuğu, A, B ve C arasında paylaşma kuralı öngörmek suretiyle paylaştırır. Mirasçılardan A, paylaşma kuralı ile lehine doğan haktan vazgeçer. Buna rağmen A, B ve/veya C'nin paylaşma kuralının uygulanmasını talep etmeleri durumunda, hakkından vazgeçmiş olmasına rağmen, paylaşma kuralı ile mirasbırakan tarafından kendisine özgülenmesi öngörülmüş tereke eşyasının kendisine özgülenmesine katlanacaktır. Ancak A ile B, mirasbırakanın paylaşma kuralı ile her birine özgülenen tereke eşyasının, diğerine özgülenmesi konusunda anlaştıkları takdirde, C'nin bu anlaşmaya ilişkin yapabileceği hiçbir şey yoktur.

[475] **ŞENOCAK**, s. 614-615; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **SEEBERGER**, s. 159; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 2; **DRUEY**, § 16, N. 63; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 6, 8.

özgülenmesine ilişkin hakkından vazgeçebilir.[476] Diğer mirasçıların, böyle bir durumda, ilgili mirasçıyı, paylaşmada söz konusu malı iktisaba, başka bir ifade ile ilgili tereke eşyasının kendisine özgülenmesine zorlama hakları yoktur.[477]

Bu şekilde, mirasbırakanın paylaşma kuralı ile belli bir malın mirasçıya özgülenmesini sadece bir hak olarak düzenlemiş olduğu hâllerde, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralı ile kendisi lehine doğan haktan vazgeçen mirasçı, Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin birinci fıkrası hükmü çerçevesinde paylaşmaya diğer mirasçılarla eşit haklara sahip olarak katılacak, dolayısıyla artık mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralına dayanamayacaktır.[478]

Pfammatter[479] de konuya ilişkin olarak, mirasbırakanın belli bir malın mirasçıya özgülenmesine ilişkin olarak öngördüğü paylaşma kuralının mirasçı lehine sadece hak yaratıp yaratmadığının ve dolayısıyla mirasçının kendisine özgülenmesi öngörülen tereke değerinin özgülenmesinden vazgeçip vazgeçemeyeceğinin ilgili kuralın yorumu yoluyla anlaşılacağını ifade etmekle birlikte, tek bir hâlde kesin olarak mirasçının lehine konulan paylaşma

---

[476] **ŞENOCAK**, s. 614-615; **STEIN-WIGGER**, s. 1138-1139; **SEEBERGER**, s. 158; **PFAMMATTER**, s. 11. *Pfammatter* tarafından da belirtildiği üzere, mirasçının bu şekilde, kendisi lehine sadece paylaşma kuralında belirtilen tereke değerinin kendisine özgülenmesini isteme hakkı veren ve fakat bu malın özgülenmesi yükümlülüğünü yüklemeyen paylaşma kuralı ile doğan haktan vazgeçmesi, ilgili mirasçının miras payını etkilemeyecektir; zira, mirasçı, özgüleme konusu şeyin değerinden değil, söz konusu şeyin miras payına mahsuben kendisine özgülenmesinden vazgeçmektedir.

[477] **ŞENOCAK**, s. 615; **SEEBERGER**, s. 159.

[478] **ŞENOCAK**, s. 614-615. *Şenocak*, bu hâlde ilgili mirasçının paylaşmada yasal hükümlere dayanacağını ifade etmektedir. İsviçre Hukuk öğretisinde, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralının malın kendisine özgülenmesi bakımından mirasçı için sadece hak yarattığı hâllerde, ilgili mirasçının bu haktan vazgeçmesi durumunda bu mirasçının İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 607. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, paylaşmaya diğer mirasçılarla eşit haklara sahip olarak katılacağına ilişkin olarak bkz. **PFAMMATTER**, s. 11; **STEIN-WIGGER**, s. 1139. Mirasbırakanın terekeye dâhil bir değerin mirasçılardan birine özgülenmesine ilişkin olarak belirlediği kuralla, ilgili mirasçıya yükümlülük mü yüklediği yoksa sadece hak mı tanıdığı, yine yorum yoluyla belirlenecektir. *Stein-Wigger*, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralının malın kendisine özgülenmesinin düzenlendiği mirasçı açısından sadece hak yarattığının, paylaşma kuralının yorumu ile ortaya çıkarılmasına örnek olarak, mirasbırakanın belirlediği paylaşma kuralı ile, üç çocuğu arasından kış sporlarına çok düşkün olan oğluna dağ evini özgülemesini göstermekte ve bu hâlde, mirasbırakanın oğlunun, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralı ile lehine doğan dağ evinin kendisine özgülenmesini isteme hakkından vazgeçebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **STEIN-WIGGER**, s. 1139.

[479] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 11.

kuralından vazgeçme hakkının bulunduğunu; bu hâlin de, mirasbırakan tarafından paylaşma kuralında mirasçıya, birden fazla tereke eşyası arasında payına mahsup edilmek üzere birden fazla tereke eşyasının belirlenmesi ve mirasçıya bunlar arasında miras payına mahsuben hangi tereke eşyasının özgüleneceğini belirlemek üzere seçim hakkının (*Wahlrecht*)[480] verilmesi olduğunu belirtmektedir.

C) Mirasçılar Arasında Anlaşmanın Sağlanmış Olması Hâlinde Mirasbırakan Tarafından Belirlenen Paylaşma Kurallarının Bağlayıcılığı

1) Genel Olarak

İrade serbestîsi prensibi çerçevesinde mirasçılar kendi aralarında oybirliği ile anlaşmak suretiyle, mirası serbestçe paylaşırlar. Bu çerçevede mirasçılar, mirasbırakanın paylaşma kurallarını benimseyerek, kendi aralarında oybirliği ile yapacakları bir anlaşma ile paylaşmanın mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları çerçevesinde paylaşılmasına karar verebilecekleri gibi; paylaşmada uygulanacak kuralları belirleyerek veya belirlemeksizin, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmamasını sağlayabilirler.

2) Mirasçıların Oybirliği ile Mirasbırakanın Belirlediği Paylaşma Kurallarının Uygulanması Hususunda Anlaşmaları Hâlinde

Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca mirasçılar, aksine düzenleme olmadıkça paylaşmanın nasıl yapılacağını

[480] Mirasbırakan tarafından, öngördüğü paylaşma kuralı ile, belli bir mirasçı lehine, payına mahsup edilecek terek eşyasını belirlemek üzere bir seçim hakkı verilebileceğine ilişkin olarak bkz. **PFAMMATTER**, s. 11; **DRUEY**, § 16, N. 63.

serbestçe kararlaştırırlar.[481] Dolayısıyla mirasçılar, terekeyi mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralları çerçevesinde paylaşmak hususunda anlaşmış olabilirler. Bu hâlde, mirasçılar mirasbırakanın belirlemiş olduğu paylaşma kurallarına uygun olarak, terekeyi elden paylaşabilecekleri gibi, paylaşma kurallarına uygun bir yazılı paylaşma sözleşmesi yapmak suretiyle de paylaşabilirler. Keza, mirasbırakanın, paylaşma kuralları belirlemekle kalmayıp, bu kuralları yerine getirmek üzere bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atadığı hâllerde, vasiyeti yerine getirme görevlisi, hâlihazırda terekeyi mirasbırakan tarafından belirlenmiş paylaşma kuralları doğrultusunda paylaşmak isteyen mirasçılar için, paylaşma işleminin mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları çerçevesinde paylaşılmasını sağlayacaktır.[482]

3) Mirasçıların Oybirliği ile Mirasbırakanın Belirlediği Paylaşma Kurallarının Uygulanmaması Hususunda Anlaşmaları

a) Mirasçıların Paylaşma Kuralları Belirlemeleri Hâlinde

Öğretide *Breitschmid*[483] tarafından ifade edildiği üzere, mirasçılar, paylaşma serbestîsi prensibi çerçevesinde, '*paylaşmanın gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğini, paylaşmanın ne zaman, nasıl ve hangi mahsup değeri üzerinden gerçekleştirileceğini*'[484] oybirliği ile anlaşmak suretiyle

---

[481] **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 5; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 607, N. 3; **WOLF**, s. 225; **DRUEY**, § 16, N. 61; **PFAMMATTER**, s. 8.

[482] Öğretide, mirasçıların terekeyi mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları çerçevesinde paylaşabilmeleri konusuna değinilmiş değildir. Kanaatimizce konuya değinilmemesinin nedeni, terekeyi, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarından farklı bir şekilde paylaşabilecek mirasçıların, evleviyetle paylaşmayı mirasbırakanın belirlediği paylaşma kurallarına uygun olarak gerçekleştirebilecek olmalarıdır. Burada, mirasçıların terekeyi mirasbırakanın belirlediği paylaşma kurallarına uygun olarak paylaşabilecekleri hususuna ise, konunun açıklanmasında takip edilen sistematik nedeniyle değinilmiştir.

[483] Bkz. **BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 141-142.

[484] *Breitschmid*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan, 607. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan mirasçıların paylaşma serbestîsi prensibini (*Prinzip der freien Erbteilung*) ifade etmek üzere şu ifadeye yer vermektedir: *Die*

belirleme imkânına sahiptirler. Bu çerçevede, yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere,[485] mirasçılar, terekenin mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları çerçevesinde değil, kendi belirledikleri paylaşma kuralları çerçevesinde paylaşılması üzerinde oybirliği ile anlaşmaya varmış olabilirler.[486] Bu hâlde, mirasbırakanın tamamlayıcı nitelikteki paylaşma kuralları uygulama alanı bulmayacak ve paylaşma mirasçıların belirledikleri kurallar çerçevesinde gerçekleşecektir.

Mirasbırakanın sadece paylaşma kuralları belirlemekle kalmayıp, ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi atadığı hallerde,[487] mirasbırakanın oybirliği ile anlaşmak suretiyle, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmasını bertaraf edip edemeyecekleri; başka bir ifade ile, bu hâlde vasiyeti yerine getirme görevlisinin, paylaşmada, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarını mı, yoksa mirasçıların

---

Erben bestimmen (einstimmig! ...) (1) ob, (2) wann, (3) wie, (4) zu welchem Anrechnungswert geteilt wird. Bkz. **BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 141-142.

[485] Bkz. Bu Bölüm, § 6, III, A.

[486] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **DURAL/ÖZ**, s. 457; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 45; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 10; **PFAMMATTER**, s. 8 vd.; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 14; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 2; **DRUEY**, § 16, N. 61. *Druey*, ölmüş olan mirasbırakanın, mirasçıların oybirliği ile kendisi tarafından belirlenmiş paylaşma kurallarının uygulanmaması hususunda anlaşmış olmalarında tümüyle etkisiz olacağını ifade etmektedir.

[487] *Pfammatter*, mirasbırakanın paylaşma kuralları öngörüp, ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi atamış olduğu hallerde, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, paylaşmada, mirasçıların oybirliği ile belirledikleri ve mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarına aykırı olan paylaşma kurallarını mı, yoksa mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarını mı esas alacağına ilişkin tartışmanın, paylaşma kuralları belirleyen mirasbırakanın ayrıca bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atamakla güttüğü amaçla ilgili olduğunu ifade etmektedir. Yazar, paylaşma kuralları belirleyen mirasbırakanın, ayrıca bir de vasiyeti yerine getirme görevlisi ataması hâlinde, mirasbırakanın saikiyle ilgili iki ayrı görüş olduğunu belirtmiştir: Bu görüşlerden ilki, paylaşma kuralları öngören mirasçının ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi atamakla güttüğü amacın, paylaşmanın kendi arzuları doğrultusunda gerçekleşmesini sağlamak olduğunu savunmaktadır. Bu şekilde mirasbırakan, iradesi zayıf, kolay kandırılabilen bir mirasçısını korumak amacı güdebileceği gibi, sadece paylaşmanın son arzularına uygun bir şekilde gerçekleşmesini sağlayarak, mirasçılarına son bir kez daha kimin daha güçlü olduğunu göstermek niyetinde de olabilir. Öğretide bu görüş, Eugen Huber tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. **HUBER**, Eugen, Erläuterungen zum Vorentwurf des schweizerische Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Bern 1914, s. 322 (PFAMMATTER, s. 14, dpn. 35'ten naklen.) Görüşlerden ikincisi, mirasbırakanın paylaşma kuralları belirleyip, ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi atamakla güttüğü amacın, mirasçılarına paylaşmada yardım edecek bir kimseyi belirlemek olduğunu savunmaktadır. (*Pfammatter* de bu görüşü savunur görünmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 9.) Bu görüşe göre, terekenin mirasçılar arasında paylaşılması, çoğu zaman mirasçıların yoksun oldukları, hukukî ve ticarî bilgi birikimini gerektiri. İşte mirasbırakanın, paylaşma kuralları belirleyip ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi atamakla güttüğü amaç, mirasçılara ihtiyaç duydukları bu desteği sağlamak, paylaşmada onlara yardımcı olmaktır. **PFAMMATTER**, s. 14, 15'ten naklen.

mirasbırakanın paylaşma kuralların ile çelişen kendi aralarında oybirliği ile yaptıkları anlaşmayı mı esas alacağı tartışmalıdır.

Konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir görüş,[488] bu hâlde, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, paylaşmayı, mirasçıların oybirliği ile yapmış oldukları mirasbırakanın paylaşma kurallarının uygulanmamasına ilişkin anlaşmaya rağmen, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarını esas alacağı yönündedir. Bu görüş, İsviçre Medenî Kanunu'nun 518. maddesinin ikinci fıkrasının[489] sözünü esas almaktadır. Kaynak Kanun'un ilgili hükmünü karşılayan Türk Medenî Kanunu'nun 551, 552, 553 ve 556. maddeleri[490], bu şekilde ibare ihtiva etmemekte, sadece Türk Medenî Kanunu'nun vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevlerinin sayıldığı 552. maddesinin birinci fıkrasında vasiyeti yerine getirme görevlisinin 'mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkili' olduğu, aynı maddenin ikinci fıkrasının beşinci bendinde de vasiyeti yerine getirme görevlisinin terekenin paylaşılması için plan hazırlayacağı düzenlemesine yer verilmiş bulunmaktadır.[491] Görüş taraftarlarından *Escher*,[492] sadece İsviçre Medenî Kanunu'nun, vasiyeti yerine getirme

---

[488] Bkz. **ESCHER**, Art. 518, N. 17; **TUOR**, Art. 518, N. 16; **BAUMGARTNER**, s. 16; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 262; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 41; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **İMRE**, s. 729, dpn. 9. Görüş taraftarlarından *Escher*, mirasbırakanın, paylaşma kuralları belirlemeksizin bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atadığı durumlarda, ilgili vasiyeti yerine getrime görevlisinin, mirasçıların oybirliği ile yaptıkları anlaşmaları dikkate alacağını kabul etmekle birlikte, mirasbırakanın paylaşma kuralları öngörüp, ayrıca bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atadığı hallerde, vasiyeti yerine getirme görevlisinin paylaşmada mirasçıların oybirliği ile yaptıkları anlaşmaları değil, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarını esas alacağını ifade etmektedir. Bkz. **ESCHER**, Art. 518, N. 17.

[489] İsviçre Medenî Kanunu'nun 518. maddesinin ikinci fıkrası, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, paylaşmayı mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarına veya Kanun'daki hükümlere göre yürüteceği (*Sie… die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes ausuführen*) ifadesini taşımaktadır.

[490] İsviçre Medenî Kanunu'nda vasiyeti yerine getirme görevliliği 517. ve 518. maddelerde, toplam iki madde olarak düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu'nda ise, vasiyeti yerine getirme görevliliği, miras hukuku başlığını taşıyan üçüncü kitap, ikinci bölüm, beşinci ayrım altında, 550. maddeden başlayarak, 556. madde de dâhil olmak üzere, yedi maddede düzenlenmiştir.

[491] *Şenocak*, konuya ilişkin olarak, Türk Kanunu Medenîsi'nin, İsviçre Medenî Kanunu'nun 518. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 498. maddesinin ikinci fıkrası ifadesinin daha açık olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **ŞENOCAK**, s. 616, dpn. 90. Türk Kanunu Medenîsi'nin ilgili hükmünde, Kaynak Kanun'un 518. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne paralel şekilde, "Tenfiz memuru, … vasiyetçinin emirlerine veya kanuna göre terekeyi taksim ile mükelleftir." ifadesine yer verilmiş bulunmaktaydı.

[492] Bkz. **ESCHER**, Art. 518, N. 17.

görevlisinin görevlerinin düzenlendiği 518. maddesinde geçen ifadenin yanı sıra, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasbırakanın iradesini temsil ettiğini ve bu şekilde, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarının, mirasçılar tarafından oybirliği ile belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmasını engelleyeceğini ifade etmektedir. Yine görüş taraftarlarından *Baumgartner*,[493] mirasbırakanın paylaşma kuralları belirlemekle güttüğü amacın, kavgasız ve çekişmesiz bir paylaşmanın gerçekleşmesini sağlamak olduğunu ifade ederek; mirasbırakanın çoğu durumda, iradesi zayıf ve diğerleri tarafından kolaylıkla kandırılabilecek bir mirasçıyı korumak amacıyla paylaşma kuralı öngörmüş olduğunu, şayet, vasiyeti yerine getirme

[493] Bkz. **BAUMGARTNER**, s. 16. *Baumgartner* tarafından birinci görüşü savunmak üzere ortaya konulan bu argüman, öğretide bir çok yazar tarafından eleştirilmiştir. Görüşü savunmak üzere ortaya konulan bu argümanı eleştirenlerden *Breitschmid*, mirasbırakanın paylaşma kuralları belirleyerek ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi atadığı hallerde, mirasbırakanın, mirasçılar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları bertaraf etme amacı güttüğünün kabulü ve bu şekilde, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasçıların hepsinin aksi yöndeki iradesine rağmen, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarını uygulayacağının kabul edilmesinde, aksayan noktanın, hâlihazırda mirasçılar arasından oybirliği ile paylaşma kuralları belirlenmiş olduğundan bir anlaşmazlığın söz konusu olmamasının ve bu şekilde mirasbırakanın paylaşma kurallarına öncelik verilmesini gerektiren bir çekişmenin bulunmamasının oluşturduğunu ifade etmektedir. Bkz. **BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 145. Mirasbırakanın paylaşma kuralları belirleyerek, ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi atadığı hallerde, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasçılar oybirliği ile aksini isteseler dahi, mirasbırakanın paylaşma kurallarına göre paylaşma işlemini yürütmesi gerektiğine ilişkin görüşü savunmak üzere ileri sürülen, mirasbırakanın zayıf durumda olan mirasçısının diğer mirasçılar tarafından sömürülmesine engel olunmuş olacağına ilişkin argüman da *Stein-Wigger* tarafından eleştirilmiştir. Bu çerçevede *Stein-Wigger*, mirasçıların, gabinden korunmasının, miras hukuku ile ilgili bir konu olmayıp, borçlar hukukunun konusunu oluşturduğunu; mirasçılar arasında bu şekilde bir mirasçı olması durumunda, olsa olsa vesayete ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Bkz. **STEIN-WIGGER**, s. 1140. *Baumgartner* tarafından ortaya konulan argümanı eleştirenlerden biri de *Pfammatter*'dir. *Pfammatter*, mirasbırakanın paylaşma kuralları belirlediği hallerde, ayrıca bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atamakla güttüğü amacın, mirasçıları korumak olduğu gerekçe gösterilerek, bu hallerde mirasbırakanın paylaşma kurallarına, mirasçıların hepsinin aksi yöndeki iradesi karşısında mutlak öncelik vermenin, oybirliği ile anlaşmış olan mirasçıların, mirasbırakanın kendilerini korumasına ihtiyaç duymamaları karşısında, temelden yoksun olduğunu; keza mirasçılar arasında korunmaya muhtaç bir kimsenin olabileceğine ilişkin argümanın da, mirasçının, mirasçılar arasında bir cenin bulunması durumunda paylaşmanın ertelenmesinin düzenlendiği İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 643. maddesini karşılayan 605. maddesi gibi bir takım başka kurallarla, hâlihazırda korunmakta olması karşısında, savunulur bir yanının bulunmadığını; keza bu korunmaya muhtaç olduğu varsayılan, kolay kandırılabilen, zayıf iradeli mirasçının, kendisi lehine mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralından vazgeçmesinin, mirasbırakan tarafından dahi engellenemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 9. *Baumgartner* tarafından ileri sürülen bu argümanı ve ilgili argüman çerçevesinde savunulan görüşü eleştiren *Künzle*, *Baumgartner* tarafından ileri sürülen argümanlara değinerek, zayıf durumda olan ve bu durumu nedeniyle kolaylıkla kandırılabilecek mirasçının korunmasında vasiyeti yerine getirme görevliliğinin uygun bir araç teşkil etmediğini; bu durumdaki mirasçıların korunmasının, ilgili mirasçıya vasi atanması ile sağlanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **KÜNZLE**, Hans Rainer, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich, 2000, s. 32.

görevlisinin paylaşmayı, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kurallarına göre değil, mirasçıların, mirasbırakanın paylaşma kuralları ile çelişen oybirliği ile yaptıkları anlaşmalara göre gerçekleştireceği kabul edilecek olursa, zayıf durumdaki, kolaylıkla kandırılabilecek mirasçının, diğer mirasçılar tarafından kimsenin istemediği malın, kendisine özgülenmesine katlanmaya ikna edilmesiyle, hiç de adil olmayan bir takım sonuçların doğmasına neden olunabileceğini ifade etmektedir.

Konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bir diğer görüş,[494] vasiyeti yerine getirme görevlisinin, ortada mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralları bulunsun veya bulunmasın, paylaşmada mirasçıların oybirliği ile yaptıkları anlaşmaları dikkate alacağını savunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi de, vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevlerine ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda,[495] vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kurallarını değil, oybirliği ile yaptığı anlaşmaları, bu anlaşmaların hukuka veya ahlâka aykırı olması ihtimali hariç olmak üzere, dikkate alacağını açık bir şekilde ifade etmiştir. Görüş taraftarları, birinci görüş kabul edildiği takdirde, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, paylaşmayı, mirasçıların belirledikleri paylaşma kurallarına değil de, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarına göre gerçekleştirmesinden sonra, mirasçıların, sağlararası işlemlerle,[496] terekede yer alan değerlerin, oybirliği ile kararlaştırdıkları paylaşma kurallarına uygun olarak mirasçılar arasında bölüşülmesini sağlayabilecekleri ifade edilmiştir.[497]

---

[494] **CHRIST**, Praxiskomm., Art. 518, N. 77; Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 7; Art. 607, N. 3; Art. 608, N. 16; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 677; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 57; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 9; Art. 608, N. 11; **KÜNZLE**, Handkomm., Art. 518, N. 54; **PIOTET**, SPR IV/1, 166-167; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 607, N. 4; **MEYER**, Handkomm., Art. 607, N. 2; **DRUEY**, § 16, N. 61; **HAUSER**, s. 65; **PICENONI**, s. 172; **WEIMAR**, s. 443, 454; **STEIN-WIGGER**, s. 1139; **SEEBERGER**, s. 28; **WOLF**, s. 228; **BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 145; **PFAMMATTER**, s. 17; **ŞENOCAK**, s. 617; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 705-706; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 45-46; **DURAL/ÖZ**, s. 457-458; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43.

[495] Bkz. BGE 108 II 535. Ayrıca bkz. BGE 115 II 323.

[496] **SEEBERGER**, s. 25, dpn. 54; **ŞENOCAK**, s. 617, dpn. 96; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 46. *Aral*, mirasçıların sağlararası işlemler yoluyla, terekede yer alan değerlerin, oybirliği ile belirledikleri paylaşma kurallarına uygun olarak bölüşülmesini sağlamalarında, mirasçıların miras hukukuna ilişkin bir sonucu bertaraf etmiş olacaklarını ifade etmektedir. Bkz. ARAL, Taksim Dâvası, s. 46.

[497] **WOLF**, Willensvollstrecker, s. 112-113; **HAUSER**, s. 65; **PFAMMATTER**, s. 16; **SEEBERGER**, s. 24-25; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 706; **ŞENOCAK**, s. 617, dpn. 96; **ARAL**,

Yine bu görüşü savunmak üzere, vasiyeti yerine getirme görevlisinin paylaştırma yetkisinin bulunmadığı;[498] mirasın paylaşılmasının öncelikle mirasçıların işi olduğu;[499] eğer mirasçılar kendi aralarında anlaşamazlarsa, hâkim kararı ile paylaşmanın gündeme geleceği[500] ifade edilmiştir. Görüş taraftarlarından *Picenoni*,[501] mirasçıların, terekeyi, mirasbırakanın belirlediği paylaşma kurallarından farklı bir şekilde paylaşmak hususunda oybirliği ile anlaşmaya vardıkları durumlarda, mirasbırakanın ölümünden sonrasına etkisinin ve hâkimiyetinin de sona ereceğini ve vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasının da bu durumu değiştirmeyeceğini ifade etmektedir. *Picenoni* tarafından ortaya konulan bu düşünceyi tamamlar şekilde öğretide *Breitschmid*[502] ve *Schaufelberger*,[503] mirasbırakanın bile mirasçıya müdahale edemediği bir durumda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasçılara

---

Taksim Dâvası, s. 46. Aksi görüşü savunan *Escher* ve *Tuor*, mirasbırakanın paylaşma kuralları belirleyerek ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi atadığı durumlarda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin paylaşmayı her durumda mirasbırakanın paylaşma kuralları çerçevesinde gerçekleştirmekle yükümlü olmasında, mirasçıların, vasiyeti yerine getirme görevlisinin bu şekilde paylaşmayı mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları çerçevesinde gerçekleştirmesinden sonra, sağlararası işlemler yoluyla kendi istedikleri sonucu sağlayabileceklerini kabul etmekte; ancak bu hâlde miras hukuku ile ilgisi olmayan sağlararası işlemler söz konusu olduğundan, vasiyeti yerine getirme görevlisinin her durumda mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları ile bağlı olmasına ilişkin görüşü çürütmeye elverişli olmadığını ifade etmektedirler. Bkz. **ESCHER**, Art. 518, N. 17; **TUOR**, Art. 518, N. 1.

[498] **ŞENOCAK**, s. 616, 621-622; **CHRIST**, Praxiskomm., Art. 518, N. 73; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 52; **STEIN-WIGGER**, s. 1140; **DRUEY**, § 14, N. 68, § 16, N. 33; **WOLF**, s. 228; **KÜNZLE**, Handkomm., Art. 518, N. 56. *Künzle*, başka bir eserinde, açıkça vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirası paylaştırma yetkisinin bulunmadığını ifade etmemekle birlikte; paylaşmanın mirasçılar tarafından elden paylaşma veya yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşma şeklinde gerçekleştirileceğini; bu çerçevede vasiyeti yerine getirme görevlisinin, vasiyetleri yerine getirme, yükümlülüklerin yerine getirilmesini güvence altına alma ve mirasçıların oybirliği ile aksini kararlaştırmamış oldukları durumlar hariç olmak üzere, paylaşmanın mirasbırakanın belirlediği kurallara göre gerçekleşmesini sağlamak üzere hazırlık işlemlerini yapma gibi görevlerinin bulunduğunu ifade etmektedir. **KÜNZLE**, Willensvollstrecker, s. 32-33.

[499] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Vorbem. zu Art. 607-619, N. 4, 5; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 607, N. 3; **MEYER**, Handkomm., Art. 607, N. 2; **KÜNZLE**, Handkomm., Art. 518, N. 54; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 52; **STEIN-WIGGER**, s. 1140; **WOLF**, s. 227. *Wolf*, mirasbırakanın ölümü ile birlikte, terekeye dahil değerlerin akıbetini, mirasçıların oybirliği ile belirleme yetkisine sahip olduklarını; bu çerçevede paylaşma işleminin, mirasçılar arasında gerçekleştirilen sağlararası bir işlem olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 227. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 45-46; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 705; **ŞENOCAK**, s. 616. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bazı kararlarda, mirasın paylaşılmasının, öncelikle mirasçıların işi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. BGE 114 II 418; 102 II 202; 97 II 16.

[500] **ŞENOCAK**, s. 616; **DRUEY**, § 14, N. 68, § 16, N. 6; **STEIN-WIGGER**, s. 1140; **WOLF**, s. 227; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 607, N. 4.

[501] Bkz. **PICENONI**, Willensvollstreckung, s. 172.

[502] **BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 147

[503] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 11

müdahale etmesinin düşünülemeyeceğini belirtmektedirler.[504] Önemle belirtilmelidir ki, bu görüşü savunanlar,[505] mirasçıların, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarına aykırılık ihtiva eden, oybirliği ile belirledikleri paylaşma kurallarının, tek bir durumda vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından dikkate alınmayacağını; başka bir ifade ile, tek bir hâlde, aksi yönde mirasçılar arasında anlaşma bulunmasına rağmen, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, paylaşmanın mirasbırakan tarafından öngörülen kurallara uygun olarak gerçekleşmesine yönelik hazırlık yapacağını, bu hali de, mirasçıların kendi aralarında yaptıkları anlaşmada hukuka ve/veya ahlâka aykırılık bulunmasının oluşturduğunu ifade etmektedirler.

Mirasbırakanın paylaşma kuralları belirleyip ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi ataması hâlinde, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasçıların, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralları ile çelişen oybirliği ile yaptıkları anlaşmalarla bağlı olduğunu kabul eden bu ikinci görüş taraftarlarından bazı yazarlar,[506] paylaşmanın kendi belirlediği paylaşma kurallarına uygun olarak gerçekleşmesini isteyen mirasbırakan bakımından,

---

[504] Öğretide *Picenoni* (**PICENONI**, Willensvollstreckung, s. 172) tarafından ifade edilen ve yukarıda belirtilmiş olan, mirasbırakanın hâkimiyetinin ölümünden sonrasına etki etmeyeceği, keza, *Breitschmid* (**BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 147) ve *Schaufelberger* (**SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 11) tarafından ifade edilen, mirasbırakanın mirasçılara müdahalesinin söz konusu olmayacağı, sonuç itibariyle paylaşmada mirasçıların öncelikli olarak söz sahibi olduklarına ilişkindir. Bu çerçevede, öğretide, mirasbırakanın ölümü ile birlikte, küllî hâlefiyet prensibi dolayısıyla mirasçılar, mirasbırakanın yerine geçeceklerinden, terekede bulunan değerler üzerindeki tasarruf yetkisinin de, mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirasçılara geçeceği belirtilmiştir. Bkz. **PICENONI**, Willensvollstreckung, s. 172; **PFAMMATTER**, s. 17; **WEIMAR**, s. 445; **WOLF**, Willensvollstrecker, s. 124; **WOLF**, s. 227; **ŞENOCAK**, s. 617, dpn. 99.

[505] Bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 43; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 166-167; SPR IV/2, s. 866; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 607, N. 9; **CHRIST**, Praxiskomm., Art. 518, N. 57, 77; Art. 608, N. 16; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 57; **HAUSER**, s. 65; **PFAMMATTER**, s. 10, 17. *Pfammatter*, mirasçıların yaptıkları bu tür anlaşmaların batıl olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 17.

[506] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **DURAL/ÖZ**, s. 457; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 866; **STEIN-WIGGER**, s. 1147; **PFAMMATTER**, s. 17; **WOLF**, s. 231, dpn. 1335; **WOLF**, Willensvollstrecker, s. 123. *Wolf*, her iki eserinde de, mirasbırakanın, belirlediği paylaşma kurallarına uyulmasını sağlamak üzere, belli bir ölüme bağlı tasarrufu, mirasçıların paylaşma kurallarına uyması geciktirici veya bozucu şartına bağlamasında, mirasbırakanın tasarruflarının, terekede üzerinde tasarruf edebileceği kısım ile sınırlı olduğunu; keza, ölüme bağlı tasarruflara bağlanan bu tür şartların, yerine göre, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan, 2. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil edebileceğini; ayrıca, ilgili şartların, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 515. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarını karşılayan 482. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları anlamında hukuka veya ahlâka aykırı; anlamsız veya rahatsız edici olabileceklerini ifade etmektedir. Öğretide diğer bazı yazarlar da bu hususlara temas etmişlerdir. Bkz. **STEIN-WIGGER**, s. 1147; **ŞENOCAK**, s. 617, dpn. 99.

vasiyeti yerine getirme görevlisi atamanın uygun bir araç teşkil etmediğini; bu hâlde olsa olsa, mirasbırakanın, belirlediği bir paylaşma kuralına uyulması veya uyulmaması şartına bağlı ölüme bağlı tasarruflar[507] öngörmesi ihtimalinin gündeme gelebileceğini ifade etmektedirler.[508]

b) Mirasçıların Paylaşma Kuralları Belirlemeksizin Mirasbırakan TarafındanBelirlenen Paylaşma Kurallarının Uygulanmaması Hususunda Oybirliği ile Anlaşmaya Varmış Olmaları Hâlinde

Mirası serbestçe paylaşma hakkına sahip mirasçılar, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kurallarının uygulanmasını istemiyorlarsa, paylaşmada uygulanacak kuralları belirlemeleri gerekmeksizin, sadece mirasbırakanın paylaşma kurallarının uygulanmaması hususunda oybirliği ile anlaşmaya varmak suretiyle, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmamasını sağlayabilirler.[509] Öğretide *Pfammatter*[510] ve *Tuor/Picenoni*[511] tarafından da ifade edildiği üzere, mirasçıların, mirasbırakanın paylaşma kuralları yerine, doğrudan Kanun'da yer alan paylaşma kurallarının uygulanması üzerinde oybirliği ile anlaşmaya varmış olmaları da mümkündür. Mirasçıların bu şekilde, paylaşma kuralları belirlemeksizin veya Kanun'da yer alan paylaşma hükümlerinin uygulanmasını kabul etmek suretiyle aralarında oybirliği ile anlaşmaya varmış olmaları durumunda paylaşma, Türk Medenî Kanunu'nun 642 ve

---

[507] İsviçre Hukuk öğretisinde *privatorische Klausel* olarak adlandırılan bu tür şartlar hakkında ayrıca bkz. Bu Bölüm, § 6, D.

[508] Bu tür tasarruflara örnek olarak, mirasbırakanın, mirasçıların belirli bir paylaşma kuralına riayet etmedikleri takdirde, ilgili tereke malını bir üçüncü kişiye vasiyet etmesi veya mirasbırakanın paylaşma kurallarına uyulmasını geciktirici veya bozucu şart olarak bir kimsenin mirasçı atanmasına bağlaması gösterilebilir. Bkz. **STEIN-WIGGER**, s. 1147; **PFAMMATTER**, s. 17; **WOLF**, Willensvollstrecker, s. 123; **WOLF**, s. 231, dpn. 1335; **ŞENOCAK**, s. 617, dpn. 99.

[509] **ŞENOCAK**, s. 616; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 566; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 45; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 10; **SEEBERGER**, s. 158; **WEIBEL**, Praxiskomm., Vorbem. zu Art. 607 ff., N. 6.

[510] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 9.

[511] Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 9

devamı maddelerinde yer alan düzenlemeler çerçevesinde gerçekleşecektir.[512]

Mirasbırakanın paylaşma kuralları belirlemekle yetinmeyerek, ayrıca bir vasiyeti yerine getirme görevlisi ataması durumunda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasçıların mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının uygulanmaması hususunda oybirliği ile anlaşmış olmalarına rağmen, mirasbırakan tarafından öngörülen kurallar çerçevesinde yürütüp yürütemeyeceği bakımından, yukarıda[513] yer verilen tartışma aynı şekilde söz konusu olacaktır.

IV. Mirasbırakan Tarafından Öngörülen Paylaşma Kurallarında Denkleştirme

Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin ikinci fıkrasında, mirasbırakanın belirlediği paylaşma kurallarının, mirasbırakan tarafından kastedilmemiş bir eşitsizlik hâlinde payların denkleştirilmesi olanağı saklı kalmak kaydıyla, mirasçılar için bağlayıcı olduğu ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralında, mirasbırakan mirasçıların payları arasında bir eşitsizlik yaratmayı amaçlamamakta ise, paylaşma kuralı ile oluşan bu eşitsizlik denkleştirilecektir.[514] Önemle belirtilmelidir ki, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş mirasbırakan tarafından, mirasçıya, miras payına mahsuben yapılan ve ilgili mirasçının miras payını aşan

---

[512] **ŞENOCAK**, s. 616. Bu hâlde paylaşmanın, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 642 ve devamı maddelerini karşılayan 604 ve devamı maddeleri çerçevesinde gerçekleşeceği hakkında bkz. **SEEBERGER**, s. 158.

[513] Bkz. Bu Bölüm, § 6, III, C, 3, a.

[514] **PFAMMATTER**, s. 78; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 13; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 12; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 2; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N.4; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 22; **ESCHER**, Art. 608, N. 5. *Escher*, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda mirasçıya belli bir değeri özgülerken, denkleştirme yükümlülüğünden bahsetmesinin gerekmediğini ifade etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesinin bu hususu ihtiva eden kararı için bkz. BGE 50 II 225, 231. Türk Hukuk öğretisinde bu hususu ifade eden yazarlar için bkz. **ŞENOCAK**, s. 622; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 241.

özgülemenin denkleştirilmesi, Türk Medenî Kanunu'nun 669. maddesi[515] ve devamında düzenlenmiş, mirasbırakan tarafından alt soy mirasçıya yapılan sağlararası kazandırmanın terekeye geri verilmesini ifade eden denkleştirme gibi mirasçıların eşitliği prensibine dayanmakta ise de,[516] söz konusu maddede yer alan denkleştirmeden farklıdır.[517]

---

[515] Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 669. maddesinin birinci fıkrası şu ifadeyi taşımaktadır: "Yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler." Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise şu ifadeye yer verilmiştir: "Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir." Türk Medenî Kanunu'nun ilgili hükmü ve devamında düzenlenmiş denkleştirme, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili hükümlerini karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 603. maddesi ve devamında "Mirasta iade" olarak adlandırılmış olduğundan, Türk Hukuk öğretisinde de, daha ziyade iade terimi kullanılmaktaydı. Denkleştirme (iade) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, s. 151; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 316 vd.; **DRUEY**, § 7; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 436 vd.; **ÖZTAN**, s. 393 vd.; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 581 vd.; **OĞUZMAN**, s. 327 vd.; **İMRE/ERMAN**, s. 491 vd.; **DURAL/ÖZ**, s. 309 vd.; **AYİTER**, Miras, s. 241 vd.; **ANTALYA**, s. 473 vd. Mirasta denkleştirme ile, paylaşma kuralı ile mirasçıya miras payının değerini aşar şekilde özgüleme yapılması nedeniyle miras payını aşan kısmın denkleştirilmesi arasındaki farklar için bkz. **PFAMMATTER**, s. 85-87; **ŞENOCAK**, s. 622, dpn. 130.

[516] Bu prensip hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, § 3, II. *Pfammatter*, mirasın paylaşılmasında eşitlik prensibinin tam olarak hayata geçirilmesinin, ancak terekede, mirasçıların sayısına ve miras paylarına uygun değerde ve sayıda mal bulunması hâlinde söz konusu olacağını; bu durumun da sık rastlanılır bir durumu oluşturmadığını bu nedenle de eşitliğin sağlanması bakımından her ne kadar para ve parasal bir alacak bakımından gündeme gelmese de, terekede bulunan mallar ve haklar bakımından, eşitlik prensibinin tam olarak gerçekleşebilmesi için mal veya hakkın bölünmesi, eğer bölünemiyorsa ilgili mal veya hakkın satılması gereğinin doğacağını ifade etmektedir. Yazar, bu açıklamalardan sonra, mal veya hakkın bölünmesinin çoğu zaman malın değerinde önemli bir azalma yaratacağını veya malı tümüyle değersiz hale getireceğini; mal veya hakkın satılmasının ise, mal veya hakkın çoğu zaman gerçek değerinin altında satılacağından, yine mirasçıların zararına olacağını ifade etmektedir. *Pfammatter*, mal veya hakkın satılmasında, satım değeri gerçek değerin bu şekilde çoğu zaman altında kalmakta olduğundan, tereke eşyasının satılmasına ancak son çare (*ultima ratio*) olarak başvurulabileceğinin düzenlendiğini; bu şekilde ancak malın veya hakkın bölünmesi veya mirasçılardan birine bir bütün olarak özgülenmesi mümkün değilse, satış bedeli miras payları oranında bölünmek üzere malın satışına gidilebileceğinin düzenlendiğini belirtmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 72-73. Eşitlik ilkesinin ancak terekede aynı cinsten ve mirasçıların sayısına ve miras paylarına orantılı şekilde dağıtılabilecek değerler bulunduğu takdirde tam olarak gerçekleşebileceği hakkında bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 103; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 83. Türk Medenî Kanunu'nda, gerek 647. maddenin ikinci fıkrasında gerek 669. madde ve devamında düzenlenmiş denkleştirme kurumlarının mirasçıların eşitliği prensibine dayanmakta olduğu hakkında bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 103; **ŞENOCAK**, s. 623; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137.

[517] **ŞENOCAK**, s. 622; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **ESCHER**, Art. 608, N. 5; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 13; **PFAMMATTER**, s. 68; **MEYER**, Handkomm., Art. 608, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 608, N. 12; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 608, N.4; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 608, N. 22; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867. *Piotet*, kavram karışıklığına neden olabileceği gerekçesi ile, İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metninde, Kanun'un 626. maddesinde (TMK m. 669) düzenlenmiş kurum ile 608. maddesinin ikinci fıkrasında (TMK m. 647/II) düzenlenmiş kurumun, aynı terim ile düzenlenmesini eleştirmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesinin ikinci fıkrası anlamında denkleştirme, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralı ile mirasçıya özgülenen şeylerin değerinin, yasal mirasçı bakımından yasal miras payının; atanmış mirasçı bakımından, ilgili kimsenin mirasçı olarak atandığı ölüme bağlı tasarrufta belirtilmiş tereke oranının değerini aşması sonucunda, alınması gereken kısmın değeri ile, paylaşma kuralı ile özgülenen şeylerin değeri arasındaki farkın para ödenmesi yoluyla giderilmesini[518] ve bu şekilde mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralı ile paylar arasında oluşan eşitsizliğin, miras ortaklığının paylaşma ile sona ermesi sırasında yeniden tesis edilmesini ifade eder. [519] Öğretide[520] de ifade edildiği üzere, her ne kadar Kanun'da yer alan ifade, miras payları 'eşit' olan mirasçılar arasında, mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralı ile eşitsizlik yaratılmasını düzenler görünse de, ortada eşit paylara sahip olmayan mirasçılar bulunması durumunda da, bu mirasçıların, miras payları gözetilerek, terekenin bu paylara uygun olarak dağılması için paylaşma kuralının denkleştirilmesi yoluna gidilecektir. Öğretide konuya ilişkin olarak *Şenocak*[521] tarafından verilen bir örnekte, mirasbırakanın ölümü tarihinde eşi ve tek kızı hayattadır ve mirasbırakanın terekesinin net değeri 200.000 TL'dir. Bu hâlde eşin miras payı terekenin 1/4'ü; altsoyun miras payı terekenin 3/4'ü olacağından, değer itibariyle, mirasbırakanın eşinin miras payı 50.000 TL ve kızının miras payı 150.000 TL olacaktır. Mirasbırakanın, paylaşma kuralı belirlemek suretiyle, değeri 170.000 TL olan evinin kızına özgülenmesini öngörmesi durumunda, mirasbırakanın kızı, değer itibariyle, yasal miras payından 20.000 TL daha fazla almış olduğundan, bu 20.000 TL'nin denkleştirilmesi yoluna gidilecektir.

Mirasbırakan, paylaşma kuralı öngörmek sureti ile, terekede bulunan belli değerleri belli bir mirasçıya veya bazı mirasçılara özgülemiş veya terekenin tamamının mirasçılar arasında paylaşılması bakımından, kimin

---

[518] **PFAMMATTER**, s. 77; **ŞENOCAK**, s. 622; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 137, 241.
[519] **PFAMMATTER**, s. 77; **ŞENOCAK**, s. 622.
[520] **PFAMMATTER**, s. 78; **ŞENOCAK**, s. 622.
[521] **ŞENOCAK**, s. 622.

terekeden hangi değeri alacağını düzenlemiş olabilir. *Pfammatter*[522] bu ihtimallere ek olarak, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralı ile, terekenin tamamını mirasçılardan birine miras payını arttırma amacı gütmeksizin, özgülemesini de eklemektedir. Bu hâlde *Pfammatter*'e[523] göre, terekeye dâhil tüm hususlar tek bir mirasçıya özgülenecek, söz konusu mirasçı da, terekeden miras paylarını alamayan diğer mirasçıların her birinin miras paylarının tamamını para ödemek suretiyle denkleştirecektir.[524] Mirasbırakanın, öngördüğü paylaşma kuralı ile, terekede bulunan belli değerleri belli bir mirasçıya veya bazı mirasçılara özgülemesi sonucunda, özgüleme konusu husus veya hususların değeri, ilgili mirasçının, Kanun veya ölüme bağlı tasarruf gereği alması gereken miras payının değerini aşmakta olabilir. Bu durum, terekede yer alan en yüksek değere sahip şeyin[525] mirasçıya özgülenmesinin sonucu olarak ortaya çıkabileceği gibi,[526] değer itibariyle önemsiz birçok şeyin mirasçıya özgülenmesinin sonucu olarak da ortaya çıkabilecektir. Öğretide[527] de ifade edildiği üzere, mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufta, ilgili tereke değerini veya değerlerini mirasçıya özgülerken,

---

[522] Bkz. **PFAMMATTER**, s. 82.

[523] **PFAMMATTER**, s. 82.

[524] *Pfammatter*, mirasbırakanın öngördüğü paylaşma kuralı ile terekenin tamamını mirasçıya özgülemesi ihtimalinde, mirasbırakanın mirasçıların İsviçre Medenî Kanunu'nun 610. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde terekeye dâhil hususların kendilerine özgülenmesine ilişkin talep haklarının mirasbırakan tarafından kaldırılmış olduğunu; bu hâlde de, diğer mirasçıların, lehine paylaşma kuralı konulan mirasçıya karşı saf parasal bir alacak hakkı elde etmiş olacaklarını ifade etmektedir. Yazar, mirasbırakanın terekenin tamamını mirasçılardan birine özgülemesi durumunda da, lehine paylaşma kuralı öngörülen mirasçı ile birlikte diğer bütün mirasçıların miras ortaklığına dâhil olmaları durumunun devam etmekte olduğunu ve bu nedenle de bütün mirasçıların, miras ortaklığının bir üyesi olarak tüm hak ve borçlarının devam edeceğini belirtmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 82.

[525] Bu duruma örnek olarak, mirasbırakanın terekedeki en yüksek değere sahip eşya olan evini mirasçılarından birine özgülemesi gösterilmektedir. Bu örnek için bkz. **PFAMMATTER**, s. 79.

[526] Konuya ilişkin olarak *Pfammatter* tarafından verilen bir örnekte, mirasbırakanın ölümünde, sadece her ikisi de mirasbırakanın oğlu olan iki mirasçı vardır ve terekenin değeri 2 Milyondur. Mirasbırakan yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufta, oğullarından hiçbirini diğerine yeğ tutmadığını belirterek terekede yer alan en önemli aktif olan ve değeri 1,2 Milyon olan evinin, öngördüğü paylaşma kuralı ile büyük oğluna özgülenmesini istediğini belirtmiştir. Bu hâlde, mirasbırakanın her bir oğlunun miras payı, terekenin ½'si olduğundan, mirasbırakanın büyük oğlunun miras payı çerçevesinde terekeden alacağı hususların değerinin toplamı 1 Milyon olmalıydı. Paylaşma kuralı ile özgülenmesi öngörülen ev 1,2 Milyon değerinde olduğundan, her bir mirasçının miras payını almasının sağlanabilmesi için, büyük oğlun, kardeşine 0,2 Milyonluk denkleştirmeyi, parasal olarak gerçekleştirmesi gerekecektir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 78.

[527] **ŞENOCAK**, s. 623; **SEEBERGER**, s. 114 vd; **STEIN-WIGGER**, s. 1140; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 884. Bu hâlde esasen mirasbırakan, öngördüğü kuralın paylaşma kuralı olduğuna, ölüme bağlı tasarrufun yorumuna ihtiyaç bırakmaksızın, açıklık kazandırmış olur.

mirasçıyı denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü tutmuş olabilir. Keza, mirasbırakan paylaşma kuralını öngörürken, mirasçı bakımından ilgili malın kendisine özgülenmesini istemek hususunda bir öncelik hakkı tanıyıp; mirasçı ilgili malın kendisine özgülenmesine ilişkin talep hakkını kullandığı takdirde, miras payını aşan kısmı denkleştirmekle yükümlü olacağını da düzenleyebilir.[528] Bu hâlde sorun teşkil eden durum, mirasçıya belli bir değerin özgülenmesine ilişkin olarak mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralının, mirasçı için hem hak hem de yükümlülük olarak düzenlenmiş olması ve özgüleme konusu değerin de mirasçının miras payını aşmakta olmasıdır.[529] Öğretide konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir görüşe göre,[530] mirasbırakanın, değeri, mirasçının miras payını aşan hususları ona bağlayıcı şekilde özgülemesi mümkün değildir. Diğer bir görüşe göre,[531] mirasbırakan tarafından öngörülen paylaşma kuralında, değeri ilgili mirasçının miras payını aşan bir husus mirasçıya, özgülemeyi isteme hakkı ve yükümlülüğü getirir şekilde özgülenmişse, denkleştirme değerine bakılarak bir sonuca varmak gerekir. Buna göre, eğer denkleştirme bedeli yüksek değilse, mirasçı malın kendisine özgülenmesine ve bu çerçevede denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğüne katlanacak, başka bir ifade ile bu hâlde, özgülemeyi talep yükümlülüğünü ihtiva eden paylaşma kuralı bağlayıcı olacak; eğer, denkleştirme bedeli yüksekse, söz konusu hususun

---

[528] **ŞENOCAK**, s. 623; **SEEBERGER**, s. 119; **STEIN-WIGGER**, s. 1140.

[529] **ŞENOCAK**, s. 623; **DRUEY**, Teilung, s. 44.

[530] **PFAMMATTER**, s. 79 vd.; **BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 154, dpn. 179; **DRUEY**, Teilung, s. 46; **MERZ**, Hans, Zur Auslegung einer erbrechtlicher Teilungsregeln, in: Zum schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Peter Tuor, Zürich, 1946, s. 85 vd. (DRUEY, Teilung, s. 45, dpn. 62'den naklen). Görüş taraftarlarından *Druey* ve *Breitschmid*, mirasçıya bu şekilde denkleştirme bedeli ödemek zorunda bırakacak şekilde terekeye dahil bir hususun özgülenmesinin, paylaşma kuralı öngörülmek suretiyle yapılamayacağını; bu şekildeki bir sonucun, sadece şart kurumuna başvurulmak suretiyle gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedirler. Bkz. **DRUEY**, § 16, N. 54; **BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 154, dpn. 179.

[531] **SEEBERGER**, s. 116 vd.; **STEIN-WIGGER**, s. 1140. BGE 100 II 92; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 884; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 612, N. 12; **ARAL**, Taksim, s. 104; **ŞENOCAK**, s. 624-625. *Şenocak*, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin ikinci fıkrasında, hâkimin terekede bulunan taşınmazları birden fazla mirasçı arasında paylaştırırken, ortaya çıkan değer farklılıklarının denkleştirme bedeli ödenmek suretiyle giderilmesine karar verebileceğinin düzenlenmiş olduğunu; taşınmazların hâkim tarafından paylaştırılmasına ilişkin olarak dile getirilen bu hükmün, miras paylarının aynen paylaşılması ilkesine uygun şekilde oluşturulabilmesi açısından sağladığı kolaylık nedeniyle, diğer tereke unsurlarının paylaştırılması bakımından da uygulanabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini; ancak bu hâlde, denkleştirilecek meblağın cüz'î olmasının şart olduğunu ifade etmektedir.

özgülenmesi, denkleştirme bedeli ödenmesi geciktirici şartına bağlı olarak yapılmış sayılacak, başka bir ifade ile bu hâlde özgülemeyi talep yükümlülüğünü ihtiva eden paylaşma kuralı bağlayıcı sayılmayacaktır.[532] Bu ikinci görüş çerçevesinde, denkleştirme bedelinin hangi hâllerde düşük, hangi hâllerde yüksek sayılacağı tartışmalıdır. Denkleştirme bedelinin düşük mü yoksa yüksek mi olduğuna ilişkin olarak, İsviçre Federal Mahkemesi önceleri, bu durumun, her somut olayda hâkim tarafından tespit edileceğini kabul etmekte iken, son yıllarda verdiği bir Kararda,[533] değeri, miras payının değerinin 1/3'ünü aşan denkleştirme bedelinin yüksek olduğunu ve bu çerçevede, ancak miras payının değerinin 1/3'üne veya daha azına tekabül eden denkleştirme bedelinin ödenmesinin istenebileceğini kabul etmiştir. Mirasbırakan tarafından mirasçıyı bağlar şekilde öngörülen ve onun miras payını aşan özgülemeler bakımından, denkleştirme bedeli düşükse, paylaşma kuralının bağlayıcı olduğunu kabul eden bu ikinci görüşü benimseyen bazı yazarlar ise,[534] denkleştirme bedelinin yüksek olup olmadığının tespitinde, denkleştirme bedelinin, ilgili mirasçının miras payına oranına bakılması gerektiğini; eğer denkleştirme bedeli, miras payının değerine oranla yüksekse, denkleştirme bedelinin ödenmesinin istenemeyeceğini; başka bir ifade ile ilgili paylaşma kuralının bağlayıcı sayılmayacağını ifade etmekle birlikte, bir oran vermekten kaçınmaktadırlar. Bu yazarlardan farklı olarak *Seeberger*,[535] denkleştirme bedelinin düşük

---

[532] **SEEBERGER**, s. 116 vd.; **STEIN-WIGGER**, s. 1140; **ARAL**, Taksim, s. 104; **ŞENOCAK**, s. 624-625.

[533] BGer, 5C.214/2003, Erw. 4. 1. İsviçre Federal Mahkemesi bu Kararında, denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğünün ancak, denkleştirme bedelinin değerinin, miras payının değerine oranla daha düşük olduğu durumlarda kabul edilebileceğini (Erw. 1. 4.) ifade ederek; denkleştirme bedelinin değerinin, miras payının değerinin 1/3'üne veya 1/3'ünden daha az bir kısma tekabül etmesi hâlinde, denkleştirme bedelinin düşük olduğunun kabul edilebileceğini (Erw. 4. 2. 2.) belirtmiştir.

[534] **SEEBERGER**, s. 117; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 104; **ŞENOCAK**, s. 625. *Şenocak*, mirasbırakanın, bir mirasçıya denkleştirme bedeli ödemesi karşılığında miras payını aşan bir tereke malını, mirasçıya özgülemeyi talep etme yükümlülüğü getirir şekilde özgüleme yetkisinin ödenecek denkleştirme bedelinin, ilgili mirasçının miras payına oranla düşük olduğu durumlarda ancak kabul edilebileceğini ifade etmekle birlikte, denkleştirme bedelinin düşük olduğunun tespitinde, sadece denkleştirme bedelinin miras payına oranının değil; aynı zamanda ilgili mirasçının ödeme gücünün de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, özgülemenin kendisine yapıldığı mirasçının ödeme gücünün düşük olduğu durumlarda da, ilgili paylaşma kuralının bağlayıcılığı bakımından fiilî bir sınırın mevcut olduğunu ifade etmektedir.

[535] **SEEBERGER**, s. 116.

olması bakımından bir ölçüt vermekte ve denkleştirme bedelinin miras payının 1/10'una veya daha azına tekabül etmesi hâlinde ancak, bu bedelin düşük olduğunun kabul edilebileceğini savunmaktadır. Bu şekilde görüşler bulunmakla birlikte, öğretide *Şenocak*[536] tarafından da ifade edildiği üzere, çoğu yazar,[537] mirasbırakanın mirasçıya, miras payını aşan değerde tereke hususlarını özgülemesi durumunda, lehine paylaşma kuralı öngörülen mirasçının, miras payını aşan kısmı denkleştirmekle yükümlü olacağını, mirasbırakanın paylaşma kuralını bağlayıcı şekilde öngörmüş olup olmadığı konusuna değinmeksizin ifade etmektedir.

Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta yer verdiği paylaşma kuralı ile, mirasçıya özgülenmesini öngördüğü hususlar ilgili mirasçının payını aşmamakta ise, söz konusu hususlar mirasçıya özgülenecek; özgüleme konularının değerinin mirasçının miras payını karşılamaya yetmemesi durumu bakımından da, mirasçı miras payının karşılanmayan kısmı için, terekede yer alan diğer hususların paylaşılmasına Kanun'da yer alan kurallar çerçevesinde başvuracaktır.[538] Dolayısıyla bu hâlde, denkleştirme sorunu ortaya çıkmayacaktır.[539] Mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufta yer verdiği paylaşma kuralları ile, terekenin tamamı bakımından, hangi mirasçının

---

[536] **ŞENOCAK**, s. 624.

[537] **ESCHER**, Art. 608, N. 5, Art, 611, N. 5; **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 13; **ETTER**, s. 47-48; **WOLF**, s. 324, dpn. 1787; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 703; **SEROZAN/ENGİN**, § 4, N. 241.

[538] **PFAMMATTER**, s. 80; **ŞENOCAK**, s. 623.

[539] **ŞENOCAK**, s. 623; **PFAMMATTER**, s. 80. *Pfammatter*, mirasbırakanın paylaşma kuralı ile özgülediği tereke değerlerinin, mirasçının miras payını karşılamadığı; başka bir ifade ile, miras payından az olduğu durumlarda, kural olarak denkleştirme sorununun ortaya çıkmayacağını belirterek; bu tür durumlarda, istisnaî olarak denkleştirmenin gündeme gelebileceğini ifade etmektedir. Yazar, bu istisnai durumlara örnek olarak, terekede kalan diğer eşyaların niteliği gereği bölünemeyen eşya olmalarını veya terekede kalan diğer eşyaların bölünmesinin, eşyanın değerinde önemli ölçüde azaltma yaratması nedeniyle Kanun gereği bölünemeyen eşya olmasını göstermektedir. *Şenocak* da, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin ikinci fıkrasına atıf yaparak, mirasçıların paylaşmaya ilişkin sözleşmeleri nedeniyle mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralı ile mirasçıya özgülenmesi öngörülen değerlerin, mirasçının miras payını karşılamaya yetmemesi durumunda, mirasçıların kendi aralarında yaptıkları paylaşmaya ilişkin sözleşmeler nedeniyle denkleştirmenin gündeme gelebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **ŞENOCAK**, s. 623, dpn. 131. Türk Medenî Kanunu'nun anılan 642. maddesinin ikinci fıkrası şu ifadeyi taşımaktadır: "Her mirasçı, terekedeki belirli malların aynen, olanak yoksa satış yoluyla paylaştırılmasına karar verilmesini sulh mahkemesinden isteyebilir. Mirasçılardan birinin istemi üzerine hâkim, terekenin tamamını ve terekedeki malların her birini göz önünde tutarak, olanak varsa taşınmazlardan her birinin tamamının bir mirasçıya verilmesi suretiyle paylaştırmayı yapar. Mirasçılara verilen taşınmazların değerleri arasındaki fark para ödenmesi yoluyla giderilerek miras payları arasında denkleştirme sağlanır."

terekeden neyi alacağını düzenlediği durumlarda ise, *Pfammatter*[540] tarafından da ifade edildiği üzere, terekede bulunan bazı hususlarının değerinin paylaşma anındaki sürüm değerinin değişmesi veya terekede bulunan hususların artması veya azalması nedeniyle denkleştirme gündeme gelebilecektir. *Pfammatter*[541] bu hâlde, mirasbırakan tarafından öngörülen ölüme bağlı tasarrufun yorumlanması yoluna gidileceğini; bu çerçevede, eğer, mirasbırakanın, tereke değerlerinin her birini, mirasçılara ayrı ayrı özgülemekteki amacının, mirasçıların miras paylarını değiştirmeksizin, hangi mirasçının terekeden neyi alacağını belirlemekse, ortada saf bir paylaşma kuralı olduğundan, denkleştirmenin gündeme gelebileceğini; ancak mirasbırakanın, terekede bulunan bütün değerleri her bir mirasçıya özgülemekteki amacının, mirasçının miras payını, özgülediği tereke değerleri üzerinden belirlemek istemesi olması hâlinde, her bir mirasçıya ilgili tereke değerlerinin özgüleneceğini ve bu hâlde denkleştirmenin gündeme gelmeyeceğini belirtmektedir.[542]

Kanun'da mirasbırakanın paylaşma kuralı öngörmek suretiyle miras payları arasında, bu sonucu istemeksizin eşitsizlik yaratması durumunda miras paylarının denkleştirileceği düzenlenmiş; fakat bu denkleştirmenin nasıl gerçekleştirileceği düzenlenmemiştir. Konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bir görüş,[543] denkleştirmenin, para ödenmesi veya miras payını karşılayan tereke değerleri dışında kalan bazı malların verilmesi suretiyle gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır. Diğer bir görüşe göre[544] ise

---

[540] **PFAMMATTER**, s. 81.

[541] **PFAMMATTER**, s. 81.

[542] *Pfammatter*, bu hâlde, mirasçıların hepsinin, mirasbırakan tarafından paylaşma kuralında belirlenen tereke değerlerinin, miras paylarına mahsuben kendilerine özgülenmesini istemeleri durumunda, denkleştirmenin, her hangi bir tartışmaya mahal olmaksızın, sadece para ödenmesi şeklinde gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **PFAMMATTER,** s. 81. Söz konusu hâlde, mirasbırakan mirasçılar arasında eşitsizlik yaratmışsa bunu kasten yaratmış olacağından ortada saf bir paylaşma kuralı bulunmayacaktır.

[543] **TUOR/PICENONI**, Art. 608, N. 15; **AYİTER**, Miras, s. 240; **AYİTER**, Nuşin/ **KILIÇOĞLU**, Ahmet Mithat, Miras Hukuku, Ankara, 1991, s. 280.

[544] **WOLF**, s. 324-325; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867; **PFAMMATTER**, s.68, 79-80. *Pfammatter*, mirasçıya, miras payını aşacak şekilde, değer itibariyle küçük birçok hususun özgülenmesinde dahi, denkleştirmenin ancak para ödenmesi şeklinde gerçekleştirilebileceğini ifade ederek, bu hâlde para ödeme yoluyla denkleştirmeye gitmek istemeyen ilgili mirasçının başvurabileceği bir diğer imkânın, paylaşma kuralı ile mirasbırakan tarafından kendisine özgülenmesi öngörülen değerlere ilişkin olarak, miras payını karşılayan kısmın özgülenmesini talep edip, miras payını aşan kısım kadarki tereke

denkleştirme, her durumda sadece para ödenmesi suretiyle gerçekleştirilebilir.

Mirasçıya, miras payını aşan hususların denkleştirme yükümlülüğü getirmek suretiyle bağlayıcı bir tarzda özgülenmesini reddeden *Pfammatter*,[545] paylaşma kuralı ile kendisine özgüleme yapılan kimsenin denkleştirme ile yükümlü olması hâlinde, söz konusu mirasçının, ancak denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmeyi taahhüt etmesi durumunda, paylaşma kuralının icra edileceğini; bu yükümlülüğü yerine getirmek istemeyen denkleştirme yükümlüsü bakımından başvurulabilecek tek yolun, paylaşma kuralının uygulanmasından vazgeçmek olduğunu ifade etmektedir.

Denkleştirme bedelinin hesaplanmasında, ilgili tereke eşyası veya hakkının değişim değeri (sürüm değeri) esas alınır.[546] Kanunkoyucu, taşınmazların özgülenmesi bakımından değişim değerinin esas alınacağını Kanun'un 657. maddesinin ikinci fıkrasında[547] açık olarak düzenlemiştir. Her ne kadar ilgili hükümde sadece taşınmazlar bakımından düzenleme getirilmişse de, söz konusu kuralın terekede yer alan taşınır mallar ve haklar bakımından da kıyas yoluyla uygulanabilir bir hüküm olduğu ifade edilmektedir.[548] Denkleştirilecek değerin belirlenmesinde, hangi anın esas

---

değerlerinin özgülenmesi talebinden vazgeçmesi olduğunu belirtmektedir. Yazar, ya ilgili mirasçının söz konusu tereke değerinin kendisine özgülenmesinden vazgeçmesiyle, başka bir mirasçı malın kendisine özgülenmesini hâkimden talep edip bu talep kabul edilmedikçe, malın satılarak bedelinin mirasçılar arasında paylaşılması yoluna gidileceğini ya da bütün mirasçıların ilgili tereke değerlerinin başka şekilde paylaşılmasına ilişkin olarak oybirliği ile yaptıkları anlaşma ile mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralının bertaraf edilmiş olacağını ve bu şekilde ilgili tereke değerinin mirasçıların anlaşmasına göre paylaşılacağını ifade etmektedir. Bkz. **PFAMMATTER**, s. 80.

[545] **PFAMMATTER**, s. 79, s. 81. Öğretide *Wolf*, *Pfammatter*'den kısmen farklı olarak miras hukuku dâhilinde mirasçıların karşılıklı olarak birbirlerine borçlandıkları durumlarda, bu borçların synallagmatik olduğunu; bu nedenle de, miras hukukundan doğan borcun yerine getirilmesi bakımından borçlu mirasçının zorlanabilmesi için, talep sahibi mirasçının kendisine düşen borcu yerine getirmesinin şart olduğunu belirtmekte ve bu çerçevede, lehine paylaşma kuralı öngörülen denkleştirme borçlusunun, paylaşma kuralının yerine getirilmesi için diğer mirasçıları zorlayabilmesinin; ancak ilgili mirasçı denkleştirme borcunu ifa etmişse söz konusu olacağını ifade etmektedir. Bkz. **WOLF**, s. 324-325.

[546] **PFAMMATTER**, s. 83; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 84; **ŞENOCAK**, s. 627; **DURAL/ÖZ**, s. 475; **OĞUZMAN**, s. 334.

[547] Türk Medenî Kanunu'nun anılan 657. maddesinin kenar başlığı "a. Özgülenmeye esas olan değer" ifadesini taşımaktadır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: "Tarımsal taşınmazlar gelir değerine, diğer taşınmazlar sürüm değerine göre özgülenir."

[548] **OĞUZMAN**, s. 334; **DURAL/ÖZ**, s. 475. İsviçre Hukukunda İsviçre Medenî Kanunu'nun 617. maddesinin ikinci fıkrasının (TMK m. 657/II) taşınırlar ve haklar bakımından da uygulama alanı bulacağını ifade eden yazarlar için bkz.; **PFAMMATTER**, s. 83; **TUOR/PICENONI**, Art. 617, N.

alınacağı sorununa ilişkin olarak ise, paylaşma anı gösterilmektedir.[549] *Pfammatter*[550] tarafından da ifade edildiği gibi, sonuç itibariyle, paylaşma anındaki tereke esas alınarak belirlenecek miras payının değeri ile, özgüleme konusu hususların paylaşmama anındaki değişim değeri arasındaki fark, denkleştirme bedeli olarak, lehine paylaşma kuralı öngörülmüş denkleştirme yükümlüsü tarafından, denkleştirme alacaklısına ödenecektir.

§. 7. Yasada Belirlenen Paylaşma Kuralları

Türk Medenî Kanunu'nda, paylaşmanın nasıl yapılacağına ilişkin bazı özel paylaşma kurallarına yer verilmiştir. Bu kuralların büyük bir kısmı tamamlayıcı nitelikte olup, yukarıda da açıklanmış olduğu üzere, gerek mirasçıların oybirliği ile yapacakları anlaşmalarla gerek mirasbırakan tarafından öngörülen bir ölüme bağlı tasarrufla bertaraf edilebilirler.

Yasal paylaşma kurallarından birini aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin 652. maddesi[551] oluşturur. Bu hükmün birinci

---

12; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 84; **ESCHER**, Art. 617, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 617, N. 1, Art. 610, N. 9; **MEYER**, Handkomm., Art. 617, N. 1; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 617, N. 1, Art. 610, N. 4; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 617, N. 10; **DRUEY**, §. 16, N. 70. *Druey*, kuralın kıyasen taşınırlar ve haklar bakımından da uygulama alanı bulacağını; ancak değişim değerinin esas alınmasında, sözleşmenin karşı tarafına ilişkin varsayımın belirtilmediğini belirterek; bu kimsenin bir başka mirasçı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla *Druey*'e göre, değişim değeri, söz konusu eşya veya hakkın bir başka mirasçıya satılması durumu esas alınarak belirlenecektir. Aynı görüşte bkz. **PFAMMATTER**, s. 83. *Pfammatter*, miras hukukunun özellikleri dikkate alınarak, değişim değerinin belirlenmesinde esas alınacak 'piyasa'nın (*Markt*) mirasçılarla sınırlı bir piyasa olduğunu ifade etmektedir. Aksi görüşte bkz. **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 617, N. 11. *Weibel*, değişim değerinin hesaplanmasında, ilgili malın bir üçüncü kimseye satışında elde edilecek satış bedelinin esas alınacağını belirtmektedir.

[549] **DRUEY**, § 16, N. 69; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 459; **TUOR/PICENONI**, Art. 617, N. 11; **ESCHER**, Art. 617, N. 2; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 85; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 610, N. 10; **MEYER**, Handkomm., Art. 617, N. 3; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 617, N. 6; **PFAMMATTER**, s. 83. *Pfammatter*, bu çözüm tarzının yerinde olduğunu; zira, gerek yasal gerek atanmış mirasçılar bakımından, kimin mirasçı olduğunun ve miras payının ne kadar olduğunun belirlenmesinde de, paylaşma anının esas alındığını belirtmektedir.

[550] **PFAMMATTER**, s. 83.

[551] İlgili hükme ilişkin olarak bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 485 vd.; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340 vd.; **KILIÇOĞLU**, Yenilikler, s. 322 vd.; **İMRE/ERMAN**, s. 475-476; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, 58; **ÖZTAN**, s. 314.

fıkrasına göre, eşlerden birinin ölümü hâlinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları bir konut bulunmaktaysa, sağ kalan eş bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilecektir. İlgili hükmün ikinci fıkrası uyarınca, haklı sebeplerin varlığı hâlinde sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer mirasçılarından birinin hâkimden talep etmesi üzerine, hâkim, sağ kalan eşe mülkiyet hakkı yerine, intifa veya oturma hakkı tanınmasına karar verebilecektir. Söz konusu hükmün üçüncü fıkrasına göre, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek ve sanat icra etmesi için gerekli olan bölümlerde sağ kalan eş bu hakları kullanamayacaktır. Yine, tarımsal taşınmazların özgülenmesine ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır.

Kanunda yer alan diğer bir paylaşma kuralı ise, bütünlük oluşturan eşya[552] ile aile belgeleri ve özel anı değeri olan eşyanın[553] özgülenmesine ilişkin kuraldır. Birçok ciltten oluşan bir ansiklopedi takımı, koltuk takımı, pul koleksiyonu bütünlük oluşturan eşyaya örnek olarak gösterilebilir.[554] Aile belgeleri ile özel anı değeri taşıyan eşyaya örnek olarak ise ölene veya daha önce ölmüş olan bir aile büyüğüne ait madalyalar, aile fotoğrafları, mektuplar, hatıra defteri gösterilebilir. Türk Medenî Kanunu'nun 653. maddesinde yer alan bu düzenlemenin ilk fıkrasına göre, mirasçılardan birinin karşı çıkması hâlinde, nitelikleri veya özgülendikleri amaç gereği, bir bütünlük oluşturan eşya birbirinden ayrılamaz. Söz konusu hükmün ikinci fıkrası uyarınca, aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşya, mirasçılardan birinin karşı çıkması hâlinde satılamayacak, mirasçılar arasında bu konuda bir anlaşmazlık çıkarsa, hâkim, yerel âdetleri, yerel âdet yoksa mirasçıların kişisel durumlarını dikkate alarak, söz konusu eşyanın payına mahsup edilmek veya edilmemek suretiyle, mirasçılardan birine özgülenmesine ya da

---

[552] Bu tür eşyanın özgülenmesine ilişkin bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 338-339; **OĞUZMAN**, s. 335; **İMRE/ERMAN**, s. 472-473; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 716 vd.; **DURAL/ÖZ**, s. 481 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, 51.

[553] Bu tür eşyanın özgülenmesine ilişkin bilgi için bkz. **OĞUZMAN**, s. 335; **İMRE/ERMAN**, s. 473 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 716 vd.; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 339-340; **DURAL/ÖZ**, s. 483 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, 52.

[554] Bu örnekler için bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 481.

malın satılmasına karar verebilecektir. Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 653. maddesinin üçüncü fıkrasında, bu konuya ilişkin olarak özel kanun hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm, öğretide bazı yazarlar tarafından, değerinde önemli azalma olmaksızın bölünemeyen tereke değerinin bir bütün olarak özgülenmesine ilişkin 651. madde hükmünün birinci fıkrası ile birlikte değerlendirilmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 651. maddesinin birinci fıkrasında, değerinde önemli azalma olmadan bölünemeyen tereke değerinin, bir bütün olarak mirasçılardan birine özgüleneceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Değerinde önemli azalma olmaksızın bölünemeyen tereke değerinin özgülenmesine ilişkin kural (TMK m. 651)[555] da kanunda yer alan bir diğer paylaşma kuralını oluşturmaktadır. İlgili kuralın ilk fıkrası uyarınca değerinde önemli azalma olmaksızın bölünemeyen tereke malı, bütün olarak mirasçılardan birine özgülenecektir.

Yasada yer alan bir başka paylaşma kuralı, mirasbırakanın mirasçılarından birinden olan alacağının, paylaşmada ilgili mirasçıya, miras payına mahsuben özgüleneceğine ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 654. maddesidir.[556]

Terekede bulunan değerlerin özgülenmesine ilişkin olarak yasada yer alan bir diğer paylaşma kuralını, tarımsal işletmelerin özgülenmesine ilişkin kurallar [557] (TMK m. 659-668) oluşturur.

Konuya ilişkin önem arz eden bir diğer paylaşma kuralı ise Kat Mülkiyeti Kanunu'nda[558] yer almaktadır. İlgili Kanun'un 10. maddesinin

---

[555] Söz konusu paylaşma kuralı hakkında bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 713 vd.; **DURAL/ÖZ**, s. 479-480; **OĞUZMAN**, s. 334; **İMRE/ERMAN**, s. 468 vd.; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 336-337; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, 50.

[556] Bu kuralla ilgili bilgi için bkz. **OĞUZMAN**, s. 335; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, 53; **İMRE/ERMAN**, s. 467-468; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 335-336.

[557] Miras hukukunda tarımsal işletmelerin mirasçı veya mirasçılara özgülenmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ZEVKLİLER**, Aydın, Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara, 1970; **EREN**, Fikret/**BAŞPINAR**, Veysel, Toprak Hukuku, Ankara, 2007; **DURAL/ÖZ**, s. 493 vd.; **İMRE/ERMAN**, s. 477 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, 59.

[558] 23.6.1965 t. ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (RG, 2.7.1965 t., S. 12038)

beşinci fıkrasında,[559] üzerindeki mülkiyetin kat mülkiyetine çevrilmesi mümkün olan bir binanın terekede yer alması durumunda, mirasçılardan birinin talep etmesi hâlinde, tüm mirasçıların üzerinde elbirliği ile mülkiyet hakkına sahip oldukları taşınmazda, hâkim tarafından kat mülkiyetinin kurulması ve mirasçılara bağımsız bölümlerin tahsis edilmesi suretiyle paylaşmanın gerçekleştirilebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

[559] Söz konusu paylaşma kuralı hakkında bilgi için bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 492-493; **OĞUZMAN**, s. 335-336; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, 49; **İMRE/ERMAN**, s. 464.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
PAYLAŞMANIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

§. 8. Genel Olarak

Miras ortaklığının paylaşma yolu ile sona ermesinde mirasçılar, paylaşmayı elden paylaşma[560] veya yazılı paylaşma sözleşmesi yapmak suretiyle paylaşmak hususunda anlaşmaya varamadıkları takdirde, paylaşma ancak, mirasçılardan en az birinin talep etmesi üzerine hâkim tarafından tesis edilecek hükümle gerçekleşecektir.[561] Her iki kurum da, miras ortaklığının tereke değerlerinin mirasçılar arasında miras payları oranında bölünmesi yoluyla sona erdirilmesi amacına hizmet ettiğinden nihaî olarak eşit değerdedirler.[562] Öğretide *Wolf*[563] tarafından da ifade edildiği üzere, mirasçılardan birinin talebi üzerine hâkim tarafından mirasın paylaştırılması

---

[560] Türk İsviçre Hukuk öğretisinde, paylaşmanın bu türü bakımından "elden paylaşma" teriminin yanı sıra, "fiilî paylaşma" ve "aynen paylaşma" terimlerine de yer verilmektedir. Bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 440; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 593; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 297. Keza İsviçre Hukuk öğretisinde de, paylaşmanın bu türünü ifade etmek üzere, "*Teilung Hand zu Hand*" ve "*Realteilung*" terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. **HAUSER**, s. 56; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 4; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 903; **ESCHER**, Art. 634, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 1, 3 vd.; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 1, 3 vd.; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 2; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 7; **DRUEY**, § 16, N. 18.

[561] **KILIÇOĞLU**, Taksim, s. 45; **ÖZTAN**, s. 384; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 686; **OĞUZMAN**, s. 333; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 67; **DURAL/ÖZ**, s. 455, 460, 465-466; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 90; **WOLF**, s. 260 vd.; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 2; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 1; **SPYCHER**, Annette, Prozesuales zur Erbteilung und zur Erbteilungsklage, in: Ausgewählte Aspekte der Erbteilung, Herausgegeben von Stephan WOLF s. 32; **SEEBERGER**, s. 13-14. *Seeberger*, mirasçıların paylaşmayı anlaşma ile gerçekleştire-medikleri takdirde ancak, mirasın mirasçılardan birinin talepte bulunması üzerine hâkim tarafından gerçekleştirilmesinin; başka bir ifade ile mirasçıların anlaşma ile paylaşmasının, hâkim tarafından mirasın paylaştırılmasına nazaran önceliğinin özel hukukun mahiyeti ile açıklanabileceğini; bu çerçevede özel hukuk işlemleri bakımından taraf iradelerine, hâkimin ve bu çerçevede devletin müdahale etmesinin istisnaî bazı hâller bakımından kabul edilmiş olduğunu ifade etmektedir. Öğretide *Wolf*, özel hukukun mahiyetine ek olarak, pratik mülahazaları da mirasçıların paylaşmaya ilişkin oybirliği ile yaptıkları anlaşmaların, mirasın hâkim tarafından paylaştırılması karşısındaki önceliğine örnek olarak göstermektedir. Bkz. **WOLF**, s. 261. Öğretide *Tuor/Picenoni* de, miras ortaklığının sona ermesinin doğal yolunun mirasçıların paylaşma sözleşmesi yapmaları olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Vorbem. zum vierten Abschnitt, N. 2.

[562] **WOLF**, s. 259; **SEEBERGER**, s. 18; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 2; **SPYCHER**, s. 32.

[563] **WOLF**, s. 263-264. Ayrıca bkz. **SPYCHER**, s. 32-33.

hâli ile mirasçılar tarafından mirasın sözleşme ile paylaşılması hâli, bir diğerini tamamlama veya ikame etme işlevine sahip olabilir. Mirasçıların tereke değerlerinin bir kısmının nasıl paylaşılacağına ilişkin olarak anlaşmış ve bu anlaşmaya uygun olarak tereke değerlerini paylaşmış olmaları durumunda, kalan tereke değerlerinin talep üzerine hâkim tarafından mirasçılar arasında paylaştırılması durumunda hâkimin paylaştırmaya ilişkin kararı mirasçılar arasında yapılan paylaşma sözleşmesini tamamlayıcı bir işleve sahip olacaktır.[564] Mirasçıların önemli tereke değerlerinin nasıl paylaşılacağı hususunda anlaşmaya varamamaları nedeniyle paylaşmayı gerçekleştirememeleri ve bunun üzerine bir veya daha fazla mirasçının mirasın paylaştırılması talebi ile hâkime başvurmaları durumunda ise, öğretide[565] ifade edildiği üzere, hâkimin vereceği paylaştırma kararı mirasçıların paylaşma sözleşmesini ikame edici bir işleve sahip olacaktır.[566]

§. 9. Paylaşmanın Tüm Mirasçıların Anlaşması ile Gerçekleştirilmesi (Paylaşma Sözleşmesi)

I. Şartları

A) Terekenin Tamamen veya Kısmen Paylaşılması İradesinin Varlığı

Türk Medenî Kanunu'nun 646. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde paylaşmanın söz konusu olabilmesi için, mirasçıların paylaşmanın gerçekleştirilmesine yönelik olarak yapmış oldukları sözleşme ile bağlı olma niyetine ve bu işlemle paylaşmayı kesin olarak gerçekleştirme iradesine

---

[564] **WOLF**, s. 263-264; **SEEBERGER**, s. 99.

[565] **BRÜCKNER**, Christian / **WEIBEL**, Thomas, Die erbrechtlichen Klagen, Zürich-Basel-Genf, 2006, N. 200; **WOLF**, s. 264.

[566] Öğretide de ifade edildiği üzere, terekenin paylaşılmasına ilişkin olarak anlaşmaya varamayan mirasçıların, hâkime sadece bazı tereke değerlerinin paylaşılması için başvurmaları ve hâkimin söz konusu hususların paylaşılmasına ilişkin verdiği karardan sonra mirasçıların kalan tereke değerlerinin paylaşılmasına ilişkin anlaşma yapmaları durumunda, mirasçıların yapacakları bu paylaşma anlaşması, hâkimin daha önce vermiş olduğu kısmî paylaştırma kararını tamamlayacaktır. Bkz. **SEEBERGER**, s. 99; **WOLF**, s. 264.

sahip olmaları gerekir.[567] Aksi takdirde yapılan işlemler, paylaşma sözleşmesi sayılmayacak, ancak paylaşmaya hazırlık işlemleri olarak nitelendirileceklerdir.[568]

Mirasçılar, terekeyi tümüyle paylaşmak amacıyla paylaşma sözleşmesi yapabilecekleri gibi, terekeyi kısmen paylaşma amacıyla da hareket edebilirler. Bu hâlde paylaşma, kısmî paylaşma (*partielle Teilung, beschränkte Teilung*) olarak adlandırılır.[569]

B) Mirasçıların Oybirliği ile Karar Vermesi

Mirasın paylaşılmasında istisnaları bulunmakla birlikte esas itibariyle geçerli olan oybirliği prensibi, mirasçıların paylaşma sözleşmesi yapmaları bakımından da geçerli bir ilkedir ve bu çerçevede, elden paylaşma veya paylaşma sözleşmesi yapılması, mirasçıların oybirliğini gerektirir.[570]

---

[567] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908; **HAUSER**, s. 97; **İMRE**, Taksim Sözleşmesi, s. 404 vd.; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 86; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 377. Türk Medenî Kanunu'nun 676. maddesinin ikinci fıkrasında, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde ve Kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nda yer almayan bir imkân öngörülmüştür. Buna göre mirasçılar, terekenin tamamını veya bir kısmını kapsar şekilde, elbirliği mülkiyetinin, miras payları oranında paylı mülkiyete çevrilmesine karar verebileceklerdir.

[568] **İMRE**, Taksim Sözleşmesi, s. 405; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 87; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 378.

[569] **ÖZTAN**, s. 390; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 45; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 686; **ANTALYA**, s. 469; **İMRE**, Taksim Sözleşmesi, s. 399-400; **İMRE/ERMAN**, s. 441; **DRUEY**, § 16, N. 14, 15; **TUOR/PICENONI**, Art. 602, N. 8 vd., Art. 634, N. 7; **ESCHER**, Art. 602, N. 41 vd.; **JOST**, s. 125; **ANNEN**, Oskar, Die objektiv und subjektiv beschränkte Teilung der Erbengemeinschaft, Diss., Freiburg 1939,Schwyz 1949, s. 61, 84, 108 vd.; **FELBER**, s. 27, 38, 49 vd.; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 92; **HAUSER**, s. 24. Bu konu aşağıda incelenecektir. Bkz. Bu Bölüm, § 9, II, A.

[570] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704; **ÖZTAN**, s. 390; **OĞUZMAN**, s. 333; **DURAL/ÖZ**, s. 461, 463; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 300; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 62; **AYAN**, s. 255; **DRUEY**, § 16, N. 5, N. 19; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 87; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 1. Türk Hukuk öğretisinde *İmre* ve *İmre/Erman*, oybirliği ilkesine sadece yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından yer vermektedir. Bkz. **İMRE**, s. 709; **İMRE/ERMAN**, s. 440. *Dural/Öz* elden paylaşma işlemi bakımından oybirliğinin şart olması hususuna ilişkin olarak, paylaşmaya mirasçılardan birinin yerine, Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesi çerçevesinde atanan kayyımın katılması kabul edilmişse, artık elden paylaşma işleminin yapılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 461, dpn. 152. Yargıtay'ın mirasçıların mirası paylaşmalarında oybirliği ile anlaşmış olmalarının şart olduğuna ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar için bkz. Yargıtay 7. HD, 19.9.1990 t., E. 16471, K. 10644 s. K. (YKD, C. XVI, Y. 1990, S. 10, s. 1472-1473); 16. HD, 7.11.1996 t. , E. 5231, K. 5097 s. K. (YKD, C. XXIII, Y. 1997, S. 11, s. 1757-1758.) Yargıtay çeşitli kararlarında, elden paylaşma işlemi bakımından

Mirasçının paylaşmanın gerçekleştirilmesine ilişkin hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığından,[571] her bir mirasçının kendisi veya temsilcisi paylaşmaya yönelik iradesini açıklamış olmalıdır.[572] Paylaşma sözleşmesine mirasçı hesabına katılacak temsilci, yasal veya iradî temsilci olabilir.[573]

Mirasçıların paylaşmanın gerçekleştirilmesine ilişkin olarak oybirliği ile karar verememeleri durumunda paylaşma, mirasçılardan en az birinin talep etmesi üzerine hâkim tarafından gerçekleştirilecektir.[574]

C) Paylaşmaya Engel Durumlardan Herhangi Birinin Bulunmaması

Paylaşmaya engel durumlar, kanundan, hâkim kararından, mirasbırakanın iradesinden veya mirasçıların iradesinden doğabilir.[575]

---

mirasçıların oybirliği ile anlaşmış olmaları gereğini özel olarak vurgulamış bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 1. HD, 17.10.1988 t. ve E. 7261, K. 10744 s. K (YKD, C. XV, Y. 1989, S. 6, s. 786-787); 1. HD, 7.11.1988, E. 8135, K. 11694 s. K (YKD, C. XV, Y. 1989, S. 7, s. 934-935.) Yargıtay bu kararlardan ikincisinde "Karar verilirken, paylaşmanın bütün mirasçıların katılımı ile yapılıp yapılmadığı, ayrıca mirasbırakana ait taşınmazların hangi mirasçılara kaldığı gibi hususlar titiz bir şekilde araştırılmalıdır." ifadesine yer vermiş bulunmaktadır.

