

BÜŞRA CÖMERT AKBAY

TÜRK AİLE VE MİRAS HUKUKUNDA AYNİ İKAME

İ.İ.D. Bilkent Üniversitesi 2021

TÜRK AİLE VE MİRAS HUKUKUNDA AYNİ İKAME
THE REAL SURROGATION IN TURKISH FAMILY AND
INHERITANCE LAW

Doktora Tezi

BÜŞRA CÖMERT AKBAY

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Aralık 2021

TÜRK AİLE VE MİRAS HUKUKUNDA AYNİ İKAME

THE REAL SURROGATION IN TURKISH FAMILY AND INHERITANCE LAW

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

BÜŞRA CÖMERT AKBAY

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ

İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ

ANKARA

Aralık 2021

ABSTRACT

THE REAL SURROGATION IN THE TURKISH FAMILY AND INHERITANCE LAW

Cömert Akbay, Büşra
Ph.D., Department of Law
Supervisor: Prof. Dr. Erden Kuntalp
December 2021

Under the rule of the principle of real surrogation, anything acquired through a component of a special asset, falls into the same asset. This principle which has its roots back in Greek and Roman law, functions as a protection mechanism that hinders special assets from losses. The principle of real surrogation is regulated under German BGB. The related sections of BGB and German doctrine has great influence on Swiss and Turkish law. In this thesis, it is aimed to find out whether or not the principle of real surrogation is applied in the fields of Turkish matrimonial property law (limited to Participation in Acquired Property Regime), Turkish child custody law within the scope of child's assets and Turkish inheritance law.

This thesis consists of three sections. In the first section, the concept of the principle of real surrogation and general approach in the German, Swiss, Turkish Law and *Common Law* towards this principle are presented. The aim of this principle and its relationship with special assets are determined. The second section of this thesis is devoted to Turkish family law. In this section, the appearance of real surrogation in the regime of participation on the acquired assets (the statutory matrimonial property

regime under the Turkish law) and child law in relation with a child's special assets, whether this principle will be applied in these fields, and if so, under what conditions are discussed. In the last section, Turkish inheritance law is reviewed. In this section, the appearance of real surrogation in the community of heirs, in the inheritance suits and during the time of the prior heir, whether this principle will be applied in these fields, and if so, under what conditions are discussed.

Keywords: The Principle of Real Surrogation, Assets, Special Assets, Participation in Acquired Property Regime, Child's Assets, The Community of Heirs, Inheritance Suits, Prior Heir.

ÖZET

TÜRK AİLE VE MİRAS HUKUKUNDA AYNİ İKAME

Cömert Akbay, Büşra

Doktora, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Erden Kuntalp

Aralık 2021

Ayni ikame ilkesi, özel malvarlığından çıkan değerın yerine iktisap edilen değerin yine bu malvarlığına ait olmasına ilişkin kuralı ifade etmektedir. Bu yolla, özel malvarlığının muhtevasında gerçekleşen değışimlere karşı bu malvarlığının korunması amaçlanmaktadır. Köklerinin Yunan ve Roma hukukuna dayandığı kabul edilen bu ilkeye ilişkin düzenlemelere Alman hukukunda miras hukuku ve aile hukuku alanında yer verilmektedir. Alman hukukundaki düzenlemeler ve Alman doktrini, İsviçre ve Türk hukukuna önemli ölçüde etki etmiştir. Bu çalışmada ayni ikame ilkesinin edinilmiş mallara katılma rejimi ile sınırlı olarak Türk mal rejimi hukukunda, çocuğun malvarlığı kapsamında Türk çocuk hukukunda ve Türk miras hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı hususları değerlendirilmektedir.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ayni ikame kavramı, bu kavrama ilişkin Alman, İsviçre, Türk hukukundaki ve *Common Law* ülkelerindeki yaklaşım incelenmekte olup ayni ikame ilkesinin koruma amacına genel itibarıyla değinilmektedir. İkinci bölüm ise Türk aile hukukuna ayrılmıştır. Bu bölümde, ayni ikame ilkesinin edinilmiş mallara katılma rejimi ve çocuğun malvarlığı ile sınırlı

olarak aile hukukundaki görünümü, bu ilkenin bu alanlarda uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa ne koşullarla uygulanacağı ele değerlendirilmektedir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise Türk miras hukuku ele alınmaktadır. Bu bölümde, aynı ikame ilkesinin miras ortaklığında, miras sebebiyle istihkak davasında ve ön mirasçının mirasçı olduğu dönemde uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa ne koşullarla uygulanacağı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Aynı İkame İlkesi, Malvarlığı, Özel Malvarlığı, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Çocuğun Malvarlığı, Miras Ortaklığı, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ön Mirasçı.

TEŞEKKÜR

Türk Aile ve Miras Hukukunda Ayni İkame başlıklı bu doktora tezi, İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında, Prof. Dr. Erden Kuntalp, Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal, Doç. Dr. Ayşe Tuba Akçura Karaman ve Doç. Dr. Pınar Altınok Ormancı'dan oluşan tez jürisi önünde savunulmuş ve oy birliği ile başarılı bulunmuştur. Değerli vakitlerini ayırarak tezimi titizlikle inceleyen ve tavsiyeleri ile tezimin son halini almasına katkıda bulunan jüri üyelerine teşekkürlerimi sunarım. Doktora çalışmamın ilk döneminde tez izleme komitemde yer alan Prof. Dr. Vedat Buz'a da yardımları için teşekkür ederim.

Lisans yıllarımda her zaman dikkatle dinlediğim, hukuka bambaşka yönlerden bakmamı sağlayan, tez çalışmalarımı sürdürürken kendi yaklaşımımı özgürce ortaya koymamda beni her zaman destekleyen tez danışmanım Prof. Dr. Erden Kuntalp'e tüm bu desteği ve katkısı için çok teşekkür ederim.

Medeni hukuk alanındaki ilk lisans dersimi aldığım Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar'a tez çalışmalarım sırasında bana vakit ayırdığı, değerli görüşleri ve yapıcı eleştirileri ile tezime katkıda bulunduğu için teşekkür ederim.

Lisans yıllarımdaki pratik derslerimizde tanıma ve bilgisinden faydalanma imkânı bulduğum, hocam Doç. Dr. Pınar Altınok Ormancı'ya, tezimi dikkatle okuyarak

değerli vaktini ayırdığı, bana yol gösterdiği, tavsiyeleriyle tezimin daha iyi olmasını sağladığı için teşekkürü borç bilirim.

Prof. Dr. Murat Atalı'ya hem öğrencilik hayatımda hem de akademik hayatımda beni desteklediği ve yolumu aydınlattığı için teşekkür ederim. Sayın Murat hocama bana verdiği emeklerden ötürü ne kadar teşekkür etsem azdır, o bana her zaman değerli vaktini ayırmış, başarılarımla mutlu olmuş ve benden yardımını esirgememiştir.

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde birlikte çalışma imkânı bulduğum sayın Prof. Dr. M. Fatih Uşan'ın akademik hayatımın her aşamasında katkısı çok büyüktür. Bana her zaman güvenen ve destek olan Fatih hocam, iyi bir akademisyen ve her şeyden önce iyi bir insan olarak bana her zaman örnek olmuştur. Ona her şey için müteşekkirim.

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doktora çalışmalarımın son döneminde tanıştığım ve asistanı olarak çalışma fırsatı bulduğum Doç. Dr. Akın Ünal'a desteği ve yardımı için teşekkürü borç bilirim.

Doktora çalışmalarım sırasında bana akademik ve manevi destek sağlayan Doç. Dr. Ersin Erdoğan'a, Dr. Yasin Alperen Karaşahin'e, Dr. Orhan Emre Konuralp'e ve Dr. Tuğçe Nimet Yaşar'a teşekkür ederim.

Bu çalışmamın bir kısmı 2214/A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında Ludwig-Maximilians-Universität München Institut für Internationales

Recht'te gerçekleştirilmiştir. Tezimde esas teşkil eden Alman hukukunu araştırma fırsatı tanıyan Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford)'ya ve bana bu önemli bursu sağlayarak tez araştırmalarımı gerçekleştirmemde katkıda bulunan TÜBİTAK'a teşekkür ederim.

Tezim için önem arz eden kaynaklara ulaşmamı sağlayan Füsun Tütüncü Yurdakul'a titiz ve özverili çalışması için teşekkür ederim. İ.D. Bilkent Üniversitesi Kütüphanesinin diğer tüm çalışanlarına da bu süreçteki yardımları için müteşekkirim. Ayrıca, İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi idari personelinden Arzu Soydan'a, Bedia Senem Şen'e ve Burcu Bingöl'e doktora çalışmalarım sırasındaki destekleri için teşekkür ederim.

Doktora çalışmalarım sırasında bulunduğum Münih'teki aile dostlarım Gizem Salihoğlu'na, Sevilcan ve Tolga Gören'e, Umay, İsmet, Yasin, Güli Şen'e, Elif ve Haldun Ersü'ye akademik hayatımdaki manevi destekleri için minnettarım. Çocukluk arkadaşım Gizem, varlığın ve bu süreçteki desteğin için müteşekkirim.

Lisans arkadaşlarım ve akademisyenlik hayatına birlikte adım attığım, her aşamamda yanımda olan ve desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen sevgili arkadaşlarım Dr. Canan Erdoğan'a ve Dr. Belkıs Vural Çelenk'e teşekkür ederim.

Bana bu süreçte varlıkları huzur ve mutluluk kaynağı olan can dostlarım Av. Ezgi Ağçal'a, Gözde Kaplan'a, Av. B. İpek Taner'e, Dr. Vildan Peksöz'e ve Anıl Güven Yüksel'e teşekkür ederim.

Dr. Ekin Korkmaz'a ve Dr. Biset Sena Güneş'e teşekkür ederim. Sınıf arkadaşı olarak kesişen yollarımız, harika bir dostluğa evrildi. Her güzel ve daha az güzel anlarımı sizlerle paylaşabildiğim için çok şanslıyım. Ekin, tanıştığımız ilk günden doktora çalışmamın son anlarına kadar yardımınla ve desteğinle yanımda oldun ve halen olmaktadır. Etrafına saçtığın ışığınla ve hayatımın her önemli anındaki varlığıyla beni çok mutlu ettin. Sena, aramızda binlerce kilometre olmasına rağmen bana bir telefon uzağından daha yakınsın. Hem doktora sınıf arkadaşı hem de iş arkadaşı olarak tanıştığımızda hayatıma bu denli dokunacağını tahmin edemezdim. Dostluğun, yardımların, asla bitmeyen desteğin ve daha birçok şey için teşekkür ederim.

Canım babam Faruk Cömert'e ve canım annem Gönül Cömert'e her şey için teşekkür ederim. Tüm başarılarım sizin özverileriniz ve yardımlarınız sayenizde. Her zaman yanımda olduğunuzu bilmek bana güç ve güven verdi. Sevgili kardeşlerim C. Kaan Cömert'e, H. Kayıhan Cömert'e, Begüm Cömert'e, Murat Akbay'a, Özge Sincer Akbay'a; arkadaşlarım Ateş ve Kaya Akbay'a da teşekkürü borç bilirim. Her biriniz tüm bu süreçte farkında olmadan farklı şekillerde bana destek oldunuz.

Son olarak sevgili eşim Berk Akbay'a en sevdiği bilim insanının sözleriyle teşekkür etmek isterim: *“For small creatures such as we the vastness is bearable only through love”*.

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT.....	I
ÖZET	III
TEŞEKKÜR.....	V
KISALTMALAR CETVELİ	XIV
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: AYNİ İKAME KAVRAMI, ALMAN, İSVİÇRE, TÜRK HUKUKUNDA ve <i>COMMON LAW</i> ÜLKELERİNDE AYNİ İKAME	4
I. İkame Kavramı	4
II. İkamenin Görünüm Biçimleri	6
A. Ayni İkame ve Şahsi İkame	6
1. Ayni İkame.....	6
2. Şahsi İkame	12
B. Özel Malvarlığında İkame ve Münferit Objeler Üzerinde İkame	13
1. Özel Malvarlığında İkame.....	13
a. Malvarlığı Kavramı	13
b. Özel Malvarlığı Kavramı	16
c. Özel Malvarlığında İkame.....	23
2. Münferit Objeler Üzerinde İkame	26
C. Objektif İkame ve Subjektif İkame	28
D. Mutlak Etkili İkame ve Nispi Etkili İkame	30
II. Alman, İsviçre, Türk Hukukunda ve <i>Common Law</i> Ülkelerinde Ayni İkame İlkesine Genel Bakış	30

A. Alman Hukukunda Ayni İkame İlkesine Genel Bakış	30
1. Genel Olarak	30
2. BGB'nin İlgili Hükümlerinin Kaleme Alınma Şekli Esas Alınarak Alman Doktrinde Yapılan Ayrım	39
B. İsviçre Hukukunda ve Türk Hukukunda Ayni İkame İlkesine Genel Bakış	47
1. İsviçre Hukukunda Ayni İkame İlkesine Genel Bakış	47
a. Genel Olarak	47
b. İsviçre Hukukunda Ayni İkameye İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	48
2. Türk Hukukunda Ayni İkame İlkesine Genel Bakış	59
C. <i>Common Law</i> Ülkelerinde Ayni İkame İlkesine Genel Bakış	67
III. Ayni İkame Kuralının Koruma Amacına Genel Bir Bakış	70
İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK AİLE HUKUKUNDA AYNİ İKAME	75
I. Türk Mal Rejimi Hukukunda Ayni İkame	75
A. Türk Mal Rejimi Hukukuna Genel Bir Bakış	75
1. Genel Olarak	75
2. Seçimlik Mal Rejimleri	78
a. Mal Ayrılığı Rejimi	79
b. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi	81
c. Mal Ortaklığı Rejimi	82
B. Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Ayni İkame ..	86
1. Genel olarak	86
2. Edinilmiş Mallar ve Kapsamı	88
a. Yasal Tanım ve Unsurları	89
b. Kanunda Edinilmiş Mal Olarak Belirtilen Malvarlığı Değerleri	92
i. Bireysel Çalışmanın Karşılığı Olan Edinimler	92
ii. Sosyal Güvenlik veya Sosyal Yardım Kurum ve Kuruluşlarının veya Personele Yardım Amacıyla Kurulan Sandık ve Benzerlerinin Yaptığı Ödemeler	94
iii. Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Ödenen Tazminatlar	98
iv. Kişisel Malların Gelirleri	100
c. Edinilmiş Malların Yerine Geçen Değerler ve Ayni İkame İlkesi	103
i. Genel Olarak	103
ii. Normun Koruma Amacı	107

iii. Şartları.....	108
3. Kişisel Mallar ve Kapsamı	116
a. Kanunda Kişisel Mal Olarak Belirtilen Malvarlığı Değerleri	117
i. Eşlerden Yalnız Birinin Kişisel Kullanımına Yarayan Eşya	117
ii. Mal Rejiminin Başlangıcında Sahip Bulunulan Malvarlığı Değerleri veya Eşin Sonradan Miras Yoluyla Ya Da Herhangi Bir Şekilde Karşılıksız Kazanma Yoluyla Elde Ettiği Malvarlığı Değerleri.....	120
iii. Manevi Tazminat Alacakları	123
iv. Kanunda Öngörülen ve Mal Rejimi Sözleşmesi ile Kişisel Mal Olarak Kabul Edilebilecek Değerler	123
b. Kişisel Mallar Yerine Geçen Değerler ve Ayni İkame	126
i. Genel Olarak	126
ii. Normun Koruma Amacı	127
iii. Şartları.....	127
II. Türk Çocuk Hukukunda Ayni İkame	133
A. Velâyet	133
1. Genel Olarak	133
2. Velâyet Kavramı, Velâyet Hakkı Sahipleri ve Velâyet Altındaki Kişiler ...	134
a. Velâyetin Kapsamı	136
b. Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Anne-Babanın Çocuğu Temsil Yetkisi.....	138
B. Çocuğun Malvarlığı ve Anne-Babanın Çocuğun Malvarlığı Üzerindeki Hakları ve Yükümlülükleri	145
1. Çocuğun Malvarlığı	145
a. Çocuğun Genel Malvarlığı	148
b. Çocuğun Serbest Malları.....	148
i. Kazandırmalar	150
ii. Saklı Pay	151
iii. Çocuğa Meslek ve Sanat İçin Verilen Malvarlığı Değerleri ve Kişisel Kazanç.....	152
2. Çocuğun Malvarlığının İdaresi	154
3. Anne ve Babanın Çocuğun Malvarlığını Kullanma Hakkı	158
4. Anne ve Babanın Çocuğun Malvarlığı Değerlerini Sarfı.....	159
a. Çocuğun Malvarlığından Elde Edilen Gelirlerin Anne ve Baba Tarafından Sarf Edilmesi	160
b. Çocuğun Malvarlığı Değerlerinin Kısmen Sarfı	163
i. Sermaye Biçiminde Ödemelerin, Tazminatın ve Benzeri Edimlerin Sarfı	163

ii. Diğer Malvarlığı Değerlerinin Sarfı.....	164
C. Ayni İkamenin Çocuğun Malvarlığı Kapsamında Uygulanıp Uygulanmayacağı Hususu.....	165
1. Çocuğun Anne-Babası Tarafından İdare Edilen Malvarlığı ve Ayni İkame	167
a. Genel olarak	168
b. Art. 327 Abs. 2 ZGB ve TMK m. 363/f. 2 Hükümlerine Genel Bir Bakış	171
c. Art. 327 Abs. 2 ZGB ve TMK m. 363/f. 2 Hükümleri Ayni İkame Düzenlemesi Teşkil Etmekte Midir?.....	173
d. Kanunda Ayni İkame İlkesinin Uygulanmasını Gerektiren Bir Boşluk Bulunmakta Mıdır?	184
i. Genel Olarak	184
ii. TBK m. 509/f. 1-2 Uyarınca Vekilin Dolaylı Temsil Yolu ile Alacak Hakkı İktisap Etmesi Halinde Bu hakkın Vekâlet Verene Geçiş ve İflas Masasına Karşı İleri Sürülmesi	187
iii. TBK m. 509/f. 3 Uyarınca Vekâlet Vereninin Ayırma Hakkı	190
2. Çocuğun İdare Ettiği Malvarlığı (Çocuğun Anne- Babanın İdare Yetkisi Dışında Kalan Malvarlığı) ve Ayni İkame Uygulaması	195
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TÜRK MİRAS HUKUKUNDA AYNİ İKAME.....	201
I. Türk Miras Hukukuna Genel Bir Bakış	201
A. Genel Olarak	201
B. Miras Bırakan ve Mirasçı	201
C. Miras Ortaklığı	205
1. Miras Ortaklığının Özellikleri.....	206
2. Miras Ortaklığının Konusu: Tereke (Miras)	208
a. Tereke Bir Özel Malvarlığı Teşkil Eder Mi?	210
b. Terekenin İdaresi.....	211
3. Ayni İkamenin Miras Ortaklığı Kapsamında Uygulanıp Uygulanmayacağı Hususu.....	214
II. Miras Sebebiyle İstihkak Davası	228
A. Genel Olarak	228
B. Davanın Özellikleri	229
C. Davanın Tarafları.....	231
1. Davacı	231
2. Davalı	232

D. Davanın Konusu.....	234
E. Süre	236
F. Türk Hukukunda Miras Sebebiyle İstihkak Davası Kapsamında Ayni İkame Uygulamasına Yer Var Mıdır?.....	237
1. Genel Olarak	237
2. Ayni İkameyi Kabul Eden Görüş	239
a. İsviçre Doktrininin Yaklaşımı	239
i. İkamenin Şartları.....	247
i. a. Tereke Değerlerinin Sarfı.....	247
i. b. Bir Kazanım Elde Edilmesi	248
i. c. İktisabın Hukuki İşlemle Gerçekleşmesi.....	252
i. d. İktisap ile Tereke Değerinin Feda Edilmesi Arasında İlliyet Bağı Bulunması	255
ii. İkamenin Etkisi	256
b. Türk Doktrininin Yaklaşımı	258
3. Ayni İkameyi Reddeden Görüş	269
4. Ayni İkamenin Miras Sebebiyle İstihkak Davasında Uygulanıp Uygulanmayacağına İlişkin Değerlendirme.....	280
a. İyi Niyetli Haksız Zilyedin İade Yükümlülüğünün Kapsamı	281
i. İyi Niyetli Haksız Zilyedin Tereke Konusunu İadeden Sorumluluğu ..	281
ii. İyi Niyetli Haksız Zilyedin Tereke Konusu Karşılığında Elde Ettiği Değerden Sorumluluğu (İyi Niyetli Haksız Zilyedin Müdahaleden Doğan Zenginleşmeden Kaynaklanan Sorumluluğu)	285
b. İyi Niyetli Olmayan Haksız Zilyedin İade Yükümlülüğünün Kapsamı...	296
III. Ön Mirasçı.....	301
A. Ön Mirasçılık Kurumu ve Buna İlişkin Hükümler	302
B. Ayni İkamenin Ön Mirasçılık Kurumu Kapsamında Uygulanıp Uygulanmayacağı Hususu.....	308
SONUÇ	322
KAYNAKÇA.....	327

KISALTMALAR CETVELİ

aA	: anderer Ansicht
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
AT	: Allgemeiner Teil
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
DNotZ	: Deutsche Notar-Zeitschrift
E	: Esas
eBGB	: erste Fassung BGB
Ed.	: Edition
Ed/Eds.	: Editör(Ier)
EL.	: Ergänzungslieferung
ErbR	: Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
FamRz	: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fr.	: Fransızca dilinde
FuR	: Familie und Recht

HD	: Hukuk Dairesi
Hk.	: Handkommentar
hrsg.	: Herausgegeben
InsO	: Insolvenzordnung
JFG	: Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JuS	: Juristische Schulung
Karş.	: Karşılaştırınız
Kısalt.	: Kısaltılmışı
KG	: Kammergericht
MDR	: Monatsschrift für deutsches Recht
mwN	: mit weiteren Nachweisen
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NK-BGB	: Nomos Kommentar BGB
OLGZ	: Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (CHB)
Örn.	: Örneğin
Rdl.	: Recht der Landwirtschaft
Red.	: Redaktor
Rn.	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TİTRK	: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu

v.	: von
vd.	: Ve devamı
Vorb. /Vorbem.	: Vorbemerkungen
wiss. Red.	: Wissenschaftliche Redaktion
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZErb	: Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZK	: Zürcher Kommentar
ZMR	: Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Aynı ikame prensibi (“*die dingliche Surrogation*”) kökleri Yunan hukukuna ve Roma hukukuna kadar dayanan bir hukuk prensibidir. Her ne kadar Alman hukukunda birden çok hükümde ve farklı alanlarda bu ilkenin düzenlendiği kabul edilmekte ise de bu ilkeye ilişkin bir tanıma kanunda yer verilmemektedir. Alman doktrininde de aynı ikame prensibinin her bir olay için uygulanabilir genel bir prensip olmadığına ilişkin görüşler mevcuttur. Aynı ikame ilkesinin tek bir değer üzerinde (örn. BGB § 1075) ve özel malvarlığı kapsamında (örn. BGB § 2019) uygulandığı göz önüne alındığında, bu ilkenin neden her bir olayda uygulanacak genel bir prensip olarak kabul edilmediği anlaşılabilir. Bu prensibe ilişkin hükümler Alman hukukunda çeşitli alanlarda karşımıza çıkmaktadır. İfade etmek gerekir ki bu çalışmanın asıl konusunu özel malvarlığı kapsamında uygulanan aynı ikame ilkesi oluşturmaktadır. Mal rejimleri hukuku, çocuk hukuku ve miras hukuku olmak üzere bu üç alanda aynı ikame ilkesi inceleme konusu yapılacaktır.

Aynı ikame, Alman doktrininde özellikle 1900’lerde çokça eserde tartışma konusu olmuştur. BGB’de aynı ikame prensibinin tanımının yer almaması fakat çocuğun malvarlığına (BGB § 1638 ve BGB § 1646), mal rejimlerine (örn. BGB § 1418)¹ ve terekeye (örn. BGB § 2019) ilişkin hükümlerde bu ilkenin uygulama alanı bulması, bu prensibin tanımlanması ve bu kavramın her yönü ile açıklanması ihtiyacını

¹ Bkz. eBGB’ de kadının evlilikle beraberinde getirdiği şahsi malvarlığı (“*eingebrahtes Gut*”) vasıtasıyla edinilen mallarda aynı ikamenin düzenlendiği 1381. paragrafı. Yine aynı kanunda kadının kişisel malları kapsamında aynı ikame ilkesinin düzenlendiği 1370. paragrafı ve benzer şekilde düzenlenme içeren 1524. paragrafı. Bkz. Reichsgesetzblatt 1896, S. 195, Nr. 21, ausgegeben am 24. 08. 1896, in Kraft seit 01. 01. 1900 (1. Fassung- Reichsgesetzblatt 1896, S. 195, Nr. 21, ausgegeben am 24. 08. 1896, in Kraft seit 01. 01. 1900).

doğurmuştur. Bu ihtiyaç doğrultusunda Alman hukuk literatüründe aynı ikame kavramının ve ilkesinin açıklanmasına ilişkin birçok eserin vücuda getirilmiş olması, bu konuda Alman hukukundan etkilenen İsviçre hukuku ve ondan etkilenen Türk hukuku için Alman literatürü zengin bir kaynak teşkil etmektedir. Söz konusu eserler incelendiğinde bu eserlerin, aynı ikame ilkesinin her bir olay için uygulanabilir genel bir prensip olmadığı yönünde bir kanaat çerçevesinde kaleme alındığı görülmektedir ². Bu eserlerde, aynı ikame ilkesinin Alman medeni hukukundaki gelişim süreci, BGB'nin ilgili hükümlerine ilişkin kanun taslak ve gerekçelerine; onlara kaynak teşkil eden müşterek hukuktaki duruma değinmeleri sureti açıklanmıştır.

Alman hukuku, aynı ikame ilkesi ile bağlantılı olarak İsviçre ve Türk doktrinine önemli ölçüde etki etmiştir. Bu etki ve aynı ikame ilkesine ilişkin zengin kaynaklar, bu çalışmanın oluşturulması sürecinde özellikle dikkate alınmıştır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak aynı ikame kavramına ve buna Alman, İsviçre ve Türk doktrininde verilen anlam, genel itibarıyla ele alınmış, aynı ikame düzenlemesine ilişkin normun koruma amacına genel olarak yer verilmiştir. Buna ek olarak, aynı ikameye dair *Common law* sistemindeki yaklaşım ele alınmış, ikinci bölümde ise, edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında ve çocuk hukuku alanında çocuğun anne ve babası tarafından

² Her bir olay için uygulanabilir geçerli bir prensip olmadığına ilişkin görüşler için bkz. Feist, O.: Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Tübingen, 1903, s. 13; Windmüller, E., Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium res succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Heidelberg 1902, s. 8; Lindenberg, E.: Die Dingliche Surrogation im Vermögen Bürgerliches Gesetzbuch, Heidelberg 1912, s. 11; Consmüller, s. 3.

idare edilen malvarlığı ve çocuğun anne ve babasının idaresine tabi olmayan malvarlığı olmak üzere iki farklı malvarlığında aynı ikame olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Son olarak, üçüncü bölümde ise Alman hukukundaki gibi açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle, Türk miras hukukunda, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında, miras ortaklığında ve ön mirasçının elindeki miras kapsamında aynı ikame ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa ne şartlarla uygulanacağı, İsviçre doktrini de ele alınarak tespit edilmeye çalışılmıştır.

Tüm bunlara ek olarak, ilgili bölümlerde, aynı ikame ilkesinin mal rejimleri hukuku alanında uygulama örneği teşkil eden BGB § 1418'e ve çocuğun anne ve babası tarafından idare edilen malvarlığında aynı ikame düzenlemesi olan BGB § 1646 değinilmiştir. Ayrıca, Alman miras hukukunda aynı ikame uygulaması teşkil eden BGB'nin 2019., 2041. ve 2111. paragrafları ele alınmıştır.

Aynı ikame ilkesinin uygulandığını savunduğum paylaşımlı mal ayrılığı rejimine ise *(İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliği'nin 6.6. maddesi uyarınca, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında yazılan "Türk Aile ve Miras Hukukunda Aynı İkame" başlıklı işbu doktora tezinden türetilen) "Aynı İkame İlkesinin Paylaşımlı Mal Ayrılığı Rejimindeki Görünümü"* başlıklı makalede inceleme konusu yapıldığından, bu konuya, bu tezde ayrı bir başlık altında yer verilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM: AYNİ İKAME KAVRAMI, ALMAN, İSVİÇRE, TÜRK HUKUKUNDA ve COMMON LAW ÜLKELERİNDE AYNİ İKAME

I. İkame Kavramı

“*Surrogat*”, ikame (“*Ersatz*”)³ ve kaim olan mal (“*Ersatzstück*”) manasına gelmekte olup⁴, “*Surrogation*” ise bir şeyin yerine başka bir şeyin geçmesi⁵, ikame, kaim olma, halefiyet şeklinde tanımlanmaktadır⁶. “*Surrogat*”ın *surrogare*’den yani “*subrogare*”den⁷ türediği ileri sürülmektedir⁸. “*Subrogation*” ve “*Surrogation*” arasında kavramsal yakınlığın bulunduğu⁹ ve hatta aralarında anlam farkı bulunmadığı ifade edilmekte¹⁰ ise de “*Subrogation*”, “*persönliche Surrogation*”un yani kişisel (şahsi) ikamenin karşılığı olarak kullanılmaktadır¹¹. Literatürde “*Surrogation*” ile aynı ikame (“*die dingliche Surrogation*”) kastedilmekte ise de¹² bu

³ Coester-Waltjen, D.: *Die dingliche Surrogation*, JURA 1996, s. 24-28, s. 24; Strauch, D.: *Mehrheitlicher Rechtsersatz Ein Beitrag zur „dinglichen Surrogation“ im Privatrecht*, Geldern, 1972, s. 18; Ulusoy, E.: *Rechtswörterbuch Teilweise mit Erläuterungen Turkish-Deutsch, Deutsch-Türkisch*, İstanbul 1999, s. 582; Kıyğı, O. N.: *Wirtschaftswörterbuch Band I Türkisch-Deutsch*, s. 160, München 1995.

⁴ Schmidt, A.: *Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch*, Weber, K./ Aichberger, T./ Cassardt, G./ Dankelmann, H./ Groh, G./ Hakenberg, M./ Kortstock, U./ Weber, K./ Werner/ R. (eds.), München 2019; Çakar, M. S.: *Türkçe- Almanca Almanca-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1999, s. 480.

⁵ Coester-Waltjen, s. 24.

⁶ Ulusoy, s. 582; Çakar, s. 480.

⁷ Tanımı için bkz. Heumann, H. G.: *Handlexikon zu den Quellen des Römischen rechts*, 7. Aufl., 1891, s. 506. Ayrıca bkz. Roos, G.: *Über die Subrogation nach schweizerischem Recht*, Bern 1928, s. 1, dn. 1’deki açıklama.

⁸ Consmüller, J.: *Die Surrogation beim Vorbehaltsgut (§ 1370 BGB) und ihre Wirksamkeit dritten Personen gegenüber*, Liebig, s. 1.

⁹ Eggel, M.: *Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht*, Bern 2013, s.153, N. 3.236

¹⁰ Hawellek, J.: *Die persönliche Surrogation Eine vergleichende Untersuchung von Rechtsübergängen zu Regresszwecken in Deutschland, Spanien, England, Tübingen* 2010, s. 1 bkz. dn. 1’deki açıklamalar.

¹¹ Roos, s. 2, dn. 2 (Roos, “*persönliche Surrogation*” ile eş anlamlı olarak “*subjektive Surrogation*” u; “*dingliche Surrogation*”la eş anlamlı olmak üzere “*objective Surrogation*” terimini de kullanmaktadır. Bkz. Roos, s. 1-2); Eggel, s. 154, N. 3.236.

¹² Welle, A.: *In universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii: eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen*, Berlin 1987, s. 15; Girsberger, s. 14-15; Roos, s. 2, dn. 2. Ayrıca bkz. Beckmann, H.: *Die Surrogation beim Kindesvermögen*, Würzburg 1935.

terim aynı ikameyi ve şahsi ikameyi¹³; malvarlığında / özel malvarlığında ikameyi¹⁴ (*Surrogation bei Vermögen/ Sondervermögen*) ve münferit objeler¹⁵ üzerinde ikameyi¹⁶ (*“Die (dingliche) Surrogation bei Einzelgegenständen”*/ *“Singularsurrogation”/Surrogation bei Einzelsachen*), objektif (*“objektive Surrogation”*) ve subjektif ikameyi (*“subjektive Surrogation”*)¹⁷ kapsamına alan üst bir kavram olarak da ele alınmaktadır¹⁸. İngiliz hukukunda *“Subrogation”* bir kimsenin yerine geçtiği kimsenin haklarını iktisap edebilmesini ve bunu üçüncü kişiye karşı ileri sürebilmesi için başka bir kimsenin yerine geçmesini¹⁹ yani halefiyeti karşılamaktadır. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki İngiliz literatüründe *“real subrogation”* aynı ikamenin karşılığı olarak kullanılmaktadır²⁰.

¹³ Girsberger, s. 15 vd.; Wengler, s. 460; Eggel, s. 154, N. 3.236.

¹⁴ Genner, s. 34-38; Löhnig, M.: *Probleme der dinglichen Surrogation am Beispiel der §§ 1370, 2019 BGB*, JA 2003, H. 12, s. 990-995, s. 990.

¹⁵ *“Surrogation bei Einzelgegenstände”* nin münferit objelerde aynı ikame şeklindeki çevirisi için bkz. Ayiter (Mamelek), s. 87.

¹⁶ Genner, s. 38-39; Wolf, M.: *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, JuS 1976, Heft 1, s. 32-36, s. 33 (Wolf, 1976, s. 33).

¹⁷ Feist, s. 21-22.

¹⁸ Tüm bunlara ek olarak *“Surrogation”*; dolaysız (*“unmittelbare”*) (Bkz. Strauch, s. 21; Coester-Waltjen, s. 24) ve dolaylı (*“mittelbare”*) ikame (Bkz. Bellermaun, W.: *Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer*, Berlin 1910, s. 6), mutlak etkili (*“absolute Surrogation”*) (Beyer, s. 7; Buhrow, s. 13) ve nispi etkili (*“relative Surrogation”*) ikame (Beyer, s. 7) şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ayrıca bkz. *“obligatorische Surrogation”* (Girsberger, s. 15; Coester-Waltjen, s. 25); *“gesetzliche”* (Welle, s. 14) *“rechtsgechäftliche Surrogation”* (Beyer, s. 7; Thiele, s. 13; Neuhaus, A.: *Das Surrogationsprinzip im Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1934, s. 3; Welle, s. 14; Beyer, s. 7).

¹⁹ Mitchell, C./Watterson, S.: *Subrogation*, Oxford 2014, s. 3. *“Subrogation”* ın sözlük anlamı için bkz. Lexico, Oxford English and Spanish Dictionary, <https://www.lexico.com/definition/subrogation>, s.e.t. 31.08.2021.

²⁰ Bkz. Gretton, G. L.: *Trusts without Equity*, The International and Comparative Law Quarterly 2000, Vol. 49, No. 3, s. 599-620, s. 610, <https://www.jstor.org/stable/pdf/761397.pdf?refreqid=excelsior%3Aef361fbc1cef3c1c5fab0162ec4a6854>, s.e.t. 10.09.2021; Gretton, G.: *Proprietary Issues*, Johnston, D./Zimmermann, R. (eds.), 2001, Unjustified Enrichment Key Issues in Comparative Perspective, s. 571-588, s. 577 [Gretton (Proprietary), s. 577]; Valsan, R.: *Introduction*, Valsan, R. (Ed.), *Trusts and Patrimonies*, 2015, s. 7, [https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/0D52CAE81A2DE1BFC4E7E101AE5381A9/9780748697755c1_p3-10_CBO.pdf/trust as patrimony an introduction.pdf](https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/0D52CAE81A2DE1BFC4E7E101AE5381A9/9780748697755c1_p3-10_CBO.pdf/trust%20as%20patrimony%20an%20introduction.pdf), s.e.t. 10.09.2021; Raczynska, M.: *Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund*, Smith, L. (Ed.), *The Worlds of the Trust*, s. 454-480, [https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/6E6D176359CE00E5724ECCE598A09B02/9781139505994c19_p454-480_CBO.pdf/parallels between the civilian separate patrimony real subrogation and the idea of property in a trust fund.pdf](https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/6E6D176359CE00E5724ECCE598A09B02/9781139505994c19_p454-480_CBO.pdf/parallels%20between%20the%20civilian%20separate%20patrimony%20real%20subrogation%20and%20the%20idea%20of%20property%20in%20a%20trust%20fund.pdf), s.e.t. 14.09.2021.

Amerikan hukukunda, İngiliz hukukunda olduğu gibi “*Subrogation*” bir kimsenin başka bir kimsenin yerine geçmesi ve bu kişinin yerine geçtiği kimsenin yani alacaklının (“*creditor*”) hak ve taleplerine sahip olması manasına gelmektedir²¹. Türk hukukunda ise “*Subrogation*” *halefiyeti* karşılamaktadır²².

II. İkamenin Görünüm Biçimleri

A. Ayni İkame ve Şahsi İkame

1. Ayni İkame

Serozan’ın “*hukuki büyü*”²³ olarak nitelendirdiği ayni ikame (“*die dingliche Surrogation*”, “*subrogation réelle*”, “*real surrogation*”, “*real subrogation*”, “*Surrogation*”) ve şahsi ikame (“*die persönliche Surrogation*”, “*subrogation personnelle*”, “*Subrogation*”) kavramını açıklamak üzere öncelikle ayni ikamenin

²¹ Horn, R. H.: *Subrogation in Insurance Theory and Practice*, 1964, s. 13-14 bkz. Greenblatt, J. A.: Insurance and Subrogation: When the Pie Isn’t Big Enough, Who Eats Last?, The University of Chicago Law Review 1997, Vol. 64, No. 4 (Autumn), s. 1337-1366, s. 1338; Spurr, S. J.: *Subrogation and its consequences for tort litigation*, International Review of Law and Economics 2021, s. 1-10, s. 1; Bachrach, G. J. / Burch, J. V.: *The Surety's Subrogation Rights*, Gallagher, E. G. (Ed.), The Law of Suretyship, s. 410 bkz. Duke, R. J.: *The Tucker Act and Payment Bond Surety's Equitable Claim of Subrogation Post-Blue Fox: Keys to the Courthouse Doors*, Catholic University Law Review 2005, V. 54, I. 1, s. 267-296, s. 270 bkz. dn. 22; Klinger, M./ Bachrach, G. J./ Haley, T., L. (Eds.): *The Surety's Indemnity Agreement: Law and Practice*, 2008, 2. ed., s. 16 bkz. Küçük, D.: Borçluya Halefiyet, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 14, S. 1, s. 55-90, s. 57, dn. 9; Supreme Court of Florida, Dade County School Board, Petitioner, v. Radio Station WQBA, City of Miami, Susquehanna Pfaltzgraff and Three Kings Parade, Inc., Respondents., No. 91, 767, <https://caselaw.findlaw.com/fl-supreme-court/1403376.html>, s.e.t 31.08.2021; Küçük, s. 57.

²² Nomer, H. N.: *Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1997, C. 55, S. 3, s. 243-260, s. 243; Küçük, s. 56. Halefiyet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Korkmaz, E.: *Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet*, İstanbul 2021.

²³ Serozan, R. /Engin, B. İ.: *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2019, s. 552, para. 111.

kelime anlamlarını tespit etmek gerekmektedir. Aynı ikamenin Almanca karşılığı olan “*die dingliche Surrogation*”dan yola çıkıldığında “*Surrogation*”un bir şeyin yerine başka bir şeyin geçmesi²⁴, ikame, kaim olma, halefiyet şeklinde tanımlandığı belirtilmişti²⁵. Aynı ikamedeki “ayni”likle (“*dingliche*”) neyin kastedildiğine ayrıca değinmek gerekmektedir. Eşya hukukunda ayni hak denildiğinde, ayni hak sahibinin örneğin mülkiyet hakkı sahibinin eşya üzerindeki dolaysız, aracısız egemenlik hakkı anlaşılmaktadır²⁶. Aynı şekilde, ayni ikamede de dolaysız, aracısız, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın hak kazanımı gerçekleşmektedir²⁷. Eşya hukukundaki “ayni”lik eşya üzerindeki doğrudan ve aracısız egemenliği ifade etmekten, buradaki “ayni”lik doğrudan, aracısız hak kazanımının otomatik olarak gerçekleşmesini ifade etmektedir. Yoksa, “ayni”lik ayni ikame olayı sonucunda elde edilen kazanımın sadece ayni hakka ilişkin olması anlamına gelmemektedir. Nitekim, terekeye ait bir malın mülkiyetinin devri karşılığında elde edilecek bedelin hemen ifa edilmemesi durumunda, bedele ilişkin alacak hakkı, BGB § 2041 uyarınca doğrudan terekeye dahil olmaktadır. Buradan da anlaşılmaktadır ki ayni ikame olayı sonucunda elde edilen hakkın alacak hakkı olmasına hiçbir engel yoktur.

Ayni ikame ilkesinin kökenleri müşterek hukuka dayanmakta olup bu ilke Latince “*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*”²⁸ (“şey semenin, semen şeyin

²⁴ Coester-Waltjen, s. 24.

²⁵ Ulusoy, s. 582; Çakar, s. 480. Bkz. Birinci Bölüm, I.

²⁶ Serozan, R.: Eşya Hukuku I, İstanbul 2014, s. 16, para. 34 ve s. 17, para. 41[Serozan, (Eşya Hukuku I), s. 16, para. 34 ve s. 17, para. 41].

²⁷ Coester-Waltjen (Die dingliche Surrogation), s. 24.

²⁸ Girsberger, A.: Die dingliche Surrogation Der Begriff und seine praktische Bedeutung für das schweizerische Recht, Zürich 1955, s. 16. Aynı cümle, bazı yazarlarca farklı şekilde de ifade edilmektedir. Örneğin, bkz. Beyer, R.: Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche, Marburg 1905, s. 5; Welle, A.: In universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii: eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen, Berlin 1987, s. 11 : “*pretium succedit in locum rei, res in locum pretii*”, bkz. Ostermeyer, W.: Bedeutung

yerine kaim olur”) şeklinde ifade edilmekteydi²⁹. Aynı ikame ilkesinin özünü oluşturan bu cümle, bir hukuki ilişki çerçevesinde şeyin yerine, paranın veya alacağın geçmesi anlamını taşımaktaydı³⁰.

Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, bu cümlelerin temellerinin Klasik Yunan Hukukunda³¹ ve Roma Hukukunda atıldığı belirtilmektedir³². Şöyle ki, Klasik Yunan Hukukunda, üçüncü kişiye ait bir para (“*fremd Geld*”) ile elde edilen şeyin yine o kişiye ait olacağı kabul edilmekteydi. Yani; para kime aitse iktisap edilen şeyin mülkiyeti de ona aitti³³.

Roma Hukukunda ise Digesta³⁴ 5, 3’te düzenlenen “*hereditatis petitio*”³⁵ davası kapsamında; mirasçı, mirasa zilyet olan kişiden, mirasa ait olup elden çıkardığı şey sebebi ile elde ettiği değeri zilyetten talep etme hakkına sahipti. Burada mirasçı; iyi niyetli zilyetten zenginleştiği kadarını³⁶, iyi niyetli olmayan zilyettense uğradığı zarar kadarını talep edebiliyordu³⁷. Her ne kadar burada aynı ikame ilkesinin uygulaması

und Anwendungsfälle des Grundsatzes “pretium succedit in locum rei” nach dem Recht des BGB, Greifswald 1905, s. 1: “*pretium succedit in locum rei*”.

²⁹ Gürsoy, K. T.: Miras Sebebi İstihkak Davası, Ankara 1958, s. 106; Ayiter, N.: Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968, s. 72 [Ayiter (Mamelek), s. 72]; Lindenberg, s. 9; Welle, s. 11.

³⁰ Girsberger, s. 16.

³¹ Devetzi, D.: Die Dingliche Surrogation als Rechtsprinzip, Göttingen 2018, s. 38; Stiebitz, H.: Die Surrogation im Erbrecht, Erlangen 2006, s. 18.

³² Strauch, s. 18.

³³ Strauch, s. 18; Stiebitz, s. 18.

³⁴ Digesta (“Pandectae”), Roma Hukukunun Klasik dönem hukukçularına ait eserlerin belirli bir biçimde toplanarak oluşturulmuş derleme anlamını taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karadeniz Çelebican, Ö.: Roma Hukuku, Ankara 2014, s. 51-52. Ayrıca bkz. Güneş Ceylan, S.: Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004, C. 8, S. 2, s. 0-0, dn. 85.

³⁵ Hereditatis Petitio: “Mirasçıya, mirasçılık sıfatı ile verilen ve bu sıfatın kendisine sağladığı herhangi bir hakkı talep etmesine yarayan *ius civile* davası: Miras sebebiyle istihkak davası. Davacının sadece mirasçı olduğunu isbat ederek müteveffaya ait malların kendisine verilmesini ve müteveffaya ait alacakların kendisine ödenmesini isterdi. Iustinianus hukukunda bir hüsniyet davası idi”. Bkz. Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3170, Hukuk Fakültesi No.: 677, s. 81.

³⁶ Girsberger, s. 18.

³⁷ Digesta, 5,3,20,6c bkz. Girsberger, s. 18, dn. 22. Digesta 5,3, 20, 6c: “Likewise, those who have seized a property though they knew it did not belong to them, even if they have, before joinder of issue, acted

söz konusu değilse de³⁸ postglassatörlerden Jason Maynus, Digesta 5, 3'ü temel olarak³⁹ “*pretium in universalibus succedit in locum rei/in universalibus pretium succedit roco lei*” ifadesiyle “*peculium*”⁴⁰ gibi bir “*universitas*”ın⁴¹ (eşya topluluğunun) her bir parçasının ikame edileceğini belirtmiş olup⁴² aynı ikame ilkesinin temellerini atmıştır. Buna göre, malvarlığına ait bir şey satıldığında elde edilen satış bedeli, bu malvarlığına girer ve şeyin satışından kaynaklanan malvarlığındaki bu boşluk, satış bedeli ile doldurulduğu için malvarlığı sahibinin bu sebeple ileri sürebileceği hiçbir talep hakkı bulunmamaktadır⁴³. Sözü edilen bu ilkenin her bir eşya topluluğunun tamamı hakkında geçerli olup olmadığı tartışmalara konu olmuştur. Bu tartışmaya değinmek için öncelikle “eşya topluluğu” kavramı ile neyin kastedildiğinin incelenmesi gerekir. Pandekt hukukunda, eşya toplulukları *universitas facti* ve *universitas juris* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴⁴. *Universitas facti*, eşya malikinin iradesine bağlı olarak oluşturulan eşya topluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵. Bu eşya topluluğu⁴⁶, sadece eşya malikinin iradesiyle değil iş hayatının gerekleri uyarınca da oluşturulabilir⁴⁸. *Universitas facti*'ye örnek

to rid themselves of possession, should be condemned just as if they were in possession”. Digesta'nın İngilizce çevirisi için bkz. Watson, A.(ed.): The Digest of Justinian, Philadelphia 1998, s. 187.

³⁸ Roma hukukunda *hereditatis petitio* kapsamında aynı ikame ilkesi uygulamasının yer almadığına yani Digesta 5,3,22'nin zahiri olarak aynı ikameden bahsettiğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Girsberger, s. 17-23.

³⁹ Oftermeyer, s. 1.

⁴⁰ *Peculium*: “... önceleri aile malikinin rızası altında köle veya aile evlâdının kendi kendine elde ettiği bir sermeye idi. Hukukan bu malların malik aile reisi olmakla beraber örf ve adetin tesiriyle fiilen köle veya aile nezdinde kalırlardı. Sonraları malik, aile evladı veya köleye, kendi mamelekinden ayırdığı bir *peculium* vererek onu işletmesine imkân sağlamağa başladı”. Bkz. Umur, s. 154.

⁴¹ *Universitas*: “Bir tek birlik olarak telakki edilen insan veya eşya topluluğu”. Bkz. Umur, s. 217.

⁴² Mühlenbruch: *Ueber die s.g. juris und facti universitates*, Archiv für die civilistische Praxis 1834, C. 17, S.3, s. 321-329, s. 328; Girsberger, s. 17.

⁴³ Beyer, R.: *Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche*, Marburg 1905, s. 5-6.

⁴⁴ Ayiter (Mamelek), s. 11; Oftermeyer, s. 2.

⁴⁵ Girsberger, s. 24

⁴⁶ Menken, H.: *Die Dingliche Surrogation bei den Sondervermögen die Familien und Erbrechts*, 1991, s. 7.

⁴⁷ Ayiter, söz konusu eşya topluluğunu “maddi tümlük” şeklinde de ifade etmektedir. Bkz. Ayiter (Mamelek), s. 12.

⁴⁸ Ayiter (Mamelek), s. 12.

olarak koyun sürüsü⁴⁹, kütüphane⁵⁰, koltuk takımı ve makyaj takımı şeklindeki birlikler verilebilir. Bunlar, fiziksel olarak birbirinden ayrı şekilde maddi varlığını sürdüren ve aralarında iktisadî bağıllık bulunan birlikler olarak nitelendirilmektedir⁵¹.

Universitas juris ise, eşya malikinin iradesi göz önüne alınmaksızın eşya ve haklardan oluşan bir topluluğudur⁵². *Universitas facti*’de bu birlik malik iradesi ile veya iş hayatının gerekleri doğrultusunda oluşturulurken; *universitas juris*’teki topluluk, hukuk kuralları uyarınca oluşturulmaktadır⁵³. Bu topluluğa örnek olarak tereke⁵⁴, *peculium*, *patrimonium* verilebilir⁵⁵. Ortak hukukta⁵⁶, *univesitas facti*’nin aksine *universitas juris*’te, bu hukuki topluluktan çıkan şey yerine iktisap edilen bedelin yahut bu topluluğa ait para karşılığında elde edilen şeyin yine bu topluluğa ait olacağı ileri sürülmektedir⁵⁷. Dolayısıyla, aynı ikamenin temelini oluşturan kural olan “*universalibus succedit in locum rei*”nin sadece *universitas juris*’te uygulama alanı bulacağı kabul edilmekteydi⁵⁸. Bu görüş 19. yüzyılın başlarına kadar hâkim görüştü⁵⁹. 19. yüzyılda ise *universitas juris* ve *universitas facti* arasında bir ayrım

⁴⁹ Birkmeyer, K.: Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, Erlangen 1879, s. 104 bkz. dn. 338; Russmann, D.: Erwerb mit Mitteln der Erbschaft Die rechtsgeschäftliche dingliche Surrogation gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 BGB vor dem Hintergrund des »tracing« im englischen Recht, Tübingen 2017, s. 36.

⁵⁰ Menken, s. 7; Russmann, s. 36.

⁵¹ Ayiter (Mamelek), s. 12.

⁵² Girsberger, s. 24; Menken, s. 7; Lindenberg, s. 9; Birkmeyer, s. 104 bkz. dn. 338.

⁵³ Ayiter (Mamelek), s. 13.

⁵⁴ Ayiter (Mamelek), s. 13.

⁵⁵ Girsberger, s. 29.

⁵⁶ Girsberger, s. 24; Menken, s. 6-7.

⁵⁷ Girsberger, s. 24; Menken, s. 7.

⁵⁸ Girsberger, s. 24; Lindenberg, s. 8-9; Schmitt, E.: Die Surrogation im bürgerliche Gesetzbuch, Gießen 1902, s. 7, Birkmeyer, s. 101; Windmüller, s. 4-5; Menken, s. 7; Russmann, s. 37.

⁵⁹ Lindenberg, s. 9.

yapılamayacağı, dolayısıyla “*universalibus succedit in locum rei*”de bahsi geçen topluluğun *universitas juris*’e özgü olmadığını savunan başka bir görüş ortaya çıktı⁶⁰.

Yukarıda açıklanan “*Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*” ilkesi bir de “*surrogatum sapit naturam eius, in cuius locum surrogatum est*” ile birlikte anılmaktadır. Her iki ilke de aynı ikame kavramının oluşmasına hizmet etmiş olduğu için⁶¹ “*surrogatum sapit naturam eius, in cuius locum surrogatum est*” kuralına da değinmek gerekmektedir. Bu ilke uyarınca, malvarlığından çıkan bir şeyin karşılığında elde edilen şey yine bu kural uyarınca malvarlığına dahil olur⁶². Dahil olma durumu da kazanımda bulunanın iradesinden bağımsız olarak gerçekleşir⁶³. Bununla da “*succedit in locum pretii...*” nin kapsamının genişletildiği söylenebilir⁶⁴. Nitekim “*succedit in locum pretii...*” kuralı sadece satışı kapsarken, “*surrogatum sapit naturam eius...*” mal değişimini de kapsar⁶⁵.

Alman Medeni Kanun’u (“BGB”) incelendiğinde ise açıklanan iki ilkede olduğu gibi aynı ikame ilkesini malvarlığı kapsamında açıklayan genel bir kurala yer verilmediği görülmektedir⁶⁶. Bununla beraber, aynı ikame uygulamalarına belirli tür malvarlıkları kapsamında yer veren BGB’nin, aynı ikame ilkesinin hukuk birliğinde geçerli olduğuna ilişkin görüşten etkilendiği söylenebilir.

⁶⁰ Birkmeyer, s. 101; Spindler, P.: Die dingliche Surrogation beim Gesellschafts-vermögen, im Familien- und Erbrecht nach dem BGB, Straßburg 1914, s. 5. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mühlensbruch, s. 321-369; Hasse: *Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession*, Archiv für die civilistische Praxis 1822, C. 5, S. 1, s. 1-68.

⁶¹ Welle, s.12.

⁶² Beyer, s. 6.

⁶³ Beyer, s. 6.

⁶⁴ Beyer, s. 6.

⁶⁵ Beyer, s. 6.

⁶⁶ Spindler, s. 6.

2. Şahsi İkame

Aynı ikame ve şahsi ikame⁶⁷ (“*persönliche Surrogation*”, “*subrogation* *personnelle*”, “*Subrogation*”) kavramları literatürde “*Surrogation*” genel başlığı altında ele alınmaktadır⁶⁸. Her iki ikame türünün ortak özelliği, hak kayıplarının önlenmesi için dolaysız koruma sağlaması⁶⁹ ve hak iktisabının kişilerin iradelerinden bağımsız ve otomatik olarak gerçekleşmesidir⁷⁰. İkamenin her iki tipinde de malvarlığı kayıplarına karşı hak sahibi, olağan yollardan (tazminat talebinde bulunma, zenginleşme talebinde bulunma) değil de malvarlığından çıkan mal yerine iktisap edilen mal üzerinde (aynı) hak tanınması (aynı ikame) yahut malvarlığına ilişkin kayıplar gerçekleşmeden önce var olan mevcut bir hakkın tanınması⁷¹ (şahsi ikame) suretiyle korunmaktadır.

Aynı ikame hak konusu şeyin yerine başka bir şeyin geçmesi iken, şahsi ikame, şahısların⁷² (alacaklıların) birbirleriyle değişimidir⁷³. Şahsi ikamede, borç, borçlu olmayan üçüncü kişi tarafından ifa edilir ve o bu borcun yeni alacaklısı olur⁷⁴. Borcu ifa eden üçüncü kişinin alacaklının yerine geçmesi şahsi ikamenin tipik özelliğidir⁷⁵.

⁶⁷ “*persönliche Surrogation*” un dar anlamda halefiyeti karşıladığı yönünde bkz. Korkmaz, s. 44.

⁶⁸ Girsberger, s. 15 vd.; Wengler, s. 460; Roos, s. 1; Eggel, s. 154, N. 3.236. Öğretide, ayrıca “*Subrogation*” “*persönliche Surrogation*” un (şahsi ikame) karşılığı olarak ele alınmaktadır. Bkz. Eggel, s. 154, N. 3.236. İkamenin bu iki tipinin (aynı ikame ve şahsi ikame) yalnızca isminin (“*Surrogation*”) ortak olduğu, koşullarının ve etkisinin birbirinden farklı olduğu yönünde bkz. Roos, s. 2. Aynı ikame ve şahsi ikame arasındaki farklar hakkında ayrıca bkz. Korkmaz, s. 69-72.

⁶⁹ Eggel, s. 154, N. 3.236.

⁷⁰ Girsberger, s. 16.

⁷¹ Girsberger, s. 15-16.

⁷² Hawellek, s. 1.

⁷³ Roos, s. 1; Eggel, s. 154, N. 3.236. Roos, “*persönliche Surrogation*” ile eş anlamlı olarak “*subjektive Surrogation*” u; “*dingliche Surrogation*” la eş anlamlı olmak üzere “*objective Surrogation*” terimini de kullanmaktadır. Bkz. Roos, s. 1-2.

⁷⁴ Eggel, s. 154, N. 3.238.

⁷⁵ Eggel, s. 154, N. 3.238.

B. Özel Malvarlığında İkame ve Münferit Objeler Üzerinde İkame

1. Özel Malvarlığında İkame

a. Malvarlığı Kavramı

Malvarlığı⁷⁶ (“mamelek”), bir kişinin haklarından, hukuki ilişkilerinden⁷⁷ ve borçlarından oluşan bir hukuki küldür⁷⁸. Her gerçek veya tüzel kişi malvarlığı sahibi olabilir. Hatta her hukuk kişisinin malvarlığı sahibi olduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Bu çerçevede, hak ehliyetine (“*die Rechtsfähigkeit*”) sahip olmanın malvarlığına sahip olmakla aynı manaya geldiği belirtilmektedir⁸⁰. Buna karşılık, tüzel kişilikleri olmayan kişi toplulukları da malvarlığı sahibi olabilmektedirler⁸¹. Nitekim, tereke,

⁷⁶ Mamelek kelimesinin karşılığı olarak malvarlığı teriminin kullanılmasının eleştirisi için bkz. Ayiter (Mamelek), s. 3, dn. 1.

⁷⁷ Larenz, s. 306; Acemoğlu, K.: Borçlar Kanununun 179. maddesine göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 10, dn.3a; Serozan, Eşya Hukuku I, s. 68, para. 253.

⁷⁸ Saymen, F. H./Elbir, H. K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1963, s. 215; Acemoğlu, s. 12; Meier-Hayoz, A.: Systematischer Teil, Berner Kommentar Band IV Das Sachenrecht 1. Abteilung Das Eigentum, 4. Aufl., Bern 1966, N. 85 (BK/Meier-Hayoz, 1966, Systematischer Teil, N. 85); Rey, H.: Die Grundlagen des Sachenrecht und das Eigentum; Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Bern 2007, s. 38; Erdoğan, İ./Keskin, D.: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 139. Steinauer, P.H.: Les droits réels Bd. I, N. 84 bkz. Antalya, G./Topuz, M.: Eşya Hukuku Cilt: IV/1, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 72, dn. 76. Malvarlığının bir yığın değil ekonomik ilişkiler kurma ehliyeti, kinetik enerji olması yönündeki görüş için bkz. Ayiter (Mamelek), s. 7.

⁷⁹ Des Gouttes, R.: Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce en droit suisse et en droit comparé, s. 10 bkz. Acemoğlu, s. 10, dn. 4; von Tuhr, Bd. I, s. 320; Buchli, s. 9; Acemoğlu, s.10, dn. 4; Antalya/Topuz, s. 73; Acemoğlu'nun da ifade ettiği üzere, Ayiter, herkesin mameleki olmadığı görüşünü savunmaktadır. Dilenci örneğini veren Ayiter'e göre, kişiler mameleke sahip olmayıp, yalnızca mamelek elde etme ehliyetini haizdirler. Bkz. Ayiter (Mamelek), s. 27; Acemoğlu, s. 10, dn. 4.

⁸⁰ Crome, C.: System des deutschen bürgerlichen Rechts Band 1: Einleitung u. Allgemeiner Teil, Tübingen 1900, s. 170 dn. 2, http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22121544_00000182.gif%22, s.e.t. 23.02.2020; Acemoğlu, s. 10.

⁸¹ Ayiter (Mamelek), s. 5.

tüzel kişiliği olmayan miras ortaklığının malvarlığıdır⁸². Alman hukukundakinin⁸³ aksine Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda malvarlığı sadece aktiflerden değil, borçlardan oluşan pasif kısmı da ihtiva etmektedir⁸⁴. Yani; malvarlığı, mülkiyet hakkı, intifa ve oturma hakkı⁸⁵ gibi sadece ayni haklardan ve alacak haklarından⁸⁶ değil; kişinin malları üzerindeki ipoteklerden, taşınmaz yükünden, irtifaklardan; kişinin borçlarından, yükümlülüklerinden de oluşmaktadır⁸⁷. Fikri haklar, fesih⁸⁸ gibi “kullanıldıkları zaman sahibine ekonomik yarar sağlayan yenilik doğuran haklar”⁸⁹ malvarlığı değerlerini oluşturur⁹⁰. Bununla birlikte, bu haklar kümesinin kapsamına

⁸² Ayiter (Mamelek), s. 5. Terekenin, malvarlığı kavramını birebir karşılamadığı, malvarlığının özel bir görünümü olduğu ve malvarlığının terekeden daha geniş bir kavram olduğu görüşü için bkz. Antalya, G.: Miras Hukuku Cilt III, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 70-74.

⁸³ Rüthers/Stadler, AT BGB, 2017, § 12, Rn. 1; MüKoBGB/Koch, 2019, BGB § 1365, Rn. 11. Alman literatüründe kişilerin hukuk düzeninde hareket etmelerini sağlayan, haklardan ve hukuki ilişkilerden oluşan (Larenz, K.: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967, s. 306), medeni hukuka ilişkin en dar ve en önemli yetki ve haklar alanı olarak tanımlanmaktadır. Bkz. von Tuhr (AT Bd. I), 1957, s. 313; Lindenberg, s. 13. BGB’de bahsi geçen malvarlığı kavramı ile kastedilen malvarlığının aktifleridir⁸³. Bkz. Rüthers, B./Stadler, A.: Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl., München 2017, § 12, Rn. 1 (Rüthers/Stadler, AT BGB, 2017, § 12, Rn. 1); Koch, E.: BGB § 1365, Koch, E. (Redakteurin), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 9: Familienrecht I §§ 1297-1588, Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, 8. Aufl., München 2019, Rn. 11 (MüKoBGB/Koch, 2019, BGB § 1365, Rn. 11). Dolayısıyla, malvarlığının pasifleri malvarlığı kapsamına girmemektedir. Bkz. Rüthers/Stadler, AT BGB, 2017, § 12, Rn. 1.

⁸⁴ Des Gouttes, s. 9 bkz. Acemoğlu, s. 14, dn. 40; Buchli, s. 8; Ayiter (Mamelek), s. 94-96; Saymen/Elbir, s. 215; Antalya/Topuz, s. 73. Malvarlığı kavramından bahsederken aktifin yanında pasiflerin de dahil olduğuna ilişkin tartışmanın önemsiz olduğu; malvarlığı denildiğinde kişinin sadece aktiflerinden oluşan malvarlığından (“Bruttovermögen”) bahsedilebileceği gibi onun aktif ve pasiflerinin toplamından (“Nettovermögen”) da bahsedilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Oswald, s. 2.

⁸⁵ Her ne kadar intifa hakkı ve oturma hakkı devredilemezlerse de onların para ile ölçülebilir kullanım değerlerinin bulunması sebebiyle bu haklar malvarlığı değerleri arasında sayılırlar. Bkz. Acemoğlu, s. 13; Ünal, M./Başpınar, V.: Şekli Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 58.

⁸⁶ Oswald, s. 1.

⁸⁷ Saymen/Elbir, s. 215.

⁸⁸ Acemoğlu, s. 14. Sürekli borç ilişkilerinin feshi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altınok Ormancı, P.: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011. Sözleşmeden dönme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, V.: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

⁸⁹ Ünal/Başpınar, s. 9; Tekinay, S. S.: Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978, s. 3. Öneriyi kabulün, alım, geri alım ve ön alım haklarının, sözleşmeden dönme hakkının malvarlığı hakları olduğu yönünde bkz. Tekinay, s. 3. Birçok yenilik doğuran hakkın malvarlığı hakkı olduğu yönünde bkz. Ayiter (Mamelek), s. 122. Malvarlığı haklarına bağlı olan yani gayri müstakil defi haklarının malvarlığı hakkı olduğu yönünde bkz. Ayiter (Mamelek), s. 122. Ayiter’e göre, örneğin, akdin ifa edilmediği yahut alacaklıya, alacakla bağlantılı bulunan malı vermekten kaçınma hakkı tanıyan hapis hakkı malvarlığı haklarından. Bu tür defi hakları bağlı bulundukları malvarlığı hakkının sona ermesiyle sona ereceği için (ve o haktan ayrı düşünölmeyeceğinden) malvarlığı haklarından sayılırlar. Bkz. Ayiter (Mamelek), s. 122-123.

⁹⁰ Ünal/Başpınar, s. 9.

tüm hakların girmesi de söz konusu değildir. Örneğin, aile hukukundan kaynaklanan velâyet hakkı gibi haklar yahut kişinin ismi üzerindeki hakkı gibi kişilik hakkı malvarlığı değerlerinden sayılmamaktadır⁹¹. Bu bağlamda, malvarlığı, kişinin hayatı (“*Rechtsleben*”) boyunca elde ettiği haklardan oluşur⁹². Malvarlığının ihtiva ettiği bu haklar, hak süjesinin iradesinin varlığını ve irade faaliyetlerinin sürmesini sağladığı için ekonomik bir araç olarak görülmektedir⁹³. Hangi hakların malvarlığı değerlerinden sayılacağına dair kıstas, hâkim görüşüne göre para ile ölçülebilirliktir⁹⁴. Hakkın tasarrufu karşılığında para elde edilmesi ve paranın ekonomik amaca erişimde genel araç olarak kullanılması⁹⁵, malvarlığına ait hakların ancak parasal değeri olan haklardan oluşması sonucunu doğurur⁹⁶. Parasal değeri olan haklar; *kural olarak* mübadele değeri olan, devredilebilir ve miras bırakılabilen haklardır⁹⁷. Mübadele değeri yanında, kullanım değerinin varlığı da parasal değerinin mevcudiyetini gösterir⁹⁸. Nitekim, malik sahibi olduğu şeyin yanında onun ürünleri üzerinde hak sahibi olduğu için bu ürünler üzerinde de tasarruf edebilir⁹⁹. Malik,

⁹¹ von Tuhr (AT Bd. I), 1957, s. 313; Lindenberg, s. 13. Nafaka alacağının nisbî mamelek hakkı olduğu yönünde bkz. Ayiter (Mamelek), s. 119. Kişi ölene kadar muaccel olmuş ve tahsil edilmemiş nafaka alacağının terekeye dahil olduğu yönünde bkz. Dural, M./Öğüz, T./Gümü, M. A.: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2021, s. 389.

⁹² Schmitt, s. 8.

⁹³ von Tuhr (AT Bd. I), 1957, s. 314.

⁹⁴ Saymen/Elbir, s. 215; Acemoğlu, s. 12; Ünal/Başpınar, s. 9; Güral Akipek, J./ Akıntürk, T.: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 1. Diğer görüşe göre, bir hakkın malvarlığı değeri sayılabilmesi için onun tasarruf edilebilir olması yani tasarruf işlemine konu olabilmesi gerekir. Sohm, R.: Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, ArchBürgR (Archiv für bürgerliches Recht) 28 (1906), s. 184, 187 <https://dlc.mpdl.mpg.de/dlc/view/escidoc:91160:2/recto-verso%3Bjsessionid=E9460DA5FAB2FCAED5875723447C9546>, s.e.t. 21.02.2020. Bununla beraber, bu kriter, devri kabil olmayan intifa ve oturma hakları kullanım değerini haiz olup malvarlığı değerlerinden sayılmakta olduğu için elenmektedir. Bkz. von Tuhr (AT Bd. I), s. 314, dn. 3; Acemoğlu, s. 12-13.

Bu görüşün çürütülmesi hakkında bkz. Acemoğlu, s. 12-13; Oswald, s. 1.

⁹⁵ von Tuhr (AT Bd. I), 1957, s. 314.

⁹⁶ von Tuhr (AT Bd. I), 1957, s. 314; Schmitt, s. 8; Spindler, s. 8; BeckOGK/Mössner, 2019, BGB § 90, Rn. 133.

⁹⁷ Lindenberg, s. 14; von Tuhr (AT Bd. I), 1957 s. 315.

⁹⁸ von Tuhr (AT Bd. I), 1957, s. 314; Lindenberg, s. 14.

⁹⁹ von Tuhr (AT Bd. I), 1957, s. 314.

ürünlerin tasarrufu sonucunda maddi fayda talep edebilmektedir¹⁰⁰. Bir hakkın malvarlığı değeri olabilmesi için kural, mübadele değerinin varlığı ise de sadece kullanım değerinin varlığı da bazı hallerde parasal değer in mevcudiyetine işaret edebilmektedir¹⁰¹. Örneğin, sınırlı aynı haklardan intifa hakkı devredilebilir bir hak değildir ve buna rağmen kullanım değeri mevcut bir haktır¹⁰².

Malvarlığı, hukuki bir küldür. Buna göre, malvarlığı değerleri bir araya gelip hukuken tanınan *universitas juris*, bir birlik, topluluk, tümlük¹⁰³ oluşturmaktadır¹⁰⁴. Bu birlik içerisindeki tek bir değere ilişkin değişiklik, malvarlığının bir bütün olma karakterini değiştirmez¹⁰⁵. Hak sahibinin iradesine rağmen bu birlik, varlığını korur¹⁰⁶. Ayrıca, malvarlığı değerlerinin konularının birbirinden farklı olması, haklar arasında hukuki bağın mevcut olmaması¹⁰⁷ onun bir bütün teşkil etmesine engel teşkil etmemektedir¹⁰⁸.

b. Özel Malvarlığı Kavramı

Türk ve İsviçre hukukunda özel malvarlığı ("*Sondervermögen*"), genel malvarlığından ayrı¹⁰⁹, sınırları belirli kriterlere göre çizilmiş, bağımsız, özel rejime

¹⁰⁰ Lindenberg, s. 14.

¹⁰¹ Lindenberg, s. 14.

¹⁰² Lindenberg, s. 14.

¹⁰³ Acemoğlu, s. 10. Bunun bir tümlük ("*Einheit*") değil yığın ("*Vielheit*") olduğu görüşü için bkz. Ayiter (Mamelek), s. 27.

¹⁰⁴ Oswald, s. 2.

¹⁰⁵ Oswald, s. 2.

¹⁰⁶ Oswald, s. 2.

¹⁰⁷ Acemoğlu, s. 10.

¹⁰⁸ Ünal/Başpınar, s. 8.

¹⁰⁹ Oswald, s. 3.

tabi¹¹⁰ ve haklardan oluşan bir birlik olarak tanımlanmaktadır¹¹¹. “Malvarlığı” gibi iktisadî gelişime açık olan özel malvarlığı, hem malvarlığı ile ilgili genel kurallara hem de özel kurallara tabi bir birlik olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹². Yalnızca kanunun öngördüğü hallerde karşımıza çıkan özel malvarlığı¹¹³, kişinin kendi iradesi ile oluşturulamaz¹¹⁴.

Doktrinde, her şahsın bir tane malvarlığı olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵. Bu malvarlığının içerisinde, kanuni sebeplerden ötürü sınırları çizilmiş bağımsız bir malvarlığının mevcudiyeti sebebiyle iki farklı hukuk sahası olması, onların bir bütün içerisinde yer almalarına engel teşkil etmemektedir¹¹⁶. Başka şekilde ifade etmek gerekirse; bir kişinin malvarlığı kümesi, içerisinde iki alt kümeyi ihtiva edebilmektedir. Bu alt kümeden birini özel malvarlığının oluşturduğunu, bunun dışındaki sahayı oluşturan kümeyi ise genel malvarlığının oluşturduğu söylenebilir. Mirasçının genel malvarlığından ayrılmış, paylaşma yapılmadan önce tereke¹¹⁷, ön

¹¹⁰ Serozan/Engin, Miras Hukuku, s. 103, para. 111.

¹¹¹ Acemoğlu, s. 11; Oswald, s. 3; von Tuhr (AT Bd. I), s. 331; Boegl, H.: Der Begriff des Sondervermögens nach Reichsprivat Recht, Leipzig 1933, s. 7; BK/Meier-Hayoz, 1966, Systematischer Teil, N. 86; Ennecerus/Nipperdey/Wolf (BGB AT I), 1952, § 132, s. 560; Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 76; Ayiter (Mamelek), s. 29.

¹¹² Hurni, s.73 vd.

¹¹³ Oswald, s. 3; BK/Meier-Hayoz, 1966, Systematischer Teil, N. 86; Hurni s. 73; von Tuhr (AT Bd. I), s. 320-321; Hurni, s. 73; Schmid, D.: Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung: Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Bern 2013, s. 37 bkz. dn. 154. Özel malvarlığının hukuki niteliğine dair görüşler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter (Mamelek), s. 30-35.

¹¹⁴ von Tuhr (AT Bd. I), s. 320-321; Hurni, C.: Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich 2008, s. 73; von Tuhr (AT Bd. I), s. 335; Schmid, s. 37 bkz. dn. 154.

¹¹⁵ von Tuhr (AT Bd. I), s. 321; Kohler, s. 2; Larenz, s. 312; Des Gouttes, s. 10 bkz. Acemoğlu, s. 10, dn. 9.

¹¹⁶ von Tuhr (AT Bd. I), s. 321 Ayiter (Mamelek), s. 33-34.

¹¹⁷ Oswald, s. 3; Schucan, M. A.: Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1943, s. 80. von Tuhr’a göre, tereke ancak miras mirasçılar tarafından kabul edilmemişse özel malvarlığı teşkil eder. Şayet, mirasçılar mirası kabul etmişlerse miras ortaklığı söz konusudur ve burada müşterek malvarlığı vardır. Yazara göre, müşterek malvarlığı ise birden çok hukuk süjesinin elbirliği ile malvarlığı üzerinde hak sahibi olduğu hallerde söz konusu olmaktadır. Öyle ki bazı durumlarda özel ve genel malvarlığının yanında müşterek malvarlığı da bulunabilmektedir. Aynı özel malvarlığında olduğu

mirasçının sahip olduğu miras¹¹⁸, vasiyeti yerine getirme görevlisince¹¹⁹ veya temsilci tarafından idare edilen tereke¹²⁰; çocuk hukuku kapsamında çocuğun serbest malları¹²¹, ebeveynlerin idaresine ve kullanımına tabi çocuk malları¹²², mal rejimleri hukuku kapsamında, eşlerin kişisel malvarlıkları özel malvarlığı olarak sayılmaktadır¹²³.

Özel malvarlığının daha iyi anlaşılabilmesi için yapılan bir sınıflandırmadan bahsetmek gerekirse¹²⁴, bir kişinin malvarlığı: 1. Genel malvarlığı ve başkasına ait özel malvarlığı (“*fremdes Sondervermögen*”) 2. Genel malvarlığı ve kendine ait özel malvarlığı (“*eigenes Sondervermögen*”) 3. Genel Malvarlığı ve müşterek mülkiyete tabi özel malvarlığı olmak üzere üç farklı şekilde mevcudiyet gösterebilir. Bu malvarlıklarından birincisi, başkasının malvarlığını yöneten üçüncü kişinin malvarlığıdır. Bu ayrıma göre, kendine ait olmayan malvarlığını yöneten kişi için üçüncü kişiye ait malvarlığı bir özel malvarlığı (“*fremdes Vermögen*”) teşkil

gibi, müşterek malvarlığı da ancak kanunun öngördüğü durumlarda mevcuttur. Mirasın mirasçılar tarafından kabul edildiği durumlarda miras ortaklığı da mirasçıların elbirliği ile sahip oldukları müşterek malvarlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. von Tuhr (AT Bd. I), s. 348. Bu görüşle uyumlu olarak miras ortaklığını kolektif şahıs olarak nitelendiren Ayiter, bu malvarlığının özel malvarlığı teşkil etmek yerine, mirasçıların umumi varlığında yer aldığını belirtmektedir. Fakat bu durumda dahi tereke, vasiyeti tenfiz memurunca veya temsilci tarafından idare ediliyorsa, burada özel malvarlığı söz konusu olur. Bkz. Ayiter (Mamelek), s. 42. Müşterek malvarlığı nitelendirmesi yapmaksızın, terekenin, mirasçıların genel malvarlığı ile birleştiği hallerde özel malvarlığı teşkil etmeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Hürlimann-Kaup, B. / Rumo-Jungo, A.: Dingliche Surrogation bei Verfügungen des Miterben über Erbschaftsgegenstände, in: Festschr. für Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, s. 355-367, s. 357. Terekenin özel malvarlığı teşkil ettiğine ilişkin görüş içinse bkz. Druey, J. N.: Grundriss des Erbrechts, Bern 2002, s. 171, Rn. 2; Lorandi, F.: *Erblasser, Erbengemeinschaft, Erbe(n) und Erbschaft als Schuldner*, AJP (Aktuelle Juristische Praxis) 2012 s. 1378- 1392, s. 1383.

¹¹⁸ Oswald, s. 3; von Tuhr (AT Bd. I), s. 331; Ayiter (Mamelek), s. 43.

¹¹⁹ von Tuhr (AT Bd. I), s. 331.

¹²⁰ von Tuhr (AT Bd. I), s. 331; Ayiter (Mamelek), s. 42.

¹²¹ von Tuhr (AT Bd. I), s. 331.

¹²² Ayiter (Mamelek), s. 41.

¹²³ Oswald, s. 3.

¹²⁴ Keller Marxer, s. 33.

etmektedir¹²⁵. Mirasçı olmayan fakat kendisini mirasçı sanarak terekeye zilyet olan üçüncü kişinin durumu buna örnek olarak verilebilir.

¹²⁵ Bu noktada inançlı işlemler, özel malvarlığı ve aynı ikame ilkesi arasında bir ilişki bulunup bulunmadığı hususu sorulabilir. İnançlı işlem; inananın (güvenenin), bir hakkını, inanılana (güvenilene), aralarındaki borç ilişkisinden doğan sınırlamalar saklı kalmak üzere devretmesidir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008, s. 363-365 [Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 363-365]. İnançlı işlemlerde, inançlı devir işlemi ve temel borç ilişkisi olmak üzere iki unsur bulunmaktadır. Bkz. Kramer, E. A.: Berner Kommentar Band IV/1, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991, Art. 18 OR, N. 124 bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 365, dn. 69. İnançlı devir işlemi bir tasarruf işlemi teşkil etmekte olup inananın inanılana hakkını devretmesini sağlar. Temel borç ilişkisi de hakkın devrinin hukuki sebebinin oluşturmaktadır. İnanılan, bu hakkı, temel borç ilişkisindeki sınırlamalara göre kullanmakla yükümlüdür. Ayrıca inanılanın bu hakkını ne zaman inanan devredeceği hususu da bu temel ilişkiye göre belirlenir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 365. Başka bir ifadeyle inanılan bu borç ilişkisi ile kendisine devredilen hakkı, aralarında kararlaştırdıkları hükümlere uygun bir şekilde kullanma ve bu hakkı zamanı geldiğinde inanan devretme borcu altına girmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 364. İnançlı işlemler, saf inançlı işlemler ve karma inançlı işlemler olmak üzere ikiye ayrılır. Bkz. Altaş, H./Kurt, L. M.: *İnançlı İşlemler*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. 2, S. 2, s. 1-28, s. 1. Karma inançlı işlemlerde, bir malın mülkiyeti yahut alacak inanan tarafından teminat amacıyla inanılana onu hak sahibi kılabacak şekilde devredilmektedir. Kuntalp, E.: *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 263-299, s. 283 [Kuntalp (Teminat), s. 283]; Özsunay, E.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 57; Altaş/Kurt, s. 8. Aynı ikame kurumunun saf inançlı işlemlerle arasında bir ilişki olup olmadığını incelemek üzere saf inançlı işlemleri genel itibarıyla açıklamak gerekirse, bu işlemler, güvenenin menfaatinin üstün tutulduğu ve onun yararına yapılan işlemlerdir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 366; Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: II, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul 2010, s. 544 bkz. dn. 592'deki açıklama [Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 544 bkz. dn. 592'deki açıklama]. Saf inançlı işlemlerin hukuki niteliği konusunda bunun bir vekâlet sözleşmesi [Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 545 bkz. dn. 599'da sayılan yazarlar] veya vekâlet sözleşmesi benzeri bir sözleşme niteliği taşıdığı [Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 545 bkz. dn. 601'de sayılan yazarlar] ileri sürülmektedir. Başka bir görüş ise saf inançlı işlemlerin sui generis sözleşme olarak düzenlenebileceği gibi vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi gibi sözleşmeler şeklinde de düzenlenebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Özsunay, s. 130-133. Bunun bir vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilirse, saf inançlı işlemlere Türk Borçlar Kanunun vekâlet hükümleri doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Şayet, saf inançlı işlemin vekâlet sözleşmesi benzeri hukuki nitelik taşıdığı kabul edilmekte ise vekâlet hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen burada da uygulanacaktır. Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 545 dn. 601 ve dn. 602'de sayılan yazarlar. Saf inançlı işlemlerin sui generis sözleşme niteliği taşıdığını kabul eden görüşe göre vekalet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Özsunay, s. 135. Tüm bu ihtimallerde, vekâlet hükümlerine inananın nasıl korunacağı hususunda başvurulacağı söylenebilir. İnananın, vekâlet hükümlerinden TBK m. 509'un korumasından, inanılanın kendi adına ve fakat inanan hesabına hukuki işlem yaptığı hallerde yararlanabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 368-372. *Yönetim, işgörmeye fiduciary* olarak ifade edilen [Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 366] saf inançlı işlemlerle, aynı ikame kurumu, özellikle, özel malvarlığının üçüncü bir kişi tarafından idare edildiği hallerde ilişkili görünebilir. Bununla birlikte bu ilişkinin varlığının yanıltıcı olup olmadığı incelenmelidir. Aynı ikame kuralına özel malvarlığı kapsamında bu özel malvarlığının muhtevasının azalmalara karşı korunması amacıyla başvurulmaktadır. Özel malvarlığı da kanunla belirlenen, özel hükümlere tabi malvarlıkları olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada, aynı ikame olayının gerçekleşmesi, kanun uyarınca söz konusu olmaktadır (Bkz. BGB § 2019, BGB § 1646). Ayrıca, özel malvarlığını idare edenle özel malvarlığı idare edilen arasındaki ilişki, inançlı işlemlerde olduğu üzere inanan ve inanılan arasındaki **temel borç ilişkisine değil, kanuna** dayanmaktadır. Örneğin, anne-babanın çocuğun malvarlığını idaresi

kapsamında, anne-baba ve çocuk arasındaki bağ yani velâyet ilişkisi kanun tarafından kurulmaktadır. Saf inançlı işlemlerde ise bu bağ inanan ile inanılan tarafından kurulmakta olup bu da *temel borç ilişkisi, inanç sözleşmesi* şeklinde adlandırılmaktadır. Çocuğun malvarlığının idaresinde olduğu gibi, özel malvarlığı idare edilen kimse, aynı ikame düzenlemesi sebebiyle otomatik iktisap aracılığı ile doğrudan hak sahibi olurken, saf inançlı işlemlerde inanılanın hakkı inana devretmesi gerekmektedir. Bununla beraber, ifade etmek gerekir ki Coing, inanç sözleşmesinin konusunu oluşturan değer, inanılanın malvarlığında bir özel malvarlığı masası teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Bkz. Coing, H.: Die Treuhand Kraft privaten Rechtsgeschäfts, München, 1973, s. 178; Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 550, dn. 625. Dolayısıyla, burada inanılanın elindeki inanç sözleşmesi konusu değer, inanılanın malvarlığı içerisinde ayrı bir malvarlığı masası oluşturduğu kabul edilirse, aynı ikame ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu sorulabilir. Zira, aynı ikame, özel malvarlığının korunması için bir araç teşkil etmektedir. Dolayısıyla, aynı ikame ilkesine ilişkin bu sorunun sorulması, özel malvarlığının mevcut bulunduğu ileri sürüldüğü hallerde doğaldır. İnanç sözleşmesi konusu değer, yani inanılana devredilen malvarlığı değerinin/değerlerinin bir özel malvarlığı teşkil ettiği ve aynı ikame ilkesinin uygulanacağı kabul edilirse, bu kabul, vekâlet hükümlerinin, inanç sözleşmesine doğrudan yahut kıyasen uygulanacağı görüşünü dışlayacaktır. Zira, vekâlet hükümlerine inananın inanılan karşısında nasıl korunacağı noktasında başvurulmaktadır. Özellikle, TBK m. 509 hükmü, inananın, inanılanın iflas etmesi halinde, dolaylı temsilci inanılanın kendi adına fakat inanan hesabına iktisap ettiği taşınırları, iflas masasından çekip alma hakkı tanınması şeklinde koruma sağlayacağı kabul edilmektedir. Benzer şekilde, inananın kendi adına inanılan hesabına iktisap ettiği üçüncü kişilerden olan alacağının, inananın dolaylı temsilci inanılana karşı borçlarını ifa etmesi halinde ona geçeceği savunulmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 368-372; Tandoğan, (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 561-563. Ancak, inanılanın kendisine inanç sözleşmesi kapsamında devredilen değer üzerinde tasarrufta bulunduğu ihtimalinde, bu tasarrufu, inanılanın gerçek hak sahibi olmasından dolayı geçerli olacak, inanan hakkın devredildiği üçüncü kişiye karşı herhangi bir hak ileri süremeyecektir. Bu durumda, inanan, inanılana karşı yalnızca aralarındaki borç ilişkisinden doğan nisbî bir hak ileri sürebilecektir. Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 367. Bununla beraber, devredilen malvarlığı değerinin, inanılanın malvarlığı içerisinde yer alan bir özel malvarlığı oluşturduğunun kabul edilmesi halinde; inanan inanılana ikame değer iadesini talep edebilecek, inanılanın iflas etmesi halinde, ikame değer kendisine iadesini o değer üzerinde hak sahibi olması sebebiyle talep edebilecektir (ayırma hakkı). Yine aynı ikame ilkesinin uygulanacağı kabul edilirse, TBK m. 509'a gidilmesine de gerek kalmayacak zira özel malvarlığı aracılığıyla iktisap edilen değer, o malvarlığına ait bir hak sebebiyle iktisap edilen değer, bir malvarlığı değerinin zarara uğraması, tahrip edilmesi yahut bu değer elden alınması sebebiyle iktisap edilen değer inanılanın bu yönde iradesi aranmaksızın bu özel malvarlığına ait olacak inanan da bu değerlerin kendisine iadesini talep edebilecektir. (Fransız hukuku kapsamında aynı ikame ilkesinin bu şekilde uygulanacağı yönünde bkz. Reichard, O.: Die neue fiducie des französischen Code civil im Vergleich mit der deutschen Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, Baden-Baden 2013, s. 124; Kurtulan Güner, G.: Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 393, dn. 1528). Türk hukuku açısından, inançlı işlemin konusu olan değer bir özel malvarlığı teşkil ettiği ve bu bağlamda aynı ikame ilkesinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Kurtulan Güner, G.: Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 393. Ayrıca bkz. Kurtulan Güner, s. 393, dn. 1523 ve 1524'te sayılan yazarlar. Kanaatimizce, inanılana devredilen malvarlığının bir özel malvarlığı teşkil etmesi için bunun kanunda açıkça öngörülmesi gerekmektedir. Bu durumda, aynı ikame kuralının, inanılana devredilen malvarlığı değerinden/değerlerinden oluşan özel malvarlığında uygulanabilmesi için de kanunda pozitif bir dayanağın mevcut olması gerektiği fikrini taşımaktayız. Buna ilişkin özel bir düzenleme olmaması ihtimalinde; inanç sözleşmesi kapsamında, aynı ikame ilkesinin uygulanacağını kabul etmek için inanılanın menfaatinin gerçekten korunmasının gerekip gerekmediği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Çünkü, burada kanunun öngörmediği bir iktisap şekli dolayısıyla zedelenen hukuk güvenliği karşısında, inananın menfaati yer almaktadır. Bu sorunun cevabı ise tezimizin konusunun dışındadır. Dolayısıyla, bu noktada inançlı işlemlerde aynı ikame ilkesine inananın menfaatinin korunması için bir araç olarak başvurulabileceği yönünde bir görüş bulunduğunu belirtmekle yetiniyoruz. Bkz. Kurtulan Güner, G.: Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 393. Ayrıca bkz. Kurtulan Güner, s. 393, dn. 1523 ve 1524'te sayılan yazarlar.

İkinci durumda, bir kimseye ait iki farklı malvarlığı masası bulunmaktadır ve hem genel malvarlığı hem de özel malvarlığı aynı kişiye aittir. Örneğin, ön mirasçıda miras, onun genel malvarlığı yanında özel bir malvarlığı teşkil eder.

Üçüncü durumda ise kişinin genel malvarlığı yanında bir özel malvarlığı vardır fakat bu özel malvarlığı müşterek mülkiyete tabidir. Örneğin; birden fazla mirasçının mevcudiyetinde, mirasçıların hem kendi malvarlıkları (genel malvarlığı), hem de miras ortaklığı sebebi ile tek başlarına yönetemedikleri veya üzerinde tek başlarına tasarrufta bulunamayacakları özel bir malvarlığı bulunmaktadır.

İsviçre Medeni Kanun’unda (ZGB) düzenlendiği kabul edilen özel malvarlıkları şu şekildedir: Mal rejimleri kapsamında¹²⁶, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eşlerin kişisel malları (Art. 198 ZGB) ve edinilmiş malları (Art. 197

¹²⁶ Wolf, S.: *Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung*, ZBJV 136/2000, s. 241-288, s. 245; Hausheer, H. / Geiser, T./ Aebi-Müller, R. E.: *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat*, 5. Aufl., Bern 2014, s. 235, N. 12.26; Steck, D./ Fankhauser, R.: *Scheidung Band I: ZGB Band II: Anhänge Sechster Titel: Das Güterrecht der Ehegatten Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung*, 3. Aufl., Bern 2017, Art.196, s. 566, N. 5; Hausheer, H. / Geiser, T./ Aebi-Müller, R. E., *BK-Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten*, 1992, Art. 196 ZGB, s. 335, N.5; Aebi-Müller, R. E.: *Art. 196 ZGB*, Geiser, T./Fountoulakis, C. (Hrsg.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB*, 6. Aufl., 2018, N. 4 (BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 196 ZGB, N. 4), Rumo-Jungo, A.: *Art. 196 ZGB*, Breitschmid, P. /Rumo-Jungo, A. (Hrsg.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB*, 2. Aufl., 2012, N. 1 (CHK/Rumo-Jungo, 2012, Art. 196 ZGB, N. 1). Aksi görüş için bkz. Sutter-Somm, T. / Kobel, F.: *Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig*, FamPra.ch 2004, s. 776-810, s. 779.

ZGB); miras hukukunda¹²⁷ ön mirasçının mirası¹²⁸ (“*Erbschaft*”) (Art. 491 ZGB), terekenin vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından idaresinde olduğu gibi üçüncü kişi tarafından idare edilen tereke¹²⁹ (Art 517 ZGB, Art. 554 ZGB, Art. 602/3 ZGB) ve çocuğun serbestçe idare ettiği malvarlığı¹³⁰ (Art. 311 ZGB vd.).

Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) düzenlendiği kabul edilen özel malvarlıkları ise, ön mirasçının mirası¹³¹ (TMK m. 521, TMK m. 523), çocuğun serbest malları ve anne babasının idare ettiği malvarlığı¹³² (TMK m. 352, TMK m. 357), miras ortaklığında¹³³ (TMK m. 640) ve terekenin üçüncü kişi tarafından idare edildiği hallerde terekedir [TMK m. 550, 552, TMK m. 592 (terekenin resmen idaresi), TMK m. 640/3 (temsilci atanması)].

Alman hukukunda, özel malvarlığı (“*Sondervermögen*”¹³⁴), malvarlığının içerisinde dar bir alanı oluşturan ve belirli kriterlere göre sınırları çizilmiş, ekonomik gelişme

¹²⁷ Terekenin özel malvarlığı teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Terekenin mirasçının kendi malvarlığı ile birleştiği gerekçesiyle özel malvarlığı teşkil etmediğine dair görüş için bkz. Hürlimann-Kaup, B./Rumo-Jungo, A.: *Dingliche Surrogation bei Verfügungen des Miterben über Erbschaftsgegenstände*, Rumo-Jungo, A./ Pichonnaz, P./ Hürlimann-Kaup, B./ Fountoulakis, C. (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Festschrift für Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, s. 355-367, s. 357, <https://www.swisslex.ch/de/doc/bookdoc/8743281f-f552-4420-9ac0-14d8047c587c/search/123001077>, s.e.t. 12.10.2020. Aksi görüş için ise bkz. Druey, s. 171, Rn. 2; Lorandi, F.: *Erblasser, Erbengemeinschaft, Erbe(n) und Erbschaft als Schuldner*, AJP (Aktuelle Juristische Praxis) 2012 s. 1378- 1392, s. 1383.

¹²⁸ Hürlimann-Kaup/Rumo-Jungo, s. 362.

¹²⁹ BGE 79 II 113, E. 4, s. 115; Lötscher, C.: Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess Grundsätze, *Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen*, BSzR - Basler Studien zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 129, 2016, s. 425-449, s. 445, dn. 2308.

¹³⁰ Keller Marxer, s. 35.

¹³¹ Ayiter (Mamelek), s. 33; Serozan/Engin, s. 103, para. 111; Öztan, s. 309.

¹³² Ayiter (Mamelek), s. 33.

¹³³ Serozan, terekenin mirasçılarının kendi malvarlıkları ile birleştiği hallerde dahi terekenin özel malvarlığı teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Tek bir mirasçının kendi malvarlığı ile terekenin birleştiği hallerde de terekenin mirasın reddi süresi içerisinde özel malvarlığı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Serozan/Engin, s. 102, para. 110.

¹³⁴ von Tuhr, “*Sondervermögen*” yerine “*Sondergut*” terimini de kullanmaktadır. Bkz. von Tuhr (AT Bd. I), 1957, s. 330.

yetisini haiz haklar kümesi olarak tanımlanmaktadır¹³⁵. Özel malvarlığı nitelendirmesi, kişinin malvarlığının üçüncü kişiler tarafından idare edildiği hallerde ya da bazı kişi topluluklarına özgülenmiş malvarlığı bölümlerinde karşımıza çıkmaktadır¹³⁶. Örneğin; mal rejimlerinde ortaklık malları, kişisel mallar ve özel mallar (BGB §1416 vd.), miras hukukunda tereke (BGB § 1922), çocuğun anne-babanın idaresine tabi olmayan malvarlığı, aciz masası (InsO § 35), ortaklık malvarlığı (“*Gesellschaftsvermögen*”) (BGB § 718 vd.) özel malvarlığı olarak nitelendirilmektedir¹³⁷. Her ne kadar özel malvarlığı tüzel kişiliği haiz olmasa¹³⁸ da hak sahibi özel malvarlığına karşı borçlanabileceği gibi özel malvarlığına karşı talep hakkına da sahiptir¹³⁹. Mirasçının tereke için yaptığı masrafların terekeden karşılanabileceğine ilişkin BGB § 1978 (3) bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁴⁰.

c. Özel Malvarlığında İkame

Literatürde ikame olayının özel malvarlığında (“*die Surrogation bei Sondervermögen*”) ve münferit mallar [“*die Surrogation bei Einzelgegenständen*”]

¹³⁵ von Tuhr (AT Bd. I), 1957, s. 33

¹³⁶ Ennecerus/Nipperdey, BGB AT I, 1952, § 132 I, s. 559-560; Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 76.

¹³⁷ Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 76; MüKoBGB/Stresemann, 2018, BGB § 90, Rn. 44; Fritzsche, J.: BGB § 90, Hau, W./Poseck, R. (Hrsg.), BeckOK BGB Buch 1. Allgemeiner Teil, 56. Ed., 2020, Rn. 22 (BGB/Fritzsche, 2020, BGB § 90, Rn. 22).

¹³⁸ Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 78.

¹³⁹ Örn. bkz. BGB § 1978 Abs. 3: “*Aufwendungen sind dem Erben aus dem Nachlass zu ersetzen, soweit er nach den Vorschriften über den Auftrag oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen könnte*”. Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 78.

¹⁴⁰ Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 78. Özel malvarlığı, malvarlığına ilişkin tüm özellikleri haizdir. Haklardan oluşan bu malvarlığının bütünü hakkında borçlandırıci işlem yapılabileceği kabul edilmekte ise de tek bir tasarruf işlemi ile tamamında tasarrufta bulunmak söz konusu değildir. Bkz. Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 79. Hak sahibi ancak her bir hak üzerinde ayrı ayrı tasarrufta bulunabilmektedir. Bkz. Strauch, s. 81; MüKoBGB/Stresemann, 2018, BGB § 90, Rn. 42, 44. Bunun bir istisnasını BGB § 2033 uyarınca mirasçının payı üzerinde tasarruf edebilmesi oluşturmaktadır. Bkz. Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 79, MüKoBGB/Stresemann, 2018, BGB § 90, Rn. 44.

(Singularsurrogation)¹⁴¹”/ üzerinde gerçekleşeceği kabul edilmektedir¹⁴². Özel malvarlığı, hukuki ve fiili değişimlere tabi bir malvarlııdır¹⁴³. Malvarlığı değerlerindeki azalma veya artma şeklindeki değişimler; hukuki işlemlerle gerçekleşebileceğı gibi, başta mevcut olmayan fakat sonradan ortaya çıkan değer kazanımları (semerele) yolu ile de söz konusu olabilir¹⁴⁴. Bu değişimler ise özel malvarlığı aracılığı ile elde edilen kazanımların hangi malvarlığına tahsis edileceğı sorusunun sorulmasına sebep olmaktadır¹⁴⁵. Bu sorunun cevabı özellikle özel malvarlığının üçüncü kişiler tarafından idare edildiğı hallerde önem kazanmaktadır. Buna karşılık, kendi özel malvarlığını idare eden kişi için de bu kazanımın özel malvarlığına mı yoksa genel malvarlığına mı ait olacağı sorusunun cevabı da önem taşır. Kural olarak, bir kimsenin elde edeceği kazanımlar onun genel malvarlığına ait olur¹⁴⁶. Böyle bir durumda, özel malvarlığı değerinin sarfiyla elde edilen değerin kişinin genel malvarlığına tahsisi söz konusu olacağından, bu tahsis özel malvarlığının azalması sonucunu doğurabilir¹⁴⁷. İşte, aynı ikame ilkesi özel malvarlığı değerinin elden çıkarılması ile iktisap arasında illiyet bağı olduğu hallerde, malvarlığı değerinin sarfı ile oluşan bu boşluğun elde edilen değerle doldurulacağını öngörmek suretiyle özel malvarlığının korunmasına hizmet etmekte olup, elde edilen malvarlığı değerinin hangi malvarlığına ait olacağı sorusunun cevabını verir¹⁴⁸. Aynı ikame ilkesi ve özel malvarlığı arasındaki bağı sıkı

¹⁴¹ Wolf, 1976, s. 33.

¹⁴² Genner, s. 35.

¹⁴³ Oswald, s. 4.

¹⁴⁴ Oswald, s. 4.

¹⁴⁵ Oswald, s. 6.

¹⁴⁶ Genner, s. 35; Oswald, s. 6.

¹⁴⁷ Oswald, s. 6.

¹⁴⁸ Genner, s. 36; Oswald, s. 6; Gierke, s. 59-60; Schucan, s.81; Serozan/Engin, s. 103 para. 111. Her ne kadar Alman literatürü incelendiğinde güncel eserlerde aynı ikame (“dingliche Surrogation”) teriminin tercih edildiğı görülmekte ise de İsviçre doktrininde aynı ikame (“dingliche Surrogation”) ve malvarlığında ikame “vermögensrechtliche Surrogation” şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bu

olduğunu ileri sürenler, özel malvarlığının mevcudiyetinin aynı ikame ilkesinin uygulanması sonucunu doğuracağını savunmaktadırlar¹⁴⁹.

Özel rejime tabi olan ve özel malvarlığı olarak nitelendirilen malvarlıkları incelendiğinde bunların ortak noktalarının ekonomik bütünlüklerinin zarar görmeye müsait olmaları ve bu sebeple ek bir hukuki koruma tesisine ihtiyaç duymaları olduğu tespit edilmektedir. Nitekim, birden çok kişinin üzerinde elbirliği ile hak sahibi bulunduğu terekenin idaresi sırasında tereke unsurlarının tasarrufu neticesinde, mirasçıların veya tereke zilyetlerinin terekeden kendi malvarlıklarına katkı yapmaları ihtimali mevcuttur. Aynı şekilde, mal rejimlerinden mal ortaklığında, eşlerin kişisel mallarının sarfı neticesinde ortaklık mallarına kazandırmada bulunabilmeleri de mümkündür. Bunlara ek olarak, sadece hak sahiplerinin değil bunların alacaklıları üçüncü kişilerin de özel malvarlığındaki değişikliklere karşı korumaları ihtiyacı mevcuttur. İşte, aynı ikame uygulaması da bu özel malvarlığının bütünlüğünün korunması için bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁰. Bu koruma özel malvarlığı üzerinde hak sahibi olanlara özgü değildir. Wolf'a göre, özel malvarlığında aynı ikame kuralının uygulaması, özel malvarlığının sorumluluk masası olarak

ayrımı yapanlara göre, özel malvarlığında, malvarlığında ikame ilkesi ("vermögensrechtliche Surrogation") uygulama alanı bulmaktadır. Piotet, SPR Bd. IV/II, s.758, BSK/Forni/Piatti, 2006, Art. 599, N. 3. Özel malvarlığında aynı ikame ilkesinin uygulanacağı görüşündeki yazarlar için bkz. Serozan/Engin, s. 103, para. 111; Öztan, s. 309.

¹⁴⁹ Serozan/Engin, s. 104-105, para. 116. Aksi görüş için bkz. Ayiter (Mamelek), s. 78-79. Özel malvarlığından çıkan değerın yerine iktisap edilmesi olayını Ayiter, özel malvarlığına ait mallarla objektif olarak bağı bulunan hukuki sebeplere bağlamaktadır. Bkz. Ayiter (Mamelek), s. 79-80.

¹⁵⁰ Wolf, 1975, s. 711. Alman hukukunda aynı ikame ilkesi uygulamasına BGB § 718 (2)'de (ortaklık malvarlığı), BGB § 1473 (1)'de (mal rejimleri kapsamında ortaklık malları), BGB § 1638 (2)'de (çocuğun malvarlığının idaresine ilişkin olarak) ve BGB §§ 2019, 2041 ve 2111'de (miras ortaklığı) yer verilmektedir. Bkz. Wolf, 1975, s. 710 vd.; Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 80. BGB'nin 1646. paragrafına konu olan çocuğun malvarlığını, Strauch, çocuğun genel malvarlığı olarak nitelendirmekte olup BGB'nin 1638. paragrafında bahsi geçen ve çocuğun tek başına idare ettiği malvarlığını ise özel malvarlığı olarak nitelendirmektedir. Tüm bunlara ek olarak, çocuğun anne ve babası tarafından idare edilen malvarlığının, genel malvarlığı olması gerekçesiyle, aynı ikame ilkesinin genel malvarlığı bünyesindeki tek uygulama alanı olduğunu da belirtmektedir. Bkz. Strauch, s. 81.

korunmasına hizmet eder¹⁵¹. Alacaklı üçüncü kişi, bu malvarlığından çıkan değer yerine elde edilen değer yine bu malvarlığına dahil olması suretiyle korunur. Şöyle ki, verilen bir örneğe göre¹⁵², mirasçı görünen (B), terekeye ait bir hisse senedini paraya çevirip 30.000 Mark değerinde bir spor araba alır. Bu sırada (B)'nin değil (E)'nin gerçek mirasçı olduğu anlaşılır. BGB § 2019'e göre araba başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın tereke malı sayılmaktadır. Böylece (E), arabanın (B)'nin borçları sebebi ile icra takibine konu olması halinde ZPO § 771'e dayanarak davaya müdahil olabilmektedir¹⁵³. Böyle bir hüküm olmasaydı (E), (B)'ye karşı sadece BGB § 816 (1)'e dayanarak sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceken¹⁵⁴ (E), doğrudan BGB § 2019 uyarınca araba üzerinde hak sahibi olmaktadır. Bu düzenleme tereke alacaklısı için de diğer durumla karşılaştırıldığında daha avantajlı bir durumdur¹⁵⁵.

2. Münferit Objeler¹⁵⁶ Üzerinde İkame

Münferit obje (tek bir mal) üzerinde gerçekleşen ikameyi Ayiter gerçek ayni ikame olarak nitelendirmektedir¹⁵⁷. Münferit obje üzerinde gerçekleşen ikame [*“die Surrogation bei Einzelgegenständen (Singularsurrogation)”*], konusunun

¹⁵¹ Wolf, 1975, s. 711.

¹⁵² Wolf, 1975, s. 711.

¹⁵³ Wolf, 1975, s. 711.

¹⁵⁴ Wolf, 1975, s. 711.

¹⁵⁵ Wolf, 1975, s. 711. Ekonomik olarak artışa elverişli bir özel malvarlığı teşkil etmeyen terekenin (bkz. Wolf, 1975, s. 711) bu suretle korunarak azalmasının önlenmesi tereke alacaklılarının da yararınadır. Anlaşılacağı üzere, malvarlığı ve özel malvarlığı kavramları ile özel malvarlığı (ayni) ikame ilkesi ilişkisi, malvarlığının sadece aktiflerden oluştuğuna yönelik anlayış ve ayni ikame-malvarlığında ikame sınıflandırması haricinde Türk, İsviçre ve Alman hukuku bakımından ortaktır. Bu husus, İsviçre ve Türk eserlerinde ayni ikame kuralının açıklanmasında esasen Alman eserlerinden faydalanılmasından kolayca çıkarılabilmektedir.

¹⁵⁶ Bkz. Ayiter (Mamelek), s. 87.

¹⁵⁷ Ayiter (Mamelek), s. 86-87.

değişmesine rağmen hakkın, hak konusunun ikamesi olan yeni değer üzerinde devam etmesi anlamına gelir. Ayiter, aynı ikamenin normal hak kazanım yollarından ayrı bir iktisap şekli teşkil etmesinden dolayı aynı ikameyi şu şekilde tanımlamaktadır:

Aynı ikame, “... bir kimsenin mamelekenden kanunun tayin ettiği bir sebebe dayanarak çıkan bir değerini yine kanundan ötürü bir başka değer almasıdır.”¹⁵⁸

Münferit objeler üzerinde ikameye Türk Medeni Kanunumuzun 798. maddesi örnek olarak gösterilebilir. Buna göre, intifa hakkı, intifa hakkı konusu malın yok olması, harap edilmesi, kamulaştırılması halinde malike ödenen tazminat bedeli veya sigorta bedeli üzerinde devam edecektir. Bu hüküm olmasaydı intifa hakkı konusunun yok olması durumunda intifa hakkı sona erecekken¹⁵⁹, bu hak kanun uyarınca tazminat veya sigorta bedeli üzerinde devam etmektedir¹⁶⁰. Aynı şekilde, mehzar kanunda da (Art. 750 ZGB), intifa hakkının, intifa konusunun yok olması, kamulaştırılması halinde ödenen sigorta bedeli yahut tazminat bedeli üzerinde devam edeceği düzenlenmektedir. Bu madde de aynı ikame kuralı olarak literatürde kabul edilmektedir¹⁶¹. Benzer şekilde Alman hukukunda da alacak hakkı üzerinde bulunan intifa hakkının, borçlunun borcunu ödemesi halinde bu bedel üzerinde devam edeceği düzenlenmekte olup (BGB § 1075), bu da münferit mallar üzerinde

¹⁵⁸ Ayiter (Mamelek), s. 87.

¹⁵⁹ Sirmen, s. 327.

¹⁶⁰ Sirmen, s. 593.

¹⁶¹ Thurnherr, C.: Art 750 ZGB, Breitschmid, P. / Jungo, A.: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, 3. Aufl., 2016, N. 6 (CHK/ Christoph, 2016, Art. 750 ZGB, N. 3).

gerçekleşen aynı ikameye örnek olarak gösterilmektedir¹⁶². Açık arttırma yoluyla satışta da satış bedelinin esas malın yerine geçmesi, hakkın satış bedeli üzerinde devam etmesi olayı tek bir mal üzerinde aynı ikameye örnek olarak gösterilebilir¹⁶³.

C. Objektif İkame ve Subjektif İkame

Objektif ikame (“*objektive Surrogation*”), malvarlığını idare eden kişi ile o malvarlığı üzerinde hak sahibi olan kişinin farklı olduğu hallerde gerçekleşen ikame olayıdır¹⁶⁴. Hak sahibi dışında başka bir kimse tarafından idare edilen malvarlığının azalmalara karşı korunması icap etmektedir¹⁶⁵. Objektif ikamenin amacı da işte bu malvarlığının azalmalara karşı korunmasıdır¹⁶⁶. Bu ihtiyaç neticesinde uygulanan aynı ikame ilkesi¹⁶⁷ sonucunda bu malvarlığı aracılığıyla elde edilen kazanım malvarlığına ait olacaktır¹⁶⁸. Örneğin, çocuğun malvarlığının baba tarafından idare edildiği¹⁶⁹ ya da kadının şahsi malvarlığının (erkeğin yönetimine tabi olan) erkek tarafından yönetildiği durumlarda, çocuğa ya da kadına ait bu malvarlığından hukuki işlem yoluyla elde edilen kazanımın yine o malvarlığına tabi olacağına ilişkin hükümler ikamenin objektif formunu oluşturmaktadır.¹⁷⁰ İkamenin bu formunda, her

¹⁶² BeckOGK/Servatius, 2019, BGB § 1075, Rn. 2; BeckOK BGB/Reischl, 2020, BGB § 1075, Rn. 1, MüKoBGB/Pohlmann, 2020, BGB § 1075, Rn. 1; Wolf, 1976, s. 33.

¹⁶³ Wolf, 1976, s. 33. Münferit obje üzerinde aynı ikamenin bu şeklinin “*Erlössurogation*” şeklindeki ifadesi için bkz. Wolf, 1976, s. 33.

¹⁶⁴ Feist, s. 21; Spindler, s. 89; Lappe, W.: Aufrechnung bei Rechtsgeschäften mit Surrogation nach § 1381 BGB und verwandten Fällen des Familien- und Erbrechts, Köln 1938, s. 7.

¹⁶⁵ Feist, s. 21.

¹⁶⁶ Feist, s. 22.

¹⁶⁷ Feist, s. 21.

¹⁶⁸ Feist, s. 22; Spindler, s. 90.

¹⁶⁹ eBGB’de annenin çocuğun malvarlığını yönetim yetkisi bulunmamaktaydı. Bu sebeple, yazar, burada çocuğun malvarlığının baba tarafından yönetildiği hallerden bahsetmektedir. Bkz. Spindler, s. 89.

¹⁷⁰ Spindler, s. 89.

ne kadar malvarlığının idarecisi işlemi kendi adına yapmış olsa da o kısa süre için dahi hak sahibi olmaz ve malvarlığı üzerinde hak sahibi olan kişi kendisine devri için talepte bulunmasına da gerek kalmaz ¹⁷¹.

Sübjektif ikame (“*subjektive Surrogation*”) yani ikamenin sübjektif formu¹⁷² ise bir kimseye ait iki farklı malvarlığı masası bulunduğu takdirde karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki bir kimseye ait kanunda öngörülmüş olan iki farklı malvarlığı bulunmakta ise (bkz. “*Vorbehaltsgut*” ve “*Eingebrachte Gut*”) ve her iki malvarlığını da hak sahibi yönetiyorsa; elde edilen bir kazanımın hangi malvarlığına ait olacağı hukuki işlemle malvarlığı arasındaki ilişki dikkate alınarak tespit edilir¹⁷³. İkamenin sübjektif formunda, bir malvarlığı ile bağlantılı hak kazanımı, kanun gereğince yine bu malvarlığına ait olmaktadır¹⁷⁴. Bu halde, ikamenin objektif forumunda olduğu gibi iki farklı kişi arasındaki (malvarlığının asıl sahibi ve malvarlığının idarecisi) bağdan ziyade iki malvarlığı arasındaki bağdan söz edilebilmektedir¹⁷⁵. İkamenin sübjektif formunda ileri sürülen ve ulaşılmak istenen amacın genel malvarlığı yanında varlığını sürdüren özel malvarlığının mevcudiyetini ve diğerinden bağımsız olarak ekonomik gelişimini garantiye almak olduğunu belirtmektedir¹⁷⁶. Sübjektif ikamenin bir diğer amacının ise malvarlığının olağan idaresinin sağlanması olduğu belirtilmektedir¹⁷⁷.

¹⁷¹ Spindler, s. 94. Yazar, bu hukuki olayın, hukuken ilgi çekici bir olgu olmadığını sadece kanunda öngörülmüş hak kazanım şekillerinden biri olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Spindler, s. 94.

¹⁷² Spindler, s. 94; Lappe, s. 7.

¹⁷³ Feist, s. 20.

¹⁷⁴ Spindler, s. 96.

¹⁷⁵ Spindler, s. 96.

¹⁷⁶ Spindler, s. 96-97.

¹⁷⁷ Feist, s. 22; Lappe, s. 7.

D. Mutlak Etkili İkame ve Nispi Etkili İkame

İkame ilkesinin etkisine ilişkin olarak yapılan bir başka ayırım ise nispi etkili ikame (“*relativer Wirkung der Surrogation*” / “*schwächere Wirkung der Surrogation*”)¹⁷⁸ ve mutlak etkili ikamedir (“*absoluter Wirkung der Surrogation*” / “*stärkere Wirkung der Surrogation*”)¹⁷⁹. Nispi etkili ikamede, malvarlığı sahibi ikame değere ek olarak tazminat talebinde bulunabilirken, mutlak etkili ikamede kişi yalnızca ikame değer üzerinde hak sahibi olup başka bir talep hakkını haiz değildir¹⁸⁰. Buna göre, örneğin mirasçılarının tereke malının ikamesi yanında tazminat talebi gibi başka bir talepte daha bulunabileceği kabul edilmekte ise burada ikamenin nispi etkili olmasından, ikame değer yanında başka hiçbir talepte bulunamayacağı kabul edilmekteyse de burada ikamenin mutlak etkisinden söz edilir¹⁸¹.

II. Alman, İsviçre, Türk Hukukunda ve *Common Law* Ülkelerinde Ayni İkame İlkesine Genel Bakış

A. Alman Hukukunda Ayni İkame İlkesine Genel Bakış

1. Genel Olarak

BGB’de ayni ikame ilkesine dair bir tanımın yer almaması Alman literatüründe bu ilkeyi açıklamaya yönelik birden çok monografinin oluşturulmasına sebebiyet vermiştir. Bu eserler göz önüne alınarak yapılan inceleme sonucunda ayni ikame

¹⁷⁸ Beyer, s. 7; Welle, s. 14; Escher, Art. 599 ZGB, s. 364, N. 4; Genner, s. 40.

¹⁷⁹ Beyer, s. 7; Buhrow, G.: Die Surrogation im bürgerlichen Recht, Wittenberg 1923, s. 13 bkz. Welle, s. 14; Escher, Art. 599 ZGB, s. 364, N. 4; Genner, s. 40.

¹⁸⁰ Beyer, s. 7.

¹⁸¹ Escher, Art. 599 ZGB, s. 364. Genner’e göre ikame değer üzerinde hak sahibi olan kişinin buna ek bir talepte bulunup bulunamayacağı hususu ikamenin konusunu oluşturmamakta olup bu sebeple de bu ayırım ikame açısından değer arz etmemektedir. Bkz. Genner, s. 40.

prensibi; anlamı, işlevi-amacı, uygulama alanı, ikame olayının gerçekleşme biçimi ve etkisi olmak üzere beş farklı yönden ele alınarak açıklanabilir.

Ernst'e göre, ikame, bir şeyin yerini başka bir şeyin telafi etmesini sağlayan bir araçtır¹⁸². Bu mana, ona temel teşkil eden ve kaynağını müşterek hukuktan alan iki ilkedен çıkar: “*pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretii*”¹⁸³ ve “*surrogatum sapit naturam eius, rei in cuius locum surrogatum est*”¹⁸⁴. Feist'a göre aynı ikame ilkesi ise bir şeyin yerine başka bir malın kaim olduğunu (“*Ersatz*”) ya da bir hak veya hukuki işlem vasıtasıyla bir şeyin elde edildiğini anlatan bir değişten/sözden (“*eine Rede*”) başka bir şey değildir¹⁸⁵. Welle'ye göre ise aynı ikame ilkesinin anlamının ve fonksiyonunun belirlenmesi için iki durumun birbirinden ayırt edilerek incelenmesi gerekmektedir¹⁸⁶. Birinci durum, bir kimsenin kendi malvarlığı (“*eigenes Vermögen*”) yanında üçüncü bir kişiye ait bir özel malvarlığını (“*fremdes Vermögen*”) idare etmesi haliyken ikinci durum ise bir kimsenin kendine ait iki farklı malvarlığını (“*allgemeines Vermögen*”- “*Sondervermögen*”) idare etmesi halidir¹⁸⁷. İki durumda da aynı ikame

¹⁸² “*Surrogat ist ein Stoff, der als Ersatz an Stelle eines anderen tritt.*” Bkz. Ernst, s. 1.

¹⁸³ Windmüller, s. 2; Ernst, s. 2. Windmüller, aynı ikame ilkesinin temelini oluşturan bu ifadenin her şeyin üzerinde uygulanabilir tek ve genel bir prensip olmadığını, onun asıl şeyin bulunduğu yere göre değişen her bir hukuki durumda farklı anlamlar taşıyacağını ifade etmektedir. Bkz. Windmüller, s. 2. Burada yazarın “asıl şeyin bulunduğu yer” ile asıl şeyin dahil olduğu malvarlığından bahsettiği söylenebilir. Zira, yazar, aynı ikamesini incelerken, malvarlığı kavramının çeşitli türleri olabileceğinden bahsetmekte olup, bu ilkenin malvarlığı ile bağlantılı olarak iki farklı uygulama alanı olduğunu belirtmektedir. Bu ikili ayırım ise şu şekildedir: Kazanımın malvarlığı sahibince gerçekleştiği haller ve kazanımın malvarlığını idare eden tarafından elde edildiği haller. Bkz. Windmüller, s. 3. Yine yazara göre, aynı ikame ilkesinin amacı ve uygulanış şekli her ikisinde de farklılık arz etmektedir. İlkinde aynı kişiye ait iki malvarlığı bulunurken, ikincisinde ise bir malvarlığının sahibinden başka bir üçüncü kişi tarafından idare edilmesi durumu söz konusudur. Bkz. Windmüller, s. 8.

¹⁸⁴ Ernst, s. 2.

¹⁸⁵ Feist, s. 13-14.

¹⁸⁶ Welle, s. 16.

¹⁸⁷ Welle, s. 16.

(“*Surrogation*”) farklı anlamları haizdir¹⁸⁸. İlkinde, bir kimse üzerinde hak sahibi olmadığı bir malvarlığını idare etmektedir¹⁸⁹. Bu durumda (ayni) ikame bir hak kazanım yolu şeklinde tanımlanmakta, söz konusu iktisap şekli irade beyanına ve temsile ilişkin genel kurallara istisna teşkil etmektedir çünkü bir malvarlığını idare eden kimsenin kendi adına işlem yaparken, idare ettiği malvarlığına ait şeyler ile başka bir şey iktisap etmesi halinde, iktisap edilen unsurun onun şahsi malvarlığına girmesi gerekmekte iken kanun gereği bu tekrar kişinin idare etmekte olduğu özel malvarlığına girmektedir (Örn. bkz. BGB § 2019)¹⁹⁰.

İkincisinde ise bir kimseye ait iki farklı malvarlığı bulunmaktadır¹⁹¹. Bu ihtimalde, ikame ilkesi, iktisap edilen değer hangi malvarlığına gireceği yani onun genel malvarlığına mı yoksa özel malvarlığına mı ait olacağı sorusuna cevap verir¹⁹². Bu çerçevede ayni ikame ilkesi, bir malvarlığı değerinin hangi malvarlığı masasına ait olacağını belirleyen bir araç olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, ayni ikame ilkesinin ikinci durumdaki fonksiyonu tahsis fonksiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk durumdakinin aksine burada ayni ikame ilkesi temsile ve irade beyanına ilişkin genel hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmez¹⁹³.

¹⁸⁸ Welle, s. 16.

¹⁸⁹ Welle, s. 17. Örneğin; varsayılan/görünürde (“*vermeintliche*”) mirasçının idare ettiği tereke. Welle, s. 16.

¹⁹⁰ Welle, s. 17. Burada ayni ikame ilkesinin fonksiyonu, özel malvarlığının korunmasıdır. Welle, s. 17. Ayrıca belirtmek gerekir ki Alman hukukunda mülkiyet hakkının kazanımı yolları arasında ayni ikame, kanun dolayısıyla hak kazanım şekli olarak kabul edilmektedir. Wolf, M./ Wellenhofer, M.: Sachenrecht, 27. Aufl., 2012, §2, Rn. 1.

¹⁹¹ Welle, s. 17-18. Örneğin, ön mirasçı hem kendi malvarlığı üzerinde hem de -art mirasçıya devredilmek üzere ona bırakılan mirastan oluşan malvarlığı üzerinde hak sahibidir. Welle, s. 16.

¹⁹² Welle, s. 17-18.