[571] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 726, 731; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 83; **İMRE**, Taksim Sözleşmesi, s. 401. **ESCHER**, Art. 634, N. 9; **HAUSER**, s. 97; **HABICHT**, s. 67; **DRUEY**, § 16, N. 8; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 1; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 3.

[572] **ESCHER**, Art. 634, N. 9; **HAUSER**, s. 97; **HABICHT**, s. 67; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 726; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 83; **İMRE**, Taksim Sözleşmesi, s. 401. Yargıtay da vermiş olduğu bir Hukuk Genel Kurulu kararında (28.12.1966 t. ve E. 7/212, K. 340 s. K., ABD, Y. 1967, S. 1, s. 115) "Mirasbırakanın ölümünden sonra bütün mirasçıların veya temsilcilerinin bir araya gelerek terekeyi paylaştırıp…" şeklinde ifadesine yer vermek suretiyle, paylaşmanın temsilci aracılığıyla yapılabileceği meselesini ifade etmiş bulunmaktadır.

[573] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 726, 731; **DRUEY**, § 16, N. 8; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 1; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 3. Bu çerçevede paylaşmanın mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları çerçevesinde gerçekleşmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli olan vasiyeti yerine getirme görevlisinin paylaşma sözleşmesi yapmak hususunda mirasçılardan birinin temsilcisi olarak hareket edemeyeceği açıktır. Bkz. **WOLF**, s. 221; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 1. İsviçre Federal Mahkemesi'nin paylaşma sözleşmesinin yasal veya iradî temsilci aracılığıyla yapılabileceğine ilişkin kararı için bkz. BGE 102 II 197, 202.

[574] **KILIÇOĞLU**, Taksim, s. 45; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 686; **OĞUZMAN**, s. 333; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 67; **DURAL/ÖZ**, s. 455, 460, 465-466; **WOLF**, s. 260 vd.; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 2; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 90

[575] Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, § 3, I, A, 2.

Paylaşmanın ertelenmesini gerektiren emredici hükümler dışında, mirasçılar oybirliği ile anlaşmak suretiyle, paylaşma engelini aşabilirler. Mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılmış böyle bir anlaşma bulunmadıkça, paylaşmanın gerçekleştirilmesine engel durum varlığını korur. Bu nedenle, bu şekilde bir paylaşma engelinin de bulunmaması gerekir.

D) Paylaşmaya Hazırlık İşlemlerinin Tamamlanmış Olması

1) Genel Olarak

Kılıçoğlu[576] tarafından da ifade edildiği üzere, mirasçıların tereke değerleri üzerinde tek başına hak sahibi olmaları sonucunu doğuran paylaşma işlemi, geniş anlamda paylaşmanın son aşamasını oluşturur ve bu nedenle de genel itibariyle dar anlamda paylaşma olarak adlandırılır. Geniş anlamda paylaşma işleminde, dar anlamda paylaşma öncesinde ise, paylaşmaya hazırlık işlemleri yer alır.

Paylaşmaya hazırlık işleminin yapılışı, genel hatları ile Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinde[577] düzenlenmiş,[578] daha sonraki bazı hükümlerde de payların oluşturulması ve özgülenmesine ilişkin bazı özel kurallara[579] yer verilmiştir.[580] Türk Medenî Kanunu'nun paylaşmaya hazırlık işleminin ana hatları ile düzenlendiği ilgili 650. maddesi, dar anlamda paylaşmanın her iki türü, yani hem elden paylaşma işlemi hem yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulacaktır. Başka bir ifade

---

[576] **KILIÇOĞLU**, Taksim, s. 49; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 330.

[577] Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin birinci fıkrası şu ifadeyi taşımaktadır: "Mirasçılar, tereke mallarından mirasçı veya ortak kök sayısınca pay oluşturur." Aynı maddenin ikinci fıkrası ise şu şekilde kaleme alınmıştır: "Anlaşma olmazsa, mirasçılardan her biri payların oluşturulmasını sulh mahkemesinden isteyebilir. Payların oluşturulmasında hâkim, yerel âdetleri, mirasçıların kişisel durumlarını ve çoğunluğun arzusunu göz önünde bulundurur." İlgili maddenin, oluşturulan payların özgülenmesine ilişkin üçüncü fıkrasında ise şu ifadeye yer verilmiştir: "Payların özgülenmesi mirasçıların anlaşması uyarınca yapılır. Buna olanak bulunmazsa kur'a çekilir."

[578] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 874; **KILIÇOĞLU**, Taksim, s. 50; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 330.

[579] Bu kurallar, yukarıda "Yasal Paylaşma Kuralları" başlığı altında ele alınmış olduğundan burada tekrar ele alınmayacaktır. Yasal paylaşma kuralları için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, § 7.

[580] **KILIÇOĞLU**, Taksim, s. 50; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 330.

ile, Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesi sadece elden paylaşma işlemine hazırlık anlamına gelmeyip, yazılı paylaşma sözleşmesine hazırlık işlemi olarak da yapılabilir.[581]

Mirasçılar tarafından paylaşmaya hazırlık işlemlerinin yapılabilmesi irade serbestîsi prensibinin bir sonucudur[582] ve bu işlemler bakımından da mirasçıların oybirliği ile anlaşmış olmaları şarttır.

2) Payların Oluşturulması

Mirasçılar, oybirliği ile anlaşmak suretiyle payları serbestçe oluşturma hakkına sahiptirler.[583] Bu durum, *Kılıçoğlu*[584] tarafından ifade edildiği üzere, Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin "Anlaşma olmazsa" ifadesi ile başlayan ikinci fıkrası hükmünden çıkarılmaktadır. Bu hâlde, payların oluşturulması ile kastedilen husus, paylaşma konusu terekeden mirasçılara geçirilecek değerlerin belirlenmesidir; başka bir ifade ile terekede yer alan paylaşma konusu hususların hangi paya gireceğinin tespit edilmesidir.[585]

---

[581] **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 4; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 8 vd.; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 720-721; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 874. *Piotet*, açıkça bu ifadeye yer vermemekle birlikte, İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. maddesinde (TMK m. 650) düzenlenmiş payların oluşturulması ve özgülenmesine ilişkin işlemlerden sonra, elden paylaşma veya yazılı paylaşma sözleşmesi yapılmasının gerekli olduğunu belirtmekte ve bu şekilde ilgili 611. maddenin elden paylaşma işlemine olduğu gibi, yazılı paylaşma sözleşmesine de hazırlık işlemi olduğuna dolaylı şekilde değinmektedir. Ancak öğretide bazı yazarlar, ilgili hükmün elden paylaşma işlemine hazırlık niteliğinde olduğu görüşünü taşımaktadırlar. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 6, Art. 634, N. 3-4; **ESCHER**, Art. 611, N. 1, Art. 634, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Art. 611, N. 1, Art. 634, N. 3; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 611, N. 1; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 2.

[582] **KILIÇOĞLU**, Taksim, s. 50; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 330.

[583] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 712; **İMRE**, s. 739; **İMRE/ERMAN**, s. 463; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 51; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 45, 60; **DURAL/ÖZ**, s. 474; **ESCHER**, Art. 611, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 5; **MEYER**, Handkomm., Art. 611, N. 1.

[584] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 50; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 330.

[585] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 102; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 52; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 709; **İMRE**, s. 736; **İMRE/ERMAN**, s. 461; **HABICHT**, s. 38; **ESCHER**, Art. 611, N. 3; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 7. *Weibel*, konuya ilişkin açıklamalarında, İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. maddesi (TMK m. 650) anlamında payların oluşturulmasından, yasal miras payının tespitinin değil, tereke aktif ve pasiflerinden 'kümecikler' (*Häuflein*) oluşturulmasının anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.

Dikkat edilirse bu hâlde, payların oluşturulması işlemi, öğretide *Weibel*[586] tarafından da ifade edildiği üzere, terekeden ilgili değerlerin somut bir şekilde ayrılması ile değil, soyut bir şekilde paya düşecek değerlerin belirlenmesi ile gerçekleşmektedir.

Mirasçıların, payları, irade özgürlüğü çerçevesinde serbestçe oluşturmaları hâlinin de gösterdiği gibi, Türk Medenî Kanunu'nun, 650. maddesi hükmü emredici nitelikte olmayıp, tamamlayıcıdır.[587] Ancak öğretide de ifade edildiği üzere, mirasçıların payların oluşturulmasına ilişkin anlaşmaya varmaları pek ender rastlanan bir durumdur.[588]

Mirasçılar payların oluşturulmasına ilişkin olarak anlaşamadıkları takdirde, paylar mirasçılardan birinin talebi üzerine[589] hâkim tarafından oluşturulacaktır.[590]

3) Payların Özgülenmesi

Payların özgülenmesi, hangi miras payının hangi mirasçıya özgüleneceğinin belirlenmesini ifade eder.[591] Payların özgülenmesinde de, payların oluşturulması aşamasında olduğu gibi mirasçıların irade özgürlüğü

---

[586] **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 6, 7.

[587] **ESCHER**, Art. 611, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 5; **MEYER**, Handkomm., Art. 611, N. 1.

[588] **DRUEY**, § 16, N. **ESCHER**, Art. 611, N. 3; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 5, 6.

[589] Mirasçı bu talebi, doğrudan talep sonucunda dile getirmek suretiyle, sadece payların oluşturulması için hâkime başvurabilir veya doğrudan paylaşma dâvası açabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi içib bkz. Bu Bölüm, § 10, II, B, 1.

[590] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 712; **DURAL/ÖZ**, s. 474; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 60; **ÖZTAN**, s. 399; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 281; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 52; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 333; **İMRE**, s. 739; **İMRE/ERMAN**, s. 463. İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. maddesinin ikinci fıkrasında (TMK m. 650/II) mirasçılar arasında payların oluşturulmasına ilişkin olarak anlaşma sağlanamazsa, payların, mirasçılardan en az birinin talep etmesi üzerine yetkili merci (*zuständige Behörde*) tarafından oluşturulacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, İsviçre Hukuku bakımından, Türk Hukukundan farklı olarak, mirasçıların anlaşamaması hâlinde, payları hâkim oluşturmamaktadır. İlgili hükümde geçen yetkili merci ise, kantonal hukuk düzenine göre yetki sahibi olan mercidir. Bkz. **MEYER**, Handkomm., Art. 611, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 4; **ESCHER**, Art. 611, N. 10; **SCHAUFELBERGER**, Art. 611, N. 12; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 9; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 611, N. 5.

[591] **ESCHER**, Art. 611, N. 13; **HABICHT**, s. 38-39; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 52; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 334; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 111; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 712; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 281.

prensibi çerçevesinde, mirasçılar tarafından yapılan anlaşmaların önceliği söz konusudur.[592] Önemle belirtilmelidir ki, mirasçıların, nihaî özgülemeyi daha sonra gerçekleştirmek amacıyla ve paylaşma işlemine hazırlık niteliğinde hangi miras payının hangi mirasçıya özgüleneceğini belirlemeleri durumu, paylaşma sözleşmesi teşkil etmeyip, paylaşmaya hazırlık niteliğinde bir anlaşmadır.[593] Başka bir ifade ile bu sözleşme, paylaşma konusu terekenin mirasçılar arasında paylaşılması sonucunu doğurmayacaktır. Bu hâlde, mirasçıların paylaşmaya hazırlık niteliğindeki payların özgülenmesi anlaşmasına uygun şekilde paylaşmayı gerçekleştirememeleri durumunda ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide *Ayiter/Kılıçoğlu*,[594] mirasçılardan birinin veya bazılarının, yapılan anlaşmaya uygun şekilde bir paylaşma sözleşmesi yapmaktan kaçınmaları durumunda, bu davranışın sözleşmesi öncesi görüşmelerde kusurlu davranış (*culpa in contrahendo*) teşkil edeceğini ve bu şekilde ilgili mirasçının veya mirasçıların sorumluluğuna yol açacağını ifade etmektedir. Paylaşmanın gerçekleştirilememesi üzerine hâkime başvurulması ile ilgili olarak öğretideki baskın görüş[595] bu hâlde hâkimin, mirasçıların payların oluşturulmasına ilişkin olarak yaptıkları anlaşmayı dikkate alacağını; ancak payların özgülenmesine ilişkin hazırlık işlemi niteliğindeki sözleşmenin, ilgili sözleşmenin bağlayıcı olmadığı gerekçesiyle, esas alamayacağını savunmaktadır.

Mirasçılar payların özgülenmesi hususunda oybirliği ile anlaşmaya varamadıkları takdirde, paylaşma sözleşmesi yapılamayacak ve bu şekilde

---

[592] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 712; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 281.

[593] **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 281; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 53, s. 72-73; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 334, s. 362-363. *Kılıçoğlu* konuya ilişkin açıklamalarında, şu ifadeye yer vermektedir: "Payların özgülenmesi anlaşması, mirasçılar arasında yapılacak olan miras paylaşma sözleşmesine hazırlık niteliğindeki bir anlaşmadır. Bu anlaşma Türk Medenî Kanunu'nun 676. maddesinde öngörülen paylaşma sözleşmesinin iki türünden birine uygun olarak sözleşmeye bağlanmadığı sürece mirasçılar için bağlayıcı nitelik taşıyamaz. Mirasçılar, payların özgülenmesi konusunda anlaşmış olmalarına rağmen bu payları elden paylaşmadıkları ya da buna uygun olarak yazılı bir paylaşma sözleşmesini yapmadıkları sürece, hukuken bağlayıcı değildir."

[594] **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 281.

[595] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 73; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 362.

paylaşma dâvası açılması gerekecektir. Bu durumu da, payların hâkim tarafından özgülenmesi gündeme gelecektir.[596]

II. Türleri

A) Genel Olarak

Mirasçıların miras ortaklığını paylaşma yolu ile sona erdirmeleri ve böylelikle bütün mirasçıların elbirliği ile hak sahibi oldukları tereke değerleri üzerinde her birinin tek başına hak sahipliğinin sağlanması mirasçıların tereke değerlerini elden paylaşmaları veya yazılı paylaşma sözleşmesi yaparak daha sonra bu sözleşme çerçevesinde tereke değerlerini paylaşmaları ile mümkündür.[597] Dolayısıyla mirasçıların paylaşmayı gerçekleştirmesi, bütün mirasçıların katılımı ile, elden paylaşma veya yazılı paylaşma sözleşmesi yapılmasını gerektirir.[598] Mirasçı, tereke değerlerinin paylaşılması bakımından seçilen sözleşme türünün, elden paylaşma olması durumunda, aynî bir hak; yazılı paylaşma sözleşmesi olması durumunda bir

---

[596] Öğretide genel olarak hâkimin payları özgüleme yetkisi kabul edilmeyip, Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün sözü gerekçe gösterilerek mirasçıların payların özgülenmesine ilişkin anlaşmaya varamamaları durumunda kur'a çekilmesi yoluna gidileceği savunulmaktadır. Bu konu aşağıda (bkz. Bu Bölüm, § 10, II, C, 1, d) inceleneceğinden burada daha fazla üzerinde durulmamıştır.

[597] **DRUEY**, § 16, N. 1 vd.; **WOLF**, Stephan, Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht – Erbengemeinschaft – Erbteilung, Schweizerischer Juristentag 2006, ZSR, Band 125 (2006) II, s. 266 vd.; **HAUSER**, s. 23; **ESCHE**R, Art. 634, N. 1; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 1; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 94; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 1; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 2; **WEIMAR**, s. 444; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 721; **ÖZTAN**, s. 390; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 68; **İMRE/ERMAN**, s. 440; **İMRE**, s. 709; **OĞUZMAN**, s. 333; **DURAL/ÖZ**, s. 460; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 296-297; **AYAN**, s. 256. İsviçre Federal Mahkemesi'nin mirasçıların elden paylaşma veya yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşma yoluyla tereke mallarının bölüşebilecekleri ve bu şekilde miras ortaklığını sona erdirebilecekleri hakkında kararı için bkz. BGE 116 II 174, Erw. 3. a.

[598] **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 1; **ESCHER**, 634, N. 1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 1; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 4; **DRUEY**, § 16, N. 18; **HAUSER**, s. 56; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 68; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 721; **OĞUZMAN**, s. 333; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 296-297; **İMRE/ERMAN**; s. 440, 537; **İMRE**, s. 709, 891; **ANTALYA**, s. 466.

alacak hakkı elde edecektir.[599] Ancak önemle belirtilmelidir ki, gerek kullanım alanı gerek nihai etkisi bakımından elden paylaşma ile paylaşma sözleşmesi ile paylaşma arasında fark yoktur.[600] Paylaşmanın bu her iki türünde de taahhüt ve tasarruf aşamaları vardır[601] ve bu çerçevede Borçlar Kanunu'nun hükümleri paylaşma sözleşmesinin her iki türü bakımından da uygulama alanı bulacaktır.[602]

Mirasçıların paylaşmaya ilişkin olarak yapmış oldukları sözleşmeler çok uzun süre icra edilmediği takdirde, ilgili sözleşmeler mirasın paylaşılması sonucunu sağlamamış olmakla birlikte, paylaşmaya hazırlık niteliğinde sözleşmeler olarak mirasçılar bakımından bağlayıcı olacaktır.[603]

Mirasçılar tarafından yapılan paylaşma sözleşmesi bütün mirasçıları ve tereke mallarını kapsar şekilde yapılabilir ki bu hâlde 'tam paylaşma' (*vollständige Teilung*) söz konusu olacaktır.[604] Mirasçıların paylaşmayı tam paylaşma olarak gerçekleştirmeleri durumunda miras ortaklığı da bu işlemle

---

[599] **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 1, 3, 5; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 1; **WEIMAR**, s. 444-445.

[600] **ESCHER**, Art. 634, N. 1; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 4.

[601] **WOLF**, Erbschaftserwerb, s. 275 vd.; **DRUEY**, § 16, N. 19; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 4; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 3, N. 5. Aksi görüşte bkz. **WEIMAR**, s. 445 vd.

[602] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 72'den naklen. Öğretide bu husus daha ziyade yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından ifade edilmektedir. Bkz. **ANTALYA**, s. 468; **DURAL/ÖZ**, s. 464. *Dural/Öz*, yazılı paylaşma sözleşmesi borçlandırıcı bir işlem olduğundan, bu sözleşmede borca aykırı davranış bakımından, borca aykırı davranışın türüne göre Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirterek; bu çerçevede kusurlu imkânsızlığın söz konusu olması durumunda Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinin, kusursuz imkânsızlığın söz konusu olması durumunda Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin, temerrüt durumunda Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi ile kıyasen 106. maddesinin uygulama alanı bulabileceğini ifade etmektedir. Yazar bu çerçevede, paylaşma konusu değerlere ilişkin ayıba ve zapta karşı tekeffül yükümlülüğünün düzenlendiği ve bu konular bakımından satım hükümlerine atıf yapan Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesin, yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından kıyasen uygulanması ile satım akdindeki zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından da uygulanacağını belirtmektedir.

[603] **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 4; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 1. Uzun süre yerine getirilmeyen paylaşma sözleşmelerinin paylaşmaya hazırlık olarak ayakta tutulması, mirasçılar arasında yapılan bir sözleşmenin paylaşma sözleşmesi mi yoksa paylaşmaya hazırlık niteliğinde bir sözleşme mi olduğunun tereddütlü olduğu durumlarda yapılan sözleşmenin paylaşmaya hazırlık sözleşmesi olarak kabul edilmesi prensibine de uygundur. İsviçre Federal Mahkemesinin konuya ilişkin kararı için bkz. BGE 115 II 323, 328

[604] **ÖZTAN**, s. 390; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 46; **İMRE/ERMAN**, s. 440; **İMRE**, 709; **DURAL/ÖZ**, s. 451, 454; **AYAN**, s. 247; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 5; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 91; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Art. 634, N. 1.

sona ermiş olur.[605] Öte yandan mirasçılar paylaşmayı kısmî olarak da gerçekleştirebilirler [606] ve bu hâlde paylaşma kısmî paylaşma (*partielle Teilung, beschränkte Teilung*) olarak adlandırılır.[607] Kısmî paylaşma tereke konularına ilişkinse, objektif kısmî paylaşma (*objektiv-partielle Erbteilung*); bazı mirasçıların miras paylarına düşeni alarak miras ortaklığından ayrılmalarına ilişkinse subjektif kısmî paylaşma (*subjektiv-partielle Erbtelung*) söz konusu olur.[608] Objektif kısmî paylaşmada, mirasçılar arasında yapılan paylaşma işleminin konusunu bazı tereke malları oluşturur ve kalan tereke

---

[605] **KILIÇOĞLU**, Taksim, s. 46; **DURAL/ÖZ**, s. 451, 454; **AYAN**, s. 247; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 91; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 5; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 1.

[606] İsviçre Medenî Kanunu'nda açık bir şekilde terekenin kısmen paylaşılması imkânından bahsedilmediği ifade edilmektedir. Bu ifadeye yer veren yazarlardan *Hauser*, İsviçre Medenî Kanunu'nun 604. maddesinin ikinci fıkrasında (TMK m. 642/III), paylaşmanın derhâl yapılmasının paylaşma konusu malın veya terekenin değerini önemli ölçüde azalttığı durumlarda hâkimin mirasçılardan birinin istemi üzerine '*bu malın*' veya terekenin paylaşılmasını erteleyebileceği düzenlemesine yer verilmiş olduğunu ve bu şekilde kısmî paylaşmanın kanunkoyucu tarafından dolaylı şekilde tanındığını belirtmektedir. Bkz. **HAUSER**, s. 24. *Kılıçoğlu* ise, ilgili hükme dayanarak (TMK m. 642/III, TKM m. 583/I), kısmî paylaşmanın Kanun'da düzenlenmiş olduğunu savunmaktadır. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 45; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 266. Öte yandan *Dural Öz*, Türk Medenî Kanunu'nun "Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini de kabul edebilirler" hükmünü ihtiva eden 676. maddesinin ikinci fıkrası (bu hüküm Türk Kanunu Medenîsi'nde yer almamaktaydı) dolayısıyla, Kanun'da objektif kısmî paylaşmanın tanınmakta olduğunu, ancak sübjektif kısmî paylaşmaya ilişkin bir hüküm bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 456. Türk Hukuk öğretisinde *Aral*, 676. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü ihtiva etmeyen Türk Kanunu Medenîsi yürürlükteyken kaleme aldığı eserinde, kısmî paylaşmanın Kanun'da yer almadığı fikrini savunmuştur. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 38.

[607] **ÖZTAN**, s. 390; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 45; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 686; **ANTALYA**, s. 469; **İMRE/ERMAN**, s. 441; **DRUEY**, § 16, N. 14, 15; **TUOR/PICENONI**, Art. 602, N. 8 vd.; **ESCHER**, Art. 602, N. 41 vd.; **ANNEN**, s. 61, 84, 108 vd.; **FELBER**, s. 27, 38, 49 vd.; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 92; **HAUSER**, s. 24. Paylaşmanın kısmî olarak gerçekleştirilebileceğine ilişkin olarak Yargıtay Kararı için bkz. Yargıtay 7. HD, 28.11.1996, E. 6763, K. 9416 s. K (YKD, C. XXIII, Y. 1997, S. 1, s. 38-39). Türk Hukuk öğretisinde *Oğuzman*, paylaşmanın kısmî olarak yapılabilmesi konusuna, yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından değinmektedir. Bkz. **OĞUZMAN**, s. 337, dpn. 366.

[608] **DRUEY**, § 16, N. 16; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 92; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 5; **İMRE/ERMAN**, s. 441; **İMRE**, s. 710; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 686; **ANTALYA**, s. 469; **DURAL/ÖZ**, s. 455, 460-461. *Dural/Öz*, elden paylaşma işlemi bakımından kısmî paylaşmanın geçerli olabilmesi için, mirasçıların, paylaşma sırasında, terekenin kısmî paylaşmaya konu olan kısmı dışındaki diğer değerlerinin, nasıl paylaşılacağı hususunda anlaşmaya varamamış olsalar dahi, bu kısmın kesin olarak paylaşılacağına ilişkin olarak anlaşmaya varmış olmalarının şart olduğunu ifade etmektedir. Yazar bu çerçevede, mirasçıların tüm tereke hususlarını kapsar şekilde paylaşmayı gerçekleştirmelerinin esas olduğunu; bu nedenle de bazı tereke değerlerinin bazı mirasçılara devredilmesi durumunda, bu mirasçılar, diğer mallardan bağımsız olarak sadece ilgili tereke mallarının paylaşılması hususunda anlaşmaya varmış olduklarını ispat etmiş olmadıkça, ilgili mirasçılara devredilen hususlar bakımından paylaşmanın gerçekleştirilmemiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

değerleri bakımından miras ortaklığı devam eder.[609] Subjektif kısmî paylaşmada ise, miras ortaklığına dâhil bazı mirasçılar miras paylarını alarak miras ortaklığından ayrılırlar ve miras ortaklığı diğer mirasçılarla devam eder.[610] Öğretide *Hauser*[611], sübjektif kısmî paylaşmaya ilişkin olarak yapılan bu tanımın belirsiz olduğunu belirtmektedir. Yazara göre[612] sübjektif kısmî paylaşma, mirasçının ya tek taraflı irade beyanı ile miras hukukundan doğan haklarından her hangi bir talepte bulunmaksızın vazgeçmesi (*Verzicht eines Miterben*)[613] ya da İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 677.

---

[609] **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 92; **DRUEY**, § 16, N. 14, 16; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 5; **ÖZTAN**, s. 390; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 48; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 686; **İMRE**, s. 710; **İMRE/ERMAN**, s. 441; **DURAL/ÖZ**, s. 455-456; **ANTALYA**, s. 469. *İnan/Ertaş/Albaş*, mirasçıların bazı tereke mallarının paylaşılması yoluna gidebileceklerini ve bu hâlde, paylaşılmadan kalan tereke değerleri bakımından miras ortaklığının devam edeceğini, 'objektif kısmî paylaşma sözleşmesi ifadesine yer vermeksizin belirtmektedir. Bkz. **İNAN/ERTAŞ/ ALBAŞ**, s. 594.

[610] **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 92; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 5; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 686-687; **İMRE**, s. 710; **İMRE/ERMAN**, s. 441; **ANTALYA**, s. 469; **DURAL/ÖZ**, s. 456. Dural/Öz, Kanun'da ifade edilmemiş olmakla birlikte kısmî paylaşmanın sübjektif kısmî paylaşma olarak da gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Öğretide diğer bazı yazarlar, sübjektif kısmî paylaşmayı, miras ortaklığından bazı mirasçıların ayrılması ile miras ortaklığının kalan mirasçılarla devam etmesi olarak tanımlamaktadırlar. Bkz. **HAUSER**, s. 25; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm. Art. 602, N. 33; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm., Art. 602, N. 19; **DRUEY**, § 16, N. 16; **KOHLER**, s. 55 vd.; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 48-49; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 269; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 40, 41. *Kohler* hariç adı geçen bu yazarlar, öğretide genel itibariyle sübjektif kısmî paylaşma olarak ifade edilen, bazı mirasçıların miras paylarına düşen hususları alarak miras ortaklığından ayrılmalarını, sübjektif kısmî paylaşma başlığı altında değil, karma kısmî paylaşma başlığı altında ele almaktadırlar. *Kohler*, sübjektif kısmî paylaşmayı kendi içerisinde saf sübjektif kısmî paylaşma (*rein subjektiv beschränkte Teilung*) ve karma sübjektif kısmî paylaşma (*kombiniert subjektiv beschränkte Teilung*) olmak üzere ikiye ayırmakta ve mirasçıların bir kısmının bazı tereke değerlerinin kendilerine özgülenmesi ile miras ortaklığından ayrılmalarını karma sübjektif kısmî paylaşma olarak nitelendirmektedir. Yazar, saf sübjektif kısmî paylaşma hâlinde ise, mirasçının miras ortaklığından, haklarından vazgeçmesi veya miras payını devretmesi yoluyla çıkmasının söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **KOHLER**, s. 55 vd.

[611] **HAUSER**, s. 25.

[612] **HAUSER**, s. 34 vd.; 45.

[613] *Hauser*, sübjektif kısmî paylaşma sonucu doğuran iki durumdan biri olarak gösterdiği mirasçının miras ortaklığı çerçevesinde mirasçı olarak sahip olduğu haklardan vazgeçmesine ilişkin olarak, bu hâlde vazgeçen mirasçının, miras ortaklığından doğan haklarından mahrum olduğunu; öte yandan diğer mirasçıların da ilgili mirasçının haklarından vazgeçmesi üzerine, miras ortaklığından doğan taleplerinin çoğalmasına (*Akkreszenz im Sinne von Rechtskonsolidation*) bağlı olarak durumlarının güçlendiğini ifade etmektedir. Yazar, vazgeçme hâlinde, mirasın reddinden farklı olarak vazgeçen mirasçının tereke borçlarından diğer mirasçılarla birlikte müteselsil sorumlu olması durumunun devam edeceğini; zira, müteselsil borçluluğun, miras ortaklığın bir üyesi olmanın değil, miras hukuku çerçevesinde hak sahibi olmanın bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Bkz. **HAUSER**, s. 34. Öğretide *Felber*, *İmre* ve *İmre/Erman*, mirasçılardan birinin miras hukukundan doğan haklarından vazgeçmesini, sübjektif kısmî paylaşmanın türlerinden biri olarak göstermektedirler. Bkz. **FELBER**, s. 78; **İMRE**, s. 710; **İMRE/ERMAN**, s. 441. Türk Hukuk öğretisinde *Kocayusufpaşaoğlu*, 'sübjektif' olduğunu belirtmeksizin, mirasçılardan birinin miras hukukundan doğan haklarından

maddesinin birinci fıkrasını karşılayan, 635. maddesinin birinci fıkrası[614] anlamında diğer bir mirasçı ile yapacağı[615] miras payının devri sözleşmesi (*Abtretung angefallener Erbanteile*)[616] ile gerçekleştirilebilir.

---

vazgeçmesi hâlinin kısmî paylaşma teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 695.

[614] Türk Medenî Kanunu'nun anılan 677. maddesinin birinci fıkrası şu ifadeyi taşımaktadır: "Terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmenin geçerliliği yazılı şekle tabidir."

[615] *Hauser*, mirasçının miras hukukundan doğan haklarından vazgeçmesi ile birlikte, sübjektif kısmî paylaşma sonucunu doğuran bir durum olarak gösterdiği miras payının diğer bir mirasçıya devrine ilişkin olarak yapmış olduğu açıklamalarda, bu sözleşmenin, miras payının bir üçüncü kişiye devri sözleşmesinden ayırt edilmesi gereğini önemle vurgulayarak, miras payının üçüncü kişiye devrinin sübjektif kısmi paylaşma sonucunu doğurmayacağını; zira, İsviçre Medenî Kanunu'nun 635. maddesinin ikinci fıkrası (TMK m. 677/II) hükmü çerçevesinde, miras payının üçüncü bir kimseye devri hâlinde, devralan üçüncü kimse, paylaşma neticesinde mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkı elde edeceğinden, devreden mirasçının miras ortaklığından çıkmış olduğundan bahsedilemeyeceğini ve bu şekilde miras ortaklığının sujelerinde bir değişiklik olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **HAUSER**, s. 36-37. Miras payının bir üçüncü kişiye devri hâlinde, ilgili üçüncü kişinin, sözleşme çerçevesinde devreden mirasçıya karşı kişisel bir alacak hakkı elde edeceği ve ilgili üçüncü kişi ile miras ortaklığına üye diğer mirasçılar arasında herhangi bir bağ oluşmayacağına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 14, 23 vd.; **ESCHER**, Art. 635, N. 2, 18 vd.; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 635, N. 3; **KOHLER**, s. 139-140; **HABICHT**, s. 22-23; **ÖZTAN**, s. 403; **HATEMİ**, § 13, N. 16; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 74; **İMRE**, s. 712; **İMRE/ERMAN**, s. 444; **ANTALYA**, s. 440; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 597-598; **AYAN**, s. 245. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda (Yargıtay 14. HD, 12.5.1997 t. ve E. 3919, K. 5127 s. K., Yasa Hukuk Dergisi, C. XVIII, Yıl. 22, s. 208.), miras payının üçüncü kişiye devrinin ilgili üçüncü kişinin, sözleşme çerçevesinde devreden mirasçıya karşı kişisel bir alacak hakkı elde edeceğini ifade etmektedir.

[616] Bu hâlde, miras payının miras ortaklığına dâhil bir diğer mirasçıya devrinin ancak ivazsız olması durumunda sübjektif kısmî paylaşma neticesi yaratacağı belirtilmektedir. Bkz. **HAUSER**, s. 35; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, 74; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 302. *Kılıçoğlu*, her iki eserde de, mirasçının miras payını bir diğer mirasçıya ivazlı olarak devretmesi durumunda karma kısmî paylaşmanın söz konusu olacağını ifade etmektedir. Konuya ilişkin olarak önemle belirtilmelidir ki, miras payının bir diğer mirasçıya devrinin etkisi ve bu çerçevede, devreden mirasçının miras payının tamamını devretmesi ihtimalinde ilgili mirasçının miras ortaklığından çıkıp çıkmadığı tartışmalıdır. Konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen baskın görüş, miras payının tamamının bir diğer mirasçıya devrine '*aynî etki*' atfetmekte ve bu şekilde devreden mirasçının miras ortaklığından çıkacağını ve sübjektif kısmî paylaşmanın gerçekleşmiş olacağını kabul etmektedir. Bkz. **ESCHER**, Art. 635, N. 10, 11; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 100; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 635, N. 11 vd.; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 725; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 635, N. 7; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 635, N. 2; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 635, N. 15, 16; **ANNEN**, s. 88; **KOHLER**, s. 77 vd.; **RUMO-JUNGO**, s. 188; **WOLF**, s. 138-139; **HABICHT**, s. 23; **ÖZTAN**, s. 402; **İMRE**, s. 712; **İMRE/ERMAN**, s. 444; **AYAN**, s. 245. Görüş taraftarları, mirasçıların yapmış oldukları sözleşme ile aynî etkiyi ortadan kaldırabileceklerini; başka bir ifade ile devreden mirasçının sadece, paylaşmanın gerçekleştirilmesi sırasında devreden mirasçıya düşecek hususların kendisine devredilmesine ilişkin bir talep hakkı elde etmesinin kararlaştırılabileceğini ifade etmektedirler. Bkz. **ESCHER**, Art. 635, N. 9 vd; **WOLF**, 139; **GÖKSU**, Handkomm, Art. 635, N. 7; **ÖZTAN**, s. 402. Konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen ve *Tuor* tarafından da şerhin ilk baskısında savunulan bir diğer görüş ise, miras payının devrinin '*aynî etki*'sini ve bu şekilde mirasçının miras ortaklığından çıkmasını, sadece mirasçının miras payının tamamını, diğer tüm mirasçılara devretmesi bakımından kabul etmekte; mirasçının miras payının tamamını veya bir kısmını diğer bir mirasçıya veya bazı mirasçılara devretmesinin ise, tıpkı miras payının üçüncü kişiye devrinde olduğu gibi, '*nispî etki*' doğuracağını ve

Bu işlemlerden miras hukukundan doğan haklardan karşılıksız olarak vazgeçme işleminin geçerli olması için, İsviçre Medenî Kanunu'nun 634 ve 635. maddelerine (TMK m. 676, 677) kıyasen yazılı şekilde yapılması gerektiği ifade edilmektedir.[617] Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde *Jost*[618] miras hukukuna ilişkin haklardan vazgeçme işlemi tek taraflı bir işlem iken; mirasın payının devri sözleşmesinin iki taraflı bir işlem olmasına dayanarak, miras payının diğer bir mirasçıya devri sözleşmesi ile yazılı paylaşma sözleşmesine kıyasen vazgeçme beyanının yazılı şekilde yapılması gerektiğine ilişkin görüşü reddetmekte ve bu işlemin sözlü olarak dahi yapılabileceğini kabul etmektedir. Miras payının diğer bir mirasçıya devri sözleşmesinin geçerli olması için ise, İsviçre Medenî Kanunu'nun 635. maddesinin birinci fıkrası ve ilgili hükmü karşılayan Türk Medenî Kanunu'nun 677. maddesinin birinci fıkrası gereği, adî yazılı şekil geçerlilik şartıdır.

---

dolayısıyla da bu hâlde mirasçının miras ortaklığından çıkmış olmayacağını; devralan mirasçı veya mirasçıların da, devreden mirasçıya karşı, paylaşma sırasında ona düşecek hususların kendilerine devredilmesine ilişkin bir talep hakkı elde edeceklerini savunmaktadır. Bkz. **TUOR**, Art. 635, N. 12 vd., N. 19; **FELBER**, s. 67 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 554-555. Konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen üçüncü bir görüş ise, miras payının tamamının, bir mirasçıya ya da bazı mirasçılara ya da diğer tüm mirasçılara devri hâlinde, devreden ile devralan arasında yapılan sözleşmedeki irade açıklamalarının yorumlanmasına göre bir sonuca varılması gerektiğini kabul etmek suretiyle bir ara yol benimsemektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 635, N. 20 vd; **ANTALYA**, s. 442. *Antalya*, miras payının mirasçıya devrinin aynî etkili olup olmadığının taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinin yorumu ile belirleneceğini ifade ederek; tereddüt hâlinde bu devrin aynî etkili olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu çeşitli kararlarda, miras payının miras ortaklığına dâhil bir diğer mirasçıya veya mirasçılara devrinin aynî etkili olduğunu ve bu şekilde devreden mirasçının miras ortaklığından ayrılması ile sübjektif kısmî paylaşmanın gerçekleştiğini kabul etmiş bulunmaktadır. Bkz. BGE 118 II 514, 519; 102 Ib 321, 322 vd. Yargıtay da, 14.4.1943 t. ve 48/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile 24.5.1985 t. ve 2/5 s. İçtihadı Birleştirme Kararında (RG, 20.7.1985 t. ve 18817 s.) miras payının bir diğer mirasçılara devrinin aynî etki yaratacağını ve devreden mirasçının miras ortaklığından çıkacağına değinmiş bulunmaktadır. Yine Yargıtay vermiş olduğu bir diğer bazı kararlarda (Yargıtay 2. HD, 10.11.1977 t. ve E. 7650, K. 7847 s. K, **ÖZUĞUR**, s. 464'ten naklen) miras payının miras ortaklığına dâhil bir diğer mirasçıya devrinin devreden mirasçının miras ortaklığından ayrılması sonucunu yaratacağını ifade etmek suretiyle öğretide ileri sürülen baskın görüşü kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak Yargıtay vermiş olduğu diğer bir kararda (Yargıtay 2. HD, 19.1.1998 t. ve E. 13504, K. 456 s. K, **ÖZUĞUR**, s. 481'den naklen), miras payının bir diğer mirasçıya devrinin nispî etki yaratacağı fikrini, başka bir ifadeyle ikinci görüşü savunmuştur. Önemle belirtilmelidir ki, devrin etkisi bakımından hangi görüş benimsenirse benimsensin, devreden mirasçının tereke borçları bakımından diğer mirasçılarla birlikte müteselsil sorumluluğu devam edecektir. Bkz. **ESCHER**, Art. 635, N. 26; **TUOR/PICENONI**, Art. 635, N. 28; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 635, N. 13; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 635, N. 18; **RUMO-JUNGO**, s. 188; **OĞUZMAN**, s. 325; **ÖZTAN**, s. 405; **DURAL/ÖZ**, s. 373; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 557, 558.

[617] **FELBER**, s. 79; **HAUSER**, s. 35.

[618] **JOST**, s. 124

Önemle belirtilmelidir ki, bir mirasçı dışında kalan diğer bütün mirasçılar hiçbir karşılık almaksızın miras hukukundan doğan haklarından vazgeçtikleri veya mirasçılardan birine diğer bütün mirasçılar miras paylarını devrettikleri takdirde, paylaşma kısmî olarak değil, tam anlamıyla gerçekleşmiş gibi olacaktır.[619] Bu tür durumlar bakımından öğretide gerçek olmayan paylaşma (*uneigentliche Teilung*) ifadesi kullanılmaktadır.[620]

Bu şekilde, subjektif kısmî paylaşmayı, mirasçılardan birinin veya birkaçının miras hukukundan doğan haklarından vazgeçmesi veya bazı mirasçıların miras paylarını diğer mirasçılara devretmesi ile miras ortaklığından ayrılması ve bu şekilde terekede yer alan bütün değerlerin miras ortaklığına dâhil diğer mirasçılarla devam etmesi olarak tanımlayan yazarlar,[621] mirasçılardan bir veya birkaçının, miras paylarına mahsuben terekedeki bazı değerlerin kendilerine özgülenmesi yoluyla miras ortaklığından ayrılıp, terekede kalan değerler bakımından miras ortaklığının diğer mirasçılarla devam etmesi hâlini ise, subjektif kısmî paylaşma işleminden ayırarak,[622] karma kısmî paylaşma işlemi (*kombiniert-parteille Erbteilung*)[623] olarak nitelendirmektedirler.

---

[619] **HAUSER**, s. 37; **TUOR/PICENONI**, Art. 602, N. 32d; **ESCHER**, Art. 602, N. 42 vd. *Escher*, bu hâlde, bütün tereke değerleri tek bir mirasçının elinde toplanacağı ve ilgili mirasçı tüm tereke değerleri üzerinde tek başına hak sahibi olacağı cihetle artık ortada paylaşmaya konu bir husus kalmayacağını ifade etmektedir. Türk Hukuk öğretisinde bu kavrama yer veren yazarlar için bkz. **İMRE**, s. 713; **İMRE/ERMAN**, s. 445. *İmre* ve *İmre/Erman*, bir mirasçı dışında kalan diğer tüm mirasçıların miras paylarını ilgili mirasçıya devretmeleri durumunun paylaşma yapılmasını önlediğini; ancak söz konusu devirler sonucunda bir çeşit paylaşmaya ulaşılmakta olduğunu ifade etmektedir.

[620] **ESCHER**, Art. 602, N. 42; **HAUSER**, s. 37; **HABICHT**, s. 22; **KOHLER**, s. 54; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 74; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 302.

[621] **HAUSER**, s. 37; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm. Art. 602, N. 33; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm., Art. 602, N. 19; **DRUEY**, § 16, N. 16; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 48-49; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 269; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 40, 41; **KOHLER**, s. 55 vd.

[622] *Hauser*, bu hâlin salt sübjektif paylaşma teşkil edemeyeceğini; zira bu durumda sadece bir veya birkaç mirasçının miras ortaklığından ayrılmakla kalmayıp, terekedeki bazı mallar bakımından da paylaşmanın gerçekleşmiş olduğunu; dolayısıyla bu hâlde hem sübjektif hem de objektif kısmî paylaşmanın söz konusu olacağını ifade etmektedir. Bkz. **HAUSER**, s. 44-45. Öğretide *Felber*, mirasçının kendisine bazı tereke mallarının özgülenmesi ile miras ortaklığından ayrılmasını 'Sübjektif Kısmî Paylaşmanın Türleri" başlığı altında incelemiş olmakla birlikte, konuya ilişkin açıklamalarında, bu hâlde sübjektif kısmî paylaşmanın yanı sıra, objektif kısmî paylaşmanın da gerçekleşmekte olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **FELBER**, s. 81. İsviçre Federal Mahkemesi de mirasçının tereke mallarının bir kısmının kendisine özgülenmesi ile miras payını alarak miras ortaklığından çıkması durumunda hem sübjektif hem de objektif kısmî paylaşmanın söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Bkz. BGE 60 I 147; 96 II 329 (HAUSER, s. 45, dpn. 88'den naklen). Öğretide *Escher* de bu duruma

B) Elden Paylaşma

Türk Medenî Kanunu'nun 676. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde mirasçılar, elden paylaşmayı, payları oluşturarak fiilen almak suretiyle gerçekleştirirler.[624] İlgili hükümde, "Mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması… mirasçıları bağlar" ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla bu hâlde mirasçıları bağlayan bir sözleşme söz konusudur.[625] Bu şekilde, elden paylaşma işlemi mirasçıların teşkil edilen hisseler üzerinde tek başına hak sahipliğini sağlaması nedeniyle bir tasarruf işlemi olmakla birlikte, bu sözleşmenin kendi içerisinde bir taahhüt işlemini de ihtiva ettiği baskın görüş tarafından kabul edilmektedir.[626] Öğretide,[627] taahhüt ve tasarruf işlemini ihtiva etmesi açısından elden paylaşma işlemi ile elden bağışlama

---

değinmekte ve ilgili hali terekenin kısmen tasfiyesi (*Teilliquidation der Erbengemeinschaft*) olarak nitelendirmektedir. Bkz. **ESCHER**, Art. 602, N. 41.

[623] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 49; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 271; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 41-42; **HAUSER**, s. 44 vd.; **DRUEY**, § 16, N. 16. Öğretide *Kohler*, mirasçıların bir kısmının miras paylarını alarak miras ortaklığından ayrılmalarını karma sübjektif kısmî paylaşma olarak nitelendirmektedir. Bkz. **KOHLER**, s. 55 vd.

[624] **ESCHER**, Art. 634, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 1, 3 vd.; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 4; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 2; **DRUEY**, § 16, N. 18; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 7; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 904; **HAUSER**, s. 57; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 4; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 721; **ÖZTAN**, s. 398; **OĞUZMAN**, s. 336; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 593; **İMRE/ERMAN**, s. 440; **İMRE**, s. 709; **DURAL/ÖZ**, s. 461; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 297; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 68; **ANTALYA**, s. 467; **AYAN**, s. 256.

[625] **ESCHER**, Art. 634, N. 5; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 9; **HAUSER**, s. 56; **DRUEY**, § 16, N. 19; **İMRE/ERMAN**, s. 537; **İMRE**, s. 891; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 722; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 593; **DURAL/ÖZ**, s. 411; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 68, 72; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 298; **ANTALYA**, s. 466.

[626] **DRUEY**, § 16, N. 19; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 4; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 4, 11; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 3; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 96; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 4; **HABICHT**, s. 53; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 71; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 723; **İMRE/ERMAN**, s. 538; **İMRE**, s. 892; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 65; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 300; **ANTALYA**, s. 466.

[627] **ESCHER**, Art. 634, N. 5; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 96; **PIOTET**, SPR IV/II, s. 903, 908; **HAUSER**, s. 56; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 11; **DRUEY**, § 16, N. 19; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 723; **OĞUZMAN**, s. 333; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 68, 72; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 297-298; **DURAL/ÖZ**, s. 462. *Dural/Öz*, elden paylaşma ve yazılı paylaşma sözleşmesi ile elden bağışlama ve bağışlama taahhüdü arasında kurulan bu benzerlik dolayısıyla, elden paylaşma sözleşmesinin, yazılı paylaşma sözleşmesinin, yazılı şekil şartına aykırı yapılmasından doğan geçersizliğin ifa ile düzeltilmesinden ibaret olduğunun söylenebileceğini ifade etmektedir. Türk Hukuk öğretisinde *Öztan*, elden paylaşma işleminde mirasçıların anlaşması ve mirasçıya zilyetliğin sağlanmasını ifade eden '*consensus*' ve '*res*'in bir arada bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. **ÖZTAN**, s. 399.

işlemi arasında benzerlik kurulmaktadır. Bu bağlamda bazı yazarlar,[628] elden paylaşma işleminde taahhüt ve tasarruf aşamalarının iç içe geçmiş olması nedeniyle, sözleşme ancak tasarruf işlemi de gerçekleştirilince kurulmuş olacağından,[629] bu sözleşmenin '*real sözleşme*'nin (*Realvertrag*)[630] bir türünü oluşturduğunu ifade etmektedirler.

Elden paylaşma işleminde mirasçılar miras paylarını teşkil ederek oluşturdukları bu payları fiilen aldıklarından, elden paylaşma sözleşmesinin konusunu ancak kolayca paylaşılabilecek tereke eşyalarının oluşturacağı belirtilmektedir.[631]

Mirasçıların tereke mallarını elden paylaşma sözleşmesi ile paylaşmalarında, her bir tereke değerinin devrine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacak ve bu şekilde, taşınırların teslimi,[632] alacakların ise temliki[633]

---

[628] **ESCHER**, Art. 634, N. 5; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 9; **HAUSER**, s. 57. *Hauser*, Türk İsviçre Hukuklarında, sözleşmeler hukuku alanında geçerli rızaîlik prensibine (*Konsensualprinzip*), elden paylaşma işlemi bakımından bir istisna getirilmiş olduğunu; zira, bu sözleşme bakımından tarafların paylaşmaya ilişkin olarak anlaşmaya varmış olmalarının işlemin bağlayıcı olması bakımından yeterli olmadığını; tarafların mutlaka terekedeki değerleri de iktisap etmelerinin gerektiğini belirterek; elden paylaşmanın Roma Hukuku'nun bir kalıntısı olarak, modern hukuk sisteminde de varlığını sürdürdüğünü ifade etmektedir. Türk Hukuk öğretisinde de *Kocayusufpaşaoğlu*, *Hatemi* ve *Kılıçoğlu*, elden paylaşmanın, reel sözleşmeye benzediğini ifade etmektedirler. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 722; **HATEMİ**, § 13, N. 26; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 72; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 299.

[629] **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 4; **HAUSER**, s. 57; **İMRE/ERMAN**, s. 540; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 722-723; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 69; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 296.

[630] Real sözleşme (*contractus realis*) Roma Hukuku'nda yer alan bir borç sözleşmesini ifade etmektedir. Bu sözleşmede borç ilişkisi bir ifa işlemi ile; başka bir ifade ile '*consensus*' + '*res*', yani rıza ve malın teslimi ile kurulmaktaydı. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 40, dpn. 34; **TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 55; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar, § 11, N. 6; **KOSCHAKER**, Paul/**AYİTER**, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977, s. 207-208, 220.

[631] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 726; **ESCHER**, Art. 634, N. 1, 12; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 12; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 88; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 2. *Tuor/Picenoni*, elden paylaşma sözleşmesi, sözleşmeye konu eşyaların ilgili mirasçılar tarafından doğrudan iktisap edilmesi sonucunu doğurduğundan, bu sözleşmenin ancak basit hukukî ilişkiler söz konusu olduğu takdirde gündeme gelebileceğini ifade etmekte ve bu durma örnek olarak, terekede mirasçı sayısınca müstakil ev ve ayrıca kıymetli evrak bulunması durumunu örnek olarak göstermektedir. Türk Hukuk öğretisinde *Kılıçoğlu*, elden paylaşma ve paylaşma sözleşmesi arasındaki farklara değinirken, yazılı paylaşma sözleşmesinden farklı olarak, elden paylaşma işleminin konusunu sadece aktif değerlerin oluşturabileceğini ifade etmiştir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 71; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 298.

[632] **ÖZTAN**, s. 399; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 722; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 593; **DURAL/ÖZ**, s. 461; **OĞUZMAN**, s. 336; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 97-98; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 327-328; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 65; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 298;

gerekecektir. Terekede bulunan kıymetli evrakın mirasçılar tarafından elden paylaşılmasında da, hamiline yazılı senet bakımından, ilgili senedin mirasçıya teslimi; emre yazılı senet bakımından ise, bütün mirasçıların ilgili senedi mirasçıya ciro etmeleri şarttır.[634]

Taşınırların elden paylaşılmasında özel bir durum, terekede bulunan motorlu araçlar bakımından söz konusu olmaktadır. Şöyle ki, Karayolları Trafik Kanunu'nun,[635] 20. maddesinin, 5942 sayılı Kanun'un[636] 1. maddesi ile değişik "d" bendi[637] uyarınca motorlu araçların devirleri, ancak noterde

---

İMRE/ERMAN, s. 540; **İMRE**, s. 895; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 6; **ESCHER**, Art. 634, N. 7; **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 94; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Art. 634, N. 2; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 11.

633 **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 5; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 2; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 4; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 11; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 8; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **ÖZTAN**, s. 399; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 722; **İMRE**, s. 895; **İMRE/ERMAN**, s. 540; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 98; **OĞUZMAN**, s. 337; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 65; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 328; **DURAL/ÖZ**, s. 461; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 593. Önemle belirtilmelidir ki, Türk Hukuk öğretisinde *Gönensay/Birsen*, Alacak bakımından yazılı temlik işleminin şart olması nedeniyle, yazılı temlik işleminin yazılı paylaşma sözleşmesi anlamına geleceğini; bu nedenle de alacaklar bakımından elden taksim işleminin söz konusu olmayacağını ifade etmektedirler. Bkz. **GÖNENSAY/BİRSEN**, s. 360.

634 **BREITSCHMID/FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 94; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 2; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 11; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 9, 10.

635 13.10.1983 t. ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (RG, 18.10.1983 t., S. 18195)

636 24.12.2009 tarih ve 5942 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 31.12.2009 t., S. 27449)

637 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "d" bendi, 24.12.2009 tarih ve 5942 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yürürlüğe girmesinden evvel, 4.6.2008 tarih ve 5766 sayılı "Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un (RG, 6.6.2008 t., S. 26898 mükerrer) 18. maddesi ile değiştirilmiş bulunmaktaydı. 5766 sayılı Kanun'un 18. maddesi çerçevesinde motorlu araç devirleri, trafik tescil şube veya bürolarındaki ilgili memurlar tarafından siciline işlenmek suretiyle gerçekleştirilmekteydi. Böylelikle, 5766 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden evvel motorlu aracın devri noterler tarafından gerçekleştirilmekte iken, bu yetki 5766 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, trafik tescil şube ve bürolarına devredilmiş bulunmaktaydı. Ancak, Karayolları Trafik Kanunu'nun 20. maddesinin, 5766 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile değişik "d" bendi, 24.12.2009 tarih ve 5942 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile tekrar değiştirilmiş ve motorlu araçlar bakımından devir yetkisi tekrar noterlere bırakılmıştır. Bu değişiklik, 5942 sayılı Kanun'un 3. maddesi gereği, 1.5.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Ancak, ilgili Kanun'un geçici madde 1 hükmü uyarınca, bu tarihten önce, noterde yapılacak devir işlemleri bakımından noterler, 5942 sayılı Kanun'la değiştirilmezden evvelki hükümler uyarınca, başka bir ifade ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 20. maddesinin 5766 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile değişik hâlini esas alarak devir işlemlerini gerçekleştireceklerdir. Bu devir işlemleri, 5942 sayılı Kanun'un geçici madde 1 hükmü uyarınca her türlü harçtan muaftır. Dolayısıyla, 1.5.2010 tarihinden önce gerçekleştirilecek devirler bakımından Noterlik Kanunu'nun (18.1.1972 t. ve 1512 s. K; RG, 5.2.1972 t., S. 14090), 112. maddesi uygulama alanı bulmayacak, 5942 sayılı Kanun'un geçici madde 1 hükmü gereği 1.5.2010 tarihine kadar gerçekleşecek devirlerde, sadece 20 TL maktu ücret alınacaktır.

gerçekleştirilecek resmî şekil şartına uyulduğu takdirde geçerli olacaktır. Bu çerçevede, terekede bulunan motorlu araçların elden paylaşılmasında, ilgili motorlu aracın mirasçılardan birine, tek başına mülkiyet hakkına sahip olacak şekilde devrinde tüm mirasçıların veya temsilcilerinin resmi şekli gerçekleştirecek noter huzurunda hazır bulunarak işlemin gerçekleştirilmesine ilişkin irade beyanında bulunmaları gerekir.[638]

Terekede bulunan taşınmazların elden paylaşılması bakımından ise, bazı yazarlar[639] sadece elden paylaşmada ilgili tereke değerinin geçirilmesi için yapılması şart olan işlemler çerçevesinde taşınmazların tescili (TMK m. 705/I) gereğine yer vermiş bulunmaktadırlar. Bu husus daha ziyade, taşınmazların paylaşılmasında, Türk Medenî Kanunu'nun 705. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş tescilsiz kazanımın söz konusu olmayacağı anlamında açıklamalara dâhil edilmektedir.[640] Ancak taşınmazların elden paylaşma sözleşmesine konu edilip edilemeyeceği, Türk Hukuku'nda yer alan düzenlemeler de dikkate alındığında, esasen tartışmalı bir konudur. Şöyle ki, Tapu Sicil Tüzüğü'nün[641] "Resmî senet düzenlenmesini gerektirmeyen hallerde aynî hakların tescili için" kenar başlığını taşıyan ve belli durumlarda aynî hakkın tescili için aranacak hususların düzenlendiği 21. maddesinin, "c" bendinde şu ifadeye yer verilmiştir: "Miras taksimi noter tarafından yapılmış ise sözleşme; mirasçılar arasında yazılı olarak yapılmış olup da, mirasçıların imzaları noterce onaylanmamışsa tüm mirasçıların;

---

[638] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 98; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 328.

[639] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 722; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 593; **İMRE**, s. 896; **İMRE/ERMAN**, s. 541; **DURAL/ÖZ**, s. 461; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Art. 634, N. 2; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 11; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **BREITSCHMID/ FANKHAUSER/EITEL/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 94. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen, taşınmazların elden paylaşılması işleminde, taşınmazın kendisine özgüleneceği mirasçıya taşınmazın teslimi ile, ilgili mirasçının taşınmaz üzerinde zilyetliğinin sağlanmasının tek başına yeterli olmayacağına ilişkin kararlar için bkz. BGE 122 III 150; 102 II 197. İsviçre Hukuku bakımından taşınmazların elden paylaşılmasında, bütün mirasçıların taşınmazın belli bir mirasçıya özgülenmesine ilişkin olarak rıza göstermiş olduklarının, tapu memuruna yapılacak yazılı başvuruda yer alması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 7.

[640] Bu ifadeye açıkça yer veren yazarlar için bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 541. İlgili hükmü karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 633. maddesinin ikinci fıkrasının paylaşmada uygulama alanı bulmayacağına ilişkin olarak bkz. **İMRE**, s. 896. İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili hükmü karşılayan 657. maddesinin ikinci fıkrasının taşınmazların elden paylaşılmasında tescil bakımından uygulama alanı bulmayacağına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 11; **HABICHT**, s. 44.

[641] 18.05.1994 tarih ve 94/5623 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG 07.06.1994, S. 21953)

imzaların bir kısmı onaylanmış ise, imzaları onaylanmamış olanların başvuruları… aranır."

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu tartışma tapuya kayıtlı olan taşınmazlara ilişkindir; tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından, bu taşınmazların elden paylaşma işlemine konu olabileceği genel itibariyle kabul edilmektedir.[642] Bu hâlde elden paylaşma işleminin, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazın zilyedliğinin özgülemenin kendisine yapılacağı mirasçıya geçirilmesi yoluyla olacağı ifade edilmektedir.[643]

Tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşma sözleşmesine konu olup olmayacağına ilişkin olarak ise, öğretide ileri sürülen bir görüş[644] tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşılmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. İsviçre Hukuku bakımından, geçmişte farklı şekilde ele

---

[642] **HATEMİ**, § 13, N. 29; **ÖZTAN**, s. 399; **OĞUZMAN**, s. 336; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 723 vd.; **İMRE**, 898; **İMRE/ERMAN**, s. 542; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 329-330; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 99; **DURAL/ÖZ**, s. 462. Yargıtay da, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların elden paylaşma yoluyla paylaşılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay 8. HD, 17.11.2005 t. ve E. 6920, K. 7680 s. K., Erişim: *kazanci*; HGK, 10.3.1982 t. ve E. 8-1450, K. 258 s. K (YKD, C. IX, Y. 1983, S. 1, s. 21 vd.); HGK, 12.10.1966 t. ve E. 7-99, K. 26 s. K (İKİD, Y. 1967, S. 77, s. 5358; HGK, 18.10.1967 t. ve E. 8-422, K. 466 s. K. (ABD, 1968, S. 1, s. 78); 8. HD, 11.3.1976 t. ve E. 1262, K. 1941 s. K. (YKD, C. III, Y. 1977, S. 4, s. 513). Öğretide *Kocayusufpaşaoğlu* ile *Kılıçoğlu*, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların tapuya kayıtlı olan taşınmazlardan ayırt edilerek, tapuya kayıtlı olmayanlar bakımından elden paylaşma işleminin yapılabileceğinin kabul edilip; tapuya kayıtlı olan taşınmazlar bakımından elden paylaşma işleminin yapılamayacağının kabul edilmesini eleştirmekte ve gerek tapuya kayıtlı olan ve gerek olmayan taşınmazlar bakımından elden paylaşma işleminin gerçekleştirilebileceğini savunmaktadırlar. Bu çerçevede *Kocayusufpaşaoğlu*, Kanun'da, paylaşmaya ilişkin olarak, tapuya kayıtlı olan ve olmayan taşınmazlar bakımından ayrı düzenleme getirilmemiş olduğunu ve ayrıca, elden paylaşma işleminin paylaşmanın bir an önce gerçekleştirilmesi amacıyla öngörülmüş olduğu dikkate alındığında, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların elden paylaşma konusu olabileceğinin kabul edilip, tapuya kayıtlı olanların bu işlemle paylaşılamayacağının savunulmasının doğru olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 723, dpn. 8; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 329-330; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 99.

[643] **OĞUZMAN**, s. 336; **DURAL/ÖZ**, s. 462; **İMRE**, s. 898; **İMRE/ERMAN**, s. 542. Yargıtay tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda, zilyetliğin özgüleme lehdarı mirasçıya devri yoluyla elden paylaşma işleminin gerçekleştirilmiş olduğunun, tanıkla ispat edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay HGK, 5.3.1958 t. ve E. 6-29, K. 27 s. K (MHAD, 1958, S. 5, s. 143); HGK, 10.3.1982 t. ve E. 8-1450, K. 258 s. K (YKD, C. IX, Y. 1983, S. 1, s. 21 vd.); 8. HD, 11.3.1976 t. ve E. 1262, K. 1941 s. K (YKD, C. III, Y. 1977, S. 4, s. 593); HGK, 18.10.1967 t., E. 8-422, K. 466 s. K (ABD, Y. 1968, S. 1, s. 78); HGK, 12.10.1966 t. ve E. 7-99, K. 26 s. K (İKİD, Y. 1967, S. 77, s. 5358); HGK, 15.1.1964 t. ve E. 22, K. 8-87 s. K (AD, Y. 1964, s. 825).

[644] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 725-726; **İMRE**, s. 897; **İMRE/ERMAN**, s. 541-542; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 330; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 99 vd.; **ANTALYA**, s. 467-468; **ESCHER**, 634, N. 5, 6; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 10 vd.; **HAUSER**, s. 56; **HABICHT**, s. 33-34, 44; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 7; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 4; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 905; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **JOST**, Arthur, Grundbuch und Erbteilung, SJZ Jahr 1968, s. 5.

alınmış olan[645] ve fakat günümüzde genel olarak kabul edilen bu görüş, İsviçre Tapu Sicil Tüzüğünün, mirasçıların, önceden bir sözleşme yapmaları gerekmeksizin, tapu memuruna, taşınmazın özgülemenin kendisine yapılacağı mirasçı adına tescili için yazılı olarak yapılmış ve hepsinin imzasını taşıyan bir belge ile başvurmalarının yeterli olduğunun düzenlenmiş bulunduğu 18. maddesinin "b" bendine[646] dayanmaktadır.[647] Öğretide *Habicht*,[648] taşınmazların elden paylaşılabileceği görüşü bağlamında, İsviçre Medenî Kanunu'nun 634. maddesinde taşınır ve taşınmaz mallar bakımından farklı hüküm tesis edilmiş olmamasını bir diğer gerekçe olarak göstermektedir. Türk Hukukunda bu görüşü savunan bazı yazarlar,[649] taşınmazların elden paylaşma işlemine konu olabilmesinin gerekçesi olarak, daha ziyade İsviçre Hukuku bakımından da Kaynak Kanun'un 634. madde düzenlemesi dikkate alınarak yapılan açıklamaya paralel bir şekilde, ilgili

---

[645] İsviçre Hukukunda önceleri, taşınmazların ancak resmî şekilde yapılmış bir işlemle devirlerinin mümkün olduğu gerekçe gösterilerek, taşınmazların elden paylaşma konusu olamayacakları; hatta daha da ileri gidilerek yazılı şeklin dahi taşınmazların paylaşılması bakımından yeterli olmadığı ileri sürülmüştü. *Escher* tarafından şerhin ilk baskısında ileri sürülen bu görüş, Kanun görüşmeleri sırasında *Schär* tarafından savunulmuş ve *Eugen Huber* tarafından da desteklenmiştir. (Bkz. Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Bd. XVI, Jahr 1906, s. 380 vd., HABICHT, s. 32'den naklen.) Bunun üzerine uzmanlar komisyonu (Expertenkomission) da taşınmazların elden paylaşma konusu olmasının mümkün olmadığı eğilimi doğrultusunda, taşınmazların ancak yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılabileceğine ilişkin bir düzenlemeyi, madde hükmüne ekleme kararı almış, ancak Meclis tartışmaları sırasında *Schär*, önceden ileri sürdüğü görüşü değiştirerek, taşınamazların ancak yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılabileceği fikrine destek vermeyi uygun görse de, söz konusu düzenlemenin muğlak ve yüzeysel olduğunu ileri sürerek hükmü tartışmaya açmış ve bu hüküm Kanun'a girmemiştir. (HABICHT, s. 32'den naklen.) *Habicht*, bu tartışmalara ilişkin olarak, taşınmazların devrinde resmî şekil yapılması gereğinin düzenlendiği İsviçre Medenî Kanunu'nun 657. maddesinin birinci fıkrasının (TMK m. 706/I), ancak taşınmazın devrinde tasarruf işleminden önce bir taahhüt işlemi yapılmasının gerektiği durumlarda, bu taahhüt işlemine ilişkin olarak söz konusu olduğunu; başka bir ifade ile, resmî şekil zorunluluğunun tescil işleminden önce gelen taahhüt işlemi bakımından gündeme geleceğini belirterek; miras hukukundaki elden paylaşma işleminin, mülkiyetin devri öncesinde taahhüt işlemi yapılmasını gerektirmeyen bir tasarruf işlemi olması nedeniyle, elden paylaşma işleminde İsviçre Medenî Kanunu'nun 657. maddesinin birinci fıkrasının (TMK m. 706) uygulanmasının söz konusu olmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **HABICHT**, s. 33.

[646] İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesinin Almanca metni "*Ist zum Erwerb des Eigentums die Eintragung in das Grundbuch konstitutiv (Art. 656 Abs. 1 ZGB), so wird der Ausweis für die Eigentumsübertragung erbracht:*" ifadesi ile başlamakta ve bu maddenin "b" bendinin Almanca metni şu şekilde kaleme alınmış bulunmaktadır: "*im Falle der Erbteilung: durch die schriftliche Zustimmungerklärung sämtlicher Miterben oder durch einen schriftlichen Teilungsvertrag*"

[647] **HABICHT**, s. 33, 44; **ESCHER**, Art. 634, N. 6; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 11; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 905; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 7; **RUMO-JUNGO**, s. 186.

[648] Bkz. **HABICHT**, s. 33.

[649] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 723, dpn. 8; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 99; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 329-330.

hükmü karşılayan Türk Medenî Kanunu'nun 676. maddesinde, taşınmazlar bakımından bir ayrım yapılmaksızın, terekede yer alan değerler bakımından elden paylaşmanın yapılabileceğinin düzenlenmiş olduğunu, bu nedenle de taşınmazlar bakımından elden paylaşma işleminin yapılmasına bir engel bulunmadığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Taşınmazların elden paylaşma işlemi ile paylaşılabileceğini kabul eden yazarların bir kısmı,[650] elden paylaşma işleminin, paylaşmaya konu olan değerin özgüleme lehdarı mirasçının tek başına hak sahipliğine geçmesi anında gerçekleşmesinden yola çıkarak, elden paylaşma işleminin de taşınmazın mirasçı adına tescil edildiği anda kurulmuş olduğunu savunmaktadırlar. Taşınmazların elden paylaşma işlemine konu olabileceğini kabul eden yazarlardan *Jost*[651] ise, taşınmazlar bakımından elden paylaşmanın gerçekleştiği anın, tescil işleminden daha önceki bir aşamada gerçekleştiğini; bu çerçevede, mirasçıların, İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesi çerçevesinde taşınmazın mirasçılardan birine tescili için bütün mirasçıların bu yöndeki irade açıklamalarını ve imzalarını ihtiva eden belgenin hazırlandığı anda taşınmaz bakımından elden paylaşma işleminin kurulmuş olduğunu ifade etmektedir. *Jost* tarafından ortaya konulan bu görüşle birebir

---

[650] Bu görüş öğretide "tescil görüşü" olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 11; **ESCHER**, Art. 634, N. 5; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 333; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 103. *Kılıçoğlu* açıklamalarında, konuyu eski Tapulama Kanunu'nu yürürlükten kaldıran ve onun yerine uygulanmakta olan 21.6.1987 tarih ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu (RG, 9.7.1987 t., S. 19512)'nun uygulama alanı dışında kalan taşınmazlar bakımından, elden paylaşma işleminin tescil anında gerçekleşmiş olacağının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, Kadastro Kanunu'nun uygulama alanına giren taşınmazlar bakımından, bu taşınmazlar ister tapuya kayıtlı olsun, ister olmasın, Kanun'un 15. maddesi çerçevesinde zilyetlik devrinin mülkiyetin geçişi ve bu şekilde elden paylaşmanın gerçekleştirilmesi için yeterli olduğunu ifade etmektedir. Yazarın bu hususta yapmış olduğu açıklamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 102-103; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 332-333. Kadastro Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrası, "Tapuda kayıtlı taşınmaz malların malikleri veya bunarlın mirasçıları arasında, tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz malların ise ondördüncü madde gereğince belirlenen zilyetleri arasında taksim edildikleri belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanları ile sabit olduğu takdirde bu mallar taksim gereğince zilyetleri adına tespit olunur." ifadesini taşımaktadır.

[651] Bkz. **JOST**, Erbteilung, s. 36-37. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir Kararda (BGE 115 II 221, 229 vd.), taşınmazların elden paylaşılması işleminin, İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde, taşınmazın mirasçılardan bir adına tescili için bütün mirasçılarca hazırlanacak belgenin, mirasçıların başvurusu üzerine yevmiye defterine kaydedildiği anda kurulduğunu ifade etmiştir.

örtüşmemekle birlikte *Piotet*[652] de, taşınmazların elden paylaşılmasında elden paylaşma işleminin tescil işleminden önceki bir aşamada gerçekleştiğini kabul etmekte, *Jost*'tan farklı olarak elden paylaşma işleminin tapuya ibraz edilmek üzere mirasçılar tarafından hazırlanan belgenin oluşturulması anında değil, bu belge ile birlikte mirasçıların tapu memuruna başvurdukları anda kurulmuş olacağını ifade etmektedir. Türk Hukuk öğretisinde ise *İmre*[653] ve *İmre/Erman*[654], *Jost*'un bu görüşüne benzer şekilde, mirasçıların taşınmazı elden paylaşmalarında, özgülemenin kendisine yapılacağı mirasçının özgüleme konusu taşınmaz üzerinde zilyetliğinin sağlanmasının tek başına yeterli olmayıp, ilgili taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının da ilgili mirasçıya geçirilmesi gerekeceğinden, ilgili mirasçıya taşınmazın zilyedliğinin geçirilmesinin, tapuda yapılacak tescil işleminin hukukî sebebini oluşturduğunu ve mirasçılar bakımından, tapuya tescil için yazılı muvafakat beyanı verme yükümlülüğü doğurduğunu; bu muvafakatin verilmemesinin elden paylaşma sözleşmesinden dönme veya elden paylaşma sözleşmesinin ihlâli anlamına geleceğini ifade etmektedirler. Taşınmazların elden paylaşma konusu olabileceğini savunan görüş içinde bazı yazarlar[655] ise, elden paylaşmanın, tescilden ve hatta tapuya ibraz

---

[652] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 905-906.

[653] Bkz. **İMRE**, s. 897.

[654] Bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 541-542.

[655] **JÄGGI**, Peter, Zwei Fragen aus dem Erbteilungsrecht, SJZ, Jahr 1967, s. 166-167. *Jäggi*, İsviçre Federal Mahkemesi'nin mirasçılar tarafından mirasçılardan birinin zilyetliğine bırakılmış olan bir taşınmazın daha sonra elbirliği hak sahipliğinin tek başına hak sahipliğine dönüşmesi esnasında uyuşmazlık konusu olması ve olayın mahkemeye intikâli üzerine, tescil görüşünü destekler nitelikteki kararını (BGE 86 II 347) eleştirmekte ve görüşlerini bu Karar üzerinden açıklamış bulunmaktadır. Türk Hukuk öğretisinde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 725-726. *Kocayusufpaşaoğlu*, Türk Hukuk uygulaması açısından oldukça yerinde olarak nitelendirdiği bu görüşün, taşınmazların haricen paylaşımı meselesi bakımından tatmin edici bir çözüm sağladığını; özellikle de tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların mirasçılar tarafından elden paylaşılmasında bu görüşün uygulamada karşılaşılan önemli sorunların ortadan kalkması sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Yazar, bu çerçevede, Türk Hukuk uygulamasında mirasbırakanın üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığı taşınmazlar bakımından Yargıtay'ın, 9.10.1946 tarih ve 6/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG, 20.6.1947, S. 6637) ile, elden paylaşmanın ancak zilyedliğin devri yoluyla gerçekleştirebileceğinin kabul edilmiş olduğunu; ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde mirasbırakanın mülkiyet hakkına sahip olduğu durumlar bakımından bu şekilde bir hüküm bulunmadığından, *Jäggi* tarafından ileri sürülen görüşün kabul edilmesi ile, mirasbırakanın üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu tapusuz taşınmazlar bakımından da zilyetliğin devri yoluyla elden paylaşmanın gerçekleşmesi imkânının söz konusu olacağını ifade etmektedir. Bkz. s. 726. Öğretide *Piotet*, taşınmazların elden paylaşılmasında, işlemin taşınmazın zilyedliğinin özgüleme lehdarı mirasçıya bırakıldığı anda kurulmuş olduğunun kabul edilemeyeceğini; zira, elden paylaşma işleminin

edilmek üzere mirasçıların irade açıklamalarını ve imzalarını ihtiva eden belgenin hazırlanmasından önce, taşınmaz üzerindeki zilyedliğin, taşınmazın kendisine özgüleneceği mirasçıya bırakıldığı anda kurulmuş olduğunu kabul etmektedirler. Taşınmazların elden paylaşılmasının zilyetliğin mirasçıya devri anında gerçekleşmiş olacağını savunan *Jäggi*,[656] elden paylaşma işleminin tescil anında gerçekleşeceğini savunan görüşü, tescil işleminin mirasçıların değil, tapu memurunun işlemi olması nedeniyle elden paylaşma işleminin gerçekleşme anı olarak nitelendirilemeyeceğini; elden paylaşma işleminin tapu memuruna verilmesi gereken belgenin hazırlanıp imzalandığı anda gerçekleşmiş olacağını savunan görüşü de, bu işlemin yazılı olarak yapılması nedeniyle, bir elden paylaşma işlemi değil yazılı paylaşma işlemi teşkil ettiğini belirterek eleştirmektedir.

Öğretide konuya ilişkin olarak ileri sürülen diğer bir görüşe göre[657] ise, tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşma işlemine konu olması mümkün değildir. Görüş taraftarı bazı yazarlar,[658] taşınmazların elden paylaşma

---

bu hâlde, taşınmaz üzerindeki tek başına hak sahipliğinin de kazanılmasını gerektirdiğini, oysa, zilyedliğin ilgili mirasçıya bırakılmasının böyle bir sonucu meydana getiren bir işlem olma özelliği taşımadığını ifade etmektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 905-906. Bu görüşü eleştiren diğer bir yazar da *Kılıçoğlu*'dur. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 103-104; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 334-335. *Kılıçoğlu*, *Jäggi* tarafından eleştirilen Federal Mahkeme kararına (BGE 86 II 347) konu olan olay ve buna benzer durumlar bakımından, tescil görüşünün kabul edilmesi ile ortaya çıkabilecek adaletsizlikler bakımından, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması yasağının devreye girebileceğini ve bu şekilde daha evvel mirasçının zilyedliğine taşınmazın elden paylaşılması iradesinin varlığı ile bırakılmış taşınmaz bakımından, daha sonra, bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, ilgili mirasçı adına tapuda tescil yapılmış olmadığından, söz konusu mirasçıya geçmemiş olduğunun ileri sürülmesinin, sorunun intikâl ettirildiği mahkeme tarafından hakkın kötüye kullanılması sayılarak, şekle aykırılık iddiasının dinlenmeyip, taşınmazın, zilyedliğin kendisi lehine tesis edildiği mirasçı adına tesciline karar verilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Yazar, konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın da yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararı (30.9.1988 t. ve 2/2 sayılı İBK, KILIÇOĞLU, Taksim Sözleşmesi, dpn. 132'den naklen) ile, şekle aykırılığın, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil eder şekilde ileri sürülmesi durumunda, şekle aykırılık iddiasının dinlenmeyeceğine karar vermiş olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 104; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 335.

[656] **JÄGGI**, s. 166 vd. Öğretide *Piotet* de, *Jäggi*'nin görüşüne, tescil işleminin mirasçıların bir işlemi olmaması ve bu nedenle elden paylaşma işleminin tescil anında kurulmuş olduğunun kabul edilemeyeceği noktasında katıldığını ifade etmektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 905.

[657] **HATEMİ**, § 13, N. 24, 25; **ÖZTAN**, s. 399; **DURAL/ÖZ**, s. 462; **OĞUZMAN**, s. 336; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 94, dpn. 79.

[658] **ÖZTAN**, s. 390; **OĞUZMAN**, s. 336; **HATEMİ**, § 13, N. 27; **DURAL/ÖZ**, s. 462. *Dural/Öz*, Türk Hukuku bakımından yürürlükte bulunan Tapu Sicil Tüzüğü nedeniyle, taşınmazların elden paylaşılmasının, İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, imkân dâhilinde bulunmadığını ifade etmektedir. Yine *Oğuzman* da, İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'ne benzer bir düzenleme ihtiva eden ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden önce uygulanmakta olan Tapu Sicil Nizamnamesinin ilgili hükmü

işlemine konu olmamasının gerekçesi olarak Tapu Sicil Tüzüğü'nün 21/c hükmünü göstermektedirler. Her ne kadar İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün aynı hususun düzenlendiği 18. maddesinin üçüncü fıkrası farklı şekilde kaleme alınmış olsa da,[659] İsviçre Hukuku bakımından da taşınmazların elden paylaşma konusu olamayacağı bazı yazarlar tarafından[660] dolaylı bir şekilde ifade edilmektedir. Taşınmazların elden paylaşma işlemine konu olamayacağı görüşünün bir diğer gerekçesi olarak elden paylaşma işleminin elden bağışlama işlemine olan benzerliği üzerinden, Borçlar Kanunu'nun 237. maddesinin ikinci fıkrası gösterilmekte ve bu şekilde taşınmaz mallar elden bağışlama işlemine konu olamayacağından, terekede bulunan bir taşınmaz malın elden paylaşılamayacağı ifade edilmektedir.[661] Yargıtay da vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararında[662] tapulu taşınmazlara ilişkin paylaşma sözleşmesi bakımından resmi şekil şartının aranmadığını; bu işlemin yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğunu belirtmek suretiyle, tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından yazılı şekli gerekli görmüştür. Yargıtay vermiş olduğu diğer bazı kararlarda[663] da, tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşma ile paylaşılamayacağını, bu tür taşınmazlara ilişkin paylaşma

---

nedeniyle, Tapu Sicil Tüzüğü'nün yürürlüğe girdiği 1994 yılından önce Türk Hukuku bakımından da taşınmazların elden paylaşılmasının mümkün olduğunu, ancak 1994 yılından itibaren artık bu imkânın kalkmış bulunduğunu belirtmektedir.

[659] İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesinin üçüncü fıkrasında, mirasçılardan biri adına tescil için, Türk Hukuku'nda yürürlükte bulunan Tapu Sicil Tüzüğü'nün 21. maddesinden farklı olarak, mirasçılar arasında yapılmış bir paylaşma sözleşmesi aranmamakta, sadece, bütün mirasçıların buna rıza gösterdiklerini gösterir ve yine bütün mirasçılar tarafından imzalanmış bir belgenin tapu memuruna ibrazı gerekli görülmektedir. Türk Hukuku bakımından da, Tapu Sicil Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkan Tapu Sicil Nizamnamesi'nin (1930/10012 sayılı Bakanlar Kurulu kararı) 19. maddesinin üçüncü bendi, İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesinin üçüncü fıkrasına benzer bir şekilde kaleme alınmış bulunmaktaydı.

[660] Bkz. **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 94, dpn. 79. *Rumo-Jungo*, elden paylaşmaya ilişkin tabloda taşınmaz mallara da yer vermiş olmakla birlikte, İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesi hükmü ile, tüm mirasçılar tarafından imzalanmış, taşınmazın özgüleme lehdarı mirasçı adına tescil edilmesine ilişkin irade açıklamasını ihtiva eden bir belgenin tapu memuruna ibrazının şart koşulması nedeniyle, ortada yazılı paylaşma sözleşmesine eşit bir işlemin bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 187. Bkz. **RUMO-JUNGO**, s. 187, N. 1.

[661] **ÖZTAN**, s. 399; **HATEMİ**, § 13, N. 24, 25. *Hatemi*, elden paylaşma ve yazılı paylaşma sözleşmesi ile elden bağışlama ve bağışlama vaadi arasındaki benzerlik dolayısıyla, taşınmazların elden bağışlanması mümkün olmadığından, elden paylaşılmasının da mümkün olmayacağını; bu çerçevede, Türk Medenî Kanunu'nun 676. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, yazılı paylaşma sözleşmesi yapılmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

[662] 10.12.1952 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG, 13.3.1953 t., S. 8358)

[663] Bkz. Yargıtay 8. HD, 17.6.2003 t. ve E. 4216, K. 4513 s. K.; 1. HD, 22.2.2001 t. ve E. 1688, K. 2119 s. K., Erişim: *kazanci*.

sözleşmesinin mutlaka en az yazılı şekilde yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 'payların oluşturulması' kenar başlığını taşıyan 650. maddesinin, 676. maddede düzenlenmiş olan elden paylaşma işlemi ile ilişkisinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun anılan 650. maddesinin birinci fıkrasında, mirasçıların tereke mallarından mirasçı veya ortak kök sayısınca pay oluşturacakları; ikinci fıkrasında, mirasçıların bu konuda anlaşamamaları durumunda, mirasçılardan en az birinin talep etmesi üzerine Sulh Hâkiminin, yerel âdetleri, mirasçıların kişisel durumlarını ve çoğunluğun arzusunu göz önünde bulundurarak payları oluşturacağı; üçüncü fıkrasında ise, payların özgülenmesinin mirasçıların anlaşması uyarınca yapılacağı, buna olanak bulunmadığı takdirde ise, kur'a çekileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Öğretide konuya ilişkin olarak ileri sürülen baskın görüş,[664] İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesini karşılayan 611. maddesinde, payların oluşturulması ve oluşturulan payların[665] hangi mirasçıya özgüleneceğinin belirlenmesi yönteminin düzenlenmiş olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. maddesi (TMK m. 650), paylaşma işlemine hazırlık safhasının düzenlendiği bir hükümdür. Bu çerçevede İsviçre Medenî Kanunu'nun 634. maddesinin birinci fıkrasında (TMK m. 646/I) düzenlenmiş olan elden paylaşma sözleşmesi, İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. maddesi (TMK m. 650) ışığında oluşturulan hisselerin ilgili mirasçılar tarafından fiilen alınması ile, miras ortaklığına dâhil olan mirasçıların elbirliği ile hak sahibi oldukları tereke eşyaları üzerinde her bir mirasçının tek başına hak sahibi olmasını sağlayan ve bu şekilde miras ortaklığının paylaşma neticesinde sona ermesi sonucunu doğuran bir işlemdir.[666] Konuya ilişkin olarak öğretide *Mabillard*[667] tarafından ileri sürülen

---

[664] **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 6, Art. 634, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 3; **ESCHER**, Art. 611, N. 15; Art. 634, N. 4; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 2; **TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO**, s. 720.

[665] Bu hâlde hisse kavramından, mirasçıya miras payına mahsuben özgülenecek tereke değerlerinin ve borçlarının toplamının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 4.

[666] **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 5.

ikinci bir görüş uyarınca, İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. maddesi (TMK m. 650), elden paylaşma işlemine hazırlık safhasının düzenlendiği bir hükümden ibaret değildir ve tüm terekeye ilişkin genel bir hüküm ihtiva etmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun 634. maddesinin birinci fıkrasında (TMK m. 676/I) düzenlenmiş elden paylaşma işlemi ise, İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. maddesinde (TMK m. 650) düzenlenmiş olan genel hükmün her bir mirasçı bakımından nasıl gerçekleştirileceğinin gösterildiği bir hükümdür. *Mabillard*'a göre,[668] Kaynak Kanun'un 611. maddesinde (TMK m. 650) ifade edilen "payların oluşturulması" (*Bildung von Losen*) kavramı, 634. maddenin birinci fıkrasında (TMK m. 676/I) geçen "payların oluşturulması" (*Aufstellung von Losen*) kavramı ile aynı şeyi ifade etmektedir ve 634. maddenin birinci fıkrasında (TMK m. 676/I) geçen "payların alınması" (*Entgegennahme der Lose*) kavramı, 611. maddede (TMK m. 650) geçen anlaşma veya kur'a yoluyla payların özgülenmesi (*Verteilung der Losen mittels Vereinbarung oder Losziehung*) kavramını kapsamaktadır. Yazar, ilgili 611. maddenin (TMK m. 650), elden paylaşma işleminin hazırlık safhasını oluşturmadığı görüşünün bir diğer gerekçesi olarak, elden paylaşma işleminde taahhüt ve tasarruf işlemlerinin iç içe geçmiş bir şekilde ve fakat birlikte bulunduğunu; oysa ilgili 611. maddede (TMK m. 650) geçen özgüleme ile sadece tasarruf işleminin kastedilmiş olduğunu göstermektedir. Bu şekilde *Mabillard*, İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. madde (TMK m. 650) düzenlemesinin elden paylaşma işlemi bakımından olduğu kadar, yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulan genel bir düzenleme oluşturduğunu ifade etmektedir.