¹⁹³ Welle, s. 17-18. Welle ile benzer görüşü savunan Windmüller de ayni ikame ilkesini incelerken bu ilkenin malvarlığı ile bağlantılı olarak iki farklı uygulama alanı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, bu ikili ayırım şu şekildedir: Kazanımın malvarlığı sahibince yapıldığı haller ve kazanımın malvarlığını idare eden tarafından yapıldığı haller. Windmüller, s. 3. Yine yazara göre, ayni ikame ilkesinin amacı ve uygulanış şekli her ikisinde de farklılık arz etmektedir. İlkinde aynı kişiye ait iki malvarlığı bulunurken, ikincisinde ise bir malvarlığının, bir üçüncü kişi tarafından idare edilmesi durumu söz

Bahsi geçen bu açıklamalar, aynı ikame ilkesinin özel malvarlığı kapsamındaki uygulama alanına ilişkindir. Aynı ikame ilkesinin açıklanmasına dair yapılan en geniş ve esas teşkil ettiği söylenebilecek bir diğer ayrım ise özel malvarlığında aynı ikame (“*Die dingliche Surrogation bei Sondervermögen*”)¹⁹⁴ ve münferit obje (tek bir mal) üzerinde gerçekleşen aynı ikamedir [“*Die dingliche Surrogation bei Einzelgegenständen*”¹⁹⁵ (*Singularsurrogation*)”]¹⁹⁶.

konusudur. Bu ayrım sebebi ile yazar aynı ikame ilkesinin iki farklı uygulama alanını ayrı ayrı incelemektedir. İlk uygulama alanında aynı ikame prensibi, malvarlığına dahil bir şeyin malvarlığından çıkması halinde onun yerine gelen şeyin yine aynı malvarlığına dahil olması anlamını taşımaktadır. Bkz. Windmüller, s. 8. Bir kişiye ait bir özel malvarlığı ile genel malvarlığı bulunduğu, kişinin iktisabının hangi malvarlığına ait olacağı tereddüt yaratabilir. Windmüller, s. 10. Bu ilkeye göre, özel malvarlığına ait bir hak aracılığıyla elde edilen kazanım yine özel malvarlığına dahil olur. Windmüller, s. 11. Bu ilke sayesinde birden fazla malvarlığına sahip kişinin özel malvarlığı korunmuş olurken; aynı zamanda kişinin özel malvarlığını yönetmesinin önünde de herhangi bir engel kalmamış olur. Burada yazar, küçüğün (“*filius familias*”) “askerlik hizmeti dolayısıyla elde ettiklerinden oluşan özel malvarlığına (“*peculium castrense*”)” ait bir şeyle ilgili satış sözleşmesi akdettiği durumda elde ettiği kazanımın, özel malvarlığına dahil olmaması halinde, onun bu özel malvarlığını idare etmesinin mümkün olmayacağını ve söz konusu malvarlığında azalmaya sebep olacağını belirtmiştir. (“*Peculium castrense*”nin Türkçe tanımı için bkz. Erdoğan, B.: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s. 54, dn. 105). Windmüller’e göre, kanunda öngörülen aynı ikame uygulaması her tür malvarlığı için geçerli değildir. Windmüller, s. 11. Bu ilke kişinin genel malvarlığından ayrılan ve sınırları belli özel malvarlığı hakkında uygulanır (Windmüller, s. 11) ve böylece, kişinin özel malvarlığını genel malvarlığından ayıran sınırı çizmek de aynı ikame ilkesinin bir diğer fonksiyonunu oluşturur. Windmüller, s. 12; Spindler, s. 81. Windmüller ayrıca, malvarlığının sahibinden bir üçüncü kişi tarafından yönetildiği hallerin aynı ikame ilkesinin bir diğer uygulama alanı oluşturduğunu belirtmektedir. Yazara göre, bu uygulama alanında aynı ikamenin genel malvarlığının özel malvarlığından ayrılması gibi bir işlevi söz konusu değildir. Bu hallerde aynı ikame ilkesi, malvarlığı sahibinin, üçüncü kişinin malvarlığını yönetimi vasıtasıyla nasıl kazanım elde ettiği sorusuna cevap verir. Böylece, aynı ikamenin bir diğer fonksiyonu da üçüncü kişi tarafından yönetilen bir malvarlığının, o malvarlığının sahibi üzerinde ne tür hukuki sonuçlara yol açacağı sorusunu cevaplamak olarak ortaya çıkar. Windmüller, s. 23. Windmüller’in vurguladığı bir diğer husus ise aynı ikame ilkesinin kanundaki farklı uygulama alanlarına bakıldığında neyin ikame olarak kabul edileceği sorusunun her bir uygulama alanı için ayrı ayrı sorulacağıdır. Kanun koyucu, neyin ikame olarak kabul edileceği sorusuna nesnel bakış açısıyla, bu soruya özel malvarlığı aracılığı ile ne elde edilmişse, onun yine bu özel malvarlığına ait olacağı şeklinde cevap vermektedir. Yazar, özel malvarlığının malvarlığı sahibince idare edildiği hallerde ise özel malvarlığı ile bağlantılı bir hukuki işlem sonucunda ne elde edilmişse onun ikame olarak kabul edileceğini ve söz konusu kazanımın bu özel malvarlığına ait olacağını ileri sürmektedir. Windmüller, s. 13. Windmüller’e göre, malvarlığı kimin tarafından yönetilirse yönetilsin onun korunması aynı ikame ilkesinin tek ve değişmeyen amacıdır. Genner, s. 15. Aynı görüşteki Lindenberg’e göre de aynı ikame ilkesi bir malvarlığının dağılmasını önlemeye yarayan bir araçtır. Bu şekilde kendi malvarlığını yöneten ya da malvarlığı yetkili ya da yetkisiz olarak üçüncü kişi tarafından idare edilen kişi korunmuş olur. Lindenberg, s. 24.

¹⁹⁴ Löhnig, s. 990.

¹⁹⁵ Bkz. Ayiter (Mamelek), s. 87.

¹⁹⁶ Wolf, s. 33.

Özel malvarlığında aynı ikamenin; özel malvarlığı niteliği taşıyan tereke, çocuğun malvarlığı, kişisel mallar gibi malvarlıklarında uygulanacağı kabul edilmekte olup, bu da aynı ikame ilkesinin ilk grubunu oluşturmaktadır¹⁹⁷.

Doktrinde, aynı ikame ilkesinin tek bir mal üzerinde de uygulanacağı BGB'nin ilgili paragrafları göz önüne alındığında kabul edilmektedir¹⁹⁸. Üzerinde intifa hakkı bulunan alacak hakkının borçlu tarafından ifa edilmesi halinde, hak sahibinin ve intifa hakkı sahibinin haklarının otomatik olarak ifa konusu değer üzerinde devam edeceğini düzenleyen BGB § 1075, tek bir mal üzerinde aynı ikame ilkesi uygulamasına örnek olarak verilmektedir¹⁹⁹. İfanın mümkün olmadığı hallerde, BGB § 1074 gereğince intifa hakkının ikame değer olan tazminat üzerinde devam etmesi hali de tek bir üzerinde aynı ikame ilkesi uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁰. Aynı durum, alacak hakkı üzerinde rehin hakkı tanınması halinde de söz konusu olmaktadır. Şöyle ki, BGB § 1287 gereğince ve bu maddede düzenlenen aynı ikame ilkesi sonucu, borçlunun borcunu ifa etmesi halinde, ifa konusu değer,

¹⁹⁷ Wolf, M.: *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, JuS 1975, s. 710-717, s. 711 (Wolf, 1975, s. 711); Löhnig, s. 990; Stieper, M.: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1. Allgemeiner Teil, §§ 90-124; §§ 130-133, 2017, BGB § 90, Rn. 80 (Staudinger /Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 80).

¹⁹⁸ Wolf, 1976, s. 33; Löhnig, s. 990; Reischl, K.: BGB § 1075, Hau, W. /Poseck, R. (Hrsg.), BeckOK BGB Buch 3 Sachenrecht, 54. Ed., München 2020, Rn. 1 (BeckOK BGB/Reischl, 2020, BGB § 1075, Rn. 1); Servatius, W.: BGB § 1075, Gsell, B. / Krüger, W. / Lorenz, S. / Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Reymann, C. (Hrsg.), Buch 3 Sachenrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2019, Rn. 2 (BeckOGK/Servatius, 2019, BGB § 1075, Rn. 2); Pohlmann, P.: BGB § 1075, Gaier, R. (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 8: Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 8. Aufl., München 2020, Rn. 1 (MüKoBGB/Pohlmann, 2020, BGB § 1075, Rn. 1).

¹⁹⁹ BeckOGK/Servatius, 2019, BGB § 1075, Rn. 2; BeckOK BGB/Reischl, 2020, BGB § 1075, Rn. 1, MüKoBGB/Pohlmann, 2020, BGB § 1075, Rn. 1.

²⁰⁰ Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich III. Band Sachenrecht herausgegeben und bearbeitet von B. Mugdan, Berlin 1899, s. 306, https://collections.thulb.uni-jena.de/servlets/MCRFileNodeServlet/HisBest_derivate_00010710/Band%203.pdf, s.e.t. 07.07.2020. BeckOGK/Servatius, 2019, BGB § 1074 Rn.7, MüKoBGB/Pohlmann, 2020, BGB § 1074, Rn. 2.

kanun gereği otomatik olarak, rehin hakkı ile yüklenir²⁰¹. Bu hüküm uyarınca, alacak hakkı üzerinde rehin hakkını haiz üçüncü kişinin bu hakkı, ifa konusu şey üzerinde devam eder. Burada amaç, alacak hakkı üzerinde rehin hakkı sahibini korumaktır²⁰². Aksi durumda BGB § 362 uyarınca alacağın ifası ile sona erecek olan rehin hakkının, bu hükümle yeni değer üzerinde devamı sağlanmış olmaktadır²⁰³. Örneğin, ortaklık hissesi üzerinde rehin hakkı sahibi olan üçüncü kişinin bu hakkı, ortaklıktan ayrılan ortağın bu sebeple alacağı tazminat üzerinde devam etmektedir²⁰⁴.

İntifa hakkının ve rehin hakkının ifa konusu değer üzerinde devamını öngören ve tek bir değer üzerinde uygulanan ayni ikame kuralının amacı, aynı özel malvarlığının muhafazasında olduğu gibi, ayni hak sahiplerinin korunan değerlerinin hukuki değişikliklere karşı korunmasına devam edilmesi ve bunun garanti altına alınmasıdır²⁰⁵.

Ayni ikame ilkesinin uygulanma alanına ek olarak, doktrinde, ayni ikame olayının *gerçekleşme biçimi* de -BGB'nin ilgili maddeleri göz önüne alınmak suretiyle- ele alınmaktadır. Buna göre, ayni ikame olayı, malvarlığına ait bir hak sebebiyle ya da malvarlığına ait bir şeyin tahribi, zarar görmesi ya da elden alınması suretiyle bir

²⁰¹ Henn, A.: BGB § 1287, Gsell, B. / Krüger, W. / Lorenz, S. / Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Reymann, C. (Hrsg.), Buch 3 Sachenrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2020, Rn. 2 (BeckOGK/Henn, 2020, BGB § 1287, Rn. 2); Schärfl, C.: BGB § 1287, Hau, W./Poseck, R. (Hrsg.), BeckOK BGB Buch 3. Sachenrecht, 54. Ed., München 2020, Rn. 2 (BeckOK BGB/Schärfl, 2020, BGB § 1287, Rn. 2); Berger, C.: BGB § 1287, Berger, C./ Mansel, H.-P./Stadler, A./Stürner, R./Teichmann, A. (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch BGB mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, 17. Aufl., 2018, Rn. 2 (Jauernig/Berger, 17. Aufl., 2018, BGB § 1287, Rn. 2); Damrau, J.: BGB § 1287, Gaier, R. (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 8 Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 8. Aufl., München 2020, Rn. 1 (MüKoBGB/Damrau, 8. Aufl., 2020, BGB § 1287, Rn. 1).

²⁰² BeckOGK/Henn, 2020, BGB § 1287, Rn. 2.

²⁰³ Wolf, 1976, s. 33; BeckOGK/Henn, 2020, BGB § 1287, Rn. 2.

²⁰⁴ BeckOGK/Henn, 2020, BGB § 1287, Rn. 17.

²⁰⁵ Wolf, 1976, s. 34.

değer iktisap edildiğinde yahut malvarlığı ile bağlantılı bir hukuki işlem sonucunda bir kazanım elde edildiğinde vuku bulmaktadır²⁰⁶. Aynı ikame olayı bir de malvarlığı değerleri aracılığı ile değerler iktisap edilmesi durumunda gerçekleşmektedir²⁰⁷.

Aynı ikame olayının *etkisi* doktrinde ayrıca incelenmektedir. Feist, aynı ikame ilkesindeki ayniliğin, onun aynı etki doğurmasından kaynaklandığını ifade etmektedir²⁰⁸. Bu aynı etki doğrudan, zamansal bir aralık olmaksızın veya herhangi bir tasarruf işlemine gerek kalmaksızın kanun gücüyle doğmaktadır²⁰⁹. Aynı şekilde, Lindenberg kendi malvarlığını yöneten ya da malvarlığı yetkili ya da yetkisiz olarak üçüncü kişi tarafından idare edilen kişinin aynı ikame kuralının uygulanması suretiyle korunduğunu²¹⁰ ve bu korumanın; dolaysız ve üçüncü kişilerin iştirakine gerek kalmaksızın doğan aynı etkiye dayandığını belirtmektedir²¹¹. Bu dolaysız etki, özellikle malvarlığı üçüncü kişi tarafından idare edilen hak sahibi için önem ihtiva eder. Spindler, aynı ikamenin objektif formunda kazanımın malvarlığına doğrudan ait olacağını belirtmektedir²¹². Dolayısıyla, başka bir kimsenin üzerinde hak sahibi olduğu malvarlığını idare eden kişi, her ne kadar işlemi kendi adına yapsa da kanun gereği kısa süre için dahi bunun hukuki etkileri kendi üzerinde doğmamakta olup malvarlığının asıl sahibi, hakkın kendisine devri

²⁰⁶ Feist, s. 16. Bkz. eBGB'nin 1370.,1473.,1524. ve 1638. paragrafları. Bkz. Reichsgesetzblatt 1896, S. 195, Nr. 21, ausgegeben am 24. 08. 1896, in Kraft seit 01. 01. 1900 (1. Fassung- Reichsgesetzblatt 1896, S. 195, Nr. 21, ausgegeben am 24. 08. 1896, in Kraft seit 01. 01. 1900); Spindler, s. 96.

²⁰⁷ Feist, s.16. bkz. eBGB'nin 1381.,1646., 2019. ve 2011. paragrafları. Bkz. Reichsgesetzblatt 1896, S. 195, Nr. 21, ausgegeben am 24. 08. 1896, in Kraft seit 01. 01. 1900 (1. Fassung- Reichsgesetzblatt 1896, S. 195, Nr. 21, ausgegeben am 24. 08. 1896, in Kraft seit 01. 01. 1900).

²⁰⁸ Feist, s. 14.

²⁰⁹ Feist, s. 14.

²¹⁰ Lindenberg, s. 24.

²¹¹ Lindenberg, s. 24, 25.

²¹² Spindler, s. 90.

için talepte bulunmaksızın iktisap edilen değeri haiz olur²¹³. Daha önce de belirtildiği üzere, burada dikkat edilmesi gereken husus, malvarlığına ilişkin hukuki işlemin idare eden tarafından ve kendi adına yapılmasıdır²¹⁴. Hukuki işlem, malvarlığı sahibi adına yapılmaktaysa hukuki işlemin sonuçları doğrudan temsil kuralları uyarınca - ayni ikame ilkesi uygulama alanı bulmaksızın- temsil olunanın üzerinde doğar²¹⁵. Her ne kadar burada bahsi geçen hukuki sonuca sebep olan işlem doğrudan temsille yapılmamakta ise de doğan sonuçlar onunla aynıdır²¹⁶.

Ayni ikame prensibinin ancak kanunda öngörülen durumlarda uygulama alanı bulacağının ileri sürülmesinin sebebini²¹⁷ temsile ilişkin genel kurallara aykırılık teşkil etmesi ve tahsis iradesi olmaksızın iktisap edilen değer belirlenilen bir malvarlığı masasına özgülenmesinin oluşturduğu söylenebilir. Öyle ki, kıyas yolu ile dahi bu prensibin uygulama alanının genişletilemeyeceği belirtilmektedir²¹⁸. BGB’de ayni ikame ilkesine ilişkin farklı düzenlemeler sebebiyle de bu ilkenin her bir olay için uygulanabilen genel bir kural olmadığı kabul edilmektedir²¹⁹.

²¹³ Spindler, s. 94. Yazar bu hukuki olayın hukuken ilgi çekici bir olgu olmadığını, sadece kanunda öngörülmüş hak kazanım şekillerinden biri olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Spindler, s. 94.

²¹⁴ Spindler, s. 91

²¹⁵ Spindler, s. 91; Windmüller, s. 26.

²¹⁶ Spindler, s. 91. Spindler, doğrudan temsilde aranan temsil edenin temsil iradesinin varlığının bahsi geçen durumda bulunmamasını ve buna rağmen iki farklı işleme aynı sonucun bağlanmasını çelişkili bulmaktadır. Bkz. Spindler, s. 91. Bununla birlikte Windmüller, ayni ikame ilkesinin uygulanmasına, bu şekilde gerçekleştirilen hukuki işlem sonucunda hak sahibinin dolaylı temsilci (malvarlığını yöneten üçüncü kişi) olması ve malvarlığı sahibinin de bu kişiye karşı ileri sürebileceği borçlar hukukundan doğan bir talep hakkının olmasını, malvarlığı başka biri tarafından idare edilmekte olan kişiyi bahsi geçen sebeple zayıf duruma düşürebileceği gerekçesi ile kanun koyucunun cevaz verdiğini ifade etmektedir. Windmüller, s. 27. Dolaylı temsil sonucu hakkın doğrudan malvarlığı sahibine değil de hukuki işlemi yapan malvarlığı idarecisine ait olması kuralen ve bu hakkın malvarlığı sahibine devri için tasarruf işlemi yapılması gerekirken; ayni ikame ilkesi uyarınca, doğrudan (Windmüller, s. 27) ve kanunen (Windmüller, s. 28) başka bir devir işlemine gerek kalmaksızın malvarlığından çıkan şeyin yerini onun karşılığında elde edilen şeyin alması (Windmüller, s. 27) ve hakkın dolaylı temsil olunan kişiye geçmesi (Windmüller, s. 28) gerçek hak sahibini korumaktadır.

²¹⁷ Feist, s. 13; Lindenberg, s. 59.

²¹⁸ Feist, s. 13; Beckmann, s. 3; Lindenberg, s. 59.

²¹⁹ Her bir olay için uygulanabilir geçerli bir prensip olmadığına ilişkin görüşler için bkz. Feist, s. 13. Windmüller, s. 8; Lindenberg, s. 11; Consmüller, s. 3.

Ayni ikame ilkesinin açıklanmasına ilişkin Alman literatürü incelemesi ile elde ettiğiniz sonuçlar ise özetle şunlardır: 1. Ayni ikame ilkesi ancak kanunda öngörüldüğü durumlarda uygulanabilir²²⁰. 2. Ayni ikame ilkesinin kıyasen uygulanamayacağına ilişkin görüşler mevcuttur²²¹. 3. Ayni ikame ilkesinin BGB'de (aile hukukuna ve miras hukukuna ilişkin birden çok hükmünde) düzenlenmiş olduğu gerekçesiyle ayni ikame ilkesinin tek ve genel, her olayda uygulanabilir bir ilke olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği vardır²²². 4. Malvarlığı ile ayni ikame ilkesi doğrudan ilişkilidir. 5. Ayni ikame ilkesinin -malvarlığı ile bağlantılı olarak- uygulama alanını malvarlığının hak sahibi tarafından yönetildiği haller ve malvarlığının üçüncü kişi tarafından yönetildiği haller oluşturmaktadır. Her iki uygulama alanı için ayni ikame ilkesinin anlamı ve fonksiyonu farklılık arz etmektedir. Birincisinde, ayni ikame prensibi bir değer için hangi malvarlığı masasına tahsis edileceğinin tespitine ve malvarlığı masasının olağan idaresini sağlamaya yararken; ikincisinde ise malvarlığındaki azalmaların önüne geçerek malvarlığının korunmasına hizmet eder. 6. Ayni ikame olayı BGB'de öngörüldüğü üzere farklı yollardan gerçekleşebilir. Ayni ikame olayı, malvarlığına ait bir hak dolayısıyla, malvarlığı ile bağlantılı bir hukuki işlem aracılığı ile malvarlığına ait bir değer için tahrip olması, yok olması veya elden alınması ile veya malvarlığına ait değerler aracılığı ile ve hukuki işlemle vuku bulabilir²²³. 7. Malvarlığından çıkan değer için yerine diğerinin geçmesi için herhangi bir devir işlemine gerek yoktur. Bu kazanım

²²⁰ Feist, s. 13; Beckmann, s. 3; Lindenberg, s. 59.

²²¹ Feist, s. 13; Beckmann, s. 3; Lindenberg, s. 59.

²²² Feist, s. 13. Windmüller, s. 8; Lindenberg, s. 11; Consmüller, s. 3.

²²³ Spindler, s. 96; Feist, s. 16.

dolaysız ve ek başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın gerçekleşir. 8. Aynı ikame ilkesi yalnızca özel malvarlığında değil ayrıca tek bir değer üzerinde de gerçekleşebilir.

2. BGB'nin İlgili Hükümlerinin Kaleme Alınma Şekli Esas Alınarak Alman

Doktrinde Yapılan Ayrım

BGB'nin ilgili hükümlerinin kaleme alınma şekli esas alınarak Alman doktrinde yapılan ayrıma göre aynı ikame olayı; *hak sebebiyle ikame*²²⁴, *tazmine dayanan ikame*²²⁵, *malvarlığı aracılığı ile ikame*²²⁶ ve *bağa dayanan ikame*²²⁷ olmak üzere dört ayrı şekilde gerçekleşir²²⁸. Bu ayrıma göre; aynı ikame olayı, bir hak aracılığı ile gerçekleşmekteyse, doktrinde aynı ikamenin bu şekline *hak sebebiyle ikame* denilmektedir (*“Rechtssurrogation”*)²²⁹. Şayet, ikame olayı malvarlığına ait bir şeyin

²²⁴ Bkz. BGB § 1418 2. (3) “zu seinem Vorbehaltsgut **gehörenden Rechts**”; BGB § 2041 “zum Nachlass **gehörenden Rechts**”; BGB § 2111 (1) “Zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft **gehörenden Rechts**”.

²²⁵ Bkz. BGB § 1418 2. (3) “oder **als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung** eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Gegenstands “; BGB § 2041 “oder **als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung** eines Nachlassgegenstands”; BGB § 2111 (1) “oder **als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung** eines Erbschaftsgegenstands “.

²²⁶ Bkz. BGB § 1646 (1) “Erwerben die Eltern **mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen**”; BGB § 2111 (1) “**durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft** erwirbt”; BGB § 2019 (1) “was der Erbschaftsbesitzer durch **Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt**.”

²²⁷ Bkz. BGB § 1418 2. (3) “oder durch **ein Rechtsgeschäft erwirbt**, das sich auf das Vorbehaltsgut **bezieht**.”; BGB § 2041 “**durch ein Rechtsgeschäft** erworben wird, das sich auf den Nachlass **bezieht**”.

²²⁸ Devetzis, s. 115-117; Menken, s. 24-27; Wolf, 1975, s. 710, 712-714; Stiebitz, H.: Die Surrogation im Erbrecht, Erlangen 2006, s. 76; Kilian, T.: Die dingliche Surrogation von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht, München 2011, s. 30-31; Coester-Waltjen, s. 24-25.

²²⁹ Wolf, M.: BGB § 2041, Damrau, J. (wiss. Red.) / Siebert, W./Baur J.F.(Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Soergel BGB Band 21, Erbrecht 1: §§ 1922-2063 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2002, Rn. 4 (Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 4); Schütte, B.: BGB § 2041, Herberger, M. / Martinek, M. / Rüßmann, H. / Weth, S./ Würdinger, M. (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB (jurisPKBGB) Bd.5- Erbrecht (Online-Kommentar), 8. Aufl., 2017, Rn. 2 (jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 2); Löhnig, M.: BGB § 2041, Baldus, C. (Red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 5: Erbrecht: §§ 1967-2063 (Rechtsstellung des Erben), 2020, Rn. 3 (Staudinger/Löhnig, 2020, BGB § 2041 Rn. 3); Flechtner, U.: BGB § 2041, Burandt, W./ Rojahn, D. (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare 10. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Buch 5. Erbrecht, 3. Aufl., München 2019, Rn. 6 (Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2041, Rn. 6); Lohmann, I.: BGB § 2041, Bamberger, H. G./ Roth, H./Hau, W./ Poseck, R. (Hrsg.), Beck'sche Online-Kommentare Buch 5. Erbrecht, 54. Ed., München 2020, Rn. 2 (BeckOK BGB/Lohmann, 2020, BGB § 2041, Rn. 2); Rißmann, S.: BGB § 2041, Damrau, J. /Tanck, M. (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., 2020, Rn.3; Krug, W.: Die dingliche Surrogation bei der

zarar görmesi, ortadan kalkması veya elden alınması sonucunda elde edilen tazminat vasıtasıyla gerçekleşmekteyse, buna *tazmine dayanan ikame* (“*Ersatzsurrogation*”) ²³⁰ adı verilmektedir. Eğer bu olay, malvarlığı ile iktisap arasındaki bağ dolayısıyla ve hukuki işlem aracılığı ile gerçekleşmişse buna *bağa dayanan ikame* (“*Beziehungssurrogation*”²³¹) denilmektedir. İkamenin malvarlığına ait kaynakların kullanılması yoluyla gerçekleştiği hallerde buna da *malvarlığı aracılığı ile ikame* (“*Mittelsurrogation*”) adı verilmektedir.²³²

Hak sebebiyle ikamede (“*Rechtssurrogation*”), özel malvarlığına ait bir hak dolayısıyla bir kazanım elde edilmekte olup bu kazanım kanun gereğince doğrudan özel malvarlığına ait olmaktadır. Örneğin, özel malvarlığına ait bir alacak hakkının karşılığını oluşturan şeyin doğrudan yine bu özel malvarlığına ait olması, hak sebebiyle ikamedir²³³. Aynı şekilde, özel malvarlığına dahil olan taşınmaz rehninin konusunu oluşturan şeyin satılması ve rehin hakkının karşılığını oluşturan değer doğrudan ve başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın yine bu özel malvarlığına dahil

Miterbengemeinschaft, ZEV 1999, s. 381-384, s. 381; Ann, C.: Die Erbengemeinschaft, Köln Berlin Bonn München 2001, s. 103[Ann (Die Erbengemeinschaft), s.103]. Menken, ikamenin bu şekline ve ikamenin tazminata dayanan haline (“*Ersatzsurrogation*”) kanundan kaynaklanan ikame (“*gesetzliche Surrogation*”) adını da vermektedir. Bkz. Menken, s. 25.

²³⁰ Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 5; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 2; Staudinger/Löhnig, 2020, BGB § 2041 Rn. 4; Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2041, Rn. 8; BeckOK BGB/Lohmann, 2020, BGB § 2041, Rn. 2; Rißmann, BGB § 2041, Rn. 4, Krug, s. 381; Ann (Die Erbengemeinschaft), s. 104.

²³¹ Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 7; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 12; Staudinger/Löhnig, 2020, BGB § 2041 Rn. 8; Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2041, Rn. 10; BeckOK BGB/Lohmann, 2020, BGB § 2041, Rn. 3; Rißmann, BGB § 2041 Rn. 5; Ann (Die Erbengemeinschaft), s.105; Russmann, “*Beziehungssurrogation*” yerine “*Beziehungsklausel*” terimini tercih etmektedir. Bkz. Russmann, s. 103.

²³² Hoeren, T.: BGB § 2019, Schulze, R. (Schriftleitung)/ Dörner, H./ Ebert, I./ Hoeren, T./ Kemper, R./ Saenger, I./ Scheuch, A./ Schreiber, K./ Schulte-Nölke, H./ Schulze, R./ Staudinger, A./ Wiese, V., Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Aufl., 2019, Rn. 2 (HK-BGB/Hoeren, BGB § 2019, Rn. 2); Krug, s. 381.

²³³ Wolf, 1975, s. 713.

olması da bu kategori altında değerlendirilir²³⁴. Terekeye ait bir malın miras bırakan tarafından ölümünden önce²³⁵ kiraya verilmiş olması ihtimalinde kullanımın karşılığını oluşturan ve doğmuş kira alacağının, sonradan ifa edilmesi halinde de BGB § 2041 uyarınca bu bedel doğrudan terekeye ait sayılır²³⁶. Burada, alacak hakkı dolayısıyla bir kazanım elde edilmesi gerekçesiyle, aynı ikame olayının hak sebebiyle gerçekleştiği söylenebilir.

Aynı ikamenin bir diğer alt kategorisini ise *tazmine dayanan ikame* oluşturur. Tazmine dayanan ikame ("*Ersatzsurrogation*"), özel malvarlığına ait bir değerın zarar görmesi, ortadan kalkması veya elden alınması sonucu elde edilen tazminatın doğrudan özel malvarlığına ait olmasının düzenlendiği hallerde mevcuttur²³⁷. Bunun kapsamına – hakkın kanundan ya da sözleşmeden doğup doğmadığı fark etmeksizin- maddi tazminat, sözleşme masraflarının tazmini, kamulaştırma tazminatı, sebepsiz zenginleşme talepleri sonucu elde edilen değerler de girmektedir²³⁸.

Hukuki işlemle gerçekleşen aynı ikame ise iki farklı şekilde/kategoride karşımıza çıkmaktadır: 1. Malvarlığı aracılığıyla ikame ("*Mittelsurrogation*") 2. Bağı dayanan ikame ("*Beziehungssurrogation*"). *Malvarlığı aracılığı ile ikame*, özel malvarlığına ait kaynakların kullanılması ile gerçekleşir. Buradaki belirleyici hususu, şeyin

²³⁴ Ancak bu özel malvarlığına dahil bir hakkın devri sonucu elde edilen kazanım, hak sebebiyle gerçekleşen ikame yerine hukuki işlemden kaynaklanan ikamenin bir sonucudur. Bkz. Wolf, 1975, s. 713.

²³⁵ Bu noktada belirtmek gerekir ki, yararlanılan kaynaktan bu ifade yer almamışsa da bu ifadeye ayrıca yer verilmesinin sebebi, miras bırakanın ölümünden sonra kiraya verme işleminin gerçekleşmiş olması halinde burada hak sebebiyle ikamenin değil, hukuki işlemten kaynaklanan aynı ikamenin söz konusu olacağı kanaatini taşımakta olmamızdır.

²³⁶ Krug, s. 381.

²³⁷ Wolf, 1975, s. 713.

²³⁸ Wolf, 1975, s. 713.

(“Mittel”) menşei oluşturmaktadır²³⁹. Örneğin; satış sözleşmesine konu olan malın kaynağını özel malvarlığının oluşturduğu hallerde, aynı ikame olayı, malvarlığı aracılığı ile gerçekleşmiş sayılmaktadır²⁴⁰. Daha da somutlaştırmak gerekirse, çocuğun malvarlığının idaresinde, aynı ikame olayını düzenleyen BGB § 1646’da anne-babanın, çocuğun malvarlığına ait bir mal karşılığında bir taşınır mal elde etmeleri halinde, elde edilen bu taşınıra ilişkin mülkiyet hakkının doğrudan çocuğun malvarlığına ait olacağı düzenlenmektedir. Yine, tereke zilyedinin, tereke aracılığı ile elde ettiği değer, terekeye dahil olacağını düzenleyen BGB § 2019 ve ön mirasçının tereke aracılığı ile elde ettiği kazanımın terekeye gireceğini düzenleyen BGB § 2011, aynı ikamenin malvarlığı aracılığı ile gerçekleştiği hallere örnek olarak gösterilebilmektedir.

Son olarak *bağa dayanan ikameden* bahsetmek gerekirse, bu halde ikame olayının *malvarlığı ile bağlantılı bir hukuki işlem* neticesinde gerçekleşmekte olduğu ifade edilebilir²⁴¹. BGB § 2041; BGB § 2019 ve BGB § 2111’den farklı olarak, *tereye ile bağlantılı* hukuki işlemlerle *işlemler ne elde edilmişse bunların* yine terekeye ait olacağı şeklinde kaleme alınmıştır. Benzer şekilde, BGB § 1418’de *eşin kişisel malları ile bağlantılı* hukuki işlemlerle iktisap ettiklerinin kişisel mallara ait olacağı düzenlenmektedir. İlgili hükümlerde bu bağlantı/bağ ile neyin kastedildiği ise açıklanmamaktadır. Buna ilişkin olarak, öğretide²⁴² ve yargı kararlarında²⁴³, subjektif

²³⁹ Wolf, 1975, s. 713.

²⁴⁰ Wolf, 1975, s. 713.

²⁴¹ Bkz. BGB § 2041, “oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich **auf den Nachlass bezieht**, gehört zum Nachlass”.

²⁴² Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 7; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 12; Staudinger/Löhnig, 2020, BGB § 2041 Rn. 10, 12; BeckOK BGB/Lohmann, 2020, BGB § 2041, Rn. 3; Russman, s. 104.

²⁴³ BGH NJW 1968, 1824; BGH NJW 1987, 434, 435 (kararda “subjektive Beziehung” yerine “Wille” terimi kullanılmaktadır); Brox, H./Walker, W.-D.: Erbrecht, 28. vollständig neu arbeitete Aufl., 2018,

ve objektif bağın varlığından bahsedilmektedir. Aynı ikame olayının gerçekleşmesi için kurulması gereken bağlantının; objektif bağ ile mi yoksa sübjektif bağ ile mi yahut her iki bağın birlikte var olmak suretiyle mi oluştuğu hususu tartışmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, bir hukuki işlemin özel malvarlığı ile bağlantılı sayılabilmesi ve bu bağın kurulabilmesi için objektif bağın varlığının yeterli olup olmadığı; sadece sübjektif bağın mevcudiyetinin aynı ikame olayının gerçekleşmesi sonucunu doğurup doğuramayacağı veya her iki bağın birlikte aranıp aranmayacağı hususları tartışmalıdır²⁴⁴. Bu sorunun cevabına ilişkin olarak bağa dayanan ikame düzenlemesini içeren iki paragraf için ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Zira, - aşağıda açıklanacağı gibi, doktrinde tereke ile hukuki işlemin arasındaki bağlantının kurulmasında BGB § 2041'e ve BGB § 1418'e yönelik yaklaşım farklılık arz etmektedir.

BGB § 2041'e göre bağlantının nasıl kurulacağına ilişkin sorunun cevabını tespit için -bir kez daha- ikili bir ayırım yapılmalıdır: hukuki işlemin konusunun özel

§ 34, s. 365, Rn. 9 ("Objektive Elemente" ve "Subjektive Elemente" şeklinde); Zimmer, M.: BGB § 2041, Prütting, H./Wegen, G./Weinrich, G., Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 15. Aufl., Hürth 2020, Rn. 6-9 (PWW/ Zimmer, BGB § 2041, Rn. 6-9); Thiele, B.: BGB § 1418, von Bar, C. (Red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Buch 4, Familienrecht §§ 1408-1563: (Eheliches Güterrecht 2- Vertragliches Güterrecht), Neubearbeitung 2018, Rn. 38 (Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 38); Siede, W./Spernath, V.: BGB § 1418, Hau, W. /Poseck, R. (Hrsg.), Beck'sche Online-Kommentare BeckOK BGB, 56. Edition, 2020, Rn. 8 (BeckOK BGB/Siede/Spernath, 2020, BGB § 1418, Rn. 8); Mensch, S.: BGB § 1418, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.) /Krafka, A. (Hrsg.), Buch 4 Familienrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2020, BGB § 1418, Rn. 2 (BeckOGK/Mensch, 2020, BGB § 1418, Rn. 32, 33); Palandt/Brudermüller, BGB § 1418, Rn. 5; Völker, M.: BGB §, 1418, Kaiser, D./Schnitzler, K./Friederici, P./Schilling, R. (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4: Familienrecht §§ 1297-1921 BGB, 3. Aufl., 2014, Rn. 10 (NK-BGB/ Völker, BGB § 1418, Rn. 10); Münch, C.: BGB § 1418, Koch, E. (Redakteurin), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 9: Familienrecht I §§ 1297-1588, Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, 8. Aufl., München 2019, Rn. 12 (MüKoBGB/Münch, 2019, BGB § 1418, Rn. 12).

²⁴⁴ BeckOK BGB/Lohmann, 2020, BGB § 2041, Rn. 3; Krug, s. 381. Yalnız objektif bağın yeterli olduğuna ve kural olarak bağa dayanan ikamenin uygulama alanının malvarlığında ikame ile sınırlı olduğuna ilişkin görüş için bkz. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 13, 28.

malvarlığına yani terekeye ait bir değer ile yeni değerın mübadele edilmesinin oluşturduğu haller ve terekeye yabancı bir değerin elden çıkarılması sureti ile yeni bir değeri iktisap edilmesi halleri. İlk durumda, iktisap edilen yeni değeri doğrudan bu özel malvarlığına girmektedir. Bu ilk durumda objektif bağ, özel malvarlığına ait unsurların feda edilmesi ile kurulmaktadır²⁴⁵. Daha önce de ifade edildiği üzere, aynı ikame olayının bu şekilde gerçekleşmesi, *malvarlığı aracılığı ile ikame* olarak adlandırılmakta olup, *bağa dayanan ikamenin, malvarlığı aracılığı ile ikameyi* kapsadığı ileri sürülmektedir²⁴⁶. Dolayısıyla, terekeye ait unsurların elden çıkarılması halinde objektif bağın varlığı bağlantının kurulması için yeterli sayılmaktadır ve bu şekilde iktisap edilen yeni değerin yine özel malvarlığına girmesi söz konusu olur. Burada bahsi geçen objektif bağ, iktisapla özel malvarlığı arasındaki bağlantıyı kurmakta olup bu bağa örnek olarak tereke aracılığı ile elde edilen kazanımlar gösterilebilir²⁴⁷.

İkinci durumda ise, *özel malvarlığına ait olmayan* bir değerin elden çıkarılması suretiyle yeni bir değeri iktisap edilmesi söz konusudur. Bu halde, yeni değerin terekeye girip girmeyeceği, başka bir ifadeyle, özel malvarlığı ile hukuki işlem arasındaki bağlantının kurulup kurulmayacağı sorulmaktadır. Bu bağlantının

²⁴⁵ NJW 1956, 1880; BGH NJW 1968, 1824; Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 8; Staudinger/Löhnig, 2020, BGB § 2041 Rn. 12; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 12; Krug, s. 381.

²⁴⁶ Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 8; Staudinger/Löhnig, 2020, BGB § 2041 Rn. 12; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 12

²⁴⁷ Gergen, T.: BGB § 2041, Sibylle, K.-W. (Redakteurin), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 8. Aufl., München 2020, Rn. 13 (MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 13); Krug, s. 381; Weidlich, D.: BGB § 2041, Palandt, O./ Brudermüller, G./Ellenberger, J./ Götz, I./ Grüneberg, C. / Herrler, S./Sprau, H./Thorn, K. /Weidenkaff, W./ Weidlich, D./ Hartmut/ W. (Hrsg.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 7, 78. Aufl., München 2019, Rn. 2 (Palandt/Weidlich, BGB § 2041, Rn. 2); Kilian, s. 45.

kurulması için hem objektif bağ hem de sübjektif bağ birlikte aranmaktadır²⁴⁸.

Sübjektif bağ, kazanımın tereke için yapılmasına ilişkin iradenin varlığıdır²⁴⁹. Bu irade beyanı açık olabileceği gibi zımni de olabilir²⁵⁰. Örneğin, sübjektif bağ, malvarlığı zilyedinin (mirasçının) bu işlemi tereke için yapması iradesinin varlığında kurulmuş olmaktadır²⁵¹. Aynı ikame olayının, kişilerin iradesinden bağımsız gerçekleşmesi özelliği göz önüne alındığında, bunun sübjektif bağın varlığı ile yahut objektif bağ ile birlikte sübjektif bağın mevcut olması şartıyla gerçekleşeceğine ilişkin görüşe karşı çıkılmakta olup, bağa dayanan ikamenin bu şeklinin aynı ikame olmadığı ileri sürülmektedir²⁵². Objektif bağ ise hukuki işlemin, terekenin idaresi²⁵³ ve korunmasına hizmet etmesiyle kurulmaktadır²⁵⁴.

BGB § 2041'in aksine BGB § 1418'de hukuki işlem ile kişisel mallar arasındaki bağlantının kurulabilmesi için yalnızca malvarlığı aracılığı ile ikamenin gerçekleşmesi yani salt objektif bağın varlığı yeterli görülmemekte, sübjektif bağın da mevcut olması gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁵. Sonuç olarak, BGB'de kaleme

²⁴⁸ Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 11; Palandt/Weidlich, BGB § 2041, Rn. 2. Sübjektif bağın tek başına aynı ikame olayının gerçekleşmesine yetmeyeceği, mutlaka objektif bağın da mevcut olması gerektiği hakkında bkz. Krug, s. 382. Bu halde, objektif bağın malvarlığının idaresine ve korunmasına hizmet eden bir hukuki işlemin varlığında kurulacağı hakkında bkz. Krug, s. 382. Gergen'e göre ise malvarlığına yabancı değerler aracılığıyla iktisap edilen değerler hakkında aynı ikame ilkesinin uygulanmayacağını, ikame ilkesinin miras hukukunun temel ilkelerine karşı olduğunu ifade etmektedir. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 25. Gergen, buna ek olarak terekenin amacının tasfiye olduğunu (NJW 1955, 1227; OLGZ 1975, 164, 165 bkz. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 25) malvarlığı aracılığı ile ikame dışında ikame olayının başka bir şekilde gerçekleşmesinin gereksiz olduğunu ifade etmektedir. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 25.

²⁴⁹ Krug, s. 382; Palandt/Weidlich, BGB § 2041, Rn. 2; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 13; Staudinger/Löhnig, 2020, BGB § 2041 Rn. 10; BeckOK BGB/Lohmann, 2020, BGB § 2041, Rn. 3.

²⁵⁰ KG 15, 155 ve Köln OLGZ 1965, 117 bkz. Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 11.

²⁵¹ Krug, s. 382. Bağa dayanan ikame ile malvarlığı aracılığı ile ikame arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Heike, s. 96-99.

²⁵² Russmann, s. 8-11.

²⁵³ BGH v. 06.05.1968 - III ZR 63/66, Rn. 15; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 13; Krug, s. 381.

²⁵⁴ Staudinger/Löhnig, 2020, BGB § 2041 Rn. 12; Krug, s. 382. Bu durumda, objektif bağın aynı ikame olayının gerçekleşmesi için yeterli olacağı hakkındaki görüş için bkz. BGH NJW 1968, 1824; Krug, s. 382.

²⁵⁵ Objektif ve sübjektif bağın mevcut olması gerektiği hakkında bkz. Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 38; BeckOK BGB/Siede/Spemath, 2020, BGB § 1418, Rn. 8; BeckOGK/Mensch, 2020, BGB

alınış biçimi göz önüne alınarak yapılan ayrımlara göre aynı ikame olayı dört farklı şekilde gerçekleşmektedir. Aynı ikame olayının bir hak sebebiyle gerçekleşmesi haline *hak sebebiyle ikame*; bu olayın özel malvarlığına ait bir değer tahrip olması, zarar görmesi, bu değere el konulması sebepleriyle ödenen tazminat, sebepsiz zenginleşme bedeli gibi bedeller ödenmesi suretiyle gerçekleşmesine ise *tazmine dayanan ikame* adları verilmektedir. Aynı ikame olayı hukuki işlemle de gerçekleşebilmektedir. Hukuki işlem aracılığı ile gerçekleşen aynı ikame olayı özel malvarlığına ait bir değer feda edilmesi suretiyle gerçekleştiğinde buna *malvarlığı aracılığı ile ikame* denilmektedir. Buna ek olarak BGB § 2041'de ve BGB § 1418'de *malvarlığı ile bağlantılı hukuki işlemler* sonucunda elde edilen değerlerin yine özel malvarlığına ait olacağı düzenlenmektedir. Aynı ikame olayının bu şekilde gerçekleşmesi hali ise *bağa dayanan ikame* şeklinde adlandırılmaktadır. Bağa dayanan ikamede, hukuki işlemle özel malvarlığı arasındaki bağlantının kurulmasına ilişkin olarak objektif ve sübjektif bağdan bahsedilmektedir. Objektif bağın ve sübjektif bağın, birlikte mi yer alması gerektiği, yoksa, her birinin tek başına bağlantıyı kurmaya yeterli olup olmayacağı hususunda iki paragraf için farklı yaklaşımlar söz konusudur.

§ 1418, Rn. 32, 33; Palandt/Brudermüller, BGB § 1418, Rn. 5; NK-BGB/ Völker, BGB § 1418, Rn. 10; MüKoBGB/Münch, 2019, BGB § 1418, Rn. 12. Yalnızca malvarlığı aracılığı ile yeni değer iktisap edilmesinin aynı ikame olayı için yeterli olmayacağına ilişkin görüş için bkz. BeckOK BGB/Siede/Spermath, 2020, BGB § 1418, Rn. 8.

B. İsviçre Hukukunda ve Türk Hukukunda Ayni İkame İlkesine Genel Bakış

1. İsviçre Hukukunda Ayni İkame İlkesine Genel Bakış

a. Genel Olarak

Ayni ikame ilkesinin, İsviçre Medeni Kanun’unda (“ZGB”) düzenlenip düzenlenmediği hususu, öğreti ve uygulamada bu ilkeye ne şekilde yaklaşıldığı hususları İsviçre Medeni Kanunu’nun mehzaz kanun olması sebebi ile Türk medeni hukukunda ayni ikame ilkesinin görünümünü tespit açısından önem arz etmektedir.

Alman hukukunda en geniş anlamda ayni ikame ilkesinin uygulama alanına ilişkin yapılan ayrıma göre ayni ikame, özel malvarlığında ayni ikame (“*Die dingliche Surrogation bei Sondervermögen*”) ve tek bir değer (“münferit obje”) üzerinde ayni ikame [“*Die dingliche Surrogation bei Einzelgegenständen (Singularsurrogation)*”²⁵⁶] olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Alman hukukundakinin aksine İsviçre literatüründe ayni ikame kavramının yanında bir de malvarlığında ikame/malvarlığı haklarında ikame/malvarlığı ikamesi (“*vermögensrechtliche Surrogation*”) kavramına yer verildiği görülmektedir²⁵⁷. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki söz konusu eserler incelendiğinde sadece ayni ikame kavramına yer verip bunun yanı sıra malvarlığında ikame kavramına hiç yer vermeyen eserlere de

²⁵⁶ Wolf, 1976, s. 33.

²⁵⁷ Piotet, P.: *Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV 2. Halbband*, Basel-Stuttgart 1981, s. 611 (Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 611); Huwiler, B.: *Beiträge zur Dogmatik des neuen ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung*, Kaufmann, H. A./Huwiler, B., Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, BTJP 1987, Bern 1988, s. 63-115, s. 81; Marxer Keller, S.: *Studien zur elterlichen Vertretung und Verwaltung des Kindesvermögens*, Bern 1998, s. 36; BGE 116 II 259, s. 261; Staehelin, D.: *Sondervermögen und Haftung*, Sutter-Somm, T./Schnyder, A. K. (Hrsg.) in *Festgabe für Franz Hasenböhler*, 2009, s. 87-113, s. 99.

rastlanmaktadır²⁵⁸. Bu durum, akla şu soruları getirmektedir: Malvarlığında ikame, aynı ikame alt başlığı altında değerlendirilen bir kavram mıdır? Yahut aynı ikame kavramından farklı ve başka durumlarda uygulanan ve ikame “*Surrogation*” genel başlığı altında düzenlendiği kabul edilen bir prensip olarak mı karşımıza çıkmaktadır? Bu soruların cevaplarının tespiti, İsviçre literatüründe aynı ikame kavramının ve aynı ikame kuralının uygulanma alanının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu cevaplar, literatürde yapılan bu ayrımın Türk medeni hukukundaki etkilerinin ne şekilde gerçekleştiği konusunda da yol gösterici olacaktır.

b. İsviçre Hukukunda Aynı İkameye İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

İsviçre öğretisinde Piotet’e göre, ikame gerçek ikame (“*wirkliche Surrogation*”) ve malvarlığında ikame (“*vermögensrechtliche Surrogation*”) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçek ikame, olağan hak kazanım modalitelerine uymayan bir şekilde, hakkın *ipso iure* kazanımı halidir²⁵⁹. Sadece kanunda cevaz verildiği hallerde ya da boşluk doldurma yoluyla²⁶⁰ uygulanan gerçek ikameye örnek olarak, üzerinde intifa hakkı bulunan şeyin tahrip olması halinde intifa hakkının *ipso iure* elde edilen sigorta bedelinin üzerinde devam etmesi gösterilmektedir (Art. 750 Abs. 3 ZGB²⁶¹)²⁶². Piotet’e göre, malvarlığında ikame ise, hak sahibinin (“*Träger*”) iki farklı malvarlığına sahip olması durumunda elde edilen değer bununla bağlantılı

²⁵⁸ Escher, A.: Art. 599 ZGB, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Das Erbrecht, Erste Abteilung, Die Erben (Art. 457–536); Zweite Abteilung, Der Erbgang (Art. 537–640), 3. Aufl., Zürich 1959/60; Tuor, P./Piconi, V.: Art. 599 ZGB, Berner Kommentar, Bd. III, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, Bern 1966.

²⁵⁹ Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 610-611.

²⁶⁰ BGE 60 II 178, <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/c2060178.html>>, s.e.t. 06. 01.2021; JT I 589, 1934, bkz. Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 611, dn. 26.

²⁶¹ Girsberger, s. 13 vd.; s. 74; Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 611.

²⁶² Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 611.

olarak değer azalması yaşıyan veya *değer artışı engellenen* malvarlığına tahsis edileceğini düzenleyen kuraldır²⁶³. Bu değer azalmasının ya da artışın engellenmesi durumunun karşılık olarak elde edilen şeyle denkleştirilmesi o kadar olağan ve doğaldır ki bu kuralın kanunda düzenlenmiş olmasına gerek yoktur²⁶⁴.

Özel malvarlığında ikameden [*“Surrogation bei Vermögen (Sondervermögen)”*] bahseden Genner’e göre özel malvarlığında ikame ile bir kimsenin aynı anda hem genel malvarlığı (*“allgemeines Vermögen”*) hem de özel malvarlığı (*“Sondervermögen”*) olması durumunda karşılaşılmaktadır²⁶⁵. Özel malvarlığı aracılığı ile elde edilen değerlerin, kişinin genel malvarlığına girmesi gibi istenmeyen bir durum ortaya çıkması mümkündür²⁶⁶. İşte ikame prensibi, istenmeyen bu sonucu önlemeye yarayan bir prensip olarak ortaya çıkmaktadır²⁶⁷. Özel malvarlığında ikame, kişinin özel malvarlığına kendisinin zilyet olduğu ve onu kendisinin idare ettiği durumlarda uygulanabileceği gibi; özel malvarlığına üçüncü kişinin zilyet olduğu ve bu malvarlığının üçüncü kişi tarafından idare edildiği hallerde de uygulanır²⁶⁸. Bu iki durumda ikame ilkesinin iki farklı etkisi vardır. İlk halde, hak sahibine ait hem genel malvarlığı hem de özel malvarlığı bulunmakta olup her ikisini de hak sahibi yönetmektedir. Burada ikamenin etkisi daha çok hukuki ve teknik bir konudur ve ikame prensibi bu durumda, kazanımın hangi malvarlığına özgüleneceğini belirler²⁶⁹. İkame kuralının uygulanacağı belirtilen ikinci halde, yani

²⁶³ Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 611.

²⁶⁴ Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 611.

²⁶⁵ Genner, s. 35-38. Bu durumda iki ayrı malvarlığının mevcudiyetinde biri vasıtasıyla elde edilen değerlerin hangi malvarlığına özgüleneceği problemi vardır. Bkz. Genner, s. 35-38.

²⁶⁶ Genner, s. 36.

²⁶⁷ Genner, s. 36.

²⁶⁸ Genner, s. 37.

²⁶⁹ Genner, s. 37.

bir kimsenin özel malvarlığının üçüncü kişi tarafından idare edildiği durumda ise ikame ilkesinin fonksiyonu idare edilen malvarlığı aracılığı ile elde edilen kazanımın idarecinin kendi malvarlığına ait olmasını engellemektir²⁷⁰. Huwiler’e göre ise ikame (“*Surrogation*”) malvarlığında ikame (“*vermögensrechtliche Surrogation*” / “*güterrechtliche Surrogation*”) ve aynı ikame (“*dingliche (unmittelbarer) Surrogation*”) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁷¹. İkame; kazanımla malvarlığındaki azalma arasında illiyet bağının tespit edilebildiği hallerde, bu kazanımın kendiliğinden o malvarlığına tahsis edilmesi anlamına gelmektedir²⁷². Malvarlığında ikame, bir kimsenin hukuki alanında iki farklı malvarlığı masasının mevcut olduğu durumlarda söz konusu olur²⁷³. Malvarlığında ikame kuralına göre gerçekleşen ikame değerin tahsisi işlemi, herhangi bir hukuk kuralına dayanmaksızın, onun tabiatı dolayısıyla gerçekleşir²⁷⁴. Edinilmiş malların yerine geçen değerlerin yine edinilmiş mallardan sayılmasında (Art. 197 Abs. 2 Nr. 5 ZGB) veya kişisel mallardan edinilmiş değerlerin yine kişisel mallara ait sayılmasında olduğu gibi (Art. 198 Ziff. 5 ZGB) kazanımın tahsisi, olayın tabiatından kaynaklanmaktadır²⁷⁵. Malvarlığı üzerinde iki farklı kişinin hak sahipliğinin (“*Vermögensträger*”)

²⁷⁰ Genner, s. 37. Her iki şekilde de ikame prensibi aracılığı ile özel malvarlığının bütünlüğü korunmuş olmaktadır. Bkz. Genner, s. 36, 38. Genner, şey üzerinde ikameden ve malvarlığında ikameden bahsederken “aynı ikame” terimini kullanmamış, sadece ikame prensibinden bahsetmiştir. Fakat, eserinde ikamenin farklı görünümelerini incelerken, aynı ikameye de değinen Genner, aynı ikame sonucu kaim malın herhangi bir askı süresi veya zaman aralığı olmaksızın ve doğrudan hak sahibine ait olacağını belirtmiştir. Yazar, buna örnek olarak da BGB’nin ilk halinde düzenlenmiş olan ve erkek tarafından idare edilen kadının mallarının (“*eingebrahtes Gut*”) sarfı sonucu elde edilen taşınır malın yine kadının mallarına özgüleneceğini öngören eBGB § 1381’i göstermiştir. Bkz. Genner, s. 41. Dolayısıyla, bu örneği ve tanımını dikkate aldığımızda özel malvarlığında ikame prensibiyle kastedilenin aynı ikame prensibi olduğu ileri sürebilir.

²⁷¹ Huwiler, s. 81.

²⁷² Huwiler, s. 79.

²⁷³ Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 610 vd., s. 756 vd., s. 760; Deschenaux, H./Steinauer, P.-H., Le nouveau droit matrimonial, Bern 1987, s. 242, dn. 51 bkz. Huwiler, s. 81; Simonius P.: Die güterrechtliche Surrogation, BStR 1970, Heft 94, Basel/Stuttgart, s. 8 vd., s. 13 vd. ve s. 61 vd., Huwiler, s. 81.

²⁷⁴ Piotet, SPR IV/2, s. 611; Eitel, P.: Die Anwartschaft des Nacherben, Bern 1991, s. 158.

²⁷⁵ Eitel, s. 158. Karş. Huwiler s. 81, 85.

bulunduğu hallerde ise bu iki zilyet arasındaki ilişkiye bağlı olarak kazanımın tahsis edildiği durumlarda da aynı ikame²⁷⁶ karşımıza çıkmaktadır²⁷⁷. Başka bir ifade ile kazanımın hangi malvarlığına tahsis edileceğini belirleyen aynı ikame kuralı, malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibinin mevcudiyeti durumunda uygulama alanı bulmaktadır²⁷⁸. (B)'nin kendi adına (C) ile yaptığı hukuki işlemle (A)'nın malvarlığına ait objeyi sarf etmesi halinde, bunun karşılığını oluşturan şeyin doğrudan, başka bir işleme gerek kalmaksızın (A)'ya ait olması aynı ikame uygulamasının bir örneğidir²⁷⁹. Bununla beraber, aynı ikamenin malvarlığında ikame kuralının aksine, temsildeki ve eşya hukukundaki aleniyet prensibine aykırılık göstermesi, dolayısıyla medeni hukukun genel normlarını ihlal etmesi sebepleri ile uygulanabilmesi için, açık bir kurala ihtiyaç olduğu yazar tarafından vurgulanmaktadır²⁸⁰.

Miras ortaklığına veya mirasa dahil bir şeye haksız zilyet olan kişinin varlığı halinde terekenin bir özel malvarlığı teşkil ettiğini savunan Schucan ise Huwiler'in aksine, miras sebebi ile istihkak davası kapsamında aynı ikame veya malvarlığında ikame kavramları yerine sadece ikame terimini kullanmaktadır²⁸¹.

Art. 599 ZGB'de düzenlenen miras sebebi ile istihkak davası ile bağlantılı olarak ikame prensibine değinen Escher ise buradaki ikamenin aynı ikame olduğundan söz

²⁷⁶ “Aynı ikame” (“*dingliche Surrogation*”) yerine “dolaysız ikame” (“*unmittelbarer Surrogation*”) teriminin kullanılması gerektiğine ilişkin açıklama için bkz. Huwiler, s. 81, dn. 72.

²⁷⁷ Huwiler, s. 81.

²⁷⁸ Huwiler, s. 81; Eitel, s. 158.

²⁷⁹ Huwiler, s. 81.

²⁸⁰ Huwiler, s. 81; Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 761; Eitel, s. 158 bkz. dn. 62 ve 63'teki açıklama.

²⁸¹ Schucan, M. A.: Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1943, s. 80-89.

etmektedir²⁸². Ona göre, aynı ikame prensibi, hak sahibi olmayan üçüncü kişi tarafından idare edilmekte olan terekeden elde edilen kazanımın, onu idare edenin kendi malvarlığına mı yoksa terekeye mi ait olacağı sorusunun cevabını verir²⁸³. Şöyle ki, özel malvarlığı niteliğindeki tereke dağılmaya açıktır²⁸⁴. İkame prensibi ile de tereke mallarının sarfı sonucu bu malvarlığında meydana gelecek dağılmaların önlenmesi amaçlanmaktadır²⁸⁵. Hak kazanımı prensiplerinden sapan ikame prensibi olmasaydı, genelde temsil yetkisi olmaksızın idare edilmekte olan terekeden elde edilen şey üçüncü kişinin kendi malvarlığına ait olacağından, mirasçının ona karşı ileri sürebileceği yalnızca bir tazminat talebi (“*obligatorischen Ersatzanspruch*”) mevcut olurdu²⁸⁶. Bu prensiple, terekedeki dağılmaların önüne geçileceğini savunan yazar, doktrinde yapılan nisbî etkili ikame (“*relativer Wirkung der Surrogation*”) ve mutlak etkili ikame (“*absoluter Wirkung der Surrogation*”) olmak üzere iki farklı ikame türüne değinmektedir²⁸⁷. Buna göre, eğer mirasçıların ikame değer yanında tazminat talebi gibi başka bir talepte daha bulunabileceği kabul edilmekte ise (hukuki bir düzenleme veya sözleşme uyarınca)²⁸⁸ burada ikamenin nispi etkili

²⁸² “...und zwar ist die Surrogation eine dingliche” bkz. Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4. Ayrıca bkz. Tuor/Pictoni, N. 19, s. 798; Leuch, G.: Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Art. 598-601 unter Berücksichtigung des gemeinen französischen und deutschen Rechtes, 1912, s. 38-40. Escher ikamenin aynı nitelikte olduğu hususuna ilişkin olarak Schucan’ın 81. sayfasına atıf yapmıştır. Schucan bu prensibin eo ipso uygulandığını ifade etmekte olsa da ilgili sayfada yalnızca ikame prensibinden (“*Surrogationsprinzip*”) bahsetmektedir. Rossel, V./Mentha, F.-H.: Manuel du Droit Civil Suisse, 2. Ed., 1931, s. 207; Marrel, A.: L’action en pétition d’hérédité, Thèse Lausanne, 1915, s. 102 ve Gottofrey, M. (Rapporteur français de la commission): Die Eröffnung des Erbganges, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Sten. Bull.) XVI Nr. 12, s. 306, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20027487.pdf?ID=20027487>, s.e.t. 06.10.2020 bkz. Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4. BGE 52 II 195, 199; BGE 55 II 18, 21 (“*Surrogationsprinzip*”); BGE 71 II 90, 95 (“*Surrogationsprinzip*”); BGE 75 II 288, 292.

²⁸³ Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4.

²⁸⁴ Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4.

²⁸⁵ Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4.

²⁸⁶ Escher, Art. 599 ZGB, s. 364, N. 4.

²⁸⁷ Escher, Art. 599 ZGB, s. 364, N. 4.

²⁸⁸ Genner, s. 40.

olmasından²⁸⁹, ikame değer yanında başka hiçbir talepte bulunamayacağı kabul edilmekteyse de burada ikamenin mutlak etkisinden söz edilir²⁹⁰. Escher'in yaptığı bir başka ayırım ise hukuki işleme dayanan ikame ("*rechtsgeschäftliche Surrogation*") ve hukuki işleme dayanmayan ("*nichtrechtsgeschäftliche Surrogation*") ikamedir²⁹¹. Hukuki işleme dayanmayan ikame, terekeye ait bir şeyin tahribi, zarar görmesi veya elden alınması sonucu kazanım elde edilmesi halinde söz konusu olurken, hukuki işleme dayanan ikame ile tereke değerlerinin sarfı sonucunda ve hukuki işlem aracılığı ile bir değer elde edilmesi durumunda karşılaştırılır²⁹².

Benzer bir ayrıma malvarlığında ikame- ayni ikame sınıflandırması yapmaksızın, ikamenin ayni ikame²⁹³ olduğunu belirterek değinen Tuor/Picenoni'ye göre ikame prensibi şu üç halde uygulama alanı bulur: Birincisi terekeye ait bir hak vasıtasıyla kazanım elde edilmesi haliyken; ikincisi terekeye ait bir şeyin tahribi, zarar görmesi veya elden alınması sonucu kazanım elde edilmesi durumudur. Sonuncusu ise tereke mallarının hukuki işlem aracılığı ile sarfı yoluyla kazanım elde edilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır²⁹⁴.

İsviçre öğretisindeki bu konuya ilişkin güncel eserlere bakmak gerekirse, İsviçre literatüründe yapılan ayni ikame ve malvarlığında ikame ayırımına yer veren Eggel,²⁹⁵ öğretideki farklı yaklaşımlar sebebiyle tek bir ikame ("*Surrogation*")

²⁸⁹ Escher, Art. 599 ZGB, s. 364.

²⁹⁰ Escher, Art. 599 ZGB, s. 364.

²⁹¹ Escher, Art. 599 ZGB, s. 364.

²⁹² Escher, Art. 599 ZGB, s. 364.

²⁹³ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, s. 797, N. 14.

²⁹⁴ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, s. 799, N. 20-23.

²⁹⁵ Eggel, M.: Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Bern 2013, s. 36 vd., N. 2.50 vd.

kavramından kolayca bahsedilemeyeceği, fakat, ikamenin iradeye dayanmayan bir süreç (“*willensunabhängigen Vorgang*”) olduğuna ilişkin ortak bir yaklaşımın mevcut olduğunun ileri sürülebileceğinden bahsetmektedir²⁹⁶.

Eggel’e göre aynı ikame, ikame değerin *ipso iure* kaim değer gereksinimi doğuran müdahaleye maruz kalan malvarlığı (“*Ersatzbedarfsschaffender Vermögenseingriff*”) sahibine tahsis edilmesi durumudur²⁹⁷. Bu tahsis tarafların bu yönde uyuşan bir iradelerinin mevcut olmasını aranamaksızın gerçekleşir²⁹⁸. Aynı ikame, irade dışı hak

²⁹⁶ Eggel, M.: *Der Anwendungsbereich der Surrogation im Erbrecht*, Successio 2015, s. 278-287, s. 280 [Eggel (Erbrecht), s. 280], Eggel, M.: *Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht*, Bern 2013, s. 53 vd., N. 2.84 vd. Yazar, özel malvarlığına ikame değerin girmesine ilişkin süreç olarak kabul edilen ikame kavramının tanımında yer alan, “özel malvarlığı (“*Sondervermögen*”)”, “giriş (“*Eintritt*”)” “ikame değeri (“*Surrogat*”)” gibi terimlerin teknik-hukuki anlamlarının belirsiz olmasını eleştirmektedir. Bkz. Eggel (Erbrecht), s. 280. Yazara göre, ikame değeri kavramının oluşması için üç unsurun gerçekleşmesi gerekmektedir. Birincisi kaim değeri gereksinimi doğuran malvarlığı müdahalesi (“*Ersatzbedarfsschaffender Vermögenseingriff*”), ikincisi kaim değeri belirleyen malvarlığı müdahalesi (“*Surrogatsbestimmender Vermögenseingriff*”), üçüncüsü ise kaim değeri niteliği tanıyan bağıdır (“*Surrogatsqualitätsschaffende Verbindung*”). Kaim değeri gereksinimi doğuran malvarlığı müdahalesi; malvarlığının envanterindeki (“*Bestand*”) veya içeriğindeki (“*Inhalt*”) değişimler yahut çoğu zaman malvarlığındaki değeri değişimlerini ihtiva eden bir süreç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu müdahalelere borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri örnek verilebilir. Malvarlığındaki değeri değişimini içeren sürece de hukuki işlem dışındaki sebeplerden define bulma, eşyadan yararlanma (“*Benützung*”), doğa olayları sonucu şeyin tahribi veya tamamen zarar görmesi halleri örnek olarak gösterilebilir. Müdahalenin ikinci unsurunu kaim değeri belirleyen malvarlığı müdahalesi (“*Surrogatsbestimmender Vermögenseingriff*”) oluşturur. Buradaki malvarlığı müdahalesi karşı sözleşmenin borç altına girmesi sonucu onun malvarlığındaki değişimdir. Satış sözleşmesinde bir taraf bir şeyin mülkiyetini devretme borcu altına girerken onun malvarlığında meydana gelen değişim kaim değeri gereksinimi doğuran malvarlığı müdahalesi (“*Ersatzbedarfsschaffender Vermögenseingriff*”) iken, sözleşmenin karşı tarafının yüklendiği bedel ödeme borcu sonucu onun malvarlığında meydana gelen değişim de kaim değeri belirleyen malvarlığı müdahalesi (“*Surrogatsbestimmender Vermögenseingriff*”) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Eggel (Erbrecht), s. 280. Yazara göre, bu iki unsurun varlığı ikame nitelendirmesi için yeterli değildir. İki malvarlığı müdahalesi arasında bir bağ/ilişkinin (“*Surrogatsqualitätsschaffende Verbindung*”) de mevcut olması halinde ikame söz konusu olmaktadır. Bkz. Eggel (Erbrecht), s. 281. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eggel, s. 76 vd., N. 3.46 vd. Bu bağ; haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğunda (İsviçre Borçlar Kanunu (“OR”) Art. 41) [Yazar tarafından zarar veren davranış kaim değeri gereksinimi doğuran malvarlığı müdahalesi (“*Ersatzbedarfsschaffender Vermögenseingriff*”) olarak nitelendirilirken, tazminat talebinin oluşması ise kaim değeri belirleyen malvarlığı müdahalesi (“*Surrogatsbestimmender Vermögenseingriff*”) olarak değerlendirilmektedir. İkame nitelmesi de Art. 41 OR’de kurulan bu hukuki bağa dayanmaktadır. Bkz. Eggel (Erbrecht), s. 281, dn. 31] veya işlemeye (“*Verarbeitung*”) ilişkin tazminat ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan taleplerde (Art 726 Abs. 3 ZGB) olduğu gibi kanun tarafından kurulmuş olabilir. Bkz. Eggel (Erbrecht), s. 281.

²⁹⁷ Eggel, s. 89, N. 3.77.

²⁹⁸ Eggel, s. 89, N. 3.77; ayrıca bkz. N. 2.62 vd.

kazanım şekli olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹⁹. Yazara göre, aynı ikame üçlü bir ilişki çerçevesinde vuku bulmaktadır³⁰⁰. Üç kişinin müdahil olduğu bu ilişkide: (A), ikame değer lehtarı (“*Surrogationsbegünstigte*”) yani aynı ikame aracılığı ile elde edilecek ikame değer (“*Ersatz*”) sahibi, (B) hukuki işlemle malvarlığından çıkan değeri (“*Surrogat*”³⁰¹) elde eden ve (A)’nın malvarlığına müdahalede bulunan kişi iken, Ü ise (B) ile aynı ikame yükümlüsü (“*Surrogationsbelastete*”) ile hukuki işlem yapan üçüncü kişidir³⁰². Bu üçlü ilişkiyi yazar bulunan eşyanın açık arttırma yoluyla satılması örneği ile somutlaştırmaktadır³⁰³. Art. 721 ZGB’nin üçüncü fıkrasına göre açık arttırma yolu ile satılan mal yerine elde edilen değer satılan mal yerine geçeceğini düzenlemektedir. Bu hükmün aynı ikame uygulaması olduğunu savunan Eggel’e göre, malını kaybeden kimse ikame değer lehtar (yani A), malı bulan kişi ikame değeri lehtara vermekle yükümlü olan kişi (yani B), açık arttırma yoluyla kaybolan şeyi satın alan kişi de üçüncü kişidir (yani Ü) ³⁰⁴.

Bir diğer güncel kaynakta da aynı ikamenin ve malvarlığında ikamenin genel bir ikame başlığı altında ele alındığı görülmektedir³⁰⁵. Marxer Keller’e göre ikame, taraf iradelerinin göz ardı edilmesi sebebi ile genel hak kazanım yollarından ayrılan hak kazanım şeklidir³⁰⁶. Öyle ki ikame yoluyla, bir malvarlığından çıkarak o malvarlığında azalmaya sebep olan bir değer yerine elde edilen değer, yine bu

²⁹⁹ Bkz. Eggel, s. 89, N. 3.77, dn. 464’te sayılan yazarlar ve açıklamalar.

³⁰⁰ Eggel, s. 89, N. 3.77.

³⁰¹ Eserin bu kısmında yazarın, “*Surrogat*”la malvarlığından çıkan değeri, “*Ersatzwert*”le de ikame değeri kastettiği anlaşılmaktadır.

³⁰² Eggel, s. 89, N. 3.77.

³⁰³ Eggel, s. 90, N. 3.78.

³⁰⁴ Eggel, s. 90, N. 3.78.

³⁰⁵ Marxer Keller, S.: Studien zur elterlichen Vertretung und Verwaltung des Kindesvermögens, Bern 1998, s. 36.

³⁰⁶ Genner, s. 33 vd.; Girsberger, s.72 vd.; Huwiler, s. 79-80; Welle, s. 17; Marxer Keller, s. 35.

malvarlığına, *ipso iure* tahsis edilmektedir³⁰⁷. Huwiler ve Piotet’in sınıflandırmasında olduğu gibi Marxer Keller de ikameyi aynı ikame ve malvarlığında ikame olarak ikiye ayırmaktadır³⁰⁸. Buna göre aynı ikame, bir malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibi olduğunda uygulama alanı bulan bir kural olarak ortaya çıkmaktadır³⁰⁹. Aynı ikame kuralı bir kimsenin üçüncü bir kişinin malvarlığını yönetmesi yetkisi çerçevesinde uygulanır³¹⁰. Şayet bir kişiye ait birden fazla malvarlığı varsa [genel malvarlığı (“*Hauptvermögen*”) ve özel malvarlığı (“*Sondervermögen*”)] işte bu durumda *malvarlığında ikame* kuralının uygulanması söz konusu olur³¹¹.

*Aynı ikame kavramı ve ilkesinin açıklanmasına ilişkin İsviçre literatürünün incelemesi ile elde edilen sonuçlar ise özetle şunlardır: 1. İsviçre literatürü incelendiğinde³¹² doktrinde aynı ikame kavramına ilişkin olarak ayrık görüşlere yer verildiği görülmektedir. a. Birinci grup yazarlar aynı ikame ilkesinden ziyade sadece ikame ilkesinden (“*Surrogationsprinzip*”) bahsetmektedir³¹³. b. İkinci grup*

³⁰⁷ Huwiler, s. 79; karş. Beyer, s. 4; Genner, s. 64; Girsberger, s. 79; Welle, s. 15; Marxer Keller, s. 35.

³⁰⁸ Marxer Keller, s. 36.

³⁰⁹ Deschenaux/Steinauer (dn. 118), s. 242, dn. 51 (“*subrogation personelle*”) bkz. Marxer Keller, s.36, dn. 160. Huwiler, s. 81.

³¹⁰ Marxer Keller, s. 36.

³¹¹ Deschenaux/Steinauer (dn. 118), s. 242, dn. 51 (“*subrogation personelle*”) bkz. Marxer Keller, s. 36, dn. 160; Huwiler, s. 81.

³¹² Alman hukukunda aynı ikame ilkesi, hem kişinin genel malvarlığı yanında özel malvarlığının bulunduğu ve bu özel malvarlığının üçüncü bir kişi tarafından idare edildiği hallerde (BGB § 1646, BGB § 2019, BGB § 2041) hem de özel malvarlığının bu malvarlığının sahibi tarafından idare edildiği hallerde (BGB § 1638, BGB § 1418(2)3., BGB § 1473, BGB § 2041) karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Menken, s. 24-25.

³¹³ Genner, eserinde ikame olayından bahsetmekteyse de ikamenin hem bir malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibinin bulunduğu hallerde, hem de bir kimsenin malvarlığı içerisinde iki farklı malvarlığı masasının mevcut olduğu hallerde uygulanacağını ifade etmektedir. Bu sebeple, ikinci grup yazarlar kapsamında değerlendirilebilir. Genner, s. 37. Bununla beraber, Genner, mal rejimleri kapsamında “*Ersatzanschaffungen*” yani yerine geçen değerler ile “*Surrogation*” yani ikame arasında bir fark bulunduğunu da ileri sürmektedir. Genner’e göre, yerine geçen değer ve ikame ile amaçlanan özel malvarlığının korunmasıdır. Ancak yerine geçen değer yine o malvarlığı masasına ait olmasının kabulü için onun yerine geçtiği değerle aynı amaca hizmet etmesi (“*Zweckersatz*”) aranmaktadır. İkamede ise hangi malvarlığı masasına ait değer feda edilmekteyse iktisap edilen yeni değer, yine o

yazarlar ikame ilkesini, malvarlığında ikame (“vermögensrechtliche Surrogation/güterrechtliche Surrogation”) ve ayni ikame (“dingliche Surrogation”) olmak üzere iki alt grupta incelemektedirler³¹⁴. Bu ayrıma göre, ayni ikame ilkesi, bir malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibi bulunduğunda ve tek bir değer üzerinde uygulama alanı bulurken; malvarlığında ikame ilkesi bir kimsenin malvarlığının iki farklı malvarlığı masasından oluştuğu halde uygulanır. c. Üçüncü grup yazarlar ise, Alman hukukundakine benzer şekilde ayni ikame nitelendirmesinden sapmayarak, ön mirasçılıkta ve miras sebebiyle istihkak davasında ayni ikame ilkesinin BGB’deki uygulanma şartlarını örnek alarak İsviçre hukukuna uyarlamayı tercih etmektedirler³¹⁵. 2. Bu üç grubun da ortak özelliği, ikame-malvarlığında ikame- ayni ikame uygulanması sonucu kazanımın, hukuki işlemi yapanın iradesi dikkate alınmaksızın, kendiliğinden ve doğrudan özel malvarlığına ilişkin kabullerdir³¹⁶. 3. İsviçre hukuk literatüründe, intifa hakkı konusu malın zayi olması halinde intifa

malvarlığı grubuna ait olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki yazara göre iki olayın aynı anda meydana gelmesi mümkündür. Genner, s. 137-138; Lüthe, E.: Eigengut und Errungenschaft im neuen ordentlichen Güterstand gemäss dem Entwurf des Bundesrates vom 11. Juli 1979, 1981. Bir malvarlığı unsurunun feda edilmesi suretiyle aynı amaca hizmet eden yeni bir değer iktisap edilmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Daha da somutlaştırmak gerekirse, erkeğin malvarlığın ait bir oturma grubunun eskimesi sebebiyle değişmesi gerekmektedir. Bunun üzerine, erkeğin malvarlığı değeri sarf edilerek yeni bir oturma grubu satın alınır. Bu olayda iktisap edilen yeni değer, o malvarlığı masasına ait olan değerle aynı amaca hizmet etmekte ve iktisap edilen bu yeni değer ise erkeğe ait malvarlığı değerleri sarf edilmek suretiyle iktisap edilmektedir. Lüthe, s. 132.

Her ne kadar Genner, iktisap edilen değer aynı amaca hizmet etmesi gerekliliğine dayanarak bir ayırım yapmakta ise de doktrinde edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında hem edinilmiş malların yerine geçen değerlerin edinilmiş mallara ait olmasında hem de kişisel malların yerine geçen değerlerin kişisel mallara ait olmasında amaç ikamesi yerine değer ikamesi kabul edilmektedir. Edinilmiş mallar için bkz. Hausheer, H./Geiser, T./Aebi-Müller, R. E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2014, s. 235 N. 12.24, Steck/Fankhauser, Art. 197, N. 4; Hegnauer/Breitschmid, s. 261, N. 26.17; Zeytin, s. 149. Kişisel mallar için bkz. BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 198 ZGB, N. 32; Hausheer/Geiser/ Aebi-Müller, s. 237, N. 12.37; CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 15; OFK/Nuspliger, Art. 198 ZGB, N. 11; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 17; Zeytin, s. 170, Gümüş, s. 270; Sarı, s. 180.

³¹⁴ Huwiler, s. 61; Simonius, s. 8; Somm, P.: Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598-600 ZGB), Reiche II Rechtswissenschaft Vol/Band 1996, Bern 1995, s. 120; Piotet, SPR IV/ 2, s. 759.

³¹⁵ Tuor, P.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Erbrecht Band III Art. 457-640, Bern 1929, Art. 491 ZGB, N. 27; Escher, Art. 599 ZGB, N. 5-8; Oswald, s. 97; Eitel, s. 158.

³¹⁶ Genner, s. 41.

hakkının sigorta bedeli üzerinde devam etmesinde olduğu gibi, hakkın kanun uyarınca başka bir değer üzerinde devam etmesine ilişkin olayın “münferit objelerde” aynı ikame olarak nitelendirilmesi hususunda bir tartışma yoktur. 4. Doktrinde yapılan diğer sınıflandırmalar ise hukuki işleme dayanan ikame (“rechtsgeschäftliche Surrogation”) ve hukuki işleme dayanmayan/hukuki işlem dışı ikame (“nichtrechtsgeschäftliche Surrogation”) ayrımıdır³¹⁷. Bu ayrım, ikame olayının (malvarlığında ikame ve aynı ikame ana sınıflandırmasında dahi) ne şekilde gerçekleştiğine (başka bir ifade ile hangi yolla gerçekleştiğine) ilişkindir.

³¹⁷ Escher, Art. 599 ZGB, s. 364.

2. Türk Hukukunda Ayni İkame İlkesine Genel Bakış

Alman ve İsviçre öğretisinin aksine Türk literatüründe ayni ikame ilkesini ayrıntılı şekilde inceleyen monografilere maalesef rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, her ne kadar ayrı bir tez konusu olarak incelenmemişse de Ayiter başta olmak üzere doktrinde ayni ikame ilkesi kavramına ve bu ilkenin uygulama alanına değinen yazarlar da mevcuttur³¹⁸. Ayni ikame ilkesi kavramından ve buna ilişkin yapılan sınıflandırmadan bahsetmeden önce kısaca bu ilkenin Türk Medeni Kanunu'ndaki ("TMK") ve Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'ndaki ("TİTRK") uygulama konusu olduğu kabul edilen maddeleri de zikretmek gerekir.

Ayni ikame ilkesinin uygulama örneği teşkil ettiği ileri sürülen maddeler; taşınmazın yok olması veya kamulaştırılması halinde intifa hakkının durumunu düzenleyen TMK'nın 798. maddesinin ikinci fıkrası³¹⁹, pay üzerinde kurulmuş intifa hakkının paylaşırma istemi sonucunda akıbetini düzenleyen TMK'nın 700. maddesi³²⁰, bulunan malın açık artırma yoluyla satılması ve elde edilen satış bedelinin bulunan şeyin yerine geçeceğini düzenleyen TMK'nın 770. maddesinin üçüncü fıkrası³²¹ ve

³¹⁸ Ayiter (Mamelek), s. 69-92, Akbıyık, C.: Miras Sebebiyle İstihkak Davası Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Işığında Bilimsel Bir Sentez Denemesi, İstanbul 2003, s. 231-250; Serozan/Engin, s. 552, para. 111; Sirmen, L.: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2020, s. 327. Ayni ikame ilkesi yerine ikame ilkesi terimi de kullanılmaktadır. Bkz. Zeytin, Z.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2020, s.110, 148-151.

³¹⁹ Serozan, R.: Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 92, para. 380 [Serozan (Eşya), s. 92, para. 380].

³²⁰ Serozan (Eşya), s. 92, para. 380

³²¹ Serozan (Eşya), s. 92, para. 380

rehinli taşınırın yerine geçen değerler üzerinde rehnin devam edeceğini düzenleyen TİTRK'nin 7. maddesinin ikinci fıkrası³²² şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Mal rejimlerinde, edinilmiş malların, edinilmiş mallar yerine geçen değerlerden oluştuğunu düzenleyen TMK'nın 219. maddesinin ikinci fıkrasının beşinci bendi ile ilgili olarak öğreti incelendiğinde burada "ayni ikame" terimi yerine "ikame"³²³, "ikame değer"³²⁴, "ikame edilen değer"³²⁵ terimlerinin tercih edildiği söylenebilir.

Bu husus dikkate alındığında, ikame ile kastedilenin- Alman hukukundaki gibi- ayni ikame mi olduğu yahut -İsviçre'de ikame genel başlığı altında değerlendirilen malvarlığında ikame mi olduğu sorusu ortaya çıkar. Bu soruların cevabı, ayni ikame ilkesinin Türk medeni hukukundaki anlamını ve uygulama alanını tespit için önem arz eder. TMK'nın ilgili maddeleri ve doktrin göz önüne alındığında, ayni ikame kuralının "münferit objeler"³²⁶ üzerinde uygulama alanı bulduğu söylenebilir³²⁷. Ancak, Türk hukukunda, malvarlığı kapsamında ayni ikame kuralına başvurulup başvurulamayacağı hususu ayrıca inceleme konusu yapılmalıdır. Buna ilişkin olarak, her ne kadar Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda kanuni düzenleme mevcut değilse de öğretide miras ortaklığında³²⁸, miras sebebi ile istihkak davası

³²² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtman, H.: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar, s. 81-84, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000916.pdf>, s.e.t. 30.08.2021.

³²³ Zeytin, s. 148-151.

³²⁴ Gümüş, A.: Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281), İstanbul 2008, s. 262-264.

³²⁵ Gençcan, Ö. U.: Mal Rejimleri Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2017, s. 234-235.

³²⁶ Bkz. Ayiter (Mamelek), s. 87.

³²⁷ Bir obje üzerinde ayni ikame ilkesinin uygulanmasına ilişkin açıklamaları ile bağlantılı olarak "münferit" adlandırmasını Ayiter, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme eserinde "münferit objeler" ("*Surrogation bei Einzelgegenstände*") ifadesini kullanarak yapmaktadır. Ancak, Ayiter, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında bu kuralın uygulama alanı bulunmadığını savunduğu için münferit obje kapsamında ayni ikame kuralının uygulanması şeklinde bir ayrıma gerek bulunmadığını da ifade etmektedir Ayiter (Mamelek), s. 87.

³²⁸ Serozan/Engin, s. 102, para. 110.

kapsamında³²⁹, ön mirasçılıkta³³⁰ ve hatta terekenin resmi tasfiyesinde³³¹ aynı ikame ilkesinin uygulanacağına ilişkin görüşler olduğu ifade edilebilir. Mal rejimleri ile ilgili olarak doktrin açıkça aynı ikame ilkesine değil, “ikame”³³², “ikame değer”³³³, “ikame edilen değer”³³⁴ terimlerine yer vermektedir.

Öğretide ikame ve aynı ikame kavramı esasen mal rejimlerinde edinilmiş mallarla bağlantılı olarak, miras ortaklığında ise tereke ile alakalı olarak gündeme gelmektedir. Her iki alanın ortak özelliği ise bu kuralların uygulama konularını malvarlığının oluşturmasıdır. İkame ve aynı ikame kavramlarını malvarlığı kapsamında değerlendirmek gerekirse, edinilmiş mallar yerine geçen değerlerin yine edinilmiş mallardan sayılacağına ilişkin kanun maddesini (TMK m. 219/f. 2/b. 5) açıklayan Zeytin’e göre burada ikame ilkesi düzenlenmektedir³³⁵. İkame ilkesi,

³²⁹ Escher, Art 599 ZGB, N. 4; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, s. 795-796, N. 14; Göksu, T.: Art 588-600 ZGB, Breitschmid, P. / Jungo, A.: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Aufl., 2016, N. 6 (CHK/ Göksu, 2016, Art. 588-600 ZGB, N. 6); Serozan/Engin, s. 552, para. 111 (Serozan “*Surrogation*” terimini “aynı ikame” şeklinde Türkçe’ye çevirmektedir.); Gönensay, A. S.: Medeni Hukuk Cild III (Miras Hukuku), İstanbul 1938, s. 307; Jdt 1950 I 329; YHGK, T. 20.1.1965, E. 15/D-2, K. 32; bkz. Atasoy, H. /Yazıcı, H.: Şahıs Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı: Kanun Metni Açıklama ve Emsal İçtihatlar, Ankara 1970, s. 1234; Şener, E.: Eski ve Yeni Miras Hukuku (İki Cilt Birlikte), 1981, s. 606, dn. 22; Oğuzman, M. K.: Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1978, s. 376 bkz. dn. 376’da sayılan yazarlar [Oğuzman (Miras), s. 376 bkz. dn. 376’da sayılan yazarlar]; İmre, Z./Erman, H.: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 13. Basım, İstanbul 2017, s. 422-423; Eren, F./ Yücer Aktürk, İ.: Türk Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 462 bkz. dn. 19; Eren, F.: *Miras Sebebiyle İstihkak Davası*, Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016, C. 22, S. 3, s. 1045-1061, s.1053 [Eren (Miras), s. 1053]; Dural, M./Öz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2020, s. 443 bkz. dn. 1144’teki açıklama; Öztan, B.: Miras Hukuku, 11. Bası, Ankara 2020, s. 428. Miras sebebiyle istihkak davasında aynı etkili malvarlığında ikamenin uygulanacağı yönünde bkz. Forni, R./Piatti, G.: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Aufl., Basel 2006, Art. 599 ZGB, N. 2 (BSK/Forni/Piatti, 2006, Art. 599 ZGB, N. 2).

³³⁰ Serozan/Engin, s. 103, para. 111; Öztan, s. 309.

³³¹ Serozan/Engin, s. 103, para. 111; Öztan, s. 467. Mirasın resmi tasfiyesi hakkında bkz. Kılıç, M.: *Türk Hukukunda Mirasın Resmî Tasfiyesi*, AÜHFD 2013, C. 62, S. 3, s. 762-817.

³³² Zeytin, s. 148-151.

³³³ Gümüş, A.: Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281), İstanbul 2008, s. 262-264.

³³⁴ Gençcan, U. Ö.: Mal Rejimleri Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2017, s. 234-235.

³³⁵ Zeytin, s. 110, 148-151. Bu ilkedan aynı şekilde “ikame ilkesi” olarak bahseden diğer yazarlar için bkz. Özdamar, D. / Kayış, F. / Yağcıoğlu, B./ Akgün, A.: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 43; Acabey, B.: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde*

eşlerin iradesi söz konusu olmaksızın ve kanun gereği; malvarlıklarında hukuki işlem yolu ile meydana gelen değişimlerde elde edilen yeni değerin bu malvarlıklarına özgülenmesi manasına gelmektedir³³⁶. Bu suretle, çeşitli hakları muhtevasında barındıran farklı ve özel malvarlığı niteliğindeki malvarlığı grupları bünyelerinde gerçekleşen değişimlere karşı korunmuş olmaktadır³³⁷. Buna göre, ikame ilkesinin uygulanabilmesi için iki şart aranır: illiyet bağının ve mülkiyet hakkının varlığı. İlliyet bağı, malvarlığına dahil edilen yeni malvarlığı unsuru ile malvarlığından çıkan unsur arasında bir ilişkinin varlığını temsil etmektedir³³⁸. Mülkiyet hakkının mevcudiyetine ilişkin şart da yeni malvarlığı unsurunun, malvarlığı unsurunun çıktığı malvarlığının sahibi eşe olan aidiyetini ifade etmektedir³³⁹. Anlaşılacağı üzere, aynı ikame kavramına edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili olarak yer verilmemektedir. Dolayısıyla, bahsi geçen ikame kuralı ile aynı ikame kuralının kastedilip kastedilmediği sorusu sorulabilmektedir. Aynı ikame ilkesinin kapsamının belirlenebilmesi için, İsviçre mal rejimi hukukunun ve Türk mal rejimi hukukunun ikame ilkesi ile birlikte incelenerek değerlendirilmesi gerekmektedir.

Aynı ikame ilkesine, miras hukuku açısından bakıldığında; miras sebebiyle istihkak davası çerçevesinde aynı ikame ilkesinden bahseden Kocayusufpaşaoğlu, bu ilkeyi tereke değerlerinin sarf edilmesi sonucu elde edilen değerlerin yine terekeye ait

Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler, Şıpka, Ş./ Özbilen, B./ Şensöz, E. (Yayına hazırlayan), Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, 17-18 Kasım 2006, İstanbul 2007, s. 23; Gümüş ise “ikame ilkesi” yerine sadece ikame/ikame değer kavramlarını kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. Gümüş, s. 263.

³³⁶ Hausheer, H.: Art. 197 ZGB, Honsell, H./ Vogt, N.F./ Geiser, T. (Hrsg.) Basler Kommentar (BSK) Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, 2. Aufl., Basel 2002, N. 36 (BSK/Hausheer, 2002, Art. 197 ZGB, N. 36), BGE 100 II 182, 184 (Fr.) bkz. Zeytin, s. 148, dn. 356-357.

³³⁷ BSK/Hausheer, 2002, Art. 197 ZGB, N. 36; BGE 100 II 182, 184 (Fr.) bkz. Zeytin, s. 148.

³³⁸ Zeytin, s. 149.

³³⁹ Zeytin, s. 149.

olacağı şeklinde açıklamaktadır³⁴⁰. Serozan ise aynı ikame kuralını³⁴¹, terekenin özel malvarlığı niteliğini taşımasından kaynaklanan ve terekeden çıkan malın dolaysız olarak ve kendiliğinden tekrar terekeye ait olmasını sağlayan “hukuksal büyü”³⁴², “olağanüstü, büyülu dolaysız hak kazanma tekniği”³⁴³ olarak tanımlamaktadır.

Bu ilkenin hem ön mirasçılıkta³⁴⁴ hem de miras sebebiyle istihkak davası³⁴⁵ kapsamında uygulanacağını savunan Öztan’a göre, aynı ikame miras paylaşılınca kadar terekeden bir malın çıkıp yerine başka bir mal girmesi olaydır³⁴⁶.

Miras sebebiyle istihkak davası kapsamında aynı ikame ilkesinin uygulanacağından bahseden Akbıyık’a göre de aynı ikame prensibi, malvarlığından çıkan değer yerine yeni elde edilmiş değer geçmesini sağlayan hukuki bir olaydır³⁴⁷.

Ayiter ise özel malvarlığında (“hususî mamelek”) aynı ikame kuralının uygulamasına karşı çıkmakta olup, gerçek aynı ikamenin normal iktisap halleri dışında farklı bir iktisap yolu olduğunu ve sadece EMK’nın 722. (TMK m. 798), 746. (TMK m. 821.) ve 694. (TMK m. 770) maddelerinde düzenlendiğini savunmaktadır³⁴⁸. Öyle ki farklı bir iktisap yolu niteliğini haiz aynı ikame bu

³⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, N.: Miras Hukuku, Yenilenmiş genişletilmiş tamamlanmış 2. Bası, İstanbul 1978, s. 661

³⁴¹ Serozan, aynı ikame ilkesini “*Surrogationsprinzip*”in karşılığı olarak ifade etmektedir. Bkz. Serozan/Engin, s. 552, para.111. Yazar “*dingliche, direkte Surrogation*”u ise aynı ikame, dolaysız ikame şeklinde Türkçe’ye çevirmektedir. Bkz. Serozan/Engin, s. 103, para. 111.

³⁴² Serozan/Engin, s. 552, para.111.

³⁴³ Serozan/Engin, s. 103, para. 111.

³⁴⁴ Öztan, s. 309.

³⁴⁵ Öztan, s. 428.

³⁴⁶ Öztan, s. 467.

³⁴⁷ Akbıyık, s. 244.

³⁴⁸ Ayiter (Mamelek), s. 71 bkz. dn. 7 ve s. 86-87.

özelliği gereği kanunda açıkça düzenlenmek zorundadır³⁴⁹. Buna göre, kanunda öngörülen sebepler dolayısıyla bir kimsenin malvarlığından çıkan değer yerine yeni elde edilen değer yine kanunun öngördüğü hallerin mevcudiyetinde o kişinin malvarlığına girer³⁵⁰. Örneğin, TMK m. 798, intifa konusu mal üzerindeki bu hak malın harap olması veya kamulaştırılması durumlarında hakkın elde edilen karşılık üzerinde devam edeceğini düzenlemektedir. Ayiter'e göre bu gerçek ayni ikamenin TMK'da düzenlenmiş bir örneğini teşkil eder³⁵¹.

Çeşitli malvarlıkları açısından ayni ikame ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bunun aksine, eşya hukukunda münferit objeler üzerinde ayni ikame kuralının uygulanacağı, TMK'nın intifa hakkının hakkın konusu yerine geçen karşılık üzerinde devam edeceğine ilişkin 798. maddesinin ikinci fıkrasında; aynı şekilde üzerinde intifa hakkı bulunan alacağın ifa edilmesi halinde, intifa hakkının ödenen bedelde devam edeceğine ilişkin hükmü içeren TMK'nın 821. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça düzenlendiği gerekçeleriyle kabul edilmektedir³⁵². Bu maddelere ek olarak, pay üzerinde kurulmuş intifa hakkının paylaşırma istemi sonucunda akıbetini düzenleyen TMK'nın 700. maddesinde³⁵³ ve bulunan malın açık artırma yoluyla satılması ve elde edilen değer bulunan mal yerine geçeceğini

³⁴⁹ Ayiter (Mamelek), s. 87.

³⁵⁰ Ayiter (Mamelek), s. 87.

³⁵¹ Ayiter (Mamelek), s. 87.

³⁵² Sirmen, s. 327, 593.

³⁵³ Serozan (Eşya), s. 92, para. 380. TMK madde 700'e göre pay üzerinde intifa hakkı kurulduğu hususunun diğer paydaşlara tebliğ edilmesi ve diğer paydaşların satış yolu ile paylaşırma talebinde bulunmaları halinde, intifa hakkının bedel üzerinde devam etmesinin, tebliğden itibaren 3 ayla sınırlandırılmasının, ayni ikame kuralı ile bağdaşmayacağına ilişkin görüş için bkz. Sirmen, L.: Paylı Mülkiyette Pay Üzerinde Kurulmuş Olan İntifa ve Rehin Haklarının Paylaşmaya Etkisi, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku II. Cilt 17-18-19-20 Şubat 2016, Ankara 2017, s. 857-866 [Sirmen (Paylı Mülkiyet), s. 857-866].

³⁵³ Serozan (Eşya), s. 92, para. 380.

düzenleyen TMK'nın 770. maddesinin üçüncü fıkrasında da³⁵⁴ aynı ikame kuralının mevcudiyeti kabul edilmektedir. Ayrıca rehinli taşınırın yerine geçen değerler üzerinde rehnin devam edeceğini düzenleyen TİTRK'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasında da aynı ikame kuralına yer verildiği kabul edilmektedir³⁵⁵. Buna göre, tarafların aralarında anlaşmalarına gerek kalmaksızın, kanun uyarınca rehin hakkı, taşınırın yerine geçen sigorta tazminatı üzerinde devam edecektir³⁵⁶.

TMK'nın 798. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bu kuraldan bahseden Sirmen, aynı ikame prensibini, aynı hakkın konusunun yerine geçen şey hakkında eskisinin hukuki durumunun aynen devam etmesi şeklinde tanımlamaktadır³⁵⁷. Aynı hakka konu olan şeyin yok olması halinde aynı hakkın sona ermesi kuralına istisna teşkil etmesi sebebiyle genel hukuk ilkelerinden sapan³⁵⁸ bu kuralın, ayrık niteliği gereğince, açıkça kanunda öngörülen hallerde uygulanabileceği ileri sürülmektedir³⁵⁹.

Aynı ikame ilkesinin eşya hukuku kapsamında bahsinin geçtiği başka bir konu ise elbirliği mülkiyetidir. Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir'e göre elbirliği ortaklığının malvarlığı, elbirliği ortaklarının malvarlıklarından ayrı ve bağımsızdır³⁶⁰. Yazara

³⁵⁴ Serozan (Eşya), s. 92, para. 380.

³⁵⁵ Yurtman, s. 82.

³⁵⁶ Yurtman, s. 82. TİTRK kapsamında taşınırın yerine geçen kaim değerler hakkında ayrıca bkz. Öcal Apaydın, B.: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Teminat Yükünün Kapsamı Bakımından Özellik Arz Eden Haller*, BUHFD 2018, C. 13, S. 169-170, s. 87-119, s. 97-99.

³⁵⁷ Sirmen, s. 327.

³⁵⁸ Girsberger, s. 83; Sirmen, s. 327.

³⁵⁹ Girsberger, s. 83; Sirmen, s. 327.

³⁶⁰ Oğuzman, M. K./ Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: *Eşya Hukuku*, İstanbul 2020, s. 396, para. 1349.

göre, ortaklık malvarlığından çıkan değer yerine elde edilen değer kendiliğinden ortaklık malvarlığına dahil olmakta olup bu olaya da aynı ikame adı verilmektedir³⁶¹.

Türk öğretisinin aynı ikame ilkesine ilişkin yaklaşımını özetlemek gerekirse: 1. Aynı ikame kuralı Türk öğretisinde malvarlığı ve tek bir değer üzerinde olmak üzere iki alanda ele alınmaktadır. 2. Münferit obje üzerinde aynı ikame ilkesinin varlığı, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerinde düzenlenmesi gerekçesiyle kabul edilmektedir. 3. Malvarlığı ile bağlantılı olarak, aynı ikame kuralının tereke hakkında uygulanacağı ifade edilmektedir. Aynı ikame prensibi; özel malvarlığı olarak nitelendirilen terekeye, doğrudan hak kazanımını sağlayan bir araçtır. 4. Mal rejimlerinde ise ikame ilkesinin düzenlenmiş olduğu doktrinde kabul edilmekte olup bunun aynı ikame ilkesi ile aynı anlama gelip gelmediği hususu incelenmelidir.

³⁶¹ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 396, para. 1349. Ayiter, elbirliği ortaklığında ortakların bu kuralın uygulanmasının emredici olmadığını ve aksinin kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Ayiter, N.: Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, Ankara 1983, s. 101 [Ayiter (Eşya Hukuku), 1983, s. 101].

C. Common Law Ülkelerinde Aynı İkame İlkesine Genel Bakış

Trust fonuna ait bir malvarlığı konusunun güvenilen tarafından elden çıkarılması halinde, lehtarın hakkının ikame değer üzerinde devam edeceği, dolayısıyla *trust* kurumunda aynı ikame olayının gerçekleştiği³⁶² ileri sürülmektedir³⁶³. *Trust*, kurucunun (“*settlor*”), kendisine ait bir malvarlığı konusunu güvenilene (“*trustee*”) devrettiği, güvenilenin bunu lehtar (“*beneficiary*”) yararına yönettiği kurumdur³⁶⁴. Bu yapıda hem güvenilen hem de lehtar mülkiyet hakkına sahiptir³⁶⁵. Güvenilene devredilen bu malvarlığı unsurlarının onun genel malvarlığından ayrı bir malvarlığı oluşturduğu belirtilmektedir³⁶⁶.

Aynı ikame ilkesinin *common law* sisteminde *trust* kurumunda uygulama alanı bulduğu³⁶⁷ ve bu bağlamda, “*tracing*”in aynı ikamenin bir formu olduğu³⁶⁸ ifade edilmektedir. Başka bir görüş ise “*tracing*”in aynı ikame ile birebir manaya sahip

³⁶² Kulms, R.: Trust und Treuhand, HWB-EuP 2009, http://hwbeup2009.mpipriv.de/index.php/Trust_und_Treuhand, s.e.t. 10.09.2021.

³⁶³ Kurtulan Güner, s. 129. İngiliz hukukundan etkilenen Amerikan hukukunda da hak sahibi *trusta* ait malın yerine geçen şeyi yani ikame malı talep edebilmektedir. Bkz. Babafemi, F. O. B.: *The Proprietary Remedies of Tracing: A Comparative Study of English and American Law*, Anglo-American Law Review 1973, Vol. 2, No. 2, s. 198-218, s. 203-204, https://heinonline.org/HOL/Page?lname=Babafemi&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/complr2&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=198, s.e.t. 14.10.2021. İngiliz ve Amerikan *trust* hukukundaki farklılıklar hakkında bkz. Hauser, B.: *English trusts from an American perspective*, TRUSTS & TRUSTEES 2002, V.9, I.1, s. 15-22b; Kurtulan Güner, s. 25-28.

³⁶⁴ Hansmann, H.: *Trust Law in the United States. A Basic Study of Its Special Contribution*, Am. J. Comp. L. Supp. 1998, s. 133-150, s. 134, https://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1290/, s.e.t. 14.09.2021.

Kurtulan Güner, s. 105. “*Settlor*”un kurucu, “*trustee*”nin güvenilen, “*beneficiary*”nin ise lehtar şeklindeki çevirisi için bkz. Kurtulan Güner, s. 6.

³⁶⁵ Kurtulan Güner, s. 105. Lehtarın hakkının bir tür mülkiyet hakkı olan türev mülkiyet hakkı (“*equitable title*”) olduğu yönündeki açıklama için bkz. Kurtulan Güner, s. 7.

³⁶⁶ Gretton, s. 610, Cincelli, s. 482, N. 725; Raczynska, s. 454.

³⁶⁷ Cincelli, s. 507, N. 755; Kurtulan Güner, s. 321. Aynı ikame ile “*tracing*”in aynı kavramlar olmadığı yönünde bkz. Raczynska, s. 470; Valsan, s. 9.

³⁶⁸ Schäfer, F.: *Die Vindikation im englischen Privatrecht – Zehn Jahre Foskett v. McKeown*, StudZR 2010, s. 275-296, s. 282.

olmadığını³⁶⁹, bunun bir malın diğerinin ikamesi olduğunu tespit eden bir metot olduğunu ileri sürmektedir³⁷⁰. Türk doktrinde ise “*tracing*”ın aynı ikameyi içine alan bir faaliyet olduğu belirtilmektedir³⁷¹.

“*Tracing*” malları tespiti yarayan bir süreç olup³⁷², bir ispat yöntemidir (“*Beweismethod*”) ³⁷³. “*Tracing*” ile talepte bulunanın tespit edilen mal üzerindeki hakkının aynı veya şahsi olup olmadığı belirlenmemektedir³⁷⁴. Hak sahibinin ikame değeri üzerinde sahip olduğu hakkın aynı mi yoksa şahsi mi olduğunun belirlenmesi ise “*claiming*” olarak adlandırılır³⁷⁵. “*Tracing*” ile *trust* fonuna ait olan bir değer izinsiz çıkması sonucunda bunun yerine elde edilen malvarlığı unsuru ve bunun kimin elinde olduğu belirlenmektedir³⁷⁶. *Common law*’a göre, güvenilenin, onun rızası dışında elden çıkan *trust* fonuna ait malvarlığı konusunun kaim değeri üzerindeki aynı hakkı ileri sürmesi mümkündür³⁷⁷. Hakkaniyet hukuku (“*equity law*”) kurallarına göre ise, lehtarın (“*equitable owner*”) ³⁷⁸ (türev) mülkiyet hakkına dayanarak, güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda “*tracing*”

³⁶⁹ Rußmann, s. 11.

³⁷⁰ Rußmann, s. 11, dn. 35’te anılan yazarlar. Aynı ikame ve “*tracing*”ın aşağı yukarı birbirlerinin karşılığı olduğu yönünde bkz. Gretton (Proprietary), s. 577

³⁷¹ Kurtulan Güner, s. 314.

³⁷² [2001] 1 AC 102 (HL) bkz. Häcker, B.: “Claiming Substitute Assets from the Transferee (and Third Parties)” Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German

Law, London 2013, s. 276-277.

³⁷³ Häcker, s. 277; Rußmann, s. 11.

³⁷⁴ Rußmann, s. 11.

³⁷⁵ Rußmann, s. 11.

³⁷⁶ Kurtulan Güner, s. 314, dn. 1238’de anılan yazarlar.

³⁷⁷ Davies, K./ Farran, S.: Equity and Trusts, 2nd edition, 2019, s. 155, <https://eds.b.ebscohost.com/eds/ebookviewer/ebook?sid=96f7c8b6-73e4-422e-b7b8-a0dd71fe3c6e%40pdc-v-sessmgr01&vid=1&rid=1&format=EB>, s.e.t. 14.09.2021. Cincelli, s. 214 bkz. Kurtulan Güner, s. 325. Burada “*common law*” terimi dar anlamda yani hakkaniyet hukukunun yanında yer alan iki başlı yapıdan biri olarak kullanılmaktadır. Ayrıntılı açıklama için bkz. Kurtulan Güner, s. 14.

³⁷⁸ Davies/Farran, s. 154. “*Equitable owner*”, yani türev mülkiyet hakkı sahibi lehtar yalnızca hakkaniyet hukuku kurallarına dayanarak “*tracing*” prosedürüne başvurabilir. Bkz. Davies/Farran, s. 155.

prosedürünü sürdürebileceği kabul edilmektedir³⁷⁹. Örneğin, güvenilen trust’a ait parayla mücevher satın aldığında, lehtar “tracing” faaliyetiyle bu mücevheri tespit edebilir ve mücevheri talep etme hakkına sahip olmaktadır³⁸⁰.

Common law kurumu olan “tracing”ın aynı talebin bir şeyin kaim değeri hakkında da ileri sürülebilmesi anlamına geldiği belirtilmektedir³⁸¹. Bu sebeptir ki “tracing”ın aynı ikamenin yansıması olduğu ifade edilmektedir³⁸².

Sonuç olarak; Alman, İsviçre, Türk ve *Common law* literatüründe aynı ikame ilkesine verilen anlam ve bu kurala ilişkin doktrinde yapılan çeşitli sınıflandırmalar genel olarak yukarıda açıklandığı gibidir. Bu ilkeye verilen anlam ve buna ilişkin yapılan farklı ayrımlara değinilmesinin gerekçesini, tezin asıl konusu oluşturan Türk medeni hukukunda özel malvarlığında aynı ikame ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususuna ilişkin değerlendirmelerde yol gösterici olabileceği kanaatidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki BGB’nin ilgili paragraflarına ilişkin çeşitli şerhlerin bulunması, Alman hukukunda aynı ikameyi açıklayan zengin monogrofilerin varlığı, İsviçre ve dolayısıyla Türk öğretisini de etkilemiştir. Alman hukuku eserlerinde, aynı ikame ilkesi 1900’lü yıllardan beri ayrıntılı olarak ele alınmakta olup, İsviçre ve Türk öğretisinde aynı ikame ilkesinin gelişimi için örnek teşkil etmiş ve halen etmektedir.

³⁷⁹ Oakly, A. J.: *Proprietary Claims and Their Priority in Insolvency*, The Cambridge Law Journal 1995, Vol. 54, No. 2, s. 377-429, s. 384, <https://www.jstor.org/stable/pdf/4508088.pdf?refreqid=excelsior%3Ae689175df963e4b9d2623a45870129af>, s.e.t. 10.09.2021 ve Panesar, S.: *Equity and Trusts*, 3. Bası, 2017, s. 716 bkz. Kurtulan Güner, s. 327.

³⁸⁰ Re Hallett’s Estate (1880) 13 Ch D 696 bkz. Davies/Farran, s. 158.

³⁸¹ Kurtulan Güner, s. 313.

³⁸² Kurtulan Güner, s. 53.

III. Ayni İkame Kuralının Koruma Amacına Genel Bir Bakış

Ayni ikamenin amacı, işlemin taraflarının buna uygun veya buna ilişkin iradeleri bulunmaksızın, korunma ihtiyacı olan kişinin hak iktisabının sağlanması yahut özel malvarlığına iktisap edilen hakkın tahsisinin sağlanmasıdır ³⁸³.

Ayni ikame ilkesinin koruma amacını tespiti, *özel malvarlığının*

(“*Sondervermögen*”) düzenlenmesinin altında yatan sebeple doğrudan bağlantılıdır.

Özel malvarlığı, taraf iradeleri ile oluşturulması mümkün olmayan, yalnızca kanunda düzenlenen malvarlığıdır³⁸⁴. Bu malvarlığının özel malvarlığı şeklinde anılmasının sebebi, kanaatimizce, malvarlığının idaresine ve malvarlığı değerlerinin tasarrufuna ilişkin özel kurallara tabi bir malvarlığı³⁸⁵ olmasından kaynaklanmaktadır. Özel malvarlığı, belirli grup alacaklılar için sorumluluk masası teşkil etmek üzere oluşturulmuş olabileceği gibi sonraki hak sahibinin (“*Nachfolge*”) menfaatinin korumak amacıyla da oluşturulmuş olabilir³⁸⁶.

Alman hukukunda, özel malvarlığının, ayni ikame kuralı aracılığıyla korunduğu kabul edilmektedir³⁸⁷. Ayni ikame kuralı ile korunmak istenen menfaatin tespiti, özel malvarlığının kimin tarafından idare edildiği sorusu ile ilişkilidir. Burada üç ayrı ihtimal söz konusudur: 1. Özel malvarlığı, bu malvarlığı üzerinde hak sahibi olan kişi tarafından idare edilmektedir. Bu durumda bir kimseye ait iki farklı malvarlığı masası bulunmakta olup her ikisi de hak sahibi tarafından idare edilmektedir. 2. Özel

³⁸³ Lange/Kuchinke; § 41 I. 1., s. 1067.

³⁸⁴ Larenz, K. /Wolf, M.: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, s. 386, Rn. 31.

³⁸⁵ Larenz/Wolf, s. 389, Rn. 45.

³⁸⁶ Larenz/Wolf, s. 387, Rn. 32.

³⁸⁷ Wolf, M.: *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, JuS 1975, s. 710-717, s. 711 (Wolf, 1975, s. 711).

malvarlığı, herhangi bir hakka dayanmaksızın üçüncü kişi tarafından idare edilmektedir. 3. Özel malvarlığı, malvarlığının idaresinde hak sahibi olan üçüncü kişi tarafından idare edilmektedir.

İlk duruma örnek olarak mirasçılarının hukuki durumu verilebilir³⁸⁸. Bir mirasçının şahsi malvarlığının yanında bir de terekeden oluşan özel malvarlığı bulunmaktadır. Bu özel malvarlığı da BGB § 2041’de düzenlenen ayni ikame kuralı aracılığıyla korunmaktadır. Özel bir malvarlığı teşkil eden terekede, tasfiyeye kadar gerçekleşecek azalmaların önüne geçmek ve terekenin mevcudiyetini korumak üzere düzenlenen ayni ikame kuralı hem mirasçılarının hem de tereke alacaklılarının menfaatine hizmet etmektedir³⁸⁹.

İkinci duruma örnek olarak üçüncü kişinin terekeye haksız zilyet olduğu haller gösterilebilir. Bu halde, özel malvarlığına ilişkin koruma BGB § 2019 aracılığı ile gerçekleşir. BGB § 2019, terekeye haksız zilyet olan kişinin hakimiyetindeki özel malvarlığında gerçekleşebilecek azalmaların önüne geçmek üzere, tereke değerleri

³⁸⁸ BGB § 1418 düzenlemesi de buna örnek olarak gösterilebilir. Bir eşin kişisel malları özel malvarlığı teşkil etmekte olup (BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 2.); bu özel malvarlığı, BGB § 1418 uyarınca hak sahibi eş tarafından idare edilmektedir. Bu paragrafın ikinci fıkrasının üçüncü bendinde düzenlenen ayni ikame kuralı ile kişisel malların ekonomik bütünlüğünün korunması ve eşin diğer eşten bağımsız olarak bu malvarlığının idaresi sağlanmaktadır. Bkz. RGZ 72, 165 bkz. Brudermüller, G.: BGB § 1418, Palandt, O./ Brudermüller, G./Ellenberger, J./ Götz, I./ Grüneberg, C./ Herrler, S./Sprau, H./Thorn, K. /Weidenkaff, W./ Weidlich, D./ Hartmut/ W. (Hrsg.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 7, 78. Aufl., München 2019, Rn. 5 (Palandt/Brudermüller, BGB § 1418, Rn. 5); Heinemann, J.: BGB § 1418, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II, Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/ Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 15. Aufl., Köln 2017, Rn. 4 (Erman/Heinemann, BGB § 1418, Rn. 4). Kişisel malların muhtevasının korunması da kişisel malların hak sahibi olan eşin menfaatine hizmet etmektedir.

³⁸⁹ Krug, s. 381; Kroiß, L./ Ann, C. /Mayer, J. (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, 5. Aufl., 2018, Rn. 1 (NK-BGB/Ann, 2018, BGB §2041, Rn. 11 (NK-BGB/Ann, 2018, BGB § 2041, Rn. 11). Ayni ikame kuralının ayrıca mirasçılarının terekeyi idare yetkilerini garanti altına aldığı yönünde bkz. NK-BGB/Ann, 2018, BGB § 2041, Rn. 11.

aracılığıyla iktisap edilen değerlerin yine terekeye ait olacağı hükmünü içermektedir. Burada, normun koruma amacı incelendiğinde, mirasçılarının ve tereke alacaklılarının menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı sonucuna ulaşılmaktadır³⁹⁰. Zira, bu otomatik iktisap, mirasçılara, terekeye haksız zilyet kişinin iflas etmesi durumunda, tereke değerini Alman İflas Kanunu'nun ["*Insolvenzordnung (InsO)*"] 47. paragrafı uyarınca iflas masasından ayırma imkanını tanıır³⁹¹. Terekenin azalmalara karşı korunması, tereke alacaklıların menfaatine de hizmet etmektedir. Tereke, kazanç elde etme amacı ile oluşturulmuş bir ortaklık niteliği taşımadığı için bünyesinde hak kazanımlarından ziyade, hak kayıpları gerçekleşmesi söz konusu olup, azalmalar meydana gelebilecektir. Bu azalmaların BGB § 2019 aracılığı ile önlenmesi, alacaklıların alacaklarını elde etmeleri ihtimalini de artıracaktır. Dolayısıyla, bir sorumluluk masası olarak terekenin korunması, mirasçılara ek olarak tereke alacaklıların menfaatine de hizmet edecektir³⁹².

Üçüncü duruma örnek olarak ise çocuğun, anne ve babası tarafından idare edilen malvarlığının BGB § 1646 vasıtasıyla korunması gösterilebilir. BGB § 1646 uyarınca, anne ve babanın -aksi yönde iradelerinin bulunmadığı hallerde- çocuğun malvarlığı aracılığı ile iktisap ettikleri taşınır mallar yine çocuğa ait olmaktadır. Söz

³⁹⁰ Wolf, 1975, s. 711; MittBayNot 1990, 119, 120; Ebenroth, C. S.: Erbrecht (Juristische Kurzlehrbücher für Studium und Praxis), München 1992, s. 680, Rn. 1017; Fleindl, H.: BGB § 2019, Kroiß, Ludwig/Ann, Christoph/Mayer, Jörg (Hrsg.), Nomos Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, 5. Aufl., 2018, Rn. 3 (NK-BGB/ Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 3); Zimmer, M.: BGB § 2019, Prütting, H./Wegen, G./Weinrich, G., Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 15. Aufl., Hürth 2020, Rn. 1 (PWW/Zimmer, BGB § 2019, Rn. 1); Gursky, K. H.: BGB § 2019, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5 Erbrecht, 2016, (Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 2).

³⁹¹ Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 2; NK-BGB/ Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 3; Helms, T.: BGB § 2019, Säcker, F. J./ Rixecker, R./ Oetker, H./ Limperg, B. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2020, Rn. 1(MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2019, Rn. 1).

³⁹² NK-BGB/ Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 3.

konusu düzenleme, çocuğun anne ve babası tarafından sömürülmesinin engellenmesini amaçlamakta olup, çocuğun menfaatine hizmet etmektedir. Bu da çocuğun malvarlığının, anne ve babanın tasarrufları ile azalmasını önlemek suretiyle gerçekleşmektedir³⁹³.

Her üç durumda da aynı ikame kuralı, özel malvarlığı niteliğindeki malvarlığının korunması için bir araç teşkil etmektedir. Özel malvarlıklarının muhtevalarının korunması ise asıl olarak o malvarlığı üzerinde gerçek hak sahibi olan kişinin menfaatine hizmet etmektedir. Bir malvarlığının ayrıca sorumluluk masası olduğu hallerde, bu özel malvarlığının muhtevalarında gerçekleşecek azalmalara karşı muhafazası, alacaklılara da fayda sağlamaktadır. Alman kanun koyucusu, bu genel hukuk prensiplerinden sapan hak kazanım şeklini düzenleyerek kanunda belirlenmiş malvarlığı sahiplerinin menfaatlerini alelade malvarlığı üzerinde hak sahibi bulunan kişilerinin menfaatlerinden üstün tutmaktadır. Aynı ikame ilkesinin koruma amacına yönelik ve Alman hukukuna ilişkin bu genel değerlendirme, bizi, aynı ikame ilkesinin Türk medeni hukukundaki konumunun belirlenmesi için anahtar niteliğindeki soruya yani *kimin menfaatinin korunması gerektiği* sorusuna yönlendirmektedir. Türk hukukunda; özellikle, miras hukuku alanındaki aynı ikame ilkesine yönelik genel kabulün incelenmesinde, çocuğun malvarlığı kapsamında bu ilkenin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin yaklaşımımızın belirlenmesinde,

³⁹³ Huber, P.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, Säcker, F. J. / Rixecker, R. / Oetker, H./ Limperg, B. (Hrsg.) 8. Aufl., München 2020, BGB § 1646, Rn. 1 (MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 1); Becker, P.: BGB § 1646, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.), Wellenhofer, M. (Hrsg.), Buch 4 Familienrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2021, Rn. 2 (BeckOGK/Becker, 2021, BGB § 1646, Rn. 2); Rakete-Dombek, I./ Berning, S.: BGB § 1646, Kaiser, D./Schnitzler, K./Schilling, R./Sanders, A. (Hrsg.), Familienrecht, 4. Aufl., 2021, Rn. 1 (NK-BGB, 2021, BGB § 1646, Rn. 1).

edinilmiş mallara katılma rejimindeki ilgili düzenlemelerin anlaşılmasında, bu sorunun cevabının bulunması önem taşımaktadır.



İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK AİLE HUKUKUNDA AYNİ İKAME

I. Türk Mal Rejimi Hukukunda Ayni İkame

A. Türk Mal Rejimi Hukukuna Genel Bir Bakış

1. Genel Olarak

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile edinilmiş mallara katılma rejimi 01.01.2002'den itibaren İsviçre hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Böylece eski Medeni Kanun zamanında geçerli olan yasal mal rejimi 01.01.2002 itibariyle son bulmuş, yerini edinilmiş mallara katılma rejimine bırakmıştır³⁹⁴. Yasal mal rejimi yanında, kanunda seçimlik mal rejimleri olarak mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri de düzenlenmektedir. Buna göre, eşler arasında kural olarak edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. Şayet, eşler başka bir mal rejimine tabi olmak isterlerse, bu üç mal rejiminden birini seçmek zorundadırlar. Eşlerin aralarında kanunda düzenlenen mal rejimi tipleri dışında başka bir mal rejimi tipi seçmesi mümkün değildir. Bununla beraber, eşler tabi oldukları mal rejiminin muhtevasını, kanunun cevaz verdiği ölçüde değiştirme imkanına sahiptirler³⁹⁵.

³⁹⁴ Gümüş, A.: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), İstanbul 2008, s. 252.

³⁹⁵ Kılıçoğlu, A. M.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, Ankara 2002, s.15, 28, Öztan, B.: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 439 [Öztan (Aile Hukuku), s. 439]; Özügür, A. İ.: Mal Rejimleri, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2015, s. 23; Geiser, T.: Die vertraglichen Güterstände in: Vom alten zum neuen Eherecht, Bern 1986, s. 111 [Geiser (Die vertraglichen Güterstände), s. 111]; Zeytin, s. 43. TMK'da düzenlenen ve mal rejimlerinin seçilebileceğine ilişkin hükümlerin eşlerin irade özgürlüğünü kısıtladığına yönelik görüş için. bkz. Ünal, A.: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, C. 23, S. 4, s.121-140, s. 122-124. Alman hukukunun, ayni ikame konusunda İsviçre hukuku ve Türk hukuku üzerindeki etkisi sebebiyle Alman mal rejimi hukukundan ve ayni ikamenin uygulama alanı olan kişisel mallardan kısaca bahsetmek gerekirse, BGB'de dört tip mal rejiminin düzenlendiği görülmektedir. Bunlar, yasal mal

rejimi olarak düzenlenen *artmış kazanca ortaklık rejimi* (“*Zugewinnngemeinschaft*”) (bkz. Aksoy, M.: Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağ, Ankara 1964, s. 127, “*Zugewinnngemeinschaft*” teriminin kazanç ortaklığı şeklindeki çevirisi için bkz. Zeytin, s. 40) ve seçimlik mal rejimi olarak düzenlenen *mal ortaklığı rejimi* (“*Gütergemeinschaft*”), *mal ayrılığı rejimi* (“*Gütertrennung*”) ve 2010’da akdedilen Almanya ve Fransa arasındaki anlaşma çerçevesinde her iki ülkede de geçerli olacağı kabul edilen *seçimlik-artmış kazanca ortaklık rejimidir* (“*Wahl-Zugewinnngemeinschaft*”). Bkz. Rauscher, T.: Familienrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008, s. 243, Rn. 353 (2008 tarihli bir eser olması sebebi ile BGB’nin 3 tip mal rejimini düzenlediği ifade edilmiştir); Dethloff, N.: Familienrecht, 32. Aufl., München 2018, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 6; Carlberg, U.: Praxishandbuch Familienrecht, Scholz, H./Kleffmann, N./Doering-Striening, G. (Hrsg.), 35. EL, München 2018, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 1 (Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 1). BGB’nin 1363 vd. paragraflarında düzenlenen artmış kazanca ortaklık rejimi, 01. 07. 1958’de yürürlüğe giren Eşit Haklar Kanunu (“*Gleichberechtigungsgesetz*”)’in “Eşit Haklar Kanunu” şeklindeki çevirisi için bkz. Zeytin, s. 40) ile birlikte yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir (Zeytin, s. 40-41; Jaeger, W.: 1. Gesetzliches Güterrecht (§ 1372- § 1390) Vorbemerkungen, Johannsen, K. H. (mitbegründet von) /Dieter, H. (Hrsg.), Familienrecht, 6. Aufl., München 2015, Rn. 1 (Johannsen/ Dieter/ Jaeger, 1. Gesetzliches Güterrecht (§ 1372- § 1390) - Vorbemerkungen, Rn. 1). Şayet eşler mal rejimlerine ilişkin herhangi bir sözleşme yapmamışlarsa aralarında yasal mal rejimi olan artmış kazanca ortaklık (“*Zugewinnngemeinschaft*”) geçerli olacaktır. Bu mal rejimi tipinde eşlerin ortak bir malvarlıkları yoktur (bkz. Johannsen/ Dieter/ Jaeger, 1.Gesetzliches Güterrecht (§ 1372- § 1390)- Vorbemerkungen, Rn. 3). Her bir eş kendi malvarlığını yönetim yetkisini haizdir (BGB § 1364). Eşlerin yönetim yetkisinin sınırı diğer eşin menfaati oluşturmaktadır (Gottwald/ Schwab/ Büttner, s.11, Rn. 296). Şöyle ki, malvarlığının tamamında veya ev eşyaları üzerinde tasarruf etmek isteyen eş, diğer eşin iznini almakla yükümlüdür (BGB § 1365 ve BGB § 1369). Aksi takdirde onun bu tasarrufu geçersizdir. Tasarruf yetkisi kısıtlamasının gerekçesini malvarlığının ekonomik bütünlüğünün korunması [Brudermüller, G.: BGB § 1365, Palandt, O./ Brudermüller, G./Ellenberger, J./ Götz, I./ Grüneberg, C./ Herrler, S./Sprau, H./Thorn, K. /Weidenkaff, W./ Weidlich, D./ Hartmut/ W. (Hrsg.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 7, 78. Aufl., München 2019, Rn. 1 (Palandt/Brudermüller, BGB § 1365, Rn. 1), eşlerin yaşam kalitesinin sürdürülmesi (Palandt/Brudermüller, BGB § 1369, Rn. 1)] ve mal rejiminin sonunda artan kazancın, yani denkleştirme alacağının (“*Ausgleichsforderung*” teriminin denkleştirme alacağı şeklindeki çevirisi için bkz. Zeytin, s. 411) tehlikeye girmesinin önlenmesinin oluşturduğu söylenebilir (Palandt/Brudermüller, BGB § 1365, Rn. 1; Palandt/Brudermüller, § 1369, Rn. 1). Nitekim, bu mal rejimi tipinde artan kazanç yarı yarıya paylaşılmakta olup (BGB § 1378) eşlerin birbirlerinden şahsi talep hakları mevcuttur. Artan kazanç ise (“*Zugewinn*”), eşlerin son malvarlıkları ile başlangıçtaki malvarlıkları arasındaki farkı oluşturmaktadır (BGB § 1373). Artan kazanca ortaklık rejimi eşlerin eş güdümlü ve müşterek bir hayat yaşamaları sonucu elde ettikleri düşüncesine dayanır. Dethloff, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 48. Dolayısıyla, eşler mal rejimi sona erdikten sonra son malvarlıkları ile başlangıçtaki malvarlıkları arasındaki değer farkını tespit ederek artan kazançtan yarı yarıya hak sahibi olmak sureti ile mal rejimi süresince çalışmaları karşılığında elde ettikleri şeylere birlikte sahip olurlar. Dethloff, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 48. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle mal ayrılığı rejimini (“*Gütertrennung*”), mal ortaklığı rejimini (“*Gütergemeinschaft*”) veya seçimlik-artmış kazanca ortaklık rejimini de seçebilirler. *Mal ayrılığı rejiminde* eşler adeta hiç evlenmemiş gibidirler (BGB § 1414). Dethloff, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 152. Bunun doğal sonucu olarak eşler kendi malvarlıklarını hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın idare edebilecekleri gibi, malvarlıkları üzerindeki tasarruf yetkileri de sınırlandırılmamaktadır. Dethloff, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 152; Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 102; Johannsen/ Dieter/ Jaeger, BGB § 1414, Rn. 3; Friederici, P.: BGB § 1414, Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4: Familienrecht §§ 1297-1921 BGB, Kaiser, D./Schnitzler, K./Friederici, P./Schilling, R. (Hrsg.), 3. Aufl., 2014, Rn. 5 (NK-BGB-FamR/ Friederici, BGB § 1414, Rn. 5). Eşler, ev eşyaları ve ev üzerinde birlikte zilyettirler. Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 102. *Seçimlik-artmış kazanca ortaklık rejimi* ise (“*Wahl-Zugewinnngemeinschaft*”) hem Almanya’da hem de Fransa’da uygulanabilen ve BGB § 1518’de düzenlenmiş olan akdi bir mal rejimidir. 2010 yılında Fransa ve Almanya arasında imzalanan anlaşma uyarınca artık eşler aralarında geçerli olmak üzere seçimlik- artmış kazanca ortaklık rejimini seçebilmektedirler. Dethloff, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 190. Seçimlik-artmış kazanca ortaklık rejimi, her iki sistemde mevcut olan artmış kazanca ortaklık rejimi baz alınarak düzenlemiştir. Dethloff, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 191. Artmış kazanca

ortaklıkta olduğu gibi bu sistemde de eşlerin mal rejiminin sona ermesi zamanındaki malvarlığı ve baştaki malvarlığı arasındaki farkın yarısı kadar eşlerin alacağı mevcuttur (Federal Almanya Cumhuriyeti ve Fransa Cumhuriyeti Seçimlik-Artmış Kazanca Ortaklık Hakkında Anlaşma, Artikel 2). Bundesgesetzblatt Jahrgang 2012 Teil II Nr. 7, ausgegeben zu Bonn am 22. März 2012, Gesetz zu dem Abkommen vom 4. Februar 2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft Vom 15. März 2012, https://www.bgb.de/xaver/bgb/start.xav?start=//%5B@attr_id=%27bgb1212s0178.pdf%27%5D#bgb1212s0178.pdf%27%5D_1566305392604. s.e.t. 14.07.2020. Anlaşma Artikel 4'e göre, her bir eş kendi malvarlığı üzerinde tasarruf hakkına sahip olup, eşler, malvarlıklarını özgürce idare edip kullanabilir. Onların bu yetkisi, aile konutu ile bu konuta ait mallar üzerindeki haklarla alakalı hukuki işlemlerde sınırlıdır (Federal Almanya Cumhuriyeti ve Fransa Cumhuriyeti Seçimlik-Artmış Kazanca ortaklık Hakkında Anlaşma, Artikel 5). Yine aynı maddeye göre, diğer eşten icazet almadığı sürece eşin aile konutu ve ev malları hakkında tek başına yaptığı hukuki işlemleri hüküm doğurmamaktadır. Aynı ikamenin Alman mal rejimi hukukundaki düzenleme örneğini mal ortaklığı rejiminde kişisel mallar oluşturmaktadır. Seçimlik mal rejimlerinden olan *mal ortaklığı* BGB'nin 1415. ve 1518. paragrafları arasında düzenlenmektedir. Bu mal rejiminde eşlerin üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları ortaklık malları ("*Gesamtgut*"), her bir eşe ait özel mallar ("*Sondergut*") ve kişisel mallar ("*Vorbehaltsgut*") bulunmaktadır. Aynı ikame de eşlerin kişisel malları kapsamında BGB § 1418(2) 3.'te düzenlenmektedir. Mal ortaklığı rejimi, eşlerin aralarında yaptıkları mal rejimi sözleşmesi ile eşler arasında geçerli olur [*Pratikte, mal ortaklığı rejiminin, dikkatle ve çekinilerek tercih edilen bir mal rejimi tipi olduğu belirtilmektedir. Kanzleiter, R.: Vorbemerkungen BGB § 1415, Koch, E. (Redakteurin), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 8 Familienrecht I §§1297-1588 Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, 7. Aufl., München 2017, Rn. 21 (MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, Vorb. BGB § 1415, Rn. 21); Hausch, T.: BGB § 1415, juris Praxiskommentar BGB Band 4 Familienrecht, Herberger, M./Martinek, M./Rüßmann, H./Weth, S./Würdinger, M. (Hrsg.), 9. Aufl., 2020 (Stand: 15.10.2019), Rn. 13 (jurisPK-BGB/ Hausch, 9. Aufl., 2020 (Stand: 15.10.2019), BGB § 1415, Rn. 13). Bu mal rejiminin seçildiğine ilişkin kayıtlar neredeyse hiç yapılmadığı için, bu rejimin seçilme sıklığı ile ilgili olarak yalnızca genel bir yaklaşım sergilenebilmektedir. Ziche, S. J./ Ziche, U.: Verbreitung der Güterstände bei in der Landwirtschaft Tätigen in Bayern, Zeitschrift für das gesamte Recht der Landwirtschaft, der Agrarmärkte und des ländlichen Raumes (AgrarR), 1990, s. 155 bkz. MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, Vorb. BGB § 1415, Rn. 21. Mal ortaklığı rejimi genel olarak çok az tercih edilen bir rejim tipi olup; seçimi, bölgesel olarak ve eşlerin mesleklerine göre değişiklik göstermektedir. MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, Vorb., BGB § 1415, Rn. 21. Bu rejim tipinin genellikle tarımla uğraşan eşler tarafından tercih edildiği söylenebilir. Ziche/ Ziche, s. 155 bkz. Münch, C.: Vorbemerkungen BGB § 1415, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 9: Familienrecht I, Koch, E. (Redakteurin), 8. Aufl., 2019, Rn. 19 (MüKoBGB/Münch, 8. Aufl., 2019, Vorbemerkungen BGB § 1415, Rn. 19)]. Bu mal rejimi tipinde, eşlerin üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları ortaklık malları ("*Gesamtgut*") bulunmaktadır (Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 104). Eşler bu malvarlığı masası üzerinde elbirliği ile hak sahibidirler. Ortaklık mallarının oluşturduğu bu malvarlığı grubuna ek olarak her bir eşin iki farklı malvarlığı grubu daha mevcuttur. Bunlar, özel mallar ("*Sondergut*") ve kişisel mallardır ("*Vorbehaltsgut*"). Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 103. Ortaklık malları, her iki eşin elbirliği ile üzerinde hak sahibi olduğu malvarlığı grubudur. BGB § 1416'da düzenlenen ortaklık malları, eşlerin mal rejimi süresince elde ettikleri mallardan oluşur. Dethloff, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 156. Kural olarak, özel mallar ve kişisel mallar hariç tüm mallar ortaklık mallarına aittir. MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, BGB § 1416, Rn. 4. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle normalde ortaklık malı olacak malların kişisel mallara ait olacağına karar vermişlerse bu durumda söz konusu mallar kişisel malların oluşturduğu mal grubuna dahil olur. MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, BGB § 1416, Rn. 5. Ortaklık mallarından oluşan bu malvarlığı masasının hukuki kişiliği yoktur. Palandt/Brudermüller, § 1416, 2019, Rn. 1; Dethloff, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 156. Bir eşin elde ettiği mal hiçbir hukuki işleme gerek kalmaksızın ortaklık mallarına dahil olur ve diğer eş de bunun üzerinde elbirliği ile hak sahibidir [BGB § 1416 (2)]. MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, BGB § 1416, Rn. 1. Bu malvarlığı grubuna, devri kabil tüm malvarlığı değerleri girmektedir. Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 104. Ortaklık malları; maddi tazminat talebi gibi şahsi talep haklarını, aynı hakları -özellikle mülkiyet hakkını- ve beklenen hakları ihtiva eder. MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, BGB § 1416, Rn. 6. Ortaklık malları; ortaklığa tahsis edilen ("*Eingebracht*") veya üçüncü kişilerin*

2. Seçimlik Mal Rejimleri

TMK’da mal ayrılığı rejimi, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ve mal ortaklığı rejimi olmak üzere üç farklı seçimlik mal rejimi tipi düzenlenmektedir³⁹⁶.

Eşler, mal rejimi sözleşmesi (TMK m. 203-205) ile kanunda öngörülen mal rejimi türlerinden birini seçmedikleri takdirde, malvarlıkları hakkında edinilmiş mallara

hediyelerinden veya miras sebebi ile elde edilen mallara ek olarak eşlerin birlikte veya ayrı ayrı elde ettikleri gayrimenkuller, çalışmaları karşılığında elde ettikleri gelirler (“*Arbeitseinkommen*”), kişisel kullanımları için elde ettikleri mallar gibi mallardan oluşur. Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 104 ve Siede, W.: BGB § 1416, Bamberger, H. G./ Roth, H./Hau, W./ Poseck, R. (Hrsg.), Beck’sche Online-Kommentare, 50. Ed., München 2019, Rn. 2 (BeckOK BGB/Siede, 2019, BGB § 1416, Rn. 2). Bir eşin elde ettiği mal herhangi bir devir işlemine gerek kalmaksızın doğrudan ve otomatik (bkz. Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 104) olarak ortaklık mallarına dahil olur. BGB § 1417’de düzenlenen özel mallar ise devri kabil olmayan şeylerden (“*Gegenstände*”) oluşmaktadır. Dethloff, § 5. Eheliches Güterrecht, Rn. 158. Bunun kapsamına çalışma karşılığı elde edilen gelirlerin haczi kabil olmayan ve devri mümkün olmayan kısımları; intifa hakları ve diğer sınırlı ayni haklar (“*die beschränkt persönliche Dienstbarkeit*”) girer. Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht, Rn. 105. Özel mallara ek olarak her bir eşin kendine ait kişisel mallarından oluşan bir özel malvarlığı [bkz. Mensch, S.: BGB § 1418, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.) /Kafka, A. (Hrsg.), Buch 4 Familienrecht beck-online. GROSSKOMMENTAR, München 2019, Rn. 2 (BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 2)] bulunmakta olup her biri bu malvarlığını tek başına ve kendi hesabına yönetme hakkını haizdir (BGB § 1418(3)). Eşlerin bu malvarlığını kendi hesaplarına idare etme hakkı onu özel mallardan ayırmaktadır. Bkz. BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 1. Dolayısıyla, her bir eş diğerinin rızası olmaksızın kişisel malları üzerinde tasarrufta bulunabilmektedir. jurisPK-BGB/Hausch, § 1418 BGB, Rn. 24. Kişisel malların kanunda hukuki bir tanımı yapılmamıştır. BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 5. Bununla beraber, kişisel malların ortaklık malları ve özel mallar dışındaki tüm mallardan oluştuğu ileri sürülmektedir. BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 5. BGB § 1418’in ikinci fıkrasına göre kişisel mallar; eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mallara ait olacağı kararlaştırılan şeylerden, üçüncü kişilerin ölüme bağlı tasarrufları veya karşılıksız sağlar arası tasarrufları ile yapılan kazandırmalardan ve ayni ikame olayı sonucu elde edilen kazanımlardan oluşur. (BGB § 1418 (2) tahdididir. BeckOK BGB/Siede, 2019, BGB § 1418, Rn. 2; MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, BGB § 1418, Rn. 2). Kişisel kullanıma yarayan şeyler [bkz. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band IV. Familienrecht, 1988, § 1351, s. 342 (Motive IV, § 1349, s. 342) bkz. BeckOK BGB/Siede, 2019, BGB § 1418, Rn. 2; Motive IV, § 1351, s. 347 bkz. Staudinger/Thiele, 2018, Rn. 3], çalışma karşılığı elde gelirler devredilebilir ve haczi kabil olduğu sürece ortaklık mallarına aittir. BeckOK BGB/Siede, 2019, BGB § 1418, Rn. 2. Kişisel mallar kanun uyarınca eşlerin ve üçüncü kişilerin iradesi ile belirlenebilmektedir. Üçüncü kişiler, ölüme bağlı tasarrufları ya da karşılıksız sağlar arası tasarrufları ile yaptıkları kazandırmaların eşlerin kişisel mallarına ait olacağını belirleyebilirler. Söz konusu ölüme bağlı tasarrufun, miras sözleşmesi ya da vasiyetname ile gerçekleşmesinin hiçbir önemi yoktur. BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 12.

³⁹⁶ Tezimizin ikinci bölümünün mal rejimi kısmında, ayni ikame ilkesi ve edinilmiş mallara katılma rejimi arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi amaçlandığı için aslen edinilmiş mallara katılma rejimi ve bu rejime ilişkin hükümler ayrıntılı olarak incelenecek olup, seçimlik mal rejimlerine ilişkin ise genel bir bilgi verilecektir. Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin TMK m. 219/f. 2/b. 5 ve TMK m. 220/f. 1/b. 4 hükümleri ağırlıklı olarak inceleme konusu yapılacaktır.

katılma rejimi uygulama alanı bulacaktır (TMK m. 202/f. 1). Edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını istemeyen eşler, TMK’da sayılan diğer mal rejimi türlerinden birini seçebilirler. Sınırlı sayıda düzenlenmiş bu mal rejimlerinden başka bir mal rejiminin seçilmesi ve uygulanması söz konusu olamaz³⁹⁷.

Mal rejimi türlerinden mal ayrılığı rejimi sadece eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile bu rejimi seçmeleri hali dışında ayrıca kanunun öngördüğü bazı durumlarda da uygulama alanı bulabilir. Bu sebeple, olağanüstü mal rejimi olarak adlandırılan mal ayrılığı rejimine geçiş için diğer eşe hâkimden talepte bulunma hakkı tanındığı gibi (TMK m. 206), aynı hak, icra takibinde bulunan alacaklıya da tanınmaktadır (TMK m. 210).

a. Mal Ayrılığı Rejimi

Mal ayrılığı rejimi, TMK’nın 242. ve 243. maddelerinde mehzaz kanunda ise Art. 247- 251 ZGB maddeleri arasında düzenlenmektedir. Eşler, bu mal rejimi türünü mal rejimi sözleşmesi ile seçebilecekleri gibi kanunda düzenlenen haller söz konusu olduğunda, diğer eşin veya alacaklıların talebiyle (TMK m. 206 ve TMK m. 210) hâkim kararıyla ya da kanun gereği (TMK m. 209) bu rejime geçiş mümkün olabilmektedir³⁹⁸.

³⁹⁷ Gümüş, s. 217.

³⁹⁸ Zeytin, s. 62.

Mal ayrılığı rejimini kabul eden eşler (yahut olağanüstü mal rejimine herhangi bir şekilde geçilmiş olması halinde eşler) mal rejimi açısından evlenmemiş gibidirler³⁹⁹. Bu mal rejimi türünde, eşlerin malvarlıkları birbirinden tamamen ayrılmaktadır. Mal ayrılığı rejiminde, kadının malvarlığı ve erkeğin malvarlığı olmak üzere iki ayrı malvarlığı masası bulunmakta olup⁴⁰⁰ her bir eş, kendi malvarlığını serbestçe idare etme ve kendi malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma hakkını haizdir (TMK m. 242). Mal ayrılığı rejiminin başlangıcından itibaren elde edilen malvarlığı değerleri hangi eş tarafından iktisap edildiyse ona ait olur⁴⁰¹. Mal rejiminin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde de eşlerin kural olarak birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri bir talep hakkı yoktur⁴⁰². Buna karşılık, TMK m. 243'ün borçlardan sorumluluğun tespiti ve paylı mülkiyet konusu değer tahsisi hususunda paylaşımlı mal ayrılığı hükümlerine yaptığı atıfla paylı mülkiyet konusu değerlerin paylaşımı ile alakalı olarak eşlerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri talep hakkı söz konusu olabilir. Yoksa, edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi artık değer paylaştırılması yahut denkleştirmenin yapılması söz konusu olmaz⁴⁰³. Bununla birlikte, bağışlama niteliği taşımaksızın bir eşin diğer eşin malvarlığına katkı yapması durumunda edinilmiş mallara katılma rejiminin değer artış payı alacağına ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ifade edilmektedir⁴⁰⁴.

³⁹⁹ Öztan (Aile Hukuku), s. 559.

⁴⁰⁰ Öztan (Aile Hukuku), s. 560.

⁴⁰¹ Acar, F.: Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri ve Eşin Miras Payı, 5. Baskı, Ankara 2016, s. 393.

⁴⁰² Öztan (Aile Hukuku), s. 559.

⁴⁰³ Hegnauer, C./ Breitschmid, P.: Grundriss des Eherechts, 4. Überarb. Aufl., Bern 2000, s. 297, N. 29.03; Öztan (Aile Hukuku), s. 560.

⁴⁰⁴ Gümüş, s. 427; Öztan (Aile Hukuku), s. 562.

b. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi⁴⁰⁵

Mal ayrılığı rejimi dışında bir diğer seçimlik mal rejimi ise paylaşmalı mal ayrılığı rejimidir. Mevzuat kanunda yer almayan bu rejim, TMK'nın 244. ve 255. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, karının kendi malvarlığı ve kocanın kendi malvarlığı olmak üzere iki ayrı malvarlığı masası mevcuttur⁴⁰⁶. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi sona erdiğinde, aileye özgülenen değerler paylaşma konusu teşkil ederken; TMK m. 250/f. 2'de sayılan değerler de paylaşmanın kapsamı dışında bırakılmaktadır. Aileye özgülenen bu malvarlığı değerlerinin ne olduğu ise TMK m. 250/f. 1'de düzenlenmektedir. Buna göre; mal rejiminin başlangıcından itibaren ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına tahsis edilen değerler, ailenin ekonomik gücünü güvence altına almak üzere yapılan yatırımlar ve bu sayılan değerler yerine elde edilen değerler, aileye özgülenen malvarlığı değerleri olarak karşımıza çıkar. Bu kapsamda ev eşyaları, aile konutu, yazlık ev; yatırım amacıyla elde edilen kıymetli evraklar, taşınmazlar, sanat eserleri aileye özgülenen malvarlığı değerlerine örnek olarak verilebilir⁴⁰⁷. Aileye özgülenen değerler, tasfiye sırasında paylaşmaya tabidir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin ayırt edici özelliği ise TMK m. 253/f. 1 uyarınca, paylaşmanın, kural olarak ayın olarak yapılmasıdır⁴⁰⁸. Yine bu fıkra gereğince, paylaşmanın aynen yapılamadığı takdirde bedel eklenerek payların denkleştirilmesi söz konusu olacaktır. Bu malvarlığı

⁴⁰⁵ Aynı ikame ilkesinin paylaşmalı mal ayrılığı rejimindeki görünümü hakkında bkz. Cömert Akbay, B.: *Aynı İkame İlkesi ve Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021, C. 25, S. 1, s. 267- 311. (Bu makale, İ.D. Bilkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 6.6. maddesinin, doktora tez savunmasına girebilmek için tez konusunda en az bir yayın yapmış olma şartının gerçekleştirilmesi amacıyla, tez konusundan türetilerek yazılmıştır).

⁴⁰⁶ Gümüş, s. 430.

⁴⁰⁷ Öztan (Aile Hukuku), s. 564.

⁴⁰⁸ Öztan (Aile Hukuku), s. 565.

rejiminin başka bir ayırt edici özelliği ise edinilmiş mallara katılma rejiminde “değer artış payı alacağı” olarak nitelendirilen alacağın, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde “katkıdan doğan alacak” şeklinde adlandırılması ve edinilmiş mallara katılma rejimindeki aksine bir eşin diğerinin paylaşma dışı kalan malvarlığı değerinin iktisap edilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına karşılıksız ya da neredeyse karşılıksız yaptığı katkının hakkaniyete uygun bir bedel nispetinde ödeneceğine ilişkin düzenlemedir (TMK m. 249)⁴⁰⁹. Paylaşma dışı tutulan malvarlığı değerleri TMK m. 250/f. 2 gereğince, manevi tazminat alacakları, miras yolu ile elde edilen kazanımlar ve kazandırmada bulunanın iradesi aksi yönde değilse ölüme bağlı tasarruflar yahut sağlar arası tasarruflar yolu ile eşe yapılan karşılıksız kazandırmalar şeklinde sayılmaktadır.

Eşler, TMK m. 244 gereğince, malvarlıklarını yasal sınırlar içerisinde diledikleri gibi idare edebilirler ve malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Eşler borçlarından da tüm malvarlıkları ile sorumludurlar (TMK m. 248). Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, eşlerden birinin ölümüyle, başka mal rejimi türünün seçilmesiyle yahut boşanma veya evliliğin iptali ile sona erer.

c. Mal Ortaklığı Rejimi

Mal ortaklığı rejimi seçimlik mal rejimlerinden en sonuncusu olup TMK’nın 256. ve 281. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Eski Medeni Kanun’da da yer alan bu

⁴⁰⁹ Kılıçoğlu, A. M.: Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2016, s. 476 [Kılıçoğlu (Aile Hukuku), s. 476]; Gümüş, s. 431.

seçimlik mal rejimi, kadın-erkek eşitliğini sağlamak üzere mehzaz kanuna uygun şekilde tekrar kaleme alınmıştır⁴¹⁰.

Kanunda yapılan ayrıma göre, mal ortaklığı rejimi genel mal ortaklığı ve sınırlı mal ortaklığı olmak üzere ikiye ayrılmakta olup, sınırlı mal ortaklığı ise edinilmiş mallarda ortaklık ve diğer mal ortaklığı şeklinde iki farklı alt grupta düzenlenmektedir (TMK m. 257, 258, 259).

Mal ortaklığı rejimi, her bir eşin kişisel mallarından ve ortaklık mallarından oluşmaktadır. Kişisel malların kapsamı ise TMK m. 260'ta belirlenmektedir. Buna göre, kişisel mallara ilişkin malvarlığı kalemleri; mal rejimi sözleşmesiyle, üçüncü kişilerin karşılıksız kazandırmalarıyla ve kanunla tayin edilir. Eşlerin kişisel kullanımına özgülenmiş değerler ve manevi tazminat alacakları kanunla belirli kılınan kişisel mallardandır (TMK m. 260/f. 2). Eşler, mal rejimi sözleşmesi ile de kişisel malların kapsamını genişletip ortaklık mallarının sınırını daraltabilirler. Eşlerin yalnızca edinilmiş malların ortaklık mallara ait olacağını kararlaştırmaları halinde bu mal ortaklığı, sınırlı mal ortaklığı rejiminin alt türü olan edinilmiş mallarda ortaklık rejimine olarak adlandırılır (TMK m. 258). Eşlerin TMK m. 259 uyarınca mal rejimi sözleşmesi ile taşınmazlarını, kazançlarını, meslek ve sanat faaliyetlerini sürdürebilmeleri için yararlandıkları malları kişisel mallar olarak kabul edebilmelerine de imkân vardır. Bu durumda, bu mal rejimi sınırlı mal ortaklığı rejiminin alt çeşidi olan diğer mal ortaklığı rejimi hükümlerine tabi olur (TMK m. 259).

⁴¹⁰ Acar, s. 59 bkz. dn. 59'daki açıklamalar; Gümüş, s. 436.

Kanun koyucu, TMK m. 260'ta ortaklık malları lehine bir karine öngörmektedir.

Şöyle ki, eşler, aksini yani bir malvarlığı değerinin kişisel mal olduğunu ispatlayamadıkları halde bu malvarlığı değeri ortaklık mallarına ait sayılmaktadır.

Mal ortaklığı rejiminin en önemli özelliği ise eşlerin ortaklık malları üzerinde elbirliği ile hak sahibi olmalarıdır (TMK m. 257/f. 2). Dolayısıyla, mal rejimi kurulduktan sonra iktisap edilen taşınır veya taşınmaz mal ortaklık mallarına dahil olur ve her iki eş de bu değerler üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar. Bir taşınmaz bir değer iktisap edilmesi halinde hukuki işlemi yapmayan eş de bu değer üzerinde doğrudan hak sahibi olup, yapılacak tescil de açıklayıcı nitelik taşır⁴¹¹. Ortaklık malları üzerinde elbirliği ile hak sahibi olunmasının bir diğer sonucu ise eşlerin ortaklık mallarını yönetirlerken ve bu değerler üzerinde tasarrufta bulunurlarken tamamıyla serbest olamamalarıdır. Kanunda buna ilişkin olağan yönetim ve olağanüstü yönetim ayrımı yapılmaktadır. Eşler, ortaklık mallarının olağan idaresine ilişkin borçlandırııcı işlemleri ve tasarruf işlemlerini tek başlarına yapabilirken (TMK m. 262), aynı durum ortaklık mallarının olağanüstü yönetimine ilişkin işlemler hakkında geçerli değildir. Zira kanun koyucu bu tür durumlarda eşlerin birlikte hareket etmesini yahut diğer eşin işlemin geçerli olmasında ilişkin iznini veya icazetini zorunlu kılmaktadır (TMK m. 263). Ortaklık malları hakkında bu şekilde bir sınırlama geçerliyken, eşler kişisel mallarını diledikleri gibi idare edip bunlar üzerinde istedikleri gibi tasarrufta bulunma haklarını haizdirler (TMK m. 267).

⁴¹¹ Hausheer, H./Geiser, T./Kobel, E.: Das Ehe recht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2002, § 13, N. 13.13; Hegnauer/Breitschmid, N. 28.08; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 262; Acar, s. 429; Öztan (Aile Hukuku), s. 551; Gümüş, s. 437.

Ortaklık mallarını idare eden eşlerin hayatın olağan akışında borç altına girmeleri kaçınılmazdır. Kanun koyucu, eşlerin ortaklık borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu da özel olarak düzenlemektedir (TMK m. 268). Şöyle ki eşler:

1. Evlilik birliğini temsil etmek suretiyle yaptıkları işlemlerden ve ortaklık mallarını idare ederken yaptıkları işlemlerden doğan borçlardan 2. Ortaklık mallarına ait değerleri ve buna giren gelirleri kullanarak meslek veya sanat icra etmek sureti ile doğan borçlardan 3. Diğer eş için kişisel sorumluluk doğuran borçlardan 4. Eşlerin kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarıyla sorumlu olacaklarına dair üçüncü kişilerle anlaşmaları suretiyle doğan borçlardan kişisel mallarıyla birlikte ortaklık mallarıyla sorumludurlar. Eşler, kişisel borçlarından ise kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarının değerinin yarısı ile sorumludurlar (TMK m. 269).

Mal ortaklığı rejiminin bir diğer ayırt edici özelliği ise ölüm, boşanma, evliliğin iptali sebeplerine ek olarak eşlerden biri hakkında iflasın açılması durumunda da bu rejimin sona ereceğine ilişkin düzenlemedir (TMK m. 271).

Aynı edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi malvarlığı masaları arasındaki değer kaymaları sonucunda eşlerin denkleştirme alacakları mevcut olabilir (TMK m. 273)⁴¹². Aynı şekilde, eşler, değer artış payını da talep edebilmekte olup; kanun koyucu burada edinilmiş mallara katılma rejiminde değer artış payına ilişkin hükümlerin burada da uygulanacağını öngörmektedir (TMK m. 274).

⁴¹² Gümüş, s. 443.

B. Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aynı İkame

1. Genel olarak

TMK'nın 218. ve 241. maddeleri arasında düzenlenen edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak düzenlenmektedir. Bu mal rejimiyle her bir eşin maddi ve manevi katkılarının eşit olarak paylaştırılması suretiyle eşler arasındaki ekonomik adaletsizliğin giderilmesi amaçlanmaktadır⁴¹³. Şöyle ki, bu rejimin sona erme sebeplerinden biri ile sona ermesi ile eşler birbirlerinin belli malvarlığı değerleri üzerinde alacak hakkını haiz olurlar. "Katılma alacağı" olarak adlandırılan bu hak bir alacak hakkı olarak karşımıza çıkar⁴¹⁴. Prensip itibariyle, malvarlığı değeri üzerinde hak sahibi görünen kişinin, mesela bir değer üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olarak görünen eşin, o değer üzerindeki hak sahipliği devam etmekte olup diğer eşin o değer üzerinde katılma alacağı oranında alacak hakkı söz konusu olur⁴¹⁵. Edinilmiş mallara katılma rejiminde öncelik eşlerin malvarlığı değerlerini paylaşmalarıdır⁴¹⁶. Nitekim, bu rejimle tüm kazanımların edinilmiş mal olarak kabul edilmesi de bunun göstergesidir⁴¹⁷.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin her birinin edinilmiş malları ve kişisel malları mevcuttur. Bir eşin malvarlığı, edinilmiş mallar ve kişisel mallar olmak üzere iki farklı malvarlığı masasından oluşmaktadır⁴¹⁸. Başka bir deyişle, toplamda bu mal

⁴¹³ Zeytin, s. 81.

⁴¹⁴ Acar, s. 191.

⁴¹⁵ Acar, s. 191.

⁴¹⁶ Acar, s. 190.

⁴¹⁷ Acar, s. 190.

⁴¹⁸ Akipek Öcal, Ş: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Sona Erdiren Haller ve Sona Erme Anı*, Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri

rejimi tipinde dört tane malvarlığı masası mevcuttur⁴¹⁹. İfade etmek gerekir ki edinilmiş mallar ve kişisel mallarla kastedilen malvarlığı değerleridir. Bu değerler, para ile ölçülebilen alacak hakları, yenilik doğuran haklar aynı haklar, fikri haklar gibi haklardan oluşmaktadır⁴²⁰. Edinilmiş mallar TMK'nın 219. maddesinde düzenlenirken; kişisel mallar ise TMK'nın 220. maddesinde düzenlenmektedir. Bu iki ayrı malvarlığı masasından ve bunu aynı ikame ile bağlantısından bahsetmeden önce edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin kanunda kabul edilen karinelere de değinmek gerekmektedir. Buna göre, belirli bir malın kendisine ait olduğunu ileri süren eş bunu ispatla yükümlüdür (TMK m. 222/f. 1). Bu ispat, resmi envanter gibi her türlü delille ispat edilebilir⁴²¹. Şayet ispat söz konusu değilse, kime ait olduğu belirlenemeyen mallar eşlerin paylı mülkiyetinde sayılır (TMK m. 222/f. 2). Buna göre, kime ait olduğu ispat edilmeyen yahut edilemeyen malvarlığı değerleri kanun gereği paylı mülkiyet konusu edilmektedir. Paylı mülkiyet karinesi⁴²² dışında düzenlenen bir diğer adi karine ise edinilmiş mallar lehine öngörölmüş olan karinedir⁴²³. TMK m. 222/f. 3'e göre, bir eşin bütün malları, aksi ispat edilene kadar edinilmiş mal sayılmaktadır. Bununla bağlantılı olarak edinilmiş mallara hâkim ilkelerden biri olarak tercih ilkesinin varlığı ileri sürölmektedir⁴²⁴. Bu ilke gereğince, bir değere hangi mal grubundan daha fazla katkıda bulunulmuşsa, o değere fazla

18-19 Nisan 2018, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakötesi Sempozyum Dergisi 2019, C. I, S. 1, s. 457-470, s. 461. Acar, edinilmiş mallara katılma rejiminde edinilmiş mallar, kişisel mallar ve paylı mallar olmak üzere üç malvarlığı grubundan söz etmektedir. Acar, s. 190. Bunun eleştirisi için bkz. Gümüş, s. 253, dn. 117.

⁴¹⁹ Zeytin, s. 113.

⁴²⁰ Sarı, S.: Evlilik birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 136, Acar, s. 190, dn. 71; Zeytin, s. 32.

⁴²¹ Zeytin, s. 111.

⁴²² Acar, s. 193.

⁴²³ Zeytin, s. 111; Acar, s. 193.

⁴²⁴ Zeytin, s. 111.

katkıda bulunan mal grubuna ait olur ve diğer mal grubunun ise denkleştirme alacağı söz konusu olur⁴²⁵.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde kabul edilen bir diğer ilke ise edinilmiş mallar ve kişisel mallar dışında başka bir malvarlığı masası olmayacağına ilişkin ilkedir⁴²⁶.

Zira, taraflar aralarında anlaşarak üçüncü bir malvarlığı masası belirleyemezler. Bir malvarlığı değeri ya kişisel mallara yahut edinilmiş mallara ait olur. Nitekim, kişisel mallar da kanunda tahdidi olarak sayılmaktadır. Kanunun cevaz verdiği haller dışında eşler keyfi olarak bir değer edinilmiş mallara veya kişisel mallara dahil olmasına karar veremezler⁴²⁷. Kanunda sadece bazı malvarlığı değerlerine ilişkin olarak mal grubu değişikliği yapılmasına izin verilmektedir. Bunun temelinde yatan sebep, edinilmiş mallara katılma rejimiyle ulaşılması istenen amaçtır. Bu amaç, eşlerin malvarlıklarının korunması ve güvence altına alınması suretiyle hak kayıplarının önlenmesidir⁴²⁸. Eşlerin bir değer hangi malvarlığı masasına tahsis edileceğini belirleyebilecekleri istisnai durumlar TMK m. 221 uyarınca şu şekildedir:

1. Mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılmasına karar verilebilmesi hali
2. Kişisel malların gelirlerinin yine kişisel mallara dahil olmasına karar verilebilmesi hali.

Eşler, bu istisnai durumlar dışında malvarlığı masaları arasında keyfi olarak tahsis işlemi gerçekleştirememektedirler.

2. Edinilmiş Mallar ve Kapsamı

⁴²⁵ Zeytin, s. 111.

⁴²⁶ Zeytin, s. 110.

⁴²⁷ Gümüş, s. 253.

⁴²⁸ BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 196 ZGB, N. 7; Zeytin, s. 110, dn. 237.

Edinilmiş malların kapsamı, TMK m. 219'a, TMK m. 222/f. 3'e ve TMK m. 230'a göre belirlenmektedir. TMK m. 219'da edinilmiş mallar, her bir eşin edinilmiş mallara katılma rejimi devam ettiği sürece karşılığını vererek elde ettiği değerler olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma ek olarak örnekleme⁴²⁹ halinde beş kalemin edinilmiş mal sayıldığı ifade edilmiştir (TMK m. 219/f. 2). Buna göre: 1.

Çalışmasının karşılığı olan edimler 2. Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler 3. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar 4. Kişisel malların gelirleri 5. Edinilmiş mallar yerine geçen değerler edinilmiş mallara aittir.

Buna ek olarak, TMK m. 222/f. 3'te öngörülen edinilmiş mal karinesi sonucu edinilmiş mallardan sayılan değerler de edinilmiş mallar kapsamında girer⁴³⁰. Ayrıca, edinilmiş malların kapsamı tercih ilkesi uyarınca da belirlenebilir⁴³¹. Zira, bir malvarlığı değerine edinilmiş mallardan yapılan katkı, kişisel mallardan yapılabilecek eşitse yahut ondan fazlaysa o malvarlığı değeri de edinilmiş mal sayılmaktadır⁴³².

Kişisel mallardan oluşan malvarlığı masasının ise katkısı oranında denkleştirme alacağı mevcuttur (TMK m. 230)⁴³³.

a. Yasal Tanım ve Unsurları

TMK m. 219'da edinilmiş mallar, eşlerin edinilmiş mallara katılma rejiminin devam ettiği sürece karşılığını vererek elde ettikleri malvarlığı değerleri olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımın, maddede sayılan yasal örneklerde karşılıksız

⁴²⁹ Tuor/ Schnyder/Jungo, § 32 Die Errungenschaftbeteiligung, s. 350, N. 10; Gümüş, s. 254.

⁴³⁰ Acar, s. 193.

⁴³¹ Zeytin, s. 111.

⁴³² Zeytin, s. 111.

⁴³³ Zeytin, s. 111.

edinimlere de yer verilmesi sebebiyle tüm edinilmiş malları kapsamadığı söylenebilir. Bu tanımda üç unsur yer almaktadır⁴³⁴. Bunlar: 1. Mal rejiminin devamı 2. Karşılığını verme 3. İktisap edilen değer malvarlığı değeri olması.

İlk unsurdan bahsetmek gerekirse, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümler, ancak bu rejimin sürdüğü süre içerisinde uygulanmaktadır. Dolayısıyla, eşlerin karşılığını vererek elde ettikleri değerlerin edinilmiş mallardan sayılması için bu hakların bu rejim sırasında elde edilmesi gerekir. Başka bir ifade ile eşlerin edinilmiş mallara katılma rejimi başlamadan yahut bu rejim sona erdikten sonra karşılığını vererek elde ettikleri değerler edinilmiş mal olarak kabul edilmezler⁴³⁵. Bu süre içerisinde iktisap, hakkın kazanılma anının bu süre içerisinde gerçekleşmesi manasına gelmektedir⁴³⁶. Dolayısıyla, kazanımın bu süre içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediği, malvarlığı değerinin niteliğine ve iktisap kurallarına göre belirlenir⁴³⁷. Bir edinimin, edinilmiş mal kabul edilebilmesi için borçlandırıcı işlemin yapıldığı anın mı yahut tasarruf işleminin gerçekleştiği anın mı bu süre içerisinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususu da sorulabilir⁴³⁸. Aslen iktisap ile hak kazanımında, iktisap edinilmiş mallara katılma rejimi içerisinde gerçekleşmişse, bu değer edinilmiş mallara ait olur⁴³⁹. Taşınmazlara ilişkin hak iktisabı tescil anında söz konusu olacağı için, bu anın da bu mal rejimi içerisinde gerçekleşmesi halinde taşınmaz edinilmiş mallardan sayılır⁴⁴⁰. Aynı hakkın edinilmiş mallara ait olabilmesi

⁴³⁴ Acar, s. 197-200.

⁴³⁵ Sarı, s. 136; Gümüş, s. 254.

⁴³⁶ Sarı, s. 137.

⁴³⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 197, N. 24; BSK/Hausheer, 2002, Art. 197 ZGB, N. 12; Sarı, s. 137; Zeytin, s. 116.

⁴³⁸ Acar, s. 199.

⁴³⁹ Zeytin, s. 116.

⁴⁴⁰ Zeytin, s. 116.

için, teslim ve zilyetliğin devri şartının mal rejimi sırasında gerçekleştirilmiş olması gerekir⁴⁴¹. Şayet, mal rejimi sona erdikten sonra aynı hak iktisap edilmişse, bu değer edinilmiş mal sayılmayacak fakat mal rejimi sırasında yapılan katkıya bağlı olarak diğer eşin artış payı yahut denkleştirme alacağı saklı olacaktır⁴⁴².

İkinci unsur ise karşılığını vererek iktisap etmektir. Karşılıkla kastedilen, eşin bedensel/fikri gücü, emeği yahut parası veya diğer malvarlığı değerleridir⁴⁴³. Eş bunlardan biri vasıtasıyla başka bir değer elde ettiğinde bu değer kural olarak edinilmiş mallara dahil olur. Karma işlemlerde ise karşılığın ağır bastığı hallerde, değer edinilmiş mallara ait olup kişisel mallar için de denkleştirme alacağı saklı olur⁴⁴⁴. Karşılığı verilerek iktisap edilen değerlerin, edinilmiş mallardan sayılması için buna dayanak teşkil eden hukuki işlemin geçerli bir hukuki işlem olması gerekir⁴⁴⁵.

Karşılıksız kazanımlar yani sağlar arası veya ölüme bağlı bağışlamalar ve aslen iktisaplar edinilmiş mal kapsamına girmemektedir⁴⁴⁶.

Üçüncü unsur ise, iktisap edilen değer malvarlığı unsuru olmasıdır. Bu unsurla, bir değer malvarlığı değerleri içerisinde sayılabilmesi için gerekli para ile ölçülebilir olma özelliği kastedilmektedir⁴⁴⁷. Nitekim kişi varlığı değerleri, edinilmiş mal olarak kabul edilmemektedir⁴⁴⁸. Öğretide Acar, malvarlığı değerleri ile kastedilenin sadece

⁴⁴¹ Acar, s. 199.

⁴⁴² Acar, s. 199.

⁴⁴³ Gümüş, s. 254.

⁴⁴⁴ Gümüş, s. 254.

⁴⁴⁵ Gümüş, s. 255.

⁴⁴⁶ Gümüş, s. 255.

⁴⁴⁷ Acar, s. 198.

⁴⁴⁸ Sarı, s. 136.

aktifler olduğunu, pasiflerin artık değer hesabında dikkate alınacağını, borçların edinilmiş mallardan sayılmayacağını ifade etmektedir⁴⁴⁹. Buna göre, aynı haklar, fikri haklar, alacak hakları, yenilik doğuran haklar edinilmiş mallar kapsamına girebilir⁴⁵⁰.

b. Kanunda Edinilmiş Mal Olarak Belirtilen Malvarlığı Değerleri

i. Bireysel Çalışmanın Karşılığı Olan Edinimler

TMK m. 219/f. 2/b. 1’de çalışmanın karşılığı olan edinimlerin edinilmiş mal olacağı düzenlenmektedir. Çalışma ile kastedilen, eşlerin fikri veya bedensel çalışmalarıdır⁴⁵¹. Bu hüküm uyarınca eşlerin de fiziksel veya bedensel emeklerinin karşılığı olarak elde ettikleri değerler edinilmiş mallara ait olur⁴⁵². Karşılık olarak elde edilen değerler -ne şekilde isimlendirildikleri önem arz etmeksizin- maaş, ücret, ikramiye, prim gibi değerlerden oluşur⁴⁵³.

Eşin fikri veya bedensel emeğinin ve bunun karşılığında elde ettiği kazanımın dayandığı hukuki işlemin özel hukuk ilişkisi yahut kamu hukuku ilişkisi olması, eşin

⁴⁴⁹ Acar, s. 198; Sarı, s. 136.

⁴⁵⁰ Sarı, s. 136. Beklenen haklar da malvarlığı değerleri arasında sayılabilir. Yalnız bunun için beklenen hakkın beklenenden fazla, hukuk kuralları tarafından korunan ve parasal değeri olan ölçüde olması gerekmektedir. Bkz. Sarı, s. 136 dn. 89 ve orada anılanlar.

⁴⁵¹ Gümüş, s. 225.

⁴⁵² Hausheer, H./ Reusser, R./Geiser, T.: Art.197 ZGB, BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1 Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Ehegüterrecht, Das Güterrecht der Ehegatten, 1992, N. 32 (BK/Hauseer/Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 32); Gümüş, s. 255-256.

⁴⁵³ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser,1992, Art. 197 ZGB, N. 46; BSK/Hausheer, 2002, Art. 197 ZGB, N. 14; Piotet, P.: Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, aus dem Französischen übersetzt von Katrin Saadé-Meyenberger, Bern 1987, s. 123 [Piotet (Errungenschaftsbeteiligung), s. 123] bkz. Sarı, s. 144, dn. 109.

kim için çalıştığı, kimden gelir elde ettiği ehemmiyet teşkil etmez⁴⁵⁴. Önemli olan, eşin çalışmasının karşılığında bir ivaz elde etmesidir⁴⁵⁵. Eşin çalışması ile bağlantılı olarak ödenen prim ve kıdem tazminatı⁴⁵⁶, ihbar tazminatı⁴⁵⁷ da edinilmiş mallar kapsamında değerlendirilmektedir. Aynı şekilde, ticari-zirai kazançlar, serbest meslek dolayısıyla elde edilen gelirler de edinilmiş mallara ait olur⁴⁵⁸. Eşlerin kazancı ücret şeklinde kendisini gösterebileceği gibi vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme sonucu iktisap edilen alacak hakkı şeklinde de olabilir⁴⁵⁹. Bununla beraber, eşin faaliyetleri sonucu elde ettiği kazançların mal rejimi süresince iktisap edilmesi gerekir⁴⁶⁰. Boşanma süreci devam ederken veya eşlerin fiilen ayrı yaşaması halinde çalışma karşılığı elde ettikleri değerlerin edinilmiş mal sayılıp sayılmayacağı hususunda ise, TMK m. 225/ f. 2 yol göstericidir. Bu madde uyarınca boşanmaya karar verilmesi halinde mal rejimi bu kararın verilmesi talebini içeren davanın açılması tarihinden itibaren sona ereceği⁴⁶¹ için dava süresince çalışma karşılığı elde edilen kazanımlar edinilmiş mal sayılmayacaktır. Yalnız, eşlerin ayrı yaşamaları halinde edinilmiş mallara katılma rejimi devam etmesi sebebiyle buna ilişkin hükümler uygulanmaya devam edecektir. Bu durumda, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi ve mal ayrılığına geçiş için eşlerin talepte bulunması

⁴⁵⁴ Sarı, s. 144; Zeytin, s. 130.

⁴⁵⁵ Sarı, s. 144.

⁴⁵⁶ Sarı, s. 144; Zeytin, s. 130.

⁴⁵⁷ Zeytin, s. 130.

⁴⁵⁸ Hayran, B.: 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu Mal Rejimleri Şerhi (4721 S. TMK: 202-281), Ankara 2004, s. 96; Zeytin, s. 130.

⁴⁵⁹ Sarı, s. 144-145.

⁴⁶⁰ Acar, s. 208.

⁴⁶¹ Sarı, s. 96.

üzerine⁴⁶², mahkeme edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdirilmesi ve mal ayrılığına geçilmesi kararı verebilir⁴⁶³.

ii. Sosyal Güvenlik veya Sosyal Yardım Kurum ve Kuruluşlarının veya Personele Yardım Amacıyla Kurulan Sandık ve Benzerlerinin Yaptığı Ödemeler

Kanunda edinilmiş mal grubuna ait olduğu ifade edilen bir diğer mal grubu ise sosyal güvenlik⁴⁶⁴ veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerdir (TMK m. 219/f. 2/b. 2). Bu hükmün uygulama alanını belirlemek amacıyla iki sorunun cevaplanması gerekmektedir. Bunlar: Sandık ve benzerleri ile kastedilen nedir? Ödemelerin sebebi ve konusunu ne oluşturur? İlk soruya cevap vermek gerekirse, bahsi geçen yardım kuruluşları; SGK (BAĞ-KUR, emekli sandığı, SSK⁴⁶⁵) gibi kamu otoritelerini kullanan veya bundan yararlanan, temelde kamusal karakterli⁴⁶⁶ kurum ve kuruluşlardır⁴⁶⁷. Kanun maddesinde de ifade edildiği gibi ödemeler yardım amaçlı yapılmaktadır. Eşlerin mesleki faaliyetlerini sürdürürken, tabi oldukları sosyal güvenlik kurumlarının⁴⁶⁸ yaptıkları ödemelerin konusunu ise emeklilik, sağlık

⁴⁶² Kılıçoğlu, A. M.: Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004, s. 218 (Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 218).

⁴⁶³ Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 219; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 215; Özuğur, s. 35; Acar, s. 209.

⁴⁶⁴ Türk sosyal güvenlik hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan, M. F.: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2009; Uşan, M. F./ Erdoğan, C.: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Temel Hukuk Dizisi, Ermenek, İ. (Dizi Editörü), Ankara 2020.

⁴⁶⁵ Gümüş, s. 258.

⁴⁶⁶ Acar, s. 213.

⁴⁶⁷ Brühwiler, J.: Die betriebliche Personelfürsorge in der Schweiz, Bern 1989, s. 63; Maurer, A.: Schweizerisches Sozialversicherungsrecht Bd. I, Bern 1983, s. 73 [Maurer (Schweizerisches), s. 73] vd. bkz. Zeytin, s. 135, dn. 316.

⁴⁶⁸ Sarı, s. 147.

sorunları, yaşlılık, geçici iş görmezlik, iş kazası, ölüm⁴⁶⁹ gibi sebeplerle ödenen tazminatlar ve ikramiyeler oluşturur. Sosyal güvenlik kurumları, çalışanların maruz kalacağı riskler sebebiyle, sigorta yaptırmak suretiyle bu risklerin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak olumsuzlukların giderilmesini ve kazanç kayıplarının tazminini hedeflerler⁴⁷⁰. Yapılan yardımlar iki ana hususa ilişkindir. Bunlar, sağlık yardımları ve iş gücünün kaybedilmesi sebebiyle yapılan ödemelerdir⁴⁷¹. İlk gruba giren yardımların, malvarlığında bir artışa sebep olmaması sebebiyle ne edinilmiş mallara ne de kişisel mallara ait olacağı ifade edilmektedir⁴⁷². Bu tür yardımlar, TMK m. 220/f. 1/b. 1 gereği, eşin kişisel kullanımına özgülenmiştir⁴⁷³. Yardımların ikinci şekli, iş gücünün kullanılmaması sebebiyle kazanç kaybının telafisi için ödenen tazminatlardır. İş gücünün kullanılmaması çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin, kişinin sağlık problemlerinin olması, yaşlılığı, işsizlik gibi sebepler sosyal güvenlik kurumlarının yardım yapma sebeplerini oluşturmaktadır⁴⁷⁴. Bu nedenlerle yapılan ödemeler, TMK m. 219/f. 2/b. 2 uyarınca edinilmiş mallar kapsamına giren ödemeleri oluşturur⁴⁷⁵. Edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olmadan önce ve mal rejimi sona erdikten sonra hak kazanılan ödemeler edinilmiş mallardan sayılmayacaktır⁴⁷⁶. Bu arada hak kazanılan (örn. mal rejimi sırasında meydana gelen zararlar)⁴⁷⁷ fakat mal rejimi sona erdikten sonra yapılan ödemeler

⁴⁶⁹ Hausheer/Geiser/Kobel, s. 174, N. 12.15; Şeker, M.: Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Freiburg 2006, s. 190; Piotet (Errungenschaftsbeteiligung), s. 69 ve Luscher, A.: Mein-Dein Unser Wirtschaftliche Regelungen in der Ehe, 7. Aufl., Zürich 1988, s. 23 bkz. Acar, s. 212, dn. 130; Zeytin, s. 139.

⁴⁷⁰ Sarı, s. 148.

⁴⁷¹ Sarı, s. 148.

⁴⁷² Sarı, s. 148.

⁴⁷³ Zeytin, s. 139.

⁴⁷⁴ Sarı, s. 148.

⁴⁷⁵ BK/Hausheer/Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 51, 57; BSK/Hausheer, 2002, Art. 197 ZGB, N. 19; Sarı, s. 149.

⁴⁷⁶ Sarı, s. 149.

⁴⁷⁷ Öztan (Aile Hukuku), s. 444.

edinilmiş mallara ait olacaktır⁴⁷⁸. Örneğin, emeklilik ödemesinin boşanma sonrasında yapıldığı bir durumda, bu ikramiyenin edinilmiş mallara katılma rejiminin devamına tekabül eden kısmı TMK m. 219/f. 2/b. 2 gereğince edinilmiş mallara ait olmalıdır⁴⁷⁹. Bununla alakalı olarak kanunda hiçbir ayırım yapılmaksızın sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin edinilmiş mal sayılmasının eleştirilmektedir⁴⁸⁰. Zira, kişinin edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken emekli olması durumunda ve çalışma süresinin edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu süreden daha fazla olması halinde ödenen emekli ikramiyesinin tamamının edinilmiş mallardan sayılmasının hak ihlali oluşturacağı ileri sürülebilir⁴⁸¹. Bu gerekçeyle, sosyal yardım kuruluşlarının yaptıkları ödemelerin doğrudan edinilmiş mal grubuna tahsis edilmesinden ziyade, rejimin başlangıç tarihi, emeklilik tarihi gibi belirli tarihlerin esas alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği söylenebilir⁴⁸².

TMK m. 219/f. 2/b. 2 uyarınca yapılan ödeme kapsamında değerlendirilmesinin tespitine ilişkin olarak doktrinde, ödemenin edinilmiş mallara katılma rejiminden önce yapılmışsa, bu ödemenin tüketilip tüketilmemiş olması ihtimaline göre bir ayırım yapılmaktadır. Şayet, sosyal güvenlik ve yardım kurumlarının rejim başlamadan önce sermaye olarak eşe yaptığı ödemeler tüketilmişse, bu ödemeler

⁴⁷⁸ BK/Hausheer/Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 51; BSK/Hausheer, 2002, Art. 197 ZGB, N. 18, 24; Sarı, s. 149. Aksi yönde bkz. Deschenaux/Steinauer, s. 270 bkz. Zeytin, s. 137, dn. 324.

⁴⁷⁹ Zeytin, s. 137.

⁴⁸⁰ Ünal, A.: Türk Medeni Kanunu'nda Mal Rejimine İlişkin Hak İhlalleri, Ünal, A./Kalkan A. (ed.), Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı 6284 sayılı Kanun Nafaka Hukuku Mal Rejimi Hukuku Velâyet Hukuku, Ankara 2019, s. 121-125, s. 123 [Ünal (Hak İhlalleri), s. 123].

⁴⁸¹ Ünal (Hak İhlalleri), s. 123.

⁴⁸² Ünal (Hak İhlalleri), s. 123.

kişisel mallardan oluşan malvarlığı masasına tahsis edilir⁴⁸³. Şayet, tüketilmemişse; o zaman edinilmiş mallara katılma rejimi başlamadan önceki döneme tekabül eden kısımlar kişisel mal; rejimin devam ettiği döneme ait olanlar ise edinilmiş mal olarak değerlendirilir⁴⁸⁴.

Sosyal güvenlik ve sosyal yardım kuruluşlarının yardımları, primi kimin ödediğine (eş yahut işveren)⁴⁸⁵, eşin hangi mal grubundan ödeme yaptığına bakılmaksızın edinilmiş mallara ait olur⁴⁸⁶. Dolayısıyla, eşlerden biri primlerini kendi kişisel mallarından karşılıyorsa da denkleştirme alacağı olmaksızın sosyal güvenlik ve yardım kurumlarının yaptığı ödemeler edinilmiş mal grubuna ait olur⁴⁸⁷. Kural olarak, edinilmiş mallardan elde edilen değerler edinilmiş mal sayılırken (TMK m. 219/f. 2/b. 5), kişisel mallardan elde edilen değerlerse kişisel mallara ait olur (TMK m. 220/f. 1/b. 4). Bununla birlikte, TMK m. 219/f. 2/b. 2 uyarınca sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının personele yardım amacı ile yapılan ödemelerin primlerinin eşlerin kişisel mallarından ödenmesi durumunda TMK m. 220/b. 4 uygulanmamaktadır ve bu sebeple, bu hükmün, “ikame ilkesinin” istisnası olduğu ifade edilmektedir⁴⁸⁸. Bu durumda, kişisel mallarda bir denkleştirme alacağı

⁴⁸³ Zeytin, s. 138; Sarı, s. 150-151.

⁴⁸⁴ Zeytin, s. 138.

⁴⁸⁵ Näf-Hofman/ Näf-Hofman, N. 1545; Zeytin, s. 135.

⁴⁸⁶ Hausheer/Geiser/Kobel, N. 12.15; Zeytin, s. 134.

⁴⁸⁷ BK/Hausheer/Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 53; Geiser, T.: *Zur Behandlung von Leistungen von Personal – und Sozialversicherungsrichtungen, Sozialversicherungen sowie Entschädungen wegen Arbeitsunfähigkeit und Genußtuungsansprüchen beim neuen ordentlichen Gütersstand der Errungenschaftsbeteiligung*, ZBJV 1981, Band 117, s. 465-479, s. 472. Mal rejiminden önce ödenen primler için kişisel malların denkleştirme alacağı olması hususunda bkz. Lüthe, E.: *Eigengut und Errungenschaft im neuen ordentlichen Gütersstand*, Freiburg 1981, s. 201-202 vd.; Zeytin, s. 134-135.

⁴⁸⁸ BK/Hausheer/Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 52; BSK/Hausheer, 2002, Art. 197 ZGB, N. 17; Öztan (Aile Hukuku), s. 443; Şeker, s. 191; Sarı, s. 152, dn. 133; Zeytin, s. 134, dn. 312'deki açıklamalar.

dahi söz konusu olmayacaktır⁴⁸⁹. Sosyal güvence ve yardım ödemelerinin belli rizikolar gerçekleştiğinde söz konusu olması dolayısıyla ortaya çıkan beklenen hakkın, edinilmiş mallar açısından tasfiye sırasında dikkate alınmasına ilişkin olarak, beklenen hakkın edinilmiş mallar kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemek gerekir⁴⁹⁰. Gerçekleşmeyen şartların ileride gerçekleşebilecek olması ihtimali, edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılması için yeterli görülmemektedir⁴⁹¹.

Özel sigortaların TMK m. 219/f. 2/b. 2 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu ayrıca incelenebilir. Bu madde kapsamında düzenlenen sigortalar, kanundan kaynaklanan ve çalışanı belli rizikoların gerçekleşmesi halinde korumayı amaçlayan sigortalardır. Kişilerin özel olarak işsizlik, sağlık sorunları gibi rizikolara karşı özel sigorta yaptırmaması yahut bireysel emeklilik kapsamında yaptıkları ödemeler, TMK m. 219/f. 2/b. 2'deki düzenlemenin dışında kalmaktadır⁴⁹². Burada, sigorta primlerinin kaynağını, hangi malvarlığı grubu oluşturuyorsa, rizikonun gerçekleşmesi durumunda yapılan ödeme de o mal grubuna özgülenir⁴⁹³. Şayet yapılan ödemeler edinilmiş mallardan kaynaklanmaktaysa, sigorta bedeli edinilmiş mallara ait olur (TMK m. 219/f. 2/b. 5)⁴⁹⁴.

iii. Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Ödenen Tazminatlar

⁴⁸⁹ BK/Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 197 ZGB, N. 53; Zeytin, s. 135; Şeker, s. 191; Sarı, s. 153.

⁴⁹⁰ Sarı, s. 153.

⁴⁹¹ Sarı, s. 153.

⁴⁹² Zeytin, s. 141.

⁴⁹³ Zeytin, s. 141; Gümüş, s. 260.

⁴⁹⁴ Zeytin, s. 141.

TMK m. 219/f. 2/b. 3 uyarınca, çalışma gücünün kaybı nedeniyle bir e e ödenen tazminatlar edinilmiş mallar grubuna ait olur. Bu hükmün kapsamını, TMK m. 219/f. 2/b. 2 dışında kalan, yani sosyal güvence ve sosyal yardım kuruluşları dışında yapılan  demeler olu turur⁴⁹⁵. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatların edinilmiş mallardan sayılması, çalışma karşılığında yapılan ödemelerin edinilmiş mallardan olmasına ilişkin hükmün doğal sonucudur⁴⁹⁶.

E ın vücut b t nl  n n ihlal edilmesinde olduğu gibi ödenecek tazminat haksız fiil sorumluluğundan doğabilir. Bu tazminat kamu hukuku ilişkilerini düzenleyen hükümlerden de kaynaklanabilmektedir. Burada anahtar nokta, söz konusu tazminatın, e ın çalışma gücünün kaybı sebebiyle ödenmesidir. Yani, e ın para kazanması mümkünken, üçüncü kişinin fiiliyle artık e , çalışma faaliyetlerini kısmen veya tamamen sürdüremez hale gelmelidir⁴⁹⁷. Yoksa,  denen meblağın, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen hükümlerden veya kamu hukuku ilişkilerini düzenleyen hükümlerden kaynaklanmasının bu açıdan hiçbir farklılık yaratmaz⁴⁹⁸.

E ın  alı ma faaliyeti; sadece haksız fiil oluşturan davranışlar sonucu değil, ayrıca, e e karşı alınan haksız ihtiyati tedbirler⁴⁹⁹ veya haksız rekabet oluşturan davranı lar⁵⁰⁰ gibi sebeplerle de engellenebilir.   te, bu durumda da ödenecek tazminat, TMK m. 219/f. 2/b. 3 gereğince edinilmiş mallardan oluşan malvarlığı

⁴⁹⁵ Zeytin, s. 143.

⁴⁹⁶ Zeytin, s. 143-144; Acar, s. 216.

⁴⁹⁷ Acar, s. 216.

⁴⁹⁸ Sarı, s. 156.

⁴⁹⁹ Sarı, s. 155.

⁵⁰⁰ Zeytin, s. 143.

masasına ait olur⁵⁰¹. Kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının, hak sahibinin çalışmasından kaynaklanması gerekçesiyle, bu hüküm kapsamında değerlendirileceği ifade edilmektedir⁵⁰².

Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatların sermaye veya irat şeklinde ödenmesi sonucunda bu tazminatın hangi dönem için edinilmiş mal sayılacağı, TMK m. 228/f. 2 hükmüne göre belirlenir⁵⁰³. Çalışma gücünün kaybı sebebiyle ödenen tazminat, mal rejimi başlamadan önce sermaye şeklinde ödenmiş ve tüketilmişse, edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdiğinde bu tüketilen değer, hesaplamada dikkate alınmaz⁵⁰⁴. Sermaye şeklinde ödenen tazminat tamamen tüketilmemişse, edinilmiş mallara katılma rejimi sırasında kalan kısmı edinilmiş mallardan sayılır⁵⁰⁵. Söz konusu tazminat irat şeklinde ödenmekteyse, edinilmiş mallara katılma rejimi süresinde ödenen tazminat edinilmiş mallara aittir⁵⁰⁶. Ömür boyu irat bağlandığı hallerde, edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdiği dönemde, bundan sonra ödenecek iradın toplam değeri hesaplanıp, bu peşin sermaye değeri tasfiyede kişisel mal kalemi olarak dikkate alınacaktır⁵⁰⁷.

iv. Kişisel Malların Gelirleri

⁵⁰¹ Eşin haksız yere tutuklanması sebebiyle ödenen tazminat konusunda görüş ayrılıkları vardır. Bu tazminatın edinilmiş mallara ait olacağına ilişkin görüş için bkz. Zeytin, s. 143, Sarı, s. 155. Aksi görüş için bkz. BK/Hausheer/Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 8; BSK/Hausheer, 2002, Art.197 ZGB, N. 26; Gümüş, 260.

⁵⁰² Zeytin, s. 141.

⁵⁰³ Hausheer/Geiser/Kobel, s. 174, N. 12.17; BSK/Hausheer, 2002, Art. 197 ZGB, N. 27; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 197 ZGB, N. 87; Gümüş, s. 260; Şıpka, Ş.: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2013, s. 100; Öztan (Aile Hukuku), s. 445, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 232. Bkz. Acar, s. 216, dn. 154'teki açıklama. Sarı, s. 157-158; Zeytin, s. 143-144.

⁵⁰⁴ Sarı, s. 157.

⁵⁰⁵ Sarı, s. 157.

⁵⁰⁶ Sarı, s. 157.

⁵⁰⁷ Sarı, s. 158.

TMK'nın 219. maddesinin ikinci fıkrasının ilk üç bendinde, eşin çalışması ile bağlantılı olarak elde edilen değerlerin edinilmiş mallara ait olacağı belirtilmektedir. Kanun koyucu, bundan farklı olarak, dördüncü bentte kişisel mallarının gelirlerinin edinilmiş mallardan sayılacağını düzenlemektedir. TMK m. 685'e göre, bir şeyin maliki onun ürünlerinin de maliki olmaktadır. Buna karşılık, TMK m. 219'la bu hükmü zayıflatmak suretiyle⁵⁰⁸, aslında kişisel mal üzerinde hak sahibi olan eşe ait olması gereken ürünlerin, edinilmiş mallara ait olacağı düzenlenmektedir⁵⁰⁹.

Kişisel malların gelirleri, o malvarlığı masasına ait değerlerden elde edilen ürünlerdir⁵¹⁰. Ürünler, maddi veya gayri maddi mallar dolayısıyla belli zaman aralıklarında elde edilen doğal ürünler ve iktisadi gelirlerinden oluşur⁵¹¹. Bu ürünler, asıl değer kendisinde, iktisadi yahut maddi bir azalma olmaksızın, niteliği icabı meydana getirdiği değerler olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹². Söz konusu ürünler, doğal ürünler (tabii semereler) ve hukuki ürünler (hukuki semereler) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doğal ürünlere; bir ağacın meyveleri, bir hayvanın yavruları, sütü örnek verilebilir. Bu ürünler, eşyanın doğal niteliği sonucu meydana gelmektedirler⁵¹³. Hukuki ürünler ise hukuki ilişkiler sonucu bir değerden elde edilen

⁵⁰⁸ BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 197 ZGB, N. 28; Öztan (Aile Hukuku), s. 445; Acar, s. 218; Zeytin, s. 144, dn. 344. İkame prensibinin ihlal edildiği yönünde bkz. Näf-Hofman/ Näf-Hofman, s. 439, N. 1571.

⁵⁰⁹ BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 197 ZGB, N. 29; Näf-Hofman/ Näf-Hofman, s. 439; Zeytin, s. 143.

⁵¹⁰ Lütke, s. 210 vd.; BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 197 ZGB, N. 28; BK/Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 197, N. 89; Hausheer/Geiser/Kobel N. 12.18; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 220; Acar, s. 217; Öztan (Aile Hukuku), s. 445; Zeytin, s. 145; Piotet (Errungenschaftsbeteiligung), s. 139-140 bkz. Sarı, s. 159, dn. 147.

⁵¹¹ Güral Akipek, J.: Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Bası, Ankara 1972, s. 81[Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 81].

⁵¹² Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 81-82.

⁵¹³ Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 82.

iktisadî gelirlerdir⁵¹⁴. Kira, sermayenin faizi de hukuki ürünlere örnek olarak gösterilebilir⁵¹⁵.

Kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal sayılması için bu gelirlerin prensip itibariyle edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken elde edilmiş olması gerektiğini de ifade etmek gerekir⁵¹⁶. Doğal ürünlerde, ürünün ana maddeden ayrıldığı an esas alınırken⁵¹⁷; hukuki üründe ürünlerin muaccel olduğu tarih esas alınır⁵¹⁸. Esas şeyden ayrılan ürün üzerinde, diğer eş malik olmaz, ürünün elde edildiği değer üzerinde hak sahibi olan eş bu ürün üzerinde de hak sahibi olmaya devam eder⁵¹⁹. Diğer eş ise katılma alacağı kazanır⁵²⁰. Yalnız, belirtmek gerekir ki, doğal ürünlerin gelirleri, o malvarlığının devamını sağlamak için gerekli ise bu durumda bu gelirler edinilmiş mal sayılmazlar⁵²¹.

Vergi ödemeleri ve işçilik harcamaları⁵²², faiz gelirinde enflasyon sebebiyle uğranan kayıplar, ürün getiren kişisel malvarlığına ait değerın korunması için yapılan harcamalar⁵²³ gibi harcamalar gelirden düşölerek edinilmiş mallardan oluşın malvarlığı masasına dahil edilmelidir⁵²⁴.

⁵¹⁴ Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 82.

⁵¹⁵ Güral Akipek/ Akıntürk, s. 64.

⁵¹⁶ Zeytin, s. 144.

⁵¹⁷ Sarı, s. 162.

⁵¹⁸ Zeytin, s. 145.

⁵¹⁹ Acar, s. 218.

⁵²⁰ Acar, s. 218.

⁵²¹ Zeytin, s. 145.

⁵²² BK/Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 197 ZGB, N. 99; BSK/Hausheer, 2018, Art. 197 ZGB, N. 33- 34; Öztan (Aile Hukuku), s. 445; Kılıçoğlu (Aile Hukuku), s. 344; Sarı, s. 163-164.

⁵²³ Náf-Hofman/ Náf-Hofman, s. 440, 1578; BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 197 ZGB, N. 33- 34; Zeytin, s. 146.

⁵²⁴ Zeytin, s. 145-146.

Son olarak, eşler aralarında yaptıkları sözleşme ile kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara ait olmayacağına, TMK m. 221/f. 2 gereğince, karar verebilirler.

c. Edinilmiş Malların Yerine Geçen Değerler ve Aynı İkame İlkesi

i. Genel Olarak

TMK m. 219/f. 2/b. 5’te edinilmiş malların yerine geçen değerlerin edinilmiş mallara ait olacağı düzenlenmektedir. Bu düzenleme, Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB’nin aynısıdır. Burada da edinilmiş malların yerine geçen değerlerin (“*Ersatzanschaffungen*”) yine edinilmiş mallardan sayılacağı ifade edilmektedir (“*Ersatzanschaffungen für Errungenschaft*”). “Yerine geçen değerler” ile (“*Ersatzanschaffungen*”) neyin kastedildiği İsviçre Kanun koyucusu tarafından açıklanmamaktadır⁵²⁵. Bunun yorumlanabilmesi için normun koruma amacının anlaşılması gerekmektedir⁵²⁶. Maddenin koruma amacı incelenmeden önce ifade etmek gerekir ki bu madde hükmü, tezimiz açısından önem arz etmektedir. Bunun sebebi, bu hükmün aynı ikame ilkesinin bir uygulamasını oluşturmasıdır. Buna karşılık, İsviçre literatüründe, bu maddenin bu bendinin malvarlığında ikamenin uygulama konusu teşkil ettiğinin kabul edildiği ayrıca belirtilmelidir⁵²⁷.

⁵²⁵ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 106.

⁵²⁶ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 107.

⁵²⁷ BK/Hausheer / Reusser /Geiser, Art.197 ZGB, N. 106-122; Jungo, A.: Art.197 ZGB, Breitschmid, P./ Jungo A. (Hrsg.), CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Aufl., 2016, N. 29 (CHK/Jungo, Art.197 ZGB, N. 29). Bu ilkedan sadece “ikame ilkesi” (“*Surrogationsprinzip*”) olarak bahseden görüş için bkz. Nuspliger, I.: Art. 197 ZGB, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R. (Hrsg.), OFK-Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., 2016, N. 19 (OFK/Nuspliger, Art. 197 ZGB, N. 19). Belirtmek gerekir ki İsviçre literatüründe, yazarların bir kısmı ikameyi malvarlığında ikame (“*vermögensrechtliche Surrogation*” / “*güterrechtliche Surrogation*”) ve aynı ikame (“*dingliche (unmittelbarer) Surrogation*”) olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir. Bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 759, 761; Huwiler, s. 81; Eitel, s. 158. Bu ayrıma

Sonuç olarak, İsviçre literatüründe güncel eserler dikkate alındığında, edinilmiş mallara katılma rejiminde, malvarlığında ikame ilkesinin uygulandığı kabul edilmektedir⁵²⁸. Bununla beraber, Alman literatüründeki sınıflandırma göz önüne alındığında, burada aynı ikame ilkesi uygulanması söz konusudur. Zira bu açıdan, aynı ikame ilkesi yukarıda bahsi geçen iki hali de kapsamına alacak şekilde anlaşılmaktadır⁵²⁹. Türk literatürü göz önüne alındığında ise bu madde ile bağlantılı olarak “*ikame ilkesinden*” bahsedilmektedir⁵³⁰. İster malvarlığında ikame ilkesi olarak ister aynı ikame ilkesi olarak yahut da ikame ilkesi olarak adlandırılınsın, bu madde açıkça edinilmiş mallar yerine elde edilen değerlerin edinilmiş mallardan oluşan malvarlığı masasına ait olacağını düzenlemektedir. Bununla beraber, ilgili bentte -her ne kadar karşılığını oluşturmaya da- BGB § 1418 (2) 3’te⁵³¹ olduğu gibi

göre, malvarlığında ikame bir kimsenin birden fazla malvarlığı masasına sahip olduğu ve bu malvarlığı masalarının hak sahibi tarafından idare edildiği hallerde söz konusu olur. Bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 611; Huwiler, s. 81. Bu görüştekiler, aynı ikame ilkesinin bir malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibi olması durumunda (bkz. Huwiler, s. 81) ve münferit objeler üzerinde [örneğin, intifa hakkı bulunan şeyin tahrip olması halinde intifa hakkının *ipso iure* elde edilen sigorta bedelinin üzerinde devam etmesi [Art. 750(3) ZGB bkz. Girsberger, s. 125 ve dn. 125’te anılan yazarlar; Piotet, SPR IV/2, s. 611] (Piotet, SPR IV/2, s. 611) halinde mümkün olacağını savunmaktadır. Nitekim, İsviçre Medeni Kanunu’nun şu an yürürlükte olmayan maddesi Art. 196 aZGB’de, kocanın karının malvarlığını (“*eingebrahtes Frauengut*”) idare ederken, bu malvarlığı aracılığı ile ikame değer iktisap etmesi halinde, bu değer karının malvarlığına ait olacağı karine olarak kabul edildiği düzenlenmiş (bkz. Huwiler, s. 83) ve İsviçre literatüründe bunun aynı ikame ilkesinin konusunu oluşturduğu ifade edilmiştir. Bkz. Genner, s. 49; BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, s. 425, N. 107; Huwiler, s. 83.

⁵²⁸ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 108; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 40, CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 29.

⁵²⁹ Tezde, aynı ikame ilkesi geniş anlamı ile ele alındığı için bu kapsamda aynı ikame ilkesinin uygulandığını ifade etmekteyiz.

⁵³⁰ Zeytin, s. 148; Özdamar, D./Kayış, F./Yağcıoğlu, B./Akgün, A.: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 5. Bası, Ankara 2019, s. 228, s. 43; Acar, s. 22. Şıpka, elden çıkarılan mal yerine iktisap edilen değeri “ikame değer” veya “sürrogat” şeklinde ifade etmektedir. Şıpka, s. 103. Benzer şekilde Gümüş de “ikame değer” ifadesini kullanmaktadır. Gümüş, s. 263. Aynı şekilde bkz. Dural/Öğüz/ Gümüş, s. 221. Yalnızca, Şeker, “*güterrechtliche Surrogation*” demek suretiyle, ikame prensibi yanında (Şeker, s. 197), malvarlığında ikame terimini de kullanmaktadır. Şeker, s. 191.

⁵³¹ Alman mal rejimi hukukunda, aynı ikame kuralını içeren bir diğer paragraf ise BGB § 1473’tür. Bu paragraf, mal ortaklığı rejimi sona erdikten sonra ve tasfiyenin tamamlanmasından önce geçen sürede, ortaklık mallarının korunması amacı ile düzenlenmektedir. Bu paragrafın ilk fıkrası, ortaklık mallarına ait haklar dolayısıyla veya ortaklık mallarına ait şeylerin yok edilmesi, zarara uğratılması veya elden alınması halinde ikame değer elde edilmesi suretiyle ya da ortaklık mallarıyla bağlantılı bir hukuki işlem sonucunda kazanım elde edilmesi halinde elde edilen tüm bu değerlerin yine ortaklık mallarına ait olacağı şeklinde kaleme alınmıştır. BGB § 1418’deki şartlar ayrıntılı açıklanacağı için BGB § 1473’nin

iktisabın hangi yollarla gerçekleşeceğinden bahsedilmemektedir. Bu paragrafa göre, kişisel mallara ait bir hak sebebiyle iktisap edilen değerler veya kişisel mallara ait bir şeyin zarar görmesi, tahrip edilmesi veya ona el konulması halinde elde edilen tazminatın yahut kişisel mallarla bağlantılı bir hukuki işlem yapılması durumunda elde edilen değer yine kişisel mallara ait olmaktadır⁵³². Ne ZGB’de ne de TMK’da böyle

mal rejimlerindeki aynı ikame düzenlemesinin başka bir örneği olduğuna sadece değinilmekle yetinilmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Menken, s. 115-122; MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, BGB § 1473, Rn. 1-5; BeckOK BGB/Siede, 2019, BGB § 1473, Rn. 1-3; Budzikiewicz, C.: BGB § 1473, Stürmer, R. (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, 17. Aufl., München 2018, Rn. 1-15 (Jauernig/Budzikiewicz, 2018, BGB § 1473, Rn. 1-15); Kemper, R.: BGB § 1473, Schulze, R. (Schriftleitung), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Hand Kommentar, 10. Aufl., 2019, Rn. 1-2 (HK-BGB/ Kemper, 2019, BGB § 1473, Rn. 1-2).

⁵³² BGB § 1418’de düzenlenen eşlerin kişisel malları, eşlerin sözleşme ile bu gruba dahil olacağı belirlenmiş şeylerden, üçüncü kişilerin ölüme bağlı tasarrufları ile veya karşılıksız sağlar arası tasarrufları sonucu özellikle bu gruba ait olacağına yönelik iradelerinin varlığı sonucu elde edilen şeylerden ve aynı ikame olayı sonucu elde edilen şeylerden oluşur. BGB § 1418’in ikinci fıkrasının üçüncü bendi ile özel malvarlığı niteliğindeki (bkz. BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 2) kişisel malların ekonomik bütünlüğünün korunması ve olağan idaresinin mümkün kılınması amaçlanmaktadır. Bkz. Motive IV, § 1290, s. 178; Heinemann, J.: BGB § 1418, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II, Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg/ Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 15. Aufl., Köln 2017, Rn. 4 (Erman/Heinemann, BGB § 1418, Rn. 4). BGB § 1418’de öngörülen şartlardan kısaca bahsetmek gerekirse, BGB § 1418 uyarınca kişisel mallara ait bir hak dolayısıyla elde edilen kazanımlar yine bu özel malvarlığına dahil olmaktadır. Kazanımın kanundan kaynaklanmış olmasının veya bir hukuki işlem sonucu elde edilmesinin bir önemi yoktur. Motive IV, § 1290, s. 177; Erman/Heinemann, BGB § 1418, Rn. 4; Staudinger/Thiele, 2018, Rn. 36. Her iki halde de elde edilen hak, dolaysız olarak kişisel malların kapsamına girer. Motive IV, § 1290, s. 177. Hak kazanımının kanundan kaynaklandığı hallere örnek olarak, kişisel mallara ait bir şeyin ürünleri üzerindeki veya o şeyden ayrılan mütemmim cüzünün üzerindeki mülkiyet hakkının yine o şeyin malikine ait olduğu durumlar (BGB § 953) verilebileceği gibi, kişisel mallara ait bir şeyin başka bir şeyle karışması veya birleşmesi (BGB § 946 vd.) sonucu ortaya çıkan şey üzerindeki hakkın yine bu özel malvarlığı değerleri arasına girmesi de verilebilir. Staudinger/Thiele, 2018, Rn. 37. Bir hukuki işlem sebebi ile mal ortaklığı rejimi sırasında doğan alacak hakkı, karşı-sözleşen tarafından ifa edildiğinde ifa konusu değer yine kişisel mallar grubuna ait olmaktadır. Staudinger/Thiele, 2018, Rn. 38. Örneğin; kira alacağı, faiz alacağı veya piyango alacağı (Şansa dayalı kazanımlarda bu kazanımın hangi malvarlığına dahil olacağı eşin kişiliğinden mi yoksa kişisel mallarından mı kaynaklandığı sorusunun cevabına bağlıdır (Motive IV, § 1414, s. 500; Staudinger/Thiele, 2018, Rn. 38). Sadece bu ikinci hallerde kazanım kişisel mallar kapsamına girer (Staudinger/Thiele, 2018, Rn. 38). Eşlerden birinin bulduğu definenin ise yarısı kişisel mallara diğer yarısı ise ortak mallara ait olur. Motive IV, § 1414, s. 500; Staudinger/Thiele, 2018, Rn. 37) gibi alacak haklarının üçüncü kişilerce ifası sonucu elde edilen değerler yine bu özel malvarlığına girmektedir. Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 38; BeckOK BGB/Siede, 2019, BGB § 1418, Rn. 8. BGB § 1418’de tazmine dayanan ikame de düzenlenmektedir. Buna göre, kişisel mallara ait bir şeyin yok edilmesi, ona zarar verilmesi veya onun elden alınması sebebi ile uğranılan zararın tazmin edilmesi durumunda, bu değer de kişisel malların kapsamına girmektedir. Yok edilme, zarar verilme veya elden alınma sonucu elde edilen ikame değer, malvarlığındaki kaybın ya da azalmanın sonucu olarak ortaya çıkan bu ekonomik durumunun iyileştirilmesini sağlamaktadır. Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 42. Yok etme ve zarar verme üçüncü kişilerin haksız fiilleri sonucu gerçekleşebileceği gibi tabii olaylar sonucu da gerçekleşebilir. Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 41. İlk durumda haksız fiil tazminatı (jurisPK-BGB/Hausch,

§ 1418 BGB, Rn. 15; BeckOK BGB/Siede, 2019, BGB § 1418, Rn. 8) kişisel mallardan sayılacağı gibi tabii olaylar sonucu yok olan veya zarar gören şeyler için ödenen sigorta bedelleri de yine kişisel mal olarak kabul edilir. Palandt/Brudermüller, § 1418 BGB, Rn. 5; Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 41; MüKoBGB/Kanzleiter, 2017, BGB § 1418, Rn. 10; Erman/Heinemann, BGB § 1418, Rn. 4. (Söz konusu sigorta bedelleri sigorta sözleşmesine dayanarak talep edilebildiğinden bunun hukuki işleme dayalı ikame kapsamına girdiği de ileri sürülmektedir. Motive IV, § 1414, s. 501; Staudinger/Thiele, 2018, Rn. 41. Sigorta bedeli, malvarlığının ekonomik olarak iyileştirilmesine hizmet ettiği için tazmine dayanan ikame grubuna örnek olarak da verilmektedir. Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 42). Kamulaştırma sonucu elde edilen bedel de bu paragraf uyarınca doğrudan kişisel mallara ait olur. Bkz. Motive IV, § 1414, s. 501; Erman/Heinemann, BGB § 1418, Rn. 4; Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 41; Palandt/Brudermüller, § 1418, Rn. 5. Aynı şekilde, eşin kişisel mallarından zenginleşen üçüncü kişilere karşı ileri sürdüğü sebepsiz zenginleşme talebi karşılığında elde ettiği değer de bu malvarlığı grubuna dahildir. Erman/Heinemann, BGB § 1418, Rn. 4; Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 41. Kişisel mallarda aynı ikame olayının gerçekleştiği son hal de kişisel mallarla bağlantılı bir hukuki işlem yapıldığı hallerdir. Paragrafın lafzında geçen bu bağ (*“durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht”*), hukuki bir bağ değil ekonomik bir bağdır. Motive IV, § 1290, s. 177-178. Bu noktada hukuki bağ ve ekonomik bağla neyin kastedildiğinin tespiti önem teşkil eder. Nitekim, bu tespit söz konusu paragrafın ilgili fıkrasının kapsamının ne olduğu sorusunun cevabını vermektedir. BGB’nin aile hukuku ile ilgili kısmının “Kişisel Mallar ve İkame” başlıklı 1290. paragrafının ilk kanun taslağındaki gerekçesine bakıldığında ne hukuki bağın ne de ekonomik bağın tanımlandığı görülmektedir. Ne var ki, ekonomik bağdan bahsedilirken paragrafın gerekçesinde kişisel mallarla kazanım arasındaki bağın ekonomik bir bağ olmasının yeterli olduğu belirtilip bu bağın satış işleminde olduğu gibi kişisel mallar aracılığı ile yapılan bir hukuki işlemle oluşmasına gerek olmadığı vurgulanmıştır. Motive IV, § 1290, s. 177. Bunun yerine, kişisel mallarla olan sübjektif ve objektif bağın mevcudiyetinin, aynı ikame olayının gerçekleşmesi için yeterli sayıldığı belirtilmiştir. Motive IV, § 1290, s. 177-178. Sübjektif bağ, eşin o hukuki işlemi kişisel mallar için yapmasına yönelik iradesiyle kurulmaktadır. Durumun koşullarından, onun iradesinin bu yönde olduğunun anlaşılması sübjektif ilişkinin kurulması için yeterlidir. Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 44. Yukarıda, hukuki işlemle kişisel mallar arasındaki bağın kurulması için sübjektif bağın yeterli olmadığı, ayrıca kişisel mallarla hukuki işlem arasında objektif bağın da kurulması şartının aranmakta olduğu belirtilmişti. Bunun temel gerekçesi olarak: 1. Kadının kişisel malları olmaması durumunda kişisel mallar için bu yolla kazanımda bulunabilmesinin kabul edilemeyeceği 2. Kadının tek başına, kendi kişisel malları için kazanımda bulunamayacağına ilişkin prensibe uygun düşmemesi gösterilmiştir. Bkz. *“Eine solche Ausdehnung würde auch mit den Prinzipien, daß die Ehefrau sich nicht einseitig beliebig Vorbehaltsgut verschaffen kann, unvereinbar sein”*. Bkz. Motive IV, § 1290, s. 178; RG, 23. 01. 1918, V 301/17 (RGZ 92, 139), s. 142. [Bahsi geçen gerekçeye rağmen, ayrıca belirtmek gerekir ki 1900 yürürlük tarihli BGB’nin şu an yürürlükte olmayan ve kadının kişisel mallarının düzenlendiği BGB § 1370 ile kadının, erkeğin kararına ihtiyaç duymaksızın, kişisel mallarının olağan idaresinin kendi tarafından sağlanması ve yine kişisel mallarda meydana gelecek herhangi bir azalmanın önüne geçilmesinin amaçlanmıştır. RGZ 72, 165, s. 167, Consmüller, J.: Die Surrogation beim Vorbehaltsgut (BGB § 1370) und ihre Wirksamkeit dritten Personen gegenüber, Leipzig 1916, s. 17]. Dolayısıyla, kadının kişisel malları için kazanımda bulunma iradesinin tek başına etkili olmadığı, bunun doğal sonucu olarak objektif bağın da aranması gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim, verilen bir örnekte; kadının kişisel mallarından olan kiralık evine, ortaklık malı aracılığı ile bir at alması durumunda nesnel bağın olmaması gerekçesiyle, atın kişisel mallardan sayılmayacağı belirtilmiştir. Consmüller, s. 19. Objektif ilişkinin kurulması için ise kişisel mallara ait bir şey için başka bir şey satın alınması veya hizmet sözleşmesi akdedilmesinde (bkz. Motive IV, § 1290, s. 178) olduğu gibi hukuki işlemle kişisel mallar arasında nesnel bir bağ (bkz. BeckOK BGB/Siede, 2019, BGB § 1418, Rn. 8) aranmaktadır. Aynı şekilde, kişisel mallar aracılığıyla elde edilen kazanımlarda da nesnel bağın varlığı kabul edilmektedir. BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 33. Kişisel mallara ait değerlerin satılmasında, alacakların ivazlı temlikinde, trampa sözleşmesinde bu nesnel bağın varlığı kabul edilmektedir. Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 45; BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 33. Her ne kadar hukuki işlemin kişisel mallar aracılığı ile yapılması nesnel bağın varlığına ilişkin emare olarak kabul edilmekte (BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 33) ise de bu, tek başına bağın kurulması için yeterli değildir. Staudinger/Thiele, 2018, BGB § 1418, Rn. 45. O hukuki işlemin kişisel mallar için yapılması iradesi mutlak suretle aranmaktadır. Çünkü eşin, kişisel malları aracılığı

ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu hüküm TMK m. 219/f. 2/b. 5'in uygulanma şartları açıklanırken İsviçre literatürü ve Türk literatürü için yol gösterici olabilir.

ii. Normun Koruma Amacı

Edinilmiş mallara katılma rejiminde edinilmiş mallardan ve kişisel mallardan oluşan malvarlığı grupları özel malvarlığı teşkil etmektedir⁵³³. Bu iki malvarlığı masası da aktif ve pasiflerden oluşan özel malvarlığı niteliğini haizdir⁵³⁴. İsviçre literatüründe, bu malvarlığı gruplarının muhafazası amacıyla malvarlığında ikame ilkesinin uygulanacağı ileri sürülmektedir⁵³⁵. Bunun amacı, her bir malvarlığı değerinin hangi malvarlığı masasından çıktığı ve hangisine tahsis edileceğini tespit etmektir⁵³⁶. Malvarlığında ikame ile sadece hangi değer hangi malvarlığı masasına ait olacağı değil; borçların da hangi malvarlığı masasına ait olacağı bulunup net katılma alacağına ulaşmak da amaçlanır⁵³⁷.

ile ortak mallara kazandırmada bulunabilmesi her zaman mümkündür. BeckOGK/Mensch, 2019, BGB § 1418, Rn. 33-33.1.

⁵³³ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 196 ZGB, N. 5; OFK/Nuspliger, Art 196 ZGB, N. 1; CHK/Jungo, Art 196 ZGB, N. 1; Steck, D. / Fankhauser, R.: Art. 196 ZGB, FamKomm Scheidung Band I: ZGB/ Band II: Anhänge Sechster Titel: Das Güterrecht der Ehegatten / Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, 3. Aufl., Bern 2017, (Steck/Fankhauser, Art. 196 ZGB, N. 5). Aksi görüş için bkz. Sutter-Somm, T. / Kobel, F.: "Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig?", FamPra.ch 2004, Heft. 4, s. 776-810, s. 776; Deschenaux/Steinauer/Baddeley, N. 909, dn. 15 bkz. Geiser, Thomas: 2. *Gesellschafts- und Unternehmensrecht /Unternehmensnachfolge*, Law & Economics Festschrift für Peter Nobel zum 70.Geburtstag, 2015, s. 186, dn. 23 [Geiser (*Gesellschafts- und Unternehmensrecht*), s. 186, dn. 23].

⁵³⁴ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 30; Steck/Fankhauser, Art. 196 ZGB, N.6.

⁵³⁵ Steck/Fankhauser, Art. 196 ZGB, N. 8.

⁵³⁶ Geiser (*Gesellschafts- und Unternehmensrecht*), s. 186.

⁵³⁷ Geiser (*Gesellschafts- und Unternehmensrecht*), s. 186.

iii. Şartları

İsviçre doktrinindeki ayrım dikkate alındığında malvarlığında ikame olayının, Alman öğretisi göz önüne alınarak yapılan nitelendirme ile aynı ikame olayının Art. 197 Abs. 2 Ziff.5 ZGB'ye ve TMK m. 219/f. 2/b. 5'e göre gerçekleştiği ifade edilen haller şunlardır: 1. Kazanımın hukuki işlem aracılığı ile gerçekleştiği haller 2. Kazanımın edinilmiş mallara ait bir hak sebebiyle gerçekleştiği haller 3. Kazanımın tazmine dayanan ikame yolu ile gerçekleştiği haller⁵³⁸.

Aynı ikame olayının gerçekleştiği ilk hal bunun hukuki işlem aracılığı ile gerçekleştiği hallerdir. Hukuki işlem yoluyla gerçekleşen ikame olayının şartları ise şu şekildedir: a. Bir kazanım elde edilmesi⁵³⁹ b. Kazanımın hukuki işlem aracılığıyla ve edinilmiş mallar feda edilerek elde edilmesi⁵⁴⁰ c. İktisapla edinilmiş malların oluşturduğu malvarlığı masasında gerçekleşen azalma arasında illiyet bağının bulunması⁵⁴¹.

Aynı ikame olayının hukuki işlem yolu ile gerçekleşmesinin ilk şartı malvarlığı değerinin feda edilmesi karşılığında bir değer iktisap edilmesidir. Dolayısıyla, edinilmiş mallara ait bir değer, bağışlama yolu ile yahut tüketilmesi sebebiyle elden çıkarıldıysa, karşı bir değer elde edilemediği için ikame ilkesi uygulanmamaktadır⁵⁴².

⁵³⁸ BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 197 ZGB, N. 37, Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 41.

⁵³⁹ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 109.

⁵⁴⁰ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 109; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N.6.

⁵⁴¹ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 111; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 41, CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 33.

⁵⁴² Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 41; Zeytin, s. 148.

Ayni ikame ilkesinin işlemesi için aranan kazanım şartının konusunun kapsamına her türlü eşya, alacak hakkı ve diğer malvarlığı değerleri girmektedir⁵⁴³.

Ayni ikame olayının vuku bulabilmesi için gerekli bir diğer şart ise karşılıklı mübadele işleminin hukuki işlemler vasıtasıyla yapılmasıdır. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB incelendiğinde, madde metninde “*Ersatzanschaffungen*” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Söz konusu metninde bahsi geçen “*Anschaffungen*” sinallagmatik sözleşme ilişkilerini içine alan bir kavram olarak nitelendirilmektedir⁵⁴⁴. Burada, gayrimenkul mülkiyetinin devri karşılığında para elde edilmesinde olduğu gibi malvarlığı değerlerinin karşılıklı mübadele edilmesi söz konusudur⁵⁴⁵. Edinilmiş malların oluşturduğu malvarlığı masasına ait değerler; satış sözleşmesi, mal değişim sözleşmesi, eser sözleşmesi çerçevesinde başka malvarlığı değerleri ile değiş-tokuş edilerek başka değerler elde edilmesi halinde elde edilen değerler bu madde uyarınca edinilmiş mallara ait olur⁵⁴⁶. Sözleşme akdedilirken doğan alacak hakları; ifa ile birlikte ifa konusu değer ile ikame edilir⁵⁴⁷. Karışık muhtevalı akitlerde⁵⁴⁸ ise iktisap edilen değer kısmen karşılığı verilerek kısmen de karşılıksız elde edilmişse, bu hallerde hangi malvarlığı masası ağır basarsa o değer ağır basan malvarlığı masasına (edinilmiş mallara yahut kişisel mallara) ait olur⁵⁴⁹. Diğer malvarlığı masasının TMK m. 230/f. 3 ve Art. 209 (3) ZGB gereğince denkleştirme alacağı söz konusu

⁵⁴³ Deschenaux/Steinauer/Baddeley, N. 937 bkz. CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 33; Lütke, s. 137; Lemp, P.: Art. 196 ZGB, Berner Kommentar, Bd. II: Das Familienrecht, 1. Abteilung, Art. 159-251 ZGB, 3. Aufl., Bern 1968, N. 27 bkz. BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 109.

⁵⁴⁴ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 114.

⁵⁴⁵ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 109; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 7.

⁵⁴⁶ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 114.

⁵⁴⁷ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 114.

⁵⁴⁸ Karışık muhtevalı akitler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Ankara 2013.

⁵⁴⁹ Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 7.

olmaktadır⁵⁵⁰. İkame olayı, edinilmiş mallar kapsamındaki bir değere zarar verilmesi suretiyle üçüncü kişinin haksız fiili sebebiyle ödediği tazminat hakkında da geçerli olmaktadır. Örneğin, edinilmiş mallara ait bir arabaya üçüncü kişi zarar vermişse, bu sebeple ödenen bedel de edinilmiş mallara girer⁵⁵¹. Dolayısıyla, madde metninde geçen “*Anschaffungen*”ın sadece karşılıklı mübadele ilişkisini içeren hukuki işlemler için değil bu tür durumları da ihtiva edecek şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁵².

Hukuki işlemle gerçekleşen ikame olayının, yani TMK m. 219/f. 2/b. 5’in ve Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB’in istisnasını TMK m. 220/f. 1/b. 1⁵⁵³ ve Art. 198 Ziff.1 ZGB⁵⁵⁴ oluşturmaktadır. Buna göre, eşlerden biri edinilmiş mallar aracılığı ile kendi kişisel kullanımına yarayan bir şey satın aldığında, bu değer edinilmiş malların oluşturduğu gruba değil; kişisel malların oluşturduğu malvarlığı grubuna ait olmaktadır⁵⁵⁵. Bu durumda, TMK m. 230/f. 3 gereğince, edinilmiş malların kişisel mallardan denkleştirme alacağı söz konusu olur⁵⁵⁶.

Özellik arz eden bir diğer durum ise kredi borcu ile elde edilen değer hakkında Art.

197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB’nin ve TMK m. 219/f. 2/b. 5’in uygulanıp

⁵⁵⁰ Hausheer, H./Jaun, M.: *Grundstücke und Hypotheken in der güterrechtlichen Auseinandersetzung: zu BGE 123 III 152 ff.*, ZBJV 133 1997, s. 512- 523, s. 515 vd., Hausheer, H./ Aebi-Müller, R. E.: Art. 197 ZGB, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, Geiser, T./Fountoulakis, C. (Hrsg.), 6. Aufl., 2018, N. 9 (BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 197 ZGB, N. 9), BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 196 ZGB, N. 10; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 7.

⁵⁵¹ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 109.

⁵⁵² BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 109.

⁵⁵³ Zeytin, s. 150.

⁵⁵⁴ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 120; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 40.

⁵⁵⁵ Zeytin, s. 150.

⁵⁵⁶ Zeytin, s. 150. Eşin hayatını sürdürmek üzere kişisel kullanımı için edinilmiş mallardan karşıladığı malvarlığı değerleri hakkında, edinilmiş malların denkleştirme alacağı olmamasına ilişkin görüş için bkz. Zeytin, s. 150.

uygulanmayacağıdır. Kredi sözleşmeleri ile bir malvarlığı değerinin iktisabında, bu değer ne edinilmiş mallardan ne de kişisel mallardan karşılandığı ifade edilmektedir⁵⁵⁷. İsviçre öğretisinde ağır basan görüş, kredi işlemi sonucunda elde edilen değer Art. 209 Abs. 2 ZGB uyarınca edinilmiş mallara ait olacağı yönündedir⁵⁵⁸. Türk hukukunda da kredi yoluyla bir değer iktisap edildiği hallerde ikame ilkesinin işlemeyeceği, elde edilen malvarlığı değerinin TMK m. 219 ve TMK m. 230/f. 2 uyarınca edinilmiş mallara ait olacağı savunulmaktadır⁵⁵⁹. Art. 209 Abs. 2 ZGB'ye ve TMK m. 230/f. 2'ye göre, kural her borcun nesnel olarak bağlantılı olduğu malvarlığı masasını borç altına sokmasıdır. Bununla birlikte, borcun maddi bağlantısının bulunduğu malvarlığı masası tespit edilemiyorsa, bu borç edinilmiş mallara ait sayılmaktadır⁵⁶⁰. Kredi borcunun bu madde uyarınca edinilmiş mallara ait sayılmasının ve dolayısıyla ikame ilkesinin uygulanmamasının gerekçesi olarak da elde edilen malvarlığı değerinin tespitinde iktisapta bulunan eşin iradesinin ne yönde olduğunun belirlenmesindeki ispat zorluğu gösterilmektedir⁵⁶¹. Buna göre, kredi sözleşmesinden doğan borç kişisel mallardan ödenmişse, kişisel malların denkleştirme alacağı olacağı da ifade edilmektedir⁵⁶².

Eşin iktisap ettiği değeri kısmen edinilmiş mallarından kısmense kişisel mallarından karşılaması halinde TMK m. 219/f. 2/b. 5'in uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ayrıca sorulabilir. Bu durumda, malvarlığı masalarından hangisinin katkısı daha

⁵⁵⁷ Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 43; Zeytin, s. 150.

⁵⁵⁸ BGer, 21.12.2009, 5A_662/2009, E. 2.4, BGer, FamPra.ch 2008, 380, 383 vd., E. 4.2.3; Deschenaux, H./Steinauer, P. H./Baddeley, M.: Les effets du mariage, 2.A, Bern 2009, N. 942 bkz. Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 43. CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 33 bkz. Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 43'teki açıklama.

⁵⁵⁹ Zeytin, s. 150; Gümüş, s. 264; Öztan (Aile Hukuku), s. 447.

⁵⁶⁰ Zeytin, s. 150.

⁵⁶¹ Gümüş, s. 264.

⁵⁶² Zeytin, s. 150.

fazlaysa, iktisap edilen değer o malvarlığı masasına ait olup diğer mal grubunun TMK m. 230 ve Art. 209 Abs. 3 gereğince denkleştirme alacağı söz konusu olacaktır⁵⁶³. Şayet katkı oranı eşitse, bu durumda tercih ilkesi gereğince iktisap edilen değer edinilmiş mal olarak kabul edilecek, kişisel malların denkleştirme alacağı söz konusu olacaktır.

Tartışma konusu olan başka bir durum ise piyango biletine ikramiye çıktığı durumlarda bu meblağın hangi malvarlığı masasına ait olacağı hususudur. Bir görüş, piyango biletinin edinilmiş mallardan karşılandığı ihtimalde Art. 197 Abs. 2 Ziff.5 ZGB (dolayısıyla TMK m. 219/f. 2/b. 5) uyarınca ikramiyenin de edinilmiş mallara ait olacağını savunmaktadır⁵⁶⁴. Şayet, piyango bileti kişisel mallardan karşılanmışsa, bu durumda da buna çıkan ikramiye Art. 198 Ziff. 4 gereğince kişisel mallara ait olur⁵⁶⁵. Eğer, biletin hangi malvarlığı masasından karşılandığı tespit edilemezse, bu durumda da ikramiye Art. 200 Abs. 3 ZGB’de öngörülen karine uyarınca edinilmiş mallar kapsamında değerlendirilir⁵⁶⁶. Başka bir görüşe göre ise ikame ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli olan sinallagma ilişkisinin burada kurulmadığı, edinilmiş mallara temel teşkil eden emek karşılığı edinmenin burada gerçekleşmediği gerekçeleriyle, ikramiyenin kişisel mallara ait olacağını savunulmaktadır⁵⁶⁷. Bu görüşe göre, piyangoya çıkan ikramiye, eşin emeğinin karşılığını oluşturmamaktadır⁵⁶⁸.

⁵⁶³ Sarı, s. 166; Hegnauer/ Breitschmid, s. 261, N. 26.17.

⁵⁶⁴ BGE 121 III 201, E. 4a, Schnyder, B.: *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995 – Familienrecht*, ZBJV 133/1997, s. 38-57, s. 45; Jungo, s. 28; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 12, N. 12.24; Öztan (Aile Hukuku), s. 446.

⁵⁶⁵ Schnyder, s. 45.

⁵⁶⁶ Schnyder, s. 45.

⁵⁶⁷ Şıpka, s. 104; Acar, s. 229; Zeytin, s. 124-125.

⁵⁶⁸ Acar, s. 229.

Hukuki işlem yolu ile gerçekleşen aynı ikame olayıyla alakalı olarak bahsedilmesi gereken bir başka husus ise eskiden İsviçre’de savunulan⁵⁶⁹, edinilmiş mallardan çıkan değer yerine geçecek değerın çıkan değerle aynı amaca hizmet edeceğine ilişkin şartın (“Zweckersatz”) artık aranmamasıdır⁵⁷⁰. Yani, elde edilen değerin aynı ikame ilkesi gereği edinilmiş mallara dahil olması için, onun, edinilmiş mallara ait bir değer karşılığında (“Writersatz” / “Mittellersatz”) mübadele edilmiş olması yeterlidir⁵⁷¹. Yoksa iktisap edilen değerin, malvarlığından çıkan değerle aynı amaca hizmet etmesi şartının gerçekleşmesine gerek yoktur⁵⁷². Örneğin, eşlerden birinin çalışması karşılığında biriktirdiği para ile satın aldığı kıymetli evraklar üzerinde tasarrufta bulunarak araba satın alması halinde, bu değer edinilmiş mallara ait olmaktadır⁵⁷³. Eğer amaç ikamesi kabul edilseydi; edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken edinilmiş mallar ait bir değeri sarf etmek suretiyle bir halı satın alan eş, bu halı eskimiş olduğu ve yenisi gerektiği için, sonrasında kişisel mallarını sarf etmek suretiyle yeni bir halı almış olsaydı, bu halı edinilmiş mallara ait olurdu⁵⁷⁴. Değer ikamesinin amaç ikamesi yerine tercih edilerek elde edilen değerin hangi malvarlığı masası aracılığıyla iktisap edildiğini tespit etmek ve yeni değerin aynı malvarlığına gireceğini kabul etmek, edinilmiş malların (ve kişisel malların) muhafazasının sağlanmasına hizmet etmektedir⁵⁷⁵.

⁵⁶⁹ BGE 100 II 182 (184) bkz. Zeytin, s. 148, dn.357.

⁵⁷⁰ Hausheer, H./Geiser, T./Aebi-Müller, R. E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2014, s. 235 N. 12.24, Steck/Fankhauser, Art. 197, N. 4; Hegnauer/Breitschmid, s. 261, N. 26.17; Zeytin, s. 149.

⁵⁷¹ Hausheer/Geiser/ Aebi-Müller, s. 235, N. 12.24.

⁵⁷² Hausheer/Geiser/ Aebi-Müller, s. 235, N. 12.24.

⁵⁷³ Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 41.

⁵⁷⁴ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s. 235, N. 12.25.

⁵⁷⁵ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 110; Deschenaux/Steinauer/Baddeley, N. 932, dn. 55 ve Stettler M./Waelti F., Le régime matrimonial: les dispositions générales (art. 181 à 195a CC), la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CC), 2.A, Freiburg 1997, N. 275 vd., N. 225 vd. bkz. CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 30.

Değer ikamesinin bir istisnasını ise Art. 198 Ziff. 1 ZGB ve TMK m. 220/f. 1/b. 1 oluşturmaktadır⁵⁷⁶. Buna göre, eşlerden yalnız birinin kişisel kullanımına yarayan eşya kişisel mallara ait olur. Bu durumda, kişisel kullanıma yarayan bu eşya, edinilmiş mallar feda edilerek iktisap edilmişse dahi onun kişisel malı olarak değerlendirilir.

Hukuki işlem aracılığıyla gerçekleşen ayni ikamenin son şartı ise malvarlığından çıkan değer ile malvarlığına giren değer arasında bir illiyet bağının bulunmasıdır⁵⁷⁷. Bu bağ; doğrudan kurulabileceği gibi dolaylı, zincirleme şekilde de kurulabilir⁵⁷⁸. Edinilmiş mallara ait para ile piyano satın alınmasında bu bağ doğrudan oluşmaktadır⁵⁷⁹. Aynı şekilde, edinilmiş malların oluşturduğu malvarlığı masasına ait ortaklık hisse senetlerinin (“Aktien”)⁵⁸⁰ başka bir ortaklık hisse senetleriyle (“Obligation”)⁵⁸¹ mübadele edilmesi halinde, iktisap edilen hisse senetlerinin doğrudan bu malvarlığı masasına girmesi de doğrudan bağa örnek olarak gösterilebilir⁵⁸². İlliyet bağının dolaylı kurulması ise bu hisse senetlerinin öncelikle nakde çevrilmesi, nakde çevrildikten sonra başka hisse senedi alınması halinde söz konusu olur⁵⁸³. Buradaki dolaylı olma durumu; hisse senetlerinin nakde çevrilmesi

⁵⁷⁶ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s. 236, N. 12.30; BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 197 ZGB, N. 40; CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 35; KUKO/ Jakob, Art. 198 ZGB, N. 6; Sarı, s. 167; Zeytin, s. 150; Gümüş, s. 263.

⁵⁷⁷ Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 41; CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 33; Zeytin, s. 149.

⁵⁷⁸ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 111; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 41, CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 33.

⁵⁷⁹ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 111, CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N.33.

⁵⁸⁰ Aksiyon (“Aktien”): “Bir ortaklıkta ortakların paylarını gösteren hisse senedi”. Bkz. Kartal, N.: Türkçedeki Yabancı Sözcüklerin Açıklamalı Sözlüğü, Ankara 2018, s. 13.

⁵⁸¹ Obligasyon (“Obligation”): Bir anonim ortaklıktaki payı gösteren senet, diğer bir deyişle belli zamanda ödenecek olan ve her yıl faizi verilen ödünç verilmiş sermaye, hisse senedi”. Bkz. Kartal, s. 468.

⁵⁸² BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 111.

⁵⁸³ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 111.

halinde elde edilen paranın öncelikle edinilmiş malların olduğu malvarlığı grubuna girmesi, sonrasında bu para ile başka hisse senedi satın alınması halinde yeni iktisap edilen hisse senetlerinin de edinilmiş mallara girmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁸⁴. İkame olayı sadece hukuki işlem aracılığı ile gerçekleşmemektedir⁵⁸⁵. İki halde ikame olayının gerçekleşebileceği ifade edilebilir. İlk olarak, ikame olayının edinilmiş mallara ait haklar dolayısıyla gerçekleşebileceği söylenebilir. Edinilmiş mallara ait intifa hakkının konusunun tahrip olması halinde intifa hakkının Art. 750 Abs. 3 ZGB uyarınca *ipso iure* elde edilen sigorta bedelinin üzerinde devam etmesi buna örnek olarak gösterebiliriz⁵⁸⁶. İkame olayı bundan başka ayrıca tazmine dayanan ikame yoluyla da gerçekleşebilir. Örneğin, edinilmiş mallara ait bir değer üçüncü kişinin haksız fiili sonucu zarar görmesi, tahrip edilmesi sebebiyle ödenen tazminat da edinilmiş mallara ait olmaktadır⁵⁸⁷.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde aynı ikame ilkesinin etkisi dolaysızdır⁵⁸⁸.

Bununla kastedilen malvarlığından çıkan değer yerine elde edilen değer doğrudan ve otomatik olarak yine bu malvarlığına dahil olmasıdır⁵⁸⁹. Yukarıda bahsi geçen şartlar gerçekleştiği halde, etki kanun gereği, doğrudan doğruya ve eşlerin iradesi dikkate alınmaksızın⁵⁹⁰ doğmaktadır⁵⁹¹.

⁵⁸⁴ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 111.

⁵⁸⁵ Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 41

⁵⁸⁶ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 109.

⁵⁸⁷ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 109.

⁵⁸⁸ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 111, CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 35.

⁵⁸⁹ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 111.

⁵⁹⁰ Hausheer/Geiser/ Aebi-Müller, s. 235, N. 12.23.

⁵⁹¹ CHK/Jungo, Art. 197 ZGB, N. 35.

3. Kişisel Mallar ve Kapsamı

Kişisel mallar TMK'nın 220. maddesinde, mehzaz kanununda ise Art. 198 ZGB'de düzenlenmektedir. Edinilmiş malların aksine, kanunda kişisel malların tanımına yer verilmemiş olup⁵⁹² kişisel mallar kanunda tahdidi olarak sayılmıştır⁵⁹³. Buna karşılık, kanun koyucu TMK m. 221 (Art. 199 ZGB) gereğince, eşlere yaptıkları sözleşme ile bazı edinilmiş malların kişisel mallar olarak kararlaştırmalarına da cevaz vermektedir. TMK m. 220 uyarınca kişisel mallardan sayılan malvarlığı değerleri: 1. Eşlerden yalnız birinin kişisel kullanımına yarayan eşya 2. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri 3. Manevi tazminat alacakları 4. Kişisel mallar yerine geçen değerler şeklindedir. Ayrıca, eşler yapacakları sözleşme ile mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan malvarlığı değerlerinin ve kişisel mallarının gelirlerinin kişisel mallara ait olacağına karar verebilirler.

Özel malvarlığı teşkil eden⁵⁹⁴ kişisel mallar, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi halinde tasfiye dışı kalır⁵⁹⁵. Dolayısıyla, hangi malvarlığı değerlerinin kişisel mallardan sayıldığıнын bulunması, tasfiye edilecek kısmın tespiti açısından önemi haizdir⁵⁹⁶. Buna ek olarak, denkleştirme alacağının belirlenmesi gereği de kişisel

⁵⁹² CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 1; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 1; Sarı, s. 168.

⁵⁹³ CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 1; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 1; BGer, FamPra.ch 2008, s. 380-384, s. 382 E. 4.2.2; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 1; Zeytin, s. 162, Sarı, s. 169.

⁵⁹⁴ Deschenaux/Steinauer/Baddeley, N. 909 bkz. Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 1.

⁵⁹⁵ Sarı, s. 167; Gümüş, s. 265; Dural, M. /Öğüz, T./Gümüş, M.A.: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 207.

⁵⁹⁶ Sarı, s. 167.

mallarının tespitini gerekli kılmaktadır⁵⁹⁷. TMK m. 222/f. 3'te, eşlerin mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mallardan olduğu düzenlenmektedir. Buna göre, eş bir malvarlığı değerinin kişisel mal olduğunu ispat etmek suretiyle bu değeri tasfiye dışı bırakabilecektir⁵⁹⁸.

a. Kanunda Kişisel Mal Olarak Belirtilen Malvarlığı Değerleri

i. Eşlerden Yalnız Birinin Kişisel Kullanımına Yarayan Eşya

Kanun koyucu eşlerden yalnızca birinin kişisel kullanımına yarayan eşyayı, edinilmiş malların kapsamının dışına çıkarmaktadır. Buna göre, bir şeyin kişisel mal olarak değerlendirilebilmesi için iki unsurun varlığı aranmalıdır. Birinci unsur, eşyanın eşin kişisel kullanımına hizmet etmesi, ikinci unsur ise bu şeyin yalnızca eş tarafından kullanılmasıdır.

İlk unsuru incelemek gerekirse, bir malvarlığı değerinin kişisel kullanıma yarayan eşya olması için söz konusu eşyanın kullanıma elverişli olması ve sadece tüketime hizmet etmemesi gerekmektedir⁵⁹⁹. Buna göre, nakit paranın⁶⁰⁰ yahut yenilebilir ("Esswaren") şeylerin Art. 198 Ziff. 1 ZGB ve dolayısıyla TMK m. 220/f. 1/b. 1 gereğince kişisel mallar kapsamına girmediği belirtilmektedir⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ Sarı, s. 168.

⁵⁹⁸ Sarı, s. 169.

⁵⁹⁹ CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 2.

⁶⁰⁰ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198, N. 13; CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 2; Öztan (Aile Hukuku), s. 448; Acar, s. 236.

⁶⁰¹ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198, N. 13; CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 2.

Kullanıma elverişli eşyanın esasen taşınır mallardan oluştuğu ifade edilmektedir⁶⁰².

Elbise, mücevherat, kitaplar, spor malzemeleri gibi hobi eşyaları, hatıra eşyası⁶⁰³

kişisel mallara örnek olarak verilebilir⁶⁰⁴. Maddenin kapsamına kişisel kullanıma

elverişli olan taşınmaz malların girebileceği de ileri sürülmektedir⁶⁰⁵. Bu

görüştekilere göre, somut olayda taşınmazın kişisel kullanım amacına hizmet

ettiğinin tespit edilmesi halinde, bu taşınmazın da kişisel mallar kapsamında

değerlendirileceği ifade edilmektedir⁶⁰⁶.

Kişisel kullanıma elverişli değer aynı zamanda yatırım aracı olma özelliği de

taşıyabilir⁶⁰⁷. Örneğin, altın kişisel kullanıma hizmet eden mücevherat olabileceği

gibi bir yatırım aracı olarak da tercih edilebilir. Bu durumda hangi amacın baskın

geldiği belirlenerek söz konusu değerın kişisel mallara dahil olup olmayacağı tespit

edilir⁶⁰⁸. Kullanım amacına mı yahut yatırım amacına mı hizmet ettiği konusunda

şüphe varsa, şey edinilmiş mallardan sayılır⁶⁰⁹. Bu durumda, diğer malvarlığı

masasının denkleştirme alacağı söz konusu olur⁶¹⁰.

TMK m. 219/f. 2/b. 5'e göre kural, edinilmiş malların yerine geçen değerlerin yine

edinilmiş mallara ait olacağıdır. Bununla beraber, TMK m. 220/f. 1/b. 1 bu maddeye

⁶⁰² OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 2; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 3; Sarı, s. 171; Acar, s. 236.

⁶⁰³ CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 2.

⁶⁰⁴ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art. 198 ZGB, N. 16; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 2; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 3.

⁶⁰⁵ Zeytin, s. 163.

⁶⁰⁶ Karamercan, F.: Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 127, dn. 36, Zeytin, s. 163.

⁶⁰⁷ Sarı, s. 171.

⁶⁰⁸ BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 198 ZGB, N. 8-9; Zeytin, s. 161; Sarı, s. 170-171.

⁶⁰⁹ Zeytin, s. 164.

⁶¹⁰ Zeytin, s. 164.

göre *lex specialis* teşkil ettiği için edinilmiş mallar yerine elde edilen yeni değer eşin kişisel kullanım amacına hizmet etmekte ise işte bu durumda da bu değer de kişisel mallar kapsamına girer⁶¹¹. Örneğin, eşin maaşıyla kendisine tişört alması durumunda, bu tişört edinilmiş mallara ait değerle elde edilse dahi kişisel mallara ait olur.

Buradan da anlaşılacağı üzere, eşin kişisel malını edinilmiş mallar yahut kişisel mallar vasıtasıyla elde etmesi aynı ikame ilkesinin uygulanması bakımından önem arz etmez⁶¹². Buna karşılık, aynı ikame ilkesinin uygulanmasına istisna teşkil eden hallerde, edinilmiş mallardan oluşan malvarlığı masasının bir denkleştirme alacağının olduğu ifade edilmektedir⁶¹³. Öğretide, edinilmiş mallar aracılığı ile elde edilen değer denkleştirilmesi açısından normal gideri aşma kriteri uygulanmaktadır⁶¹⁴. Şayet, elde edilen değer, kişinin kişisel konumu göz önüne alındığında normalse, bu durumda denkleştirmenin söz konusu olmayacağı⁶¹⁵, fakat normal sınırın aşılması durumunda kişisel mallar aleyhine bir denkleştirme alacağının mevcudiyeti savunulmaktadır⁶¹⁶.

Bir malvarlığı değerinin kişisel mal olarak değerlendirilebilmesi için aranan ikinci unsur ise söz konusu malvarlığı değerinin yalnızca eş tarafından kullanılmasıdır. Şöyle ki bu değer diğer eş ve çocukları tarafından kullanılması halinde bu değer kişisel mallardan sayılamamaktadır⁶¹⁷. Örneğin; piyanonun⁶¹⁸, mobilyaların, ev alet

⁶¹¹ Öztan (Aile Hukuku), s. 449; Zeytin, s. 164-165.