C) Yazılı Paylaşma Sözleşmesi

Türk Medenî Kanunu'nun 677. maddesi çerçevesinde mirasçılar paylaşmayı, yazılı paylaşma sözleşmesi yapmak suretiyle de

---

[667] **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 8 vd.
[668] **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 8.

gerçekleştirebilirler. Bu hâlde yapılan bu sözleşme mirasçılara, sözleşmeye uygun şekilde üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları tereke değerlerinin her birinin tek başına hak sahipliğine geçirilmesi borcunu yüklediğinden,[669] yazılı paylaşma sözleşmesi bir taahhüt işlemidir.[670] Dolayısıyla, terekenin, yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılmasında elden paylaşma işleminden farklı olarak, taahhüt ve tasarruf işlemleri aynı anda gerçekleşmemekte,[671] miras ortaklığının terekenin paylaşılması ile neticelenmesi bakımından, yazılı paylaşma sözleşmesinden doğan borcun ifası gerekmektedir.[672] Bu şekilde, taşınmazlar bakımından tapuya tescil,[673] taşınırlar bakımından teslim işleminin yapılması;[674] kısaca, hakkın devrine yönelik tasarruf işleminin

---

[669] **ÖZTAN**, s. 400; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 69; **ANTALYA**, s. 468; **OĞUZMAN**, s. 337; **HATEMİ**, § 13, N. 19; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12, 26; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 13; **HAUSER**, s. 85; **ESCHER**, Art. 634, N. 8; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 5; **WOLF**, s. 272 vd.; **WOLF**, Erbschaftserwerb, s. 276; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 89; **RUMO-JUNGO**, s. 186.

[670] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 728; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 69,71; **İMRE**, Taksim Sözleşmesi, s. 398; **OĞUZMAN**, s. 337; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 62; **DURAL/ÖZ**, s. 464; **İMRE/ERMAN**, s. 539, 543; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 593-594; **ANTALYA**, s. 468; **ESCHER**, Art. 634, N. 8; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 26; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 2, 7; **HAUSER**, s. 57; **WOLF**, Erbschaftserwerb, s. 276; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908; **DRUEY**, § 16, N. 19; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 13, 32; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 5.

[671] **HAUSER**, s. 57; **ESCHER**, Art. 634, N. 8; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 2; **ÖZTAN**, s. 401.

[672] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908; **HAUSER**, s. 57, 85; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 13, 32; **ESCHER**, Art. 634, N. 8; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12, N. 26; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 89; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 2; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 5; **WOLF**, s. 272; **WOLF**, Erbschaftserwerb, s. 276; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **ÖZTAN**, s. 400; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 70-71; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 298; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 728; **DURAL/ÖZ**, s. 464; **İMRE/ERMAN**, s. 543. *Oğuzman*, borcun ifası gerekir ifadesine yer vermeksizin, yazılı paylaşma sözleşmesinin yapılmasından sonra, her bir tereke değerinin mirasçıya geçirilmesi için, tasarruf işleminin yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **OĞUZMAN**, s. 337.

[673] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 97; **ESCHER**, Art. 634, N. 8; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 20; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 19; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 5; **HATEMİ**, § 13, N. 19. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu çeşitli kararlarda (BGE 102 II 197, 95 II 432) yazılı paylaşma sözleşmesinde taşınmazların paylaşma konusu olduğu durumlarda, taşınmazın mirasçının mülkiyetine geçebilmesi için tescil işleminin yapılmasının şart olduğunu ifade etmiş bulunmaktadır.

[674] **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 15; **ESCHER**, Art. 634, N. 8; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12, 26; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 7; **HATEMİ**, § 13, N. 19. Her bir tereke değeri üzerindeki hak sahipliğinin, borçlar ve eşya hukuku kuralları çerçevesinde gereken işlemlerin

gerçekleştirilmesi[675] gerekecektir. Yazılı paylaşma sözleşmesinin konusunun alacağın temliki işlemi olması durumunda ise, ayrıca bir temlik işleminin yapılmasının gerekip gerekmediği, mirasçıların, yazılı paylaşma sözleşmesi yaparken, özgüleme konusu alacağı, özgülemenin kendisine yapılacağı mirasçıya temlik iradesi taşıyıp taşımadıklarına göre belirlenecek,[676] bu belirlemede de mirasçıların paylaşma sözleşmesindeki irade beyanlarının yorumuna gidilecektir.[677] Paylaşma sözleşmesinde belli bir alacağın mirasçıya özgülenmesine ilişkin irade beyanlarının yoruma elverişli olmadığı ve bu şekilde paylaşma sözleşmesine bakılarak bir sonuca varılamadığı durumlar bakımından, *Habicht*,[678] temlik işlemi lehine bir karine bulunduğunu; bu nedenle de ayrıca temlik işleminin yapılmasının gerekmeyeceğini savunmuştur. Ancak öğretide[679] genel olarak, paylaşma sözleşmesinin aynı zamanda temlik işlemi olarak kurulmuş olduğunun açık olmadığı ve yorum yoluyla bir sonuca ulaşılamadığı durumlar bakımından ayrıca temlik işleminin yapılmasının şart olduğu; başka bir ifade ile bu hâlde temlik işlemi lehine bir karinenin bulunmadığı[680] kabul edilmektedir. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, terekede bulunan alacağın paylaşılmasında, paylaşma sözleşmesinin aynı zamanda alacağın temliki işlemini ihtiva ettiği durumlarda, paylaşma

---

yapılması ile ilgili mirasçıya geçirilmesi ifadesini kullanmak suretiyle dolaylı şekilde, bkz. **WOLF**, Erbschaftserwerb, s. 278.

[675] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908, 909; **ESCHER**, Art. 634, N. 8; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 13; **MABILLARD**, Praxiskomm, Art. 634, N. 12; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 2, 7; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 96; **WOLF**, Erbschafterwerb, s. 276; **RUMO-JUNGO**, s. 186.

[676] **HABICHT**, s. 61; **HAUSER**, s. 99; **ESCHER**, Art. 634, N. 13; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 19; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 8; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 7; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 728.

[677] **HABICHT**, s. 61; **HAUSER**, s. 99; **ESCHER**, Art. 634, N. 13; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 19; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12, 23; **DURAL/ÖZ**, s. 464.

[678] **HABICHT**, s. 61-62. Türk Hukuk öğretisinde *Antalya*, *Habicht* tarafından savunulan bu görüşe benzer şekilde, paylaşma sözleşmesinin konusunun bir alacak olduğu durumlarda, alacağın yeni bir işleme gerek olmaksızın, paylaşma sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte mirasçıya geçmekte olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **ANTALYA**, s. 468.

[679] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 909; **ESCHER**, Art. 634, N. 13; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 19; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 8; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 7.

[680] **ESCHER**, Art. 634, N. 13; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 909. *Piotet*, *Habicht*'in görüşüne katılmanın mümkün olmadığını; açıklık bulunmadığı durumda, yazılı paylaşma sözleşmesinin aynı zamanda temlik işlemi olduğunu ispat eden kimsenin bu iddiasını ispat etmekle yükümlü tutulması gerektiğini belirtmektedir.

sözleşmesi aynî etkili[681] olacaktır. Öğretide bazı yazarlar,[682] bu şekilde yazılı paylaşma sözleşmesinin alacağın temliki işlemini ihtiva ettiği durumların yanı sıra, borcun mirasçılardan birine paylaşma sözleşmesi ile özgülenmesi durumunda da yazılı paylaşma sözleşmesinin aynî etkili bir işlem olacağını ifade etmektedirler. Elbette bu hâlde, öğretide *Hauser*[683] tarafından da ifade edildiği üzere, mirasçılar arasında yapılan paylaşma sözleşmesi borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi ile aynı işlevi görecek; başka bir ifade ile işlem mirasçılar bakımından bağlayıcı olacak; ancak alacaklıyı bağlamayacaktır.[684] Ancak bu iki durum dışında, yazılı paylaşma sözleşmesi aynî etkiden yoksundur ve özgüleme lehdarı mirasçı için, yazılı paylaşma sözleşmesinde özgülenmesi öngörülen tereke değerinin kendisine devredilmesine ilişkin bir talep hakkı yaratır.[685]

Yazılı paylaşma sözleşmesinin borçlandırıcı etkisine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu, paylaşmanın hukukî niteliğinin, miras ortaklığı ile mirasçı arasında devir işlemi olmayıp, mirasçılardan biri lehine diğer mirasçıların özgüleme konusu tereke değeri üzerindeki elbirliği ile hak sahipliğinden vazgeçmeleri olduğunu kabul eden görüş dikkate alındığında, yazılı paylaşma sözleşmesinin aynî etki mi yoksa borçlandırıcı etki mi yaratacağında ilişkin olarak yürütülen tartışmadır. Konuya ilişkin

---

[681] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 909; **HABICHT**, s. 62; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 26; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 728. Aynî etkili ifadesine yer vermeksizin, alacağın mirasçıya geçeceğini belirtmek suretiyle bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 69; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 296-297.

[682] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 909; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 26; **HABICHT**, s. 61-62; **HAUSER**, s. 100.

[683] **HAUSER**, s. 100.

[684] Bu işlemin alacaklı için de bağlayıcı olması; başka bir ifade ile borcun nakli işleminin gerçekleşmesi ile, alacaklıya karşı sadece ilgili mirasçının sorumlu olması ve bu şekilde diğer mirasçıların ilgili mirasçı ile birlikte borcun ödenmesinden alacaklıya karşı müteselsil sorumluluklarının sona ermesi, ancak alacaklı borcun mirasçılardan birine yüklenmesi işlemine rıza gösterdiği takdirde söz konusu olacaktır. Konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. Dördüncü Bölüm, § 11, 12

[685] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 909; **ESCHER**, Art. 634, N. 3; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 2. *Göksu*, mirasçının paylaşma sözleşmesine uygun şekilde paylaşmanın gerçekleştirilmesine ilişkin bu talep hakkının, mirasçı hâlihazırda söz konusu tereke değerine zilyed değilse söz konusu olacağını ifade etmektedir.

baskın görüş,[686] bu hâlde dahi paylaşma sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem olduğunu kabul etmektedir.

Yazılı paylaşma sözleşmesinin bu borçlandırıcı etkisi bağlamında çeşitli yazarlar,[687] nasıl ki elden paylaşma işlemi elden bağışlama işlemine benzemekte ise, yazılı paylaşma sözleşmesinin de, bağışlama vaadine benzediğini ifade etmektedirler.

Yazılı paylaşma sözleşmesi, mirasçıların bu sözleşmeyi yaparken paylaşmayı nihaî bir şekilde gerçekleştirme amacı gütmeleri nedeniyle paylaşmaya hazırlık niteliğindeki diğer işlemlerden farklıdır.[688] *Piotet*[689] tarafından da ifade edilmiş olduğu üzere, yazılı paylaşma sözleşmesinin paylaşmaya hazırlık niteliğindeki diğer işlemlerden ayrılmasını sağlayan bu kriter, paylaşma sözleşmesinin yorumundan çıkarılacaktır.

Türk Medenî Kanunu'nun 676. maddesinin üçüncü fıkrasında ifade edilmiş olduğu üzere, paylaşmanın bu türünün geçerli olması için yazılı

---

[686] **WOLF**, s. 318, 319; **WOLF**, Erbschafterwerb, s. 276; **HAUSER**, s. 104. Paylaşmanın, özgüleme lehdarı mirasçı dışında kalan diğer mirasçıların, özgüleme konusu tereke değeri üzerindeki haklarından vazgeçmeleri ile gerçekleşmekte olduğunu kabul eden yazarlardan *Hecht*, açık bir biçimde, yazılı paylaşma sözleşmesinin aynî etkili olduğunu kabul etmektedir. *Hecht*, mirasçının paylaşma sözleşmesinin yapılmasından evvel, mirasbırakanın ölümü anından itibaren, miras ortaklığına dâhil olan tüm tereke değerleri üzerinde diğer mirasçılarla birlikte elbirliği ile hak sahibi olduğunu; bu çerçevede ilgili mirasçının belli bir tereke değeri üzerinde tek başına hak sahibi olmasının sağlanması amacıyla kurulan yazılı paylaşma sözleşmesinin, mirasçı bakımından kendisi hâlihazırda hak sahibi değilmişçesine talep hakkı yaratmasının kabul edilemeyeceğini belirtmekte ve bu şekilde yazılı paylaşma sözleşmesi kurulduğu anda ayrıca başka bir işlem yapılması gerekmeksizin, her bir mirasçının yazılı paylaşma sözleşmesinde öngörülen şekilde, tereke değerleri üzerinde tek başına hak sahipliğinin de kurulmuş olacağını; bu hususun kabulünün paylaşma işleminin bir vazgeçmeye dayanmasının neticesi olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bkz. **HECHT**, s. 381 vd. *Hecht* tarafından ileri sürülen bu argümanların eleştirisi için bkz. **WOLF**, s. 318; **HAUSER**, s. 104.

[687] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 3; **DRUEY**, § 16, N. 19. *Druey* ve *Göksu* bu benzerlik üzerinden, paylaşma sözleşmesinin, eğer derhâl icra edilmeyecekse, tıpkı derhâl bağışlanmayacak değerler bakımından bağışlama vaadi yapılmasında olduğu gibi, yazılı şekilde; yani yazılı paylaşma sözleşmesi yapılarak gerçekleştirileceğini ifade etmektedirler.

[688] **ESCHER**, Art. 634, N. 9; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 17; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 24; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 728; **İMRE/ERMAN**, s. 545. *Antalya*, paylaşma sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, mirasçıların iradelerinin paylaşma konusunda bağlanmaya yönelmiş olmasının şart olduğunu; bu iradenin varlığı ile ancak ilgili sözleşmenin paylaşmaya hazırlık işlemi olarak nitelendirilemeyeceği meselesine değinmeksizin ifade etmektedir. Bkz. **ANTALYA**, s. 469. Oğuzman da, paylaşmaya hazırlık niteliğinde yazılı olarak yapılan anlaşmaların, terekenin paylaşılması konusundaki anlaşma bulunmadıkça yazılı paylaşma sözleşmesi niteliği taşımayacaklarını ifade etmektedir. Bkz. **OĞUZMAN**, s. 337, dpn. 363c.

[689] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908.

şekilde yapılması şarttır. Bu hâlde yazılı şeklin türü, nitelikli yazılı şekil olmayıp,[690] adî yazılı şekildir.[691] Şeklin gerçekleştirilmesi, paylaşma sözleşmesinin kaleme alınarak,[692] bütün mirasçılar veya onların temsilcileri tarafından imzalanması ile gerçekleşecektir.[693] Vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılar adına ve hesabına paylaşma sözleşmesi yapıp yapamayacağı konusuna ilişkin olarak öğretideki baskın görüş,[694] vasiyeti

---

[690] **HAUSER**, s. 78; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 16.

[691] **ESCHER**, Art. 634, N. 10; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 16; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 12; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 5; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 5; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 97; **WOLF**, Erbschaftserwerb, s. 276; **HAUSER**, s. 78; **ÖZTAN**, s. 400; **İMRE/ERMAN**, s. 544; **İMRE**, Taksim Sözleşmesi, s. 401; **DURAL/ÖZ**, s. 464; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 63; **OĞUZMAN**, s. 337; **HATEMİ**, § 13, N. 18; **AYAN**, s. 256.

[692] Öğretide *Hauser* ve *Habicht* tarafından da ifade edildiği üzere, adi yazılı şekle tabi olan paylaşma sözleşmesinin metni, el yazısı ile oluşturulmuş olabileceği gibi makine baskısı ve benzeri olabilecektir. Bkz. **HAUSER**, s. 78; **HABICHT**, s. 59.

[693] Bütün mirasçılar tarafından imzalanması gereğine ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 16; **ESCHER**, Art. 634, N. 10; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 15; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 5; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 6; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 17; **HABICHT**, s. 59; **ANTALYA**, s. 470. Bu yazarlardan *Escher* ve *Habicht*, mirasçının yazılı paylaşma sözleşmesi yapma yetkisi, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı cihetle, sözleşmenin temsilci aracılığıyla da yapılabilmesi bağlamında, yazılı paylaşma sözleşmesinin bütün mirasçılar veya temsilcileri tarafından imzalanmasının şart olduğunu belirtmektedirler. Bkz. **ESCHER**, Art. 634, N. 10; **HABICHT**, s. 59. Paylaşma sözleşmesi yapma yetkisinin şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olmadığını belirtmeksizin, yazılı paylaşma sözleşmesinin mirasçı veya temsilcisi tarafından imzalanması gerektiği ifadesine yer veren yazarlar için bkz. **ÖZTAN**, s. 400; **İMRE/ERMAN**, s. 544. Türk Hukukunda yazılı paylaşma sözleşmesinin yasal veya iradî temsilci tarafından yapılabileceğini ifade eden yazarlar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 731; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 76 vd.; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 304 vd. *Serozan/Engin* ise, iradî temsil meselesine değinmeksizin, mirasçının tam ehliyetli olmaması hâlinde, paylaşma sözleşmesini onun adına ve hesabına yasal temsilcisinin yapması gereğinden bahsetmektedir. Bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 64. Öğretide *Dural/Öz* de, paylaşma sözleşmesinin tarafı olan miras ortaklığına dâhil mirasçının yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, gibi sebeplerden biriyle ehliyetten yoksun olması durumunda, ilgili mirasçı adına hesabına paylaşma sözleşmesinin ilgili mirasçının yasal temsilcisi tarafından imzalanacağını belirtmektedir. Yazar mirasçının sınırlı ehliyetsiz olduğu durumlarda, paylaşma sözleşmesinin sınırlı ehliyetsiz mirasçı tarafından imzalanabileceğini ve fakat bu hâlde yasal temsilcinin icazetinin de aranacağını; sınırlı ehliyetsiz kimsenin bir kısıtlı olması hâlinde, Türk Medenî Kanunu'nun 462. maddesinin 9. bendi gereği vesayet makamının da izin vermesinin şart olduğunu ifade etmektedir. *Dural/Öz*, istisnaî bir durum olarak Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesi çerçevesinde paylaşmaya, mirasçının yerine sulh mahkemesince atanan kayyımın katılmasına karar verilmişse, sözleşmenin bu kayyım tarafından imzalanacağını belirtmektedir. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 463.

[694] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 78 vd.; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 306 vd.; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 2, 5; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 17; **BREITSCHMID**, Willensvollstrecker, 149 vd.; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 15. Öğretide bütün mirasçılar, kendi ad ve hesaplarına yazılı paylaşma sözleşmesi yapmak hususunda vasiyeti yerine getirme görevlisine yetki vermişlerse veya bu şekilde bir yetkisi olmayan vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılar ad ve hesabına yaptığı yazılı paylaşma sözleşmesine, bütün mirasçılar icazet vermişlerse, vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından yapılan paylaşma sözleşmesinin mirasçılar

yerine getirme görevlisinin bu işlemi yapamayacağı yönündedir. Mirasçılardan sadece bir kısmı tarafından imzalanan paylaşma sözleşmesinin, diğer tüm mirasçılar tarafından henüz imzalanmadığı bu aşamada, paylaşma sözleşmesine ilişkin olarak yapılmış bir icap sayılacağı ifade edilmektedir.[695]

Yazılı paylaşma sözleşmesinin kapsamına giren tereke değerlerinin sözleşmenin resmî şekilde yapılmasını gerektirip gerektirmeyeceği ile ilgili olarak, yazılı şeklin taşınmazlar ve diğer aynî haklar bakımından yeterli olduğu kabul edilmektedir.[696] Türk Hukuku bakımından, taşınmazların yazılı

---

bakımından bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 5; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 80; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 308-309.

[695] **HAUSER**, s. 78; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 17.

[696] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 729; **AYAN**, s. 257; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 92-93; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 321 vd.; **İMRE/ERMAN**, s. 546; **DURAL/ÖZ**, s. 464; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 594; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 63; **ANTALYA**, s. 470; **ÖZTAN**, s. 400; **OĞUZMAN**, s. 338; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908-909; **ESCHER**, Art. 634, N. 12; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 17; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 16; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 5; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 18; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 97; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 6; **WOLF**, Erbschaftserwerb, s. 276. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu çeşitli kararlarda (BGE 118 II 395; 100 Ib 121), yazılı paylaşma sözleşmesinin taşınmazlar ve aynî hakların paylaşılması bakımından yeterli olduğunu kabul etmektedir. Taşınmazların yazılı paylaşma sözleşmesine konu edilmeleri İsviçre Hukuku bakımından, geçmişte tartışmalıydı. İsviçre Hukukunda önceleri, taşınmazların ancak resmî şekilde yapılmış bir işlemle devirlerinin mümkün olduğu gerekçe gösterilmekte ve bu şekilde, taşınmazların yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılamayacağı ileri sürülmüştü. *Escher* tarafından şerhin ilk baskısında ileri sürülen bu görüş, Kanun görüşmeleri sırasında *Schär* tarafından savunulmuş ve *Eugen Huber* tarafından da desteklenmiştir. (Bkz. Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Bd. XVI, Jahr 1906, s. 380 vd., HABICHT, s. 32'den naklen.) Ancak bu tartışmalar 29 Haziran 1965 tarihli revizyondan sonra anlamını yitirmiştir. İsviçre Hukuku bakımından taşınmazların ve aynî hakların yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılabileceğini kabul eden bir çok yazar, bu kabulü, Tapu Sicil Tüzüğü'nun 18. maddesi hükmüne dayandırmaktadırlar. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908-909; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 18; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 16; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 18; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 5; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 6; **HAUSER**, s. 82 vd. Türk Hukuku'nda yazılı paylaşma sözleşmesinin taşınmazlar ve dolayısıyla diğer sınırlı aynî hakların paylaşılması bakımından yeterli olduğuna ilişkin olarak bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 546; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 729; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 322 vd.; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 92-93. *Kılıçoğlu*, özellikle 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu tartışmaların yersiz hale geldiğini; zira kanunkoyucunun paylaşmanın konusunu taşınmazların oluşturduğu durumlar bakımından resmi şekil şartına yer vermemiş olduğunu ifade etmektedir. Öğretide *İmre/Erman* tarafından da ifade edilmiş olduğu üzere, taşınmazın devri bakımından adî yazılı şeklin yeterli olması sadece paylaşma sözleşmesi söz konusu olduğu takdirde uygulama alanı bulacak; taşınmazın bir üçüncü kimseye veya mirasçılardan birine paylaşma söz konusu olmaksızın satım vb. bir işlemle devredilmesinde resmî şekle uyulması gerekecektir. Bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 546. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda (13. HD, 4.11.1997 t., E. 8014, K. 8727 s. K., YKD, C. XXIV, S. 7, Y. 1998, s. 1013-1015) "iştirak hâlinde mülkiyetin,

paylaşma sözleşmesine konu olup olamayacağı, Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan[697] önce tartışmalı bulunmaktaydı. Şöyle ki, söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan evvel bazı hukukçular,[698] Noterlik Kanunu'nun[699] 89. maddesi'ni[700] esas almakta ve bu hükmün Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 676. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 611. maddesinin ikinci fıkrasını değiştirmiş olduğunu ve bu çerçevede tapuya kayıtlı taşınmazların yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılmasının mümkün olmadığını; taşınmazların ancak noterde resmi şekilde yapılan bir paylaşma sözleşmesi ile paylaşılabileceğini savunmaktaydılar. Ancak Yargıtay, 1980 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda Noterlik Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, Türk Kanunu Medenîsi'nin 611. maddesinin ikinci fıkrasına (TMK m. 676/III) göre yapılan "yazılı taksim sözleşmesi"nin geçerli olduğunu ve bu şekilde Noterlik Kanunu'nun 89. maddesinin Türk Kanunu Medenîsi'nin ilgili hükmünü değiştirmemiş olduğunu belirtmiş ve böylelikle konuya ilişkin Türk Hukukunda mevcut tartışmayı da sona erdirmiştir.[701] Dolayısıyla, Noterlik

---

müşterek mülkiyete dönüştürülmesinden sonra yapılacak taşınmaza ilişkin paylaşma sözleşmelerinin geçerliliği resmî şekle tâbidir" ifadesine yer vermiştir.

[697] 26.11.1980 t. ve 5/3 s. Yargıtay İBK (RG, 3.1.1981 t., S. 17209)

[698] **GÜRSEL**, Nurettin, Noterlik Kanunu ve Uygulaması, Ankara, 1972, s. 26; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, Noterlik Kanunu'nun 89. Maddesi Hakkında Düşünceler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu Değiştiren 1711 sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul, 1976, s. 218; **AYİTER**, Miras, s. 261. *Ayiter*, eserinin daha sonraki baskılarında Noterlik Kanunu'nun resmî şekli şart koştuğunu ifade ederek, Yargıtay'ın yukarıda anılan İçtihadı Birleştirme Kararına değinmekle yetinmiştir. *Şener* de söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki karşı oy yazısında, Noterlik Kanunu'nun 89. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra, terekede bulunan taşınmazların paylaşılmasında resmî şekle uyulması zorunluluğunun getirildiğini ve bu şekilde Noterlik Kanunu'nun 89. maddesinin Türk Kanunu Medenîsi'nin 611. maddesini (TMK m. 676) değiştirmiş olduğunu ifade etmektedir. *Şener*, bu görüşünün gerekçesi olarak, geçerliliği resmî şekle bağlanmış olmayan bütün sözleşmeler bakımından Noterlik Kanunu'nun 60. maddesi uygulama alanı bulduğunu; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ortaya konulan fikrin kabulünün kanunkoyucunun "boş işle uğraşması gibi bir anlama" geleceğini belirtmektedir. Bkz. **ESAT**, Şener, Yargıtay, 26.11.1980 t. ve 5/3 s. İBK (RG, 3.1.1981 t., S. 17209), Karşı Oy Yazısı.

[699] 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu (RG, 5.2.1972 t. S. 14090, s. 408)

[700] Bu hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış, gayrımenkul satış va'di, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir."

[701] Konuya ilişkin bir diğer Yargıtay kararı için bzk. Yargıtay 2. HD, 11.6.2003 t. ve E. 6249, K. 8643 s. K. (**İNAL**, Nihat, Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Miras Dâvaları, Ankara, 2005, s. 785-786)

Kanunu'nun 89. maddesi, bir düzen hükmü[702] teşkil etmektedir. Sonuç olarak günümüzde İsviçre Hukuku'nda[703] olduğu gibi, Türk Hukuku'nda[704] da, taşınmazların yazılı paylaşma sözleşmesine konu olabileceği kabul edilmektedir. Keza yine devri bakımından resmî şeklin şart koşulduğu motorlu araçların yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılması bakımından da, *Serozan/Engin*[705] tarafından da ifade edildiği üzere adî yazılı şekilde yapılan yazılı paylaşma sözleşmesi yeterli olacaktır.

Yazılı paylaşma sözleşmesinde, sözleşmenin kurulmuş sayılması bakımından tarafların bu sözleşmenin aslî unsurları üzerinde anlaşmaya varıp, bu unsurlara yazılı paylaşma sözleşmesinde yer vermeleri gerekir. Bu çerçevede mirasçıların, yazılı paylaşma sözleşmesinin aslî unsuru sayılamayacak bir takım hususlar üzerinde anlaşmaya varmamış olmaları mümkündür.[706] Ancak Kanun'da yazılı paylaşma sözleşmesinin aslî unsurları düzenlenmiş olmadığından,[707] bu sözleşmenin aslî unsurlarının neler

---

[702] Öğretide *Serozan/Engin*, *Oğuzman*, *Dural/Öz* ve *Antalya*, Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi bakımından bu ifadeye doğrudan yer vermektedir. Bkz. **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 63; **OĞUZMAN**, s. 338, dpn. 368; **DURAL/ÖZ**, s. 464-465; **ANTALYA**, s. 470.

[703] **ESCHER**, Art. 634, N. 12; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 20 vd.; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908-909, 910; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 32; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 18; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 5; **RUMO-JUNGO**, s. 186; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 97; **WOLF**, Erbschaftserwerb, s. 276.

[704] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 729; **ÖZTAN**, s. 400; **OĞUZMAN**, s. 338; **AYAN**, s. 257; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 92-93; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 321 vd.; **DURAL/ÖZ**, s. 464-465; **İMRE/ERMAN**, s. 546; **ANTALYA**, s. 470. Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak 1980 tarihli ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan sonra vermiş olduğu kararlarda, taşınmazların yazılı paylaşma sözleşmesi yapılarak paylaşılmalarında, resmî şeklin aranmadığı, adî yazılı şeklin yeterli olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay 6. HD, 3.6.2003 t. ve E. 4867, K. 8178 s. K.; 8. HD, 17.6.2003 t. ve E. 4216, K. 4513 s. K.; 1. HD, 22.2.2001 t. ve E. 1688, K. 2119 s. K., Erişim: *kazanci*. Ayrıca bkz. Yargıtay 6. HD, 23.11.1983 t. ve E. 13358, K. 13325 s. K. (YKD, C. X, Y. 1984, S. 10, s. 1506); 8. HD, 20.11.1984 t. ve E. 10978, K. 10640 s. K. (YKD, C. XI, Y. 1985, S. 3, s. 363-364); 8. HD, 26.3.1990 t. ve E. 16780, K. 4735 (YKD, C. XVI, Y. 1990, S. 6, s. 840-841); 7. HD, 28.11.1996 t., E. 6763, K. 9416 s. K. (YKD, C. XXIII, Y. 1997, S. 1, s. 38-39); 6. HD, 16.11.1992 t. ve E. 12621, K. 13085 s. K. (YKD, C. XIX, Y. 1993, S. 11, s. 1647); 2. HD, 2.2.1999 t., E. 13579, K. 478 s. K. (YKD, C. XXV, Y. 1999, S. 7, s. 906-907). Ayrıca bkz. Yargıtya 2. HD, 11.6.2003 t. ve E. 6248, K. 8643 s. K. (**ÖZMEN**, s. 1150). Ancak Yargıtay vermiş olduğu bir kararda (Yargıtay 16. HD, 20.5.2004 t. ve E. 5244, K. 7367 s. K., Erişim: *kazanci*) taşınmazların ancak resmî şekilde yapılan bir paylaşma sözleşmesi ile paylaşılabileceğinin kabul etmiştir.

[705] **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 63.

[706] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 21.

[707] Bu ifadeye yer veren yazarlar için bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 19; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 21

olduğunun belirlenmesi gerekecektir. Konuya ilişkin olarak öğretide,[708] yazılı paylaşma sözleşmesinin esaslı unsurları bağlamında, mirasçıların başka bir anlaşma yapmaları gerekmeksizin,[709] hangi mirasçının terekeden hangi değeri alacağının düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu çerçevede, paylaşmanın nasıl gerçekleştirileceğinin objektif olarak belirlenmiş olmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir.[710] Öğretide *Habicht*[711] ve *Piotet*,[712] paylaşma usulünün belirlenmesi bağlamında, mirasçıların, yazılı paylaşma sözleşmesinde payları oluşturarak, hangi payın hangi mirasçıya ait olacağının kur'a çekilmesi yoluyla belirleneceğinin düzenlenmesinin mümkün olduğunu; bu hâlde de paylaşma sözleşmesinin aslî unsurlarının sözleşmede yer alması nedeniyle, yazılı paylaşma sözleşmesinin kurulmuş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Önemle belirtilmelidir ki, öğretide de ifade edildiği üzere,[713] terekede yer alan borçların paylaşılması, mirasçıların, miras ortaklığı devam ettiği müddetçe ve miras ortaklığının paylaşma ile sona ermesinden sonra da, alacaklıya karşı müteselsil borçlu olmaları nedeniyle,[714] paylaşma sözleşmesinin aslî unsuru değildir. Yine sözleşmenin yapılış tarihi, esaslı unsurlardan olmadığından, mirasçıların yazılı paylaşma sözleşmesinde, sözleşmenin tarihini göstermeleri gerekmez.

---

[708] **İMRE/ERMAN**, s. 544; **HAUSER**, s. 98; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 19; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 21; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 6; **HABICHT**, s. 59 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de, vermiş olduğu çeşitli kararlarda (BGE 100 Ib 121; 122 III 150),mirasçıların üzerinde anlaşmaya varmaları gereken minimum hususun, hangi mirasçının terekeden hangi değeri alacağının düzenlenmesi olduğunu ifade etmektedir.

[709] Mirasçılar arasında akdedilen bu sözleşmenin, paylaşmaya hazırlık işlemi olarak nitelendirilmeyip, yazılı paylaşma sözleşmesi sayılabilmesi bağlamında mirasçıların, ayrıca bir sözleşme yapılmasını gerektirmeyecek şekilde bu işlemi kurmuş olmaları gerekir. Bkz. **HAUSER**, s. 98; **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 18; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 19; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 6; **İMRE/ERMAN**, s. 544. Mirasçılar arasında yapılan işlemin paylaşma sözleşmesi sayılması bakımından, başka bir anlaşma yapılmasını gerektirmeyen bir anlaşmanın varlığının şart olduğu yönünde İsviçre Federal Mahkeme Kararı için bkz. BGE 100 Ib 121.

[710] **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 18; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 21; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 6; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 4.

[711] **HABICHT**, s. 59-60.

[712] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908.

[713] **ESCHER**, 634, N. 15; **DRUEY**, § 16, N. 9 vd.; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 22; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 6; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 634, N. 4; **İMRE/ERMAN**, s. 545-546.

[714] **ESCHER**, 634, N. 15; **DRUEY**, § 16, N. 9 vd.; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 22; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 6. Mirasçıların tereke borçlarından, miras ortaklığı devam ettiği müddetçe ve miras ortaklığının sona ermesinden sonra beş yıl boyunca müteselsil olarak sorumlu olmaları aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. Dördüncü Bölüm.

[715] Öğretide paylaşma sözleşmesinin kapsamı bakımından, genel olarak ayrıntılı açıklama yapılmamış olmakla birlikte *Schaufelberger*,[716] yazılı paylaşma sözleşmesinin içeriği konusunda, aslî unsurların yanı sıra, öneri mahiyetinde diğer bazı hususlara yer ver vermiştir.

Yazılı paylaşma sözleşmesinden doğan borç ifa edilmediği takdirde, her bir mirasçı, paylaşma sözleşmesinden doğan borcu ifa etmekten kaçınan mirasçı aleyhine ifa dâvası açabilir.[717] Öğretide *Mabillard*[718] tarafından da ifade edildiği üzere bu dâva paylaşma dâvasından farklıdır. Şöyle ki, paylaşma dâvasında hâkim, mirasçıların paylaşma üzerinde oybirliği ile anlaşmaya varamamaları üzerine, mirasçılardan birinin Kanun'dan doğan paylaşmayı talep hakkını kullanması üzerine yine Kanun gereği devreye girmekte iken; yazılı paylaşma sözleşmesinin ifası için açılan dâvada hâkim, mirasçılar arasında gerçekleştirilmiş paylaşma sözleşmesinin ifasından kaçınıldığı için ve bu sözleşmenin ifasını sağlamak üzere devreye girmektedir. Yine *Mabillard*[719] tarafından ifade edildiği üzere, paylaşma dâvası bir yenilik doğuran dâva türü iken; paylaşma sözleşmesinin ifasına ilişkin dâva eda dâvası niteliğindedir.

III. Paylaşma Sözleşmesinin Geçersizliği ve Ortadan Kalkması

A) Geçersizliği

1) Borçlar Hukukuna İlişkin Nedenlerle

Paylaşma sözleşmesi, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesinde yapılan yollama çerçevesinde, Borçlar Hukuku'nda yer alan geçersizlik

---

[715] **HAUSER**, s. 78; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 5.
[716] Bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 634, N. 19-30.
[717] **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 28,29; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 7; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 69; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 296; **OĞUZMAN**, s. 337; **DURAL/ÖZ**, s. 464; **ANTALYA**, s. 468.
[718] **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 28 vd.
[719] **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 29, 31.

sebeplerinden birinin bulunması durumunda geçersiz olacaktır. Bu husus, ilgili hükümde yer alan genel atıf dışında, Türk Medenî Kanunu'nun 680. maddesinde[720] "Borçlar Kanununun geçersizliğe ilişkin hükümleri paylaşma sözleşmeleri hakkında da uygulanır" ifadesine yer verilmek suretiyle tekrar edilmiştir.[721] Dolayısıyla, Borçlar Hukuku'nda yer alan geçersizlik sebeplerinden birinin varlığı paylaşma sözleşmesinin de iptal veya butlanla[722] geçersiz olması sonucunu doğuracaktır.[723] Ancak bu hâlde, Borçlar Hukuku'nda yer alan geçersizlik sebepleri ve bu sebebe bağlanan yaptırım,

---

[720] Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili hükmünü karşılayan 615. maddesinde, "Mukaveleler hangi sebeplerle fesholunabilirse, taksim dahi aynı sebeplerle fesholunabilir." ifadesini taşımaktaydı. Söz konusu hüküm, ilgili hükümde "fesih" ifadesine yer verilmesinin sonucu olarak sadece sözleşmelerin iptaline yollama yapar görünmekte ise de, Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlükte olduğu dönemde de, ilgili hükmün, Borçlar Hukukunda yer alan iptal sebeplerinin yanı sıra butlan hâllerine de yollama yaptığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733-734; **İMRE**, s. 910; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, 123. *Kılıçoğlu*, konuya ilişkin açıklamalarında şu şekilde bir ifadeye yer vermektedir: "Maddede sadece iptalden söz edilmekle, miras taksim sözleşmelerinin sadece irade bozukluğu nedenleriyle iptal edilebileceği, bunun dışındaki geçersizlik hallerinin uygulanamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Bu madde MK m. 5'teki genel yollamayı sınırlandıran bir madde olmadığından sözleşmelerle ilgili diğer geçersizlik hâlleri miras taksim sözleşmelerinde de aynen geçerlidir. Bu anlamda olmak üzere, iptal, taksim sözleşmeleri ile ilgili tüm geçersizliği içerecek kapsamda anlaşılmalıdır." İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun anılan 680. maddesini karşılayan 638. maddesinde de "*Die Anfechtung des Teilungsvertrages erfolft nach den Vorschriften über die Anfechtung der Verträge im Allgemeinen.*" ifadesine yer verilmiş olmakla, İsviçre Medeni Kanunu'nda da, sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesini, yani iptalini ifade eden '*Anfechtung*' teriminin kullanılmış olmasına rağmen, bu hükmün Borçlar Hukuku'ndaki tüm geçersizlik yaptırımlarına atıf yapmakta olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 638, N. 2; **ESCHER**, Art. 638, N. 2, 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 638, N. 2; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 638, N. 2; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 910-911; **HAUSER**, s. 113.

[721] *Kılıçoğlu*, Türk Medenî Kanunu'nun 680. maddesi hükmüne Kanun'da yer verilmemiş olsaydı dahi, Türk Medenî Kanunu'nun 5. maddesi dolayısıyla aynı sonucun ortaya çıkacağını ifade etmektedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 419.

[722] **ESCHER**, Art. 638, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 638, N. 3; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 4; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 638, N. 3; **HAUSER**, s. 113; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 910; **İMRE/ERMAN**, s. 548; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 420 vd.; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 123 vd.

[723] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 733-734; **ÖZTAN**, s. 400; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 123; **İMRE/ERMAN**, s. 548; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 77; **ESCHER**, Art. 638, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 638, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 638, N. 2; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 638, N. 2; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 638, N. 1, 3; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 910-911; **HAUSER**, s. 113. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararda (6.7.2004 t. ve E. 5959, K. 9062 s. K., Erişim:*kazanci*), "sözleşmeler hangi sebeplerle fesholunabilirlerse, paylaşma sözleşmesinin de bu tür nedenlerle feshedilebileceğini belirtmiştir. Yine borçlar Hukuku'na ilişkin hükümlerin paylaşma sözleşmeleri bakımından uygulanacağı ve Borçlar Hukuku'na ilişkin bir geçersizl sebebinin bulunması durumunda, paylaşma sözleşmesinin geçersiz olmasının gündeme gelebileceği ile ilgili Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD, 17.4.2000 t. ve E. 3668, K. 4855 s. K. (**ÖZMEN**, s. 1172-1174)

paylaşma sözleşmesinin özellikleri de dikkate alınarak uygulanacaktır.[724] Bu çerçevede Türk Hukuk öğretisinde *Serozan/Engin*,[725] paylaşma sözleşmesinin geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılmasında, sözleşmenin bu şekilde geçersiz kılınmasının ortaya çıkarabileceği tehlikeler dolayısıyla, paylaşma sözleşmesinin geçersizlik rejiminin amaca uygun bir sınırlamaya tabi tutulmasının yerinde olacağını ifade etmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun ilgili hükmünde yer alan atıf nedeniyle, paylaşma sözleşmesi, mirasçılardan birinin iradesinin sakatlanması[726] ve bu bağlamda mirasçılardan birinin hataya düşmesi, hileye uğraması veya ikraha maruz kalması;[727] yazılı paylaşma sözleşmesi bakımından Kanun'un aradığı geçerlilik şartına uyulmamış olması;[728] paylaşma sözleşmesinin konusunun emredici hükümlere, ahlâk ve adaba, kişilik haklarına veya kamu düzenine

---

[724] **TUOR/PICENONI**, Art. 638, N. 1; **ESCHER**, Art. 638, N. 1; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 2; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 77.

[725] **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 77.

[726] Paylaşma sözleşmesinin iradesi sakatlanan mirasçı tarafından iptal edilebileceğine ilişkin olarak 'iradesi sakatlanan mirasçının paylaşma sözleşmesini iptal edebileceği ifadesine' (veya bu anlama gelecek başka bir ifadeye) yer veren yazarlar için bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 123 vd.; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 420 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N; **DURAL/ÖZ**, s. 465; **ESCHER**, Art. 638, N. 2; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 638, N. 3; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 638, N. 1; **HAUSER**, s. 114-115.

[727] Paylaşma sözleşmesinin hataya düşülmesi, hileye uğranılması veya ikraha maruz kalınması nedeniyle iptal edilebileceği ifadesine yer veren yazarlar için bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 548; **ÖZTAN**, s. 400; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 410 vd.; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 123 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 4; **HAUSER**, s. 115 vd.

[728] Elden paylaşma bakımından şekil şartı bulunmamakla birlikte, yazılı paylaşma sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Ancak yazılı şekil şartı gerçekleştirilmediği takdirde, yaptırımın ne olacağı tartışmalı bulunmaktadır. Öğretide bazı yazarlar, yazılı paylaşma sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmamış olması hâlinde ilgili sözleşmenin batıl olacağını kabul etmektedirler. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **ESCHER**, Art. 638, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 638, N. 4. Diğer bazı yazarlar ise, paylaşma sözleşmesinde şekle uyulmamasının yaptırımının paylaşma sözleşmesinin iptalle sakat olması sonucunu doğurduğunu savunmaktadırlar. Bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 638, N. 2; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 4. Öte yandan öğretide diğer bazı yazarlar, bu hâlde geçersizliğin kendine özgü bir türünün bulunduğunu belirtmektedirler. Bu yazarlara göre, yazılı paylaşma sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadığı takdirde, ortada butlan durumu söz konusu değildir. Bu hâlde mirasçılardan herhangi biri işlemin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürebilir ve paylaşma sözleşmesinin şekle aykırı olduğu hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz. Ancak ileri sürülmesi de, iptal şeklindeki geçersizlikten farklıdır. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **HAUSER**, s. 124 vd. ve özel olarak s. 131-132; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 130; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 428. *Kılıçoğlu* ayrıca, tıpkı bağışlama taahhüdünün yazılı şekilde yapılmayıp, daha sonra bağışlama taahhüdü konusu şeyin elden bağışlanması ile işlemin geçerli hale gelmesinde olduğu gibi, yazılı paylaşma sözleşmesinin şekle aykırı olduğu durumlarda, terekeye dâhil değerlerin geçersiz paylaşma sözleşmesine uygun şekilde elden paylaşılması durumunda, elden paylaşma işleminin geçerli olacağını belirtmektedir. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 130; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 428.

aykırı olması;[729] paylaşma sözleşmesinin konusunun imkânsız olması;[730] mirasçılardan birinin ehliyetsiz olması;[731] paylaşma sözleşmesinin muvazaalı olması;[732] paylaşma sözleşmesinde gabin bulunması[733] gibi nedenlerle iptal edilebilecek veya batıl olabilecektir.

Paylaşma sözleşmesinin iptalle geçersizliğinde, sözleşmeyi iptal hakkına sahip olan mirasçının bu hakkını, Borçlar Kanunu'nun 31.

---

[729] Paylaşma sözleşmesinin konusunun emredici hükümlere, ahlâk ve adaba, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırı olması hâlinde işlemin geçersiz olacağı hususuna değinen yazarlar için bkz. **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 4;

[730] Paylaşma sözleşmesinin konusunun imkânsız olması hâlinde işlemin geçersiz olacağı hususuna değinen yazarlar için bkz. **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 4; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 638, N. 2. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda (27.4.2004 t. ve E. 4101, K. 5432 s. K., Erişim: *kazanci*)paylaşma sözleşmesinin geçerliliği bakımından, içeriğinin incelenerek, bu sözleşme çerçevesinde paylaşmanın mümkün olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

[731] Paylaşma sözleşmesinin, mirasçılardan birinin veya bir kısmının ehliyetsiz olması hâlinde geçersiz olacağı hususuna değinen yazarlar için bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 128; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 425; **ESCHER**, Art. 638, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 638, N. 2; **HAUSER**, s. 123-124; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 4. Bu hâlde de mirasçılardan birinin veya bir kaçının tam ehliyetsiz olması durumunda, işlemin geçersizliğinin türü bakımından tartışma mevcuttur. Şöyle ki baskın görüş, mirasçılardan birinin tam ehliyetsiz olması hâlinde, söz konusu işlemin batıl olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 128; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 425; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 638, N. 2; **HAUSER**, s. 123; **ESCHER**, Art. 638, N. 3. Öte yandan *Mabillard*, diğer bazı geçersizlik sebepleri ile birlikte İsviçre Medenî Kanunu'nun 18. ve devamı maddelerinde (TMK m. 13 vd.) düzenlenmiş ehliyetsizliği de göstermekte ve ehliyetsizlik de dâhil olmak üzere bütün bu geçersizlik hâllerinde işlemin en başından itibaren ortadan kalkacağını belirtmek suretiyle iptal yaptırımının söz konusu olacağını benimser görünmektedir. Bkz. **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 4. Bu çerçevede Türk Medenî Kanunu hükümleri dikkate alındığında, mirasçılardan birinin tam ehliyetsiz olduğu durumlarda, paylaşma sözleşmesini bu mirasçı adına ve hesabına onun yasal temsilcisi yapacaktır. Mirasçılardan birinin veya bazılarının sınırlı ehliyetli olması hâlinde ise, paylaşma sözleşmesi, yine ilgili mirasçının yasal temsilcisi tarafından, sınırlı ehliyetsiz adına ve hesabına yapılmak gerekir. Sınırlı ehliyetsiz mirasçının yaptığı paylaşma sözleşmesi de yasal temsilcinin icazet vermesi durumunda geçerli olur. Türk Medenî Kanunu'nun 462. maddesinin dokuzuncu bendi uyarınca, sınırlı ehliyetsiz mirasçının bir kısıtlı olması durumunda, yasal temsilcinin iznine ek olarak vesayet makamının ve ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 463. maddesinin beşinci uyarınca denetim makamının da paylaşma sözleşmesine izin vermesi gerekir. Aynı durum paylaşma sözleşmesinin doğrudan yasal temsilci tarafından kısıtlı adına ve hesabına yapıldığı durumlarda da geçerlidir.

[732] Öğretide paylaşma sözleşmesinin muvazaa hâlinde geçersiz olacağına değinen yazarlar için bkz. **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 4; **HAUSER**, 141 vd.; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 131-132; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 429-430.

[733] Paylaşma sözleşmesinin gabin nedeniyle geçersiz olabileceğini ifade eden yazarlar için bkz. **ÖZTAN**, s. 400; **DURAL/ÖZ**, s. 465; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 638, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 638, N. 2. Yargıtay da, paylaşma sözleşmesinin gabin nedeniyle iptal edilebileceğini belirtmekte ve konuya ilişkin bir kararda (2. HD, 6.7.2004 t. ve E. 5959, K. 9062 s. K., Erişim:*kazanci*), mirasçılardan birinin muzayaka hâlinde olmasından yararlanılarak paylaşma konusu hususlar arasında aşırı oransızlık yaratılmasının, ilgili mirasçı için paylaşma sözleşmesini iptal sebebi oluşturduğunu ifade etmektedir.

maddesinin birinci fıkrası[734] çerçevesinde, hatayı veya hileyi öğrendiği; ikrahın ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde kullanması gerekir.[735] Aksi takdirde sözleşme, iptal hakkının tâbi olduğu bir yıllık hak düşürücü sürenin dolması neticesinde, en baştan itibaren geçerli hâle gelecektir.[736]

Türk Medenî Kanunu'nun 680. maddesi bağlamında geçersizliği gündeme gelebilecek paylaşma sözleşmesi, elden paylaşma olabileceği gibi, yazılı paylaşma sözleşmesi de olabilir.[737]

2) Miras Hukukuna İlişkin Nedenlerle

Mirasın paylaşılmasına hâkim temel ilkelerden biri olan oybirliği ilkesinin bir neticesi olarak, paylaşma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin bütün mirasçılar tarafından ve oybirliği ile yapılması şarttır. Bu çerçevede, bir mirasçının veya bazı mirasçıların görmezden gelinmesi ile, onların katılımı olmaksızın akdedilen paylaşma sözleşmeleri geçersiz

---

[734] Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrası şu hükmü taşımaktadır: "Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile mülzem olmayan taraf bu akdi ifa etmek hak kındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet vermiş nazarıyla bakılır. Bu mehil hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren cereyan eder."

[735] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 124; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 420. Borçlar Hukuku çerçevesinde irade sakatlıklarında sözleşmeyi iptal hakkının, hata ve hilede öğrenmeden; ikrahta, ikrahın etkisinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde kullanılması gerektiği; aksi takdirde sözleşmenin en baştan itibaren geçerli hale geleceği ile ilgili olarak bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 452; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar, § 36, N. 71, § 37, N. 23, § 38, N. 15; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 101; **EREN**, s. 376; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 132, 141, 148.

[736] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 452; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar, § 36, N. 71, § 37, N. 23, § 38, N. 15; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 105; **EREN**, s. 376; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 132, 141, 148. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararda, hile nedeniyle paylaşma sözleşmesinin iptalinde, bir yıllık hak düşürücü süre dolmuş ise, paylaşma sözleşmesinin geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay 2. HD, 6.7.2004 t. ve E. 11964, K. 13199 s. K. (**ÖZUĞUR**, s. 792'den naklen.) Yargıtay, İkrah nedeniyle paylaşma sözleşmesinin iptaline ilişkin olarak vermiş olduğu bir diğer kararda, ikrah nedeniyle paylaşma sözleşmesinin iptalinde, ikrahın daha uzun bir süre devam ettiği ispat edilmedikçe sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıllık hak düşürücü sürenin dolması ile iptal hakkının düşeceğini ve bu şekilde paylaşma sözleşmesinin geçerli olduğunu hükme bağlamıştır. Bkz. Yargıtay 2. HD, 29.9.1999 t. ve E. 7394, K. 9797 s. K. (**ÖZUĞUR**, s. 803'ten naklen.)

[737] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 123; **İMRE/ERMAN**, s. 548. İsviçre Medenî Kanunu'nun 638. maddesinin sadece yazılı paylaşma sözleşmesi değil, elden paylaşma işlemi bakımından da gündeme geleceğine ilişkin olarak bkz. **GÖKSU**, Handkomm., Art. 638, N. 2; **ESCHER**, Art. 638, N. 7.

olacaktır.[738] Keza paylaşma sözleşmesinin yapıldığı sırada varlığı bilinmeyen bir mirasçının paylaşma sözleşmesinin gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkması hâlinde de yapılan paylaşma sözleşmesi geçersiz olacaktır.[739] Öğretide *Kılıçoğlu*[740] ve *Hauser*[741] her iki durum bakımından da, yapılan paylaşma sözleşmesinin yok hükmünde olduğunu ifade etmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, terekenin tamamının paylaşılması şart olmadığından, geride paylaşılmamış tereke değerinin bulunması paylaşma sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır.[742] Yine, paylaşma sözleşmesinin taraflarından birinin mirasçılık sıfatına sahip olmayan ve bu anlamda esasen miras ortaklığına dâhil olmayan bir üçüncü kimse olması hâlinde de yapılan paylaşma sözleşmesi geçersiz olmaz.[743] Şöyle ki, bu hâlde, aslında üçüncü kişi konumunda olan ve fakat paylaşma sözleşmesini mirasçılarla birlikte yaparak terekeden bazı değerleri alan kimsenin elindeki

---

[738] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 95; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 910; **TUOR/PICENONI**, Art. 638, N. 9; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 5; **ESCHER**, Art. 638, N. 3. Adı geçen bu yazarlar, mirasçılardan bir veya birkaçının katılımı olmaksızın gerçekleştirilen paylaşma sözleşmesinin batıl olduğunu ifade etmektedirler. Ayrıca bkz. **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 565. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu çeşitli kararlarda mirasçılardan birinin veya bir kısmının katımı olmaksızın yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersiz olacağını ifade etmiş bulunmaktadır. Bkz. 9.3.2004 t. ve E. 8659, K. 10253 s. K.; 26.6.2003 t. ve E. 7359, K. 8385 s. K.; 16.5.2002 t. ve E. 3444, K. 5224 s. K.; 30.3.2000 t. ve E. 1809, K. 3851 s. K.; 7.2.2000 t. ve E. 14304, K. 1309 s. K.; 27.12.1996 t. ve E. 10810, K. 14012 s. K. (Bkz. **ÖZUĞUR**, s. 794 vd.) Konuya ilişkin bir diğer Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 16. HD, 25.1.1999 t. ve E. 20, K. 2. s. K. (**KAÇAK**, Nazif, Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku, Ankara, 2006, s. 518-519). Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD, 10.4.2003 t. ve E. 3444, K. 5224 s. K., Erişim: *kazanci*.

[739] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 95. Ayrıca bkz. bir önceki dipnotta adı geçen yazarlar. Bu hâlde de yapılan paylaşma sözleşmesinin tâbi olduğu yaptırım butlandır. Mirasın paylaşılmasından sonra mirasçı olduğu anlaşılan bir kimsenin ortaya çıkması durumunda daha önce yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersiz olacağına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 69 II 357.

[740] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 127; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 424-425.

[741] **HAUSER**, s. 145. *Hauser*, miras ortaklığına hâkim olan elbirliği prensibinin bir neticesi olarak, mirasçılardan biri veya birkaçı katılmaksızın gerçekleştirilen paylaşma sözleşmesinin kurulmuş sayılamayacağını ifade etmektedir.

[742] **ESCHER**, Art. 638, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 638, N. 11; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 6; **HAUSER**, s. 146. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda (BGE 102 II 197), geride paylaşılmamış tereke değerinin kalmış olmasının paylaşma sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacağını ifade etmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararda (2.2.1999 t. ve E. 13579, K. 478 s. K., **ÖZUĞUR**, s. 804'ten naklen), paylaşma sözleşmesinin bütün tereke değerlerini kapsamasının şart olmadığına ilişkin olarak, "Taksim Sözleşmesinin tüm taşınmazları kapsaması gerekmez" şeklinde hüküm tesis etmiştir.

[743] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 127; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 425; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 910; **HAUSER**, s. 145-146; **ESCHER**, Art. 638, N. 3; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 5.

hususlar üzerinde mirasçıların elbirliği ile hak sahipliği devam eder[744] ve bu çerçevede mirasçılar, söz konusu hususların iadesi için istihkak dâvası açma hakkına sahiptirler.[745] İlgili hususlar daha sonra mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılan bir paylaşma sözleşmesi ile paylaşılacaktır.[746] Paylaşma konusu terekede bulunan ve bu şekilde paylaşma ile özgülenen bir değerin üçüncü kişiye ait olduğunun anlaşılması da paylaşma sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğurmayacaktır.[747]

B) Ortadan Kalkması

Paylaşma sözleşmesi, öğretide *Kılıçoğlu*[748] tarafından ifade edildiği üzere, sözleşmenin ifası ile ve bu bağlamda elden paylaşmada, paylaşmanın yapılması; yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada ise paylaşma sözleşmesinden doğan borcun ifası ile sona erer, ortadan kalkar.

Paylaşma konusu tereke değerlerinin tümünün veya belli bir kısmının paylaşılmasının, paylaşma sözleşmesinin[749] yapılmasından sonra imkânsız hâle gelmesi durumunda da, paylaşma sözleşmesi kısmen veya tamamen

---

[744] **ESCHER**, Art. 638, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 638, N. 10; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 5; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 910; **HAUSER**, s. 145-146.

[745] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 127; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 425; **HAUSER**, s. 145-146; **TUOR/PICENONI**, Art. 638, N. 10; **ESCHER**, Art. 638, N. 4. *Hauser*, *Tuor/Picenoni* ve *Escher*, konuya ilişkin açıklamalarında doğrudan istihkak dâvası (*Herausgabeklage*, *Rückforderungsklage*) ifadesine yer vermeksizin ve fakat bu anlama gelecek şekilde mirasçıların, halen elbirliği ile hak sahibi oldukları tereke değerinin kendilerine verilmesi için dâva açmalarının gerekebileceğini ifade etmektedir.

[746] **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 5; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 910; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 127; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 425.

[747] **ESCHER**, Art. 638, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 638, N. 8, 12; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 638, N. 6; **HAUSER**, s. 146. Paylaşma sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayan bu durum, mirasçıların paylaşma konusu tereke değerleri ile ilgili olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrası ile satım hükümlerine yapılan atıf dolayısıyla devreye giren zapta karşı tekeffül sorumluluğuna vücut verecektir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. Dördüncü Bölüm, § 11, III, B.

[748] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 121; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 417-418.

[749] Sonraki kusursuz imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ve fakat ifasından önce gündeme gelen bir husus olduğundan bu hâlde paylaşma sözleşmesi ile daha ziyade yazılı paylaşma sözleşmesi kastedilmektedir.

sona erecektir.[750] Bu hâlde sonraki kusursuz imkânsızlık, esasen sözleşmeyi değil, borcu sona erdiren bir neden olmakla birlikte,[751] yerine göre, paylaşma sözleşmesinin yeniden yapılması zorunluluğu doğabilecektir.[752]

Paylaşma sözleşmesini sona erdiren bir diğer durumu da, öğretide konuya paylaşma sözleşmesi açısından değinen *Kılıçoğlu*[753] tarafından da ifade edildiği üzere, sözleşmenin taraflarının oybirliği ile daha önce yapılan paylaşma sözleşmesinden açık veya örtülü olarak dönmeleri oluşturur. Paylaşma sözleşmesinden açık şekilde dönme tarafların paylaşma sözleşmesinin uygulanmaması hususunda oybirliği ile anlaşmaları şeklinde gerçekleşebilir.[754] Örtülü olarak dönme ise, tarafların bir paylaşma sözleşmesi yaptıktan sonra oybirliği ile başka bir paylaşma sözleşmesi yapmaları[755] veya yine oybirliği ile paylaşma konusu tereke değerlerinden

---

[750] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 121-122; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 418; **DURAL/ÖZ**, s. 464. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda (HGK, 2.2.1994 t. ve E. 2-639, K. 26 s. K., ÖZUĞUR, s. 807-809'dan naklen) konuya ilişkin şu ifade yer almaktadır: "Miras taksim sözleşmesinde imkânsızlı, sözleşmenin tümünü içeren taşınmazları kapsamıyorsa, sözleme sadece taksim edilmeyen taşınmazlar yönünden geçersiz olup, diğer taşınmazların sözleşme hükümlerine uygun taksimi, iptal dâvasının sözleşmenin tümü yönünden reddi gerekir."

[751] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1010 vd.; **SEROZAN**, Rona, İfa, İfa Engelleri, Sebepsiz Zenginleşme, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İstanbul, 2009, § 15, N. 3; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 444; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 631; **EREN**, 1214 vd. ve özel olarak s. 1252-1253. *Eren*, eserinin "Borcu sona erdiren sebepler" başlığını taşıyan beşinci bölümünde, konuyu ikiye ayırmakta ve sözleşme ilişkisini sona erdiren nedenlerle dar anlamda borcu sona erdiren nedenleri ayrı ayrı incelemektedir. Bkz. s. 1209 vd. Yazar, dar anlamda borcu sona erdiren nedenler arasında kusursuz imkânsızlığı göstermektedir. Bkz. 1214 vd.

[752] Öğretide *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, borcun sona ermesi kavramından hem tek bir alacağın hem de borç ilişkisinin sona ermesinin anlaşılacağını; ikinci durumun özellikle de borç ilişkisinde tek bir alacak mevcut olması hâlinde söz konusu olacağını ifade etmektedir. Buna göre, borcun sona ermesi öncelikle dar anlamda borcu sona erdirecek ve eğer borç ilişkisinde sadece söz konusu borç mevcutsa, dar anlamda borçla birlikte borç ilişkisi de sona ermiş olacaktır. Bu çerçevede ilgili yazarlar, borç ilişkisinde birden fazla borç varsa, bu borçlar aynı anda veya farklı zamanlarda tümüyle ortadan kalkmadıkça, geniş anlamda borcu oluşturan borç ilişkisinin sona ermeyeceğini belirtmektedirler. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 984.

[753] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 122; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 418.

[754] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 122; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 418. Bu durum esasen sözleşmenin *ikale* ile sona erdirilmesidir. Öğretide Eren, kanunda düzenlenmiş olmayan bu kurumun, tarafların yapmış oldukları bir sözleşmeyi ortadan kaldırmaya ilişkin olarak yaptıkları bir sözleşme (bozma sözleşmesi, *contrarius actus*) olduğunu ifade etmektedir. Yazar, tasarruf işlemi teşkil eden bu anlaşma ile sözleşme ilişkisinin sona erdiğini belirtmektedir. Bkz. **EREN**, s. 1210.

[755] Yargıtay 2. HD, 5.10.2004 t. ve E. 2178, K. 4930 s. K. (**ÖZUĞUR,** s. 791-792'den naklen.) Yargıtay ilgili Kararda, "Daha sonra yapılan paylaşma sözleşmesi ile daha önceki sözleşmeden dönülmüş olur." ifadesine yer vermektedir.

birini bir devir sözleşmesi ile üçüncü kişiye devretmeleri durumunda söz konusu olacaktır.[756]

§. 10. Paylaşmanın Mirasçılardan Birinin Talep Etmesi ile Gerçekleştirilmesi (Paylaşma Dâvası)

I. Şartları

A) Genel Olarak

Miras Ortaklığı Kanun'dan doğan zorunlu bir ortaklık olduğu ve bu çerçevede miras ortaklığının mirasın paylaşılması yoluyla tasfiyeye yönelik bir ortaklık teşkil ettiği daha önce ifade edilmişti. Miras ortaklığının bu şekilde tasfiyeye yönelik bir ortaklık olması nedeniyle, mirasçıların kendi aralarında paylaşmaya ilişkin olarak anlaşmaya varamamaları ihtimaline karşı kanunkoyucu, her bir mirasçıya, kural olarak her istediği zaman paylaşmanın gerçekleştirilmesini talep etme hakkı vermiştir. İlgili talep hakkının düzenlendiği Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasında, bu kuralın istisnası, sözleşme veya Kanun gereği miras ortaklığının sürdürülmesi yükümlülüğünün bulunması olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla paylaşmanın talep edilebilmesi bakımından öncelikle paylaşmaya engel durumlardan birinin[757] bulunmaması gerekecektir. Her ne kadar Kanun'un ilgili hükmünde sadece mirasçıların paylaşmanın ertelenmesine ilişkin olarak yaptıkları sözleşmeler ile Kanun gereği paylaşmanın ertelenmesi gereken durumlara yer verilmişse de, paylaşma mirasbırakanın iradesi veya hâkim kararı ile de

---

[756] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 122; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 418. *Kılıçoğlu* tarafından da ifade dildiği üzere, mirasçıların yapmış oldukları paylaşma sözleşmesinden örtülü şekilde dönmeleri hâlini oluşturan paylaşma konusu değerler üzerinde oybirliği ile tasarruf, mirasçılardan birinin bu tasarruf işlemini gerçekleştirmesi durumunda söz konusu olmayacaktır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu çeşitli kararlarda (10.3.2004 t. ve E. 16407, K. 66 s. K.; 15.12.1998 t. ve E. 13204, K. 13659 s. K., ÖZUĞUR, s. 793 ve 804'ten naklen), mirasçıların paylaşma sözleşmesine dâhil taşınmaz malı hep birlikte satarak tasarruf etmeleri hâlinde mirasçıların paylaşma sözleşmesinden vazgeçmiş sayılacaklarını ifade etmiştir.

[757] Paylaşmaya engel durumlara yukarıda değinilmişti. Bkz. Birinci Bölüm, § 3, I, A, 2.

ertelenebilir. Paylaşmanın geciktirilmesini gerektiren bu durumlardan birinin bulunmaması paylaşmanın talep edilebilmesi bakımından şarttır. Öte yandan yukarıda da belirtildiği üzere, paylaşma öncelikle mirasçıların işidir ve mirasçıların oybirliği ile paylaşmaya ilişkin bir sözleşme yapmaları durumunda, bu sözleşme öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Başka bir ifade ile, mirasçılar paylaşmaya ilişkin anlaşma yapmışlarsa, artık sadece bu sözleşmenin ifasına yönelik dâva açılabilecek, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasında yer alan talep gündeme gelmeyecektir.[758] Bu çerçevede ortada bir paylaşma sözleşmesinin bulunmaması da paylaşmanın dâva yoluyla talep edilebilmesi bakımından bir diğer şartı oluşturur. Bu iki şartı çalışmamamızda menfî şartlar başlığı altında incelemiş bulunmaktayız. Paylaşma dâvası bakımından aranan bu iki menfî şarta ek olarak, bazı müspet şartların da bulunması gerekir. Bu şartlar miras ortaklığının varlığı[759] ile mirasçılardan en az birinin paylaşmayı talep etmiş olmasıdır.[760]

B) Menfî Şartları

1) Paylaşmaya Engel Durumlardan Birinin Bulunmaması

Paylaşmanın talep edilebilmesi için paylaşmaya engel durumlardan birinin bulunmaması gerekir. Bu çerçevede, paylaşmanın geciktirilmesini gerektiren Kanun'dan doğan bir sebep mevcutsa veya mirasbırakan paylaşmanın geciktirilmesini öngörmüşse veya mirasçılar tarafından yapılan bir anlaşma ile paylaşmanın geciktirilmesi kararlaştırılmışsa veya paylaşmanın geciktirilmesine ilişkin bir mahkeme kararı mevcutsa paylaşmanın gerçekleştirilmesi talep edilemez. Paylaşmanın

[758] Ayrıntılı bilgi için bkz. Bu Bölüm, § 10, I, B, 2.
[759] Ayrıntılı bilgi için bkz. Bu Bölüm, § 10, I, C, 1.
[760] Ayrıntılı bilgi için bkz. Bu Bölüm, § 10, I, C, 2.

gerçekleştirilmesine ilişkin bu sınırlamalara yukarıda[761] değinilmiş olduğundan konuya burada tekrar yer verilmeyecektir.

2) Mirasçıların Kendi Aralarında Paylaşmaya İlişkin Olarak Anlaşamamış Olmaları

Paylaşmaya ilişkin olarak mirasçılar arasında yapılmış bir sözleşme mevcutsa, bu sözleşmenin bağlayıcılığı nedeniyle artık Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrası bağlamında bir paylaşma talebi gündeme gelmeyecek;[762] olsa olsa söz konusu sözleşmeyi ifadan kaçınan mirasçı veya mirasçılar aleyhine paylaşma sözleşmesinin ifasına yönelik olarak bir ifa dâvası açılacaktır.[763] Bu çerçevede mirasçılar arasında yapılan paylaşmaya ilişkin sözleşmelerin, mirasın hâkim kararıyla paylaşılmasına nazaran bir önceliği söz konusudur. Bu önceliğin temelinde de, mirasın mirasçılarca serbestçe paylaşılması prensibinin üstünlüğü bulunmaktadır. Ancak mirasçılar paylaşmaya ilişkin bir anlaşmaya varamadıkları takdirde, miras ortaklığının paylaşma yoluyla sona ermesi bakımından hâkim kararı ile paylaşma söz konusu olacaktır.

---

[761] Bkz. Birinci Bölüm, § 3, I, A, 2.

[762] Mirasçılar arasında yapılmış bir paylaşma sözleşmesi mevcutsa İsviçre Medenî Kanunu'nun 604. maddesinin birinci fıkrasında (TMK m. 642/I) yer alan paylaşma talebi ile yürürlüğe konulan paylaşma dâvasının gündeme gelmeyeceği hakkında bkz. **SEEBERGER**, s. 44; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 28,29; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 7; **DURAL/ÖZ**, s. 466; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 69; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 296; **OĞUZMAN**, s. 337; **ANTALYA**, s. 468.

[763] **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 634, N. 28,29; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 634, N. 7; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 69; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 296; **OĞUZMAN**, s. 337; **DURAL/ÖZ**, s. 464; **ANTALYA**, s. 468. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararda (3.4.2001 t. ve E. 2512, K. 2768 s. K., Erişim: *kazanci*), taraflar arasında paylaşma sözleşmesi yapılmış olmasına dayanarak, paylaşma sözleşmesinebulunduğu için paylaşma dâvası açılamayacağını, bu hâlde tescil dâvası açılması gerektiğini ifade etmiştir. Yine paylaşma sözleşmesi mevcutsa paylaşma dâvası açılamayacağı hakkında bkz. Yargıtay 6. HD, 14.5.2002 t. ve E. 3168, K. 3341 s. K.; 6. HD, 28.6.2001 t. ve E. 5134, K. 5507 s. K., Erişim: *kazanci*.

C) Müspet Şartları

1) Miras Ortaklığının Bulunması

Mirasın paylaşılması, miras ortaklığının varlığını gerektirir. Dolayısıyla tek mirasçının bulunduğu [764] veya terekede sadece pasif değerlerin bulunduğu[765] durumlarda miras ortaklığından ve dolayısıyla paylaşmadan söz edilemeyecektir.[766] Örneğin mirasçının devlet olduğu durumlarda miras ortaklığı hiç kurulmayacaktır.

2) Mirasçılardan En Az Birinin Paylaşmayı Talep Hakkını İleri Sürmesi

a) Talep Hakkının Doğuşu

Paylaşmanın gerçekleştirilebilmesi bakımından miras ortaklığının kurulmuş olması tek başına yeterli olmayıp ayrıca bütün mirasçıların mirasçılık sıfatlarının ve her bir mirasçının miras payının kesinleşmiş olması gerekir.[767] Dolayısıyla bu hâlde mirası red süresinin (TMK m. 606, 607, 615) geçmiş olması veya resmî defter tutma talep edilmişse (TMK m. 619), resmi defter tutma işleminin tamamlanması ve buna bağlı olarak hâkim tarafından mirasçıya verilen sürede mirasçının mirası kabul, mirası red, resmî tasfiye veya mirası tutulan deftere göre kayıtsız şartsız kabul etme (TMK m. 627)

---

[764] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 675; **ÖZTAN**, s. 72; **İMRE/ERMAN**, s. 403; **KILIÇOĞLU**, s. 219; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 20; **DURAL/ÖZ**, s. 436. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 20; **OĞUZMAN**, s. 314; **AYİTER**, Elbirliği Ortaklıkları, s. 70; **WOLF**, s. 6.

[765] **WOLF**, s. 8; **SEEBERGER**, s. 16.

[766] Miras ortaklığının kişi ve konu bakımından şartları olan bu hususların ilki, sübjektif şart; ikincisi objektif şart olarak adlandırılır. Konuya ilişkin daha kapsamlı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, § 2, III. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 6.7.1993 t. ve E. 7604, K. 7817 s. Kararında, ortada paylaşma konusu terekenin bulunmamasını, açılan bir paylaşma dâvasının reddine gerekçe olarak göstermiştir. Yargıtay anılan kararda şu şekilde bir ifadeye yer vermiştir: "…Ortada dâva konusu ortak mal kalmadığı anlaşılmaktadır. Bedelleri olan paranın taksimi istenemeyeceğine göre, dâvacının menkul malların ortaklığının giderilmesi için açtığı bu dâvanın konusunun kalmadığının kabulü ve bu yüzden karar verilmesine yer olmadığına hükmolunması zorunlu hale gelmiştir. Bundan zuhul olarak yazılı şekilde dâvanın kabulü yasaya aykırıdır." (**İNAN**, s. 785)

[767] **WOLF**, s. 57 vd.; **İMRE/ERMAN**, s.

haklarından hangisini kullanacağının beklenmesi gerekecektir.[768] Yine aynı şekilde, mirasbırakanın yapmış olduğu paylaşmayı ilgilendiren bir ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal dâvası açılmış ise, bu iptal dâvasının da karar bağlanması beklenecektir;[769] zira söz konusu iptal dâvası karara bağlanmadığı müddetçe *Wolf*[770] tarafından da ifade edildiği üzere, mirasçıların terekeyi mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufta yer alan kurallar çerçevesinde mi yoksa Kanun'da yer alan paylaşma kuralları çerçevesinde mi gerçekleştirecekleri belli olmayacaktır.

Öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre,[771] paylaşma talebi mirasın intikali anında doğmakla birlikte, ancak mirasçıların kimler olduğu ve ayrıca mirasçı olan kimselerin miras paylarının kesinleşmiş olması hâlinde kullanılabilecektir. Buna göre, paylaşmayı talep hakkı mirasın geçmesi anında doğacak; ancak, bu hakkın mirasbırakanın mirasçılarının kimler olduğu ve ayrıca mirasçı olan kimselerin miras paylarının ne kadar olduğu kesinleşmeden kullanılması mümkün olmayacaktır. Bu şekilde paylaşma talebinin ancak tüm mirasçılar ve onların miras payları kesinleştikten sonra ileri sürülebilmesinden yola çıkan *Wolf*,[772] mirasın geçişi anında ve mirası red süresi dolmazdan evvel, paylaşmayı talep hakkından bahsedilemeyeceğini; zira bu hâlde miras ortaklığının kurulup kurulmayacağının dahi henüz belli olmadığını; bu nedenle de bu aşamada her bir mirasçı bakımından paylaşmayı talep etmeye ilişkin bir beklemece hak (*Teilungsanwartschaft*)

---

[768] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 1a; **ESCHER**, Art. 604, 1; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 858; **WOLF**, s. 57.
[769] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 1a; **ESCHER**, Art. 604, 1; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 858; **WOLF**, s. 57.
[770] **WOLF**, 57.
[771] **İMRE**, s.705; **İMRE/ERMAN**, s. 435; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 53. *Aral*, talep hakkının mirasın geçişi ile doğduğunu ancak kullanılabilmesi için bazı sürelerin geçmiş olmasının gerekeceğini belirtmekte; bazı durumlarda paylaşmanın dâva yoluyla ileri sürülmesinin yani paylaşmanın talep edilmesinin mümkün olmadığını ifade ederek bu durumlara örnek olarak resmî tasfiye hali ile vasiyeti yerine getirme görevlisinin bulunmasını göstermektedir. Yazar, bu çerçevede, resmî tasfiye hâlinde, tasfiye işlemi devam ettiği müddetçe ve ayrıca mirasbırakan tarafından bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmış olup, vasiyeti yerine getirme görevlisinin henüz tamamlayamadığı işlemler bulunması hâlinde paylaşmanın talep edilemeyeceğini ifade etmektedir. ARAL, Taksim Dâvası, s. 53-54. Ayrıca öğretide resmî tasfiyenin mirasçının alacaklısının, mirasın reddini iptal ettirmesi üzerine yapıldığı durumlarda diğer mirasçıların paylaşmanın gerçekleştirilmesini dâva yoluyla talep edemeyecekleri ileri sürülmektedir.
[772] **WOLF**, s. 58 vd.

bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.[773] Yazara göre,[774] mirası red süresinin dolmasından (bize göre mirası red süresinin dolmasından veya bütün mirasçıların mirası red süresi dolmazdan evvel mirası kabul etmelerinden) başlayarak, miras ortaklığına dâhil bütün mirasçıların mirasçılık sıfatlarının ve miras paylarının kesin olarak belirlendiği ana kadarki dönemde, paylaşmayı talep hakkı beklemece hak olmaktan çıkmakta; ancak henüz talebin yürürlüğe konması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle *Wolf*,[775] bu aşamada henüz dâva yoluyla ileri sürme imkânı bulunmadığından paylaşmayı talep etmeye ilişkin henüz dâva edilemeyen bir alacak hakkının (*Teilungsforderung*) bulunduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede *Wolf*,[776] paylaşmayı istemeye ilişkin alacak hakkının talep edilebilir hale geldiği anın da, miras ortaklığına dâhil bütün mirasçıların mirasçılık sıfatlarının ve miras paylarının kesin olarak belirlendiği an olduğunu belirtmekte, bu aşamadan sonrası için paylaşma talebinden (*Teilungsanspruch*) bahsedilebileceğini belirtmektedir.

b) Talep Hakkının Hukukî Niteliği

aa) Genel Olarak

Paylaşmayı talep hakkı Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinde düzenlenmiş olduğundan, ortada kanundan doğan bir talep hakkı söz konusudur.[777] Öte yandan her bir mirasçı bu talep hakkına sahip olduğu için, paylaşmayı talep hakkı tüm mirasçılar bakımından karşılıklı olarak (*gegenseitiger Teilungsanspruch*)[778] ve aynı zamanda her bir mirasçı talep

[773] Bkz. **WOLF**, s. 59.
[774] Bkz. **WOLF**, s. 60.
[775] Bkz. **WOLF**, s. 61.
[776] Bkz. **WOLF**, s. 61.
[777] **WOLF**, s. 379; **FUGNER**, Herbert, L'action en partage, Diss. Lausanne 1937, Lausanne 1938, s. 40; **TCHÉRAZ**, René, Le droit de demander le partage de la succession et ses dérogations dans le Code civil suisse, Diss. Genève 1935, Chambéry 1939, s. 29. (WOLF, s. 69, dpn. 379'dan naklen.)
[778] **SEEBERGER**, s. 44; **WOLF**, s. 70.

hakkı bakımından hakkın sahibi ve hakkın muhatabı olacak şekilde mevcuttur.[779] Ancak talep hakkının Kanun'dan doğmakta olması tek başına talep hakkının hukukî niteliğini belirlemek bakımından yeterli değildir. İsviçre-Türk Hukuk öğreti ve uygulamalarında, talep hakkının hukukî niteliği kapsamlı şekilde ele alınmamış olmakla birlikte konuya değinen az sayıda yazarın görüşleri, talep hakkının aynî nitelikte olduğu görüşü ile şahsî nitelikte olduğu görüşü olmak üzere iki ana gruba ayrılabilir.

bb) Aynî Talep Görüşü

Öğretide *Escher*,[780] paylaşma talebinin hukukî niteliğine doğrudan değinmeksizin, paylaşma dâvasına ilişkin olarak yer verdiği bir ifadede, paylaşma dâvasının bir alacak dâvası olmayıp, aynî etkili özel bir dâva olduğunu ifade etmektedir. Yine aynî talep görüşü içerisinde oldukları kabul edilebilecek *Fugner*[781] ve *Tchéraz*[782] da, paylaşma talebinin şahsî talep olmayıp, kanundan doğan kendisine özgü (*sui jeneris*) bir talep olduğunu kabul etmektedirler. *Wolf*,[783] paylaşma talebinin Kanun'dan doğan bir talep hakkı olduğunu kabul etmekle birlikte, bu talep hakkının aynî nitelikte olduğuna ilişkin görüşü, talep hakkının tereke değerleri üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir hak olmaması nedeniyle eleştirmektedir. Yazar,[784] paylaşmayı talep hakkını aynî hak olarak nitelendiren görüşün kabul edilmesi hâlinde, bunun, her bir mirasçının, diğer mirasçıları dikkate almaksızın belli bir tereke eşyasını alıkoyabilmesi veya tereke eşyasını kendi kararı ile satarak, satış bedelini miras payına mahsuben alabilmesi anlamına geleceğini; oysa mirasçının, miras

[779] **SEEBERGER**, s. 44; **WOLF**, s. 70.
[780] **ESCHER**, Art. 604, N. 5.
[781] **FUGNER**, Herbert, L'action en partage, Diss. Lausanne 1937, Lausanne 1938, s. 41. (WOLF, s. 63, dpn. 342'den naklen.)
[782] **TCHÉRAZ**, René, Le droit de demander le partage de la succession et ses dérogations dans le Code civil suisse, Diss. Genève 1935, Chambéry 1939, s. 30. (WOLF, s. 63, dpn. 342'den naklen.)
[783] **WOLF**, s. 66.
[784] **WOLF**, s. 66.

ortaklığında diğer mirasçılarla birlikte tereke değerleri üzerinde elbirliği ile hak sahibi olması nedeniyle, bu şekilde bir yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir.

cc) Şahsî Talep Görüşü

Paylaşmayı talep hakkı, miras ortaklığının üyesi olan diğer mirasçı veya mirasçılara karşı yöneltilen bir taleptir.[785] Bu hususta yola çıkan *Wolf*,[786] paylaşma talebinin, aynî haktan farklı olarak herkese karşı (*erga omnes*) etki yaratmayıp, bu şekilde belirli kimselere karşı ileri sürülmesini gerekçe göstererek, şahsî nitelikte bir talep (*obligatorischer Anspruch*) olduğunu belirtmektedir. Yazar,[787] İsviçre Medenî Kanunu'nun 604. maddesinin birinci fıkrasının (TMK m. 642), bu şekilde her bir mirasçı bakımından, miras ortaklığı çerçevesinde diğer mirasçılarla birlikte elbirliği ile hak sahibi olduğu değerlerin her bir mirasçının bireysel hak sahipliğine geçirilmesini sağlamaya yönelik olumlu (müspet) edimin bir uzantısı olarak paylaşmaya katılma yükümlülüğü yarattığını ifade etmekte; bu borcun da mirasçı tarafından yerine getirilmesi nedeniyle, paylaşmanın gerçekleştirilmesine ilişkin olarak ileri sürülen talebin şahsî nitelikte bir talep olduğunu ifade etmektedir.[788]

---

[785] **ESCHER**, Art. 604, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 1a, 1c.
[786] **WOLF**, s. 67-68.
[787] **WOLF**, s. 68.
[788] Bu hâlde önemle belirtilmelidir ki paylaşmayı talep hakkını şahsî bir talep olarak nitelendiren *Wolf*, bu talebin, her bir mirasçı bakımından, miras ortaklığına üye olmak dolayısıyla tereke değerleri üzerinde doğrudan mutlak aynî hakka sahip olmaları çerçevesinde ortaya çıkan hukukî durumla ilgili olduğunu; başka bir ifade ile tereke değerleri üzerinde sahip olunan hakka bağlı olarak ortaya çıkan bir durum teşkil ettiğini ifade etmektedir. Yazar, bu şekilde paylaşma talebinin kökeninde bir eşyaya bağlı borç-eşyaya bağlı hak ilişkisinin bulunduğunu ifade etmekte ve bu borç ilişkisinin İsviçre Medenî Kanunu'nun 604. maddesinin birinci fıkrasından (TMK m. 642/I) doğması nedeniyle paylaşma talebinin bir kanundan doğan eşyaya bağlı borç ilişkisine dayandığı sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. **WOLF**, s. 69-70.

c) Talep Hakkının Özellikleri

aa) Miras Hakkına Bağlı Olması

Paylaşmayı talep hakkına sahip olan kimse, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasında, mirasçı olarak gösterilmiştir. Bu çerçevede yasal veya atanmış mirasçı olarak miras hakkına sahip olan her mirasçı, mirasın paylaşılmasını isteyebilecektir. Öğretide *Druey*[789] bu durumu ifade etmek üzere, paylaşmayı talep hakkını bir "mirasçı hakkı" (*Erbenrecht*) olarak nitelendirmektedir. *Piotet*[790] de konuya ilişkin açıklamalarında, talep hakkının mirasçının miras ortaklığına dâhil olmasının sonucu olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir. Talep hakkının eşyaya bağlı borç ilişkisine dayandığını savunan *Wolf*[791] ise, bu eşyaya bağlı borç ilişkisinin temelinde tereke eşyası üzerinde aynî hakka sahip olunmasının bulunduğunu; bu şekilde tereke eşyası üzerinde aynî hakka sahip olmanın da, mirasta hak sahibi olmanın bir sonucu olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir.[792]

Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesi çerçevesinde mirasçının miras payını devralan üçüncü kişinin veya mirasçıdan alacaklı olan kimsenin talep etmesi üzerine, payını devreden veya borçlu olan mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere atanan kayyımın, paylaşma dâvası açma hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. [793] Kayyımın paylaşma dâvası açma yetkisinin bulunduğu kabul edilsin veya edilmesin, mirasçı olan kimse bakımından, paylaşmayı talep hakkı, miras ortaklığı devam ettiği müddetçe

[789] **DRUEY**, § 16, N. 27.
[790] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 859.
[791] **WOLF**, s. 71.
[792] *Wolf*, eşyaya bağlı borç ilişkisinin temel hak olan miras hakkına bağlılığı konusuna ilişkin olarak yaptığı açıklamalarda, ortada birbirine bağlı iki hakkın bulunduğunu; bu haklardan ilkinin, aynı zamanda temel hakkı (*Hauptrecht*) oluşturan tereke eşyası üzerinde mirasçıya hâkimiyet sağlayan miras hakkı olduğunu; diğer hakkın ise, bu temel hakka bağlı bir yan hak (*Nebenrecht*) olan paylaşmayı talep hakkı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **WOLF**, s. 71-72.
[793] Bu tartışma için bkz. Bu Bölüm, § 10, II, B, 2, a.

söz konusu olduğundan, mirasçının paylaşmayı talep hakkı, miras hakkına ve dolayısıyla mirasçılık sıfatına bağlıdır.[794]

bb) Zamanaşımına Uğramayan Bir Hak Olması (*Unverjährbarkeit*)

Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinde mirasçının paylaşmayı sürdürmekle yükümlü olmadıkça 'her zaman' paylaşmanın gerçekleştirilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile mirasçı, istediği zaman[795] paylaşma talebini ileri sürebilecektir. Öte yandan Kanun'da paylaşmayı talep hakkı bakımından özel bir zamanaşımı süresi de öngörülmüş değildir. Bu çerçevede paylaşmayı talep hakkının zamanaşımına uğramayacağı, bu hakkın zamanaşımına uğramamasının gerekçesi üzerinde fikir birliği bulunmamakla birlikte, ifade edilmekte[796] ve bu şekilde Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde[797] düzenlenmiş bulunan 10 yıllık zamanaşımının uygulama alanı bulmayacağı belirtilmektedir.[798] *Escher*,[799] talep hakkı üzerinden değil de paylaşma dâvası üzerinden yaptığı açıklamalarda, bu dâvanın bir alacak dâvası olmayıp, aynî etkiyi haiz özel bir dâva türü olması nedeniyle İsviçre Borçlar Kanunu'nun 127. maddesinin (TBK m. 125) uygulama alanı bulmayacağını bu nedenle de bu hâlde

---

[794] Bkz. **DRUEY**, § 16, N. 27; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 859; **WOLF**, s. 71.