⁶¹² Öztan (Aile Hukuku), s. 449.

⁶¹³ Öztan (Aile Hukuku), s. 449.

⁶¹⁴ Öztan (Aile Hukuku), s. 449.

⁶¹⁵ Zeytin, s. 165.

⁶¹⁶ Öztan (Aile Hukuku), s. 449.

⁶¹⁷ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 17.

⁶¹⁸ CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 2.

ve gereçlerinin ortak kullanıma tabi olması, bu değerleri kişisel mal grubundan çıkarmaktadır⁶¹⁹. Aynı şekilde aile kullanımına tahsis edilmiş araba da kişisel mallardan sayılmamaktadır⁶²⁰. Yalnız, üçüncü kişilerin kişisel kullanım amacına hizmet eden malvarlığı değerini kullanması, onun kişisel mallardan olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır⁶²¹.

ii. Mal Rejiminin Başlangıcında Sahip Bulunulan Malvarlığı Değerleri veya Eşin Sonradan Miras Yoluyla Ya Da Herhangi Bir Şekilde Karşılıksız Kazanma Yoluyla Elde Ettiği Malvarlığı Değerleri

TMK m. 220/f. 1/b. 2 ve Art. 198 Ziff. 2 gereğince, mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmayacak (kişisel mallar kategorisinde değerlendirilen) başka malvarlığı değerleri ise şunlardır: 1. Mal rejiminin başlangıcında eşlerin sahip olduğu malvarlığı değerleri 2. Eşin sonradan miras yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri 3. Eşin sonradan herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri.

Mal rejiminin başlangıcında eşlerin sahip olduğu değerler kişisel mal olarak düzenlenmektedir⁶²². Bu malvarlığı değerlerinin tasfiye dışı bırakılmasının gerekçesi olarak bu değerlerin eşlerin birlikte, iş bölümü ile elde edilen değerlerden olmaması gösterilebilir⁶²³. Bu sebeple, mal rejimi başlamadan önce elde edilen malvarlığı

⁶¹⁹ CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 2; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 3.

⁶²⁰ OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 3.

⁶²¹ CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 2; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 4.

⁶²² CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 4; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 5; Acar, s. 242; Zeytin, s. 166; Sarı, s. 173; Gümüş, s. 268.

⁶²³ Sarı, s. 174.

değerlerinin karşılığı verilerek yahut karşılıksız elde edilmiş olmaları önem teşkil etmemektedir⁶²⁴. Dolayısıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminden önce eş; emek vererek, karşılık vererek bir malvarlığı değeri iktisap etmişse veya malvarlığı değerlerinden ürün elde etmişse, tüm bunlar TMK m. 220/f. 1/b. 2 gereğince yine kişisel mallardan sayılırlar⁶²⁵.

Eşin mal rejiminden önce elde ettiği değer üzerindeki dolaysız zilyetliği şart olarak aranmamaktadır⁶²⁶. Bu değer üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunması, bu değer üçüncü kişinin idaresine tabi olması önem teşkil etmez⁶²⁷.

Bu madde uyarınca, kişisel mallara ait olduğu düzenlenen ikinci malvarlığı değeri kalemini ise mal rejimi sırasında bir eşin miras yolu ile karşılık vermeksizin iktisap ettiği değerler oluşturmaktadır⁶²⁸. Mirasın kanun gereği yahut ölenin ölüme bağlı tasarrufu ile elde edilmesinin, iktisabın kişisel mallara ait sayılması açısından bir önemi yoktur⁶²⁹. Önemli olan elde edilen değer miras yolu ile ve karşılıksız iktisap edilmiş olmasıdır. Burada “karşılıksız”lık ile kastedilen, eşin aktifinde bir artmanın veya pasifinde bir azalmanın meydana gelmiş olmasıdır⁶³⁰.

⁶²⁴ Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 6 ve bkz. eserde bahsi geçen ilgili mahkeme kararları; Acar, s. 243.

⁶²⁵ Gümüş, s. 268.

⁶²⁶ BSK/Hausheer/Aebi-Müller, Art. 198 ZGB, N. 16; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 5.

⁶²⁷ BSK/Hausheer/Aebi-Müller, Art. 198 ZGB, N. 16; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 5.

⁶²⁸ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 31-32; CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 8; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 6; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 10; Zeytin, s. 167; Öztan (Aile Hukuku), s. 450; Acar, s. 246; Sarı, s. 174; Gümüş, s. 268.

⁶²⁹ Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 10.

⁶³⁰ BGE 5A_673/2007, E. 2.6.5; BGE 5A_111/2007, E. 4.2.2; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 198 ZGB, N. 29; Deschenaux/Steinauer/Baddeley, N. 922 bkz. CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 7.

Karma bağışlama⁶³¹ halinde ise bir ayırım yapılmaktadır: İktisap edilen şeyin değeri incelendiğinde ivaz daha ağır basmakta ise⁶³² veya iki kısım da birbirine eşit değer taşımakta ise bu durumda TMK m. 222/f. 3 uyarınca⁶³³ iktisap edilen değer edinilmiş mal grubuna dahil olur⁶³⁴. Bu durumda, kişisel mallardan oluşan malvarlığı masasının denkleştirme alacağı söz konusu olur⁶³⁵. Şayet, bağışlanan şeyin değeri ivazdan daha yüksekse, bu durumda, bu değer kişisel mallara ait olur⁶³⁶. Çeşitli ihtimallere göre diğer malvarlığı grubunun denkleştirme alacağı saklıdır⁶³⁷.

Edinilmiş mallara katılma rejimi sırasında eşe yapılan karşılıksız kazandırmalar sonucu elde edilen değerler de kişisel mal grubuna dahil olur⁶³⁸. Üçüncü kişilerin veya diğer eşin yaptığı karşılıksız kazandırmalar⁶³⁹ ve mülkiyetin kanun gereği aslen kazanıldığı haller bu kapsamda değerlendirilir⁶⁴⁰. Mülkiyetin aslen kazanıldığı haller⁶⁴¹; sahipsiz taşınırın mülkiyetinin elde edilmesi (TMK m. 767), bulunan mal üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması (TMK m. 771), karışma-birleşme, kazandırıcı zamanaşımı yolu ile hak kazanımı (TMK m. 776-TMK m. 777) şeklinde

⁶³¹ Karma bağışlama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuntalp, s. 173-184.

⁶³² Zeytin, s. 168; Gümüş, s. 269; Sarı, s. 178.

⁶³³ Zeytin, s. 168, 111; Sarı, s. 178; Gümüş, s. 269.

⁶³⁴ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 31; Ryffel, G.: Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, Art. 198 ZGB, N. 7; Öztan (Aile Hukuku), s. 450.

⁶³⁵ Öztan (Aile Hukuku), s. 450.

⁶³⁶ Zeytin, s. 168; Gümüş, s. 269; Öztan (Aile Hukuku), s. 450; Acar, s. 249.

⁶³⁷ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 41; BSK/Hausheer, 2002, Art. 197 ZGB, N. 9, Art. 198 ZGB, N. 25; Zeytin, 168; Acar, s. 249 ve bkz. dn. 289'daki açıklamalar; Gençcan, Ö. U.: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002, s. 129-130; Sarı, s. 178.

⁶³⁸ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 36; CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 7-9; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 7; Öztan (Aile Hukuku), s. 451; Zeytin, s. 168; Sarı, s. 175; Gümüş, s. 269.

⁶³⁹ Zeytin, s. 167-168.

⁶⁴⁰ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 12, N. 12.34; Zeytin, s. 167-168; Acar, s. 249; Şıpka, 113-114; Öztan (Aile Hukuku), s. 451

⁶⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan (Eşya), s. 309-330; Sirmen, s. 541-550.

karşımıza çıkabilir⁶⁴². İşleme yolu ile hak kazanımında ise işlemenin emek karşılığı yapılması ve emeğin işlenen malın değerinden daha fazla olması sebebiyle bu değer TMK m. 219 uyarınca edinilmiş mallara ait olacağı ifade edilmektedir⁶⁴³.

Aslen kazanım halleri dışında, bir eşe üçüncü kişi yahut diğer eş tarafından yapılan karşılıksız kazandırmalar da bu fıkra uyarınca kişisel maldır⁶⁴⁴.

iii. Manevi Tazminat Alacakları

TMK m. 220/f. 1/b. 3 ve Art. 198 Ziff. 3 ZGB uyarınca, manevi tazminat alacakları eşlerin kişisel mallarına aittir⁶⁴⁵. Kişilik hakkının ihlali halinde, eşin elde ettiği manevi tazminat, o eşin kişisel mallarına girer⁶⁴⁶. Manevi tazminat alacağının hangi kanun hükmünden kaynaklandığının⁶⁴⁷ (TMK m. 25-26, TBK m. 56, 58), haksız fiil dolayısıyla yahut borca aykırılık sebebiyle doğup doğmadığının bir önemi yoktur⁶⁴⁸.

iv. Kanunda Öngörülen ve Mal Rejimi Sözleşmesi ile Kişisel Mal Olarak Kabul Edilebilecek Değerler

⁶⁴² Zeytin, s. 168; Öztan (Aile Hukuku), s. 451; Gümüş, s. 269.

⁶⁴³ Zeytin, s. 169 bkz. dn. 422'deki açıklama.

⁶⁴⁴ CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 9; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 7; Şıpka, s. 113; Öztan (Aile Hukuku), s. 451.

⁶⁴⁵ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 51; CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 13; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 10; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 16; Öztan (Aile Hukuku), s. 452; Zeytin, s. 169; Acar, s. 258; Sarı, s. 179; Gümüş, s. 270.

⁶⁴⁶ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 51; CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 13; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 16; Zeytin, s. 169; Acar, s. 258-259; Sarı, s. 179. Manevi tazminat alacaklarının kişisel mal olarak kabul edilmesinin eleştirisi hakkında bkz. Ünal, s. 129.

⁶⁴⁷ Sarı, s. 179.

⁶⁴⁸ Şıpka, s. 114-115; Öztan (Aile Hukuku), s. 452.

TMK'nın 221. maddesinin ilk fıkrası, eşlerin sözleşme ile bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti dolayısıyla elde edilen ve edinilmiş mallara ait olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mallar kategorisine sokmalarına, dolayısıyla bu değerlerin tasfiye dışı bırakılmasına imkân tanımaktadır. Bu madde hükmü, TMK m. 220'de sınırlı sayıda düzenlenmiş olan kişisel malların kapsamının sadece öngörülen hallerle sınırlı olarak ve mal rejimi sözleşmesi ile genişletilmesine cevaz vermektedir. "Bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti dolayısıyla elde edilen malvarlığı değerleri" ile neyin kastedildiğinin tespiti kanunda sınırlı sayıda belirlenmiş kişisel malların kapsamının belirlenebilmesi için önem teşkil etmektedir. Bunun için mehzaz kanun Art. 199 Abs. 1 ZGB'deki düzenlemeye göre, bu maddeye göre, eşin mesleğini icra edebilmesi yahut işletmesinin faaliyetini sürdürebilmesi için özgülediği ve aslında edinilmiş mallara ait olan malvarlığı değerlerinin mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal sayılması mümkündür⁶⁴⁹. TMK m. 221/f. 1 ile Art. 199 Abs. 1 ZGB karşılaştırıldığında iki maddenin lafzı arasındaki farklılık dikkat çekmektedir. TMK'da mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kabul edilebileceği ifade edilirken, ZGB'de mesleğin icrasına veya işletmenin faaliyetine özgülenmiş malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kabul edilebileceği düzenlenmektedir. Buradaki hukuki problem, TMK'nın ilgili hükmünün kapsamının, mehzaz kanundaki düzenlemeden sapan lafzı esas alınarak kapsamının belirlenip belirlenmeyeceğine ilişkindir. Buna göre, TMK m. 221/f. 1'in lafzı göz önüne alındığında, bir işletme faaliyeti sebebiyle elde edilen gelirler eşler tarafından anlaşma yoluyla kişisel mallar kategorisine dahil edebilirken, Art. 199 Abs. 1 ZGB'e göre bu mümkün değildir. Türk doktrindeki hâkim görüş,

⁶⁴⁹ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 199 ZGB, N. 6; CHK/Jungo, Art 199 ZGB, N. 3; OFK/Nuspliger, Art 199 ZGB, N. 2.

mehaz kanun göz önüne alınarak bir belirlemenin yapılması yönündedir⁶⁵⁰. Bunun temel gerekçesi olarak, lafzın esas alınmasının edinilmiş mallara katılma rejiminin düzenlenmesindeki amaca uygun düşmemesi⁶⁵¹, bu rejimi mal ayrılığı rejimine çevirmesi gösterilmektedir⁶⁵². Dolayısıyla, mehaz kanundaki düzenlemenin, edinilmiş mallara katılma rejimi ile ulaşılması istenen amaca hizmet etmesi sebebiyle esas alınması gerekmektedir. Bu madde ile eşlere; avukatlık, sürücü eğitmenliği, öğretmenlik, doktorluk gibi mesleklerin icraları için yahut çiftlik, eczane, butik gibi teşebbüslerin işletme faaliyetlerini sürdürmek için özgülenen malvarlığı değerlerinin kişisel mallardan sayılması için imkân tanınmıştır⁶⁵³. Böylelikle eşler, mal rejiminin ölüm veya boşanma sebebiyle mesleki faaliyetlerine özgülenmiş değerleri kaybetme tehlikesi ile karşılaşmazlar⁶⁵⁴.

TMK m. 221/f. 2 ve Art. 199 Abs. 2 ZGB uyarınca mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal olarak kabul edilebilecek başka bir malvarlığı kalemi ise kişisel mallarının gelirleridir⁶⁵⁵. Bu madde, TMK m. 219/f. 2/b. 4'ün ve ZGB 197 Abs. 2 Ziff. 4'ün bir istisnasını teşkil eder. Taraflar bu gelirlerin tamamının kişisel mal olarak kabul edileceğini kararlaştırabilecekleri gibi gelirlerin bir kısmının kişisel mal sayılacağı hususunda da anlaşabilirler⁶⁵⁶. Buna ek olarak taraflar, belirli bir dönem içerisinde elde edilen gelirlerin tamamının yahut sadece belirli kişisel malların gelirlerinin veya toptan belirli bir değerin (örneğin 5000 İsviçre Frank'ının yahut 5000 Türk lirasının)

⁶⁵⁰ Zeytin, s. 173; Öztan (Aile Hukuku), s. 454-455; Sarı, s. 183; Gümüş, s. 171.

⁶⁵¹ Zeytin, s. 173.

⁶⁵² Şıpka, s. 120-121; Öztan (Aile Hukuku), s. 455; Sarı, s. 183.

⁶⁵³ CHK/Jungo, Art 199 ZGB, N. 3.

⁶⁵⁴ Kılıçoğlu (Aile Hukuku), s. 353; Öztan (Aile Hukuku), s. 454-455; Zeytin, s. 174.

⁶⁵⁵ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 199 ZGB, N. 18; CHK/Jungo, Art 199 ZGB, N. 4; OFK/Nuspliger, Art 199 ZGB, N. 4; Steck/Fankhauser, Art. 199 ZGB, N. 11; Zeytin, s. 178; Sarı, s. 187; Gümüş, s. 273; Öztan (Aile Hukuku), s. 455; Kılıçoğlu, s. 50; Kılıçoğlu (Aile Hukuku), s. 353.

⁶⁵⁶ OFK/Nuspliger, Art 199 ZGB, N. 4; Steck/Fankhauser, Art. 199 ZGB, N. 11.

kişisel mallara ait olacağı hususunda anlaşabilirler⁶⁵⁷. Kişisel malların gelirlerini, bir malvarlığı değerinin hukuki semereleri ve doğal semereleri oluşturmaktadır⁶⁵⁸.

b. Kişisel Mallar Yerine Geçen Değerler ve Ayni İkame

i. Genel Olarak

TMK m. 220/f. 1/b. 4 ve Art. 198 Ziff. 4 ZGB’de kişisel mallara ait olacağı düzenlenen diğer malvarlığı değerleri ise kişisel malların yerine geçen değerlerdir. TMK m. 219/f. 2/b. 5 ve Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB ile Art. 198 Ziff. 4 ZGB karşılaştırıldığında üçünün de benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir. Şöyle ki, Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB’de, edinilmiş mallar yerine geçen değerlerin (“*Ersatzanschaffungen für Errungenschaft*”) edinilmiş mallardan sayılacağı belirtilmekteyken; Art. 198 Ziff. 4 ZGB’de kişisel mallar yerine geçen değerlerin (“*Ersatzanschaffungen für Eigengut*”) kişisel mallara ait olacağı düzenlenmektedir. Bu sebeple, Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB’de yapılan açıklamaların, bu madde hükmü kapsamında da geçerli olacağı söylenebilir.

Art. 198 Ziff. 4 ZGB emredici niteliktedir⁶⁵⁹. Eşler, mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mallar yerine geçen değerlerin edinilmiş mallara ait olacağına ilişkin bir düzenleme yapamazlar⁶⁶⁰. Her ne kadar bu madde hükmünün aksi mal rejimi sözleşmesi ile

⁶⁵⁷ OFK/Nuspliger, Art 199 ZGB, N. 4.

⁶⁵⁸ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 199 ZGB, N. 18; CHK/Jungo, Art 199 ZGB, N.4, OFK/Nuspliger, Art 199 ZGB, N. 5.

⁶⁵⁹ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198, N. 54; BSK/Hausheer, 2002, Art. 198 ZGB, N. 33.

⁶⁶⁰ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 54; BSK/Hausheer, 2002, Art. 198 ZGB, N. 33.

kararlaştırılmazsa da 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB bu maddenin istisnasını oluřturmaktadır⁶⁶¹. Bu maddeye göre, primler kişisel mallardan karşılanmış olsa dahi sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının yaptıkları demeler edinilmiş mallara ait olacaktır⁶⁶².

ii. Normun Koruma Amacı

TMK m. 219/f. 2/b. 5 ve Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB ile paralel düzenlenen TMK m. 220/f. 1/b. 4 ve Art. 198 Ziff. 4 ZGB hükmünün amacı, özel malvarlığı teşkil eden kişisel malların eksilmelere karşı muhafazasının saęlanmasıdır⁶⁶³. Her bir eşin malvarlığı hem edinilmiş mallar ve kişisel mallar olmak üzere iki farklı malvarlığı masasından oluşmaktadır. Bu iki malvarlığının korunması, tasfiyede eşlerin haklarının ve borçlarının belirlenmesi açısından önem teşkil etmektedir. kame ilkesinin amacı, kişisel malların yerine geçen değerlerin yine kişisel mallara ait olacağının düzenlemesi suretiyle bu malvarlığı masalarındaki değer eksilmelerinin önlenmesi, hakların ve borçların hangi masaya tahsis edileceğinin belirlenmesidir.

iii. şartları

⁶⁶¹ CHK/Jungo, Art 198 ZGB, N. 17.

⁶⁶² CHK/Jungo, Art 198 ZGB, N. 17.

⁶⁶³ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 52; BSK/Hausheer, 2002, Art. 198 ZGB, N. 30; CHK/Jungo, Art 198 ZGB, N. 14; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 11; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 17.

Ayni ikame olayı: 1. Hukuki işlemle 2. Edinilmiş mallara ait bir hak sebebiyle 3. Tazmine dayanan ikame yolu ile⁶⁶⁴ gerçekleşebilir.

Ayni ikame olayının, hukuki işlem yolu ile gerçekleşmesine ilişkin koşullar, edinilmiş malların yerine elde edilen değerler kapsamında hukuki işlemle gerçekleşen ayni ikame olayı ile aynıdır⁶⁶⁵. Edinilmiş mallarda ayni ikame ilkesi uygulanırken amaç ikamesi değil; değer ikamesi kabul edilmektedir⁶⁶⁶. Aynı durum kişisel mallar için de geçerlidir⁶⁶⁷. Buna göre, iktisap edilen bir malvarlığı değerinin ne amaçla iktisap edildiğine bakılmaksızın, hangi malvarlığı değerleri elden çıkarılarak elde edildiği tespit edilerek malvarlığı grubuna tahsisi gerçekleşmektedir. Örneğin, kişisel mallarla iktisap edilmiş bir halıyı artık değiştirmek isteyen eş, yeni halıyı edinilmiş malları sarf etmek sureti ile elde ederse bu durumda o halının eski halıyı değiştirmek için satın alındığına yahut başka bir değerle değiştirilip değiştirilmediğine bakılmaz⁶⁶⁸. Halı, edinilmiş mallar aracılığı ile alındığı için yine edinilmiş mallara ait olur⁶⁶⁹. Şayet, amaç ikamesi kabul edilseydi, edinilmiş mallar aracılığıyla elde edilen bu değer yine kişisel mallara ait olacaktı fakat değer ikamesi uyarınca iktisap edilen bu değer edinilmiş mallar kapsamına girer. Kişisel mallardan edinilmiş malların iktisap edilmesine yapılan katkının mevcudiyeti halinde denkleştirme hakkının mevcut olduğu da ifade edilmelidir⁶⁷⁰.

⁶⁶⁴ Örneğin, üçüncü kişinin haksız fiili sonucu elde edilen değer bkz. BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 197 ZGB, N. 37; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 41.

⁶⁶⁵ CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 16.

⁶⁶⁶ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s. 235, N. 12.24; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 4; Hegnauer/Breitschmid, s. 261, N. 26.17; Zeytin, s. 148.

⁶⁶⁷ BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 198 ZGB, N. 32; Hausheer/Geiser/ Aebi-Müller, s. 237, N. 12.37; CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 15; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 11; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 17; Zeytin, s. 170, Gümüş, s. 270; Sarı, s. 180.

⁶⁶⁸ Hausheer/Geiser/ Aebi-Müller, s. 237, N. 12.38.

⁶⁶⁹ Hausheer/Geiser/ Aebi-Müller, s. 237, N. 12.38.

⁶⁷⁰ Sarı, s. 180.

Hukuki işlem yolu ile gerçekleşen ikame olayının şartları: a. Bir kazanım elde edilmesi⁶⁷¹ b. Kazanımın hukuki işlem aracılığıyla ve kişisel malların feda edilmesi suretiyle elde edilmesi⁶⁷² c. İktisapla kişisel malların oluşturduğu malvarlığı masasında gerçekleşen azalma arasında illiyet bağının bulunması⁶⁷³ şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Edinilmiş malların yerine geçen değerlerde yapılan değerlendirmeler bu koşullar hakkında da geçerlidir. Kişisel mallar kapsamında, aynı ikame olayının gerçekleşebilmesi için yeni bir malvarlığı değerinin iktisap edilmesi gerekmektedir. Bu malvarlığı değeri alacak hakkı olabileceği gibi aynı hak olarak da olabilir.

Aynı ikame olayının gerçekleşebilmesinin ikinci şartı ise yeni değer hukuki işlem aracılığıyla ve kişisel mallar sarf edilerek elde edilmesidir. Bu hukuki işlem, sinallagmatik sözleşme ilişkilerini içermelidir. Bu tasarruf işleminin kaynağını satış sözleşmesi oluşturabileceği gibi mal değişim sözleşmesi de oluşturabilir. Örneğin, edinilmiş mallara katılma rejiminden önce eşlerden birinin sahip olduğu arabanın edinilmiş mallara katılma rejimi sırasında satılması, elde edilen parayla da bir gayrimenkul satın alınması halinde, bu gayrimenkul kişisel malların oluşturduğu malvarlığı masasına girmektedir. Kişisel mallardan çıkan değerle iktisap edilen yeni malvarlığı değerinin yine bu malvarlığı masasına ait olacağına ilişkin bu düzenleme kişisel malların azalmasını önlemeye yöneliktir.

⁶⁷¹ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 109.

⁶⁷² BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 109; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 6.

⁶⁷³ Sari, s. 180.

Şayet iktisap edilen değer hem edinilmiş mallardan hem de kişisel mallardan karşılanmışsa, hangi malvarlığı masası katkıda ağır basmakta ise yeni değer daha fazla katkıda bulunan malvarlığı grubuna ait olur. Eğer, katkı oranı aynıysa, bu durumda tercih ilkesi uyarınca iktisap edilen değer edinilmiş mal olarak kabul edilecektir. Her ihtimalde diğer malvarlığı masasının TMK m. 230/f. 3 ve Art. 209(3) ZGB gereğince denkleştirme alacağı söz konusu olacaktır⁶⁷⁴.

Hukuki işlem yolu ile gerçekleşen aynı ikame olayının son şartı ise iktisap edilen değerle kişisel malların oluşturduğu malvarlığı masasında gerçekleşen azalma arasında illiyet bağının bulunmasıdır⁶⁷⁵. Bu bağ, kişisel mallara ait bir değerın satılarak yeni bir değer iktisap etmesinde olduğu gibi doğrudan kurulabileceği gibi, zincirleme şekilde de kurulabilir. Edinilmiş mallarda verilen örneği⁶⁷⁶ uyarlamak suretiyle kişisel malların oluşturduğu malvarlığı masasına ait ortaklık hisse senetlerinin başka bir ortaklık hisse senetleriyle mübadele edilmesi halinde, iktisap edilen hisse senetlerinin doğrudan bu malvarlığı masasına girmesinde bu bağın doğrudan kurulmakta olduğu söylenebilir. İlliyet bağının zincirleme kurulması ise bu hisse senetlerinin öncelikle nakde çevrilmesi, nakde çevrildikten sonra başka hisse senedi alınması halinde söz konusu olur. Buradaki dolaylılık; hisse senetlerinin nakde çevrilmesi halinde elde edilen paranın öncelikle edinilmiş malların olduğu malvarlığı grubuna girmesi, sonrasında bu para ile başka hisse senedi satın alınması

⁶⁷⁴ Hausheer, H./Jaun, M.: *Grundstücke und Hypotheken in der güterrechtlichen Auseinandersetzung: zu BGE 123 III 152 ff.*, ZBJV 133 1997, s. 512- 523, s. 515 vd., Hausheer, H./ Aebi-Müller, R. E.: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB*, Honsell, H./ Vogt, N.F./ Geiser, T. (Hrsg.), 5. Aufl., Basel 2014, Art. 197 ZGB, N. 9 (BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 197 ZGB, N. 9), BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018, Art. 196 ZGB, N. 10; Steck/Fankhauser, Art. 197 ZGB, N. 7.

⁶⁷⁵ Sari, s. 180.

⁶⁷⁶ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 111.

halinde yeni iktisap edilen hisse senetlerinin de kişisel mallara girmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Edinilmiş mallarda olduğu gibi, kişisel mallardan oluşan malvarlığı masasına ait bir hak sebebiyle bir kazanım elde edildiğinde, bu kazanım yine kişisel mallara ait olmaktadır. İntifa hakkının konusunun tahrip olması halinde bu hakkın Art. 750 Abs. 3 ZGB uyarınca *ipso iure* elde edilen sigorta bedelinin üzerinde devam etmesi⁶⁷⁷, kişisel mallara ait bir değerde bulunan define dolayısıyla -TMK'da ve diğer kanunlarda define üzerinde hak sahibi olunamayacağına ilişkin hükümler saklı kalmak üzere- değer iktisap edilmesi halinde, hak sebebiyle ikame olayı gerçekleşmekte olup bu yeni değer TMK m. 220/f. 1/b. 4 ve Art. 198 Ziff. 4 ZGB uyarınca kişisel mallara girer. Her ne kadar son durumda elde edilen değer TMK m. 220/f. 1/b. 2 ve Art. 198 Ziff. 2 ZGB gereğince kişisel mallara ait olacağı hususunda görüş birliği⁶⁷⁸ varsa da definenin içinde bulunduğu malvarlığı değerinin üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olunması sebebiyle, yani kişisel mallara ait bir hak sebebiyle eşe define üzerinde hak tanınması gerekçesiyle bu iktisabın TMK m. 220/f. 1/b. 4 ve Art. 198 Ziff. 4 ZGB kapsamında kişisel mallara ait olacağı görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Bununla beraber, hangi nedene dayanırsa dayansın, bu iktisap edilen değer kişisel mallara ait olacağı sonucunu değiştirmemektedir.

⁶⁷⁷ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art. 197 ZGB, N. 109.

⁶⁷⁸ BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art. 198, N. 46; BSK/Hausheer, 2002, Art. 198 ZGB, N. 26; CHK/Jungo, Art. 198 ZGB, N. 12; OFK/Nuspliger, Art. 198 ZGB, N. 9; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 13; Ryffel, Art. 198 ZGB, N. 9; Jakob, D.: Art. 198 ZGB, Böhler, A. /Jakob, D. (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., 2018, N. 14; Şipka, s. 113-114; Öztan (Aile Hukuku), s. 451.

Aynı ikame olayı tazmine dayanan ikame yolu ile de gerekleŖebilir. Buna göre, kiŖisel mallara ait değerlerin haksız fiil sonucu zarar görmeleri halinde bu zararın telafi edilmesi durumunda elde edilen tazminat yine kiŖisel mallara dahil olur⁶⁷⁹.



⁶⁷⁹ BK-Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 197 ZGB, N. 109.

II. Türk Çocuk Hukukunda Ayni İkame

A. Velâyet

1. Genel Olarak

Ayni ikame ilkesine ilişkin olarak mal rejimi hukukunda yapılan değerlendirmelerden sonra bu kısımda ayni ikame ilkesinin Türk medeni hukukundaki görünümünü tespit etmek üzere; ana-babanın velâyeti, temsil yetkisi, çocuğun malvarlığı ayrı ayrı incelenecektir. Bununla beraber, belirtmek gerekir ki çocuğun malvarlığı ve ana-babanın tasarruf ve temsil yetkisinin sınırları ayrı bir önemi haizdir. Nitekim değerlendirme yapılabilmesi için çocuğun malvarlığının kapsamı belirlenmeli ve bu çerçevede ayni ikame olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususu ele alınmalıdır⁶⁸⁰. Bu bağlamda ayrıca TMK m. 363/f. 2’de ana-babanın çocuğun mallarının iadesi ve sorumluluğu hakkındaki dürüstlük kuralına uygun şekilde ana-babanın başkasına devrettiği değerlerin yerine aldıkları karşılığın iade edileceği şeklindeki düzenlemenin ayni ikame kuralı teşkil edip etmeyeceği de inceleme konusu yapılacaktır.

⁶⁸⁰ Alman çocuk hukukunda çocuğun malvarlığı kapsamında ayni ikame ilkesi esasen BGB § 1638’de ve tartışmalı olmakla birlikte BGB § 1646’da karşımıza çıkmaktadır. (BGB § 1646’nın, ayni ikame kuralı teşkil etmediği yönünde bkz. Wolf, 1975, s. 712, dn. 23). BGB § 1638 (2)’ye göre, çocuğun bizzat yönettiği ve ebeveyninin idare yetkisi bulunmadığı malvarlığına ait bir hak dolayısıyla yahut bu malvarlığına ait değer yok olması, zarara uğraması, elden alınması sebebiyle veya malvarlığı ile bağlantılı bir hukuki işlem neticesinde değer elde edilmişse bu değer yine bu malvarlığına ait olmaktadır. BGB § 1646’ya göre ise çocuğun ebeveyninin idaresine tabi olan malvarlığı aracılığı ile elde edilen taşınırın -o işlemi çocuklarının hesabına yapmadıklarına ilişkin iradelerinin olmaması şartı ile- yine o malvarlığına ait olacağı düzenlenmektedir.

2. Velâyet Kavramı, Velâyet Hakkı Sahipleri ve Velâyet Altındaki Kişiler

Velâyet, TMK'nın 335. ve 351. maddeleri arasında; velâyetin çocuk mallarına ilişkin hükümleri ise 352. ve 363. maddeleri arasında ayrı bir ayırımda düzenlenmektedir.

Velâyet; ergin olmayan yahut ergin olup kısıtlanmış çocuğun şahsına ve malvarlığına ilişkin olarak karar vermeye⁶⁸¹, çocuğun menfaatine layıkıyla⁶⁸² işlem yapmaya, özen göstermeye ilişkin olarak ana-babaya kanun tarafından yüklenen yükümlülüktür⁶⁸³. Bu, aynı zamanda söz konusu yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi için ana-babaya tanınan bir haktır⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ Zeytin, Z./Ergün, Ö: Türk Medeni Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2020, s. 225.

⁶⁸² Egger (Şerh), MK m. 290, s. 154, para. 7.

⁶⁸³ Akıntürk, T.: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış İkinci Cilt, 10. Bası, İstanbul 2006, s. 419.

⁶⁸⁴ Akıntürk, s. 419. Alman çocuk hukukunda aynı ikame uygulanma şartlarını (ileride bkz. dn. 862) anlayabilmek üzere anne-babanın velâyet hakkından genel itibariyle bahsetmek gerekirse Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 6. maddesi, çocukların bakımını ve terbiyesini ebeveynin doğal hakkı ve görevi olarak düzenlemektedir. ("Kindschaftsrechtsreformgesetz" olarak adlandırılan ve soybağı ile ilgili düzenlemelerle ilgili olarak yapılan reformla, velâyet hakkının "anne-babaya" ait olduğunu belirtmek yerine bu hakkın "ebeveyne" ait olduğu ifade edilmiştir. Kanun taslağında bunun sebebi olarak anne-babanın vekâlet hakkını kullanırken ortak olduğunun vurgulanmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, No: 13/4899, T.: 13.06.96, ≤ <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/048/1304899.pdf> ≥ s.e.t. 04.11.2018, s. 93, MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1626, Rn. 3). Anne-babanın, çocukları üzerindeki hak ve yükümlülükleri, çocuklarla kişisel ilişki kurma hakkını ve çocukların ekonomik açıdan refah içerisinde yaşatılması yükümlülüğünü de içermektedir. Schwab, D.: Familienrecht, 26. Aufl., 2018, Rn. 643. Anne-babanın ergin olmayan çocuklar üzerindeki velâyet hakkı ("die elterliche Sorge") ise BGB § 1626(1)'de düzenlenmektedir. Bu paragrafa göre, velâyet hakkı sadece bir hak değil, aynı zamanda yükümlülüktür. Şahsa sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen [Schmid, J.: BGB § 1626, Schulz, W./Hauß, J. (Hrsg.), Familienrecht Handkommentar, 3. Aufl., 2018, Rn. 1 (HK-FamR/Schmid, 2018, BGB § 1626, Rn. 1); Döll, Y.: BGB § 1626, Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg/ Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II, 15. Aufl., Köln 2017, Rn. 2 (Erman/Döll, BGB § 1626, Rn. 2)] ve BGB § 823 (1) kapsamında mutlak bir hak niteliğinde olan velâyet [NJW 1990, 2060, 2061; Staudinger/Peschel-Gutzeit, 2015, BGB § 1626, Rn. 20; Hamdan, B.: BGB § 1626, Herberger, M. / Martinek, M. / Rüßmann, H. / Weth, S./ Würdinger, M. (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB (jurisPKBGB) Bd. 4, 9. Aufl., 2020, Rn. 10 (jurisPK-BGB/Hamdan, BGB § 1626, Rn. 10); Erman/Döll, BGB § 1626, Rn. 1 vd.; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1626, Rn. 3; Amend-Traut, A.: BGB § 1626, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.), Wellenhofer, M. (Hrsg.), Buch 4 Familienrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2020, Rn. 63 (BeckOGK/Amend-Traut, 2020, BGB § 1626, Rn. 63); Fröschle, T.: Sorge und Umgang in der Rechtspraxis, FamRZ-Buch 37, 2013, Rn. 5 vd. bkz. MüKoBGB/Huber, BGB § 1626, Rn. 8, dn. 17], çocuğun doğumundan ergin olmasına kadar devam eder. Bkz. HK-FamR/Schmid, 2018, BGB § 1626, Rn. 3. Bu hak ve yükümlülük her bir ebeveyne çocuğun refahı için çalışma ve böylece onun gelişimini ve bağımsız bir kişiliğe sahip olmasını sağlama

Kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen mutlak bir hak olan velâyet⁶⁸⁵, sadece anne-babaya ait olabilir. Velâyet, çocuk ergin olana kadar devam eder⁶⁸⁶. Velâyet hakkı bir mutlak hak niteliğindedir. Dolayısıyla, kanunda sayılan sebeplerden biri olmaksızın⁶⁸⁷ çocuğun anne-babasından alınması, velâyet haklarının haksız yere gasp edilmesi hallerinde anne ve baba dava açma yoluyla çocuğun kendilerine geri verilmesini talep edebilirler⁶⁸⁸.

Bu hakkın kullanılması yahut yükümlülüğün yüklenilmesi açısından anne ve baba arasında bir farklılık yoktur. Zira, ana-baba evliyse, kanun gereği, ana ve baba velâyeti eşit şekilde kullanırlar (TMK m. 336/f. 1). Hâkim eşlerin ortak yaşamı sona ermişse yahut ayrılık söz konusu ise velâyeti eşlerden birine verebilir (TMK m. 336/f. 2). Eğer ana veya babadan biri ölmüşse velâyet hayatta kalana ait olur. Boşanma durumunda ise TMK m. 336/f. 3'te velâyetin çocuğun bırakıldığı kişiye ait

yetkisini içerir. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1626, Rn. 7 karşı. NJW 1976, 1540 vd., NJW 1974, 1949; Gernhuber, J.: *Elterliche Gewalt heute, eine Grundsatzliche Betrachtung*, FamRZ 1962, s. 89; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 57, Rn. 25; NK-BGB-FamR/ Rakete-Dombek, 2014, BGB § 1626, Rn. 2. Bu hak üç farklı yolla elde edilebilir: İradeye bağlı olmaksızın kanun gereğince, resmi bir beyanla ("Sorgeerklärung") ya da mahkeme kararı ile. Bkz. Gottwald/ Schwab/ Büttner, s. 79, Rn. 172. BGB § 1626a'ya göre çocuğun doğumunda anne ve baba evli iseler velâyet hakkı otomatik olarak anne ve babanın olur. Bkz. Gottwald/ Schwab/ Büttner, s. 79, Rn. 173. Bu hak, kanunda öngörülen herhangi bir sebeple ya da mahkeme kararı ile sona erdirilene kadar devam eder. Gottwald/ Schwab/ Büttner, s. 79, Rn. 173. Şayet, çocuğun doğumunda anne ve baba evli değilse, velâyet hakkı onların kanunda öngörülen şekilde, resmi ve koşulsuz yapacakları beyanla BGB § 1626b uyarınca elde edilir. Gottwald/ Schwab/ Büttner, s. 79, Rn. 174. Bununla beraber, anne ve babanın evli olmadığı ve velâyete ilişkin herhangi bir resmi beyanda bulunulmadığı hallerde yalnızca anne velâyet hakkına sahiptir. Gottwald/ Schwab/ Büttner, s. 79, Rn. 173. Geçici olmayan bir şekilde ayrı yaşamaya başlayan anne-babadan sadece birine BGB §§ 1671 ve 1672 uyarınca mahkeme kararı ile velâyet hakkı tanınması da velâyet hakkının elde edilmesinin üçüncü şeklini oluşturmaktadır. Gottwald/ Schwab/ Büttner, s. 79, Rn. 177.

⁶⁸⁵ Saymen, F. H.: Türk Medenî Hukuku Cilt I Umumî Prensipier, İstanbul 1948, s. 12; Akıntürk, s. 419; Zeytin/Ergün, s. 225.

⁶⁸⁶ Velâyetin çocuğun şahsı üzerinde bir çeşit hakimiyet hakkı tanıdığı yönünde bkz. Saymen, s. 199. Aksi görüş için bkz. İmamoğlu, S. H.: Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velâyete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD 2005, C. 54, S. 1, s. 165-189, s. 166 bkz. dn. 9-10'daki açıklama ve anılan yazarlar.

⁶⁸⁷ Saymen, s. 199.

⁶⁸⁸ Akıntürk, s. 423.

olacağı düzenlenmektedir⁶⁸⁹. Anne-babanın evlenmemiş olduğu ihtimalde ise velâyet anneye ait olacaktır (TMK m. 337/f. 1). Velâyet ayrıca bir yükümlülük olduğundan, ana-babanın deneyimsizliği gibi sebeplerden dolayı velâyet gereği gibi yerine getirilememekteyse yahut anne-baba çocuğa yeterli ilgiyi göstermiyorsa veya yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklıyorsa hâkim velâyeti kaldırıp çocuğa vasi atanmasına da hükmedebilmektedir (TMK m. 348).

Velâyet hakkının sahibi anne ve babayken, velâyet altındaki kişiler ise ergin olmayan çocuk veya ergin ama kısıtlanan çocuktur (TMK m. 335)⁶⁹⁰. Anne bir babaları farklı olan çocuklar üzerinde kan bağı olmayan diğer eşe yahut baba bir anneleri farklı olan çocuklar üzerinde kan bağı olmayan diğer eşe kanun tarafından ergin olmayan çocuklara özen ve ilgi gösterme yükümlülüğü yüklenmektedir (TMK m. 338/f. 1). Çocukla kan bağı bulunmayan eş, hal ve koşullar zorunlu kıldığı ihtimalde onu temsil yetkisini de haizdir (TMK m. 338/f. 1).

a. Velâyetin Kapsamı

Velâyet, anne ve babanın çocuğun şahsı ve malvarlığı üzerindeki onların korunmasına, gözetilmesine ve temsiline ilişkin hak ve yükümlülüklerini ihtiva eder

⁶⁸⁹ Hâkimin boşanmadan sonra ortak velâyete hükmedebileceğine ilişkin görüş ve bu konuya ilişkin tartışmalar hakkında için bkz. Yücel, Y.: Türk Medeni Kanununda Boşanma Halinde Velâyet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, 2018, s. 121-132; Erdem, M.: Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2019, s. 173- 174. Ayrıca bkz. Bildiri özeti, Dönmez, Ü.: *Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanması*, Ceylan, E. (Ed.), Aile Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul Aydın Üniversitesi 2021, s. 45-46.

⁶⁹⁰ Bu madde uyarınca, şayet hâkim vasi atanmasına gerek görmemekteyse, çocuk anne ve babanın velayeti altında kalır.

⁶⁹¹. Anne-babanın çocuğun şahsı üzerindeki hak ve yükümlülükleri; çocuğun adını belirleme, onun genel, dini ve mesleki eğitimini sağlama, onu temsil etme, onu yetiştirme⁶⁹² şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁶⁹³.

⁶⁹¹ Ripert-Boulanger, Traite de droit civil C. I, N. 2252, Paris 1956, s. 832, N. 2252 bkz. Saymen, F. H./ Elbir, H. K.: Türk Medeni Hukuku, C. III Aile Hukuku B. 2, İstanbul 1960, s. 368 [Saymen/Elbir (Aile), s. 368]; Akıntürk, s. 422; Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 272. Ayrıca bkz. Tekinay, S. S.: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 407 [Tekinay (Aile), s. 407]; Köprülü, B./ Kaneti, S.: Aile Hukuku, İstanbul 1985/1986, s. 248; Feyzioğlu, N. F./Özakman, C. H./ Sarıal, M. E.: Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s. 503; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 361, para. 1686; İnan, A. N.: Türk Medeni Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s. 238; Çatalbaş, İ.: Türk Medeni Kanunu'nda Velayet ve Ortak Velayet, Ankara 2021, s. 36. Zevkliler, A.: Medenî Hukuk, 2. Basım, Ankara 1989, s. 991; Öztan (Aile), s. 1074; Gençcan, Ö. U.: Velâyet Hukuku, Ankara 2015, s. 61 [Gençcan (Velâyet), s. 61]; Ruhi, A. C.: *Türk Hukukunda Velayet ve Velayet ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi*, Terazi Hukuk Dergisi 2014, C. 9, S. 90, s.14-38, s. 15; Karaca, H.: Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015, s. 23; Suata, İ. Z.: Çocuk Hukuku, Ankara 2021, s. 61. Alman hukukunda ise velâyet hakkı, çocuğun bakımı ("die Personensorge") ve malvarlığının idaresi ("die Vermögenssorge") olmak üzere iki alanda karşımıza çıkmaktadır. Schlüter, W.: BGB Familienrecht, 14. Aufl., Bobingen 2012, s. 259, Rn. 349; Gottwald/ Schwab/ Büttner, s. 80. Velâyet hakkının uygulandığı ilk alan olan çocuğun bakımı; çocuğun fiziksel veya manevi şiddete maruz bırakılmaksızın kişisel bakımını, büyütülmesini ve gözetilmesini (BGB § 1631), oturma yerinin (BGB § 1631), adının ve soyadının belirlenmesini, onun iadesine ilişkin işlemlerin yapılmasını ("Hearusgabe des Kindes") (BGB § 1632) ve iştirak nafakasının talebi haklarını ihtiva eder. Bkz. Götz, I.: BGB § 1626, Palandt, O./ Brudermüller, G./Ellenberger, J./ Götz, I./ Grüneberg, C. / Herrler, S./Sprau, H./Thorn, K. /Weidenkaff, W./ Weidlich, D./ Hartmut/ W. (Hrsg.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 7, 78. Aufl., München 2019, Rn. 9 (Palandt/ Götz, BGB § 1626, Rn. 9); HK-FamR/Schmid, 2018, BGB § 1626, Rn. 4. Çocuğun menfaati her zaman ön plandadır. Ayrıca, anne ve baba, velâyet haklarını kullanırken BGB § 1626'nın ikinci fıkrası uyarınca çocuğun bağımsız bir birey olarak davranabilme ve sorumluluk alma bilincini dikkate alarak hareket etmek zorundadırlar. Bkz. Gottwald/ Schwab/ Büttner, s. 80. Yine bu paragrafa göre anne ve baba, vekâlet haklarını kullanırken -çocuklarının gelişim aşamasını da göz önüne alarak- bu hakkın nasıl kullanılacağına ilişkin olarak çocuklarının görüşünü almak suretiyle gereğini düşünürler. Velâyet hakkı, çocuğun kişisel bakımına ek olarak çocuğun malvarlığı ile ilgili olarak da anne ve babaya bazı haklar tanıyıp, yükümlülükler yüklemektedir. Dolayısıyla, velâyet hakkının bir diğer uygulama alanını ise çocuğun malvarlığı oluşturmaktadır. [Alman literatüründe; velâyet hakkının çocuk malvarlığının idaresi, gözetimi ve korunması ile ilgili olarak "Vermögenssorge", yani bire bir Türkçe çevirisi ile "malvarlığının bakımı" kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir. Bunun temel sebebi BGB § 1626'da bu şekilde ifade edilmesidir. Bunun altında yatan asıl neden ise "yardım ve bakım" ("Fürsorge" /elterliche "Sorge") ifadesinin "koruma" ("Schutz") ifadesi ile karşılaştırıldığında daha aktif bir davranışı sergilemesi olarak gösterilmektedir. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1626, Rn. 6. Yardım ve bakım anlamına gelen "Fürsorge" yerine "Sorge" kelimesinin kullanılmasının tercih sebebi olarak kanun taslağında ilk ifadenin kullanılması halinde başka hukuki kurumlarla karışma ihtimali olması gösterilmiştir. Bkz. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, T. 27.04.79, BT-Drucksache 8/2788, s. 43, MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1626, Rn. 6. Burada önemli olan husus elterliche "Sorge"nin çocuğun bakımı, eğitimi, temsili görevini ihtiva ettiğidir. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 8/2788, 43-44]. Çocuğun malvarlığı üzerinde ebeveynin sahip oldukları gözetim ve bakım yükümlülüğü aynı ikame ilkesinin çocuğun malvarlığındaki uygulamasını anlamak için de ayrıca önem teşkil etmektedir. Bunun temel sebebi, çocuğun malvarlığının idaresinin ve bu kapsamda ebeveynin temsil yetkisinin sınırlarının, malvarlığını kullanım haklarının kapsamının, buna ilişkin uymaları gereken kuralların aynı ikame ilkesi uygulaması ile doğrudan alakalı olmasıdır. Alman hukukunda anne ve babanın çocuğun malvarlığı ile ilgili tüm fiili ve hukuki tedbirleri alma yükümlülükleri mevcuttur. Erman/Döll, BGB § 1626, Rn. 17. Bu manada ana ve baba, sahip oldukları temsil yetkisi ile çocuğun malvarlıklarını korumakla (bkz. Wellenhofer, § 33, Rn. 5), onu idare etmekle ve malvarlığının arttırılması için tüm fiili ve hukuki tedbirleri almakla yükümlüdür. Bkz. NJW 2015, 564; Schlüter, W.: Familienrecht, 14 Aufl., Heidelberg München

Anne-babanın çocuğun malvarlığı üzerindeki velâyet hakkı ve yükümlülükleri ise çocuğun malvarlığının idare edilmesi, malvarlığı değerlerinin tasarrufu, malvarlığının korunması, velâyet sona erdiğinde ise bu malvarlığı değerlerinin iadesi ve anne-babanın iade ile ilgili sorumluluklarıdır.

b. Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Anne-Babanın Çocuğu Temsil Yetkisi

Landsberg Frechen Hamburg, 2012, s. 271, Rn. 370, Erman/Döll, BGB § 1626, Rn. 17; Schwab, D.: Familienrecht, 26. Auf., 2018, § 72, Rn. 858; Huber, Rn. 56. bkz. dn. 109; Peschel-Gutzeit, L. M.: BGB § 1626, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 4 Familienrecht §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2-Vermögenssorge, Kinderschutz, Sorgerechtswechsel), 2015, Rn. 64; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1626, Rn. 71; BeckOGK/Amend-Traut, 2020, BGB § 1626, Rn. 150. Ana-baba, temsil yetkilerine dayanarak çocuğun malvarlığı ile ilgili hukuki işlemleri çocukları adına veya kendi adlarına yapabilirler. Erman/Döll, BGB § 1626, Rn. 17. Çocuğun malvarlığını kendi menfaatleri için kullanan ebeveyn, bu sebeple ortaya çıkan zararları da tazminle yükümlüdür. Erman/Döll, BGB § 1626, Rn. 17. Velâyet hakkına sahip anne ve baba aynı zamanda çocuğun mallarına da zilyettirler. Bkz. Schwab, § 72, Rn. 858; Erman/Döll, BGB § 1626, Rn. 17. [Bunun anne ve babanın çocuğun malvarlığını iade yükümlülüğünü düzenleyen BGB § 1698'den çıkarıldığına ilişkin olarak bkz. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1626, Rn. 60; Staudinger/Coester, 2019, BGB § 1698, Rn. 4]. Bu mallara, anne ve baba doğrudan zilyetken, çocuk dolaylı zilyet konumundadır. Schwab, § 72, Rn. 858. Şayet, anne ve baba; çocuğa ait bir malın (oyuncak gibi) fiili hakimiyetini çocuğa devrederlerse, bu durumda çocuğun zilyetliği zilyet yardımcılığı olup bu hukuki ilişki BGB § 855'e tabi olur. Schwab, § 72, Rn. 858. Çocuğun yaşı ilerlediğinde, malvarlığı değerleri üzerinde doğrudan zilyet olma imkânı mevcuttur. Schwab, § 72, Rn. 858. Bu özellikle, anne ve babanın çocuğun malvarlığı üzerindeki velâyet yetkilerinin bulunmadığı ergen çocuğa ait kişisel eşya için geçerlidir. Bkz. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1626, Rn. 60. Zira, çocuk yaş aldıkça kural olarak kendi kaderini belirleme ehliyeti ("Selbstbestimmungsfähigkeit") kazanmaktadır. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1626, Rn. 60; NK-BGB-FamR/ Rakete-Dombek, 2014, BGB § 1626, Rn. 12. Bu süreçte, çocuk, elde edilen kişisel bakımına yarayan eşyaları üzerinde doğrudan zilyet olmaktadır. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1626, Rn. 60; NK-BGB-FamR/ Rakete-Dombek, 2014, BGB § 1626, Rn. 12. Anne ve baba; velâyetin sona ermesi hallerinde veya çocuğa vasi veya kayyım atanmasında olduğu gibi onlardan alındığı hallerde zilyetliği devretmekle yükümlüdür. Bkz. Staudinger/Coester, 2019, BGB § 1698, Rn. 4. İfade etmek gerekir ki, çocuğun doğrudan zilyet olduğu haller bununla sınırlı değildir. BGB § 1638 anne ve babanın çocuğun malvarlığını idare yetkisinin kısıtlandığı halleri düzenlemektedir. Paragrafta sayılan değerler üzerinde çocuğun doğrudan zilyet olduğu, BGB § 1638 (2)'den çıkarılabilmektedir. Zira, bu paragrafta göre, çocuğun bu malvarlığı ile bağlantılı bir hukuki işlem yapması halinde bunun çocuğun anne ve babasının idaresine tabi olmayan malvarlığına girer.

⁶⁹² Saymen/Elbir (Aile), s. 371; Akıntürk, s. 424.

⁶⁹³ Berki, Ş.: Medenî Hukuk Umumi Esaslar Şahıs ve Aile Hukuku, İkinci Baskı, Ankara 1969, s. 240-246. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 364-374; Akıntürk, s. 422-431; Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 277.

Velâyet, anne ve babanın çocuğu temsil yetkisini de ihtiva etmektedir (TMK m. 342). Anne ve babanın temsil yetkisinin kapsamı, çocuğun fiil ehliyeti ile doğrudan bağlantılıdır. Çocuğun fiil ehliyeti ise ayırt etme gücü olup olmamasına göre değişmektedir. Şayet, çocuğun ayırt etme gücü yoksa onun fiil ehliyeti yoktur (TMK m. 14)⁶⁹⁴. Dolayısıyla, tam ehliyetsiz olan küçük hiçbir hukuki işlemi tek başına yapamaz. O hukuki işlem yapsa dahi fiilleri hüküm ve sonuç doğurmamaktadır (TMK m. 15). İşte fiilleri hukuki sonuç doğurmayan çocukların menfaatlerinin korunması için kanun anne ve babaya çocuğu temsil yetkisini tanımaktadır. Buna göre, anne ve baba velâyet hakkı ve yükümlülüğü çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarını temsil ederler (TMK m. 342). Dolayısıyla, tam ehliyetsiz çocuk, anne ve babası aracılığıyla hak sahibi olup borç altına girmektedir⁶⁹⁵.

Çocuğun ayırt etme gücünün bulunduğu ihtimalde ise sınırlı ehliyetsiz⁶⁹⁶ olan çocuk tek başına borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi yapamaz⁶⁹⁷. İşlemin hukuki sonuç doğurabilmesi için çocuğun yasal temsilcisinin yani velisinin izni veya icazeti gerekmektedir (TMK m. 16). Bununla birlikte, ehliyetsizliği sınırlandırılmış olan çocuk, belirli hukuki işlemleri de tek başına yapabilme hakkını haizdir (TMK m. 16). Çocuk şahsa mutlak anlamda sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken⁶⁹⁸ (TMK m. 16), kendisine yapılan karşılıksız kazandırmaları kabul ederken (TMK m. 16), temsilci

⁶⁹⁴ BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 304 ZGB, N. 4.

⁶⁹⁵ Oğuzman, M. K./ Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 19. Bası, İstanbul 2020, s. 89 [Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), s. 89].

⁶⁹⁶ BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 304 ZGB, N. 4; Ayan, M./Ayan, N.: Kişiler Hukuku, 8.Baskı, Ankara 2016, s. 66; Dural, M./Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2020, s. 84 [Dural/Öğüz (Kişiler Hukuku), s. 84]; Erdoğan/Keskin, s. 251; Zeytin/Ergün, s. 86; Hatemi, H.: Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 8. Bası, İstanbul 2020, s. 28.

⁶⁹⁷ Berki, s. 245.

⁶⁹⁸ Nispi anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar da bizzat çocuk tarafından kullanılmaktadır. Yalnız, mutlak anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımındaki aksine burada velinin izni veya işleme dahil olması gerekir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), s. 105-108.

sıfatı ile hukuki işlem yaparken ve ehliyetinin genişlediği diğer durumlarda anne-babasının rızasına ihtiyaç duymaz⁶⁹⁹. Zira, söz konusu işlemlerin hüküm doğurması için velinin izni veya icazeti aranmamaktadır. Örneğin, küçük velisinin katılımı olmaksızın yahut rızası olmaksızın nişanı bozabilirken; TMK m. 118 uyarınca nişanın küçüğü bağlaması için velisinin rızası aranmaktadır. Küçük, kural olarak kendisine yapılan karşılıksız kazandırmaları da velisinin izni veya icazeti olmaksızın kabul edebilir (TMK m. 16). Bunun istisnasını TBK m. 287 oluşturmaktadır. Bu madde gereğince küçüğün yasal temsilcisi bağışlamanın kabulünü yasaklayabilir veya bağışlananın iadesini emredebilir. Örneğin, yapılan bağışlamanın ahlaka aykırılık teşkil ettiği yahut bağışlananın değeri üzerinde küçüğe manevi yükümlülük yükleyecek olduğu durumlarda⁷⁰⁰ yasal temsilci TMK m. 287 uyarınca bu bağışlamanın kabulünü yasaklayabilir yahut bağışlananın bağışlayana geri verilmesini isteyebilir. Çocuk, anne ve babasının rızasıyla ayırt etme günü haiz olma şartı ile aileyi temsil edebilir (TMK m. 344). Temsilci sıfatını haiz çocuğun yaptığı hukuki işlemler, ana ve babası üzerinde hukuki sonuç doğurur (TMK m. 344).

Anne ve babanın çocuğa meslek ve sanat icra etmesi için bıraktığı malvarlığı değerlerinin ve kişisel kazancının yönetimi ve bu değerlerden yararlanma hakkı yine çocuğa aittir (TMK m. 359). Bu durumda çocuğun ehliyetinin sınırı genişletilmektedir. Dolayısıyla, çocuk bununla ilgili hukuki işlemleri tek başına yapabilmektedir.

⁶⁹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), s. 109-110.

⁷⁰⁰ Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, 5. Basımdan 6. Tıpkıbasım, İstanbul 2008, s. 355.

Ne velilerin ne de- velilerinin rızasıyla- çocuğun yapabileceği işlemler ise kefil olma, önemli bağışta bulunma ve vakıf kurmadır (TMK m. 449, TMK m. 342)⁷⁰¹. Anne-baba ile çocuk arasındaki bazı hukuki işlemler de yasaklanmıştır. Bu hukuki işlemler anne ve babanın çocukla aralarında menfaat çatışmasının mevcut olduğu durumlardır. TMK m. 345, iki durumda anne ve babanın temsil yetkisini kaldırmaktadır: 1. Çocuk ile ana ve baba arasındaki, anne ve babanın menfaatine olan borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri 2. Çocuk ile üçüncü kişiler arasındaki anne ve babanın menfaatine olan borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri⁷⁰². Birinci ihtimalde, anne ve baba çocuğun temsilcisi sıfatıyla hukuki işlemin bir tarafıyken işlemin karşı tarafı yine anne ve babadır. Bu halde, anne ve babanın menfaatine olan hukuki işlemin geçerli olabilmesi için işleme kayyımın katılması ve hâkimin bu işleme onay vermesi gerekmektedir. İkinci ihtimalde ise anne ve baba çocuğu temsilen üçüncü kişi ile hukuki işlem yapmakta ve bu hukuki işlem sonucunda anne ve baba, çocukları aleyhine bir menfaat elde etmektedir. Aynı birinci ihtimalde olduğu gibi burada da bu işlemin geçerli sonuç doğurabilmesi için kayyımın bu işleme katılması ve hâkimin bu işleme onay vermesi gerekir.

Anne-babanın çocuğu temsil yetkisi, onların velâyet hakkından doğmaktadır⁷⁰³. Zira, TMK m. 342'de (Art. 304 ZGB) anne ve babanın velâyetleri çerçevesinde çocuğun yasal temsilcisi olduğu düzenlenmektedir. Bu temsil yetkisi kanundan

⁷⁰¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), s. 111; Karaca, s. 44.

⁷⁰² Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 296; Akıntürk, s. 436; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 368.

⁷⁰³ BSK/Schwenzer/Cottier, 2018, Art. 304/305 ZGB, N. 4; Cantieni, L./Vetterli, R.: Art. 304 ZGB, Büchler, A., Jakob, D. (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch Kurz Kommentar ZGB, 2. Aufl., 2018, N. 1 (KUKO ZGB/Cantieni/Vetterli, Art. 304 ZGB, N. 1); Berki, s. 244-245; Öztan (Aile Hukuku), s. 1119.

kaynaklanmaktadır⁷⁰⁴. Dolayısıyla, iradî temsilden farklı olarak, çocuğun, tek taraflı irade beyanı ile anne ve babasını temsilci kılması gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Anne-babanın temsil yetkisi velâyet hakkının bir parçasıdır⁷⁰⁵. Bu yüzden, velâyet sona erdiğinde anne-babanın temsil yetkisi de sona erer⁷⁰⁶. Anne ve baba, temsil yetkilerini çocuğun yararına olmak üzere kullanmakla yükümlüdürler⁷⁰⁷. Onların bu temsil yetkileri çocuğun şahsı ve malvarlığı ile alakalı işlemleri yapma kudretini ihtiva eder⁷⁰⁸. Velâyet hakkı sahibi temsil yetkisini bağımsız olarak kullanabilir⁷⁰⁹.

Anne ve baba, temsil yetkilerini birbirlerinden bağımsız kullanırlarken birinin diğerinden habersiz yaptığı işleme diğerinin rıza göstermemesi halinde, hukuki işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişilerin menfaati zedelenebilmektedir. Kanun koyucu; bunu engellemek üzere TMK m. 342/f. 2’de anne-babanın çocuğu temsil yetkilerini kullanırlarken üçüncü kişilerle yaptıkları hukuki işlemlerde; üçüncü kişinin, bir eşin söz konusu işlemi diğer eşin rızasıyla yaptığına ilişkin iyi niyetine sonuç bağlamakta ve onun iyi niyetini karine olarak kabul etmektedir⁷¹⁰. Dolayısıyla, diğer eşin iznini almaksızın ve çocuğu yararına bir hukuki işlem yapan eşin bu

⁷⁰⁴ BK/Affolter- Fringeli/Vogel, Art. 304 ZGB, N. 6; Breitschmid, P.: Art. 304 ZGB, Breitschmid, P./ Jungo A. (Hrsg.) CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, 3. Auflage, 2016, N. 1 (CHK/Breitschmid, Art. 304 ZGB, N. 1); Maranta, L.: Art. 304 ZGB, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R. (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK- Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., 2016, N. 1 (OFK/Maranta, Art. 304 ZGB, N. 1).

⁷⁰⁵ BK/Affolter- Fringeli/Vogel, Art. 304 ZGB, N. 13.

⁷⁰⁶ CHK/Breitschmid, Art. 304 ZGB, N. 1; Öztan (Aile Hukuku), s. 1119.

⁷⁰⁷ CHK/Breitschmid, Art. 304 ZGB, N. 13.

⁷⁰⁸ CHK/Breitschmid, Art. 304 ZGB, N. 13.

⁷⁰⁹ BSK/Schwenzer/Cottier, 2018, Art. 304/305 ZGB, N. 9; CHK/Breitschmid, Art. 304 ZGB, N. 13; Öztan (Aile Hukuku), s. 1121.

⁷¹⁰ Bkz. Elçin Grassinger, s.45 dn. 151’deki açıklama.

işlemi, üçüncü kişinin bunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması halinde geçerli olacaktır⁷¹¹.

Kanunda, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velâyetteki temsilde de uygulanacağı düzenlenmekte ve vesayet makamlarının iznine tabi işlemler bunun dışında tutulmaktadır (TMK m. 343/f. 3). Bu maddeden de velâyet hakkı sahiplerinin temsil yetkilerini kullanırken bağımsız oldukları hususu çıkarılabilmektedir.

Nitekim, vasi TMK m. 462’de ve m. 463’te sayılan durumlarda izin almak zorundayken; velinin izin almasına gerek yoktur⁷¹². Bununla birlikte, velâyet hakkı sahiplerinin temsil yetkileri sınırsız değildir. Velâyet hakkının sınırını çocuğun menfaati oluşturmaktadır. Mehaz kanunun ilgili maddesi Art. 296 Abs. 1 ZGB’de “(dem) *Wohl des Kindes*” olarak ifade edilen bu kavram; TMK’nın 339. maddesinde “onun menfaati” şeklinde düzenlenmekte olup, doktrinde de çocuğun menfaati/yararı biçiminde ele alınmaktadır⁷¹³. Türkiye’nin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (“BMÇHS”) üçüncü maddesinde de “çocuğun yararı”nın temel düşünce olduğu düzenlenmekte olup; sözleşmenin on sekizinci maddesinde ise anne – babanın (ya da yasal vasinin) çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket etmelerini hüküm altına almaktadır. Kanunda ve sözleşmede

⁷¹¹ Elçin Grassinger, s. 45-46.

⁷¹² Öztan (Aile Hukuku), s. 1121.

⁷¹³ İmamoğlu, s. 168; Elçin Grassinger, G.: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul 2009, s. 57; Bozkurt, İ.: Velinin Velâyetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri, İstanbul 2010, s. 88, dn. 256’daki açıklama; Öztan (Aile Hukuku), s. 1120. Çocuğun üstün yararının çocuk haklarının temelini oluşturan bir ilke niteliği taşıdığı hakkında bkz. Bildiri özeti, Dönmez, Z.: *Boşanma Davasında ve Dava Sonrasında Çocukların Hukukî Durumu*, Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, 10-11 Mart 2017, <http://www.kadinvehukuksempozyumu.com/2017/bildiriozeti/73.pdf>, s.e.t. 10.03.2021.

tanımlanmayan *çocuğun menfaati*, bir genel kural niteliği⁷¹⁴ taşımakta olduğu için bu kavramın somutlaştırılması gerekir⁷¹⁵. Esnek ve soyut bir kavram olan çocuğun menfaati, her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir⁷¹⁶. Çocuğun menfaati kavramı, her bir olayda, çocuğun kişiliğinin optimal gelişimi dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁷¹⁷. Çocuğun kişiliği; onun hissi, zihinsel, bedensel, sıhhi, sosyal karakterini içerecek şekilde her yönüyle dikkate alınmalıdır⁷¹⁸.

Çocuk, doğası itibariyle korunmaya muhtaç, fiziksel ve ruhsal saldırılara uğramaya ve zarar görmeye açık, özel ihtiyaçlara sahiptir. Bu sebeple, kanun anne ve babaya onun şahsı ve malvarlığı ile ilgili belirli işlemleri yapma yükümlüğü yüklemektedir. Onların temsil yetkisi de bunlarla sınırlıdır⁷¹⁹. Yalnız, kanun koyucu TMK m. 339/f. 3 gereğince anne ve babanın temsil yetkilerini kullanırken çocuğun olgunluğu ölçüsünde onun düşüncesini almasını düzenlemektedir. Dolayısıyla, bu şekilde, çocuğun yaşı arttıkça yahut çocuk olgunluğa eriştikçe görüşünün alınması suretiyle⁷²⁰ onun da kendi ile ilgili işlemlere katılımı sağlanmış olmaktadır⁷²¹.

⁷¹⁴ Dethloff, § 13. Elterliche Sorge, Rn. 2; Dettenborn H.: Kindeswohl und Kindeswille Psychologische und rechtliche Aspekte, 4. überarb. Aufl., München Basel 2014, s. 47 vd.; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 298 ZGB, N. 15.

⁷¹⁵ Botschaft des Bundesrates betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10053209>, s.e.t. 15.09.2020, s. 26 (Botschaft KRK BBl 1994 V 1, s. 26); BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 298 ZGB, N. 15; Biderbost, Y.: Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Freiburg 1996, s. 130; Dettenborn, s. 47.

⁷¹⁶ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 65.

⁷¹⁷ BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 298 ZGB, N. 15.

⁷¹⁸ Affolter, K.: Art. 405 ZGB, Honsell, H./Vogt N. P. /Geiser T. (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel-Genf-München 2002, N. 14 (BSK/ Affolter, 2002, Art. 405 ZGB, N. 14); BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 298 ZGB, N. 15.

⁷¹⁹ Öztan (Aile Hukuku), s. 1119.

⁷²⁰ CHK/Breitschmid, Art. 304 ZGB, N. 2; KUKO ZGB/Cantieni/Vetterli, Art. 304 ZGB, N. 1; Öztan (Aile Hukuku), s. 1120.

⁷²¹ Çocuğun izin alması gerektiği bir işlemde velinin izin vermemesi halinde çocuğun başvurabileceği yollar hakkında bkz. Elçin Grassinger, s. 47-48.

B. Çocuğun Malvarlığı ve Anne-Babanın Çocuğun Malvarlığı Üzerindeki Hakları ve Yükümlülükleri

Anne-babanın velâyetleri kapsamında çocuğun malvarlığı üzerindeki hak ve yükümlülükleri TMK'nın yedinci ayırımında TMK'nın 352. ve 363. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Bu ayırıma göre, ebeveynin çocuğun malvarlığı üzerindeki velâyet yetkisinin kapsamı; çocuğun malvarlığının idaresini, malvarlığı değerlerinin kullanımını, sarfını, malvarlığına yönelik koruma önlemlerini, çocuğun malvarlığının çocuğa iadesini ve anne-babanın sorumluluğunu ihtiva etmektedir. Bu ayırımda ayrıca çocuğun, anne-babasının kullanımının dışında kalan ve/veya idare yetkisinin kapsamına girmeyen malvarlığı değerlerine ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır (TMK m. 357, 358, 359).

1. Çocuğun Malvarlığı

Çocuğun malvarlığı ne mehzaz kanunda ne de TMK'da tanımlanmaktadır⁷²². Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda⁷²³, Alman hukukundakinin⁷²⁴ aksine malvarlığı

⁷²² Breitschmid, P.: Art. 318 ZGB, Geiser, T./Fountoulakis, C.(Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, 2018, 6. Aufl., N. 1 (BSK/Breitschmid, 2018, Art. 318 ZGB, N. 1); Biderbost, Y.: Art. 318 ZGB, Breitschmid, P./ Jungo A. (Hrsg.) CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, 3. Auflage, 2016, N. 1 (CHK/Biderbost, Art. 318 ZGB, N. 1), Cottier, M.: Art. 318 ZGB, Böhler, A., Jakob, D. (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch Kurz Kommentar ZGB, 2. Aufl., 2018, N. 1 (KUKO ZGB/ Cottier, Art. 318 ZGB, N. 1); Öztan(Aile Hukuku), s. 1161.

⁷²³ Des Gouttes, s. 9 bkz. Acemoğlu, s. 14, dn. 40; Buchli, s. 8; Ayiter (Mamelek), s. 94-96; Saymen/Elbir, s. 215; Antalya/Topuz, s. 73.

⁷²⁴ Rüthers/Stadler, AT BGB, 2017, § 12, Rn. 1; MüKoBGB/Koch, 2019, BGB § 1365, Rn. 11. Alman hukukunda çocuğun malvarlığı, ana ve babanın velâyet hakkının konusunu oluşturmakta olup onlara çocuğun malvarlığının korunması, idaresi ve arttırılması yükümlülüğünü yükler. Bkz. HK-FamR/Schmid, § 1626, Rn. 1; Seebach, T.: Vermögenssorge, Stichwort Kommentar Familienrecht,

denildiğinde malvarlığının aktif ve pasifi anlaşılmakta olduğu için çocuğun malvarlığının aktif ve pasiften oluştuğu söylenebilir.

Bir malvarlığının aktifini haklar oluşturmakta olup çocuğun aktif malvarlığında taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkının, sınırlı ayni hakların, fikri hakların, alacak haklarının ve diğer malvarlığı değerlerinin bulunduğu ifade edilebilir⁷²⁵. Çocuğun malvarlığının pasifi denildiğinde ise onun borçları anlaşılmaktadır. Nitekim, anne ve baba çocuk adına hukuki işlem yaptıklarında anne baba yerine çocuk borç altına girer ve çocuk tüm malvarlığı ile bu borçlarından sorumlu olur (TMK m. 343/f. 2)⁷²⁶. Çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmalar, ona haksız fiil yahut borca aykırılık sebebiyle ödenen tazminatlar, sigorta bedelleri,

Grandel, M./Stockmann, R. (Hrsg) 2. Aufl., 2014, Rn. 1 (SWK-FamR/Seebach, 2014, Vermögenssorge, Rn. 1). Alman hukukuna göre, çocuğun malvarlığı, onun aktif varlıklarından (gayrimenkulleri, kıymetli evrakları), BGB § 112 uyarınca kendi işletmesi sebebi ile ya da çalışması ile elde ettiği gelirlerden (bkz. MüKoBGB/Huber, BGB § 1626, 2020, Rn. 57); sahip olduğu malvarlığı değerlerinin semerelerinden (bkz. BeckOGK/Amend-Traut, 2020, BGB § 1626, Rn. 151; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1626, Rn. 69); çocuğun, bakım ve giderlerine ilişkin hakkı dahil olmak üzere alacak haklarından (bkz. SWK-FamR/Seebach, 2014, Vermögenssorge, Rn. 5) oluşmaktadır. Anne ve babanın malvarlığı ile çocuğun malvarlığı birbirinden ayrı iki malvarlığı teşkil eder. Bkz. BeckOGK/Amend-Traut, 2020, BGB § 1626, Rn. 151. Çocuğun malvarlığı, anne ve babanın idaresine tabi olan malvarlığı ve kendi idare ettiği malvarlığı olmak üzere iki malvarlığı masasından oluşmaktadır. Aynı ikame kuralı örneklerinden BGB § 1646, çocuğun malvarlığının anne ve baba tarafından idare edildiği hallerde uygulama alanı bulmaktayken; BGB § 1638 ise çocuğun kendinin idare ettiği malvarlığı kapsamında uygulanmaktadır.

⁷²⁵ Caviezel, C.: Die Vermögensverwaltung Durch Den Vormund, Freiburg 1988, s. 20 bkz. dn. 3'teki açıklama; Hegnauer, C.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band II Familienrecht Das Familienrecht 2. Abteilung Die Verwandtschaft 1. Teilband Das Eheleiche Kindesverhältnis Artikel 252- 301 ZGB, Bern 1964, Art. 290, N. 6 (BK/Hegnauer, 1964, Art. 290 ZGB, N. 6); Simonius, s. 4; Trüb, H.: Das Nutzungsrecht des Ehemannes und der Eltern nach Zivilgesetzbuch, Bern 1915, s. 57; von Tuhr, AT BGB I, s. 316-317; Marxer Keller, s. 17; Häfeli, C.: Art. 318 ZGB, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R. (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK- Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., 2016, N. 1 (OFK/ Häfeli, Art. 318 ZGB, N. 1); BK/Affolter-Fringeli/ Vogel, Art. 318 ZGB, N. 6. Lemp, P.: Art. 195 ZGB, Berner Kommentar, Bd. II: Familienrecht, 1 Abt.: Das Ehelechte, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen; Das güterrecht der Ehegatten (Art. 159-251 ZGB), 3. Aufl. Bern 1968, N. 7 (BK/Lemp, 1968, Art. 195 ZGB, N. 7) bkz. Caviezel, s. 20, dn. 3.

⁷²⁶ Öztan (Aile Hukuku), s. 1122.

çalışmasının karşılığını oluşturan değerler, nafaka bedeli, malvarlığı değerlerinin gelirleri onun malvarlığına dahildir⁷²⁷.

Her ne kadar velâyet, anne-babaya çocuğun malvarlığını idare etme (TMK m. 352), onun mallarını kullanma (TMK m. 354) ve hatta bazı şartlar altında bu değerleri sarf etme (TMK m. 355-356) haklarını tanısa da çocuğun malvarlığı, anne-babanın malvarlığından ayrı, bağımsız bir malvarlığı teşkil eder⁷²⁸.

Kanunda bir de çocuğun serbest malları⁷²⁹ adı altında bazı malvarlığı değerlerinin ayrıca düzenlenmekte olduğu görülmektedir (TMK m. 357-359). Bu maddeler incelendiğinde, bazı malvarlığı değerleri üzerinde anne-babanın tasarruf yetkisinin tamamen kaldırıldığı ve/veya bazı malvarlığı değerleri ile ilgili olarak anne ve babanın sahip olduğu idare yetkisinin bulunmadığı tespit edilmektedir.

Bu düzenlemeden, çocuğun malvarlığının iki farklı malvarlığı masasından oluşmakta olduğu çıkarılabilir. Bunlar; çocuğun genel malvarlığı⁷³⁰ ve çocuğun serbest mallarıdır (“*freies Kindesvermögen*”).

⁷²⁷ Hegnauer, C.: Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts 5. Aufl. Bern 1999, N. 28.02; OFK/ Häfeli, Art. 318 ZGB, N. 1; KUKO ZGB/ Cottier, Art. 318 ZGB, N. 1.

⁷²⁸ BSK/Breitschmid, 2018, Art. 318 ZGB, N. 1

⁷²⁹ TMK m. 357, 358 ve 359’da belirtilen malvarlığı değerleri, “E. Çocuğun Serbest Malları” kenar başlığı altında düzenlenmektedir. Bununla beraber, mehz kanunda aynı değerler “D. Freies Kindesvermögen” başlığı altında yer almaktadır. Malvarlığı daha önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere para ile ölçülebilen haklardan oluştuğu, şeylerin bu hakların konusu olabileceğinden ötürü çocuğun serbest malvarlığı ifadesinin daha doğru bir kullanım olabileceği kanaatindeyse de TMK’da bu malvarlığı değerleri “Serbest Mallar” şeklinde ifade edildiği için tezimizde bu kullanıma yer vereceğimizi belirtme gereği duymaktayız.

⁷³⁰ Marxer Keller; çocuğun genel malvarlığı yerine “bağlı malvarlığı” [*das gebundene (unfreie) Kindesvermögen*] terimini kullanmaktadır.

a. Çocuğun Genel Malvarlığı

Çocuğun genel malvarlığı, anne-babanın üzerinde idare ve kullanım hakkının mevcut bulunduğu malvarlığıdır. Çocuğun malvarlığının anne-babasının idaresine ve kullanımına tabi olması kuraldır⁷³¹. Bu yüzden çocuğun genel malvarlığı, çocuğun serbest malları dışında kalan malvarlığı değerlerinin oluşturduğu malvarlığı masası şeklinde tanımlanabilir. Anne ve baba, bu malvarlığına ait değerler üzerinde de kanunun cevaz verdiği çerçevede tasarrufta bulunabilirler (TMK m 355-356), bu değerlerle ilgili yönetim işlemlerini gerçekleştirebilirler (TMK m. 352) ve bu değerleri kullanabilirler (TMK m. 354).

b. Çocuğun Serbest Malları

Çocuğun serbest malları; anne-babanın üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı (TMK m. 357/f. 1, Art. 321 Abs. 1 ZGB) ve/veya üzerinde idare yetkilerinin kaldırıldığı (TMK m. 357/f. 2, TMK m. 358, TMK m. 359, Art. 321 Abs. 2 ZGB, Art. 322 Abs. 1 ZGB, Art. 323 ZGB) malvarlığı değerlerinden oluşur⁷³².

⁷³¹ Egger, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II. Band Familienrecht Das Familienrecht Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft Art. 252-359, Egger, A. et. al. (Hrsg.), 2. umgearbeitete Aufl., Zürich 1943, Art. 290 ZGB, N. 2; BK/Hegnauer, 1964, Art. 290 ZGB, N. 59 vd.; BK/Hegnauer, 1964, Art. 294, N. 26; Schiesser, H.: Der Schutz des Kindesvermögens im Schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1945, s. 18 vd.; Marxer Keller, s. 21.

⁷³² BSK/Breitschmid, 2018, Art. 321/ 322 ZGB, N. 1; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 321 ZGB, N. 4; KUKO ZGB/ Cottier, Art. 321 ZGB, N. 1; Öztan (Aile Hukuku), s. 1178-1179, Kılıçoğlu (Aile Hukuku), s. 659, Egger, A.: Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku İkinci Kısım: Hısımlık (Çeviri Çağa, T.), İstanbul 1949, s. 163 [Egger (Şerh), s.163]; İnan, A. N.: Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s. 136-137; Akıntürk, s. 443; Akyüz, E.: Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 257; Baygın, C.: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 402.

Bir malvarlığı değerinin serbest mallara ait olacağı ya kanun tarafından düzenlenmektedir yahut da kanun üçüncü kişilerin, bazı malvarlığı değerlerinin, anne ve babanın idare hakkının dışında tutabilmelerine cevaz vermiştir. İlk gruba örnek olarak çocuğun meslek ve sanat icra edebilmesi için ona tahsis edilen malvarlığı değerlerinin ve bunların gelirlerinin anne babanın yararlanmasının ve idaresinin dışında tutulduğunu düzenleyen TMK m. 359 verilebilir. İkinci gruba örnek olarak ise üçüncü kişilerin, çocuğa yaptıkları kazandırmaların ve bunların gelirlerinin anne-babaların yönetimi dışında tutma hakkının bulunduğunu düzenleyen TMK m. 357/f. 2 ve miras bırakanın çocuğun saklı payının onun anne ve babasının idaresi dışında bırakmasına imkân veren TMK m. 358 gösterilebilir.

Bu noktada, kanun koyucunun neden çocuğun serbest malları şeklinde ayrı bir malvarlığı masası düzenlediği sorusu akla gelebilir. Bu soruya mehzaz kanunun 321. maddesi (Art. 321 ZGB) ile ilgili şerhlerde şu şekilde cevap verilmektedir. Çocuğu ekonomik bağımsızlığa alıştırmak⁷³³, çocuğun malvarlığını arttırmak, anne ve babanın çocuğun malvarlığını idare etmekteki yetersizliğini bertaraf etmek⁷³⁴ ayrı bir malvarlığı masası düzenlemesinin arkasında yatan sebeplerdir⁷³⁵.

TMK’da çocuğun serbest malları üç ayrı maddede şu başlıklar altında düzenlenmektedir: I. Kazandırmalar (TMK m. 357), II. Saklı pay (TMK m. 358), III. Meslek ve sanat için verilen mal ve kişisel kazanç.

⁷³³ BSK/Breitschmid, 2018, Art. 321/ 322 ZGB, N. 6.

⁷³⁴ BSK/Breitschmid, 2018, Art. 321/ 322 ZGB, N. 6.

⁷³⁵ OFK/Häfel, Art. 321 ZGB, N. 4.

i. Kazandırmalar

TMK'nın 357. maddesinde (Art. 321 ZGB) faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açmak suretiyle yapılan kazandırmaların gelirlerinin ve üçüncü kişilerin açıkça anne ve babanın kullanımı dışında kalacağını belirtmiş oldukları kazandırmaların gelirlerinin serbest mallara ait olacağı düzenlenmektedir⁷³⁶. Bu maddeye göre, anne ve babanın üç farklı kazandırmanın gelirlerini kullanım⁷³⁷ hakları bulunmamaktadır:

1. Faiz getiren yatırımların gelirleri 2. Tasarruf hesabının gelirleri 3. Açıkça anne-babanın kullanımı dışında kalacağı ifade edilen kazanımların gelirleri

Her ne kadar faiz getiren yatırımlarla tasarruf hesabı açmak suretiyle çocuğa yapılan kazandırmalarda, kazandırmanın niteliği gereği, kazandırmada bulunanın açıkça bu değerlerin anne-babanın sarf edemeyeceğini belirtmesine gerek yoksa da⁷³⁸; bunlar dışındaki bağışlamalarda, kazandırmada bulunanın, kazanımı yaparken açıkça bu kazandırmanın gelirlerinin anne-baba tarafından kullanılmayacağını ifade etmesi gerekmektedir⁷³⁹. Sonradan yapılan buna ilişkin beyanın, anne-babanın velâyet yetkisine müdahale olması sebebiyle hükmün amacına aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle sonuç doğurmayacağı belirtilmektedir⁷⁴⁰. Ancak, çocuk lehine yapılan

⁷³⁶ Hegnauer, N. 28.11; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 321/322 ZGB, N. 22; CHK/Biderbost, Art. 321-323 ZGB, N. 3; OFK/Häfeli, Art. 322 ZGB, N. 1-2.

⁷³⁷ Art. 321 Abs. 1 ZGB'nin lafzında kullanım yerine tüketme ("verbrauchen") fiili kullanılmaktadır.

⁷³⁸ Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 287; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 369; Akıntürk, s. 444; Baygın, s. 420.

⁷³⁹ BSK/Breitschmid, 2018, Art. 321/ 322 ZGB, N. 3; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 321/322 ZGB, N. 22; Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 287.

⁷⁴⁰ BSK/Breitschmid, 2018, Art. 321/ 322 ZGB, N. 3; Papaux van Delden, M. L.: Art. 321/322 ZGB, Romand, P. P./Foëx, B. (Hrsg.), Code Civil I Art. 1-359 CC Commentaire, 1. Aufl., Basel 2010, N. 5 bkz. BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 321/322 ZGB, N. 22.

bağışlamanın çocuğun tatile gitmesi gibi belirli bir amaç için yapıldığı bir ihtimalde kazandırmada bulunan ayrıca beyanda bulunması gerekmemektedir⁷⁴¹.

Çocuğa yapılan bu bağışlamaların gelirleri anne-babanın kullanım hakkının dışında bırakılmışsa da kural olarak bu değerler üzerindeki yönetim hakları devam etmektedir. Buna karşılık, TMK m. 357/f. 2’de (Art. 321 Abs. 2 ZGB) kazandırmada bulunanın anne-babanın bu değerler üzerindeki yönetim hakkını kazandırmada bulunurken açıkça ifade etmek suretiyle kaldırabileceği düzenlenmektedir.

ii. Saklı Pay

Çocuğun serbest mallarına onun, miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile anne-babanın idare yetkisi kapsamı dışına çıkardığı, saklı payı (“*Pflichtteil*”) da dahildir (TMK m. 358, Art. 322 ZGB)⁷⁴². Maddede çocuğun saklı payından bahsedilmesi sebebiyle, buradan miras bırakanın çocuğun altsoyu yahut üst soyu olduğu hususu çıkarılabilmektedir. Prensip, çocuğun saklı payının, anne-babanın yönetimine tabi olmasıyken, kanun koyucu miras bırakana ölümüne bağlı tasarrufu ile saklı payın idaresinin anne-babaya bırakılmamasını sağlama hakkını tanımıştır. Miras bırakan, bu madde uyarınca sayılı payın idaresini üçüncü kişiye de bırakabilmektedir⁷⁴³.

Bunun arkasında yatan sebep, anne-babanın çocuğun malvarlığını idaresindeki

⁷⁴¹ Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 287.

⁷⁴² BSK/Breitschmid, 2018, Art. 321/ 322 ZGB, N. 4; KUKO ZGB/ Cottier, Art. 321-323 ZGB, N. 8, OFK/Häfeli, Art. 322 ZGB, N. 3; CHK/Biderbost, Art. 321-323 ZGB, N. 5-6; Akıntürk, s. 444; Baygın, s. 407, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 370.

⁷⁴³ Hegnauer, N. 28.10a; CHK/Biderbost, Art. 321-323 ZGB, N. 6; OFK/Häfeli, Art. 322 ZGB, N. 5; Akıntürk, s. 444; Baygın, s. 408; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 370.

yetersizliği olabileceği gibi⁷⁴⁴ onların miras konusu değerler üzerinde bu şekilde artacak olan hakimiyetlerinden kaynaklı endişeleri de olabilir⁷⁴⁵.

Miras bırakanın anne babanın idare yetkisini açıkça kaldırdığı irade beyanında üçüncü kişi idare ile görevlendirilmemişse burada iki ihtimal söz konusudur. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu ihtimalde, çocuk saklı payını kendisi idare eder⁷⁴⁶. Aksi takdirde vesayet makamı gereken önlemleri alır⁷⁴⁷. Ancak, miras bırakan, anne-babanın saklı pay üzerindeki yönetim yetkisini kaldırabilse de onların saklı pay üzerindeki kullanma hakları devam etmektedir⁷⁴⁸.

iii. Çocuğa Meslek ve Sanat İçin Verilen Malvarlığı Değerleri ve Kişisel Kazanç

Anne ve baba, çocuğun ekonomik özgürlüğünü kazanmak suretiyle hayata hazırlanmasını, onun deneyim kazanmasını amaçlayarak ona belli malvarlığı değerlerini verebilir ve ona meslek ve sanat icra etmesi imkanını tanıyabilirler⁷⁴⁹. Yine aynı sebeplerle, çocuğun bir işte çalışmasına müsaade edebilir ve bu yolla çocuğun kişisel kazanç elde etmesini sağlayabilirler. İşte, serbest malların üçüncü grubunu ise anne baba tarafından çocuğa meslek ve sanatını icra etmesi için tahsis edilen malvarlığı değerleri ve çocuğun kişisel kazancı oluşturmaktadır⁷⁵⁰.

⁷⁴⁴ Akıntürk, s. 444.

⁷⁴⁵ Baygın, s. 408.

⁷⁴⁶ BK/Hegnauer, 1964, Art. 294 ZGB, N. 48; Hegnauer, N. 28.10a.

⁷⁴⁷ Hegnauer, N. 28.10a.

⁷⁴⁸BSK/Breitschmid, 2018, Art. 321/ 322 ZGB, N. 4; KUKO ZGB/ Cottier, Art. 321-323 ZGB, N. 8, OFK/Häfelı, Art. 322 ZGB, N. 3; CHK/Biderbost, Art. 321-323 ZGB, N. 5; Öztan (Aile Hukuku), s. 1182.

⁷⁴⁹ Akıntürk, s. 445.

⁷⁵⁰BSK/Breitschmid, 2018, Art. 323 ZGB, N. 1-11, KUKO ZGB/ Cottier, Art. 321-323 ZGB, N.9-11, CHK/Biderbost, Art. 321-323 ZGB, N.7-11, Akıntürk, s.445, Kılıçoğlu (Aile Hukuku), s. 660-661.

Çocuğa meslek ve sanat icra etmesi için kendi malvarlığından tahsis edilen değerler üzerinde çocuk TMK m. 359 uyarınca yönetim ve yararlanma hakkını haiz olur. Aynı şekilde geçerli bir sözleşme çerçevesinde çalışan çocuğun, elde ettiği kişisel kazancı üzerinde de yönetim ve yararlanma hakkı vardır. Çocuğun meslek ve sanat için ona tahsis edilen malvarlığını ve kişisel kazancını idare ederken fiil ehliyetinin genişlediği (“*erweiterte Handlungsfähigkeit*”) ifade edilmektedir⁷⁵¹. Anne ve babanın ise bu malvarlığı değerleri ile ilgili işlemlerde temsil yetkisi ve yararlanma hakkı yoktur⁷⁵². Ancak, belirtmek gerekir ki çocuğun idare ve yararlanma yetkisinin ortaya çıkabilmesi için öncelikle anne ve babanın ona belli malvarlığı değerlerini, meslek ve sanatını icra için tahsis etmeleri yahut ona belirli bir işte çalışması için izin vermiş olmaları gerekmektedir⁷⁵³. Dolayısıyla, her ne kadar anne ve babanın TMK m. 323’te ifade edilen serbest malları üzerindeki temsil yetkileri bulunmamaktaysa da aslında çocuğun hareket alanını düzenleyen ve bu imkânın çerçevesini çizen de anne ve babadır⁷⁵⁴. Zira, çocuğun hangi iş kolunda çalışacağı, ne iş yapacağı onun anne-babasının değerlendirmesi sonucunda belirlenmektedir⁷⁵⁵. Şayet, çocuk anne babanın izni/icazeti olmaksızın çalışmaktaysa, onun taraf olduğu iş akdi hüküm doğurmaz⁷⁵⁶. Bu halde, çocuğun çalışması sebebiyle karşı sözleşenin zenginleşmesi, anne baba tarafından çocuğun malvarlığına dahil edilmek üzere talep edilir⁷⁵⁷.

⁷⁵¹ Tuor P./Schnyder B./ Jungo, A.: § 43 *Die Elterliche Sorge*, ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Tuor P./Schnyder B./Schmid J./Jungo, A. (Hrsg.) 14. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2015, s. 522, N. 58; CHK/Biderbost, Art. 321-323 ZGB, N. 7; Egger (Şerh), MK m. 294, s. 164, para. 164; Saymen/Elbir (Aile), s. 373; Baygın, s. 315-316; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), s. 110; Öztan (Aile Hukuku), s. 1183.

⁷⁵² Öztan (Aile Hukuku), s. 1183-1184.

⁷⁵³ BSK/Breitschmid, 2018, Art. 323 ZGB, N. 5.

⁷⁵⁴ Öztan (Aile Hukuku), s. 1186.

⁷⁵⁵ BSK/Breitschmid, 2018, Art. 323 ZGB, N. 5.

⁷⁵⁶ Hegnauer, N. 28.12; BSK/Breitschmid, 2018, Art. 323 ZGB, N. 7; Öztan (Aile Hukuku), s. 1185.

⁷⁵⁷ Hegnauer, N. 28.14; Öztan (Aile Hukuku), s. 1185.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk, meslek ve sanatını icra ederken bununla ilgili her türlü olağan işlemi yapabilir (TMK m. 453), borç altına girebilir, kazancını dilediği gibi sarf edebilir⁷⁵⁸. Çocuk meslek ve sanatını icra etmesi, çalışması sonucu elde ettiği gelirleri ve bunların yerine geçen değerleri dilediği gibi yönetir⁷⁵⁹ ve bunlardan dilediği şekilde yararlanır. Yalnız, çocuk, bu kapsamda yaptığı hukuki işlemler sebebiyle sadece kendisine idaresi bırakılan malvarlığı değerleriyle değil hem genel malvarlığı ile hem de serbest malları ile sorumludur⁷⁶⁰.

Mülga Medeni Kanunun 283. maddesi, çocuğun kişisel kazancının anne-babaya ait olacağına ilişkin bir hüküm içermektedir. TMK m. 353/f. 2 ile bu hüküm yürürlükten kalkmıştır. Şimdi, anne ve baba çocuklarından, birlikte yaşamaları halinde, kendisinin bakımına katkıda bulunması için uygun bir miktar talep edebilmektedir (TMK m. 359/f. 2). Yoksa, çocuk kişisel kazancını anne ve babasına vermekle yükümlü değildir.

2. Çocuğun Malvarlığının İdaresi

Velâyet hakkını haiz anne ve baba çocuğun malvarlığını idare ile yükümlüdürler (TMK m. 352, Art. 318 ZGB)⁷⁶¹. Velâyet hakkı devam ettiği sürece, anne ve baba için çocuğun malvarlığının idaresi hem bir hak hem de yükümlülük olarak karşımıza çıkar⁷⁶². Dolayısıyla, anne-babanın şahsa sıkı sıkıya bağlı bu haklarından feragat

⁷⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), s. 110.

⁷⁵⁹ Egger (Şerh), s. 167, para. 3; Baygın, s. 404.

⁷⁶⁰ Öztan (Aile Hukuku), s. 1183.

⁷⁶¹ Hegnauer, N. 28.03; CHK/Biderbost, Art. 318 ZGB, N. 4; Egger (Şerh), MK m. 290, s. 152, para. 2.

⁷⁶² Hegnauer, N. 28.03; Marxer Keller, s. 17; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 368; Baygın, s. 386; Öztan (Aile Hukuku), s. 1165.

etmesi söz konusu değildir⁷⁶³. Yalnız, malvarlığının idaresi hakkının kullanılmasının diğer eşe yahut üçüncü kişiye devredilmesinin önünde de bir engelin bulunmadığı ileri sürülmektedir⁷⁶⁴.

Anne ve baba çocuğun malvarlığını birlikte idare ederler ve malvarlığının idaresinden de müteselsilen sorumludurlar⁷⁶⁵. Buna karşılık, bu her işlemi birlikte yapmaları anlamına da gelmemektedir⁷⁶⁶. Eşlerden diğeri bir hukuki işleme önceden izin verebileceği gibi işleme icazet de verebilir⁷⁶⁷. Serbest mallardan anne ve babanın idaresi dışında bırakılan değerler hariç olmak üzere, anne ve babanın idare yetkisi çocuğun tüm malvarlığını kapsar⁷⁶⁸.

Çocuğun mallarının idaresi, malvarlığı konularının korunmasını, bakımını, onarımını ve bunların ekonomik amacına uygun olarak idaresini ihtiva etmektedir⁷⁶⁹. Çocuğun mallarını idare hakkı çocuğun mallarının olağan idaresini (çocuğun mallarının kiraya vermesi, onarımı gibi) ve çocuğun mallarını satmak şeklindeki tasarruf işlemlerini de kapsamaktadır⁷⁷⁰. Anne ve baba çocuğun malvarlığını idare ederken bağımsızdırlar⁷⁷¹. Bunun anlamı, onların bu yükümlülüklerini yerine getirirken ne

⁷⁶³ Reusser, R.: *Unterhaltspflicht, Unterstützpflicht, Kindesvermögen*, in: Das neue Kindesrecht, Berner tage für die juristische Praxis (BTJP) 5, 1977, Bern 1978, s. 77 bkz. Öztan (Aile Hukuku), s. 1166; Akıntürk, s. 433-434; Baygın, s. 387.

⁷⁶⁴ BSK/Breitschmid, 2018, Art. 318 ZGB, N. 6; Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 284; Öztan (Aile Hukuku), s. 1166; Baygın, s. 387.

⁷⁶⁵ BSK/Breitschmid, 2018, Art. 318 ZGB, N. 12; CHK/Biderbost, Art. 318 ZGB, N. 4; Öztan (Aile Hukuku), s.1167.

⁷⁶⁶ Schwenzer, I./Cottier, M.: Art. 296 ZGB, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1–456 ZGB, Honsell, H./ Geiser, T. /Fountoulakis, C. (Hrsg.), 6. Aufl., 2018, N. 8c (BSK/Schwenzer/Cottier, 2018, Art. 296 ZGB, N. 8c); CHK/Biderbost, Art. 318 ZGB, N. 4.

⁷⁶⁷ CHK/Biderbost, Art. 318 ZGB, N. 4.

⁷⁶⁸ CHK/Biderbost, Art. 318 ZGB, N. 4.

⁷⁶⁹ Karaca, s. 50-51; Özdemir, H./Ruhi, A. C.: Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), İstanbul 2021, s. 373.

⁷⁷⁰ Özdemir/ Ruhi, s. 375.

⁷⁷¹ Reusser, s. 78 bkz. Baygın, s. 389.

vesayet makamının talimatıyla bağı ne de onların iznine tabi olmalarıdır⁷⁷². Hukuki işlemin geçerliliği, ayırt etme gücünü haiz çocuğun işleme rıza göstermesine de bağı değildir⁷⁷³. Anne ve baba çocuğun malvarlığını idare ederken prensip olarak hesap ve güvence vermezler (TMK m. 352). Ancak, onlar bu yükümlülüklerini dürüstlük kuralına uygun ve özenle yerine getirmelidirler⁷⁷⁴. Anne ve baba, çocuğun malvarlığını korumalı ve hatta onun malvarlığını makul derecede arttıracak işlemlerde bulunmalıdırlar⁷⁷⁵. Anne ve babanın özen yükümünün kapsamı ise TMK m. 363 göz önüne alınarak belirlenir⁷⁷⁶. TMK m. 363/f. 1’te ise anne ve babanın çocuğun mallarının iadesinde vekil gibi sorumlu olacakları düzenlenmektedir. Velâyet yetkisinin sona ermesinde, TMK m. 363/f. 1 uyarınca, vekâlet hükümlerinin uygulanması, anne ve babanın çocuğun malvarlığının idaresinde göstermeleri gereken özen yükümlülüğünün de vekilin özen yükümlülüğü göz önüne alınarak belirlenmesi sonucunu doğurur⁷⁷⁷. Vekilin özen yükümlülüğünün ölçütü ise TBK m. 506/f. 3’te düzenlenmektedir. Buna göre, vekil, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışı göstermelidir. Vekil, edim sonucunu elde edebilmek için iş görürken, hayatın olağan akışında ve hayat tecrübelerine göre gerekli davranışlarda bulunmalıdır⁷⁷⁸. Anne-baba da çocuğun malvarlığını idare ederlerken basiretli bir anne babanın gösterdiği özen ölçüsünde

⁷⁷² Hegnauer, N. 28.03; Bozer, A.: *Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hudutları*, AÜHFD 1952, C. 9, S. 3, s. 198-211, s. 199

⁷⁷³ Öztan (Aile Hukuku), s. 1167.

⁷⁷⁴ Hegnauer, N. 28.04; Marxer Keller, s. 14.

⁷⁷⁵ Hegnauer, N. 28.04; BSK/Breitschmid, 2018, Art. 318 ZGB, N. 9; Marxer Keller, s. 14; Caviezel, s. 168 vd. (özellikle malvarlığının korunması hakkında); Papaux van Delden, Art. 318 ZGB, N. 11 bkz. BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 318 ZGB, N. 28.

⁷⁷⁶ Öztan (Aile Hukuku), s. 1199-1200; Özdemir, H.: *Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 17, S. 3, s. 81-105, s. 88.

⁷⁷⁷ Yücel, Ö.: *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili*, 2009, s. 127, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/33312/250030.pdf?sequence=1>, s.e.t. 11.10.2020, s. 127; Özdemir, s. 88.

⁷⁷⁸ Zevkililer, A./ Gökyayla, K. E.: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 19. Bası, Ankara 2019, s. 615.

hareket etmelidirler⁷⁷⁹. Anne ve baba; çocuğun malvarlığını, işlerin olağan akışına ve yaşam tecrübelerine uygun davranışlarda bulunarak, gerekli önlemleri alarak yönetmelidirler⁷⁸⁰. Anne ve babanın özen ölçüsü, onların kişisel özelliklerine göre⁷⁸¹ yani zihinsel, fiziksel, ruhsal yeteneklerine göre tespit edilir⁷⁸². Anne ve baba, yükümlülüklerini yerine getirmedeği takdirde hâkim çocuk mallarının korunması için müdahale edecektir (TMK m. 352).

Anne ve/ veya babanın yönetim yetkileri/yetkisi, çocuğun ergin olmasıyla sona erebileceği gibi, ölüm sebebiyle veya boşanma sebebiyle velâyetin diğer eşe verilmesi halinde de sona erebilir. Bu yetki, çocuğun malvarlığının kötü idaresi sonucu olarak anne ve/veya babanın malvarlığını idare yetkisinin kaldırılması halinde de sona erebilir.

Anne veya babanın ölümü halinde yahut eşlerin boşanıp velâyetin birine verilmesi halinde, hayatta kalan yahut kendisine çocuğun velâyeti verilen ebeveyn mahkemeye belirli süre içerisinde çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defteri sunmakla ve varsa çocuğun malvarlığında meydana gelen önemli değişiklikleri bildirmekle yükümlüdür [TMK m. 353, Türk Medeni Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük (“VVMT”) m. 4].

⁷⁷⁹ Özdemir, s. 88.

⁷⁸⁰ Reusser, s. 78 bkz. Özdemir, s. 88.

⁷⁸¹ Gümüş, M. A.: Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006, s. 218 [Gümüş (Kayyımlık), s. 218]; Yücel, s. 127.

⁷⁸² Yücel, s. 127.

Anne ve baba, idare hakları sona erdiğinde çocuğun malvarlığı değerlerini, hesabıyla beraber çocuğa yahut vasiye veya kayyıma devretmekle yükümlüdürler (TMK m. 262).

3. Anne ve Babanın Çocuğun Malvarlığını Kullanma Hakkı

Kanun koyucu, anne ve babaya, velâyetleri devam ettikleri sürece çocuğun mallarını kullanma hakkı tanımaktadır (TMK m. 354). Kullanma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı ve devri mümkün olmayan bir haktır⁷⁸³. TMK m. 354'ü karşılayan EMK m. 280'de, anne-babaya aile hukukundan doğan ve kendine özgü özellikleri olan mutlak hak niteliğinde bir yararlanma hakkı tanınırken⁷⁸⁴, şimdi yalnızca kullanım hakkı tanınmaktadır. EMK m. 280 uyarınca anne ve baba; çocuğun malvarlığı değerlerini, onların hukuki ve doğal ürünlerini kendi menfaatlerine tasarruf etme imkânını haizdiler⁷⁸⁵. Artık, anne ve babanın yalnızca kullanma hakkı mevcuttur (TMK m. 355-356). Anne ve baba çocuğun malvarlığı değerlerini ancak onların özüne zarar vermeksizin ve amacına uygun şekilde kullanabilirler⁷⁸⁶. Kullanım hakkı, velâyet hakkından doğmakta olduğu için anne ve babanın buna ihtiyaç duyup duymamalarının bir önemi yoktur⁷⁸⁷.

⁷⁸³ Öztan (Aile Hukuku), s. 1176; Karaca, s. 51.

⁷⁸⁴ Egger (Şerh), MK m. 293, s. 160, para. 2; Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 284.

⁷⁸⁵ Akyüz, E.: *Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması*, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi 1979, C. 12, S. 1-4, s. 153-175, s. 168 [Akyüz (Çocuk Malları), s. 168]; Baygın, s. 415.

⁷⁸⁶ Baygın, s. 416.

⁷⁸⁷ Baygın, s. 416.

Yönetim hakkının aksine kullanma hakkı, anne ve babaya bir yükümlülük olarak yüklenmemekte olup, onlara bir hak olarak tanınmaktadır⁷⁸⁸. Dolayısıyla, onların bu haktan feragat etmeleri, çocuğun aleyhine olmamak şartıyla, mümkündür⁷⁸⁹.

Anne ve baba çocuğun mallarını kullanırlarken, kullanmaları karşılığında bir ücret ödemekle yükümlü değildirler⁷⁹⁰. Örneğin, onlar, çocuğa ait bir taşınmazda yaşayıp, çocuğun arabasını kullanabilirler⁷⁹¹. Yalnız, çocuğun malları üzerinde bedelsiz kullanım hakkına sahip olmaları, onları çocuğun mallarına verdikleri zararları tazminle yükümlü olmayacağı anlamına da gelmemektedir⁷⁹².

Çocuğun mallarını kullanma hakkı, çocuk ergin oluncaya kadar yahut anne ve/veya babanın velâyet hakkı kusurları sebebiyle kaldırılmadıkça devam eder (TMK m. 354)⁷⁹³. Bu yüzden, anne-babanın kullanma hakkının konusunu velâyet altındaki kısıtlının malları oluşturmamaktadır⁷⁹⁴.

4. Anne ve Babanın Çocuğun Malvarlığı Değerlerini Sarfı

TMK m. 355 ve TMK m. 356, anne ve babanın çocuğun malvarlığı değerlerini hangi koşullarda sarf edebileceklerine ilişkin düzenlemeleri ihtiva etmektedir. Bu maddeler

⁷⁸⁸ Akıntürk, s. 440; Velidedeoğlu, H.V.: Türk Medenî Hukuku C. II Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1956, s. 297; Zevkliler, A./Acabey, B./Gökyayla, E.: Medenî Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), 6. Baskı, Ankara 1999, s. 1124-1125.

⁷⁸⁹ BK/Hegnauer, 1964, Art. 292/293, N. 8; Saymen, F. H./Elbir, H. K.: Türk Medeni Hukuku, C. III Aile Hukuku B. 2, İstanbul 1960, s. 383, Gönensay, s. 78, Tandoğan, s. 189; Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 285; Akıntürk, s. 440; Baygın, s. 416; Öztan (Aile Hukuku), s. 1176.

⁷⁹⁰ Akıntürk, s. 440.

⁷⁹¹ Akıntürk, s. 440.

⁷⁹² Akıntürk, s. 440.

⁷⁹³ Akıntürk, s. 440; Baygın, s. 417.

⁷⁹⁴ Öztan (Aile Hukuku), s. 1174; Akıntürk, s. 440.

anne ve babanın temsil yetkilerini kullanırlarken ve çocuğun malvarlığını yönetirlerken yaptıkları tasarruf işlemlerini değil; çocuğun gelirlerinin ve diğer malvarlığı değerlerinin hangi şartlarla çocuğun bakımına, yetiştirilmesine, eğitime ve aile ihtiyaçlarını karşılamaya harcanacağına dair düzenlemeleri içermektedir. Nitekim, anne ve baba velâyet hakkını haiz olduğu sürece, bu çerçevede çocuğun malvarlığı değerleri üzerinde, vasinin aksine hâkimden izin almaksızın, tasarrufta bulunabilmektedir⁷⁹⁵. Bunun sınırını çocuğun korunması gereken menfaati oluşturmaktadır. Yoksa, anne ve baba yönetim hakkı ve temsil yetkisi çerçevesinde tasarruf işlemlerini gerçekleştirirken hâkim iznine ihtiyaç duymazlar. Anne ve babanın dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılıkları geri vermekle yükümlü olmaları hükmü (TMK m. 363/f. 2) de bu hususu doğrular niteliktedir⁷⁹⁶.

TMK m. 355 ve TMK m. 356'in, anne ve babanın çocuğun malvarlığı değerlerini hangi koşullarda sarf edebileceklerine ilişkin düzenlemeleri ihtiva etmektedir. TMK m. 355 çocuğun malvarlığının gelirlerinin sarfı ile alakalıyken, TMK m. 356 çocuğun malvarlığı değerlerinin kısmen sarfı ile ilgilidir.

a. Çocuğun Malvarlığından Elde Edilen Gelirlerin Anne ve Baba Tarafından Sarf Edilmesi

⁷⁹⁵ Baygın, s. 431.

⁷⁹⁶ Baygın, s. 432.

Çocuk mallarının gelirleri; çocuğun gayrimenkulünün kiralanmış olması sebebiyle elde ettiği kira gelirleri, bankadaki parasının faizi, lisans gelirleri, kazanç payları gibi hukuki ürünlerden ve doğal ürünlerden oluşmaktadır⁷⁹⁷.

TMK m. 355'e göre (Art. 319 ZGB), anne ve baba çocuk mallarının gelirlerini iki amaç için sarf edebilirler: 1. Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için 2.

Hakkaniyete uyduğu ölçüde aile ihtiyaçlarını karşılamak için⁷⁹⁸. Her ne kadar TMK m. 339 ve TMK m. 340 uyarınca çocuğun bakımı, eğitimi, yetiştirilmesi velâyetin kapsamı içerisinde olup anne ve babanın sorumluluğu altında olsa da TMK m. 355'te anne ve babanın çocuğun malvarlığının gelirlerini onun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcanabileceği düzenlenmektedir. EMK m. 281'de çocuğun gelirinin onun bakımına (infak) ve eğitimine (terbiye) harcanacağı, gelirinden arta kalanın ise çocuğa bakmakla yükümlü olan anneye veya babaya ait olacağı düzenlenmekteydi. Bununla beraber, TMK m. 355'le bu durum ortadan kalkmış, çocuğun gelirlerinin belli koşullar altında ancak belli bir amaç için harcanabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, gelir fazlası da çocuğun malvarlığına ait olacaktır (TMK m. 355/f. 2, Art. 319 Abs. 2 ZGB).

Kural, anne ve babanın çocuğun bu tür ihtiyaçları için kendi malvarlıklarından harcama yapmalarıdır⁷⁹⁹. Aslında, çocuğun bakımına ilişkin giderleri karşılama

⁷⁹⁷ Müller, R. M.: Art. 757 ZGB, Geiser, T./ Wolf, S. (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 6. Aufl., 2019, N. 2 (BSK/ Müller, 2019, Art. 757 ZGB, N. 2); CHK/Thurnheer, Art. 757 ZGB, N. 1; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 319 ZGB, N. 17.

⁷⁹⁸ KUKO ZGB/ Cottier, Art. 319/320 ZGB, N. 1-2; OFK/ Häfeli, Art. 319 ZGB, N. 1-3; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 319 ZGB, N. 22-32.

⁷⁹⁹ Akıntürk, s. 441.

yükümlülüğü velâyetten bağımsız olarak soy bağı ilişkisine dayanmaktadır⁸⁰⁰.

Dolayısıyla, velâyet olmasa bile anne ve/veya baba çocuğun giderlerini karşılamakla mükelleftir⁸⁰¹. Ancak, her zaman anne ve babanın ekonomik koşulları çocuğun bakım giderlerini karşılamaya yetmeyebilir⁸⁰². İşte böyle bir durumda anne ve babaya, çocuğun malvarlığının gelirlerini onun bakımına, eğitime, yetiştirilmesine harcama imkânı tanınmaktadır (TMK m. 355)⁸⁰³.

Anne ve babaya tanınan bir diğer imkân ise çocuk mallarının gelirlerini aile ihtiyaçları için sarf etmektir (TMK m. 355, Art. 319 ZGB). Tanınan bu imkân için kanun koyucu hakkaniyet ölçütü (“*Billigkeit*”) koymaktadır⁸⁰⁴. Buna göre, anne ve baba, çocuk mallarının gelirlerini ancak hakkaniyete uygunsa aile ihtiyaçları için sarf edebilmektedirler. Bu da ailenin sosyo-ekonomik durumuna ve çocuğun ekonomik yüküne göre belirlenir (VVMT m. 5)⁸⁰⁵. Anne ve babanın ekonomik durumu; evin kirası gibi zorunlu giderlerin karşılanmasına yetmeyebilir. Sadece annenin veya sadece babanın çalışması, birden çok çocuğun olması, ekonomik kriz, sağlık problemleri vb. sebepler aile ihtiyaçlarının karşılanmasına engel oluşturabilir. Bu durumda, aile içi dayanışma gereği bu gelirlerin bu tür ihtiyaçları karşılamak üzere hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde harcanması söz konusu olabilmektedir. Hakkaniyet ölçüsü, çocuğun gelirinin, öncelikli olarak çocuğun bakımına, eğitime harcanmaksızın yahut yeterli derecede harcanmaksızın ailenin ihtiyaçlarına tahsis

⁸⁰⁰ Baygın, s. 423.

⁸⁰¹ Akyüz, s. 200; Baygın, s. 424.

⁸⁰² Baygın, s. 423.

⁸⁰³ Akıntürk, s. 441; Baygın, s. 424; Karaca, s. 52.

⁸⁰⁴ Akıntürk, s. 441.

⁸⁰⁵ Çelik, C.: *Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması*, Zahit İmre’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 79.

edilmesi halinde aşılmış olur⁸⁰⁶. Çocuğun özel okula gidebilirken aile ihtiyaçlarını karşılaması sebebiyle devlet okulunda eğitimine devam etmesi bu ölçünün aşılmasına örnek olarak verilmektedir⁸⁰⁷.

b. Çocuğun Malvarlığı Değerlerinin Kısmen Sarfı

Çocuğun malvarlığı gelirlerinin sarfı TMK m. 355'te düzenlenirken, çocuğun malvarlığının anne ve baba tarafından sarf edilmesine ilişkin şartlar TMK m. 356'da (Art. 320 ZGB) düzenlenmektedir. TMK m. 356/f. 1 çocuğa yapılan sermaye biçimindeki ödemelerin harcanması şartlarını, TMK m. 356/f. 2 ise çocuğun bunun dışında kalan malvarlığı değerlerinin sarfına ilişkin koşulları ihtiva etmektedir.

i. Sermaye Biçiminde Ödemelerin, Tazminatın ve Benzeri Edimlerin Sarfı

TMK m. 356/f. 1 uyarınca anne ve baba, olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde, çocuğa ödenen sermaye, tazminat ve bunun gibi ödemeleri kısmen harcama yetkisini haizdirler. Bu fıkra hükmünde, olağan ihtiyaç ölçütü getirilmekte olup çocuğun olağanüstü ihtiyaçlarına yönelik harcamalar kapsam dışında bırakılmaktadır⁸⁰⁸. Buna ek olarak harcamanın konusunu ise sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler oluşturmaktadır. Dolayısıyla, çocuğa haksız fiil sonucu ödenen tazminat⁸⁰⁹ yahut akrabaları tarafından verilen belirli miktarda para, çocuğun bakımı için fakat kısmen harcanabilecektir. Kural, çocuğun olağan ihtiyaçlarının anne ve baba tarafından karşılanması ise de anne ve babanın ekonomik durumu bunu

⁸⁰⁶ Akıntürk, s. 441; Çelik, s. 79.

⁸⁰⁷ Akıntürk, s. 441; Çelik, s. 79.

⁸⁰⁸ Akıntürk, s. 442.

⁸⁰⁹ BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 320 ZGB, N. 8.

karşılamaya yetmeyebilir. Bu yüzden kanun koyucu, TMK m. 356/f. 1 ile anne ve babaya bu meblağın bir kısmının yine çocuğun olağan bakımının gerektirdiği ölçüde harcanmasına cevaz vermektedir. İfade etmek gerekir ki, söz konusu parasal gelirler ailenin ihtiyaçları için harcanamaz⁸¹⁰.

ii. Diğer Malvarlığı Değerlerinin Sarfı

TMK m. 356/f. 1, sermaye, tazminat gibi belli meblağların, çocuğun olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde kısmen harcanabileceğini düzenlerken; TMK m. 356/f. 2, çocuğun olağanüstü ihtiyaçlarının anne ve baba tarafından karşılanamadığı durumlarda diğer malvarlığı değerlerinin sarf edilebilmesine ilişkin bir düzenlemedir⁸¹¹.

Bu fıkra hükmünde dikkat edilmesi gereken husus; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi ile alakalı olağanüstü bir durum sebebiyle onun diğer malvarlığı değerlerine başvurmanın bir zorunluluk teşkil etmesi ve bu harcamanın ancak hâkim izni ile yapılabilmesidir. Burada ihtiyacın özelliğine göre bir ayırım yapılmaktadır. Maddenin ilk fıkrasında, sadece çocuğun bakımı ile alakalı olağan, hayatın olağan akışı içerisinde kolayca karşılaşılabilecek ihtiyaçlar sebebiyle sermaye gibi değerlere başvurulabileceği ifade edilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi ile alakalı zorunluluk durumunun mevcudiyeti halinde, anne ve babanın çocuğun diğer malvarlığı değerlerine başvurabilmesi

⁸¹⁰ Hausheer/Geiser/ Aebi-Müller, s. 417, N. 17.185; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 320 ZGB, N. 20; Öztan (Aile Hukuku), s. 1177.

⁸¹¹ Akıntürk, s. 442.

düzenlenmektedir⁸¹². Örneğin, çocuğun sağlık probleminin ciddiyeti, onun taşınmazı gibi diğer malvarlığı değerlerine başvurulması zorunluluğunu doğurmaktaysa yahut iyi bir eğitim alması onun bu tür malvarlığı değerlerinin harcanması fedakarlığını gerektiriyorsa, hâkimin izni ile anne ve baba bu değerlere başvurabilmektedir⁸¹³.

C. Ayni İkamenin Çocuğun Malvarlığı Kapsamında Uygulanıp

Uygulanmayacağı Hususu

Çocuğun malvarlığı kapsamında ayni ikame ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağının tespiti için öncelikle ayni ikame ilkesinin konusunu teşkil edecek olan malvarlığı masalarının tespiti gerekir. TMK incelendiğinde 357., 358. ve 359. maddelerde çocuğun serbest malları adı altında bir malvarlığı masasının özel olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Çocuğun serbest malları (“*freies Kindesvermögen*”) yanında doktrinde bir de çocuğun genel malvarlığı (“*gebundenes Kindesvermögen*”) adı altında çocuğun serbest mallarına dahil olmayan malvarlığı değerlerini ihtiva eden ayrı bir malvarlığı masasının mevcudiyeti ifade edilmektedir⁸¹⁴. Türk doktrininde ise çocuğun malvarlığı; anne babanın kullanım hakkının bulunduğu malvarlığı değerleri ve anne babanın kullanım hakkının bulunmadığı çocuğun serbest malları⁸¹⁵ (anne babanın kullanım hakkının istisnasını teşkil eden mallar⁸¹⁶) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanun koyucunun örtülü olarak yaptığı ileri sürülen bir diğer ayrım

⁸¹² Akıntürk, s. 443.

⁸¹³ Akıntürk, s. 443.

⁸¹⁴ Marxer Keller, s. 33-34; Eggel, s. 195.

⁸¹⁵ Gökkaya, V.: *Ana ve Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 133, 2017, s. 325-348, s. 333-338.

⁸¹⁶ Çınar, Ö.: *Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı*, İÜHFM 2013, S. 1, s. 1355-1363, s. 1358-1360.

göre ise çocuğun malvarlığı; anne ve babanın yönetim ve kullanma hakkına sahip olduğu mallar ve çocuğun serbest malları olmak üzere iki malvarlığından oluşmaktadır⁸¹⁷.

Aynı ikame ilkesinin çocuğun malvarlığı kapsamında uygulanıp uygulanmayacağıının incelenebilmesi için bu ayrımlardan ziyade, çocuğun annesi ve babası tarafından idare edilen malvarlığı ve çocuk tarafından idare edilen malvarlığı şeklinde bir ayrımın yapılmasının daha doğru olacağı kanaatini taşımaktayız.

Nitekim, aynı ikame ilkesi üçüncü kişiler tarafından idare edilen malvarlığının korunması amacıyla kabul edilmiş bir ilkedir⁸¹⁸. Aynı şekilde, bir kimsenin iki farklı malvarlığı masasına sahip olması ve iktisap edilen değer bu iki malvarlığı masasından hangisine tahsis edileceğini belirleyici işleve sahiptir⁸¹⁹. Sonuncusu, İsviçre doktrininde bir kısım yazarlarca malvarlığında ikame ilkesi olarak ele alınmakta olup⁸²⁰, bu görüştekiler için aynı ikame ilkesi üçüncü kişi tarafından idare edilen malvarlığında uygulanır⁸²¹.

Tüm bunlar göz önüne alındığında, bu ilkenin çocuğun malvarlığı çerçevesinde uygulanıp uygulanmayacağını tespit için dikkate alınması gereken ayrım; çocuğun annesi ve babası tarafından idare edilen malvarlığı ve çocuğun kendisinin idare ettiği ve üzerinde hak sahibi olduğu malvarlığıdır. Dolayısıyla, bu ilkeye ilişkin

⁸¹⁷ Çelik, s. 74.

⁸¹⁸ Örn. Bkz. BGB § 1646 ve BGB § 2019'un koruma amaçları. Ayrıca bkz. Objektif ikame hakkındaki açıklamalar. Bkz. Birinci Bölüm, II., C.

⁸¹⁹ Bkz. Birinci Bölüm, II., B., 1., c.

⁸²⁰ Bkz. Birinci Bölüm, II., B., 1., b.

⁸²¹ Piotet, SPR Bd. IV/2, s. 610 vd., s. 757- 760; Deschenaux, H./Steinauer, P.-H., Le nouveau droit matrimonial, Bern 1987, s. 242, dn. 51 bkz. Huwiler, s. 81; Simonius, s. 8 vd., 13 vd. ve 61 vd.

değerlendirmelerin çocuğun genel malvarlığı ve çocuğun serbest malları çerçevesinde yapılmasının yerinde olmayacağı söylenebilir. Bu ayrım temel alınarak yapılan değerlendirme ancak çocuğun serbest malları kapsamına giren tüm değerlerin anne ve babanın idaresi dışında bırakıldığı durumlarda doğru olabilecektir. Çünkü açıkça anne ve babanın yönetimi dışında bırakılmayan kazandırmaların gelirleri hem çocuğun serbest mallarından sayılmakta olup hem de anne ve babanın idaresine tabiidir. Doğrudan serbest mallar çerçevesinde yapılacak ayni ikame ilkesi değerlendirmesi bu sebeple yanlış değerlendirmelere sonuç verebilecektir. Zira, kanunda düzenlenmediği takdirde, üçüncü kişiler tarafından idare edilen malvarlığında, ayni ikame olayının gerçekleşeceğini kabule, aleniyet ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle itiraz edilebilmektedir⁸²². Bir kimseye ait iki farklı malvarlığı bulunması halinde ise ayni ikame ilkesinin, İsviçre doktrinindeki yazarların nitelendirmesi ile malvarlığında ikame ilkesinin, uygulanması durumunda aynı itiraz söz konusu olmamaktadır⁸²³. Ayni ikame ilkesi yolu ile çocuğun hak iktisabının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin cevabı için de malvarlığı masalarının doğru tespiti de önem taşımaktadır. Bu tespit de en doğru şekilde çocuğun anne babası tarafından idare edilen malvarlığı ve çocuğun kendisinin idare ettiği ve üzerinde hak sahibi olduğu malvarlığı (çocuğun anne ve babasının idaresi dışındaki çocuğun serbest malları) ayrımına göre yapılabilir.

1. Çocuğun Anne-Babası Tarafından İdare Edilen Malvarlığı ve Ayni İkame

⁸²² Marxer Keller, s. 41.

⁸²³ Marxer Keller, s. 47.

a. Genel olarak

Aynı ikame ilkesi, çocuğun anne ve babası tarafından idare edilen malvarlığına bir değer otomatik olarak dahil olup olmayacağı sorusuna cevap vermektedir. Bu ilkenin kabulü halinde, iktisap üç farklı yoldan gerçekleşebilir: 1. Malvarlığına ait bir hak sebebiyle 2. Hukuki işlem aracılığıyla 3. Tazmine dayanan ikame yoluyla. İktisabın, hukuki işlem aracılığıyla gerçekleşmesi de iki şekilde mümkündür: a. Çocuğun malvarlığı aracılığı ile b. Anne-babanın kendi malvarlığı aracılığı ile.

Çocuğun, anne ve baba tarafından idare edilen malvarlığında aynı ikame ilkesinin düzenlendiği ileri sürülen BGB § 1646 (1)'e göre, anne ve babanın çocuğun malvarlığı aracılığı ile bir taşınır mal elde ettiği hallerde, ana ve babanın bu işlemi kendi hesaplarına yapmadığı ihtimalde, söz konusu taşınır malın maliki yine çocuk olacaktır. Doktrinde, çocuğun malvarlığı değerlerinin hukuki işlem yolu ile sarfını düzenleyen BGB § 1646 (1) uyarınca, anne ve babanın hukuki işlemi çocuk hesabına yaptığına ilişkin bir karinenin varlığı kabul edilmektedir⁸²⁴. Dolayısıyla anne ve baba, aksi bir durumda, çocuğun malvarlığı değerlerinin sarfını ve bunun karşılığında başka bir değer iktisabını içeren işlemi kendi hesaplarına yaptıklarını ispatla yükümlüdürler.

Türk medeni hukukunda çocuğun malvarlığında aynı ikame ilkesinin yeri olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin ana sorusu “Türk Medeni Kanunu’nda aynı ikame ilkesine ilişkin bir düzenleme var mıdır?” şeklindedir. Şayet, bu soruya verilecek cevap olumluysa, aynı ikame olayının; hak sebebiyle gerçekleşen ikame mi

⁸²⁴ NK-BGB-FamR/ Rakete-Dombek, 2014, BGB § 1646, Rn. 4; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1646, Rn. 7; Erman/Döll, BGB § 1646, Rn. 3; MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 10.

yoksa hukuki işlem aracılığıyla gerçekleşen ikame mi veyahut tazmin yoluyla gerçekleşen ikame mi olduğu sorularının cevabı önem teşkil etmektedir. Eğer ana sorunun cevabı olumsuzsa, kanunda buna ilişkin boşluk olup olmadığı; boşluk varsa bu boşluğun nasıl doldurulabileceği hususları incelenmelidir.

Aynı ikame yolu ile hak kazanımının kabulü, korunmaya muhtaç, dağılmalara açık malvarlıkları açısından önem teşkil etmektedir. Çocuğun malvarlığı da özel olarak korunmasında yarar bulunan malvarlıklarından birini oluşturmaktadır. Zira, anne ve babanın çocuğun malvarlığı değerleri üzerindeki doğrudan ve kanundan kaynaklanan tasarruf yetkileri, malvarlığı değerlerine ilişkin yönetim yetkileri çocuğun malvarlığının korunmasına hizmet etmekteyse de bu dolaysız etki çocuğun malvarlığının muhtevasında azalmalara sebep olabilecektir. Anne ve babanın çocuğun malvarlığı üzerinde oldukça geniş yönetim yetkileri bulunmaktadır. Zira, bu yetkinin konusunu sadece çocuğun mevcut malvarlığı oluşturmaz, ayrıca sonradan elde edilen ikame değerler de bu yetki kapsamına girmektedir⁸²⁵. Anne ve babanın çocuğun malvarlığını idare ederken bağımsız olmaları, güvence gösterme ve hâkimden onay alma zorunluluklarının bulunmaması, bu malvarlığını korunmasız hale getirmektedir. Kanun koyucu, çocuğun bu zayıf durumu sebebiyle, idare yetkisini “iyi bir yönetimin gerektiği şekilde” yerine getirmeyen anne ve babaya hâkimin müdahale edebileceğini düzenlemektedir (TMK m. 352/f. 2)⁸²⁶. Anne ve babanın yönetim yetkilerini kullanırlarken yeterli özeni göstermedikleri durumlarda

⁸²⁵ Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 282. Örneğin, çocuğun malvarlığına dahil bir aracın zarar görmesi sonucu ödenen sigorta bedeli de anne ve babanın yönetim yetkisi altındadır. Bkz. BK/Hegnauer, 1964, Art. 290 ZGB, N. 71; Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 283. Aynı ikamenin, yalnızca, çocuğun malvarlığı değerleri aracılığı ile iktisap edilen değerlerle sınırlı olarak gerçekleşeceği görüşü hakkında bkz. Egger, Art. 279 ZGB, N. 3.

⁸²⁶ Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 283.

hâkim uygun önlemleri alabilir (TMK m. 360/f. 1). Hâkim çocuğun malvarlığının korunması için anne ve babaya talimat verebilir, malların tevdi edilmesine yahut anne ve babanın güvence göstermesine karar verebilir (TMK m. 360/f. 1). Ayrıca, yönetimi anne ve babadan alıp yönetimin kayyımına verilmesine hükmedebilir (TMK m. 361). Bununla birlikte, hâkimin müdahalesine kadar geçen sürede çocuğun malvarlığı nasıl korunacaktır? Anne-babanın, çocuğun malvarlığı dolayısıyla sorumluluğu çocuğun mallarını ona devrettikleri anda meydana gelir (TMK m. 362)⁸²⁷. Dolayısıyla, her ne kadar onların çocuğun malvarlığını idare ederlerken hâkim koruma önlemleri alabilirse de sorumlulukları yönetimin sona ermesi ile doğar (TMK m. 362)⁸²⁸. Çocuğun mallarının iadesine ilişkin sorumlulukları da TMK m. 363/f. 1 uyarınca “vekil gibi” sorumlu olmalarından dolayı vekâlet hükümlerine göre belirlenir.

Anne ve babanın iade yükümlülüklerini düzenleyen TMK m. 363/f. 2’de ise anne-babanın dürüstlük kuralına uygun olarak başkalarına devrettikleri mallar yerine sadece aldıkları karşılığı iade edecekleri ifade edilmektedir. Bu madde hükmündeki “başkasına devrettikleri malların yerine aldıkları karşılığı” ibaresi, aynı ikame düzenlemesini çağrıştırmaktadır. Bu ibare “edinilmiş malların yerine geçen değerler” (TMK m. 219) ve “kişisel malların yerine geçen değerler” ile benzerlik göstermektedir. Bu noktada, ana soru olan söz konusu maddenin bir aynı ikame kuralı örneği teşkil edip etmediği sorusu tekrar gündeme gelmektedir. Medeni Kanununun gerekçesi ve mehzaz kanununun ZGB’nin ilgili maddesi Art. 327 Abs. 2 ZGB bu sorunun cevabını tespit için yol gösterici olabilir.

⁸²⁷ Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 290.

⁸²⁸ Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 290.

b. Art. 327 Abs. 2 ZGB ve TMK m. 363/f. 2 Hükümlerine Genel Bir Bakış

Çocuğun malvarlığı, tüm malvarlıkları bakımından söz konusu olduğu gibi sabit bir malvarlığı değildir⁸²⁹ ve muhtevası anne ve babanın velâyetleri çerçevesinde yaptıkları işlemler sonucu değişime uğrar. Anne ve baba, çocuğun malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf edebilirler ve bu değerler yerine ikame değerler elde edebilirler⁸³⁰. Art. 327 Abs. 2 ZGB ve TMK m. 363/f. 2 ise anne ve babanın velâyetleri devam ederken iktisap ettikleri değerlerin, velâyet sona erdiğinde ise iadelerine ilişkin yükümlülüklerinin kapsamını ve bundan dolayı sorumluluklarını düzenlemektedir.

Art. 327 Abs. 2 ZGB'ye⁸³¹ ve TMK m. 363/f. 2'ye göre, anne ve babanın vekâlet yetkileri sona erdiğindeki iade yükümlülüklerinin kapsamına, dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine aldıkları karşılığı geri verme yükümlülüğü de girmektedir.

Art. 327 Abs. 2 ZGB ve TMK m. 363/f. 2, anne ve babanın iade yükümlülüklerini onların dürüstlük kuralına uygun olarak devrettikleri mallarla elde ettikleri değerlerle sınırlamaktadır. Dürüstlük kuralına uygunluk unsuru iki kritere göre belirlenecektir. Birinci kriter, anne ve babadan gösterilmesi beklenen özen ölçüsüdür. İkinci kriter ise, çocuğun menfaatine hareket kriteridir. Art. 327 Abs. 2 ZGB'ye ilişkin şerhlerde,

⁸²⁹ BSK/Breitschmid, Art. 327 ZGB, N. 6; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 327 ZGB, N. 20.

⁸³⁰ BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 327 ZGB, N. 21.

⁸³¹ "II. Des Vormunds. Art. 327 Abs. 2: Für das, was sie in guten Treuen veräussert haben, ist der Erlös zu erstatten".

dürüstlük kuralına uygun hareketin, anne ve babanın kişisel yeterliliklerine, özelliklerine bakılarak belirlenen özen ölçüsü göz önüne alınarak tespit edileceği ifade edilmektedir⁸³². Anne ve babanın kişisel yeterliliklerine göre yapılan özen değerlendirmesine uygun bir tasarrufun gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenmeli ve ancak buna uygun bir tasarruf neticesinde, anne ve baba, sadece elde edilen ikame değerini iadesi ile sorumlu tutulmaktadırlar.

Anne ve baba, velâyet hak ve yetkilerini kullanırken TMK m. 339 uyarınca çocuğun menfaatinin göz önüne alarak karar almakla ve hukuki işlemleri gerçekleştirmekle yükümlüdürler. İşte, dürüstlük kuralına uygun davranmanın ikinci unsuru ise çocuğun menfaatinin dikkate alınarak tasarruf işlemini yapmak oluşturmaktadır⁸³³. Ayrıca, anne ve babanın şahsi menfaatleri bu hukuki işlemin gerçekleşmesinde hiçbir rol oynamamalıdır⁸³⁴. Aksi takdirde, işleme TMK m. 340 uyarınca kayyımın katılması ve hâkimin onay vermesi gerekir. Bu madde hükmüne göre, anne ve baba, tasarruf işlemlerinin sonucunda bir değer (“Erlös”) iktisap etmiş olmalıdırlar⁸³⁵. Anne ve baba, kişisel durumlarına göre belirlenen özen ölçüsü çerçevesinde ve çocuğun menfaatine olmak üzere çocuğun malvarlığına ait malı rayiç değerinin altında satmış olsa dahi dürüstlük kuralına uygun hareket etmiş olmaları sebebiyle, yalnızca elde ettikleri bedeli iade ile yükümlü olup, rayiç değerle elde edilen bedel arasındaki

⁸³² BK/Hegnauer, 1964, Art. 300 ZGB, N. 32; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 327 ZGB, N. 21.

⁸³³ BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 327 ZGB, N. 21.

⁸³⁴ BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 327 ZGB, N. 21.

⁸³⁵ Hoffmann (Berichterstatter der Kommission): Vorlage des Bundesrates Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Sten. Bull.), 1905, s. 1187, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20027469.pdf?id=20027469>, s.e.t. 06.10.2020; Curti-Forrer, E.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, Zürich 1911, Art. 300 ZGB, N. 6; Silbernagel, A./Wäber, P.: Art. 300 ZGB, Berner Kommentar Bd. II Familienrecht, 2. Abt. Die Verwandtschaft Art. 252-359 ZGB, 2. Aufl, Bern 1927, N. 5 (BK/Silbernagel/Wäber, 1927, Art. 300 ZGB, N. 5) bkz. Marxer Keller, s. 49; KUKO ZGB/ Cottier, Art. 326/327 ZGB, N. 4.

farktan da sorumlu olmamaktadırlar⁸³⁶. Malın rayiç değeri ile elde edilen bedel arasındaki fark sebebiyle doğan zarara da çocuk katlanır⁸³⁷. Şayet, anne ve baba, söz konusu tasarruf işlemini dürüstlük kuralına uygun şekilde gerçekleştirdiklerini ispatlayamazlarsa, aradaki bu farkı karşılamakla yükümlü olurlar⁸³⁸. Anne ve babanın elde ettiği karşılığın rayiç değerden fazla olması halinde, bu fazlalık da çocuğun malvarlığına girer⁸³⁹.

Anne ve baba, çocuğun mallarını prensip itibariyle değeri itibariyle değil de aynen vermek zorundadırlar⁸⁴⁰. Dolayısıyla, ikame değerleri de aynen vermekle yükümlüdürler. Buna ilişkin talep hakkı da aynı bir talep hakkıdır⁸⁴¹.

c. Art. 327 Abs. 2 ZGB ve TMK m. 363/f. 2 Hükümleri Aynı İkame Düzenlemesi Teşkil Etmekte Midir?

Art. 327 Abs. 2 ZGB ve TMK m. 363/f. 2 hükümlerinin aynı ikame düzenlemesi olup olmadığını belirlemek için öncelikle normun koruma amacının tespiti gerekir.

BGB'deki aynı ikame düzenlemelerinin koruma amaçları incelendiğinde tüm bunların ortak noktalarının malvarlığının korunması olduğu görülmektedir⁸⁴².

⁸³⁶ BSK/Breitschmid, Art. 327 ZGB, N. 6; KUKO ZGB/ Cottier, Art. 326/327 ZGB, N. 4.

⁸³⁷ BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 327 ZGB, N. 23.

⁸³⁸ BK/Hegnauer, 1964, Art. 300 ZGB, N. 36; BSK/Breitschmid, Art. 327 ZGB, N. 6; Meier, P. /Stettler, M.: Droit de la filiation, 5^{ème} éd., Genève/Zürich 2014, Rz. 974 dn. 2260 bkz. BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 327 ZGB, N. 23, Papaux van Delden, Art. 327 ZGB, N. 7 bkz. BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 327 ZGB, N. 23.

⁸³⁹ BK/Hegnauer, 1964, Art. 300 ZGB, N. 37; CHK/Biderbost, Art. 326-327 ZGB, N. 4; BK/Affolter- Fringeli/ Vogel, Art. 327 ZGB, N. 24.

⁸⁴⁰ Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 290.

⁸⁴¹ Marxer Keller, s. 49.

⁸⁴² Motive V., § 2081, s. 583; Windmüller, s. 39; Buhrow, s. 62 bkz. Menken, s. 50, dn. 1. BGB § 2041 için bkz. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 1; BeckOGK/Rißmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn. 3; NK-BGB/Ann, 2018, BGB §2041, Rn. 1. BGB § 2111 için bkz. BGH, Urteil vom 17. 3. 2010 -IV ZR 144/08 bkz. ZEV 2010 H.5, s. 247; Erman/Schmidt, BGB § 2111, s. 5976, Rn. 1. BGB § 1418 için bkz. Motive IV, s. 178; Heinemann, J.: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II,

Malvarlığının korunması iki kişinin menfaatine hizmet etmektedir: Malvarlığı üzerinde hak sahibi olan kişinin ve onun alacaklılarının. Malvarlığının azalmalara karşı korunması sayesinde alacaklıların alacaklarını elde etmeleri sağlanmış olacaktır. Art. 327 Abs. 2 ZGB'nin koruma amacına bakmak gerekirse, buna ilişkin İsviçre Devletler Meclisi'nin İsviçre Medeni Kanun'u hakkındaki (Vorlage des Bundesrates) görüşmelerine dair rapor incelendiğinde bu maddenin (eski Art. 310 ZGB) anne ve babanın sorumluluğunu sınırlayan bir madde olduğu, onların yetkileri çerçevesinde dürüstlük kuralına uygun olarak tasarruf ettikleri değer karşılığını iade ile sorumlu olacağı belirlenebilmektedir⁸⁴³. Madde hükmünün çocuğun malvarlığının korunmasından ziyade anne ve babanın sorumluluklarının sınırını çizen bir düzenleme olduğu çıkarılabilmektedir. Nitekim madde kenar başlığını da "Sorumluluk" ("Verantwortlichkeit") oluşturmaktadır. Bu fıkra ile ilişkili doktrinde yapılan değerlendirmelerden biri, bunun anne ve babayı koruyan bir hüküm olduğu yönündedir⁸⁴⁴. Sonuçta, dürüstlük kuralına uygun bir tasarruf çocuğun menfaati için yapılırsa da rayiç değer altında karşılık elde edilmesinde olduğu gibi bu işlem her zaman çocuğun menfaatine sonuç doğurmayabilir. Buna rağmen, anne ve baba yalnızca sarf ettikleri değer karşısında elde ettikleri değer iadesiyle yükümlü olurlar. Bu fıkra olmasaydı, dürüstlük kuralına uygun olarak yaptıkları bir tasarruf işlemi neticesinde anne ve baba elden çıkardıkları değer karşılığında elde ettikleri değer piyasa değerinden az olması

Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg/ Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 15. Aufl., Köln 2017, BGB § 1418, s. 4651, Rn. 4 (Erman/Heinemann, BGB § 1418, s. 4651 Rn. 4). BGB § 1646 için bkz. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 63, Rn. 17; Staudinger/Heilmann, 2016, Rn. 2; Beck-OGK/Becker Rn. 3; MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 1.

⁸⁴³ Hoffmann, 1905, s. 1187.

⁸⁴⁴ Marxer Keller, s. 49.

halinde aradaki farkı ifa ile yükümlü olabilecekken, bu hüküm sebebiyle bu farktan dolayı sorumlu tutulmamaktadırlar.

Türk doktrinde ise bir görüşe göre, yürürlükteki TMK m. 363/f. 2'yi -anne ve babanın intifa hakkı sahibi gibi sorumlu olacaklarına ilişkin hüküm hariç olmak üzere-karşılayan EMK m. 288/f. 1 özel bir düzenleme teşkil etmektedir⁸⁴⁵. Burada yazar, söz konusu fıkayı bir sorumluluk hükmü olarak ele almaktadır⁸⁴⁶. Yine başka bir yazara göre, TMK m. 363/f. 2, anne ve babanın sorumluluğunu sınırlayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁴⁷. Türk literatürü incelendiğinde; bu maddenin bir ikame düzenlemesi olarak ele alınmak yerine, anne ve babanın sorumluluğuna ilişkin bir hüküm olarak değerlendirildiği tespit edilmektedir⁸⁴⁸. Yazarların bu hükmü sorumlulukla ilişkili olarak değerlendirmesi şaşırtıcı değildir. Zira, hem EMK m. 288/f. 1'in hem de TMK m. 363/f. 2'nin kenar başlığı "Mes'uliyet/Ana ve Babanın Sorumluluğu" dur. TMK m. 363'ün madde gerekçesi incelendiğinde de aynı ikame kuralına ilişkin bir herhangi bir açıklama mevcut değildir⁸⁴⁹. Her ne kadar bu fıkra anne ve babanın sorumluluğunun sınırlarını çizen bir hüküm niteliği taşısa da bu hükmün aynı ikame düzenlemesi özellikleri taşıdığı da göz ardı edilmemelidir. Maddede, anne-babanın çocuğun malvarlığına ait "malların yerine (sadece) aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler" ifadesi ile dolaylı olarak malların yerine elde edilen değerlerin yine çocuğun malvarlığına ait

⁸⁴⁵ Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 292.

⁸⁴⁶ Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998, s. 292.

⁸⁴⁷ Baygın, s. 414.

⁸⁴⁸ Bkz. Velidedeoğlu, s. 306; Akıntürk, s. 438; Öztan (Aile Hukuku), s. 1200; Kılıçoğlu (Aile Hukuku), s. 664; Serozan, R.: Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 295 (Serozan (Çocuk Hukuku), s. 295); İnan, s. 152; Gürsel, N.: *Çocuk Malları ve Ana-Babanın İstifade Hakkı*, Adalet Dergisi 1949, S. 7, s. 972-994, s. 992.

⁸⁴⁹ Adalet Bakanlığı: Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002, s. 442

olacağı çıkarılabilmektedir. Benzer ibareye, TMK m. 219 (“edinilmiş malların yerine geçen değerler”) ve TMK m. 220’de (“kişisel malların yerine geçen değerler”) de rastlanmaktadır. Bu maddelerle amaçlanan her bir eşin kişisel mallarının ve edinilmiş mallarının azalmalara karşı korunmasıdır⁸⁵⁰. TMK m. 363/f. 2’de anne ve babanın çocuğun malvarlığı değerlerini feda ederek iktisap ettikleri değerlerin çocuğa iadesini düzenlemekle iktisap edilen değerlerin çocuğun malvarlığına ait olabileceği, bu suretle de çocuğun anne ve baba tarafından idare edilen malvarlığı masasının korunduğu ileri sürülebilir. Yalnız, göz ardı edilemeyecek bir hususun TMK m. 219 ve TMK m. 220’nin, TMK m. 363/f. 2’den farklılık arz etmesi durumu olduğu söylenebilir. Zira TMK m. 219 ve TMK m. 220’de bir kimseye ait birden fazla malvarlığı masasının hak sahibi tarafından yönetilmesi ve aynı ikame ilkesinin fonksiyonunun iktisap edilen değer bir kimseye ait iki malvarlığı masasından hangisine dahil olacağının belirlenmesi olmasıdır. TMK m. 363/f. 2’de ise bunun aksine üçüncü kişi tarafından idare edilen bir malvarlığı söz konusudur. Dolayısıyla, maddelerin salt lafzına bakarak bir sonuca varmanın yanlış olabileceği ifade edilebilir.

Üçüncü kişi tarafından idare edilen bir malvarlığına ait bir değer elden çıkarılması suretiyle iktisap edilen yeni değer yine o malvarlığına girmesi için işlemin doğrudan temsil yolu ile yapılması gerekmektedir. Keza doğrudan temsilde, temsilci işlemi, temsil olunanın adına ve hesabına yaptığı için hak sahibi de başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın temsil olunan olur (TBK m. 40). Bu sebeple, anne ve

⁸⁵⁰ Steck/Fankhauser, Art. 196 ZGB, N. 8; BK/Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992, Art 198 ZGB, N. 52; BSK/Hausheer, 2002, Art. 198 ZGB, N. 30; CHK/Jungo, Art 198 ZGB, N. 14; OFK/Nuspliger, Art 198 ZGB, N. 11; Steck/Fankhauser, Art. 198 ZGB, N. 17.

babanın çocuk adına ve hesabına yaptığı hukuki işlemlerde çocuğun malvarlığı değerleri sarf edilerek iktisap edilen değerlerin çocuğun malvarlığına girmesi doğrudan temsilin bir sonucu olmaktadır. Anne ve babanın çocuk adına hukuki işlem yaparlarken bu işlemi kendi yararlarına yapmaları halinde, bu işleme TMK m. 345 uyarınca kayyım atanması ve hâkim onayı gerekmektedir. Kayyımın katılımının ve hâkim izninin olmadığı durumlarda anne ve babanın çocuğu temsilen yaptığı bu tür işlemler hüküm doğurmamaktadır. Örneğin, anne ve babanın çocuk adına üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme gereği kendi yararlarına hayat sigortası yapmaları halinde bu işlemde çocuğu kayyım temsil etmemişse ve bu işleme hâkimin izninin olmaması durumunda söz konusu işlem geçersiz olacaktır⁸⁵¹. Çocuk adına fakat dolaylı olarak anne ve babaya yarar sağlayan işlemlerde ise- örneğin ana- babanın kendi menfaatlerine harcamak üzere çocuk adına kredi çektikleri ihtimalde- üçüncü kişinin iyi niyetli olmasının bu işlemi geçerli kılacağı ifade edilmektedir⁸⁵². Bu durumda ise anne ve baba çocuğun zararını tazminle yükümlü olurlar. Bununla beraber, anne ve baba malvarlığı değerini dolaylı temsil yolu ile sarf ettiği durumda iktisap edilen değer TMK m. 363/f. 2 uyarınca doğrudan çocuğun malvarlığına girecek midir? Bu madde, aynı BGB § 1646 (1)'de olduğu gibi dolaylı temsil aracılığı ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak tasarruf edilen malvarlığı değeri yerine iktisap edilen değeri doğrudan, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın; çocuğun malvarlığına dahil olacağına ilişkin bir hüküm ihtiva etmekte midir? Başka bir ifade ile burada aynı ikame yolu ile hak iktisabı düzenlenmekte midir? Bu yolla, örneğin, herhangi bir devir işlemine gerek kalmaksızın çocuğun taşınmaz üzerinde hak sahibi olması mümkün olabilecek midir? BGB § 1646 (1)'e göre, “Anne ve baba çocuğun

⁸⁵¹ Baygın, s. 307-308.

⁸⁵² Baygın, s. 308-309.

malvarlığı aracılığı ile bir taşınır mal elde ederlerse, bu taşınır malın maliki yine çocuk olmaktadır, meğerki anne ve baba bu işlemi kendi hesaplarına yapsınlar. Beyaz ciro şeklinde devredilen hamiline ve emre yazılı senetler hakkında da bu hüküm uygulanmaktadır⁸⁵³. BGB § 1646 (1)'de anne ve babanın çocuğun malvarlığı aracılığı ile bir taşınır mal elde etmeleri durumunda, bu taşınır malın, anne ve babanın söz konusu işlemi kendi hesaplarına yapmadıkları sürece, çocuğa ait olacağı düzenlenmektedir. Bu hükmün koruma amacı şu şekilde açıklanabilir: Velâyet hakkı, anne ve babaya çocuğun malvarlığının korunması için hukuki işlemler yapma ve hukuki tasarruflarda bulunma yetkisi verir. Anne ve baba, bu işlemleri BGB § 1629'un onlara tanıdığı temsil yetkisiyle gerçekleştirir⁸⁵⁴. BGB § 164'e göre, doğrudan temsille yapılan hukuki işlemlerin sonucu da doğrudan çocuk üzerinde doğar⁸⁵⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki, anne ve baba geniş anlamdaki bu hukuki işlemleri kendi adlarına da yapabilirler⁸⁵⁶. Nitekim bu husus BGB § 1646'nın ilk fıkrasından da çıkarılabilmektedir. Bu paragrafa göre aynı ikame ilkesinin uygulanabilmesi için anne ve babanın bu hukuki işlemi çocukları hesabına yapması gerekmektedir. Buradan da ebeveynin bu işlemi kendi adlarına yapabilecekleri anlaşılabilmektedir. Anne ve babanın çocuğun malvarlığı üzerinde sahip oldukları aracısız güçleri, menfaat çatışmasına yol açabilir. Her ne kadar anne ve baba velâyet haklarını kullanırlarken yapacakları her işlem ve tasarrufta çocuğun menfaatini ön planda tutacaklarsa da ve hatta onlar çocuğun malvarlığını koruma, onu arttırma

⁸⁵³ eBGB § 1646'ya göre yalnızca baba çocuğun malvarlığını idareye yetkiliydi. Bkz. 1. Fassung-Reichsgesetzblatt 1896, S. 195, Nr. 21, ausgegeben am 24. 08. 1896, in Kraft seit 01. 01. 1900.

⁸⁵⁴ Menken, s. 28.

⁸⁵⁵ Menken, s. 28.

⁸⁵⁶ Schiebel, H.: Die Surrogation nach §1381 BGB, Breslau 1934, s. 3; Lappe, W.: Aufrechnung bei Rechtsgeschäften mit Surrogation nach § 1381 BGB und verwandten Fällen des Familien- und Erbrechts, Köln 1938, s. 27; Spindler, s. 24; Menken, s. 28, dn. 3

görevini haiz olsalar da⁸⁵⁷; onların sahip olduğu bu güç, çocuğun malvarlığının mevcudiyetini tehlikeye sokabilir. İşte bunun önüne geçebilmek ve çocuğun malvarlığını koruyabilmek için, BGB § 1646'da bazı şartların⁸⁵⁸ varlığı halinde,

⁸⁵⁷ Schülter, s. 271, Rn. 370; Erman/Döll, BGB § 1626, Rn. 17; Schwab, § 72, Rn. 858; MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1626, Rn. 56 bkz. dn. 113; Staudinger/Peschel-Gutzeit, 2015, BGB § 1626, Rn. 64; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1626, Rn. 71; BeckOGK/Amend-Traut, 2020, BGB § 1626, Rn. 150.

⁸⁵⁸ BGB § 1646'ya göre aynı ikamenin şartları şunlardır: 1. Bir kazanım elde edilmelidir. 2. Bu kazanım, çocuğun malvarlığı aracılığı ile elde edilmelidir. 3. Anne ve baba kendi adlarına ve çocukları hesabına hareket etmelidir. Tüm bu unsurlar ancak bir arada bulunursa aynı ikame uygulanacak ve çocuk malın maliki olacaktır.

Aynı ikame ilkesinin uygulanmasının ilk şartı bir kazanımın elde edilmesidir. Bu kazanım taşınır mallar üzerinde kurulan mülkiyet hakkından, rehin hakkından, intifa hakkından (Staudinger/Heilmann, 2016, BGB § 1646, Rn. 6; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1646, Rn. 2); beyaz ciro şeklinde devredilen hamiline ve emre yazılı senetlerden, şekle tabi olmayan temlik sözleşmelerine konu olabilen haklardan (§§ 398, 413) oluşur. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 4. Kazanımı şekle tabi haklar ve kazanımı tapu siciline tescile bağlı haklar bu paragrafın uygulama alanı dışında kalır. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 5; Heilmann, S.: BGB § 1646, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 4 Familienrecht §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2-Vermögenssorge, Kinderschutz, Sorgerechtswechsel), 2016, Rn. 8 (Staudinger/Heilmann, 2016, BGB § 1646, Rn. 8). Hak kazanımının tapu siciline tescile bağlı olduğu hallerde bu paragrafın uygulanmamasının sebebi, tapu sicilindeki sicilin doğru olmasındaki kamu menfaatinin, çocuğun malvarlığının korunmasındaki menfaate göre üstün tutulmasıdır. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 5. Gernhuber/ Coester-Waltjen, bu paragrafın kapsamının, hakkın kazanılmasının tapu siciline tesciline bağlı olduğu halleri de içine alacak şekilde kabulüne, tapu sicilindeki şeffaflığı ve tescilin doğruluğuna güveni ortadan kaldıracı bir gerekçeleriyle karşı çıkmakta olup, bu durumlarda uygulanmayacağını ileri sürmektedir. Gernhuber/ Coester-Waltjen, § 63, Rn. 17. Aynı ikame olayı ikinci şartına göre kazanım çocuğun malvarlığı aracılığı ile elde edilmiş olmalıdır. Elde edilen şey ile çocuğun malvarlığı arasında bir illiyet bağı olmalıdır. Bkz. Thiele, s. 28; Feist, s. 84; Schmitt, s. 11; Lindenberg, s. 50; Menken, s. 38, dn. 2. Bu bağ, malvarlığına ait kaynakların (Bu kaynaklar, çocuğun nakdi varlığından, alacak hakkından ve malvarlığına ait diğer değerlerden oluşur. Bkz. NK-BGB-FamR/ Rakete-Dombek, 2014, BGB § 1646, Rn. 3) kullanılması ile kazanım arasında edim- karşı edim gibi bir ilişkinin varlığı halinde kurulmuş olur. Bkz. Feist, s. 84. Başka şekilde ifade etmek gerekirse, aynı ikame olayının gerçekleşmesi için malvarlığının azalması sonucu ve bunun aracılığıyla başka bir değer elde edilmelidir. Bkz. Thiele, s. 28. Buna göre; elde edilen ikame değer, malvarlığının azalmasına sebep olan elden çıkan değer karşı edimini oluşturmaktadır. Thiele, s. 28. İkame olayının bir diğer şartı ise anne ve babanın kendi adlarına ve çocukları hesabına hareket etmeleridir. Anne ve baba çocuğun malvarlığını idare ederken, iki farklı şekilde hareket edebilir: 1. Malvarlığı ile ilgili işlemleri çocuk adına yapabilirler. 2. (Ya da) Bu işlemleri kendi adlarına yapabilirler. İkinci ihtimalde de ana ve baba yine iki farklı şekilde hareket edebilir: a. Bu işlemleri kendi adlarına fakat çocukları hesabına yapabilirler. b. (Ya da) Bu işlemleri kendi hesaplarına veya üçüncü kişilerin hesabına yapabilirler. Yukarıda 1. ile belirtilen durumda, BGB § 164 uyarınca hukuki etki, bu bir doğrudan temsilin sonucu olarak, doğrudan çocuğun üzerinde doğmaktadır. Dolayısıyla, bu durumda aynı ikame ilkesinin uygulama alanı bulamadığı ifade edilebilir. Yukarıda 2. b. ile belirtilen halde de BGB § 164 (2) gereğince hukuki etki dolaylı temsilci anne ve baba üzerinde doğmakta olup anne ve babanın üçüncü kişiye sahip oldukları hakkı devretmeleri gerekmektedir. Her ne kadar BGB § 164 (2)'ye göre, 2. a. ile belirtilen ihtimalde de aslında anne ve babanın hak sahibi olması ve bu hakkın sonradan çocuğa devredilmesi gerekteyse de BGB § 1646, bu tür işlemlerde herhangi bir devir işlemine gerek kalmaksızın, hakkın doğrudan sahibi olarak çocuğu belirlediği için, dolaylı temsil hükmü uygulama alanı bulmamaktadır. Bu paragrafın, tüm bu sebeplerle dolaylı temsile doğrudan temsilin sonuçlarını bağladığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Bununla birlikte, anne ve baba bu hukuki işlemi ancak çocuk hesabına yapmışlarsa yukarıda belirttiğimiz sonuç ortaya çıkar (BGB § 1646). Aksi takdirde, asıl hak sahibi ana ve baba olup (MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 15) çocuk ancak

çocuğun malvarlığı aracılığıyla elde edilen taşınır bir malın malikinin yine çocuk olacağı düzenlenmektedir⁸⁵⁹. Böylece, BGB § 1646 ile anne-baba ve çocuk arasındaki menfaat çatışmasının ortadan kaldırılmasının⁸⁶⁰ ve başkaları tarafından idare edilen malvarlığının mevcudiyetinin korunmasının amaçlandığı ileri sürülebilir. Nitekim bu hükümle, dolaylı temsile doğrudan temsilin sonuçları bağlanmış olup, çocuğun herhangi bir tasarruf işlemine gerek kalmaksızın elde edilen malın maliki olması sağlanmaktadır. Çocuk açısından bu sonucun başka bir avantajı da vardır. BGB § 1646 olmasaydı, anne ve babanın iflas etmesi durumunda, çocuk Alman İflas Kanunu'nun ["*Insolvenzordnung (InsO)*"] 38. paragrafına göre⁸⁶¹ sadece iflas alacaklısı olabileceken; bu hüküm uyarınca, hakkın sahibi olarak InsO § 47'ye

hakkın kendisine devrini ya da uğradığı zararı; anne ve babasının velâyet hakkının getirdiği yükümlülükleri ihlal ettiği gerekçesi ile onlardan talep edebilir. Löhnig, M.: BGB § 1646, Löhnig, M. (Red.), Gietl, A. et. al. (Bearbeitet von), Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 19/2 Familienrecht 3/2 §§ 1616-1717, 13. Aufl., Stuttgart 2017, Rn. 13 (Soergel/Löhnig, BGB § 1646, Rn. 13); Becker, P.: BGB § 1646, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.), Wellenhofer, M. (Hrsg.), Buch 4 Familienrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2021, Rn. 24 (BeckOGK/Becker, 2021, BGB § 1646, Rn. 24); MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 15. Tüm bunlar göz önüne alındığında, aynı ikame ilkesi yolu ile çocuğun hak sahibi olabilmesinin ebeveynlerin iradesine/isteğine bağlı olduğu ileri sürülebilir. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 63, Rn. 16; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1646, Rn. 4; MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 9, dn. 16. Yalnız, bu mutlak değildir çünkü BGB § 1646'da ebeveynlerin söz konusu hukuki işlemi çocukları hesaplarına yaptıklarına dair bir karinenin varlığı ileri sürülmektedir. NK-BGB-FamR/ Rakete-Dombek, 2014, BGB § 1646, Rn. 4; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1646, Rn. 7; Erman/Döll, BGB § 1646, Rn. 3; MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 10. Böylelikle, ihtilaf halinde ebeveynlerin bu hukuki işlemi çocuğun hesabına yapmak istediklerine ilişkin iradelerinin varlığı BGB § 1646 uyarınca kabul edilmektedir. Bkz. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 63 Rn. 18, 19 dn. 33; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1646, Rn. 7, Erman/Döll, BGB § 1646, Rn. 3; Soergel/Strätz, BGB § 1646, Rn. 3 bkz. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 10. Aksini ispat yükü ise yani bu işlemi kendi hesaplarına yaptıklarına ilişkin ispat yükü anne ve babadadır. Bkz. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 63, Rn. 18-19, dn. 33, BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1646, Rn. 7; Erman/Döll, BGB § 1646, Rn. 3, Soergel/Strätz, BGB § 1646, Rn. 3; MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 10.

⁸⁵⁹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 63, Rn. 15; Staudinger/Heilmann, 2016, BGB § 1646, Rn. 6; BeckOGK/Becker, 2021, BGB § 1646, Rn. 5.

⁸⁶⁰ Menken, s. 28.

⁸⁶¹ Alman İflas Kanunu paragraf 38'e göre, iflas masası, iflas açıldığında iflas edene karşı malvarlığına ait bir talep hakkına sahip olan iflas alacaklısının tatmin edilmesine hizmet etmektedir. Bkz. InsO § 38: "*Die Insolvenzmasse dient zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben*".

göre⁸⁶², hakkın konusu şeyi iflas masasından çekip alma, ayırma hakkına sahip olmaktadır⁸⁶³. Bu madde hükmünün, anne ve babanın çocuğun malvarlığı değerlerine ilişkin tasarruf işlemini çocuğun hesabına yaptıklarına dair bir karineyi ihtiva ettiği de ileri sürülmektedir⁸⁶⁴. Buna göre, anne ve baba tasarruf işlemini kendi adına yapıyor olsa da söz konusu işlemi çocuğun hesabına yaptığına dair bir karinenin varlığı kabul edilmekte ve BGB § 1646 (1) uyarınca da çocuğun malvarlığına ait bir taşınır üzerinde tasarruf edildiği durumda işlemi kendi adlarına yapsalar dahi elde edilen değer in çocuğun malvarlığına ait olacağı belirtilmektedir.

BGB § 1646 (1) ve TMK m. 363/f. 2 karşılaştırıldığında iki maddenin lafzen birbirinden farklı olduğu tespit edilmektedir. Zira, TMK m. 363/f. 2’de çocuğun mallarının dürüstlük kuralı çerçevesinde tasarruf edilmesi halinde elde edilen değerlerin çocuğa iade edileceği düzenlenmektedir. Her ne kadar BGB § 1646 (1)’de açıkça ifade edilmemiş olsa da bu fıkra hükmünden anne ve babanın çocuğun malvarlığı değerlerini sarf etmek suretiyle kendi adlarına yaptıkları işlemlerin kural olarak çocuğun hesabına yaptıkları hususunun çıkarılabileceği, anne ve babanın çocuğun malvarlığını onun menfaatine uygun olarak idare etme yükümlülüklerinin

⁸⁶² BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1646, Rn. 5. Alman İflas Kanununun ayırma hakkını düzenleyen 47. paragrafına göre; ayni veya nisbi hakkına dayanarak hak iddia eden kişi iflas alacaklısı olarak nitelendirilmez. Hak sahibi ayırma talebini, hakkını dayandırdığı ve iflas usulünü düzenleyen hükümler haricindeki kanun hükümlerine göre ileri sürer. Bkz. InsO § 47: “*Wer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, daß ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, ist kein Insolvenzgläubiger. Sein Anspruch auf Aussonderung des Gegenstands bestimmt sich nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten*”. İflas usulü dışındaki kanun hükümleri kastedilen BGB § 985, BGB § 870 gibi bir değer in hak sahibine iadesine ilişkin hükümlerdir. Bkz. Andres, D.: InsO § 47, Nerlich, J./Römermann, F. (Hrsg.), Insolvenzordnung, 41. EL, 2018, Rn. 4. Haneke, S.: InsO § 47, Fridgen, A./ Geiwitz, A. / Göpfert, B. (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar InsO mit InsVV und EuInsVO, 12. Ed., München 2018, Rn. 128 (BeckOK InsO/Haneke, 2018, InsO § 47, Rn. 128).

⁸⁶³ MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 15; Palandt /Götz, § 1646, Rn. 1.

⁸⁶⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 63, Rn. 16; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1646, Rn. 4.7; Erman/Döll, BGB § 1646, Rn. 3; RGZ 126, 114 (117) bkz. MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 10.

varlığı göz önüne alınarak ileri sürülebilir. Anne ve baba, velâyeti kullanılırken çocuğun yüksek yararını gözetmek, hukuki işlemleri yaparken onun ekonomik ve hukuki yararlarını da korumakla yükümlüdürler⁸⁶⁵. Bu yükümlülük gereği anne ve babanın çocuğun malvarlığını idare ederken kendi adlarına ve çocuğun malvarlığı değerlerini harcayarak yaptıkları hukuki işlemleri çocuğun hesabına yaptıklarına ilişkin karinenin varlığı kabul edilebilir. TMK'nın 355. maddesi de bu karinenin varlığına aykırılık teşkil etmemektedir. Bu madde uyarınca, anne ve baba hakkaniyet gerektirdiği ölçüde aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere çocuğun mallarını sarf etme hakkını haizdirler. Bununla birlikte, söz konusu madde hükmünün istisnai hallere ilişkin olduğu da göz ardı edilemez. Zira, çocuk mallarının gelirleri ancak somut olay gerektirdiği ölçüde aile ihtiyaçları için sarf edilebilmektedir. Kural, çocuğun mallarının gelirlerinin onun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için harcanmasıdır. Anne ve babanın çocuğun malvarlığı değerlerinde tasarrufta bulunmak suretiyle ve kendi adlarına yaptıkları işlemlerin çocuk hesabına yapılmadığı anne ve baba tarafından ispat edilmelidir. Şayet anne ve baba çocuğun malvarlığı değerlerini sarf etmek suretiyle işlemi kendi hesaplarına yaparak çocuğu zarara uğratmışlarsa yahut çocuk hesabına yapılan bu işlem dürüstlük kuralına uygun değilse çocuğun uğradığı zararı TMK m. 363 uyarınca tazminle yükümlüdürler⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Akyüz, s. 227.

⁸⁶⁶ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 295. Anne ve babanın çocuk adına hukuki işlem yaparlarken bu işlemi kendi yararlarına yapmaları halinde, bu işleme TMK m. 345 uyarınca kayyım atanması ve hâkim onayı gerekmektedir. Kayyımın katılımının ve hâkim izninin olmadığı durumlarda anne ve babanın çocuğu temsilen yaptığı bu tür işlemler hüküm doğurmamaktadır. Örneğin, anne ve babanın çocuk adına üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme gereği kendi yararlarına hayat sigortası yapmaları halinde bu işlemde çocuğu kayyım temsil etmemişse ve bu işleme hâkimin izninin olmaması durumunda söz konusu işlem geçersiz olacaktır. Çocuk adına fakat dolaylı olarak anne ve babaya yarar sağlayan işlemlerde ise- örneğin ana-babanın kendi menfaatlerine harcamak üzere çocuk adına kredi çektikleri ihtimalde- üçüncü kişinin iyi niyetli olmasının bu işlemi geçerli kılacağı ifade edilmektedir. Bkz. Baygın, s. 307-308-309. Bu durumda da anne ve baba çocuğun zararını tazminle yükümlüdürler.

TMK m. 363/f. 2’den anne ve babanın çocuğun malvarlığını sarf ederek kendi adlarına hukuki işlem yapmaları halinde, bu işlemi çocuğun hesabına yaptıklarına dair bir karine olduğu çıkarımı yapılabilirse de bu tek başına bu maddenin aynı ikame kuralı olduğu sonucuna ulaşılmasında yeterli değildir. Her ne kadar İsviçre literatüründe Art. 327 Abs. 2 ZGB uyarınca tasarruf işlemi karşılığında elde edilen değer in çocuğa ait olmasının bir aynı ikame kuralı teşkil ettiği savunulmakta ise de⁸⁶⁷ TMK m. 363’ün vekâlet hükümlerine yaptığı atıf gereği ayrı bir aynı ikame kuralı düzenlemesine ihtiyaç olmadığı söylenebilir. Madde gerekçesinde buna ilişkin bir değerlendirme yer almaması da bu görüşü doğrular niteliktedir.

İsviçre literatüründeki Art. 327 Abs. 2 ZGB’nin ikame kuralı olduğuna ilişkin görüşün gerekçelendirilmesinin yetersizliği, TMK m. 327’nin kenar başlığının “Sorumluluk” olması, gerekçede aynı ikameye ilişkin bir açıklamanın yer almaması, Türk doktrininde bu fıkranın sorumluluk yahut anne- babanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına dair bir fıkra olarak ele alınması, bizi bu fıkranın ikame kuralı

⁸⁶⁷ Hürlimann-Kaup/ Rumo-Jungo, s. 366. Yazarlar ayrıca İsviçre doktrininde ağır basan görüşün Art. 327 Abs. 2 ZGB’den – *her ne kadar açıkça ifade edilmese de*– bunun bir aynı ikame kuralı olduğunun çıkarılabileceğine ilişkin görüş olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Hürlimann-Kaup/ Rumo-Jungo, s. 366 bkz. dn. 52’de sayılan yazarlar. Bu yazarlardan Sutter-Somm/Kobel, çocuğun malvarlığının, anne-babasınınkinden katı bir biçimde ayrılması gerektiğini, çocuğun anne ve babası tarafından idare edilen malvarlığında ikame ilkesinin uygulanacağını, iade yükümlülüklerinin Art. 327 Abs. 2 ZGB’ye göre belirleneceğini (bkz. Sutter-Somm, T./ Kobel, F.: Familienrecht, 2009, N. 1059); Hegnauer, Trüb, Ziegler ve Simonius ise Art. 327 Abs. 2 ZGB’den bağımsız olarak aynı ikame ilkesinin uygulanacağını ileri sürmektedirler. Bkz. BK/Hegnauer, 1964, Art. 290 ZGB, N. 71; Trüb, H.: Das Nutzungsrecht des Ehemannes und der Eltern nach dem Zivilgesetzbuch, 1915, s. 66; Ziegler, C.: Freies Kindesvermögen nach dem Zivilgesetzbuch unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, 1919, s. 64-65,108; Simonius, s. 18. Marxer Keller ise bu ilkeyi çocuğun menfaatine olan hallerle sınırlı olarak kabul etmekte olup çocuğun tazminat talebinde bulunmasını daha avantajlı olduğunu savunmaktadır. Marxer Keller, s. 46, dn. 9. Hürlimann-Kaup ve Rumo-Jungo, aynı ikame ilkesinin özel malvarlığının yahut üçüncü kişiler tarafından idare eden malvarlığının durumunun korunması amacıyla uygulandığını savunmakta iseler de Art. 327 ZGB’nin neden ikame ilkesi kuralı teşkil ettiğine dair gerekçeye yer vermemişlerdir. Hürlimann-Kaup/ Rumo-Jungo, s. 366. Art. 327 Abs. 2 ZGB’ye ilişkin şerhte bu fıkra açıklanırken başlık olarak “*Surrogation*” terimi tercih edilmişse de bu fıkranın ikame ilkesi düzenlemesi kabul edildiğine dair bir değerlendirmeye de yer verilmemiştir. Bkz. BSK/ Breitschmid, 2018, Art. 327 ZGB, N. 6.

teşkil etmediği sonucuna ulaştırmaktadır. Bununla birlikte şu sorular sorulabilir:

Anne ve babanın dolaylı temsil yolu ile bir hak iktisap etmesi durumunda, çocuğu, anne ve babanın çocuğa ait malvarlığı üzerindeki bu dolaysız hakimiyetlerinden hangi hüküm koruyacaktır? Kanunda aynı ikame ilkesine ilişkin bir boşluk var mıdır? Bu soruların cevabı, TMK'nın 363. maddesinin ilk fıkrası ile doğrudan alakalıdır.

d. Kanunda Aynı İkame İlkesinin Uygulanmasını Gerektiren Bir Boşluk Bulunmakta Mıdır?

i. Genel Olarak

İsviçre'de bir görüş Art. 326 ZGB'de düzenlenen anne ve babanın geri verme yükümlülüğü kapsamında çocuğun malvarlığı unsurlarına ilişkin iade talebinin içeriğinin belirsiz olduğunu ileri sürmektedir⁸⁶⁸. Alman hukukundakinin aksine ZGB'de elde edilen değerlerin çocuğun malvarlığına tahsis edileceğini öngören aynı ikame kuralına yer verilmemiş olması, iade talebinin kapsamının aynı ikame kuralına göre belirlenip belirlenemeyeceği sorusunu doğurmaktadır⁸⁶⁹. Yazara göre, anne-babanın iade yükümlülüğünü düzenleyen mülga Art. 290 aZGB'de ve maddenin revize edilmiş hali Art. 326 ZGB'de, çocuğun iade talebinin mahiyetinin belirlenmemiş olması kanun koyucunun bilinçli susmasından kaynaklanmamakta olup aksine burada gerçek kanun boşluğu mevcuttur⁸⁷⁰. Bu boşluk ise Art 1 Abs 2-3

⁸⁶⁸ Marxer Keller, s. 41.

⁸⁶⁹ Marxer Keller, s. 41.

⁸⁷⁰ Bkz. Marxer Keller, s. 42, dn. 186'daki açıklama. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 110 II 24 vd. bkz. Marxer Keller, s. 42.

uyarınca doldurulmalıdır⁸⁷¹. Boşluk doldurmak üzere İsviçre örf ve âdet hukuku incelendiğinde, aynı ikame kuralının toplumda uyulması gerektiği kanaatinin uyanmadığı ve sürekli şekilde uygulanan bir davranış şekli olmadığı çıkarılmaktadır⁸⁷².

Bununla birlikte, aynı ikame olayının çocuğun genel malvarlığı kapsamında gerçekleşeceğini kabul etmenin çocuğun her zaman menfaatine olmayacağı ayrıca savunulmaktadır⁸⁷³. Özellikle, dolaylı temsil yoluyla anne ve babanın çocuğun malvarlığı değerleri aracılığıyla onun menfaatine hizmet etmeyen bir değer doğrudan, otomatik olarak çocuğun malvarlığına ait olacağını kabul etmenin onun için dezavantajlı sonuçlar doğurabileceği ifade edilmektedir⁸⁷⁴. Bu yüzden yazar, hâkimin, önüne gelen somut olayda çocuğun menfaatine; zararının tazmininin mi yoksa aynı ikame ilkesinin uygulanarak onun malvarlığı değerini sarf etmek suretiyle

⁸⁷¹ Marxer Keller, s. 42. Boşluk doldurma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gürzumar, O. B.: *Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004, C. 1, S. 1, s. 105 – 161.

⁸⁷² Marxer Keller, s. 42-43. Art. 196 Abs. aZGB yürürlükte olduğu sırada doktrindeki görüşler incelendiğinde çocuğun malvarlığında aynı ikame uygulamasının prensip itibarıyla ve yürürlükte olmayan Art. 196 Abs. aZGB'nin kıyasen uygulanması suretiyle kabul edildiği söylenebilir. Bkz. Girsberger, s. 57, 59; Simonious, s. 18; Marxer Keller, s. 45, dn. 202'de anılanlar. Art. 196 Abs. 2 aZGB, kocanın, kadının malvarlığı değerleri aracılığıyla başka bir değer iktisap ettiği hallerde bu değer kadına ait olacağını düzenlemekteydi. Bu maddenin koruma amacının kadının kocası tarafından idare edilen malvarlığının (*"Eingebrachtes Gut"*) durumunun azalmalara karşı korunması olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte bunun bir aynı ikame kuralından ziyade malvarlığı değerlerinin tahsis edilmesine yarayan bir ispat kuralı olduğu da savunulmaktadır. Bkz. Marxer Keller, s. 43. Çocuğun kendi idaresine tabi malvarlığında (*"freie Kindesvermögen"*) aynı ikamenin uygulanacağı yönünde malvarlığı kapsamında ikame ilkesinin uygulanacağı yönünde bkz. Ziegler, s. 108. Buna göre, zarar gören, tahrip olan veya kamulaştırılan şey ve çocuğun malvarlığı ile bağlantılı bir hukuki işlem sonucunda elde edilen şey yine çocuğun malvarlığına (*"freie Kindesvermögen"*) girer. Çocuğun anne ve babasının idaresinden bağımsız olan malvarlığı kapsamında ikame prensibinin uygulanacağı yönünde bkz. Trüb, s. 66. Çocuğun anne ve babasının idaresine tabi olan malvarlığında ikame ilkesinin uygulanacağı yönünde bkz. BK/Hegnauer, 1964, Art. 290 ZGB, N. 71. Çocuğun serbest mallarında ikame prensibinin uygulanacağı yönünde bkz. Egger (Şerh), MK m. 294, s. 163, para. 2. Her ne kadar Egger, çocuğun anne ve babasının idare ettiği malvarlığında, ikamenin gerçekleşeceğini ifade etmekteyse de verdiği örnekte anne ve babanın çocuğun mallarını satarak iktisap ettikleri bedelin çocuk için bir tazminat alacağı olduğunu ifade etmektedir. Egger (Şerh), MK m. 290, s. 153, para. 4.

⁸⁷³ Marxer Keller, s. 46.

⁸⁷⁴ Marxer Keller, s. 46.

elde ettiği değerin iadesinin mi daha çok hizmet edeceğini tespit ederek yani *ex post* bir değerlendirme yaparak karar vermesi gerektiğini ileri srmektedir⁸⁷⁵.

Bu görüşün aksine, kanunda bir gerçek boşluğun bulunmadığı TBK m. 363/f. 1 ve TBK m. 509 hükümleri göz önüne alınarak söylenebilir. Nitekim, anne ve babanın dolaylı temsil yolu ile bir hak iktisap etmesi durumunda, çocuğu, anne ve babanın çocuğa ait malvarlığı üzerindeki bu dolaysız hakimiyetlerinden hangi hüküm koruyacaktır sorusunun cevabını tespitinde TBK m. 509 hükmü yol gösterici olacaktır.

TMK m. 363/f. 1, anne ve babanın, çocuğun malvarlığı değerlerini iadesinde vekil gibi sorumlu olacaklarını düzenlemektedir. Bu madde göz önüne alınarak, anne-baba ve ocuk arasındaki ilişkinin, kanundan doğan bir vekâlet ilişkisine benzediği belirtilmektedir⁸⁷⁶. Serozan’ın da ifade ettiği üzere “*velâyet son tahlilde veklettir*”⁸⁷⁷. Böylece TBK’nın 502 vd. hükümlerinin anne ve babanın sorumluluğunun şartlarının ve etkilerinin belirlenmesi kapsamında uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁷⁸.

Vekâlet hükümlerinden TBK m. 509’un, vekâlet sözleşmesi kapsamında; vekilin kendi adına fakat vekâlet veren hesabına hareket ettiği durumlarda edindiği hakların vekâlet verene geçişini düzenleyen bir madde olması, birinci ve ikinci fıkralarının, vekilin dolaylı temsil yolu ile elde ettiği alacağının ne zaman vekâlet verene ait olacağını ve bu hakkın iflas masasına karşı ileri sürülebilmesi hususlarını ihtiva

⁸⁷⁵ Marxer Keller, s. 46-47.

⁸⁷⁶ Kılıçoğlu (Aile Hukuku), s. 663.

⁸⁷⁷ Serozan (ocuk Hukuku), s. 295; zdemir, s. 92.

⁸⁷⁸ Kılıçoğlu (Aile Hukuku), s. 663.

etmesi, son fıkrasının ise vekilin dolaylı temsil yolu ile elde ettiği taşınıra ilişkin vekâlet verenin ayırma hakkını ve iflas masasının sahip olduğu hapis hakkına ilişkin düzenlemeleri ihtiva etmesi, çocuğun malvarlığının korunmasına hizmet etmektedir.

ii. TBK m. 509/f. 1-2 Uyarınca Vekilin Dolaylı Temsil Yolu ile Alacak Hakkı İktisap Etmesi Halinde Bu hakkın Vekâlet Verene Geçışı ve İflas Masasına Karşı İleri Sürülmesi

Dolaylı temsilcinin, kendi adına ve temsil olunan hesabına yaptığı hukuki işlemlerin sonucu kendi üzerinde doğar. Bu işlemler sonucunda, elde edilen alacak hakkı alacağın temliki; taşınır üzerindeki mülkiyet hakkı ise tarafların mülkiyetin devri konusunda anlaşmaları ve zilyetliğin devriyle, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ise tapuda yapılacak olan tescille temsil olunana geçer⁸⁷⁹.

Vekâlet sözleşmesi kapsamında dolaylı temsilcinin bu şekilde yaptığı işlemler sonucu vekâlet verenin hakları, vekilin hukuken hak sahibi olmasından dolayı tehlikeye düşebilir⁸⁸⁰. Bu tehlike, vekilin alacağı başka birine temlik etmesi, taşınır mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesi yahut vekilin iflas etmesi hallerinde ortaya çıkabilir⁸⁸¹. TBK m. 509 (EBK m. 393), vekâlet verenin bu rizikoyu taşıması sebebiyle ona koruma sağlamak üzere kanuni temlikini ve taşınırların iflas masasından ayırma hakkını düzenlemektedir⁸⁸².

⁸⁷⁹ Antalya, O. G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019, s. 589 [Antalya (Borçlar Hukuku), s. 589].

⁸⁸⁰ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 512; Gümüş, A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt: II, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 188 [Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 188].

⁸⁸¹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 512.

⁸⁸² Felmann, W.: Art. 401 OR, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung Die Einzelnen Verhältnisse, 4. Teilband, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, N. 9-10 (BK/Felmann, 1992, Art. 401 OR, N. 9-10); Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 188.

Kanuni temlikin gerçekleşmesi için gereken şartlar şunlardır: 1. Hukuki işlem yolu ile alacak hakkı elde edilmesi 2. Alacak hakkının herhangi bir sebeple sona ermemiş olması⁸⁸³. 3. Vekâlet verenin (dolaylı temsil olunan), vekilin (dolaylı temsilci) vekâlet ilişkisinden doğan tüm borçlarını ifa etmiş olması

TMK m. 509/f. 1'e göre yasal temlikin gerçekleşebilmesi için dolaylı temsil yoluyla nc kişilerle hukuki işlem yapılması ve alacak hakkının⁸⁸⁴ dolaylı temsil yolu ile iktisap edilmesi gerekmektedir⁸⁸⁵. Satış bedelinin ödenmesine ilişkin alacak hakkı, borcun nc kişi tarafından yerine getirilmemesi sebebiyle doğan tazminat hakkı yasal temlikin konusunu oluřturabilir⁸⁸⁶. TMK m. 509/f. 1 uyarınca, yasal temlikin gerçekleşebilmesi için ortada mevcut bir alacak olmalıdır. şayet borç ifa edilmiř⁸⁸⁷, takas gerçekleşmiş yahut ifa imkansızlaşarak borç sona ermişse kanuni temlik gerekleřmez⁸⁸⁸. TMK m. 509/f. 1 gereğince vekâlet veren vekile karşı tüm borçlarını ifa ettiği anda vekilin kendi adına fakat vekâlet veren hesabına yaptığı işlemlerden doğan alacak hakları vekâlet verene geçmektedir. Bu madde gereğince;

⁸⁸³ Tandoğan (zel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 522; Yavuz, s. 1252; Gümüş, s. 189.

⁸⁸⁴ Gümüş'e göre, dolaylı temsille gerçekleştirilen hukuki işlemden kaynaklanan yenilik doğuran haklar TBK m. 509/f. 1'de öngörülen yasal temlikin kapsamına girmemektedir. Yazar, sadece alacağa feri hakların ve defilerin vekâlet verene geçeceğini savunmaktadır. Bkz. Gümüş (zel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 189-190. Bununla beraber, kanuni temlikin hukuki niteliğinin alacağın temliki olmadığını savunan bir diğer görüşe göre, dolaylı temsil olunan ile nc kişi arasında, borçların ifası ile bir hukuki ilişki kurulmakta olup, dolaylı temsil olunan sadece alacak hakkını değil, dolaylı temsilci ile nc kişi arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan, sözleşmeyi fesih, sözleşmeden dönme, sözleşmenin iptali gibi yenilik doğuran hakları da iktisap etmektedir. Zira, bu hükme göre sadece alacak hakkı değil, dolaylı temsilci ile nc kişi arasındaki hukuki durum da dolaylı temsil olunana geçmektedir. Bkz. Tandoğan (zel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 522 vd. bkz. Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku zel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 1246.

⁸⁸⁵ BK/Felmann, 1992, Art. 401 OR, N. 26; Gümüş (zel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 189.

⁸⁸⁶ Tandoğan (zel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 517.

⁸⁸⁷ BGE 102 II 297, 2 c ve JdT 1978 II 71-72 bkz. Tandoğan (zel Bor İlişkileri, Cilt: II), s. 522.

⁸⁸⁸ Droin, J.: La reprsentation indirecte en Droit Suisse, Geneve 1956, s. 122 bkz. Tandoğan (zel Bor İlişkileri, Cilt: II), s. 522, Gautschi, G.: Art. 401 OR, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhältnisse 4. Teilband Der Einfache Auftrag Art. 394-406 OR, 2. Aufl., Bern 1960, N. 22, [BK/Gautschi, 1960, Art. 401 OR, N. 9, a]; Tandoğan (zel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 522, Yavuz, s. 1252.

üçüncü kişilerdeki alacak, vekilin tüm borçları ödendiği anda başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, vekâlet verene geçer. Temlik otomatik olarak ve kanun uyarınca gerçekleşir. TMK m. 509/f. 1’de yasal temlikin gerçekleşmesi için vekâlet verenin, vekile karşı vekâlet ilişkisinden kaynaklanan⁸⁸⁹ bütün borçlarını ifa etmesi şartı aranmaktadır. Şayet, vekâlet verenin vekile karşı bir borcu yoksa yahut vekâlet veren, dolaylı temsile konu işlem yapılmadan önce bu borcunu ifa etmişse, hukuki işleminden kaynaklanan alacak hakkının doğrudan vekâlet verene ait olacağı kabul edilmektedir⁸⁹⁰.

TMK m. 509/f. 2 ise vekilin iflas etmesi halinde, vekâlet verene, vekilin dolaylı temsil yolu ile iktisap ettiği alacak hakkının kendisine geçmiş olduğunu iflas masasına karşı ileri sürmesi hakkını düzenlemektedir. Bu durumda iki ihtimal söz konusu olabilir. Birinci ihtimal, Vekâlet verenin vekâlet ilişkisinden doğan tüm borçlarını ifa ettikten sonra vekilin iflas etmesi halidir. Buna göre, alacak hakkı sahibi vekâlet veren, bu hakkını iflas masasına karşı ileri sürebilir⁸⁹¹.

İkinci ihtimal ise yasal temlik gerçekleşmeden önce vekilin iflas etmesi durumudur. Bu durumda da bu madde gereğince vekâlet veren, vekâlet ilişkisinden doğan tüm borçlarını iflas masasına ifa etmek suretiyle yasal temlikin gerçekleşmesini

⁸⁸⁹ Ataay, A. M./Sungurbey, İ.: Madde 363, Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, İstanbul 1959; Yavuz, C.: Madde 393, Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı: Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, 7. Bası, İstanbul 1999, N.4 [Yavuz (Mevzuat), Madde 393, N. 4] bkz. Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası İstanbul 2014, s. 1251, Zevkliler/ Gökyayla, s. 627.

⁸⁹⁰ Pache, C.: Le contrat de commission appliqué au commerce des valeurs mobilières, Lausanne 1956, s. 49 bkz. Yavuz, s. 1252 dn. 121. Vekâlet verenin vekile verdiği avansın miktarının vekilin borçlarını fazlasıyla karşılaması ihtimalinde, kanuni temlikin vekilin fazla miktarı vekâlet verene iade ettiği anda gerçekleşmesi hakkındaki aksi görüş için bkz. BK/Gautschi, 1960, Art. 401 OR, N. 22, b bkz. Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 521.

⁸⁹¹ Yavuz, s. 1256.

sağlayabilir ve bu hakkını iflas masasına karşı ileri sürülebilmektedir⁸⁹². Bu hüküm sayesinde, vekâlet verenin alacağının vekilin iflası nedeniyle paraya dönüştürülüp vekâlet verenin ancak garameden pay alabilmesinin önüne geçilmesi sağlanmaktadır⁸⁹³. Her ne kadar TBK m. 509/f. 2'nin metninde bu hakkın iflas durumunda ileri sürülebileceği düzenlenmekteyse de doktrinde bu fıkranın kapsamına, dolaylı temsil olunan vekâlet verenin alacak hakkına haciz konulduğu hallerin de girdiği kabul edilmektedir⁸⁹⁴.

iii. TBK m. 509/f. 3 Uyarınca Vekâlet Verenin Ayırma Hakkı

TBK'nın 509. maddesinin üçüncü fıkrasında, vekilin kendi adına fakat vekâlet veren hesabına iktisap etmiş olduğu taşınır üzerindeki mülkiyet hakkının, vekilin iflas etmesi halinde, vekâlet veren tarafından iflas masasına karşı ileri sürülebileceği düzenlenmektedir. Bunun TBK m. 509/f. 1 ve 2'den farkı; vekâlet verene, yalnızca ayırma hakkının tanınmış olmasıdır. Zira, taşınır mülkiyetinin yasal temliki, vekâlet ilişkisinden kaynaklanan borçların ifası ile mümkün olmamaktadır⁸⁹⁵. Dolaylı temsil olunanın menfaati, yalnızca iflas masasına karşı ileri sürülebilen ayırma hakkı ile korunmaktadır⁸⁹⁶.

⁸⁹² Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 524; Yavuz, s. 1256.

⁸⁹³ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 513.

⁸⁹⁴ Yavuz, s. 1256; Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 191.

⁸⁹⁵ BK/Gautschi, 1960, Art. 401 OR, N. 10; Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 517. TBK m. 509/f. 3'ün taşınırın üzerindeki mülkiyet hakkının doğrudan dolaylı temsil olunana ait olduğuna ilişkin düzenleme olduğu yönünde bkz. Yavuz, s. 1273.

⁸⁹⁶ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 517; Kaya, Ü.: Vekâletsiz İşgörme (Özel Uygulama Hali: Acil Tıbbî Müdahaleler), Ankara 2020, s. 206.

Vekâlet verenin ayırma hakkını kullanabilmesi için gerekli şartlar şunlardır: 1. Vekilin, dolaylı temsil yolu ile belirli bir taşınır üzerinde mülkiyet hakkı iktisap etmiş olması 2. Vekâlet verenin, vekile karşı vekâlet ilişkisinden kaynaklanan tüm borçlarını ifa etmiş olması 3. Vekilin iflas etmiş olması.

Vekil, kendi adına fakat vekâlet veren hesabına yaptığı hukuki işlem sonucunda belirli bir taşınır iktisap etmelidir⁸⁹⁷. Vekâlet veren, vekilin, belirli taşınırın onun vekâlet ilişkisi sebebiyle ve dolaylı temsil yolu iktisap ettiğini, iflas masasındaki değerle iktisap ettiği değer aynı değer olduğunu ispatla yükümlüdür⁸⁹⁸. Ayırma hakkının konusunu paranın teşkil ettiği durumlarda, vekilin bu parayı “vekâlet veren yahut üçüncü kişi adına”⁸⁹⁹ - örneğin banka hesabında- ayırdığı hallerde, bu paranın vekâlet verene ait olduğu belirlenebileceği için vekâlet veren iflas masasına karşı ayırma hakkını kullanabilecektir⁹⁰⁰. Ayrıca eklemek gerekir ki, kıymetli evrak da taşınırlar gibi işlem gördüğü için ayırma hakkının konusunu kıymetli evrak da oluşturabilmektedir⁹⁰¹.

⁸⁹⁷ Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 192-193.

⁸⁹⁸ Oser, H./Schönenberger, W.: Art. 401 OR, Egger, A. et. al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Teil (Halbband) Art. 184-418, 2. umgearbeitete Aufl., Zürich 1936, N. 15; BK/Felmann, 1992, Art. 401 OR, s. 67, N. 106; Hofstetter, J.: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 2000, s. 139; Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 193.

⁸⁹⁹ Oser, D./Weber, R. H.: Art. 401 OR, Widmer Lüchinger, C./ Oser, D. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529, 7. Aufl., 2020, N. 16 (BSK/Oser/Weber, 2020, Art. 401 OR, N. 16). Hesabın yalnızca vekâlet veren adına açılması gerektiği hakkında aksi görüş için bkz. BGE 99 II 393 vd. bkz. Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s.193. Felmann’a göre, banka hesabının vekâlet veren adına açılmış olması yeterli değildir, hesabın bu amaçla açılması gerekmektedir. Bkz. BK/Felmann, 1992, Art. 401 OR, N. 110.

⁹⁰⁰ BK/Felmann, 1992, Art. 401 OR, s. 675, N. 108; Weber, Art. 401 OR, N. 16; Guggenheim, D.: Die verträge der schweizerischen bankpraxis, 1966, s. 262 ve bkz. Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 193, dn. 1064’te anılan mahkeme kararları.

⁹⁰¹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 538; Yasaman, H.: İsviçre ve Fransız Hukukunda Yatırım Fonları ve Türk Hukukunda Uygulanma İmkanları, İstanbul 1980, s. 198; Yavuz, s. 1273; Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 192.

Her ne kadar madde metninde vekâlet verenin vekâlet ilişkisinden doğan tüm borçlarını ifa etmiş olması yer almamaktaysa da madde hükmünün ilk iki fıkra ile bağlantılı olarak ele alınması gerektiği gerekçesiyle doktrinde bu husus ayırma hakkının bir şartı olarak kabul edilmektedir⁹⁰².

Vekilin ayırma hakkının son şartı ise vekilin iflas etmiş olmasıdır. Alacak hakkının iflas masasına karşı ileri sürülmesi hususunda yapılan açıklamalarda olduğu gibi burada da bu madde hükmünün sadece iflas hali ile sınırlı olmadığı, taşınır haczinde de uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁹⁰³.

TBK m. 509/f. 3'te son olarak taşınır mal üzerinde vekilin yararlandığı hapis hakkından iflas masasının da yararlanacağı düzenlenmektedir.

Alacak hakkının yasal temlikini ve vekâlet verenin taşınır mal üzerindeki ayırma hakkını düzenleyen TBK m. 509, taşınmazlarla ilgili olarak mülkiyet hakkının yasal temlikine yahut ayırma hakkına ilişkin bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Buna ilişkin olarak doktrinde, tapu siciline güven ilkesinin ağır bastığı, dolayısıyla TBK m. 509'un taşınmazlara uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁹⁰⁴. Taşınmaz üzerinde

⁹⁰² BK/Felmann, 1992, Art. 401 OR, N. 121; BSK/Oser/Weber, 2020, Art. 401 OR, N. 10; Huguenin, C.: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008, s. 126, N. 817; Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 193.

⁹⁰³ Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 194.

⁹⁰⁴ BK/Felmann, 1992, Art. 401 OR, N. 102-105; Bühler, R.: Art. 401 OR, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R. (Hrsg.), OFK Orell Füssli Kommentar Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. überarbeitete Aufl., 2016, N. 5 (OFK/Bühler, Art. 401 ZGB, N. 5); Gehrler Cordey, C./Giger, G.: Art. 401 OR, Huguenin, C./ Müller-Chen, M. (Hrsg.), CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, 3. Aufl., 2016, N. 16 (CHK/ Gehrler Cordey/Giger, Art. 401 OR, N. 16); Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 531, dn. 531'de anılan yazarlar; Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 192.

aynı hak kazanımının tapu sicilinde tescile bağılı olması, tescilsiz iktisabın ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde mümkün olabileceği gerekçeleri bu görüşün esasını oluşturmaktadır⁹⁰⁵. Bunun sonucu olarak, dolaylı temsilcinin kendi adına fakat dolaylı temsilci hesabına iktisap ettiği taşınmaz mülkiyetini, otomatik olarak dolaylı temsil olunana geçiren bir madde hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, dolaylı temsilcinin vekâlet verene taşınmazın mülkiyetini devretmesi gerekmektedir. Dolaylı temsilcinin devri gerçekleştirmediği hallerde, dolaylı temsil olunan, sahip olduğu alacak hakkı uyarınca, TMK m. 716'ya dayanarak tescile zorlama davası açabilir⁹⁰⁶.

Vekâlet hükümlerinin TMK m. 363/f. 1 uyarınca çocuğun mallarının iadesi hakkında da uygulanması sebebiyle; TBK m. 590'ın uygun düştüğü ölçüde anne ve babanın elde ettiği hakların çocuğa intikalinde de uygulama alanı bulabileceği ifade edilebilir. Nitekim, aynı ikame ilkesi çocuğun malvarlığının anne ve babanın yaptığı işlemlerden dolayı azalması tehlikesi karşısında korunması amacıyla düzenlenmektedir⁹⁰⁷. TBK m. 509'un burada uygulama alanı bulması ile anne ve babanın iflası halinde, çocuğun alacak hakkının kendisine geçtiğini ve taşınırlara ilişkin ayırma hakkının mevcudiyetini iflas idaresine karşı ileri sürebilmesi, onun menfaatine hizmet etmekte ve onun malvarlığını korumaktadır. Buna ilişkin ispat yüküne ilişkin olarak, çocuk ve anne- baba arasındaki vekâlet ilişkisinin TMK m. 363 ile kurulması ve çocuğun yararının üstün tutulması gereği, ispat yükünün

⁹⁰⁵ Bkz. Yavuz, s. 1275, dn. 236'daki açıklamalar.

⁹⁰⁶ Yavuz, s. 1275.

⁹⁰⁷ MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 1; Staudinger/Heilmann, 2020, BGB § 1646, Rn. 5; Erman/Döll, BGB § 1646, Rn. 1; jurisPK BGB/Hamdan, BGB § 1646, Rn. 1; Soergel/Löhnig, BGB § 1646, Rn. 1, 3; BeckOGK/Becker, 2021, BGB § 1646, Rn. 3; BeckOKBGB/Veit, 2021, BGB § 1646, Rn. 1.

yumuşatılması hatta tersine çevrilmesi, çocuğun anne ve babasının velâyet yetkisi olduğunun ispatının yeterli sayılması yahut anne ve babanın bunun aksini kanıtlaması gerektiği söylenebilir. Kural olarak; vekâlet veren, dolaylı temsilcinin yaptığı işlemin aralarındaki vekâlet ilişkisinden doğduğunu, alacak hakkının veya taşınır mülkiyetinin vekâletin görülmesi sırasında⁹⁰⁸ iktisap edildiğini ispat yükü altındayken⁹⁰⁹, çocuğun, bu işlemin anne ve babanın velâyeti sırasında gerçekleştiğini ispatının yeterli sayılması görüşünü taşımaktayız.

Vekâlet hükümlerinden TBK m. 509'un, çocuk hakkında uygulanması halinde anne ve babasının iflasından çocuk zarar görmeyecek ve onun malvarlığı bu suretle korunabilecektir. Asıl sorun, TBK m. 509'un kapsamına girmeyen taşınmazlar üzerindeki haklar için ortaya çıkmaktadır. Anne ve babanın çocuğun malvarlığı değerlerini harcayarak kendi adlarına elde ettiği taşınmazlar üzerindeki ayni haklar için boşluk doldurma suretiyle ayni ikame kuralı uygulanabilir mi? Karine olarak bu işlemin çocuk hesabına yapıldığı kabul edilse dahi Türk hukukunda taşınmazlar üzerinde ayni hak kazanımının tescile tabi olması kuralının ayni ikame kuralının uygulanması ile aşılması gerekir. Kamuya açıklık prensibi uyarınca; kural olarak taşınmazlar üzerinde hak kazanımının ancak tapuya yapılacak bir kayıtla mümkün olması⁹¹⁰ ve tescil dışı ayni hak kazanımının istisnai nitelik taşıması⁹¹¹ gereği tescilsiz hak kazanımının kanun hükmünde açıkça öngörülmesi gerekmektedir⁹¹². TBK m. 509'da taşınırlar için dahi yasal hak kazanımı düzenlenmemişken, ayni

⁹⁰⁸ Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 193.

⁹⁰⁹ Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II), s. 519.

⁹¹⁰ BK/Meier-Hayoz, 1966, Systematischer Teil, N. 23; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 33-34, para. 125.

⁹¹¹ Yavuz, s. 1275.

⁹¹² Yavuz, s. 1275.

ikame ilkesinin uygulanarak; tescil dışı, otomatik ve dolaysız hak kazanımının mümkün kılınması kabul edilmemelidir. Bununla birlikte, çocuğun yüksek menfaati gereği, aynı taşınırlarda olduğu gibi çocuğun, anne- babasının iflas etmesi durumunda iflas masasına karşı ileri sürebileceği ayırma hakkı söz konusu olabilmelidir. Çocuğun yüksek menfaati ve zayıf konumu sebebiyle malvarlığının korunması ihtiyacı; TBK m. 509/f. 2'nin taşınmazlar hakkında da kıyasen uygulanması gerekliliğini doğurduğu söylenebilir.

2. Çocuğun İdare Ettiği Malvarlığı (Çocuğun Anne- Babanın İdare Yetkisi Dışında Kalan Malvarlığı) ve Ayni İkame Uygulaması

Ayni ikame ilkesinin çocuğun idare ettiği malvarlığı kapsamında uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin inceleme, bu kuralın çocuğun anne ve babası tarafından idare edilen malvarlığı kapsamında yapılan değerlendirmelerden farklılık arz etmektedir. Bu temel farklılığın sebebi, malvarlığının sadece çocuk tarafından yönetilmesidir. Dolayısıyla, ne anne ve baba ile çocuk arasındaki temsil-vekâlet ilişkisinden ve buna bağlı sonuçlardan ne de aleniyet prensibinin ihlalinden bahsedilecektir. Zira, çocuk kanunun cevaz verdiği hallerde tam ehliyetli gibi malvarlığını idare edebilmekte ve malvarlığı ile ilgili işlemleri anne-babasının izni veya icazeti olmaksızın yapabilmektedir. Çocuğun hukuki işlemleri kendi adına yapması sebebiyle bu işlemlerin sonuçları da doğrudan onun hukuki alanında etki doğuracaktır. Ne var ki, anne-babanın üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı (TMK m. 357/f. 1, Art. 321 Abs. 1 ZGB) ve onların idare yetkisinin tamamen kaldırıldığı malvarlığı değerlerinden oluşan bu malvarlığı değerlerinin sarf edilmesi

suretiyle iktisap edilen değerlerin hangi malvarlığı masasına ait olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bunun bir sorun teşkil etmesinin sebebi iktisap edilen değerlerin anne ve baba tarafından idare edilen malvarlığı masasına dahil olması ihtimalidir. Zira, anne ve baba çocuğun menfaatine olacak şekilde malvarlığını idare etmekle yükümlü⁹¹³ olsalar da çocuk tarafından idare edilen malvarlığı değerlerinin sarfı suretiyle iktisap edilen değerlerin diğer malvarlığına tahsis edilmesi halinde çocuğun anne ve babasının idaresine tabi olmayan serbest malları azalacaktır.

Çocuğun kendi idaresine tabi olan malvarlığı masası, genel malvarlığından ayrı, sınırları çizilmiş ve farklı kurallara tabi olması sebebiyle özel malvarlığı⁹¹⁴ olarak nitelendirilebilir. Bu özel malvarlığı faiz getiren yatırımlardan, tasarruf hesabından, çocuğa anne ve babanın kullanmaması koşuluyla yapılan kazandırmalardan; çocuğun saklı payından, meslek veya sanat için ona tahsis edilen malvarlığı değerlerinden ve kişisel kazancından oluşmaktadır. Bunun özel malvarlığı niteliği taşıması için tüm bu sayılan değerlerin anne ve babanın yönetimi dışında bırakılması gerekmektedir. Her ne kadar özel malvarlığı nitelendirmesi ve aynı ikame uygulamasına ilişkin sorular çocuğun serbest malları kapsamında değerlendirilmekte⁹¹⁵ ise de asıl değerlendirmenin çocuğun anne ve babasının idaresine tabi olmayan serbest malları kapsamında yapılması gerekmektedir⁹¹⁶.

⁹¹³ Egger (Şerh), MK m. 290, s. 154, para. 7.

⁹¹⁴ Ludescher, T.: *Das gebundene Vermögen gemäss Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)*, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 264, 2007, s. 119-135, s. 119.

⁹¹⁵ Marxer Keller, s. 37-38.

⁹¹⁶ Aynı görüşte bkz. Girsberger, s. 57. "...kann auch das Kind ein Vermögen haben, das in **seine alleinige Verwaltung** gegeben ist."

Aynı ikame olayının (malvarlığında ikame olayının) çocuğun mutlak surette kendi idare ettiği malvarlığı çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorulabilir. İsviçre hukukunda çocuğun serbest malları kapsamında aynı ikame ilkesinin (malvarlığında ikame ilkesinin) uygulanacağı kabul edilmektedir⁹¹⁷. Çocuğun idare ettiği malvarlığının muhtevasının korunabilmesi için bu ilkenin uygulanması gerekmektedir. Zira, kanunun amacı, çocuğun sömürülmesi tehlikesine karşı, çocuğun menfaatinin korunmasıdır⁹¹⁸. Dolayısıyla, çocuğun idare ettiği malvarlığına ait değerler aracılığıyla iktisap edilen değerlerin yine bu malvarlığına ait olacağı şeklindeki yorum çocuğun sömürülmesi tehlikesini önlemeye yönelik bir yorum tarzı olacaktır. Türk doktrinde açıkça aynı ikame ilkesinin uygulanacağı ifade edilememektedir. Bununla birlikte, Özdemir ve Baygın'ın, aynı ikame olayından bahsetmemekle birlikte çocuğun kişisel kazancının, emeği karşılığında elde ettiği değerlerden ve bunun yerine geçen değerlerden meydana geldiğini belirtmeleri sebebiyle⁹¹⁹ bu uygulamaya dolaylı olarak katıldıkları söylenebilir.

Bu ilkenin kabulü halinde, bir malvarlığı masasına ait bir değer aracılığıyla başka bir değer elde edilmesi durumunda o değer yine o malvarlığı masasına ait olacaktır.

Bu üç yoldan gerçekleşebilir: 1. Malvarlığına ait bir hak sebebiyle 2. Malvarlığına ait bir değer zarar görmesi, tahrip edilmesi veya bu değere el konulması sebebiyle ödenen tazminat yoluyla 3. Malvarlığına ait bir değer hukuki işlemle sarfiyla.

⁹¹⁷ Girsberger, s. 57 atfıyla s. 55-56; Marxer Keller, s. 47; Eggel, s. 199.

⁹¹⁸ Çocuğun incinebilir, kırılgan doğası ve buna ilişkin anayasal koruma hakkında bkz. Algan, M.: Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, Haziran 2021, s. 273 vd.

⁹¹⁹ Özdemir, s. 91; Egger (Şerh), s. 167, N. 3; Baygın, s. 404.

Anne ve babanın idaresine tabi olmayan çocuğun malvarlığı değerlerinin hukuki yahut doğal semereleri yine bu malvarlığına dahil olmaktadır. Bu, aynı ikame olayının hak sebebiyle gerçekleştiği haller kategorisine girmektedir. Örneğin, faiz getiren yatırımların faizleri, gayrimenkulün kira gelirleri, doğmuş alacağın ifa edilmesi suretiyle elde edilen değerler yine çocuğun -annesi ve babasının idaresi dışında kalan- serbest mallarına ait olacaktır.

Yine bu malvarlığı masasına ait bir değerın zarar görmesi, tahrip edilmesi yahut ona el konulması sebebiyle ödenen tazminat da çocuğun serbest mallarına girmektedir. Örneğin, çocuğun mesleğini icra ederken kendisine tahsis edilmiş bir taşıtın zarar görmesi sonucunda ödenen sigorta bedeli de onun serbest mallarına dahil olacaktır. TMK m. 356'daki sermaye biçimindeki ödemelerin, tazminatların ve benzeri edimlerin çocuğun bakımı için harcanacağına ilişkin hüküm karşısında aynı ikame olayının gerçekleşmeyeceği söylenebilecek midir? Çocuğun şahıs varlığına ve malvarlığına karşı yapılan hukuka aykırı müdahaleler sonucunda ona ödenen tazminatın anne ve baba tarafından kullanılabileceğine ilişkin düzenleme karşısında bu tazminatın yahut sigorta bedelinin çocuğun genel malvarlığına ait olacağı sonucuna ulaşılabilecek midir? Özetle, TMK m. 356, aynı ikame olayının gerçekleşmesine engel teşkil etmekte midir? Çocuğa ödenen her tazminatın veya sigorta bedelinin çocuğun genel malvarlığına ait olacağının varsayılması çocuğun serbest malları adı altında özel bir malvarlığı oluşturulmasını anlamsız kılacaktır. Bununla alakalı olarak bir ayırım yapılması gerekmektedir. Çocuğun icra ettiği meslek veya sanat sebebiyle yahut anne ve babasının idaresine tabi olmayan malvarlığı değerlerine ilişkin olarak çocuğa ödenen tazminat, sigorta bedeli gibi

ödemeler dışındaki sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzeri ödemeler anne ve baba tarafından ve olağan ihtiyaçlar gerektiği ölçüde kullanılabilirdir. Örneğin, çocuğun anne ve babasının izni ile hizmet sözleşmesi kapsamında çalıştığı sırada bir iş kazasına uğraması sonucu zarar görmesi halinde ona ödenen tazminat onun serbest mallarına (anne ve babanın idaresi dışında kalan) girerken; çocuğun genel malvarlığı değerlerinden taşınmazına kamulaştırmasız el atılması sebebiyle ona ödenen tazminat onun genel malvarlığına ait olur. Ancak bu şekilde çocuğun genel malvarlığı ve serbest malları ayrımının temelini oluşturan felsefeye uygun bir tahsis söz konusu olabilir. Her ikame değerinin çocuğun genel malvarlığına gireceğini kabul etmek bu ayrımı anlamsız hale getirir. Özellikle çocuğun meslek ve sanat icra etmesi yahut çalışması sonucu elde ettiği kişisel kazançla bağlantılı olarak elde ettiği tazminatın, onun ekonomik bağımsızlığını sürdürebilmesi, iş hayatında kendi ayakları üzerinde durabilmesi için önem teşkil eder. Bunun dışında anne ve babanın deneyimsizliği veya çocuğun malvarlığı değerlerini idarelerindeki yetersizlikleri sebebiyle çocuğun malvarlığının azalmasına sebep olabilir. Bu tür ödemelerin anne ve baba tarafından çocuğun bakımı için kullanılması ancak çocuğun rıza göstermesi halinde yahut hâkime başvurmaları suretiyle mümkün olmalıdır.

Aynı ikame olayı son olarak hukuki işlem yoluyla gerçekleşebilir⁹²⁰. Çocuğun anne ve babasının idare yetkisi dışında kalan malvarlığı değerlerini hukuki işlem aracılığıyla feda etmeleri halinde elde ettikleri değerler de bu kural uyarınca çocuğun

⁹²⁰ Girsberger, s. 57 atfıyla s. 55-56; Marxer Keller, s. 47; Eggel, s. 199.

idare ettiği malvarlığına ait olur⁹²¹. Bu şekilde, çocuk malvarlığını kesintisiz ve devamlı olarak idare edebilecektir⁹²².



⁹²¹ Marxer Keller, s. 39. Alman hukukunda aynı ikame olayının gerçekleşmesi için çocuğun serbest mallarının sarf edilmesinin şart olmadığına (Erman/Döll, BGB § 1638, Rn. 16); ocuğun yaptığı işlemin annesi ve babası tarafından idare edilen malvarlığı ile alakalı olmaması (objektif bağ) ve çocuğun bu işlemi annesi ve babası tarafından idare edilmeyen malvarlığı için yapması iradesinin varlığı (subjektif bağ) şartlarının birlikte mevcut olması ile de aynı ikame olayının gerçekleşeceğine ilişkin görüş için bkz. NK-BGB-FamR/ Rakete-Dombek, 2014, BGB § 1646, Rn. 12; Menken, s. 125 atfıyla s. 114; BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1638, Rn. 6; BeckOGK/Kersch, 2020, BGB § 1638, Rn. 25; Staudinger/ Heilmann, 2016, BGB § 1638, Rn. 36.

⁹²² Eggel, s. 198.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TÜRK MİRAS HUKUKUNDA AYNİ İKAME

I. Türk Miras Hukukuna Genel Bir Bakış

A. Genel Olarak

Türk hukukunda kişilerin miras hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 35. maddesiyle güvence altına alınmış olup miras hukuku da aile hukukundan sonra ve eşya hukukundan önce, TMK'nın 495. ve 682. maddeleri arasında düzenlenmektedir.

B. Miras Bırakan ve Mirasçı

Miras hukuku, miras bırakan öldüğünde veya ölüme eş değer tutulan hukuki durumların mevcudiyetinde onun özel hukuk ilişkilerinin ne olacağını düzenlemektedir⁹²³. Türk miras hukuku sisteminde, miras bırakan sıfatına, sadece gerçek kişilerin sahip olabileceği kabul edilmektedir⁹²⁴. Buna karşılık, mirasçılar açısından böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler mirasçı olabilirler. Türk miras hukukunda, mirasçı denildiğinde, geniş anlamda mirasçılar; yani yasal mirasçılar, iradi mirasçılar ve vasiyet alacaklıları kastedilmektedir⁹²⁵. Dar anlamda mirasçıları ise yasal mirasçılar ve iradi mirasçılar oluşturmaktadır⁹²⁶. Yasal mirasçıların mirasçı sıfatı kanundan doğmaktadır.

⁹²³ Kocayusufpaşaoğlu, N.: Miras Hukukuna Giriş, İstanbul 1966, s. 28 [Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 28]; Dural/Öz, s. 5, para. 42.

⁹²⁴ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 3; Dural/Öz, s. 5, para. 42.

⁹²⁵ Dural/Öz, s. 8, para. 54.

⁹²⁶ Dural/Öz, s. 8, para. 54.

TMK'ya göre miras bırakanın yasal mirasçılarını; onun altsoyu (ve altsoyunun altsoyu), üstsoyu (ve üstsoyunun altsoyu), büyük ana ve büyük babaları (ve büyük ana ve büyük babaların altsoyu), sağ kalan eşi ve mirasçının bulunmadığı hallerde de devlet oluşturur (TMK'nın 495.-501. maddeleri). İradi/atanmış mirasçılar ise miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufları ile mirasçı atadığı kişilerdir. Kanuni ve iradi mirasçılar, miras bırakanın külli halefleridir. Bunun anlamı, onların miras bırakanın ölümüyle birlikte (ya da ölümüne eş değer bir hukuki durumda), tüm mirasçılarının miras bırakanın haklarına ve borçlarına birlikte sahip olmalarıdır (TMK m. 599). Dar manada mirasçılar, miras bırakanın malvarlığı değerleri üzerinde elbirliği ile hak sahibidirler. Mirasçılar, miras bırakanın borçlarından da müteselsilen sorumludurlar (TMK m. 681).

Türk miras hukuku sisteminde aynı İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi yasal mirasçılarının belirlenmesinde zümre (parantel) sisteminin esas alındığı söylenebilir⁹²⁷. Zümre, zümre başı ve ondan gelenin tümünden oluşur⁹²⁸. Türk miras hukukunda mirasçılarının belirlenmesinde üç zümre esas kabul edilmiştir. Buna göre, birinci zümreyi miras bırakanın altsoyu ve onun altsoyu oluştururken; ikinci zümreyi miras bırakanın üstsoyu ve üstsoyunun altsoyu; üçüncü zümreyi ise miras bırakanın büyük anne ve büyük babası ve onların altsoyu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, miras bırakanın kızı birinci zümreden, miras bırakanın babası ikinci zümreden ve miras bırakanın anneannesi de üçüncü zümreden mirasçıya örnek olarak gösterilebilir.

⁹²⁷ Dural/Öz, s. 18, para. 98; Akipek, Ş.: *Turkei*, Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, Kroiß, L./ Ann, C. /Mayer, J. (Hrsg.), 5. Aufl., 2018, Rn. 3 (NK-BGB/Akipek, 2018, Turkei, Rn. 3).

⁹²⁸ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 48.

Mirasçılar belirlenirken bazı kurallara dikkat edilmesi gerekmektedir. Buna göre, miras bırakana en yakın zümrede mirasçı bulunmakta ise bu diğer zümre üyelerinin mirasçılıklarına engel teşkil eder⁹²⁹. Örneğin, birinci zümrede tek bir mirasçı varsa, ikinci zümre veya üçüncü zümredeki kişiler kanuni mirasçı olamazlar. Mirasçıların belirlenmesinde dikkate alınacak ikinci kural ise zümre başı hayatta ise zümre başının mirasçılığının altsoyunun mirasçılığına engel olmasıdır⁹³⁰. Altsoyu olmayan miras bırakanın annesi ve babası hayatta ise miras bırakanın kardeşi mirasçı olamamaktadır. Mirasçının tespitinde dikkate alınacak bir diğer prensip ise kök içinde halefiyet ilkesidir⁹³¹. Bu kurala göre, zümre başının veya kök başının miras bırakandan önce ölmesi veya mirastan yoksun olması gibi sebeplerle mirasçılığına engel bir durumunun bulunduğu hallerde kendi miras payı onun altsoyuna geçer⁹³².

Zümre mirasçıları yanında her bir zümre ile birlikte mirasçı olan miras bırakanın eşi de yasal mirasçı olarak yer almaktadır. Eşin yasal miras payı da hangi zümre ile mirasçı olduğuna göre değişiklik göstermektedir (TMK m. 499, TMK m. 506). Tüm bunlara ek olarak yasal mirasçılar arasında devlet de son mirasçı olarak yer almaktadır. Kanun koyucu, miras bırakanın mirasçısı bulunmaması hallerde, devletin mirasçı olacağını düzenlemiştir (TMK m. 501).

Yasal mirasçıların yanında iradi mirasçılardan da bahsetmek gerekirse, iradi mirasçılar, miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufları ile mirasçı atadığı kimselerdir.

⁹²⁹ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 51; Serozan/Engin, s. 172, para. 25.

⁹³⁰ Miras bırakanın birinci zümrenin zümre başı olması sebebi ile bu kural ikinci ve üçüncü zümrede uygulanır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 52; Serozan/Engin, s. 173, para. 27.

⁹³¹ Serozan/Engin, s. 174, para. 28.

⁹³² Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), s. 53; Serozan/Engin, s. 174, para. 28.

Kanun koyucu, yasal mirasçılarının saklı payları ile sınırlı olarak, miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufları ile iradi mirasçı atamasına cevaz vermektedir (TMK m. 516, m. 505). İradi mirasçılar, aynı yasal mirasçılar gibi miras bırakanın terekesi üzerinde hak sahibidirler.

Yasal ve iradi mirasçılar dışında bir de cüzi halef olan vasiyet alacaklıları vardır.

Miras bırakan mirasçı atamak yerine, yaptığı ölümüne bağlı tasarrufla belirli malvarlığı değerlerini bazı kişilere bırakabilir. Vasiyet alacaklısının, yasal ve atanmış mirasçılardan en önemli farkı onun cüzi halef olmasıdır. Bu şu manaya gelmektedir:

Yasal ve atanmış mirasçılar miras bırakanın haklarına sahip ve onun borçlarından sorumlu iken; vasiyet alacaklısı sadece vasiyetin ifası konusunda, örneğin taşınmazın tescili, taşınır malın zilyetliğinin devri gibi sadece alacak hakkına sahip olup miras bırakanın borçlarından sorumlu değildir⁹³³.

⁹³³ Oğuzman (Miras), s. 9. Alman hukukunun aynı ikame konusundaki İsviçre ve Türk doktrinine etkisi sebebiyle, Alman miras hukukuna genel hatlarıyla değinmek gerekmektedir. (*Aynı ikame kuralının BGB'deki düzenleme şekillerine ilgili kısımlarda yer verilecektir. Bkz. dn. 997, 998, 1000, 1003 ve 1079*). Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 14. maddesine göre, mülkiyet ve miras hakları devletin güvencesi altındadır ve bu hakkın kapsamı ve sınırları yasalarla belirlenmektedir. Miras hukuku ve miras hürriyeti bu madde ile güvence altına alınmış olup [(Kipp, T./Coing, H.: *Erbrecht ein Lehrbuch* Band V, Enneccerus, Ludwig (eds.), Tübingen 1955, § 1, I, 1, s. 2; von Mangoldt, H./Klein, F.: *Das bonner grundgesetz* Bd. 2, 1964, § 14, II, 6, s. 415-416 bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N.: *Miras Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1978, s. 9, dn. 1 [Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukuku), 1978, s. 9, dn. 1]] BGB'nin en son kitabı olan 5. kitabında ve §§ 1922 ile 2385 arasında düzenlenmektedir. Alman miras hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi külli halefiyet ilkesi kabul edilmektedir. BGB § 1922'ye göre; miras bırakanın ölmesiyle, miras bir küll olarak, başka herhangi bir hukuki işleme gerek kalmaksızın mirasçılara geçer. Aynı şekilde, Alman miras hukukunda da mirasçılar arasında elbirliği ortaklığı mevcuttur. HK-BGB/Hoeren, 2019, BGB § 2032, Rn. 3; Burandt, W. /Auf der Horst, I.: *Erbrechtlichen Grundlagen- Teilungsanordnung, Vorausvermächtnis, Auflage*, FuR (Familie und Recht) 2018, s. 246 – 249, s. 246; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2032, Rn. 4; Rißmann, S./ Szalai, S.: BGB § 2032, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Müller-Engels, G. (Hrsg.), Buch 5 *Erbrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR*, München 2020, Rn. 3 (BeckOGK/Rißmann/Szalai, 2020, BGB § 2032, Rn. 3); Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2033, Rn. 4; BeckOGK/Rißmann/Szalai, 2020, BGB § 2033, Rn. 2. BGB § 1967'de de her bir mirasçının miras bırakanın borçlarından sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Bununla birlikte, bazı mirasçılar tereke borçlarından hem öz malvarlıkları hem de tereke ile sorumlularken; bazılarının sorumluluğu sadece tereke ile sınırlıdır. Schmidt, J./Horn, C. H.: *BGB §1967 Vorbemerkung*, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg/ Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 15. Aufl., Köln 2017, Rn. 1 (Erman/ Schmidt/Horn, BGB §1967 Vorb., Rn. 1).

C. Miras Ortaklığı

Miras ortaklığı (miras şirketi), ölüm olayı veya ona eş değer tutulan bir hukuki durum gerçekleştiğinde kendiliğinden, kanun gereği⁹³⁴ ve birden çok mirasçının varlığı halinde kurulur⁹³⁵. Öyle ki, mirasçılar mirasçı olduklarını bilmeden ve kabul beyanları dahi gerekmeksizin⁹³⁶ miras bırakanın ölümüyle birlikte miras şirketinin parçası olurlar⁹³⁷. Bu ortaklık, mirasın paylaşımına veya mirasçıların paylı mülkiyete geçmeye ya da ortaklığı başka bir ortaklığa dönüştürmeye ilişkin kararlarına kadar varlığını sürdürür. Bu ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamaktadır⁹³⁸. Ortaklığa hem yasal mirasçılar hem de atanmış mirasçılar dahildir⁹³⁹.

Şayet tek bir mirasçı varsa, o mirasçı kural olarak tereke borçlarından hem kişisel malvarlığı ile hem de tereke ile sorumludur. BGB § 1975 vd. paragraflarına göre tereke resmen idare ediliyor ve tereke, tereke alacaklılarını kesin olmamakla birlikte tatmin edecek gibi ise bu hallerde mirasçı sadece tereke ile sorumludur. Erman/Schmidt/Horn, BGB §1967 Vorb., Rn. 7a, 9. Terekenin borca batık olması sebebi ile tereke iflas usulüne göre tasfiye edilmekteyse, bu halde de mirasçıların tereke ile sınırlı sorumluluğu vardır. Bkz. Erman/Schmidt/Horn, §1967 Vorb., Rn. 9). İlk gruba giren hallerde, tereke alacaklıları sadece ve öncelikli olarak tereke mallarına başvurmak zorunda değildir. Erman/Schmidt/Horn, BGB §1967 Vorb., Rn. 1. Alman hukukunda kan hısımlarının mirasçılığında kabul edilen sistem parantel sistem yani zümre sistemidir. Gottwald, G. / Schwab D. / Büttner E.: Family & Succession Law in Germany, München 2001, s. 120, Rn. 1. İlk zümreyi, miras bırakanın altsoyu ve onların altsoyu ("Abkömmlige") oluşturur (BGB §1924). İkinci zümreyi, miras bırakanın anne babası ve onların altsoyu oluşturur (BGB § 1925). Üçüncü zümreyi ise miras bırakanın büyükanne ve büyükbabası ve onların altsoyu oluşturur (BGB § 1926). Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda yasal mirasçılar üç zümre ile sınırlı değildir. BGB § 1928'de dördüncü zümrenin mirasçılığında bahsedilmekte olup, BGB § 1929'da ise "fernere Ordnungen" başlığı altında beşinci ve bundan sonraki zümrelerde kan hısımlarının mirasçılığını düzenlemekle kan hısımlarının mirasçılığını sınırlamadığı söylenebilir. Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukuku), 1978, s. 18. Alman hukukunda, aynı Türk hukukunda olduğu gibi külli halefiyet sistemi benimsenmekte ve mirasçı olmayan zümrenin ve kök başının yerini onun altsoyunun alacağı kabul edilmektedir (BGB § 1924). Gottwald / Schwab / Büttner, s. 120, Rn. 336. Dördüncü ve sonraki zümrelerde bu kural geçerli değildir. Bkz. Gottwald/ Schwab / Büttner, s. 121, Rn. 339. Buna göre, miras bir zümrenin içerisindeki kök başları arasında eşit olarak paylaştırılır (Gottwald / Schwab / Büttner, s. 120, Rn. 336) ve daha önce belirtildiği üzere kök başı herhangi bir şekilde mirasçı olamazsa onun yerini altsoyu alır. Miras bırakanın eşi de bu zümrelerle birlikte yasal mirasçıdır. Yalnız, sağ kalan eşin mirasçı olabilmesi için, ölen eşin sağlığında boşanma davası açmamış olması yahut tarafların boşanma konusunda anlaşmamış olmaları gerekir (BGB § 1933).

⁹³⁴ Gönensay, s. 314.

⁹³⁵ Öztan, s. 437.

⁹³⁶ Ancak TMK madde 605/f. 2'nin kapsamına giren hallerde mirasçının mirası reddettiği karinesi mevcuttur. Bu durumda mirasçının mirası kabul ettiğini beyan etmesi gerekmektedir.

⁹³⁷ Ayiter (Miras Hukuku), s. 224.

⁹³⁸ İmre/Erman, s. 431; Öztan, s. 437; Ayiter (Miras Hukuku), s. 224; Dural/Öz, s. 451, para. 1868.

⁹³⁹ Gönensay, s. 314; Öztan, s. 437.

1. Miras Ortaklığının Özellikleri

Miras ortaklığı bir elbirliği ortaklığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, miras bırakanın külli halefi olan mirasçılar tereke değerleri üzerinde elbirliği ile hak sahibidirler (TMK m. 640)⁹⁴⁰. Haklardan, borçlardan ve hukuki ilişkilerden oluşan bir malvarlığı⁹⁴¹ olan tereke, miras ortaklığının konusunu oluşturur.

Miras ortaklığı kanundan doğan bir elbirliği ortaklığıdır (TMK m. 640). Mirasçılar, kanun gereği miras bırakanın haklarına tescil, teslim gibi hukuki işlemler yapmaksızın otomatik olarak sahip olurlar (TMK m. 599). Bu ortaklık, varlığını paylaştırmaya kadar sürdürür. Miras şirketinde, mirasçılar miras bırakanın haklarına elbirliği ile sahiplerken, onun borçlarından da müteselsilen sorumludurlar (TMK m. 641).

Miras ortaklığının amacı terekenin paylaşılmasıdır⁹⁴². Dolayısıyla, paylaşırma gerçekleşene kadar terekedeki azalmaların önüne geçmek hem mirasçılar hem de miras bırakanın alacaklıları için önem arz etmektedir. Bunun için de mirasçılara bazı sınırlamalar getirilmiştir. Şöyle ki, kanun koyucu kural olarak, mirasçılarının tasarruf işlemlerini ancak birlikte yapabileceklerini öngörmektedir (TMK m. 640/f. 2). Buna

⁹⁴⁰ Tereke üzerinde elbirliği mülkiyeti ifadesi yerine tereke üzerinde hak sahipliği ifadesinin kullanılmasına ilişkin gerekçe hakkında bkz. İmre/Erman, s. 429, Ayiter (Miras Hukuku), s. 225.

⁹⁴¹ Tuor, P.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Erbrecht 1. Abteilung Die Erben Art. 457- 536, Bern 1952, Einleitung, s. 3, N. 4-6 (Tuor, 1952, Einleitung, s. 3, N. 4-6); Escher, A.: Das Erbrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich 1912, Einleitung, s. 5, N. 5 (Escher, 1912, Einleitung, s. 5, N. 5); Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 28.

⁹⁴² Ayiter (Miras Hukuku), s. 225.

göre, tereke ile ilgili tasarruf işlemlerinde mirasçılarının birbirlerinden bağımsız hareket etmelerine cevaz verilmemektedir. Bu hüküm uyarınca, mirasçılar ya tasarruf işlemlerini birlikte yaparlar (hukuki işlemi yapan mirasçının tasarruf işlemine izin veya icazet verilmesi suretiyle de) ya da bu işlemleri miras bırakan tarafından atanan vasiyeti yerine getirme görevlisi, birlikte atadıkları veya hâkim kararı ile belirlenen tereke temsilcisi aracılığı ile gerçekleştirirler⁹⁴³. Tereke değerlerine ilişkin borçlandırıcı işlemler açısından kanun koyucu herhangi bir sınırlamadan bahsetmemektedir. Borçlandırıcı işlemlerin mirasçının sadece kendi malvarlığını etkilemesi gerekçesiyle tereke ile ilgili borçlandırıcı işlemlerde, mirasçılarının tasarruf işlemlerinde olduğu gibi birlikte hareket etme zorunluluğu olmadığına ilişkin görüş hakimdir⁹⁴⁴.

Miras ortaklığının bir elbirliği ortaklığı olmasının sonucu olarak mirasçılar mirasın tamamı üzerinde hak sahibidirler. Mirasçılarının miras paylarına sahip olmaları, onların terekenin tamamı üzerinde birlikte hak sahibi olmalarına engel teşkil etmez. Nitekim, mirasçılarının miras payları ancak paylaştırmadan sonra somut bir varlık kazanmaktadır⁹⁴⁵. Çünkü mirasçılarının miras payları, onlara tereke değerleri üzerinde tasarruf etme imkânı tanımaktan ziyade, miras ortaklığının tasfiyesi sonucunda her birinin elde edeceği hak oranını göstermektedir⁹⁴⁶. Dolayısıyla, ortaklığın herhangi bir sebeple tasfiyesi halinde bu payların anlam kazandığı söylenebilir.

⁹⁴³ İmre/Erman, s. 433, 437-439.

⁹⁴⁴ Oğuzman (Miras Hukuku), s. 380, bkz. dn. 231'deki açıklama; Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1978, s. 692; Dural/Öz, s. 453, para. 1877; Serozan/Engin, s. 567, para. 12; Oğuzman /Seliçi /Oktay-Özdemir, s. 398, para. 1354 bkz. dn. 292; Öztan, s. 440-441. Aksi görüş için bkz. İmre/Erman, s. 439.

⁹⁴⁵ İmre/Erman, s. 433; Öztan, s. 440.

⁹⁴⁶ Ayiter (Miras Hukuku), s. 226; Luthy, J.: Les cessions de parts héréditaires, Lausanne 1955, s. 22 bkz. Oğuzman (Miras Hukuku), s. 379-380, dn. 229.

2. Miras Ortaklığının Konusu: Tereke (Miras)

Miras, miras bırakanın ölümünden sonra mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tümü olarak tanımlanmakta olup tereke anlamına gelmektedir⁹⁴⁷. Başka bir ifade ile tereke/miras, miras bırakanın para ile ölçülebilir ve devredilebilir tüm özel hukuki ilişkilerinden oluşan malvarlığıdır⁹⁴⁸.

Bu tanımlar göz önüne alındığında tereke ile ilgili olarak öne çıkan unsur onun özel hukuk ilişkilerinden oluşuyor olmasıdır. Tereke tanımlanırken, miras bırakanın hakları veya borçları yerine, özel hukuk ilişkileri teriminin kullanılması tercih edilmektedir. Bunun ana sebebi, terekenin sadece miras bırakanın haklarından ve borçlarından değil; ayrıca zilyetliğin, sözleşme ilişkisi içerisine giren miras bırakanın icabı ile bağlı olması gibi hukuki durumlardan da oluşmasıdır⁹⁴⁹.

Her ne kadar tereke, miras bırakanın mirasçılara geçen malvarlığı olarak anlaşılabilmekte ise de tereke ile miras bırakanın hayattayken sahip olduğu malvarlığının bire bir örtüştüğünü ileri sürmek bir yanlışlıktır⁹⁵⁰. Bunun üç sebebi vardır: Birincisi, miras bırakanın malvarlığında bulunup terekede yer

⁹⁴⁷ Tuor, 1952, Einleitung, s. 3, N. 4-6; Escher, 1912, Einleitung, s. 1, N. 5; Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 28. Bu tanımın çok geniş olması sebebiyle eleştirilmesi hakkında bkz. Oğuzman (Miras Hukuku), s. 1, dn. 1. “Miras” kelimesinin tereke anlamında kullanıldığı maddeler TMK m. 592, TMK m. 597, TMK m.605. “Miras” kelimesinin mirasın geçmesi anlamında kullanıldığı da görülmektedir. Bkz. TMK m. 575/f. 1. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 28.

⁹⁴⁸ Serozan/Engin, s. 119, para. 143.

⁹⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 3.

⁹⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 29; Dural/Öz, s. 8, para. 57; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 1.

almayacak hukuki ilişkilerdir⁹⁵¹. Miras bırakanın şahsının önem arz ettiği hukuki ilişkilerden vekâlet ilişkisi, nafaka ilişkisi⁹⁵² buna örnek olarak gösterilebilir⁹⁵³. Ayrıca, devri kabil olmayan, miras bırakılamayan, intifa ve oturma hakkı gibi haklar da miras bırakanın malvarlığı değerleri arasında sayılıp mirasçılara geçmeyen haklar kapsamında sayılır⁹⁵⁴. İkinci sebep ise, malvarlığı değerleri arasında sayılmayıp miras bırakan öldükten sonra terekede yer alan bazı haklardır⁹⁵⁵. Şahıs varlığı hakları para ile ölçülemeyen ve devri mümkün olmayan haklardan olduğu için malvarlığı değeri sayılamaz. Velâyet, vesayet, nişanlılık ilişkisi gibi ilişkiler malvarlığına dahil değildir⁹⁵⁶. Bununla beraber, miras bırakanın boşanma davası veya evliliğin butlanı davası devam ederken ölmesi halinde mirasçılara davayı sürdürme hakkı tanımaktadır (TMK m. 181/f. 2 TMK m. 159). İşte bu da miras bırakanın malvarlığında yer almayıp terekeye geçen hukuki ilişkilere⁹⁵⁷ örnek olarak verilebilir.

Üçüncü sebep, ise miras bırakanın vefatıyla terekenin miras bırakanın malvarlığının pasifinde bulunmayan borçları da ihtiva etmesidir. Bunlar, terekenin mühürlenmesi ve yazımı için ve miras bırakanın cenazesi için yapılan masraflar ile miras bırakanla birlikte yaşayıp onun tarafından bakılan kişilerin üç aylık geçim giderleridir (TMK m. 507/f. 2)⁹⁵⁸.

⁹⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 29.

⁹⁵² Serozan/Engin, s.121, para. 145.

⁹⁵³ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 30; Serozan/Engin, s.122-123, para. 145.

⁹⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 29; Dural/Öz, s. 8-9, para. 58-59; Serozan/Engin, s. 120, para. 143.

⁹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 30.

⁹⁵⁶ Serozan/Engin, s.122, para. 145.

⁹⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966, s. 30.

⁹⁵⁸ Ayiter bu borçları, gerçek manada tereke borçlarından ayırmak amaçla intikal borçları olarak adlandırmaktadır. Bkz. Ayiter, N.: Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961, s. 105 [Ayiter (Elbirliği Ortaklıkları), s. 105].

a. Tereke Bir Özel Malvarlığı Teşkil Eder Mi?

Türk ve İsviçre hukukunda özel malvarlığı, genel malvarlığından ayrı⁹⁵⁹ ve sınırları belirli kriterlere göre çizilmiş, bağımsız, özel kurallara tabi⁹⁶⁰ bir birlik şeklinde tanımlanmaktadır⁹⁶¹. Özel malvarlığı tek bir hak sahibine ait olabileceği gibi elbirliği ortaklığına da ait olabilir⁹⁶².

Özel malvarlığının elbirliği ile hak sahipliğine konu olduğu ortaklıklardan biri miras ortaklığıdır. Terekenin, mirasçılarının üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları özel bir malvarlığı olduğu hususunda Türk doktrininde görüş birliği vardır⁹⁶³. Bunun özel malvarlığı teşkil etmesinin sebebi olarak mirasın geçmesi anından terekenin paylaştırılmasına kadarki süreçte, terekenin mirasçılar veya üçüncü kişiler tarafından idaresi halinde bu kişilerin⁹⁶⁴ elinde dağılmaya müsait bir malvarlığı olması gösterilebilir⁹⁶⁵. Bu dağılma, mirasçılarının ve tereke alacaklılarının menfaatlerini tehlikeye sokabilir. Terekenin korunması amacıyla tereke özel kurallara tabi tutulmakta olup özel bir malvarlığı oluşturmaktadır. Terekenin özel malvarlığı teşkil

⁹⁵⁹ Oswald, s. 3.

⁹⁶⁰ Serozan/Engin, s.103, para. 111.

⁹⁶¹ Acemoğlu, s. 11; Oswald, s. 3; von Tuhr (AT BGB I), s. 331; Boegl, H.: Der Begriff des Sondervermögens nach Reichsprivatrecht, Leipzig 1933, s. 7; BK/Meier-Hayoz, 1966, Systematischer Teil, N. 86; Ennecerus/Nipperdey/Wolf (BGB AT I), 1952, § 132, s. 560; Staudinger/Stieper, 2017, BGB § 90, Rn. 76; Ayiter (Mamelek), s. 29.

⁹⁶² Larenz, s. 314; Larenz, K. /Wolf, M.: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, s. 390, Rn. 53; Wolf, M./Neuner, J.: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, s. 304, Rn. 44.

⁹⁶³ Serozan/Engin, s. 102, para. 110; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 380 bkz. dn. 230'daki açıklama, Ayiter (Elbirliği Ortaklıkları), s. 105; Ayiter, N.: Miras Hukuku, 1. Bası, Ankara, s. 225 [Ayiter (Miras Hukuku, Ankara), s. 225]. Dural/Öz, terekenin mirasçılarının ayrı bir malvarlığı olduğunu belirtmekte olup bunun miras taksim edilinceye kadar kendine özgü bir elbirliği ile hak sahipliği olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Dural/Öz, s. 450-451, para. 1866; İmre/Erman, s. 430.

⁹⁶⁴ Larenz, s. 387.

⁹⁶⁵ Ayiter (Miras Hukuku), s. 225.

etmesinin bir sonucu olarak, miras bırakanın mirasçılardan birine borçlu olması halinde, mirasın geçmesiyle alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinin borcun sona ermemesi gösterilmektedir⁹⁶⁶.

Aynı ikame ilkesi uygulaması özel malvarlığının doğal sonucu olarak görüldüğü için Türk doktrinde de bu ilkenin tereke hakkında uygulanacağına yönelik görüş hakimdir⁹⁶⁷. Miras hukuku eserleri incelendiğinde, aynı ikame ilkesinin özellikle iki alanda ele alındığı görülmektedir: 1. Miras sebebiyle istihkak davası 2. Ön mirasçılık. Belirtmek gerekir ki miras hukuku hükümleri tetkik edildiğinde, Alman hukukunda olduğu üzere (BGB § 2019, § 2041, §2111), aynı ikame ilkesine yer veren bir hükme rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, bu konuyla ilgili olarak Alman miras hukukundaki somut hükümler⁹⁶⁸; Alman, İsviçre ve Türk doktrinde ve yargı kararlarında yapılan değerlendirmeler de yol gösterici olması açısından büyük değere sahiptir.

b. Terekenin İdaresi

Miras ortaklığının elbirliği ortaklığı olmasının birtakım sonuçları vardır. Bunun en tabii sonucu mirasçıların terekeyi birlikte idare etmeleridir. Tereke değerlerine ilişkin tasarruf işlemleri ancak birlikte yapıldığında hüküm doğurmaktadır (TMK m. 640/f.

2). Doktrinde, birlikte hareket etmenin sadece söz konusu madde hükmünde lafzı

⁹⁶⁶ Oğuzman (Miras Hukuku), s. 380, bkz. dn. 230'daki açıklama.

⁹⁶⁷ Leuch, 36; Ayiter (Miras Hukuku), s. 226; Serozan/Engin, s. 103, para. 111; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 14-18; YHGK, T. 20.1.1965, E. 15/D 2, K. 32; İmre, Z./ Erman, H.: Miras Hukuku, 13. Basım, İstanbul 2017, s. 422, Öztan, s. 309, 467; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 380 bkz. dn. 230'daki açıklama.

⁹⁶⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, I., C., 3., dn. 1007; Üçüncü Bölüm, II., F., 2., a. başlığı altındaki açıklama; Üçüncü Bölüm, III., B., dn. 1474.

geçen tasarruf işlemlerine ilişkin olmadığı, bunun terekenin idaresi için de geçerli olduğu ileri sürülmektedir⁹⁶⁹. Buna ek olarak, TMK'nın elbirliği mülkiyeti hakkındaki hükümlerinin (TMK 701-703. maddeleri) kıyasen burada da uygulanacağı kabul edilmektedir⁹⁷⁰. Buna göre, aynı tasarruf işlemlerinde olduğu gibi, kural terekenin idaresine ilişkin işlemlerin birlikte gerçekleştirilmesidir. Yalnız, birlikte hareket etmenin her zaman ortaklık menfaatine hizmet etmeyeceğini öngören kanun koyucu, ortaklık haklarının korunması için her bir ortağın buna yönelik işlem yapabilmesine ve tüm mirasçılardan bundan faydalanabilmesine imkân tanımaktadır (TMK m. 704/f. 4). TMK m. 640/f. 4'e göre her bir mirasçı tereke değerlerinin korunması için gerekli işlemleri yapma yetkisini haizdir. Buna terekenin korunmasına ilişkin dava açabilmek de dahildir⁹⁷¹. Aynı şekilde, söz konusu koruma tüm mirasçılar için geçerli olmaktadır. Terekeye ilişkin olağan işlemler de her bir mirasçı tarafından yapılabilmektedir⁹⁷². Bunun dışındaki alacağın temliki, sınırlı ayni hak kurulması gibi tasarruf işlemleri ve tereke ile ilgili davalar oybirliğini gerektiren işlemleri oluşturur⁹⁷³. Oybirliği ile yapılması gereken işlemler bu şekilde yapılmadığında hüküm doğurmamaktadır meğerki diğer mirasçılar bu hukuki işlemlere icazet versinler.