[795] İsviçre Hukuk öğretisinde mirasçının istediği zaman paylaşmayı talep edebilmesi bakımından Escher ve Wolf, "*belibiger Zeit*" ifadesine yer vermektedirler. Bkz. **ESCHER**, Art. 604, N. 5 vd.; **WOLF**, s. 73.

[796] **SEEBERGER**, s. 49; **WOLF**, s. 73; **HAUSER**, s. 11; **STOKAR**, s. 36; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 859; **ESCHER**, Art. 604, N. 5f; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 1e; **SCHAUFELBERGER**, Art. 604, N. 2; **SPYCHER**, s. 32; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 211; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 5. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu çeşitli kararlarda (BGE 45 II 525; 69 II 366; 75 II 292; 116 II 275) İsviçre Medenî Kanunu'nun 604. maddesinin birinci fıkrasında (TMK m. 642/I) yer alan paylaşmayı talep hakkı bakımından her hangi bir zamanaşımı süresinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir.

[797] Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi, "Bu kanunda başka surette hüküm mevcut olmadığı takdirde, her dâva on senelik müruruzamana tabidir." İfadesini taşımaktadır.

[798] Alacak hakkı (şahsî talep) bakımından gündeme gelen ıskatî (düşürücü) zamanaşımı, sadece Borçlar Hukukundan değil, Aile, Eşya ve Miras Hukukundan doğan alacak hakları bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1035; **EREN**, s. 1235; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 467; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 643.

[799] **ESCHER**, Art 604, N. 5f.

zamanaşımının söz konusu olmadığını ifade etmektedir. *Wolf*[800] ise, paylaşma talebinin kanundan doğan bir eşyaya bağlı borca dayanması nedeniyle, bu talep bakımından zamanaşımının gündeme gelmeyeceğini ifade etmektedir. Konuya ilişkin olarak *Piotet*,[801] paylaşma talebinin mirasçıların tereke değerleri üzerinde elbirliği ile hak sahibi olmalarının ve bu şekilde her bir mirasçının miras ortaklığına üye olmasının bir unsuru olduğunu ve bu nedenle de miras ortaklığı devam ettiği müddetçe talep hakkının da mevcut olacağını ve dolayısıyla zamanaşımının da söz konusu olmayacağını ifade etmektedir. *Piotet* tarafından talep hakkının zamanaşımına uğramaması bakımından ifade edilen bu husus çerçevesinde önemle belirtilmelidir ki, paylaşmayı talep hakkı miras ortaklığı devam ettiği müddetçe söz konusu olacak, miras ortaklığının herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda paylaşmayı talep hakkı da ortadan kalkacaktır.[802]

cc) Tasarruf Edilemeyen Bir Hak Olması (*Keine Verfügbarkeit*)

Paylaşmayı talep hakkı, öğretide *Wolf*[803] tarafından da ifade edildiği gibi, üzerinde tasarruf edilemeyen bir haktır. Zira, yine *Wolf*[804] tarafından ifade edildiği üzere, paylaşmayı talep hakkı miras ortaklığına bağlı mirasçılık sıfatının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır ve bu nedenle de mirasçılık sıfatına bağlıdır. Bu durum, miras payının bir üçüncü kimseye devredilmesi durumunda, devreden mirasçının mirasçılık sıfatı devam etmekte olduğundan paylaşmayı talep hakkının payı devralan üçüncü kişiye geçmeyip, miras payını üçüncü kişiye devreden mirasçıda kalmasında da görülmektedir.[805]

---

[800] **WOLF**, s. 74.
[801] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 859.
[802] Esasen bu durum, paylaşmayı talep hakkının mevcudiyeti için miras ortaklığının varlığı olarak ifade edilen müspet şartın bir uzantısıdır. Paylaşmayı talep hakkının miras ortaklığı devam ettiği sürece mevcut olduğuna değinen yazarlar için bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 859, **SEEBERGER**, s. 44; **WOLF**, s. 74.
[803] **WOLF**, s. 75.
[804] **WOLF**, s. 75.
[805] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 634, N. 14, 23 vd.; **ESCHER**, Art. 635, N. 2, 18 vd.; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 635, N. 3; **KOHLER**, s. 139-140;

Oysa, miras payının miras ortaklığına dâhil bir diğer mirasçıya devri, devreden mirasçının miras ortaklığından ayrılması ve bu şekilde mirasçılık sıfatının sona ermesi sonucunu doğurduğundan, devreden mirasçının talep hakkı da sona ermektedir.[806]

dd) Vazgeçilemeyen Bir Hak Olması (*Unverzichtbarkeit*)

Belli bir haktan vazgeçme, o hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olunmasını gerektirdiğinde, talep hakkı üzerinde tasarruf edemeyen mirasçı, talep hakkını kullanmaktan da vazgeçemeyecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, mirasçı, mirasçılık sıfatını kazanmasından sonra mirasçı, miras üzerindeki hakkından ve dolayısıyla mirasçılık sıfatından, belli bir mirasçı, bazı mirasçılar veya diğer tüm mirasçılar lehine olmak üzere vazgeçebilir. Öğretide *Wolf*,[807] bu şekildeki bir vazgeçmenin, dolaylı olarak talep hakkının da sona ermesi sonucunu doğuracağını belirtmekte; ancak mirasçılık sıfatından vazgeçmeksizin tek başına talep hakkından vazgeçmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Yine *Wolf*[808] tarafından ifade edildiği üzere, mirasçının mirasın ertelenmesine ilişkin olarak diğer mirasçılarla yaptığı sözleşme de, belli bir süre talep hakkının kullanılamaması anlamına gelmesine rağmen, talep hakkından vazgeçme niteliğinde değildir. Bu hâlde mirasçı belli bir süre hakkı kullanmamak hususunda borç altına girmektedir.

HABICHT, s. 22-23; **ÖZTAN**, s. 403; **HATEMİ**, § 13, N. 16; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 74; **İMRE**, s. 712; **İMRE/ERMAN**, s. 444; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 597-598; **ANTALYA**, s. 440; **AYAN**, s. 245.

[806] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ESCHER**, Art. 635, N. 10, 11; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 635, N. 11 vd.; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 100; **MABILLARD**, Praxiskomm., Art. 635, N. 15, 16; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 635, N. 2; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 725; **GÖKSU**, Handkomm., Art. 635, N. 7; **ANNEN**, s. 88; **KOHLER**, s. 77 vd.; **RUMO-JUNGO**, s. 188; **WOLF**, s. 138-139; **HABICHT**, s. 23; **ÖZTAN**, s. 402; **İMRE**, s. 712; **İMRE/ERMAN**, s. 444; **AYAN**, s. 245.

[807] **WOLF**, s. 75.

[808] **WOLF**, s. 75-76.

ee) Suje Değişiminin Mümkün Olması

Öğretide *Wolf*[809] tarafından ifade edildiği üzere, miras ortaklığında suje değişikliğinin gündeme gelmesi, talep hakkının sujesinin de değişmesi sonucunu doğuracaktır ve miras ortaklığında suje değişimi ve bunun sonucunda talep hakkı sahibinin de değişmesi, miras payının miras ortaklığına dâhil bir diğer mirasçıya devredilmesi veya mirasçının ölümü üzerine onun yerine mirasçının mirasçısının geçmesi hallerinde gerçekleşecektir. Bu hâllerden ilkinde cüz'î halefiyet; ikincisinde ise küllî hallefiyet söz konusu olmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, miras payının bir diğer mirasçıya devri, devreden mirasçının miras ortaklığından ayrılması ve bu şekilde mirasçılık sıfatının sona ermesi sonucunu doğuran aynî etkili bir işlemdir ve devredilen pay üzerindeki hak sahipliği devralan mirasçıya geçtiğinden, devirle birlikte talep hakkı da devralan mirasçıya ait olmaktadır. Mirasçılardan birinin ölmesi hâlinde de halefiyet prensibi çerçevesinde onun miras ortaklığındaki yerine mirasçının mirasçısı olan kimseler geçecek ve bu şekilde Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasında yer alan paylaşmanın gerçekleştirilmesi talebini de mirasçının mirasçısı olan kimseler ileri süreceklerdir. Öğretide paylaşmayı talep hakkının eşyaya bağlı borca dayandığını savunan *Wolf*,[810] bu görüşünden yola çıkarak, gerek miras payının bir diğer mirasçıya devri gerek mirasçının ölümü üzerine onun yerine mirasçının mirasçısının geçmesi hallerinde, talep hakkının geçişinden bahsedilemeyeceğini; aksine miras payını devreden veya ölen mirasçının talep hakkının sona erip, devralan mirasçının veya mirasçının mirasçısının paylaşmayı talep hakkının aslî olarak kendi şahsında oluştuğunu ifade etmektedir.

---

[809] **WOLF**, s. 79 vd.
[810] **WOLF**, s. 80, 83, 86.

d) Talep Hakkının İçeriği

aa) Talep Hakkının Aynen Paylaşmaya İlişkin Olması

Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan paylaşma talebi, terekenin aynen paylaşılmasına ilişkin olacaktır.[811] Bu durum mirasçıların eşitliği prensibi ile aynen paylaşma prensibinin bir sonucudur. Bu çerçevede, mirasçılardan biri, paylaşmanın gerçekleştirilmesine katılmaktan, bu hususta haklı bir sebebi olmaksızın kaçınsa ve bu şekilde diğer mirasçıların zarara uğramasına neden olsa dahi, kendisine karşı yöneltilen patlaşma talebi, zararın tazmini talebine dönüşmeyecektir. Öğretide *Wolf*[812] tarafından da ifade edildiği üzere, bu hâlde, paylaşmaya katılmaktan haksız olarak kaçınan mirasçıya karşı yöneltilen paylaşma talebinin zararın tazmini talebine dönüşeceğinin kabulü, talepte bulunan mirasçı lehine mevcut olan paylaşma kurallarının hiçbir sonuç meydana getirmemesi sonucunu doğururdu.

bb) Terekenin Tamamen veya Kısmen Paylaşılmasının Talep Edilebilmesi

Mirasçının paylaşmayı talep etmesi hâlinde, mirasçının miras payına düşecek değerler kural olarak tüm tereke dikkate alınarak belirlenecektir.[813] Başka bir ifade ile, mirasçının paylaşma talebinde, terekede bulunan belli bir değerin kendisine özgülenmesini talep etmesi, bu hususta ilgili mirasçı lehine mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufta düzenlenmiş veya Kanun'da

---

[811] Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararda (25.4.2005 t. ve E. 2232, K. 3951 s. K., Erişim: *kazanci*) mirasçılardan birinin tereke değerlerinin satılması neticesinde elde edilen satış değerinin paylaşılmasını talep etmesinin, diğer mirasçıların aynen paylaşma taleplerine engel teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir.

[812] **WOLF**, s. 93.

[813] **ESCHER**, Art. 604, N. 5e; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4a, 4d; **WOLF**, s. 93-94; **WIDMER**, s. 84.

yer alan bir paylaşma kuralı[814] bulunmadıkça[815] mümkün olmayacaktır.[816] Bu durum aynı zamanda eşitlik prensibi ile aynen paylaşma prensibinin de bir sonucudur. Dolayısıyla mirasçının terekenin tümüyle paylaşılmasını talep etmesi hâlinde, ilgili mirasçının miras payı tüm tereke değerleri dikkate alınarak belirlenecek ve bu değerler dâva neticesinde söz konusu mirasçıya özgülenecektir. Bu şekilde, paylaşma talebini ileri süren mirasçı, miras payını alarak miras ortaklığından ayrılmaktadır.[817] Öğretide *Wolf*,[818] paylaşma dâvasında terekenin tamamı bakımından paylaşmanın gerçekleştirilmesini talep eden mirasçının, hâkimin vereceği karar neticesinde miras payını alarak miras ortaklığından ayrılmasıyla, karma kısmî paylaşmanın (*kombinierte partielle Erbteilung*) gerçekleşmekte olduğunu ifade etmektedir.[819]

Ancak acaba mirasçı, örneğin terekede bulunan taşınmazlar veya kıymetli evraklar ve benzeri gibi terekenin sadece belli bir kısmı bakımından paylaşmayı talep edebilecek midir? Dikkat edilirse bu hâlde mirasçı miras payının tamamının terekenin belli bir kısmı üzerinden belirlenmesini değil,

---

[814] Bu kurallara örnek olarak, sağ kalan eşin, aile konutu ve ev eşyasının miras payına mahsuben kendisine özgülenmesini talep hakkının düzenlendiği İsviçre Medenî Kanunu'nun 612a (TMK m. 652) hükmü; yine İsviçre Medenî Kanunu'nun tarımsal işletmeler bakımından, tarımsal işletmenin kendisine özgülendiği mirasçının, terekede bulunan ve işletme için gerekli olan araç, gereç ve hayvanların kendisine özgülenmesini talep etme hakkının düzenlendiği 613a (TMK m. 660) hükmü örnek olarak gösterilmektedir. İlk örnek için bkz. **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 202; **WOLF**, s. 90, dpn. 498; **WEIBEL**, Praxiskomm. Art. 604, N. 33. İkinci örnek için bkz. **WOLF**, s. 90, dpn. 498; **WEIBEL**, Praxiskomm. Art. 604, N. 33.

[815] Önemle belirtilmelidir ki, mirasçılar da kendi aralarında oybirliği ile yapacakları sözleşmeler yoluyla, belli bir tereke değerinin belli bir mirasçıya özgülenmesine ilişkin sözleşme yapabilirler. Bu hâlde, ilgili mirasçı, diğer mirasçılarla yaptığı bu sözleşmeye dayanarak ilgili tereke değerinin kendisinin zilyetliğine ve kullanımına bırakılmasını; başka bir ifade ile kendisine verilmesini talep edebilecektir. Ancak bu hâlde mirasçının bu talebi, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasındaki paylaşma talebi olmayıp; sözleşmeye dayanan bir ifa dâvasıdır.

[816] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4a; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 33; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 202; **WOLF**, s. 90, dpn. 498.

[817] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 1c; **ESCHER**, Art. 604, N. 2; **JOST**, s. 120; **WOLF**, s. 95.

[818] **WOLF**, s. 95.

[819] *Wolf*, mirasçının paylaşmayı talep etmesi üzerine, terekenin tümüyle tüm mirasçılar arasında paylaşılmakla tam paylaşmanın iki hâlde gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Bu hâllerden ilkini miras ortaklığında sadece iki mirasçının bulunduğu durum oluşturur. Bu hâlde, mirasçılardan birinin paylaşma dâvası açması üzerine, bu mirasçı, hâkim tarafından belirlenen miras payı üzerinde tek başına hak sahibi olacak ve terekede kalan değerler de diğer mirasçıya ait olacaktır. İkinci durum, mirasçılardan biri hariç diğer tüm mirasçıların paylaşmayı talep etmeleri hâlidir. Bu hâlde de talepte bulunan mirasçılar miras paylarını alacak ve kalan tereke değerleri üzerinde paylaşmayı talep etmemiş olan mirasçı tek başına hak sahibi olacaktır. Yazar, her iki hâlde de açılan paylaşma dâvasının, terekenin tümüyle paylaşılması neticesinde miras ortaklığının sona ermesi sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir. Bkz. **WOLF**, s. 95.

terekenin belli bir kısmı bakımından paylaşmanın gerçekleştirilmesini talep etmekte ve böylelikle terekenin kalan kısmı bakımından miras ortaklığı talepte bulunan mirasçı da dâhil olmak üzere tüm mirasçılarla devam etmektedir.[820] *Wolf*,[821] bu nedenle ilgili durumu, mirasçının objektif kısmî paylaşmayı talep etmesi olarak nitelendirmektedir. Öğretide[822] önceleri bu şekilde bir talebin ileri sürülmesinin mümkün olmadığı; ancak diğer tüm mirasçılar terekenin bir kısmının paylaşılmasına rıza göstermişlerse, terekenin kısmen paylaşılmasının talep edilebileceği kabul edilmekteydi. Yine öğretide *Annen*,[823] bu şekilde bir talebin kural olarak mümkün olmadığını ifade etmekle birlikte, terekenin tamamının paylaşılmasının mümkün olmadığı durumlarda terekenin paylaşılması mümkün kısmına ilişkin olarak kısmî paylaşmanın talep edilebileceğini ifade etmektedir. Günümüzde öğretide,[824] terekenin kısmen paylaşılması talebinin ileri sürülmesinin mümkün olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Hâkimden paylaşmanın terekenin belli bir kısmı bakımından gerçekleştirilmesinin talep edilebileceğinin kabul edilmesi gereğine ilişkin olarak ileri sürülen gerekçelerden ilkini, mirasçıların yapacakları bir sözleşme ile tereke değerlerini subjektif ve/veya objektif kısmî paylaşma yoluyla paylaşabilmeleri oluşturmaktadır.[825] Konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir diğer gerekçeyi, usul hukukuna hâkim temel ilkelerden biri olan tasarruf prensibi (*Dispositionsmaxime*) oluşturmaktadır.[826] Buna göre

---

[820] **WOLF**, s. 103; **FELBER**, s. 60; **ANNEN**, s. 64-65; **JOST**, s. 120; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 55 ve s. 55, dpn. 23'te adı geçen yazarlar.

[821] **WOLF**, s. 96.

[822] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4d; **ESCHER**, Art. 604, N. 5e; Art. 602, N. 39; **TCHÉRAZ**, René, Le droit de demander le partage de la succession et ses dérogations dans la Code civil suisse, Diss. Genève 1935, Chambèry 1939, s. 34 (ESCHER, Art. 604, N. 5e'den naklen.); **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 689-690. *Tuor/Picenoni*, konuya ilişkin olarak yapmış oldukları açıklamalarda, terekenin bir kısmına ilişkin olarak paylaşma talebinin yapılmasının, en başta bu şekilde bir talep üzerine hisselerin belirlenmesinin zorluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. Art. 604, N. 4d.

[823] **ANNEN**, s. 76

[824] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 864; **SEEBERGER**, s. 56 vd.; **JOST**, s. 120 vd; **WOLF**, s. 95 vd.; **STOKAR**, s. 48; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 6; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 39; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 219.

[825] Bu gerekçe için bkz. **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 219; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 39.

[826] Bu gerekçe için bkz. **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 219; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 39; **WOLF**, s. 98. *Wolf*, bu gerekçeye ek olarak, iki gerekçe daha göstermektedir. Bu gerekçelerden ilkini, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 604. maddesinin ikinci fıkrasında (TMK m. 642/III) kısmî paylaşma talebinin tanınmış olması oluşturmaktadır. Yazar, terekenin tamamı veya bir kısmı bakımından

hâkim, terekenin sadece belli bir bölümüne ilişkin olarak paylaştırmanın gerçekleştirilmesi talep edildiğinde, terekenin tamamını dikkate alarak hüküm tesis edemeyecektir. Bu çerçevede önemle belirtilmelidir ki, bu şekilde ileri sürülen terekenin kısmen paylaşılması talebinin dikkate alınabilmesi için, kural olarak diğer mirasçıların bu talebe itiraz etmemeleri şeklinde vuku bulan örtülü rızaları aranacaktır. Şöyle ki, mirasçılardan birinin terekenin belli bir kısmı bakımından paylaşmanın gerçekleştirilmesini talep etmesi üzerine, diğer tüm mirasçılar[827] terekenin tamamı bakımından paylaşmanın gerçekleştirilmesini bir karşı talep olarak ileri sürdükleri takdirde artık terekenin sadece belli bir kısmının paylaşılması söz konusu olmayacaktır.[828] Ancak istisnaî bazı durumlarda, diğer mirasçılar paylaşmanın terekenin belli bir kısmı bakımından gerçekleşmesini istemeseler dahi, mirasçı kısmî paylaşma talebinde bulunabilecektir.[829] Bu istisnaların en önemlisi, Türk

---

paylaşmanın derhal gerçekleştirilmesinin zarara neden olduğu durumlarda, talep üzerine hâkimin terekenin tamamı veya bir kısmı bakımından paylaşmanın ertelenmesini düzenleyebilmesi hususuna Kanun'da yer verilmiş olduğundan, mirasçının da terekenin belli bir bölümüne ilişkin olarak paylaşmanın gerçekleştirilmesini talep edebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. *Wolf*, kısmî paylaşma talebinde bulunulabilmesinin maddî hukuktan kaynaklanan bir diğer gerekçesi olarak, borç ilişkisinde alacaklının borcun bir kısmının ifasını talep edebilmesi olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, bu şekilde, paylaşma talebini tüm terekeye şamil olmak üzere kullanmak istemeyen mirasçı, buna zorlanamayacak ve bu şekilde terekenin belli bir bölümünün paylaşılmasını talep edebilecektir. Bkz. **WOLF**, s. 98.

[827] Önemle belirtilmelidir ki, mirasçılardan birinin kısmî paylaşma talebi üzerine, diğer mirasçıların sadece biri veya bir kısmı terekenin tamamıyla paylaşılmasını talep ederlerse; başka bir ifade ile mirasçılardan birinin kısmî paylaşmaya ilişkin talebi yapmasından sonra, diğer mirasçıların bir kısmının terekenin tümüyle paylaşılmasını talep etmesi ve fakat diğer bazı mirasçıların bu talebe katılmayarak suskun kalmaları durumunda, miras ortaklığını sona erdiren terekenin tümüyle paylaşılması durumu gündeme gelmeyecektir. Zira bu hâlde, suskun kalan mirasçılar, terekenin bir kısmı bakımından paylaşmayı talep eden mirasçı ile birlikte miras ortaklığında kalmaya devam edecekler; terekenin tamamı bakımından mirasın paylaşılmasını talep eden mirasçılar ise, hâkim tarafından belirlenen miras paylarının yine hâkim tarafından ilgili mirasçılara özgülenmesi ile miras ortaklığından ayrılacaklardır. **WOLF**, s. 99, dpn. 545'ten naklen.

[828] **WOLF**, s. 99; **SEEBERGER**, s. 56; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 40; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 220. *Brückner/Weibel*, mirasçının kısmî paylaşma talebine karşı, paylaşmanın tüm tereke bakımından gerçekleştirilmesinin bir karşı talep olarak ileri sürülmesi durumunda, kısmî paylaşma talebinin konusuz kalacağını ifade etmektedir.

[829] **WOLF**, s. 101; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4d. *Tuor/Picenoni*, kısmî paylaşma talebinin yapılamayacağını ifade etmekte; ancak mirasçıların dolaylı bir yoldan kısmî paylaşmanın gerçekleşmesini sağlayabileceklerini savunmaktadır. Buna göre, terekenin tamamı bakımından paylaşma talebi dâva yoluyla ileri sürülecek, açılan bu dâvada, İsviçre Medenî Kanunu'nun 604. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, hükümde aranan şartların varlığını ispatla paylaşmanın ertelenmesi talep edilecek ve bu şekilde terekenin kısmî paylaşımı sonucuna ulaşılmış olacaktır. Wolf, varılan sonuç itibariyle, kısmî paylaşma talebini reddeden görüşün değerlendirmelerinin yanlış sayılamayacağını; özellikle *Tuor/Picenoni* (Art. 604, N. 4d) ve *Escher* (Art. 604, N. 5e) tarafından yapılan açıklamalar dikkate alındığında, bu yazarların değerlendirmelerinin yanlış sayılamayacağını

Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, terekede belli değerler bakımından paylaşmanın derhâl gerçekleştirilmesi, paylaşma konusu malın veya terekenin değerini önemli ölçüde azaltacaksa, hâkim söz konusu değerlerin paylaşılmasını erteleyebilir.[830]

cc) Sadece Miras Payının Talep Edilebilmesi

Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrasında yer alan paylaşma talebi ile mirasçı, terekenin tamamı veya belli bir kısmı bakımından miras payının miras ortaklığından ayrılarak kendisine özgülenmesini talep edebilecektir.[831] Dolayısıyla mirasçı, tüm terekenin diğer mirasçılar arasında da bölüşülmesi ile miras ortaklığını sona erdirecek şekilde paylaşmanın gerçekleştirilmesini talep edemez.[832]

Bu şekilde mirasçının talebi, kendi miras payı ile sınırlı olacak; mirasın paylaşılmasına ilişkin talebin paylaşma dâvası açma yoluyla icrası ile ilgili mirasçı miras payını alarak miras ortaklığından ayrılacak ve miras ortaklığı diğer mirasçılarla devam edecektir.[833]

---

ve fakat bu yazarların kısmî paylaşmanın mümkün olmadığı genel önermesini getirmeleri nedeniyle farklı görüş sahibi olarak değerlendirildiklerini ifade etmektedir. Bkz. **WOLF**, s. 102, dpn. 556.

[830] Öğretide *Wolf*, diğer mirasçıların kısmî paylaşma talebine rıza göstermemelerine rağmen kısmî paylaşmanın talep edilebilmesinin mümkün olduğu bir diğer hâl olarak, İsviçre Medenî Kanunu'nun 605. maddesine (TMK m. 643) her hangi bir açıklama yapmaksızın yer vermektedir. İlgili hükmün ilk fıkrasında mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşmanın ceninin doğumuna kadar erteleneceği; ikinci fıkrasında ise, ananın, muhtaç durumda olması şartıyla doğuma kadarki geçim giderlerinin terekeden sağlanmasını isteyebileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Bkz. **WOLF**, s. 101.

[831] **WOLF**, s. 102; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 26; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 228; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 55; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 687.

[832] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 55; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 1c; **ESCHER**, Art. 604, N. 2; **ANNEN**, s. 66; **FELBER**, s. 53; **JOST**, s. 120; **WOLF**, s. 102. Yukarıda *Wolf*'ten nakledildiği üzere, her ne kadar mirasçının miras payını taleple miras ortaklığından ayrılması kural olarak miras ortaklığını sona erdirmemekte ise, istisnaen miras ortaklığında sadece iki mirasçının bulunduğu veya bir mirasçı hariç diğer tüm mirasçıların paylaşmayı talep etmeleri hâlinde, mirasçıların tümü paylaşma dâvası açmamış olmasına rağmen miras ortaklığı sona ermekte ve talepte bulunmayan mirasçı da miras payını almış olmaktadır.

[833] **WOLF**, s. 103; **FELBER**, s. 60; **ANNEN**, s. 64-65; **JOST**, s. 120; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 55 ve s. 55, dpn. 23'te adı geçen yazarlar.

II. Gerçekleştirilmesi

A) Genel Olarak

Paylaşmanın gerçekleştirilmesi bakımından, paylaşmayı talep hakkına sahip olan mirasçının talep hakkını bir dâva açarak ileri sürmesi gerekir.[834] Dolayısıyla, mirasçıların oybirliği ile paylaşmaya ilişkin anlaşmaya varamamaları durumunda paylaşma, dâva talebinin, açılan bir dâva ile yöneltilmesi üzerine, hâkim tarafından gerçekleştirilecektir.

B) Paylaşma Dâvasının Açılması

1) Dâva Talebinin İçeriği

Maddî hukuka ilişkin paylaşmayı talep hakkının mahkemede ileri sürülmesinde, usul hukukuna ilişkin talebin dâva dilekçesinde yer alması gerekir. Bu çerçevede mirasçının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun[835] 26.2.1985 tarih ve 3156 sayılı Kanun'un[836] 6. maddesi ile değişik 179. maddesinin beşinci bendi uyarınca, talep sonucuna (netice-î talep, *Rechtbegehren*, *Klagebegehren*) dâva dilekçesinde yer vermesi şarttır.[837] Başka bir ifade ile dâvacı, talep sonucuna dâva dilekçesinde açık bir şekilde yer vermelidir.

Bu hâlde önemle belirtilmelidir ki mirasçı, talep sonucunda, mirasın paylaşılmasına ilişkin ve daha evvel mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılmış

---

[834] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 81; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 218; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 26; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 3, 4.

[835] 18.6.1927 t. ve 1086 s. (RG, 2,3,4.7.1927 t., S. 622, 623, 624)

[836] 26.2.1985 t. ve 3156 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (RG, 5.3.1985 t., S. 18685)

[837] Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 179. maddesinde, "Dâva dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur." ifadesinden sonra, maddenin beşinci bendinde "Açık bir şekilde iddia ve savunma" ibaresine yer verilmiş bulunmaktadır. Ancak ilgili hükümdeki iddia ve savunma ifadesi, Kaynak Neuchâtel Medenî Usul Kanunu'nun (Neuchâtel – Gesetz über das Verfahren und die Verwaltungsrechtspflege, 1988 tarihinde yürürlükten kalkmıştır) ilgili hükmü karşılayan 152. maddesine uygun olarak "talep sonucu" olarak anlaşılmaktadır.

anlaşmalarla açıklığa kavuşturulmuş hususlar dışında kalan ve mirasın paylaşılmasına ilişkin olan her tür hukukî soruna yer verebilir.[838] Bu çerçevede paylaşma sözleşmesine konu olabilecek bütün hususlar, paylaşma dâvasına da konu olabilecek ve bu şekilde talep sonucunda yer alabilecektir. Dolayısıyla paylaşma dâvası bakımından tek bir talep sonucu söz konusu değildir.[839] Öğretide[840] bu çerçevede talep sonucunda hâkimden, terekenin tespitinin, miras paylarının oluşturulmasının, oluşturulan miras paylarının talepte bulunan mirasçılara özgülenmesinin istenebileceği ifade edilmektedir. Önemle belirtilmelidir ki mirasçı, talep sonucunda sadece miras paylarının belirlenmesi gibi, tek bir isteme yer verebilir.[841] Ancak bu hâlde açılan dâva bir paylaşma dâvası olmayacak; hâkim tarafından tesis edilen hüküm de paylaşma sonucunu doğurmayacaktır.[842] Öğretide *Weibel*[843] ve *Brückner/Weibel*,[844] sadece terekenin tespitini içeren ve fakat mirasın paylaşılması talebini ihtiva etmeyen bir dâva talebinin, bir tespit dâvası sayılamayacağını; bu hâlde açılan bu dâvanın daha ziyade paylaşma dâvasının temeli niteliğinde bir dâva olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.[845] Öte yandan mirasçının talep sonucunda paylaşmanın gerçekleştirilmesi istemine yer vermediği durumlarda, diğer bir mirasçı paylaşmanın gerçekleştirilmesine yönelik bir talepte bulunduğu takdirde, paylaşma dâvasının *actio duplex* niteliği haiz[846] olması nedeniyle, dâva bir paylaşma dâvasına dönüşecek ve artık hâkim de talepte bulunan

---

[838] **ESCHER**, 604, N. 5; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4; **JOST**, s. 71; **STOKAR**, s. 51; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 81.
[839] **DRUEY**, § 16, N. 80; **SEEBERGER**, s. 59; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm., Art. 604, N. 4.
[840] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 4; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 34; **SEEBERGER**, s. 87 vd; **JOST**, s. 80; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 81.
[841] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 81-82; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 218; **WEIBEL**, Praxiskomm. Art. 604, N. 34.
[842] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 82; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 216 vd.; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N.
[843] **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 34.
[844] **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 216.
[845] *Brückner/Weibel,* bu şekilde bir talebin mümkün olduğunu ifade etmekle birlikte, terekenin tespitinin mahkemenin işi olmadığını; bu çerçevede, de iure mirasçıların ve vasiyeti yerine getirme görevlisinin ve kural olarak de facto yetkili merciinin terekeyi tespit etmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 216.
[846] **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 203; **WOLF**, s. 99; **SEEBERGER**, s. 91 vd; **JOST**, s. 39; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 82.

bakımından[847] mirasın paylaşılmasını sağlayan kararı tesis edecektir.[848] Dikkat edilecek olursa bu hâlde hâkim, dâvayı açan mirasçının talep sonucu ile bağlı değildir.[849] Öte yandan mirasçının, talep sonucunda sadece mirasın paylaşılmasını talep etmesi de mümkündür. Bu hâlde hâkim, talep sonucunda ayrıca belirtilmemiş olmasına rağmen, paylaşmanın gerçekleştirilmesine yönelik bütün işlemleri yapacaktır. Başka bir ifade ile mirasçının talep sonucunda terekenin paylaşılmasını talep etmesi yeterli olup, talep sonucunda ayrıca terekenin tespiti, payların oluşturulması ve mirasçılara özgülenmesi istemlerine yer vermesine gerek yoktur.[850] Bu çerçevede *Jost*,[851] hâkim hâlihazırda paylaşma dâvasında paylaşmanın gerçekleşmesi talebi üzerine terekeyi tespit etmek durumunda olduğundan, talep sonucunda terekenin tespitinin istenmesinin lüzumsuz olduğunu ifade etmektedir.

Dâva talebi ile ilgili bir diğer hususu, dâva talebinin, hâkimin hüküm fıkrasında (*Urteilsdispositiv*) yer verebileceği şekilde kaleme alınmış olması gereği oluşturur.[852] Bu çerçevede, muğlak bir şekilde kaleme alınmış bir talep sonucu, hâkimin hüküm tesis edemeyecek olması nedeniyle, dâva talebi olarak nitelendirilmeyebilir.

---

[847] Yukarıda da işaret edildiği üzere, mirasın paylaşılmasına ilişkin talep dâva yoluyla icra edilmekle talepte bulunan mirasçı, miras payını alarak miras ortaklığından ayrılacaktır. Dolayısıyla, bu hâlde paylaşmaya ilişkin ancak paylaşma dâvası sayılamayacak dâvayı açan mirasçı bakımından paylaşma gerçekleşmeyecek; aksine açılan dâvada mirasın paylaşılmasını talep eden mirasçı miras payını alacaktır. Dâvada ileri sürülen bu şekilde bir talebin terekenin tümüyle paylaşılması sonucunu doğurabilmesi için, dâvayı açan mirasçı dışında kalan diğer mirasçının (miras ortaklığının sadece iki mirasçıdan oluşması durumu) veya diğer tüm mirasçıların, mirasın paylaşılmasını talep etmeleri gerekir. Bkz. **WOLF**, s. 95.

[848] **WOLF**, s. 98; **SEEBERGER**, s. 56; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 82.

[849] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 82.

[850] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 82. *Aral*, bu hâlde, hâkimin, talep sonucunda yer alan paylaşmanın gerçekleştirilmesi istemi üzerine, bu talep sonucunun sağlanması için öncelikle miras paylarını oluşturma ve mirasçılara özgüleme işlemini yapmak durumunda olduğundan, bu hususlara talep sonucunda ayrıca yer verilmesinin gerekli olmadığını ifade etmektedir.

[851] **JOST**, s. 80.

[852] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4a.

Öğretide de belirtildiği üzere, paylaşma dâvası açan mirasçının dâva talebinde, ayrıntılı bir paylaşma planına yer vermesi gerekmez ve hâkimin de mirasçıdan bu şekilde bir paylaşma planı istemesi mümkün değildir.[853]

2) Dâvanın Tarafları

a) Dâvacı

Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin birinci fıkrası uyarınca her bir mirasçı paylaşma dâvasını açmak hususunda yetkilidir. Bu çerçevede, paylaşma dâvası, paylaşmanın gerçekleştirilmesini isteyen mirasçı veya mirasçılar tarafından açılacaktır.[854] İlgili hükümde 'mirasçı' ifadesine yer verilmiş olduğundan, dâvacı olabilmek açısından yasal ve atanmış mirasçılar arasında bir fark yoktur.[855]

Miras ortaklığına dâhil bir mirasçının ölmesi durumunda, ilgili mirasçının yerine onun mirasçıları geçeceğinden, mirasçının mirasçısı da

---

[853] **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 201; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 15; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 30; **JOST**, s. 71 vd.; **SEEBERGER**, s. 87 vd. İsviçre Hukuk öğretisinde bu husus daha ziyade, mirasın paylaşılması sürecinde Kantonal Usul Hukuku kurallarının uygulama alanına ilişkindir. İsviçre Hukuku bakımından, mirasın paylaşılmasında Kantonal Usul Hukuku kuralları gündeme gelebilecek ve fakat Kantonal düzeyde paylaşma dâvasının açılabilmesi için mirasçının taleple birlikte veya talepten sonra ayrıntılı bir paylaşma planı ibraz etmesi istenemeyecektir; zira, bu şekildeki bir usul hukuku düzenlemesi, Federal Hukukun mirasçıya tanımış olduğu paylaşmanın gerçekleşmesini dâva yoluyla talep etme hakkının sınırlanması anlamına gelecektir ki bu kabul edilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SEEBERGER**, s. 87 vd.. İsviçre Federal Mahkemesi'nin talepte bulunan mirasçıdan bu şekilde bir paylaşama planı getirmesinin istenemeyeceğine ilişkin kararları için bkz. BGE 101 II 41; 108 II 337. İsviçre Hukuku bakımından Kantonal Usul Hukuku kuralları bağlamında söz konusu olan bu husus, Türk Hukuku bakımından da geçerlidir.

[854] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 128.

[855] **SEEBERGER**, s. 49; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 19; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 205; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 6; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 105; **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 604, N. 4; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 128. *Aral* tarafından da ifade edildiği üzere, ilgili mirasçının mirasçılık sıfatının devam ediyor olması gerekir. Yazar tarafından da belirtildiği üzere, yasal mirasçı bakımından mirasçılık sıfatı şu hâllerde söz konusu değildir: Mirastan çıkarılma, mirastan yoksunluk, mirastan feragat ve mirasın reddi. Atanmış mirasçı ise, mirasçı olarak atandığı ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesi ile mirasçılık sıfatını kaybeder. (ARAL, Taksim Dâvası, s. 129'dan naklen.)

paylaşma dâvasında dâvacı olabilir.[856] Bu husus, Türk Medenî Kanunu'nun 580. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmün[857] doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki, ölen mirasçının birden fazla mirasçısının bulunduğu hâllerde, bu kimselerden her biri paylaşma dâvası açma hakkına sahiptir. Başka bir ifade ile, mirasçının mirasçısı olan kimselerin, hep birlikte hareket etme zorunlulukları yoktur.[858]

Art mirasçı atanmasında, ön mirasçı, mirası art mirasçıya geçirme yükümlülüğünün doğmasından önce paylaşma dâvası açabilir.[859] Mirasçılık sıfatı daha önce yapılmış bir ölüme bağlı tasarrufa dayanan ve daha sonra yapılan ölüme bağlı tasarrufta mirasçı olarak atanmayan kimseler, ancak bu sonraki ölüme bağlı tasarruf iptal edilirse mirasçılık sıfatını kazanır ve bu şekilde paylaşma dâvası açmak bakımından da hak sahibi olurlar.[860]

Öte yandan vasiyeti yerine getirme görevlisinin,[861] miras ortaklığına Türk Medenî Kanunu'nun 640. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde atanan temsilcinin,[862] tereke yöneticisinin,[863] vasiyet alacaklılarının[864] paylaşma dâvası açma hakkı bulunmamaktadır.

---

[856] **ESCHER**, Art. 602, N. 9; **TUOR/PICENONI**, Art. 602, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 602, N. 10; **FELBER**, s. 26; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 129; **İMRE/ERMAN**, s. 437.

[857] Türk Medenî Kanunu'nun anılan 580. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: "Mirasın açıldığı anda sağ olan mirasçı sonradan ölürse, onun miras hakkı kendi mirasçılarına kalır."

[858] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 129; **ESCHER**, Art. 602, N. 9; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 602, N. 6; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 602, N. 10. İsviçre Federal Mahkemesinin, mirasçının mirasçısı olan kimselerin her birinin mirasçının mirasçılık sıfatına bağlı haklara tek başına sahip olduğuna ilişkin kararları için bkz. BGE 96 II 325, 75 II 196.

[859] **ESCHER**, Art. 602, N. 7; **TUOR/PICENONI**, Art. 602, N. 2; **JOST**, s. 52; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 129.

[860] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 602, N. 5, Art. 604, N. 20; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 602, N. 11; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 206; **SPYCHER**, s. 36-37. *Spycher*, ancak belli bir tasarrufun iptali ile mirasçılık sıfatı kazanabilecek kimselerin paylaşma dâvası açamayacaklarını; açılan iptal dâvasının da, paylaşma dâvası ile birleşmesi mümkün olmadığı gibi, bu şekildeki bir dâvanın paylaşma dâvası olarak da nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir.

[861] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 134 vd.; **ÖZTAN**, s. 384; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 704-705; **ŞENOCAK**, s. 616; **TUOR/PICENONI**, 604, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 8; **CHRIST**, Praxiskomm., Art. 518, N. 114; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 20; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 307; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 864; **WOLF**, s. 249 vd.; **DRUEY**, § 14 N. 69; **JOST**, s. 61 **BREITSCHMID**, Willensvollstreckers, s. 150. Aksi görüş için bkz. **KARRER**, Bas. Komm., Art. 518, N. 66.

[862] **ESCHER**, Art. 554, N. 14; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 20; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 105; **JOST**, s. 62; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 136; **ÖZTAN**, s. 384.

[863] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 136; **ÖZTAN**, s. 384; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 20; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 105;

Bu hâlde üzerinde durulması gereken husus, Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesi çerçevesinde mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere hâkimin bir kayyım ataması hâlinde, söz konusu kayyımın paylaşmayı talep hakkına sahip olup olmadığıdır. İlgili hükme göre, 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.[865] İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun ilgili hükmünü karşılayan 609. maddesinin birinci fıkrası, Türk Medenî Kanunu'nun söz konusu 648. maddesine paralel bir şekilde kaleme alınmış, ancak kayyım yerine yetkili merciinin (*Behörde*) mirasçının yerine kaim olacağı düzenlenmiş bulunmaktadır.[866] İlgili düzenleme çerçevesinde İsviçre Hukuk öğretisinde[867] gereken hallerde, söz konusu yetkili merciinin paylaşma dâvası açma yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Türk Medenî Kanunu'nda ise, hâkim tarafından atanan kayyımın paylaşmaya katılacağı ifadesine yer verilmiş ancak açık bir şekilde paylaşmayı isteyebileceği

---

WEIBEL, Praxiskomm., Art. 604, N. 8; **EMMEL**, Praxiskomm., Art. 554, N. 20; **KARRER**, Bas. Komm., Art. 554, N. 55.

[864] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 129; **ÖZTAN**, s. 384; **JOST**, s. 62; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., 604, N. 20; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 105; **ESCHER**, Art. 604, N. 3; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 9; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 208.

[865] Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesini karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 588. maddesinde, mirasçının miras payını devralan veya haczettiren ya da elinde mirasçıya karşı borç ödemekten aciz belgesi bulunan alacaklının, hâkimden, mirasçı yerine kaim olmak üzere paylaşmaya katılmasını isteyebileceği düzenlenmiş bulunmaktaydı. Bu hüküm çerçevesinde, açılmış bir paylaşma dâvası mevcutsa, bu dâvada paylaşmayı gerçekleştiren hâkim, alacaklının talepte bulunması üzerine, talepte bulunan alacaklıya payını devretmiş olan veya borçlu bulunan mirasçının yerine geçerek paylaşmaya müdahale etmekteydi. Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesinin gerekçesinde, eski metinden farklı olarak, paylaşmaya mirasçının yerine hâkimin değil de, kayyımın katılmasına ilişkin düzenlenmenin nedeni olarak, hâkimin, mirasçılar uyuşamadığı zaman paylaştırmayı gerçekleştirmekle görevli olduğu; aynı hâkimin hem paylaştırmayı gerçekleştirip hem de mirasçılardan biri yerine onun yararlarını korumak için paylaşmaya katılmasının doğru bir çözüm olmadığı gösterilmiştir.

[866] İsviçre Medenî Kanunu'nun 609. maddesinin birinci fıkrasının (TMK m. 648) Almanca metni şu ifadeyi taşımaktadır: "*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.*"

[867] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 2; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 207; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 609, N. 13; Art. 604, N. 7; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 16; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 105; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 864; **JOST**, s. 57. İsviçre Federal Mahkemesi'nin alacaklının talebi üzerine mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere atanan yetkili merciinin, paylaşma dâvası açabileceğine ilişkin kararı için bkz. BGE 129 III 316.

düzenlenmemiştir.[868] Türk Hukuk öğretisinde *Dural/Öz*[869] ve *Kocayusufpaşaoğlu*,[870] kayyımın paylaşma dâvası açma yetkisinin bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler. *Kılıçoğlu*,[871] konuya ilişkin açıklamalarında, miras payını devralan üçüncü kişi ile elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemeden aciz belgesi bulunan alacaklının, ilgili mirasçının miras payını İcra İflâs Kanunu'nun 94. ve 112. maddeleri çerçevesinde haczettirerek, payın satışını talep etmesi üzerine; mirasçının miras payını haczettirmiş olan alacaklının ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. ve 121. maddelerinin uygulanması neticesinde miras payının satılması gündeme geldiğinde, icra müdürünün başvurusu üzerine İcra Tetkik Mercii hâkiminin sulh hâkiminden paylaşmaya mirasçı yerine katılmak üzere bir kayyım atanması için Sulh Mahkemesinden talepte bulunulmasını karara bağlayabileceğini belirtmektedir. *Kılıçoğlu*,[872] bu açıklamaları takiben, bu şekilde belirlenen kayyımın paylaşmayı isteme hakkının bulunmadığını; Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesinde açık bir şekilde belirtilmiş olduğu üzere, kayyımın paylaşmaya katılmasının söz konusu olacağını ifade etmektedir. Yargıtay ise, 14.4.1943 tarihinde vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararında[873] elbirliği ortağı mirasçının alacaklısının, borçlu mirasçının miras payını, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. ve 121. maddeleri uyarınca haczi ve satışı isteminde bulunması üzerine, kendisine bu talebin yöneltildiği icra merciinin doğrudan paylaşma dâvası açabileceği düzenlenmiştir. Yargıtay daha sonra vermiş olduğu bir Hukuk Genel Kurulu Kararında,[874] anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'na benzer şekilde, "… borçlu mirasçının alacaklısı olan kişinin, paylaştırma dâvası açabilmesi için, alacaklı

---

[868] Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu başkanlığındaki "Türk Medenî Kanunu Öntasarısı" hazırlama komisyonu tarafından hazırlanan tasarıda, Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 648. maddesini karşılayan 588. maddesinde değişiklik yapılması önerilmiştir. İlgili tasarıda önerilen değişiklikte, alacaklının yararının gerektirmesi durumunda kayyımın mirasın paylaşılmasını isteyebileceği düzenlemesine yer verilmiş bulunmaktaydı. KILIÇOĞLU, Miras, s. 290'dan naklen. Ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yasalaşması sürecinde, kayyımın paylaşma dâvası açabileceği hususuna Kanun'da yer verilmemiştir.

[869] **DURAL/ÖZ**, s. 473.

[870] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 719, 720.

[871] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 293 vd.

[872] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 295.

[873] 14.4.1943 t. ve 48/15 s. İBK (RG, 28.1.1944 t., S. 5615)

[874] Yargıtay HGK, 2.4.2003 t., E. 6-253, K. 270 s. K. (Erişim: *kazanci*)

veya borçlunun (mirasçının) yararlarını da korumak amacıyla Medenî Kanunun 648. maddesi gereğince kayyım atanmasını istemesi, kayyım atandığında dâvanın kayyım tarafından açılıp kayyım huzuru ile dâvaya devam edilmesi gerekir." ifadesine yer vermiştir.[875] Ancak Yargıtay, daha yeni tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında,[876] yukarıda bahsi geçen İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan farklı olarak, alt mahkemenin, miras payını haczettirmiş mirasçının, borçlu mirasçının da üzerinde hak sahibi olduğu bir taşınmazın paylaştırılmasına ilişkin talebini kabul etmesine ilişkin kararını, mirasçı yerine kaim olmak üzere bir kayyım atanmamış olmasına dayanarak bozmuştur.

Paylaşma dâvasında, dâva talebinin birden fazla mirasçı tarafından yöneltilmesinde, ilgili mirasçılar arasında zorunlu dâva arkadaşlığı

---

[875] İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından sonraki tarihli bir diğer Hukuk Genel Kurulu kararında (24.9.2003 t. ve E. 6-514, K. 512 s. K) da, öncelikle, dâva açma yetkisinin paylı mülkiyette paydaşa, elbirliği mülkiyetinde ortağa ait olduğu ve dâvanın dâvacı veya dâvacılar dışında kalan paydaş veya ortaklara yöneltileceği belirtilmiş; mirasçıdan alacaklı olan kimsenin katılma payı üzerinde hak sahibi olduğu belirtilerek, İcra İflâs Kanunu'nun 94. maddesi ile 121. maddesinin, Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesi ile birlikte dikkate alınması ile, borçlu mirasçıya ait katılma payında alacağına kavuşmak isteyen alacaklının, paylaşmaya, mirasçı yerine bir kayyımın katılmasını talep edebileceği ifade edilmiştir. Yargıtay, bu gibi durumlarda, ortaklığın giderilmesi dâvasını açabilecek kimselerin belirlenmesinin şart olduğuna değinerek, bu hâlde kayyımın paylaşma dâvası açabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini; zira, maddede açıkça paylaşmaya katılmaktan bahsedilmiş olduğunu; borçlu mirasçının temerrüde düşmüş olması nedeniyle Kanun'da bu hâlde özel bir yöntem benimsendiğini; borçlu mirasçının kendisi aleyhine dâva açmayacağı düşünülerek alacaklıya da dâva açma hakkının tanınmış olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay'ın kayyımın paylaşma dâvası açabileceğine ilişkin olarak vermiş olduğu diğer kararlar için bkz. Yargıtay 6. HD, 19.1.2004 t. ve E. 9509, K. 105 s. K.; 6. HD, 13.1.2002 t. ve E. 8228, K. 89 s. K. (**KAÇAK**, s. 478-479, 480-481.). Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 7.12.2005 t. ve E. 6-662, K. 699 s. K.; Yargıtay 6. HD, 4.2.2003 t. ve E. 461, K. 540 s. K.; 6. HD, 7.6.2004 t. ve E. 4682, K. 4580 s. K., Erişim: *kazanci*. Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, vermiş olduğu bir kararda (3.11.2004 t. ve E. 6-509, K. 568 s. K., Erişim: *kazanci*) kayyımın paylaşma dâvası açma hakkının bulunduğunu tespit etmiş ve fakat mirasçıdan alacaklı olan kimsenin, paylaşmaya katılacak bir kayyım atanması talebinde bulunmasının zorunlu olmadığını ve bu çerçevede alacaklının da paylaşma dâvası açabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay anılan kararda şu ifadeye yer vermektedir: **"**Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle elbirliği mülkiyetine tabi bir malda payı bulunan borçludan alacaklı olan kişi, icra Mahkemesinden alacağı yetkiye dayanarak borçlunun da içinde bulunacağı tüm elbirliği ortaklarına karşı dâva açıp bu dâvayı sonuçlandıracağına; buradaki dâva açmak hakkı hakime ya da başka bir kişiye tanınmadığına; yalnızca mirasçıya ya da icra Mahkemesinden İcra İflâs Kanunu'nun 121. maddesi hükmü uyarınca ortaklığın giderilmesi dâvasını açma yetkisini alan alacaklıya tanındığına göre; yasa koyucunun bu dâvayı sadece atanan kayyımın açacağını kabul ettiğini ileri sürmenin mevcut yasal düzenleme karşısında mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır." Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. HD, 1.2.2005 t. ve E. 9679, K. 351 s. K.; 6. HD, 3.10.2006 t. ve E. 6349, K. 9442 s. K., Erişim: *kazanci*.

[876] Yargıtay HGK, 10.12.2003 t. ve E. 6-731, K. 742 s. K (YKD, C. XXX, Y. 2004, S. 4, s. 502)

bulunmamaktadır. Bu hâlde mirasçılar arasında ihtiyari dâva arkadaşlığı söz konusudur.[877]

b) Dâvalı

Paylaşma talebi, paylaşma dâvası açmamış olan ve bu şekilde paylaşma istemine katılmayan diğer mirasçıya veya mirasçılara yöneltilecektir. Bu durum, mirasçılar arasındaki elbirliği hâk sahipliğinin bir sonucudur.[878] Dâvalı mirasçı birden fazla ise, bunlar arasında zorunlu (mecburî) dâva arkadaşlığı söz konusu olur.[879] Bu çerçevede dâva, paylaşmaya yanaşmayan diğer bütün mirasçılara karşı açılmalıdır. Bu durum hâkim tarafından re'sen dikkate alınır ve eğer dâva paylaşmaya yanaşmayan diğer tüm mirasçılara karşı açılmamışsa, dâvanın reddi gerekir.[880]

---

[877] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 130; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 19; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm., Art. 604, N. 18 **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 6; **SEEBERGER**, s. 49; **JOST**, s. 52; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 205. Aksi görüşte bkz. **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 604, N. 6. *Beusch/Gellis*, birden fazla mirasçının paylaşma dâvası açması hâlinde, bu mirasçılar arasında zorunlu dâva arkadaşlığı (*notwendige Streitgenossenschaft*) bulunduğunu ileri sürmektedir. Federal Mahkemenin de bu yönde kararı için bkz. BGE 100 II 440. Federal Mahkeme bu kararında, mirasçılar arasında elbirliği ortaklığın neticesi olarak vuku bulan zorunlu dâva arkadaşlığının, paylaşma dâvası açılmasında da, bu dâvayı açan mirasçılar arasında söz konusu olacağını kabul etmiştir. Ancak Federal Mahkeme, vermiş olduğu diğer bir kararda (BGE 130 III 550), her bir mirasçının diğer mirasçılardan bağımsız olarak paylaşmayı talep hakkı bulunduğundan yola çıkarak birden fazla mirasçının paylaşmayı talep etmesi bakımından ilgili mirasçılar arasında zorunlu olmayan (ihtiyarî) dâva arkadaşlığı (*einfache Streitgenossenschaft*) bulunduğunu kabul etmiştir.

[878] Aral, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, hangi hallerde zorunlu dâva arkadaşlığının bulunduğunun belirtilmemiş olduğunu ve bu şekilde mirasçılar arasındaki zorunlu dâva arkadaşlığının Medenî Kanun hükümleri çerçevesinde gündeme geldiğini ifade etmektedir. Yazar, miras ortaklığında mirasçıların ortaklık konusu değerler üzerinde elbirliği ile hak sahibi olduklarını; paylaşma dâvasının ise, bu elbirliği ile hak sahipliğinde değişiklik olması sonucunu yaratacağını ve bu nedenle de dâvacı veya dâvacılar dışında kalan diğer tüm mirasçılar arasında zorunlu dâva arkadaşlığının söz konusu olacağını belirtmektedir. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 137'den naklen. Ayrıca bkz. **STOKAR**, s. 63-64.

[879] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 137; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm., Art. 604, N. 18, Art. 602, N. 18; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 106; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 602, N. 30; **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 604, N. 6; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 11; **JOST**, s. 63.

[880] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 137; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 209; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 15. Yargıtay'ın bu yönde kararları için bkz. 6. HD, 23.3.1970 t., E. 802, K. 1233 s. K.; 6. HD, 15.2.1971 t., E. 26, K. 604 s. K.; HGK 5.2.1972 t., E. 6-744, K. 62 s. K. (**ARAL**, Taksim Dâvası, s. 137, dpn. 36'dan naklen.) İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu çeşitli kararlarda (BGE 130 III 550, BGer 5P.200/2005), dâvalı mirasçıların tam olarak gösterilmemesi durumunun hâkim tarafından re'sen dikkate alınacağını ve bu hâlin dâvanın reddini gerektirdiğini belirtmiştir.

Öğretide bazı yazarlar,[881] paylaşma dâvanın açılmasından sonra bazı mirasçıların, açılan dâvayı kabul etmesi veya hâkim huzurunda paylaşma talebine rıza gösterdiklerini beyan etmeleri durumunda, dâvalı olarak bu mirasçılar dışında kalan diğer mirasçıların gösterilmesinin yeterli olduğunu ifade etmektedirler. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu birçok kararda,[882] eğer mirasçılardan biri veya bir kısmı dâvayı kabul eder veya hâkim önünde mirasın paylaşılmasına rıza gösterdiğini beyan ederse, paylaşma dâvasının dâva açmamış diğer bütün mirasçılara yöneltilmesinin gerekmediğini kabul etmektedir. Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı,[883] hâkim önünde gerçekleştirilen kabul ve hâkim önünde rıza gösterilmesine ek olarak, mahkeme devam ederken veya mahkeme dışında paylaşmaya rıza gösterildiğine dair yazılı olarak verilen beyanın dahi yeterli olduğunu; bu hâlde de, bu şekilde rıza gösteren mirasçının dâvalı olarak gösterilmesinin gerekmediğini ifade etmektedirler. Ancak diğer bazı yazarlar,[884] bu görüşü eleştirmekte ve mahkeme önünde veya mahkeme dışında paylaşmaya rıza gösterilmesinin, paylaşma dâvasının actio dublex niteliği nedeniyle yeterli olmayacağını; bu gibi durumlarda da paylaşma dâvasının diğer tüm mirasçılara karşı açılması gerektiğini belirtmektedirler.[885] *Aral* ise,[886] paylaşma dâvasının dâva açılmasına rıza gösteren mirasçılar dışında kalan diğer mirasçılara açılabileceğini kabul eden bu görüşü, usul hukuku kurallarını esas alarak reddetmektedir.[887]

---

[881] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 17; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 106; **JOST**, s. 65; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 13; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 209. Türk Hukuk öğretisinde *Kocayusufpaşaoğlu* da, bu görüşü savunmakta; ancak paylaşma dâvasına gösterilen rızanın muhakkak yazılı şekilde verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 690.

[882] Bkz. BGE 74 II 215; 74 II 219; 86 II 451; 93 II 11; 100 II 440; 109 II 400; BGer 5P.37/2001.

[883] **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 209; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 17; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 13.

[884] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 138; **SEEBERGER**, s. 50 vd; **SPYCHER**, s. 34.

[885] Bkz. **SEEBERGER**, s. 50.

[886] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 138.

[887] *Aral*, ilk görüşü reddetmesinin gerekçelerini şu şekilde açıklamaktadır: "Kanaatimizce, az önce açıklanan mecburî dâva arkadaşlığını gerekli kılan düşünceler ve HUMK'nun hükümleri karşısında bu fikre katılmak güçtür. HUMK'da dâvacının neticei talebine katılma onu kabul, dâvaya son veren taraf muamelelerindendir; ancak açılmış bir dâvanın taraflarınca yapılabilir. Diğer taraftan bu görüş uyarınca mecburî dâva arkadaşlığının kapsamının daraltılmasının sadece vekâlet ücreti ve yargılama

Dâvalı mirasçının nerede olduğunun bilinmediği durumlar bakımından *Aral*,[888] bu mirasçıya Türk Kanunu Medenîsi'nin 376.maddesi (TMK m. 426) çerçevesinde bir kayyım atanması ve paylaşma dâvasının bu kayyım aleyhine açılması gerektiğini ifade etmektedir.

c) Paylaşma Dâvasının Actio Dublex Niteliği

Öncelikle belirtmek gerekir ki, paylaşma dâvasının actio dublex nitelikte olup olmadığı, öğretide üzerinde tam bir fikir birliği bulunan bir konu değildir. İsviçre Hukuk öğretisinde bazı yazarlar,[889] paylaşma dâvasının actio dublex nitelikte olup olmadığın genel bir cevap verilemeyeceğini; bu niteliğin ancak kantonal usul kuralları çerçevesinde gündeme gelebileceğini ifade etmektedirler. Buna karşılık diğer bazı yazarlar,[890] bu dâvanın actio dublex nitelikte olduğunu kabul etmektedirler. Usul hukukunda, dâvacının iddialarını ispat etmesi üzerine dâvacı lehine karar verilmesi hâlinde, dâvalının belli bir edada bulunmasına hükmedilir. Buna karşılık dâvanın esastan reddedilmesi durumunda, eğer dâvalı, dâvacı aleyhine bir karşı dâva açmış değilse, dâvacı bakımından sadece dâva masraflarını ödemesine karar verilmesi şeklinde bir hüküm tesis edilir.[891] Oysa paylaşma sözleşmesinde, *Aral*[892] tarafından ifade

masrafları bakımından önem taşır. Fakat HUMK m. 94/II hükmü bu sonucu sağlamaya yeterlidir. Gerçekten bu hükme göre, dâvacı 'hâl ve vaziyeti ile aleyhine dâva ikamesine sebebiyet vermemiş ve ilk muhakeme celsesinde müddeinin iddiasını kabul etmiş ise mesarifi muhakeme ile ilzam olunamaz.' Buna karşılık esas, yani verilecek hüküm bakımından, taksim dâvasının actio dublex niteliği dolayısıyla, dâvacı veya dâvalı safında yer almanın önemi yoktur. Nitekim bu görüşü savunanların çoğunun taksimin yapılmasının değil, bizzat taksimi talep hakkının ihtilaflı olduğu haller çerçevesinde anılan sonuca vardıkları görülmektedir. Sadece bu tür anlaşmazlıklar dolayısıyla açılan dâvalar ise, başlıbaşına bir taksim dâvası niteliğinde değildir." **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 138'den naklen.

[888] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 138.

[889] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 15; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4c; **ESCHER**, Art. 604, N. 5c; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 865.

[890] ARAL, Tasim Dâvası, s. 138 vd; **SEEBERGER**, s. 91-92; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 36 vd.; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 137. ve ayrıca kısmen **JOST**, s. 39 vd.;

[891] **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4e; **ESCHER**, Art. 604, N. 5c; **HAAB**, Art. 650-651, N. 9; **JOST**, s. 39-40; **STOKAR**, s. 48-50; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 139.

[892] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 139.

edildiği üzere, ortada bir karşı dâva bulunmasa dahi, hem dâvacı hem de dâvalı lehine hüküm tesis edilmekte ve böylelikle taraf rollerinde bir karışma olmakta, her iki taraf da aynı zamanda dâvacı ve dâvalı olmaktadır.[893] Öğretide *Weibel*[894] tarafından da ifade edildiği üzere, paylaşma dâvasının actio dublex niteliğinin bir sonucu olarak, paylaşma dâvasında dâvalı konumunda olan mirasçılar, bir karşı dâva açmaları gerekmeksizin talepte bulunabilmektedirler. Paylaşma dâvasında ayrıca, *Aral*[895] tarafından da ifade edildiği üzere, dâvanın actio dublex niteliğinin sonucu olarak, dâvacının dâvadan feragat etmesi hâlinde dahi, dâvalı dâvaya devam edilmesini isteyebilir ve bu hâlde dâvacı feragat etmiş olmasına rağmen mahkeme dâvaya devam eder. Yine *Aral*[896] tarafından ifade edildiği üzere, paylaşma dâvasında dâvaya gelmeyen taraf hakkında gıyap kararı verilmesi hâlinde, hakkında verilen gıyap kararına itiraz etmemiş olan taraf sonraki oturumlara katılabilir, fakat gıyabında yapılan işlemlere itiraz edemez. *Aral*[897] ayrıca, paylaşma dâvasının actio dublex niteliğinin bir diğer sonucu olarak, paylaşma dâvasında yargılama masraflarının, aleyhine hüküm tesis edilen tarafa yüklenmeyip, yargılama masraflarının dâvacı veya dâvalı tarafta yer alması fark etmeksizin bütün mirasçılar tarafından taşınacağını ifade etmektedir.

3) Yetkili ve Görevli Mahkeme

Paylaşma dâvası bakımından yetkili mahkeme mirasbırakanın son ikâmetgahı mahkemesidir.[898] Bu husus, Türk Medenî Kanunu'nun 576.

---

[893] *Aral*, *Windscheid*'e atfen (WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl., Frankfurt am Main, 1906, s. 642, dpn. 2), burada taraflar arasındaki ihtilaflı ilişkinin birlik arz ettiğini (*Einheit des Streitverhältnisses*) ifade etmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 139.

[894] **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 36.

[895] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 140'tan naklen.

[896] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 140.

[897] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 140. *Aral* konuya ilişkin açıklamalarında Yargıtay'ın paylaşma dâvalarında yargılama giderlerinin taraflara miras paylarına göre yüklendiğini belirtmektedir. Yargıtay tarafından verilen bu kararlar için bkz. 6. HD, 44.11.1968 t., E. 963, K. 719 s. K; 6. HD, 25.3.1963 t., E. 662, K. 1463 s. K; 6. HD, 3.12.1968 t., E. 4720, K. 4981 s. K; 6. HD, 25.9.1970 t., E. 3571, K. 3581 s. K. (ARAL, Taksim Dâvası, s. 140, dpn. 53'ten naklen)

[898] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 142; **ÖZTAN**, s. 384; **DURAL/ÖZ**, s. 466; **SEEBERGER**, s. 49; **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 109; **JOST**, s.

maddesinin ikinci fıkrasında ifade edilmiştir. Mirasbırakan, bir ölüme bağlı tasarruf yapmak suretiyle yetkili mahkemeyi değiştiremez.[899] Mirasçıların ise, aralarında anlaşmak suretiyle yetkili mahkemeyi değiştirebilecekleri kabul edilmektedir.[900]

Görevli Mahkeme ise, Hukuk Usulsü Muhakemeleri Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendi ve aynı Kanun'un 561. maddesi uyarınca, dâva konusunun değeri ne olursa olsun Sulh Hukuk Mahkemesidir.[901]

4) Zamanaşımı

Paylaşma talebi bakımından olduğu gibi,[902] paylaşma dâvası bakımından da herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre söz konusu değildir. Miras ortaklığı devam ettiği müddetçe paylaşma dâvası açılabilir.

43-44; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 17; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 204; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 21; **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 604, N. 7; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm., Art. 604, N. 19; **SPYCHER**, s. 33.

[899] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 142; **TUOR/PICENONI**, Art. 538, N. 8; **ESCHER**, Art. 538, N. 10. Öğretide *Beusch/Gellis*, paylaşma dâvasında yetkili mahkemeye ilişkin bu hükmün emredici olmadığını ifade etmektedir. bu çerçevede yazarların, mirasbırakan tarafından yetkili mahkemenin değiştirilip değiştirilemeyeceği sorusunu açık bıraktıkları söylenebilir. Bkz. **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 604, N. 7.

[900] **TUOR/PICENONI**, Art. 538, N. 8; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 21; **ESCHER**, Art. 538, N. 10; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm., Art. 604, N. 19; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 18; **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 604, N. 7. *Aral* ise, mirasçıların anlaşarak yetkili mahkemeyi değiştiremeyeceklerini; zira Türk Kanunu Medenîsi'nin 518. (TMK m. 576) ve 18.6.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının ilk bendi çerçevesinde kesin bir yetki kuralı konulmuş olduğunu ve kesin yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle Hukuk Usulsü Muhakemeleri Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde, tarafların bir yetki sözleşmesi yapmak suretiyle bunu değiştiremeyeceklerini ifade etmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 142-143.

[901] **ÖZTAN**, s. 384; **DURAL/ÖZ**, s. 466; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 142.

[902] Bkz. Bu Bölüm, § 10, I, C, 2, c, bb.

C) Paylaşma Dâvasında Hâkimin Görev ve Yetkileri

1) Maddî Hukuk Bakımından

a) Genel Olarak

Paylaşma talebi üzerine hâkim, maddî hukuk bakımından öncelikle paylaşma konusu terekeyi tespit ederek, bu hususların değerini belirleyecektir. Terekenin tespit ve değerlendirilmesini müteakip hâkim, miras paylarını oluşturarak, oluşturulan miras paylarını mirasçıların bireysel hak sahipliğine geçecek şekilde mirasçılara özgüleyecektir.

b) Paylaşma Konusu Terekenin Tespiti ve Değerinin Belirlenmesi

Hâkim, paylaşma dâvasında öncelikle paylaşma konusu[903] terekeyi tespit ederek,[904] terekenin değerini belirler. Terekenin tespitinde, mirasbırakandan mirasçılara intikal eden terekenin aktif ve pasifinin[905] tam olarak belirlenmesi gerekir.[906] Bu çerçevede mirasçıların mirasbırakandan alacakları veya mirasbırakana olan borçları da dikkate alınacaktır.[907] Paylaşma konusu tereke tam olarak tespit edildikten sonra, terekenin değerinin belirlenmesine geçilecektir.[908]

---

[903] *Aral*, paylaşmanın gerçekleşmesine kadar paylaşma konusu olan terekenin artmasının veya azalmasının gündeme gelebileceğini; bu nedenle de 'terekenin tespiti' ifadesi yerine, 'paylaşılacak malvarlığının tespiti' ve bu malvarlığının mirasla ilişkisi dikkate alınarak 'paylaşılacak tereke' ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını belirtmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 97-98.

[904] **JOST**, s. 90; **ESCHER**, Vorbem. vor Art. 607, N. 5-8; **TUOR/PICENONI**, Vorbem. vor Art. 607, N. 3-7; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 97; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331; **İMRE/ERMAN**, s. 461; **İMRE**, s. 736.

[905] Tespiti gereken aktif ve pasiflerin tam listesi için bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 98-99.

[906] **İMRE/ERMAN**, s. 461; **İMRE**, s. 736; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 98. Aral tarafından da ifade edildiği üzere, paylaşılacak terekenin aktif ve pasiflerinin belirlenmesinde, öncelikle mirasbırakandan mirasçılara intikal eden değerler, mirasçıların malvarlığından ayrılacaktır. Ancak bu işlem tamamlandıktan sonradır ki, paylaşılacak terekenin aktif ve pasifleri tespit edilecektir.

[907] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 98-99; **İMRE/ERMAN**, s. 461; **İMRE**, s. 736.

[908] **WEIBEL**, Praxiskomm. Art. 604, N. 44;

Öğretide[909] de ifade edildiği üzere, tüm terekenin mirasçılar arasında payları ile orantılı olarak dağıtılabilecek nitelikte para ve/veya mislî eşyalardan oluşması hâlinde değer tespiti yapılması gerekmezken; terekede bulunan hususların bu nitelikte olmaması durumunda veya mirasbırakan tarafından öngörülen ya da Kanun'da yer alan bir paylaşma kuralı[910] nedeniyle bazı malların belli paylara konulmasıyla paylaşmanın gerçekleştirileceği durumlarda terekede bulunan hususların değerinin tespit edilmesi gerekir. Türk Medenî Kanunu'nda paylaşma konusu tereke hususlarının değerinin nasıl belirleneceğine ilişkin genel bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte, paylaşma konusu taşınmaz malların değerinin belirlenmesine ilişkin hüküm tesis edilmiştir. Taşınmazların değerinin belirlenmesine ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 658. maddesi uyarınca mirasçılar özgüleme konusu değer üzerinde anlaşamadıkları takdirde, değer sulh hâkimi tarafından belirlenecektir.[911] Bu şekilde değerlendirilmede öncelikle mirasçıların anlaşmasına bakılacak ve eğer mirasçılar aralarında anlaşamazlarsa, terekeye dâhil hususların değerlendirilmesi hâkim tarafından yapılacaktır.

Terekeye dâhil hususların değerlerinin tespit edilmesinde, değer tespitinin hangi an esas alınarak yapılacağı hususuna ilişkin olarak da

---

[909] **JOST**, s. 98-99; **ETTER**, s. 35-36; **TUOR/PICENONI**, Vorbem. vor Art. 607, N. 8; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 100.

[910] Tezde konunun incelenmesi bakımından, mirasçılar tarafından belirlenen paylaşma kurallarının da bu kurallara eklenmesi ve mirasçılar tarafından belirlenen paylaşma kuralı çerçevesinde belli bir tereke değerinin belli bir mirasçıya özgüleneceğinin öngörülmesi hâlinde de, yine terekede bulunan hususların değerinin belirlenmesi gerekir.

[911] Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 658. maddesini karşılayan 596. maddesinde, "Mirasçılar bir gayrimenkulün kıymetinde ittifak edemezlerse, o kıymet kat'i surette *resmî muhamminler* tarafından takdir edilir." ifadesine yer verilmiş bulunmaktaydı. İsviçre Medenî Kanunu'nun bu hükmü karşılayan 618. maddesinin Almanca metninde ise, "*Können sich die Erben über die Anrechnungswert nicht verständigen, so wird er durch amtlich bestellte Sachverständige endgültig festgestellt*." ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla değer tespiti, mirasçılar anlaşamadıkları takdirde resmen tayin edilen bilirkişiler tarafından yapılacaktır. *Aral*, konuya ilişkin olarak, 'resmin muhammin' teriminin de bu şekilde hâkim tarafından tayin edilen bilirkişiler olarak anlaşılması gerektiğini; hâlihazırda Türk Hukuk uygulamasında da değer tespitinin bu şekilde hâkim tarafından belirlenen bilirkişiler tarafından yapılmakta olduğunu ifade etmektedir. *Aral* ayrıca, Kaynak Kanun'un ilgili hükmünde '*endgültig*' ifadesine yer verildiğini ve bu şekilde İsviçre Hukuk uygulamasında da takdir komisyonu ve bu şekilde bilirkişi raporlarının hâkim açısından bağlayıcı olduğunu ve Türk Kanunu Medenîsi'nin 596. maddesindeki 'kat'i surette' ifadesine yer verildiğinden bilirkişiye başvurulmasının Türk Hukuku bakımından da zorunlu olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 101.

Kanun'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak paylaşmada taşınmazlar bakımından, taşınmazların paylaşmanın yapıldığı andaki gerçek değerlerinin esas alınacağının ve özgüleme değerinin tarımsal taşınmazlarda gelir değerine; diğer taşınmazlarda sürüm değerine göre belirleneceğine ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 657. maddesi, taşınmaz niteliğinde olsun veya olmasın, terekeye dâhil tüm hususların değerinin tespit anı olarak dikkate alınacaktır.[912] Bu şekilde kanunkoyucu, özgüleme konusu hususun değerinin paylaşma anına göre belirleneceğini düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak mirasbırakan, mirasçıların saklı paylarını ihlâl etmemek koşulu ile[913] terekeye dâhil hususların değerlerinin tespitinde bu andan başka bir anın esas alınacağını düzenleyebilir. Mirasbırakan tarafından öngörülen bu tür bir kural paylaşma kuralı sayılır ve mirasçılar oybirliği ile ilgili kuralın uygulanmaması hususunda anlaşmaya varmadıkça, mirasçıları ve paylaşma dâvasına bakan hâkimi bağlar.[914] Aynı şekilde mirasçılar da, paylaşma konusu hususların değerlerinin tespit anı olarak farklı bir anın dikkate alınacağını oybirliği ile kararlaştırmış olabilirler. Bu hâlde hâkim mirasçılar tarafından belirlenen değer tespit anına göre paylaşma konusu hususun değerini belirleyecektir.[915]

Türk Medenî Kanunu'nun anılan 657. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, tarımsal taşınmazlar gelir değerine ve diğer taşınmazlar da sürüm değerine göre özgülenir. Söz konusu "sürüm değeri" taşınmazların

---

[912] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 721; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 100; **TUOR/PICENONI**, Art. 617, N. 8, 11; **ESCHER**, Art. 617, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 617, N. 1; **MEYER**, Handkomm., Art. 617, N. 1; **BEUSCH/NORDIN/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 617, N. 1; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 64; **JOST**, s. 99-103; **DRUEY**, § 16, N. 70. *Druey*, İsviçre Medenî Kanunu'nun 617. maddesine (TMK m. 657) ilişkin açıklamalarında, bu hükmün taşınmazlar bakımından öngörülen bir hüküm olup, taşınırlar ve diğer haklar bakımından da uygulanmasından ziyade; bu hükmün doğrudan genel nitelikli bir hüküm olduğunu ifade etmektedir.

[913] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 101; **BEUSCH/NORDIN/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 617, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 617, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 617, N. 5.

[914] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 101; **DRUEY**, § 16, N. 72; **DRUEY**, Teilung, 32 vd.; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 617, N. 5, 22; **BEUSCH/NORDIN/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 617, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 617, N. 6; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 617, N. 2. İsviçre Federal Mahkemesinin mirasbırakan tarafından paylaşmada değerin tespiti anın farklı şekilde belirlenmesi hâlinde bu belirlemenin saklı payları ihlâl etmemek koşulu ile bağlayıcı olduğuna ilişkin kararları için bkz. BGE 70 II 267; BGer 5C.40/2001.

[915] **BEUSCH/NORDIN/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 617, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 617, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 617, N. 4, 6; **DRUEY**, Teilung, s. 34; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 617, N. 5. *Weibel*, mirasçılar tarafından yapılan bu tür anlaşmaların, eşitlik prensibine aykırı olmadıkça geçerli olduğunu ifade etmektedir.

özgülenmesinde olduğu gibi, taşınırlar ve terekeye dâhil diğer hususlar bakımından da esas alınacak değeri oluşturur. Sürüm değerini (*Vehrkehrswert*) ise ilgili tereke konusunun satım değeri (*Marktwert*) oluşturur.[916] Hâkim sürüm değerinin belirlenmesinde bilirkişilere başvurabilir.[917]

c) Payların Oluşturulması

Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesine göre payların oluşturulması kural olarak mirasçıların anlaşması ile gerçekleşecek; mirasçılar kendi aralarında anlaşamadıkları takdirde,[918] paylar hâkim tarafından oluşturulacaktır.[919] Bu husus Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "Anlaşmazsa olmazsa, mirasçılardan her biri, payların oluşturulmasını hâkimden isteyebilir." ifadesine yer verilmek suretiyle belirtilmiştir.[920] Bu çerçevede hâkim, payları oluştururken öncelikle mirasçı veya ortak kök sayısınca pay oluşturacaktır. Başka bir ifade ile hâkim, terekede yer alan hususları mirasçı veya ortak kök sayısınca paylara dağıtacaktır.[921] Söz konusu hüküm, mirasbırakanın mirasçılarının, yasal

---

[916] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 101; **ESCHER**, Art. 617, N. 5; **BEUSCH/NORDIN/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 617, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 617, N. 11; İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda (BGE 125 III 1), sürüm değerini, söz konusu tereke konusunun serbest piyasada satılması hâlinde elde edilecek satım değeri olarak tanımlamıştır.

[917] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 101; **JOST**, s. 103; **TUOR/PICENONI**, Art. 617, N. 12.

[918] Bkz. Bu Bölüm, § 9, I, D, 2.

[919] **DURAL/ÖZ**, s. 474; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 712; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 60; **ÖZTAN**, s. 391; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 52; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 333; **İMRE**, s. 739; **İMRE/ERMAN**, s. 463; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 102.

[920] Yukarıda da ifade edildiği üzere (Bkz. Bu Bölüm, § 9, I, D, 2), İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 611. maddesinin ikinci fıkrasında, payların oluşturulmasında anlaşma sağlanamadığı takdirde, payların, mirasçılardan birinin talebi üzerine yetkili merci (*zuständige Behörde*) tarafından oluşturulacağı düzenlemesine yer verilmiş bulunmaktadır. Mirasçılar payların oluşturulmasına ilişkin anlaşamadıkları takdirde İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca mirasçılardan birinin talebi üzerine payların yetkili merci tarafından oluşturulacağına ilişkin olarak bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 876; **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 611, N. 3; **MEYER**, Handkomm., Art. 611, N. 3; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 611, N. 2; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 9.

[921] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 711-712; **DURAL/ÖZ**, s. 474; **İMRE/ERMAN**, s. 461-462; **İMRE**, s. 737; **ÖZTAN**, s. 391; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 50; **KILIÇOĞLU**, Miras, s.

miras payları eşit olan mirasçılar ve/veya ortak kökten gelen mirasçılar olduğu düşüncesi ile kaleme alınmıştır.[922] Bu şekilde, örneğin mirasbırakanın A, B ve kendisinden önce ölmüş olan C isimli oğlundan olan D ve E olmak üzere toplam dört mirasçı bıraktığı bir durumda, terekeden öncelikle üç pay oluşturulacak ve daha sonra oluşturulan paylardan biri C'nin çocukları (D ve E) arasında iki paya bölünecektir.[923] Dolayısıyla, payların oluşturulmasında, zümre ya da kök başı olan mirasçıların sayısı esas alınarak miras payları (*Stammlose*) oluşturulacak; mirasbırakandan önce ölen mirasçıya veya mirasçılara düşecek olan pay, ilgili kimselerin mirasçıları dikkate alınarak alt paylara (*Unterlose*) bölünecektir.[924] İlgili hüküm, söz konusu hükmün sözünde açıkça ortaya konulmuş olmamasında rağmen, sadece eşit paya sahip mirasçıların ve/veya ortak kökten gelen mirasçıların bulunduğu durumlarda değil, mirasbırakanın mirasçıları arasında, sağ kalan eşi ve/veya atanmış mirasçısı olduğu durumlarda da aynı şekilde uygulama alanı bulacaktır.[925] Bu tür hâllerde, mirasçıların miras payları birbirinden farklı olacaktır. Örneğin, mirasbırakanın, sağ kalan eşi, iki oğlundan A ve mirasbırakandan daha önce ölmüş olan oğlu B'den C ve D olmak üzere toplam dört mirasçısının bulunması durumunda, mirasbırakanın alt soyu ile birlikte mirasçı olan sağ kalan eşin yasal miras payı terekenin 1/4'üdür. Kalan 3/4'lük kısmın yarısı olan 3/8 A'nın terekedeki yasal miras payını oluşturur. Mirasbırakandan önce ölmüş olan B'ye düşecek olan miras payı olan 3/8 ise,

---

331. Yetkili mercinin terekede yer alan hususları mirasçı veya ortak kök sayısınca paylara dağıtacağına ilişkin olarak bkz. **DRUEY**, § 16, N. 84; **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 8; **ESCHER**, Art. 611, N. 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 611, N. 4; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 876.

[922] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 867; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 7.

[923] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 105'ten naklen. Benzer örnekler için bkz. **HABICHT**, s. 37-38; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 876; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 711-712; **İMRE/ERMAN**, s. 462; **İMRE**, s. 737.

[924] **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 8; **ESCHER**, Art. 611, N. 9; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 105; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 50-51; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331; **İMRE**, s. 737; **İMRE/ERMAN**, s. 462; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 712.

[925] *İmre* ve *İmre/Erman*, sağ kalan eşin mirasçılığına değinmeksizin, atanmış mirasçı ve yarım kan kardeşlerinin tam kan kardeşlerle birlikte mirasçı olması durumları üzerinden aynı hususu ifade etmektedirler. Yazarlar, bu çerçevede, mirasçıların miras paylarının eşit olmaması durumunda, payların miktara göre, orantılı olarak belirleneceğini; örneğin yarım kan kardeşlerin tam kan kardeşlerle birlikte mirasçı olmaları veya atanmış bir mirasçının bulunması hâllerinde çeşitli büyüklükte paylar oluşturulmasının gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. **İMRE**, s. 737-738; **İMRE/ERMAN**, s. 462.

C ve D arasında ikiye bölünecektir. Bu örnekte, tereke sekiz paya bölünecek, eş iki pay, A üç pay alacak, diğer üç pay da C ve D arasında eşit olarak bölünecektir.[926] Dolayısıyla bu hâlde matematiksel anlamda en küçük ortak bölen bulunmakta ve bu şekilde paylar oluşturulmaktadır.[927] *Piotet*,[928] bu çerçevede, mirasçıların miras paylarının birbirinden farklı olması nedeniyle, en küçük ortak bölenin katsayısının çok büyük olduğu durumlarda,[929] terekenin çok küçük paylara bölünmesinin mümkün olmaması nedeniyle, tereke değerlerinin satışından kaçınılması bağlamında, değer üzerinden ve paya uygun olarak doğrudan özgüleme yapılmasının daha doğru olacağını ifade etmektedir.

Miras paylarının oluşturulmasında, mirasçılar arasındaki eşitlik prensibinin mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesi, miras paylarının oluşturulmasında, her bir tereke değerinin, mümkün olduğu kadar miras sayısına ve bu mirasçıların miras paylarına uygun bir şekilde aynen bölünmesini (*körperliche Teilung*, *sachliche Teilung*) gerektirmektedir.[930] Ancak bu şekilde mirasçıların hukuken eşitliği prensibi tam anlamıyla gerçekleştirilmiş olacaktır.[931] Ancak belli bir tereke değerinin, bu şekilde bölünmesinin mümkün olmadığı veya mümkün olduğu ancak bölünmenin önemli ölçüde değer kaybına neden olduğu durumlarda; başka bir ifade ile, terekede yer alan değerlerin büyük kısmının mislî eşya veya para dışında bölünmesi mümkün olmayan değerlerden oluşması hâlinde, paylar, tereke

---

[926] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 877'den naklen. *Piotet*, konuya ilişkin olarak vermiş olduğu diğer bir örnekte, sadece eşi hayatta olan mirasbırakanın, terekesinin 1/10'u için bir arkadaşını, 1/13'ü bakımından da bir diğer arkadaşını mirasçı olarak atadığı ve kalan kısmın eşine ait olmasını yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufta düzenlediği bir durumda, 13 ve 10'a bölünebilen en küçük sayının 130 olması nedeniyle, terekenin 130 eşit paya bölüneceğini ve mirasbırakanın arkadaşlarından, payı 1/10 olanın, 13 pay; 1/13 olanın ise, 10 pay alacağını, kalan 107 payın ise sağ kalan eşe ait olacağını belirtmektedir. Konuya ilişkin benzer örnekler için bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 51; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 331; **ESCHER**, Art. 611, N. 8.

[927] **DRUEY**, § 16, N. 84; **DRUEY**, Teilung, s. 41; **SEEBERGER**, s. 37; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 877; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 611, N. 4; **ESCHER**, Art. 611, N. 8; **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 8; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 611, N. 3; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 7; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 107.

[928] Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 877.

[929] *Piotet*'nin konuya ilişkin olarak verdiği ve iki önceki dipnotta değinilen örnekte, katsayı 130'dur.

[930] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 710; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 102, 103; **İMRE**, s. 738; **İMRE/ERMAN**, s. 462; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 611, N. 4.