Mirasçılardan birlikte hareket etmeleri her zaman kolay olamayacağından mirasçılardan terekenin idaresi için bir temsilci atamaları mümkündür⁹⁷⁴. Şayet, mirasçılar aralarında temsilci tayin edememişlerse, başvurmaları halinde sulh hâkimi terekeye

⁹⁶⁹ Öztan, s. 439-440.

⁹⁷⁰ Öztan, s. 440; Dural/Öz, s. 452, para. 1871.

⁹⁷¹ Öztan, s. 439.

⁹⁷² Öztan, s. 440.

⁹⁷³ Serozan/Engin, s. 567, para. 11.

⁹⁷⁴ Gönensay, s. 316.

bir temsilci atayabilir (TMK m. 640/f. 3). Aynı şekilde sulh hâkimi, TMK'nın 592. maddesine dayanarak koruma önlemleri kapsamında da terekenin resmen yönetilmesi için yönetici atayabilir.

Bir diğer ihtimal ise miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile vasiyeti yerine getirme görevlisi atadığı haldir. Bu durumda vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras bırakanın son arzularını yerine getirmek için tereke ile ilgili tüm işlemleri yapma yetkisini haiz olup terekeyi idare etmekle yükümlüdür (TMK m. 552).

Temsilci atanması durumunda, vasiyeti yerine getirme görevlisine ve terekenin resmen idaresi için atanan temsilciye ilişkin hükümler kıyasen burada da uygulama alanı bulur⁹⁷⁵. Atanan temsilcinin yetkisi, tereke borçlarının ifası, alacakların elde edilmesi, el atmanın önlenmesi gibi terekenin yönetimi⁹⁷⁶ ve korunması ile ilgili işlemleri kapsamaktadır⁹⁷⁷. Bu yetki çerçevesinde hareket eden temsilcinin yaptığı hukuki işlemler sonucu mirasçılar hak sahibi olup borç altına girerler⁹⁷⁸. Temsilci bu işlemlerini yaparken kusurlu olarak zarar verdiği hallerde mirasçılara karşı sorumludur⁹⁷⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) vekâlete ilişkin hükümleri (TBK m. 506 vd.) tereke temsilcisinin sorumluluğu hakkında uygulanır⁹⁸⁰.

⁹⁷⁵ Escher, Art. 602 ZGB, N. 78; Tuor/Picenoni, Art. 602 ZGB, N. 58; Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1978, s. 697 vd.; Dural/Öz, s. 464, para. 1918.

⁹⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1978, s. 697 vd.; Şener, s. 703; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 381.

⁹⁷⁷ Dural/Öz, s. 464, para. 1918-1919; Öztan, s. 443.

⁹⁷⁸ İmre/Erman, s. 451.

⁹⁷⁹ İmre/Erman, s. 452.

⁹⁸⁰ İmre/Erman, s. 452; Öztan, s. 443; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 382. Temsilcinin mirasçılara ve sulh hakimine hesap verme yükümlülüğü hakkında bkz. Türk Medeni Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük R.G. T. 10/8/2003, Sayı: 25195 madde 56.

3. Ayni İkamenin Miras Ortaklığı Kapsamında Uygulanıp Uygulanmayacağı

Husus

Miras ortaklığı, kanundan doğan bir elbirliği ortaklığıdır (TMK m. 640). Mirasçılar, kanun gereği, miras bırakanın haklarına tescil, teslim gibi hukuki işlemler yapmaksızın otomatik olarak sahip olurlar (TMK m. 599). Bu ortaklık, varlığını mirasın paylaşılmasına kadar sürdürür. Miras şirketinde, mirasçılar miras bırakanın haklarına elbirliği ile sahipken, onun borçlarından da müteselsilen sorumludurlar (TMK m. 641). Kanun tarafından kurulan bu ortaklıkta, mirasçılar birbirlerine karşı; terekeyi koruma, terekenin paylaşılmasına yardımcı olma, birbirine zarar vermeme, doğru bilgi akışını sağlama gibi davranış yükümü altındadırlar⁹⁸¹.

Miras ortaklığının konusunu tereke oluşturur. Mirasçıların üzerinde elbirliği ile hak sahibi olduğu terekenin, mirasçıların kişisel malvarlıkları yanında özel bir malvarlığı olarak yer aldığı Türk öğretisinde kabul edilmektedir⁹⁸². Dolayısıyla, bir mirasçının malvarlığı, onun genel malvarlığından ve mirasçıların elbirliği ile üzerinde hak sahibi oldukları özel malvarlığı niteliği taşıyan terekeden oluşmaktadır. Her ne kadar malvarlığında ikame görüşündekiler, terekenin özel malvarlığı niteliğinin sadece ön mirasçının elindeki tereke hakkında ve mirası ret süresi içerisindeki tereke için

⁹⁸¹ Serozan/Engin, s. 564, para. 6. Bunlara aykırılığın edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinden kaynaklanan tazminat sorumluluğuna yol açacağına ilişkin görüş için bkz. Serozan/Engin, s. 564, para. 6.

⁹⁸² Serozan/Engin, s. 102, para. 110; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 380 bkz. dn. 230'daki açıklama, Ayiter (Elbirliği Ortaklıkları), s. 105; Ayiter, N.: Miras Hukuku, 1. Bası, Ankara, s. 225 [Ayiter (Miras Hukuku, Ankara), s. 225]. Dural/Öz, terekenin mirasçılarından ayrı bir malvarlığı olduğunu belirtmekte olup bunun miras taksim edilinceye kadar kendine özgü bir elbirliği ile hak sahipliği olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Dural/Öz, s. 450-451, para. 1866; İmre/Erman, s. 430.

geçerli olduğunu ileri sürse de⁹⁸³, biz Türk hukukundaki hâkim görüşe katılmak suretiyle miras paylaşılana kadar mirasçının himayesinde bulunan terekenin, özel bir malvarlığı olduğu görüşüne katılmaktayız. Her ne kadar mirasçılar, tereke borçlarından kişisel malvarlıkları ile sorumlu tutulsalar da kanımızca, tereke üzerinde diğer mirasçıların da hak sahibi olmaları, miras ortaklığı varlığını sürdürdükçe, kişisel borçlarının alacaklılarının, terekeye ilişkin talep haklarının bulunmaması⁹⁸⁴, bu sebeple terekeye doğrudan el atamamaları⁹⁸⁵, onların ancak paylaşırma sonucunda alacaklısı oldukları mirasçıya düşecek miras payını haczettirebilmeleri⁹⁸⁶ terekenin özel malvarlığı olduğunu gösterir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de terekenin, mirasçıların kişisel malvarlıklarından ayrı ve üzerinde tüm mirasçıların elbirliği ile hak sahibi olduğu malvarlığı olarak nitelendirmiştir⁹⁸⁷. Bu özel malvarlığının muhafazası hem mirasçılar için hem tereke alacaklıları için hem de mirasçıların şahsi borçlarının alacaklıları için önem arz etmektedir. Nitekim, tereke değerlerindeki azalma hepsi için alacaklarını elde edememek gibi istenmeyen sonuçlar doğurabilir.

Terekenin korunması, hangi değerlerin hangi malvarlığı masasına tahsis edileceğinin tespiti ve terekenin olağan idaresinin kolaylaşması⁹⁸⁸ amacıyla terekede aynı ikame ilkesinin, (bazı hallerle sınırlı olarak İsviçreli bazı yazarların isimlendirmesi ile

⁹⁸³ Piotet, SPR IV/1, § 3 IV, s. 18; Piotet, SPR IV/2, s. 612 vd.; Piotet (Erbgang II), s. 3; Somm, s. 123. Ayrıca, tenkis ve ölüme bağlı tasarrufun iptali kararından önce zilyedin zilyetliğindeki tereke değerlerinin özel malvarlığı teşkil ettiği yönünde bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 764-765.

⁹⁸⁴ Öztan, s. 447.

⁹⁸⁵ Serozan/Engin, s. 566, para. 10.

⁹⁸⁶ Serozan/Engin, s. 566, para. 10.

⁹⁸⁷ Piotet, SPR IV/1, s. 18 bkz. BGE 116 II 259, 261; Wolf, S.: Art. 602 ZGB, Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2014, s. 20, N. 33, dn. 78 (BK/Wolf, Art. 602 ZGB, s. 20, N. 33, dn. 78).

⁹⁸⁸ Russmann, s. 108.

malvarlığında ikamenin) uygulanacağı kabul edilmektedir⁹⁸⁹. Bununla birlikte, tekrar ifade etmek gerekir ki, malvarlığında ikame görüşündeki yazarlar, miras ortaklığında ikamenin ancak ön mirasçılıkta ve üç aylık ret süresi içindeki mirasçıların dahil olduğu miras ortaklığında uygulanacağını ileri sürmektedir⁹⁹⁰. Bizim değerlendirmemiz, sadece miras ret süresinin bitimine kadarki aralıkta değil, miras ortaklığı süresince bu ilkeye yer verilip verilmeyeceğine ilişkin olacaktır⁹⁹¹. Aynı ikamenin miras ortaklığında hangi şekilde tatbik edileceği hususunda her iki görüştekiler de aynı fikri paylaşmaktadırlar⁹⁹². Miras ortaklığında aynı ikame olayı, *terekeye ait bir hak dolayısıyla*⁹⁹³ veya *tereke değerinin tahrip olması, zarar*

⁹⁸⁹ Oswald, s. 116; Tuor/Picenoni, Art. 602 ZGB, N. 16; Escher, Art. 602 ZGB, N. 67; BK/Wolf, Art. 602 ZGB, s. 20, N. 33, dn. 74. İsviçreli yazarların oluşturduğu malvarlığında ikame kavramının kapsama alanı Alman hukukunda kabul edilen aynı ikamenin kapsama alanının bir kısmını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, malvarlığında ikamenin uygulama alanı aynı ikamenin kapsamına göre daha dardır. Buna karşılık, malvarlığında ikame görüşünü savunanlara göre aynı ikame ilkesi sadece malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibinin bulunduğu hallere özgüdür. Biz tezimizde aynı ikame ilkesinden bahsederken Alman hukuku gözünden bu ilkeye verilen anlam açısından yani geniş anlamıyla değerlendirme yapmaktayız. Bunun sebebi, İsviçre ve Türk doktrini tarafından bu ilkenin unsurlarının ve uygulanma şartlarının neredeyse bire bir Alman hukukundan alınarak ifade edilmiş olmasıdır. Yalnız İsviçre hukukunda, güncel eserler ve mahkeme kararları göz önüne alındığında, “malvarlığında ikame” terimine ve anlamına öncelik verildiği görülmektedir.

⁹⁹⁰ Piotet, SPR IV/1, § 3 IV, s. 18; Piotet, SPR IV/2, s. 612 vd.; Piotet (Erbgang II), s. 3; Somm, s. 123. Ayrıca, tenkis ve ölüme bağlı tasarrufun iptali kararından önce zilyedin zilyetliğindeki tereke değerlerinin özel malvarlığı teşkil ettiği yönünde bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 764-765.

⁹⁹¹ Ön mirasçılıkta aynı ikame uygulamasına ilişkin incelemeye ise bir sonraki başlık altında yer verilecektir.

⁹⁹² Malvarlığında ikame görüşündekiler için üç aylık ret süresi içerisindeki mirasçılar ve ön mirasçılarla sınırlı olarak.

⁹⁹³ Bu husus, miras ortaklığının terekeye unsurlarının semerelerinin (faiz ve meyve gibi) yine miras ortaklığına dahil olmasında ve mirasa dahil bir alacak hakkının borçlusu tarafından ifa edildiği hallerde ikamenin gerçekleştiğini ifade eden mahkeme kararından çıkarılabilmektedir. Bkz. BGE 116 II 259, 262. Oswald, miras ortaklığında gerçekleşen ikameyi hukuki işlemle gerçekleşmeyen aynı ikame ve hukuki işlemle gerçekleşen aynı ikame şeklinde ikiye ayırıp incelemektedir. Buna göre, tazmine dayanan ikame hukuki işlemle gerçekleşmeyen ikame kapsamına girerken, geçerli bir tasarruf işlemi sonucunda iktisap edilen değerlerin yine miras ortaklığına girmesini hukuki işlemle gerçekleşen ikame kategorisinde ele almaktadır. Oswald, s. 116. Bu noktada Alman miras hukukuna bakmak gerekirse, aynı ikame düzenlemesi teşkil eden BGB § 2041 incelendiğinde, aynı ikame olayının hak sebebi gerçekleşeceği tespit edilmektedir. Alman miras hukukuna göre, miras bırakanın malvarlığı ölüm ile birlikte bir küle halinde mirasçılara geçer (BGB § 1922). Leipold, D.: BGB § 1922, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, Sibylle, K.-W. (Redakteurin), 8. Aufl., München 2020, Rn. 16 (MüKoBGB/Leipold, 2020, BGB § 1922, Rn. 16); Preuß, N.: BGB § 1922, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Müller-Engels, G. (Hrsg.), Buch 5 Erbrecht beck-online. GROSSKOMMENTAR, München 2021, Rn. 1 (BeckOGK/Preuß, 2021, BGB § 1922, Rn. 1). Miras bırakanın ölmesi ile haklar (Brox/Walker, s. 6, Rn. 12) ve hukuki ilişkiler [Große-Boymann, T.: BGB § 1922, Burandt, W./ Rojahn, D. (Hrsg.),

Beck'sche Kurzkommentare 10. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Buch 5. Erbrecht, 3. Aufl., München 2019, Rn. 11 (Burandt/Rojahn/Große-Boymann, 2019, BGB § 1922, Rn. 11); BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 1922, Rn. 12] mirasçılara geçer. Mirasçılar ise terekeye ait bu haklar dolayısıyla kazanım elde edilebilirler. İşte, BGB § 2041, iktisap edilen üzerinde kimin hak sahibi olacağı, bu değerin kimin malvarlığına ait olacağı sorularının cevabını verir. Şayet terekeye ait bir hak dolayısıyla bir kazanım elde edilirse, bu değer tereke değerleri arasına girer. Bu iktisap, satış sözleşmesi kapsamında doğan alacak hakkından, istihkak talebinden, fesih hakkının kullanılmasından [BGH LM § 326 (A) Nr. 2 = DNotZ 1955, 406, s. 408 bkz. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 8; Pardey, F.: BGB § 2041, Wassermann, R. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden: Erbrecht §§ 1922-2385 (Reihe Alternativkommentare), Neuwied 1990, s. 423, Rn. 9 (AK-BGB/Pardey, BGB § 2041, s. 423, Rn. 9); Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2041, Rn. 6)] veya miras bırakanın mirasçı olması halinde söz konusu mirasın paylaşılmasından (jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 10) kaynaklanabilir. Taşınmaz üzerinde rehin hakkına sahip olan miras bırakan öldükten sonra, taşınmazın satılması sonucu rehin hakkı sebebiyle bir bedel elde edilmişse, bu bedel BGB § 2041 uyarınca doğrudan terekeye dahil olmaktadır. Yahut sağlığında kira alacağına sahip olan miras bırakanın borçlusunun, miras bırakanın ölümünden sonra borcunu ifa etmesi halinde, ödenen kira bedeli de aynı şekilde miras ortaklığına ait olur. Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 4; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 10. (Hak dolayısıyla ikamenin söz konusu olabilmesi için hukuki işlemin bizzat miras bırakan tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, yani hukuki işlemin -miras bırakan öldükten sonra- mirasçılar tarafından yapıldığı hallerde bir hak elde edilmişse burada bağa dayanan ikame söz konusu olmaktadır. Bkz. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041 Rn. 7; BeckOGK/Riřmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn.7; NK-BGB/Ann, 2018, BGB §2041, Rn. 4; Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2041, Rn. 6). Örneklerden de anlaşılacağı üzere kazanımın aynı veya şahsi talep haklarından (*“eine schuldrechtliche oder dingliche Anspruch”*) doğmasının aynı ikame olayının gerçekleşmesi açısından herhangi bir önemi yoktur. BeckOGK/Riřmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn. 6; NK-BGB/Ann, 2018, BGB § 2041, Rn. 2; Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2041, Rn. 6; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 10. Dolayısıyla, kazanımın sebebini oluşturan haklar; önalım hakkı, fikri haklar, mülkiyet hakkı, alacak hakkı gibi aynı veya şahsi haklar olarak karşımıza çıkabilir. BeckOGK/Riřmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn. 6. Sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönme gibi yenilik doğuran hakların kullanılması sonucu elde edilen talep hakları (Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 4; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 8; jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 10; BeckOGK/Riřmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn. 6) ve tereke değerlerinin semereleri de hak sebebiyle ikame olarak kabul edilmektedir. Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 4; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 8; BeckOGK/Riřmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn. 6. (BGB § 955 uyarınca, bir şeyi iyi niyetli iktisap eden kimse o şeyin semerelerine de sahip olmaktadır. Miras bırakanın elinden alınan malvarlığı değerini, üçüncü kişiden iyi niyetle iktisap eden mirasçı, o şeyin semerelerine de malik olur. Burada, hak sebebiyle aynı ikamenin uygulama alanı bulmayacağı yönünde bkz. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 8; Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2041, Rn. 6).

*görmesi, tereke değerine el konulması*⁹⁹⁴ sebepleriyle tazminat bedeli gibi bir değer elde edilmesi halinde yahut *tereke değerleri*⁹⁹⁵ elden çıkarılarak yerine başka bir malvarlığı değerinin elde edilmesi halinde ikame olayı gerçekleşmekte olup tüm bu değerler terekeye tahsis edilir⁹⁹⁶. Burada, haksız zilyedin elindeki tereke değil,

⁹⁹⁴ Oswald, s. 116; BGE 52 II 195,199; Piotet, SPR VI/1, § 20 III, s. 108; Simonius, s. 27; Somm, s. 125. BGB'nin 2041. paragrafı gereğince de terekeye ait değerlerin yok edilmesi, zarara uğratılması veya elden alınması hallerinden biri sebebiyle ikame değer elde edilmişse, bu ikame değer terekeye ait olmaktadır. Tazminat talebinin kanundan veya sözleşmeden ya da kamu hukukundan yahut özel hukuktan (Lange, H.: *Verwaltung, Verfügung und Auseinandersetzung bei der Erbengemeinschaft*, JuS 1967, s. 453-457, s. 454; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 10; Schütte, BGB § 2041, Rn. 11) kaynaklanmasının bir önemi olmaksızın [Löhnig, M.: BGB § 2041, von Staudinger, J./ Baldus, C./ Dutta, A./ Dobler, K./Gursky, K.-H./Löhnig, M. (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 5: Erbrecht: §§ 1967-2063 (Rechtsstellung des Erben), 2016, Rn. 4 (Staudinger/Löhnig, 2016, BGB § 2041, Rn. 4); jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 11] sigorta talepleri, sebepsiz zenginleşme talepleri, haksız fiil sebebi ile tazminat talepleri, kamulaştırma halinde tazminat talepleri (Soergel/Wolf, BGB § 2041, s. 471, Rn. 6; BeckOGK/Rißmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn. 8 bkz. dn. 17) sonucu elde edilen değerler başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın terekeye dahil olur. Staudinger/Löhnig, 2016, BGB § 2041, Rn. 4; Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2041, Rn. 8. Aynı ikamenin terekenin ekonomik bütünlüğünü koruma amacı olduğunu ileri süren bir görüş, üçüncü kişinin sözleşmeyi ihlal etmesi sonucunda terekenin uğradığı müspet zararının tazmini sebebiyle elde edilen değer in de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Soergel/Wolf, BGB § 2041, s. 471, Rn. 6. Örneğin, satış sözleşmesinde hiç ifa etmeme ya da kötü ifa sonucu mirasçıların uğradığı zararların tazmin edilmesi halinde, bu değer in doğrudan terekeye ait olacağı ifade edilmektedir. jurisPK-BGB/Schütte, 2017, BGB § 2041, Rn. 11. [Gergen, istihkak talebinde (BGB § 985) olduğu gibi malın iadesine ilişkin taleplerin bu paragraf kapsamında değerlendirilmeyeceğini, mülkiyet hakkına ilişkin genel düzenlemelerin olması ve bu genel düzenlemelerin uygulanacağı gerekçesiyle ileri sürmektedir. Bkz. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 11. Gergen'in aksine Wolf, sözleşmeye dayanan iade talepleri dahil her tür iade talebinin tazmine dayanan ikame kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, o da BGB § 985'te düzenlenen istihkak talebinin bu paragraf kapsamında değerlendirilemeyeceğini farklı bir gerekçe ile ileri sürmektedir. Şöyle ki BGB § 985'e göre iade talebi hak sebebiyle ikame kapsamına girmektedir. Bkz. Soergel/Wolf, BGB § 2041, s. 471, Rn. 5].

⁹⁹⁵ Oswald, s. 116-119; Tuor/Picenoni, Art. 602 ZGB, N. 16; Escher, Art. 602 ZGB, N. 67, BK/Wolf, Art. 602 ZGB, s. 20, N. 33; BGE 116 II 259, 262; Schaufelberger, P.C./Keller Lüscher, K.: Art. 602 ZGB, Basler Kommentar BSK Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, Geisler, T./Wolf, S. (Hrsg.), 6. Aufl., Basel 2019, N. 7 (BSK/Schaufelberger/Keller Lüscher, 2019, Art. 602 ZGB, N. 7); Weibel, T.: Art. 602 ZGB, Abt. D./ Weibel, T. (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht Nachlassplanung - Nachlassabwicklung - Willensvollstreckung – Prozessführung, 4. Aufl., Basel 2019, N. 15; Graham-Siegenthaler, B.: Art. 602 ZGB, Breitschmid, P./Jungo, A. (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Aufl., 2016, s. 339-340; Piotet, SPR VI/1, s. 108; Simonius, s. 27; Somm, s. 125.

⁹⁹⁶ Alman hukukunda aynı ikame ilkesinin miras ortaklığı kapsamında uygulanacağı BGB'nin 2041. paragrafında düzenlenmektedir. BGB 2041'e göre, terekeye ait bir hak dolayısıyla yahut tereke değerinin tahrip edilmesi, zarara uğraması, elden alınmış olması sebepleriyle veya tereke ile bağlantılı bir hukuki işlem sonucunda her ne iktisap edilmekte ise bu değer yine terekeye ait olur. Bu üç yoldan iktisap edilen değer, başka hiçbir işleme veya mirasçıların iradelerinin varlığına gerek kalmaksızın (Rißmann, S./ Szalai, S.: BGB § 2041, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Müller-Engels, G. (Hrsg.), Buch 5 Erbrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2019, Rn. 3 (BeckOGK/Rißmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn. 3) terekeye dahil olur. Söz konusu iktisaplar; hakkın devri için gerekli hiçbir işleme gerek kalmaksızın, doğrudan tereke değeri haline gelir. Lange/Kuchinke, § 41 I 1, s. 1067; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 5. Hatta, aynı ikame

gerçek hak sahiplerinin hakimiyetinde bulunan tereke ele alınmaktadır. Mirasçı bir hukuki işlemi gerçekleştirdiğinde, bunun sonuçları sadece kendi üzerinde değil, diğer mirasçılar üzerinde de doğmaktadır. Ayni ikame ilkesi ise terekenin olağan idaresi sonucunda, bir değer elde edilmişse bu değer hangi malvarlığı masasına tahsis edileceğini belirleyen bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, ayni ikame ilkesinin miras ortaklığındaki fonksiyonu, iktisap edilen değer mirasçının genel malvarlığına mı yoksa özel malvarlığına mı gireceğinin tespitidir. Bu ilke uyarınca, bir mirasçı hukuki işlem aracılığıyla ve tereke değerlerini sarf etmek suretiyle yeni bir değer iktisap ederse bu değer onun genel malvarlığına değil yine miras ortaklığına ait olur. Aynı şekilde, mirasçı tasarrufu sonucunda bir değer elde etmekte ve bu değerlerle de başka bir değer iktisap etmekte ise bunlar da terekeye

sonucu elde edilen değer, bu üç yoldan biriyle tekrar terekeden çıkarsa, iktisap edilen yeni değer de terekeye ait olur(“*Kettensurrogation*”). MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 5. (*Zincirleme ikame* şeklinde Türkçe’ye çevirebileceğimiz “*Kettensurrogation*”un sınırının olmadığı yönünde bkz. NJWE-FER 2000, 12). Örneğin, mirasçının terekeye ait bir taşınır satması karşılığında iktisap edilen bedel ile başka bir taşınır mal satın alınması halinde, söz konusu mal üzerindeki hak da § 2041 uyarınca tereke değerleri arasında sayılmaktadır. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 5. BGB § 2019’un aksine, burada tereke zilyetlerinden ziyade, mirasçının veya mirasçıların tereke ile bağlantılı hukuki işlemler sonucu elde ettikleri kazanımların terekeye dolaysız olarak dahil olma durumu düzenlenmiştir. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 2. Söz konusu paragrafın BGB § 2019 düzenlemesinden ayrıldığı bir diğer konu ise paragrafın lafzı göz önüne alındığında, ayni ikamenin üç alt türünü oluşturan hak sebebiyle ikamenin, tazmine dayanan ikamenin ve bağa dayanan ikamenin düzenlendiği hususudur. Buna ek olarak, BGB § 2041 paragrafında bağa dayanan ikamenin, malvarlığı aracılığı ile ikameyi de kapsadığı ileri sürülmektedir. Menken, s. 26. BGB § 2041’in koruma amacı incelemek gerekirse, bu paragrafın üç şekilde elde edilen tüm kazanımların terekeye ait olacağını öngörmektedir. Bir kül olarak mirasçılara geçen terekenin, mirasçıların tasarrufları sonucunda veya başka sebeplerle azalması tehlikesi her zaman mevcuttur. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 1. BGB § 2041 düzenlemesiyle de malvarlığında meydana gelecek azalmaların önüne geçilerek [MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 1; BeckOGK/Rießmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn. 3; Ann, C.: BGB § 2041, Kroiß, L./ Ann, C. /Mayer, J. (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, 5. Aufl., 2018, Rn. 1 (NK-BGB/Ann, 2018, BGB § 2041, Rn. 1)] malvarlığının mevcut durumunun korunmasının amaçlanmaktadır. Bu özelliği sebebi ile bu düzenlemenin emniyet işlevi (“*Sicherungsfunktion*”) gördüğü de belirtilmektedir. Sağlanan bu koruma ise sonuç olarak iki grubun menfaatine hizmet etmektedir: 1. Mirasçılar [MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 1; Bayer, W.: BGB § 2041, Grunewald, B./ Maier-Reimer, G./ Westermann, H. P. (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II, 15. Aufl., Köln 2017, Rn. 1 (Erman/Bayer, BGB § 2041, Rn. 1); BeckOGK/Rießmann/Szalai, 2019, BGB § 2041, Rn. 2 bkz. dn. 2, NK-BGB/Ann, 2018, BGB § 2041, Rn. 1] 2. Miras bırakanın alacaklıları. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 1; NK-BGB/Ann, 2018, BGB § 2041, Rn. 1.

tahsis edilir. Böylece, mirasçılarının şahsi malvarlıkları ile terekenin birbiriyle karışması önlenmiş olup terekenin idaresi de kolaylaşır⁹⁹⁷. Bununla beraber, unutulmamalıdır ki hukuki işlem sonucu elde edilen bir değer özel malvarlığına tahsis edilebilmesi için bunun geçerli bir işlem olması gerekmektedir⁹⁹⁸. Diğer mirasçılarının bu işleme icazet vermesi halinde de bu değer terekeye girmesi söz konusudur⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ Oswald, s. 116-117.

⁹⁹⁸ Oswald, s. 117.

⁹⁹⁹ Oswald, s. 117. Alman hukukunda ise tereke ile bağlantılı hukuki işlemle, bir iktisap gerçekleşmişse, iktisap edilen değer terekeye dahil olacağı düzenlenmektedir (BGB § 2041). Buna göre, hukuki işlemle gerçekleşen ikame olayı, malvarlığı aracılığı ile (yalnızca objektif bağın varlığının yeterli olduğu hal) gerçekleşebileceği gibi dar anlamda bağa dayanan ikame yolu ile (objektif ve sübjektif bağın birlikte arandığı hal) de gerçekleşebilir. Russmann, s. 7. Russmann, BGB § 2041’de bağa dayanan ikame ile amaçlanan mirasçılarının tereke idaresine ilişkin olağan işlemleri (“*die ordnungsgemäße Verwaltung*”) yapmalarını mümkün kılmak ve terekeye hak iktisabında bulunmak zorunda kalan kişinin bu iktisabının hukuki etki doğurmasını sağlamak olduğunu ileri sürmektedir. Russmann, s. 108. Bu ifade akıllara şu soruları getirmektedir: Hukuki işlemin geçersizliği aynı ikame olayının gerçekleşmesine engel teşkil eder mi? Mirasçılardan her biri tasarruf işlemini diğer mirasçılarının izni veya icazeti olmaksızın gerçekleştirebilir mi? Terekenin idaresi ile ne kastedilmektedir? İlk soruya cevap vermek gerekirse, aynı ikame olayının gerçekleşebilmesi için buna esas teşkil eden hukuki işlemin geçerli olması gerektiği belirtilmektedir. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 30; NK-BGB/Ann, 2018, BGB §2041, Rn. 8; Ann (Die Erbengemeinschaft), s. 113. Bağa dayanan ikame, tereke değerlerinin sarfiyla ya da kişinin kendi malvarlığı aracılığı ile gerçekleşebilir. Her iki halde de ikame olayının gerçekleşebilmesi için hukuki işlemin geçerli olması şarttır. Kişinin kendi malvarlığı aracılığı ile miras ortaklığı için yaptığı hukuki işlemlerde, bu kimsenin şahsi malvarlığını ilgilendiren işlemlerde yükümlülüklerini yerine getirmesinin daha muhtemel olması sebebiyle, bu tür durumlarda geçersizlikle daha az karşılaşılabilirdi belirtilmektedir. Ann (Die Erbengemeinschaft), s. 113. Başka türlü ifade etmek gerekirse, aynı ikame olayı hukuki işlemin geçersiz olmasına rağmen gerçekleşebilecek bir hukuki kurum değildir. Ann (Die Erbengemeinschaft), s. 113 bkz. dn. 54. (Her ne kadar hukuki işlemin geçerli olması gerektiği kabul edilmekteyse de bir görüş, mirasçının o hukuki işlemi yapmaya yetkisinin olup olmasının aynı ikame olayının gerçekleşmesine engel teşkil etmeyeceğini ileri sürmekte olup, tereke değerlerinin feda edilmesinin yahut tereke için hukuki işlem yapılmasının yeterli olduğunu belirtmektedir. Soergel/Wolf, BGB § 2041, s. 471, Rn. 7). Tasarruf yetkisi eksikliğinin neden aynı ikame olayının gerçekleşmesine engel teşkil etmediğine ilişkin bir gerekçe de belirtilmemiştir. [Bu görüşün yanlış anlaşılabilir olduğuna ilişkin görüş hakkında bkz. Ann (Die Erbengemeinschaft), s. 113, dn. 54’teki açıklama]. Benzer şekilde Weidlich de tereke değerinin tasarrufuna ilişkin işlemin geçerli olup olmasının bir önemi olmadığını BGB § 2019 kapsamında önemli olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Palandt/Weidlich, BGB § 2019, Rn. 2. Aksi görüş için bkz. Kilian, s. 40. Kilian, Weidlich’in görüşünün kavranmasının zor olduğunu belirtmektedir. Kilian, mirasçılarının istihkak talebinde bulunmak suretiyle ile geçersiz tasarruf işlemine icazet vermiş olduklarının kabul edilebileceğini, işlemin geçerliliğin bu şekilde sağlanabileceğini ve Weidlich’in bunu kastetmiş olabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Kilian, s. 40-41, dn. 130’daki açıklama). Mirasçının hukuki işlem yaptığı üçüncü kişinin tasarruf yetkisinin bulunmaması halinde ise mirasçılarının iyi niyetle hak sahibi olabilmeleri için yalnızca hukuki işlemi yapan mirasçının değil, tüm mirasçılarının iyi niyetlerinin varlığı aranır [BGB § 166 (2)]. Reichel, H.: *Gutgläubigkeit bei Fahrnisserwerb*, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (GrünhutsZ), C. 42, s. 173-262, s. 236, <http://anno.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?aid=por&datum=1916&size=45&page=251>, s.e.t. 18.07.2020; Gross, R.: *Zur Anwendung des § 166 Abs 2 BGB im Rahmen des § 2041 Satz 1 BGB*, MDR 1965, s. 443-445, s. 444; Staudinger/Löhnig,

2020, BGB § 2041 Rn. 18; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2041, Rn. 30; Staudinger/Löhnig, 2016, BGB § 2041, Rn. 10b; Soergel/Wolf, BGB § 2041, Rn. 15; Palandt/Weidlich, BGB § 2041, Rn. 3; NK-BGB/Ann, 2018, BGB §2041, Rn. 8. Aksi takdirde, bu değer, asıl hak sahibinin malvarlığında bulunmaya devam eder. Staudinger/Löhnig, 2016, BGB § 2041, Rn. 10b. Miras ortaklığının bir elbirliği ortaklığı olmasının doğal sonucu, tasarruf işleminin tüm mirasçıların bu işlemi birlikte yapması zorunluluğudur (2040 § BGB). Tasarrufun geçerliliği tüm mirasçıların iznine veya icazetine doğrudan bağlı olduğu için bunun eksikliği mirasçının tasarrufunu geçersiz kılmaktadır. NK-BGB/Ann, 2018, BGB §2041, Rn. 9. Diğer mirasçıların iznini veya icazetini almayan bir mirasçının tasarrufu ancak üçüncü kişinin iyi niyetine sonuç bağlayan BGB'nin ilgili hükümlerinin kapsamına girdiği hallerde geçerli olur. Russmann, s. 108. Aynı ikame olayının en ayırt edici özelliği olan, hakkın başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın özel malvarlığına doğrudan dahil olması durumunun-özellikle aynı anda karşılıklı ifanın söz konusu olmadığı hallerde- ne zaman gerçekleşeceği sorusu ortaya çıkabilir. Çünkü her zaman karşılıklı borçların ifası aynı anda gerçekleşmeyebilmektedir. Bir sözleşme dolayısıyla mirasçı borcunu, tereke değerlerinin sarfiyla gerçekleştirmek suretiyle karşı taraftan önce ifa etmişse, aynı ikame olayı gerçekleşir ve karşı tarafın borcunun ifasını talep etme hakkı doğrudan ve hiçbir işleme gerek kalmaksızın terekeye değerleri arasına girer. NK-BGB/Ann, 2018, BGB §2041, Rn. 10. Şayet, karşı taraf borcunu mirasçıdan önce ifa etmişse, ifa sonucu elde edilen bu hak doğrudan ve yine başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın miras ortaklığına dahil olur. Ann (Die Erbengemeinschaft), s. 113. Her ne kadar hukuki işlemin geçerli olması gerektiği kabul edilmekteyse de bir görüş mirasçının o hukuki işlemi yapmaya yetkisinin olup olmamasının aynı ikame olayının gerçekleşmesine engel teşkil etmeyeceğini ileri sürmüş olup (Soergel/Wolf, BGB § 2041, s. 471, Rn. 7) ardından da hukuki işlemin terekeyle olan objektif ve sübjektif bağın varlığının yeterli olduğunu eklemiştir. Soergel/Wolf, BGB § 2041, s. 471, Rn. 7 bkz. dn. 29-30. Bu görüş, hukuki işlemin geçerli olması zorunluluğunu ileri süren görüşle tamamen zıttır. Değinilmesi gereken başka bir husus da tereke değerlerinin sarf edilmiş olduğu ihtimalde, o hukuki işlemin tereke için yapılmamış olmasının ve mirasçının o hukuki işlemi kendi adına yapmış olmasının aynı ikame olayının gerçekleşmesine engel teşkil etmeyeceğine ilişkin mahkeme kararıdır. NJW 1968, 1824. Alman Federal Mahkemesi, mirasçının tereke değerlerinin konusunu oluşturduğu hukuki işlemleri miras ortaklığı için değil de kendi kişisel ihtiyaçları için gerçekleştirmesine yönelik iradesinin önem arz etmediğine hükmetmiştir. Kişinin (mirasçının) kendi ihtiyaçları için ve kendi malvarlığı değerleri aracılığı ile yapabileceği bir hukuki işlemi tereke değerlerini sarf etmek suretiyle yapması durumunda dahi (mahkeme terekeye ait paranın kullanılmasından bahsetmektedir) BGB § 2041 gereğince tereke ile hukuki işlem arasındaki bağ kurulmuş olur ve aynı ikame olayı gerçekleşir. Aynı mahkeme kararına göre, BGB § 2038'de öngörülen ve terekenin idaresine yönelik tipik tedbirler de objektif bağı kurmaktadır. Şöyle ki mahkeme bu kararında, mirasçının tereke malı olan eczaneyi kiraya vermesinin, BGB § 2038 gereğince malvarlığının idaresine yönelik tipik bir tedbir olduğunu ifade etmektedir. Bu tür durumlarda, yani malvarlığının idaresine yönelik işlerde, yukarıda bahsi geçen tereke mallarının kişinin kendi ihtiyaçları için sarf edilmesi ve bu işlemin mirasçının kendi adına yaptığı halden farklı olarak tereke ile hukuki işlem arasındaki bağ işin doğasından kaynaklanarak kurulmaktadır. Terekenin idaresine ilişkin tipik işlerde bu bağ, mirasçının hukuki işlemi kendi adına yapmış olmasına rağmen bertaraf edilememektedir. Tüm bunlar göz önüne alındığında mahkeme kararından şu sonuçlar çıkarılabilmektedir: 1. Mahkeme objektif bağı iki şekilde kurmaktadır: a. Tereke değerlerinin sarfı halinde b. Terekenin idaresine yönelik tipik tedbirlere ilişkin hukuki işlemlerde (Bu bağ işin doğasından kaynaklanarak kurulmaktadır.) 2. Objektif bağ kurulduğu takdirde, mirasçı hukuki işlemi kendi adına yapmış olsa dahi aynı ikame olayı gerçekleşmektedir. Alman Federal Mahkemesinin bu kararı incelendiğinde aklara şu sorular gelebilmektedir: Objektif bağ kurulduğu takdirde ve mirasçının o hukuki işlemi kendi adına yaptığı ihtimalde BGB § 2041'in, dolaylı temsile doğrudan temsilin sonuçlarını bağladığı sonucu bu mahkeme kararından çıkarılabilir mi? Objektif bağın varlığı halinde, diğer mirasçıların hukuk işlemi yapan mirasçıya izin veya icazet vermiş olduğuna ilişkin bir varsayım bu karar uyarınca kabul edilebilir mi? Özellikle tasarruf yetkisi olmayan mirasçının yaptığı tasarruf işleminin aynı ikame olayı teşkil edip etmeyeceği sorusu bu paragraf hükmünün iyi anlaşılabilmesi açısından önemlidir. İlk soruya cevap vermek için öncelikle bu durumda dolaylı temsilin söz konusu olup olmadığını incelemek gerektiği kanaatindeyiz. Dolaylı temsil, bir kişinin kendi adına fakat başkası hesabına hukuki işlem yaptığı hallerde karşımıza çıkmaktadır. Schubert, C.: BGB § 164, Schubert, C. (Red.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl, München 2018, Rn. 39 (MüKoBGB/Schubert, 2018, BGB § 164, Rn. 39); Schilken, E.: Vorbemerkung zu §§ 164, Herrler, S. (Red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen

Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), Neubearbeitung 2019, Rn. 42 (Staudinger/Schilken, 2019, Vorbemerkung zu §§ 164, Rn. 42). (Türk doktrininde, dolaylı temsil, hukuki işlemin “ekonomik sonuçlarının” yani “işlemin risklerinin ve yararlarının” üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. İnceoğlu, M: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 44). Hukuki işlemin üçüncü kişi hesabına yapıldığı ise aleniyet teşkil etmez. MüKoBGB/Schubert, 2018, BGB § 164, Rn. 39. Dolaylı temsilin BGB’de düzenlenmemiş olması sebebiyle, temsil olunan menfaatine hukuki işlemi yapan kişi, iktisap ettiği değerleri, BGB’nin hakkın devrine ilişkin genel hükümlerine göre, temsil olunana devreder. Staudinger/Schilken, 2019, Vorbemerkung zu §§ 164, Rn. 43 ve Rn. 43’te sayılan yazarlar. Dolaylı temsile ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken husus, o hukuki işlemin üçüncü kişi hesabına yapılmasına yönelik iradenin varlığıdır. Dolaylı temsilin tanımından da çıkarılabileceği üzere, böyle bir irade yoksa, dolaylı temsilden de söz edilememelidir. (Türk hukuku bakımından aynı görüş için bkz. Esener, T.: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 13; İnceoğlu, s. 44 bkz. dn. 160). Yukarıda söz edilen mahkeme kararından, hukuki işlemi yapan kişinin işlemi kendi adına ve kişisel ihtiyaçları için yaptığı anlaşılmaktadır. Kişinin hukuki işlemi, kişisel ihtiyaçlarını karşılamak üzere yapması sebebiyle dolaylı temsilin söz konusu olmadığı, kişinin işlemi kendi hesabına yapması gerekçesiyle ileri sürülebilir. Mahkeme kararı uyarınca, aynı ikame olayının kişinin kendi adına ve kişisel ihtiyaçları için bir hukuki işlem yapmasına rağmen gerçekleştiği görülmektedir. Buna göre, aynı ikame ilkesi kişi iradesi göz ardı edilerek uygulanmakta olup bu hak, yapılan hukuki işlem sonucu doğrudan ortaklığa geçmektedir. Coester-Waltjen, s. 26. (Temsil ve aynı ikame ilkesi arasındaki farklar için bkz. Strauch, D.: Mehrheitlicher Rechtssatz, Biefeld 1972, s.163-168; Girsberger, s. 149-151; Heike, s. 150-153). Bu noktada aklara çocuk mallarının idaresinde aynı ikame ilkesinin uygulanmasına örnek teşkil eden BGB § 1646 gelebilir. Bu paragrafta, anne ve babanın çocuğun malvarlığı aracılığı ile bir taşınır mal elde etmeleri durumunda, bu taşınır malın malikinin, ana ve babanın bu işlemi kendi hesaplarına yaptıklarına yönelik iradelerinin olduğunu belirtmedikleri durumda, çocuğun olacağı öngörülmüştür. BGB § 1646’da ebeveynlerin söz konusu hukuki işlemi çocukları hesaplarına yaptıklarına dair bir karinenin varlığı savunulmaktadır. Rakete-Dombek, I.: BGB § 1646, Kaiser, D./Schnitzler, K./Friederici, P./Schilling, R. (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4: Familienrecht §§ 1297-1921 BGB, 3. Aufl., 2014, Rn. 4 (NK-BGB-FamR/ Rakete-Dombek, 2014, BGB § 1646, Rn. 4); Veit, B.: BGB § 1646, Hau, W./ Poseck, R. (Hrsg.), Beck’sche Online-Kommentare BeckOK BGB Buch 4. Familienrecht, 54. Ed., München 2019, Rn. 7 (BeckOK BGB/Veit, 2019, BGB § 1646, Rn. 7); Erman/Döll, BGB § 1646, Rn. 3; Gernhuber, J./Coester-Waltjen, D.: Familienrecht, 6. Aufl., München 2010, § 63, Rn. 16, dn. 31; Huber, P.: BGB § 1646, Säcker, F. J. / Rixecker, R. / Oetker, H./ Limperg, B. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 8. Aufl., München 2020, Rn. 10. (MüKoBGB/Huber, 2020, BGB § 1646, Rn. 10). [BGB § 1646’nın aynı ikame ilkesinin uygulama örneği teşkil etmediğine ilişkin görüş hakkında bkz. Wolf, 1975, s. 712, dn. 23]. Dolayısıyla, tüm bunları göz önüne alarak bu paragraf incelenirken kanunun dolaylı temsile doğrudan temsilin sonuçlarının bağlanmış olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, BGB § 2041 ve söz konusu mahkeme kararı da dikkate alındığında kişinin ortaklık malı aracılığı ile kendi adına ve kişisel ihtiyaçları için bir tasarrufta bulunması durumunda, BGB § 1646’dan farklılık arz ettiği görülmektedir. Burada, dolaylı temsil örneğinin bulunmamasına ek olarak, hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin iradesi de dikkate alınmamakta olup, sadece objektif bağın varlığı ile ortaklığa bir hak kazanımı sağlanmaktadır. İkinci sorunun cevabı için ise terekenin idaresini düzenleyen BGB § 2038 ve BGB § 2040’ın ve bunların BGB § 2041 ile arasındaki ilişkilerinin özel olarak incelenmesi gerekir. BGB 2038 ve 2040 paragraflarının tasarruf işlemleri açısından BGB § 2041’de düzenlenen bağa dayanan ikame ile ilişkisini kısaca incelemek gerekirse, BGB § 2040’a göre mirasçılar tereke malı üzerinde ancak birlikte tasarrufta bulunabilirler. Yalnız burada terekenin olağan ve lüzumlu işleri ile alakalı tedbirlerde bir ayırım yapılabileceği ve bu ayırım ve sonuçlarının BGB § 2038 ile paralellik göstereceği ileri sürülmektedir. Röthel, A.: Erbrecht Ein Studienbuch, 17. Aufl., München 2015, s. 321, Rn. 62, s. 315-316. Birden çok mirasçı bulunması durumunda, mirasın geçmesi ile birlikte özel malvarlığı niteliğindeki tereke üzerinde elbirliği ile hak sahibi olmalarına ilişkin olarak bu mirasçılar arasında da bir bağ oluşur. Terekenin idaresi kavram olarak mirasçılar arasındaki miras ortaklığının yürütülmesine ilişkin karar alma işlemlerini içerecek şekilde dar anlaşılmak yerine, miras ortaklığının üçüncü kişilerle olan işlemlerini de ihtiva eden hukuki işlemleri kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Röthel, s. 310, Rn. 39. Geniş anlamda terekenin idaresi BGB § 2038 ve BGB § 2040’ta düzenlenmiştir. Alman doktrininde; terekeye ilişkin değerlerin saklanması, sigortalanması, korunması,

artırılması, kullanılması, paraya çevrilmesi, tereke değerlerinin tasarrufu, kiraya verilmesi ve terekenin temsili (Röthel, s. 310) genel anlamda terekenin idaresi kapsamında sayılmaktadır. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 14; Muscheler, K.: *BGH: Umfang der Mitwirkungspflicht eines Miterben an Veräußerung eines Nachlassgegenstandes*, ZEV 2006, H. 1, s. 24; FamRz, 1965, s. 267 bkz. Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2038, Rn. 3. BGB § 2038 miras ortaklığında, mirasçılar arasındaki iç ilişkiyi düzenlerken, BGB § 2040 ise miras ortaklığının üçüncü kişilerle arasındaki işlemleri yani dış ilişkiyi düzenlemektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki her ne kadar BGB § 2038'in miras ortaklığının iç ilişkisini düzenlediği söylenebilirse de burada yapılan terekenin yönetiminde olağan tedbirlere ve lüzumlu tedbirlere ilişkin ayırımın, BGB § 2040'ta düzenlenen ve tasarrufların geçerliliğine dair aranmakta olan pay çoğunluğunun belirlenmesinde de uygulanacağı da savunulmaktadır. Röthel, s. 316, Rn. 53. BGB § 2038'in esasen terekenin nasıl idare edileceğini düzenlediği söylenebilir. Bununla kastedilen, miras ortaklığının tereke ile alakalı kararlarının ne çoğunlukla alındığında geçerli olacağıdır. Başka bir ifadeyle, *terekenin nasıl idare edileceği* hususu, karar alma sürecinde mirasçıların katılımının gerekliliğine ilişkin soruyu da ihtiva etmektedir. BGB § 2038'in ilk fıkrasının ilk cümlesinde terekenin idaresini mirasçıların birlikte gerçekleştireceği belirtilmiştir. İlk cümlelerin devamı incelendiğinde terekenin idaresinin sadece yetki olarak kalmadığı bir yükümlülük olarak da mirasçılara yüklendiği görülmektedir. Bu yükümlülük ise, terekenin yönetimine ilişkin işlemlerin etki doğurması için diğer mirasçıların katılımlarının gerekli olduğu hallerde bu katılımlarına yönelik zorunluluğu ifade etmektedir. Elbirliği ortaklığının niteliği gereği kural tüm işlemlerin birlikte ("*gemeinschaftlich*") gerçekleştirilmesidir. Yalnız, tereke alacaklılarının ve diğer mirasçıların menfaatlerinin korunmasının gereği (Röthel, s. 316, Rn. 53) olarak terekenin birlikte idaresi mutlak bir kural şeklinde düzenlenmemektedir. Nitekim bu temel ilkeye kanun tarafından getirilen istisnalar mevcuttur. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 1. Örneğin, terekeye ilişkin olağan işlemlerde pay çoğunluğu karar almak için yeterliyken, terekenin korunmasına ilişkin lüzumlu işlemlerde pay çoğunluğu dahi aranmaksızın her bir mirasçının tek başına karar alması geçerli etkiyi doğurmaktadır. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 2-3. Burada kanun koyucu, terekenin idaresinde alınması gereken tedbirlerin kaderinin diğer mirasçıların izin veya icazetine bağlanması sonucu engellenmesi ihtimalini önlemeyi amaçlamıştır. Ancak bu yolla tereke alacaklılarının ve diğer mirasçıların menfaati korunabilmektedir. Röthel, s. 316, Rn. 53. BGB § 2038, terekenin yönetiminde iki farklı tedbir türüne yer vermektedir: 1. Terekenin yönetimine dair olağan tedbirler 2. Terekenin korunmasına ilişkin alınması gereken lüzumlu tedbirler. Olağan tedbirlerde miras paylarının çoğunluğu kararın geçerli olması için yeterli iken; lüzumlu tedbirlerde her bir mirasçı terekenin korunmasına ilişkin bu tedbirleri diğer mirasçıların karar sürecine katılmasına gerek kalmaksızın tek başlarına alabilirler (BGB § 2038 (1), ikinci cümle). Olağan tedbirler, lüzumlu ve ivedi olmayan ayrıca tüm mirasçıların menfaatine hizmet eden tedbirlerdir. Röthel, s. 313, Rn. 44. Bir tedbirin olağan tedbir niteliği taşıyıp taşımadığı objektif kriterlere göre yani makul ve ekonomik düşünen bir kimsenin alacağı tedbire göre belirlenir. Muscheler, s. 24; NJW 1952, 1252 bkz. Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2038, Rn. 9. Miras paylaşımı gerçekleşene kadar tereke malından kimin istifade edeceğine ilişkin kararlar (Röthel, s. 313, Rn. 44. Palandt/Weidlich, Rn. 6; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 33, dn. 94) yine tereke değeri üzerine tasarruf edilip edilmeyeceğine ilişkin kararlar, (Röthel, s. 313, Rn. 45) tereke değerinin konusunu oluşturduğu kira sözleşmesinin akdedilmesine (NJW 1971, 1265; ZMR 1966, 178 bkz. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 33, dn. 92'deki açıklama) ilişkin kararlar, olağan tedbirler olarak nitelendirildiği için pay çoğunluğu ile alınır. BGB § 2038'in yer verdiği ikinci tedbir türünü ise terekenin korunmasına ilişkin lüzumlu tedbirler oluşturur. Lüzumlu tedbirler de olağan tedbirlerde olduğu gibi terekenin birlikte idaresi ilkesine bir istisna oluşturmaktadır. Bu sebeple de tereddüt halinde dar yorumlanarak uygulanmalıdır. Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2038, Rn. 33. Lüzumlu tedbirlerde, terekenin korunmasını gerektiren durum o kadar acil olmalıdır ki bu durumun gereği olarak diğer mirasçıların işleme yönelik iznine veya icazetine gerek duyulmamaktadır. BGH NJW 1952, 1252 bkz. Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2038, Rn. 34. Yapılan işlem hem iç ilişkide mirasçılara karşı hem de dış ilişkide üçüncü kişilere karşı geçerlidir. BGH NJW 1952, 1252 bkz. Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2038, Rn. 36. Burada, olağan tedbirlerde olduğu gibi pay çoğunluğu dahi aranmamakta olup her bir mirasçı tek başına hukuki veya fiili tedbirleri alabilir. Bir tedbirin lüzumlu olup olmadığı yine objektif kriterlere göre yani "makul ve ekonomik bir kişinin" alacağı tedbirlere göre belirlenir. BGH NJW 1952, 1252; Muscheler, s. 24 bkz. Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019, BGB § 2038, Rn. 33, MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 57. Tereke değerlerine ilişkin müdahalelere karşı tedbirler almak [örn. istimlaka ("*Enteignung*") ilişkin

tedbirler NJW 1958, 1203; Siebert, H.: *Die Entwicklung des Erbrechts im Jahre 2008*, NJW 2009, H. 5, s. 1121-1126, s. 1123; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 60]. haksız cebri icraya ilişkin tedbirler (Staudinger/Löhnig, 2020, BGB § 2038, Rn. 29; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 60, dn. 205), gayrimenkulün onarımına (BGHZ 6, 76, 84 bkz. MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 60, dn. 212), paylaşım kadar evcil hayvanın bakımına ilişkin tedbirler (Roth, W.: *Das Haustier im Nachlass*, NJW-Spezial 2011, H. 18, s. 551; MüKoBGB/Gergen, 2020, BGB § 2038, Rn. 60) almak terekeye ilişkin lüzumlu tedbirlere örnek olarak verilebilir. Olağan ve lüzumlu tedbirler dışındaki tüm tedbirler birlikte alınır. Röthel, s. 314, Rn. 46. BGB § 2038 bu şekilde olmakla birlikte BGB § 2040'ın da ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme diğerinin aksine terekenin idaresinde dış ilişkiyi ilgilendirmektedir. Dış ilişki, miras ortaklığının mirasçılar tarafından temsili ve tereke değerlerinin tasarrufu ile alakalıdır. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki BGB § 2040'ta düzenlenen tasarruf kavramı sadece eşya üzerindeki tasarrufları değil alacak haklarının ve diğer hakların tasarrufunu, yenilik doğuran hakların kullanımını da ihtiva eden geniş bir kavram olarak kabul edilmektedir. Röthel, s. 316, Rn. 52. Söz konusu paragrafın lafzına bakıldığında, mirasçıların tereke malı üzerinde ancak birlikte tasarrufta bulunabileceklerinin ifade edildiği görülmektedir. BGB § 2038'de olduğu gibi olağan tedbirler ve lüzumlu tedbirler ayırımına bu metinde yer verilmemiştir. Bu sebeple, tereke değerlerinin tasarrufunda tüm mirasçıların birlikte hareket etmesi gerektiği paragrafın lafzından çıkarılmaktadır. Her ne kadar mirasçıların tereke değerleri üzerinde birlikte tasarruf edecekleri düzenlenmekte ise de BGB § 2040 ile BGB § 2038 arasındaki ilişki tereke değerlerinin tasarrufu açısından tartışmalıdır. Erman/Bayer, BGB § 2040, Rn. 3; Staudinger/Löhnig, 2016, BGB § 2038, Rn. 5; NJW 2010, 765, Rn. 17. Bir görüşe göre BGB § 2040, BGB § 2038'e göre özel hüküm teşkil etmekte olup (Bkz. Eberl-Borges, C.: *Verfügungsgeschäfte der Erbengemeinschaft im Rahmen der Nachlassverwaltung*, NJW 2006, s. 1313-1315, s. 1313, dn. 4'te sayılan yazarlar) tüm mirasçıların birlikte tasarrufta bulunmaları gerektiğini savunurken, başka bir görüş ise BGB § 2040 (1)'in tasarruflara ilişkin olarak genel hüküm teşkil ettiğini, BGB 2038'in ise terekenin olağan idaresi kapsamında yapılan tasarruflara ilişkin olarak özel hüküm olduğunu ileri sürmektedir. Alman Federal Mahkemesi, çeşitli kararlarında, belirli tasarrufların terekenin olağan idaresi kapsamında değerlendirileceğine ve bu sebeple BGB § 2038'in uygulama alanı bulacağına değinmiştir. BGH, 28.09.2005, IV ZR 82/04, Rn. 12 (NJW 2006, 439); BGH, 11.11.2009, XII ZR 210/05 (BGHZ 183, 131 = NJW 2010, 765); NJW 2013, 166, Rn. 13; Lange, s. 455 vd.; Eberl-Borges, C.: *Verfügungsgeschäfte der Erbengemeinschaft im Rahmen der Nachlassverwaltung*, NJW 2006, s. 1313-1315, s. 1313. (Tereke değerlerinin tasarrufu için aranan pay çoğunluğunun belirlenmesine ve BGB § 2038-BGB § 2040 ilişkisinin tespitine yönelik verilmiş belirli BGH kararlarının değerlendirilmesi hakkında bkz. Rißmann, §4, s. 91 vd.). Örneğin, BGH 2009 tarihli kararında terekeye ait bir mala ilişkin kira ilişkisinin, pay çoğunluğu (kök çoğunluğunun) kararı ile sona erdirebileceğine hükmetmiştir⁹⁹⁹. NJW 2010, 765, Rn. 38. BGH, önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta, tereke alacağının mirasçıların pay çoğunluğu ile tahsil edilmesinin mümkün olacağına karar vermiştir. NJW 2013, 166, Rn. 13. Bu kararlar sebebiyle BGB § 2040'ın nasıl anlaşılacağı ve uygulanacağı konusunda özellikle hangi tasarrufların bu kararlar kapsamında değerlendirebileceğine ilişkin sorular ortaya çıkmıştır. Bu sorular hakkında bkz. Rißmann, §4, s. 79, Rn. 47. Ayrıca, bu kararlar ışığında BGB § 2040'ın ne zaman uygulanabileceğinin tespitindeki belirsizlik de BGB § 2040'ın koruma amacı göz önüne alındığında eleştirilere konu olmuştur. Erman/Bayer, BGB § 2040, s. 5888, Rn. 3. Şöyle ki, BGB § 2040, mirasçıların menfaatini korumayı amaçlayan bir hükümdür. Dolayısıyla, bu düzenlemenin koruma amacına ters düşen herhangi bir yorum, mirasçıların menfaatini zedeleyebilecektir. Bu sebeple, bu durumda da BGB § 2040 yerine BGB § 2038'in uygulandığı hallerde mirasçıların menfaatinin zedelenip zedelenmeyeceği incelenmelidir. BGB § 2038'in uygulanamayacağını savunan görüşe göre, bir tasarrufun terekeye ilişkin bir olağan tedbir teşkil edip etmediği belirsizdir. Erman/Bayer, BGB § 2040, s. 5888, Rn. 3. Buna ilişkin belirsizlik, bir mirasçının BGB § 2038'de öngörülen işleme izin/icazet verme yükümlülüğü olup olmadığına dair de soru işaretlerinin oluşmasına yol açar. Erman/Bayer, BGB § 2040, s. 5888, Rn. 3. Bu belirsizlik de BGB § 2040'ta öngörülen mirasçının izni olmaksızın ya da onun iradesine aykırı biçimde yapılacak tasarruflara karşı mirasçıların korunması amacıyla ters düşmektedir. Erman/Bayer, BGB § 2040, s. 5888, Rn. 3. Buna ek olarak, terekenin olağan idaresiyle alakalı tasarrufların ne olduğuna ilişkin açıklamanın yokluğu, mirasçıların, BGB § 2058'e göre müteselsil sorumlu tutulmaları sebebiyle de menfaatlerini zedelemektedir. Erman/Bayer, BGB § 2040, s. 5888, Rn. 3. Ayrıca, mirasçıların tasarruflara karşı korunmasının BGB § 2041'e rağmen yeterli olmayabileceği; elden çıkan tereke değerinin iktisap edilen değerden pahaca yüksek olması ihtimali yüzünden ileri sürülmektedir. Erman/Bayer, BGB § 2040, s. 5888, Rn. 3. Tüm bu sebeplerle, bu görüş, BGB § 2040'ın özel bir düzenleme olduğuna ilişkin yoruma üstünlük verilmesi gerektiği sonucuna

Hukuki işlem aracılığıyla gerçekleşen ayni ikame olayına ek olarak miras ortaklığında tazmine dayanan ikame yoluyla elde edilen değerler yani, bir tereke değerinin zarar görmesi, tahrip edilmesi, ona el konulması halinde de iktisap edilen sigorta bedelinin, tazminat bedelinin terekeye ait olacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰⁰. Terekeye ait bir hak dolayısıyla elde edilen değer de mirasçılarının kişisel malvarlığına değil de terekeye girmektedir. Örneğin, tereke unsurlarına ait faiz gelirleri, borçlunun ortaklığa ait alacağına yönelik borcunu ifası halinde bu değer yine miras ortaklığına aittir¹⁰⁰¹. Yalnız, burada da borcun ifasının tereke temsilcisine ya da tüm mirasçılara yapılması gerekir. Aksi takdirde tereke borçlusu borcunu ifa etmemiş sayılacağından bu değer terekeye girmesi söz konusu olmamaktadır.

varmaktadır. Erman/ Bayer, BGB § 2040, s. 5888, Rn. 3. (BGB 2040 yerine, BGB § 2038'in uygulanabileceği şu gerekçeyle ileri sürülebilir. Tereke değerlerinin tasarrufu hakkında bir karar objektif olarak terekenin olağan idaresi niteliğini taşımaktaysa, yani makul ve ekonomik bir kimsenin alacağı olağan bir tedbir ise, buna ilişkin tasarrufun tüm mirasçıların izniyle yapılmasının bir anlam taşımayacaktır. Ayrıca, olağan tedbirlere ilişkin açıklamanın noksanlığı nedeniyle yapılan eleştiri aynı şekilde lüzumlu tedbirler için de geçerli olabilir. Dolayısıyla, lüzumlu tedbirlerin kapsamı belirlenirken objektif ölçütlerin dikkate alınmasında olduğu gibi bir tedbirin olağan tedbir niteliği taşıyıp taşımadığı da objektif ölçütlere göre belirlenebilir). Yalnız terekenin korunması için alınacak lüzumlu tedbirlerde, mirasçıların tek başlarına tasarrufta bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Erman/ Bayer, BGB § 2040, s. 5888, Rn. 3; Lange /Kuchinke, s. 1131; Röthel, s. 316, Rn. 53. Sonuç olarak, ikinci soruya cevap vermek gerekirse, ayni ikame olayının gerçekleşmesi için ona esas teşkil eden işlemin geçerli olması gerekmektedir. Şayet hukuki işlemle gerçekleşen bu tasarruf, terekeye ilişkin olağan bir tedbirse pay çoğunluğunun varlığı ayni ikame olayının gerçekleşmesi için yeterlidir⁹⁹⁹. (BGB § 2038'in terekeye ilişkin olağan tedbirler kapsamında yapılan tasarruflara uygulanacağını savunan görüş uyarınca bu sonuca ulaşılmaktadır. Şayet, BGB § 2040'ın her türlü tasarrufa uygulanacağını ileri süren görüşe üstünlük tanınmakta ise bu işlemin geçerliliği için tüm mirasçıların izni ve icazeti gerekecektir). Şayet bu tedbir lüzumlu bir tedbir olarak nitelendiriliyorsa bu takdirde her bir mirasçının alacağı lüzumlu tedbire ilişkin tasarrufu geçerli olduğu için ayni ikame olayı da gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla, ayni ikame olayında objektif bağın varlığı halinde diğer mirasçıların iznine ilişkin bir varsayım söz konusu değildir. Pay çoğunluğu işlemin geçerliliği için yeterli kabul edilecek, bu halde de ayni ikame olayı da gerçekleşmiş olacaktır. Terekenin olağan idaresi sebebi ile yapılan tasarruf pay çoğunluğu ile gerçekleşmemiş olursa ayni ikame olayı da gerçekleşmemektedir çünkü daha önce de belirtildiği üzere ayni ikame olayının vuku bulması için onun yapı taşı hukuki işlemin de geçerli olması gerekir. Terekeye ilişkin tasarruflarda, bunların geçerliliği mirasçıların iznine veya icazetine tabi olduğu için, her durumda, olağan-lüzumlu tedbirler-diğer tedbirler ayrımı yapılarak sağlanması gereken pay (kök) çoğunluğu tespit edilerek bir değerlendirme yapılmalıdır.

¹⁰⁰⁰ Oswald, s. 116; BGE 52 II 195, 199; Piotet, SPR VI/1, s. 108; Simonius, s. 27; Somm, s. 125.

¹⁰⁰¹ BGE 116 II 259, 262.

Aynı ikame ilkesinin, iktisap edilen değerin, mirasçılarının malvarlığı masalarından hangisine ait olacağını belirten bir araç olması sebebiyle, kanımızca burada aleniyet ilkesinin ihlali de söz konusu olmamaktadır. Zira, burada, haksız zilyedin kendi adına ve hesabına yaptığı hukuki işlem sonucunda tereke malının doğrudan terekeye girmesinin kabul edilmesinde olduğu gibi aleniyet ilkesinin ihlali söz konusu değildir. Bu ihtimalde, hukuki işlemi yapan ile hak sahibi aynı kişi, yani mirasçıdır. Tereke değerlerinin elden çıkarılması suretiyle ve geçerli bir hukuki işlem sonucu elde edilen değerin tereke unsuru sayılması aleniyet ilkesinin ihlali teşkil etmemektedir. Piotet'in de ifade ettiği üzere bir kimseye ait iki farklı malvarlığı bulunduğu, bir malvarlığından çıkan değer yerine iktisap edilen değerin yine o malvarlığına girmesi doğal ve normal bir kuraldır¹⁰⁰². Ayrıca, bu durum ne tereke alacaklılarının ne de mirasçılarının kişisel alacaklılarının menfaatlerini olumsuz etkilemektedir. Nitekim, mirasçılarının kişisel alacaklılarının tereke değerlerinin azalmamasında menfaati bulunmaktadır. Şöyle ki, her ne kadar bir mirasçının kişisel alacaklısı, terekeye miras ortaklığı sürdüğü sürece doğrudan el atamazsa da¹⁰⁰³, mirasın paylaşımından sonra, alacaklı, alacaklısı olduğu mirasçıya düşen paydan, bu paya ilişkin değerlerin mirasçının kişisel malvarlığına geçmesi sebebiyle¹⁰⁰⁴ yararlanabilecektir. Dolayısıyla, tereke değerlerinin muhafazası hem mirasçılar hem tereke alacaklıları için hem de mirasçılarının şahsi borçlarının alacaklıları için önem arz etmektedir. Tereke değerleri aracılığı ile elde edilen değerlerin yine terekeye girmesine ilişkin aynı ikame kuralının uygulanması mirasçılarının alacaklıları için dezavantajlı bir sonuç doğurmaz. Zira, mirasçılarının alacaklıları ile miras bırakanın

¹⁰⁰² Bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 611.

¹⁰⁰³ Serozan/Engin, s. 566, para. 10; Öztan, s. 447.

¹⁰⁰⁴ Serozan/Engin, s. 566, para. 10.

alacaklıları, mirasçılarının mirası kayıtsız şartsız kabul etmeleri durumunda TMK m. 603/f. 2 tereke değerlerinden yararlanabilme konusunda eşit konumdadırlar¹⁰⁰⁵.

Mirasçılarının iç ilişkilerini etkileyen malvarlıkları arasında gerçekleşen tahsis işleminin, mirasçılarının tereke değerlerinden faydalanabilmesi şeklinde dış ilişkiye tezahürü, onların kişisel alacaklılarının aleyhine sonuç doğurmamaktadır. Başka bir ifade ile, iç ilişkide (mirasçılarının özel ve genel malvarlığı arasındaki ilişki) gerçekleşen bu tahsis işlemi dış ilişkiye (mirasçılar- mirasçılarının alacaklıları-miras bırakanın alacaklıları- tereke) yansıdığında zarar verici sonuçlar doğurmamaktadır. Bu yüzden, bir mirasçının iflası halinde; ayni ikame olayının (malvarlığında ikame olayının) gerçekleşerek, terekeye ait hak aracılığı ile elde edilen değerlerin yahut tereke değerlerinin feda edilmesi sureti ile elde edilen değerlerin veya bu değerlere zarar verilmesi, bu değerlerin tahrip edilmesi, bu değerlere el konulması sebepleriyle üçüncü kişiler tarafından mirasçıya ödenen sigorta bedellerinin yahut tazminat bedellerinin yine terekeye girmesi sonucunda, bu değerler üzerinde diğer mirasçılarının elbirliği ile hak sahibi olmaları, mirasçılara bu haklarını iflas masasına karşı da ileri sürebilme imkanı tanır. Terekenin muhafazasının bu yolla gerçekleştirilmesi, hukuk güvenliğinin sağlanmasına hizmet eder. Bu koruma, özellikle miras bırakanın alacaklıları için önem teşkil eder. Zira, onların menfaatlerinin diğer alacaklılardan öncelikli olarak korunmaması halinde¹⁰⁰⁶ Günay'ın da ifade ettiği üzere bu durumda miras bırakanın yaptığı sözleşmelerin tehlikeye düşmesi ve toplumsal ilişkilerde güvenin zedelemesi tehlikesi doğacaktır¹⁰⁰⁷. Şayet, tereke değerleri vasıtasıyla elde

¹⁰⁰⁵ Serozan/Engin, s. 93, para. 86.

¹⁰⁰⁶ TMK m. 603/f.1'e göre, "Mirasbırakanın alacaklılarının hakları, vasiyet alacaklılarının haklarından, vasiyet alacaklılarının hakları da mirasçılarının alacaklılarının haklarından önce gelir".

¹⁰⁰⁷ Günay, E.: Miras Hukukunda Mirasçılarının Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması, Ankara 2019, s. 210.

edilen değerler miras ortaklığı yerine mirasçılarının kişisel malvarlıklarına tahsis edilseydi, işte bu durum hukuk güvenliğini zedelerdi.

II. Miras Sebebiyle İstihkak Davası

A. Genel Olarak

Miras, mirasın açılması ile birlikte bir küll halinde mirasçılara geçmekte olup mirasçılar arasında tereke üzerinde elbirliği ile hak sahipliği doğmaktadır. Mirasçılar, miras bırakanın mülkiyet hakkı, fikri hakkı, alacak hakkı gibi para ile ölçülebilir ve devredilebilir haklarına miras bırakanın ölümüyle ve hakkın iktisabı için şart olan herhangi bir (tescil, teslim gibi) işleme gerek kalmaksızın otomatik olarak sahip olurlar¹⁰⁰⁸. Her ne kadar zilyetlik de miras bırakanın ölümüyle mirasçılara geçse de miras bırakanın haklarının konusu olan malları ya da hakları bir üçüncü kişinin fiili hakimiyetinde bulunabilmektedir. Bu gibi durumlarda mirasçılar aynı miras bırakan gibi istihkak davası, tapu sicilinin değiştirilmesi davası, zilyetlik davası, alacak davası veya alacağın tespitine ilişkin dava açmak yolu ile miras bırakandan kendilerine geçen tereke değerlerinin fiili hakimiyetlerini elde edip koruyabilirler¹⁰⁰⁹. Buna karşılık, kanun koyucu mirasçılara tek tek dava açmalarından ziyade ayrı ve tek bir dava ile bu haklarını pratik bir şekilde koruyabilme imkânı tanımaktadır¹⁰¹⁰. İşte bu özel davaya miras sebebiyle istihkak davası denmektedir. Almancası “*die*

¹⁰⁰⁸ Bkz. TMK m. 599’un birinci ve ikinci fıkrası: “Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar”.

¹⁰⁰⁹ Tandoğan, H.: *Miras Sebebiyle İstihkak Davası*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHF), C. 12, S. 1, 1955, 268-284, s. 268 [Tandoğan (Miras), s. 268)]; Dural/Öz, s. 440, para. 1821.

¹⁰¹⁰ Gürsoy, K. T.: *Miras Sebebiyle İstihkak Davası*, Ankara 1958, s. 26.

Erbschaftsklage” yani mirasçılık davası¹⁰¹¹ olan bu dava ile mirasçılar üstün haklarına yani mirasçı olmalarına dayanarak üçüncü kişilerden zilyetliklerinde bulan değerlerin kendi fiili hakimiyetlerine geçirilmesini talep hakkına sahip olmaktadır. Miras sebebiyle istihkak davası TMK’nın 637 ve 639. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı, yasal ve atanmış mirasçılara, üstün mirasçılık hakları sebebiyle tanınmıştır (TMK m. 637). Mirasçılar, ilgili madde hükmüne göre, bu davayı tereke değerlerini ellerinde bulunduranlara karşı açabilirler (TMK m. 637).

B. Davanın Özellikleri

Miras sebebiyle istihkak davası, küllilik prensibinin uzantısını teşkil etmekte olup külli¹⁰¹² bir davadır¹⁰¹³. Bunun anlamı, mirasçıların terekenin tamamının veya tereke değerlerinin bir kısmının iadesini tek bir dava ile talep edebilmeleridir¹⁰¹⁴. Öyle ki, ilamın icrasına kadar¹⁰¹⁵, terekenin tamamının iadesi talep edilirken tereke değerlerinin dava dilekçesinde ayrı ayrı belirtilmesine dahi gerek yoktur¹⁰¹⁶ meğerki tereke değerlerinin sadece bir kısmı için dava açılıyor olsun¹⁰¹⁷.

¹⁰¹¹ Serozan/Engin, s. 139, para. 164.

¹⁰¹² Oğuzman (Miras Hukuku), s. 372; Ayiter (Miras Hukuku), s. 214-215, Öztan, s. 426, Tuor/Picenoni, Vorbem. Art. 598-600 ZGB, N. 12; Tuor, P./ Schnyder, B. /Jungo, A.: § 80 Erbschaftsklage, Tuor, P./ Schnyder, B. / Schmid, J./ Jungo, A. (Hrsg.), Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich-Basel-Genf, s. 923-924, N. 1; Escher, Vorbemerkungen Art. 598-600 ZGB, N. 1; Piotet, SPR IV/2, s. 749; Forni, R./Piatti, G.: Art. 598 ZGB, Geiser, T. /Wolf, S. (Hrsg.), Basler Kommentar (BSK) Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, 6. Aufl., 2019, N. 1 (BSK/Forni/Piatti, 2019, Art. 598 ZGB, N. 1); CHK/Göksu, Art. 598 ZGB, N. 2; İnan, A. N./Ertaş, Ş./Albaş, H.: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019, s. 520; Antalya, s. 489; Akbıyık, s. 71; Eren (Miras), s. 1051.

¹⁰¹³ Gürsoy, s. 26.

¹⁰¹⁴ Tandoğan (Miras), s. 271.

¹⁰¹⁵ Tandoğan (Miras), s. 272.

¹⁰¹⁶ Ayiter (Miras Hukuku), s. 215; Serozan/Engin, s. 550, para. 107.

¹⁰¹⁷ Tandoğan (Miras), s. 272.

Miras sebebiyle istihkak davasının bir diğer özelliği de onun eda davası olmasıdır¹⁰¹⁸. Bu davayı açmakla tereke değerlerine haksız şekilde zilyet olan kimselerden bu değerlerin iadesi talep edilmektedir¹⁰¹⁹. Buna karşılık, dava sırasında davalı, davacının mirasçı olmadığını ileri sürebilir. Bu durumda, bu dava kapsamında hâkim öncelikle davacının mirasçı sıfatını haiz olup olmadığını inceleyebilir¹⁰²⁰. Hâkimin bu incelemesi sonucu mirasçı sıfatının varlığına ya da yokluğuna ilişkin kararı da tespit davası niteliğini taşımaktadır¹⁰²¹. Bununla beraber, mirasçılık sıfatının tespiti bu davanın amacı değil, tereke değerlerinin mirasçıya iade edilmesinin sağlanması için bir araçtır¹⁰²². Dolayısıyla, tespit karakteri miras sebebiyle istihkak davasının eda davası niteliğini ortadan kaldırmamaktadır¹⁰²³. Nitekim, TMK'nın 637. maddesinin ikinci fıkrasında hâkimin mirasçılık sıfatıyla ilgili uyuşmazlıkları da çözeceği ifade edilmiştir.

Miras sebebiyle istihkak davası, mutlak etkili bir davadır¹⁰²⁴. Buna göre, mirasçı mirasçılıktaki üstün hakkına dayanarak bu hakkını ihlal eden herkese karşı miras sebebiyle istihkak davası açabilir¹⁰²⁵. Ayrıca, haksız zilyedin iflası halinde, bu hakkına dayanarak hak konusu malını iflas masasından çekip alabilir¹⁰²⁶.

¹⁰¹⁸ Tandoğan (Miras), s. 273; Gürsoy, s. 31; İmre/Erman, s.414-415; Öztan, s. 426; Marrel, A.: De l'action en pétition d'hérédité, Lausanne 1915, s. 70 vd. bkz. Dural/Öz, s. 441, para. 1826; Escher, Vorbemerkungen Art. 598- 601 ZGB, N. 7; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 373 bkz. dn. 205; Escher, Art. 598 ZGB, N. 7-13; Tuor/Picenoni, Vorbem., Art. 598-601, N. 14; Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukuku), 1978, s. 658; Dural/Öz, s. 441, para. 1826; Ayiter (Miras Hukuku), s. 215; Eren (Miras), s. 1049.

¹⁰¹⁹ Gürsoy, s. 31; Tandoğan (Miras), s. 273.

¹⁰²⁰ Oğuzman (Miras Hukuku), s. 373.

¹⁰²¹ Tandoğan (Miras), s. 273.

¹⁰²² Güral, J.: "Kimler Miras Sebebiyle İstihkak Davasında Davacı Olabilir", Ankara Barosu Dergisi 1953, S. 5, Marrel, s. 71 vd. bkz. Tandoğan (Miras), s. 273 bkz. dn. 17; Ayiter (Miras Hukuku), s. 216.

¹⁰²³ İmre/Erman, s.415.

¹⁰²⁴ Serozan/Engin, s. 551 para.109; Tandoğan (Miras), s. 273, Ayiter (Miras Hukuku), s. 215.

¹⁰²⁵ Serozan/Engin, s. 551 para.109; Tandoğan (Miras), s. 273.

¹⁰²⁶ Tandoğan (Miras), s. 273; Ayiter (Miras Hukuku), s. 215.

Miras sebebiyle istihkak davasında davalı tereke değerini kazandırıcı zamanaşımı ile kazandığını ileri süremez (TMK m. 638/f. 2). Miras sebebiyle istihkak davası on ve yirmi yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu için bu kural aynı süreye tabi taşınmazlar üzerinde kazandırıcı zamanaşımı (TMK m. 712-713) vasıtasıyla hak kazanımı açısından önem arz etmemektedir¹⁰²⁷. Yalnız, taşınırılar üzerinde hak kazanımına ilişkin zamanaşımı süresinin beş yıl olması nedeniyle aynı şeyi taşınırılar hakkında söylemek doğru değildir. Nitekim, miras sebebiyle istihkak davasında davalının tereke değeri olan taşınır mal üzerinde hak kazandığına ilişkin savunma TMK m. 638/f. 2 uyarınca etki doğurmamaktadır¹⁰²⁸.

C. Davanın Tarafları

1. Davacı

Miras sebebiyle istihkak davasını ancak yasal ve iradi mirasçılar açabilirler (TMK m. 637). Ön mirasçının ve miras kendisine geçmişse art mirasçının da bu davayı açabileceği ileri sürülmektedir¹⁰²⁹. Mirasçılar, mirasa üstün haklarına dayanarak terekenin tamamına veya tereke değerlerinin bir kısmına haksız zilyet olanlara karşı bu davayı ileri sürebilirler (TMK m. 637). Dolayısıyla, vasiyet alacaklıları kendilerine vasiyet edilmiş olan değerleri bu dava aracılığı ile talep edemez¹⁰³⁰. Nitekim, mirastan yoksunluk gibi herhangi bir sebeple mirasçılık sıfatını kaybetmiş kimseler de bu davanın davacısı olamazlar¹⁰³¹. Yasal ve atanmış mirasçılar dışında

¹⁰²⁷ Serozan/Engin, s. 555-556, para. 117.

¹⁰²⁸ Serozan/Engin, s. 556, para. 117.

¹⁰²⁹ Öztan, s. 430.

¹⁰³⁰ Eren (Miras), s. 1054; Öztan, s. 430.

¹⁰³¹ Eren (Miras), s. 1054.

vasiyeti yerine getirme görevlisinin ve tereke idarecisinin de bu davayı açabileceği ileri sürülmektedir¹⁰³². Bunlara ek olarak, şayet mirasçı iflas etmişse, iflas masasının da davacı sıfatını haiz olabileceği kabul edilmektedir¹⁰³³.

Miras sebebiyle istihkak davasını her bir mirasçının tek başına açmasının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır¹⁰³⁴. Bir görüşe göre, bu dava elbirliği ortaklığının bir uzantısı teşkil ettiği için ancak tüm mirasçılar tarafından birlikte açılmalıdır¹⁰³⁵. Bir diğer görüş ise TMK'nın 640. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanarak miras sebebiyle istihkak davası açmanın tereke haklarının korunması kapsamında değerlendirileceği gerekçesiyle her bir mirasçının tek başına bu davayı açabileceğini savunmaktadır¹⁰³⁶. Miras sebebiyle istihkak davasının tereke değerlerinin korunması ile doğrudan bağlantılı olduğu kanaatiyle, mirasçıların bu davayı tek başlarına açabileceğini savunan görüşe üstünlük tanınması gerekir.

2. Davalı

Miras sebebiyle istihkak davasının davalıları, terekenin tamamına veya tereke değerlerinin bir kısmının zilyetliğine sahip olan üçüncü kişilerdir (TMK m. 637). Her ne kadar mirasın açılmasıyla birlikte zilyetlik de mirasçılara geçmekteyse de mirasçılar söz konusu tereke değerleri üzerinde fiilen ve doğrudan doğruya

¹⁰³² Leuch, s. 18-19; Tuor/Picenoni, Art. 598 ZGB, N. 14; Schucan, s. 49-50; Güral, s. 407; Rossel/Mentha, s. 206 ve aksi görüşteki Marrel, s. 79 bkz. Tandoğan (Miras), s. 275, dn. 22'deki açıklama; Piotet, SPR IV/2, s. 782; BSK/Forni/Piatti, 2019, Art. 598 ZGB, N. 4; CHK/Göksu, Art. 598-600 ZGB, N. 8; Eren (Miras), s. 1054; Öztan, s. 430. Aksi görüş için bkz. Gönensay, s. 304.

¹⁰³³ Öztan, s. 430; Piotet, SPR IV/2, s. 783; BSK/Forni/Piatti, 2019, Art. 598 ZGB, N. 4; CHK/ Göksu, Art. 598-600 ZGB, N. 8; Eren (Miras), s. 1054.

¹⁰³⁴ Serozan/Engin, s. 552-553, para. 112; Akbıyık, s. 158 vd.; Dural/Öz, s. 444- 446.

¹⁰³⁵ Serozan/Engin, s. 552, para. 112.

¹⁰³⁶ Akbıyık, s. 160; Dural/Öz, s. 446, para. 1845.

hakimiyet sahibi olamayabilirler¹⁰³⁷. İşte bu durumda, mirasçılar, üçüncü kişilere karşı miras sebebiyle istihkak davası açarak söz konusu değerler üzerinde fiili hakimiyet kurma imkanına sahip olabilirler. Bahsi geçen üçüncü kişiler; vasiyet alacaklısı olduğunu iddia edip vasiyetnamenin iptali sonucu herhangi bir hakka sahip olmayan¹⁰³⁸ veya mirasçı olduğunu iddia edip ya hiç mirasçı olmayan¹⁰³⁹ ya da mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarılma gibi sebeplerle bu sıfatı kaybetmiş olan kimseler, tenkis davası sonucunda tereke değerlerini iade etmesi gerekmesine rağmen bunları iade etmeyen kişiler¹⁰⁴⁰ şeklinde sayılabilir.

Tüm bunlara ek olarak, hiçbir hak ileri sürmeksizin tereke değerlerinin iadesini reddeden şahıslar¹⁰⁴¹ veya tereke değerlerinin terekeye ait olmadığını hukuki dayanağı olmaksızın iddia eden kimseler de davalı olabilirler¹⁰⁴².

Yalnız dikkat edilmesi gereken husus, zilyetliği haiz üçüncü kişilerin bu değerleri miras bırakanla aralarındaki hukuki ilişki sebebiyle, kira hakkına, ariyet hakkına, mülkiyet hakkına, sınırlı ayni haklara dayanarak hakimiyetleri altında bulundurmaları halinde, bu kimselerin davalı sıfatını haiz olamayacaklarıdır¹⁰⁴³.

¹⁰³⁷ Tandoğan (Miras), s. 275.

¹⁰³⁸ Tandoğan (Miras), s. 276; İmre/Erman, s. 418.

¹⁰³⁹ Tandoğan (Miras), s. 276; Ayiter (Miras Hukuku), s. 218; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 374, Eren (Miras), s. 1055.

¹⁰⁴⁰ Tandoğan (Miras), s. 276, İmre/Erman, s. 418.

¹⁰⁴¹ Oğuzman (Miras Hukuku), s. 374.

¹⁰⁴² Tandoğan (Miras), s. 277.

¹⁰⁴³ BSK/Forni/ Piatti, 2019, Art. 598 ZGB, N. 7; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 374. Miras sebebiyle istihkak davası açıldığı takdirde, zilyedin haklı sebebe dayanarak malı zilyetliğinde bulundurduğu tespit edildiğinde davanın reddedileceği yönünde bkz. Serozan/Engin, s. 553- 554, para. 114.

Miras sebebiyle istihkak davasında kimlerin davalı olabileceği noktasında bu davanın mirasçılara karşı açılıp açılmayacağı tartışılmaktadır¹⁰⁴⁴. Burada mirasın paylaştırılmasından önceki durumla, mirasın paylaştırılmasından sonraki durum için ayrı ayrı değerlendirme yapılmaktadır. Miras paylaştırılmadan önce mirasçılar terekeye elbirliği ile sahip olduklarından birbirlerine karşı miras sebebiyle istihkak davası açamazlar¹⁰⁴⁵. Mirasçılar, bunun yerine mirasın paylaştırılması davası açabilirler¹⁰⁴⁶. Şayet miras taksim edilmemiş bunun yerine paylı mülkiyete geçilmişse, bu durumda mirasçılar tereke üzerinde paylı mülkiyeti haiz olduklarından burada da mirasçıların miras sebebiyle istihkak davası yoluna başvurması söz konusu olmaz¹⁰⁴⁷.

D. Davanın Konusu

Miras sebebiyle istihkak davasının konusunu aslen terekenin tamamı veya tereke değerlerinin bir kısmı oluşturmaktadır (TMK m. 638). Örneğin, alacak hakları, fikri haklar, mülkiyet hakları bu davanın konusu olabilir¹⁰⁴⁸. Tereke değerlerinin iadesinde TMK'nın zilyetliğe ilişkin hükümleri (TMK m. 993-995) uygulama alanı

¹⁰⁴⁴ İmre/Erman, s. 416; Tandoğan (Miras), s. 277; Dural/Öz, s. 446-447, para. 1846-1848, Serozan/Engin, s. 553, para. 112.

¹⁰⁴⁵ Serozan/Engin, s. 553, para. 112; Escher, Vorbem. Art. 598- 601 ZGB, N. 13; Tuor/Picenoni, Art. 598 ZGB, N. 12; Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukuku), 1978, s. 662; Dural/Öz, s. 446, para. 1846; İmre/Erman, s. 416; Tandoğan (Miras), s. 277; Eren (Miras), s. 1056. Yargıtay, önüne gelen somut uyuşmazlıkta davacıların ve davalıların mirasın alt soyu olduğunu, tarafların mirasçılık sıfatları üzerinde uyuşmazlığın bulunmadığını, dolayısıyla miras sebebiyle istihkak davasından söz edilmeyeceğine hükmetmiş, miras sebebiyle istihkak davası açılması yerine paylaşım davası açılarak mirasçılarının paylarına düşecek değerlerin kendilerine verilmesini talep edebileceklerini de kararında belirtmiştir. Bkz. Yarg. 20. HD., T. 16.6.2016, E. 2016/4569, K. 2016/7092 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹⁰⁴⁶ Tuor/Picenoni, Art. 598 ZGB, N. 12; Escher, Vorbem. Art. 598 ZGB vd., N. 13; Piotet, SPR IV/2, s. 781; BSK/Forni/ Piatti, 2019, Art. 598 ZGB, N. 9; Göksu, Art. 598-600, N. 10; Eren (Miras), s. 1056.

¹⁰⁴⁷ Öztan, s. 431.

¹⁰⁴⁸ Eren (Miras), s. 1048.

bulur. Buna göre, tereke değerin zilyedi iyi niyetli ise yani bir başka kimsenin o tereke üzerinde veya belirli tereke değerleri üzerindeki üstün miras hakkını bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse, zilyedin sorumluluğu TMK m. 993'e göre belirlenir. Böylece, iyi niyetli zilyet sahip olduğunu düşündüğü hakka dayanarak o değerler üzerindeki kullanımından veya değerlerin kullanımından sorumlu tutulmaz. O, sadece elinde kalanı iade ile yükümlüdür¹⁰⁴⁹. İyi niyetli olmayan zilyet ise; haksız zilyetliği sebebiyle mirasçının uğradığı zararları ve tereke değerlerinden elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal ettiği semerelerin karşılığını TMK m. 995 gereğince tazminle yükümlüdür. Bu dava kapsamında biri tereke değerin iadesine alternatif olmak üzere iki kalemin de istenebileceği ayrıca ileri sürülmektedir. Bunlar, tereke değerlerinin semereleri¹⁰⁵⁰ ve tereke değerlerinin yerine geçen (kaimi olan) değerlerdir¹⁰⁵¹.

Kanun koyucu tereke değerlerinin iadesinde zilyetliğe ilişkin kuralların uygulanacağını öngörmektedir (TMK m. 638). Dolayısıyla, semerelerin iadesi hususu da tereke zilyedinin iyi niyetli olup olmamasına göre belirlenir. Şöyle ki, şayet tereke zilyedi miras hakkının varlığına inanarak, zilyetliğinin haksız olduğunu bilmiyor ve bilebilecek durumda olmadan söz konusu değeri/değerleri fiili hakimiyetinde bulunduruyorsa onun sorumluluğu iyi niyetli zilyedin sorumluluğuna göre tespit edilir. Bu sebeple, tereke değerine iyi niyetle zilyet olan kişi, hangi hakka dayanarak söz konusu değeri zilyetliğinde bulundurmakta ise buna uygun olarak

¹⁰⁴⁹ Günay, E.: Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ankara 2015, s. 211

¹⁰⁵⁰ Ayiter (Miras Hukuku), s. 220; Serozan/Engin, s. 139, para. 164; Tandoğan (Miras), s. 279.

¹⁰⁵¹ Escher, Art. 599 ZGB, N. 4; Druey, s. 182; CHK/Göksu, Art. 598 ZGB, N. 6; Akbıyık, s. 235 vd.; Eren (Miras), s. 1048, dn. 7, Tandoğan (Miras), s. 280, Ayiter (Miras Hukuku), s. 219-220.

değerden faydalandığı ölçüde sorumlu tutulmaz (TMK m. 993/f. 1)¹⁰⁵². Buna karşılık, aynı durum tereke değerine iyi niyetle sahip olmayan zilyet için geçerli değildir. O, toplamış olduğu veya toplamayı ihlal ettiği tereke değerinin semerelerinden dolayı sorumludur (TMK m. 995)¹⁰⁵³. Miras sebebiyle istihkak davasında, zilyedin tereke değeri yerine elde etmiş olduğu (kaim/ikame) değer de istenebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵⁴.

E. Süre

Miras sebebiyle istihkak davası, TMK m. 639 uyarınca belli süreler içerisinde açılabilmektedir. Bu süre zamanaşımı süresidir. Maddede, zilyedin iyi niyetli zilyet olup olmamasına göre zamanaşımı süreleri farklı belirlenmektedir. Buna göre, iyi niyetli zilyede karşı mirasçı üstün hakkını davalıya bir yıl ve on yıllık süre içerisinde ileri sürmek zorundadır. Bir yıllık süre, davacının tereke değerlerinin davalının elinde olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlamaktadır. On yıllık süre ise miras bırakanın öldüğü veya vasiyetnamenin açıldığı tarih başlangıç olarak kabul edilerek hesaplanır. İyi niyetli olmayan zilyet için ise kanun koyucu yirmi yıllık zamanaşımı öngörmüştür. Kanun maddesi, yirmi yıllık zamanaşımının ne zaman başlayacağına ilişkin hüküm ihtiva etmemektedir. Bununla ilgili olarak doktrinde, söz konusu sürenin başlangıcı olarak, iyi niyetli zilyede ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıcı

¹⁰⁵² Ayiter (Miras Hukuku), s. 220.

¹⁰⁵³ Ayiter (Miras Hukuku), s. 220.

¹⁰⁵⁴ Escher, Art. 599 ZGB, N. 4; Druey, s. 182; CHK/Göksu, Art. 598 ZGB, N. 6; Akbıyık, s. 235 vd.; Eren (Miras), s. 1048, dn. 7; Tandoğan (Miras), s. 280; Ayiter (Miras Hukuku), s. 219-220.

için esas alınan mirasın geçmesi veya vasiyetnamenin açılması anının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁵⁵.

F. Türk Hukukunda Miras Sebebiyle İstihkak Davası Kapsamında Ayni İkame Uygulamasına Yer Var Mıdır?

1. Genel Olarak

Türk hukukunda miras sebebiyle istihkak davası kapsamında ayni ikame ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorununu incelemek için öncelikle mehz kanun ZGB'ye bakmak gerekirse, ZGB'de BGB § 2019'da olduğu gibi terekeye zilyet olan kişinin, tereke mallarını sarf etmek suretiyle ve hukuki işlem aracılığıyla iktisap ettiği değerlerin yine terekeye ait sayılacağına ilişkin bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Bu yüzden; İsviçre doktrininde malvarlığı kapsamında gündeme gelen ayni ikame uygulamasına ilişkin değerlendirilmelerin, buna ilişkin herhangi bir düzenleme ihtiva etmeyen Türk hukuku için yol gösterici olacağı kanaatini taşımaktayız.

İsviçre doktrininde ayni ikameye ilişkin sınıflandırma konusunda iki farklı görüş mevcuttur. Birinci görüş, ayni ikame ilkesini, Alman hukukunda benimsenen yaklaşıma uygun olarak kategorize etmektedir¹⁰⁵⁶. İkinci görüş ise bundan saparak ikameyi, malvarlığında ikame ve ayni ikame olarak iki alt kategoriye

¹⁰⁵⁵ İmre/Erman, s. 419; Kocayusufpaşaoğlu, s. 671; Dural/Öz, s. 449, para. 1860; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 377; Serozan/Engin, s. 446, para. 260; BSK/Forni/Piatti, 2019, Art. 600; N. 3-4; Eren (Miras), s. 1059.

¹⁰⁵⁶ Schucan, s. 80-89; Oswald, s. 82-86; Escher, Art. 599 ZGB, N. 4-19; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, s. 798-802.

ayırmaktadır¹⁰⁵⁷. Bu iki görüş arasındaki farklılık esasen ilk görüştekilerin aynı ikamenin kapsamını ikinci görüşü savunanlardan daha geniş tutmasına dayanır. Başka bir ifade ile ilk görüş mensuplarınca, aynı ikame, malvarlığında ikameyi kapsayan daha geniş bir kavram olarak ele alınmaktadır. Şöyle ki, aynı ikame ilkesinin hem bir kimseye ait iki farklı malvarlığı masası bulunduğu hallerde hem de bir malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibi bulunduğu durumlarda uygulanacağına ilişkin görüş, birinci görüşü oluşturmaktadır¹⁰⁵⁸.

İkinci görüşe¹⁰⁵⁹ göre ise malvarlığında ikame kuralı, bir kimseye ait iki farklı malvarlığı masası bulunduğu, iktisabın hangi malvarlığı masasına tahsis edileceğini tespit ederken; aynı ikame kuralı bir malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibinin bulunduğu durumlarda, kazanımın kime ait olacağını belirler. Birinci görüş mensupları, terekenin özel bir malvarlığı teşkil ettiğini, dolayısıyla aynı ikame ilkesinin miras sebebiyle istihkak davası kapsamında uygulanacağını savunmaktadır¹⁰⁶⁰. İkinci görüştekiler ise terekenin bazı hallerde özel malvarlığı teşkil ettiğini, ancak bu hallerde aynı ikame ilkesinin değil, malvarlığında ikame ilkesinin uygulanacağını ileri sürmektedirler¹⁰⁶¹. Aslında, aynı ikameyi geniş yorumlayan görüştekilerle (birinci görüş) aynı ikameyi yalnızca üçüncü bir kişinin başkasına ait malvarlığını idare ettiği durumlara indirgeyen görüştekiler (ikinci görüş) arasında ikamenin uygulanma şekline yönelik bir farklılık görülmediği

¹⁰⁵⁷ Huwiler, s. 81.

¹⁰⁵⁸ Schucan, s. 80-89; Oswald, s. 82-86; Escher, Art. 599 ZGB, N. 4-19; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, s. 798-802.

¹⁰⁵⁹ Huwiler, s. 81.

¹⁰⁶⁰ Schucan, s. 80-89; Oswald, s. 82-86; Escher, Art. 599 ZGB, N. 4-19; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, s. 798-802.

¹⁰⁶¹ Piotet, SPR IV/2, s. 765; Somm, s. 123.

söylenbilir. Zira, hukuki işleme dayanan aynı ikame ile hukuki işleme dayanan malvarlığında ikamenin unsurları aynıdır¹⁰⁶². İki görüş arasındaki en temel farklılık, birinci görüştekilerin haksız zilyedin tereke değerlerini feda ederek hukuki işlem aracılığı ile elde ettiği ikame değerini terekeye ait olacağını savunmaları iken, ikinci görüştekilerin ancak tereke değerlerine zilyet olma hakkı olan kişinin tereke değerlerini feda etmek suretiyle ve hukuki işlemle elde ettiği değerlerin terekeye dahil olacağını savunmalarıdır. İkinci görüştekiler, haksız zilyedin tereke değerleri ile başka bir değer iktisap etmesi halinde, iktisap edilen değer haksız zilyedin genel malvarlığına dahil olacağını ileri sürmektedirler¹⁰⁶³.

2. Aynı İkameyi Kabul Eden Görüş

a. İsviçre Doktrininin Yaklaşımı

Her ne kadar ZGB’de buna ilişkin bir düzenleme mevcut değilse de İsviçre doktrininde, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında aynı ikame ilkesinin uygulanacağını savunan bir görüş bulunmaktadır¹⁰⁶⁴. Bu görüşe göre, bunun temel

¹⁰⁶² Bkz. Üçüncü Bölüm, II., F., 3. başlığı altında, dn. 1279’da bulunan malvarlığında ikameye ilişkin açıklamalar.

¹⁰⁶³ Zilyedin hatalı olarak kendini mirasçı sandığı hallerde veya sahte vasiyetname ile mirasçı atandığı hallerde malvarlığında ikamenin uygulanmayacağına, tüm bu hallerde tereke değerlerinin, mirasın geçmesinden itibaren mirasçılara ait olması sebebiyle, haksız zilyedin zilyetliğindeki tereke değerlerinin zilyedin genel malvarlığı yanında özel malvarlığı teşkil etmeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Somm, s. 124-125.

¹⁰⁶⁴ Rossel/Menta, s. 207 ve Marrel, s. 102 bkz. Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4; Leuch, s. 38 vd.; Schucan, s. 81; Escher, Art. 599 ZGB, N. 4; BGE 52 II 195, 199; BGE 55 II 18, 21; BGE 75 II 288, 292; Tuor/Piconi, Art. 599 ZGB, N. 19. “*Surrogationprinzip*” ifadesini kullanmak suretiyle ikame ilkesinin uygulanacağı hususunda bkz. Gottofrey, M. (Rapporteur français de la commission): Die Eröffnung des Erbanges, Vorlage des Bundesrates Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Sten. Bull.) XVI Nr. 12, s. 306, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20027487.pdf?ID=20027487>, s.e.t. 06.10.2020, Miras ortaklığına ait bir değerle iktisap edilen değer miras sebebiyle istihkak davası ile istenebileceğine ilişkin bkz. Hoffmann (Berichterstatte der Kommission): *Fünfter Abschnitt Die Erbschaftsklage Art. 597—600*, Vorlage des Bundesrates Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Amtliches

gerekçesini terekenin özel malvarlığı teşkil etmesi ve bu sebeple de azalmalara karşı korunması gerekliliği oluşturmaktadır¹⁰⁶⁵. Bu görüş taraftarları, BGB § 2019'daki düzenlemeden esinlenerek miras sebebiyle istihkak davasında aynı ikame ilkesinin uygulama koşullarını belirlemektedirler¹⁰⁶⁶.

İsviçre doktrininde aynı ikame uygulamasına yönelik yaklaşımdan bahsetmeden önce kısaca BGB § 2019'a değinmek gerekirse, bu paragraf uyarınca, tereke zilyedinin tereke değerleri karşılığında hukuki işlem aracılığı ile elde ettiği değerler yine terekeye ait olmaktadır. Doğrudan (dolaysız) ikame ("*Unmittelbare Ersetzung*") başlıklı BGB § 2019'un ilk fıkrası "Tereke zilyedinin, tereke konuları karşılığında ve bir hukuki işlem neticesinde gerçekleşen iktisapları da terekeden elde edilmiş sayılmaktadır"¹⁰⁶⁷ şeklinde kaleme alınmıştır¹⁰⁶⁸. Bu hükümden çıkarılacağı üzere

Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Sten. Bull.) XVI. Nr. 24, s. 478, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20027526.pdf?id=20027526>, s.e.t. 06.10.2020.

¹⁰⁶⁵ Escher, Art. 599 ZGB, N. 4; Schucan, s. 81; Oswald, s. 83.

¹⁰⁶⁶ Schucan, s. 83. Örn. bkz. hukuki işleme dayanan ikamenin koşulları. Bkz. Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, s. 798, N. 18; Escher, Art. 599 ZGB, N. 5-7; Oswald, s. 54-70; Schucan, s. 81-89. Piotet'in, İsviçre doktrinini miras sebebiyle istihkak davasında zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamını belirlemede ve problemleri ikame ilkesi ile çözmelerinde Alman doktrinini örnek almasının büyük bir hata olduğuna ilişkin görüşü için bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 757.

¹⁰⁶⁷ Akbıyık, s. 245.

¹⁰⁶⁸ Alman Medeni Kanunu'nun 2018. paragrafı, miras sebebi ile istihkak davasını düzenlemektedir. (Her ne kadar burada miras sebebi ile istihkak davası terimi kullanılmış olsa da belirtmek gerekir ki miras zilyedinin iade yükümlülüğünü düzenleyen BGB § 2018'e ilişkin şerhlerde "*Erbschaftsanspruch*" ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadenin Türkçe karşılığını "Miras talebi", yahut Serozan'ın ifadesi ile "Mirasçılık Davası" oluşturmaktadır. Bkz. Serozan/Engin, s. 549, para. 105. Dolayısıyla, bu dava "miras talebine" ilişkin dava, "mirasçılık davası" olarak ifade edilebilir. Ancak Türk hukukunda "miras sebebi ile istihkak davası" terimi kullanıldığı için terimlerde birlik arz etmesi sebebi ile tezimizde bu ifadeye üstünlük tanınmaktayız). Buna göre, mirasçılar zilyetten terekeye ait bir malı ya da malların tamamının iadesini talep etme hakkına sahiptirler. Miras sebebi ile istihkak davası ile aynı ikame ilkesinin uygulama alanının hangi noktada kesişmekte olduğu sorusu sorulabilir. İki kurum arasında bahsi geçen bu ilişki, miras sebebi ile istihkak davası ile talep edilebilecek değerlerin kapsamı ile doğrudan alakalıdır. Şöyle ki, mirasçı veya mirasçılar sadece BGB § 2018'e dayanarak zilyedin egemenliğinde bulunan tereke değerlerini değil, zilyedin elde ettiği semereleri (BGB § 2020) de talep edebilmektedir. Müller-Christmann, B.: BGB § 2018, Bamberger, H. G. /Roth, H./Hau, W. /Poseck, R. (Hrsg.), BecOK BGB Buch 5. Erbrecht, 56. Ed., München 2020, Rn. 4 (BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 4). Terekeye dahil tüm malvarlıksal menfaatlere ("*Vermögensvorteil*") (elde edilen semereler gibi) ek olarak, zilyedin tereke aracılığı ile elde etmiş olduğu ve BGB § 2019 uyarınca terekeye otomatik olarak dahil olan kazanımların da bu kapsamda

iadesi mirasçılar tarafından talep edilebilmektedir. BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 4. Dolayısıyla, BGB'nin miras sebebi ile istihkak davasını düzenleyen 2018. paragrafı ile aynı ikame ilkesinin uygulama alanı olan 2019. paragrafı arasındaki ilişki buradan kaynaklanır. Miras sebebiyle istihkak davasının özelliklerine kısaca değinmek gerekirse, BGB § 2018'de düzenlenmiş olan miras sebebi ile istihkak davası külli bir dava niteliği taşımaktadır. HK-BGB/Hoeren, 2019, BGB § 2018, Rn. 1; Gierl, W.: BGB § 2018, Burandt, W./ Rojahn, D. (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare Erbrecht Band 65, 3. Aufl., München 2019, Rn. 1 (Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2018, Rn. 1). Miras sebebi ile istihkak davasının hem aynı hem de şahsi bir dava olduğu ileri sürülmektedir. BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 6; Brox, H. /Walter, W.-D.: Erbrecht, 28. Aufl., München 2018, § 33, Rn. 24; Lübtow, U.: Erbrecht: Eine Systematische Darstellung II. Halbband, 1971, s. 1046 vd.; Gursky, K. H.: BGB § 2018, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5 Erbrecht, 2016, Rn. 20 vd. (Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2018, Rn. 20 vd.); Helms, T.: BGB § 2018, Säcker, F. J./ Rixecker, R./ Oetker, H./ Limperg, B. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2020, Rn. 8 (MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2018, Rn. 8). Bu davanın aynı ("*dinglicher Anspruch/Herausgabeanspruch*") veya şahsi ("*obligatorischer Anspruch/Herausgabeanspruch*") niteliği, miras sebebi ile istihkak davası ile neyin talep edildiği doğrudan ile ilgilidir. Şayet; mirasçılar, tereke malının ya da tereke aracılığı ile elde edilen bir kazanımın (BGB § 2019) ya da zilyedin elde ettiği ve iadesi mümkün semerelerin (BGB § 2020) iadesini talep ediyorlarsa, burada miras sebebi ile istihkak davasının ayrınlığından bahsedilir. Burandt/Rojahn/ Gierl, BGB § 2018, Rn. 3; MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2018, Rn. 8; BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 6. Ancak, aynen iadesi mümkün olmayan ve BGB'nin 2021. ve 818. paragrafları çerçevesinde kaim değer talep edildiği hallerde ise davanın şahsiliğinden söz edilmektedir. BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 6. Aynı durum, BGB § 2023 ve devamında düzenlenen tazminat talepleri hakkında da geçerlidir. BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 6. İade talebine ilişkin davanın, aynı özellik veya şahsi özellik taşıması şu anlama gelmektedir. [Her ne kadar miras sebebi ile istihkak davasının aynı veya şahsi nitelik taşımasından ziyade, mirasçıların sahip oldukları haklar dolayısıyla InsO'nun 47. paragrafına dayanabilecekleri söylenebilirse de (aynı görüş için bkz. Maurer, R.: Das Verhältnis zwischen Erbe und Erbschaftsbesitzer, Regensburg 1999, s. 30), InsO § 47 ile ilgili şerhlerde ayırma hakkının mümkün olduğu hallerle ilişkili olarak miras sebebi ile istihkak davası ayrıca incelenmekte olup BGB § 2018 kapsamındaki iade talebinin iflas masasından ayırma hakkını tanıdığı belirtilmektedir. (Haneke, S.: BeckOK InsO mit COVInsAG, InsVV, EuInsVO und Spezialthemen, Fridgen, A. /Geiwitz, A. /Göpfert, B. (Hrsg.), InsO § 47, 19. Ed., München 2020, Rn. 60-60a (BeckOK InsO/Haneke, 19. Ed. 2020, InsO § 47 Rn. 60-60a), Andres, D.: InsO § 47, Insolvenzordnung, Nerlich, J./Römermann, V. (Hrsg.), 40. El., München 2020, InsO § 47, Rn. 52 (Nerlich/Römermann/Andres, 2020, InsO § 47, Rn. 52). Ayrıca şahsi iade taleplerinin ("*obligatorischer Anspruch*") ayırma hakkı tanımadığı belirtilmek suretiyle de ayırma hakkı ile iade talebi ("*Herausgabeanspruch*") arasındaki bağ kurulmaktadır. Bkz. Nerlich/Römermann/Andres, 2020, InsO § 47, Rn. 50]. Aynı nitelikte olan bir davada hak sahibi; Almanya Federal Cumhuriyeti Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("*Zivilprozessordnung*" "*ZPO*") 771. paragrafına dayanarak, hakkında icra takibi yürütülen üçüncü kişinin davasına, müdahil olarak katılabilmektedir. Aynı şekilde bu kişi, üçüncü kişinin iflası halinde Almanya Federal Cumhuriyeti İflas Kanununun ("*Insolvenzordnung*", "*InsO*") 47. paragrafı çerçevesinde iflas masasına giren şeyi ayırma, çekip alma hakkına da sahip olmaktadır. Bu husus, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında göz önüne alındığında; davanın aynı nitelik taşıdığı hallerde, mirasçıların, sözde mirasçı zilyet hakkında icra takibi yürüten mahkemeye başvurup, ZPO'nun 771. paragrafına dayanarak davaya müdahil olabilmeleri anlamına gelmektedir. Burandt/Rojahn/Gierl, BGB § 2018, Rn. 3; BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 6. Aynı şekilde, sözde mirasçı zilyedin iflası halinde ise mirasçılar, InsO § 47 uyarınca, mallarını iflas masasından çekip alma hakkını haizdirler. Burandt/Rojahn/Gierl, BGB § 2018, Rn. 3; BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 6. Mirasçıların korunması amacı (Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2018 Rn. 1. Mirasçılar yanında, mirasa iyi niyetli zilyet olanların korunmasının da amaçlandığı hakkında bkz. BeckOK BGB/ Müller-Christmann, BGB § 2018, Rn. 1) ile düzenlenen BGB'nin 2018. paragrafına göre, miras sebebi ile istihkak davası mirasçılar tarafından tereke mallarına zilyet olanlara karşı açılır. Fleindl, H.: BGB § 2018, Kroiß, Ludwig/Ann, Christoph/Mayer, Jörg (Hrsg.), Nomos Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, 5. Aufl., 2018, Rn. 1-3 (NK-BGB/ Fleindl, 2018, BGB § 2018, Rn. 1-3); BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 1; Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2018, Rn. 1. Daha büyük paya sahip mirasçının, diğer mirasçıya

karşı bu davayı açabileceği de kabul edilmektedir. Bkz. Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2018, Rn. 10. Davanın açılması açısından zilyedin iyi niyetli olup olmaması önem arz etmez, bu husus, sadece sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde etkilidir. HK-BGB/Hoeren, 2019, BGB § 2032, Rn. 3; MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2018, Rn. 15. BGB'nin 2018. paragrafının uygulanabilmesi için ise iki şartın gerçekleşmesi gerekir. İlk şart zilyedin tereke değerini elde etmiş olması (objektif şart) ve miras hakkının varlığını haklı bir sebebe dayanmaksızın iddia etmesi (sübjektif şart). MüKoBGB/Helms, 8. Aufl. 2020, BGB § 2018, Rn. 14. Horn, C. H.: BGB § 2018, Grunewald, B./Maier-Reimer, G./ Westermann, H. P. (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II, 15. Aufl., Köln 2017, Rn. 2 (Erman/Horn, BGB § 2018, Rn. 2). Bu paragraf kapsamında zilyet, gerçekte miras hakkı olmamasına rağmen, miras hakkı olduğunu iddia eden ve buna dayanarak tereke değerlerini elde etmiş olan kişidir. Erman/Horn, BGB § 2018, Rn. 2. Davacı ise mirasçı olduğunu ve davalının terekeye ait [Palandt/Weidlich, BGB § 2018, Rn. 12; Soergel/Dieckmann, BGB § 2018, Rn. 14; MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2018, Rn. 35; hM OLG Oldenburg WM 1998, 2239; Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2018, Rn. 46; Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2018, Rn. 36; Stürner, R.: BGB § 2018, Berger, C./ Mansel, H.-P./Stadler, A./Stürner, R./Teichmann, A. (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, 17. Aufl., 2018, Rn. 2 (Jauernig/Stürner, 2018, BGB § 2018, Rn. 2)] bir değere ya da değerlere haksız zilyet olduğunu ispat etmekle yükümlü kişidir. Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2018, Rn. 35-36. BGB § 2018'de iade talebine muhatap olan zilyetle kastedilen, sözde miras hakkına ("auf sein vermeintliches Erbrecht") dayanarak tereke değerlerini hakimiyetinde bulunduran kişidir. Brox/Walter, s. 346, Rn. 3. Doğru olmayan vaset ilamında mirasçı olarak görünen ve bu yüzden tapu sicilinde hak sahibi olarak yer alan kişi (BGH: Herausgabeanspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer bei DDR-Erbfall vor dem 1. 1. 1976, ZEV 2004, s. 378, 379, Erman/Horn, BGB § 2018, Rn. 3) veya terekeye ait senetleri sözde miras hakkına dayanarak gasp eden kişi BGB § 2018 çerçevesinde zilyettir. Koblenz, ZErB 2005, s. 168-170 bkz. Erman/Horn, BGB § 2018, Rn. 3. Zilyedin iyi niyetli olması onun davalı olmasına engel teşkil etmez. Brox/Walter, s. 346, Rn. 3. Bununla beraber, başka bir hak sebebi ile kişinin zilyetliği korunmakta ise bu durumda ona karşı BGB § 2018'e dayanarak iade talebinde bulunulamaz. Brox/Walter, s. 347, Rn. 3. Aynı şekilde, zilyedin, miras bırakanın sağlığında, onunla akdetmiş oldukları kira sözleşmesi yahut saklama sözleşmesine dayanarak [RGZ 81, 294, OLGZ 1974 17, 18; Lindner, R.: BGB § 2018, Gsell, B. / Krüger, W. / Lorenz, S. / Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Müller-Engels, G. (Hrsg.), Buch 5 Erbrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2019, Rn. 9 (BeckOGK/Lindner, 2019, BGB § 2018, Rn. 9)] veya başka bir hukuki sebeple tereke değerine zilyet olması, miras bırakanın ölümünden sonra da mirasçı olduğunu varsayarak söz konusu şeyi hakimiyetinde bulundurmaya devam etmesi halinde de kişi BGB § 2018 kapsamında zilyettir. Brox/Walter, s. 347, Rn. 3. Vasiyetname ile mirasçı atanan ve mirasa zilyet olan kişinin, vasiyetnamenin iptali üzerine haksız zilyet olduğu haller de BGB § 2018 kapsamında değerlendirilir. NJW 1985, 3068 (mwN), OLG Koblenz NJW-RR 2015, 72; Brox/Walter, 347, Rn. 3. Mirastan yoksun bırakılan kişinin durumunda da aynı husus geçerlidir. Brox/Walter, s. 347, Rn. 3. BGB § 2030'a göre sözleşme ile mirasçı olunması halinde de mirasçı mirasa zilyet olmaktadır. Zilyet olarak kabul edilmeyenler ise hırsız gibi tereke değerini herhangi bir hakka dayanmaksızın hakimiyetinde bulunduran kişiler (Erman/Horn, BGB § 2018, Rn. 4; Palandt/Weidlich, BGB § 2018, Rn. 8, MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2018, Rn. 18; BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 12), miras hakkından ziyade şahsi veya aynı başka bir hakkı olduğunu ileri sürerek tereke değerini elinde bulunduran kişiler (BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2018, Rn. 12), vasiyeti yerine getirme görevlisi ("Testamentsvollstreker"), kayyım ("Nachlasspfleger") ve tereke temsilcisidir ("Nachlassverwalter"). Brox/Walter, s. 348, Rn. 5. Mirasçıların iade taleplerinin konusu sadece eşyadan ibaret değildir. Miras sebebiyle istihkak davasının konusunu yalnızca eşya değil, alacağın devri gibi hakların devri (Jauernig/Stürner, 2018, BGB § 2018, Rn. 2; Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2018, Rn. 15) de oluşturabilir. Ayrıca, malvarlıksal menfaat ("Vermögensvorteil") olarak ifade edilen değerlerin geniş yorumlanması gerektiğini ileri süren görüşe göre bu terimin kapsamına fotoğraf albümü gibi manevi değeri olan şeylerin de girdiği ileri sürülmektedir. Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2018, Rn. 15.

ayni ikame olayının gerçekleşmesi için tereke zilyedinin hukuki işlem yapması, hukuk işlemin konusunu tereke değerlerinin oluşturması ve bunun karşılığında başka bir değer elde edilmesi gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleştiğinde elde edilen değer doğrudan sanki zilyet mirasçılarının doğrudan temsilcisiymişçesine terekeye ait olmaktadır¹⁰⁶⁹. BGB § 2019 (1)’e göre, tereke zilyedinin yaptığı hukuki işlem sonucunda, tereke değerlerini feda etmek suretiyle ve bunun karşılığında elde ettiği şeyler terekeden elde edilmiş sayılmaktadır¹⁰⁷⁰. BGB § 2019, ekonomik ve hukuki bir bütünlük arz eden ve özel malvarlığı olarak nitelendirilen terekenin, bazı hallerde dağılmasını önlemek amacıyla yapılan düzenlemelerden birini oluşturmaktadır¹⁰⁷¹. BGB’nin bu paragrafı, zilyedin hukuki işlemleri ile değer değişimlerine uğraması muhtemel terekenin durumunun muhafaza edilmesini ve bunun sonucu olarak sadece mirasçılarının değil ayrıca tereke alacaklılarının korunmasını amaçlamaktadır¹⁰⁷². Bu paragraf gereğince, tereke değerleri aracılığı ile ve hukuki işlemle zilyet tarafından elde edilen şeyler ve alacaklar BGB § 2018’e göre mirasçılar tarafından açılacak miras sebebi ile istihkak davasının konusunu oluşturabilirler¹⁰⁷³. Mirasçılar, InsO § 47 gereğince, zilyedin tereke aracılığı ile elde ettiği ve iflas masasına girmiş olan bu değerleri iflas masasından ayırma hakkına da sahiptirler¹⁰⁷⁴. BGB § 2019’da¹⁰⁷⁵

¹⁰⁶⁹ Erman/Horn, BGB § 2019, Rn. 1b; Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 4. Bunun aleniyet prensibini ihlal ettiğine ilişkin görüş için bkz. NK-BGB/ Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 2.

¹⁰⁷⁰ Akbıyık, s. 245.

¹⁰⁷¹ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band V. Erbrecht, 1988, § 2081, s. 583 (Motive V., § 2081, s. 583); Windmüller, s. 39; Buhrow, G.: Die Surrogation im bürgerlichen Recht, Wittenberg 1923, s. 62 bkz. Menken, s. 50, dn. 1.

¹⁰⁷² BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2019, Rn. 1

¹⁰⁷³ BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2019, Rn. 1; Erman/Horn, BGB § 2019, Rn. 1.

¹⁰⁷⁴ BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2019, Rn. 1; Erman/Horn, BGB § 2019, Rn. 1.