[931] **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 611, N. 4; **İMRE**, s. 738; **İMRE/ERMAN**, s. 462; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 710.

değerlerinin aynen bölünmesi yoluyla oluşturulamayacaktır. Bu hâlde ya mirasçıların eşitliği prensibine üstünlük tanınarak, bölünmesi mümkün olmayan tereke değerinin satılması ve satış neticesinde elde edilen değerin miras payları ile orantılı olarak paylara dağıtılması yoluna gidilecek[932] ya da ilgili tereke değerinin mirasçılarda kalması ve satış nedeniyle ortaya çıkabilecek olası zararların önlenmesi uğruna, mirasçıların eşitliği prensibi feda edilerek ilgili tereke değerleri doğrudan belli bir paya konulacaktır.[933] Türk-İsviçre Hukuklarında genellikle, bu ikinci eğilime uygun olarak, bölünmesi mümkün olmayan veya bölünmeleri hâlinde önemli değer kaybına uğrayacak hususların, bölünmeksizin mirasçılardan birine özgülenmesi gerektiğini savunulmaktadır.[934] İlgili tereke konusunun mirasçıların miras paylarından herhangi birine sığmaması durumunda ise hâkim denkleştirme bedeli ödenmesine karar verebilecektir. Önceleri tartışmalı olan bu husus,[935] öğretide Kılıçoğlu tarafından da ifade edildiği üzere, Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin ikinci fıkrası[936] dikkate alındığında, Türk Hukuku bakımından tartışmalı olmaktan çıkmıştır.

Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, payların oluşturulmasında hâkim, yerel âdetleri,

---

[932] Bu çözüm tarzı esasen, Alman ve Avusturya Hukuklarına uygun bir çözüm tarzıdır. Bu ülke hukuklarına göre, paylaşmada mirasçıların eşitliği prensibinin zedelenmemesi için, mümkün olduğu kadar tereke konusunun aynen bölünmesi, eğer tereke konusunun aynen bölünmesi mümkün değilse, tereke değerinin satılarak satış değerinin bölünmesi gerekir. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 868'den naklen.

[933] Bu çözüm tarzı ise, daha ziyade Fransız ve İtalyan Hukuk sistemlerinde mevcuttur. Bu ülke hukuklarına göre, tereke değerinin mümkün olduğu kadar mirasçılardan birinde kalması ve bu şekilde satılmaması uğruna, mirasçıların eşitliği prensibi ihlâl edilebilir. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 868'den naklen. *Piotet*, İsviçre Hukuku bakımından, Fransız ve İtalyan Hukuk sistemlerinde kabul edilen çözüm tarzını kabul etme eğiliminin bulunduğunu ifade etmektedir.

[934] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 868; **BEUSCH/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 611, N. 4; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 710-711; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 103; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 332; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 51.

[935] Hâkimin terekede yer alan ve değeri miras payını aşan bir hususu, mirasçıya denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğü yükleyecek şekilde özgüleme yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin görüşler ve bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 51-52; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 104-106.

[936] Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin ikinci fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: "Her mirasçı, terekedeki belirli malların aynen, olanak yoksa satış yoluyla paylaştırılmasına karar verilmesini sulh mahkemesinden isteyebilir. Mirasçılardan birinin istemi üzerine hâkim, terekenin tamamını ve terekedeki malların her birini göz önünde tutarak olanak varsa taşınmazlardan her birinin tamamının bir mirasçıya verilmesi suretiyle paylaştırmayı yapar. Mirasçılara verilen taşınmazların değerleri arasındaki fark para ödenmesi yoluyla giderilerek miras payları arasında denkleştirme sağlanır."

mirasçıların kişisel durumlarını ve çoğunluğun arzusunu göz önünde bulunduracaktır.[937]

d) Payların Özgülenmesi

Payların özgülenmesi, yukarıda da ifade edildiği üzere,[938] hangi payın hangi mirasçıya özgüleneceğinin belirlenmesini ifade eder.[939] Türk Medenî Kanunu'nun 650. maddesinin üçüncü fıkrasında, payların özgülenmesinin mirasçıların anlaşması uyarınca yapılacağı;[940] buna olanak bulunmadığı takdirde kur'a çekileceği düzenlemesine yer verilmiş bulunmaktadır. Türk Hukuk öğretisinde ilgili hükmün sözünden yola çıkan bazı yazarlar,[941] mirasçıların, kendileri tarafından oybirliği ile veya onların anlaşmaya varamaması üzerine hâkim tarafından oluşturulan payların özgülenmesine ilişkin olarak anlaşmaya varamamaları hâlinde, paylaşma dâvasında özgüleme için kendisine başvurulan hâkimin kur'a çekilmesi yoluna başvuracağını ve bu çerçevede hâkimin payları doğrudan özgüleme yetkisinin bulunmadığını kabul etmektedirler. İlgili yazarlara göre, doğrudan özgüleme, sadece özgülemeye ilişkin mirasbırakan tarafından öngörülen[942] veya yasada belirlenen paylaşma kuralları[943] varsa söz konusu olabilir[944] ve

---

[937] *Aral*, bu hükmü karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 590. maddesinin üçüncü cümlesinde sayılan hususlar arasında hiyerarşik bir sıra olup olmadığını ifade etmektedir. *Aral*, paylaşma dâvasına bakan hâkimin, terekenin durumuna göre, takdir yetkisini kullanarak bu hususlardan herhangi birini kararında esas alabileceğini belirtmektedir. Bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 106.

[938] Bkz. Bu Bölüm, § 9, I, D, 3.

[939] **ESCHER**, Art. 611, N. 13; **HABICHT**, s. 38-39; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 52; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 334; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 111; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 712; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 281.

[940] Bkz. Bu Bölüm, § 9, I, D, 3.

[941] **ÖZTAN**, s. 391; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 53; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 335-336; **İMRE/ERMAN**, s. 465-466; **İMRE**, s. 741-742; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 712; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 281; **DURAL/ÖZ**, s. 478; **ANTALYA**, s. 459; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 114.

[942] İlgili paylaşma kuralları için bkz. İkinci Bölüm, § 6.

[943] Aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin hüküm (TMK m. 652); değerinde önemli azalma olmaksızın bölünemeyen tereke malının (TMK m. 651) bütünlük oluşturan eşyanın (TMK m. 653/I); aile belgeleri ile özel anı değeri olan eşyanın (TMK m. 652/II) özgülenmesine ilişkin kural bu tür yasal kuralların başlıcalarını oluşturmaktadırlar. Yasal paylaşma kuralları için bkz. İkinci Bölüm, § 7.

eğer belli bir tereke değerinin doğrudan hâkim tarafından özgülenmesine ilişkin bu tür bir hüküm mevcut değilse, paylaşma dâvasına bakan hâkim kur'a çekilmesi yoluna başvurur.[945] Buna karşılık *Serozan/Engin*,[946] paylaşmayı gerçekleştirmesi için kendisine başvurulan hâkimin oluşturulan payları doğrudan mirasçıya özgüleme yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir. *Serozan/Engin*,[947] konuya ilişkin ikili bir ayrım yapmakta ve paylaşma dâvasına bakan hâkimin özgüleme yetkisini, kendisine paylaşmaya hazırlık işlemlerinin tamamlanması için başvurulan hâkimin yetkisinden ayırmaktadır. Yazar, mirasçıların, kendisine, paylaşmaya hazırlık işlemlerinin tamamlanması amacıyla başvurdukları hâkimin, özgüleme hususunda sadece kur'a çekilmesi yoluna gidebileceğini; fakat paylaşma dâvasına bakan hâkimin, geniş yetkileri sebebiyle, oluşturulan payları mirasçılara doğrudan özgüleme yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir.

İsviçre Hukuku bakımından ise durum farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, Kaynak Kanun'un özgülemede mirasçılar anlaşamadığı takdirde, hangi payın hangi mirasçıya ait olacağının kur'a çekilmesi yolu ile belirleneceğinin düzenlendiği 611. maddesinin üçüncü fıkrası, ilgili hükmün ikinci fıkrası çerçevesinde payları oluşturması için kendisine başvurulan makam hâkim olmayıp yetkili merci olduğundan, herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Zira, öğretide de belirtildiği üzere,[948] ilgili hüküm çerçevesinde payları oluşturması için kendisine başvurulan bu mercinin, paylaşmaya ilişkin hüküm tesis etme yetkisi bulunmamaktadır. Söz konusu hükümde geçen ilgili mercinin, paylaştırma yetkisi bulunmadığından, payların oluşturulmasına ilişkin olarak verdiği karar da bağlayıcı değildir.[949] Şu hâlde ilgili mercinin,

---

[944] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s.53; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 335; **İMRE/ERMAN**, s. 465-466; **İMRE**, s. 742; **DURAL/ÖZ**, s. 478.

[945] Hâkimin doğrudan özgüleme yetkisini reddeden bu görüş, Türk Hukuk öğretisinde ve aynı zamanda uygulamada baskın görüşü oluşturmaktadır. Bkz. KILIÇOĞLU, Taksim Sözlşemesi, s. 53, dpn. 119.

[946] **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 67.

[947] **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 60 ve N. 67.

[948] **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 19; **ESCHER**, Art. 611, N. 18a; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 611, N. 6; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 10; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 874.

[949] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 611, N. 6; **TUOR/PICENONI**, Art. 611, N. 19; **ESCHER**, Art. 611, N 7; **MEYER**, Handkomm., Art. 611, N. 3; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 14; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 874. İlgili yazarlar, yetkili merci tarafından payların oluşturulmasına ve

durumun niteliği gereği özgüleme yetkisine sahip olmaması da bu açıklamalar ışığında olağandır. Bu çerçevede İsviçre Hukuku'nda, İsviçre Medenî Kanunu'nun 611. maddesi (TMK m. 650) çerçevesinde devreye giren mercinin paylaşmayı gerçekleştirmeye ilişkin yetkisinin bulunmadığı, bu yetkinin münhasıran paylaşma dâvasına bakan hâkime ait olduğu ve bu nedenle de mercinin doğrudan özgülemeyi gerçekleştiremeyeceği ifade edilmekte ve bu şekilde paylaşma dâvasına bakan hâkimin, oluşturulan payları doğrudan özgüleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir.[950]

Hâkim payları özgülerken, mirasçılar tarafından, mirasbırakan tarafından geçerli şekilde belirlenen, yasada yer alan paylaşma kurallarını dikkate alır.[951]

2) Usul Hukuku Bakımından

Paylaşma dâvasında, dâvanın actio dublex niteliğinin bir neticesi olarak medenî usul hukukuna egemen olan taraflarca hazırlama[952] ilkesi (*Verhandlungsmaxime*)[953] ile tasarruf ilkesi (*Dispositionsmaxime*, *Verfügungsmaxime*)[954] uygulama alanı bulmayacaktır. *Aral*,[955] bu çerçevede

---

özgülenmesine ilişkin olarak verilen kararların, öneri (*Vorschläge*) niteliğinde olduğunu ifade etmektedirler.

[950] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 7; **TUOR/PICENONI**, Art. 604, N. 4 vd.; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 611, N. 10; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm. Art. 604, N. 11; **SEEBERGER**, s. 65, s. 80; **DRUEY**, § 16, N. 88 vd.; **DRUEY**, Teilung, s. 22; HECHT, s. 396 vd.; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 179, 180.

[951] Bu kurallar arasında, mirasçılar tarafından belirlenen paylaşma kuralları, mirasbırakan tarafından belirlenen ve yasada yer alan tamamlayıcı nitelikteki paylaşma kurallarının üzerinde; mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları da yasada yer alan tamamlayıcı nitelikteki paylaşma kurallarının üzerinde yer alır. Bkz. İkinci Bölüm, § 4.

[952] Öğretide bu ilkeyi ifade etmek üzere, 'taraflarca getirilme ilkesi', 'taraflarca araştırma ilkesi' ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. aşağıdaki dipnotta adı geçen yazarlar. Öğretide *Aral* ise, bu ilkeyi ifade etmek üzere 'dâva malzemesinin taraflarca hazırlanması ilkesi' ifadesine yer vermektedir. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 85.

[953] Bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 183; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, Ejder, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2009, s. 360; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 231. Bu ilkenin paylaşma dâvasında uygulanmayacağı hususuna değine yazar için bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 85.

[954] Bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 182; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 358; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 227. *Aral*, tasarruf ilkesini ifade etmek üzere, 'dâvalı tarafların serbestliği' terimine yer vermektedir. Bkz. **ARAL**,

hâkimin, taraflarca hazırlama ilkesinden ayrılınmasıyla, paylaşma dâvası neticesinde tesis edeceği hükme esas teşkil eden hususları re'sen araştırmak durumunda kalabileceğini; yine hâkimin, tasarruf ilkesinden farklı olarak, talepte bulunan mirasçının talebi ile bağlı olmamasının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Yazar, hâkimin paylaşma dâvasında, taraflarca hazırlama ilkesinden ayrılmasına örnek olarak, paylaşmanın gerçekleştirilmesi için payları oluşturmak durumunda olan hâkimin, mirasçılar arasındaki kişisel ilişkileri ve yerel âdetleri re'sen incelemesini göstermektedir. [956] *Aral*,[957] paylaşma dâvasında tasarruf ilkesinin uygulama alanı bulmaması durumuna örnek olarak, miras ortaklığına dâhil tüm mirasçıların terekede yer alan belli bir taşınmazın kendisine özgülenmesini talep etmeleri hâlinde, bu husuta bir karar vermek durumunda olan hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.

III. Hukukî Niteliği

Hâkimin tesis edeceği paylaşma kararı, paylaşma konusu tereke değerleri üzerinde mirasçıların tek başına hak sahibi olması sonucunu doğuracaktır.[958] Bu çerçevede, özgüleme lehdarı her bir mirasçı, paylaşma dâvası sonucunda verilen karara dayanarak, lehine özgülenen değerleri talep edebilir, örneğin, kendisine özgülenen bir taşınmazın kendi adına tescili için

---

Taksim Dâvası, s. 85. Tasarruf ilkesinin paylaşma dâvasında uygulama alanı bulmayacağına ilişkin olarak bkz. **SEEBERGER**, s. 61-62; **JOST**, s. 39 vd.; **HECHT**, s. 394-395; **WEIBEL**, Praxiskomm., Art. 604, N. 48; **BRÜCKNER/WEIBEL**, N. 172, 201.

[955] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 85.

[956] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 85. Aynı yönde bkz. **HECHT**, s. 395.

[957] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 85.

[958] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 104, 110; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm., Art. 604, N. 2; **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 604, N. 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 27; **DURAL/ÖZ**, s. 467; **OĞUZMAN**, s. 320-321; **SEROZAN/ENGİN**, § 7, N. 70; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 59. İsviçre Federal Mahkemesi de paylaşma dâvası neticesinde mirasçının lehine özgülene tereke değerleri üzerinde tek başına hak sahibi olacağını ifade etmiştir. Bkz. BGE 94 II 231.

tapuya başvurabilir.[959] Paylaşma dâvasının bu niteliğine dayanarak bazı yazarlar,[960] paylaşma dâvasının aynî etkili olduğunu ifade etmektedirler.

Paylaşma dâvası, o ana kadar, bütün mirasçıların üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları tereke değerinin özgüleme lehdarı mirasçının bireysel hak sahipliğine geçmesi sonucunu doğurduğundan yenilik doğuran bir dâvadır.[961] Öğretide de belirtildiği üzere,[962] yenilik doğuran dâva niteliğini haiz bu dâva içinde bir takım eda ve/veya tespit hükmü barındırabilir; ancak bu durum dâvanın yenilik doğurucu niteliğini değiştirmeyecektir.

Öğretide Aral,[963] yenilik doğuran dâvanın niteliği ile ilgili olarak, paylaşma dâvasının *'çift gayeli'* [964] bir dâva olması nedeniyle, dâva sonucunda verilen hükmün miras ortaklığını sona erdirmesi bakımından bozucu; mirasçıların özgüleme konusu değerler üzerinde tek başına hak sahibi olmalarını sağlaması bakımından kurucu yenilik doğuran kararın söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, sonuç itibariyle, paylaşma dâvasının karma hükümlü yenilik doğuran bir dâva sayılması gerektiğini belirtmektedir.[965]

---

[959] **DURAL/ÖZ**, s. 467-468. Dural/Öz, hâkimin verdiği kararla, taşınır veya taşınmaz malın maliki olan mirasçının taşınırlar bakımından istihkak; taşınmazlar bakımından ise yolsuz tescilin düzeltilmesi dâvası açabileceğini ifade etmektedir. Bir taşınmazın mirasçılardan birine özgülenmesi hâlinde hâkim tarafından verilen kararın tescil talebi bakımından yeterli olduğuna ilişkin olarak bkz. **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 104;

[960] **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 604, N. 9; **DURAL/ÖZ**, s. 467; **OĞUZMAN**, s. 321;

[961] **BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO**, Kap. 5, N. 104, 110; **GRAHAM-SIEGENTHALER**, Handkomm., Art. 604, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 604, N. 2; **BEUSCH/GELLIS**, Handkomm. zum SZ, Art. 604, N. 4; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 824; **DURAL/ÖZ**, s. 466; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 688-689; **OĞUZMAN**, s. 320-321; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 59. İsviçre Federal Mahkemesinin paylaşma dâvasının yenilik doğuran bir dâva olduğu yönünde kararı için bkz. 116 II 267. Günümüzde Türk-İsviçre hukuklarında öğretideki baskın görüşü oluşturan paylaşmanın yenilik doğuran dâva niteliğinde olduğu, *Wolf* tarafından reddedilmektedir. *Wolf*, bu dâvanın kendine özgü bir ifa ve tespit dâvası hükmünde olduğunu savunmaktadır. Bkz. **WOLF**, s. 114 vd.

[962] **OĞUZMAN**, s. 321; **DURAL/ÖZ**, s. 466; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 689; **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 60.

[963] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 59.

[964] Bu kavramla ilgili olarak bkz. **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 55. *Aral*, konuya ilişkin açıklmalarında şu ifadeye yer vermektedir: "Taksim dâvası, bu dâvayı açan mirasçıyı miras ortaklığı bağından kurtaran ve ona terekeden miras hissesine düşen değer üzerinde bağımsız hak sahibi durumuna getiren *çift gayeli* bir dâvadır."

[965] **ARAL**, Taksim Dâvası, s. 60.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

PAYLAŞMANIN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

§. 11. Mirasçıların Birbirlerine Karşı Sorumlulukları Bakımından

I. Genel Olarak

Paylaşmanın tamamlanmasından sonra, mirasçılardan birine özgülenen şeyi, üçüncü bir kimse bir üstün hakka dayanarak zaptedebilir veya söz konusu şey ayıplı çıkabilir. Keza, mirasçılardan birine özgülenen alacak mevcut olmayabilir veya söz konusu alacağın borçlusu ödeme gücünden yoksun olabilir. Bütün bu hâllerde, ortaya çıkan sorumluluk, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinde, kısmen satım sözleşmesine ve kısmen de alacağın temlikine ilişkin hükümler çerçevesinde düzenlenmiştir.[966]

Mirasçıların paylaşmanın sona ermesinden sonra, özgülemeye konu olan mallarla ilgili olarak sorumluluklarında satım sözleşmesi hükümlerine yapılan atfın, özü itibariyle paylaşma ile satım arasındaki benzerlik dolayısıyla olduğu öğretide[967] ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemede satım sözleşmesine yapılan atfın yanı sıra, özgülenen alacaklara ilişkin

---

[966] **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 1; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727; **ESCHER**, Art. 637, N. 1; **WOLF**, s. 334; **İMRE**, s. 913-914; **İMRE/ERMAN**, s. 549; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 114-115; **AYİTER**, Miras, s. 263.

[967] *Kocayusufpaşaoğlu*, arada bazı farklar bulunmasına rağmen, mirasçılardan her birinin terekeden kendisine düşen mal ve hakları, terekeye dahil diğer mal ve haklara ilişkin haklarından vazgeçmesi karşılığı elde etmekte olduğunu, bu çerçevede, konuya ilişkin düzenlemede, Borçlar Kanunu'nun satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümlerine atıf yapılmış olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732. Aynı görüş için bkz. **AYİTER**, Miras, s. 263; **İMRE**, s. 913-914; **İMRE/ERMAN**, s. 549. Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesini karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesine ilişkin açıklamalarda, aynı görüş için bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 1; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727; **ESCHER**, Art. 637, N. 1.

olarak alacağın temliki hükümlerine atıf yapılmış olması[968] dikkate alındığında, kanunkoyucunun paylaşma işlemi ile gerek mal ve gerek alacağa ilişkin devir işlemleri arasında benzerlik kurduğu sonucuna varılabilir. Ancak, paylaşma işlemi, bir devir işlemi değil, mirasçıların miras ortaklığı dahilinde elbirliğiyle hak sahibi oldukları şey üzerindeki haklarından şeyin kendisine özgülendiği mirasçı lehine vazgeçmeleri ile gerçekleştiğinden, kanunkoyucunun Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılmış olan atfın, satım ile paylaşma işlemini özdeş kılmadığı, fakat kanunkoyucunun satım işlemi ile paylaşma arasındaki benzerlikten faydalandığına ilişkin görüşün[969] kabul edilmesini gerektirir.

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında, paylaşmanın tamamlanmasından sonra mirasçıların, paylarına düşen mallar için birbirine karşı satım hükümlerine göre sorumlu olacakları düzenlemesine yer verilmiştir.[970] Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, mirasçıların, paylaşmada her birine özgülenen alacakların varlığını birbirlerine garanti ettikleri gibi, borsaya kayıtlı olan kıymetli evrak dışında, mirasçının hakkına mahsup edilen miktar bakımından, borçlunun ödeme gücünden adî kefil gibi

---

[968] Mirasçıların, özgülemeye konu alacakla ilgili sorumlulukları, temlik edenin temlik alana karşı Borçlar Kanunu'nun 169. maddesinde düzenlenmiş olan sorumluluğuna nazaran güçlendirilmiştir. Konunun geniş açıklanması için bkz. Bu Bölüm, § 11, III, D.

[969] *Wolf*, mirasın paylaşılmasının, miras ortaklığından mirasçıya hakkın devri olmayıp, diğer mirasçıların, malın veya hakkın kendisine özgülendiği mirasçı lehine şey üzerindeki haklarından vazgeçmeleri ile teşkil ettiğini vurgulayarak, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin ikinci fıkrasında, mirasçıların özgülenen mallara ilişkin sorumluluklarının düzenlenmesinde kolaylık sağlaması bakımından satım sözleşmesine başvurulmuş olduğunu ve dikkat edilirse madde metninde alıcı ve satıcı olarak ifadesine değil "alıcı ve satıcı gibi" ifadesine yer verilmiş olduğunu (*"wie" – und nicht etwa als – Käufer und Verkäufer*) belirtmektedir. Bkz. **WOLF**, s. 334. *Escher* de, mirasçıların paylaşmadan sonra ortaya çıkan bu sorumluluklarının Alman Hukukundan alınan bir çözümle düzenlenerek, satım hükümlerine yapılan atfın teorik açıdan eleştirilebileceğini; zira, mirasçının, satım sözleşmesinde olduğu üzere kendisine yabancı olan bir malı satın almadığını; aksine o ana kadar miras ortaklığı çerçevesinde diğer mirasçılarla birlikte elbirliği hak sahipliği çerçevesinde sahibi olduğu malın tek başına sahipliğini kazandığını belirterek, Kanunda, sanki miras ortaklığı satıcıymış ve malın kendisine özgülendiği mirasçı da alıcıymış gibi sorumluluğun düzenlendiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 1. Bu konuda ayrıca bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 1. Yazarlar, özgülenen payın kazanılmasının, elbirliği ile hak sahibi olunan şeydeki ilgili haktan vazgeçme yoluyla olduğunu ifade etmektedirler.

[970] İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesi birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra, mirasçılara özgülenen mallar bakımından mirasçıların birbirlerine karşı satıcı ve alıcı gibi (*wie Käufer und Verkäufer*) sorumlu oldukları düzenlemesine yer verilmişken, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında "satım hükümlerine göre" sorumlu olma ifadesi tercih edilmiştir.

sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır. Türk Medenî Kanunu'nun söz konusu 679. maddesinin üçüncü fıkrasında, ilk iki fıkraya dayanan dâvanın, paylaşma tarihinden itibaren bir yıl geçmekle; eğer bu tarihte özgülemeye konu olan alacak muaccel değilse, ilgili alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 679. maddesinin birinci fıkrasında getirilen düzenleme ile, mirasçıların, her birine özgülenen mallar bakımından birbirlerine karşı sorumluluklarına ilişkin olarak satım hükümlerine yapılan atfın, hem satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna hem de satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yapılmış olduğu kabul edilmektedir.[971]

Satım sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinde "satılan mal" ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen, maddî varlığa sahip olanlar yanında maddî varlığa sahip olmayan şeylerin de satıma konu olabileceği kabul edilmektedir.[972] Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında paylaşmanın gerçekleştirilmesinde sonra mirasçıların, mirasçılardan birine özgülenen bir malla ilgili olarak satım hükümlerine yapılan atıf dolayısıyla zapt ve ayıp durumundan sorumlu olmalarında, sadece maddî varlığa sahip olan mallar dolayısıyla mirasçıların bu sorumluluğunun gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.[973] Buna karşılık

---

[971] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **OĞUZMAN**, s. 338; **İMRE**, s. 915; **İMRE/ERMAN**, s. 550; **DURAL/ÖZ**, s. 499; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 117-118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 346-347; **ÖZTAN**, s. 408. *Öztan*, mirasın paylaşılmasından sonra mirasçılar arasında ortaya çıkan bu sorumluluğun hukukî ayıpları, bu çerçevede zaptı ve maddî ayıpları kapsadığını ifade etmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atfın satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu kapsadığına ilişkin olarak bkz. **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727; **ESCHER**, Art. 637, N. 2; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 2, 9; **DRUEY**, §. 16, N. 22;.

[972] **TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara, 1985, s. 78-79. *Tandoğan*, bir cismanî varlığa sahip olmadığı hâlde, alacakların, bir bütün olarak bir mâmelekin (örneğin bir işletmenin), miras payının, mülk edinmeye elverişli doğal güçlerin, bir sırrın, bir haberin, özetle para ile değiştirilmesi mümkün olan ve ekonomik değere sahip olan şeylerin, maddî bir varlığa sahip olsun veya olmasın satıma konu olabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **YAVUZ**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul, 2004, s. 45; **ARAL**, Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s. 63 vd. *Aral*, satım sözleşmesine ilişkin açıklamalarında "Konusu" başlığı altında, satıma konu olabilecek hususları şu şekilde tasnif etmektedir: Eşya, hak ve alacaklar, ekonomik bir fayda, gelecekteki eşya ve haklar, üçüncü kişilere ait şeyler ve haklar. Bkz. s. 64-67.

[973] **İMRE/ERMAN**, s. 550; **İMRE**, s. 914. İmre, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 614. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin olarak yaptığı

öğretide *Escher*,[974] mirasçıya özgülenen maddi varlığa sahip olan malların yanı sıra maddî varlığa sahip olmayan hususların da zaptından bahsetmekte ve öte yandan ayıp bakımından sadece maddî varlığa sahip mallara yer vermektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinde düzenlenmiş olan sorumluluk, "paylaşmanın tamamlanmasından sonra" söz konusu olacaktır. Elden paylaşmada paylaşma sözleşmesi ile bu sözleşmenin icrası iç içe geçmiş olduğundan, elden paylaşmada söz konusu anın tespiti sorun teşkil etmezken; yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşmanın gerçekleştirilmesinde, çoğu zaman, sözleşmenin yapılması ile ifasının aynı zamanda olmaması nedeniyle, "paylaşmanın tamamlanması" bakımından sözleşmenin yapıldığı anın mı, yoksa söz konusu sözleşmenin ifa edildiği anın mı esas alınacağı öğretide tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşte,[975] elden paylaşmada paylaşma konularının mirasçılar tarafından iktisap edildiği, yazılı paylaşma sözleşmesinde paylaşma sözleşmesinin akdedildiği, hakim kararı ile paylaşmada kararın verildiği anda paylaşmanın tamamlandığını ileri sürülmektedir. Baskın görüşü oluşturan ikinci görüşe göre ise, paylaşmanın

---

açıklamalarda, madde metninde "mallar" ifadesine yer verilmesini, eleştirerek, burada söz konusu olanın yalnızca maddî varlığa sahip olan eşya olduğunu ifade etmiş ve söz konusu ifadenin mehaz Kanunun, Fransızca ve özellikle de Almanca metinleri dikkate alınarak "taksimin bitirilmesinden sonra, mirasçılardan her birinin hissesine düşen tereke eşyası için diğer mirasçılar, alım satım hükümleri gereğince garanti ile mükellef ve mesuldürler" şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. s. 914. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddenin birinci fıkrasında, satım hükümlerine yapılan atıfta, mirasçıların zapta ve ayıba karşı tekeffül yükümlülüklerinin sadece özgülemeye konu olan maddî varlığa sahip mallar bakımından söz konusu olacağına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 1,4; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 2.

[974] Maddi varlığa sahip olan ve olmayan özgüleme konusu malların zaptına ilişkin olarak bkz **ESCHER**, Art. 637, N. 4. *Escher*, zaptın söz konuus hâlleri sayarken, "c" bendinde, maddî varlığa sahip olmayan eşyaların zaptından bahsetmektedir. Maddî varlığa sahip olan eşyanın ayıplı olması ile ilgili olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 15.

[975] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 19. Öte yandan *Escher* de, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan bir yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı ile ilgili olarak yapmış olduğu açıklamalarda, paylaşmanın tamamlanması anını "*Entgegennahme der Lose oder schriftlicher Teilungsvertrag*" olarak ifade etmektedir. Bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 21. Öğretide *Kocayusufpaşaoğlu*, bu çerçevede *Escher*'in de (bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 21), paylaşmanın tamamlanması anı olarak elden paylaşmada paylaşmaya konu malların mirasçılara verildiği; yazılı paylaşma sözleşmesinde ise sözleşmenin tamamlanıp yürürlüğe girdiği anın esas alınacağını savunmakta olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733 ve aynı sayfada dpn. 35.

tamamlandığı andan, elden paylaşmanın yapıldığı, yazılı paylaşma sözleşmesinde sözleşmenin ifa edildiği, mahkeme kararı ile paylaşmada kararın kesinleştiği an anlaşılmalıdır.[976] Bu görüşü savunan yazarlar mirasçının, malı ayıp bakımından muayene etmek imkânına, ancak fiilen paylaşmanın gerçekleşmesi ile kavuşacağını belirtmektedirler.[977] İkinci görüş çerçevesinde, paylaşmanın yazılı paylaşma sözleşmesi ile yapılmasından sonra ve fakat sözleşmenin ifa edilmesinden önce, özgülemeye konu olacak olan malın zapt edilmesi veya ayıplı çıkması durumuna ilişkin olarak bazı yazarlar,[978] bu hâlde dahi paylaşma sözleşmesinden dönme hakkının bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

Öğretide[979] de belirtildiği üzere, paylaşmadan sonra mirasçılar arasındaki sorumluluğu düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesi, emredici değil tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Bu çerçevede mirasçılar, yapacakları bir sözleşme ile özgüleme konusu olan mallara ve/veya alacaklara ilişkin olarak, Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen bu sorumluluğu tümüyle bertaraf edebilecekleri gibi, sorumluluğu farklı şekilde düzenleyebilirler. Bu anlaşmalar aldatma hâli hariç olmak üzere geçerli olacaktır.[980]

---

[976] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733; **İMRE**, s. 918; **İMRE/ERMAN**, s. 553; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 115; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 344. Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin birinci fıkrasının Almanca metninde, "nach Abschluss der Teilung" ifadesine yer verilmiş olup, aynı şekilde bu ifadeden paylaşma konusu şeylerin fiilen paylaşılmasının anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 919; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 10b.

[977] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 10b.

[978] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 115; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 344.

[979] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733; **ÖZTAN**, s. 407; **İMRE**, s. 914; **İMRE/ERMAN**, s. 550; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 116; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 345. Keza, İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesini karşılayan 637. maddesinin bir tamamalayıcı hukuk kuralı teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N.2; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 912; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 2, 11; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 4; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 1.

[980] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 116.

II. Sorumluluğun Kapsamı

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinde belirtilmiş olmamasına rağmen mirasçılar, gerek ilk, gerek ikinci fıkra çerçevesinde ortaya çıkan sorumluluğu, müteselsil olarak değil, payları oranında taşıyacaklardır. Dolayısıyla mirasçılar, mirasçılardan birine özgülenen malın bir üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi veya ayıplı çıkması nedeniyle ortaya çıkan veya mirasçılardan birine özgülenen alacağın mevcut olmaması veya mevcut olan alacağın borçlusunun ödeme gücünün bulunmamasından doğan zarardan payları oranında sorumlu olacaklardır.[981] Bu durum, her bir mirasçının sorumluluğunun, ona düşen miras payı ile orantılı olmasının bir sonucudur[982] ve mirasçıların eşitliği prensibine uygundur.[983] Bu çerçevede, malın veya alacağın kendisine özgülendiği mirasçının, malın zapt edilmesi, ayıplı çıkması veya alacağın mevcut olmaması veya mevcut olan alacağın borçlusunun ödeme gücünden yoksun olması nedeniyle ortaya çıkan sorumluluğa, malın veya alacağın kendisine özgülendiği mirasçı da payı oranında katlanacaktır.[984]

---

[981] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 116-117; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 346; **İMRE**, s. 917. Yazar, özgüleme konusu alacaklarla ilgili açıklamalarında, mirasçıların payları ile orantılı olarak sorumlu olacaklarını ifade etmiştir. İlgili maddenin mehaz Kanundaki karşılığını oluşturan 637. maddede, belirtilmemiş olmasına rağmen sorumluluğun mirasçılar arasında payları çerçevesinde dağılacağına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 3, N. 6; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 3; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **GRIMM/VLCEK,** Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 2; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 913.

[982] **ESCHER**, Art. 637, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 3; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 914.

[983] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 116-117; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 346; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 914.

[984] **ESCHER**, Art. 637, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 3. Yazar, örnek olarak mirasbırakanın, biri eşi ve ikisi altsoyu olmak üzere üç mirasçısının olduğu bir durumda, sağ kalan eşin yasal miras payının terekenin 1/2'si ve altsoylardan her birinin de miras paylarının terekenin 1/4'er kısmını oluşturacağını belirterek, altsoylardan birine özgülenen ve değeri 20 birim olan bir eşyanın ayıplı olması veya üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi ile 20 birimlik zarar ortaya çıkması durumunda, sağ kalan eşin 10 birimden ve mirasçıların her birinin de 5'er birimden sorumlu olacaklarını ifade etmiştir. Aynı yönde bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 500, 502. Yazarlar, konuya ilişkin olarak verdikler iki örnekten ilkinde, mirasbırakanın A, B ve C olmak üzere üç mirasçısının, ve her birine 100.000 YTL değer biçilen üç evinin bulunması ve her bir evin mirasçılardan birine özgülenmesinde, C'ye özgülenen evde 30.000 YTL'lik değer eksikliği yaratan bir ayıp olması durumunda, C'nin diğer mirasçılardan (A ve B'den) 15.000'er YTL değil, söz konusu değer eksikliğinden kendi payına düşen kısmı (1/3'ünü) çıkararak, 10.000'er YTL talep edebileceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 500.

Öğretide bazı yazarlar[985] mirasçıların paylaşmanın bir sonucu olarak ve miras payları ile ilgili olarak ortaya çıkan bu sorumluluklarının üst sınırının, özgüleme konusu olan mal veya alacağın paylaşma esnasında miras payına mahsup edilen değeri (*Anrechnungswert der zugeteilten Sache, Ersatz des Anrechnungswertes*) olduğunu ifade etmektedirler. Bu şekilde Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasında mirasçıya özgülenen alacaklarla ilgili olarak "alacağın mirasçının hakkına mahsup edilen miktarı için"[986] ifadesi ile belirlenmiş olan sorumluluğun üst sınırı, mirasçıların ilgili maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan özgülemeye konu mallarla ilgili ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğuna da teşmil edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla, özgüleme konusu bir mal ise, bu malın zapt edilmesi veya ayıplı olması sonucu olarak ortaya çıkan zararlardan sorumlulukta da, sorumluluğun üst sınırını, söz konusu malın paylaşmadaki takdiri değeri, başka bir ifade ile söz konusu mal özgülenirken malın takdiri değerinin mirasçının payına mahsup edilen kısmı oluşturacaktır.[987] Buna karşılık, öğretide diğer birçok yazar,[988] özgüleme konusu mallara ilişkin bu şekilde bir üst sınırdan hiç söz etmeyip, ilgili maddenin ikinci fıkrasına ilişkin açıklamalarda, söz konusu ikinci fıkrada yer alan özgüleme konusu alacaklara ilişkin sorumlulukta sorumluluğun üst sınırı olarak alacağın mirasçının payına mahsup edilen kısmına yer vermişlerdir. *Piotet* ise,[989]

---

[985] **ESCHER**, Art. 637, N. 3; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 8.

[986] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesi ikinci fıkrası hükmünü karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesi ikinci fıkrasında mahsup edilen alacak miktarı olarak tercüme edilebilecek "*im angerechneten Forderungsbetrag*" ifadesine yer verilmiştir.

[987] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 8; **ESCHER**, Art. 637, N.3. *Escher*, N. 3 altında mirasçıların İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesini karşılayan 637. maddesinde düzenlenmiş olan sorumluluklarının, zapt edilen veya ayıplı çıkan malın paylaşmadaki takdirî değeri olduğunu belirtirken, N. 9 altında malı tam zapt neticesinde elinden çıkan mirasçının, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinde dört bent hâlinde sayılan hakları ve hatta diğer mirasçılar kusurlu olmadıklarını kanıtlayamadıkları takdirde zapt nedeniyle uğradığı dolaylı zararı da talep edebileceğini belirtmektedir. Konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

[988] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5. *Tuor/Picenoni*, zapt edilen veya ayıplı çıkan malın paylaşmadaki takdirî değeri ile ilgili olarak, bu değerin sorumluluğun üst sınırı olduğunu belirtmemekle birlikte, ilgili kavrama, satım akdinde malın bedelinin yerini, paylaşmada, zapt edilen veya ayıplı çıkan malın paylaşmadaki takdirî değerinin almış olduğunu belirtmektedir.

[989] Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 918.

konuya ilişkin olarak açıkça, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasında, özgüleme konusu alacaklarla ilgili olarak sorumluluğa getirilen sınırın, maddenin birinci fıkrasında düzenlenen özgüleme konusu mallarla ilgili sorumlulukta bir üst sınır olarak göz önüne alınamayacağını ifade etmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinde düzenlenmiş olan sorumluluğun sadece sözleşme ile paylaşma durumunda mı gündeme geleceği, yoksa hem sözleşme ile paylaşma hem de mahkeme kararı ile paylaşma hâlinde mi söz konusu olacağına ilişkin olarak öğretide bazı yazarlar[990] söz konusu hükmün sadece paylaşma sözleşmesi, bu çerçevede elden paylaşma ile yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşma hâlinde uygulanacağını savunurken; diğer bazı yazarlar,[991] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin mirasçıların eşitliğini sağlamaya yönelmiş olduğunu, bu nedenle ilgili maddenin sözleşme ile paylaşmada olduğu kadar mahkeme kararı ile paylaşmada da uygulama alanı bulacağını savunmaktadırlar. Bu çerçevede, mirasçıların, paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada olduğu kadar hâkim kararı ile paylaşmada da özgüleme konusu olan mal ve alacaklara ilişkin olarak birbirlerine karşı sorumlu olmalarının zorunlu bir husus teşkil

---

[990] **ESCHER**, Art. 637, N. 1. *Escher*, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesini karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesine ilişkin açıklamalarında "prensip" (*Grundsatz)* başlığı altında irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptalinden bahsetmiş olduğundan, söz konusu 637. maddenin sadece sözleşme yolu ile paylaşmada (bu çerçevede elden paylaşmada ve yazılı paylaşma sözleşmesinde) gündeme geleceğini kabul etmiş görünmektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 913. *Piotet*, *Escher*'in, 637. maddenin sadece sözleşme ile paylaşmada söz konusu olabileceğini savunduğunu belirtmektedir.

[991] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 345; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 116. *Kılıçoğlu*, Miras Hukuku ders notlarından farklı olarak, bu eserinde, hâkimin karar vermesinden önce mirasçıların paylaşmaya ilişkin olarak anlaşmaları ve hâkimin bu anlaşma yönünde hüküm tesis etmesinden bahseder görünmektedir. Bkz. s. 116. Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesini karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin sözleşme ile paylaşmada olduğu kadar hâkim kararı ile paylaşmada da söz konusu olacağına ilişkin olarak bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 913. Ayrıca bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 7, 12, 15, 19. Yazar, ilgili hükümle ilgili açıklamalarında soruna doğrudan değinmeksizin, İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "paylaşmanın tamamlanmasından sonra" ifadesini açıklarken, hükmün uygulama alanına da işaret eden "mahkemenin karar verdiği an" ifadesine yer vermekte ve böylelikle de söz konusu hükmün mahkeme kararı ile paylaşmada da uygulama alanı bulacağını kabul eder görünmektedirler.

ettiği belirtilmiştir.[992] Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesi hükmünün, sözleşme ile paylaşmanın yanı sıra hâkim kararı ile paylaşmada da gündeme geleceğini savunan yazarlardan *Kılıçoğlu*,[993] söz konusu hüküm nedeniyle ortaya çıkan sorumlulukta, hâkim kararı ile paylaşmanın, sözleşme ile paylaşmaya nazaran farklılık arzettiğini belirtmektedir. Bu çerçevede hâkim kararı ile paylaşmada özellikle sonradan ortaya çıkan zapt durumunda, ortada kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunduğundan,[994] üstün hak sahibi olduğunu iddia eden kimsenin, ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesinde sayılan hususlardan biri mevcutsa yargılamanın yenilenmesi yoluna gidebileceğini belirtilmektedir.[995]

III. Sorumluluk Hâlleri

A) Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesi çerçevesinde, mirasçılardan birine özgülenen mala ilişkin olarak mirasçıların birbirlerine karşı zapta ve ayıba karşı tekeffül yükümlülükleri ortaya çıkacaktır. Mirasçılardan birine bir alacağın özgülenmesi durumunda ise, alacağın temlikine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir. Ancak burada yukarıda belirtildiği[996] ve

---

[992] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 913. *Piotet*, mirasın hâkim kararı ile paylaşılmasında, mirasçıların birbirine karşı İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesi çerçevesinde sorumlu olmalarının, sözleşme ile paylaşmaya nazaran, daha önemli ve gerekli olduğunu; zira, sözleşme ile paylaşmada, paylaşma sözleşmesinin irade sakatlığı ile ortadan kaldırılması imkânı mevcutken, hâkim kararı ile paylaşmada böyle bir durumun gündeme gelmeyeceğini ve ayrıca zapt ve ayıp durumunun, hâkim kararı ile paylaşmada ancak hükme karşılık temyiz süresinin dolmasından itibaren ortaya çıkacağını belirtmektedir.

[993] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 116; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 345.

[994] *Piotet*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesini karşılayan 637. maddesinin uygulanması bakımından, hâkim kararı ile paylaşmaya ilişkin olarak, esasen miras ortaklığına değil, paylaşma dâvasına taraf olmayan bir üçüncü kişiye ait bir malın mirasçıya özgülenmesi durumunda, söz konusu malın bu şekilde mirasçıya ait olduğuna ilişkin hükmün üçüncü kişi için maddî anlamda kesin hükmün göreceliliği (*Relativität der materiellen Rechtskraft*) çerçevesinde mutlak bağlayıcılık ifade etmediğini belirtmektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 913.

[995] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 116; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 345.

[996] Bkz. Bu Bölüm, § 11, I.

aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği[997] üzere, mirasçıların birbirlerine karşı özgülenen alacaklara ilişkin olarak sadece ilgili alacağın varlığından değil, aynı zamanda bu alacağın borçlusunun ödeme gücünden de adî kefil olarak sorumlu olacakları düzenlenmek suretiyle, alacağın temlikinde temlik edenin temlik alana karşı sorumluluğuna nazaran güçlendirilmiş bir sorumluluk söz konusudur.

B) Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu

Paylaşmadan sonra, mirasçılardan birine özgülenen bir mal üzerinde, üçüncü bir kimsenin üstün hak iddiasında bulunarak malı zapt[998] etmesi durumunda, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinde yer alan atıf nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinden başlayarak, 193. maddeye kadar olan hükümlerde düzenlenmiş olan satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu,[999] mirasın paylaşılmasının niteliğine uygun düştüğü oranda[1000] uygulama alanı bulacaktır.

---

[997] Bkz. Bu Bölüm, § 11, III, D.

[998] *İmre*, zapt kavramına ilişkin tanımında bu kavramın Roma Hukuku'ndan geldiğini ve satılan ve ardından alıcıya teslim edilen maldaki hukukî ayıbı ifade ettiğini belirtmektedir. Bkz. **İMRE**, s. 915. (*İmre*'nin zaptı tanımlarken kullandığı "hukukî ayıp", zapta karşı tekeffül sorumluluğunun almanca karşılığını oluşturan "*Rechtsmängelhaftung*" kurumundaki "*Rechtsmängel*" kavramını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz **HONSELL**, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., Bern 1999, s. 66 vd.) Öğretide *Öztan* da, mirasçıların paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra özgülemeye konu hususlarla ilgili zapta karşı tekeffül sorumluluğunda "zapt" kavramı için "hukukî ayıp" ifadesini kullanarak, hukukî ayıbın, mirasın paylaşılması sonucunda mirasçının payına düşen tereke eşyası üzerinde daha üstün hak ileri süren bir kimsenin bu iddiasını ispatlayıp özgüleme konusu eşyayı alması hâlinde ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bkz. **ÖZTAN**, s. 408.

[999] Satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu, bir üçüncü kişinin satım sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut bir üstün hak sebebiyle satılanı alıcının elinden almasından veya onu mülkiyet hakkından doğan bazı yetkileri kullanmaktan yoksun bırakmasından satıcının sorumlu olmasıdır, şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanım için bkz. **TANDOĞAN**, C.I/1, s. 147; **YAVUZ**, s. 83; **ARAL**, Borçlar, s. 102

[1000] **DURAL/ÖZ**, s. 500. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında, Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinden başlayarak 192. maddesine kadarki hükümlerini karşılayan, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinden itibaren 196. maddeye kadar olan hükümlerine yapılan atfın, mirasçıların zapta karşı tekeffül sorumluluğunda, paylaşmanın niteliğine uygun düştüğü oranda uygulanacağına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 4.

Üçüncü kişinin mirasçıya özgülenen mal üzerindeki üstün hakkı, mülkiyet hakkı olabileceği gibi bir sınırlı aynî hak da olabilir.[1001] Dolayısıyla mirasçıya özgülenen malın tam zaptında olduğu gibi, kısmen zaptı hâlinde de, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesi anlamında mirasçıların sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Türk Medenî Kanunu'nun 763. maddesinin ikinci fıkrasında bir taşınırın mülkiyetini iyiniyetle ve malik olmak üzere devralan kimsenin, devredenin mülkiyeti devir yetkisi olmasa dahi, zilyetlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hâllerde o şeyin maliki olacağı; yine 988. maddesinde bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin ediniminin zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi bulunmasa dahi korunacağı düzenlenmiş; taşınmazlar bakımından ise, Türk Medeni Kanunu'nun "iyiniyetli üçüncü kişilere karşı" kenar başlığını taşıyan 1023. maddesinde tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynî hak kazanan kimsenin bu kazanımının korunacağı, yine "yolsuz tescilde" kenar başlığını taşıyan 1025. maddesinin ikinci fıkrasında ise iyiniyetli üçüncü kişinin yolsuz tescile dayanarak kazandığı aynî hakların saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Öğretide,[1002] hak sahibi olmayan satıcıdan malı iktisab eden alıcının, bu hükümler çerçevesinde ortaya çıkan korumadan yararlanarak malik olması durumunda, artık satıcının zapta karşı tekeffülden

---

[1001] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 117; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 346; **İMRE**, s. 915; **ESCHER**, Art. 637, N. 6. *Escher*, zapta temel teşkil eden hakkın, tam zapt durumu sayılan mülkiyet hakkı veya kısmî zapt durumunu oluşturan bir sınırlı aynî hak veya malın eklentisi üzerindeki hak olabileceğini ifade ederek, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının zapt sayılamayacağını belirtmektedir. Yazar, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamalarına örnek olarak "komşu hakkı"nı vermiştir. (Bkz. TMK m. 737, İMK, m. 684). *Tandoğan* da, kısmî zaptın mal üzerinde ortak mülkiyet payı, kuvvetlendirilmiş nisbî hak olabileceğini, malın eklentisi üzerindeki hakkın da malın kısmen zapt edilmesi sonucunu doğurabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 161. Ayrıca bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 6. *Schaufelberger*, tereke eşyasına ilişkin olarak üçüncü kişinin bir nisbî hakka sahip olduğu hâllerde de mirasçıların, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin birinci fıkrası atfıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinden 192. maddesine kadarki hükümleri karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 192. maddeden başlayarak 195. maddeye kadarki hükümleri çerçevesinde sorumluluklarının gündeme geleceğini ifade etmektedir. Konuya ilişkin olarak *Honsell*, mal üzerinde üçüncü kişiye ait bir nisbî hakkın, bu çerçevede bir alacak hakkının bulunmasının, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna yol açmayacağını, bu hakların alıcının menfaatlerini zedelediği oranda, Türk Borçlar Kanunu'nun 96. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 97. maddesi anlamında satıcının borcunu kötü ifa etmesi sayılacağını ifade etmektedir. Bkz. **HONSELL**, s. 68.

[1002] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 150; **YAVUZ**, s. 84; **ARAL**, Borçlar, s. 103.

sorumlu olmayacağı; bu bağlamda Türk Medenî Kanunu'nun anılan hükümlerinin zapta karşı tekeffülden doğan sorumluluğun uygulama alanını önemli ölçüde daralttığı[1003] ifade edilmiştir. Öğretide *Escher*,[1004] miras ortaklığının üzerinde hak sahibi olmadığı bir mala ilişkin olarak, bu malın kendisine özgülendiği mirasçının, malı iktisab ettiği anda iyiniyetli olması durumunda, eğer söz konusu durum iyiniyetle hakkın kazanılabileceği bir hâl ise, mülkiyeti kazanacağını ve bu hâlde mirasçıların zapta karşı tekeffülden sorumluluklarının gündeme gelmeyeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu, alıcının iyiniyetli olmadığı, başka bir ifade ile zapt tehlikesini bildiği veya tahmin edebildiği durumlarda, Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinin ikinci fıkrası gereği, satıcının özel olarak zapta karşı tekeffülden sorumluluğu üstlenmiş olduğu durumlar ile satılan taşınır malın üçüncü kişinin elinden rızası hilafına çıkmış olduğu ve bu kimsenin alıcı lehine işleyen beş yıllık kazandırıcı zamanaşımı dolmadan önce üstün

---

[1003] **ARAL**, Borçlar, s. 103; **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, 2006, s. 114. *Serozan*, iyiniyete dayanarak bu şekilde hak kazanılmasının teorik olarak önem arzeden zapta karşı tekeffül sorumluluğunu, pratik açıdan önemsiz bir konuya çevirdiğini ifade etmektedir. Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinden başlayarak 193. maddesine kadar olan hükümleri karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinden itibaren 196. maddeye kadarki hükümlerinde düzenlenmiş olan zapta karşı tekeffül sorumluluğunun uygulama alanının iyiniyetle hakkın kazanılmasını doğuran hükümlerle sınırlanmış olduğuna ilişkin olarak bkz. **HONSELL**, s. 69.

[1004] Bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 4. *Escher*, bu durumun ancak birden fazla mirasçının varlığı hâlinde söz konusu olacağını; zira, birden fazla mirasçının varlığı hâlinde ortada miras ortaklığı ile malın kendisine özgülendiği mirasçı arasında gerçekleşen paylaşma işleminin sağlararası bir işlem olduğunu, böylelikle mirasçının kendisine özgülenen mal üzerindeki hakkı sağlar arası bir işlemle kazandığını ve işte bu hâlde eğer ilgili mirasçı iyiniyetli ise, iyiniyetin korunduğu durumdan faydalanarak malik olacağını belirtmektedir. *Escher*, bu çerçevede, eğer mirasbırakanın tek bir mirasçısı varsa, bu tek mirasçının mirasbırakanın külli halefi olarak, mirasbırakanın iyiniyetli olması durumunda iyiniyetli sayılacağını; mirasbırakanın kötüniyetli olması durumunda ise, kötüniyetli sayılacağını ifade etmektedir. *Escher* tarafından ileri sürülen bu görüşün temelinde, paylaşma işleminin, mirasçıya özgülenecek hususların miras ortaklığından mirasçıya devredilmesi ile gerçekleştiği fikri yatmaktadır. Öğretide *Ayiter* de, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 614. maddesinin birinci fıkrasında mirasçıların birbirlerine karşı özgüleme konusu mallarla ilgili sorumluluklarında, satım hükümlerine ve dolayısıyla satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atfın uygulama alanının sınırlı olduğunu; zira, mirasçının, miras ortaklığının ilgili mal üzerinde hak sahibi olmadığını bilmediği durumlarda, iyiniyetli olması sonucunda malın mülkiyetini kazanacağını ve zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasının gündeme gelmeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **AYİTER**, Miras, s. 264. *Wolf*, paylaşma işleminin bir hakkın devri işlemi olmadığını, paylaşmanın, diğer mirasçıların özgüleme konusu şey üzerindeki haklarından özgülemenin kendisine yapılacağı mirasçı lehine vazgeçmeleri ile gerçekleştiğini belirterek, iyiniyetle hakkın iktisâbının ancak bir devir işlemi söz konusu ise gündeme geleceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede Wolf'e göre, mirasçının, miras ortaklığına ait olmayan bir şeyin üzerinde hak sahipliğini iyiniyetle kazanması mümkün değildir. Bkz. **WOLF**, s. 332. *Wolf*, *Escher* tarafından ileri sürülen görüşün eleştirisine de yer vermiştir. Bkz. s. 333, dpn. 1917.

hakkını alıcıya karşı ileri sürdüğü hâllerde söz konusu olacaktır.[1005] Bu bağlamda *Escher*,[1006] mirasçıların İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesini karşılayan 637. maddesindeki atıfla, Türk Medenî Kanunu'nun 189. maddesi ve devamı maddelerini karşılayan, 192. maddesi ile devamı maddelerinin, mirasçıların paylaşmanın tamamlanmasından sonra söz konusu olan sorumluluklarına uygulanabilmesi için, mirasçıya özgülenen bir mala ilişkin olarak kötüniyetli olan, bu çerçevede zapt tehlikesini bilen veya tahmin edebilen mirasçıya karşı, diğer mirasçıların açık bir şekilde zapt durumunda sorumlu olacaklarını tekeffül etmiş olmaları veya malın malikinin elinden rızası dışında çıktığı bir durumda iyiniyetli mirasçının özgüleme konusu malın mülkiyetini kazanmasından, başka bir ifade ile beş yıllık sürenin dolmasından önce malın maliki olan kimse tarafından mirasçıya karşı zaptı oluşturan dâvanın açılması gerektiğini belirtmektedir.

Bu çerçevede satıcının zapta karşı tekeffülden sorumluluğunun bir diğer şartını, alıcının zapt tehlikesini bilmiyor olması veya satıcının zapt tehlikesini bilen alıcıya karşı, ayrıca zapt durumunda sorumlu olacağını taahhüt etmesi oluşturur (BK m. 189/II). Öğretide de belirtildiği üzere,[1007] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında, satım akdinde satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf çerçevesinde, mirasçıların malın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı zapta karşı

[1005] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 150. İsviçre Borçlar Kanunu bakımından satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğünün malın malikinin elinden rızası hilafına çıktığı durumlar ile satıcının zapt tehlikesini bildiği, ancak satıcı tarafından kendisine zapta karşı ayrıca tekeffülde bulunulduğu hâllerde söz konusu olacağına ilişkin olarak bkz. **HONSELL**, s. 69-70.

[1006] Bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 4. *Escher*, bu iki hâle ek olarak, maddî varlığa sahip olmayan malların özgülenmesi durumunu da belirmektedir.

[1007] **ÖZTAN**, s. 408; **İMRE**, s. 915; **İMRE/ERMAN**, s. 551; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 346-347; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 117. *Kılıçoğlu*, her iki eserde de, konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın (7. HD, 6.7.1978; 10016 s. K), paylaşmada kendisine düşen yerin mer'a olduğu iddiası karşısında, hazinenin buna ilişkin hakkının kesinlik kazanmamış olması, kaldı ki paylaşma sırasında bu yerin mer'a olduğunun mirasçı tarafından bilindiği gerekçesiyle paylaşma sözleşmesinin bozulma isteğini reddetmiş olduğunu belirtmiştir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 117, dpn. 23, KAŞIKÇI, Mehmet, Uygulamada Yeni Kadastro Kanunu, İstanbul, 1988, s. 448-449, 468'e atfen. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında, İsviçre Borçlar Kanunu'nun zapta karşı tekeffül hükümlerine yapılan atfın, mirasçıların sorumluluğuna uygulanmasında, aynı görüş için bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4.

tekeffülden sorumlu olmaları için de, ilgili mirasçının zapt tehlikesini bilmiyor olması veya zapt tehlikesini bilen mirasçıya karşı, diğer mirasçılar tarafından ayrıca ve açıkça zapt durumunda sorumlu olunacağının taahhüt edilmesi gerekir.

Satıcının zapta karşı sorumluluğunda, üçüncü kişinin "satım akdinin kurulduğu anda" mal üzerinde üstün hakka sahip olması[1008] gereğine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinin birinci fıkrasının kıyasen uygulanması yoluyla, mirasçıların zapta karşı tekeffül sorumlulukları bakımından da, üçüncü kişinin zapta temel teşkil eden hakkının, en geç paylaşmanın gerçekleştiği anda mevcut olması gerektiği belirtilmektedir.[1009]

Satım akdinde üçüncü kişinin, satılan mal üzerindeki üstün hakkını dâva yoluyla ileri sürmesinin şart olup olmadığıyla ilgili olarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun, alıcının satım konusu malı, üçüncü kişi tarafından açılmış bir dâva olmaksızın üçüncü kişiye bıraktığı hâllerde, alıcının malı üçüncü kişiye bırakmak mecburiyetinde olduğunu, başka bir ifade ile üçüncü kişinin mal üzerinde üstün hak sahibi olduğunu ispat etmesi koşuluyla, satıcının zapta karşı tekeffülden sorumlu olacağını düzenleyen 194. maddesinin ikinci fıkrası, Borçlar Kanunu'muzun bu maddeyi karşılayan 191. maddesine alınmamıştır. Bu çerçevede öğretide bazı yazarlar,[1010] Türk Hukuku bakımından, alıcının, üçüncü kişinin üstün hakkını üçüncü kişi tarafından

---

[1008] Bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 152; **YAVUZ**, s. 85; **ARAL**, Borçlar, 104.

[1009] **İMRE**, s. 915; **ÖZTAN**, s. 408. Borçlar Kanunu'nun 189. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin birinci fıkrasının mirasçıların zapta karşı tekeffül sorumluluğunda kıyasen uygulanmasında üçüncü kişinin zapta temel teşkil eden hakkının en geç paylaşmanın gerçekleştiği anda mevcut olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4; **ESCHER**, Art. 637, N. 5; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 914; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 7. Yazar, zaptın varlığına ilişkin olarak dikkate alınması gereken anın hasarın geçtiği (Gefahrübergang) an, başka bir ifade ile yazılı paylaşma sözleşmesinin akdedildiği, elden paylaşmanın gerçekleştirildiği an olduğunu belirtmektedir.

[1010] **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, İstanbul, 1980, s. 253; **BİLGE**, Necip, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 1971, §. 4, II, 2, d; **ARSLANLI**, Halil, Ticarî Bey, I. Cilt, Umum Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa, İstanbul, 1955, s. 79; **SEROZAN**, Borçlar, s. 114. *Serozan*, dâva açılmış olmamasına rağmen malı üçüncü kişiye teslim eden alıcının zapt hükümlerinden yararlanmasına olanak tanıyan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasının Borçlar Kanunu'nun 191. maddesine alınmamış olmasının isabetli olduğunu; zira, bu kuralın ülkemizde kötüye kullanılabileceğini ifade etmektedir.

açılmış bir dâva olmaksızın tanıdığı hâllerde, satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğünün söz konusu olmayacağını ileri sürmüşlerdir. Öte yandan, diğer bazı yazarlar,[1011] İsviçre Borçlar Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasının Borçlar Kanunu'nun 191. maddesine alınmamış olmasının bir yanılgı eseri olduğunu, üçüncü kişinin tamamen haklı göründüğü bir durumda, alıcının zapta karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanabilmesi için kendisine dâva açılmasını beklemeye zorlanmasının haksızlık olacağını belirtmektedirler. Nitekim Yargıtay da daha önceki yıllarda vermiş olduğu kararlarda,[1012] İsviçre Borçlar Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasının Türk Hukuku bakımından uygulama alanı bulmayacağını kabul etmekte iken, daha sonraki yıllarda vermiş olduğu kararlarda,[1013] İsviçre Borçlar Kanunu'nun anılan hükmünün Borçlar Kanunu'nun 191. maddesine alınmamış olmasına rağmen, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun doğumunda göz önüne alınacağını kabul etmiştir. Öte yandan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda "Mahkeme kararı olmaksızın geri verme" kenar

---

[1011] **ARAL**, Borçlar, s. 105-106; **YAVUZ**, s. 86; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. II, İstanbul, 1976, s. 212-213. *Tunçomağ*, Borçlar Kanunu'nun 191. maddesine alınmamış olmasına rağmen, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasının, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında (28.11.1945 tarih ve 13/15 sayılı İBK, RG. 22.7.1946, S. 6365), kanunlarımızın yorumunda asıllarının da göz önünde tutulması gerektiğine ilişkin görüşü de dikkate alındığında Türk hukuku bakımından da uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 154. *Tandoğan*, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasının Türk Hukuku bakımından da uygulanmasının doğru olacağını, ancak pozitif hukuk dikkate alındığında, Yargıtay bu konuda içtihat geliştirmedikçe, üçüncü kişinin üstün hakkını, onun dâva açmasını beklemeksizin tanıyan alıcının zapta karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamamak tehlikesi ile karşı karşıya kalacağını belirtmektedir.

[1012] Satıcının alıcıya karşı zapta karşı tekeffül yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, üçüncü kişinin üstün hakkını alıcıya karşı açtığı bir dâva ile ileri sürmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. **YAVUZ**, s. 86, dpn. 13; **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 153, dpn. 20.

[1013] Yargıtay 13. HD, 26.3.1986, 1812/1811 s. K. (**KARAHASAN**, C. V, s. 148'den naklen.); Yargıtay 13. HD, 4.6.1987, 2975/3304 s. K. (YKD, 1988, s. 669); Yargıtay 13. HD, 21.11.1988, 3920/5535 s. K. (YKD 1989, s. 1601-1602); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak vermiş olduğu 4.3.1983 tarih ve 8041/2833 sayılı Kararında, "Borçlar Yasasının 191 ve ardından gelen maddeleri amaççı bir yorumla gözlendiğinde, zapt olayından bahsedilebilmesi için; muhakkak bir dâva açılması koşulunun gerek olmadığı kuşku vermeyecek bir biçimde izlenir. Çünkü satıcının zapta karşı tekeffül borcu, alıcının eşyayı geri vermeye (terk etmeye) zorunlu kaldığını ispat etmesi hâlinde de vardır. Eş deyişle üçüncü kişiye malı terk etmek zorunda kaldığını ispatlayan alıcı, satıcıya karşı sözleşmeden doğan hakkını kullanabilir. Üçüncü kişinin tamamen haklı göründüğü hâllerde, alıcının Borçlar Kanunu'nun m. 189'a dayanabilmek için, kendisine dâva açılmasını beklemeye zorlanması haklı sayılamaz. Zira, maddî ve hukukî olgulara göre, dâva neticesinde malın alıcının elinden alınacağı açık ise, alıcıyı gereksiz bir beklemeye tabi tutmak, zararın artmasına neden olur ki bu yön yasaca üstün görülemeyeceği gibi bu doğrultudaki bir sav da MK m. 2'ye aykırılık olur." şeklinde hüküm tesis etmiştir. (**UYGUR**, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. III, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 324-325'ten naklen.)

başlığını taşıyan 215. maddenin birinci fıkrasının birinci bendinde "Alıcı, bir mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermişse, satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı geri vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder." ifadesini taşımaktadır.[1014] Bu çerçevede, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında Borçlar Kanunu'nun satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf, her ne kadar Borçlar Kanunu'nun 191. maddesinde, söz konusu maddeyi karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasına yer verilmemişse de, ilgili 194. maddenin ikinci fıkrası, mirasçılardan birine özgülenen bir mal üzerinde üçüncü kişinin dâva açmaksızın üstün hakkını ileri sürmüş olduğu durumlarda, eğer mirasçı üçüncü kişiye ait üstün hakkı haklı gerekçelerle tanımışsa uygulama alanı bulacak, dolayısıyla mirasçıların zapta karşı tekeffülden sorumlu olmaları sonucunu doğuracaktır.[1015]

Üçüncü kişinin üstün hakkını dâva yoluyla ileri sürmesinde, Borçlar Kanunu'nun 190. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, alıcı, üçüncü kişi tarafından açılan dâvayı satıcıya ihbar yükümünü[1016] yerine getirmeli ve bildirim üzerine satıcı, alıcı aleyhine açılan dâvaya, alıcı lehine müdahale etmeli veya alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı husumet ve müdafaada

---

[1014] Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 215. maddesinde, birinci bentte alıcının mahkeme kararını beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermiş olduğu durumlarda ve ikinci bentte alıcının üçüncü kişinin kendisine karşı dâva açmasını beklemeden, satıcıyı, satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dâva yoluyla gecikmeksizin uyarmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuş olduğu durumlarda, her iki bentte düzenlenmiş hâller bakımından alıcının satılanı geri vermekle yükümlü olduğunu ispatlaması durumunda satıcının sorumluluğunun devam edeceği düzenlemesine yer verilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ise alıcının üçüncü kişinin mal üzerindeki üstün hakkını hakeme gitme yoluyla tanıması, 191. madde çerçevesinde ancak üçüncü kişinin alıcı aleyhine açtığı dâvanın satıcıya bildirilmesi ve fakat satıcının dâvaya yardım etmemesi hâlinde söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 157; **ARAL**, Borçlar, s. 107; **YAVUZ**, s. 87.

[1015] İsviçre Borçlar Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasının İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıf dolayısıyla, mirasçıların zapta karşı tekeffülden sorumluluğu bakımından uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 5.

[1016] Alıcının, satım sözleşmesinde kendisine satılan mal üzerinde üçüncü kişinin, dâva açmak suretiyle üstün hakkını ileri sürmesi durumunda, açılmış olan bu dâvayı satıcıya ihbar yükümü, gerçek anlamda bir yükümlülük değil, külfet (*Obliegenheit*) teşkil eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 155. *Tandoğan*, alıcının dâvayı ihbar külfetinin, üçüncü kişinin satılan mal üzerindeki üstün hakkını alıcı aleyhine açtığı bir dâva yoluyla ileri sürmesi durumu ile üçüncü kişinin alıcı aleyhine dâva açmış olmadığı, ancak alıcının üçüncü kişi aleyhine tespit dâvası açması durumunda söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. TANDOĞAN, C. I/1, s. 155.

bulunmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf çerçevesinde, üçüncü kişinin kendisine özgülenen mala ilişkin üstün hakkını dâva açarak ileri sürdüğü mirasçı, kendisi aleyhine açılan dâvayı diğer mirasçılara ihbar etmeli[1017] ve bunun üzerine diğer mirasçılar da, açılan dâvaya ilgili mirasçı lehine müdahale etmeli veya ilgili mirasçının yerine geçerek üçüncü kişiye karşı husumet ve müdafaada bulunmalıdırlar. Borçlar Kanunu'nun 190. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, alıcı üçüncü kişi tarafından açılan dâvayı satıcıya hiç veya zamanında ihbar etmediği takdirde, satıcı kendisine zamanında ihbarda bulunulmuş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispatladığı ölçüde alıcıya karşı sorumlu olmaktan kurtulur.[1018] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf dolayısıyla, mirasçılardan birine özgülenen bir mala ilişkin olarak üçüncü kişi, ilgili mirasçı aleyhine açtığı dâva ile üstün hakkını ileri sürer ve fakat ilgili mirasçı, aleyhine açılan dâvayı diğer mirasçılara ihbar yükümünü hiç veya zamanında yerine getirmezse, diğer mirasçılar zamanında ihbar yükümü yapılsaydı ne ölçüde daha iyi bir sonuç elde edileceğini ispatladıkları oranda, zapta karşı tekeffül yükümlülüğü çerçevesinde ortaya çıkan sorumluluktan payları ile orantılı olarak[1019] kurtulurlar.[1020] Borçlar Kanunu'nun 190. maddesinin ikinci fıkrası[1021] çerçevesinde, alıcının ihbar yükümlülüğünü

[1017] **DURAL/ÖZ**, s. 500. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddenin ikinci fıkrasında zapt hükümlerine yapılmış olan atıf çerçevesinde, mirasçının, üçüncü kişi tarafından malın zaptına yönelik olarak açılan dâvayı diğer mirasçılara ihbar yükümü bulunduğuna ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 10.

[1018] 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 190. maddesinin üçüncü fıkra düzenlemesini karşılayan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 214. maddesinin üçüncü fıkrasında da aynı düzenlemeye yer verilmiştir.

[1019] Yukarıda da belirtildiği üzere, zapta karşı tekeffül yükümlülüğü çerçevesinde ortaya çıkan sorumluluğa, malın kendisine özgülendiği mirasçı da dahil olmak üzere bütün mirasçılar mirasçılar payları oranında katlanırlar. Bkz. Beşinci Bölüm, §. 13, III.

[1020] **DURAL/ÖZ**, s. 500.

[1021] Borçlar Kanunu'nun ilgili 190. maddesinin ikinci fıkrası, "İhbar, müdahale ve müdafaaya müsait bir zamanda yapılmış ise alıcının aleyhinde hasıl olan neticei hükmiye alıcının hilesi veya ağır bir hatası eseri olduğu ispat edilmedikçe satıcıya da sâri olur" ibaresini ihtiva etmektedir. Madde metninde alıcının ağır hatasından bahsedilmesine rağmen, ilgili hüküm, Borçlar Kanunu'nun 190. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 190. maddesinin ikinci fıkrası düzenlemesindeki "ağır kusur" olarak tercüme edilebilecek "*grobe Fährlassigkeit*" ifadesine uygun olarak "alıcının hatası" olarak değil "alıcının ağır kusuru olarak anlaşılmaktadır. Bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 155; **ARAL**, Borçlar, s. 106. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 190. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 214. maddesinin ikinci fıkrasında ise alıcının

yerine getirmesi ve ancak satıcının alıcı lehine dâvaya müdahale etmemesi ve alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı husumet ve müdafaada bulunmaması durumunda, alıcı aleyhine verilen hüküm, satıcı, hükmün alıcının hilesi veya ağır kusuru neticesinde verilmiş olduğunu ispat etmedikçe, satıcıyı da bağlayacaktır. Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmü, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesi hükümlerine yapılan atıf dolayısıyla, mirasçıların içlerinden birine özgülenen malın üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi durumunda zapta karşı tekeffül yükümlülüklerinde de uygulanacaktır. *Escher*,[1022] İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde mirasçıların zapta karşı tekeffül sorumluluğunun, malı zapt edilen mirasçının zapt bakımından kusurlu olması durumunda uygulanmayacağını ifade etmektedir.

Satım akdinde, satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğünün bir diğer şartını, zapta karşı tekeffül sorumluluğunun bertaraf edilmemiş olması oluşturur. Bu çerçevede Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde, satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğünü kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalar, satıcının üçüncü kişinin hakkını alıcıdan gizlemiş olması hâli dışında geçerli olur.[1023] Türk Medenî Kanunu'nun 679.

---

hilesinden bahsedilmeyip sadece alıcının ağır kusuruna yer verilmiştir. Öte yandan öğretide bazı yazarlar, bu fıkra hükmünün, alıcının üçüncü kişi tarafından açılan dâvayı satıcıya ihbar etmiş olduğu ve fakat satıcının alıcı lehine dâvaya müdahale etmemiş ve alıcının yerine geçerek üçüncü kişiye husumet ve müdafaada bulunmamış olduğu hâllerde uygulanacağını belirtmektedirler. Bkz. TANDOĞAN, C. I/1, s. 155; ARAL, Borçlar, s. 106; **YAVUZ**, s. 87. *Serozan* ise, Borçlar Kanunu'nun 190. maddesinin ikinci fıkrası düzenlemesi çerçevesinde, alıcı aleyhine verilen hükmün alıcının hilesi veya ağır kusuru sonucu gerçekleştiğinin satıcı tarafından ispat edilmesi suretiyle satıcının sorumluluktan kurtulma imkânının, yapılan ihbar üzerine satıcının alıcıya yardım etmediği hâllerde olduğu kadar, yardım ettiği hâllerde de söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. **SEROZAN**, Borçlar, s. 118.

[1022] **ESCHER**, Art. 637, N. 7. *Escher*, mirasçıların, içlerinden birine özgülenen malın zapt edilmesinden sorumluluklarında, mirasçının örneğin kazandırıcı zamanaşımının dolmuş olmasına dayanmayı ihmâl etmesinde olduğu gibi malın üçüncü kişi tarafından zapt edilmesinde kusurlu olması durumunda diğer mirasçıların zapta karşı tekeffül yükümlülüğünün söz konusu olmayacağını ifade etmektedir.

[1023] **YAVUZ**, s. 84; **ARAL**, Borçlar, s. 109; **SEROZAN**, Borçlar, s. 118; **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 149. Tandoğan, zapta karşı tekeffül yükümlülüğünü bertaraf eden veya sınırlandıran anlaşmaların geçersizliğinde, satıcının üçüncü kişinin hakkını bildiği ve alıcının bunu bildiği hâlde ses çıkarmadığı

maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf çerçevesinde, mirasçıların özgüleme konusu mallara ilişkin olarak sorumluluğu ortadan kaldırmaları veya sınırlandırmalarında da,[1024] üçüncü kişinin hakkı, diğer mirasçılar tarafından, kendisine özgülenen mal, üçüncü kişi tarafından zapt edilen mirasçıdan gizlenmişse, sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran anlaşma geçersiz olacaktır.[1025]

Borçlar Kanunu'nun, tam zapt hâlinde alıcının haklarını düzenleyen 192. maddesinin ilk fıkrası "Satılanın tamamen zapt edilmesi hâlinde satım münfesih olur" ifadesini içermektedir.[1026] Bu çerçevede öğretide bazı yazarlar,[1027] tam zapt hâlinde, sözleşmeden dönme beyanının aranmadığını, sözleşmenin kendiliğinden ortadan kalkacağını savunmakta iken; diğer bazı yazarlar,[1028] bu madde ile alıcıya sözleşmeden dönme hakkının tanındığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.[1029] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna yapılan atıf, öğretide,[1030] bu madde hükmü ile satım

---

hâllerde ancak, zapta karşı tekeffülden sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran anlaşmaların geçersiz olduğunu belirtmektedir.

[1024] *Tuor/Picenoni*, mirasçıların zapta karşı tekeffül yükümlülüğünü ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalarının paylaşmaya konu olan bütün mallara ilişkin olabileceği gibi, belli bir veya birkaç mala ilişkin de olabileceğini belirtmektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 2.

[1025] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733; **İMRE**, s. 914; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 345; **İMRE/ERMAN**, s. 550; **TUOR/PICENONI**, Art. 637; N. 2; **ESCHER**, Art. 637, N. 7.

[1026] İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 195. maddesinin birinci fıkrası da, eğer zapt tam zaptsa, "sözleşme feshedilmiş/münfesih addedilir" (*als aufgehoben zu betrachten*) ifadesini ihtiva etmektedir.

[1027] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 158; **YAVUZ**, s. 89; **ARAL**, Borçlar, 107.

[1028] **SEROZAN**, Borçlar, s. 119. *Serozan*, daha önce Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinde sözleşmenin münfesih olacağına ilişkin bir karinenin bulunmakta olduğunu ve alıcının Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi çerçevesinde müspet zararının tazmin edilmesini talep ederek sözleşmeyi ayakta tutmasıyla bu karineyi çürütebileceğini savunmaktaydı. Bkz. **SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 300-301. Borçlar Kanunu'nun 192. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinde, alıcıya sözleşmeden dönme hakkının verilmiş olduğuna ilişkin olarak bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 195, N. 5.

[1029] Öğretide ileri sürülen ve fakat konumuzla doğrudan ilgisi olmadığı için ayrıntılı olarak burada yer vermediğimiz bir diğer görüşü de, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesi ile, tam zapt durumunda sözleşmenin münfesih olacağı karinesinin getirilmiş olduğu görüşü oluşturur. (Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 158, dpn. 38.

[1030] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 117; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347; **DURAL/ÖZ**, s. 500. İsviçre öğretisinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında, satım sözleşmesinde zapt hükümlerine yapılan

sözleşmesinde alıcıya, sözleşmeden dönme (*Rückgängigmachung*) hakkının tanındığı şeklinde ele alınmaktadır. Bu çerçevede öğretide bazı yazarlar,[1031] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf bakımından, mirasçıya özgülenen malın üçüncü bir kişi tarafından tam zaptı hâlinde kural olarak sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığını; zira, çoğu zaman mirasçıya özgülenen payın tamamı bakımından değil, bu pay içerisinde yer alan bir veya birkaç mal bakımından zaptın söz konusu olacağını ifade etmektedirler. Dolayısıyla ilgili görüşü savunan yazarlara göre, mirasçıya düşen payın tamamı üzerinde tam zapt durumu gerçekleşirse ancak, ilgili mirasçı için sözleşmeden dönme hakkı söz konusu olacaktır.[1032] Öte yandan diğer bazı yazarlar,[1033] mirasçıya özgülenen bir veya birkaç malın zaptında, zapta konu olan mal, mirasçının payının tamamını oluşturmasa dahi, malın kendisine özgülendiği mirasçının sözleşmeden dönme hakkının bulunduğunu ileri sürmektedirler.

Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin birinci fıkrasında, tam zapt durumunda sözleşmenin münfesih olacağı belirtildikten sonra, alıcının satıcıdan talep edebileceği hususlar dört bent hâlinde sayılmıştır.[1034] Bu

---

atıfla ilgili açıklamalarında sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi olarak tercüme edilebilecek "*Rückgängigmachung*" kavramına yer veren yazarlar için bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5; **ESCHER**, Art. 637, N. 8; yine sözleşmeden dönme olarak tercüme edilebilecek "*Rücktritt*" kavramı için bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 914.

[1031] İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf gereği, özgüleme konusu malın tam zaptı hâlinde genelde ilgili mirasçının sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 8; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5. Türk Hukuk öğretisinde *Dural/Öz*, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinde yer alan atfın, sözleşmeden dönme hakkının paylaşmanın mahiyetine uymadığı gerekçesiyle, mirasçı için sözleşmeden dönme hakkını içermediğini savunmaktadır. Bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 500.

[1032] Görüşü savunan yazarlardan *Tuor/Picenoni*, paylaşma sözleşmesinden dönme hakkının çoğu durumda (zapt mirasçıya özgülenen payın tamamına ilişkin değilse), söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art, 637, N. 8.

[1033] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 117; **KILIÇOĞLU**, Miras, 347. *Kılıçoğlu*, konuya ilişkin olarak, mirasçıya özgülenen payda yer alan bütün malların zaptında olduğu gibi, payın bir kısmının zaptında da sözleşmeden dönme hakkının bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin birinci fıkrasında satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atfın, zapt mirasçının payının tamamı üzerinde olsun veya olmasın, mirasçıya, paylaşma sözleşmesinden dönme hakkı vereceğine ilişkin olarak bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 915.

[1034] Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinde satılan şeyin tam olarak zaptı hâlinde alıcı satıcıdan, satılandan elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği semereler düşülmek üzere semenin faiziyle birlikte iadesini (BK m. 192/ b. 1); satılanı zapteden üçüncü kişiden alamayacağı masrafları (BK m. 192/b. 2); dâvayı satıcıya ihbar etmekle kaçınılması mümkün olanlar dışında kalan bütün muhakeme masrafları

çerçevede, malın tam zaptında alıcı satıcıdan, elde ettiği ve elde etmeyi ihmâl ettiği semereler düşülmek üzere ödemiş olduğu semenin faiziyle birlikte iadesini; satılana yaptığı ve üçüncü kişiden talep edemeyeceği masrafları, dâvayı satıcıya ihbar etmekle kaçınılması mümkün olanlar hariç olmak üzere muhakeme masrafları ve muhakeme dışı masrafları ve doğrudan satılanın zapt edilmesinden doğan doğrudan doğruya zararları talep edebilir. Satıcı, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin birinci fıkrasında dört bent hâlinde sayılan bu hususlar bakımından malın zapt edilmesinde kusuru bulunmasa da sorumludur. Başka bir ifade ile satıcı, zapt olayında herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat etse dahi, alıcı ilgili maddede dört bent hâlinde sayılan bu hususları satıcıdan talep edebilir.[1035] Öğretide *Escher*,[1036] İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna yapılan atıf dolayısıyla, zapt sonucu kendisine özgülenen mal elinden çıkan mirasçının, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinin birinci fıkrasında dört bent hâlinde sayılan hususları talep edebileceğini belirtmektedir. Diğer bazı yazarlar[1037] ise, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin birinci fıkrasında dört bent hâlinde sayılan hususların talep edilmesinden açıkça bahsetmemekle beraber, aynı anlama gelecek şekilde, mirasçıya özgülenen malın tam zaptı durumunda,

---

ile muhakeme masrafları dışında kalan masrafları (BK m. 192/ b. 3); doğrudan doğruya satılanın zaptından doğan diğer zararları (BK m. 192/b. 4) talep edebilir.

[1035] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 160; **YAVUZ**, s. 90; **ARAL**, Borçlar, s. 108. *Aral*, satım akdinde satılan malın tam zaptı durumunda, "Alıcının tazminat talepleri" başlığı altında incelediği alıcının zapttan doğan hakları bakımından satıcının kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 108. *Tandoğan* ise, doğrudan "kusursuz sorumluluk" ifadesini kullanmamakla beraber, satılan malın tam zaptında, satıcının doğrudan satılanın zapt edilmesinden doğan zararlar başka bir ifade ile zapt sonucunda alıcının uğradığı "doğrudan zararlar" bakımından satıcının kurtuluş kanıtı getiremeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. TANDOĞAN, C.I/1, s. 160. Borçlar Kanunu'nun 192. maddesini karşılayan, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinde sayılan ilgili hususlar bakımından satıcının alıcıya karşı sorumluluğunda, satıcının kursunun aranmayacağına ilişkin olarak bkz. **HONSELL**, s. 69.

[1036] **ESCHER**, Art. 637, N. 9.

[1037] **ÖZTAN**, s. 408; **İMRE**, s. 915; **İMRE/ERMAN**, s. 551; **DURAL/ÖZ**, s. 500. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf çerçevesinde, kendisine özgülenen mal zapt edilen mirasçının tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4.

ilgili mirasçının, zararının tazmin edilmesini talep edebileceğini ifade etmektedirler. Borçlar Kanunu'nun 192. maddesi çerçevesinde tam zapt hâlinde, alıcının tazmin edilmesini talep edebileceği zararlar, zapt nedeniyle uğradığı doğrudan zararlar ile dolaylı zararlardır.[1038] Öğretide ileri sürülen baskın görüş[1039] çerçevesinde, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde belirtilen "doğrudan zarar", malın zapt edilmesi nedeniyle alıcının uğradığı menfî zarara[1040] tekabül eder. Bu çerçevede alıcı, örneğin sözleşmenin yapılmasına ilişkin masrafları, malın teslim alınması, taşınması ve muhafazası masraflarını talep edebilecektir.[1041] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffül hükümlerine ve bu çerçevede Borçlar Kanunu'nun 192. maddesine yapılan atıf çerçevesinde kendisine özgülenen malın tam zaptında, uğradığı menfî zararı talep edebilecektir. Ancak öğretide *Escher*,[1042] İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679.

[1038] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 160; **YAVUZ**, s. 90; **ARAL**, Borçlar, s. 108-109.

[1039] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 160; **YAVUZ**, s. 90. Borçlar Kanunu'nun 192. maddesini karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 195. maddesinde satılanın tam zaptı nedeniyle alıcının uğradığı doğrudan zarardan alıcının menfî zararlarının anlaşılmasının gerektiğine ilişkin olarak bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 195, N. 7. Öğretide, *Giger* tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "doğrudan zarar" ibaresinden, alıcının zapt nedeniyle uğradığı fiilî zarar anlaşılmalıdır. Bkz. **GIGER**, H., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt. , 1. Teilband, Kauf und Tausch- dir Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen – der Fahrniskauf, Art. 195, N. 34. (ARAL, Borçlar, s. 109, dpn. 23'ten naklen.) Öte yandan öğretide, ilgili maddede geçen "doğrudan zarar"ın, zapt olayı ile uygun illiyet bağı içinde olan zararları ifade ettiğini ileri süren yazarlar mevcuttur. Bkz. **SCHUBIGER**, A., Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung, Bern, 1957, s. 77; **FISCHER**, W., Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Zürich, 1973, s. 286 vd.; **FURRER**, R., Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Zürich, 1973, s. 27; **KELLER/SIEHR**, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich, 1995, s. 62 vd. (ARAL, Borçlar, s. 109, dpn. 22'den naklen.) Ayrıca bkz. von **TUHR/PETER**, s. 88-89;

[1040] Menfî zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçersiz olmasından doğan zarar olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **EREN**, s. 1014; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 340. *Oğuzman/Öz*, menfî zararın, akdin hüküm ifa ettiğine veya kurulacağına güvenen kimsenin, akdin hüküm ifade etmemesi veya akdin kurulmaması hâlinde malvarlığının aldığı durum ile, ilgili kimse sözleşme yapmaya hiç kalkışmasa idi malvarlığının arz edeceği durum arasındaki fark olduğunu ifade etmektedir. Benzer bir tanım için bkz. **SEROZAN**, İfa, §. 16, N. 9. Borçlar Kanunu'nun zapta ilişkin hükümleri çerçevesinde, bir malın zapt edilmesi hâlinde sözleşmenin hükümsüz, bu çerçevede batıl olması veya kurulamaması değil, geçerli bir şekilde kurulan sözleşmenin malın tam zaptı ile en başından itibaren ortadan kalkması hâli söz konusudur. *Oğuzman/Öz*, borç ilişkisi geçersiz sayıldığı veya geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı hâllerde de menfî zararın talep edilebileceğini ifade etemektedir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 339, s. 417, dpn. 668.

[1041] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 160'tan naklen.