¹⁰⁷⁵ BGB § 2019 (1) gereğince, ayni ikame olayının gerçekleşmesi için iktisabın hukuki işlem yolu ile elde edilmesi gerekir. Hukuki işlemin amacı, ayni ikame olayının etki doğurması hususunda önem arz etmez. NK-BGB/ Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 7. Özünde karşılıklı mübadele ilişkisini içerdiği için cebri icra yolu ile açık arttırma [yazar, cebri arttırma yolu ile satışın kamu hukuku işlemi (“Hoheitsakt”) olarak nitelendirilmesine rağmen, bu işlemin karşılıklı mübadele işlemini ihtiva etmesi gerekçesiyle, burada ayni ikame ilkesinin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 7. (Türk hukukunda açık arttırma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, M. /Ermenek, İ./Erdoğan, E.: İcra

İflas Hukuku, Ankara 2019, s. 281-313)] ile hak kazanımlarının da bu paragraf kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Lange/Kuchinke, § 41 III, s. 1073; Ebenroth, C. S.: Erbrecht (Juristische Kurzlehrbücher für Studium und Praxis), München 1992, Rn. 1021, Brox/Walker, § 34, s. 363; Soergel/Dieckmann, BGB § 2019, Rn. 6; MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2019, Rn. 8; NK-BGB/Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 7; AK-BGB/Wendt, BGB § 2019, s. 313, Rn. 71; Schmalenbach, B: BGB § 2019, Damrau/Tanck (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Bonn, 2020 (Damrau/Tanck/Schmalenbach, 2020, BGB § 2019, Rn. 10); PWW-BGB/Zimmer, BGB § 2019, Rn. 3; HK-BGB/Hoeren, 2019, BGB § 2019, Rn. 4; Menken, s. 71; Maurer, s. 118, Muscheler, K.: Erbrecht Bd. II, Tübingen, 2010, s. 1671, Rn. 3226 [Muscheler (Erbrecht), s. 1671, Rn. 3226]; RGZ 136, 353, 357 bkz. Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 18. Haksız zilyet çoğunlukla tereke değeri üzerinde tasarruf yetkisini haiz olmadığı için, üçüncü kişinin tereke değerine ilişkin iktisabı, onun iyi niyetine sonuç bağlandığı hallerde (BGB §§ 892, 893, 932-936, 2366, 2367) korunur. NK-BGB/Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 11. Bununla beraber, tereke değerinin konusunu teşkil eden bir taşınır çalınmışsa, kaybolmuşsa veya mirasçının iradesi dışında elinden alınmışsa, BGB § 935 uyarınca üçüncü kişinin iyi niyetine sonuç bağlanmamaktadır. Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 26; NK-BGB/Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 11. Aynı ikame olayının gerçekleşmesinin, zilyedin yaptığı tasarruf işleminin baştan itibaren geçerli etki doğurmasına mı bağlı olduğu (Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 12; NK-BGB/Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 11) yahut yalnızca tereke değerlerinin feda edilmesinin bunun için yeterli olup olmayacağı (Palandt/Weidlich, BGB § 2019, Rn. 2; Soergel/Dieckmann, BGB § 2019, Rn. 3; Erman/Horn, BGB § 2019, Rn. 1e) hususları tartışmalıdır. Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2019, Rn. 9. İkinci görüşü savunanların temel gerekçesi, BGB § 2018 ile amaçlanan mirasçılarının korunmasının, ancak bu şekilde garanti altına alınabileceğidir. Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2019, Rn. 9. Buna göre; aynı ikame olayı, haksız zilyetle hukuki işlem yapan üçüncü kişilerin iyi niyetine sonuç bağlandığı hallerle sınırlandırılmaz. Erman/Horn, BGB § 2019, Rn. 1e. Lakin, bu, mirasçının hem zilyetten ikame değeri hem de üçüncü kişiden tereke değerini talep edebileceği anlamına da gelmemektedir. Erman/Horn, BGB § 2019, Rn. 1e; Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2019, Rn. 9. Mirasçı, hukuki işleme BGB § 185 gereğince icazet vererek, haksız zilyetten ikame değerini kendisine iadesini talep edebilmektedir. Palandt/Weidlich, BGB § 2019, Rn. 2; Erman/Horn, BGB § 2019, Rn. 1e; Brox/Walker, § 34, s. 363; Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2019, Rn. 9. Bu görüşün zayıf yönü olarak mirasçının iade talebinde bulunmasına kadarki sürede hem tereke değerinin hem de ikame değerinin yok olması rizikosunu taşıması gösterilmektedir. Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2019, Rn. 9. Bu riziko sebebiyle, mirasçının haksız zilyedin hukuki işlemine, ikame değerini talep edilememesi bozucu şartına bağlı olarak icazet verdiği savunulmaktadır. Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 12; NK-BGB/Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 12. (Geciktirici şarta bağlı olarak işleme icazet verildiği yönünde bkz. Soergel/Dieckmann, BGB § 2019, Rn. 3. İkame değerini iadesi geciktirici şartına bağlı olarak geçersiz hukuki işleme icazet verildiği yönündeki görüş için bkz. Lange/Kuchinke, § 40 II 5a, s. 1052 (ve ayrıca bkz. dn. 47'deki açıklamalar); Erman/Horn, BGB § 2019, Rn. 1e; Palandt/Weidlich, BGB § 2019, Rn. 2. Tereke değerinin iadesi geciktirici şartına bağlı olarak geçersiz hukuki işleme icazet verildiği yönündeki görüş için bkz. Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2019, Rn. 9; BeckOK BGB/Müller-Christmann, 2019, BGB § 2019, Rn. 8. İkame değerini iadesi ile geçersiz işleme icazet verilmesinin aynı anda ("Zum um Zug") gerçekleşeceğine ilişkin görüş için bkz. MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2019, Rn. 11). Bunun gerekçesi olarak, ikamenin uygulanmasının ön şartının, işlemin geçerliliği olduğu ve bunun sonucunda bu işlemin bozucu şarta bağlı olarak geçerli sayılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Lange/Kuchinke, § 40, II, 5a, s. 1052, dn. 47'deki açıklama. Mirasçının terekeden çıkan değer sebebiyle uğradığı zararı ikame değerini karşılayamadığı ihtimalde ise BGB §§ 2023- 2025 uyarınca tazminat talep etme hakkının saklı olduğu kabul edilmektedir. Soergel/Dieckmann, BGB § 2019, Rn. 3; Burandt/Rojahn/Gierl, 2019, BGB § 2019, Rn. 9. Alman miras hukukuna göre, aynı ikame olayı; tereke değeri üzerinde tasarrufta bulunulması ile iktisap edilen değer arasında bir bağ bulunduğu hallerde gerçekleşir. BeckOK BGB/Müller-Christmann, 2020, BGB § 2019, Rn. 9. BGB § 2019'un uygulanabilmesi için; para, taşınır-taşınmaz mal, alacak hakları ve diğer haklar gibi tereke değerlerinin karşılığında başka bir değer iktisap edilmesi gerekir. BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2019, Rn. 7. Bunun aksi bir durumda, yani zilyedin kendi malvarlığı ile bir kazanım elde ettiği hallerde aynı ikame kuralı uygulama alanı bulmamaktadır. Soergel/Dieckmann, BGB § 2019, s. 388 Rn. 2; Lange/Kuchinke, § 41 III, s. 1072; MüKoBGB/Helms, BGB § 2019, Rn. 9; NK-BGB/ Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 9. Şayet, zilyet hem kendi malvarlığı hem de tereke aracılığı ile bir değer elde etmişse, bu durumda da haksız zilyetle mirasçının elde edilen değer üzerinde birlikte hak sahipliği söz konusu olmaktadır. MüKoBGB/Helms,

malvarlığı aracılığı ile ikame düzenlenmiştir. Malvarlığı aracılığı ile ikamenin gerçekleşebilmesi için hukuki işlemin varlığı şartına ek olarak tereke değerlerinin sarf edilmesi, yani terekenin hukuki işleme kaynak olması şartı aranır¹⁰⁷⁶. Burada hukuki işlemi gerçekleştiren mirasçı değil, mirasa herhangi bir sebeple zilyet olan kişidir. Nitekim, mirasçılarının hukuki işlemleri sonucunda aynı ikame olayının gerçekleşmesi BGB § 2041’de düzenlenmiştir. BGB § 2019 uyarınca, zilyedin yaptığı hukuki işlem sonucunda bir kazanım elde edilmekte olup, bu kazanımın konusunu haklar oluşturmaktadır¹⁰⁷⁷. Bu haklar, taşınır veya taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı gibi¹⁰⁷⁸ aynı haklardan olabileceği gibi şahsi haklardan da olabilir. Örneğin, tereke değerinin konusunu oluşturduğu bir satış sözleşmesi sonucunda bir bedel alacağının doğması, yine tereke değerinin kiraya verilmesi karşılığında doğan kira bedeline ilişkin alacak hakkı, bu paragraf uyarınca talep edilebilmektedir¹⁰⁷⁹. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki intifa hakkı (BGB § 1059) veya sınırlı yararlanma yetkisi veren şahsi irtifak hakları (BGB § 1092) gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kazanımında aynı ikame olayı gerçekleşmez¹⁰⁸⁰. Aynı şekilde elde edilen malvarlıksal menfaat tamamen zilyedin öz malvarlığına girmişse, örneğin zilyedin tereke değerleri ile üçüncü kişiye olan borcunu ifa etmiş olduğu bir

2020, BGB § 2019, Rn. 9; Jauernig/Stürner, 2018, BGB § 2019, Rn. 3 bkz. NK-BGB/Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 9.

¹⁰⁷⁶ Bkz. BGB § 2019: “Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer **durch Rechtsgeschäft mit Mitteln** der Erbschaft erwirbt“.

¹⁰⁷⁷ BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2019, Rn. 4.

¹⁰⁷⁸ Olzen, D.: “Der Erbschaftsanspruch”, JuS 1989, H. 5, s. 374-382, s. 377, NK-BGB/ Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 5.

¹⁰⁷⁹ BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2019, Rn. 4.

¹⁰⁸⁰ Wendt, H.: BGB § 2019, Wassermann, R. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden: Erbrecht §§ 1922-2385 (Reihe Alternativkommentare), Neuwied 1990, s. 307, Rn. 38 (AK-BGB/ Wendt, BGB § 2019, s. 307, Rn. 38); Erman/Horn, BGB § 2019 BGB, Rn. 3; Dieckmann, A.: BGB § 2019, Damrau, J. (Red.) / Siebert, W./Baur J.F.(Hrsg.), Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB Band 21, Erbrecht 1: §§ 1922-2063 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2002, Rn. 7 (Soergel/Dieckmann, BGB § 2019, Rn. 7), MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2019, Rn. 6.

durumda, aynı ikame olayının gerçekleşmeyeceği; fakat mirasçıların zilyede karşı BGB § 2021'e dayanarak sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği belirtilmektedir¹⁰⁸¹. Bu noktada terekeden çıkan şeyin yerine giren şeyin değerinin az olması halinde BGB § 2021 gereğince sebepsiz zenginleşme talebinde bulunup bulunamayacağı sorusu ortaya çıkabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki terekeden çıkan değer yerine giren değer öncekinden yüksek veya az değerde olması aynı ikame olayının gerçekleşmesine engel teşkil etmeyecektir¹⁰⁸².

Alman miras hukukunda aynı ikame düzenlemesi ve şartları genel hatları ile bu şekilde olmakla birlikte İsviçre hukukundaki duruma değinmek gerekirse, İsviçre doktrininde, aynı ikame ilkesinin miras sebebiyle istihkak davasında dikkate alınacağını savunanlara göre, bu ilkenin uygulanabilmesi için gerekli şartlar şunlardır: 1. Tereke değerlerinin sarfi¹⁰⁸³ 2. Bir kazanımın elde edilmesi¹⁰⁸⁴ 3. Bu kazanımın hukuki işlem aracılığıyla gerçekleşmesi¹⁰⁸⁵ 4. İktisap ile tereke

¹⁰⁸¹ Soergel/Dieckmann, BGB § 2019, Rn. 7; Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 8; NK-BGB/Fleindl, 2018, BGB § 2019, Rn. 6; Erman/Horn, BGB § 2019 BGB, Rn. 3; BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2019, Rn. 5. Sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmek için iade yükümlüsü zilyetten, iade konusu şeyin talep edilememesi gerekmektedir. İadeyi imkansızlaştıran sebebin ne olduğu BGB § 2021'in uygulanması için önem arz etmez. Örneğin, tereke değerinin tüketilmiş olması, üzerinde tasarrufta bulunulmuş olması ya da ona zarar verilmiş olması sebepsiz zenginleşme talebi için yeterlidir. Ancak BGB § 2019'un uygulandığı hallerde sebepsiz zenginleşme davası açılamaz. Yahut birleşme, karışma sureti ile mirasçılarla birlikte malik olunduğu hallerde de bu hükme dayanarak sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulamaz. Bu durumda ise birlikte mülkiyete dayanarak iade talebinde bulunur. BGB § 2018'e göre iadesi mümkün olmayan hallerden biri de zilyedin tereke aracılığıyla elde ettiği şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar ve elde edilen şeyin doğrudan zilyedin öz malvarlığına gittiği durumlar oluşturur. İşte bu durumda da BGB'nin 2021.paragrafi uygulama alanı bulur. Bkz. BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020, BGB § 2021, Rn. 2.

¹⁰⁸² Lange, H./Kuchinke, K.: Erbrecht Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001, § 41 III, s. 1071; MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2019, Rn. 2. Yalnız, böyle bir durumda aradaki farkın BGB § 2021'in atfı ile BGB § 818'e dayanarak sebepsiz zenginleşme talebi ile değil de BGB § 2023 vd. paragraflarına göre açılacak tazminat davası ile talep edilebileceği belirtilmektedir. Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 24; Maurer, s. 148 vd.; MüKoBGB/Helms, 2020, BGB § 2019, Rn. 2.

¹⁰⁸³ Schucan, s. 83, Escher, N. 9; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 23; Oswald, s. 56-65.

¹⁰⁸⁴ Oswald, s. 65-70; Escher, Art. 599 ZGB, N. 12-13; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 18; Schucan, s. 85.

¹⁰⁸⁵ Oswald, s. 56-65; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 23; Schucan, s. 84-85; Escher, Art. 599 ZGB, N. 7.

değerlerinin feda edilmesi arasında illiyet bağının bulunmasıdır¹⁰⁸⁶. Aşağıda bu şartları sırasıyla inceleyeceğiz.

i. İkamenin Şartları

i. a. Tereke Değerlerinin Sarfı

Bu görüştekilere göre, miras sebebiyle istihkak davasında, davacının zilyetten ikame değerini iadesini talep edebilmesi için BGB § 2019’de öngörüldüğü gibi (“*mit Mitteln der Erbschaft*”) bu ikame değerini tereke değerlerinin sarfı ile elde edilmesi gerekir¹⁰⁸⁷. Sarf edilen tereke değerleri haklardan ve eşyadan oluşmaktadır¹⁰⁸⁸.

Yalnızca tereke unsurunun karşılığında elde edilen değer, aynı ikame ilkesi uyarınca terekeye dahil olmaktadır¹⁰⁸⁹. Terekeye ait bir gayrimenkul karşılığında başka bir gayrimenkul veya bedel¹⁰⁹⁰ iktisap edilmesinde olduğu gibi, bu değerler başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, doğrudan terekeye girecektir.

Şayet, tereke zilyedi, terekeye ait olmayan malvarlığı değeriyle ve tereke için tasarruf işlemi yapmışsa, tereke değerlerinin feda edilmesi şartı sağlanmadığı için

¹⁰⁸⁶ Oswald, s. 70-71.

¹⁰⁸⁷ Schucan, s. 83; Escher, Art. 599 ZGB, N. 9; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 23; Oswald, s. 56-65.

¹⁰⁸⁸ İsviçre kaynaklarında sarf edilen tereke değerlerinin haklar ve eşya olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Oswald, s. 57; Schucan, s. 83; Escher, Art. 599 ZGB, N. 9. Bu noktada belirtmek gerekir ki von Tuhr, BGB’de “eşya ve haklar” ibarelerinin kullanımını eleştirmekte olup, “eşya ve haklar” ile asıl kastedilmek istenilenin mülkiyet hakkı ve diğer haklar olduğuna, bir şeyin tasarrufu ile de onun üzerindeki hakkın devrinin ifade edildiğine dikkat çekmektedir. Bkz. von Tuhr (AT BGB I), s. 318-319. Bu sebeple, biz tezimizde terekeye ait eşya yerine tereke değerleri veya terekeye ait haklar ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz. Ancak, İsviçre doktrininde terekenin haklardan ve eşyadan oluştuğu belirtildiği için biz de bu ifadeye tezimizde yer vermekteyiz.

¹⁰⁸⁹ Schucan, s. 83.

¹⁰⁹⁰ Escher, Art. 599 ZGB, N. 6. Serozan’ın, paranın karışma sebebiyle zilyedin kendi malvarlığına ait olacağına ilişkin görüşü için bkz. Serozan/Engin, s. 552, para. 111.

ayni ikame olayı gerekleşmemektedir¹⁰⁹¹. Dolayısıyla, başka malvarlığı aracılığı ile iktisap edilen değerin terekeye ait olması söz konusu olmaz.

i.b. Bir Kazanım Elde Edilmesi

Bir iktisabın ayni ikame ilkesi bağlamında ikame değeri teşkil etmesi için tereke değeri­lerinin hukuki işlem aracılığı ile sarf edilip bunun karşılığında başka bir değeri elde etmesi gerekmektedir. İşte bu değeri, ikame değeri­dir. İkame değeri­nin konusu; para, eşya¹⁰⁹², fikri haklar olabilir¹⁰⁹³. Terekeden çıkan değeri­nin yerine elde edilen değeri­nin ikame değeri­ olarak nitelendirilmesi için ise onun devri kabil bir malvarlığı değeri olması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁹⁴. Başka bir ifade ile tereke zilyedine tanınmış intifa hakkı, oturma hakkı, ömür boyu gelir hakkı ikame değeri­ sayılmamaktadır¹⁰⁹⁵.

Ayni ikame prensibinin uygulanmasındaki en büyük zorluk, mirasçı olduğunu düşünen iyi niyetli zilyedin, bir özel malvarlığını idare ettiğine yönelik bilincinin eksikliği sonucunda kendi malvarlığı ile terekenin karışmasının kaçınılmaz olmasıdır¹⁰⁹⁶. Ayrıca, iyi niyetli ve kendisinin mirasçı olduğunu varsayan zilyedin, varsaydığı hak çerçevesinde tereke mallarını tüketme ve bunun karşılığında hiçbir

¹⁰⁹¹ Escher, Art. 599 ZGB, N. 11, Oswald, s. 58. Oswald, miras bırakanın tereke zilyedine belli miktar borcu olması halinde, terekeye ait paradan aynı değerde bir şey alındığında, bunun tereke değeri­leri aracılığıyla elde edilen bir iktisap olmadığını ileri sürülmektedir. Ancak zilyedin kendi alacağını tereke değeri­nden karşılamaya ilişkin yetkisi olup olmadığı hususu muğlaktır. Bkz. Oswald, s. 58, dn. 171.

¹⁰⁹² Escher, Art. 599 ZGB, N. 6.

¹⁰⁹³ Oswald, s. 66.

¹⁰⁹⁴ Schucan, s. 85.

¹⁰⁹⁵ Schucan, s. 85; Oswald, s. 67; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 24; Leuch, s. 38.

¹⁰⁹⁶ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 26.

ikame değer elde etmeme konusunda yetkili olduğu söylenebilir¹⁰⁹⁷. Dolayısıyla, iktisap edilen para veya başka bir malvarlığı değeri zilyet tarafından tüketilmişse, bu durumda da ikame değer talebi mümkün olmayacaktır¹⁰⁹⁸. Bu durumda mirasçının, iktisabı korunmayan üçüncü kişiden, tereke değerinin iadesini, eğer bu şey üçüncü kişinin malvarlığına işleme, birleşme, karışma gibi sebeplerle dahil olmuşsa, zararının tazminini talep edebileceği ileri sürülmektedir¹⁰⁹⁹. Söz konusu tereke değerini iade eden veya mirasçının zararını tazmin eden üçüncü kişinin, zilyede Art 192 OR uyarınca rücu edebileceği ifade edilmektedir¹¹⁰⁰. Buna göre, zilyedin iyi niyetli olması ihtimalinde, varsaydığı hakkına uygun davrandığı gerekçesiyle, mirasçılara rücu edebileceği de belirtilmektedir¹¹⁰¹.

Zilyedin tereke aracılığıyla kendi kişisel kullanımı için bir şey satın alması halinde de bu değer doğrudan tereke malı sayılacağı savunulmaktadır¹¹⁰². Satın alınan şeyin kişisel kullanıma özgülenen elbise olması ihtimalinde dahi bunun terekeye ait olacağı ifade edilmektedir¹¹⁰³. Buna karşılık, zilyet, terekeye ait para ile şahsi borcunu ödediğinde ne olacaktır? Bu durumda, zilyedin malvarlığının pasifinde bir azalma meydana gelmektedir¹¹⁰⁴. Burada bir karşılık, bedel mevcut olmadığı için ikame değer iktisabından değil, zilyedin sebepsiz zenginleşmesinden bahsedilecektir¹¹⁰⁵. BGB § 2021, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında

¹⁰⁹⁷ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 26.

¹⁰⁹⁸ Schucan, s. 86.

¹⁰⁹⁹ Schucan, s. 86.

¹¹⁰⁰ Tuor/Picenoni Art. 599 ZGB, N. 28; Leuch s. 48; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Band 19, No. 45, s. 85 vd. bkz. Schucan, s. 86, dn. 135.

¹¹⁰¹ Tuor/Picenoni Art. 599 ZGB, N. 28; Leuch s. 48; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Band 19, No. 45, s. 85 vd. bkz. Schucan, s. 86, dn. 135.

¹¹⁰² Schucan, 85; Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 24.

¹¹⁰³ Schucan, 85; Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 24.

¹¹⁰⁴ Schucan, 86.

¹¹⁰⁵ Schucan, 86.

zilyedin iade yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceğini düzenlemektedir. Bununla beraber, ZGB’de mirasçıya böyle bir talep hakkı tanınmamakta olup zilyedin sorumluluğu da zilyetlik hükümlerine (Art. 938-940 ZGB) göre belirlenmektedir¹¹⁰⁶. Escher’e göre sebepsiz zenginleşme kuralları yerine zilyetliğe ilişkin kuralların uygulanması zilyet için daha elverişli olmakla birlikte¹¹⁰⁷ bu durum, mirasçıları iyi niyetli zilyedin karşısında elverişsiz bir konuma sokmaktadır¹¹⁰⁸. Zilyedin terekeyi aynı hak sahibi gibi/malik gibi (“*Eigentümer*”) istediği gibi kullanması ve ondan yararlanması; ayrıca, onun semerelerin kullanımından sorumlu tutulmaması ve şahsi borcunu tereke değerleri ile karşıladığında bunu iade yükümlülüğü altına girmemesi¹¹⁰⁹ mirasçının iyi niyetli zilyet karşısında dezavantajlı bir duruma düşmesine sebep olmaktadır¹¹¹⁰. Bu gerekçelerle, mirasçıya miras sebebiyle istihkak davası yerine sebepsiz zenginleşme davası açma hakkı tanınması gerektiğine ilişkin bir görüş mevcuttur¹¹¹¹. Aksi görüşteki Tuor/Picenoni’ye göre ise kendisini mirasçı sanan iyi niyetli zilyet, sahip olduğu hakka uygun olarak hareket ettiğini düşündüğü için ona karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulması mümkün değildir¹¹¹², çünkü o

¹¹⁰⁶ Schucan, 86.

¹¹⁰⁷ Escher, Art. 599 ZGB, N. 12. Sebepsiz zenginleşmede; iyi niyetli zenginleşen, sebepsiz iktisap edilen şeyden yarar sağlamışsa, iktisap edilmiş değer in iadesi mümkün olmasa dahi, elde ettiği yararı iade ile yükümlüdür. Bkz. Öz, T.: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 150; Eren, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 914 [Eren (Borçlar Hukuku), s. 914]; Serozan, R.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 3 (İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme- Ek: Uygulama Çalışmaları), İstanbul 2006, s. 369-370, N. 10 [Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 369-370, N. 10]; Oğuzman, M. K./Öz, M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2014, s. 382 . Zira, onun bu yararı zenginleşme olarak nitelendirilmektedir. Öz, s. 150; Eren (Borçlar Hukuku), s. 914, Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 369-370, para. 10; Oğuzman/Öz, s. 382.

¹¹⁰⁸ Escher, Art. 599 ZGB, N. 12.

¹¹⁰⁹ Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 7; Oswald s. 68- 69; Escher, Art. 599 ZGB, N. 12.

¹¹¹⁰ Escher, Art. 599 ZGB, N. 13.

¹¹¹¹ Leuch, s. 50, dn. 2’deki açıklama. Wieland, A. C.: Art. 938 ZGB, Kommentar zum Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1909, N. 6; Oswald, s. 68; Escher, Art. 599 ZGB, N. 13. Ayrıca bkz. Oswald, s. 68, dn. 204’teki açıklama.

¹¹¹² Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 7. Aynı görüşte bkz. Somm, s. 135.

tereke değerini varsaydığı hakkına uygun bir şekilde kullanmasından dolayı ZGB'ye göre haksız zenginleřmemiřtir¹¹¹³. Dolayısıyla, o sadece miras sebebiyle istihkak davası kapsamında sorumludur, haksız zenginleşmeden dolayı deęil¹¹¹⁴. Buna göre, kanun koyucu, tereke zilyedinin sorumluluğunun zilyetlik hükümlerine göre belirleneceğini düzenlemekle miras sebebiyle istihkak davası yerine sebepsiz zenginleşme davası açılmasının nn kapatmıştır. Türk hukukunda aynı görüşteki Akbıyık'a göre, miras sebebiyle istihkak davası çerçevesinde uygulanacağı öngörülen zilyetlik hükümleri özel kural olarak karşımıza ıkmaktadır¹¹¹⁵.

Dolayısıyla, iyi niyetli zilyedin kendini hak sahibi sanarak şahsi borcunu terekeden karşılaması halinde ona karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulmaması gerekir¹¹¹⁶.

Ayrıca, tereke değerlerinin semerelerinin feda edilmesi suretiyle elde edilen değerler hakkında aynı ikame ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ortaya çıkacaktır.

Bu hususla ilgili olarak, bir görüş, aynı ikame ilkesinin gayrimenkul kira gelirleri, doğal semereler gibi semereler hakkında uygulanmayacaęını¹¹¹⁷ ve semerelerin iadesine ilişkin taleplerin Art. 938 ZGB'ye binaen yapılacağını ifade etmektedir¹¹¹⁸.

Bir diğer görüş ise semereler yerine elde edilen değerlerin iade talebinin mümkün olup olmayacağını iyi niyetli zilyet ve iyi niyetli olmayan zilyet ayrımı yapılarak belirleneceğini ileri srmektedir¹¹¹⁹. Buna göre, iyi niyetli zilyet tereke parasının

¹¹¹³ Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 7; Escher, Art. 599 ZGB, N. 13.

¹¹¹⁴ Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 7; Escher, Art. 599 ZGB, N. 13.

¹¹¹⁵ Akbıyık, s. 256.

¹¹¹⁶ Akbıyık, s. 256.

¹¹¹⁷ Escher, Art. 599 ZGB, N. 10; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 29.

¹¹¹⁸ Escher, Art.599 ZGB, N. 10.

¹¹¹⁹ Oswald, s. 77-79.

faizleri ile bir şey iktisap etmişse, bu durumda o değer onun mülkiyetine geçer¹¹²⁰.

Hukuki semerelerin sarfı, tereke değerinin feda edilmesi kapsamında

değerlendirilmediği için ikame olayı gerçekleşmez¹¹²¹. İyi niyetli olmayan zilyet için ise durum tam tersidir. O, semereleri feda etmek suretiyle iktisap etmiş olduğu ikame değeri iade ile yükümlüdür¹¹²².

i.c. İktisabın Hukuki İşlemle Gerçekleşmesi

Aynı ikame olayının gerçekleşmesinin bir diğer şartı da iktisabın hukuki işlemle gerçekleşmesidir. Tereke değerlerinin tasarrufuna sebep olan hukuki işlem; satış, tüketim ödöncü, mal değışim sözleşmelerinden kaynaklanabilir¹¹²³. Bu işlemin tereke için yapıpı yapılmadığının ise bir önemi yoktur¹¹²⁴.

İktisabın hukuki işlemle gerçekleştirilebilmesi şartı, zilyet-mirasçı ve zilyet-üçöncü kişi arasındaki ilişkiye işaret etmektedir. Buna ilişkin olarak üç süje karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; hukuki işlemlerin tarafı olan, tereke zilyedi (Z) ile üçöncü kişi (Ü) ve ikame değeri zilyetten talep eden mirasçı (M)'dir. Buna göre; (Z), (Ü) ile akdettiği iki tarafa borç yükleyen sözleşme uyarınca tereke değerini (Ü)'ye devreden zilyet ve (Ü) de borcunu ifa etmek üzere başka bir değeri (Z)'ye devreden üçöncü kişidir. (M) ise miras sebebiyle istihkak davası ile ikame değeri zilyetten ya da tereke değerini üçöncü kişiden talep etme hakkını haiz kişidir. Burada dikkat çekilmesi

¹¹²⁰ Oswald, s. 78.

¹¹²¹ Oswald, s. 78.

¹¹²² Oswald, s. 79; Schucan, s. 93

¹¹²³ Tuor, Art. 599 ZGB, N. 18.

¹¹²⁴ Tuor, Art. 599 ZGB, N. 18.

gereken husus, kural olarak zilyedin gerçekleştirdiği tereke değerlerine ilişkin tasarruf işlemlerinin, tasarruf yetkisi yokluğundan hukuki etki doğurmamasıdır¹¹²⁵. İkame değerın talep edilebilmesi için yani aynı ikame ilkesinin uygulanabilmesi için de zilyetle üçüncü kişi arasındaki tasarruf ilişkisinin geçerli olması, yani geçerli bir hukuki etkinin doğması gerekmektedir¹¹²⁶. Geçersiz hukuki işlemlerde, terekeden bir değer çıkmadığı içindir ki ikame olayı işlememekte olup mirasçı tereke değerinin iadesini malı elinde buluduran üçüncü kişiden miras sebebiyle istihkak davası ile talep edebilir¹¹²⁷.

Bu noktada şu soru sorulabilir: Haksız zilyetle, üçüncü kişinin yaptığı hukuki işlem ne zaman geçerli sayılır? Başka bir ifadeyle, üçüncü kişinin iktisabı ne zaman, hangi sebeplerle korunur? Burada dört ihtimal söz konusudur. Birinci ihtimal, tereke zilyedinin emin sıfatı ile zilyet olabileceğini kabul eden görüşe göre, üçüncü kişinin, emin sıfatıyla zilyetten taşınır mal üzerinde mülkiyet hakkı veya sınırlı aynı hak kazanımının korunduğu haldir (“*Hand wahre Hand*” Art ZGB 933)¹¹²⁸. Ancak, tereke değerinin konusunu taşınır şeyler oluşturduğu durumda, bu değerın mirasçının elinden rızası dışında çıkması halinde ya da davalının¹¹²⁹ iyi niyetli olmadığı hallerde, üçüncü kişinin kazanımı korunmamakta olup, tereke değerinin iadesi talep edilebilir¹¹³⁰.

¹¹²⁵ Oswald, s. 59.

¹¹²⁶ Escher, Art.599 ZGB, N. 7; Oswald, s. 61.

¹¹²⁷ Escher, Art.599 ZGB, N. 7.

¹¹²⁸ Escher, Art. 599 ZGB, N. 8; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 25; Schucan, s. 84.

¹¹²⁹ Oswald, s. 60. Burada iyi niyetli olmayan davalı ile kastedilen kişi açısından iki ihtimal söz konusu olabilir. Birincisi, tereke zilyedir. İkinci ise tereke zilyedinden tereke değerini devralan üçüncü kişidir. Burada iadede (“*Vindication*”) bahsedildiği için, kastedilenin tereke zilyedinden tereke değerini elde eden iyi niyetli olmayan üçüncü kişi olduğu kanaatindeyiz. Zira, tereke zilyedi artık söz konusu değerın fiili zilyetliğine sahip değildir.

¹¹³⁰ Oswald, s. 60.

İkinci ihtimal ise, tapu siciline güven ilkesine göre üçüncü kişinin hakkının korunduğu durumlarda ortaya çıkar (Art. 973 ZGB)¹¹³¹. Bu iki ihtimalde de üçüncü kişinin iyi niyetine sonuç bağlanmış olup, üçüncü kişiye karşı tereke değerinin iadesi talebinde bulunulamaz. Bu durumda mirasçının talep hakkı ikame değeri talep hakkıyla sınırlıdır¹¹³².

Üçüncü ihtimal ise, tereke zilyedinin, tereke parası veya hamile yazılı senet karşılığında üçüncü kişiden başka bir değer elde ettiği durumda, üçüncü kişinin iyi niyetli olması halinde, Art. 935 ZGB uyarınca üçüncü kişiden bunların iadesinin istenememesi halidir.¹¹³³ Bu ihtimalde de mirasçı, bunun karşılığında elde edilen değeri tereke zilyedinden talep edebilecektir¹¹³⁴.

Son ihtimal ise mirasçının zilyedin geçersiz hukuki işlemine icazet verdiği ihtimaldir ve bu durumda da mirasçı ikame değer iadesini zilyetten talep edebilmektedir¹¹³⁵.

Tuor/Picenoni, terekeden çıkan değer yerine elde edilen değeri talep hakkının mirasçının rüçhan hakkı olduğunu ifade etmektedir¹¹³⁶. Mirasçı bunun yerine, üçüncü kişilerin kazanımlarının Art. 933 veya Art. 973 ZGB uyarınca korunmadığı hallerde tereke değerinin iadesini de talep edebilir¹¹³⁷. Mirasçı ikame değer yerine esas tereke değerini talep etmekte özgürdür¹¹³⁸. Şayet, mirasçı ikame değer iadesini

¹¹³¹ Escher, Art. 599 ZGB, N. 8; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 25; Schucan, s. 84.

¹¹³² Escher, Art. 599 ZGB; N. 8.

¹¹³³ Oswald, s. 60.

¹¹³⁴ Akbıyık, s. 222-223.

¹¹³⁵ Schucan s. 85; Meier, E.: Der gute und böse glaube im erbrecht des schweizerischen zivilgesetzbuches, 1924, s. 100-101; Escher, Art. 599 ZGB, N. 7.

¹¹³⁶ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 25.

¹¹³⁷ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 25.

¹¹³⁸ Schucan, s. 84.

talep ederse, o asıl tereke değerini talep etme hakkını kaybeder¹¹³⁹. Bu ihtimalde, zilyedin iyi niyetli olması halinde, mirasçı ikame değer tereke değerine kıyasla daha az değerli olması sebebiyle iyi niyetli zilyedin sorumluluğuna gidememektedir¹¹⁴⁰.

i. d. İktisap ile Tereke Değerinin Feda Edilmesi Arasında İlliyet Bağı Bulunması

Hukuki işlem aracılığıyla elde edilen değer miras sebebiyle istihkak davası ile talep edilebilmesi için iktisap ile tereke değerlerinin elden çıkarılması arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir¹¹⁴¹. Karşılıklı mübadele ilişkisi olmadığı sürece, bu hukuki illiyet bağının, bağışlama ve karşı bağışlamada¹¹⁴² kurulmayacağı ifade edilmektedir¹¹⁴³.

Mirasçı miras sebebiyle istihkak davası kapsamında zilyetten ikame değer iadesini talep ederken, söz konusu değer feda edilmesi ile ikame değer elde edildiğini ispat yükü altındadır¹¹⁴⁴.

Miras sebebiyle istihkak davasının kapsamına, yalnızca hukuki işlemle iktisap edilen değerlerin değil, hukuki işlem dışı yollardan gerçekleşen ayni ikame olayı (“*Nichtrechtsgeschäftliche Surrogation*”) sonucunda elde edilen değerlerin de yani

¹¹³⁹ Schucan, s. 85; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 25.

¹¹⁴⁰ Tuor, Art. 599 ZGB, N. 25.

¹¹⁴¹ Oswald, s. 70-71.

¹¹⁴² Oswald, s. 70. Oswald’a göre, tereke değerinin elden çıkarılması ile iktisap arasında ekonomik bağın varlığı yeterli değildir. O, tereke değerinin elden çıkarılması iktisap arasında hukuki bir bağ bulunması gerektiği görüşünü taşımaktadır. Bkz. Oswald, s. 70, dn. 212.

¹¹⁴³ Oswald, s. 70.

¹¹⁴⁴ Escher, Art. 599 ZGB, N. 16.

terekeye ait bir değerin tahribi, zarar görmesi veya elden alınması iktisap edilen şeyin de girdiği ifade edilmektedir¹¹⁴⁵. Bir görüş, terekeye ait bir değerin tahribi, zarara uğraması veya elden alınması sonucu elde edilen değerin gerçek hak sahibine ait olmasının mülkiyete ilişkin genel prensiplerin sonucu¹¹⁴⁶ olduğunu, bu gerekçeyle de hukuki işlem dışı aynı ikamenin uygulanmasının gerekli olmadığını savunmaktadır¹¹⁴⁷. Başka bir görüş ise bu gerekçeyle ikame ilkesinin uygulanmasının değil, buna ilişkin özel bir kanun hükmünün gereksizliğine işaret etmektedir¹¹⁴⁸.

ii. İkamenin Etkisi

Tereke değerlerinin sarfı vasıtasıyla bir değer elde edilmesi halinde, bu değer doğrudan, terekeye dahil olmaktadır¹¹⁴⁹. Bu kapsama sadece aynı haklar değil, ayrıca alacak hakları da dahildir¹¹⁵⁰. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu dolaysız iktisap, ikamenin “aynı” olarak nitelendirilmesinin gerekçesini oluşturmaktadır¹¹⁵¹. İkamenin aynı etkisi, bu hakkın iktisabında ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme hususunda kendisini göstermektedir. Kişi bu ikame değer üzerinde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, kendiliğinden ve dolaysız şekilde hak sahibi olmaktadır¹¹⁵². Aynı durumun miras sebebiyle istihkak davasının konusunu oluşturan

¹¹⁴⁵ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 20; Escher, Art. 599 ZGB, N. 5.

¹¹⁴⁶ Oswald, s. 53-54.

¹¹⁴⁷ Oswald, s. 53.

¹¹⁴⁸ Escher, Art. 599 ZGB, N. 5.

¹¹⁴⁹ Escher, Art. 599 ZGB, N. 17.

¹¹⁵⁰ Escher, Art. 599 ZGB, N. 17.

¹¹⁵¹ Coester-Waltjen (Die dingliche Surrogation), s. 24.

¹¹⁵² Coester-Waltjen (Die dingliche Surrogation), s. 24.

ikame değer için de söz konusu olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁵³. İkamenin aynı etkisi Art. 560 ZGB’de düzenlenen külli talep hakkının (“*Gesamtanspruch*”) bir sonucudur¹¹⁵⁴. Bu hüküm olmasaydı hem haksız zilyet elindeki tereke değerleri için hem de ikame değer için sadece şahsi ve külli nitelikte olmayan bir talep hakkı söz konusu olacaktı¹¹⁵⁵. Ancak ikamenin aynı etkisi ile tereke değerlerinin muhafazası sağlanabilecektir¹¹⁵⁶.

İkamenin aynı etkisi sadece aynı haklar için değil, alacak hakları için de geçerlidir¹¹⁵⁷. Dolayısıyla, borçlu, borcunu mirasçılara ifa etmekle yükümlüdür¹¹⁵⁸; mirasçılar yerine tereke zilyedine ifa ederse borcundan kurtulamamaktadır¹¹⁵⁹. BGB § 2019(2)’de borçlu açısından bu elverişsiz durumun önüne geçmek için özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, borçlu borcunu tereke zilyedine ifa ettiği durumda ancak alacağın terekeye ait olduğu ona bildirilmişse, borcunu ifa etmemiş sayılır¹¹⁶⁰. İsviçre doktrininde, alacağın temlik edildiğinden haberdar olmayan iyi niyetli borçlunun borcunu eski borçluya ifası ile borçtan kurtulacağını düzenleyen Art. 167 OR’nin burada da kıyasen uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir¹¹⁶¹.

İkamenin etkisi, miras sebebiyle istihkak davası ile ikame değer in iadesi talebi yanında başka bir talepte bulunulup bulunulamayacağına göre; nispi etkili ikame

¹¹⁵³ Oswald, s. 83; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 19; Escher, Art. 599 ZGB, N. 17. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 52 II 199 sayılı kararında ikamenin aynı etkisinden bahsetmektedir. Bkz. Schucan, s. 88.

¹¹⁵⁴ Oswald, s. 82.

¹¹⁵⁵ Oswald, s. 8; Escher, Art. 599 ZGB, N. 17.

¹¹⁵⁶ Oswald, s. 83.

¹¹⁵⁷ Escher, Art. 599 ZGB, N. 17.

¹¹⁵⁸ Escher, Art. 599 ZGB, N. 17.

¹¹⁵⁹ Escher, Art. 599 ZGB, N. 17.

¹¹⁶⁰ Escher, Art. 599 ZGB, N. 17. BGB § 2019 (2) “Bu suretle iktisap olunan bir alacağın terekeye aidyeti, borçlu hakkında, bu aidiyete muttali olduğu andan itibaren hüküm ifade eder 406-408.ci maddeler burada da tatbik olunur.” Bkz. Gürsoy (Miras Sebebiyle İstihkak Davası), s. 169

¹¹⁶¹ Oswald, s. 86; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 27; Leuch, s. 40.

(“*relativer Wirkung der Surrogation*”) ve mutlak/ kat’î etkili ikame (“*absoluter Wirkung der Surrogation*”) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹¹⁶². Zilyedin iyi niyetli¹¹⁶³ olması halinde, Art. 938 ZGB uygulanmakta olup, mirasçı ikame değer dışında zararının tazmini talebinde bulunamaz¹¹⁶⁴. Zira, zilyet, varsaydığı hakkına uygun olarak söz konusu tereke değerini kullanmaktadır. Burada aynı ikamenin kat’î/mutlak etkisinden bahsedilir¹¹⁶⁵. Emin sıfatı ile zilyetten hak kazanımına (Art. 933 ZGB) veya tapu siciline güven uyarınca hak iktisabının korunmasına (Art. 973 ZGB) ilişkin düzenlemeler gereğince üçüncü kişinin iktisabının korunduğu hallerde mirasçı, iyi niyetli olmayan zilyetten ikame değerini iadesi ile zararının tazminini talep edebilir¹¹⁶⁶. Burada da ikamenin nispi etkisinden (“*relativer Wirkung der Surrogation*”) söz edilir¹¹⁶⁷. Aynı durum, en azından ikame değeri güvence altına almak isteyen mirasçının iyi niyetli olmayan zilyedin geçersiz hukuki işlemine icazet verdiği durumda da geçerlidir¹¹⁶⁸.

b. Türk Doktrininin Yaklaşımı

Türk doktrinde miras sebebiyle istihkak davasında iade yükümlülüğünün kapsamına aynı ikame ilkesinin uygulanması sonucu elde edilen ikame değerlerin de

¹¹⁶² Schucan, s. 89; Oswald, s. 90-93; Genner, s. 39-40; Escher, Art. 599 ZGB, s. N. 4.

¹¹⁶³ Oswald, s. 90. İyi niyetli zilyet hakkında genel bilgi için bkz. Homberger, A.: Art. 938 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV. Band Das Sachenrecht Dritte Abteilung Besitz und Grundbuch Art. 919-977, 2. umgearbeitete Aufl., Zürich 1938, N. 7.

¹¹⁶⁴ Schucan, s. 89; Oswald, s. 90. İyi niyetli olmayan zilyet hakkında genel bilgi için bkz. Homberger, Art. 938 ZGB, N. 7.

¹¹⁶⁵ Oswald, s. 90.

¹¹⁶⁶ Oswald, s. 91; Schucan, s. 89; Escher, Art. 599 ZGB, N. 4.

¹¹⁶⁷ Oswald, s. 91.

¹¹⁶⁸ Oswald, s. 92-93, Schucan, s. 89.

girdiği konusunda görüş birliği vardır¹¹⁶⁹. Eserler incelendiğinde, İsviçre doktrininin aksine Türk doktrininin bu dava ile bağlantılı olarak “ayni ikame” ve “malvarlığında ikame” ayrımı yapmadığı görülmektedir. Sadece, Serozan/Engin, eserinde, “özel malvarlığını aynı kişiye ait değişik amaçlı iki malvarlığına indirgeyenler”den ve onların özel malvarlığı nitelenmesinden tek bir cümleyle bahsetmiş olup, yine de böyle bir ayrıma değinmemiştir¹¹⁷⁰. Miras sebebiyle istihkak davasında ayni ikame ilkesinin uygulanacağını savunan hâkim görüş, Tuor/Picenoni ve Escher’in¹¹⁷¹ BGB § 2019¹¹⁷² ve BGB § 2041¹¹⁷³ düzenlemelerinden esinlenen yaklaşımını benimsemişlerdir¹¹⁷⁴.

Miras sebebiyle istihkak davasında iade yükümlülüğünün konusunu ayni ikame ilkesi ile elde edilen ikame değerlerin de oluşturduğunu savunanlar, kanunda yer almayan bu ilkenin, miras sebebiyle istihkak davasının doğal ve mantıklı¹¹⁷⁵ sonucu olarak görmektedirler. Başka bir görüş, ayni ikame olayının gerçekleşmesini, külli

¹¹⁶⁹ Akbıyık, s. 244-252; Serozan/Engin, s. 139, para.164; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 379; Öztan, s. 428; Gönensay, s. 307; Dural/Öz, s. 443-444, para. 1837-1838; Kocayusufoğlu (Miras Hukuku), 1978, s. 661; Tandoğan, s. 280-282; İmre/Erman, s. 422.

¹¹⁷⁰ Piotet, SPR IV/2, 648 vd. ve s. 755 vd. bkz. Serozan/Engin, s. 102, para. 110. Burada Serozan’ın “Yalnız özel malvarlığını "ayni" kişiye ait değişik amaçlı iki malvarlığına indirgeyenler birden çok mirasçının miras ortaklığında özel malvarlığını ve ayni ikameyi yadsırlar” şeklindeki ifadesinin, doğru bir ifade şekli olmadığı kanaatini taşımaktayız. Zira, Piotet ve Somm, her ne kadar ayni ikame ilkesinin uygulanmayacağını kabul etseler de ön mirasçının elindeki terekenin ve mirası ret süresi içerisinde mirasçının zilyetliğindeki terekenin özel malvarlığı olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 758; Somm, s. 128.

¹¹⁷¹ İmre/Erman, s. 422, bkz. dn. 25-26’da anılan yazarlar; Tandoğan, s. 280-281 bkz. dn. 43, 45, 46, Dural/Öz, s. 443, para. 1837 bkz. dn. 1144; Akbıyık, s. 245 bkz. dn. 734.

¹¹⁷² BGB § 2019’un Türk hukuku açısından yol gösterici olacağına ilişkin görüş için bkz. Gürsoy, s. 108.

¹¹⁷³ BGB § 2019 ve BGB § 2041 düzenlemelerinin Türk-İsviçre doktrinine ve mahkeme içtihatlarına etkide bulunduğu ilişkin görüş için bkz. Akbıyık, s. 244-245.

¹¹⁷⁴ Nitekim, ileride de bahsedileceği üzere Türk doktrini de ayni ikamenin uygulanma unsurlarını BGB § 2019 ve BGB § 2041’e benzer şekilde belirlemektedir.

¹¹⁷⁵ Gürsoy, s. 107.

halefiyet prensibinin ve terekenin özel malvarlığı niteliğinin neticesi¹¹⁷⁶ olduğunu belirtmektedir.

Miras sebebiyle istihkak davası kapsamında aynı ikame ilkesinin uygulanacağını kabul eden görüştekilere göre, üç durumda elde edilen iktisapların hepsi terekeye ait olur¹¹⁷⁷: 1. Terekeye ait bir hak dolayısıyla elde edilen değerler 2. Tereke değerlerinin zarar görmesi, tahrip edilmesi veya bu değerlere el konulması halinde elde edilen değerler 3. Tereke değerlerinin elden çıkarılması suretiyle elde edilen değerler.

Birinci halde, terekeye ait bir hak sebebiyle iktisap edilen değer, terekeye girmektedir. Örneğin, terekeye ait alacak hakkı, borçlusu tarafından tereke zilyedine ifa edildiğinde, ifa konusu değer ikame kuralı uyarınca yine terekeye ait olur¹¹⁷⁸. Aynı şekilde, terekeye ait piyango biletine piyango çıkması halinde tereke zilyedine ödenen para da terekeye girer¹¹⁷⁹. Terekeye ait bir gayrimenkulde define bulunması halinde de elde edilen değerler yine terekeye dahil olur. Tereke değerlerinde bulunun define sonucunda¹¹⁸⁰ elde edilen değerler başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın tereke değerlerinden sayılır¹¹⁸¹. Tereke değerlerinin zarar görmesi, tahrip edilmesi, kamulaştırılması sonucu ödenen sigorta bedelinin, tazminatın da doğrudan terekeye girmesi hali, ikinci duruma örnek olarak gösterilebilir¹¹⁸².

¹¹⁷⁶ İmre/Erman, s. 422; Ayiter (Elbirliği Ortaklıkları), s. 105.

¹¹⁷⁷ Akbıyık, s. 245-246; İmre/Erman, s. 422-423; Serozan/Engin, s. 552, para. 111.

¹¹⁷⁸ Akbıyık, s. 245.

¹¹⁷⁹ Akbıyık, s. 245.

¹¹⁸⁰ Akbıyık, s. 245.

¹¹⁸¹ İmre/Erman, s. 423; Akbıyık, s. 245.

¹¹⁸² İmre/Erman, s. 423; Akbıyık, s. 245; Serozan/Engin, s. 552, para.111.

Aynı ikame olayının gerçekleştiği üçüncü durum da tereke değerlerinin sarfi sonucunda bir değer elde edildiği hallerdir. Bu durumda da tescilsiz, teslimsiz bir hak iktisabı söz konusudur¹¹⁸³. Bu halde aynı ikame olayının gerçekleşmesi için tereke değerlerinin sarf edilmesi gerekmektedir¹¹⁸⁴. Tereke imkanları ile iktisap edilen yeni değer terekeye otomatik olarak dahil olmaktadır¹¹⁸⁵. Buna karşılık, tereke zilyedinin kendi malvarlığı değerini elden çıkararak tereke için başka bir değer elde etmesi halinde burada aynı ikame olayı gerçekleşmemektedir¹¹⁸⁶ meğerki zilyet bu değeri kısmen kendi malvarlığından kısmen de terekeden karşılasın¹¹⁸⁷. Bu durumda, zilyet ve mirasçılar arasında müşterek mülkiyet ilişkisi doğduğu ifade edilmektedir¹¹⁸⁸.

Tereke imkanlarıyla ve hukuki işlem aracılığı ile bir değer iktisap edilmesi halinde bu değer doğrudan terekeye ait olur. Elde edilen bu değer para¹¹⁸⁹ olabileceği gibi alacak hakkı¹¹⁹⁰ gibi bir hak da olabilir¹¹⁹¹. Tereke alacaklarının tahsil edilmesi ile elde edilen değerlerle hukuki işlem yapmak suretiyle başka bir değer elde edilmesi halinde veya terekeye ait parayla yatırım yapılması sonucu iktisap edilen haklar da

¹¹⁸³ Gürsoy, s. 109; Serozan/Engin, s. 552, para. 111.

¹¹⁸⁴ Akbıyık, s. 246-247; YHGK, 20.01.1965, E. 15/D-2, K. 32; YHGK, 17.1.1951, E. 2/112, K. 116; Olgaç, S.: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi ve İlgili Hususi Kanunlar, Cilt I, 2. Bası, İstanbul 1956, s. 683 bkz. İmre/Erman, s. 422-423.

¹¹⁸⁵ Gürsoy, s. 111.

¹¹⁸⁶ Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 11-12; von Lübtow, s. 1054; Ebenroth, s. 682, Rn. 1022; Escher Art. 599 ZGB, N. 20; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 18; Leuch s. 38; Akbıyık, s. 247.

¹¹⁸⁷ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, s. 751, N. 18; Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 13; Lange/Kuchinke, § 41/ III, s. 1074; Ebenroth, s. 682, Rn. 1022; Leuch, s. 38; Girsberger, s. 106-107; Ayiter (Mamelek), s. 83; Akbıyık, s. 248.

¹¹⁸⁸ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, s. 751, N. 18; Staudinger/Gursky, 2016, BGB § 2019, Rn. 13; Lange/Kuchinke, § 41/ III, s. 1074; Ebenroth, s. 682, Rn. 1022; Leuch, s. 38; Girsberger, s. 106-107; Ayiter (Mamelek), s. 83; Akbıyık, s. 248.

¹¹⁸⁹ Serozan'ın, paranın karışma sebebiyle zilyedin kendi malvarlığına ait olacağına ve iade isteminin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağına ilişkin görüşü için bkz. Serozan/Engin, s. 557, para. 119.

¹¹⁹⁰ Aynı ikame ilkesi ile elde edilen hakkın aynı hakka ek olarak alacak hakkı olması sebebiyle, bu prensibin aynı ikame ilkesi yerine dolaysız ikame şeklinde ifade edilmesine ilişkin görüş için bkz. Serozan/Engin, s. 558, para. 121.

¹¹⁹¹ Gürsoy, s. 111; Akbıyık, s. 246; Serozan/Engin, s. 558, para. 121.

yine terekeye ait olur¹¹⁹². Mirasın açılması ile tereke değerlerinin iadesi talebi zaman aralığında, zilyedin tereke değerlerini harcamak suretiyle yaptığı hukuki işlemler sonucu elde ettiği değerlerin, adeta mirasçılarının temsilcisiymiş gibi etki doğurarak bu iktisapların terekeye ait olacağı ileri sürülmektedir¹¹⁹³. Bununla beraber, aynı ikame olayının gerçekleşebilmesi için elde edilen değer devri kabil tereke değerlerinden olması gerekmektedir. Nitekim, tereke imkanlarıyla, intifa hakkı, oturma hakkı gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar kurulmuşsa, aynı ikame ilkesi işlemez¹¹⁹⁴.

Tereke zilyedi; ikame değeri harcamışsa, bu durumda da aynı ikame olayı gerçekleşmez. Bu durumda mirasçı iktisabının korunmadığı ihtimalde üçüncü kişiden, tereke değerinin iadesini talep edebilir. Şayet, tereke değeri, üçüncü kişinin malvarlığına karışma, birleşme suretiyle geçmişse TMK'nın 776. maddesi uygulama alanı bulur ve mirasçı ve üçüncü kişi, taşınırın birleşme veya karışma zamanında değerleri oranında paylı mülkiyete sahip olur¹¹⁹⁵. Taşınmazlar hakkında da TMK'nın 722. ve 724. maddeleri tatbik olunur¹¹⁹⁶.

Aynı ikame ilkesinin uygulanabilmesi için hukuki işlem aracılığı ile tereke değerlerinin elden çıkarılması gerekmektedir. Tereke değerinin terekeden çıkmasına sebep olan tasarruf işlemi; satış sözleşmesinden, mal değişim sözleşmesinden kaynaklanabilir. Tereke değerleriyle ödenen kredi ile iktisap edilen değerlerin de terekeye ait olacağı ifade edilmektedir¹¹⁹⁷.

¹¹⁹² Gürsoy, s. 111.

¹¹⁹³ Serozan/Engin, s. 557, para. 119.

¹¹⁹⁴ Akbıyık, s. 247; Gürsoy, s. 117.

¹¹⁹⁵ Gürsoy, s. 117.

¹¹⁹⁶ Gürsoy, s. 117.

¹¹⁹⁷ Lange/Kuchinke, § 41/ III, s. 1074; Ebenroth, s. 682, Rn. 1022; Akbıyık, s. 247.

Türk hukukunda da aynı ikame olayının gerçekleşebilmesi için *hukuki işlemin* geçerli olması şarttır¹¹⁹⁸. Tereke zilyedinin haksız zilyet olması sebebiyle, tasarruf işleminin çoğunlukla geçersiz olduğu söylenebilir¹¹⁹⁹. Bununla beraber, üçüncü kişinin iktisabının korunduğu bazı istisnai durumlarda¹²⁰⁰ ve mirasçılarının zilyedin tasarruf yetkisi bulunmaksızın gerçekleştirmiş olduğu bu geçersiz hukuki işlemine icazet verdiği hallerde aynı ikame olayının gerçekleşeceği savunulmaktadır¹²⁰¹. Örneğin, TMK m. 990 gereğince, iyi niyetli üçüncü kişinin para karşılığında elde ettiği tereke değerine ilişkin hak kazanımı korunmaktadır¹²⁰². Aynı şekilde, aslında terekeye ait olan fakat, haksız zilyet adına tescil edilmiş gayrimenkule ilişkin tapu sicilindeki

¹¹⁹⁸ Gürsoy, s. 114; Akbıyık, s. 248 bkz. dn. 249'da anılanlar. Tasarruf işleminin sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersizliğinin tasarruf işleminin geçerliliğini etkilediği görüşü *sebebe bağıllık görüşü*; borçlandırıcı işlemin geçersizliğinin tasarruf işlemini etkilemediği görüşü ise *soyutluk görüşü* olarak adlandırılır. Öz, s. 182. Buna göre, soyutluk prensibi benimsenirse, tasarruf işleminin temeli olan borçlandırıcı işlemin geçersiz olması sebepsiz zenginleşme talebi saklı kalmak üzere tasarruf işleminin geçerliliğine etki etmeyecek, eğer sebebe bağıllık prensibi benimsenirse tasarruf işlemi hüküm doğurmayacaktır. Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 129. Örneğin, sebebe bağıllık kuralının uygulanacağı kabul edilirse, satış sözleşmesindeki geçersizlik tasarruf işlemini de hükümsüz kılacak olup, bu durumda malın mülkiyeti alıcıya geçmeyecek ve satıcı alıcıdan tasarruf konusu değerini iadesini adi istihkak talebiyle isteyebilecektir. Soyutluk kuralına üstünlük tanınırsa, satış sözleşmesinin hükümsüzlüğüne rağmen aynı akit ve teslim ile malın mülkiyeti alıcıya geçecektir. Bununla birlikte, bu iktisap, alıcı için bir sebepsiz iktisap teşkil edecektir. Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku), s. 129. Ayrıca bkz. Özen, s. 82-84. Türk hukukunda taşınmazların devrinin sebebe bağlı olduğu düzenlenmektedir (TMK m. 1024). Taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin olarak kanunda benzer bir düzenleme mevcut değildir. (Bu konudaki farklı yaklaşımlar hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 856-857). Miras sebebiyle istihkak davası ile ikame değerini talep edilebilmesi için tasarruf işleminin geçerli olması gerektiği savunulmaktadır. Escher, Art. 599 ZGB, N. 7; Oswald, s. 61; Gürsoy, s. 115; Akbıyık, s. 248-249. Dolayısıyla, geçersizliğe ilişkin olarak genel kurallar burada da uygulama alanı bulacaktır. Bununla beraber, miras sebebiyle istihkak davası ile ilgili olarak esas sorun zilyedin haksız zilyet olmasından dolayı zilyedin tasarruf yetkisinin yokluğudur. Bu yüzden burada ana problem tasarruf yetkisi eksikliğinden kaynaklanan geçersizliktir. Ancak, haksız zilyedin geçersiz tasarruf işlemi mirasçılarının icazet vermesi ile geçerli hale gelebilir. Bu durumda, işleme icazet verilmesi ile tereke unsuru terekeden çıkmış olacak ve bunun karşılığında iktisap edilen mal da terekeye girecektir. Gürsoy, s. 115; Akbıyık, s. 249, dn. 752'de anılanlar. Bu halde, ikame değerini miras sebebiyle istihkak davası ile istenebileceği bu dava kapsamında aynı ikame kuralının uygulanacağını kabul eden görüştekiler taraftarlarınca kabul edilmektedir. Üçüncü kişilerin iyi niyetine kanunun sonuç bağladığı hallerde de ikame değerini miras sebebiyle istihkak davası ile istenebileceği ifade edilmektedir. Akbıyık, s. 249. Bkz. Üçüncü Bölüm, II. F., 2., a. ve F., 4., a., ii.' deki açıklamalar.

¹¹⁹⁹ Gürsoy, s. 115; Akbıyık, s. 249.

¹²⁰⁰ Gürsoy, s. 115. Akbıyık, tereke zilyedinin hiçbir zaman emin sıfatıyla zilyet olmayacağını, dolayısıyla da TMK m. 988 uyarınca üçüncü kişinin hak sahibi olamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Akbıyık, s. 249.

¹²⁰¹ Akbıyık, s. 249 dn. 752'de anılan yazarlar.

¹²⁰² Akbıyık, s. 249; Gürsoy, s. 115.

tescile güvenerek aynı hak iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişinin iktisabı TMK m. 1023 gereğince yine korunmaktadır¹²⁰³. Bunun dışındaki hallerde, mirasçının tasarruf yetkisi bulunmaksızın gerçekleştirdiği bu geçersiz hukuki işleme icazet verdiği haller hariç tutulmak üzere, üçüncü kişi tereke konuları üzerinde hak iktisap etmemekte olup aynı ikame olayı gerçekleşmemektedir¹²⁰⁴. Bu nedenle, mirasçılar tereke unsurunun iadesini üçüncü kişiden miras sebebiyle istihkak davası ile talep edilebilir. Şayet, tasarruf yetkisi eksikliğinden kaynaklanan geçersiz hukuki işleme mirasçı icazet vermişse, işte bu durumda mirasçı tereke malı karşılığında elde edilen ikame değeri tereke zilyedinden talep edebileceği belirtilmektedir¹²⁰⁵.

Aynı ikame olayının gerçekleşmesi için tereke zilyedinin o işlemi tereke için yapıp yapmadığının önem arz etmediği ileri sürülmektedir¹²⁰⁶. Zilyedin, tereke değerlerini kullanarak, kendi kişisel kullanımına yarayan eşyalar (örn. elbise) alması halinde dahi aynı ikame olayının gerçekleşeceği ve kişisel kullanıma yarayan bu eşyaların terekeye ait olacağı savunulmaktadır¹²⁰⁷. Yalnız, aynı sonuca, zilyedin tereke aracılığı ile kişisel borçlarını ödemesi halinde ulaşılamamaktadır. Bunun sebebi olarak burada bir karşı edanın söz konusu olmaması gösterilmektedir¹²⁰⁸. Zira böyle bir durumda, zilyedin pasifinde azalmanın meydana geldiği ve zilyedin tereke

¹²⁰³ Akbıyık, s. 249; Gürsoy, s. 115.

¹²⁰⁴ Gürsoy, s. 115.

¹²⁰⁵ Gürsoy, s. 115 ve bkz. dn. 46'da anılan yazarlar. Leuch'a göre üçüncü kişinin iktisabının korunmadığı ve asıl tereke değerinin talep edilme imkânı bulunmadığı hallerde geçersizlik bozucu şarta bağlanmıştır ve hukuki işlem geçersiz dahi olsa elde edilen değer terekeye ait olur. Aynı ikame ilkesinin işlemlerini istemeyen mirasçının bu yüzden ikameyi reddetmesi gerekmektedir. Ancak bu halde hukuki işlem baştan itibaren geçersiz olur. Leuch, s. 41; Gürsoy, s. 116. Tuor/Picenoni ise üçüncü kişinin iktisabının korunmadığı durumlarda, mirasçının ikame değeri talep hakkında bir rüçhan hakkı olduğunu, asıl tereke değerinin üçüncü kişiden talep etmek yerine, ikame değeri tereke zilyedinden isteyebileceğini ifade etmektedir. Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 25.

¹²⁰⁶ Akbıyık, s. 247.

¹²⁰⁷ Gürsoy, s. 117.

¹²⁰⁸ Gürsoy, s. 117.

aleyhine zenginleştigi ileri sürülmektedir¹²⁰⁹. Bu gerekçeyle, zilyedin kendi kişisel borcunu terekeden ödediği durumlarda zilyedin sorumluluğu hükümlerine başvurulacağı belirtilmektedir¹²¹⁰. Bu konuyla alakalı olarak miras sebebiyle istihkak davası yerine sebepsiz zenginleşme davası açılıp açılmayacağı tartışmalıdır¹²¹¹. Bir görüşe göre, zilyet tereke değerini sahip olduğunu düşündüğü hakka uygun kullanmışsa, borcunu bu suretle ödemesi halinde iyi niyetli zilyetliге bağlanan hükümler uyarınca zilyedin sorumluluğuna gidilemez¹²¹². Miras sebebiyle istihkak davası kapsamında sorumlu tutulmayan zilyede karşı bu sebeple sebepsiz zenginleşme davası da açılmaz¹²¹³. Bir diğer görüşe göre ise zilyede karşı miras sebebiyle istihkak davası yerine sebepsiz zenginleşme davası açılmasına hiçbir engel yoktur¹²¹⁴. Bununla beraber, mirasçının her iki davayı birden açması kabul edilmemektedir¹²¹⁵.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları incelendiğinde Türk doktrinindeki yaklaşıma uygun bir şekilde miras sebebiyle istihkak davası kapsamında aynı ikame olayının gerçekleştiğinin kabul edildiği tespit edilmektedir. Şöyle ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun¹²¹⁶ önüne gelen bir olayda, miras bırakanın mirasçısı olmaması sebebiyle terekeye ait gayrimenkul idare tarafından vakfa dönüştürülmüştür. Vakfa dönüştürülen bu gayrimenkul yine idare tarafından belli bir bedel karşılığında üçüncü kişiye satılmıştır. Satış işlemini takiben, miras bırakanın bir mirasçısı ortaya çıkmış

¹²⁰⁹ Gürsoy, s. 117.

¹²¹⁰ Gürsoy, s. 117.

¹²¹¹ Gürsoy, s. 117-118. Ayrıca bkz. Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 7; Leuch, s. 50; Schucan, s. 86; Escher, Art. 599 ZGB, N. 13.

¹²¹² Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 7.

¹²¹³ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 7.

¹²¹⁴ Escher, Art. 599 ZGB, N. 13; Gürsoy, s. 117-118.

¹²¹⁵ Gürsoy, s. 118.

¹²¹⁶ YHGK, 20.01.1965, E. 15/D-2, K. 32.

ve mirasçı bu paradan kendi hissesine düşeni talep etmek üzere mahkemeye başvurmuştur. YHGK bu kararında adi istihkak davasına konu olan şeyin, zilyedin elinden çıkması halinde, hak sahibinin haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabileceğini; miras sebebiyle istihkak davasında ise dava konusu değer yerine elde edilen değer ayni ikame kuralı uyarınca talep edilebileceğini ifade etmiştir. Tuor'a atıf yapan Kurul, tereke malının satımı, bir başkasıyla değiştirilmesi karşılığında iktisap edilen malın veya paranın yine terekeye ait olacağını ifade etmiştir. Buna ek olarak, kararda ikame değer talep edilmesinin de miras sebebiyle istihkak davasının mahiyetini değiştirmeyeceği belirtilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise 1993 tarihinde vermiş olduğu bir kararında¹²¹⁷, tereke zilyedinin haksız zilyet olması sebebiyle, tereke değerleri üzerinde hiçbir hakkının bulunmadığını, bu yüzden zilyedin, tasarruf işlemi yapması halinde bunu tereke adına yaptığının kabul edileceğini, bu gerekçeyle de tereke değerleri aracılığı ile elde edilen değerlerin yine tereke malı olacağını açıklamıştır. Yargıtay, ayrıca, tereke zilyedinin tereke değerlerini satması karşılığında elde ettiği paranın veya bu parayla başka bir şey alınması halinde bu değer de terekeye ait olacağını belirtmiştir. Daire, ikame ilkesine başvurulmasının miras sebebiyle istihkak davasının koruma amacına uygun olacağını, bu sebeple de iyi niyetli zilyetten ikame değer talep edilebileceği düşünülmeden davacının talebinin reddedilmesinin doğru olmadığı yönünde karar vermiştir.

¹²¹⁷ Yarg. 2. H.D, 06.04.1993, E. 1444, K. 3326; Özuğur, A. İ.: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 696.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2003 tarihli kararında¹²¹⁸ ise, miras sebebiyle istihkak davasında, tereke değerlerini elinden çıkarmış olan iyi niyetli olmayan tereke zilyedinden, tereke değerleri karşılığında elde ettiği değerlerin iadesini talep edilebileceğine hükmetmiştir. Buna göre, mirasçı miras sebebiyle istihkak davası ile üçüncü kişiden tereke değerlerini talep etmek yerine iyi niyetli olmayan zilyetten ikame değerlerin iadesini isteyebilmektedir. Karara göre, miras sebebiyle istihkak davası açabilmek için iyi niyetli olmayan zilyede karşı öngörülen zamanaşımı süresi ikame değer talebi için de geçerlidir.

Bu kararları değerlendirmek gerekirse, bu üç kararın ortak özelliklerinin şunlar olduğu söylenebilir: 1. Ayni ikame ilkesinin miras sebebiyle istihkak davası kapsamında uygulandığının kabul edilmesi 2. Ayni ikame olayının hukuki işlem aracılığıyla ve tereke değerlerinin sarfi ile gerçekleştirilebileceği hususu 3. İkame değer talebinin miras sebebiyle istihkak davasının mahiyetini değiştirmedeği ve hatta onun koruma amacına uygun olduğuna ilişkin kanaatin varlığı.

Kararlarda dikkat çeken ve farklılık içeren unsurlar ise, terekeye haksız zilyet olan kişinin tasarruf yetkisi olmaksızın ve hatta mirasçılar tarafından tasarruf işlemine icazet verilmeksizin yaptığı tasarruf işleminin, onun mirasçılar adına o işlemi yapmış gibi kabul edilmesi ve bu şekilde elde edilen ikame değer miras sebebiyle istihkak davasıyla talep edilebilmesine ilişkin görüştür¹²¹⁹. Burada, Yargıtay, haksız tereke zilyedinin mirasçılar adına hareket ettiğini ifade etmişse de ortaklığın doğrudan

¹²¹⁸ Yarg. 2.H.D, 09.10.2003, E. 11593, K. 13191; Kaçak, N.: Miras Hukuku, Ankara 2006, s. 368; Serozan/Engin, s. 552, para. 111.

¹²¹⁹ Yarg. 2. H.D, 06.04.1993, E. 1444, K. 3326; Özüğür, s. 696.

temsilcisi olarak mı tasarruf işlemini yaptığının kabul edildiği belirtmemiştir.

Karardan terekeye haksız zilyedin tüm yetkisiz tasarruf işlemlerinde mirasçılarının adına hareket ettiği yönünde bir karineyi kabul ettiği çıkarılabilmektedir. Miras ortaklığında bile kabul edilmeyen ve kanunda öngörülmemen bu durumun haksız tereke zilyedi için kabul edilmesi eleştirilebilir.

Bir diğer farklılık içeren unsur ise iyi niyetli olmayan zilyedin elden çıkardığı tereke değerinin üçüncü kişiden talep edilmesi yerine, bu zilyedin elde ettiği ikame değerlerin talep edilmesine ilişkin karardır¹²²⁰. Kararda ikame değer talebi için üçüncü kişinin iyi niyetinin korunup korunmadığına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla, buradan tasarruf işleminin geçersiz olmasına rağmen bu işlemin geçerli bir hukuki işlem olarak kabul edildiğine, Tuor'un görüşüne uygun şekilde Yargıtay'ın mirasçılara tereke değerleri yerine ikame değerlerin talep edebilmeleri hususunda seçimlik hak tanındığı gibi sonuçlara ulaşılabilmektedir.

Bu kararlar göz önüne alındığında, kararlarda aynı ikame ilkesinin analizine ayrıntılı şekilde yer verilmediği tespit edilmektedir. Kanunda buna ilişkin bir karine yer almamasına rağmen, Yargıtay'ın, haksız zilyedin tereke temsilcisi olarak hareket ettiğini kabulüne ilişkin gerekçesinin yetersizliği buna örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca, bu kararlar göz önüne alındığında, kanunda yer almayan bir iktisap şeklinin kabulünün altında yatan sebeplerin gerekli şekilde izah edilmediği de ifade edilebilir.

¹²²⁰ Yarg. 2.H.D, 09.10.2003, E. 11593, K. 13191; Kaçak, s. 368; Serozan/Engin, s. 552, para. 111.

3. Aynı İkameyi Reddeden Görüş

Aynı ikame ve malvarlığında ikame ayrımı yapan görüştekilere göre aynı ikame bir malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibi bulunduğunda ikame değerin hangisine ait olacağını belirlerken¹²²¹, malvarlığında ikame ise (“*vermögensrechtliche Surrogation/güterrechtliche Surrogation*”¹²²²) bir kimsenin birden fazla malvarlığı mevcut olduğunda ikame değerin malvarlığı gruplarından hangisine tahsis edileceğini belirler¹²²³.

Bu görüştekiler, aynı ikame kuralının, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında uygulanması görüşünü reddetmektedirler. Buna göre, Art. 598-600 ZGB maddelerinde aynı ikame kuralına yer verilmemekte olup¹²²⁴, BGB § 2019 İsviçre hukukunda uygulama alanı bulamaz¹²²⁵. Art. 599 ZGB’nin atfıyla ZGB’nin zilyetlik hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hüküm, aynı ikame ilkesinin uygulanacağını savunanların aksine, yasada doldurulacak bir boşluk olmadığının göstergesidir¹²²⁶. Dolayısıyla, kanun koyucunun, aynı ikameye ilişkin bir hüküm öngörmemesi bir boşluk oluşturmayacak olup, hâkimin hukuk yaratması sureti ile aynı ikame ilkesini uygulaması aleniyet prensibini ihlal etmesi sonucunu doğurur¹²²⁷.

¹²²¹ Huwiler, s. 81

¹²²² Simonius, “*vermögensrechtliche Surrogation*” yerine “*güterrechtliche Surrogation*” ifadesini tercih etmektedir Bkz. Simonius, s. 8; Somm, s. 120, dn. 9.

¹²²³ Huwiler, s. 81; Piotet, SPR IV/2, s. 611; Eitel, s. 157 vd.; Somm, s. 120.

¹²²⁴ Piotet, SPR IV/2, s. 761.

¹²²⁵ Somm, s. 131.

¹²²⁶ Piotet, Art. 599 ZGB, s. 761; Somm, s. 131; Sutter-Somm, T./ Moshe, A.: *Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598-600 ZGB)*, Successio 2008, s. 268-298, s. 292.

¹²²⁷ Piotet, SPR IV/2, s. 761.

Buna ilişkin eski tarihli kararlar incelendiğinde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin aynı ikame ilkesinin uygulanması yönünde kararlar vermekte olduğu görülmektedir¹²²⁸ sonraları Mahkemenin görüşünün malvarlığında ikame ilkesinin uygulanması yönünde değişiklik gösterdiği tespit edilmektedir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi 2011 tarihinde verdiği kararında, mirasçının diğer mirasçıların iznini veya icazeti almaksızın, tereke değerleri üzerinde birlikte tasarrufta bulunma kuralını delerek tereke değerlerini sarf etmesi üzerine elde edilen değerlerin kendi malvarlığına dahil olacağına ve yasada buna ilişkin hüküm bulunmaması sebebiyle aynı ikame ilkesinin uygulanmayacağına karar vermiştir¹²²⁹. Mahkeme, başka bir kararında ise ön mirasçılıkla alakalı olarak aynı ikame kuralı yerine malvarlığında ikame kuralının uygulanacağına karar vermiştir¹²³⁰.

Miras sebebiyle istihkak davasında aynı ikameyi reddeden görüşe göre, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında, malvarlığında ikamenin vuku bulup bulmayacağı, tereke zilyedinin ilk başta mirasçı olması sebebiyle hak sahibi olmasına veya hiçbir şekilde tereke üzerinde hak sahibi olmamasına göre değişir¹²³¹.

¹²²⁸Sutter-Somm/ Moshe, s. 292, dn. 259. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, buna ilişkin kanun hükmü olmasa dahi aynı ikame ilkesinin uygulanacağını, resmi tasfiye memurunun tasarrufu neticesinde elde ettiği değerlerin veya tereke değerlerinin zarara uğraması veya onlara el konulması durumunda ödenecek tazminatın veya sigorta bedellerinin yine terekeye ait olduğunu ifade etmiştir. Tasfiye memurunun tereke değerleri üzerindeki karşılıksız tasarrufu, onu tazmin yükümlülüğü altına sokar. Tasfiye memurunun tazminat ödemesi halinde bu değer de doğrudan terekeye dahil olur. Bkz. BGE 52 II 195, 199, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2055018.pdf>, s.e.t. 24.04.2020. İsviçre Federal Mahkemesinin, nesebin reddi davası sonucunda mirasçının mirasçı sıfatının ortadan kalkması halinde tasfiye memurunun iade yükümlülüğünü ikame prensibinin uygulanması sonucu elde edilen değerleri de ihtiva ettiğine ilişkin kararı için bkz. BGE 55 II 18 N.7, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2055018.pdf>, s.e.t. 24.04.2020, Aynı ikame ilkesinin uygulanmasının sonucu olarak babasının vefatından sonra sattığı tereke değerinin karşılığı olarak elde edilen bedelin terekeye ait olacağına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 75 II 288 N.3, <https://servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2075288.pdf>, s.e.t. 24.04.2020.

¹²²⁹ 5A_88/2011, 23.10.2011, E. 6.2.2 bkz. Hürlimann-Kaup/ Rumo-Jungo, s.364-365.

¹²³⁰ 5A_294/2014, 05.02.2015, 6.2 bkz. 5A_377/2016, 09.01.2017, 3.2.

¹²³¹ Somm, s. 121-122.

İlk halde tereke, zilyede ait olan ve onun tarafından hukuka uygun bir şekilde idare edilen özel malvarlığı teşkil eder¹²³². İkinci durumda ise malvarlığında ikame ilkesinin uygulanması için gerekli olan özel malvarlığının hak sahibi tarafından idare edilmesi şartı, zilyedin haksız zilyet olması sebebiyle gerçekleşmemektedir¹²³³.

Böylece, malvarlığında ikame ilkesi uygulama alanı bulmamakta olup, haksız zilyedin tereke değerlerini sarf etmek sureti ile iktisap ettiği değerler, hukuki işleme ilişkin genel hukuk kuralları uyarınca¹²³⁴ tereke yerine haksız zilyedin malvarlığına girmektedir¹²³⁵. Bu durumda mirasçı, üçüncü kişiden tereke değerinin iadesini talep edebileceği gibi, üçüncü kişinin iktisabı korunuyorsa da tereke zilyedinden tazminat (“Ersatz”) talep edebilir¹²³⁶.

Kısaca, bu görüşe göre malvarlığında ikame, ancak tereke zilyedinin maddi hukuktan kaynaklanan bir hakka dayanarak tereke değerlerine zilyet olduğu sürece uygulanır¹²³⁷. Dolayısıyla, bu süre içerisinde, zilyedin tereke değerleri vasıtasıyla elde ettiği ikame değerler, zilyedin kendi malvarlığından ziyade malvarlığında ikame kuralı gereği, özel malvarlığı teşkil eden terekeye ait olmaktadır¹²³⁸. Bu durumda mirasçı, zilyetten daha üstün bir hakkı olması gerekçesiyle miras sebebiyle istihkak davası kapsamındaki iade talebine ikame değeri konu edebilir¹²³⁹. Tereke bir özel

¹²³² Somm, s. 122.

¹²³³ Piotet, SPR IV/2, s. 759; Piotet, P.: *Erbgang und Herausgabe der Erbschaft*, SJK Nr. 784, s. 2, [Piotet (Erbgang II), s. 2]; Somm, s. 122.

¹²³⁴ Haksız zilyet, tereke temsilcisi olarak kabul edilmediği için onun yaptığı hukuki işlemler mirasçılar üzerinde etki doğurmamaktadır. Bkz. Somm, s.122, dn. 16.

¹²³⁵ Piotet, SPR IV/2, s. 759; Piotet (Erbgang II), s. 2; Somm, s. 122.

¹²³⁶ Somm, s. 122, dn. 17; Somm, s. 129.

¹²³⁷ Somm, s. 122.

¹²³⁸ Somm, s. 122.

¹²³⁹ Somm, s. 122.

malvarlığı teşkil ettiği sürece uygulanan malvarlığında ikame kuralı uyarınca elde edilen değerleri mirasçı, miras sebebiyle istihkak davası uyarınca talep edebilir¹²⁴⁰.

Malvarlığında ikame, tereke değerine zilyet olmaya yetkili kişinin bu tereke değerine zilyet olduğu süre boyunca ve sonradan bu değerleri mirasın reddi, ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olması, tenkis gibi sebeplerle iade etmemesi şartıyla uygulanır¹²⁴¹ ve bu yolla iktisap edilen değerlerin, artık tereke değerlerinden oluşan özel malvarlığının ortadan kalktığı anda başka bir ifade ile kendisine karşı miras sebebiyle istihkak davası açılabilirdiği anda¹²⁴², bu dava kapsamında iadesi talep edilebilir. Bu andan sonra zilyedin elinde bulunan değerler bir özel malvarlığı teşkil etmediği için malvarlığında ikame kuralı uygulanamaz ve zilyedin sorumluluğu Art. 938 ZGB vd. maddelerine göre belirlenir¹²⁴³.

Bu görüştekilere göre, terekenin ne zaman ve kimin hakimiyetinde özel malvarlığı teşkil ettiği önem arz etmektedir. Şöyle ki, ön mirasçının elindeki tereke¹²⁴⁴, üç aylık ret süresi içerisindeki mirasçının elindeki tereke¹²⁴⁵ ve miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile mirasçı atanmış olan fakat henüz tasarrufun iptali davası ile söz konusu ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmemiş olduğu mirasçının veya henüz hakkında tenkis kararı verilmemiş olan mirasçının elindeki tereke özel malvarlığı teşkil etmektedir¹²⁴⁶. Malvarlığında ikame de sayılan durumlarda, yani ortada zilyedin

¹²⁴⁰ Piotet, SPR IV/2, s. 765 vd. Kıyasen Art. 938 ZGB'nin uygulanacağına ilişkin görüş için bkz. 3. Bölüm I. A. 2. Somm, s. 123 dn. 22.

¹²⁴¹ Piotet, SPR IV/2, s. 765; Piotet (Erbgang II), s. 4; Somm, s. 122.

¹²⁴² Piotet (Erbgang II), s. 4.

¹²⁴³ Somm, s. 123.

¹²⁴⁴ Piotet, SPR/2, s. 758.

¹²⁴⁵ Piotet, SPR/2, s. 758.

¹²⁴⁶ Somm, s. 124.

genel malvarlığından ayrı bir özel malvarlığı bulunduğu hallerde karşımıza çıkmaktadır. Ön mirasçılıkta, mirasın art mirasçıya geçmesi anına kadar, ön mirasçı haklardan ve borçlardan oluşan tereke üzerinde hak sahibidir ve tereke onun genel malvarlığından ayrı özel bir malvarlığı teşkil eder¹²⁴⁷. Dolayısıyla, ön mirasçının bu zaman aralığında tereke aracılığıyla elde ettiği değerler, mirasın art mirasçıya geçmesine ve bunun sonucu olarak ön mirasçının genel malvarlığı yanında tereke değerlerinden oluşan özel malvarlığı bulunmayana kadar, bu özel malvarlığına ait olur¹²⁴⁸.

Malvarlığında ikamenin bir diğer uygulama alanının konusu ise, mirasın reddine kadarki zaman aralığında (“*Deliberationsfrist*”) özel malvarlığı¹²⁴⁹ teşkil eden ve mirasçının (“*vorläufige Erbe*”) ¹²⁵⁰ zilyetliğinde bulunan terekedir¹²⁵¹. Buna karşılık, mirasın reddi hakkı sona erdiğinde, mirasçının malvarlığı ile tereke değerlerinden oluşan özel malvarlığı birleştiği için bu andan sonra artık malvarlığında ikame söz konusu olmaz¹²⁵². Aynı şekilde, mirası reddeden mirasçının durumunda da artık zilyetliğindeki terekenin özel malvarlığı teşkil etmemesi gerekçesiyle bu kuralın uygulanmayacağı ifade edilmektedir¹²⁵³.

¹²⁴⁷ Piotet, SPR IV/2, s. 758.

¹²⁴⁸ Piotet, SPR IV/1, s. 107-108; Somm, s. 123.

¹²⁴⁹ Piotet, P.: Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV 1. Halbband, Basel-Stuttgart 1978, s. 18 (SPR IV/1, s. 18); Piotet, SPR IV/2, s. 612 vd.; Piotet (Erbgang II), s. 3; Escher, Vorbemerkungen zu Art. 566 ZGB, N. 5; Girsberger, s. 66; von Tuhr (AT BGB I), s. 333; BGE 116 II 259, 261 vd.; Somm, s. 123.

¹²⁵⁰ Alman miras hukukuna göre mirası sonradan reddeden geçici mirasçı, zilyet olarak kabul edilmemekte olup, onun sorumluluğunun vekâletsiz iş görme hükümlerine (BGB § 1959) göre belirleneceği ileri sürülmektedir. Bkz. Staudinger/Raff, 2020, BGB § 2018, Rn. 54; BeckOGK/Lindner, 2019, BGB § 2018, Rn. 16.

¹²⁵¹ Somm, s. 123.

¹²⁵² Somm, s. 123-124.

¹²⁵³ Piotet, SPR IV/1, s. 18; SPR IV/2, s. 612; Piotet (Erbgang II), s. 3; Somm, s. 124.

Malvarlığında ikame ayrıca mirasçı atanmasında, tasarrufun geçersiz olduğu hallerde ve tamamen tenkisin gerçekleştiği durumlarda uygulanır¹²⁵⁴. Miras bırakan, geçerli bir şekilde mirasçı atamışsa ve bu tasarrufu, iptal edilebilir veya tenkise tabi olduğu sürece, tereke zilyedin genel malvarlığından ayrı bir özel malvarlığı oluşturduğu için malvarlığında ikame kuralı tatbik olunur¹²⁵⁵. Miras bırakanın tasarrufu geçerli olduğu sürece ve geçersizliğe ilişkin davanın açılmasının söz konusu olabileceği süre içerisinde terekeye ilişkin değerler özel malvarlığı teşkil eder¹²⁵⁶. Miras bırakanın tasarrufunun iptaline veya tenkise ilişkin karar kesinleştikten sonra bu kuralın uygulanma imkânı ortadan kalkar¹²⁵⁷. Zira, bu malvarlığı, *ipso iure* davacı mirasçıya geçer¹²⁵⁸. Şayet, tasarrufun iptaline yahut tenkise karar verilmemişse ve bu iddiaların ileri sürülebilmesi artık mümkün değilse, tereke değerleri zilyedin genel malvarlığına karışır¹²⁵⁹.

Zilyedin, hataya düşerek kendini mirasçı sandığı hallerde veya sahte vasiyetnameye¹²⁶⁰ dayanarak kişinin kendisini mirasçı sandığı hallerde malvarlığında ikame prensibine başvurulamaz¹²⁶¹. Bunun sebebi, bahsi geçen her iki olasılıkta da tereke değerlerinin mirasın geçmesinden itibaren mirasçılara ait olması ve haksız zilyedin hakimiyetindeki tereke değerlerinin, zilyedin genel malvarlığı yanında bir özel malvarlığı teşkil etmemesidir¹²⁶².

¹²⁵⁴ Somm, s. 124.

¹²⁵⁵ Somm, s. 124.

¹²⁵⁶ Somm, s. 124.

¹²⁵⁷ Piotet, SPR IV/2, s. 758. Bu karar kesinleşene kadarki sürede malvarlığında ikamenin uygulanacağı yönünde bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 766; Piotet (Erbgang II), s. 3-4.

¹²⁵⁸ Somm, s. 124.

¹²⁵⁹ Somm, s. 124.

¹²⁶⁰ Piotet (Erbgang II), s. 3.

¹²⁶¹ Somm, s. 124.

¹²⁶² Somm, s. 124-125.

Bu görüştekilere göre, iktisabın hangi malvarlığı masasına tahsis edileceğini belirleyen malvarlığında ikame kanundan kaynaklanmaktadır¹²⁶³. Malvarlığında ikamenin etkisi aynı ayni ikame ilkesindeki gibi otomatik ve doğrudandır. Şöyle ki, zilyedin tereke değerlerini elden çıkararak elde ettiği tüm değerler, *kanun gereği uygulanan malvarlığında ikame uyarınca*¹²⁶⁴, otomatik olarak terekeye geçer¹²⁶⁵. Burada, zilyedin kazanımı hangi malvarlığı masası için yaptığına ilişkin iradesi de göz ardı edilir¹²⁶⁶. Aksi halde, yani zilyedin gerçek iradesinin dikkate alındığı bir durumda, iktisap edilen tüm değerlerin onun kendi malvarlığına dahil olması tehlikesi söz konusu olabilir¹²⁶⁷.

Miras sebebiyle istihkak davası kapsamında, malvarlığında ikame ile dolaysız bir şekilde terekeye dahil olan değer in iadesi istenebilmektedir¹²⁶⁸. Tereke değerlerinin

¹²⁶³ Somm, s. 126; Simonius, s. 125-126.

¹²⁶⁴ Piotet, SPR IV/2, s. 612; Simonius, s. 125; Somm, s. 126. Piotet'e göre, malvarlığında ikame kuralının kanunda düzenlenmesi gerekmemektedir. Zira, bir kimseye ait iki farklı malvarlığı bulunduğu, bir malvarlığından çıkan değer yerine iktisap edilen değer yine o malvarlığına girmesi doğal ve normal bir kuraldır. Bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 611.

¹²⁶⁵ Piotet, SPR IV/2, s. 612.; Simonius, s. 125 vd.; Somm, s. 126.

¹²⁶⁶ Piotet, SPR IV/2, s. 612.; Simonius, s. 125 vd.; Somm, s. 126.

¹²⁶⁷ Piotet, SPR IV/II, s. 612; Simonius, s. 125 vd.; Somm, s. 126.

¹²⁶⁸ Somm, s. 129. Piotet'e göre, Art. 599 ZGB ve Art. 938- 940 ZGB, yalnızca terekenin özel malvarlığı teşkil etmediği zaman uygulanır. Tenkis kararı veya ölüme bağlı tasarrufun iptali kararı verilen ana kadar bu mirasçının (sözde mirasçının) zilyetliğindeki miras özel malvarlığı teşkil etmekte olup malvarlığında ikame ilkesi uygulanır. Bu karardan sonra malvarlığında ikame kuralı uygulanmaz. Zira, artık sözde mirasçının tereke değerlerinden oluşan özel bir malvarlığı bulunmamaktadır. Piotet'e göre, Art. 599 Abs. 1 ZGB'nin Art. 938-940'a yaptığı atıf terekenin özel malvarlığı teşkil etmediği yani zilyede karşı miras sebebiyle istihkak davası açılabilirdiği zamanda uygulama alanı bulur. Bu hükümler, belirli durumlarda haksız zenginleşme hükümleri ile birlikte uygulanmalıdır. Bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 765-766. Dolayısıyla, buradan tereke değerlerinin ve bu değerlerin sözde mirasçının malvarlığında özel malvarlığı teşkil ettiği dönemde malvarlığı ikame aracılığı ile yerine geçen değerlerin, tenkis kararından yahut tasarrufun iptali kararından sonra miras sebebiyle istihkak davası kapsamında iadesinin istenebileceğini çıkartabiliriz. Malvarlığında ikame ilkesinin üç durumda uygulandığı ifade edilmektedir: 1. Malvarlığı değerlerinin hukuki işlem aracılığı ile feda edilmesi karşılığında bir kazanım elde edildiği hallerde (Piotet, SPR IV/1, s. 108; Piotet SPR IV/2, s. 611; Piotet (Erbgang II), s. 2; Simonius, s. 28; Somm, s. 125) 2. Malvarlığına ait bir hak dolayısıyla bir kazanım elde edildiği hallerde (Simonius, s. 28; Somm, s. 126) 3. Tereke değerlerinin tahribi, zarar görmesi veya alıkonulması halinde sigorta bedeli, kamulaştırma bedeli gibi bedel elde edilmesi hallerinde (Piotet, SPR IV/1, s. 108; Simonius, s. 28 vd.; Somm, s. 126). Hukuki işlemle gerçekleşen malvarlığında ikameye ayrıntılı bir

şekilde değinmeden önce bu kuralın uygulandığı diğer iki halden kısaca bahsetmek gerekirse; bu prensibe, sadece hukuki işlem aracılığı ile elde edilen değerlerin terekeye tahsisinde değil, terekeye ait bir hak dolayısıyla elde edilen iktisabın hangi malvarlığı masasına ait olacağını belirlemek için de başvurulduğu ifade edilebilir. Buna göre, zilyedin terekeye ait bir hak aracılığı ile elde ettiği malvarlığı unsurları da terekeye ait olmaktadır. Simonius, s. 28. Tereke borçlusu ancak zilyedin terekeye haklı zilyet olduğu halde borcunu bu zilyede ifa etmesi halinde kurtulur. Zira, malvarlığında ikame kuralının uygulanabilmesi, zilyedin terekeyi zilyetliğinde bulundurmaya ve onu idare edebilmeye hak sahibi olması koşuluna bağlıdır. Somm, s. 126, dn. 37. Örneğin, üçüncü kişinin terekeye olan borcunu ifa etmesi durumunda ifa konusu şey bu kural gereğince yine tereke unsurları arasına girmektedir. Somm, s. 126. Terekeye ait bir hak dolayısıyla elde edilenler dışında, malvarlığında ikame kuralı bir de terekeye ait malın kaybedilmesi, zarara uğraması sebebiyle elde edilen kazanımlar hakkında uygulanır. Piotet, SPR IV/1, s. 108; Simonius, s. 28 vd.; Somm, s. 126. Bu durumda, tereke malının tahrip edilmesi, zarara uğratılması vb. sebeplerle ödenen tazminat, sigorta bedelleri, kamulaştırma bedelleri de terekeye girmektedir. Piotet, SPR IV/1, s. 108; Simonius, s. 28 vd.; Somm, s. 126. Hukuki işlemle gerçekleşen malvarlığında ikame olayı ise dört unsurun varlığı halinde gerçekleşmektedir (Piotet, SPR IV/1, s. 108; Piotet SPR IV/2, s. 611; Piotet (Erbgang II), s. 2; Simonius, s. 28; Somm, s. 125): 1. Tereke değerlerinin feda edilmesi 2. Bir değer in iktisabı 3. İktisabın hukuki işlem aracılığı ile gerçekleşmesi 4. Tereke değerlerinin feda edilmesi ile iktisap arasında illiyet bağının mevcudiyeti. Daha önce de belirtildiği üzere (bkz. Üçüncü Bölüm, II., F., 1. başlığı altındaki açıklamalar) bu unsurlar incelendiğinde, esasında aynı ikameyi geniş yorumlayan birinci görüştekilerle aynı ikameyi yalnızca üçüncü bir kişinin başkasına ait malvarlığını idare ettiği durumlara indirgeyen ikinci görüştekiler arasında ikamenin uygulanma şekline yönelik bir farklılık mevcut değildir. Çünkü hukuki işleme dayanan aynı ikame ile hukuki işleme dayanan malvarlığında ikamenin unsurları karşılaştırıldığında bunların aynı olduğu tespit edilebilmektedir. İki görüş arasındaki en temel farklılığın, birinci görüştekilerin haksız zilyedin tereke değerlerini feda ederek hukuki işlem aracılığı ile elde ettiği ikame değerlerin terekeye ait olacağını savunmaları, ikinci görüştekilerin ise ancak tereke değerlerine zilyet olma hakkı olan kişinin tereke değerlerini feda etmek suretiyle ve hukuki işlemle elde ettiği değerlerin terekeye dahil olacağını savunmaları olduğu söylenebilir. İkinci görüştekiler, haksız zilyedin terekeye ait unsurlarla başka bir değer iktisap etmesi halinde, iktisap edilen bu ikame değer in haksız zilyedin genel malvarlığına dahil olacağını ileri sürmektedirler. (*Zilyedin hatalı olarak kendini mirasçı sandığı hallerde veya sahte vasiyetname ile mirasçı atandığı hallerde malvarlığında ikame uygulanmayacağına, tüm bu hallerde tereke değerlerinin, mirasın geçmesinden itibaren mirasçılara ait olması sebebiyle, haksız zilyedin zilyetliğindeki tereke değerlerinin zilyedin genel malvarlığı yanında özel malvarlığı teşkil etmeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Somm, s. 124-125*). Malvarlığında ikame ilkesi, terekeden çıkan bir değerle elde edilen kazanım arasında bir ilişki olduğu hallerde uygulanmakta olup, iktisap edilen değer in yine terekeye ait olması sonucunu doğurur. Piotet, SPR IV/1, s. 108; Piotet, SPR IV/2, s. 611; Piotet (Erbgang II), s. 2; Huwiler, s. 79; Somm, s. 125. Malvarlığında ikamenin varlığına işaret edebilmek için, söz konusu edinimin hukuki işlemle ve tereke değerleri aracılığıyla (Piotet, SPR IV/1, s. 108; Simonius, s. 27; Somm, s. 125) gerçekleşmesi gerekir. Bu tasarruf işlemi; satış sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi kredi sözleşmesinden, mal değişim sözleşmesinden de kaynaklanabilir. Somm, s. 125. Nitekim, terekeye ait bir malın satılması karşılığında elde edilen bedel (*elde edilen paranın zilyedin kendi malvarlığına karışıp bunun ancak şahsi talep hakkıyla istenebileceğine ilişkin görüş için bkz. Stark, E.: Art. 935 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar) IV. Band Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch 1. Teilband: Der Besitz (Art. 919-941 ZGB), Bern 1976, N. 7; Somm, s. 125*) veya tereke parasının ödünç verilmesi sonrasında, karşı sözleşenin para borcunu ifa etmesi halinde yahut tereke malının bir başkasıyla trampa edilmesi karşılığında elde edilen şey bu kural uyarınca yine terekeye ait olur. Piotet, SPR IV/1, s. 108; Somm, s. 125. (Türk borçlar hukukunda ödünç sözleşmeleri hakkında bkz. Akçura Karaman, T.: Ödünç Sözleşmeleri, Öz, T./Acar, F./Gökyayla, E./Develioğlu, H. M. (Eds.), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu Cilt. 4, 5 (Madde 207-392), İstanbul 2019, s. 3631-3722). Malvarlığında ikame, zilyet tarafından tereke değerinin feda edilmesi ("*Opfer*") karşılığında elde edilen bir değerle başka bir değer iktisap edilmesi halinde de uygulanır. Örneğin, bir tereke unsuruyla satın alınan bir resim karşılığında araba alınması halinde bu araba tereke malları arasına girer. Somm, s. 127. Malvarlığında ikamenin uygulanabilmesi için buna temel teşkil eden *hukuki işlemin mutlaka geçerli olması* gerekir. Somm, s. 125. Aksi takdirde tereke değeri zaten terekeden ayrılmamıştır. Malvarlığında ikame kuralının uygulanabilmesi için ise tereke değerinin bu malvarlığından çıkmış olması şartı aranır. Somm, s. 125. İyi niyetli üçüncü kişinin hak kazanımının korunmadığı yahut zilyetle üçüncü kişi

kullanılması ve bu değerlerden yararlanılmasına ilişkin olarak zilyedin sorumluluğu Art. 599 ZGB'nin atfıyla Art. 938 ZGB vd. maddelerinin kıyasen uygulanmasıyla belirlenmektedir¹²⁶⁹.

Malvarlığında ikame ilkesi özel malvarlığı kapsamında uygulandığı için, Art. 938 ZGB vd. maddelerine, ön mirasçının hak sahibi olduğu dönemde tereke değerlerinin sarfı ve hukuki işlemle elde ettiği değerlerin iadesinde¹²⁷⁰, üç aylık ret süresi içerisinde mirasçının aynı yolla elde ettiği değerlerin iadesinde¹²⁷¹ ve ölüme bağlı tasarruf iptal edilmeden veya tenkise tabi tutulmadan önce mirasçının yine bu şekilde elde ettiği değerlerin¹²⁷² iadesinde yahut herhangi bir sebeple terekeye haklı zilyet olan kişinin iktisaplarının iadesinde¹²⁷³ başvurulur.

Tereke zilyedi, haksız zilyetse, onun sorumluluğu da Art. 938 ZGB vd. maddelerine göre belirlenmektedir¹²⁷⁴. Örneğin, kendisini mirasçı sanan fakat sonradan ölüme

arasındaki hukuki işlemin geçersiz olduğu hallerde malvarlığında ikame olayı vuku bulmaz. Piotet, SPR IV/II, s. 760; Simonius, s. 128; Somm, s. 126. Şayet, tereke zilyedi elde edilen değeri kısmen kendi malvarlığından kısmen de tereke değerlerinden karşılamışsa ne olacaktır? İşte bu durumda; iktisap edilen malın, mirasçıların ve zilyedin paylı mülkiyetine konu olacağı belirtilmektedir. Piotet, SPR IV/1, s. 108; Somm, s. 126. Malvarlığında ikame aracılığıyla bir değer elde edilmesine ilişkin ispat yükü davacıdadır. Somm, s. 129. Karş. Simonius, s. 30 vd. Terekeden çıkan malla başka bir mal iktisap edilmesinin ispatındaki zorluk sebebiyle, davacının ispat yükünün koşullarını hâkimin çok yüksek tutmaması gerektiği belirtilmektedir. Somm, s. 129. Karş. Simonius, s. 30 vd.

¹²⁶⁹ Piotet, SPR IV/2, s. 774 vd.; Piotet (Erbgang II), s. 7; Somm, s. 127. Somm'a göre, iyi niyetli olmayan zilyet, zilyetliğinde bulunan tereke değerlerine ilişkin iade yükümlülüğü olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan kişidir. Örneğin, miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufunun geçersiz olduğunun farkında olan zilyet iyi niyetli olmayan zilyettir. Bkz. Somm, s. 127.

¹²⁷⁰ Völk, T. M.: *Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung*, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 181, 2003, s. 149-166, s. 154.

¹²⁷¹ Somm, üç aylık ret süresi içindeki mirasçının mirası reddedebileceğini bilmesi sebebiyle her zaman iyi niyetli olmayan zilyet sıfatını haiz olacağını savunmaktadır. Bkz. Somm, s. 127

¹²⁷² Somm, ölüme bağlı tasarrufun iptali sebebiyle geçersiz olmasına ya da tenkise tabi olmasına kadar terekenin özel malvarlığı teşkil ettiğini ifade etmekte olup, tenkis veya iptal kararından sonra terekenin özel malvarlığı olmaktan çıkıp görünürde mirasçının genel malvarlığı ile birleştiğini ileri sürmektedir. Bkz. Somm, s. 124. Bu yüzden geçen bu sürede, görünürde mirasçının tereke değerleri aracılığı ile elde etmiş olduğu ikame değer iadesinde zilyetlik hükümlerine başvurulacağı belirtilebilir.

¹²⁷³ Somm, s. 128.

¹²⁷⁴ Piotet, SPR IV/2, s. 774.

bağlı tasarrufun iptali veya tenkisi sebebiyle, hak sahibi olmadığı anlaşılan kişinin iyi niyetli zilyet olması dolayısıyla tereke değerlerinin gelirlerini sahip olduğuna inandığı hakka uygun kullanması ve onların semerelerinden yararlanması halinde Art. 938 ZGB gereğince sorumluluğuna gidilememektedir¹²⁷⁵. Somm, ölüme bağlı tasarrufla mirasçı atanması halinde bu tasarrufun iptali sebebiyle geçersiz olmasına ya da tenkise tabi olmasına kadar terekenin özel malvarlığı teşkil ettiğini ifade etmekte olup, tenkis veya iptal kararından sonra terekenin özel malvarlığı olmaktan çıkıp görünürde mirasçının genel malvarlığı ile birleştiğini ileri sürmektedir¹²⁷⁶. İptal veya tenkis kararına kadar geçen bu sürede, malvarlığında ikame ilkesi uygulanacağından, görünürde mirasçının tereke değerleri aracılığı ile elde etmiş olduğu ikame değer de terekeye ait olur. Bu nedenle, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında ikame değer de talep edilebilir. Burada, görünürde mirasçının iyi niyetli olup olmamasına ilişkin bir değerlendirme yapılması mümkündür. Şayet, zilyet gerekli özeni gösterseydi dahi tereke üzerinde hak sahibi olmadığını bilmiyorsa ya da bilemeyecek durumda ise iyi niyetli zilyettir. Zilyedin iyi niyetli zilyet olup olmadığı bu şekilde belirlenebilecekse de üç aylık ret süresi içerisinde mirasçının iyi niyetli zilyet olup olmadığı nasıl tespit edilecektir? Bu süre içerisinde zilyet zaten mirasçı olduğu için onun iyi niyetli zilyet olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılması kanımızca mümkün olmamalıdır. Zira bu dönemde zilyet mirasçı, terekeye haksız zilyet değildir. Bu süre içerisinde tereke aracılığıyla ve hukuki işlemle edinilen ikame malın, miras reddedildikten sonra miras sebebiyle istihkak davası ile iadesi talep edildiğinde zilyetlik hükümleri nasıl uygulanacaktır? Üç aylık süre içerisinde ikame değer de harcanması, tüketilmesi halinde zilyedin sorumluluğuna

¹²⁷⁵ Somm, s. 127; Piotet, SPR IV/2, s. 774.

¹²⁷⁶ Somm, s. 124.

ilişkin Art. 938-940 ZGB'nin tatbiki mümkün olacak mıdır? Somm'a ve Piotet'e göre, haksız zilyedin sorumluluğu hakkında uygulanan zilyetlik hükümleri, terekeye, hakkına dayanarak zilyet olanlar için de söz konusu olmalıdır¹²⁷⁷.

Piotet ve Somm, bu kişilerle ilgili olarak daha farklı bir iyi niyetli- iyi niyetli olmama kıstası getirmektedir. Şöyle ki, Somm'a göre, zilyet, tereke değerlerini iade etmesi gerektiğini biliyor veya bilmek zorunda ise, o iyi niyetli olmayan zilyettir¹²⁷⁸.

Örneğin, üç aylık ret süresi içindeki mirasçının ("*vorläufige Erbe*") mirası reddedebileceğini bilmesi sebebiyle her zaman iyi niyetli olmayan zilyet sıfatını haiz olacağını ileri sürmektedir¹²⁷⁹. Piotet ve Somm'un iyi niyetli olmama kavramı miras sebebiyle istihkak davası kapsamında dikkate alınan iyi niyet kavramından farklılık göstermektedir. Bunun nedeni, miras sebebiyle istihkak davasında zilyedin iyi niyetli olmayan zilyet şeklinde nitelendirilebilmesi için onun mirasçı sıfatına sahip olmadığını bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekmesiyle, Piotet ve Somm'un iyi niyetli olmama nitelendirmesi onun tereke değerlerini iade etmek zorunda olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olmasına dayanır. Bunun temelinde yatan sebep olarak, malvarlığında ikame ilkesinin uygulandığı zaman aralığında, terekeye haksız zilyetliğin söz konusu olmaması gösterilebilir.

Piotet, Art. 599 ZGB'ye malvarlığında ikame ilkesinin uygulanmadığı hallerde başvurulacağını savunmaktadır¹²⁸⁰. Başka bir ifadeyle, yazara göre, davalının

¹²⁷⁷ Piotet, SPR IV/2, 774-775; Piotet (Erbgang II), s. 7; Somm, s. 127, dn. 43.

¹²⁷⁸ Somm, s. 127; Piotet, SPR IV/2, 775. Piotet, mirasçının tereke üzerindeki hakkını kaybedeceğini bilmesi bilebilecek durumda olması halinde iyi niyetli olmayan zilyede ilişkin Art. 940 ZGB'nin kıyasen uygulanacağını savunmaktadır.

¹²⁷⁹ Piotet, SPR IV/2, 775. Ayrıca bkz. Somm, s. 127, dn. 45'teki açıklamalar.

¹²⁸⁰ Piotet, SPR IV/2, s. 764.

terekeye hukuki dayanaktan yoksun bir şekilde zilyet olduğu zaman uygulanan Art. 599 ZGB, malvarlığında ikame kuralının uygulanmasını engeller¹²⁸¹.

Piotet'e göre, ön mirasçının tereke değerlerine hukuki dayanaktan yoksun şekilde zilyet olmaya başladığı andan itibaren zilyetlik hükümleri uygulanır¹²⁸². Aynı şekilde, ölüme bağlı tasarrufun iptali veya tenkisi kararından sonra malvarlığında ikame kuralına değil, ZGB'nin zilyetlik hükümlerine başvurulur¹²⁸³. Zira, bu karardan sonra malvarlığında ikameye yer verilebilmesi için gerekli olan terekenin özel malvarlığı teşkil etmesi şartı artık sağlanamamaktadır¹²⁸⁴.

4. Aynı İkamenin Miras Sebebiyle İstihkak Davasında Uygulanıp Uygulanmayacağına İlişkin Değerlendirme

Miras sebebiyle istihkak davası, mirasçılar tarafından, üstün haklarına dayanarak, tereke değerlerine zilyet olanlara karşı açılır. Miras sebebiyle istihkak davasındaki iade talebinin ikame değerleri içerecek şekilde anlaşılması gerektiği Türk ve İsviçre doktrininde savunulmaktadır¹²⁸⁵. Bu noktada, ikame değeri iade talebini aynı ikame ilkesine dayandıran görüşe katılmamakta olduğumuzu belirtmekle yetinip, değerlendirmenin TMK'nın m. 993-995 maddeleri ve sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde yapılacağını ifade edebiliriz. TMK'nın 638. maddesi miras sebebiyle istihkak davasının kabulü halinde davalının sorumluluğunun haksız zilyetlik

¹²⁸¹ Piotet, SPR IV/2, s. 764-765.

¹²⁸² Piotet, SPR IV/2, s. 765.

¹²⁸³ Piotet, SPR IV/2, s. 765.

¹²⁸⁴ Piotet, SPR IV/2, s. 765.

¹²⁸⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, II., F., 2.

hükümlerine göre belirleneceğini öngörmektedir. Buna göre, davalı haksız zilyedin sorumluluğunun tespitinde TMK m. 993-995 dikkate alınacak olup, onun sorumluluğu iyi niyetli olup olmamasına göre belirlenecektir. Bu sebeple, bu iki farklı ihtimal ayrı ayrı incelenmelidir.

a. İyi Niyetli Haksız Zilyedin İade Yükümlülüğünün Kapsamı

i. İyi Niyetli Haksız Zilyedin Tereke Konusunu İadeden Sorumluluğu

Miras sebebiyle istihkak davasının asıl konusunu tereke unsurlarının iadesi oluşturmaktadır. Bu sebeple, zilyet, elindeki tereke konusunu bu dava kapsamında gerçek mirasçıya iade ile yükümlüdür (TMK m. 637, TMK m. 638). İyi niyetli zilyet, yalnızca mirasçının üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğu tereke konularını değil, üzerinde başkaca bir ayni hak yahut şahsi hak bulunan malları da iade edecektir¹²⁸⁶. İyi niyetli zilyet TMK m. 638'in atfıyla TMK m. 993 uyarınca, elinde bulundurduğu tereke malını üzerinde sahip bulunduğunu sandığı hakkına uygun şekilde kullanmasından yahut ondan yararlanmasından dolayı sorumlu değildir. Buna göre, bir görüş, iyi niyetli zilyedin tereke mallarını tüketmesinden sorumlu olmayacağını ileri sürmekteyken¹²⁸⁷, özel olarak miras sebebiyle istihkak davası kapsamındaki iyi niyetli zilyedin sorumluluğu ile alakalı olarak değil de genel itibariyle iyi niyetli haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin sunulan diğer bir görüş ise malın tüketilmesinin¹²⁸⁸ ve zilyedin bu yolla masraftan kurtulmasının *müdahaleden doğan*

¹²⁸⁶ Gürsoy, s. 104.

¹²⁸⁷ Gürsoy, s. 121; Akbıyık, s. 255.

¹²⁸⁸ Malın tüketilmesinin ifa dışı zenginleşme teşkil eden *müdahaleden doğan zenginleşme* olduğu, bunun maldan yararlanılması, tüketilmesi sonucu elde edilen zenginleşmeleri kapsadığı hakkında bkz. Ulusan, İ.: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 9.

zenginleşme kapsamında değerlendirileceğini, bu sebeple de zilyedin sebepsiz zenginleşme sorumluluğunun bulunduğunu savunmaktadır¹²⁸⁹. Buna göre, zilyet malı tüketmek suretiyle masraftan kurtulmuşsa zilyedin zenginleşmesi söz konusudur¹²⁹⁰. Bu nedenle, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca zilyedin sorumluluğu mevcut olacaktır¹²⁹¹. Bununla beraber, zilyedin masraftan kurtulması ihtimaline değinmeksizin tereke değerine zilyet olan iyiniyetli haksız zilyedin yararlanmasının, tereke konusunun tüketimi gibi özüne ilişkin müdahaleleri de kapsayacağı ve bundan dolayı iyi niyetli zilyedin tazminat sorumluluğunun bulunmadığı yönünde başka bir görüş bulunmaktadır¹²⁹². Şayet, haksız zilyet, tereke konusunu *telef, tahrip, terk etmişse* bundan sorumlu olmayacaktır¹²⁹³.

Tüm bunları göz önüne alarak burada iyi niyetli haksız zilyedin malı yitirmesinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin olarak iki ihtimalden ve bunlara bağlı iki farklı sonuçtan söz edilebilir. Birinci ihtimalde, iyi niyetli haksız zilyet malı tüketmiştir.

Eğer bu durumda, zilyet, malı tüketmesi suretiyle yapması gerektiği bir masraftan

¹²⁸⁹ Köbl, U.: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin 1971, s. 282-283; Pulaşlı, H.: Das Eigentümer-Besitzer Verhältnis im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Frankfurt am Main 1979, s. 73 bkz. Özen, s. 173; Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 319; Serozan, R.: Haksız Zilyetlik Kurallarının Haksız Zenginleşme Kurallarıyla Tamamlanması: Haksız Zilyet Zararına, Onun Yararlardan Sorumsuzluk Ayrıcılığının Daraltılması ve Haksız Zilyet Zararına, Onun Masraf Ayrıcılığının Genişletilmesi, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 546 [Serozan (Haksız Zilyetlik), s. 546]; Serozan (Eşya), s. 188; Özen, s. 173; Ulsan, s. 9.

¹²⁹⁰ Köbl, s. 282-283; Pulaşlı, s. 73 bkz. Özen, s. 173; Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 319; Serozan (Haksız Zilyetlik), s. 546; Serozan (Eşya), s. 188; Özen, s. 173.

¹²⁹¹ Özen, s. 173.

¹²⁹² Gürsoy, s. 121; Akbıyık, s. 255. Öz de masraftan kurtulup kurtulmama ihtimalinden bahsetmeksizin, haksız zilyedin malı tüketmesinden dolayı sorumlu olmayacağını, burada sebepsiz zenginleşme hükümlerinin değil Medeni Kanunun haksız zilyetlik hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. s. 135-136.

¹²⁹³ Tuor, Art. 599 ZGB, N. 14; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 14, 31; CHK/Göksu Art. 598-600 ZGB, N. 17; Gürsoy, s. 121; Eren, s. 1061. Bununla beraber, bu nesnenin telef edilmesi, tahrip olması halinde ödenen sigorta bedeli, tazminat gibi nesnenin yerine geçen kaim bedellerin sebepsiz zenginleşme talebiyle istenebileceği yönünde bkz. Ulsan, s. 65 ve ayrıca bkz. Öz, s. 65.

kurtulmuşsa¹²⁹⁴, sebepsiz zenginleşmenin şartları gerçekleşmiş olacağından, o, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Zira, o, doğrudan malın cevherine müdahale etmekte olup yapması gerektiği bir harcamayı yapmayarak tasarrufta bulunmuştur¹²⁹⁵. Örneğin, haksız zilyet tereke malı teşkil eden içi dolu bir benzin bidonuyla ayda iki kere doldurması gerektiği deposunun tamamını bir kereliğine doldurmuş ve ikinci kez benzin satın almasına gerek kalmayarak masraftan kurtulmuşsa, haksız zilyet bu zenginleşmesinden dolayı mirasçılara karşı sorumlu olacaktır. İkinci ihtimalde ise, zilyet, malı yitirmiş ve bunun yerine de ikame bir değer elde etmemişse, bu durumda sebepsiz zenginleşmenin koşulları oluşmayacağından onun herhangi bir iade yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır. Örneğin, iyi niyetli zilyet, tereke malını ivazsız bir şekilde elinden çıkarmışsa bu durumda sebepsiz zenginleşmenin şartları oluşmadığından onun iade yükümlülüğü de mevcut değildir¹²⁹⁶. Zira, burada nesnenin kendisi yitirilmiş olup ne bunun yerine bir değer girmiş ne de zilyedin yapması gerektiği bir masraftan kurtulması söz konusu olmuştur.

Buna karşılık, zilyet, terekeye ait para ile şahsi borcunu ödediğinde ne olacaktır? Bu durumda, zilyedin malvarlığının pasifinde bir azalma meydana gelmektedir¹²⁹⁷. Burada bir karşılık, bedel mevcut olmadığı için ikame değer iktisabından değil, zilyedin sebepsiz zenginleşmesinden bahsedilecektir¹²⁹⁸. BGB § 2021, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında zilyedin iade yükümlülüğünü yerine

¹²⁹⁴ Serozan (Haksız Zilyetlik), s. 546.

¹²⁹⁵ Serozan (Haksız Zilyetlik), s. 546.

¹²⁹⁶ İyi niyetli zilyedin malı devrettiği üçüncü kişiye karşı ifa dışı zenginleşme davası açılabileceği hakkında bkz. Uluşan, s. 65.

¹²⁹⁷ Schucan, 86.

¹²⁹⁸ Schucan, 86.

getirememesi halinde iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceğini düzenlemektedir. Bununla beraber hem TMK’da hem de ZGB’de miras sebebiyle istihkak davasında zilyedin sorumluluğu zilyetlik hükümlerine (Art. 938-940 ZGB, TMK m. 993-995) göre belirlenmektedir¹²⁹⁹. Escher’e göre, sebepsiz zenginleşme kuralları yerine zilyetliğe ilişkin kuralların uygulanması zilyet için daha elverişli olmakla birlikte¹³⁰⁰ bu durumun, mirasçıları iyi niyetli zilyet karşısında elverişsiz bir konuma soktuğu söylenebilir¹³⁰¹. Zilyedin terekeyi aynı hak sahibi gibi/malik gibi (“*Eigentümer*”) istediği gibi kullanması ve ondan yararlanması; ayrıca, onun semerelerin kullanımından sorumlu tutulmaması ve şahsi borcunu tereke değerleri ile karşıladığında bunu iade yükümlülüğü altına girmemesi¹³⁰² mirasçının iyi niyetli zilyet karşısında dezavantajlı bir duruma düşmesine sebep olacaktır¹³⁰³. Bu gerekçelerle, mirasçıya miras sebebiyle istihkak davası yerine sebepsiz zenginleşme davası açma hakkı tanınması gerektiğine ilişkin bir görüş mevcuttur¹³⁰⁴. Aksi görüşteki Tuor/Picenoni’ye göre ise kendisini mirasçı sanan iyi niyetli zilyet, sahip olduğu hakka uygun olarak hareket ettiğini düşündüğü için ona karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulması mümkün değildir¹³⁰⁵, çünkü o

¹²⁹⁹ Schucan, 86.

¹³⁰⁰ Escher, Art. 599 ZGB, N. 12. Sebepsiz zenginleşmede; iyi niyetli zenginleşen, sebepsiz iktisap edilen şeyden yarar sağlamışsa, iktisap edilmiş değer iadesi mümkün olmasa dahi, elde ettiği yararı iade ile yükümlüdür. Bkz. Öz, s. 150; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 914 [Eren (Borçlar Hukuku), s. 914]; Serozan, R.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 3 (İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme- Ek: Uygulama Çalışmaları), İstanbul 2006, s. 369-370, N. 10 [Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 369-370, N. 10]; Oğuzman, M. K./Öz, M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2014, s. 382. Zira, onun bu yararı zenginleşme olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Öz, s. 150; Eren (Borçlar Hukuku), s. 914, Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 369-370, N. 10; Oğuzman/Öz, s. 382.

¹³⁰¹ Escher, Art. 599 ZGB, N. 12.

¹³⁰² Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 7; Oswald s. 68- 69; Escher, Art. 599 ZGB, N. 12.

¹³⁰³ Escher, Art. 599 ZGB, N. 13.

¹³⁰⁴ Leuch, s. 50, dn. 2’deki açıklama. Wieland, A. C.: Art. 938 ZGB, Kommentar zum Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1909, N. 6; Oswald, s. 68; Escher, Art. 599 ZGB, N. 13. Ayrıca bkz. Oswald, s. 68, dn. 204’teki açıklama.

¹³⁰⁵ Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 7. Aynı görüşte bkz. Somm, s. 135.

tereke değerini varsaydığı hakkına uygun bir şekilde kullanmasından dolayı ZGB'ye göre haksız zenginleşmemiştir¹³⁰⁶. Dolayısıyla, o sadece miras sebebiyle istihkak davası kapsamında sorumludur, haksız zenginleşmeden dolayı değil¹³⁰⁷. Türk doktrininde ise Akbıyık, miras sebebiyle istihkak davası çerçevesinde uygulanacağı öngörülen zilyetlik hükümlerinin özel kural teşkil ettiğini, iyi niyetli zilyedin kendini hak sahibi sanarak şahsi borcunu terekeden karşılaması halinde ona karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulmaması gerektiğini savunmaktadır¹³⁰⁸. Aksine Gürsoy, iyi niyetli zilyedin varlığına inandığı hakkına uygun olarak hareket etmesi durumunda sorumlu tutulmayacağı hususunun miras sebebiyle istihkak davası yerine sebepsiz zenginleşme davası açılmasına engel olmayacağını, dolayısıyla, davalı iyi niyetli olsa dahi onun sebepsiz zenginleşme sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürmektedir¹³⁰⁹. Tandoğan'a göre ise, tereke konularıyla zilyedin şahsi borçlarını ödemesi terekeden yararlanma kapsamına girmemektedir¹³¹⁰. Bu yüzden bu tür hallerde, sebepsiz zenginleşme davası açılmasına bir engel bulunmamaktadır¹³¹¹.

ii. İyi Niyetli Haksız Zilyedin Tereke Konusu Karşılığında Elde Ettiği Değerden Sorumluluğu (İyi Niyetli Haksız Zilyedin Müdahaleden Doğan Zenginleşmeden Kaynaklanan Sorumluluğu)

Miras sebebiyle istihkak davası, mirasçılar tarafından, üstün haklarına dayanarak, tereke değerlerine haksız zilyet olanlara karşı açılır. Miras sebebiyle istihkak

¹³⁰⁶ Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 7.

¹³⁰⁷ Tuor/Picenoni, Art 599 ZGB, N. 7.

¹³⁰⁸ Akbıyık, s. 259.

¹³⁰⁹ Gürsoy, s. 117-118.

¹³¹⁰ Tandoğan, s. 281-282.

¹³¹¹ Tandoğan, s. 281.

davasındaki iade talebinin ikame değerleri içerecek şekilde anlaşılması gerektiği Türk ve İsviçre doktrinde savunulmaktadır¹³¹². Hâkim görüş, iyi niyetli zilyedin tereke konusu karşılığında iktisap ettiği değerin talep edilmesini aynı ikame olayına dayandırmaktadır¹³¹³.

Tereke unsurunu zilyetliğinde bulunduran iyi niyetli haksız zilyet üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemler sonucunda bu tereke değerini elden çıkarabilir. İyi niyetli zilyet, bunun karşılığında başka bir değer elde etmiş olabilir. Bu durumda iyi niyetli zilyedin sorumluluğu ikame değeri kapsamakta mıdır sorusu sorulabilmektedir. İyi niyetli tereke zilyedinin sorumluluğu, tereke konusu üzerinde üçüncü kişinin hak iktisabının korunup korunmamasına göre değişmektedir¹³¹⁴. Burada birkaç ihtimali ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

İyi niyetli haksız zilyet, tereke konusunu elden çıkarmış, bununla birlikte üçüncü kişi bu değer üzerinde hak iktisap edememişse, bu değer hala terekede mevcut olduğu için mirasçılar bunu miras sebebiyle istihkak davası ile üçüncü kişiden talep edebilirler¹³¹⁵

¹³¹² Rossel/Menta, s. 207 ve Marrel, s. 102 bkz. Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4; Leuch, s. 35, s. 38 vd.; Schucan, s. 81; Escher, Art. 599 ZGB, N. 4; BGE 52 II 195, 199; BGE 55 II 18, 21; BGE 75 II 288, 292; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 19; Oswald, s. 53 vd. Aksi görüşte bkz. Girsberger, s. 102 vd.; Gürsoy, s. 105-118; Ergüven, N.: Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 1942, s. 31, 69-71; Gönensay, s. 307; Öztan, s. 433; Dural/Öz, s. 443-444, para. 1837-1838.