[1042] **ESCHER**, Art. 637, N. 9.

maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde zapt hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde, zapt sonucu kendisine özgülenen mal elinden çıkan mirasçının, menfî zararının tazmin edilmesini talep etmesi hâlinde, mirasın paylaşılmasının satım sözleşmesinden farklı bir karakter arz etmesi nedeniyle, benzer bir malın kazanılması fırsatının kaçırılmasından doğan zararın[1043] tazmin edilmesinin burada pratik önemi haiz olmadığını ifade etmektedir. Zapt nedeniyle ortaya çıkan dolaylı zararlara ilişkin olarak, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde satıcı, malın tam zaptında kusurunun bulunmadığını ispat ederek alıcıya karşı dolaylı zararları tazmin yükümlülüğünden kurtulma imkânına sahiptir.[1044] *Escher*,[1045] İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf çerçevesinde, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında, mirasçının kendisine özgülenen malın tam zaptından doğan dolaylı zararların tazminini talep etmesinde, diğer mirasçıların, malın zaptı bakımından kusurlu olmadıklarını kanıtlamak suretiyle ilgili mirasçıya karşı dolaylı zararları tazmin yükümlülüğünden kurtulabileceklerini ifade etmektedir. Öğretide ileri sürülen baskın görüşe[1046] göre Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin ikinci fıkrasında

---

[1043] Kaçılan fırsat olarak da adlandırılan bu menfî zarar kalemi, bir sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına veya sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenilerek başkası ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılması yüzünden uğranılan zarardır. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 417-418'den naklen. Benzer tanımlar için bkz. **EREN**, s. 1015; **SEROZAN**, İfa, §. 16, N. 9.

[1044] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 160; **YAVUZ**, s. 90; **ARAL**, Borçlar, s. 109.

[1045] **ESCHER**, Art. 637, N. 9.

[1046] **YAVUZ**, s. 90; **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 160, dpn. 45. *Tandoğan*, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "dolaylı zarar" kavramından müspet zararın anlaşılması gerektiğini kabul etmekle beraber, satılanın tam zaptı hâlinde sözleşme münfesih olduğundan, bu hâlde zararın menfî zarar olması gerektiğinin ileri sürebileceğini, konunun bu çerçevede öğretide tartışmalı olduğunu belirtmektedir. Öğretide *Giger*, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "dolaylı zarar" ibaresinden, alıcının zapt nedeniyle yoksun kalmış olduğu kârın anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. GIGER, H., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt. , 1. Teilband, Kauf und Tausch- dir Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen – der Fahrniskauf, Art. 195, N. 34. (ARAL, Borçlar, s. 109, dpn. 23'ten naklen.) Öte yandan öğretide, ilgili maddede geçen "dolaylı zarar"ın, zapt olayı ile uygun illiyet bağı içinde

yer alan “dolaylı zarar” ibaresi, alıcının malın zapt edilmesi nedeniyle uğradığı müspet zararı ifade etmektedir. Bu çerçevede, Türk Medenî Kanunu’nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf çerçevesinde, mirasçı, malın tam zaptı nedeniyle uğradığı müspet zararın da tazmin edilmesini talep edebilecektir.

Borçlar Kanunu’nun “Kısmen zapt hâlinde” kenar başlığını taşıyan 193. maddesinin birinci fıkrasında, satım konusu malın üçüncü kişi tarafından kısmen zapt edilmesi hâlinde, alıcının kural olarak sözleşmeden dönme hakkına sahip olmayıp, sadece bu nedenle uğradığı zararın tazminini talep edebileceği düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu’nun 679. maddesinin birinci fıkrasında, satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf dolayısıyla, kendisine özgülenen mal üçüncü kişi tarafından kısmen zapt edilen mirasçı da, kısmen zapt nedeniyle uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir. Öğretide,[1047] kısmen zapt hâlinde ödenecek tazminatın, tam zapt hâlinde alıcının sahip olduğu hakların düzenlenmiş olduğu Borçlar Kanunu’nun 192. maddesi çerçevesinde hesaplanacağı belirtilmektedir. Bu çerçevede alıcı, zaptın sonucu olarak malın değerinde azalmayı,[1048] diğer masraflarını ve zararını talep edebilecektir.[1049] Dolayısıyla, Türk Medenî Kanunu’nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf çerçevesinde, kendisine özgülenen mal kısmen zapt edilen mirasçı zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.[1050] Borçlar

---

olmayan zararları ifade ettiğini ileri süren yazarlar mevcuttur. Bkz. von **TUHR/PETER**, s. 88-89 ve ARAL, Borçlar, s. 109, dpn. 22’de adı geçen yazarlar.

[1047] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 161; **YAVUZ**, s. 91; **SEROZAN**, Borçlar, s. 120; **ARAL**, Borçlar, s. 109.

[1048] Kısmî zapt nedeniyle malın değerinde ortaya çıkan azalmanın Borçlar Kanunu’nun 202. maddesindeki esaslara göre hesaplanacağına ilişkin olarak bkz. **ARAL**, Borçlar, s. 109. Borçlar Kanunu’nun 193. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu’nun 196. maddesinde alıcı lehine hükmedilecek tazminatın, İsviçre Borçlar Kanunu’nun, Borçlar Kanunu’nun 202. maddesini karşılayan 205. maddesindeki esaslara göre hesaplanacağına ilişkin olarak bkz. **GIGER**, Art. 196, N. 9 (ARAL, s. 109’dan naklen.); **KELLER/SIEHR**, s. 65 (ARAL, s. 109’dan naklen.)

[1049] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 161; **YAVUZ**, s. 91.

[1050] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 117; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347; **ÖZTAN**, s. 408; **DURAL/ÖZ**, s. 500; **İMRE**, s. 915; **İMRE/ERMAN**, s. 551. İsviçre Medenî Kanunu’nun, Türk Medenî Kanunu’nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında

Kanunu'nun 193. maddesinin ikinci fıkrasında ise, alıcının kısmî zapt durumunu bilseydi satım sözleşmesini yapmayacağının hâlin icabından anlaşılabildiği durumlarda, alıcının sözleşmenin tamamen ortadan kalkmasını dâva edebileceği[1051] belirtilmektedir. Öğretide, mirasçıya özgülenen malın kısmen zaptında, mirasçının paylaşma sözleşmesinin ortadan kaldırılmasını dâva edemeyip, sadece kısmî zapt nedeniyle uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir.[1052] Öte yandan öğretide bazı yazarlar, mirasçıya özgülenen malın tam zaptında olduğu gibi, kısmen zaptı hâlinde de, kısmen zapt hâlinde alıcının sözleşmeden dönme talebine ilişkin hükmün kıyasen uygulanması yoluyla, mirasçının paylaşma sözleşmesinden dönme hakkının bulunduğunu kabul etmektedirler.[1053]

C) Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

Paylaşmanın tamamlanmasından sonra mirasçıya özgülenen mal ayıplı çıkarsa, ilgili mirasçı, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde, satılan malın ayıplı olması durumunda satıcının ayıba karşı tekeffül yükümlülüğünün[1054] sonucu olarak alıcının sahip olduğu hakları, diğer mirasçılara karşı ileri sürebilecektir.

---

zapt hükümlerine yapılan atıf nedeniyle, mirasçının kendisine özgülenen malın kısmen zapt edilmesi hâlinde tazminat talep edebileceğine ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5; **ESCHER**, Art. 637, N. 10; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 8.

[1051] Satım sözleşmesinde alıcıya özgülenen malın kısmen zapt edilmesi hâlinde, alıcının sözleşmeden dönebilmesi istisnaî bir durumdur ve bu hâlde sözleşme kendiliğinden münfesih olmayıp, sözleşmenin ortadan kalkması için hâkimin sözleşmenin ortadan kalkmasına karar vermesi gerekmektedir. Hâkim burada karar verirken, alıcının satım sözleşmesinin kurulması zamanında varsayılan iradesini araştıracaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 162; **YAVUZ**, s. 91. Ancak öğretide kısmen zapt hâlinde, "sözleşmeden dönme hakkı"ndan bahseden yazarlar da mevcuttur. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 222; **SEROZAN**, Borçlar, s. 120.

[1052] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 8; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5; **ESCHER**, Art. 637, N. 8, 9; **ÖZTAN**, s. 408; **DURAL/ÖZ**, s. 500; **İMRE**, s. 915; **İMRE/ERMAN**, s. 551.

[1053] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 117; **KILIÇOĞLU**, s. Miras, 347. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin birinci fıkrasında satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atfın, özgülemeye konu olan malın kısmen zaptı hâlinde de, mirasçıya, paylaşma sözleşmesinden dönme hakkı vereceğine ilişkin olarak bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 915.

[1054] Satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **EDİS**, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963.

Dolayısıyla, mirasçıların, özgülemeye konu olan mallardaki ayıplar bakımından birbirlerine karşı garanti sorumluluklarında Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümler, paylaşmanın niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır.[1055]

Mirasçıya özgülenen maldaki ayıp,[1056] diğer mirasçıların malın kendisine özgülendiği mirasçıya malda bulunduğunu vaat ettikleri niteliklerin veya mirasçının dürüstlük kuralı çerçevesinde malda bulunduğunu düşündüğü özelliklerin özgüleme konusu malda bulunmaması şeklinde olabilir.[1057] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atfın uygulanması ile, satıcının söz konusu ayıpların varlığından haberdar olmasa da , alıcıya karşı tekeffülden sorumlu olacağının düzenlendiği Borçlar Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrası hükmü, mirasçıların birbirlerine karşı özgüleme konusu malın ayıplı olmasından sorumluluklarında da kıyasen uygulanacak ve dolayısıyla ayıplı malın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı, diğer mirasçılar söz konusu ayıbın varlığını bilmeseler dahi sorumlu olacaklardır.[1058] Öte yandan mirasçıya

---

[1055] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **İMRE**, s. 916; **ÖZTAN**, s. 407; **İMRE/ERMAN**, s. 551; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347; **OĞUZMAN**, s. 338; **DURAL/ÖZ**, s. 499; **AYİTER**, Miras, s. 263. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde, mirasçıların birbirlerine karşı özgülemeye konu olan malın ayıplı olmasından dolayı sorumluluklarında, satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916; **DRUEY**, §. 16, N. 22; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 9.

[1056] Ayıp (*Sachmangel*), satılanın, satıcının varlığını vaad ettiği vasıfları taşımaması veya alıcının dürüstlük kuralına göre beklediği vasfın, sözleşme çerçevesinde maldan beklenen faydanın azalması veya ortadan kalkması sonucunu doğuracak şekilde, malda bulunmaması olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **EDİS**, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963, s. 7; **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 163; **ARAL**, Borçlar, s. 111; **YAVUZ**, s. 93; **SEROZAN**, Borçlar, s. 122; **KELLER/SIEHR**, s. 76. *Honsell*, ayıbın objektif olabileceği gibi sübjektif de olabileceğini; bu çerçevede malda bulunması gereken niteliklerin bulunmamasının yanı sıra satıcı tarafından malda bulunduğu belirtilen özelliklerin bulunmamasının da malın ayıplı olması sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Bkz. **HONSELL**, s. 73.

[1057] **ESCHER**, Art. 637, N. 15; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 9. *Schaufelberger*, mirasın paylaşılmasında malın gerçek değişim değerinin, paylaşmada ilgili malın paya mahsup edilen değerinin altında ise, malın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı diğer mirasçıların ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ortaya çıkacağını belirtmektedir. Bkz. N. 10.

[1058] *Escher*, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde Borçlar Kanunu'muzun 194. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması ile, mirasçıların ayıba karşı

özgülenen maldaki ayıp, maddî ayıp olabileceği gibi, hukukî ayıp da olabilir.[1059] Her iki hâlde de mirasçıların özgüleme konusu malın ayıplı olması nedeniyle ayıba karşı tekeffül sorumlulukları gündeme gelecektir.

Satım akdinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, maldaki ayıbın en geç hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olması gerektiği, hasarın alıcıya geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıbın, hasarın alıcıya geçmesinden önceki sebeplerden ileri gelmedikçe, satıcının sorumluluğunu doğurmayacağı kabul edilmektedir.[1060] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde, satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğuna ilişkin bu şart mirasçıların ayıba karşı tekeffül yükümlülükleri bakımından da uygulama alanı bulacak ve bu çerçevede mirasçıların birbirlerine karşı, özgüleme konusu maldaki ayıplar bakımından ayıba karşı tekeffül sorumluluklarının söz konusu olabilmesi için, hasarın geçtiği anda;[1061] bu çerçevede, elden

---

tekeffül sorumluluklarının uygulanmasında mirasçıların ayıbı bilip bilmemelerinin önem arz etmediğini belirtmektedir. **ESCHER**, Art. 637, N. 15.

[1059] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347. Ayıp kavramına ilişkin olarak üçlü bir ayrım çerçevesinde maddî, hukukî ayıp kavramı yanında ekonomik ayıp kavramına da yer veren yazarlar için bkz. **EDİS**, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 17 vd.; **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 168; **YAVUZ**, s. 95-96; **ARAL**, Borçlar, s. 112-113; **SEROZAN**, Borçlar, s. 128-129. Maddî ayıp, satılanın fizikî niteliklerine ilişkin ayıpları ifade ederken; alıcının satılandan beklediği verimi alamaması, satılanın alıcının beklediği getiriyi sağlayamaması, ekonomik ayıp olarak nitelendirilmektedir. Hukukî ayıplar, satılan üzerinde alcının satılandan yararlanmasını engelleyen kamu hukuku kaynaklı sınırlamalar ise hukukî ayıp olarak nitelendirilmektedir. Hukukî ayıplarda, zapt durumundan farklı olarak üçüncü kişinin bir üstün hak iddiası bulunmamaktadır. (ARAL, Borçlar, s. 112-113'ten naklen.) *Tandoğan* da, hukukî ayıpların zapt durumundan ayırt edilmesi ile ilgili olarak, hukukî ayıpların, zapttan farklı olarak, satılan şeyin alıcıdan alınması sonucunu doğurmayabileceğini, hukukî ayıpların daha çok bir takım sınırlama ve yasakların neticesi olarak alıcının maldan beklediği faydayı düşüren eksiklikler olduğunu ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 168 vd. *Serozan* ise, hukukî ayıp kavramının zapttan farkına ilişkin olarak, zaptta "elden alma", hukukî ayıpta sınırlama bulunduğuna ilişkin ölçütün, kısmî zapt durumunda mal alıcının elinden alınmadığı, alıcının mülkiyet hakkından doğan yetkileri kullanması sınırlanmış olduğundan, yeterli bir ölçüt olmadığını belirtmektedir. Bu çerçevede *Serozan*, mülkiyetin zapt durumunda öznel bir hakla; hukukî ayıpta ise nesnel kamu hukuku ile sınırlanmış olduğuna ilişkin ayrımın daha sağlam olduğunu ifade etmektedir. Yazarın bu konudaki ayrıntılı açıklamaları için bkz. **SEROZAN**, Borçlar, s. 128-129. Zapt ile hukukî ayıp kavramları arasındaki farka ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **EDİS**, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 14 vd.

[1060] **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 174; **ARAL**, Borçlar, s. 117; **YAVUZ**, s. 96; **GIGER**, Art. 197, N. 42, 78 (ARAL, Borçlar, s. 117'den naklen.); **KELLER/SIEHR**, s. 76-78 (ARAL, Borçlar, s. 117'den naklen.)

[1061] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasının satım sözleşmesine yaptığı atıf çerçevesinde mirasçıların birbirlerine karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda ayıbın hasarın geçtiği anda özgüleme konusu malda bulunması

paylaşmada, paylaşma konularının mirasçılar tarafından iktisap edildiği, yazılı paylaşma sözleşmesinde paylaşma sözleşmesinin akdedildiği, hakim kararı ile paylaşmada kararın verildiği anda, özgülemeye konu mal ayıplı olmalıdır.[1062] Öğretide de belirtildiği üzere, hasarın geçişi anına ilişkin olarak genel kurala Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi[1063] ve 216. maddesi[1064] ile getirilen istisnalar, mirasçıların birbirlerine karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda da dikkate alınacaktır.[1065]

Borçlar Kanunu'nun, satım sözleşmesinin kurulduğu anda alıcı tarafından bilinen ayıplar ile satıcının satılan malın ayıpsız olduğunu taahhüt etmiş olması hâli dışında, malın yeteri kadar incelenmesiyle anlaşılabilecek açık ayıplardan, satıcının alıcıya karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun

---

gerektiğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 15; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 12; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4.

[1062] **ESCHER**, Art. 637, N. 15; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 12; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916.

[1063] Hasarın alıcıya geçtiği an, taşınır mallarda, Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi çerçevesinde tespit edilecektir. Buna göre halin icabından ve hususî şartlardan doğan istisnaların dışında, satılan şeyin hasarı, satım sözleşmesinin kurulması ile birlikte alıcıya geçecektir (BK m. 183/I). Ancak, satım sözleşmesinin konusu mislî mal ise bu mal ayırt edilmiş olmalı ve eğer mal başka bir yere gönderilecekse, satıcının malı bağımsız taşıyıcıya teslim etmesi gerekir (BK m. 183/II). Geciktirici şarta bağlı olarak yapılan satım sözleşmelerinde ise, hasar alıcıya, şartın gerçekleştiği an geçer (BK m. 183/III). Satım sözleşmesinde hasarın geçişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AKINTÜRK**, Satım Akdinde Hasarın İntikâli, Ankara, 1966.

[1064] Taşınmaz mallarda, hasarın alıcıya geçtiği an, Borçlar Kanunu'nun 216. maddesine göre belirlenecektir. Borçlar Kanunu'nun 216. maddesine göre, taşınmazın alıcıya teslimi için sözleşme ile bir süre belirlenmişse, söz konusu taşınmazın hasarının alıcıya geçmemesi asıldır. Bu çerçevede öğretide, taşınmaz satımında da kuralın, mala ilişkin hasarın sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçmesi olduğu; ancak satılanın teslimi için bir süre öngörülmüş olduğu hâllerde satılanın hasarı, bu süreden önce alıcıya geçmeyecektir. Bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 265; **YAVUZ**, s. 185; **SEROZAN**, Borçlar, s. 165; **ARAL**, Borçlar, s. 177. *Tandoğan*, Borçlar Kanunu'nun 216. maddesini karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 220. maddesinin, İsviçre'de uygulama alanına sahip olduğunu, ancak Türkiye'de tapu memuru, satım sözleşmesini yapar yapmaz tescile girişeceğinden ilgili 216. maddenin Türk Hukuku açısından pratik önemi haiz olmadığını ifade etmektedir. *Tandoğan*, Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinin uygulanması ile ilgili olarak da, söz konusu kuralın, taşınmazın tesliminin, ilgili taşınmazın alıcı lehine sicile tescilinden sonraya ertelenmiş olduğu hâllerde de uygulanacağını ifade etmektedir. Aynı görüşte bkz. **SEROZAN**, Borçlar, s. 123; **TUNÇOMAĞ**, s. 280

[1065] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan, 637. maddesinin birinci fıkrasının uygulanması çerçevesinde mirasçıların birbirlerine karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluklarında, hasarın geçişi anının tespitinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Borçlar Kanunu'muzun 183. ve 216. maddelerini karşılayan 185. ve 220. maddelerinin dikkate alınması gereğine ilişkin olarak bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916. *Tuor/Picenoni* ise, hasarın geçişi anına ilişkin genel kurala değindikten sonra, İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Borçlar Kanunu'muzun 183. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarını karşılayan, 185. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının, mirasçıların ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda hasarın geçtiği anın tespitinde dikkate alınması gerektiğini belirtmekle yetinmiştir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4.

bulunmadığının düzenlendiği 197. maddesi, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde mirasçıların birbirlerine karşı ayıba karşı tekeffülden sorumluluklarında da uygulanacaktır. Dolayısıyla öğretide[1066] de belirtildiği üzere, mirasçı tarafından paylaşma anında bilinen ayıplar ile yeteri kadar incelemeyle anlaşılabilecek açık ayıplar bakımından mirasçıların ayıba karşı tekeffül sorumlulukları gündeme gelmeyecek; fakat eğer diğer mirasçılar malın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı malın ayıpsız olduğunu taahhüt etmiş iseler, mirasçılar, ayıplı malın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı ayıba karşı tekeffülden sorumlu olacaklardır.

Mirasçıya özgülenen şeyin bir taşınmaz olması durumunda, mirasçıların özgüleme konusu taşınmazla ilgili olarak ayıba karşı tekeffül yükümlülükleri Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde Borçlar Kanunu'nun 215. maddesine göre belirlenecektir.[1067] Bu çerçevede, Borçlar Kanunu'nun ilgili 215. maddesinin, mirasçıların özgüleme konusu taşınmazlar bakımından ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bakımından uygulanmasında, eğer ilgili taşınmazın paylaşma sözleşmesinde yer alan miktara nazaran eksik olmasında, eğer paylaşma sözleşmesinde yer alan miktar resmî ölçmeye dayanmıyorsa, aksi kararlaştırılmış olmadıkça mirasçılar taşınmazın eksik olması nedeniyle ortaya çıkan zarardan, taşınmazın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı payları oranında sorumlu olacaklardır. Eğer paylaşma sözleşmesinde yer alan miktar resmî ölçmeye dayanıyorsa, diğer mirasçılar, taşınmazın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı açıkça sorumlu olacaklarına dair

---

[1066] **ÖZTAN**, s. 408; **İMRE**, s. 916; **İMRE/ERMAN**, s. 551. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Borçlar Kanunu'muzun 197. maddesini karşılayan 200. maddesinin mirasçıların birbirlerine karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda uygulanmasına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637. N. 4.

[1067] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347; **İMRE**, s. 916; **İMRE/ERMAN**, s. 551; **DURAL/ÖZ**, s. 500. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde, mirasçıya özgülenen bir taşınmaza ilişkin olarak diğer mirasçıların ayıba karşı tekeffül sorumluluklarında, Borçlar Kanunu'muzun 215. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 219. maddesinin uygulanması hakkında bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4; **ESCHER**, Art. 637, N. 15; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916.

taahhütte bulunmadıkça, mirasçının taşınmazın yüzölçümünün paylaşma sözleşmesinde yer alan miktardan eksik olması dolayısıyla ortaya çıkan zarardan sorumlu olmayacaklardır.

Satım sözleşmesinde alıcının satılanı muayene ve maldaki ayıbı satıcıya ihbar yükümlülüğüne ilişkin Borçlar Kanunu'nun 198. maddesi, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde mirasçıların birbirlerine karşı ayıba karşı tekeffül yükümlülükleri bakımından da uygulanacaktır.[1068] Bu çerçevede mirasçı, malı iktisâb eder etmez malı muayene etmeli ve muayene neticesinde malın ayıplı olduğunu tespit ederse satıcıya derhal ihbarda bulunmalı; eğer ayıp gizli ise, bu ayıbı da ortaya çıkmasından sonra yine derhal satıcıya ihbar etmelidir. Mirasçılardan birine bir hayvanın özgülenmesinde, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde, satıcının, alıcıya karşı ayrıca taahhütte bulunmuş veya alıcıyı aldatmış olmadıkça, hayvanın ayıplı olmasından dolayı alıcıya karşı ayıba karşı tekeffülden sorumlu olmayacağına ilişkin Borçlar Kanunu'nun 195. maddesi[1069] ile hayvan alım satımında satıcının alıcıya karşı ayıba karşı tekeffülden sorumlu olduğu hâllerde, satılanın teslimi veya alıcının teslim almada temerrüde düştüğü tarihten itibaren dokuz gün içinde ayıp bakımından hayvanı muayene ve hayvan ayıplı ise aynı dokuz günlük süre içinde satıcıya ihbarda bulunma yükümüne ilişkin Borçlar Kanunu'nun 199. maddesi,[1070] mirasçıların

---

[1068] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347; **ÖZTAN**, s. 408; **İMRE**, s. 916; **İMRE/ERMAN**, s. 551; **DURAL/ÖZ**, s. 500; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 11; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916 ; **ESCHER**, Art. 637, N. 15. *Escher*, mirasın paylaşılmasında, ticarî satıma ilişkin bir durum söz konusu olmadığından, ihbar yükümünde, ihbarın ileri sürülmesinin belli bir süreye tabi olmadığını belirtmektedir.

[1069] **İMRE**, s. 916; **İMRE/ERMAN**, s. 552; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347. *Piotet*, mirasçıya bir hayvanın özgülenmesinde, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde, hayvan alım satımına ilişkin kuralların uygulanacağını belirtmektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916. *Tuor/Picenoni* ise, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde, mirasın paylaşılmasında uygulanabilecek hükümlerden bahsederken, sadece Borçlar Kanunu'muzun 195. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinden bahsetmektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4.

[1070] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 347. *Piotet*, mirasçıya bir hayvanın özgülenmesinde, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 637. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde, hayvan alım

özgüleme konusu hayvanın ayıplı olmasından dolayı hayvanın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı sorumluluklarında uygulama alanı bulacaktır.

Mirasçıların aralarında yaptıkları, özgüleme konusu malların tamamına veya bir kısmına ilişkin olarak ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu tümüyle ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalar hakkında, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine ve dolayısıyla ayıba karşı tekeffül hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde Borçlar Kanunu'nun 196. maddesi uygulama alanı bulacak ve bunun sonucunda da mirasçıya özgülenen malın ayıbı ile ilgili olarak diğer mirasçıların mirasçıyı aldatmaları durumunda, ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran anlaşma geçersiz olacaktır.[1071]

Satım sözleşmesinde, satılan malın ayıplı olması durumunda, satıcının ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu kapsamında, alıcının seçimlik hakları söz konusudur.[1072] Alıcı, bu seçimlik haklar kapsamında, Borçlar Kanunu'nun 202. maddesi çerçevesinde, sözleşmeden dönmeyi veya satım parasının indirilmesini talep edebilir.[1073] Eğer satılan mal, mislî bir mal ise alıcı, Borçlar Kanunu'nun 203. maddesi çerçevesinde, sözleşmeden dönme veya semenin indirilmesini talep etme haklarının yanı sıra, satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep etme hakkına sahiptir.[1074] Mirasın paylaşılmasında mirasçılardan birine özgülenen malın ayıplı olması durumunda, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde, mirasçıların ayıplı malın kendisine özgülendiği

---

satımına ilişkin kuralların uygulanacağını belirtmek suretiyle bu hususa işaret etmektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916.

[1071] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733; **İMRE**, s. 914; **İMRE/ERMAN**, s. 550; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 116; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 345. İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Borçlar Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde, Borçlar Kanunu'muzun 196. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 199. maddesinin, mirasçılar arasında yapılan ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalar bakımından uygulanacağına ve diğer mirasçıların, mirasçıyı aldatması (*Arglist*) hâlinde bu anlaşmaların geçersiz olacağına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 4; **ESCHER**, Art. 637, N. 15.

[1072] **TANDOĞAN**, C.I/1, s. 185-186; **YAVUZ**, s. 104; **ARAL**, Borçlar, s. 129.

[1073] **TANDOĞAN**, C.I/1, s. 185; **SEROZAN**, Borçlar, s. 137; **ARAL**, Borçlar, s. 129. Alıcının söz konusu hakları kullanmasında, Kanun'un sözünden hareket eden bir görüş hakların dâva açılması suretiyle kullanılacağını savunurken; diğer bir görüşe göre hakların kullanılması için dâva açılmasına gerek yoktur. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZ**, s. 108 vd.

[1074] **TANDOĞAN**, C.I/1, s. 185-186; **SEROZAN**, Borçlar, s. 137; **ARAL**, Borçlar, s. 129.

mirasçıya karşı ayıba karşı tekeffülden sorumlulukları bakımından öğretide ileri sürülen baskın görüş,[1075] ayıplı malın kendisine özgülendiği mirasçının paylaşma sözleşmesinden dönme hakkının bulunmadığını kabul etmektedir. Öğretide,[1076] İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında yer alan atıf çerçevesinde, mirasçıların birbirlerine karşı ayıba karşı tekeffülden sorumluluklarında, genelde, mirasçıya özgülenen malların bir veya bir kaçının ayıplı olabileceği, paya tekabül eden bütün malların ayıplı olmasının hemen hiç rastlanmayan bir durum olduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede, paylaşma sözleşmesinden dönülmesi durumunda, yapılmış olan paylaşma sözleşmesi en baştan itibaren ortadan kalkacağından, paylaşma işleminin en baştan yeniden yapılması gerekeceği, bunun da mirasçıya özgülenen pay içerisinde yer alan bir veya birkaç malın ayıplı olması nedeniyle paylaşma işleminin tümüyle ortadan kaldırılmasının kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.[1077] Öte yandan, mirasçıya özgülenen bir veya birkaç malın ayıplı olması durumunda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Borçlar Kanunu'muzun 206. maddesini karşılayan 209. maddesinin uygulanmasının gündeme gelebileceği, dolayısıyla da paylaşma sözleşmesinden kısmen dönülmesinin (*teilweise Wandelung*) mümkün olduğu ifade edilmektedir.[1078] Buna karşılık öğretide ileri sürülen diğer bir görüş,[1079] Türk Medenî Kanunu'nun 679.

[1075] **ÖZTAN**, s. 408; **İMRE**, s. 916; **İMRE/ERMAN**, s. 551; **AYİTER**, Miras, s. 263; **DURAL/ÖZ**, s. 500. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine ve dolayısıyla satıcının ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne yapılan atıf çerçevesinde mirasçının sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5; **ESCHER**, Art. 637, N. 16; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 13.

[1076] **ESCHER**, Art. 637, N. 16; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5. *Tuor/Picenoni*, eğer mirasçıya özgülenen malın tamamı ayıplı ise, mirasçının sözleşmeden dönme hakkının gündeme gelebileceğini; bunun dışında mirasçı için paylaşma sözleşmesinden dönme hakkının bulunmadığını ifade etmektedir.

[1077] **ESCHER**, Art. 637, N. 16; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 13.

[1078] **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 13; **ESCHER**, Art. 637, N. 16.

[1079] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 348. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atfın, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerin tamamına ilişkin olduğu ve dolayısıyla mirasçının kendisine özgülenen maldaki bir veya bir kaçının ayıplı olması durumunda da paylaşma sözleşmesinden dönmenin, bu çerçevede paylaşma sözleşmesinin tümüyle ortadan kaldırılmasının mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916. *Piotet*, bu çerçevede, mirasçının paylaşma

maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıfta, satıcının ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin bir kısmına değil, tamamına atıf yapılmış olduğundan mirasçıya özgülenen payda yer alan malların tamamının ayıplı olması durumunda olduğu gibi, mirasçıya özgülenen bir veya birkaç malın ayıplı olması durumunda da, mirasçının, paylaşma sözleşmesinden dönme hakkının bulunduğunu; bu şekilde mirasçının, dönme hakkını kullanarak paylaşma sözleşmesini tümüyle ortadan kaldırabileceğini savunmaktadır.

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine ve bu arada ayıba karşı tekeffül hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde, mirasçıya özgülenen malın ayıplı olması durumunda, alıcının Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinde düzenlenmiş olan bedelden indirim yapılmasını talep hakkının kıyasen uygulanması ile, mirasçının malın ayıplı olması nedeniyle ortaya çıkan değer eksikliğinin tazmin edilmesini (*Ersatz des Minderwertes*) talep edebileceği,[1080] bu talep üzerine değer eksikliğinin bütün mirasçılara payları oranında dağılacağı[1081] kabul edilmektedir. Mirasçıya özgülenen malın ayıplı olması durumunda, ayıbın neticesi olarak malda ortaya çıkan değer eksikliğinin hesaplanmasına ilişkin olarak öğretide

---

sözleşmesinden dönme hakkının bulunmadığını kabul eden baskın görüşü, mirasçının irade sakatlığı hâlinde sözleşmeyi iptal hakkının bulunduğunu kabul edip, özgüleme konusu malın ayıplı olması durumunda sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığını kabul etmenin makul olmadığını belirtmek suretiyle eleştirmektedir.

[1080] **ÖZTAN**, s. 408; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 348; **İMRE**, s. 916; **İMRE/ERMAN**, s. 551; **AYİTER**, Miras, s. 264. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine ve dolayısıyla satıcının ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin hükümlere yapılan atıf çerçevesinde Borçlar Kanunu'muzun 202. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinin mirasın paylaşılmasında uygulanması ile kendisine özgülenen malın ayıplı olması hâlinde mirasçının, ayıp nedeniyle maldaki değer eksikliğinin tazmin edilmesini talep edebileceğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 17; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, 13; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916. Değişik görüş için bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 500. *Dural/Öz*, mirasçıya özgülenen malın ayıplı çıkması hâlinde, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin mirasçıların sorumlulukları bakımından uygulanmasında, Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinin, bu çerçevede, sözleşmeden dönme hakkı ile semenden indirim hakkının, mirasın paylaşılmasında uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir.

[1081] **ESCHER**, Art. 637, N. 17; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 916; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 13.

ileri sürülen baskın görüşe göre,[1082] satım akdinde satılan malın ayıplı olması durumunda alıcının bedelden indirim talep etmesi durumunda indirim miktarının hesabında başvurulan metod olan "nisbî metod"[1083] uygulanmayacak; bunun yerine, ayıplı malın mirasın paylaşılmasında mirasçının payına mahsup edilen değeri ile malın ayıplı değeri arasındaki fark esas alınacaktır. Görüş taraftarlarınca da ifade edilmiş olduğu üzere, satım sözleşmesinde "bedel"in yerini, paylaşmada malın "mirasçının payına mahsup edilen değer"i (*Anrechnungswert*) alacaktır. Öte yandan öğretide *Piotet*,[1084] baskın görüşü reddederek, satım sözleşmesinde satılanın ayıplı olması durumunda, ayıp nedeniyle malda meydana gelen değer eksikliğinin hesaplanmasında başvurulan nisbî metodun burada da uygulanacağını; bu çerçevede, malın ayıpsız objektif değerinin, ayıplı objektif değerine oranının, malın paylaşmada mirasçının payına mahsup edilen değerine uygulanması ile ortaya çıkan meblağın, malın mirasçının payına mahsup edilen değerinden çıkarılması ile, tazmin edilecek değer eksikliğinin bulunacağını belirtmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 203. maddesinde düzenlenmiş olan malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep etme hakkı ile ilgili olarak, Türk Medenî

[1082] **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 13; **ESCHER**, Art. 637, N. 17. *Escher*, mirasçılardan birine özgülenen malın ayıplı olması durumunda, İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında yapılan atıf çerçevesinde, alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının kıyasen uygulanmasında, malın beyan edilen değerinin veya objektif değerinin dikkate alınamayacağını ifade etmektedir.

[1083] *Tandoğan*, satım sözleşmesinde satılan malın ayıplı olması durumunda, satıcının ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü çerçevesinde alıcı lehine doğan bedelden indirim hakkının kullanılması hâlinde, indirim miktarının hesaplanmasında başvurulan yöntemlerden birini oluşturan 'nispî metot'ta, satılanın ayıpsız objektif değerinin, satılanın ayıplı objektif değerine oranının, satım bedeline uygulanması ile bulunan "ödenecek bedel"in, satım bedelinden çıkarılması ile indirim tutarının hesaplanacağını belirtmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, C.I/1, s. 195. Öğretide satım sözleşmesinde malın ayıplı olması durumunda, bedelden indirim hakkının kullanılması durumunda, indirim miktarının hesaplanmasında nisbî metoda başvurulacağını ifade eden diğer yazarlar için bkz. **EDİS**, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 123-124; **ARAL**, Borçlar, s. 141-144; **TUNÇOMAĞ**, s. 104; **FEYZİOĞLU**, s. 218. Satılan malın ayıplı olması durumunda indirim miktarının hesaplanmasında başvurulan diğer yöntemler için bkz. **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 194-195.

[1084] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 917. *Piotet*, satımda indirim miktarının hesaplanmasında başvurulan nisbî metodun, taraf iradelerinin mümkün olduğu kadar hesaba katılması düşüncesine uygun olduğunu ve mirasın paylaşılmasında da bu gerekçe ile nisbî metodun uygulanmasının yerinde olacağını belirtmekte; ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında yollama yapılan Borçlar Kanunu hükümlerinden sapmayı gerektirecek haklı bir sebebin bulunmadığını ifade etmektedir.

Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında satım hükümlerine yapılan atfa rağmen, Borçlar Kanunu'nun 203. maddesinde düzenlenmiş olan hakkın mirasın paylaşılmasında uygulanmayacağını açıkça belirten yazarların[1085] yanı sıra; sadece değer eksikliğinin tazmin edilmesinin talep edebileceğini belirtmek suretiyle bu hakkın mirasın paylaşılmasında söz konusu olmadığını ifade eden yazarlar[1086] mevcuttur. Öte yandan *Dural/Öz*,[1087] mislî bir eşyanın mirasçılar arasında paylaşılmasında, mirasçılardan birine verilen kısmın ayıplı çıkması durumunda, ilgili mirasçının, Borçlar Kanunu'nun 203. maddesinin kıyasen uygulanması ile, diğer mirasçılardan, payları oranında, ayıplı kısma karşılık malın ayıpsız mislinden vermelerini talep edebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

D) Alacağın Varlığından ve Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluk

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasında getirilen düzenleme ile, mirasçılardan birine özgülenen alacakla ilgili olarak diğer mirasçıların sorumluluğu, alacağın temlikinde temlik edenin temlik alana karşı sorumluluğuna nazaran ağırlaştırılmıştır.[1088] Şöyle ki, Borçlar Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca, eğer alacak ivazlı olarak temlik edilmişse, temlik eden temlik alana karşı, alacağın temlik anındaki varlığından sorumludur.

[1085] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 118; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 348.

[1086] **ÖZTAN**, s. 408; **İMRE**, s. 916; **İMRE/ERMAN**, s. 551. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin birinci fıkrasında satım sözleşmesine ve bu arada ayıba karşı tekeffülden doğan haklara yapılan atıf çerçevesinde, Borçlar Kanunu'muzun 203. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 206. maddesinin mirasın paylaşılmasında uygulanmasından bahsetmeyen yazarlar için bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 16-17; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 4-5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 9-13.

[1087] **DURAL/ÖZ**, s. 500.

[1088] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **İMRE**, s. 917; **İMRE/ERMAN**, s. 552; **ÖZTAN**, s. 409; **OĞUZMAN**, s. 339; **DURAL/ÖZ**, s. 501-502; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 348. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasında, mirasçıların özgüleme konusu alacaklar bakımından birbirlerine karşı sorumluluklarının, Borçlar Kanunu'muzun 169. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 171. maddesindeki sorumluluğa nazaran daha ağır bir sorumluluğun kabul edilmiş olduğuna ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 6; **ESCHER**, Art. 637, N. 11; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 14; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 917; **DRUEY**, §. 16, N. 22; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 3; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727 **DRUEY**, §. 16, N. 22.

Ancak, ivazlı temlikte, temlik eden ayrıca taahhüt etmedikçe borçlunun borcu ödememesinden sorumlu olmaz.[1089] Oysa, mirasçıların, özgüleme konusu alacaklar bakımından birbirlerine karşı sorumluluklarında, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrası gereği mirasçılar, alacağın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı, sadece alacağın varlığından değil, borçlunun ödeme gücünden de miras payları oranında adî kefil gibi sorumludurlar.[1090] Öğretide[1091] kanunkoyucunun, mirasçıların özgüleme konusu alacaklar bakımından sorumluluklarının bu şekilde ağırlaştırılmış olmasının nedeninin kanunkoyucunun mirasçılar arasındaki eşitliği sağlama düşüncesi olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, mirasçıların birbirlerine karşı sorumluluklarında her mirasçının sorumluluğu miras payı oranında söz konusu olacak ve dolayısıyla gerek alacağın mevcut olmaması ve gerek alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğü nedeniyle ortaya çıkan zarara, alacağın kendisine özgülenmiş olduğu mirasçı da payı oranında katlanacaktır.[1092]

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasında mirasçıların, özgüleme konusu alacaklar bakımından borçlunun ödeme

---

[1089] **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 948; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 262; **EREN**, s. 1190; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 595.

[1090] **ÖZTAN**, s. 409; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 348; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **İMRE**, s. 917; **İMRE/ERMAN**, s. 552; **OĞUZMAN**, s. 339; **AYİTER**, Miras, s. 264; **DURAL/ÖZ**, s. 501. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasında mirasçıların birbirlerine karşı özgüleme konusu alacaklarla ilgili olarak, sadece alacağın varlığından değil, borçlunun ödeme gücünden de payları oranında adî kefil gibi sorumlu olacaklarına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 6; **ESCHER**, Art. 637, N. 11; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 14; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 917; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727; **DRUEY**, §. 16, N. 22; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 3.

[1091] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 117; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 346. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını ve Türk Kanunu Medenîsi'nin 614. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasında sorumluluğun, alacağın temliki hükümlerine nazaran ağırlaştırılmış olmasının sebebinin, mirasçılar arasındaki eşitliği sağlama düşüncesi olduğuna ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 13; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 8; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 917-918.

[1092] **ÖZTAN**, s. 409; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 349; **İMRE**, s. 917; **İMRE/ERMAN**, s. 552. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında, alacağın kendisine özgülendiği mirasçı da dâhil olmak üzere tüm mirasçıların, alacağın mevcut olmaması veya özgülenen alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi neticesi ortaya çıkan zarara miras payları oranında katlanacaklarına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 11; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 6; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 918.

gücünden adî kefil gibi sorumlu oldukları düzenlenmiş olduğundan, mirasçıların özgüleme konusu alacaklara ilişkin birbirlerine karşı sorumluluklarında Borçlar Kanunu'nun "III. Birlikte Kefâlet" kenar başlığını taşıyan 488. maddesi[1093] ile "IV. Kefile kefil ve rücua kefil" kenar başlığını taşıyan 489. maddesinin[1094] uygulanması gündeme gelecektir. Bu çerçevede, özgüleme konusu bir alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğü bakımından mirasçılar, özgülemenin kendisine yapıldığı alacaklıya karşı kendi miras payları oranında adî kefil gibi sorumlu olacaklardır.[1095] Mirasçılardan birinin alacağın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı borçlunun ödeme güçsüzlüğü durumunda adî kefil gibi sorumlu olmasında, sorumlu mirasçının ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda ise diğer mirasçılar, ödeme güçsüzlüğüne düşen mirasçının sorumlu olduğu kısım bakımından yine payları oranında kefile kefil gibi sorumlu olacaklardır.[1096]

[1093] **İMRE**, s. 917; **İMRE/ERMAN**, s. 552. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasında, mirasçıların özgüleme konusu alacaklara ilişkin olarak adî kefil gibi sorumlu oldukları düzenlenmiş olduğundan, Borçlar Kanunu'muzun 488. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 497. maddesinin uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 6; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 918. İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefalete ilişkin hükümleri 10.12.1941 tarihli Kanun'la esaslı şekilde değişikliğe uğramış; daha sonra 25.06.1971, 05.10.1984 ve 17.06.2005 tarihli Kanunlarla bazı hükümlerde değişiklik yapılmıştır. Ancak, konuyla ilgili düzenlemeler bakımından, değişiklik öncesi düzenlemeler ile değişiklik sonrası düzenlemeler arasında fark bulunmamaktadır.

[1094] İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasında, mirasçıların özgüleme konusu alacaklara ilişkin olarak adî kefil gibi sorumlu oldukları düzenlenmiş olduğundan, Borçlar Kanunu'muzun 489. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 498. maddesinin uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 918.

[1095] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **ÖZTAN**, s. 409; **AYİTER**, Miras, s. 264; **OĞUZMAN**, s. 339; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 348; **DURAL/ÖZ**, s. 501; **İMRE**, s. 917; **İMRE/ERMAN**, s. 552. Öğretide genel olarak "adî kefil gibi" sorumluluk ifadesine yer verilmiş olduğu hâlde, İmre ve İmre/Erman, mirasçıya özgülenen alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğü hâlinde diğer mirasçıların "adî kefil olarak" sorumlu olduklarını ifade etmektedirler. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasında çerçevesinde özgüleme konusu alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda diğer mirasçıların payları oranında, alacağın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı adî kefil gibi sorumlu olacaklarına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 6; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 14; **ESCHER**, Art. 637, N. 11. *Escher*, kanunkoyucunun, özgüleme konusu alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğü durumunda mirasçıların alacağın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı sorumluluklarını, adî kefilin sorumluluğuna benzettiğini, ancak burada mirasçıların adî kefil hâline gelmediklerini ifade etmektedir.

[1096] **ÖZTAN**, s. 409; **İMRE**, s. 917; **İMRE/ERMAN**, s. 552. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında, kendisine özgülene alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, diğer mirasçılara payları oranında başvuran mirasçının, bu mirasçılardan bir veya bir kaçının ödeme

Mirasçılardan birine özgülenen bir alacakla ilgili olarak diğer mirasçıların bu alacağın varlığından sorumluluklarında esas alınacak an alacağın ilgili mirasçıya özgülendiği andır.[1097] Mirasçılardan birine özgülenen alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğünden sorumluluk bakımından ise, özgüleme konusu alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğünün paylaşma anında mevcut olabileceği gibi, sonradan da ortaya çıkmış olabileceği; her iki durumda da sorumluluğun gündeme geleceği ifade edilmektedir.[1098] Ancak, öğretide[1099] de belirtildiği üzere, özgüleme konusu alacağın borçlusunun sonradan ödeme güçsüzlüğüne düşmesinde, ilgili alacağın kendisine özgülendiği mirasçının diğer mirasçılara başvurabilmesi, söz konusu mirasçının, ilgili durum bakımından kusurlu olmamasına bağlıdır. *Escher*,[1100] borçlunun ödeme gücünden sorumlulukta bir diğer sınır olarak, paylaşmanın gerçekleştirilmesinden çok sonra ortaya çıkan ödeme güçsüzlüğünde mirasçıların sorumluluklarının söz konusu olmayacağını ifade etmektedir.

---

güçsüzlüğü nedeniyle karşılayamadıkları kısım bakımından kefile kefil gibi sorumlu olan diğer mirasçılara payları oranında başvurabileceğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 11; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 6.

[1097] **İMRE**, s. 917; **İMRE/ERMAN**, s. 553; **ESCHER**, Art. 637, N. 11; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 917. *Schaufelberger*, alacağın varlığından sorumlulukta esas alınacak anın tespitinde, yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada, paylaşma sözleşmesinin yapıldığı anın; elden paylaşma ile paylaşmada, alacağın mirasçıya özgülendiği anın; hakim kararı ile paylaşmada ise hükmün verildiği anın esas alınacağını ifade etmektedir. Bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 15.

[1098] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 348-349. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesini karşılayan 637. maddesinin ikinci fırkasında, mirasçıların içlerinden birine özgülenen alacağın borçlusunun ödeme gücünden sorumluluklarında, borçlunun ödeme güçsüzlüğünün paylaşma anında mevcut olabileceği gibi, sonradan da ortaya çıkmış olabileceğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 13; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 8; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 918.

[1099] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 349; **DURAL/ÖZ**, s. 502. *Dural/Öz*, alacağın kendisine özgülendiği mirasçının, borçluyu ibra etmek suretiyle alacağın ortadan kalkmasına veya zamanında takip yapmayarak alacağın elde edilememesine sebep olduğu hâllerde, doğan zararın tazmini için diğer mirasçılara başvuramayacağını ifade etmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında, alacağın kendisine özgülendiği mirasçının zararın doğumu bakımından kusurlu olmaması gereğine ilişkin olarak bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 918; **ESCHER**, Art. 637, N. 13. *Escher*, konuya ilişkin olarak, mirasçının, özgüleme konusu alacağı zamanında takip etmemesi ve daha sonra borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, ilgili mirasçının, borçlunun ödeme güçsüzlüğü nedeniyle uğradığı zarar bakımından diğer mirasçılara başvuramayacağını ifade etmektedir. Bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 13.

[1100] **ESCHER**, Art. 637, N. 13. *Escher*, mirasçıların, paylaşmanın gerçekleşmesinden çok sonra ortaya çıkan ödeme güçsüzlüğünden sorumlu olmalarının, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen sorumluluğu çok genişletmek anlamına geleceğini belirtmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiş olduğu üzere, mirasçıların özgüleme konusu alacaklarla ilgili olarak ortaya çıkan sorumluluklarında, alacağın, ilgili mirasçının payına mahsup edilen kısmı, sorumluluğun üst sınırını teşkil eder.[1101] Dolayısıyla, mirasçıların özgüleme konusu alacakla ilgili sorumluluklarında sorumluluğun üst sınırı, alacağın gerçek değeri değil, söz konusu alacağın paylaşma sırasında mirasçının payına mahsup edilen kısmı olduğundan, mirasçılar paya mahsup edilen meblağı aşan zarardan sorumlu tutulamayacaklardır.[1102]

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasında, mirasçıların, alacağın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı "…borsaya kayıtlı kıymetli evrak dışında" borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi sonucu doğan zararlardan sorumlu oldukları düzenlemesine yer verilmiştir. Öğretide kanunkoyucunun, mirasçıların özgüleme konusu alacaklar bakımından bu şekilde bir istisnaya yer vermesinde, kıymetli evrakı alan mirasçının derhâl bu kıymetli evrakı devretmek suretiyle zararın doğmasını

[1101] **İMRE**, s. 917; **İMRE/ERMAN**, s. 552; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s.119; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 349. Kılıçoğlu, mirasçıya özgülenen alacak için, paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra işleyecek faiz miktarının borçlu tarafından ödenememesi durumunda, ilgili faizler paylaşma sırasında mirasçının payına mahsup edilmiş değilse, söz konusu faizlerin ödenmemesi dolayısıyla diğer mirasçılara başvurulamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Taksim Sözleşmesi, s. 119; Miras, s. 349. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında, mirasçıların özgüleme konusu alacaklar bakımından alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumluluklarında sorumluluğun üst sınırının, söz konusu alacağın, alacağın kendisine özgülendiği mirasçının payına mahsup edilen kısmının (*Anrechnungswert*) oluşturduğu hakkında bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 11; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 7; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 16; **GRIMM/VLCEK,** Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 2; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 918. *Escher* (Art. 637, N. 11) ve *Tuor/Picenoni* (Art. 637, N. 7), alacağın kendisine özgülendiği mirasçının ilgili alacak bakımından payına mahsup edilen kısmın sorumluluğun üst sınırını oluşturması nedeniyle, şüpheli alacaklar (*dubiose Forderungen*) bakımından, paya mahsup edilecek kısmın tayininde mirasçıların daha dikkatli bir tutum sergilemeleri gerektiğini ifade etmektedirler.

[1102] **ESCHER**, Art. 637, N. 11; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 918; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 16. *Schaufelberger*, konuya ilişkin olarak, örneğin gerçek değeri 1.000 birim olan bir alacağın, paylaşma sırasında mirasçıya özgülenirken, mirasçının payına 500 birim mahsup edilmişse, ilgili alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, diğer mirasçıların sorumluluğunun bu 500 birim ile sınırlı olduğunu belirtmektedir. *Piotet* de, konuya ilişkin örnek vermemekle birlikte, sorumluluğun üst sınırını alacağın mirasçının payına mahsup edilen kısmının oluşturduğunu belirttikten sonra, alacağın kendisine özgülendiği mirasçının alacağın mevcut olmamasından veya borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğan zararında diğer mirasçılara başvuracağı kısmın hesaplanmasında nispî metodun uygulanmayacağını ifade etmektedir. Bkz. s. 918. Özgüleme konusu alacaklar bakımından bu şekilde ortaya çıkan zararda, ayıba karşı tekeffülde sorumlu kimseye başvurmada benimsenmiş olan nispî metodun uygulanacağı hakkında bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 502.

önleyebilme imkânına sahip olduğu[1103]; ayrıca söz konusu kıymetli evrak mirasçıya özgülenirken, ilgili kıymetli evrakın rizikolu niteliğinin, mirasçının payına kıymetli evrakın özgülenmesi karşılığında mahsup edilen kısmın tayininde dikkate alınacağı[1104] düşüncesinin rol oynadığı belirtilmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasında, özgüleme konusu alacaklarla ilgili istisna "borsaya kayıtlı olan kıymetli evrak olarak" ifade edilmiştir. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasının Almanca metninde "*Wertpapiere mit Kurswert*" ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır. İsviçre öğretisinde[1105] ilgili ifadenin, borsaya kaydedilmiş olsun olmasın her tür kıymetli evrakı kapsadığı kabul edilmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrası tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğundan, mirasçılar, aralarında yapacakları bir sözleşme ile özgüleme konusu alacaklarla ilgili olarak gerek alacağın mevcut olmaması gerek söz konusu alacağın borçlusunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi sonucunda mirasçıların ilgili düzenleme çerçevesinde ortaya çıkan sorumluluklarını tümüyle kaldırabilecekleri gibi, farklı şekilde de düzenleyebilirler.[1106]

[1103] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **İMRE**, s. 917; **İMRE/ERMAN**, s. 552; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 349; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 9; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 919; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727; **ESCHER**, Art. 637, N. 14. *Escher*, her ne kadar özgüleme konusu kıymetli evrakın üçüncü kişiye devredilmesi çoğu zaman mümkünse de, özellikle sakin olmayan dönemlerde, mirasçının kendisine özgülenmiş olan kıymetli evrakı, zararın doğmasını engellemek üzere derhâl elinden çıkarmasının son derece nadir rastlanan bir durum olduğunu ifade etmektedir.

[1104] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 349; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 119; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 9; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 919; **ESCHER**, Art. 637, N. 14.

[1105] **ESCHER**, Art. 637, N. 14; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 637, N. 16; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 918. *Piotet*, piyasa değeri (*Kurswert*) olsun veya olmasın, kıymetli evrakların özgülenmesinde, mirasçıların borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmayacaklarını belirtmektedir.

[1106] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 732. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 637. maddesinin ikinci fıkrasının tamamlayıcı hukuk kuralı teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 679, N. 11; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 8. Sadece ilgili fıkranın değil, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin bütün fıkra düzenlemelerinin tamamlayıcı hukuk kuralı teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. yukarıda Beşinci Bölüm, §. 13, II.

IV. Sorumluluğa Uygulanacak Zamanaşımı

Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasında garantiye ve kefalete dayanan dâvanın, paylaşma tarihinin veya daha sonra yerine getirlecek alacaklarda muacceliyet tarihinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu çerçevede mirasçıların, gerek Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan özgüleme konusu mallarla ilgili olarak zapta ve ayıba karşı tekeffül sorumlulukları bakımından; gerek Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan özgüleme konusu alacaklarla ilgili olarak bu alacağın varlığından ve borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlulukları bakımından, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasındaki bir yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı alanı bulacaktır.[1107] Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasında da belirtilmiş olduğu üzere, paylaşmanın gerçekleştirildiği sırada

---

[1107] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733; **İMRE**, s. 918; **İMRE/ERMAN**, s. 553; **ÖZTAN**, s. 409; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 120; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 350; **OĞUZMAN**, s. 339; **AYİTER**, Miras, s. 264. Bu konuda değişik görüş için bkz. **DURAL/ÖZ**, s. 500-501. *Dural/Öz*, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan bir yıllık zamanaşımının, aynı maddenin ikinci fıkrası bakımından; başka bir ifade ile özgüleme konusunun bir alacak olması durumunda ancak uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. *Dural/Öz*, bu bağlamda, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan mirasçıların özgüleme konusu mallarla ilgili zapta ve ayıba karşı tekeffül sorumlulukları bakımından ise Borçlar Kanunu'nun 125. ve 207. maddelerinde düzenlenmiş olan zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 637. maddesinin üçüncü fıkrası ile öngörülen bir yıllık zamanaşımının, ilgili maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan özgüleme konusu alacaklarla ilgili sorumluluğun yanı sıra birinci fıkrada düzenlenmiş olan özgüleme konusu mallarla ilgili olarak zapta ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda da söz konusu olduğuna ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 18; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 10; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 919; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Ar. 637, N. 18; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727. *Escher*, eserinin ikinci baskısında ilgili 637. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan bir yıllık zamanaşımının, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen alacakların özgülenmesinde bu alacaklar bakımından mirasçıların sorumluluğunda uygulama alanı bulacağını; 637. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen mirasçıların özgüleme konusu mallarla ilgili olarak zapta ve ayıba karşı tekeffül sorumluluklarına uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından ise 637. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş zamanaşımının değil, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinde düzenlenmiş zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı bulacağını kabul etmekteydi. *Escher*, daha sonra eserin üçüncü baskısında İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 637. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen zamanaşımının, ilgili maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen sorumluluk bakımından olduğu gibi, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen sorumluluk bakımından da uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir.

müeccel olan alacaklar bakımından mirasçıların sorumluluğu, bu alacağın muacceliyet anından itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır.[1108]

Kanunda zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak 'paylaşma tarihi' belirtilmiştir. Bir görüşe göre,[1109] burada esas alınması gereken an, yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada, paylaşma sözleşmesinin yapıldığı; elden paylaşmada paylaşma konularının mirasçılar tarafından iktisap edildiği; hâkim kararı ile paylaşmada ise hükmün verildiği andır. Bir diğer görüşe göre ise,[1110] paylaşmanın hangi türü söz konusu olursa olsun, ilgili zamanaşımı süresi, paylaşmanın fiilen gerçekleştirildiği; başka bir ifade ile paylaşma konularının mirasçılara fiilen tahsis edildiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Mirasçılar, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen zamanaşımı süresini, aralarında yapacakları bir anlaşma ile kısaltabilir veya uzatabilirler.[1111]

[1108] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733; **İMRE**, s. 918; **İMRE/ERMAN**, s. 553; **ÖZTAN**, s. 409; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 120; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 350; **OĞUZMAN**, s. 339; **AYİTER**, Miras, s. 264. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 637. maddesinin üçüncü fıkrası ile öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin, paylaşmanın gerçekleştirildiği sırada muccel olmayan alacaklar bakımından bu alacakların muaccel olduğu tarihten itibaren işleyeceğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 18; **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 10; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Ar. 637, N. 18; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 727.

[1109] Bu görüş İsviçre Hukukunda bazı yazarlarca kabul edilmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 637. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen zamanaşımının, yazılı paylaşma sözleşmesinde, paylaşma konusu hususların özgülenmesinden önce, paylaşma sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren başlayacağına; sadece bu tarihte müeccel olan alacaklar bakımından ilgili alacağın muaccel olduğu tarihten başlayacağına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 637, N. 21; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Ar. 637, N. 19; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 637, N. 4.

[1110] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 733; **ÖZTAN**, s. 409; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 120; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 350; **İMRE**, s. 918; **İMRE/ERMAN**, s. 553. *İmre* ve *İmre/Erman*, esasen konuya ilişkin olarak ikili bir ayrım yapmakta, özgüleme konusu mallarla ilgili olarak bir yıllık zamanaşımının paylaşmanın fiilen gerçekleştirildiği andan başlayacağını; ancak alacaklar bakımından yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada, paylaşma sözleşmesinin yapıldığı; elden paylaşma ile paylaşmada ise özgülemenin fiilen gerçekleştirildiği anın esas alınacağını ifade ederek; bu tarihte muaccel olmayan alacaklar bakımından ise ilgili alacağın muaccel olduğu anın dikkate alınacağını belirtmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 637. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen zamanaşımının, paylaşmanın fiilen gerçekleştirildiği andan itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 10b; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 919.

[1111] **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 120; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 350. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 637. maddesinin

§. 12. Mirasçıların Üçüncü Kişilere Karşı Sorumlulukları Bakımından

I. Genel Olarak

Mirasçılar Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrası uyarınca tereke borçlarından ve bu çerçevede mirasbırakanın borçlarından da müteselsil olarak sorumludurlar.[1112] Mirasçılardan her biri, Türk Medenî Kanunu'nun 649. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tereke borçlarının paylaşmadan önce ödenmesini veya güvenceye bağlanmasını talep etme hakkına sahiptir.[1113] Mirasçılardan hiç biri, tereke borçlarının ödenmesini talep etmediği takdirde Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinde düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluk, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesi uyarınca kural olarak paylaşmadan sonra da devam edecektir.[1114]

üçüncü fıkrasında öngörülen zamanaşımının anlaşma ile kısaltılmasının veya uzatılmasının mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 637, N. 21; **ESCHER**, Art. 637, N. 11; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 919.

[1112] Bkz. Yargıtay 13. HD, 3.3.2006 t. ve E. 16006, K. 2920 s. K.; 13. HD, 7.7.2005 t. 12. HD, 17. 6. 2005 t. ve E. 360, K. 11700 s. K.; E. 9269, K. 13181 s. K.; 3. HD, 1.12.2003 t. ve E. 14030 K. 13811 s. K., Erişim: *kazanci*

[1113] **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 554; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **KILIÇOĞLU**, s. 339-340; **ÖZTAN**, s. 372. *Öztan*, mirasçılardan birinin bu şekilde talepte bulunması durumunda, diğer mirasçıların bu talebi kabul etmek zorunda olduklarını; aksi takdirde, tâlepte bulunan mirasçının bu ödemenin yapılmasını hâkimden isteyebileceğini ifade etmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 649. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 610. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde mirasçılardan her birinin tereke borçlarının ve bu arada mirasbırakanın borçlarının ödenmesini talep edebileceği; bu hak kullanılmadığı takdirde, mirasçıların mirasbıırakanın borçlarından müteselsil sorumluluklarının devam edeceği hakkında bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 1; **ESCHER**, Art. 639, N. 2; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 897; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 4; **WOLF**, s. 346; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 1; **RUMO-JUNGO**, s. 165.

[1114] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **ÖZTAN**, s. 371, 373; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 339-340; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 554; **BERKİ**, Şakir, Türk Medenî Kanununda Mirasçıların Mes'uliyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1968, Cilt XXV, S. 3-4, s. 111. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesinin, mirasçıların mirasbırakanın borçlarından müteselsil olarak sorumlu olduklarının düzenlenmiş olduğu Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 603. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluğun devamı olarak ortaya çıkmakta olduğuna ilişkin olarak bkz. **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **ESCHER**, Art. 639, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 1, 5; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 897; **WEIBEL**, Thomas, Das Ende der Solidarhaftung der Erben, Basel-Genf-München 2002, s. 36, 60-61. *Weibel*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesinin, esas itibariyle İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 603. maddesinin birinci fıkrasında, alacaklılar için oldukça avantajlı bir durum oluşturan mirasçıların müteselsil sorumluluğunun devamı

Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 681. maddesi ile getirilen düzenleme paylaşmanın alacaklılara zarar vermemesi düşüncesine dayanır.[1115] Bu düzenleme çerçevesinde alacaklı, alacağının tamamının ödenmesi için, mirasçılardan her hangi birine başvurabilir.[1116] Ancak bu hâlde mirasçının, paylaşmanın gerçekleşmesinden önceki sorumluluğuna nazaran durumu, miras ortaklığının bir üyesi olarak değil, diğer mirasçılarla birlikte, ancak tek başına sorumlu olması nedeniyle farklılık arzeder.[1117] Öte yandan, paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra bu şekilde devam eden müteselsil sorumluluk, mirasçıların paylaşmanın gerçekleştirilmesinden önceki müteselsil sorumluluklarından farklı olarak, beş yıllık sürenin geçmesi ile

---

olarak ortaya çıktığını; bu çerçevede paylaşmanın gerçekleşmesinin mirasçıların mirasbırakanın borçlarından müteselsil olarak sorumlu olmaları durumunu sona erdirmediğini ifade etmektedir. *Weibel*, konuya ilişkin açıklamalarında Medenî Kanun'un manevî babası olduğunu belirttiği Eugen Huber'in de İsviçre Medenî Kanunu'nun 603. maddesinin 639. maddesi ile bağlantısına ilişkin olarak, 603. maddede düzenlenen müteselsil sorumluluğun, 639. madde çerçevesinde paylaşmadan sonra da devam etmesinde, mirasçıların paylaşmanın gerçekleşmesinden sonraki beş yıl boyunca mütesesil olarak sorumlu olacaklarını belirttiğini ifade etmektedir. Bkz. **WEIBEL**, s. 36, HUBER, Eugen, Zehn Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, gehalten im Grossratssaale in Bern, im Winter, 1910-1911, Bern 1911, s. 36 ve devamına atfen.

[1115] **ÖZTAN**, s. 371; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 341; **İMRE**, s. 918-919; **İMRE/ERMAN**, s. 554. *İmre* ve *İmre/Erman*, mirasçıların mirasbırakanın borçlarından dolayı mirasçıların müteselsil sorumluluklarının paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra da devam etmesine ilişkin düzenlemede mirasbırakanın alacaklılarının da menfaatlerini koruma düşüncesi bulunduğunu ifade etmekte, paylaşmanın alacaklılara zarar vermemesi gerektiğini belirtmektedirler. *İmre* ve *İmre/Erman*, konuya ilişkin olarak, eğer bu şekilde mirasçıların paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra mirasbırakanın borçlarından müteselsil olarak sorumlu olacakları düzenlemesine yer verilmemiş olsaydı, örneğin söz konusu borcu yüklenen mirasçının ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda alacaklının alacağını tahsil edememe tehlikesi ile karşılaşacağını ifade etmektedirler. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesinin, paylaşmada alacaklıların menfaatlerini koruma amacı taşıdığına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 2; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 1; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 897. *Piotet*, paylaşmanın gerçekleştirilmesi ile miras ortaklığı sona ereceğinden, artık ortada elbirliği hak sahipliğine konu olan değerlerin kalmayacağını; bu nedenle de mirasçıların paylaşmanın gerçekleştirilmesinden sonra da alacaklılara karşı müteselsil olarak sorumlu olacaklarının kabul edilmesinin uygun bir çözüm olduğunu ifade etmektedir.

[1116] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 735; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 554; **ÖZTAN**, s. 371; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2, 3; **ESCHER**, Art. 639, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N.2; **WOLF**, s. 340-341; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **RUMO-JUNGO**, s. 166.

[1117] Mirasçının paylaşmanın gerçekleştirilmesinden önce miras ortaklığının bir üyesi olarak, paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra ise artık paylaşma gerçekleşip miras ortaklığı ortadan kalkmış olduğundan, miras ortaklığının bir üyesi olarak değil ve fakat diğer mirasçılarla birlikte sorumlu olacağına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 639, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 1; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 1; **WOLF**, s. 343-344.

sona erer.[1118] Miraçılar dış ilişkide alacaklıya karşı müteselsil sorumlu olmakla birlikte, iç ilişkide tereke borçlarını payları oranında taşımakla yükümlüdürler.[1119]

Mirasçılar, paylaşma sözleşmesinde sadece aktiflere ilişkin düzenleme yapmış, dolayısıyla pasiflere ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiş olabilirler.[1120] Bu durum, aktiflere ilişkin paylaşmanın geçerliliğine etki etmeyecektir.[1121] Bu hâlde yine mirasçılar iç ilişkide borçlara ilişkin olarak miras payları oranında sorumlu olacaklardır.[1122] Ancak mirasçılar, aktifleri paylaşılmasına ilişkin düzenlemede veya ayrı bir sözleşme ile pasiflere ilişkin bir düzenleme yapmış da olabilirler.[1123] Bu düzenlemede mirasçılar, mirasbırakanın borçlarını eşit olarak paylaşmış olabilecekleri gibi, farklı oranda paylaşmış olabilir veya mirasbırakanın borçlarının mirasçılardan bir

---

[1118] **BERKİ**, Mirasçıların Mesuliyeti, s. 111; **ESCHER**, Art. 639, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2.

[1119] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 735; **ÖZTAN**, s. 371; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 3, 6; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 898; **WOLF**, s. 345; **DRUEY**, § 16, N. 24.

[1120] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 735; **ÖZTAN**, s. 375; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **OĞUZMAN**, s. 339; **İMRE**, s. 919, 920; **İMRE/ERMAN**, s. 554, 555; **WOLF**, s. 343; **WEIBEL**, s. 144; **ESCHER**, Art. 639, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 2; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 2.

[1121] **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 554; **ÖZTAN**, s. 375; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **WOLF**, s. 343; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 2; **ESCHER**, Art. 639, N. 3. *Escher*, her ne kadar mirasçıların paylaşmada tereke borçlarına ilişkin olarak düzenleme yapmaları gerekse de, Medenî Kanun'un paylaşmanın bir an önce gerçekleştirilmesine ilişkin olarak mirasçılar üzerinde kurduğu baskının, sadece aktiflerin paylaşılmasına ilişkin olduğunu, bu çerçevede borçların paylaşılmasının, paylaşma sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmadığını belirtmektedir.

[1122] **OĞUZMAN**, s. 339; **ÖZTAN**, s. 375; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **İMRE**, s. 919, 920; **İMRE/ERMAN**, s. 554, 555. Bu hususa değinen yazarlar, bu hâlde mirasçıların, Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesinin üçüncü fıkrası gereği miras payları oranında paylaşmış sayılacaklarını, başka bir ifade ile bu hâlde iç ilişkide miras payları ile sorumluluk bulunduğu yönünde bir karine bulunduğunu ifade etmektedirler. Ayrıca bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 898; **WOLF**, s. 345; **WEIBEL**, s. 143; **DRUEY**, § 16, N. 24; **RUMO-JUNGO**, s. 166.

[1123] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **ÖZTAN**, s. 375; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **ANTALYA**, s. 328; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 554. *İmre* ve *İmre/Erman*, mirasçılar arasında yapılan bu tür anlaşmaların mirasçılar arasındaki iç ilişkiye ilişkin olduğunu, dış ilişkiye, yani mirasçılar ile mirasbırakanın alacaklıları arasındaki ilişkiye etki etmeyeceğini belirtmektedirler. **DRUEY**, § 16, N. 24; **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 2, 7; **WOLF**, s. 347; **RUMO-JUNGO**, s. 165.

veya bir kaçı tarafından ödenmesini kararlaştırmış olabilirler.[1124] Mirasçılar tarafından yapılan bu tür anlaşmalar, borçların tamamına veya belli bir veya birkaç borca ilişkin olarak yapılabilir.[1125] Mirasçıların, mirasbırakanın borçlarının ödenmesine ilişkin yaptıkları bu tür anlaşmalar, alacaklıları, rızaları bulunmadıkça bağlamayacaktır.[1126] Alacaklının alacağının tamamı için mirasçılardan herhangi birine başvurma hakkı, ilgili alacaklı mirasçılar arasında yapılan borçların paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya bir kaçı tarafından yüklenilmesine ilişkin anlaşmaya icazet vermedikçe ortadan kalkmayacak; başka bir ifade ile, alacaklı bu tür bir anlaşmaya icazet vermiş olmadıkça, mirasçıların ilgili borçtan dolayı müteselsil sorumlulukları devam edecektir.[1127] Ancak, bu hâlde de mirasçıların müteselsil sorumluluğu devamlılık arzeden bir durum olmayıp, paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra belli bir sürenin geçmesiyle ortadan kalkacaktır.[1128]

[1124] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **İMRE/ERMAN**, s. 555; **İMRE**, s. 920; **OĞUZMAN**, s. 339; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 3; **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2; **WOLF**, s. 347. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 8, 9. Bazı yazarlar, mirasçıların terekede yer alan borçlara ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde, terekede yer alan borcun bir veya birkaç mirasçı tarafından üstlenilmesine ilişkin açıklamalarında, terekede yer alan bir borcun Kanun gereği mirasçılardan biri tarafından üstlenilmesine ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 655. maddesi hükmüne değinmektedirler. Bu hükme göre, paylaşmada kendisine mirasbırakanın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçı, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olur. Bu yazarlar için bkz. **BERKİ**, Mirasçıların Mesuliyeti, s. 115; **ANTALYA**, s. 329; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **OĞUZMAN**, s. 339. İsviçre Hukuku bakımından konuya ilişkin açıklamalarında, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 655. maddesini karşılayan 615. maddesine değinen yazarlar için bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2; WOLF, s. 346-347; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 901.

[1125] *Tuor/Picenoni*, burada İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 640. maddesinin birinci fıkrasındaki ifadenin önem arzettiğini belirtmektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2. Anılan hükümde "Paylaşma sözleşmesinde ödenmesi kendisine yükletilmemiş bir tereke borcunu veya üzerine aldığı miktardan fazlasını ödeyen mirasçı" (*Hat ein Erbe eine Schuld des Erblassers bezahlt, die ihm bei der Teilung nicht zugewiesen worden ist, oder hat er von einer Schuld mehr bezahlt, als er übernommen*…) ifadesine yer verilmiştir.

[1126] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 736; **OĞUZMAN**, s. 339; **ÖZTAN**, s. 375; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 555; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 341; **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 3, 10; **WEIBEL**, s. 187; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **WOLF**, s. 344, 348.

[1127] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 736; **OĞUZMAN**, s. 339; **ÖZTAN**, s. 375; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 555; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 341; **ANTALYA**, s. 328; **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 2, 11; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 897; **WOLF**, s. 344, 348; **RUMO-JUNGO**, s. 165.

[1128] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 737; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 554; **OĞUZMAN**, s. 339; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 341; **ANTALYA**, s. 328;

Türk Medenî Kanunu'nun, mirasçıların üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna ilişkin, " Müteselsil sorumluluk" kenar başlığını taşıyan 681. maddesinin birinci fıkrasında, mirasçıların, bölünmesine veya nakline alacaklı tarafından açık veya örtülü olarak rıza gösterilmemiş olan tereke borçlarından dolayı, paylaşmadan sonra da bütün malvarlıkları ile müteselsil olarak sorumlu olacakları düzenlemesine yer verilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 681. maddenin ikinci fıkrasında ise, mirasçılar arasındaki müteselsil sorumluluğun paylaşmanın gerçekleştiği tarihten itibaren, eğer alacak bu tarihte muaccel değilse, söz konusu alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren beş yılın geçmesi ile sona ereceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu düzenleme gereği, mirasçılar, tıpkı paylaşmanın gerçekleşmesinden önce olduğu gibi[1129] paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra da, borcun bölünmesine veya mirasçılardan bir veya bir kaçı tarafından üstlenilmesine ilgili borcun alacaklısı rıza göstermedikçe, söz konusu borcun ödenmesinden dolayı müteselsil olarak sorumlu olacaklardır.[1130]

ESCHER, Art. 639, N. 4; **WOLF**, s. 344; **WEIBEL**, s. 188; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 11; **RUMO-JUNGO**, s. 165; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 4, 5. *Tuor/Picenoni*, mirasçıların alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olmaları durumunun sona ermesinin, alacaklı için, ancak alacaklı mirasçılar arasında yapılan borca ilişkin düzenlemeye icazet vermişse veya çok uzun bir süre hakkını mirasçılardan birine karşı ileri sürmeyi ihmâl etmişse adil olacağını ifade etmektedir. Bkz. N. 4. *Tuor/Picenoni*, mirasçıların borçtan müteselsil olarak sorumlu olmalarının alcaklının mirasçılar arasında yapılan ve borcun paylaşılmasına veya bir veya birkaç mirasçı tarafından üstlenilmesine ilişkin sözleşmeye rıza göstermesi ile sona ermesinin, mirasçıların paylaşmadan sonra da mirasbırakanın borçlarından müteselsil sorumlu olmalarının belli bir süreye bağlanmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Başka bir ifade ile, alacaklı mirasçılar arasında borca ilişkin olarak yapılan sözleşmeye icazet vermeyebilir. Bu hâlde mirasçıları, paylaşmanın üstünden çok uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen, mirasbırakanın borçlarından dolayı müteselsil olarak sorumlu tutmak adil olmayacaktır. Bkz. N. 5.

[1129] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 339-340; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 554. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesinin, mirasçıların mirasbırakanın borçlarından müteselsil olarak sorumlu olduklarının düzenlenmiş olduğu Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesini karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 603. maddesinde düzenlenmiş olan müteselsil sorumlululuğun devamı olarak ortaya çıkmakta olduğuna ilişkin olarak bkz. **WEIBEL**, s. 36, 60-61; **ESCHER**, Art. 639, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 1; **WOLF**, s. 344; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 1.

[1130] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 736; **OĞUZMAN**, s. 339; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 555; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 341. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesi çerçevesinde, borcun bölünmesine veya mirasçılardan bir veya bir kaçı tarafından yüklenmesine ilgili borcun alacaklısı tarafından rıza gösterilmediği takdirde, söz konusu borçtan dolayı mirasçıların müteselsil sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 2; **WOLF**, s. 344, 348.

Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin birinci fıkrasında, yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenîsi'nin 616. maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi, mirasçıların "tereke borçlarından" müteselsil olarak sorumlu oldukları ifadesine yer verilmiştir. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun ilgili maddesini karşılayan 639. maddesinin birinci fıkrasının Almanca metninde ise, mirasbırakanın borçları olarak çevrilebilecek "*Schulden des Erblassers*" ifadesine yer verilmiştir. Türk Hukuk öğretisinde bazı yazarlar,[1131] gerek yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenîsi'nin 616. ve gerek Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesine ilişkin açıklamalarda konuyu, sadece mirasbırakanın borçları açısından değerlendirmektedirler. Diğer bazı yazarlar ise,[1132] konuya ilişkin açıklamalarında, mirasçıların, paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra 'tereke borçları'ndan müteselsil olarak sorumlu olduklarını belirtmektedirler. İsviçre Hukuk öğretisinde de, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesi bakımından benzer bir tartışma mevcuttur.[1133] İsviçre Hukuk öğretisinde bazı yazarlar,[1134] İsviçre Medenî

[1131] Bkz. **İMRE**, s. 918-929; **İMRE/ERMAN**, s. 554-562; **AYİTER**, Miras, s. 264.

[1132] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734-739; **OĞUZMAN**, s. 339; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111-113; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 339-342; **ÖZTAN**, s. 371-376. Bu yazarlar arasında *Öztan*, konuyu 'mirasçıların tereke borçlarından sorumluluğu' başlığı altında incelemekte ve bu üst başlık altında 'sorumluluğun kapsamı' altında tereke borçlarına, mirasbırakanın gerek özel hukuktan gerek vergi hukuku gibi kamu hukukundan doğan borçlarının yanı sıra, mirasın geçişi sonucu ortaya çıkan borçların, Türk Medenî Kanunu'nun 645. maddesi çerçevesinde, mirasbırakanla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin, mirasbırakanın ölümünden itibaren üç aylık bakım ve giderlerinin ödenmesine ilişkin borçların dahil olduğunu ifade etmektedir. Bkz. 372-373.

[1133] *Weibel*, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca, Fransızca ve İtalyanca metinleri arasında, kullanılan ifadelere bakılmak suretiyle bir sonuca varmanın mümkün olmadığını; zira, Almanca metinde gerek Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 603. maddenin birinci fıkrasında ve gerekse Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 639. maddenin birinci fıkrasında "*Schulden des Erblassers*" ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen; 603. maddenin birinci fıkrasının Fransızca metninde "*dettes du défunt*" ve 639. maddenin birinci fıkrasının Fransızca metninde "*dettes de la succession*" ve en nihayet gerek 603. maddenin birinci fıkrasının gerek 639. maddenin birinci fıkrasının İtalyanca metinde "*debiti della successione*" ifadesine yer verilmiş olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **WEIBEL**, s. 62.

[1134] **ESCHER**, Art. 639, N. 8, 22; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 15a; **DRUEY**, § 13, N. 72. *Tuor/Picenoni*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesinin gerek birinci gerek ikinci fıkrasının mirasın geçişi nedeniyle ortaya çıkan borçlara ilişkin olmadığını ifade etmektedir. *Escher* de İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin birinci fıkrası gibi, ikinci fıkrasının da mirasın geçişi nedeniyle ortaya çıkan borçlar bakımından uygulanamayacağını; bu çerçevede, burada İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1 Temmuz 1937 tarihinde yürürlüğe giren 18 Aralık 1936 tarihli, Borçlar Kanunu'muza alınmamış olan "Ticarî Şirketler ve Kooperatifler" başlığını taşıyan üçüncü kısımda yer alan 591. maddenin uygulanacağını ifade etmektedir. Öte yandan her iki yazar da İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun

Kanunu'nun 639. maddesinin sadece mirasbırakanın borçlarına ilişkin olduğunu savunmaktadırlar. Öte yandan diğer bazı yazarlar,[1135] İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili maddesinin mirasbırakanın borçlarının yanı sıra, mirasın geçişi nedeniyle ortaya çıkan borçlara da ilişkin olduğunu kabul etmektedirler.[1136]

Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin birinci fıkrasında, bölünmesine veya nakline alacaklı tarafından açıkça veya örtülü olarak rıza gösterilmemiş olan tereke borçlarından dolayı mirasçıların müteselsil olarak sorumlu oldukları düzenlemesine yer verilmiş olduğundan, mirasçıların borçları eşit oranda veya payları oranda veya başka bir şekilde borçları paylaştıkları veya mirasçılardan birinin veya bir kaçının borcu üstlendiği sözleşmeye alacaklı açıkça veya örtülü olarak rıza gösterebilir.[1137] Mirasçılar ilgili borçlara ilişkin, borcun paylaşılması veya mirasçılardan birine veya bir kaçına yüklenmesine ilişkin bir anlaşma yapmamışlarsa veya mirasçılar tarafından yapılan bu tür bir anlaşmaya alacaklı rıza göstermemişse, ilgili borca ilişkin mirasçıların müteselsil sorumluluğu, paylaşmanın gerçekleşmesinden itibaren, eğer o tarihte borç muaccel değilse, ilgili borcun

---

641. maddesini karşılayan 603. maddesinin sadece mirasbırakanın borçlarının yanı sıra, mirasın geçişi nedeniyleortaya çıkan borçları da kapsadığını ifade etmektedirler. Bkz. **ESCHER**, Art. 603, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 7a. *Druey* ise, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 639. maddesi gibi, 603. maddesinin de sadece mirasbırakanın borçlarına ilişkin olduğunu, dolaylı olarak da olsa, ifade etmektedir.

[1135] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 897, 898; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 5. *Schaufelberger*, İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili 639. maddesine ilişkin açıklamalarında, mirasçıların bu maddede düzenlenen müteselsil sorumluluklarının kapsamı itibariyle İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesini karşılayan 603. maddesi ile aynı kapsamda olduğunu belirtmekte; ancak ilgili 603. maddede düzenlenen mirasçıların müteselsil sorumluluğunun kapsamına ilişkin açıklamalarında müteselsil sorumluluğunun kapsamına, mirasbırakanın borçlarının, mirasın geçişi nedeniyle ortaya çıkan borçların ve ana ve baba veya büyük ana ve büyük baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini ve bu nedenle terekenin borç ödemeden acze düşmemesi kaydıyla gelirlerini aileye özgüleyen ergin çocuklar ile torunlara verilecek uygun miktardaki tazminatın dâhil olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 7-9.

[1136] Bkz. Bu bölüm, bu kısım, IV.

[1137] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 736; **ÖZTAN**, s. 375; **İMRE**, s. 923; **İMRE/ERMAN**, s. 558; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 341; **OĞUZMAN**, s. 339; **ANTALYA**, s. 328. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 639. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, mirasçılar arasında borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan biri tarafından yüklenilmesine alacaklının, açıkça rıza gösterebileceği gibi zımnen de rıza gösterebileceğine ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 13; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 4.

muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıllık sürenin dolması ile sona erecektir.[1138]

II. Sorumluluğun Hukukî Niteliği

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere,[1139] mirasçıların paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra da, mirasbırakanın borçlarından müteselsil olarak sorumlu olmalarında, ilgili müteselsil sorumluluk, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinde düzenlenmiş müteselsil sorumluluğun bir devamı olarak ortaya çıkmaktadır.[1140] Dolayısıyla, belli hallerde sona ermesi dışında, mirasçıların müteselsil sorumluluğuna egemen olan ilkeler burada da söz konusu olacaktır.

Öğretide[1141] de belirtilmiş olduğu üzere, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluk,

---

[1138] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 737; **ÖZTAN**, s. 375; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 408; **İMRE**, s. 924; **İMRE/ERMAN**, s. 558; **OĞUZMAN**, s. 339; **ESCHER**, Art. 639, N. 12; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 11; **WOLF**, s. 348; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 4; **RUMO-JUNGO**, s. 165; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 17. *Schaufelberger*, alacaklının mirasçılar arasında borcun ödenmesine ilişkin anlaşmaya rıza göstermemesi ihtimalinin yanı sıra, haklı olarak, mirasçılar arasında bu şekilde bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda da mütesesil sorumluluğunun mirasın paylaşılmasından sonra belli bir süre devam edeceğini ifade etmektedir.

[1139] Bkz. Bu bölüm, §.14, I.

[1140] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **AYİTER**, Miras, s. 230-231; **ÖZTAN**, s. 371, 373; **OĞUZMAN**, s. 318; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 339-340; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **İMRE**, s. 697, 919; **İMRE/ERMAN**, s. 429, 554; **BERKİ**, Mirasçıların Mesuliyeti, s. 111. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesinin, mirasçıların mirasbırakanın borçlarından müteselsil olarak sorumlu olduklarının düzenlenmiş olduğu Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 603. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluğun devamı olarak ortaya çıkmakta olduğuna ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 639, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 1; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 1, 5; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 897; **WEIBEL**, s. 36, 60-61. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 603. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluğun, mütemadiyen devam eden bir durum olmadığı ve kanun koyucunun bu müteselsil sorumluluğu, İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. madde ile sınırlamış olduğu ile ilgili olarak bkz. **DRUEY**, § 13, N. 59; **ESCHER**, Art. 603, N. 6; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 671; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 4; **WEIBEL**, s. 97.

[1141] **İMRE**, s. 697; **İMRE/ERMAN**, s. 429; **AYİTER**, Miras, s. 231; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 218. *Kılıçoğlu*, Borçlar Kanunu'nun 141. maddesinin, teselsülün anlaşmadan ya da Kanundan

Borçlar Kanunu'nun 141. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde ortaya çıkan bir sorumluluktur. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, birden fazla borçlu, alacaklıya karşı, ancak her biri borcun tamamından sorumlu olmayı taahhüt ettikleri takdirde, borçlular arasında teselsül söz konusu olur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, borçluların bu şekilde bir taahhütte bulunmadıkları durumlarda, borçluların ancak Kanunda belirtilmiş ise, alacaklıya karşı müteselsil olarak borçlu olacakları düzenlemesine yer verilmiştir.[1142]

Dolayısıyla alacaklı, paylaşmadan önce olduğu gibi, paylaşmadan sonra da, mirasçılardan her hangi birinden veya hepsinden, alacağının tamamının veya bir kısmının ödenmesini talep etme hakkına sahiptir (BK m. 142/I).[1143] Mirasçıların bu müteselsil sorumluluğu, borcun tamamının ödenmesine kadar devam edecektir (BK m. 142/II).[1144] Mirasçılar bu çerçevede, alacaklıya karşı sadece terekeden elde ettikleri değerlerle değil, bütün malvarlıkları ile kişisel olarak sorumludurlar.[1145] Mirasçıların bu şekilde

---

doğabileceğini öngörmüş olduğunu ve bu çerçevede, mirasçıların müteselsil sorumluluğunun Kanun'dan doğan bir sorumluluk olduğunu ifade etmektedir. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 603. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş müteselsil sorumluluğun, Borçlar Kanunu'muzun 141. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 143. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde ortaya çıkan bir müteselsil sorumluluk olduğuna ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 603, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 2; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Art, 639, N.1, Art. 603, N. 2; **STREBEL**, August, Die rechtliche Stellung der Gläubiger des Erblassers und der Erben nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch mit Vergleichen zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Bern Zürich 1916, s. 20 vd.; **WEIBEL**, s. 9.

[1142] **EREN**, s. 1154; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 294; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 545; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 845. *Oğuzman/Öz*, mirasçıların müteselsil sorumluluğunun, kanundan doğan teselsülün en yaygın örneği olduğunu ifade etmektedir.

[1143] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 699; **ÖZTAN**, s. 371; **OĞUZMAN**, s. 318; **İMRE**, s. 695; **İMRE/ERMAN**, s. 429. Borçlar Kanunu'muzun 142. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 144. maddesinin birinci fıkrasının mirasçılar bakımından uygulanması hakkında bkz. **ESCHER**, Art. 603, N. 7; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 5; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 671; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 2; **WOLF**, s. 340-341; **RUMO-JUNGO**, s. 166; **WEIBEL**, s. 9-10. *Weibel*, müteselsil borçlulukta, alacaklının durumunun 'paşa konumu' olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "Paschastellung" olarak nitelendirilebileceğini, Gauch/Schluep/Rey'e (GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter/SCHMID, Jörg/REY, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. A. Zürich, 1998, N. 3832) atfen belirtmektedir.

[1144] **ÖZTAN**, s. 371. Borçlar Kanunu'muzun 142. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 144. maddesinin ikinci fıkrasının mirasçılar bakımından uygulanması hakkında bkz. **ESCHER**, Art. 603, N. 7; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 5; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 671; **WEIBEL**, s. 10.

[1145] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 699; **İMRE**, s. 696; **İMRE/ERMAN**, s. 430; **OĞUZMAN**, s. 317-318; **ÖZTAN**, s. 371; **ANTALYA**, s. 328; **ESCHER**, Art. 603, N. 7; **TUOR/PICENONI**, Art.

paylaşmadan önce mevcut olan ve paylaşmadan sonra da devam eden müteselsil borçluluklarında, alacaklı, mirasçıların tamamına karşı tek bir talep hakkına sahip olmayıp, her bir müteselsil borçluya karşı birbirinden bağımsız talep haklarına sahiptir.[1146]

Öte yandan mirasçılardan her biri alacaklının ifa talebi üzerine, bütün mirasçılara ait ortak def'i ve itirazları ve/veya kendisi ile alacaklı arasındaki ilişki dolayısıyla sahip olduğu kişisel def'i ve itirazları ileri sürme hakkına sahiptir.[1147] Mirasçı, alacaklıya karşı kişisel bir def'i veya itirazı ileri sürmeksizin borcu ifa ettiği takdirde diğer mirasçılara rücu hakkını yitirmezken; bütün mirasçılar tarafından ileri sürülebilecek bir ortak def'i veya itirazın ileri sürülmemesi, ilgili ortak def'i veya itirazı ileri sürmeyen mirasçının, bu nedenle diğer mirasçılara karşı sorumlu sorumluluğu söz konusu olacaktır.[1148] Müteselsil borçlulukta borçlulardan birine karşı

603, N. 3; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 671; **PIOTET**, SPR IV/1, s. 17; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 2; **DRUEY**, § 13, N. 59; **BEUSCH**, Handkomm. zum SZ, Art. 603, N. 2; **STREBEL**, s. 20; **WEIBEL**, s. 10.

[1146] **WEIBEL**, s. 10, 11. *Weibel*, müteselsil borçlulukta, alacaklının müteselsil borçluların tamamına karşı tek bir talep hakkına sahip olmayıp, her bir borçluya karşı ayrı ayrı talep hakkına sahip olmasının İsviçre Hukukunda "taleplerin çokluğu teorisi" (*die Theorie der Vielheit der Forderungen*) olarak adlandırıldığını ifade ederek; bu durumun taleplerin yarışmasına (*Anspruchskonkurrenz*) benzediğini belirtmektedir. Bkz. s. 11. Türk Hukuku'nda Eren de, müteselsil borçlulukta alacaklının borçluların her birine karşı birbiriyle yarışan talep haklarına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **EREN**, s. 1153, 1154. Müteselsil borçlulukta alacaklının borçlulara karşı bu şekilde birbirinden bağımsız talep haklarına sahip olduğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 837, 838;

[1147] **İMRE**, s. 697-698; **İMRE/ERMAN**, s. 431. Borçlar Kanunu'muzun 143. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 145. maddesinin mirasçılar bakımından uygulanması hakkında bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 6; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 5; **ESCHER**, Art. 603, N. 8; **BEUSCH**, Handkomm. zum SZ, Art. 603, N. 4; **WEIBEL**, s. 12, 13.

[1148] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 218; **İMRE**, s. 697, 698; **İMRE/ERMAN**, s. 431. *İmre* ve *İmre/Erman*, bütün mirasçılara ait ortak def'i ve itirazların borcun sebep ve konusundan doğan durumlar olduğunu; her bir mirasçının alacaklının ifa talebi üzerine ilgili def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürmekle yükümü olduğunu ve aksi takdirde ilgili mirasçının rücu hakkını yitireceğini ifade ederek, ortak def'i ve itirazlara örnek olarak mirasbırakanın borcunu doğuran hukukî işlemin batıl olması, mirasbırakanın borcu hakkında işleyen zamanaşımının dolmuş olması hallerini göstermektedirler. Yazarlar, kişisel def'i ve itirazlara örnek olarak, mirasçının başka bir borç ilişkisi sebebiyle alacaklıdan olan alacağını diğer mirasçılarla birlikte müteselsil olarak sorumlu olduğu borcu ile takas etmesini göstermekte; mirasçının ilgili kişisel def'iyi ileri sürmemesi durumunda, mirasçının rücu hakkının bundan etkilenmeyeceğini ifade etmektedirler. **ESCHER**, Art. 603, N. 8; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 6; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 5; **BEUSCH**, Handkomm. zum SZ, Art. 603, N. 4; **WEIBEL**, s. 12, 13. Borçlar Kanunu'nun 143. maddesinde düzenlenmiş müteselsil borçlulukta def'i ve itirazlarla ilgili olarak; kişisel ve ortak def'i ve itiraz ayrımında, ortak def'i ve itirazın ileri sürülmesinin sadece hak değil, aynı zamanda yükümlülük teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. **AKINTÜRK**, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971, s. 164 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 301; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 550, 551; **EREN**, s. 1158; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 849, 850. *Oğuzman/Öz*, müteselsil borçlulukta ortak def'i ve itirazların

zamanaşımı kesildiği takdirde, alacağa ilişkin zamaşımının bu şekilde kesilmesi diğer borçlulara da etki ettiğinden; başka bir ifade ile zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmesi, diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurduğundan[1149] mirasçılardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer mirasçılara karşı işlemekte olan zamanaşımının da kesilmesi sonucunu doğuracaktır.[1150] Müteselsil borçlular bakımından söz konusu olan bir başka durum, müteselsil borçlulardan birinin alacaklının talebi üzerine iç ilişkide kendisine düşen paydan fazla ödeme yaptığı takdirde, payını aşan kısmı diğer müteselsil borçlulara rücu ederken alacaklının haklarına halef olmasıdır.[1151] Öğretide, söz konusu kuralın mirasçıların müteselsil sorumluluğu bakımından uygulanmasına doğrudan sadece *Weibel*[1152] değinmektedir. Müteselsil borçlulukta, borçlular arasındaki iç ilişkide teselsül söz konusu olmadığından,[1153] mirasçılar arasındaki ilişkilerde de teselsül söz konusu olmayacaktır.[1154]

---

sadece borçlunun yararlandığı bir imkân olarak değil, aynı zamanda her borçlunun alacaklıya karşı yapmaya mecbur olduğu bir yüküm (*Obliegenheit*) olarak düzenlenmiş olduğunu ifade etmektedir.

[1149] Borçlar Kanunu'nun 144. maddesi uyarınca, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, müteselsil borçlulardan biri kendi fiili ile diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştıramaz. Bu genel kurala Borçlar Kanunu'nun 134. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme ile bir istisna getirilmiş ve zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmesi durumunda diğer müteselsil borçlulara karşı da kesileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede, müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğuran bir fiil gerçekleştirmesi durumunda, zamanaşımı sadece ilgili müteselsil borçluya karşı değil, bütün müteselsil borçlulara karşı kesilmiş olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 556; **EREN**, s. 1160; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 856. Öte yandan *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmesi durumunda diğer müteselsil borçlulara karşı da kesileceğine ilişkin hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, Borçlar Kanunu'muzda, "Mürüruzaman, müteselsilen borçlu olanlardan… birine karşı kat'edilmiş olunca diğerlerine karşı da kat'edilmiş olur" (BK m.134/I) ifadesine yer verilmiş olduğundan ilgili hükmün, dar yorumlanması gerektiğini; dolayısıyla da sadece alacaklının müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımını kesen bir fiili gerçekleştirmesi durumunda ancak, bu kesilmenin diğer müteselsil borçlular hakkında da hüküm ifade edeceğini, diğer durumlarda Borçlar Kanunu'nun anılan 134. maddesi birinci fıkrası hükmünün uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1058.

[1150] **WEIBEL**, s. 16, 17.

[1151] **EREN**, s. 1163, 1164; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 865, 866; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 555, 556; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 320, 321. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979.

[1152] **WEIBEL**, s. 22.

[1153] **EREN**, s. 1162; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 863; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 554.

[1154] **WEIBEL**, s. 22, 23.

Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, her bir müteselsil borçlu alacaklıya yapılan ödemeden kural olarak eşit bir miktarını taşımakla yükümlüdür. Dolayısıyla, bu hüküm gereği, aksine bir anlaşma yoksa veya işin özelliği veya borcun niteliği iç ilişkide borcun farklı şekilde paylaşılmasını gerektirmiyorsa, müteselsil borçlulardan her biri borcun eşit bir miktarını üstlenmek durumundadır.[1155] Bunun sonucu olarak da, alacaklıya iç ilişkideki payından fazla ödeme yapan müteselsil borçlu, payını aşan kısmı, payları oranında diğer müteselsil borçlulara rücu hakkına sahip olacaktır.[1156] Mirasçıların mirasbırakanın borçlarından dolayı ilgili borcun alacaklısına karşı müteselsil olarak borçlu olmalarında da, alacaklıya iç ilişkideki payından fazla ödeme yapan mirasçının, diğer mirasçılara rücu hakkı bulunmaktadır.[1157] Ancak, mirasçıların tereke borçlarından dolayı alacaklıya karşı müteselsil olarak borçlu olmalarında, Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan iç ilişkide eşit paylarla sorumluluk ilkesi değil,[1158] Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesi uygulama alanı bulacaktır.[1159] Bu çerçevede eğer mirasçılar borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya birkaçına yüklenmesine ilişkin anlaşma yapmışlarsa, bu sözleşme çerçevesinde kendisine düşen kısımdan fazlasını ödeyen mirasçı, payını aşan kısmı, diğer mirasçılara, borçlara ilişkin mirasçılar arasında yapılmış ilgili anlaşma hükümleri çerçevesinde rücu etme hakkına

---

[1155] Eşit paylarla sorumluluk karinesi olarak nitelendirilen bu durum için bkz. **AKINTÜRK**, Müteselsil Borçluluk, s. 207; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 314 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 859; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 554; **EREN**, s. 1161.

[1156] **AKINTÜRK**, Müteselsil Borçluluk, s. 207; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 314; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 859; **EREN**, s. 1161; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 554.

[1157] **ESCHER**, Art. 603, N. 2, Art. 640, N. 1, 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 1, Art. 640, N. 5; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 1, Art. 640, N. 3; **BEUSCH**, Handkomm. zum SZ, Art. 603, N. 1; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 640, N. 1; **DRUEY**, § 16, N. 24; **WEIBEL**, s. 23 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 699, 734; **İMRE**, s. 699, 928; **İMRE/ERMAN**, s. 432, 561; **OĞUZMAN**, s. 318; **ÖZTAN**, s. 371, 377; **ANTALYA**, s. 328; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340-341.

[1158] Müteselsil borçlular arasındaki ilişkileri düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 146 ve devamı (ve dolayısıyla ilgili hükümleri karşılayan Kaynak Kanun'un 148 ve devamı) hükümlerinin, mirasçıların müteselsil sorumluluğunda mirasçılar arasındaki ilişkilerde, son derece sınırlı olarak uygulanacağına ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 640, N. 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 640, N. 2; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 640, N. 4

[1159] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 735; **İMRE**, s. 928; **İMRE/ERMAN**, s. 561; **ESCHER**, Art. 640, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 640, N. 1, 7; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 640, N. 1; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 640, N. 1.

sahiptir.[1160] Bu çerçevede Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca rücu hakkı, öncelikle borcu üstlenmiş olan mirasçıya karşı kullanılacaktır.[1161] Öte yandan, mirasçılar borçlara ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamış da olabilirler. Bu hâlde, mirasçılar, Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde iç ilişkide borçları miras payları oranında taşıyacaklarından, alacaklıya ödeme yapan mirasçı, miras payına düşen miktarı aşan kısmı, diğer mirasçılara miras payları oranında rücu edebilecektir.[1162]

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinin ikinci fıkrasında, müteselsil borçlulardan birinin aczi durumunda, iç ilişkide rücuun nasıl yapılacağına ilişkin olarak, acze düşen borçludan alınamayan kısmın diğer borçlular arasında eşit olarak paylaştırılması esası kabul edilmiştir.[1163]

[1160] Öğretide genel olarak kabul edilen görüş, Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesinin (ve dolayısıyla ilgili hükmü karşılayan Kaynak Kanun'un 640. maddesinin), "Paylaşma sözleşmesinde ödenmesi kendisine yükletilmemiş olan bir tereke borcunu veya üzerine aldığı miktardan fazlasını ödeyen mirasçı, diğer mirasçılara rücu edebilir." şeklinde kaleme alınmış birinci fıkra hükmünün, gerek miras ortaklığı devam ederken gerek miras ortaklığının sona ermesinden sonra, müteselsil sorumluluğun tabi olduğu beş yıllık süre boyunca alacaklıya yapılan ödemelerde bu ödemenin diğer mirasçılara rücu edilmesinde uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir. Bkz. **İMRE**, s. 928; **İMRE/ERMAN**, s. 561; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 640, N. 1; **TUOR/PICENONI**, Art. 640, N. 4; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 640, N. 2. Öte yandan Escher, doğrudan sadece İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 640. maddesinin üçüncü fıkrasının gerek miras ortaklığı devam ederken gerek miras ortaklığının paylaşma ile sona ermesinden sonra uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. **ESCHER**, Art. 640, N. 3.

[1161] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 735; **İMRE**, s. 562; **İMRE/ERMAN**, s. 929; **ÖZTAN**, s. 377; **ESCHER**, Art. 640, N. 2, 5; **TUOR/PICENONI**, Art. 640, N. 4, 7; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 640, N. 4; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 640, N. 2.

[1162] **EREN**, s. 1162; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 699, 735; **İMRE**, s. 699, 929; **İMRE/ERMAN**, s. 432, 562; **OĞUZMAN**, s. 318; **ÖZTAN**, s. 371, 377; **ANTALYA**, s. 328; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340-341; **ESCHER**, Art. 603, N. 2, Art. 640, N. 3, 6, 7; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 1, Art. 640, N. 4, 7; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 1, Art. 640, N. 5; **BEUSCH**, Handkomm. zum SZ, Art. 603, N. 1, Art. 640, N. 3; **DRUEY**, § 16, N. 24; **WEIBEL**, s. 23 vd.

[1163] Esasen, Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bu hükmün nasıl anlaşılması gerektiği, tıpkı kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmü karşılayan 148. maddesinin üçüncü fıkrası bakımından da olduğu gibi, tartışmalıdır. Öğretide *Akıntürk* ve *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, ilgili hükmün, acze düşen borçlunun payının, payları ile orantılı olarak diğerlerine dağılacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini; zira, Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve "eşit" olarak günümüz Türkçe'sine çevrilebilecek "mütesaviyen" sözünün, birinci fıkrada yer alan eşit paylarla sorumluluk karinesi dolayısıyla hükümde yer aldığını, bu sözün bütün müteselsil borçluluk hallerinde paylar ne olursa olsun, acze düşen borçlunun payının diğer borçlulara eşit olarak dağılacağı şeklinde yorumlanamayacağını belirtmektedirler. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 314; **AKINTÜRK**, Müteselsil Borçluluk, s. 221 vd. Öte yandan, öğretide aralarında *Oğuzman/Öz*, *Kılıçoğlu* ve *Eren*'in de bulunduğu birçok yazar, Borçlar Kanunu'nun ilgili fıkrasının, borçlulardan birinin acze düşmesi durumunda, ondan alınamayan kısmın diğer müteselsil borçlulara eşit olarak dağılacağı şeklinde

Mirasçıların Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddenin birinci fıkrası ile 681. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş müteselsil sorumluluklarında, iç ilişkide mirasçılardan birinden alınamayan kısım, mirasçılar arasında borcun yüklenilmesine veya farklı oranlarda paylaşılmasına ilişkin bir anlaşma bulunmadıkça, payları oranında dağılacaktır.[1164]

Mirasçıların, alacaklıya karşı, mirasın paylaşılmasından sonra da devam eden bu müteselsil sorumlulukları, her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere, paylaşmadan sonra devam eden müteselsil sorumluluk paylaşmadan önceki müteselsil sorumluluğun bir devamıysa da, her bir mirasçının, miras ortaklığının bir üyesi olarak değil, tek başına sorumlu olması[1165] ve sorumluluğun, alacaklının mirasçılar arasında borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan biri veya bir kaçı tarafından yüklenmesine ilişkin anlaşmaya icazet vermesi durumu dışında müteselsil sorumluluğun paylaşmanın üzerinden, eğer alacak paylaşma sırasında muaccel değilse alacağın

---

anlaşılması gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 555; **EREN**, s. 1162; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 864-865.

[1164] Mirasçıların, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fırkası ile 681. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 603. maddesinin birinci fıkrası ile 639. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş müteselsil sorumluluklarında, iç ilişkide mirasçılardan birinden alınamayan kısmın, mirasçılar arasında konuya ilişkin bir anlaşma varsa bu anlaşma hükümlerine göre; aksi takdirde miras paylarına göre paylaşılacağına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 603, N. 7, Art. 640, N. 5; **TUOR/PICENONI**, Art. 640, N. 5, 8, 9; **WEIBEL**, s. 25. Öğretide genel olarak, mirasçılardan birinden alınamayan kısmın diğer mirasçılara payları oranında dağılması ile ilgili olarak, mirasçılar arasında borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya bir kaçına yüklenmesine ilişkin bir anlaşma yapılmışsa, rücuun bu anlaşma hükümlerine göre borcu üstlenen mirasçıya yapılacağı belirtilerek, borcu üstlenen mirasçıdan alınamayan kısmın, diğer mirasçılara payları oranında dağılacağı ifade edilmektedir. Başka bir ifade, mirasçılardan birinden alınamayan kısmın diğerlerine miras payları oranında dağılacağı hususuna öğretide, Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesinin (ve dolayısıyla ilgili hükmü karşılayan Kaynak Kanun'un 640. maddesinin) "Rücu hakkı, ilk önce, ödenmiş olan borcu paylaşma sözleşmesiyle üstlenmiş bulunan mirasçıya karşı kullanılır." ifadesinden oluşan ikinci fıkrasına ilişkin açıklamalarda yer verilmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 735; **ÖZTAN**, s. 377; **GRIMM/VLCEK**, Handkomm. zum ZS, Art. 640, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm. Art. 640, N. 4. Öğretide, açıkça, iç ilişkide rücuda, kendisine rücu edilen mirasçının acze düşmesi durumunda, ilgili mirasçıdan alınamayan kısmın diğer mirasçılara aksine bir anlaşma olmadıkça miras payları oranında dağılacağı hususuna değinmemekle birlikte, mirasçıların birbirlerine rücuunda, aksine anlaşma yapılmadıkça rücuun miras payları oranında gerçekleşeceğine ilişkin olarak bkz. **İMRE**, s. 699; **İMRE/ERMAN**, s. 432; **OĞUZMAN**, s. 318; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 219, 340; **DRUEY**, § 16, N. 24.

[1165] **ESCHER**, Art. 639, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 1; **WOLF**, s. 343-344; **WEIBEL**, s. 10; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 1.

muaccel olduğu tarihten itibaren beş yılın geçmesi ile sona ermesi[1166] bakımından paylaşmadan önceki müteselsil sorumluluktan farklılık arzeder.

III. Sorumluluğun Kapsamı

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere,[1167] mirasçıların paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra Türk Medenî Kanunu'nun 639. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş müteselsil sorumlulukları, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinde düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluğun devamı niteliğindedir. Bu çerçevede mirasçılar, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinde düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluğun kapsamına giren borçlar bakımından, paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra da müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edeceklerdir.[1168]

Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrası ile 681. maddesinin birinci fıkrasında, Kaynak Kanun'un ilgili maddeleri karşılayan hükümlerinden farklı olarak, mirasçıların 'tereke borçları'ndan müteselsil olarak sorumlu oldukları ifadesine yer verilmiştir. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 603. maddesinin birinci fıkrasının Almanca metninde,[1169] Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 639. maddesinin birinci fıkrasının Almanca metninde[1170] olduğu gibi, mirasçıların mirasbırakanın borçlarından müteselsil olarak sorumlu oldukları ifadesine yer verilmiştir. Ancak, Kaynak Kanun'un Almanca metninde yer alan bu ifadeye

---

[1166] **BERKİ**, Mirasçıların Mesuliyeti, s. 111; **ESCHER**, Art. 639, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2.
[1167] Bu bölüm, §.14, I ve yine bu bölüm §.14, III.
[1168] **WEIBEL**, s. 62.
[1169] İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili 603. maddesinin birinci fıkrasının Almanca metninde yer alan ifade "*Für die Schulden des Erblassers werden die Erben solidarisch haftbar*." şeklindedir.
[1170] İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili 639. maddesinin birinci fıkrasının Almanca metninde "*Für die Schulden des Erblassers sind die Erben den Gläubigern auch nach der Teilung solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haftbar, solange die Gläubiger in eine Teilung oder Übernahme der Schulden nicht ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt haben*." ifadesine yer verilmiştir.

rağmen, söz konusu hükümlerin kapsamına hangi borçların gireceği, İsviçre Hukuk öğretisinde de tartışmalıdır.[1171]

İsviçre Hukuk öğretisinde genel olarak kabul edilen görüş uyarınca, İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili 603. maddesi ile 639. maddesinde belirtilmiş olmamasına rağmen, mirasçılar sadece mirasbırakanın borçlarından değil, aynı zamanda mirasbırakanın ölümü üzerine terekenin mirasçılara geçişi nedeniyle ortaya çıkan borçlardan (*die Erbgangsschulden*) da müteselsilen sorumludurlar.[1172] İsviçre Hukuk öğretisinde *Tuor/Picenoni*[1173] ile *Escher*[1174] ise İsviçre Medenî Kanunu'nun 603. maddesinin kapsamına mirasbırakanın borçlarının yanı sıra, mirasın geçişi nedeniyle ortaya çıkan borçların dâhil olduğunu kabul etmekle birlikte, İsviçre Medenî Kanunu'nun 639. maddesinin sadece mirasbırakanın borçlarına ilişkin olduğunu ifade etmektedirler.[1175]

[1171] Kaynak Kanun'un Almanca metninde, gerek Kaynak Kanun'un Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 603. maddesinin birinci fıkrasında ve gerekse Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 639. maddesinin birinci fıkrasında "mirasbırakanın borçları" olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "*die Schulden des Erblassers*" ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen, Kaynak Kanun'un ilgili maddelerinin Fransızca ve İtalyanca metinlerinde, Kanun'un sözünden yola çıkarak bir sonuca varmayı engeller şekilde, değişik terimlere yer verilmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, Kaynak Kanun'un Fransızca metninde 603. maddenin birinci fıkrasında "mirasbırakanın borçları" olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "*dettes du défunt*" ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen; 639. maddenin birinci fıkrasında "tereke borçları" olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "*dette de la succession*" ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır. Kaynak Kanun'un İtalyanca metninde ise, hem 603. maddenin birinci fıkrasında, hem de 639. maddenin birinci fıkrasında "tereke borçları" olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "*debiti della successione*" ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır. Öğretide *Weibel* tarafından da ifade edildiği üzere, İsviçre Medenî Kanunu'un Almanca, Fransızca ve İtalyanca metinlerinden hiçbiri diğerini yok sayarak dikkate alınamayacağından; başka bir ifade ile, Kanun'un çeşitli dillerdeki metinleri eş değer olduğundan, Kanun'da kullanılan ifadeden yola çıkılarak, ilgili maddelerin kapsamına ilişkin kesin bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Bkz. **WEIBEL**, s. 62.

[1172] **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 672; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 8; **SEEBERGER**, s. 20 vd.; **BEUSCH**, Handkomm. zum SZ, Art. 603, N. 7; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 656 vd.; **WEIBEL**, s. 78. Öğretide *Dotta*, mirasbırakanın borcu olmamasına rağmen mirasın geçişinden doğan borçlar gibi, miras ortaklığının diğer borçları bakımından da İsviçre Medenî Kanunu'nun 603 ve 639. maddelerinin uygulanmasını kabul etmekte; ancak bu durumu miras ortaklığı ile kolektif ortaklık arasındaki benzerliğe dayandırmaktadır. Bkz. **DOTTA**, Orazio, La Natura giuridica dei debiti della comunione ereditaria e le norme sulla responsabilità ad essi relative, Diss, Bern 1947, Varese 1948, s. 12 vd., 31 vd., 41 ve 45. (WEIBEL, s. 63, dpn. 10'dan naklen.) *Druey* ise, İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili 603 ve 639. maddelerinde düzenlenmiş olan mirasçıların müteselsil sorumluluğunun, sadece mirasbırakanın borçlarına ilişkin olduğunu savunmaktadır. Bkz. **DRUEY**, § 13, N. 52; ayrıca bkz. N. 56, 72, 82.

[1173] Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 7a ve 8; Art. 639, N. 15a.

[1174] Bkz. **ESCHER**, Art. 603, N. 3; Art. 639, N. 22.

[1175] Gerek *Tuor/Picenoni* ve gerek *Escher*, eserlerinin önceki baskılarında, mirasın geçişi nedeniyle ortaya çıkan borçlar bakımından mirasçıların elbirliği ile sorumlu olduklarını kabul etmiş olduklarını,

Türk Hukuk öğretisinde ise, bazı yazarların[1176] mirasçıların müteselsil sorumluluğunun mirasbırakanın borçlarına ilişkin olduğunu kabul etmiş olmalarına rağmen; baskın görüş,[1177] mirasbırakanın borçlarının yanı sıra mirasın geçişi nedeniyle ortaya çıkan borçlar bakımından da mirasçıların müteselsil olarak sorumlu olacağı yönündedir. Halihazırda, Türk Medenî Kanunu'nun 641 ve 682. maddelerinde, "mirasbırakanın borçları" ifadesine yer verilemeyerek, mirasçıların "tereke borçları"ndan müteselsil olarak sorumlu oldukları ifadesine yer verilmiştir.[1178]

Türk Medenî Kanunu'nun 641. ve dolayısıyla 681. maddesinde düzenlenmiş olan mirasçıların müteselsil sorumluluğunun kapsamında yer alan borçlardan, mirasbırakanın borçları (*die Schulden des Erblassers, Erblassersschulden*)[1179] kavramından, mirasbırakanın borcu olup, onun ölümü ile birlikte mirasçılara geçen borçları anlaşılacaktır.[1180] Ancak

---

ancak eserlerinin üçüncü baskılarında bu görüşten ayrıldıklarını belirtmektedirler. Bkz. **ESCHER**, Art. 602, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 7a.

[1176] **AYİTER**, Miras, s. 231; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 218.

[1177] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 700; **ÖZTAN**, s. 373; **İMRE**, s. 701; **İMRE/ERMAN**, s. 434.

[1178] Burada önemle belirtmek gerekir ki, Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 616. maddesinde, yürürlükteki Kanunda yer alan ifadeye paralel olarak "terekenin borçları" ifadesine yer verilmekteyken; Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 582. maddesinde "müteveffanın borcu" ifadesine yer verilmekteydi.

[1179] *Druey*, mirasın geçişi ile birlikte mirasbırakanın borçlarının mirasçılara geçeceğini ve böylelikle mirasbırakanın borçlarının miras ortaklığının borcu haline geleceğini ifade ederek, bu borçların bu şekilde miras ortaklığı borçları (*Erbschaftsschulden*) olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. DRUEY, § 13, N. 52. Öğretide *Tuor/Picenoni* ve *Schaufelberger* de mirasbırakanın mirasçılara geçen ve mirasçıların müteselsil olarak sorumlu oldukları borçları ifade etmek üzere "*Erbschaftsschulden*" kavramına yer vermektedirler. **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 7; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm, Art. 603, N. 7.

[1180] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 700; **AYİTER**, Miras, s. 231; **ÖZTAN**, s. 372; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 218; **ESCHER**, Art. 603, N.1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 7; **DRUEY**, § 13, N. 52; **BEUSCH**, Handkomm. zum SZ, Art. 603, N. 7; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 7. *Tuor/Picenoni*, mirasbırakanın borçları kavramından, mirasbırakanın iki taraflı işlemlerinden doğan borçlarının anlaşılması gerektiğini; bu bağlamda, örneğin, kira akdinin feshi gibi bir işlemde, fesih bildiriminin mirasçılardan her hangi birine yöneltilmesinin yeterli olmadığını, fesih bildiriminin ancak mirasçıların tümüne yöneltilirse sonuç doğuracağını ifade etmektedir. *Beusch* ise, mirasbırakanın borcu olup, tereke yoluyla mirasçılara geçen ve bu şekilde mirasçıların müteselsil sorumluluğunun kapsamına dâhil olan borçlara örnek olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin 103 II 330 sayılı kararına atıfla, zararı tazmin borcunu ve İsviçre Federal Mahkemesinin 123 III 89 sayılı kararına atıfla, mirasbırakanın anonim şirket hukukundan doğan borçlarını göstermektedirler. Bkz. Art. 603, N. 7. Yargıtay da, vermiş olduğu çeşitli kararlarda, mirasbırakanın sağlığında yaptığı işlemlerden doğan borçların, onun ölümü ile birlikte mirasçılarına geçeceğini hükme bağlamıştır. Bkz. Yargıtay 15. HD, 2.3.1977 t. ve E. 2805, K. 490 s. K. Söz konusu kararda Yargıtay, mirasbırakanın sağlığında yüklenici sıfatıyla yaptığı sözlemeden doğan borçlarının onun ölümü ile mirasçılarına geçeceğini belirtmektedir. Yargıtay vermiş olduğu bir diğer kararda (Yargıtay 14. HD, 15.5.1978 t. ve

mirasbırakanın şahsının dikkate alınarak yapıldığı sözleşmeler bakımından, mirasbırakanın bu sözleşmelerden doğan borcu, onun ölümü ile birlikte sona ereceğinden, bu borçlar mirasçılara geçmeyecek ve dolayısıyla da mirasçıların bu borçlar bakımından müteselsil sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.[1181]

Mirasbırakanın vergi borcu da, mirasbırakanın diğer borçları gibi tereke yolu ile mirasçılara geçer. Ancak vergi borçları bakımından 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 12. maddesi[1182] uyarınca mirasçılar, müteselsilen değil, miras payları oranında sorumlu olurlar.[1183]

Mirasbırakanın mirasçılardan birine borçlu olması durumu ile ilgili olarak öğretide[1184] kabul edilen görüş, bu tür borçlar bakımından mirasçıların

---

E. 2567, K. 2654 s. K.), mirasbırakanın taşınmaz satım vaadinden doğan borçlarından mirasçıların müteselisl olarak sorumlu olacaklarını hükme bağlamıştır. (**İNAL**, s. 764, 765)

[1181] **WEIBEL**, s. 67; **BEUSCH**, Handkomm. zum SZ, Art. 603, N. 7; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 7. *Schaufelberger*, konuya ilişkin olarak, mirasbırakanın bir iş akdi dolayısıyla yerine getirmekle yükümlü olduğu iş görme ediminin mirasçıya geçmeyeceğini örnek olarak vermektedir.. Öğretide *Öztan*, konuya ilişkin örnek vermemekle birlikte, açıklamalarında, mirasbırakanın mirasçıya geçmeyen borçları bakımından müteselsil sorumluluğun bulunmadığı hususuna yer vermektedir. Bkz. **ÖZTAN**, s. 374. Ayrıca bkz. **İMRE**, s. 704; **İMRE/ERMAN**, s. 436.

[1182] 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (RG 10.1.1961 10703-10705) 12. maddesi, "Ölüm hâlinde mükellefin ödevleri, mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçılarına geçer. Ancak mirasçılardan her biri ölünün vergi borçlarından miras hisseleri nispetinde sorumlu olurlar." ifadesini taşımaktadır.

[1183] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 218; **İMRE**, s. 703; **İMRE/ERMAN**, s. 436; **ÖZTAN**, s. 374. *Öztan*, veraset ve intikal vergisi bakımından bu verginin doğrudan mirasçının şahsında ve mirasçının aldığı paya göre doğacağını belirtmektedir. Mirasçıların mirasbırakanın vergi borçlarından sorumluluğunun Vergi Hukukundaki yeri ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **GERÇEK**, Adnan, Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi, AÜHFD, Yıl: 2005, C. XXXXXIV, S. 3, s. 157-193. *Gerçek*, başkasının vergisini kendi malvarlığından ödemekle sorumlu olan vergi sorumlusunun, asıl mükellefle birlikte veya onun yerine geçerek, vergi borcunu kendi malvarlığından ödemek zorunda kalan kişiyi ifade ettiğini; bu durumda ilgili vergi borçlusunun, fer'i vergi borçlusu durumunda olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda yazar, mirasçıların da, mirasbırakanın vergi borcu bakımından fer'i vergi borçlusu durumunda olduklarını ifade ederek; bu ve benzer durumlarda amacın vergi alacağını güvence altına almak olduğunu; böylelikle vergi hukukunda asıl borçlunun vergi borcunu ödeyememesi ihtimaline karşılık verginin ödenmesi için, asıl vergi borçlusu dışındaki kimselerin sorumluluğuna gidilebildiği hususuna yer vermektedir. Bkz. s. 161. Gerçek, vergi hukukunda mirasbırakanın vergi borcunun atanmış ve yasal mirasçılara geçmesinde, mirasçıların maddi vergi ödevleri bakımından sorumluluklarının payları oranında olduğunu; ancak şekli vergi ödevlerinin bölünmesi mümkün olmadığından, şekli vergi ödevleri bakımından mirasçıların müteselsil olarak sorumlu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 170-171. Vergi cezaları bakımından ise yazar, cezaların şahsîliği ilkesi çerçevesinde mirasçıların sorumlu olmadıklarını belirtmektedir. Bkz. s. 171.

[1184] **ÖZTAN**, s. 374. *Öztan*, mirasbırakanın mirasçılardan birine olan borcu bakımından mirasçıların müteselsil sorumluluklarının gündeme gelmeyeceğini; bu alacağın mirasın paylaşılması sırasında göz önünde tutulacağını ve bu çerçevede ilgili alacağın tereke mevcudu hesaplanırken mevcuttan indirileceğini veya alacaklı mirasçının hissesine ilave edileceğini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz.

alacaklı mirasçıya karşı müteselsil sorumlu olmadıkları yönündedir. İsviçre Federal Mahkemesi de önceki kararlarında[1185] mirasbırakanın mirasçılardan birine olan borcu bakımından, mirasçıların, alacaklı mirasçıya karşı müteselsil sorumluluklarının bulunmadığını istisnasız bir şekilde kabul etmekteydi. İsviçre Federal Mahkemesi, daha sonra 101 II 218 sayılı Kararla,[1186] mal rejimi dolayısıyla sahip olduğu alacaklar bakımından sağ kalan eşe karşı diğer mirasçıların müteselsil olarak sorumlu olduklarını, bu hâlde sağ kalan eşin mirasçılara karşı sahip olduğu alacak hakkının üçüncü kişinin alacağı gibi olduğunu gerekçe göstererek kabul etmiştir.[1187]

Mirasın geçişi ile ilgili borçlar (*Erbgangsschulden*) ise, mirasbırakanın borcu olmayıp, onun ölümü üzerine mirasçılar bakımından mirasın açılması ve terekenin tasfiyesi ile ilgili olarak ortaya çıkan borçları ifade eder.[1188] Bu borçlar esasen terekeden ödenirler. Ancak terekenin bu masrafları karşılamaya yetmemesi hâlinde mirasçıların bu borçlardan sorumluluklarının nasıl olacağı Kanun'da düzenlenmiş değildir.[1189] Yukarıda da belirtildiği üzere,[1190] İsviçre ve Türk Hukuk öğretisinde, mirasın geçişi ile ilgili bu borçlar

---

İMRE, s. 702; **İMRE/ERMAN**, s. 435. İsviçre Hukuk öğretisinde görüşü savunan yazarlar için bkz. **ESCHER**, Art. 603, N. 1a ve Art. 610, N. 7; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 656; **DRUEY**, § 13, N. 59; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 672; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 1; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 1. *Tuor/Picenoni* ve *Schaufelberger*, mirasçıların İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 603. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen müteselsil sorumluluğun, mirasçıların diğer bir mirasçıya karşı sorumluluklarında söz konusu olmayıp; ancak üçüncü kişilere karşı sorumluluklarında uygulama alanı bulacağını ifade etmektedirler.

[1185] Bkz. 71 II 219; 72 II 154; 103 II 137 (WEIBEL, s. 75, dpn. 48'den naklen.) Ayrıca bkz. BGE 71 II 222; 72 II 160 (WOLF, s. 343, dpn. 1980'den naklen.)

[1186] İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilgili kararına konu olan olayda, mirasbırakanın iki oğlundan birine karşı, mirasbırakanın eşinin mal rejiminden doğan alacağının tamamını diğer mirasçılardan birinden talep etmesine ilişkin sorun, alt mahkeme tarafından, 'mirasbırakanın mirasçılardan birine olan borcu bakımından mirasçıların müteselsil sorumlu olmayacağı' gerekçe gösterilerek talepte bulunan eş aleyhine karara bağlanmıştı. İsviçre Federal Mahkemesi, anılan kararında öncelikle mirasçıların mirasbırakandan alacaklı olan mirasçıya karşı müteselsil sorumluluklarının bulunmadığını tespit ederek; sağ kalan eşin mal rejiminden doğan talepleri bakımından durumunun mirasbırakandan alacaklı olan üçüncü kişinin durumu gibi olduğunu; bu nedenle de mirasçıların, sağ kalan eşin mal rejiminden doğan alacakları bakımından, mirasçı sağ kalan eşe karşı müteselsil olarak sorumlu olacakları yönünde karar vermiştir.

[1187] Öğretide bu karara değinen yazarlar için bkz. **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 672; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 7; **WOLF**, s. 343; **DRUEY**, § 13, N. 59; **BEUSCH**, Handkomm. zum SZ, Art. 603, N. 7; **WEIBEL**, s. 76.

[1188] **TUOR/PICENONI**, Art. 594, N. 5; **WEIBEL**, s. 62.

[1189] **ÖZTAN**, s. 373.

[1190] Bkz. Bu bölüm, bu kısım, IV, dpn. 217 ve 222'de adı geçen yazarlar.

bakımından mirasçıların müteselsil olarak sorumlu oldukları, baskın görüş olarak benimsenmektedir. Cenaze giderleri (TMK m. 507/II),[1191] miras ortaklığının temsili giderleri,[1192] terekenin idaresi masrafları,[1193] terekenin defterinin tutulması (TMK m. 623/II) ve mühürlenmesi giderleri (TMK m. 507/II),[1194] vasiyeti yerine getirme görevlisine ödenecek meblağlar,[1195] mirasbırakanla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri (TMK m. 507/II, 645)[1196], mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir cenin varsa, bu ceninin geçim giderlerine muhtaç olan anasının, doğuma kadarki geçim giderleri (TMK m. 643/II),[1197] ve terekenin borç ödemeden aciz duruma gelmesi sonucunu doğurmamak şartıyla, ana ve baba veya büyük ana ve büyük baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini ve gelirlerini aileye özgüleyen ergin altsoylara uygun tazminat ödeme borcu (TMK m. 641/II)[1198] mirasın geçişi nedeniyle ortaya çıkan borçların en önemlilerini oluşturmaktadır.[1199]

[1191] **ESCHER**, Art. 603, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 8; **WEIBEL**, s. 65; **ÖZTAN**, s. 372; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 700; **İMRE/ERMAN**, s. 433; **İMRE**, s. 700-701.

[1192] **ESCHER**, Art. 603, N. 3; **İMRE**, s. 700-701; **İMRE/ERMAN**, s. 433.

[1193] **İMRE**, s. 700-701; **İMRE/ERMAN**, s. 433; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 700; **ESCHER**, Art. 603, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 8.

[1194] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 8; **WEIBEL**, s. 65; **ÖZTAN**, s. 372; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 700; **İMRE**, s. 700-701; **İMRE/ERMAN**, s. 433.

[1195] **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 8; **ÖZTAN**, s. 372.

[1196] **ÖZTAN**, s. 372; **WEIBEL**, s. 65. Türk Medenî Kanunu'nun 507. maddesi ile 645. maddelerinde üç aylık giderden bahsedilmektedir. Türk Medenî Kanunu'nda, böylelikle, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 507. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 474. maddesinin ikinci fıkrası ile bu maddeyi karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 454. maddesinin ikinci fıkrasında ve yine İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 645. maddesini karşılayan 606. maddesi ile bu maddeyi karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 585. maddesinde yer alan bir aylık süre uzatılmış olmaktadır.

[1197] **WEIBEL**, s. 66; **İMRE**, s. 701, dpn. 14; **İMRE/ERMAN**, s. 434, dpn. 10.

[1198] **WEIBEL**, s. 66; **ÖZTAN**, s. 373; **İMRE**, s. 701, dpn. 14; **İMRE/ERMAN**, s. 434, dpn. 10.

[1199] Öğretide *İmre* ve *İmre/Erman*, mirasbırakanın borcu mahiyetinde olmayan, terekede yer alan bir hayvanın Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi çerçevesinde bir zarara neden olması ve yine terekede yer alan bir bina veya inşa eserinin Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi çerçevesinde bir zarara neden olması sonucunda ortaya çıkan zararı tazmin borcu ile mirasbırakana ait bir işletmenin miras ortaklığı tarafından devam ettirilmesi amacıyla mirasçılar tarafından yapılan hukukî işlemlerden doğan borçların da intikal nedeniyle ortaya çıkan borçlara dâhil olduğu ve bu çerçevede Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesinin birinci fıkrasının bu borçlar bakımından da uygulanacağı ifade edilmektedir. Bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 434 ve dpn. 11; **İMRE**, s. 701 ve dpn. 15. Öte yandan öğretide *Ayiter* yukarıda 221 numaralı dipnotta belirtildiği üzere cenaze giderleri; defter tutma ve mühürleme giderleri; mirasçılar arasında bulunan ceninin geçim giderlerine muhtaç anasının geçim giderleri ve mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri gibi terekenin mirasçılara geçmesi nedeniyle ortaya çıkan borçların, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesini karşılayan Türk Kanunu Medenîsi'nin 582. maddesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini

Mirasbırakan tarafından belirli mal vasiyetinde bulunulması durumunda ise, ortada ne mirasbırakanın borcu ne de mirasın geçişi nedeniyle ortaya çıkan bir borç söz konusudur. Bu çerçevede muayyen mal vasiyeti de doğrudan ilgili mirasçı veya mirasçıların borcu olarak ortaya çıkar.[1200] Mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufunda, belirli mal vasiyetini mirasçılardan bir veya bir kaçına yüklemesi durumunda, ilgili mirasçılar, lehine belirli mal vasiyetinde bulunulan kişiye karşı sorumlu olacaklardır.[1201] Ancak mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufunda belirli mal vasiyetini mirasçılardan bir veya bir kaçına yüklememiş olabilir. Bu hâlde bütün mirasçıların, lehine belirli vasiyet edilmiş kimseye karşı müteselsilen borçlu oldukları kabul edilmektedir.[1202]

---

ve dolayısıyla mirasçıların bu borçlar bakımından müteselsil olarak sorumlu olmadıklarını kabul etmektedir. Yazar, bu borçların terekeden ödeneceğini ve bu borçlar bakımından mirasçıların müteselsil olarak değil, elbirliği ile sorumlu olacaklarını ifade etmektedir. Bkz. **AYİTER**, Miras, s. 231-232.

[1200] **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 7b; **ESCHER**, Art. 603, N. 4;

[1201] **İMRE**, s. 702; **İMRE/ERMAN**, s. 434; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 267. Öğretide *Öztan*, mal vasiyetinin ifası borcunun mirasçılardan birine yüklenmesi durumunda, paylaşmanın gerçekleşmesinden önceki aşamada, henüz ilgili mirasçı belirli mal vasiyetinin konusunu teşkil eden mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığından, ilgili mirasçının miras ortaklığı devam ettiği sürece söz konusu mal üzerinde tek başına tasarrufta bulunamayacağını belirterek; kusuru olmadığı için tazminat ödemekle de yükümlü olmayan bu mirasçının, kendisinden borcunu ifa etmesini talep eden vasiyet alacaklısına karşı, diğer mirasçıların rızasının bulunmaması nedeniyle borcunu ifa edememekte olduğunu ispat etmesi hâlinde, vasiyet alacaklısının alacak hakkını bütün mirasçılara karşı ileri sürmesi gerektiğinin öğretide kabul edilmekte olduğunu belirtmektedir. Bu hâlde *Öztan*'a göre, Türk Medenî Kanunu'nun 519. maddesinin ikinci fıkrası kıyasen uygulanmalıdır. Bkz. **ÖZTAN**, s. 373-374.

[1202] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 266; **İMRE**, s. 702; **İMRE/ERMAN**, s. 434; **ÖZTAN**, s. 373-374; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 603, N. 10; **TUOR/PICENONI**, Art. 603, N. 7b; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 672; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 656; **WOLF**, s. 343; **ESCHER**, Art. 603, N. 4. *Escher*, belirli mal vasiyeti durumunda, mirasçıların müteselsil sorumluluğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, bu hâlde Borçlar Kanunu'muzun 141. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 143. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, müteselsil sorumluluğunun gündeme gelmemesi gerektiğini; ancak Federal Mahkemenin aksi yöndeki içtihatları nedeniyle (BGE 59 II 124), bu hâlde mirasçıların müteselsil sorumluluklarının kabul edilmekte olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 266. Aksi görüşte bkz. **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 218; **AYİTER**, Miras, s. 231-232 ve dpn. 22. *Ayiter*, bu borçların terekeden ödeneceğini ve bu borçlar bakımından mirasçıların müteselsil olarak değil, elbirliği ile sorumlu olduklarını ifade etmektedir. Bkz. dpn. 22.

IV. Sorumluluğun Sona Ermesi

A) Alacaklının Rızası İle

1) Genel Olarak

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere,[1203] mirasçılar, borçların paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya birkaçına yüklenmesine ilişkin bir sözleşme yapmış olabilirler.[1204] Bu tür anlaşmalar, borçlardan birine, borçların bir kaçına veya tamamına ilişkin olabilir.[1205] Alacaklı, mirasçılar arasında yapılan bu tür bir anlaşmaya icazet verdiği takdirde mirasçıların ilgili borç veya borçlara ilişkin müteselsil sorumluluğu sona erecektir.[1206]

Öte yandan, mirasbırakanın, yaptığı ölüme bağlı tasarrufu ile borcun ödenmesini mirasçılardan bir veya birkaçına yüklemesi ve söz konusu ölüme bağlı tasarrufta, borcun ödenmesini yüklediği mirasçı veya mirasçıların, diğer mirasçılara rücu etmemesi düzenlemesine yer vermesi durumunda, alacaklılar lehine öngörülmüş müteselsil sorumluluk, ancak ilgili alacaklı veya alacaklıların, ölüme bağlı tasarrufla kendisine borcu ödeme ve diğer mirasçılara rücu etmeme yüklenmiş olan mirasçı veya mirasçıların borcu üstlenmeye ilişkin olarak yaptıkları teklifi kabul etmesi durumunda da sona erecektir.[1207]

[1203] Bkz. Bu Bölüm, § 14, I.

[1204] **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 8, 9; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 3; **WOLF**, s. 347; **DRUEY**, § 16, N. 24; **RUMO-JUNGO**, s. 165; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 898; **ÖZTAN**, s. 375; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **İMRE**, s. 919, 920; **İMRE/ERMAN**, s. 554; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **ANTALYA**, s. 328.

[1205] **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2.

[1206] **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 3, 10; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 897; **WOLF**, s. 344, 345; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 555; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 736; **ÖZTAN**, s. 375; **OĞUZMAN**, s. 339; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 341; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **ANTALYA**, s. 328. Alacaklının rızası olmadıkça, paylaşmadan sonra da mirasçıların müteselsil sorumluluğunun devam edeceği ile ilgili Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay BGK, 2.3.1979 t. ve E. 959, K. 1435 s. K. (**İNAL**, s. 766)

[1207] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 739. *Kocayusufpaşaoğlu*, konuya ilişkin Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 31.12.1965 tarih ve E. 965/475 ve K. 8259 sayılı Kararına yer vermiştir. Yargıtay bu kararında "Borçlu olan bir kimsenin ölümünden önce, borcunun mirasçılardan biri tarafından ödenip,

2) Rızanın Konusu

Alacaklının rızasının konusunu, borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesine ilişkin olarak yapılan teklif oluşturur. İlgili mirasçı veya mirasçılar, bu teklifi, mirasçılar arasında borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya bir kaçı tarafından yüklenilmesine ilişkin bir anlaşmaya[1208] veya mirasbırakanın ilgili borcun ödenmesini mirasçılardan bir veya birkaçına, diğerlerine rücu hakkı

---

diğerleri tarafından ödenmemesi ve belli kişinin borcu ödemesi hâlinde diğerlerine rücu etmemesi konusundaki bildirdiği şart, mirasçıları ilgilendiren bir şart olup, açık kabulü olmadıkça alacaklıya tesir etmez." ifadesine yer vermektedir. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 738-739'dan naklen.) *Kocayusufpaşaoğlu*, mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufu ile miras ortaklığının doğumuna engel olamayacağı gibi, alacaklıların yararına konmuş olan mirasçıların tereke borçlarından müteselsilen sorumlu olmaları kuralını da kaldıramayacağını belirterek, mirasbırakanın borcu, diğer mirasçılara rücu hakkı olmamak üzere mirasçılardan bir veya birkaçına yüklediği tasarrufa rağmen, dış ilişkide mirasçıların tümünün mirasbırakana karşı müteselisl olarak sorumlu olmaya devam edeceklerini ifade etmektedir. Yazar, mirasbırakanın bu tür tasarruflarının nasıl nitelendirileceğine ilişkin olarak, bu tasarrufların Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 647. maddesini karşılayan 587. maddesi anlamında bir çeşit paylaştırma kuralı teşkil ettiğinin ilk akla gelen ihtimal olduğunu belirtmektedir. Ancak yazara göre, bu tür tasarruflarda mirasçının diğer mirasçılara rücu hakkı bertaraf edilmiş olduğundan, mirasbırakanın bu tür bir tasarrufu, saf bir paylaşma kuralı olma niteliğini kaybetmektedir. Bu çerçevede *Kocayusufpaşaoğlu*, mirasbırakanın bu tür bir tasarrufunun Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 517. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 464. maddesinin ikinci cümlesi anlamında, bir çeşit vasiyet niteliğinde olduğunun kabul edilebileceğini belirtmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun "D. Belirli mal bırakma, I. Konusu" kenar başlığını taşıyan ilgili 517 maddesinin ikinci fıkrasında "Belirli mal bırakma, … bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının, mirasçılar veya belirli mal bırakılanlara yükletilmesi suretiyle de olabilir." ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır. *Kocayusufpaşaoğlu*, ilgili hüküm çerçevesinde, mirasbırakanın bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının mirasçılardan bir veya birkaçına yüklenmiş olabileceğini ve bu hâlde bir "borçtan kurtarma vasiyeti"nin (*Liberationslegat*) söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda yazar, bu tür bir tasarrufun, mirasbırakanın hedeflediği sonucun, onun ölümü ile gerçekleşmesini sağlamayacağını; sadece ilgili tasarrufla vasiyet alacaklısı kişinin, vasiyet borçlusu kılınan kimseden borçtan kurtarılmasını istemek hususunda kişisel bir talep hakkı elde etmesi sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, sonuç olarak, mirasbırakanın, mirasçılardan bir veya birkaçına bir tereke borcunun ödenmesini, diğer mirasçılara rücu hakkı bulunmaksızın yüklemiş olduğu durumlarda, mirasbırakanın, borcu ödemekle yükümlü tuttuğu mirasçı veya mirasçılar dışındaki diğer mirasçılar lehine bir borçtan kurtarma vasiyeti yapmış olduğunu ifade ederek; bu şekilde lehine borçtan kurtarma vasiyeti yapılan mirasçıların, mirasbırakan tarafından, borcu rücu hakkı olmaksızın ödemekle yükümlü tutulan mirasçı veya mirasçılardan tereke borçlarından kurtarılmalarını isteyebileceklerini belirtmektedir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 739, dpn. 50'den naklen.)

[1208] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **İMRE**, s. 919, 920; **İMRE/ERMAN**, s. 554; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **ANTALYA**, s. 328; **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 8, 9; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 3; **WOLF**, s. 347; **DRUEY**, § 16, N. 24; **RUMO-JUNGO**, s. 165; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 898; **ÖZTAN**, s. 375.

bulunmaksızın yüklediği ölüme bağlı tasarrufa[1209] dayanarak yapmış olabilirler.

Öğretide de belirtildiği üzere, mirasçıların terekede yer alan borçlar bakımından yaptıkları sözleşmeler borçların tamamının veya bir kısmının mirasçılar arasında paylaşılması şeklinde olabileceği gibi, borçların tamamının veya bir kısmının veya belli bir borcun mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından üstlenilmesi şeklinde de olabilir.[1210] Mirasçılar arasında yapılan borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesine ilişkin bu tür anlaşmalar, alacaklıların rızaları olmadıkça onlar hakkında sonuç doğurmayacaktır (TMK m. 681/I). Dolayısıyla da, mirasçıların yaptıkları bu tür bir anlaşmalara rağmen, mirasçılar, tereke borçlarının ödenmesi bakımından alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edeceklerdir.[1211]

Mirasçıların borca ilişkin sözleşmelerinin bir türünü oluşturan, tereke borçlarının tamamının veya bir kısmının veya belli bir tereke borcunun mirasçılardan biri veya bir kaçı tarafından üstlenilmesinin, esas itibariyle, Borçlar Kanunu'nun 173. maddesinde düzenlenmiş olan "borcun iç yüklenilmesi" sözleşmesi ile benzerlik gösterdiği belirtilmektedir.[1212] Borçlar

---

[1209] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 739.

[1210] **ESCHER**, Art. 639, N. 4, 8; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2, 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art, 639, N. 8, 9; **WOLF**, s. 347; **SEEBERGER**, s. 22; **WEIBEL**, s. 228; **PIOTET**, SPR IV/2, 849, 897; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 592; **İMRE**, s 920; **İMRE/ERMAN**, s. 555.

[1211] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **ÖZTAN**, s. 371; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 554; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 3; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 10; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 3; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 897, 898. İsviçre Federal Mahkemesinin konuya ilişkin iki ayrı kararı için bkz. BGE 106 II 233; BGE 116 II 225.

[1212] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111. *Kılıçoğlu*, bu hâlde mirasçılar arasındaki bu tür bir sözleşmenin ifayı üstlenme (*Erfüllungsübernahme*) niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Taksim Sözleşmesi, s. 111; Miras, s. 340. **İMRE/ERMAN**, s. 556; **İMRE**, s. 921. *İmre*, Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 616. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "alacaklı alacağın nakline sarahaten veya zımnen razı olmadıkça" ifadesi ile önemli bir tercüme hatası yapılmış olduğunu; zira, bu hâlde ortada alacağa ilişkin bir temlik işleminin değil, Borçlar Kanunu'nun 173. maddesi anlamında bir borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin bulunduğunu belirtmektedir. İsviçre Hukuk öğretisinde, mirasçılar arasındaki bu tür borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesine ilişkin sözleşmelerin, genelde, Borçlar Kanunu'muzun 173. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 175. maddesinde düzenlenmiş olan borç yüklenilmesi (*Schuldübernahme*) ile benzerlik gösterdiğine ilişkin olarak bkz. **ESCHER**,

Kanunu'nun 173. maddesinde düzenlenmiş olan borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi[1213] gibi, mirasçılar arasında yapılan bu tür bir anlaşma da borcun iç yüklenilmesi işleminin tarafları, yani mirasçılar arasında hüküm doğuracak ve rızası olmadıkça alacaklı bakımından bir sonuç doğurmayacaktır.[1214]

Art. 639, N. 4. *Escher*, mirasçılar arasında yapılan borcun mirasçılardan bir veya birkaçına yüklenmesine ilişkin sözleşme için 'iç yüklenme' (interne Übernahme) ifadesine yer vermektedir. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 14. *Schaufelberger*, açıkça İsviçre Borçlar Kanunu'nun 175. maddesine değinmemiş olmakla birlikte, Borçlar Kanunu'muzun 174. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 176. maddesinin uygulama alanı bulacağını ve bu şekilde borcu üstüne alan mirasçı veya mirasçılar ile alacaklı arasında bir anlaşma yapılmasının zorunlu olduğunu belirterek, borcun dış yüklenilmesine yer vermek suretiyle, mirasçılar arasındaki bu tür bir anlaşmayı, dolaylı olarak "borcu iç yüklenilmesi sözleşmesi olarak nitelendirmiş bulunmaktadır. Aynı şekilde bkz. **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 4. Keza, *Piotet* de, mirasçıların tereke borcunu paylaşmaları veya tereke borcunun mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesine ilişkin sözleşmenin borcun iç yüklenilmesi sözleşmesine benzediği hususun açıkça ifade etmemekle birlikte mirasçılar arasındaki bu tür anlaşmalar için borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin düzenlendiği Borçlar Kanunu'muzun 173. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 175. maddesindeki "*Schuldübernahme*" terimine yer vermektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 898. *Tuor/Picenoni* ise, alacaklının rızası ile, alacaklı ve borcu paylaşan veya üstlenen mirasçılar arasında gerçekleşen sözleşme bakımından Borçlar Kanunu'muzun borcun nakline ilişkin 174. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 176. maddesine yer vermekle birlikte, mirasçılar arasındaki, borcun paylaşılması veya mirasçılardan biri tarafından üstlenilmesi işleminde, bu paylaşma veya üstlenmede, ilgili mirasçı veya mirasçılara terekede yer alan bir takım aktiflerin de özgülenmesi hâlinde, Borçlar Kanunu'muzun bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devrinin düzenlendiği 179. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinin kıyasen uygulama alanı bulacağını ifade ederek; mirasçılar arasındaki bu işlemi borcun iç yüklenilmesi sözleşmesine değil, bir malvarlığının aktif ve pasifleri ile devrine benzetmiş bulunmaktadır. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 6. *Tuor/Picenoni* tarafından ileri sürülen bu fikre *Escher*, borcu diğer mirasçılarla yaptığı sözleşme ile üstlenen mirasçı veya mirasçıların, aktif ve pasiflerden oluşan bir bütünü devralmadıkları ve fakat borcu yüklenmelerinin karşı edimi olarak, borcu yüklenen bu mirasçı veya mirasçılara aktiflerin özgülenmekte olduğunu belirterek karşı çıkmakta ve bu gerekçelerle, mirasçılar arasındaki bu sözleşmenin Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinde yer alan malvarlığı devri olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **ESCHER**, Art. 639, N. 6.

[1213] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 605; **EREN**, s. 1196; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 957; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 269. Yazarlar, borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin pasif sujesinde değişikliğe yol açmayacağını; bu sözleşmenin sadece borçlu ile üçüncü kişi arasındaki bir hukukî ilişkiden ibaret olduğunu ifade etmektedirler. Bu çerçevede *Eren* de, her ne kadar sözleşme "borcun iç yüklenilmesi" olarak adlandırılsa da, esasen bu sözleşmenin borçlu tarafta bir değişikliğe yol açmayacağını, bu sözleşme ile üçüncü kişinin sadece borçluyu borçtan kurtarmayı vaad etmiş olacağını, bu nedenle de sözleşmenin öğretide "borçtan kurtarma taahhüdü" (*Befreiungsversprechen*) veya "ifanın yüklenilmesi" (*Erfüllungsübernahme*) olarak da adlandırılmakta olduğunu ifade etmektedir. Bkz. EREN, s. 1196.

[1214] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **ÖZTAN**, s. 371; **İMRE**, s. 919; **İMRE/ERMAN**, s. 554; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 10; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 897, 898; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 3; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 3, 9. *Tuor/Picenoni*, yukarıda dpn. 257'de belirtildiği üzere mirasçılar arasındaki borcun paylaşılması veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesi işlemini, Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinde düzenlenmiş malvarlığının aktif ve pasifleriyle devri işlemine benzetmekle beraber (bkz. N. 6), alacaklının rızası ile ortaya çıkan sözleşme bakımından Borçlar Kanunu'muzun borcun naklinin düzenlendiği 174. maddesini karşılayan

Ancak, öğretide de belirtilmiş olduğu üzere, mirasçılar arasında gerçekleşen, belli bir tereke borcunun veya tereke borçlarının tamamının veya bir kısmının, mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından yüklenilmesine ilişkin bu tür sözleşmeler, Borçlar Kanunu'nun 173. maddesinde düzenlenmiş borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi ile birebir örtüşmez ve önemli bazı farklılıklar gösterir.[1215] Öncelikle, Borçlar Kanunu'nun 173. maddesinde düzenlenmiş olan borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinde, o ana kadar borç ilişkisine yabancı olan bir üçüncü kimse borcu üstlenmekte iken;[1216] mirasçılar arasında yapılan borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinde, o ana kadar diğer mirasçılarla birlikte borcun ödenmesi bakımından müteselsil olarak sorumlu olan mirasçı veya mirasçılar borcu üstlenmektedirler.[1217] Öte yandan öğretide

---

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 176. maddesine yer vermekte ve mirasçılar arasındaki bu tür anlaşmaların alacaklı bakımından sonuç doğurabilmesi için, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili 176. maddesinde olduğu gibi, alacaklının rızasının şart olduğu hususuna yer vermektedir. Bkz. N. 9.

[1215] **İMRE**, s. 921; **İMRE/ERMAN**, s. 556. *İmre* ve *İmre/Erman*, konuya ilişkin açıklamalarında, mirasçılar arasında gerçekleşen bu tür bir işlemin bir borçlar hukuku işlemi değil, miras hukuku işlemi olduğu; dolayısıyla da buradaki borcun yüklenilmesi sözleşmesinin borçlar hukukundaki borcun yüklenilmesi sözleşmesi ile aynı işlem olmadığı ifadesine yer vermektedirler. İsviçre Hukuku bakımından mirasçılar arasında tereke borcunun mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından yüklenilmesine ilişkin sözleşmenin, Borçlar Kanunu'muzun 173. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 175. maddesinde düzenlenmiş olan borcun iç yüklenilmesi (*Schuldübernahme*) sözleşmesinden farklılık arzettiğine ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 6; **ESCHER**, Art. 639, N. 5; **WOLF**, s. 349, 350; **WEIBEL**, s. 229.

[1216] *Eren*, borcun iç yüklenilmesi sözleşmesine ilişkin olarak 'Borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi ile *üçüncü kişi*, borçluya, borcu üzerine alma bu şekilde onu borçtan kurtarma vaadinde bulunmaktadır.' ifadesine yer vermektedir. **EREN**, s. 1196. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, ise, konuya ilişkin açıklamalarında 'Borcun iç yüklenilmesi, *üçüncü bir şahsın*, borçlu ile yaptığı bir sözleşme ile onu alacaklıya olan borcundan kurtarmayı taahhüt etmasidir.' ifadesine yer vermektedir. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 269. Benzer tanımlar için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 955; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 604.

[1217] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 341; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **İMRE**, s. 921-922; **İMRE/ERMAN**, s. 556; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 736. *Kocayusufpaşaoğlu*, borcun nakline ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını kabul etmekle birlikte, borcu üstlenen mirasçının, borç ilişkisine yabancı bir üçüncü kişi olmayıp, o ana kadar diğer mirasçılarla birlikte müteselsil olarak sorumlu olmasına dayanarak, mirasçılar arasındaki bu işlemde, borcun nakli işleminden ziyade, mirasçının borcunun değişikliğe uğramasının söz konusu olduğunu belirtmektedir. **ESCHER**, Art. 639, N. 5. *Escher* de, konuya ilişkin açıklamalarında, tereke borcunun mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesinde, borcun nakli sözleşmesinin yanı sıra mevcut borçların değişmesinin de söz konusu olduğunu; bu çerçevede, bu işlemde, borcun naklinin (Schuldübernahme) yanı sıra borcun yenilenmesinin (*die Novation*) bulunduğunu ifade etmektedir. **WOLF**, s. 349. *Wolf*, borcun, bu şekilde mirasçılar arasındaki bir anlaşma ile özgülenmesinin (*die Zuweisung von Schulden*) ve bu şekilde borcun paylaşılması (*Aufteilung*) veya mirasçılardan bir veya bir kaçı tarafından üstlenilmesinin (*Übernahme*), borcu paylaşan veya üstlenen mirasçılar o ana kadar borcun ödenmesinden diğer mirasçılarla birlikte sorumlu olduklarından, mirasçılar arasındaki bu sözleşmenin dar anlamda bir borcun yüklenilmesi sözleşmesi (Schuldübernahme im engeren Sinne) olarak nitelendirilemeyeceğini; bu hâlde, daha ziyade, mevcut borç ilişkilerinde, bu ilişkilerin diğer mirasçıların bu ilişkilerden çıkarılması yoluyla mirasçılardan birinde toplanması şeklinde bir

Escher[1218] tarafından da belirtildiği üzere, Borçlar Hukuku'nda düzenlenmiş borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin taraflarından olan borcu devreden, o ana kadar tek başına borçlu iken; mirasçılar arasında gerçekleşen borcun iç yüklenilmesinde, borcu mirasçılardan birine veya birkaçına yükleyen mirasçılar, o ana kadar, tek başlarına değil, borcu üstlenen mirasçı veya mirasçılarla birlikte sorumludurlar. Bu çerçevede öğretide Borçlar Hukuku'nun 173 ve devamı hükümlerinin, mirasçılar arasındaki borcun paylaşılması ve özellikle de borcun mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından yüklenilmesi sözleşmeleri bakımından ancak tali (*subsidär*) olarak uygulanabileceği ifade edilmektedir.[1219]

Öğretide bazı yazarlar[1220] tarafından ileri sürülen bir görüş uyarınca borçların paylaşılması veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesi işleminin, mirasın paylaşılması işleminin tamamlanmasından sonra ve paylaşma işleminden bağımsız olarak gerçekleştirildiği hâller ile mirasçılardan birine veya birkaçına, terekede yer alan bir işletmenin, aktif ve pasifleriyle birlikte devredildiği hâllerde, Medenî Kanun'un 681. maddesi değil, Borçlar Kanunu'nun borcun nakline ilişkin hükümleri ve bu çerçevede

---

değişiklik (*eine Veränderung des bestehenden Schuldverhältnisses in Form der 'Konzentration der Schuldnerstellung auf einen Miterben' unter Entlassung der übrigen*) olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 350. Öğretide *Tuor/Picenoni* de, burada borcun naklinden ziyade, mevcut borçlar bakımından o ana kadar devam eden birlikte sorumluluğun tek başına sorumluluğa dönüşmesinin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 6.

[1218] **ESCHER**, Art. 639, N. 5. *Tuor/Picenoni*, *Escher* tarafından ifade edilen bu farka yer vermemekle birlikte, belli bir açıdan Escher tarafından ifade edilen bu hususu tamamlayacak şekilde, Borçlar Hukuku'ndaki borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinde borçlu olan kişinin borcunun, borcu üstlenen ile alacaklı arasındaki sözleşmenin gerçekleşmesi ile sona erdiğini; oysa mirasçılar arasındaki borcun mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesinde, üstlenmeyen mirasçılar bakımından bir nevi borç ilişkisinden çıkma durumunun söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 6.

[1219] **İMRE**, s. 922; **İMRE/ERMAN**, s. 556; **WEIBEL**, s. 229; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 6; **ESCHER**, Art. 639, N. 6. *Escher* ve *Tuor/Picenoni*, açıklamalarında, Borçlar Kanunu'muzun 173 ve devamı hükümlerini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 175 ve devamı hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak, Borçlar Kanunu'muzun 181. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 183. maddesine dikkat edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Kaynak Kanun'da yer alan hükmü karşılayan Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinde, mirasın paylaşılmasında, borcun nakline ilişkin hükümlerin saklı olduğu ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır.

[1220] Bkz. **İMRE**, s. 922; **İMRE/ERMAN**, s. 556-557. *İmre* ve *İmre/Erman*, anılan durumları açık bir şekilde ortaya koyarak, bu hâllerde Türk Medenî Kanun'un 681. maddesi yerine Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin '*uygulanmasının gerekebileceğini*' ifade etmişlerdir. Bu hâllerde İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesinin yerine, İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerinin *uygulanması gerektiğ*ine ilişkin olarak bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 7.

özellikle malvarlığının aktif ve pasifleri ile devrine ilişkin 179. maddesi uygulama alanı bulacaktır. *Escher*,[1221] bu fikri, mirasçılar arasında yapılan işlemin bir miras hukuku işlemi olduğunu ve bu çerçevede borçların paylaşılması veya mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından üstlenilmesi işlemi bakımından, bu işlem ne zaman gerçekleştirilmiş olursa olsun, Kaynak Kanun'un Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesinin uygulanması gerektiğini belirterek eleştirmekte ve yine terekede yer alan bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devredildiği hâllerde, Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinin uygulanmasının, bu maddede yer alan müteselsil sorumluluğun iki yılda sona ereceğine ilişkin düzenlemenin[1222] İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili 639. maddesindeki beş yıllık süreyi işlevsiz hale getirmesi nedeniyle kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.

Öte yandan, tereke borcu olarak nitelendirilemeyecek borçlar bakımından, bu borçların mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesinde, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesi değil, Borçlar Kanunu'nun 173 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulacaktır.[1223]

[1221] Bkz. **ESCHER**, Art. 639, N. 8.

[1222] Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesini karşılayan, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinde yer alan müteselsil sorumluluğun tabi olduğu süre, 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren 3 Ekim 2003 tarihli Birleşme Kanunu (*Fusionsgesetz*) ile üç yıla çıkarılmıştır.

[1223] **İMRE**, s. 922; **İMRE/ERMAN**, s. 557. Mirasçıların mirasbırakanın borcu veya terekenin geçişi nedeniyle ortaya çıkan borç olarak nitelendirilemeyecek borçlar bakımından, bu borçların mirasçılardan bir veya birkaçına yüklenmesine ilişkin sözleşmeler bakımından Borçlar Kanunu'muzun 173 ve devamı maddelerini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 175 ve devamı hükümlerinin uygulanacağına ilişkin olarak bkz. **ESCHER**, Art. 639, N.6; **TUOR/PICENONI**, Art, 639, N. 8. Gerek *Escher* gerek *Tuor/Picenoni*, konuya ilişkin olarak, sağlığında mirasbırakana açılan bir kredinin mirasçılara yeniden tahsis edilmesi durumunda, bu borcun mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesi hâlinde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedirler. Yazarlar tarafından konuya ilişkin olarak verilen bir diğer örneği, terekede yer alan bir işletmenin, paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra da işletilmeye devam edilmesi ve daha sonra bu işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte mirasçılardan bir veya birkaçına devredilmesi oluşturmaktadır. Tuor/Picenoni, bu hâlde koşulsuz olarak Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinin uygulanmasını kabul ederken; Escher, ilgili işletmenin aktif ve pasifleri ile mirasçıya devri işleminin, paylaşmanın devamı niteliğinde olmayıp, bağımsız bir işlem olarak yapılması şartıyla, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesi yerine, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinin uygulanmasını kabul etmektedir.

3) Alacaklının Rızasının Hukukî Niteliği

Mirasçılar arasında tereke borcunun veya borçlarının paylaşılması-na veya mirasçılardan bir veya birkaçına yüklenmesine ilişkin bir sözleşme yapılması, tek başına mirasçıların tereke borcundan veya borçlarından müteselsil sorumluluklarının sona ermesi sonucunu doğurmayacak; mirasçıların söz konusu borç veya borçlara ilişkin müteselsil sorumlulukları ancak ilgili borcun veya borçların alacaklısı veya alacaklılarının paylaşma veya üstlenmeye rıza göstermesi ile sona erecektir.[1224] Alacaklının bu rızası, Borçlar Kanunu'ndaki borcun nakli sözleşmesindeki alacaklı ile borcu üstlenen kimse arasındaki sözleşmede olduğu gibi,[1225] alacaklı ile borcu üstlenen mirasçı veya mirasçılar arasında yapılan bir sözleşmeye vücut verir.[1226] Burada da, tıpkı Borçlar Hukuku'ndaki borcun nakli sözleşmesinde olduğu gibi,[1227] borcun paylaşıldığı veya mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından yüklenildiği alacaklıya bildirilir. Bu bildirim, borcu yüklenen mirasçı veya mirasçılar tarafından yapılabileceği gibi, diğer mirasçılar veya bütün mirasçılar tarafından yapılabilir.[1228] Ancak Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş borcun naklinden farklı olarak,[1229] borcu üstlenmemiş mirasçıların bildirimi

---

[1224] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 735; **ÖZTAN**, s. 371; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 340; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 111; **İMRE**, s. 923; **İMRE/ERMAN**, s. 557; **ESCHER**, Art. 639, N. 9; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 4; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 898; **WEIBEL**, s. 229; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 3.

[1225] Borçlar Kanunu'nun 174. maddesinde düzenlenmiş borcun nakli sözleşmesinde alacaklının borcun iç yüklenilmesi sözleşmesine rıza göstermesiyle, alacaklı ile borcu yüklenen arasında bir sözleşme kurulacağına ilişkin olarak bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 275; **EREN**, s. 1201-1202; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 962; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 607.

[1226] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 736; **ESCHER**, Art. 639, N. 9; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 14; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 849; **WEIBEL**, s. 230.

[1227] Borçlu ile borcu üstüne alan kimse arasındaki borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesinin borcun nakli anlaşması bakımından icap sayılacağı hakkında bkz. **BECKER**, Art. Art. 176, N. 4; **von TUHR/ESCHER**, § 99, II, 3; **EREN**, s. 1201; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 962; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 273; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 606.

[1228] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 736; **İMRE**, s. 923; **İMRE/ERMAN**, s. 558; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 9; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 14; **ESCHER**, Art. 639, N. 9. *Escher*, bu bildirimde, borcu üstlenen mirasçı veya mirasçılara özgülenen aktiflerin yer almasının gerekmediğini ifade etmektedir.

[1229] Borçlar Kanunu'nun 174. maddesinin birinci fıkrasında borçlunun borcunun sona ermesi ve üçüncü kişinin alacaklıya karşı borçtan sorumlu olması için, borcu üstlenen ile alacaklı arasında bir sözleşmenin yapılmasının gerektiği belirtildikten sonra, ikinci fıkrada, bu sözleşmeye ilişkin borcun iç

yaparken, borcu üstlenmiş olan mirasçıların rızalarını almalarına gerek yoktur.[1230] Borçlar Kanunu'nun 174. maddesinde düzenlenmiş borcun nakli sözleşmesinde olduğu gibi,[1231] Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinde alacaklının borcun paylaşılması veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenilmesine rıza göstermesinin açık bir şekilde yapılabileceği gibi örtülü olarak da yapılabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.[1232] Ancak, alacaklının tereke borcunun mirasçılar arasında paylaşılması veya mirasçılardan biri veya bir kaçı tarafından yüklenilmesine örtülü olarak rıza göstermesinde, Borçlar Kanunu'nun 174. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "alacaklının borcu yüklenen kimsenin yaptığı ödemeyi kabul etmesi veya borçlu sıfatı ile yaptığı başka bir işleme rıza göstermesi durumunda borcun naklini kabul etmiş olacağı"na ilişkin hüküm uygulama alanı bulmayacaktır; zira, borcu üstlenen mirasçı veya mirasçılar, Türk Medenî Kanunu'nun 641. maddesi gereği miras ortaklığı devam ettiği sürece ve paylaşmanın gerçekleştirilmesinden sonra da Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesi gereği, tereke borcunun ödenmesinden diğer mirasçılarla birlikte müteselsil olarak sorumludur ve bu çerçevede ödemeyi gerçekleştiren mirasçı zaten borcun ödenmesinden diğer mirasçılarla birlikte sorumlu olduğundan, müteselsil olarak sorumlu olduğu borcu ödemiş sayılır.[1233]

---

yüklenilmesi sözleşmesinin bildirilmesi şekline gerçekleşen icabın, borcu üstüne alan kimse tarafından yapılabileceği gibi, '*onun müsadesiyle borçlu tarafından*' da yapılabileceği hususuna yer verilmiştir. *Eren* ve *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, ilgili hükümde, borçlunun, ancak borcu yüklenen üçüncü kimsenin izni ile bu icabı yapabilmesi hususuna dayanarak, bu hâlde borçlunun, borcu üstüne alan kimsenin temsilcisi olarak hareket ettiğini ifade etmektedir. Bkz. **EREN**, s. 1201; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 274. Borçlar Kanunu'nun 174. maddesi anlamında borcun nakline ilişkin sözleşmede, ilgili hükümde düzenlenmemiş olmasına rağmen, alacaklının da icapta bulunabileceğine ilişkin olarak bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 961; **EREN**, s. 1201, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 273; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 606.

[1230] **İMRE**, s. 923; **İMRE/ERMAN**, s. 558; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 9.

[1231] Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 275; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 962; **EREN**, s. 1201-1202; **KILIÇOĞLU**, Borçlar, s. 607.

[1232] **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 341; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **İMRE**, s. 923; **İMRE/ERMAN**, s. 558; **ESCHER**, Art. 639, N. 9; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 9; **WEIBEL**, s. 230; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 13. *Schaufelberger*, borcun mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından üstlenildiğinin alacaklıya bildirilmesinde, alacaklının, kendisine verilen belirli sürenin ve bu şekilde bir süre verilmediği hâllerde uygun bir sürenin sonunda, borcun ilgili mirasçı veya mirasçılar tarafından üstlenilmesini kabul etmediğini bildirmediği durumlarda borcun nakline rıza göstermiş sayılacağını belirtmektedir. Bkz. N. 14.

[1233] **İMRE**, s. 923-924; **İMRE/ERMAN**, s. 558. Mirasçıların alacaklıya karşı paylaşmadan sonra da tereke borcunun ödenmesinden müteselsil olarak borçlu olmalarında, alacaklının, mirasçılar arasında

4) Alacaklının Rızasının Şekli

Borçlar Kanunu'nda yer alan borcun nakli anlaşmasında, borcun nakli sözleşmesi ve dolayısıyla da alacaklının rızası bir şekle bağlı değildir.[1234] Alacaklının, borcun mirasçılar arasında paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından yüklenmesine rıza göstermesi ile kurulan sözleşme bakımından ise, öğretide, sözleşmenin yazılı olarak yapılması, ispat kolaylığı sağlaması açısından önerilmekle birlikte, söz konusu sözleşmenin bir geçerlilik şekline bağlı olmadığı kabul edilmektedir.[1235]

5) Rızanın Hüküm ve Sonuçları

Yukarıda da belirtildiği üzere[1236] mirasçılar tereke borçlarının tamamının veya bir kısmının veya belli bir borcun paylaşılmasına veya

---

yapılan borcun paylaşılması veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafında üstlenilmesinde, mirasçının yaptığı ödemeyi kabul etmesi bakımından Borçlar Kanunu'muzun 174. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 176. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanamayacağı hakkında bkz. **ESCHER**, Art. 639, N. 9; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 9; **WEIBEL**, s. 232.

[1234] Borcun nakli sözleşmesinde, sözleşmenin geçerliliğinin şekle bağlı olmadığına ilişkin olarak Bkz. **EREN**, s. 1202; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 964; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 274. Yazarlar, borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi bakımından, eğer borcu üstlenen kimse, borçluyu ivazsız olarak borçtan kurtarmayı taahhüt etmekte ise, bu hâlde borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin, bağışlama vaadi sayılacağı ve bu nedenle de yazılı şekilde yapılması gerektiğinin kabul edilmekte olduğunu; ancak, bu hâlde dahi, borcun nakli (borcun dış yüklenilmesi) sözleşmesi bakımından, alacaklıya karşı bir karşılıksız kazandırma taahhüdü bulunmadığından, alacaklı ile borcu üstlenen kimse arasındaki borcun nakli sözleşmesinin geçerliliği için herhangi bir şekle uyma zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmektedir.

[1235] **İMRE**, s. 924; **İMRE/ERMAN**, s. 558; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 15; **ESCHER**, Art. 639, N. 10. *Escher*, 'anlaşmanın şekli' olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "*Form der Vereinbarung*" başlığı altında, borçların paylaşılması veya yüklenilmesi işleminin nyazılı paylaşma sözleşmesi içinde yer alması durumunda, borcun nakli işleminin de yazılı olarak yapılmış olacağını; ancak borçların paylaşılması veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından yüklenilmesinin ve dolayısıyla da alacaklının rızası ile gerçekleşen borcun nakli işleminin yazılı geçerlilik şekline tabi olup olmadığı sorusunun halen cevaplanmamış olarak kalacağını ifade etmektedir. Yazar, bu çerçevede, elden paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada, ortada yazılı bir paylaşma sözleşmesi bulunmadığından, miras hukuku kurallarından yola çıkılarak, mirasçılar arasındaki borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin ve dolayısıyla da borcun nakli işleminin şekle bağlı olup olmadığının cevaplanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. *Escher*, ayrıca, paylaşma işleminde, aktiflerin paylaşılması ile paylaşmanın gerçekleşeceği ve bu çerçevede pasiflerin paylaşılmasının paylaşma işlemine dâhil olmaması nedeniyle, borçların paylaşılması veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından yüklenilmesi işleminde, miras hukuku hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir.

[1236] Bkz. Bu Bölüm, § 12, IV, A, 2

mirasçılardan biri veya bir kaçı tarafından yüklenilmesine ilişkin sözleşme yapabilirler. Alacaklı veya birden fazla alacaklının bulunduğu hallerde alacaklıların tamamı bu anlaşmaya rıza gösterdiği takdirde, ilgili borç veya borçlar bakımından müteselsil sorumluluk sona erecek; birden fazla alacaklıdan bir kısmı bu anlaşmaya rıza gösterdiği takdirde ilgili alacaklılara karşı müteselsil sorumluluk sona erecek, ancak diğer alacaklı veya alacaklılara karşı müteselsil sorumluluk devam edecektir.[1237] Aynı şekilde belli bir tereke borcu bakımından, bu borcun mirasçılardan bir veya birkaçına yüklenmesine ilişkin sözleşmeye, ilgili borcun alacaklısı ve eğer birden fazla alacaklısı varsa alacaklıların tamamı rıza gösterdiği takdirde, diğer tereke borçları bakımından müteselsil sorumluluk devam ederken, mirasçıların ilgili borca ilişkin müteselsil sorumlulukları sona erecektir.[1238]

B) Beş Yıllık Sürenin Dolması ile

1) Genel Olarak

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere,[1239] mirasçılar, tereke borçlarına ilişkin olarak, bu borçların paylaşılması veya mirasçılardan birine veya bir kaçına yüklenmesine ilişkin bir anlaşma yapmamışlarsa veya mirasçılar tarafından yapılan bu tür bir anlaşmaya alacaklı rıza göstermemişse, ilgili borçlara ilişkin mirasçıların müteselsil sorumluluğu, paylaşmanın gerçekleşmesinden itibaren, eğer o tarihte borç muaccel değilse, ilgili borcun

[1237] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 736; **İMRE**, s. 924; **İMRE/ERMAN**, s. 558; **ESCHER**, Art. 639, N. 11; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 10. *Escher*, konuya ilişkin açıklamalarında, alacaklılarının tümünün borcun nakline rıza göstermesi durumunda müteselsil borçluluğun sona ermesine ilişkin olarak alacaklıların aynı anda rıza göstermelerinin gerekmediğini, zaten bu rızaların da daha çok birbirini takiben gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Bkz. Art. 639, N. 11.
[1238] **ESCHER**, Art. 639, N. 4; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 10.
[1239] Bkz. Bu Bölüm, § 12, I.

muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıllık sürenin dolması ile sona erecektir.[1240]

2) Sürenin Hukukî Niteliği

İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 639. maddesinin ikinci fıkrasının Almanca metninde 'mirasçıların müteselsil sorumluluğu paylaşmadan sonra beş yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar' olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "*Die solidare Haftung der Miterben verjährt mit Ablauf von fünf Jahren nach der Teilung*…" ifadesine yer verilmiştir.[1241] Kaynak Kanun'da yer alan ifadeye rağmen İsviçre Hukuk öğretisinde baskın görüş, 639. maddenin ikinci fıkrasında yer alan beş yıllık sürenin bir zamanaşımı süresi olmadığı, söz konusu hükümde müteselsil sorumluluğun sona ermesi sonucunu doğuran bir sürenin (*Befristung der Solidarhaftung*) düzenlenmiş olduğunu kabul etmektedir.[1242] Bu görüş taraftarlarına göre, mirasın paylaşılmasından

[1240] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 737; **ÖZTAN**, s. 375; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 112; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 408; **İMRE**, s. 924; **İMRE/ERMAN**, s. 558; **OĞUZMAN**, s. 339; **ESCHER**, Art. 639, N. 12; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 11; **WOLF**, s. 348; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 4; **RUMO-JUNGO**, s. 165; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 17.

[1241] Türk Kanunu Medenîsi'nin, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 681. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 616. maddesinin ikinci fıkrasında da 'zamanaşımı' ifadesine yer verilmiş değildir.

[1242] **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 11; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 18; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 5; **ESCHER**, Art. 639, N. 12. Escher, İsviçre Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasında, mirasçıların müteselsil sorumluluğunun bir diğer sona erme sebebi olarak zamanaşımının gösterilmiş olduğunu; ancak burada zamanaşımına benzer sonuçlar doğuran müteselsil sorumluluğun sonucu olarak alacaklı lehine ortaya çıkan alacağının tamamının ödenmesini mirasçılardan her hangi birinden talep edebilme hakkının tabi olduğu bir sürenin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Escher, burada İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesini karşılayan ve bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, devredenin iki yıl süre ile devralan ile birlikte müteselsil sorumluluğunun düzenlenmiş olduğu 181. maddesindeki iki yıllık süreye benzer bir sürenin bulunduğunu belirtmektedir. Bu konuya bu şekilde değinen yazarların yanı sıra, İsviçre Hukuk öğretisinde, bir açıklama getirmeksizin, ancak zamanaşımı ifadesine yer vermeksizin doğrudan 'müteselsil sorumluluğun tabi olduğu süre' ifadesine yer veren yazarlar da mevcuttur. Bkz. **WOLF**, s. 351; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728. Türk Hukuk öğretisinde de, Türk Medenî Kanunu'nun, İsviçre Medenî Kanunu'nun 679. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan, 681. maddesinin ikinci fıkrasında ve keza Türk Kanunu Medenîsi'nin kaynak Kanun'un ilgili hükmünü karşılayan 616. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sürenin bir zamanaşımı süresi teşkil etmediği, burada müteselsil sorumluluğun ortadan kalkması

itibaren başlayan bu süre durmayacak ve kesilmeyecektir.[1243] Öte yandan konuya ilişkin olarak ileri sürülen bir diğer görüş[1244] uyarınca, burada bir zamanaşımı süresi söz konusudur. Dolayısıyla da bu beş yıllık süreye, zamanaşımını durduran ve kesen sebepler uygulanacaktır.[1245]

3) Beş Yıllık Sürenin Başlangıcı

Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin ikinci fıkrasında beş yıllık sürenin başlangıcı olarak paylaşmanın gerçekleştirildiği tarihin, eğer bu tarihte alacak muaccel değilse, söz konusu alacağın muaccel olduğu tarihin esas alınacağı belirtilmiş olduğundan, paylaşmanın gerçekleştirilmesi kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Burada öncelikle paylaşmanın gerçekleşme anından ne anlaşılması gerektiği üzerinde, elden paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada, paylaşma konularının mirasçılar tarafından fiilen paylaşıldığı anın kabul edilmesi gerektiği konusunda bir tartışma bulunmamakla beraber; yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada, paylaşmanın, sözleşmenin yapıldığı an mı yoksa sözleşmenin yapılmasından sonra paylaşmaya konu değerlerin fiilen paylaşıldığı an mı gerçekleşmiş sayılacağı tartışmalıdır. Konuya ilişkin olarak

---

sonucunu doğuran bir sürenin bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 737; **İMRE**, s. 926; **İMRE/ERMAN**, s. 559. Bu görüşü savunan yazarlar, burada teselsülün tabi olduğu bir süreden bahsetmekte (*Befristung*) iken; *İmre* ve *İmre/Erman*, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin ikinci fıkrasında bir 'hak düşürücü süre'nin düzenlenmiş olduğunu ifade etmektedirler.

[1243] **ESCHER**, Art. 639, N. 12; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 16; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 18; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 5; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO,** s. 728; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 737; **İMRE/ERMAN**, s. 559; **İMRE**, s. 926.

[1244] **WEIBEL**, s. 181. *Weibel*, mirasçıların paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra da mütesesil olarak sorumlu kılınmaları ile güdülen amacın, mirasçıların değil, alacaklıların menfaatlerinin korunması düşüncesine dayanmakta olduğunu gerekçe göstererek, burada hak düşürücü sürenin (*Verwirkungsfrist*) veya teselsülün tabi olduğu bir sürenin (*Befristung*) söz konusu olmadığını, bu sürenin bir zamanaşımı süresi (*Verjährungsfrist*) olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. **STREBEL**, s. 26 vd. Türk Hukuk öğretisinde de *Kılıçoğlu*, Kaynak Kanun'un ilgili maddesini karşılayan Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan beş yıllık sürenin bir zamanaşımı süresi olduğunu belirtmektedir. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 113; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 342.

[1245] **WEIBEL**, s. 182; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 113; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 342.

ileri sürülen bir görüş,[1246] yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada, paylaşmanın sözleşmenin yapıldığı anda gerçekleşmiş olacağını kabul etmektedir. Diğer görüşe[1247] göre ise, yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşmada, paylaşmanın gerçekleşme anı olarak, sözleşmenin yapılıp imzalanmasından sonra, paylaşmaya konu değerlerin mirasçıların tarafından fiilen paylaşıldığı an esas alınmalıdır.

Paylaşmanın gerçekleşme anı bakımından önem arz eden bir diğer durum, aktiflerin tümüyle paylaşılmasının gerekip gerekmediğidir. Bu konuda aktiflerin paylaşılmasını esas alan hâkim görüşe göre,[1248] terekede yer alan bütün aktiflerin paylaşılması (*vollständige Teilung*) ile paylaşma gerçekleşir ve bu tarihten itibaren de mirasçıların borçlara ilişkin müteselsil sorumluluklarının tabi olduğu beş yıllık süre işlemeye başlar. Bu görüş taraftarlarına göre, beş yıllık sürenin kısmî paylaşma hallerinde başlamayacağının kabul edilmesiyle, mirasçıların, terekede yer alan aktiflerin bir kısmını paylaşarak, daha henüz tereke tümüyle paylaşılmış olmamasına rağmen, alacaklıların aleyhine olarak müteselsil sorumluluğun tabi olduğu beş yıllık süreyi başlatmaları ve bu şekilde alacaklılara zarar vermeleri

---

[1246] **ESCHER**, Art. 639, N. 13; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 12; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 20;**GRIMM/NORDIN/VLCEK,** Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 5; **WEIBEL**, s. 161; **İMRE**, s. 924; **İMRE/ERMAN**, s. 559.

[1247] **PIOTET**, SPR IV/2, s. 908-909. *Piotet*, yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşmayı, bağışlama vaadi ile bağlantı kurmak suretiyle, mirasçılara paylaşma konusu hususları sözleşmeye göre paylaşma yükümlülüğü yükleyen bir taahhüt işlemi olarak nitelendirerek, paylaşmanın bu hâlde ancak paylaşma sözleşmesinin ifası ile gerçekleşeceğini belirtmektedir. **JOST**, s. 7; **STOKAR**, s. 39; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 113; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 342. *Kılıçoğlu*, paylaşma sözleşmesinin miras ortaklığına etkisine ilişkin olarak, yazılı paylaşma sözleşmesinin "ayni etkili" değil, "borçlandırıcı" bir işlem olduğunu ve bu nedenle yazılı paylaşma sözleşmesinin yapılması durumunda, bu sözleşmenin tek başına miras ortaklığını sona erdiremeyeceğini; ancak yazılı paylaşma sözleşmesi ifa edildiği takdirde miras ortaklığının sona ereceğini ifade etmektedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 114; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 343.

[1248] **İMRE**, s. 924; **İMRE/ERMAN**, s. 559; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 342; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 113; **ESCHER**, Art. 639, N. 14; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 12; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 846-847; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 5; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 586; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 20. Schaufelberger, mirasçıların, paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra, alacaklının borcun mirasçılardan biri veya bir kaçı tarafından üstlenilmesi veya mirasçılar tarafından paylaşılmasına ilişkin sözleşmeye icazet vermemesi durumunda devam eden ve paylaşmanın gerçekleşmesinin üstünden beş yılın geçmesi ile sona eren müteselsil sorumluluklarında, beş yıllık sürenin ancak ve ancak, tereke tümüyle paylaşıldığı takdirde başlayacağını, diğer yazarların aksine hiçbir istisnaya yer vermeyerek, kabul etmektedir.

engellenmiş olacaktır.[1249] Ancak, yine bu görüş taraftarlarının büyük bir çoğunluğuna göre,[1250] terekenin tamamına yakın bir kısmının paylaşılmış olduğu hallerde, mirasçıların, müteselsil sorumluluğun tabi olduğu bu beş yıllık sürenin başlaması bakımından bekletilmeleri doğru olmayacak ve geride paylaşılmamış az bir tereke değerinin kaldığı hallerde ilgili beş yıllık süre işlemeye başlayacaktır. Yine görüş taraftarlarından *Escher*[1251] ve *Tuor/Picenoni*,[1252] subjektif kısmî paylaşma (*subjektiv beschränkte Teilung, subjektiv – partielle Teilung*) olarak nitelendirilen, mirasçılardan birinin, kendisine düşen payın tamamının, belli tereke değerleri üzerinden, kendisine özgülenmesi suretiyle miras ortaklığından çıkması durumunda, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan İsviçre Medeni Kanunu'nun 639. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş müteselsil sorumluluğun tabi olduğu beş yıllık sürenin, söz konusu özgüleme ile mirasçının miras ortaklığı ile bir ilgisi kalmaması şartıyla, ilgili mirasçı bakımından işlemeye başlayacağını kabul etmektedirler.[1253] Terekede yer alan pasiflerin paylaşılmasına da önem veren diğer görüşe[1254] göre,

---

[1249] **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 12; **ESCHER**, Art. 639, N. 14; **GRIMM/NORDIN/VLCEK,** Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 5; **İMRE**, s. 924; **İMRE/ERMAN**, s. 559.

[1250] **İMRE**, s. 924; **İMRE/ERMAN**, s. 559; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 342; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 113; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 586; ; **ESCHER**, Art. 639, N. 14; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 12; **GRIMM/NORDIN/VLCEK,** Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 5.

[1251] **ESCHER**, Art. 639, N. 14.

[1252] **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 12.

[1253] *Weibel*, bu görüşü savunmamakla birlikte, bu hâlde miras ortaklığı ile ilgisi kalmayan mirasçı bakımından, müteselsil sorumluluğun tabi olduğu beş yıllık sürenin başlayacağını kabul emektedir. Bkz. **WEIBEL**, s. 144.

[1254] **WIDMER**, s. 129 vd.; **WEIBEL**, s. 145 vd. *Weibel*, miras ortaklığında, ortaklığın objektif ve sübjektif unsurlarında değişikliğin mümkün olması ve borca batmış terekenin reddedilmesi ihtimalleri dikkate alındığında, hakim görüşün kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bu çerçevede yazar, terekeye dâhil tüm değerlerin tek bir işlemle paylaşılmasının pek rastlanır bir durum olmadığını; daha ziyade, birbiri ardınca yan yana birçok paylaşma işlemi ile paylaşmanın mümkün olduğunu ve hatta paylaşmanın da sıklıkla bu şekilde gerçekleştirildiğini ifade ederek, mirasçıların müteselsil olarak sorumlu oldukları borca ilişkin olarak bu borcu paylaşmaları veya sözleşme ile mirasçılardan bir veya bir kaçına yüklemeleri durumunda ilgili borca ilişkin mirasçıların müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edecekleri beş yıllık sürenin başlamayacağının kabul edilmesinin mirasçılar açısından adaletsiz sonuçlar doğuracağını ifade etmektedir. *Weibel*, öte yandan, terekenin bora batık olduğu hallerde de, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 605. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 566. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan karineye rağmen, mirasçıların işletme politikası, dostluk sebebiyle veya dinî sebeplerle borca batık olan terekeyi kabul edebileceklerini ve bu hâlde İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin

mirasçılar paylaşmada sadece aktifleri dikkate alarak paylaşmayı gerçekleştirmişlerse, birinci görüşü kabul etmek mümkün olacak; ancak eğer mirasçılar arasında borçlar, kısmen veya tamamen, paylar oranında veya diğer bir şekilde paylaşılmış veya mirasçılar arasında yapılan paylaşma sözleşmesi ile ilgili borç mirasçılardan bir veya bir kaçına yüklenmiş ise, borç veya borçlara ilişkin bu düzenlemeler ile ilgili borcun alacaklısına veya ilgili borçların alacaklılarına karşı beş yıllık süre işlemeye başlayacaktır. Bu görüş, paylaşma kavramına yalnız terekede yer alan aktif değerlerin değil pasif değerlerin de paylaşılmasının dâhil olduğu fikrine dayanmaktadır.[1255]

4) İpotekli Taşınmazın Özgülenmesinin Beş Yıllık Süreye Etkisi

Türk Medenî Kanunu'nun "III. Rehnedilmiş tereke malları" kenar başlığını taşıyan 655. maddesinde, paylaşmada kendisine mirasbırakanın borçları için[1256] rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçının, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olacağı düzenlemesine yer verilmiştir.[1257] Borcun, bu şekilde borcu üstlenmiş sayılan mirasçıya geçebilmesi için de genel kural uygulama alanı bulacak ve alacaklının bu geçişe rıza göstermiş olması aranacaktır.[1258] Bu çerçevede özel durum,

---

ikinci fıkrasını karşılayan 639. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen beş yıllık sürenin başlangıcı bakımından hâkim görüşün yetersiz kalacağını ifade etmektedir.

[1255] *Weibel*, savunduğu görüşe çerçevesinde, paylaşmanın aktiflere ilişkin olduğu kadar pasiflere de ilişkin olduğunu; başka bir ifade ile paylaşma kavramına aktifler üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin sona erdirilmesinin yanı sıra, pasiflere ilişkin bütün mirasçıların birlikte sorumluluklarının, bu borçların paylaşılması veya mirasçılardan bir veya bir kaçına yüklenmesi yoluyla, sona erdirilmesinin de dahil olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **WEIBEL**, s. 147.

[1256] *Piotet*, Kaynak Kanun'un Türk Medenî Kanunu'nun 655. maddesini karşılayan ilgili 615. maddesinde yer alan bu hükmün uygulanmasında, rehnedilmiş bir tereke malının mirasçılardan birine özgülenmesi durumunda ilgili mirasçının söz konusu borcu üstlenmiş sayılabilmesi için, söz konusu rehnin mirasbırakanın borcu için tesis edilmiş olması gerektiğini belirterek; terekeye dahil bir mal üzerine bir üçüncü kişinin borcu için rehin tesis edilmiş olduğu hâllerde ilgili hükmün uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **PIOTET**, SPR IV/2, s. 901.

[1257] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 734; **BERKİ**, Mirasçıların Mesuliyeti, s. 115; **ANTALYA**, s. 329; **OĞUZMAN**, s. 339. İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 655. maddesini karşılayan 615. maddesindeki bu düzenleme için bkz. **ESCHER**, Art. 639, N. 16, Art. 615, N. 2; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 2, 15b, Art. 615, N. 5; **WOLF**, s. 346-347; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 901.

[1258] **ESCHER**, Art. 615, N. 2, Art. 639, N. 16; **TUOR/PICENONI**, Art. 615, N. 2; **WOLF**, s. 347.

mirasbırakanın bir borcu için terekeye dâhil bir taşınmaz mal üzerinde rehnin tesis edildiği hâllerde ortaya çıkar. Türk Medenî Kanunu'nun ipotekli taşınmazın devrine ilişkin 888. maddesinin ikinci fıkrasında, yeni malik borcu yüklendiği takdirde, alacaklının, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmemesi durumunda, borçlunun borcundan kurtulacağı ifadesine yer verilmiştir.[1259] İlgili bir yıllık süre, Türk Medenî Kanunu'nun 890. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, tapu idaresinin, taşınmazın yeni malikinin borcu yüklendiğini alacaklıya tebliğ etmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Dolayısıyla, üzerinde mirasbırakanın bir borcu için ipotek tesis edilmiş bir tereke malının mirasçılardan bir veya bir kaçına özgülenmesi durumunda, alacaklı, bu durumun kendisine tapu memuru tarafından tebliğ yolu ile bildirilmesinden itibaren bir yıl içinde yazılı olarak diğer mirasçılara başvurma hakkını saklı tuttuğuna ilişkin bir bildirimde bulunmadığı takdirde, ilgili alacaklının, borcun, taşınmazın kendisine özgülendiği mirasçı veya mirasçılar tarafından üstlenildiğini kabul etmiş olduğu farz edilir.[1260] Alacaklının, kendisine yapılan bildirime karşı, bir yıl içinde bu şekilde herhangi bir bildirimde bulunmadığı durumlarda, mirasçıların söz konusu borcun ödenmesinden müteselsil

---

[1259] **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 733; **SCHMID**, Jörg, Sachenrecht, Zürich, 1997, N. 1618 vd. *Schmid,* İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 888. maddesini karşılayan 832. maddesine ilişkin açıklamalarında öncelikle, ilgili maddenin birinci fıkrasında da belirtilmiş olduğu üzere, kural olarak ipotekli taşınmazın devrinin, alacaklı ve borçlunun durumlarında bir değişikliğe neden olmayacağına belirterek; ikinci fıkra uyarınca yeni malikin borcu üstlenmesi durumunda ancak, Borçlar Hukukundaki borcun nakline benzer bir durumun ortaya çıkacağını ve bu çerçevede alacaklının tıpkı Borçlar Hukuku'nda yer alan borcun nakli kurumunda olduğu gibi, borcun nakline açıkça veya örtülü olarak rıza gösterebileceğini; ayrıca, ilgili 832. maddenin ikinci fıkrası gereği, alacaklının, borcun üstlenildiğinin bildirilmesinden itibaren bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya başvurma hakkını saklı tuttuğunu açıklamazsa, borcun yeni malike nakledilmiş olacağını ifade etmektedir. Bkz. N. 1623.

[1260] **ESCHER**, Art. 639, N. 16; **WOLF**, s. 347; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 901; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 15b. Tuor/Picenoni, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 888. maddesinin birinci fıkrasını karşılayan 832. maddesinin ikinci fıkrasının özel hüküm (*lex specialis*) teşkil ettiğini belirterek; terekede yer alan mirasbırakanın bir borcu için üzerinde ipotek tesis edilmiş bir taşınmaz malın, mirasçılardan birine özgülenmesi durumunda, alacaklı bir yıllık süre içinde diğer mirasçılara başvurma hakkını saklı tutmadığı takdirde, ilgili 832. maddenin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulacağını; öte yandan alacaklı ilgili bir yıl içinde diğer mirasçılara başvurma hakkını saklı tuttuğu takdirde, İsiçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesini karşılayan 639. maddesinin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir.

sorumlulukları, beş yılın dolmasından çok önce, ilgili bir yılın sonunda sona ermiş olmaktadır.[1261]

5) Sürenin Dolmasının Hüküm ve Sonuçları

Mirasçıların tereke borçlarının paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya birkaçına yüklenmesine ilişkin sözleşme yapmamaları veya mirasçılar arasında yapılan bu tür bir anlaşmaya alacaklının rıza göstermemesi durumunda, mirasçılar arasındaki müteselsil sorumluluğun paylaşmanın tamamlanmasından sonra beş yıllık sürenin geçmesi ile eğer alacak bu tarihte muaccel değilse, alacağın muaccel olmasından itibaren beş yılın geçmesi ile sona ereceğine yukarıda değinilmişti. Bu şekilde sürenin dolması ile mirasçıların ilgili borçlara ilişkin müteselsil sorumlulukları sona erecek; ancak her bir mirasçının ilgili tereke borcuna ilişkin bireysel sorumluluğu devam edecektir;[1262] zira, beş yıllık süre, tereke borcuna ilişkin bir süre olmayıp, mirasçıların müteselsil sorumluluklarının tabi olduğu bir süredir.[1263]

Beş yıllık sürenin dolmasından sonra mirasçıların alacaklıya karşı sorumluluğunda, mirasçıların alacaklıya karşı nasıl sorumlu olacakları tartışmalıdır. Konuya ilişkin olarak ileri sürülen görüşler, elbirliği sorumluluğu

---

[1261] **ESCHER**, Art. 639, N. 16; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 15b; **WOLF**, s. 347; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 901.

[1262] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 737; **İMRE**, s. 926; **İMRE/ERMAN**, s. 560; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 113; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 342; **ESCHER**, Art. 639, N. 17; **TUOR/PICENONI**, Art 639, N. 18; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 19; **WOLF**, s. 351; **WEIBEL**, s. 201. Konuya ilişkin olarak *Weibel*, beş yılın dolmasından sonra, Kanun gereği, mirasçıların müteselsil sorumluluğunun sona ereceğini ve fakat mirasçıların tamamının veya bir kısmının beş yılın dolmasından sonra da alacaklıya karşı müteselsil sorumlu olmaya ilişkin olarak alacaklı ile anlaşma yapmaları durumunda, müteselsil sorumluluğun devam edeceğini belirtmektedir.

[1263] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 737; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 113; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 342; **ESCHER**, Art. 639, N. 17; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 16; **WOLF**, s. 351; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm, Art. 639, N. 19. *Schaufelberger*, 'Beş yıllık sürenin dolması ile sadece müteselsil borçluluk sona erer.' olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "*Mit Ablauf dieser Fünf-Jahrefrist erlischt somit nur die Solidarhafrung.*" ifadesine yer vermek suretiyle, beş yıllık sürenin alacağa ilişkin olmadığını dolaylı olarak ifade etmiş olmaktadır. Ayrıca bkz. **WEIBEL**, s. 189. *Weibel*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 681. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 639. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bu sürenin, bir zamanaşımı süresi olduğunu kabul etmekte (bkz. s. 177 vd.) ve bu çerçevede, alacak ve bu alacak bakımından mirasçıların müteselsil borçluluğu için iki ayrı zamanaşımının işlemekte olduğunu ifade etmek üzere zamanaşımının ikiliği (*Dualismus der Verjahrungen*) kavramına yer vermektedir. Bkz. s. 189.

görüşü (*Gesamthaftungsprinzip*)[1264] ve paylı sorumluluk görüşü (*Teilhaftungsprinzip*)[1265] olmak üzere iki gruba ayrılabilir.[1266]

Öğretide sadece *Strebel*[1267] tarafından ileri sürülen, elbirliği sorumluluğu görüşüne göre, mirasçılar beş yıllık sürenin dolmasından sonra, tereke borçlarının ödenmesi bakımından alacaklılara karşı, elbirliği ile sorumlu olacaklardır. Bu görüş öğretide, elbirliği hak sahipliğinin, miras ortaklığının sona ermesi ile ortadan kalktığı ve paylaşmadan sonra elbirliği ile sorumluluk esasının kabul edilmesi sonucunu doğuracak başka bir durum da olmadığı gerekçesi ile reddedilmektedir.[1268]

Paylı sorumluluk görüşü ise, kendi içerisinde iki ayrı gruba ayrılmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı,[1269] mirasçıların, paylaşmanın gerçekleşmesinden sonra tereke borçlarına ilişkin olarak alacaklıya karşı, mirasçılar arasında borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından yüklenmesine ilişkin bir anlaşma yapılmış ise, bu anlaşma çerçevesinde;[1270] mirasçılar arasında bu şekilde bir

---

[1264] Bu görüş öğretide sadece *Strebel* tarafından ileri sürülmektedir. Bkz. **STREBEL**, s. 29.

[1265] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 738; **ÖZTAN**, s. 376; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 113; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 342; **İMRE**, s. 928; **İMRE/ERMAN**, s. 561; **ESCHER**, Art. 639, N. 21; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 21; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 19; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 656; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 6; **WEIBEL**, s. 207 vd.; **SEEBERGER**, s. 22. *Tuor/Schnyder/Schmıd/Rumo-Jungo*, konuya ilişkin açıklamalarında, mirasçıların, beş yılın tamamlanmasından sonra alacaklıya karşı, paylı olarak sorumlu olduklarını ve fakat miras payları oranında mı yoksa mirasçılar arasındaki düzenlemeler çerçevesinde mi sorumlu olduklarının tartışmalı olduğunu belirtmekte; ancak, bu fikirlerden hangisini kabul ettiği hususuna yer vermemektedir. Bkz. s. 728.

[1266] Bu ayrım için bkz. **ESCHER**, Art. 639, N. 18, 19 ve 20.

[1267] Bkz. **STREBEL**, s. 29. *Strebel*, mirasçılar arasında elbirliği prensibinin bulunduğu gerekçesi ile, beş yıllık sürenin dolmasından sonra mirasçıların, tereke borçlarının ödenmesi bakımından alacaklıya karşı, elbirliği ile sorumlu olacaklarını savunmaktadır.

[1268] Bkz. **ESCHER**, Art. 639, N. 18; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 19; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 728; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 656; **WOLF**, s. 351.

[1269] **İMRE**, s. 928; **İMRE/ERMAN**, s. 561; **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 21; **WEIBEL**, s. 207 vd.

[1270] Bkz. Bu Bölüm, § 12, IV, A. Bu şekilde daha önce de belirtilmiş olduğu üzere, mirasçılar yapacakları bir sözleşme ile tereke borçlarını miras payları oranında veya başka bir oranda paylaşabilir veya içlerinden bir veya bir kaçı tarafından üstlenilmesini kararlaştırabilirler. Bu çerçevede bu görüşe göre, mirasçılar beş yıllık sürenin dolmasından sonra alacaklıya karşı, kendi aralarında borçları miras payları oranında paylaşmış iseler, miras payları oranında; başka bir oranda paylaşmış iseler, bu oranlara göre sorumlu olacaklardır. Yine mirasçıların borcu mirasçılardan bir veya birkaçına yükleyen bir anlaşma yapmış olmaları durumunda, beş yılık sürenin dolmasından sonra, alacaklıya karşı borcu yüklenen mirasçı veya mirasçılar sorumlu olacaklardır. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 21; **WEIBEL**, s. 207; **İMRE**, s. 928; **İMRE/ERMAN**, s. 561.

anlaşma yapılmamış ise miras payları oranında sorumlu olacaklarını savunmaktadırlar. Öğretide, öncelikle mirasçılar arasındaki borca ilişkin düzenlemelerin, alacaklıya yabancı olduğu; bu çerçevede genellikle alacaklının bu anlaşmaların varlığından haberdar olmayacağı;[1271] keza, alacaklı bu tür bir anlaşmadan haberdar olsa dahi, onun rızası olmaksızın mirasçılar arasındaki bu tür bir anlaşmanın alacaklıya karşı etkili olmasının gerek Borçlar Hukuku'ndaki gerek Miras Hukuku'ndaki prensipler çerçevesinde mümkün olmadığı[1272] belirtilerek eleştirilmektedir. Öte yandan, mirasçılar arasındaki borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan bir veya birkaçına yüklenmesine ilişkin anlaşmaların, beş yılın dolmasından sonra alacaklıya karşı sorumlulukta esas alınacağının kabul edilmesi durumunda, mirasçılara, alacaklının bu beş yıl içinde alacaklının alacağını talep etmemesi beklentisi ile hareket edip, borcu ödeme gücü olmayan mirasçı veya mirasçılara yükleyerek, alacaklının haklarına zarar verme imkânının verilmiş olacağı ifade edilmektedir.[1273] Bu çerçevede, mirasçıların kendi aralarındaki düzenlemeler çerçevesinde alacaklıya karşı sorumlu olmalarının, mirasçıların menfaatine olduğu ve işte tam da bu sebeple alacaklıların zararına bir takım sonuçlar doğurabileceği[1274] belirtilmektedir.[1275]

[1271] **ESCHER**, Art. 639, N. 21; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 19; **PIOTET**, SPR IV/2, 656; **WOLF**, s. 352; **SEEBERGER**, s. 22; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 738. *Kocayusufpaşaoğlu*, alacaklının çoğu zaman mirasçılar arasındaki iç düzenlemelerden haberdar olmayacağını ve bu çerçevede, alacaklının bu sonucu önlemek imkânı dahi olmaksızın bir takım tatsız sürprizlerle karşılaşabileceğini; örneğin mirasçılardan birine tereke borcunun ödenmesi için başvuran alacaklının, ilgili mirasçının, mirasçılar arasındaki iç düzenleme ile tereke borçlarından tümüyle kurtarılmış olduğunu dâva sırasında öğrenebileceğini ifade etmektedir.

[1272] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 738; **ESCHER**, Art. 639, N. 21; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 898; **WOLF**, s. 352. *Wolf*, ayrıca alacaklının mirasçılar arasında yapılan borcun paylaşılmasına veya mirasçılardan birine veya birkaçına yüklenmesine ilişkin anlaşmalara rıza göstermiş olmamasına rağmen, beş yıllık sürenin dolmasından sonra, mirasçılar arasındaki bu anlaşmalar çerçevesinde mirasçılara gidebileceğinin kabul edilebilmesi için, mirasçılara, kendi aralarındaki düzenlemelerden doğan hükümleri alacaklıya karşı ileri sürülebilme hakkının verilmiş olmasını gerektirdiğini; ancak, Kanun'da mirasçılara bu şekilde bir hakkın tanınmamış olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 352.

[1273] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 738; **ESCHER**, Art. 639, N. 21; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 656; **WOLF**, s. 352; **SEEBERGER**, s. 22.

[1274] **ESCHER**, Art. 639, N. 21; **WOLF**, s. 351-352; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 738. *Kocayusufpaşaoğlu*, beş yılın geçmesi ile teselsülden yararlanma imkânını kaybeden alacaklıya daha fazla yüklenmenin ve onu borçluların kendi aralarında yaptıkları bir anlaşma ile bağlı tutmanın, mirasçıların menfaatlerini, alacaklının menfaatlerine nazaran aşırı biçimde üstün tutan bir düşünceyi yansıttığını ifade etmektedir. *Escher*, konuya ilişkin açıklamalarında ayrıca, alacaklının son derece menfaatine olan mirasçıların müteselsil borçluluğu prensibinden, birdenbire alacaklı için büyük zararlar doğması sonucunu doğurabilecek, mirasçıların kendi aralarındaki düzenlemelerini kabul etmiş

Paylı sorumluluk görüşünü savunan diğer bazı yazarlar[1276] ise, mirasçıların, kendi aralarında alacaklıya karşı sorumluluğa ilişkin ne tür bir düzenleme yapmış olurlarsa olsunlar, alacaklıya karşı, beş yıllık sürenin dolmasından sonra, artık miras payları oranında sorumlu olacaklarını savunmaktadırlar. Bu görüşü savunan yazarlardan *Schaufelberger*,[1277] mirasçıların, beş yıllık sürenin dolmasından sonra tereke borçlarının ödenmesinden alacaklılara karşı daima miras payları ile sorumlu olmalarının, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 640. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye de uygun olacağını ifade etmektedir.

---

olmayan alacaklıya karşı, bu iç düzenleme hükümlerine göre sorumlu tutulmasına geçişin fazla '*doğrudan*' olacağı olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "Auch erscheint der Sprung von der die Gläubiger enorm begünstigten Solidarhaftung innert der fünf Jahre nach der Teilung zu dieser für sie sehr ungünstigen Ausdehnung der internen Verteilung der Schulden auf das äußere Verhältnis zu unvermittelt." ifadesine yer vermektedir. Bkz. N. 21.

[1275] *Tuor/Picenoni*, mirasçıların beş yıllık sürenin dolmasından sonra alacaklıya karşı, aralarında yapmış oldukları, borcun paylaşılmasına veya bir mirasçı veya bazı mirasçılar tarafından üstlenilmesine ilişkin sözleşme hükümleri çerçevesinde sorumlu olmasına yöneltilebilecek eleştiriler olduğunu belirterek, beş yıllık sürenin dolmasına kadar mirasçıların tereke borçlarından dolayı alacaklılara karşı müteselsil olarak sorumlu olmaları nedeniyle alacaklının menfaatlerinin o zamana kadar yeterince korunmuş olduğunu gerekçe göstererek, mirasçıların menfaatini alacaklıların menfaatlerini zedelemek pahasına üstün tutan bu görüşün kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, mirasçıların, kendi aralarında borca ilişkin sözleşme yapmış olup olmamalarına bakılmaksızın, beş yıllık sürenin dolmasından sonra mirasçıların tereke borçlarından dolayı alacaklılara karşı miras payları oranında sorumlu olacaklarını kabul eden diğer görüşü, mirasçıların değil de, alacaklıların menfaatlerini koruduğu gerekçesi ile eleştirmektedir. Bkz. **TUOR/PICENONI**, Art. 639, N. 22.

[1276] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 738; **ÖZTAN**, s. 376; **KILIÇOĞLU**, Taksim Sözleşmesi, s. 113; **KILIÇOĞLU**, Miras, s. 342; **ESCHER**, Art. 639, N. 21; **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 19; **PIOTET**, SPR IV/2, s. 656; **GRIMM/NORDIN/VLCEK**, Handkomm. zum SZ, Art. 639, N. 6; **SEEBERGER**, s. 22.

[1277] Bkz. **SCHAUFELBERGER**, Bas. Komm., Art. 639, N. 19. *Schaufelberger*, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun 682. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 642. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan rücu hakkının ilk önce ödenmiş olan borcu paylaşma sözleşmesi ile üstlenmiş olan mirasçıya karşı kullanılacağına ilişkin düzenlemenin sınırlayıcı bir düzenleme olmadığı kanaatini taşımakta olduğunu ve bu çerçevede, alacaklıya karşı miras payları oranında sorumlu olan mirasçıların, alacaklıya ödeme yaptıktan sonra bu ödemeyi, iç ilişkide borcu üstlenmiş olan mirasçıya rücu edebileceklerini ifade etmektedir.

SONUÇ

Mirasın paylaşılması, mirasbırakanın ölümü ile kendilerine intikal eden değerler toplamı üzerinde ilgili mirasçıların elbirliğiyle hak sahipliğinin sona ermesi biçimlerinden birini oluşturur. Mirasbırakanın ölümüyle birlikte, mirasbırakana ait değerler toplamı, onun mirasçısı olan kimseye veya kimselere geçecektir. Bu şekilde o âna kadar mirasbırakanın üzerinde tek başına hak sahibi olduğu değerler üzerinde, miras ortaklığına dâhil olan mirasçıların her biri, diğer mirasçılarla birlikte elbirliği ile hak sahibi olacaklardır. Dolayısıyla, mirasın paylaşılması bakımından miras ortaklığının varlığı şarttır. Bu çerçevede mirasbırakanın geride tek bir mirasçı bıraktığı durumlarda, başka bir ifade ile, mirasbırakanın tek bir mirasçısının bulunduğu veya biri hariç diğer tüm mirasçıların mirası red ettiği veya birinci, ikinci ve üçüncü zümrelerde mirasçı bulunmaması nedeniyle terekenin devlete intikal ettiği durumlarda, miras ortaklığı ve dolayısıyla mirasın paylaşılması söz konusu olmayacaktır. Miras ortaklığından bahsedilebilmesi için bir diğer şart, aktifi bulunan bir terekenin varlığıdır. Mirasbırakanın geride aktifi bulunan bir tereke bırakmadığı durumlarda, üzerinde elbirliği ile hak sahibi olunan her hangi bir değer bulunmayacağından, mirasın paylaşılması da konusuz kalacaktır.

Mirasbırakanın terekesi aktif ve pasif değerlerden oluşur. Pasiflerin paylaşılmasında, ilgili pasifler mirasçılar arasında yapılan bir sözleşme ile belli bir mirasçıya özgülendikleri takdirde bu sözleşme borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi niteliğinde olur ve alacaklı kabul etmediği müddetçe alacaklıya karşı hüküm ifade etmez. Hâlihazırda mirasçılar, söz konusu borçlara ilişkin bir anlaşma yapmasalar dahi, ilgili borçların ödenmesi bakımından müteselsil olarak sorumlu olacaklarından, terekede yer alan borçların paylaşılması mirasın paylaşılmasının zorunlu bir unsurunu oluşturmaz.

Mirasın paylaşılması, bu çerçevede, daha ziyade terekede yer alan aktiflere ilişkindir ve ancak terekede bulunan bütün aktif değerler tüm mirasçılar arasında tümüyle paylaşıldığında gerçekleştirilmiş olur. Bu

anlamda paylaşma, miras ortaklığı devam ettiği müddetçe bütün mirasçıların üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları değerlerin, mirasçıların bireysel hak sahipliğine geçirilmesi ile gerçekleşecektir. Bu hâlde, aktif değerlerin paylaşılmasına ilişkin bu işlem, miras ortaklığı devam ettiği müddetçe tereke değerleri üzerinde elbirliği ile hak sahibi olan mirasçılar arasında, ilgili tereke değerinin kendisine özgülendiği mirasçı lehine, diğer tüm mirasçıların, söz konusu tereke değeri üzerindeki haklarından vazgeçmeleri ile sağlanacaktır.

Bir kere daha önemle belirtilmelidir ki, mirasın paylaşılması işlemi mirasçıların işidir ve bu çerçevede, emredici hükümler hariç olmak üzere, paylaşmanın nasıl gerçekleştirileceği, irade özgürlüğü prensibi çerçevesinde, bizzat mirasçılar tarafından belirlenir. İrade özgürlüğü prensibi, ayrıca, mirasçıya, kanun gereği zorunlu olarak mirasçılar arasında teşekkül eden miras ortaklığının mirasçıların paylaşmaya ilişkin anlaşmaya varmaları ile sona erdirilemediği ve bu şekilde miras ortaklığının devam ettiği durumlarda, “paylaşma dâvası” açmak suretiyle miras payını alarak, miras ortaklığından ayrılma ve bu şekilde paylaşmayı kendisi açısından gerçekleştirme imkânı verir. Paylaşmaya hâkim olan tek ilke irade özgürlüğü prensibi değildir. En az irade özgürlüğü kadar ve hatta ondan daha fazla önemi haiz bir diğer prensip, “eşitlik prensibi”dir. Eşitlik prensibinin gereği olarak mirasçılar, miras paylarının miktarı farklı olsa dahi, paylaşmaya eşit haklara sahip olarak katılırlar. Paylaşma bakımından bir diğer önemli prensibi, kimi zaman eşitlik prensibinin içinde telâkki edilen “aynen paylaşma prensibi” oluşturur. Bu prensip gereği, paylaşma, mümkün olduğu kadar, tereke değerlerinin satılmaksızın miras payları oranında mirasçılara özgülenmesi ile gerçekleştirilecektir. Önemle belirtilmelidir ki, irade özgürlüğü prensibinin, eşitlik prensibinin ve aynen paylaşma prensibinin istisnaları mevcuttur. Mirasın paylaşılmasında bu prensiplere ek olarak, “aynî ikame”, “bilgi verme” ve “oybirliği” prensipleri söz konusudur. Bu prensiplerden aynî ikame prensibi, miras ortaklığı devam ettiği müddetçe terekeden çıkan şeyin yerini bunun karşılığı olarak giren hususun almasını; bilgi verme prensibi, mirasçıların, terekenin tam olarak saptanması ve bu değerlerin mirasçılar

arasında eşitlik prensibine uygun olarak paylaşılmasının sağlanmasına yönelik bütün hususlar bakımından talep olmasa dahi birbirlerini bilgilendirmeleri gereğini ve oybirliği prensibi ise, mirasçıların paylaşmaya ilişkin olarak yaptıkları anlaşmalarda oybirliği ile karar vermeleri lüzumunu ifade eder.

Mirasın paylaşılmasında, tereke değerlerinin mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağı hususunda, paylaşma kuralları devreye girecektir. Bu paylaşma kuralları, mirasçılar tarafından, mirasbırakan tarafından veya kanun koyucu tarafından belirlenmiş olabilir. Öncelikle belirtilmelidir ki, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları – emredici niteliği haiz paylaşma kuralları hariç olmak üzere – Kanun'da yer alan paylaşma kurallarının üstünde; mirasçılar tarafından belirlenen paylaşma kuralları ise gerek mirasbırakan tarafından belirlenen gerek – elbette yine emredici niteliği haiz paylaşma kuralları hariç olmak üzere – Kanun'da yer alan paylaşma kurallarının üstünde yer alır.

Mirasçıların paylaşma kuralı belirlemesi, oybirliği ile yapacakları anlaşmalar vasıtasıyla olur ve bu tür anlaşmalar daha ziyade paylaşmaya hazırlık işlemi niteliğindedirler.

Mirasbırakan da ölüme bağlı tasarrufunda paylaşma kuralı öngörmüş olabilir. Mirasbırakan tarafından belirlenen bu tür paylaşma kuralları mirasçıların miras paylarının arttırılması veya azaltılması amacına yönelik olmayıp, mirasçılar arasında paylaşmaya ilişkin olarak ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları engellemeye yönelik kurallardır ve bu tür kurallarda, mirasbırakan, belli bir değeri, mirasçıya miras payına mahsup edilmek üzere özgülemektedir. Ölüme bağlı tasarrufta yer alan, belli bir tereke değerinin mirasçıya özgülenmesine ilişkin kural, mirasbırakanın özgüleme lehdarı mirasçının ilgili tereke değerini miras payına ek olarak almasını istediği sonucuna varılamıyorsa, paylaşma kuralı olarak nitelendirilecek ve özgüleme konusu değerin miras payını aşması hâlinde, aşan kısmın denkleştirilmesi gündeme gelecektir. Paylaşma kuralı mirasbırakan tarafından geçerli bir şekilde öngörülmüşse, kural olarak bağlayıcıdır. Ancak, mirasçılar oybirliği ile

yapacakları anlaşmalar yoluyla mirasbırakanın belirlediği paylaşma kuralının uygulanmaması hususunda anlaşabilirler. Bu hâlde mirasçılar paylaşma kurallarını da tayin etmek suretiyle, mirasbırakanın belirlediği paylaşma kurallarının uygulanmaması hususunda anlaşmaya varırlarsa, artık mirasçılar tarafından belirlenen paylaşma kuralları uygulama alanı bulacaktır. Mirasçıların, paylaşma kuralları belirlemeksizin mirasbırakan tarafından tayin edilen paylaşma kurallarının uygulanmaması konusunda da anlaşmaya varmaları mümkündür. Bu hâlde, mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralları uygulama alanı bulmayacak, Türk Medenî Kanunu'nda yer alan paylaşma kurallarının uygulanması gündeme gelecektir. Önemle belirtilmelidir ki, mirasbırakanın paylaşma kuralları öngörmekle yetinmeyip, aynı zamanda paylaşmanın bu kurallara göre gerçekleştirilmesini sağlamak üzere bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atamış olması durumunda da, baskın görüş çerçevesinde mirasçıların oybirliği ile yaptıkları anlaşmalar mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarına nazaran öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Elbette mirasçıların oybirliği ile paylaşmanın mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarına göre gerçekleşmesini kararlaştırmaları da mümkündür. Mirasçıların, paylaşmanın mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kurallarının uygulanması veya uygulanmaması hususunda oybirliği ile anlaşmaya varamamış olmaları durumunda ise, mirasbırakan tarafından belirlenen her bir paylaşma kuralının mirasçıya ilgili tereke değerinin kendisine özgülenmesine ilişkin olarak sadece hak mı verdiği yoksa hem hak hem de yükümlülük olarak mı düzenlendiğine bakılacaktır. Mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralında belirli bir tereke değerinin belli bir mirasçıya özgülenmesinin, ilgili mirasçı bakımından hem hak sağlar hem yükümlülük yükler şekilde özgülenmesi hâlinde, diğer mirasçılar, tereke değerinin kendisine özgülendiği mirasçıyı ilgili değerin kendisine özgülenmesi hususuna zorlama imkânı elde ederler. Bu halde mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralının bağlayıcılığı gündeme gelecektir. Mirasbırakan paylaşma kuralında söz konusu değeri mirasçıya özgülerken, sadece özgüleme lehdarı mirasçıya, paylaşmada ilgili değerin kendisine özgülenmesini isteme hakkı vermiş, fakat

ilgili malın kendisine özgülenmesine katlanma yükümlülüğü yüklememişse, özgüleme lehdarı mirasçının söz konusu tereke değerinin kendisine özgülenmesini isteme hakkından vazgeçmesi hâlinde, artık mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralının bağlayıcılığından bahsedilemeyecek; ancak mirasçı bu hakkını kullanırsa söz konusu paylaşma kuralı bağlayıcı olacaktır.

Paylaşma kurallarının bir diğer türünü, kanunkoyucu tarafından öngörülen paylaşma kuralları oluşturur. Aile konutu ve ev eşyasının, bir bütün oluşturan eşyanın, aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşyanın, tarımsal işletmenin, üzerinde kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir binanın bulunduğu taşınmazdaki mülkiyetin kat mülkiyetine dönüştürülerek mirasçılara özgülenmesine ilişkin kurallar ile mirasbırakanın mirasçıdan olan alacağının ilgili mirasçının miras payına mahsup edilmesine ilişkin kural, kanunda yer alan paylaşma kurallarını oluşturur.

Mirasın paylaşılması, mirasçıların oybirliği ile yaptıkları paylaşma sözleşmesi ile gerçekleştirilebilir. Mirasçılar tarafından yapılan paylaşma sözleşmesi, elden paylaşma şeklinde yapılabileceği gibi, yazılı paylaşma sözleşmesi şeklinde de düzenlenebilir.

Elden paylaşmada mirasçıların tereke değerlerini aralarında fiilen paylaşmaları ile paylaşma sözleşmesi kurulmuş ve ayrıca paylaşma da gerçekleştirilmiş olur. Bu çerçevede elden paylaşma işleminde, sözleşmenin taahhüt ve tasarruf aşaması aynı anda gerçekleşmektedir. Tartışmalı olmakla birlikte, öğretide Tapu Sicil Tüzüğü'nün 21. maddesinin "c" bendi de dikkate alındığında, tapuya kayıtlı bulunan taşınmazlar bakımından elden paylaşma işleminin yapılmasının mümkün olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.

Yazılı paylaşma sözleşmesi ise, tereke değerlerinin mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağına ilişkin ve paylaşmayı nihaî olarak tamamlama amacına yönelik olarak yapılmış bir taahhüt işlemidir. Başka bir ifade ile, yazılı paylaşma sözleşmesi ile mirasçılar birbirlerine karşı tereke değerlerinin sözleşmeye uygun olarak mirasçılar arasında bölüşülmesi hususunda borç

altına girmiş olurlar ve paylaşma sözleşmesinin bütün taraflar bakımından karşılıklı borç doğurucu (*synallagmatik*) niteliği dolayısıyla her bir mirasçı yazılı paylaşma sözleşmesine uygun şekilde, bu sözleşme ile kendisine özgülenen değerlerin bireysel hak sahipliğine geçirilmesini talep etme hakkını elde eder. Her bir mirasçı, yazılı paylaşma sözleşmesinden doğan borcu yerine getirmeyen mirasçı veya mirasçılar aleyhine sözleşmeden doğan borcun ifası için ifa dâvası açma hakkına sahiptir. Bu bağlamda, yazılı paylaşma sözleşmesi, mirasçıların bu sözleşmeyi ifa ile mirasın paylaşılmasını nihaî olarak gerçekleştirmeyi amaçlamış olmaları yönünden paylaşmaya hazırlık niteliğinde olan ve oybirliği ile yapılan diğer yazılı sözleşmelerden ayrılır; mirasçıları, paylaşmayı gerçekleştirecek ifa işlemlerini yapmakla yükümlü kılar. Bu çerçevede, elden paylaşma işleminde, sözleşmenin kurulması ile ifası ve böylelikle paylaşmanın gerçekleştirilmesi aynı anda gerçekleşmekte iken, yazılı paylaşma sözleşmesi, sözleşmenin yapılıp mirasçılar veya temsilcileri tarafından imzalandığı anda kurulur; ancak paylaşma, yazılı paylaşma sözleşmesinin yapıldığı değil, ifa edildiği anda gerçekleşir. Böylece, paylaşmanın gerçekleşmesi bakımından, taşınırların teslimi, taşınmazların tescili, kıymetli evrak bakımından ilgili kıymetli evrakta hak sahipliğinin tesisi için gereken işlemin yapılması gerekecektir. Belirtilmelidir ki, tapulu taşınmazların elden paylaşılmasına ilişkin tartışmalı durum, bunların yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılmaları bakımından söz konusu değildir. Tapulu taşınmalar, yazılı paylaşma sözleşmesi ile paylaşılabilirler; böylece de mirasçı söz konusu taşınmazın tamamının veya kendi payına düşen kısmının kendisi adına tescilini talep hakkını elde eder.

Mirasçılar, dilerlerse, elden paylaşma veya yazılı paylaşma sözleşmesini, tüm tereke değerlerini ve tüm mirasçıları kapsar şekilde yapabilirler ki, bu halde tam paylaşma söz konusu olur. Ancak, mirasçıların, gerek elden paylaşma sözleşmesini ve gerek yazılı paylaşma sözleşmesini kısmî sözleşme şeklinde yapmaları da mümkündür. Kısmî paylaşma sözleşmesi terekenin kalan kısmı üzerinde miras ortaklığına dâhil bütün

mirasçıların elbirliği ile hak sahipliği devam edecek şekilde, belli bir bölümünün bütün mirasçılar arasında paylaşılması biçiminde gerçekleştirilmişse "objektif kısmî paylaşma" söz konusu olur. Kısmî paylaşmanın "sübjektif kısmî paylaşma" şeklinde gerçekleştirilmesi de mümkündür. Öğretide, genel olarak bazı mirasçıların miras paylarını alarak miras ortaklığından ayrılması durumu sübjektif kısmî paylaşma olarak nitelendirilmektedir. Ancak, bazı yazarlara göre, mirasçıların birinin veya bir kaçının miras paylarını alarak miras ortaklığından ayrılmaları hâlinde, paylaşma hem bir kısım tereke değerleri hem bazı mirasçılar bakımından gerçekleşmekte olduğundan, ortada objektif ve sübjektif kısmî paylaşmanın aynı anda gerçekleştiği bir "karma kısmî paylaşma" söz konusu olur. Bu ikinci grup yazarlara göre, sübjektif kısmî paylaşma, ancak miras ortaklığından bazı mirasçıların terekeden her hangi bir şey almaksızın ayrılmaları hâlinde görülür ki, bu durum da sadece mirasçının miras hakkından terekeden her hangi bir karşılık almaksızın vazgeçtiği veya miras payını miras ortaklığına dâhil bir diğer mirasçıya aynî etki doğuracak şekilde devrettiği hâllerde söz konusudur. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, bir mirasçı dışında diğer bütün mirasçıların miras hukukundan doğan haklarından ilgili mirasçı lehine vazgeçtikleri veya miras paylarını aynî etki doğuracak şekilde mirasçıya devrettikleri durumlarda, miras ortaklığı sona erecektir. Bu hâl bazı yazarlarca paylaşmanın alışılmadık bir türü olarak kabul edilmektedir.

Gerek elden paylaşma gerek yazılı paylaşma sözleşmesi, sözleşme niteliğini haiz olduklarından, geçerlilikleri bakımından sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel kurallar uygulama alanı bulacak ve bu bağlamda Borçlar Hukuku hükümleri çerçevesinde yapılan sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran durumlardan birinin varlığı hâlinde, yapılan paylaşma sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Ancak, paylaşma sözleşmesinin geçersizlik sebepleri Borçlar Hukuku hükümleri ile sınırlı olmayıp, Miras Hukukuna özgü bir geçersizlik sebebi de mevcuttur. Bu durum, mirasın paylaşılmasından sonra, mirasbırakanın mirasçısı olduğu anlaşılan ve varlığı diğer mirasçılarca bilinmeyen veya bilinip de görmezden gelen bir kimsenin ortaya çıkması

durumudur. Bu hâlde paylaşma işlemi hiç yapılmamış gibi olur ve terekenin yeniden paylaşılması gündeme gelir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere paylaşma öncelikle mirasçıların işidir. Ancak, mirasçıların mirasın paylaşılmasına ilişkin olarak anlaşmaya varamadıkları durumlar bakımından, kanun gereği mirasçılar arasında zorunlu olarak teşekkül eden ve nihaî amacı tasfiye olan miras ortaklığının ilelebet sürmemesi için her bir mirasçıya, miras ortaklığını sürdürmekle yükümlü olmadıkça, hâkimden mirasın paylaşılmasını paylaşma davası açmak yoluyla talep etme hakkı verilmiştir; ama bu hakkın kullanılabilmesi için talep hakkının doğması yeterli olmayıp, dava edilebilir bir nitelik kazanması da gerekir. Mirasçıların mirasın paylaşılmasına ilişkin bu talep hakkı, Kanun'dan doğan ve kendine özgü özellikleri olan şahsî bir haktır. Her mirasçı, mirasçılık sıfatı devam ettiği müddetçe her zaman hâkimden paylaşmayı talep edebilir ve bu hak mirasçının üzerinde tek başına tasarruf edemeyeceği ve vazgeçemeyeceği bir haktır. Günümüzde, öğretide, genel olarak kabul edildiği üzere, mirasçı hâkimden paylaşmanın terekeye dâhil tüm değerler gözetilerek gerçekleştirilmesini talep edebileceği gibi, terekenin belli bir bölümü veya terekede bulunan bazı değerler bakımından gerçekleştirilmesini de talep edebilir. Bu hâllerden ilkinde, ilgili mirasçının miras payı tüm tereke değerleri dikkate alınarak hesaplanmakta iken; ikinci hâlde terekenin ilgili bölümü veya ilgili değerler üzerinde mirasçının sahip olduğu miras payı hesaplanmaktadır. Bu şekilde, kural olarak mirasçının kısmî paylaşmanın gerçekleştirilmesini hâkimden talep etmesi ve bunun üzerine kısmî paylaşmanın gerçekleştirilebilmesi için, diğer mirasçıların açık veya – kısmî paylaşmaya ilişkin dâva talebi karşısında terekenin tümüyle paylaşılması yönünde karşı talep ileri sürmemeleri biçiminde ortaya çıkan – örtülü rızaları aranacaktır. İstisnaen, terekenin tümüyle paylaşılması terekenin değerinde önemli bir azalmaya neden olacaksa, diğer mirasçılar razı gelmeseler dahi, mirasçı, sadece paylaşılması terekenin değerinde önemli azalmaya neden olmayacak kısım bakımından paylaşmayı talep edebilir. Bu çerçevede, kısmî paylaşma talebi üzerine terekenin belli bir

bölümünün paylaşılması miras ortaklığını sona erdirmez. Aynı şekilde, terekenin tamamını kapsayan bir paylaşma talebi, miras ortaklığına dâhil olan tüm mirasçılar veya tek mirasçı hariç, diğer mirasçı veya mirasçılar tarafından ileri sürülmüş olmadıkça, miras ortaklığının sona ermesi sonucunu doğurmaz.

Mirasın paylaşılması dâvasında, mirasçının dâva dilekçesinde talep sonucunu, hâkimin hükmü talep sonucuna göre tesis edebileceği bir şekilde kaleme almış olması gerekir. Başka bir ifade ile, talep sonucundan mirasın paylaşılması istemi açık bir şekilde anlaşılmalıdır. Mirasçının talep sonucunda terekenin tespiti, mirasçıların miras paylarının belirlenmesi gibi bir isteme yer vermesi de mümkündür. Ancak, bu şekilde açılan dâva bir paylaşma dâvası sayılamayacaktır. Paylaşma dâvasının *actio dublex* niteliği nedeniyle, mirasçılardan birinin bu şekilde paylaşmaya ilişkin bir talepte bulunmuş ve fakat paylaşmayı talep etmemiş olduğu dâvada, diğer mirasçılar paylaşmayı talep ederlerse, ilgili dâva paylaşma dâvasına dönüşecektir. Yine talep sonucunda paylaşmanın gerçekleştirilmesi isteminin yanı sıra, bir takım başka taleplerde bulunulması da mümkündür. Hâkim, bu istemlerden ön mesele teşkil edenleri öncelikle karara bağlayacaktır.

Paylaşma dâvasında hâkim, sadece miras paylarını oluşturmakla kalmayacak, paylaşma kurallarını dikkate alarak özgülemeyi ilgili mirasçının tek başına hak sahibi olmasını sağlayacak şekilde gerçekleştirecektir. Dolayısıyla, paylaşma kararından sonra mirasçılar arasında ayrıca bir işlem yapılması veya hâkimden veya başka bir merciden karar alınması gerekli değildir. Bu çerçevede, mirasçıların miras paylarına düşen hususların özgülenmesi paylaşma dâvasına ilişkin kararla gerçekleşmektedir. Hâkimin yetkisine ilişkin bir diğer hususu da, mirasçıların anlaşmasına göre veya anlaşmaya varamayan mirasçılardan birinin talep etmesi üzerine hâkim tarafından yerel âdetlere, mirasçıların kişisel durumlarına ve mirasçıların çoğunluğunun arzusuna göre oluşturulmuş her bir payın hangi mirasçıya özgüleneceğine ilişkin olarak mirasçılar arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde, hâkimin kur'a çekilmesi yoluna başvurmasının zorunluluk teşkil edip

etmediği hususu oluşturur. Çalışmamızda katıldığımız görüş uyarınca, her ne kadar ilgili hükümde ifade edilmemişse de, hâkim gerekli şekilde gerekçelendirmek koşuluyla kur'a çekilmesi yoluna başvurmaksızın özgülemeyi gerçekleştirebilir.

Paylaşma dâvasının *actio dublex* niteliği nedeniyle, bu dâvada dâvalı olan mirasçılar istemlerini, bir karşı dâva açmaları gerekmeksizin, karşı talep şeklinde ileri sürebilirler. Paylaşma dâvası bakımından diğer bir durumu, hâkimin talep sonucu ile bağlı olmaması oluşturur. Yine hâkim, gereken durumlarda re'sen belli hususları araştırma yoluna gidebilir.

Paylaşma dâvası, paylaşmanın gerçekleşmesini talep eden mirasçı veya mirasçılar tarafından, diğer mirasçılara yöneltilir. Dolayısıyla dâvacı sıfatı paylaşmanın gerçekleşmesini isteyen mirasçı veya mirasçılara; dâvalı sıfatı, bu mirasçı veya mirasçılar dışında kalan mirasçılara aittir. Ancak, paylaşma dâvası açan mirasçı veya mirasçılar dışında kalan diğer mirasçıların bir kısmı, açılan paylaşma dâvasını kabul ettiklerine dair yazılı bir belgeyi daha öncesinden dâvacı mirasçı veya mirasçılara verir veya hâkim önünde bu yönde beyanda bulunurlarsa, paylaşma dâvasının, dâvanın açılmasına rıza gösterenler dışında kalan diğer mirasçılara açılması yeterlidir. Öte yandan, dâvacı veya dâvalı mirasçı sayısının birden fazla olması durumunda, dâvacı mirasçılar arasında ihtiyarî; dâvalı mirasçılar arasında ise zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır.

Paylaşma dâvasında kendisine mirasın paylaşılması talebi ile başvurulan hâkim, terekeyi tespit ederek, terekeye dâhil hususların değerini tespit edecek ve miras paylarını oluşturarak talep sahibi mirasçıya veya mirasçılara özgüleyecektir. Hâkim bu süreçte, mümkün olduğu kadar, terekede bulunan hususları mirasçıların miras payları oranında bölerek; eğer malın bölünmesi veya bütün hâlinde mirasçılardan birine özgülenmesi mümkün değilse, ilgili hususun satılması ile elde edilen satış değerini miras payları oranında bölerek her bir mirasçının miras payını oluşturacaktır.

Hâkimin mirasın paylaşılmasına ilişkin kararı, her ne kadar muhtevasında tespit veya eda hükmü bulunsa da, nihaî olarak yenilik doğuran bir karardır.

Paylaşmanın sona ermesi ile birlikte, o âna kadar bütün mirasçıların üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları değerlerin paylaşılması ile her bir mirasçının bireysel hak sahipliğine geçeceği açıktır. Ancak, bu olağan sonucun yanı sıra, paylaşmanın gerçekleştirilmesi mirasçıların sorumluluğu bakımından da bir takım sonuçlar meydana getirir. Bu durumlardan ilki mirasçıların birbirlerine konusu özgüleme konusu değerlere ilişkin sorumlulukları iken; ikincisi, mirasçıların tereke borçlarına ilişkin olarak alacaklıya karşı müteselsil sorumluluklarıdır.

Paylaşma, bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, elden paylaşmada tereke değerlerinin mirasçılar tarafından iktisap edildiği; yazılı paylaşma sözleşmesinde sözleşmenin ifa edildiği ve hâkim kararı ile paylaşmada kararın kesinleştiği anda tamamlanmış olur.

Paylaşmanın tamamlanması ile birlikte mirasçılar, birbirlerine karşı, özgüleme konusu tereke mallarının bir üçüncü kimse tarafından zapt edilmesi ve ayıplı olmasından; özgüleme konusu alacağın borçlusunun ödeme gücünden yoksun olmasından, paylaşmanın tamamlandığı andan itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi boyunca sorumlu olurlar. Bu bir yıllık süre mirasçılar arasında yapılacak bir sözleşme ile kısaltılabilir veya on yılı geçmemek üzere uzatılabilir. Özgüleme konusu değerlerin üçüncü kimseler tarafından zapt edilmesi veya ayıplı olması hâli bakımından, satım akdindeki satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun düzenlendiği hükümlere atıf yapılmış olduğundan, bu hükümler, mirasçıların özgüleme konusu değerlerin üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi veya ayıplı çıkması hâlinde birbirlerine karşı sorumluluklarında kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Özgüleme konusu bir alacak ise, mirasçılar, alacağın kendisine özgülendiği mirasçıya karşı alacağın özgüleme ânındaki varlığından ve borçlunun özgüleme ânındaki veya çok sonra olmamak kaydıyla özgüleme ânından daha sonra ortaya çıkan ödeme güçsüzlüğünden âdî kefil gibi sorumlu olacaklardır. Bu şekilde

miras ortaklığında üç veya daha fazla mirasçının bulunduğu durumlarda, alacağın kendisine özgülendiği mirasçı dışında kalan diğer mirasçılar bakımından birlikte âdî kefalet hükümleri uygulama alanı bulur. Önemle belirtilmelidir ki, özgüleme konusu alacaklar bakımından mirasçıların birbirlerine karşı sorumluluklarında sorumluluğun üst sınırı alacağın değeri olmayıp, söz konusu alacağın mirasçının payına özgülenirken esas alınan mahsup değeridir. Yine önemle belirtilmelidir ki, özgüleme konusu alacak bakımından gündeme gelen mirasçıların bu sorumlulukları, borsaya kayıtlı kıymetli evrak bakımından söz konusu olmayacaktır. Mirasçıların terekeye dâhil bir malın bir üçüncü kimse tarafından zapt edilmesi veya ayıplı çıkmasından ve özgüleme konusu alacağın borçlusunun ödeme gücünden yoksun olmasından birbirlerine karşı sorumlulukları, miras payları oranındadır ve bu çerçevede, tereke malının zapt edilmesi veya ayıplı çıkması veya özgüleme konusu alacağın borçlunun ödeme güçsüzlüğü nedeniyle borcunu hiç veya kısmen ödeyememesi neticesi ortaya çıkan zararlar bakımından, malın kendisine özgülendiği mirasçı da payı oranında sorumlu olacak ve dolayısıyla kendi miras payı oranında uğradığı zarara katlanacaktır. Mirasçıların paylaşmanın tamamlanmasından sonra, özgüleme konusu malın zapt edilmesi veya ayıplı olması; özgüleme konusu alacağın borçlusunun ödeme gücünden yoksun olması hâllerinde gündeme gelen bu sorumlulukları sözleşme ile paylaşmada olduğu gibi hâkim kararı ile paylaşmada da aynen uygulama alanı bulacaktır.

Mirasçılar, tereke borçlarından ve bu borçlara dâhil olan mirasbırakanın borçlarından alacaklılara karşı miras ortaklığı kurulduğu andan itibaren müteselsil olarak sorumlu olurlar. Mirasçıların bu müteselsil sorumlulukları paylaşmanın tamamlanmasından sonra da kural olarak devam eder. Şöyle ki, mirasçıların tereke borçları bakımından müteselsil sorumlulukları, ya tereke borcunun mirasçılardan birine veya bazılarına özgülenmesine veya bütün mirasçılar arasında miras payları oranında veya başka bir şekilde bölünmesine ilişkin olarak mirasçıların oybirliği ile yaptıkları sözleşmeye alacaklının rıza göstermesiyle ya da tereke borcu muaccel ise,

paylaşmanın tamamlanmasından; söz konusu tereke paylaşmanın tamamlandığı anda muaccel değilse, bu borcun muaccel olmasından başlayarak beş yıllık sürenin dolması ile sona erecektir. Müteselsil sorumluluğun alacaklının rızası ile sona ermesinde, borcun mirasçı veya mirasçılar tarafından yüklenilmesine veya mirasçılar arasında bölünmesine ilişkin sözleşmenin alacaklıya bildirilmesi gerekir. Bu bildirim, borcu üstlenen mirasçı veya mirasçılar tarafından yapılabileceği gibi, üstlenen mirasçı veya mirasçıların bildirime rızaları bulunmasa dahi diğer mirasçılar tarafından da yapılabilir. Alacaklının bu sözleşmeye açık veya örtülü olarak rıza göstermesi ile mirasçıların söz konusu borca ilişkin müteselsil sorumlulukları sona erer. Ancak, bu hâlde Borçlar Hukuku hükümlerinden farklı olarak, alacaklının mirasçılardan birinin ifa teklifini kabul etmesi, borcun nakli anlaşmasına örtülü olarak rıza gösterdiği anlamına gelmez; zira, hâlihazırda borcu üstlenen mirasçı, alacaklıya karşı ilgili borcun ödenmesi bakımından diğer mirasçılarla birlikte müteselsil olarak sorumludur. Mirasçıların paylaşmanın tamamlanmasından sonra da tereke borçları bakımından devam eden müteselsil sorumluluklarının paylaşmanın tamamlanmasından, eğer borç bu tarihte muaccel değilse, söz konusu borcun muaccel olduğu andan itibaren beş yıllık sürenin dolması ile sona ermesinde önem arz eden husus, terekenin kısmen paylaşılması hâlinde sürenin işlemeye başlayıp başlamayacağıdır. Bu hâlde, öğretide ileri sürülen baskın görüş çerçevesinde, geride paylaşılmamış çok az bir kısmın kalması hâlinde, beş yıllık süre işlemeye başlayacaktır. Aynı şekilde, bazı mirasçıların kendilerine düşen miras paylarını tam olarak alarak miras ortaklığından ayrılmaları durumunda da ilgili mirasçılara karşı müteselsil sorumluluğun tâbi olduğu beş yıllık süre işlemeye başlar. İlgili beş yıllık süre bir zamanaşımı süresi olmayıp, mirasçıların söz konusu tereke borcu bakımından müteselsil olarak sorumlu olmaları hâlinin tâbi olduğu bir süredir. Bu süre dolduktan sonra mirasçılar alacaklıya karşı, katıldığımız görüş uyarınca, aralarında yaptıkları sözleşme ile bu borcu hangi mirasçıya veya mirasçılara özgüledikleri veya nasıl bölüştükleri önem arz etmeksizin, miras payları oranında sorumlu olurlar. Beş yıllık sürenin sona ermesi ile müteselsil sorumluluğun sona ermesi

bakımından önem arz eden bir diğer hususu, terekede bulunan, üzerinde alacaklı lehine ipotek tesis edilmiş taşınmazın mirasçılardan birine veya bazılarına özgülenmesi hâli oluşturur. Bu durumda, ipotekli taşınmazın söz konusu mirasçıya veya mirasçılara özgülendiğinin tapu memuru tarafından alacaklıya bildirilmesinden itibaren bir yıl içinde alacaklı, diğer mirasçılara yazılı bir şekilde kendilerine başvurma hakkını saklı tutmuş olduğunu bildirmezse, borcun taşınmazın kendisine özgülendiği mirasçı veya mirasçılar tarafından üstlenilmesini kabul etmiş olur ve bu şekilde henüz beş yıllık süre dolmamış olmasına rağmen mirasçıların söz konusu borç bakımından müteselsil olarak sorumlu olmaları durumu sona erer.

KAYNAKÇA

ABT, Daniel, Die Ungültigkeitsklage im scweizerischen Erbrecht, Basel, 2002. (*Ungültigkeitsklage*)

AKINTÜRK, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikâli, Ankara, 1966.

AKINTÜRK, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971. (*Müteselsil Borçluluk*)

ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul, 2009.

AKİPEK, Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara, 1953.

ANNEN, Oskar, Die objektiv und subjektiv beschränkte Teilung der Erbengemeinschaft, Diss., Freiburg 1939,Schwyz 1949.

ALANGOYA, Hilmi Yavuz / YILDIRIM, M. Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2009.

ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007. (*Borçlar*)

ARAL, Fahrettin, Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Dâvası, Ankara, 1979. (*Taksim Dâvası*)

ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2000.

ARSLANLI, Halil, Ticarî Bey, I. Cilt, Umum Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa, İstanbul, 1955.

ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Doktora Tezi, Ankara, 2006.

AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Konya, 2007.

AYİTER, Nuşin, Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara, 1961. (*Elbirliği Ortaklıkları*)

AYİTER, Nuşin, Mâmelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara, 1968. (*Mâmelek*)

AYİTER, Nuşin, Miras Hukuku, Ankara, 1978. (*Miras*)

AYİTER, Nuşin / KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Miras Hukuku, Ankara, 1991.

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetz-buch II, Herausgeber: Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Thomas GEISER, 2. Aufl., Basel-Genf-München 2006.

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationen-recht I, Herausgeber: Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND, 4. Aufl., Basel 2007. (*OR*)

BAUMGARTNER, Matthias, Der Grundsatz der freien Erbteilung, Diss., Zürich 1953, Winterthur 1954.

BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara, 1998

BERKİ, Şakir, Türk Medenî Kanununda Mirasçıların Mes'uliyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1968, Cilt XXV, S. 3-4. (*Mirasçıların Mesuliyeti*)

Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgezetzbuch, Heraus-gegeben von Jolanta Kren KOSTKIEWICZ, Iwo SCHWANDER, Stephan WOLF, Zürich 2005. (*Handkomm. zum SZ*)

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Marc AMSTUTZ, Peter BREITSCHMID, Andreas FURRER, Daniel GIRSBERGER, Claire HUGUENIN, Markus MÜLLER-CHEN, Vito ROBERTO, Alexandra RUMO-JUNGO, Anton K. SCHNYDER, Zürich, 2007. (*Handkomm.*)

BINDER, Julius, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, III. Teil, Leipzig 1905.

BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 1971.

BREITSCHMID, Peter, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung (Herausgeber: Jean Nicholas DRUEY / Peter BREITSCHMID), Bern-Stuttgart-Wien 1997. (*Willensvollstreckers*)

BREITSCHMID, Peter / EITEL, Paul / FANKHAUSER, Roland / GEISER, Thomas / RUMO-JUNGO, **Alexandra,** Erbrecht, Basel-Bern-Freiburg-Zürich-St. Galen 2010.

BREITSCHMID, Peter / KÜNZLE, Hans Rainer, Landerbericht Schweiz, in: Grenzenloses Erbrecht – Grenzen des Erbrechts, Köln, 2004.

BRÜCKNER, Christian / WEIBEL, Thomas, Die erbrechtlichen Klagen, Zürich-Basel-Genf, 2006.

BUCHDA, Gerhard, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthand-lehre, Marburg in Hessen 1936.

DRUEY, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, Bern 2002.

DRUEY, Jean Nicolas, Die erbrechtliche Teilung – Übersichtsreferat, in: Praktische Probleme der Erbteilung (Herausgegeben von Jean Nicholas DRUEY / Peter BREITSCHMID), Bern-Stuttgart-Wien 1997. (*Teilung*)

DRUEY, Jean Nicolas, Art. 612a ZGB – Wirklich nur positiv?, AJP 1993, s. 126 vd.

DURAL, Mustafa, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2009.

DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2009.

EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1997.

EDİS, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963. (*Ayıba Karşı Tekeffül*)

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2008.

EREN, Fikret, Türk Hukuku'nda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Dâvası, Ankara, 1966. (*İptal*)

EITEL, Paul, Prozessführung durch den Willensvollstrecker, in: Willensvollstreckung - Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich-Basel-Genf 2006. (*Willensvollstrecker*)

ESCHER, Arnold, Zürcher Kommentar, Band III: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1959; Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Aufl., Zürich 1960.

ETTER, Alois, Sachinbegriffe und Unteilbare Einzelsachen bei der Erbteilung, Diss., Bern 1955, Bern 1956.

FELBER, Rosmarie, Aufgeschobene und partielle Erbteilung nach schweizerischem Recht, Diss., Bern 1939.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, İstanbul, 1980.

GEISER, Thomas / HAUSHEER, Heinz / REUSSER, Ruth, Berner Kommentar, Bd. II, I. Abt., 3. Teilband (Art. 181-220 ZGB), Bern 1992.

GERÇEK, Adnan, Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi, AÜHFD, Yıl: 2005, C. XXXXXIV, S. 3, s. 157 vd.

GÖNENSAY, Samim, Medeni Hukuku, III. Cilt, İstanbul, 1938.

GÖNENSAY, Samim / BİRSEN, **Kemaleddin,** Miras Hukuku, İstanbul, 1938.

GUHL, **Theo,** Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung, ZBJV LIII, 1917, s. 1 vd.

GÜRSEL, Nurettin, Noterlik Kanunu ve Uygulaması, Ankara, 1972.

HAAB, Roberts / SIMONIUS, August / SCHERRER, Werner / ZOBL, Dieter, Zürcher Kommentar, IV. Band: Das Sachenrecht, I. Abt.: Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Zürich, 1977.

HABICHT, Max, Die Formen der Erbschaftsteilung im schweizerischen Recht, Diss., Zürich Aarau 1925.

HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, İstanbul, 2004.

HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976. (*Hukuka ve Ahlâka Aykırılık*)

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, **Abdülkadir,** Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

HAUSER, **Peter,** Die Erbteilungsvertrag, Diss., Zürich, 1973.

HAUSHEER, **Heinz / AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth,** Begünstigung des überlebenden Ehegatten, in: Güter- und erbrechtliche Planung, Herausgegeben von Jean Nicolas DRUEY / Peter BREITSCHMID, Bern-Stuttgart-Wien, 1999, s. 24 vd.

HECHT, **Werner,** Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungs-anspruchs, ZSR 69, 1960, s. 379 vd.

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., Bern 1999.

İMRE, Zahit, Türk Miras Hukuku, İstanbul, 1978.

İMRE, Zahit, Mirasın Taksimi Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medeni Hukukunun Buna İlişkin Meseleleri, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 395 vd. (*Taksim Sözleşmesi*)

İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2010.

İNAL, Nihat, Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Miras Dâvaları, Ankara, 2005.

İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, Ankara, 2008.

JÄGGI, Peter, Zwei Fragen aus dem Erbteilungsrecht, SJZ, Jahr 1967, s. 165 vd.

JOST, **Arthur,** Der Erbteilungsprozess im schweizerischen Recht, Ein Leitfaden für die Praxis, Bern 1960.

JOST, Arthur, Grundbuch und Erbteilung, SJZ Jahr 1968, s. 33 vd. (*Erbteilung*)

KAÇAK, Nazif, Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku, Ankara, 2006.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat., Miras Hukuku, Ankara, 2009. (*Miras*)

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009. (*Borçlar*)

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat., Miras Taksim Sözleşmesi, Ankara, 1989. (*Taksim Sözleşmesi*)

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat., Medeni Kanun'umuzun Aile, Miras, Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2004. (*Yenilikler*)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Necip,** Miras Hukuku, İstanbul, 1987.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul, 2009. (*Borçlar*)

KOHLER, **E. Urs,** Die Abtretung angefallener Erbanteile, Art. 635 ZGB, Diss., Zürich 1976.

KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977.

KUNZ, **Romano,** Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Diss., Zürich, 1963.

KURU, Baki / ARSLAN, Yıldırım / YILMAZ, Ejder, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2009.

KÜNZLE, **Hans Rainer,** Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich, 2000. (*Willensvollstrecker*)

LEEMANN, **Hans**, Über die Form und die grundbuchliche Behandlung des Erbteilungsvertrages, SJZ X, Jahr 1913, s. 97 vd. (*Form*)

LEEMANN, Hans, Änderungen am Grundeigentum nach dem Gemeinschaftsrecht, SJZ XIII, Jahr 1916, s. 101 vd. (*Gemeinschaftsrecht*)

MASANTI-MÜLLER, **Regula,** Verwaltung und Vertretung in der Gütergemeinschaft, Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Diss., Bern 1995.

MEIER-HAYOZ, **Arthur,** Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Art.: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmunge, Art. 646-654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981; 2. Teilband: Das Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974.

MÜLLER, **Gottfried,** Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen, Zürich 1929.

OĞUZMAN, Kemal, Miras Hukuku, İstanbul, 1995.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, **Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006.

OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, **Saibe,** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2005.

OSER, Hugo / SCHÖNENBERGER, Wilhelm, Zürcher Kommentar, Band V, Obligationenrecht, Teil 1-3, Zürich 1929 1936 1946.

ÖZMEN, İsmail, Eski ve Yeni, Açıklamalı – İçtihatlı Miras Hukuku Dâvaları, Ankara, 2006.

ÖZSUNAY, **Ergun,** Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, 1982.

ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara, 2008.

ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara, 2001. (*Şahsın Hukuku*)

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Medenî Yasadan Önce ve Sonra Türk Miras Hukuku, Ankara, 2001.

PEKCANITEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2009.

PFAMMATTER, **Armand Maurice,** Erblasserische Teilungsvorschriften (Art. 608 ZGB), Diss., Zürich 1993.

PICENONI, **Vito,** Probleme aus der Willensvollstreckung, ZBGR 50, 1969, s. 161 vd.

PIOTET, **Paul,** Das Erbrecht, SPR Band IV, 1. Halbband Basel und Stuttgart 1978, 2. Halbband, Basel und Stuttgart 1981.

Praxiskommentar Erbrecht, Herausgeber: Daniel ABT, Thomas WEIBEL, Basel 2007. (*Praxiskomm.*)

RASCHEIN, Rolf, Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen, Winterthur 1954.

REY, **Heinz,** Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, Band I, 2. Aufl., Bern 2000.

RIEMER, Hans Michael, Nichtige (Unwirksame) Testamente und Erbverträge, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Herausgeben von Peter Forstmoser, Hans Giger, Anton Heini, Walter R. Schluep, Zürich 1989, s. 252 vd.

RUMO-JUNGO, Alexandra, Tafeln und Fälle zum Erbrecht unter Berücksichtigung des Internationalen Erbrecht und des Ehegüterrechts, Zürich Basel Genf, 2004.

RYFFEL, Gritli, Erbrecht, Kurz gefasste Darstellung (Repetitorium) des schweizerischen Erbrechts, Zürich 2004.

SCHMID, Jörg, Sachenrecht, Zürich, 1997.

SEEBERGER, **Lionel Harald,** Die richterliche Erbteilung, Diss., Freiburg, 1992.

SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Sebepsiz Zenginleşme, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İstanbul, 2009. (*İfa*)

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, 2006. (*Borçlar*)

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.

SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara, 2008.

SPYCHER, Annette, Prozesuales zur Erbteilung und zur Erbteilungs-klage, in: Ausgewählte Aspekte der Erbteilung, Herausgegeben von Stephan WOLF, s. 27 vd.

STEIN-WIGGER, Matthias, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, AJP 2001, s.1135 vd.

STREBEL, August, Die rechtliche Stellung der Gläubiger des Erblassers und der Erben nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch mit Vergleichen zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Bern Zürich 1916.

STOKAR, Daniel, Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungs-anspruches, Diss., Zürich 1953, Schaffhausen 1954.

ŞENOCAK, Zarife, Mirasbırakanın Paylaştırma Kuralları, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, 2009, s. 601 vd.

TANDOĞAN, Halûk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, 2010. (*Mesuliyet Hukuku*)

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara, 1985.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, 1992. (*Gerçek Kişiler*)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Noterlik Kanunu'nun 89. Maddesi Hakkında Düşünceler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu Değiştiren 1711 sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul, 1976, s. 216 vd.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi /AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1985.

TUNÇOMAĞ, **Kenan,** Türk Borçlar Hukuku, C. II, İstanbul, 1976.

TUOR, Peter, Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952.

TUOR, Peter / PICENONI, **Vito,** Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB. 2. Aufl. Bern 1966.

TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard / SCHMID, Jörg / RUMO-JUNGO, Alexandra, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2009.

TURAN, Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara, 2009.

Von TUHR, Andreas / PETER, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich, 1979.

UYGUR, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. III, 3. Baskı, Ankara, 2010.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.1, Cüz. 1, İstanbul, 1959.

YAVUZ, **Cevdet,** Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul, 2004.

WEIBEL, Thomas, Das Ende der Solidarhaftung der Erben, Basel-Genf-München 2002.

WEIMAR, Peter, Die Erbschaftsteilung als Erfüllungs- und Verfügungsgeschäft, in: Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, s. 443 vd.

WIDMER, **Helene,** Die Erbengemenischaft, Diss., Zürich 1925, Zug 1926.

WOLF, Stephan, Die Teilung der Erbschaft durch den Willensvollstrecker, in: Willensvollstreckung - Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich/Basel/Genf 2006, s. 108 vd. (*Willensvollstrecker*)

WOLF, Stephan, Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht – Erbengemeinschaft – Erbteilung, Schweizerischer Juristentag 2006, ZSR, Band 125 (2006) II, s. 211 vd. (*Erbschaftserwerb*)

WOLF, Stephan, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Bern 2004.

ZOBL, Dieter, Änderungen im Personenbestand von Gesamthand-schaften, Diss., Zürich 1973.

www.kazanci.com.tr (*kazanci*)

ÖZET

OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay, **Mirasın Paylaşılması**, Doktora Tezi, Ankara, 2010.

Gerçek kişinin ölümü üzerine bu kişiye ait değerler, bu kimsenin küllî halefi olan mirasçılarına intikal eder ve bu şekilde bu mirasçılar arasında miras ortaklığı teşekkül eder. Bu şekilde kurulan miras ortaklığının ilelebet devam etmesi, söz konusu ortaklığın nihaî amacının tasfiye olmasına ve ayrıca mirasçıların menfaatlerine aykırıdır. Bu ortaklığın, tek sona erme sebebi olmamakla birlikte, olağan sona erme biçimi, mirasın paylaşılmasıdır.

Mirasın paylaşılması, mirasçılar, mirasbırakan veya kanunkoyucu tarafından belirlenen paylaşma kuralları dikkate alınarak, miras paylarının oluşturulması ve bu paylarının mirasçılara özgülenmesi ve bu şekilde her bir mirasçının kendisine özgülenen tereke değeri veya değerleri üzerinde bireysel hak sahipliğinin tesis edilmesiyle gerçekleşmektedir. Dikkat edilirse, mirasın paylaşılması işlemi, bu işlemle borçların paylaşılması da mümkünse de, aktiflerin paylaşılmasına ilişkindir. Bu çerçevede, mirasın paylaşılması işlemi, ilgili tereke değerinin kendisine özgülendiği mirasçı lehine, diğer tüm mirasçıların, söz konusu tereke değeri üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliğinden vazgeçmeleriyle sağlanacaktır.

Mirasın paylaşılması mirasçılar tarafından oybirliği ile yapılacak paylaşma sözleşmesiyle gerçekleştirilebilir. Bu sözleşme, elden paylaşma veya yazılı paylaşma sözleşmesi şeklinde yapılır. Paylaşma, elden paylaşma işleminde sözleşmenin yapıldığı; yazılı paylaşma sözleşmesinde ise sözleşmenin ifa edildiği anda gerçekleşir.

Mirasçılar paylaşmaya ilişkin anlaşmaya varamadıkları takdirde, paylaşma, mirasçılardan birinin talep etmesi üzerine hâkim tarafından gerçekleştirilecektir. Mirasçının talebini paylaşma dâva açarak ileri sürmesi ve hâkimin dâvayı kabul etmesiyle, ilgili mirasçı miras payını alarak miras ortaklığından ayrılır.

Mirasın paylaşılmasının sonuçlandırılmasından sonra mirasçıların birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı sorumlulukları söz konusudur. Mirasçılar birbirlerine karşı özgüleme konusu tereke mallarının üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi veya ayıplı çıkmasından, özgüleme konusu alacağın borçlusunun ödeme gücünden yoksun olmasından, paylaşmadan başlayarak bir yıllık süre boyunca miras payları oranında sorumludurlar. Mirasçıların tereke borçlarının alacaklılarına karşı, bu borçların ödenmesinden müteselsil olarak sorumlu olmaları, paylaşmadan sonra da belli bir süre devam eder. Müteselsil sorumluluk, mirasçılar arasında yapılan ve borcun iç yüklenilmesi niteliğinde olan anlaşmaya alacaklının rıza göstermesi veya paylaşmadan başlayarak beş yıllık sürenin dolmasıyla sona erer.

Anahtar Sözcükler

1. Miras ortaklığı
2. Tasfiye
3. Paylaşma sözleşmesi
4. Paylaşma dâvası
5. Sorumluluk

ABSTRACT

OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay, **The Partition of the Estate**, Doctoral Dissertation, Ankara, 2010.

The values belonging to the deceased real person, descents to the legal heirs who are the universal succession of the deceased and in this way there is a community of heirs among the inheritors. It is against the interests of the inheritors and the definite objective that is the liquidation, of such community if the community of heirs occurred in this way, continues ever more. Although, it is not the only way of termination, the usual way of termination is the partition of the estate.

The partition of the estate is executed in accordance with the rules of legislator on partition or the inheritors or deceased, thus the constitution of the pour parties and distribution of the pour parties to inheritors whose individual right ownership are constituted on distributed succession value or values for inheritors. It is noted that the estate partition proceedings is on the partition of the assets, although the debts can be subject of the partition, as well. In this frame, the partition of estate proceeding will be able to be realized when all other inheritors leave their ownership rights in cooperation on related estate value in favour of the inheritor who is distributed the related estate.

The partition of the estate can be executed with the partition contract which is concluded by all inheritors unanimously. The contract can be formed for the heirs upon formation and acceptance of the lots or with the execution of written partition contract. The partition of the estate is achieved for the first one as soon as the contract is formed; for the latter one, as soon as the written contract is fulfilled.

In case the inheritors cannot reach an agreement for the partition, the partition will be executed by the judge upon any of the inheritors' demand. As the inheritor brings a lawsuit and the judge accepts the judicial partition case,

related inheritor leaves the community of heirs where he/she takes his/her own share.

There are responsibilities of the inheritors against each other and third parties after the completion of partition of estate. The inheritors are responsible proportional to their share against each other for one year starting on the date of achievement of partition for the cases of eviction of the distributed assets by any third party or defection of the assets; existence of a debtor who cannot afford a claim for any distributed share. The joint liability of the inheritors for the debt of estate against the third parties continues after completion of the partition for a length of time. The joint liability discontinues if the claimant consents for the agreement on assumption of indebtedness among all the inheritors or expiration of five years from the date of completion of the partition.

Key Words

1. Community of heirs
2. Liquidation
3. Partition contract
4. Judicial partition
5. Liabilities.