¹³¹³ Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 14-29; Schucan, s. 80-89; Oswald, s. 53; Gürsoy, s. 106 ve ayrıca bkz. 107, dn. 22; Ergüven, s. 31, 69-71; Akbıyık, s. 244, dn. 732'de anılanlar; Öztan, s. 433.

¹³¹⁴ Somm, s. 136.

¹³¹⁵ Tuor/Picenoni, Art. 598 ZGB, N. 26; Escher, Art. 598 ZGB, N. 11-12; Piotet, s. 697-698 ve Baudat, s. 55-50 bkz. Akbıyık, s. 221; Piotet, SPR IV/2, s. 768 vd.; Piotet (Erbhang II), s. 7; Somm, s. 136; Gürsoy, s. 115; Dural/Öz, s. 443, para. 1838.

Şayet, üçüncü kişinin terekeye ait mal üzerindeki hak iktisabı korunmakta ise iyi niyetli zilyet, tereke değeri karşılığında elde ettiği ikame malı miras sebebiyle istihkak davası kapsamında mirasçılara iade ile yükümlü müdür sorusunun cevabı önem arz etmektedir. Hâkim görüş, ikame malın aynı ikame ilkesi uyarınca terekeye ait olacağını ileri sürmektedir¹³¹⁶. Bu görüş kabul edilirse, ikame değer, miras sebebiyle istihkak davası ile talep edebilecektir. Bu görüş taraftarlarınca, ikame olayının gerçekleşebilmesi için haksız zilyedin üçüncü kişilerle yaptığı tereke malına ilişkin tasarruf işleminin geçerli olması gerekmektedir¹³¹⁷. Burada iki ihtimal söz konusudur. Birinci ihtimal, haksız zilyedin yetkisiz olarak gerçekleştirdiği tasarruf işlemine rağmen kanunun üçüncü kişinin iyi niyetine sonuç bağladığı hallerdir (Örn. TMK m. 988, TMK m. 990 ve TMK m. 1023)¹³¹⁸.

İkinci ihtimal ise mirasçıların, haksız zilyedin tasarruf yetkisi eksikliği sebebiyle yapmış olduğu geçersiz tasarruf işlemine icazet verdiği hallerdir¹³¹⁹. Bu ikinci duruma ilişkin olarak Leuch, ikamenin bozucu şarta bağlı olarak gerçekleştiğini, ikame değerın terekeye otomatik olarak girdiğini, şayet mirasçı ikame değer yerine tereke malını talep ederse zilyetle üçüncü kişi arasında gerçekleşen hukuki işlemin baştan itibaren geçersiz olduğunu ileri sürmektedir¹³²⁰. Gürsoy ise haksız zilyet ile üçüncü kişi arasındaki tasarruf işleminin baştan itibaren geçersiz olduğunu, bununla beraber mirasçının bu geçersiz işleme icazet vermek suretiyle ikame değeri talep

¹³¹⁶ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 23; Escher, Art. 599 ZGB, N. 6; Oswald, s. 56; Schucan, s. 82; Gürsoy, s. 119; Akbıyık, s. 246.

¹³¹⁷ Escher, Art. 599 ZGB, N. 7; Oswald, s. 61; Gürsoy, s. 115; Akbıyık, s. 248-249.

¹³¹⁸ Gürsoy, s. 115.

¹³¹⁹ Gürsoy, s. 115; Akbıyık, s. 249, dn. 752'de anılanlar.

¹³²⁰ Leuch, s. 41.

edebileceğini savunmaktadır¹³²¹. Yine Gürsoy’a göre ikame kuralının uygulanması, mirasçının iradesine bağlıdır¹³²². Buna göre mirasçı, tereke değeri yerine, zilyet tarafından elde edilen değeri talep ettiğini beyan ettiği andan itibaren bu ikame değeri iktisap eder¹³²³. Bu durumda ikamenin aynı etkisi sonucunda ikame değer doğrudan terekeye girmekte olup, zilyedin iflas etmesi durumunda da mirasçılarının ikame malı iflas masasından çekip ayırma, “*çıkarma hakkı*” söz konusu olur¹³²⁴.

Türk doktrinindeki hâkim görüşün aksine, kanunda bu iktisap şeklini öngören açık bir hüküm olmaması sebebiyle biz haksız zilyedin hukuki işlem aracılığıyla iktisap ettiği değer otomatik olarak terekeye gireceğine ilişkin olan bu görüşe katılmamaktayız. Zira, TMK’da BGB § 2019 gibi düzenleme yer almamaktadır. Aynı ikameye yönelik olarak getirilen en büyük eleştiri onun genel hukuk prensiplerinden biri olan aleniyet prensibine (“*Offenkundigkeitsprinzip*” / “*Publizitätsprinzip*”) aykırılık teşkil etmesidir¹³²⁵. Aynı ikame ilkesi; doğrudan,

¹³²¹ Gürsoy, s. 116. Aynı görüşte bkz. Oswald, s. 63-64. Oswald, mirasçının bu durumda iki seçeneğinin bulunduğunu, onun isterse tereke değerini talep edebileceğini isterse de tasarruf işlemine icazet vermesi sonucunda ikame değeri talep edebileceğini ileri sürmektedir. Oswald, s. 63-64.

¹³²² Gürsoy, s. 110.

¹³²³ Üçüncü kişinin iyi niyetle tereke malı üzerinde hak iktisap ettiği hallerde bu üçüncü kişinin hakkı saklıdır. Bkz. Gürsoy, s. 110.

¹³²⁴ Ansay, S. Ş.: Hukuk ve İcra Usulleri, s. 208, N. 124 bkz. Gürsoy, s. 110; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 19.

¹³²⁵ Huwiler, s. 81; Piotet, SPR IV/2, s. 761; Eitel, s. 158. Bu sebeple, aynı ikame ya kanunda açıkça düzenlenmeli ya da boşluk doldurma yöntemi ile uygulanmalıdır. Bkz. Eitel, s. 158, dn. 62-63. Aleniyet ilkesi eşya üzerindeki aynı hakların kamuya görünür olması (Bkz. Antalya, O. G.: *Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2017, C. 23, S. 3, s. 419-440, s. 420) üçüncü kişilerce anlaşılabilmesi manasına gelir. Bkz. Gural Akipek, J.: Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Bası, Ankara 1972, s. 124 [Gural Akipek (Eşya), 1972, s. 124]; Aybay, A./Hatemi, H.: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012, s. 31, para. 75. Aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi, bu hakların varlığının açıklanabilmesini ve diğer herkes tarafından anlaşılabilir olmasını gerektirir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 33, para. 124. Üçüncü kişiler ancak bu şekilde ihlal etmemeleri gereken hakların ve hak sahiplerinin farkında olabilirler. Bkz. Ünal/Başpınar, s. 65; Gural Akipek (Eşya), 1972, s. 124 vd.; Sirmen, s. 36. Taşınır üzerindeki hak değişikliği zilyetlik aracılığı ile sağlanırken, taşınmazlarda ise bu değişiklik tapu sicili vasıtasıyla gerçekleşir. Bkz. Sirmen, s. 36-37. Zilyetliğin ve tapu sicilindeki tescilin aynı hakkın varlığına karine teşkil etmesi de aleniyet prensibinin etkisidir (TMK m. 985 ve TMK m. 992). Bkz. Gural Akipek (Türk Eşya Hukuku), s. 125; Antalya

otomatik olarak, hak kazanımına ilişkin modalitelerin gerçekleştirilmesine gerek kalmaksızın hak kazanımı sonucunu doğurmaktadır¹³²⁶. Bu kural uyarınca örneğin, tereke imkanlarıyla ve hukuki işlem aracılığı ile elde edilen mülkiyet hakkı, terekeye haksız zilyet olan kişi yerine mirasçılara ait olmakta ve bu iktisap zilyetlik devredilmeksizin veya tapu siciline tescil olunmaksızın gerçekleşmektedir. Hatta, hukuki işlemi gerçekleştiren tereke zilyedinin bu işlemi kendi malvarlığı için yapmasına yönelik iradesi de bu ilke gereğince dikkate alınmamaktadır. Aynı ikame ilkesinin aleniyet prensibini ihlal ettiği nokta, hak iktisabının tescilsiz veya zilyetliğin devri olmaksızın gerçekleşmesi anıdır. Nitekim, aynı hakkın konusu taşınırsa, aynı hakkın kazanımı için hak konusu malın zilyetliğinin tereke zilyedi tarafından mirasçıya devredilmesi gerekmektedir, bu otomatik olarak ve zilyetlik devredilmeksizin gerçekleşmektedir. Aynı şekilde aynı hak konusu taşınmaz ise, üçüncü kişi ya da tereke zilyedi tarafından tapu siciline tescil edilmeksizin, söz konusu aynı hak mirasçılara ait olmaktadır. Aleniyet prensibine istisna teşkil etmesi sebebiyle, bu yollarla hak iktisabının mümkün olabilmesi için bu iktisap şeklinin kanunda ayrıca düzenlenmiş olması gerekir. Ancak Alman BGB'sinin aksine ne ZGB'de ne de TMK'da miras sebebiyle istihkak davası kapsamında aynı ikame kuralına ilişkin bir hükme yer verilmektedir. Dolayısıyla, bu ilkenin aleniyet ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Buna ek olarak, hukuki işlemi yapan kimsenin iradesini göz ardı edip özel malvarlığı aracılığıyla elde edilen değer doğrudan özel malvarlığına ait olacağını öngörmek temsile ilişkin kuralları da ihlal etmektedir. Zira,

(Aleniyet İlkesi), s. 428, 437. Buna göre, iyi niyetli üçüncü kişilerin aynı hakkın varlığına veya bu hakkın devredildiğine ilişkin inancı korunur. Bkz. Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 125.

¹³²⁶ Tandoğan (Miras), s. 280; Akbıyık, s. 250. Ayrıca bkz. Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 19.

kişinin doğrudan temsil iradesi olmaksızın yaptığı işleme doğrudan doğruya temsilin sonuçları bağlanmaktadır¹³²⁷.

Aynı ikameye ilişkin bir hükmün mevcut olmaması ve buna rağmen uygulanması, hukukun genel ilkelerini ihlal ederek gerçekte kimin hak sahibi olduğunun üçüncü kişilerce anlaşılmaması ve hukuk güvenliğinin tehdit edilmesi sonucunu doğurur. Türk kanun koyucusunun mirasçı sıfatı ile terekeye zilyet olanlarla ilgili olarak BGB § 2019’da olduğu gibi aynı ikame kuralını kaleme almamış olması, yine Alman hukukundakinin aksine zilyedin sorumluluğunun sebepsiz zenginleşme yerine zilyetlik hükümlerine göre belirlenmesini öngörmesi, kanun koyucunun aynı ikameyi düzenlememek yönünde bir iradesinin varlığına işaret etmekte midir? Aynı ikame ilkesinin miras sebebiyle istihkak davası kapsamında uygulanmayacağını savunan Girsberger’e göre, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında, zilyedin sorumluluğunda zilyetlik kurallarına atıf yapılması ikame ilkesinin kabul edilmediğine dair bir emaredir¹³²⁸. Bu noktada, aynı ikamenin kabul edilmemesi halinde mirasçının menfaati zedelenecek midir sorusu sorulabilir. Kanaatimizce, mirasçının iyi niyetli zilyedin tereke konusu karşılığında elde ettiği değeri talep etmesi mümkündür. Bununla birlikte, bu karşılığın talep edilmesinin dayanağını aynı ikame ilkesi değil, haksız zilyetlikte iade kapsamında uygulanacağı kabul edilen *müdahaleden doğan zenginleşme talebi* oluşturmaktadır. Özen’e göre MK m. 993 hükmü, *müdahaleden doğan zenginleşme* talebine karşı iyi niyetli zilyedi korumamaktadır¹³²⁹. Aynı şekilde Serozan da haksız zilyedin, elindeki eşyanın özünü

¹³²⁷ Örn. bkz. Yarg. 2. H.D, 06.04.1993, E. 1444, K. 3326; Özügür, A. İ.: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 696.

¹³²⁸ Girsberger, s. 104.

¹³²⁹ Özen, s. 172.

onu satmak ve devretmek suretiyle değerlendirmesi halinde iktisap edilen kaim değer TMK m. 993'ün koruyucu etkisinden yararlanamayacağını ileri sürmektedir¹³³⁰. Dolayısıyla iyi niyetli haksız zilyet, kaim değeri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade yükümlü olacaktır¹³³¹. Türk hukukundaki hâkim görüş de iyi niyetli zilyedin üçüncü kişiden karşılık olarak elde ettiği değer sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği yönündedir¹³³². Buna göre, iyi niyetli zilyet, zenginleşme teşkil eden miktarı gerçek hak sahibine iade ile yükümlü olacaktır¹³³³. Aynı şekilde Somm da mirasçılarının iyi niyetli zilyetten zenginleştiği miktarı talep edebileceklerini ifade etmektedir¹³³⁴. Belirtmek gerekir ki bu ihtimal ancak üçüncü kişinin hak iktisabının geçerli olduğu durumda söz konusudur¹³³⁵. Örneğin, iyi niyetli üçüncü kişinin emin sıfatıyla zilyetten taşınır elde etmiş olduğu durumda onun taşınır üzerindeki mülkiyet hakkına yönelik iktisabı kanun uyarınca korunmaktadır (TMK m. 988)¹³³⁶. Bu durumda emin sıfatıyla zilyet, taşınır karşılığında elde ettiği bedeli, eski malike sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre vermekle yükümlü olur¹³³⁷.

¹³³⁰ Serozan (Eşya), s. 188, para. 719. Ergüven, aynı ikame kuralının uygulanacağını savunmakta ise de ayrıca kaim malın sarf edilmesi halinde zilyedin sorumluluğunun sebepsiz zenginleşme hükümlerince belirleneceği görüşündedir. Bkz. Ergüven, s. 71-72. Sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlik kurumlarının birlikte yer alabileceği görüşü için bkz. Ulusan, s. 62 vd.

¹³³¹ Serozan (Eşya), s. 188, para. 719.

¹³³² Feyzioğlu, N. F.: Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümülü, İstanbul 1958, s. 153 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 134; Gürsoy, K. T./Eren, F./Cansel, E.: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 154-155; Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 269; Reisoğlu, S.: Türk Eşya Hukuku Cilt 1, 7. Bası, Ankara 1984, s. 96 vd.; Esener/Güven, s. 99; Serozan (Eşya), s. 188; Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 347; Oktay, S.: Türk Hukukunda İyiniyetli Haksız Zilyedin İade Borcu ile İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Karşılaştırılması, İBD 1990, C. 64, S. 10-11-12, s. 985-986; Özen, s. 167; Ulusan, s. 64; Öz, s. 65; Ertaş, Ş.: Eşya Hukuku, 3. Bası, İzmir 1997, s. 76; Ayan, s. 153; Karahasan, M. R.: Zilyedlik ve Kadastro Hukuku, İstanbul 1998, s. 181; YHGK, 13.7. 1960 bkz. Özen, s. 167, dn. 328. Ayrıca bkz. dn. 328'deki açıklama.

¹³³³ Feyzioğlu, s. 153 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 134; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 154-155; Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 269; Reisoğlu, s. 96 vd.; Esener/Güven, s. 99; Oktay, s. 985-986; Özen, s. 167; Serozan (Eşya), s. 188; Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 347; Ulusan, s. 64; Öz, s. 65; Ertaş, s. 76; Ayan, s. 153; Karahasan, s. 181; YHGK, 13.7. 1960 bkz. Özen, s. 167, dn. 328. Ayrıca bkz. dn. 328'deki açıklama.

¹³³⁴ Somm, s. 137.

¹³³⁵ Somm, s. 137; Özen, s. 174.

¹³³⁶ Özen, s. 175.

¹³³⁷ Özen, s. 175.

Benzer şekilde, tapu siciline güven ilkesi uyarınca üçüncü kişinin hak iktisabının korunması durumunda (TMK m. 1023) da haksız zilyet malvarlığında gerçekleşen zenginleşme kadar sorumlu olacaktır¹³³⁸.

Geçersiz bir tasarruf işlemine icazet verildiği takdirde de ikame değerini iyi niyetli zilyetten sebepsiz zenginleşme talebiyle istenebileceği kabul edilmektedir¹³³⁹. Buna göre, gerçek hak sahibi, geçersiz tasarruf işlemine icazet vermek suretiyle üçüncü kişinin hak iktisabını geçerli kılıp iyi niyetli zilyetten nesne karşılığı elde ettiği malı sebepsiz zenginleşme talebi ile isteme imkanına sahiptir¹³⁴⁰. Serozan, ayrıca, üçüncü kişinin nesne üzerindeki iktisabının geçerli olmadığı durumlarda malı devreden iyi niyetli haksız zilyetten elde ettiği kaim değerini gerçek hak sahibi tarafından istenmesi halinde de gerçek malikin haksız zilyet satıcının geçersiz tasarruf işlemine örtülü olarak icazet verdiğini ifade etmektedir¹³⁴¹.

İyi niyetli haksız zilyede *müdahaleden ötürü zenginleşmesi* sebebiyle başvurulabileceği yönündeki görüşe biz de katılmaktayız. TMK m. 993'ün iyi niyetli zilyede karşı *müdahaleden doğan zenginleşme* talebinin ileri sürülmesini engellemediği¹³⁴², *nesnenin cevherine yönelik müdahalenin* TMK m. 993'ün koruma alanına girmediği görüşüne¹³⁴³ üstünlük tanınması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

¹³³⁸ Özen, s. 175.

¹³³⁹ Özen, s. 176; Köbl, s. 287; Özen, s. 177-178.

¹³⁴⁰ Özen, s. 176; Köbl, s. 287; Özen, s. 177-178.

¹³⁴¹ Serozan (Eşya), s. 188, para. 722.

¹³⁴² Özen, s. 172.

¹³⁴³ Özen, s. 171.

Tüm bunları tereke konusuna iyi niyetle zilyet olan kişi açısından değerlendirmek gerekirse, her ne kadar miras sebebiyle istihkak davası kapsamında zilyetlik hükümlerine atıf yapılmaktaysa da tereke değerine iyi niyetle zilyet olan kişiye karşı sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. Serozan’a göre sebepsiz zenginleşmenin- onun ifadesiyle haksız zenginleşmenin- bir fonksiyonu da haksız zilyetlik kaynaklı “tasfiye ilişkisinde (TMK m. 993-995)” tamamlayıcı işlevidir¹³⁴⁴. Dolayısıyla, iyi niyetli zilyedin *müdahaleden kaynaklı zenginleştiği* durumlarda sebepsiz zenginleşme hükümlerine miras sebebiyle istihkak davası kapsamında uygulanacak olan zilyetlik hükümleri yanında başvurulacağı söylenebilir. Eren de miras sebebiyle istihkak davasının sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebini içereceğini ifade ederek bu görüşümüzü desteklemektedir¹³⁴⁵. İyi niyetli haksız zilyet, tereke konusunu elden çıkararak *nesnenin özüne müdahale* etmekte olup başkasına tahsis edilmiş bir değere haksız olarak el atarak sebepsiz zenginleşmektedir. Burada *müdahaleden doğan zenginleşmenin* sebebini iyi niyetli zilyedin mirasçı olmaması dolayısıyla tasarruf yetkisi eksikliği oluşturmaktadır¹³⁴⁶. İyi niyetli tereke zilyedi, tereke konusuna haksız zilyet olduğu için tereke malı üzerinde yaptığı tasarruflar kural olarak geçersizdir. Bununla birlikte bazı hallerde üçüncü kişinin tereke malına ilişkin hak iktisabı kanun uyarınca korunmaktadır. Bu durumda iyi niyetli zilyedin tereke konusu karşılığında elde ettiği değer sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. Örneğin, üçüncü kişinin tereke parası karşılığında

¹³⁴⁴ Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 519 [Serozan (Dönme), s. 519]; Serozan (Eşya), s. 181; Serozan, R.: Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 196 vd [Serozan (Sözleşme), s. 196 vd.]; Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 315; BGE 110 II 245 bkz. Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 315.

¹³⁴⁵ Eren, s. 1056 ve ayrıca bkz. dn. 38’de anılanlar.

¹³⁴⁶ Tasarruf yetkisi eksikliğinden kaynaklanan müdahaleden ötürü zenginleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 346-348.

terekeye iyi niyetle zilyet olan kişiye bir taşınır mal vermesi durumunda, üçüncü kişi TMK m. 990 uyarınca para üzerinde hak sahibi olacaktır. Bu durumda, iyi niyetli zilyedin tereke parası üzerindeki tasarrufu üçüncü kişinin iyi niyetli olması halinde geçerli sayılacaktır. İyi niyetli zilyet de mirasçılara ait *bir değer*in *özüne, cevherine müdahale etmek* suretiyle zenginleşmiştir. Dolayısıyla, mirasçılar iyi niyetli zilyetten *müdahaleden doğan zenginleşme* dolayısıyla taşınırın iadesini talep edebileceklerdir. Bununla birlikte, bu bir şahsi talep olacaktır. Zira, sebepsiz zenginleşme talebi, zenginleşmenin aynen veya nakden iadesine yönelik bir alacak hakkıdır¹³⁴⁷. Burada, ayni ikame olayının gerçekleşeceği kabul edilseydi, bu taşınır mal doğrudan terekeye girecek olup taşınırın iadesine ilişkin bu istem ayni bir talep teşkil edecekken daha önce de ifade edildiği üzere hâkim görüşün aksine ayni ikame kuralının kanunda açıkça düzenlenmemesi sebebiyle ayni ikame olayının gerçekleşmeyeceği kanaatini taşımaktayız. Sonuç olarak mirasçılar, tasarruf işleminin geçerli olması halinde, iyi niyetli zilyedin *müdahale zenginleşmesi* sebebine dayanarak tereke konusu karşılığında iktisap ettiği ikame değeri talep edebileceklerdir. Mirasçılar iyi niyetli tereke zilyedinin geçersiz tasarruf işlemine icazet vermek suretiyle de işlemi geçerli kılıp, tereke konusunu devreden iyi niyetli haksız zilyetten bu ikame değeri sebepsiz zenginleşme talebine dayanarak isteyebileceklerdir.

İyi niyetli haksız zilyedin yararlardan sorumluluğuna da kısaca değinmek gerekirse, İyi niyetli haksız zilyet, TMK m. 993/f. 1 uyarınca, mevcut bulunduğu inandığı hakkın sınırları içerisinde elde ettiği semerelerden yararlanabilir ve bu sebeple de tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmez. Örneğin, iyi niyetli zilyet kendisini

¹³⁴⁷ Serozan (Haksız Zenginleşme), s. 302.

malik sanıyorsa, buna uygun olarak maldan en geniş ölçüde yararlanabilmektedir¹³⁴⁸.

Bu yararlanma, malın doğal semerelerini kapsadığı gibi hukuki semereleri de kapsar¹³⁴⁹. İyi niyetli zilyet, zilyetliğinde bulunan malların doğal ürünlerinin bağlı oldukları maldan ayrılmasıyla maliki olur¹³⁵⁰. İyi niyetli zilyedin söz konusu maldan ürün elde etmesi ve bu ürünlerin maliki olması için sahibi olduğuna inandığı hakkın bu sonucu kapsamı gerekmektedir¹³⁵¹. İyi niyetli zilyet, bu ürünleri tüketmesinden dolayı sorumlu tutulamaz¹³⁵². İyi niyetli zilyet, maldan elde ettiği kira gelirleri, faiz gelirleri gibi hukuki ürünlerden de yararlanabilir¹³⁵³. Eğer zilyedin varlığına inandığı hakkın kapsamına girmekteyse, zilyet, iyi niyetli zilyetliği süresi içerisinde doğmuş olan hukuki ürünleri de iktisap eder¹³⁵⁴.

Tereke değerlerine iyi niyetle haksız zilyet olan kişi de TMK m. 993'ün "sorumsuz tutulma ayrıcalığından"¹³⁵⁵ yararlanır. Buna göre, iyi niyetli haksız zilyet, tereke malından elde edilen doğal ve hukuki semerelerinden yararlanabilir ve bu yüzden mirasçılara tazminat ödemek zorunda tutulamaz¹³⁵⁶. Maldan yararlanma, kullanım karşılıklarını ("Gebrauchsvorteil") da kapsamına almaktadır¹³⁵⁷. Dolayısıyla, iyi

¹³⁴⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 134.

¹³⁴⁹ Serozan (Eşya), s. 184, para. 707.

¹³⁵⁰ Özen, s. 229.

¹³⁵¹ Stark, E.: Art. 938 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar) IV. Band Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch 1. Teilband: Der Besitz (Art. 919-941), Bern 2001 (Stark, 2001, Art. 938 ZGB, N. 12), Özen, s. 229.

¹³⁵² Keller, E. L.: Die Rechtstellung des unrechtmässigen Besitzers gegenüber dem Herausgabeberechtigten nach Art. 938 ff. ZGB, Zürich 1940, s. 53; Homberger, Art. 938 ZGB, N. 13; Stark, 2001, Art. 938, N. 12; Pulaşlı, s. 109 bkz. Özen, s. 230, dn. 453.

¹³⁵³ Özen, s. 232.

¹³⁵⁴ Özen, s. 232.

¹³⁵⁵ Serozan (Eşya), s. 184, para. 707.

¹³⁵⁶ Somm, s. 139.

¹³⁵⁷ Serozan (Eşya), s. 185, para. 710.

niyetli haksız zilyet terekeye ait bir konutta yaşaması sebebiyle tazminat ödemekle yükümlü değildir¹³⁵⁸.

b. İyi Niyetli Olmayan Haksız Zilyedin İade Yükümlülüğünün Kapsamı

TMK m. 638'in yaptığı atıf uyarınca iyi niyetli olmayan zilyede ilişkin TMK m. 995 hükmü burada da uygulama alanı bulur. İyi niyetli olmayan zilyet, zilyetliğinde bulundurduğu malı hukuken geçerli bir sebebe dayanmadan zilyetliğinde bulundurduğunu bilen veya bilmesi gereken kişidir¹³⁵⁹. Başlangıçta iyi niyetli olan zilyet, zilyetliğinin hakka dayanmadığını öğrendiği andan itibaren iyi niyetli olmayan zilyet olur ve sorumluluğu buna göre belirlenir¹³⁶⁰. Zilyedin iyi niyetli olduğu dönem içerisinde TMK'nın 993. ve 994. hükümleri uygulanırken, iyi niyetli zilyet olmadığı andan itibaren TMK'nın 995. maddesi uygulama alanı bulur¹³⁶¹. TMK m. 995'e göre, iyi niyetli olmayan zilyet, malı hak sahibine iade ile yükümlü olup, o malı haksız alıkoymuş olmasından kaynaklanan zararlarla elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereleri de tazmin eder¹³⁶². İyi niyetli olmayan zilyedin asli borcu, eşyayı aynen iade borcudur¹³⁶³. Zilyet, haksız olarak elinde bulundurduğu malı zilyetliğine geçiş anındaki haliyle gerçek hak sahibine iade etmekle yükümlüdür¹³⁶⁴.

¹³⁵⁸ Meier-Hayoz, Art. 643 ZGB, N.26; Piotet, SPR IV/2, s. 772 bkz. Somm, s. 139.

¹³⁵⁹ Güral Akipek, s. 275; Reisoğlu, s. 101; Ertaş, s. 77; Ergüven, s.83.

¹³⁶⁰ Ertaş, s. 77.

¹³⁶¹ Homberger/Bertan, MK m. 939, s. 148, MK m. 940, s. 157; Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 275; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 157; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 138; Ayan, M.: Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 12. Baskı, Ankara 2015, s. 160. Ayrıca bkz. Ayan, s. 160, dn. 586'da anılan mahkeme kararları.

¹³⁶² Malın bizzat kullanılması ile sağlanan yararlardan dolayı da iyi niyetli olmayan zilyedin sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi ve buna temel teşkil eden yasal dayanağa ilişkin tartışmalar hakkında bkz. Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 279-280; Ayan, s. 164 vd. Ayrıca bkz. Reisoğlu s. 103 vd.; Serozan (Eşya), s. 194-196.

¹³⁶³ Ayan, s. 161.

¹³⁶⁴ Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 276; Karahasan, s. 181; Ayan, s. 161.

Şayet mal bu süre içerisinde yok olmuşsa, elden çıkarılmışsa yahut hasara uğramışsa bu durumda da iyi niyetli olmayan zilyet sorumlu tutulmaktadır¹³⁶⁵. İyi niyetli olmayan haksız zilyet, malın çalınmasından, yıpranmasından, kaybedilmesinden sorumlu olduğu gibi o malın kullanılmamasından, ondan yararlanılmamasından doğan kazanç yoksunluğundan da sorumludur¹³⁶⁶. İyi niyetli olmayan zilyet, nesneye haksız olarak el koymasından kaynaklanan tüm zararlardan sorumludur¹³⁶⁷. Burada iyi niyetli olmayan zilyedin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁶⁸. O kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın mala verdiği zararları tazminle yükümlüdür¹³⁶⁹. İyi niyetli olmayan zilyet mal tamamen yok olmuşsa veya malı elden çıkarmışsa malın bedelini¹³⁷⁰ ve bundan kaynaklanan zararları gerçek hak sahibine ödemek zorundadır¹³⁷¹.

Bununla beraber, TMK m. 995/f. 3 uyarınca haksız zilyetliğinde bulundurduğu malı kime vereceğini bilmeyen zilyet bu süre içerisinde yalnızca kusuruyla verdiği zararlardan sorumludur. Bu süre içerisinde onun sorumluluğu kusur sorumluluğu teşkil etmektedir¹³⁷².

¹³⁶⁵ Karahasan, s. 181.

¹³⁶⁶ Serozan (Eşya), s. 192.

¹³⁶⁷ Homberger, Art. 940 ZGB, N. 5; Özen, s. 191.

¹³⁶⁸ Serozan (Eşya), s. 192; Özen, s. 193.

¹³⁶⁹ Homberger / Bertan, MK m. 940, s. 158; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 140; Esener/ Güven, s. 100-101; Güral Akipek (Eşya), 1972, s. 280; Reisoğlu, s. 102; Tekinay, S. S./Akman, S./ Burcuoğlu, H. / Altop, A., Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, 5. bası, İstanbul 1989, s. 208; Hatemi, H./ Serozan, R. /Arpacı, A.: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 296; Ayan, s. 161.

¹³⁷⁰ Hak sahibinin öncelikle şeye o an zilyet olan kişiye başvurmak zorunda olmadığı yönünde bkz. Ostertag, F.: Art. 940 ZGB, Sachenrecht, II. Abteilung Besitz und Grundbuch, Bern 1917, N. 5 ve Wieland, C.: Les droits réels T I-II, Paris-Lausanne 1913-1914, s. 444 bkz. Reisoğlu, s. 101; Feyzioğlu, s. 240; Utku, s. 86 bkz. Reisoğlu, s. 101.

¹³⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 210-211; Reisoğlu, 101; Ayan, s. 161.

¹³⁷² Serozan (Eşya), s. 193.

İyi niyetli olmayan zilyedin sorumluluğu asıl olarak malın *cevherinin, özünün* uğradığı zararlardan sorumluluğu kapsamaktadır¹³⁷³. Malın telef olması, tahrip olması, kaybedilmesi, tüketilmesi, çalınması veya değerinin düşmesi nesnenin özüne ilişkin zararlara örnek olarak verilebilir¹³⁷⁴. İyi niyetli olmayan haksız zilyet ayrıca malı başkasına devretmek suretiyle elden çıkarması halinde gerçek hak sahibini zarara uğratmışsa, o bu zararlardan dolayı da sorumludur¹³⁷⁵. İyi niyetli olmayan zilyedin emin sıfatıyla zilyet olması ihtimalinde, üçüncü kişinin taşınır mal üzerindeki hak iktisabının kanun uyarınca korunduğu hallerde, gerçek hak sahibi zilyedin sorumluluğuna başvurabilecektir¹³⁷⁶. Bu durumda gerçek hak sahibi iyi niyetli olmayan zilyetten, elden çıkardığı malın değerini talep edebilecektir¹³⁷⁷. Üçüncü kişinin hak iktisabının korunmadığı yahut malın gerçek hak sahibinin elinden rızası dışında çıktığı durumlarda ise gerçek hak sahibi nesne üzerindeki hakkını kaybetmemektedir¹³⁷⁸. Bu durumda ise hak sahibi, sonraki zilyetten malın kendisine iadesini talep edebilecektir¹³⁷⁹. Şayet, hak sahibi malın kendisine verilmesi için masraf yapmışsa, bu zararlarının tazminini malı üçüncü kişiye devreden iyi niyetli olmayan zilyetten talep edebilir¹³⁸⁰. Bununla birlikte, Özen'e göre, gerçek hak sahibi malı devreden iyi niyetli olmayan zilyetten uğradığı zararın tazmini ile birlikte nesnenin değerini talep edebilmektedir¹³⁸¹. Bu ihtimalde ise gerçek hak sahibinin, iyi niyetli olmayan haksız zilyedin tasarruf yetkisi bulunmaksızın yaptığı hukuki işlemi

¹³⁷³ Özen, s. 203.

¹³⁷⁴ Keller, s. 41; Hinderling, H.: Der Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht Band V/I, Basel und Stuttgart 1977, s. 515 bkz. Özen, s. 203; Stark, Art. 940 ZGB, N. 5-6; Utku, s. 83 bkz. Özen, s. 203; Feyzioğlu, s. 250; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 157; Serozan (Eşya), s. 192; Özen, s. 203.

¹³⁷⁵ Keller, s. 41; Homberger, Art. 940, N. 8; Gürsoy/ Eren/Cansel, s. 157; Özen, s. 205.

¹³⁷⁶ Homberger, Art. 940, N. 8; BGE 38 II 468; BGE 45 II 265 bkz. Özen, s. 206.

¹³⁷⁷ Özen, s. 206.

¹³⁷⁸ Özen, s. 206-207.

¹³⁷⁹ Özen, s. 207.

¹³⁸⁰ Özen, s. 207.

¹³⁸¹ Özen, s. 209.

bu talebiyle geçerli kıldığı savunulmaktadır¹³⁸². Böylece, malı iyi niyetli olmayan zilyetten devralan üçüncü kişi de kendisine tasarruf yetkisi bulunmaksızın devredilen mal üzerinde hak sahibi olmaktadır¹³⁸³. Yine, Özen'e göre, gerçek hak sahibinin iyi niyetli olmayan zilyedin yaptığı geçersiz tasarruf işlemine rıza vermesine ve üçüncü kişinin mal üzerinde hak kazanmasına da bir engel bulunmamaktadır¹³⁸⁴. Bu durumda da bu rıza, yalnızca üçüncü kişinin hakkı iktisap etmesine yönelik olup, iyi niyetli olmayan zilyedin yaptığı işlemdeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır¹³⁸⁵. Bu rıza, onun iyi niyetli olmayan zilyede karşı taleplerini sürmesine de engel olmaz¹³⁸⁶.

Tüm bunları miras sebebiyle istihkak davası için uyguladığımızda, öncelikle iyi niyetli olmayan zilyedin, kendisinin gerçek mirasçı olmadığını bilen veya kendisinden beklenen gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olan kişi olduğu söylenebilir¹³⁸⁷.

İyi niyetli olmayan zilyet, tereke malını aslen iade ile yükümlüdür¹³⁸⁸. Buna ek olarak, zilyet, malı haksız olarak hakimiyetinde bulundurması sebebiyle mirasçıların uğradıkları zararı da tazmin etmek zorundadır¹³⁸⁹. Burada zarar, terekenin özüne ilişkin olan tahrip olma, zarar görme, değer azalması gibi zararlar olabileceği gibi

¹³⁸² Özen, s. 209.

¹³⁸³ Özen, s. 210.

¹³⁸⁴ Özen, s. 210.

¹³⁸⁵ Özen, s. 210 bkz. dn. 411'deki açıklama.

¹³⁸⁶ Özen, s. 210.

¹³⁸⁷ Ergüven, s. 83; Gürsoy, s. 120.

¹³⁸⁸ Ergüven, s. 83.

¹³⁸⁹ Ergüven, s. 83; Gürsoy, s. 122; Akbıyık, s. 257; Eren, s.1061.

mirasçının tereke malını kullanamaması sebebiyle doğan zararları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır¹³⁹⁰.

Tereke malına kötü niyetle haksız olan zilyet, tereke malının semerelerinden dolayı da sorumlu tutulur¹³⁹¹. Buna göre, o elde ettiği semereleri iade ile ve elde etmeyi ihmal ettiği semereleri mirasçılara tazminle yükümlüdür¹³⁹². Şayet, elde ettiği semereler iade anında bulunmamakta ise, zilyet bunları tazmin ile yükümlüdür¹³⁹³.

Burada, iyi niyetli olmayan zilyedin elinde bulunan tereke malına ilişkin çeşitli ihtimallerin özellikle ele alınması gerekmektedir. Tereke malının karşılıksız olarak iyi niyetli olmayan zilyet tarafından bağışlama yoluyla elden çıkarılması halinde, üçüncü kişinin hak iktisabı korumakta ise, mirasçılar kötü niyetli zilyetten bu malın değerinin tazminini talep edebilmektedirler¹³⁹⁴. Aynı şekilde, iyi niyetli olmayan zilyet tarafından tereke malı tüketilmişse, kaybedilmişse yahut terk edilmişse, mirasçı bu malın değerinin tazminini zilyetten talep edebilmektedir¹³⁹⁵.

Tereke malına zilyet kişinin bir tereke malı üzerinde tasarruf işlemi gerçekleştirmesi halinde üçüncü kişinin bunun üzerindeki hak iktisabı korunmuyorsa mirasçılar bu kişiden tereke malının iadesini talep edebilmektedirler¹³⁹⁶. Eğer ki bu üçüncü kişi iyi niyetli değilse, mirasçılar, iyi niyetli olmayan haksız zilyet üçüncü kişiden (tereke

¹³⁹⁰ Akbıyık, s. 258.

¹³⁹¹ Ergüven, s. 83; Ayiter (Miras Hukuku), s. 220; Gürsoy, s. 124.

¹³⁹² Ergüven, s. 83; Gürsoy, s. 124; Akbıyık, s. 259.

¹³⁹³ Gürsoy, s. 124.

¹³⁹⁴ Akbıyık, s. 258.

¹³⁹⁵ Somm, s. 135; Gürsoy, s. 122; Ergüven, s. 84; Utku, s. 83 bkz. Akbıyık, s. 258; Feyzioğlu, s. 240.

¹³⁹⁶ Piotet, SPR IV/2, s. 767; Piotet (Erbgang II), s. 6; Somm, s. 136.

malına zarar vermesi halinde olduğu gibi) uğradıkları zararların tazmin edilmesini isteyebilirler¹³⁹⁷. Tereke malını elinde bulunduran kişinin kötü niyetli olarak bu malı elden çıkarması durumunda, üçüncü kişinin hak iktisabı korunmaktaysa, mirasçılar malın karşılığı ile beraber malı devreden bu kişiden tereke malını elden çıkarması ile bağlantılı tüm zararlarının tazminini talep edebilirler¹³⁹⁸. Üçüncü kişinin tereke malı üzerindeki hak iktisabı korunmadığı takdirde ise üçüncü kişiden tereke malının iadesi istenebilmektedir¹³⁹⁹. Bu yola başvuran mirasçılar, tereke malını elden çıkaran iyi niyetli olmayan haksız zilyede karşı tereke malı karşılığında elde ettiği değere ilişkin zenginleşmeyi sebepsiz zenginleşme talebiyle isteyemez¹⁴⁰⁰. Bununla birlikte, mirasçılar, iyi niyetli olmayan haksız zilyedin tereke malına el koyması sebebiyle uğradıkları zararın tazminini malı devreden kötü niyetli zilyetten talep edebilirler¹⁴⁰¹. Yukarıda da bahsi geçtiği üzere, Özen'in görüşü¹⁴⁰² miras sebebiyle istihkak davası kapsamında değerlendirildiğinde, üçüncü kişinin tereke malına ilişkin hak iktisabının korunmadığı durumlarda, mirasçıların iyi niyetli olmayan zilyedin geçersiz tasarruf işlemlerine icazet vermek suretiyle işlemi geçerli kılıp zilyetten tereke malının değerini talep edebilmeleri mümkün olmaktadır.

III. Ön Mirasçı

¹³⁹⁷ Somm, s. 136-137.

¹³⁹⁸ Piotet, SPR IV/2, s. 767; Piotet (Erbgang II), s. 6; Keller, s. 41; Homberger, Art. 940 ZGB, N. 8; Stark, 2001, Art. 940 ZGB, N. 7; Somm, s. 138.

¹³⁹⁹ Somm, s. 138.

¹⁴⁰⁰ Somm, s. 138, ayrıca bkz. dn. 110'daki açıklama.

¹⁴⁰¹ Piotet, SPR IV/2, s. 767; Piotet (Erbgang II), s. 6; Stark, Art. 940 ZGB, N. 7; Somm, s. 138.

¹⁴⁰² Özen, s. 210. Tüm bunlara ek olarak inceleme konumuzun dışında kalması sebebiyle, iyi niyetli zilyedin zilyetlik hükümlerine göre, mirasçılardan tereke malına yaptıkları zaruri ve faydalı masrafları isteyebileceğine; iyi niyetli olmayan zilyedin ise yalnızca yaptığı zaruri masrafları talep edebileceğine yalnızca değinmekle yetiniyoruz (TMK m. 994, TMK m. 995/f. 2). Ayrıntılı bilgi için bkz. Somm, s. 142- 148; Gürsoy, s. 131-140; Akbıyık, s. 262-268. Ayrıca bkz. Serozan (Eşya), s. 189-192 ve s. 196-198.

A. Ön Mirasçılık Kurumu ve Buna İlişkin Hükümler

Miras bırakan, ölüme bağlı tasarrufu ile atadığı mirasçıyı, mirasını üçüncü kişiye devirle yükümlü kılabilir (TMK m. 521). Fevkalade ikame olarak da adlandırılan bu kurum, TMK'nın 521 ile 525. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Fevkalade ikamede, mirası devretme yükümlülüğü yüklenen kişiye ön mirasçı; belli bir sürenin geçmesi ile veya bir şartın gerçekleşmesi halinde¹⁴⁰³ mirasın devredildiği kişiye de art mirasçı (namzet)¹⁴⁰⁴ denir. Fevkalade ikame, art vasiyet alacaklısı atanması hallerini de ihtiva etmektedir. Nitekim TMK m. 521/f. 3'te art mirasçı atamaya ilişkin hükümlerin belirli mal bırakmada da uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu durumda ön vasiyet alacaklısı ve art vasiyet alacaklısı atanması söz konusudur¹⁴⁰⁵. Kademeli mirasçı atama işlemi TMK'de bir art mirasçıyla sınırlandırılmıştır (TMK m. 521/f. 2). Buna göre, miras bırakan art mirasçıya mirasının üçüncü kişiye devri konusunda yükümlülük yükleyememektedir.

Fevkalade ikamenin hukuki niteliği konusunda ise iki görüş vardır. Birinci görüş, mirasın devrinin şarta veya ölüme bağlandığı hallerde, ön mirasçının hakkının bozucu şarta bağlı bir hak olduğunu; bunun art mirasçı içinse mirasın geçişinin geciktirici şarta bağlı bir hak niteliğinde olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁰⁶. Bu görüşe, şarta bağlı mülkiyet hakkı devrinin Türk ve İsviçre hukuku sistemi ile bağdaşmaması

¹⁴⁰³ Dural/Öz, s. 174-175, para. 796; İmre/Erman, s. 152.

¹⁴⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukuku), 1978, s. 291.

¹⁴⁰⁵ Ayni ikame ilkesini ön mirasçılık kapsamında inceleyeceğimiz için bu noktada sadece fevkalade ikamenin vasiyet alacaklısı için de söz konusu olabileceğinden bahsetmekle yetiniyoruz.

¹⁴⁰⁶ Escher, A.: Vorbemerkungen Zur Nacherbfolge (Art. 488-493), Beck, E. et. al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch III. Band Das Erbrecht 1. Abteilung Die Erben Art. 457-536) 3. Aufl., Zürich 1959, N. 3 [Escher, 1959, Vorbemerkungen Zur Nacherbfolge (Art. 488-493), N. 3]; Tuor, Vorbemerkungen Zur Nacherbeneinsetzung (Art. 488 ZGB- 493), N. 8-9, 12-13; İmre/Erman, s. 152, dn. 10, Oğuzman (Miras Hukuku), s. 184.

sebebi ile karşı çıkılmaktadır¹⁴⁰⁷. Bu görüşü savunanlar için ise fevkalade ikamenin hukuki niteliği yüklemidir¹⁴⁰⁸. Başka bir görüşe göre ise, ön mirasçının mirası art mirasçıya geçirme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁴⁰⁹. Her ne kadar şartın gerçekleşmesiyle veya ölümle miras kendiliğinden art mirasçıya geçmekte ise de ön mirasçı bu değerlerin zilyetliğini art mirasçıya devirle mükelleftir¹⁴¹⁰. Hâkim görüş, ön mirasçının mirasa bozucu şarta bağlı olarak veya ölümle; art mirasçının ise geciktirici şarta bağlı olarak veya ölümle hak sahibi olduğu yönündedir¹⁴¹¹. Fevkalade ikamede ön mirasçı da art mirasçı da miras bırakanın mirasçılarıdır¹⁴¹². Her iki mirasçı da külli halef oldukları için tereke borçlarından da kişisel olarak sorumludurlar¹⁴¹³. Ön mirasçı, mirasın geçmesi için gerekli olay gerçekleşene kadar mirasa hak sahibi olduğu için bu süre içerisinde tereke borçlarından o sorumludur¹⁴¹⁴. Bu, mirasın art mirasçıya geçtiği ana kadar devam eder. Mirasın art mirasçıya geçmesinden itibaren, artık ön mirasçı yerine art mirasçı tereke borçlarından sorumlu olur.

Art mirasçının mirasın geçişi için miras bırakanın belirlediği şart gerçekleşene kadar veya belirlediği tarih gelene kadar [(eğer geçiş anı için herhangi bir belirleme mevcut

¹⁴⁰⁷ Abravanel, P.: *L'immeuble geré d'une substitution fidéi commissaire*, Jdt 1958 I, s. 35 bkz. İmre/Erman, s.152 dn. 11.

¹⁴⁰⁸ İşgüzar, H./Demir, M./Yılmaz, S.: *Miras Hukuku*, Ankara 2019, s. 69-70.

¹⁴⁰⁹ İmre/Erman, s. 153.

¹⁴¹⁰ İmre/Erman, s. 153.

¹⁴¹¹ Escher, 1959, *Vorbemerkungen Zur Nacherbfolge* (Art. 488-493), N. 3; Tuor, *Vorbemerkungen Zur Nacherbeneinsetzung* (Art. 488 ZGB- 493), N. 12-13; Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukuku), 1978, s. 291; Dural/Öz, s. 177, para. 804, dn. 475; Oğuzman (Miras Hukuku), s. 184; Serozan/Engin, s. 388, para. 167; Öztan, s. 314.

¹⁴¹² İmre/Erman, s. 151.

¹⁴¹³ Dural/Öz, s. 178, para. 805. Ön mirasçı için bkz. Tuor, *Vorbemerkungen Zur Nacherbeneinsetzung* (Art. 488 ZGB- 493), N. 6; Escher, 1959, *Vorbemerkungen Zur Nacherbfolge* (Art. 488-493), N. 1; Piotet, SPR/1, s. 104; Antalya, s. 252, dn. 98.

¹⁴¹⁴ Piotet, s. 104; Dural/Öz, s. 178, para. 805.

değilse ön mirasçının ölüm anına kadar¹⁴¹⁵ (TMK m. 522/f. 1)], ön mirasçıya karşı beklenen hakkı mevcuttur¹⁴¹⁶.

Doktrinde art mirasçı atamanın hükümleri mirasın art mirasçıya geçmesinden önceki safha ve sonraki safha şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir¹⁴¹⁷. Ön mirasçı, mirası atanmış mirasçılar gibi kazandığından (TMK m. 524), miras bırakanın ölümüyle varsa diğer mirasçılarla birlikte mirasçı olur¹⁴¹⁸. Ön mirasçı da diğer mirasçılar gibi miras bırakanın hakları üzerinde elbirliği ile hak sahibiyken, tereke borçlarından da diğer mirasçılarla birlikte müteselsilen sorumludur¹⁴¹⁹. Miras kural olarak şart gerçekleştiğinde veya ölümle art mirasçıya geçmekte ise de ön mirasçının miras bırakanın ölümünde hayatta olmaması yahut mirastan yoksun kalması veya mirası reddetmesi sebeplerinin varlığı hallerinde, miras doğrudan art mirasçıya geçmektedir (TMK m. 525/f. 3).

Ön mirasçı, mirasçı sıfatını haiz olduğu için miras üzerinde hak sahibidir.

Dolayısıyla, mülkiyet hakkı konusu olabilecek değerler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu için tasarruf hakkına da sahiptir¹⁴²⁰. Bununla beraber, miras, şart gerçekleştikten sonra veya ölümle art mirasçıya geçeceği için ön mirasçının art mirasçının menfaatini gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu, ön mirasçının tereke değerlerinin fiili hakimiyetini art mirasçıya geçirme yükümlülüğüne sahip olmasının bir sonucudur (TMK m. 524/f. 2). Bu yüzden, her ne kadar ön mirasçının

¹⁴¹⁵ NK-BGB/Akipek, Turkei, Rn. 40.

¹⁴¹⁶ Serozan/Engin, s. 290, para. 40; Öztan, s. 309.

¹⁴¹⁷ Dural/Öz, s. 177-184; İmre/Erman, s. 156-164; Ayiter (Miras Hukuku), s. 88-92.

¹⁴¹⁸ NK-BGB/Akipek, Turkei, Rn. 40.

¹⁴¹⁹ Dural/Öz, s. 178, para. 808.

¹⁴²⁰ Dural/Öz, s. 179, para. 810; Ayiter (Miras Hukuku), s. 90.

mülkiyet hakkından ve tasarruf yetkisinden bahsedilmekte ise de ön mirasçının tam manasıyla tasarruf yetkisine sahip olduğu da söylenememektedir. Ön mirasçının tasarruf hakkı, mirasın art mirasçıya geçecek olması sebebiyle onu zarara uğratmayacak işlemlerle sınırlıdır¹⁴²¹. Kanunda ön mirasçının hak ve yetkilerine ilişkin açıklık bulunmadığı için ön mirasçının tasarruf hakkının belirlenmesi ile bağlantılı olarak TBK m.171/f. 3'ün kıyasen uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁴²². TBK m. 171/f. 3'e göre, "koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur". Bu hükmün kıyasen uygulanması sonucu, ön mirasçının tasarruf işlemlerinin, tereke değerlerinin geçişini engellediği surette geçersiz sayılacağı söylenebilir¹⁴²³. Yalnız, art mirasçı, ancak koşul gerçekleştikten sonra tasarrufların geçersizliğini ileri sürebilmektedir¹⁴²⁴. Taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemi geciktirici şarta bağlanamayacağından ön mirasçının taşınmazlara ilişkin olarak yaptığı tasarruf işlemlerinde uygulanmayacaktır¹⁴²⁵. Bununla beraber, bir görüş, ön mirasçının hakkının bozucu şarta bağlı olması ve bir kimsenin sahip olduğu haktan fazlasının devredemeyeceği gerekçeleriyle, ön mirasçının devrettiği hakkın bozucu şarta bağlı olarak üçüncü kişiye geçeceğini savunmaktadır¹⁴²⁶. Buna göre, üçüncü kişinin hak iktisabının korunduğu haller hariç olmak üzere art mirasçıya karşı ön mirasçının yaptığı tasarruf işlemleri hüküm ifade etmemektedir¹⁴²⁷. Bu görüşe göre, üçüncü kişinin iyi niyetine

¹⁴²¹ Dural/Öz, s. 179, para. 810. Hauser, W.: Die Stellung des Vor- und Nacherben im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zurich 1934, s. 59. Buna göre, ön mirasçının tasarruf işlemine ilişkin geçersizlik, işlemin art mirasçının menfaatine göre olup olmadığına göre tespit edilir. Hauser, s. 59.

¹⁴²² İmre/Erman, s. 157.

¹⁴²³ İmre/Erman, s. 157.

¹⁴²⁴ Öztan, s. 309.

¹⁴²⁵ Oğuzman, M. K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 11. Bası, İstanbul 2014, s. 509

¹⁴²⁶ Dural/Öz, s. 179, para. 810.

¹⁴²⁷ Dural/Öz, s. 179, para. 810.

sonuç bağlandığı ve hak iktisabının korunduğu hallerde, art mirasçının ön mirasçıdan tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir¹⁴²⁸.

Art mirasçının ön mirasçıya söz konusu tasarruf işlemi yapma hususunda izin veya icazet verebileceği kabul edilmektedir¹⁴²⁹. Bu durumda, art mirasçı tasarruf işleminin geçersizliğini ileri süremez¹⁴³⁰.

Ön mirasçı, tereke mallarının idaresi, kullanımı ve kira¹⁴³¹, faiz gibi tereke değerlerinin semerelerinden yararlanma hakkını haizdir¹⁴³². Tereke değerlerinin idaresi ve kullanımının sınırları Türk Borçlar Kanunu'nun ve Türk Medeni Kanunu'nun, mahiyetine uygun olmak suretiyle, konuya benzer hükümlerinden yararlanılarak belirlenir¹⁴³³. Buna göre, TMK m. 803/f. 2'nin kıyasen uygulanmasıyla, ön mirasçının yetkilerini kullanırken iyi bir yönetici gibi özen göstermek zorunda olduğu ifade edilmektedir¹⁴³⁴. Ön mirasçı tereke değerlerinin normal kullanılmasından kaynaklanan yıpranmalardan sorumlu değilse de bunun dışında bu değerlere kusuruyla verdiği zararlardan art mirasçıya karşı sorumludur¹⁴³⁵.

Art mirasçıya geçecek değerlerin korunması için kanun koyucu ön mirasçıya güvence gösterme yükümlülüğü yüklemiştir (TMK m. 523). Her ne kadar miras

¹⁴²⁸ Escher, 1959, Art. 491 ZGB, N. 13; Dural/Öz, s. 179, para. 810, dn. 482.

¹⁴²⁹ İmre/Erman, s. 157.

¹⁴³⁰ İmre/Erman, s. 157.

¹⁴³¹ Kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra kiralananın el değiştirmesinin sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altınok Ormancı, P.: *Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: Satım Kirayı Bozmaz İlkesinin Sonuçları*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2013, Hukuk Sayısı 24, s. 125-141.

¹⁴³² Şener, E.: Eski ve Yeni Miras Hukuku İki Cilt Bir arada, 2. Baskı, 1981, s. 397.

¹⁴³³ Şener, s. 397.

¹⁴³⁴ Şener, s. 397.

¹⁴³⁵ Öztan, s. 312.

bırakan aksine karar verebilirse de güvence gösterme yükümlülüğü art mirasçının menfaatini korumaktadır. Mirası geçirme yükümlülüğünün tapuya şerh verilmesi de taşınmazlar için özel koruma sağlayan bir imkân olarak karşımıza çıkmaktadır (TMK m. 523/f. 2, TMK m. 1010/f. 1/b. 3). Güvence gösterilmemesi durumunda yahut art mirasçının beklenen hakkının tehlikeye düşürülmesi halinde mirasın resmen yönetimine karar verilebilmesi yine art mirasçının menfaatine hizmet etmektedir (TBK m. 524). Ayrıca, TMK m. 523/f. 1 gereğince sulh mahkemesi ön mirasçıya geçen mirasın defterini tutar. Defter tutmaya ilişkin söz konusu hüküm emredici hükmüdür ve miras bırakanın aksini kararlaştırması mümkün değildir¹⁴³⁶. Bu da art mirasçının menfaatini korumaya yönelik başka bir önlem teşkil eder. Zira, bu suretle, tereke değerlerinin tespiti yapılmış olup ön mirasçıya hangi değerlerin geçtiği belirlenebilir¹⁴³⁷.

Miras bırakanın belirlediği tarih gelmişse veya şart gerçekleşmişse yahut herhangi bir belirleme olmaması halinde ön mirasçı vefat etmişse, miras kendiliğinden ve kanun gereği art mirasçıya geçer (TMK m. 525/f. 1). Buna karşılık, mirasın geçmesi için art mirasçının hayatta olması gerekmektedir (TMK m. 525/f. 1), aksi miras bırakan tarafından kararlaştırılmadıkça, art mirasçının ölümü halinde miras ön mirasçıya geçmektedir (TMK m. 525/f. 2). Mirasın geçiş anında art mirasçının beklenen hakkı tam hakka dönüşür¹⁴³⁸. Art mirasçı, mirasın kendisine geçtiği andan itibaren miras üzerinde hak sahibi olup, tereke borçlarından da sorumlu olur. Ön mirasçının mirasçı olduğu dönemde doğan borçların tereke borcu olmadığı, fakat

¹⁴³⁶ Kocayusufoğlu (Miras Hukuku, 1978), s. 293; Öztan, s. 311.

¹⁴³⁷ Öztan, s. 310.

¹⁴³⁸ Dural/Öz, s. 183, para. 825.

onun art mirasçıya karşı ileri sürebileceği vekâletsiz iş görme kurallarından yahut intifa hakkı kurallarından¹⁴³⁹ kaynaklanan bir alacak hakkı olduğu ileri sürülmektedir¹⁴⁴⁰.

B. Ayni İkamenin Ön Mirasçılık Kurumu Kapsamında Uygulanıp

Uygulanmayacağı Hususu

BGB § 2111’de ön mirasçının¹⁴⁴¹, mirasçı olduğu dönem içerisinde ayni ikame ilkesinin uygulanacağı şu şekilde düzenlenmiştir: “Ön mirasçı, terekeye ait bir hak

¹⁴³⁹ Bir görüş, intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde ön mirasçının mirasa hak sahibi olduğu dönemde kanunda boşluk olan hallerde kıyasen uygulanacağını savunmaktadır. Bkz. Oğuzman (Miras Hukuku), s. 186; Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukuku), 1978, s. 293; Antalya, s. 252; Serozan/Engin, s. 392, para. 177.

¹⁴⁴⁰ Escher, Art. 492 ZGB, N. 9; Dural/Öz, s. 183, para. 830; Öztan, s. 312.

¹⁴⁴¹ Alman hukukunda, miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile art mirasçı atamasına cevaz verilmektedir. Miras bırakan bu ölümüne bağlı tasarrufu ile belirli bir zamanın gelmesi ya da belirli bir olayın gerçekleşmesi halinde, mirasın ön mirasçıdan art mirasçıya geçmesini sağlayabilir (BGB § 2100). Litzenburger, W.: BGB § 2100, Bamberger, H. G. /Roth, H. / Wolfgang, H./ Roman, P. (Hrsg.), Beck’sche Online-Kommentare BeckOK BGB Buch 5. Erbrecht, 50. Ed., München 2019, Rn. 34 (BeckOK BGB/Litzenburger, 2019, BGB § 2100, Rn. 34). Alman hukukuna göre art mirasçı atamada, miras ilk önce ön mirasçıya geçmekte olup birden fazla mirasçı bulunmaktaysa, ön mirasçı diğer mirasçılarla birlikte mirasçı sıfatını haiz olur. Bunun anlamı, ön mirasçının diğer mirasçılardan farksız olarak terekedeki haklara diğer mirasçılarla birlikte sahip olması; miras bırakanın borçlarından da diğerleriyle birlikte yükümlü olmasıdır. Wachter, T.: § 17 Vor- und Nacherbschaft, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, Scherer, S. (Hrsg.), 5. Aufl., München 2018, Rn. 93. (MAH ErbR/ Wachter, § 17, Rn. 93.) Bununla birlikte, ön mirasçının belirli süreliğine mirasçı olması onu diğerlerinden ayrı rejime tabi kılmaktadır. MAH ErbR/ Wachter, § 17, Rn. 93. Şöyle ki, ön mirasçı, miras bırakan tarafından öngörülen şart gerçekleştiği anda mirası art mirasçıya iade ile yükümlü kılınır (BGB § 2130, BGB § 2138). Erman/Schmidt, BGB § 2111, s. 5976, Rn. 1; Grunsky, S.: BGB § 2111, Franz J./ Rixecker, R./ Oetker, H./Limpert, B. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., München 2017, Rn. 7 (MüKoBGB/Grunsky, 2017, BGB § 2111, Rn. 7). Bu özel rejim, onun tasarruf yetkisini de kısıtlamaktadır (BGB §§ 2113-2115). Schulte, N.: §5 Vor- und Nacherbschaft in der Erbengemeinschaft, Rißmann, S. (Ed.), Die Erbengemeinschaft, 3. Aufl., Bonn 2019, s. 140, Rn. 24. Sınırlandırmanın kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. MAH ErbR/ Wachter, § 17, Rn. 99-120; Kilian, T.: Die dingliche Surrogation von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht, München 2011, s. 62. Her ne kadar ön mirasçı, mirasçı sıfatı ile tereke malları üzerinde serbestçe tasarruf edebilirse de (BGB § 2112), gayrimenkulün devri gibi bazı tasarruf işlemlerini yapma yetkisini haiz değildir. Bu tür hallerde, ön mirasçının art mirasçı ile birlikte söz konusu tasarruf işlemlerini yapmasına da engel bulunmamaktadır. Schulte, §5, s. 140, Rn. 25. Onlar bu işlemi birlikte yapmasalar dahi art mirasçının vereceği icazetle bu tasarruflar etki doğurur. Lange/Kuchinke, §28 IV 4. c), s. 586; Schulte, s. 140, Rn. 25. Terekenin olağan yönetimine ilişkin tasarruflarda ise izin veya icazet verme, art mirasçıya bir yükümlülük olarak yüklenmiştir (BGB § 2120). Schulte, §5, s. 140, Rn. 26; MAH ErbR/ Wachter, § 17, Rn. 124. Art mirasçının katılımının mümkün kılındığı haller dışında art mirasçının miras üzerinde sadece beklenen hakkı bulunmaktadır. Erman/Schmidt, BGB § 2111, Walter, s. 5976, Rn. 1; Avenarius,

dolayısıyla veya terekeye ait bir şeyin yok olması, zarar görmesi ya da elden alınması sebebi ile bir ikame değer elde etmişse ya da tereke aracılığı ile ve tasarruf işlemi sonucu bir kazanım elde etmişse bu kazanım, semereler hariç olmak üzere yine terekeye ait olur”¹⁴⁴². Her ne kadar BGB’de ön mirasçıya ilişkin hükümlerde aynı

M.: BGB § 2111, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 5: Erbrecht: §§ 2064-2196 (Testament 1), 2019, Rn. 1 (Staudinger/Avenarius, 2019, BGB § 2111, Rn. 1). Şart gerçekleştiğinde ise art mirasçı otomatik olarak ve dolaysız bir şekilde (Staudinger/Avenarius, 2019, BGB § 2111, Rn. 1) tereke değerleri üzerinde hak sahibi olup tereke borçlarından da sorumlu olur. Lang, M.: BGB § 2139, Burandt, W./ Rojahn, D. (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare, 3. Aufl., München 2019, Rn. 4 (Burandt/Rojahn/Lang, 2019, BGB § 2139, Rn. 4).

¹⁴⁴² BGB § 2111’e göre, ön mirasçı terekeye ait bir hak dolayısıyla veya terekeye ait bir şeyin yok olması, zarar görmesi ya da elden alınması sebebi ile bir ikame değer elde etmişse ya da tereke değerleri aracılığı ile ve hukuki işlemle (sonucu) bir kazanım elde etmişse bu kazanım, semereler hariç olmak üzere yine terekeye ait olur. (Miras dolayısıyla elde edilen semereler aynı ikame kapsamına girmemektedir. Zira bu semereler ön mirasçıya özgülenmektedir. Bkz. “Zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstands oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, **sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt**”. Bkz. MüKoBGB/Grunsky, 2017, BGB § 2111, Rn. 28; HK-BGB/Hoeren, 2019, BGB § 2111, Rn. 2). Miras bırakanın ölümü ile ön mirasçı tereke üzerinde diğer mirasçılarla hak sahibi olmaktadır. Ön mirasçının diğer mirasçılardan farkı belirli süreliğine mirasçı olmasıdır. Buna göre, miras bırakanın belirlediği şart gerçekleştiğinde ya da onun belirlediği zaman geldiğinde miras, ön mirasçıdan art mirasçıya geçmektedir. Ön mirasçının tasarrufunda bulunan bu malvarlığı kendi malvarlığından ayrı özel bir malvarlığı niteliği taşımaktadır. Erman/Schmidt, BGB § 2111, s. 5976, Rn. 1. Bunun özel malvarlığı niteliği taşımasının temel sebebini art mirasçının korunması amaçlanan menfaati oluşturmaktadır. Şöyle ki hem hak sahibi hem zilyet (MAH ErbR/ Wachter, § 17, Rn. 98) olan ön mirasçı, mirasın art mirasçıya geçmesini gerektiren olay gerçekleşene kadar tasarruf yetkisini haizdir. Onun tereke üzerindeki yetkisi sonucu malvarlığının azalması tehlikesi her zaman mevcuttur. Her ne kadar ön mirasçının tasarruf yetkisi sınırlandırılmışsa da bu özel malvarlığının azalmasına engel teşkil etmez. Miras bırakanın iradesi ile art mirasçı olarak atanan kişinin ise bu malvarlığının muhafazasında ve azaltılmamasında menfaati vardır. Dolayısıyla, art mirasçıya geçecek olan bu özel malvarlığının korunması ihtiyacı söz konusudur. ZEV 2010, 247; Erman/Schmidt, BGB § 2111, s. 5976, Rn. 1. Kanun koyucu burada art mirasçının menfaatini (BGB § 2111’in tereke alacaklısının değil, art mirasçının menfaatini koruduğuna ilişkin görüş için bkz. Große-Wilde, F.M./ Quart. E. P.: Deutscher Erbrechtskommentar §§ 1922-2385 BGB; Art. 25, 26, 235 EGBGB mit Formulierungshilfen und Mustern, 2. Aufl., Köln 2010, BGB § 2111, Rn. 25; Gierl, W.: BGB § 2111, Kroiß, Ludwig/Ann, Christoph/Mayer, Jörg (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, 5. Aufl., 2018, Rn. 4 (NK-BGB/Gierl, 2018, BGB § 2111, Rn. 4); Palandt/Weidlich, BGB § 2111, Rn. 1; BGHZ 81, 8 (NJW 1981, 2350) bkz. Erman/Schmidt, BGB § 2111, Rn. 2; Menken, s. 86-92; Kilian, s. 63. BGB § 2111’in ön mirasçı ve art mirasçı arasındaki ilişkiyi düzenlediği ve tereke alacaklısının BGB § 2011 uyarınca iktisap edilen değerlere başvuramayacağı yönünde bkz. Große-Wilde/ Quart, BGB § 2111, Rn. 25) aynı ikame düzenlemesiyle (MAH ErbR/ Wachter, § 17, Rn. 93) ve ön mirasçının üç farklı yoldan elde edebileceği kazanımların yine terekeye ait sayılması sureti ile muhafaza etme yolunu seçmiştir. BGB § 2111’de öngörülen şartlardan bahsetmek gerekirse, buna göre aynı ikame olayı hak sebebiyle ikame, tazmine dayanan ikame ve malvarlığı aracılığıyla ikame olmak üzere üç farklı yoldan gerçekleşebilir. Hak sebebiyle ikamede hukuki işlemin varlığı aranmaz. Terekeye ait bir hak dolayısıyla bir kazanım elde edilmesi halinde bu iktisap doğrudan yine terekeye ait olur. Terekeye ait bir şeyin birleşmesi, karışması veya işlenmesi sonucu bir hak elde edilmişse BGB § 2111 gereğince bu hak tereke değerleri arasına girer. Palandt/Weidlich, BGB § 2111, s. 2482, Rn. 3; Erman/Schmidt, BGB § 2111, Rn. 3; Menken, s. 93; MüKoBGB/Grunsky, 2017, BGB § 2111, Rn. 10; Staudinger/Avenarius, 2019, BGB § 2111, Rn. 16.

ikame ilkesine açıkça yer verilmişse de ne İsviçre hukukunda ne de Türk hukukunda buna ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. Bununla beraber, doktrinde, ön mirasçının mirasçı olduğu dönemde elde ettiği ikame değerlerin mirasın geçmesiyle art mirasçı tarafından talep edilebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁴³. Ön mirasçının

Örneğin, ön mirasçının terekeye ait bir şeyi işlemesi halinde -katkı değeri ağır basmıyorsa- bu yeni şey yine terekeye ait olur. Aynı şekilde, kazandırıcı zamanaşımı ile hak iktisabında da hak dolayısıyla kazanım söz konusudur. Palandt/Weidlich, BGB § 2111, s. 2482, Rn. 3 Yahut şirket ortağı olan miras bırakanın kâr alacağının ödenmesi halinde bu hak dolayısıyla elde edilen para da terekeye ait olur. NJW 1990, 515 (BGHZ 109, 214); MAH ErbR/ Wachter, § 17, Rn. 96, dn. 191. Tüm bunlara ek olarak, miras bırakanın yaşamında [bu örneğin, miras bırakanın yaşarken aldığı bir piyango bileti piyango çıkması halinde, terekeye ait hak dolayısıyla gerçekleşen aynı ikame olayına ilişkin olduğu söylenebilir. Çünkü, ön mirasçının terekeye ait bir para ile bir piyango bileti alması ve buna piyango çıkması halinde gerçekleşen aynı ikame olayı hak dolayısıyla ikame değil hukuki işlem aracılığıyla gerçekleşen ikame olarak nitelendirilir. Nitekim, Grunsky de miras bırakan tarafından alınmış bilet demek sureti ile bu görüşümüzü desteklemektedir (Bkz. MüKoBGB/Grunsky, 2017, BGB § 2111, Rn. 10] aldığı piyango bileti piyango çıkması sonucu elde edilen meblağ da yine bu kapsamda değerlendirilir. Menken, s. 93; Erman/Schmidt, BGB § 2111, Rn. 3. Aynı ikame olayı tazmine dayanan ikame ile de gerçekleşebilir. Ön mirasçının zilyetliğinde bulunan özel malvarlığına ait bir şey yok olursa veya zarar görürse ya da tereke değeri onun elinden alınırsa bunlar dolayısıyla iktisap edilen bedel BGB § 2111 gereği doğrudan tereke değerleri arasına girer. Örneğin, terekeye ait bir gayrimenkulün kamulaştırılması karşılığı olarak iktisap edilen kamulaştırma bedeli (BGH RdL 56, 189 bkz. Palandt/Weidlich, BGB § 2111, Rn. 4), arazi toplulaştırılması sonucu uğranılan zararın tazmin edilmesi halinde ödenen tazminat terekeye ait olur. BVerwG, 03. 01. 2000, 11 B 55/99 bkz. Staudinger/Avenarius, 2019, BGB § 2111, Rn. 20. Üçüncü bir kişinin tereke malından zenginleşmesi nedeni ile ön mirasçının sebepsiz zenginleşme talebi (Palandt/Weidlich, BGB § 2111, s. 2483, Rn. 4) yoluyla elde ettiği değer de bu özel malvarlığına aittir. Bunun gibi tazminat talepleri, sigorta bedeli talepleri, masrafların iadesi talepleri de (bu talebin hak dolayısıyla ikame kapsamında değerlendirilmeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Staudinger/Avenarius, 2019, BGB § 2111, Rn. 19) bu kapsamda değerlendirilir. Palandt/Weidlich, BGB § 2111, s. 2483, Rn. 4. Örneğin, terekeye ait bir taşınmazın deprem sebebi ile zarar görmesi halinde, deprem sigortası sebebiyle ödenen bedel terekeye ait olur. Aynı şekilde; miras bırakanın hayattayken taşınırını veya taşınmazını, yangına, su basmasına ya da hırsızlığa karşı sigortalatması halinde, bu sebeplerden birinin ölümünde gerçekleşmesi durumunda ön mirasçıya ödenen para yine terekeye ait olur. Sayılan örnekler hakkında bkz. Staudinger/Avenarius, 2019, BGB § 2111, Rn. 19. BGB § 2111’de, BGB § 2041’den farklı olarak, malvarlığı aracılığı ile ikameyi de kapsadığı kabul edilen geniş anlamda bağa dayanan ikame yerine sadece malvarlığı aracılığı ile (“mit Mitteln der Erbschaft”) ikame düzenlenmiştir. İkamenin bu şekli ancak hukuki işlem yolu ile gerçekleşmektedir. Sözleşmenin türünün ne olduğunun hiçbir önemi olmaksızın (Palandt/Weidlich, BGB § 2111, s. 2483, Rn. 5; MüKoBGB/Grunsky, 7. Aufl. 2017, BGB § 2111, Rn. 12) bu yolla elde edilen kazanım doğrudan terekeye ait olur. Hatta, ön mirasçı, kişisel kullanımı için ve bu özel malvarlığını kaynak olarak kullanarak tasarrufta bulunmuş ve bunun sonucu olarak bir kazanım elde etmişse, bu paragraf uyarınca iktisap konusu değer de tereke değerleri arasına girer. Staudinger/Avenarius, 2019, BGB § 2111, Rn. 23; NK-BGB/Gierl, 2018, BGB § 2111, Rn. 15; Burandt/Rojahn/Lang, 2019, BGB § 2111, Rn. 12; v. Lübtow, U.: Erbrecht 2. Halbband, Berlin 1971, s. 886 bkz. MüKoBGB/Grunsky, 2017, BGB § 2111, Rn. 12, dn. 27; Palandt/Weidlich, BGB § 2111, Rn. 5; MAH ErbR/ Wachter, § 17, Rn. 95.

¹⁴⁴³ Oswald, s. 96-112; Piotet, SPR IV/1, s. 107-108; Somm, s. 123. Tuor, 1929, Art. 491, N. 27; Öztan, s. 309; Dural/Öz, s. 179, para. 811; Hauser, s. 63; Hrubesch-Millauer, S.: Art 491 ZGB, Breitschmid, P./ Jungo, A. (Hrsg.), CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Aufl., 2016, s. 92, N. 11 (CHK/Hrubesch-Millauer, Art 491 ZGB, s. 92, N. 11); Studhalter, P.: Art. 491 ZGB, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R., Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar, 3. überarbeitete Aufl., N. 11-12 (OFK/Studhalter, Art. 491 ZGB, N. 11-12).

mirasçı olduğu dönem, aynı ikame ilkesinin uygulanacağını savunan görüştekiler ve malvarlığında ikame ilkesinin uygulanacağını savunan görüştekiler için bir kesişim noktası teşkil eder. Şöyle ki, her iki görüştekiler de ön mirasçının mirasçı olduğu dönemde, üzerinde zilyet ve hak sahibi olduğu özel malvarlığı niteliği teşkil eden terekede ikame ilkesinin işleyeceğini savunmaktadırlar¹⁴⁴⁴. Türk doktrininde de hâkim görüş aynı ikame ilkesinin, ön mirasçının mirasçı olduğu dönemde uygulanacağı yönündedir¹⁴⁴⁵.

İkame ilkesinin ön mirasçının hak sahibi olduğu dönemde uygulanacağını savunanlar, terekenin onun genel malvarlığı yanında özel malvarlığı oluşturduğunu belirtmektedirler¹⁴⁴⁶. Ön mirasçının elindeki özel malvarlığında gerçekleşecek azalmaların önüne geçmek için uygulanan aynı ikame ilkesi gereğince 1. Hukuki işlem aracılığı ve tereke değerlerinin sarfıyla başka bir değer iktisap edildiği hallerde¹⁴⁴⁷ 2. Terekeye ait bir hak dolayısıyla bir kazanım elde edildiği hallerde¹⁴⁴⁸ 3. Tereke değerinin tahrip edilmesi, hasara uğraması, bu değere el konulması sebebiyle ödenen tazminat, sebepsiz zenginleşme bedeli gibi değerler elde edildiği hallerde bu değerler¹⁴⁴⁹ özel malvarlığına ait olur. Dolayısıyla, ön mirasçının bu

¹⁴⁴⁴ Oswald, s. 96-112; Piotet, SPR IV/1, s. 107-108; Somm, s. 123. Her iki görüştekiler ön mirasçının malvarlığı aracılığı ile elde edilen yahut terekeye ait bir hak vasıtasıyla elde edilen veya tereke değerinin zarar görmesi, tahrip olması, bunlara el konulması sebebiyle ödenen tazminatın yine terekeye ait olacağı konusunda hemfikir oldukları için bu başlık altında her defasında malvarlığında ikame ve aynı ikame uygulanır şeklinde ifade kullanmak yerine pratik açıdan daha uygun olması sebebiyle ikame ilkesi ifadesi tercih edilmektedir.

¹⁴⁴⁵ Serozan/Engin, s. 393, para. 177; İmre /Erman, s. 157; Dural/Öz, s. 179, para. 811; Antalya, s. 252; Öztan, s. 309.

¹⁴⁴⁶ Piotet, SPR/2, s. 758; Piotet, SPR IV/1, s. 107 vd.; Oswald, s. 97; Dural/Öz, s. 179, para. 811; Öztan, s. 309; Serozan/Engin, s. 393, para. 177.

¹⁴⁴⁷ Tuor, Art. 491 ZGB, N. 27; BK/Weimar, Art. 491 ZGB, N. 7; CHK/Hrubesch-Millauer, Art 491 ZGB, s. 92, N. 11.

¹⁴⁴⁸ Simonius, s. 28; Somm, s. 126.

¹⁴⁴⁹ Eitel, s. 161; Oswald, s. 98-99; Tuor, Art. 491 ZGB, N. 27; BK/Weimar, Art. 491 ZGB, N. 7; Hrubesch-Millauer, Art 491 ZGB, s. 92, N. 11.

zaman aralığında bu yollardan biri ile iktisap etmiş olduğu değerlerin, mirasın art mirasçıya geçmesine kadar ön mirasçının genel malvarlığına değil de onun yanında mirasın açılmasıyla birlikte meydana gelen tereke değerlerinden oluşan özel malvarlığına ait olacağı belirtilmektedir¹⁴⁵⁰. Ön mirasçının, mirasın art mirasçıya devri için öngörülen şartın gerçekleştiği yahut ölümün gerçekleşmesi ihtimalinde, tereke değerleri ile yukarıda sayılan üç yoldan elde edilen ikame değerleri de iade etmekle yükümlü olacağı ileri sürülmektedir¹⁴⁵¹. Bunun istisnasını, tereke değerlerinin semereleri oluşturmaktadır¹⁴⁵². Ön mirasçının sahip olduğu mirastan yararlanma hakkının doğal sonucu olarak bunların, ön mirasçının genel malvarlığına ait olacağı belirtilmektedir¹⁴⁵³. Ayrıca, ön mirasçı, malın olağan kullanımı sonucu meydana gelen azalmalardan da sorumlu tutulmamaktadır¹⁴⁵⁴. Buna Art. 752 (3) ZGB'nin (TMK m. 800/f. 3'ün) kıyasen uygulanması ile ulaşılır¹⁴⁵⁵.

Ön mirasçının tereke değerlerini tasarruf işlemi ile elden çıkarması karşılığında başka bir değer elde etmesi halinde hukuki işlemle gerçekleşen aynı ikame olayı söz konusu olur¹⁴⁵⁶. Bununla beraber, ikame değerinin yine terekeye ait olması için söz

¹⁴⁵⁰ Piotet, SPR IV/1, s. 107-108; Somm, s. 123.

¹⁴⁵¹ Tuor, Art. 491 ZGB, N. 26- 27; BK/Weimar, Art. 491 ZGB, N. 7 bkz. Hrubesch-Millauer, Art 491, s. 92 N. 11.

¹⁴⁵² Piotet, SPR IV/1, 108; Weimar, P.: BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1 Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, 2009, Art. 491 ZGB, s. 419-420, N. 10.

¹⁴⁵³ BK/Weimar, Art. 491 ZGB, s. 419, N. 10; Hauser, s. 48; CHK/ Hrubesch-Millauer, Art. 491 ZGB, s. 92, N. 11.

¹⁴⁵⁴ Leemann, H.: Art. 752 ZGB, Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, 2. Abteilung: Art. 730-918, Bern 1925, N. 9 vd. (BK/Leemann, 1925, Art. 752 ZGB, N. 9 vd.); Frey, R.: Die Nacherbeneinsetzung, Zürich 1951, s. 68; Wieland, Art. 752 ZGB, N. 3; Hauser, s. 49; Eitel, s. 161.

¹⁴⁵⁵ BK/Leemann, 1925, Art. 752 ZGB, N. 9; Frey, s. 68; Wieland, Art. 752 ZGB, N. 3; Hauser, s. 49 bkz. Eitel, s. 123, dn. 38; Eitel, s. 161.

¹⁴⁵⁶ OFK/Studhalter, Art. 491 ZGB, N. 11-12. Art mirasçının hakkının kapsamına yalnızca tereke unsurlarının değil ikame değerlerin de girdiği ve ikame değerinin tereke malının değerini karşılamadığı hallerde art mirasçının ön mirasçıya karşı ileri sürebileceği tazminat talebinin bulunduğu yönünde bkz. Hauser, s. 63.

konusu *hukuki işlemin geçerli* olması şartı aranır. Ön mirasçının, tereke ile ilgili olağan işlemleri tek başına yapmaya yetkili olması sebebiyle, onun bu suretle yaptığı *tasarruf işlemlerinin geçerli sonuç doğuracağı* ifade edilmektedir¹⁴⁵⁷. Geçerli bir hukuki işlem sonucu elde edilen değerler, bu yüzden, doğrudan terekeye ait olacaktır. Ön mirasçının, miras üzerinde hak sahibi olması sebebiyle yapabileceği tasarruf işlemlerinin sınırını ise art mirasçıya zarar verebilecek işlemler oluşturmaktadır. Ön mirasçının, terekenin olağan yönetimine ilişkin tereke değerleri üzerinde tasarrufta bulunmak suretiyle iktisap ettiği değerler aynı ikame kuralı uyarınca art mirasçıya ait olacaktır¹⁴⁵⁸. Bunun dışında, ön mirasçının art mirasçıya zarar verecek nitelikteki hukuki işlemleri etki doğurmamaktadır¹⁴⁵⁹. Şöyle ki, ön mirasçının yaptığı hukuki işlemlerin bozucu şarta bağlı olduğu, mirasın art mirasçıya geçmesi anında art mirasçının bu işleme icazet vermeyebileceği belirtilmektedir¹⁴⁶⁰. Art mirasçının, ön mirasçının tasarruf işlemine icazet vermediği bu hallerde işlem hüküm doğurmayacağından, aynı ikame ilkesinin uygulanması söz konusu olmayacaktır¹⁴⁶¹. Bununla birlikte, tereke değerleri sarf edilmek suretiyle ve tasarruf yetkisi olmaksızın yapılan tasarruflarda, üçüncü kişinin iyi niyetli olması sebebiyle iktisabının korunduğu hallerde (TMK m. 988, 1023) ön mirasçının elde ettiği değer terekeye girip girmeyeceği sorusunun cevabının tespiti de ikame ilkesinin kapsamını belirlemek açısından önem taşır. İmre/Erman’a göre böyle bir durumda, art mirasçı ön mirasçıya karşı tazminat talebinde bulunabilecektir¹⁴⁶². Aynı şekilde, Dural/Öz de

¹⁴⁵⁷ Bunun aynı ikame ilkesi için yeterli olmadığı ve tasarruf işleminin art mirasçının bilgisi dahilinde olması gerektiği hakkında görüş için bkz. Oswald, s. 106.

¹⁴⁵⁸ Tuor, 1929, Art. 491 ZGB, N. 27.

¹⁴⁵⁹ Dural/Öz, s. 179, para. 810.

¹⁴⁶⁰ Tuor, 1929, Art. 491 ZGB, N. 22.

¹⁴⁶¹ Oswald, s. 105.

¹⁴⁶² İmre/Erman, s. 157, dn. 17.

böyle bir durumda art mirasçının ön mirasçıya karşı ileri sürebileceği bir tazminat hakkının bulunduğunu ifade etmektedir¹⁴⁶³. Tazminat yoluna başvurmak yerine, Tuor'un miras sebebiyle istihkak davası kapsamında mirasçıya tanıdığı rüçhanlı hakkın mevcudiyetine ilişkin görüşü göz önüne alınarak başka bir çözüm bulunabilir. Tuor'a göre, mirasçı, tereke değerini elde eden üçüncü kişinin iktisabının korunmadığı hallerde, üçüncü kişiden tereke değerinin iadesini talep etmek yerine zilyetten ikame değerini kendisine teslimi konusunda rüçhanlı bir hakka sahiptir¹⁴⁶⁴. Burada iyi niyetli üçüncü kişinin korunması ihtimalinde art mirasçıya, zararının tazminini talep etmek yerine ikame değerini iadesini talep etme seçimlik hakkının tanınabileceği kanaatindeyiz. Zira, ön mirasçı, tereke zilyedinden farklı olarak tereke değerlerini iade edeceğini bilebilecek durumdadır, dolayısıyla seçimlik hakkın miras sebebiyle istihkak davasında zilyedin alacağı için oluşacak olumsuz zararın burada doğmayacağı ve hukuk güvenliğinin tehlikeye düşmesinin söz konusu olmayacağı söylenebilir. Seçimlik hakkın mevcut sayılmasını haklı çıkarabilecek bir diğer gerekçe olarak, art mirasçının ikame değeri talep etmesinin aslında o hukuki işleme örtülü olarak icazet vermesi anlamına da gelebileceği gösterilebilir. Dolayısıyla, burada aynı ikame ilkesinin yol açacağı iddia edilen belirsizliğin, art mirasçının işleme icazet verene kadar geçen sürede oluşan belirsizlikten farklı olmadığı ifade edilebilir. Kanımızca, burada art mirasçının tazminat istemek yerine ikame değerini tesliminin talep edileceği kabul edilebilir.

Terekeye ait bir hak dolayısıyla ön mirasçının iktisap ettiği değerler de bu ilke uyarınca onun özel malvarlığına ait olur. Miras bırakanın hayattayken sahip olduğu

¹⁴⁶³ Escher, 1959, Art. 491 ZGB, N. 13; Dural/Öz, s. 179, para. 810, dn. 482.

¹⁴⁶⁴ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 25.

alacak hakkının borçlusu tarafından o öldükten sonra ifa edilmesi halinde bu değer ön mirasçının özel malvarlığına girmektedir. Örneğin, yaşamında piyango biletine ikramiye çıkmış olan miras bırakanın ölümünden sonra söz konusu ikramiyenin ön mirasçısına ödenmesi halinde bu değer tereke değerleri arasında sayılacağı söylenebilir. Bununla beraber, ön mirasçının hakimiyetindeki faiz, kira geliri gibi¹⁴⁶⁵ mirasa ait unsurların semerelerinin ön mirasçının genel malvarlığına ait olduğu¹⁴⁶⁶ tekrar ifade edilmelidir.

Tereke değerine el konulması, onun tahrip edilmesi, zarar görmesi durumunda da ön mirasçıya ödenecek sigorta bedellerinin, tazminatın da ön mirasçının genel malvarlığına değil, özel malvarlığına gireceği belirtilmektedir¹⁴⁶⁷. Tüm bu değerler, mirasın art mirasçıya geçiş anında otomatik olarak, sanki tazminat art mirasçıya ödenmiş gibi, art mirasçıya geçer¹⁴⁶⁸.

Ön mirasçının mirasçı olduğu dönemde ikame ilkesinin uygulanmasına ilişkin değerlendirmemize gelince, aynı ikame ilkesinin ön mirasçının yukarıda bahsi geçen üç yoldan elde ettiği değerlerin sahip olduğu hangi malvarlığı masasına tahsis edileceğini belirleyen bir araç olduğu kanaatini taşımaktayız. Hangi değerlerin hangi malvarlığı masasına ait olacağının tespit edilmesi, art mirasçının menfaatinin korunması için önem arz etmektedir. Bunun için ayrı bir kanun hükmüne gerek olup olmadığı sorulabilir.

¹⁴⁶⁵ Hauser, s. 48.

¹⁴⁶⁶ BK/Weimar, Art. 491 ZGB, s. 419, N. 10; Hauser, s. 48; CHK/ Hrubesch-Millauer, Art. 491 ZGB, s. 92, N. 11.

¹⁴⁶⁷ Oswald, s. 99; Escher (Miras), s. 274.

¹⁴⁶⁸ Oswald, s. 99.

Kanaatimizce, tereke değerleri ile elde edilen değerlerin yine tereke değerlerine ait olması için ayrı bir kanun hükmünün varlığı aranmamalıdır. Ayrıca, burada aynı ikame ilkesinin uygulanması, gerçek hak sahibinin ön mirasçı olması sebebiyle aleniyet prensibinin ihlal edilmesi sonucunu da doğurmayacaktır. Buna ek olarak, tasarruf işleminin geçerli olması için işleme art mirasçının izin veya icazet verdiği ihtimalde de iktisap edilen değer ön mirasçının genel malvarlığına girmesi gibi bir sonuç işin niteliği ile bağdaşmayacaktır. Zira, bu noktada art mirasçının izin veya icazet verdiği hukuki işlemin mirasa dahil olmak üzere verdiğine şüphe duyulmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Ön mirasçının, kendisine art mirasçıya devretmek üzere bırakılan mirasa ilişkin değerler üzerinde, hakkın kötüye kullanılması sınırını (TMK m. 2/f. 2) aşmayacak şekilde tasarrufta bulunması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁶⁹. Onun bu yetkiyi aştığı hallerde, hukuki işlem de geçerli olmayacağından aynı ikame olayı da gerçekleşmeyecektir.

Aynı ikame ilkesinin uygulanmasına yönelik olarak tartışılması gereken bir konuyu tüketilebilen şeyler oluşturmaktadır. İntifa hükümlerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde örnekseme yoluyla ön mirasçılıkta uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁴⁷⁰. TMK m. 813'e göre, tüketilebilen şeylerin mülkiyetinin aksi kararlaştırılmadıkça intifa hakkı sahibine geçmekte olduğu, intifa hakkı sahibinin iade sırasında bu şeylerin o günkü değerini ödemekle yükümlü tutulduğu düzenlenmektedir. Bu maddenin

¹⁴⁶⁹ Öztan, s. 311.

¹⁴⁷⁰ Oğuzman (Miras Hukuku), s. 186; Kocayusufoğlu (Miras Hukuku), 1978, s. 293; Antalya, s. 252; Serozan/Engin, s. 392, para. 177.

kapsamına tüketilebilen şeyler girmektedir. Tüketilebilen şeylerle kastedilen nedir? Eşya hukukunda tüketime tabi eşya ile kastedilen, bir şeyin madde itibariyle tüketilebilir olmasıdır¹⁴⁷¹. Yiyecek, içecek gibi şeyler tüketime tabi olan eşyaya örnek verilebilir. Tüketime tabi eşya sadece madde itibariyle tüketilebilen eşyadan değil aynı zamanda amaç itibariyle kendisinden mübadele aracı olarak yararlanılan para, borsaya kayıtlı kıymetli evraktan da oluşmaktadır¹⁴⁷². Tüm bunlardan yola çıkarak, TMK m. 819’da ifade edilen tüketilebilen şeylerin kapsamına para ve borsaya kayıtlı kıymetli evrakların girdiği de söylenebilmektedir. Bu durumda ön mirasçıya geçen ve art mirasçıya devredilecek olan para ve kıymetli evrakların aynı ikame ilkesi karşısındaki durumu ne olacaktır? Tüm bu açıklamalar ışığında, para ve diğer tüketime tabi değerlerin tüketilebilir eşya olmaları sebebiyle TMK m. 819 uyarınca ön mirasçının genel malvarlığına ait olacağı söylenebilir. Şayet, ön mirasçı bu değerleri tüketirse, yine TMK m. 819 gereğince iade sırasında söz konusu şeylerin o günkü değerini art mirasçıya ödemekle yükümlü olacaktır. Nitekim, Oswald da ister ikame yolu ile iktisap edilsin ister miras bırakanın ölümü ile ön mirasçıya geçsin, para ve diğer tüketilebilen şeylerin ön mirasçının kendi malvarlığına ait olacağını, bu değerlerin sarfıyla elde edilen değerlerin ikame değer sayılmayacağını ileri sürmektedir¹⁴⁷³. Aynı şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi de paranın tüketime tabi eşya olduğunu, ön mirasçının bunun üzerindeki mülkiyet hakkının kayıtsız-şartsız gerçekleştiğini, mirasın art mirasçıya geçişi anında da tüketime tabi eşyanın değerini ödemekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁷⁴. Tuor ise tüketilebilen

¹⁴⁷¹ Sirmen, s. 14; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 17, para. 58.

¹⁴⁷² Sirmen, s. 15; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 17, para. 58.

¹⁴⁷³ Oswald, s. 107.

¹⁴⁷⁴ 5A_294/2014, 05.02.2015, E. 6.2 (fr.) bkz. Eitel, P. /Horat, F.: *Erbrecht 2015–2017 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur*, Successio 2018, s. 232-284, s. 239.

şeyler üzerinde ön mirasçının kayıtsız şartsız tasarruf yetkisini haiz olduğunu, bu değerlerin ön mirasçının genel malvarlığına ait olacağını ileri sürmektedir¹⁴⁷⁵.

Bununla birlikte, bu yaklaşım kabul edilirse, aynı ikame ilkesi para ve kıymetli evrak bakımından uygulanmayacak, paranın ön mirasçının genel malvarlığına karıştığı görüşü çerçevesinde, bu para aracılığı ile iktisap edilen değerlerin de ön mirasçının genel malvarlığına gireceği sonucuna ulaşılabacaktır. Benzer durum ön mirasçıya kendisine bırakılan mirasa ait bir değerın zarara uğraması sebebiyle ödenen tazminat için de geçerli olacaktır. Eğer yukarıdaki görüşe üstünlük tanınırsa ödenen tazminat yine ön mirasçının genel malvarlığına girecek, özel malvarlığı yalnızca para dışındaki değerlerden oluşacaktır. Dolayısıyla, bu özel malvarlığının korunması sağlanamayacaktır. Bu da art mirasçının menfaatini ihlal edecektir.

Kanaatimizce, kanunda paranın art mirasçıya iadesi ile ilgili olarak intifa hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektiren bir boşluk bulunmamaktadır. Miras bırakanın art mirasçıya geçmek üzere ön mirasçıya bıraktığı tüm değerler ön mirasçının özel malvarlığına ait olup, aynı ikame olayı vuku bulacaktır. Doktrindeki ön mirasçıya ödenen tazminatın (veya sigorta bedelinin¹⁴⁷⁶) ikame ilkesi uyarınca yine terekeye ait olacağı hususundaki görüş¹⁴⁷⁷ de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Her ne kadar tüketilebilen şeylerin ön mirasçının genel malvarlığına ait olduğunu ileri sürmekte ise de Tuor, ön mirasçının terekenin olağan idaresi sebebiyle

¹⁴⁷⁵ Tuor, 1929, Art. 491 ZGB, N. 20.

¹⁴⁷⁶ Öztan, s. 309.

¹⁴⁷⁷ Bkz. Tuor, 1929, Art. 491 ZGB, N. 27; Escher, 1959, Art. 492 ZGB, N. 11; Escher (Miras), s. 274. Oswald ikame yoluyla iktisap edilen para ve tüketilebilen eşyalarla, mirasla kendisine art mirasçıya geçmek üzere bırakılan para ve tüketilebilen eşyaların onun genel malvarlığına ait olacağını ileri sürerken (Bkz. Oswald, s. 107); sigorta bedeli, tazminat gibi değerlerin aynı ikame aracılığıyla terekeye ait olacağını savunmaktadır Bkz. Oswald, s. 99.

elden çıkardığı değer karşılığında iktisap ettiği paranın aynı ikame uyarınca art mirasçıya geçeceğini savunmaktadır¹⁴⁷⁸. Hauser, çabucak bozulabilir ve bu yüzden tasarrufu zorunlu nitelikteki tüketilebilir bu malların ön mirasçının genel malvarlığına ait olacağını, bununla beraber bir kıymetli evrakın değerinin düşmesi ihtimaline karşı onun elden çıkarılmasının mirasın muhtevasını korumaya yönelik bir işlem olduğunu ve elde edilen karşılığın esas tereke malının yerine geçeceğini ve bunun art mirasçıya geçecek olan malvarlığına dahil olacağını belirtmektedir¹⁴⁷⁹. Federal Mahkeme verdiği başka bir kararında ikame ilkesi uyarınca, ön mirasçının terekeye ait bir değeri satması karşılığında elde ettiği bedeli, mirasın art mirasçıya geçmesi anında art mirasçıya iade etme yükümlülüğünün kapsamında olduğundan bahsetmektedir¹⁴⁸⁰. Aksi yorum, aynı ikame ilkesinin ön mirasçılıkta konusunu para teşkil eden tereke değerlerini dışlayacak ve bu ilkenin ön miras kapsamında dar bir uygulama alanının olduğu sonucuna ulaştıracaktır. Bu da art mirasçının menfaatini ön mirasçının karşısında zedeleyebilecektir. Yine de buna ilişkin tereddütlerin, BGB § 2111’de olduğu gibi açık bir düzenlenmenin varlığıyla ortadan kalkacağı belirtilebilir. Yalnız, bakiyeye ilişkin art mirasçılıkta yani miras bırakanın ön mirasçının elinde ne kaldıysa art mirasçıya geçireceği yönündeki iradesinin tespit edilebildiği hallerde aynı ikame ilkesi uygulanmayacaktır¹⁴⁸¹.

Ön mirasçılık kapsamında aynı ikame ilkesinin hak sebebiyle gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin olarak terekeye ait bir hak dolayısıyla elde edilen değer de yine terekeye yani ön mirasçının özel malvarlığına ait olmasının doğal

¹⁴⁷⁸ Tuor, 1929, Art. 491 ZGB, N. 27.

¹⁴⁷⁹ Hauser, s. 67.

¹⁴⁸⁰ 5A_715/2015, 14.04.2016, E. 3.3.2.

¹⁴⁸¹ Dural/Öz, s. 179, para. 812.

olduğu söylenebilir. Burada, aynı ikame ilkesi, ikame değerin hangi malvarlığı masasına ait olduğunu belirlemede yol göstericidir. Örneğin, terekeye ait bir taşınmazda define bulunması halinde TMK m. 772/f. 2 uyarınca definenin, içinde bulunduğu taşınmaz malikine ait olacağı gerekçesiyle, bu definenin yine terekeye yani ön mirasçının özel malvarlığına tahsis edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar ön mirasçı, söz konusu taşınmaz üzerinde hak sahibi ise de onun bu hakkı ancak miras art mirasçıya geçene kadar devam eder. Mirasın art mirasçıya geçişi anında definenin fiili hakimiyetini ön mirasçının art mirasçıya geçirme yükümlülüğü bulunmalıdır. Nitekim, Oswald da definenin terekenin semereleri kapsamında değerlendirilmeyeceğini, aksine terekeye ait olacağını ifade etmektedir¹⁴⁸². Miras bırakanın hayattayken aldığı piyango biletine ikramiye çıkması halinde, ön mirasçıya ödenen bedel borcun ifası niteliğinde olduğu için o da terekeye ait olmalıdır. Bununla beraber, yukarıda ifade edildiği üzere paranın tüketime konu eşya kapsamında değerlendirilip, ön mirasçının genel malvarlığına karıştığı görüşüne üstünlük tanınırsa, bu durumda, BGB § 2111’de olduğu gibi açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle, ön mirasçının ikramiyeyi harcamasının önüne geçilmesi ancak TMK m. 523’te öngörülen güvencelere başvurulması ile söz konusu olacaktır. Bu görüş savunulduğunda, ön mirasçıdan güvence gösterilmesi talep edilebileceği gibi, terekenin mahkeme tarafından resmen yönetilmesi talebinde de bulunulabilir. Aynı durum, tereke değerinin zarara uğraması veya tahrip edilmesi gibi benzeri durumlarda ön mirasçıya ödenecek tazminatta da geçerli olacaktır. Bununla birlikte, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, burada intifa hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektirecek bir boşluk bulunmadığı kanaatini taşımaktayız. Paranın da miras

¹⁴⁸² Oswald, s. 103.

bırakılan diğ er değerler gibi  n mirasçının özel malvarlığına ait olacağı, hukuki işlemle yahut hukuki işlem dışı (hak sebebiyle yahut tazminata dayanan ikame yolu ile) yollarla iktisap edilen değerlerin yine bu özel malvarlığına gireceğini savunmaktayız.



SONUÇ

Bu çalışmada ulaşılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Aynı ikame prensibinin münferit objeler ve özel malvarlığı olmak üzere iki farklı uygulama alanı bulunmaktadır.
2. Alman, İsviçre ve Türk hukukunda, münferit objelerde uygulanan aynı ikame düzenlemeleri mevcuttur. Bu kapsamda aynı ikame kuralının *kanunda düzenlenen* otomatik bir hak iktisap yolu olduğu söylenebilir. *Common law* kurumunda ise tracing'in aynı ikamenin bir formu olduğu ileri sürülmektedir¹⁴⁸³.
3. Aynı ikame ilkesi özel malvarlığı kavramı ile doğrudan ilişkilidir. Doktrinde, aynı ikame ilkesi ve özel malvarlığı birlikte anılmaktadır. Bunun gerekçesi olarak aynı ikame ilkesinin, özel malvarlığının muhtevasını korumaya yönelik bir araç olduğunun kabulü ileri sürülebilir. Bir kimsenin tek bir malvarlığı olsa da bu malvarlığı birden çok malvarlığı masasını ihtiva edebilir. Bir özel malvarlığının idaresi ile alakalı olarak üç farklı ihtimal söz konusudur: a. Özel malvarlığı, bu malvarlığı üzerinde hak sahibi olan kişi tarafından idare edilmektedir. Bu durumda bir kimseye ait iki farklı malvarlığı masası bulunmakta olup her ikisi de hak sahibi tarafından idare edilmektedir (örn. mal rejimlerinde kişinin hem edinilmiş mallarını hem de kişisel mallarını idare etmesi hali). b. Özel malvarlığı, herhangi bir hakka dayanmaksızın üçüncü kişi tarafından idare edilmektedir (örn. tereke değerlerine haksız zilyet olan kişinin tereke değerlerini idare etmesi hali) c. Özel malvarlığı,

¹⁴⁸³ Schäfer, F.: *Die Vindikation im englischen Privatrecht – Zehn Jahre Foskett v. McKeown*, StudZR 2010, s. 275-296, s. 282.

malvarlığının idaresinde hak sahibi olan üçüncü kişi tarafından idare edilmektedir (örn. anne ve babanın çocuğun malvarlığını idaresi). Bu üç farklı durumda da aynı ikame ilkesinin amacı özel malvarlığının muhtevasının değişimlere karşı korunmasıdır.

4. Alman hukukunda, aynı ikame terimi, hem münferit objeler kapsamında gerçekleşen ikame olayı için hem üçüncü kişiler tarafından idare edilen özel malvarlığını hem de hak sahibi tarafından idare edilen malvarlığı kapsamında gerçekleşen ikame olayı için kullanılırken; İsviçre doktrini aynı ikame terimini, münferit bir obje üzerinde gerçekleşen ikame olayı ile bir malvarlığı üzerinde iki farklı hak sahibi bulunan hallerde gerçekleşen ikame olayı halleriyle sınırlamaktadır. Bir kimsenin hukuki alanında üzerinde hak sahibi olduğu iki farklı malvarlığı masası mevcutsa, özel malvarlığında gerçekleşen ikame olayı malvarlığında ikame olarak adlandırılır. İlk durumda, ikame olayı hukukun genel prensiplerine aykırılık teşkil ederken ve gerçekleşmesi için açık kanun hükmünün varlığı gerekirken; ikinci durumda hukukun genel prensiplerine aykırılık söz konusu değildir ve kanunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamaktadır. İsviçre’de yapılan bu sınıflandırma, malvarlığı kapsamında uygulanan aynı ikame ilkesinin tanımlanması için ışıktır. Biz çalışmamızda aynı ikame ilkesini tüm bu ihtimalleri içerisine alan geniş bir kavram olarak ele almayı tercih etmekteyiz. Bu sınıflandırma da göz önüne alındığında, aynı ikame, otomatik bir hak iktisap şekli olarak karşımıza çıkabileceği gibi malvarlığı masaları arasında bir hakkın hangisine tahsis edileceğini belirleyen bir araç olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Tüm bu hallerde, aynı ikame ilkesi hak sahibinin korunmaya değer menfaatine hizmet etmektedir. Alman hukukunda aslen

mirasçılarının, eşlerin (kişisel mallar) ve çocuğun menfaati; özellikle miras hukukunda ikinci derecede de alacaklıların menfaatinin korunmaya değer olduğu buna ilişkin düzenlemelerden (BGB § 2019, BGB § 2041, BGB § 2111, BGB § 1418, BGB § 1638, BGB 1646) çıkarılabilmektedir.

5. Bu çalışmanın esas konusunu bazı malvarlığı masalarında aynı ikame ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı oluşturmaktadır. Alman hukukunda, miras sebebiyle istihkak davasında, miras ortaklığında, ön mirasçıya bırakılan miras kapsamında; mal rejimlerinden mal ortaklığında eşlerin kişisel malları kapsamında; -tartışmalı olmakla birlikte- çocuğun anne ve babası tarafından idare edilen malvarlığı kapsamında aynı ikame ilkesinin uygulanacağı BGB’de açıkça düzenlenmektedir. Türk hukukunda yalnızca edinilmiş mallara katılma rejiminde TMK m. 219’da ve TMK m. 220’de *ikame ilkesinin* düzenlendiği ileri sürülmektedir. Bunun dışında, miras sebebiyle istihkak davası kapsamında, miras ortaklığında ve ön mirasçının zilyetliğindeki mirasta aynı ikame ilkesinin uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir. Türk doktrininde çocuğun idare ettiği malvarlığı kapsamında aynı ikame ilkesinin uygulanacağı ifade edilmemektedir.

6. Mal rejimleri kapsamında edinilmiş mallara katılma rejiminde kişisel mallar ve edinilmiş mallarda aynı ikame ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Buna ilişkin kanunda açık düzenleme mevcuttur.

7. Çocuğun malvarlığı ile alakalı olarak yapılan değerlendirme sonucunda, çocuğun anne ve babası tarafından idare edilen malvarlığında yasada aynı ikame düzenlemesi

olmadığı tespit edilmiştir. Çocuğun anne ve babası tarafından idare edilen malvarlığında aynı ikame ilkesine ilişkin bir boşluk olmadığı, vekâlet hükümlerine yapılan atfın, çocuğa gereken korumayı sağladığı söylenebilir. Bununla beraber, çocuğun kendi idaresine tabi olan malvarlığı özel bir malvarlığı teşkil etmekte olup aynı ikame ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Kanun koyucu, çocuğun sömürülmesi tehlikesine karşı onun menfaatini korumayı hedeflemektedir. Bu da çocuğun, anne ve babasının idaresine tabi olmayan malvarlığı değerleri ile bağlantılı olarak iktisap ettiği değerlerin, yine, bu malvarlığı masasına dahil olmasını gerektirir.

8. Aynı ikame ilkesinin Türk medeni hukukundaki görünümünü incelemek üzere miras hukukuna ilişkin olarak yapılan değerlendirme ışığında, terekeye haksız zilyet olan kişinin tereke unsurları yerine iktisap ettiği ikame değerlerin terekeye ait olacağı yönündeki¹⁴⁸⁴ ve (bunun sonucu olarak) bunların miras sebebiyle istihkak davası sonucunda istenebileceğine ilişkin hâkim görüşe¹⁴⁸⁵ katılmamamakta olduğumuzu belirtebiliriz. Miras sebebiyle istihkak davasında iade yükümlülüğünün konusunu aynı ikame ilkesi ile elde edilen ikame değerlerin oluşturduğunu ileri süren görüş, kanunda düzenlenmeyen bu kuralın, miras sebebiyle istihkak davasının doğal ve mantıklı¹⁴⁸⁶ sonucu olduğunu ileri sürmektedir. Bununla beraber biz, iyi niyetli haksız zilyetten ikame değerinin iadesinin ancak üçüncü kişinin iyi niyetine sonuç bağlanarak kişinin tereke unsuruna ilişkin hak iktisabının korunduğu hallerde ve

¹⁴⁸⁴ Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 23; Escher, Art. 599 ZGB, N. 6; Oswald, s. 56; Schucan, s. 82; Gürsoy, s. 119; Akbıyık, s. 246.

¹⁴⁸⁵ Rossel/Menta, s. 207 ve Marrel, s. 102 bkz. Escher, Art. 599 ZGB, s. 363, N. 4; Leuch, s. 35, s. 38 vd.; Schucan, s. 81; Escher, Art. 599 ZGB, N. 4; BGE 52 II 195, 199; BGE 55 II 18, 21; BGE 75 II 288, 292; Tuor/Picenoni, Art. 599 ZGB, N. 19; Oswald, s. 53 vd. Aksi görüşte bkz. Girsberger, s. 102 vd.; Gürsoy, s. 105-118; Ergüven, s. 31, 69-71; Gönensay, s. 307; Öztan, s. 433; Dural/Öz, s. 443-444, para. 1837-1838.

¹⁴⁸⁶ Gürsoy, s. 107.

mirasçılarının geçersiz tasarruf işleme icazet vermeleri halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mümkün olabileceğini, aynı ikameye ilişkin açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle, hâkim görüşün vardığı sonuca varılamayacağını ifade etmek suretiyle belirtebiliriz. Tereke malına kötü niyetle haksız zilyet olan kişi tereke malını elden çıkarmışsa ve karşı sözleşen üçüncü kişinin tereke malına ilişkin hak iktisabı korunmakta ise iyi niyetli olmayan haksız zilyet, malın kaybından dolayı ortaya çıkan zararları tazminle yükümlüdür¹⁴⁸⁷. İyi niyetli olmayan haksız zilyedin tereke malı karşılığında elde ettiği değer ayni ikame yoluyla terekeye girmesi de söz konusu değildir¹⁴⁸⁸. Şayet, üçüncü kişinin tereke unsuruna ilişkin hak iktisabı korunmamakta ise o zaman üçüncü kişiden tereke malının iadesi miras sebebiyle istihkak davası ile istenebilir. Bu durumda malı devreden haksız zilyetten bu sebeple uğranılan zararların tazmini¹⁴⁸⁹ de zilyetlik kuralları uyarınca talep edilebilir (TMK m. 995). Bununla birlikte gerek miras ortaklığında gerekse ön mirasçının elindeki miras kapsamında aynı ikame ilkesinin uygulanacağı kanaatini taşımaktayız. Zira, her iki durumda da miras, mirasçılarının malvarlığı yanında özel malvarlığı teşkil etmekte olup, bu özel malvarlığına ait değerlerle bağlantılı olarak iktisap edilen değerlerin yine bu malvarlığına ait olacağı ifade edilebilir. Bu değerlerin mirasçılarının genel malvarlığına ait olacağını kabul etmek bu özel malvarlığının muhtevasının korunamaması sonucunu doğuracaktır.

¹⁴⁸⁷ Piotet, SPR IV/2, s. 767.

¹⁴⁸⁸ Aynı görüşte bkz. Piotet, SPR IV/2, s. 767.

¹⁴⁸⁹ Piotet, SPR IV/2, s. 767; Piotet (Erbgang II), s. 6; Stark, Art. 940 ZGB, N. 7; Somm, s. 138.

KAYNAKÇA

Abrevanel, P.: *L'immeuble geré d'une substitution fidéi commissaire*, Jdt 1958 I 35.

Acabey, B.: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler*, Şıpka, Ş./ Özbilen, B./ Şensöz, E. (Yayına hazırlayan), Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, 17-18 Kasım 2006, İstanbul 2007.

Acar, F.: *Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri ve Eşin Miras Payı*, 5. Baskı, Ankara 2016.

Adalet Bakanlığı: *Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri*, Ankara 2002.

Affolter, K.: Art. 405 ZGB, Honsell, H./Vogt N. P. /Geiser T. (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Basel-Genf-München 2002 (Kısalt., BSK/ Affolter, 2002).

Akbıyık, C.: *Miras Sebebiyle İstihkak Davası Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Işığında Bilimsel Bir Sentez Denemesi*, İstanbul 2003.

Akçura Karaman, T.: *Ödünç Sözleşmeleri*, Öz, T./Acar, F./Gökyayla, E./Develioğlu, H. M. (Eds.), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu Cilt. 4, 5 (Madde 207-392), İstanbul 2019.

Akıntürk, T.: *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış İkinci Cilt*, 10. Bası, İstanbul 2006.

Akipek, Ş.: *Turkei*, Kroiß, L./ Ann, C. /Mayer, J. (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, 5. Aufl., 2018 (Kısalt., NK-BGB/Akipek).

- Akipek Öcal, Ş:** *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Sona Erdiren Haller ve Sona Erme Anı*, Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri 18-19 Nisan 2018, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi 2019, C. I, S. 1, s. 457-470.
- Aksoy, M.:** *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı*, Ankara 1964.
- Akyüz, E.:** *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, 6. Baskı, Ankara 2018.
- Akyüz, E.:** *Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması*, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi 1979, C. 12, S. 1-4, s. 153-175 [Kısalt., Akyüz (Çocuk Malları)].
- Algan, M.:** *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, Haziran 2021.
- Altaş, H./Kurt, L. M.:** *İnançlı İşlemler*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. 2, S. 2, s. 1-28.
- Altınok Ormanlı, P.:** *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, İstanbul 2011.
- Altınok Ormanlı, P.:** *Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: Satım Kirayı Bozmaz İlkesinin Sonuçları*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2013, Hukuk Sayısı 24, s. 125-141.
- Amend-Traut, A.:** BGB § 1626, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.), Wellenhofer, M. (Hrsg.), Buch 4 Familienrecht beck-online. GROSSKOMMENTAR, München 2020 (Kısalt., BeckOGK/Amend-Traut, 2020).
- Andres, D.:** InsO § 47, Insolvenzordnung, Nerlich, J./Römermann, V. (Hrsg.), 40. El., München 2020 (Kısalt., Nerlich/Römermann/Andres, 2020).

Ann, C.: Die Erbengemeinschaft, Köln Berlin Bonn München 2001 [Kısalt., Ann (Die Erbengemeinschaft)].

Ann, C.: BGB § 2041, Kroiß, L./ Ann, C. /Mayer, J. (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922 - 2385 BGB, 5. Aufl., 2018, (Kısalt., NK-BGB/Ann, 2018].

Antalya, O. G.: *Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2017, C. 23, S. 3, s. 419-440.

Antalya, O. G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019 [Kısalt., Antalya (Borçlar Hukuku)].

Ataay, A. M./Sungurbey, İ.: Madde 363, Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, İstanbul 1956.

Atalı, M. /Ermenek, İ./Erdoğan, E.: İcra İflas Hukuku, Ankara 2019.

Atasoy, H./Yazıcı, H.: Şahıs Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı: Kanun Metni Açıklama ve Emsal İçtihatlar, Ankara 1970.

Avenarius, M.: BGB § 2111, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 5: Erbrecht: §§ 2064-2196 (Testament 1), 2019 (Kısalt., Staudinger/Avenarius, 2019].

Ayan, M.: Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 12. Baskı, Ankara 2015.

Ayan, M./Ayan, N.: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.

Aybay, A./Hatemi, H.: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012.

Ayiter, N.: Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, Ankara 1983 [Kısalt., Ayiter (Eşya Hukuku), 1983].

Ayiter, N.: Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara 1968 [Kısalt., Ayiter (Mamelek)].

Ayiter, N.: Miras Hukuku, 1. Bası, Ankara [Kısalt., Ayiter (Miras Hukuku)].

Ayiter, N.: Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961 [Kısalt., Ayiter (Elbirliği Ortaklıkları)].

Babafemi, F. O. B.: *The Proprietary Remedies of Tracing: A Comparative Study of English and American Law*, Anglo-American Law Review 1973, Vol. 2, No. 2, s. 198-218, s. 203-204,

https://heinonline.org/HOL/Page?lname=Babafemi&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/comlwr2&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=198, s.e.t. 14.10.2021.

Bachrach, G. J. / Burch, J. V.: *The Surety's Subrogation Rights*, Gallagher, E. G. (Ed.), The Law of Suretyship.

Bayer, W.: BGB § 2041, Grunewald, B./ Maier-Reimer, G./ Westermann, H. P. (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II, 15. Aufl., Köln 2017 (Kısalt., Erman/Bayer).

Baygın, C.: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.

Baudat, E.: L'action en pétition d'hérédité en droit suisse, Lausanne 1964.

Becker, P.: BGB § 1646, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.), Wellenhofer, M. (Hrsg.), Buch 4 Familienrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2021, (Kısalt., BeckOGK/Becker, 2021).

Beckmann, H.: Die Surrogation beim Kindesvermögen, Würzburg 1935.

Berger, C.: BGB § 1287, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, Berger, C./ Mansel, H.-P./Stadler, A./Stürner, R./Teichmann, A. (Hrsg.), 17. Aufl., 2018 (Kısalt., Jauernig/Berger, 2018).

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, T. 27.04.79, BT-Drucksache 8/2788, s. 43.

Beyer, R.: Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche, Marburg 1905.

Biderbost, Y.: Art. 318 ZGB, Breitschmid, P./ Jungo A. (Hrsg.) CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, 3. Auflage, 2016 (Kısalt., CHK/Biderbost).

Biderbost, Y.: Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Freiburg 1996.

Birkmeyer, K.: Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, Erlangen 1879.

Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Band 19, No. 45, s. 85.

Boegl, H.: Der Begriff des Sondervermögens nach Reichsprivatrecht, Leipzig 1933.

Botschaft des Bundesrates betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10053209>, s.e.t. 15.09.2020 (Kısalt., Botschaft KRK BBl 1994 V 1).

Bozer, A.: *Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hudutları*, AÜHFD 1952, C. 9, S. 3, s. 198-211.

Bozkurt, İ.: Velinin Velâyetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri, İstanbul 2010.

Buz, V.: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

Bühler, R.: Art. 401 OR, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R. (Hrsg.), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht OFK - Orell Füssli Kommentar, 3. überarbeitete Aufl., 2016 (K1salt., OFK/Bühler).

Breitschmid, P.: Art. 304 ZGB, Breitschmid, P./ Jungo A. (Hrsg.) CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, 3. Auflage, 2016 (K1salt., CHK/Breitschmid).

Breitschmid, P.: Art. 318 ZGB, Geiser, T./Fountoulakis, C. (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., 2018, (K1salt., BSK/Breitschmid, 2018).

Brox, H. /Walter, W.-D.: Erbrecht, 28. Aufl., 2018.

Brox, H./Walker, W.-D.: Allgemeiner Teil Des BGB, 42. Aufl., München 2018 (K1salt., Brox/Walker, AT BGB).

Brudermüller, G.: BGB §1365, BGB § 1369, BGB § 1416, BGB § 1418, Palandt, O./ Brudermüller, G./Ellenberger, J./ Götz, I./ Grüneberg, C./ Herrler, S./Sprau, H./Thorn, K. /Weidenkaff, W./ Weidlich, D./ Hartmut/ W. (Hrsg.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 7, 78. Aufl., München 2019 (K1salt., Palandt/Brudermüller).

Brühwiler, J.: Die betriebliche Personelfürsorge in der Schweiz, Bern 1989.

Budzikiewicz, C.: BGB § 1473, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, Stürner, R. (Hrsg.), 17. Aufl., München 2018, (K1salt., Jauernig/Budzikiewicz, 2018).

Buhrow, G.: Die Surrogation im bürgerlichen Recht, Wittenberg 1923.

Burandt, W. /Auf der Horst, I.: *Erbrechtlichen Grundlagen- Teilungsanordnung, Vorausvermächtnis, Auflage*, FuR (Familie und Recht) 2018, s. 246 – 249.

Cantieni, L./Vetterli, R.: Art. 304 ZGB, Bächler, A., Jakob, D. (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch Kurz Kommentar ZGB, 2. Aufl., 2018 (Kısalt., KUKO ZGB/Cantieni/Vetterli).

Carlberg, U.: *Teil B Güterrecht/Vermögensrecht*, Praxishandbuch Familienrecht, Scholz, H./Kleffmann, N./Doering-Striening, G. (Hrsg.), 35. EL, München 2018, (Kısalt., Scholz/Kleffmann/Doering-Striening/Carlberg, Teil B Güterrecht/Vermögensrecht).

Çatalbaş, İ.: *Türk Medeni Kanunu'nda Velayet ve Ortak Velayet*, Ankara 2021.

Caviezel, C.: *Die Vermögensverwaltung Durch Den Vormund*, Freiburg 1988.

Çakar, M. S.: *Türkçe- Almanca Almanca-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1999.

Çelik, C.: *Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması*, Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009.

Çınar, Ö.: *Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı*, İÜHFM 2013, S.1, s. 1355-1363.

Coester-Waltjen, D.: *Die dingliche Surrogation*, JURA 1996, s. 24-28.

Coing, H.: *Die Treuhand Kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München 1973.

Consmüller, J.: *Die Surrogation beim Vorbehaltsgut (§ 1370 BGB) und ihre Wirksamkeit dritten Personen gegenüber*, Liebig, 1916.

Cottier, M.: Art. 318 ZGB, Bächler, A., Jakob, D. (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch Kurz Kommentar ZGB, 2. Aufl., 2018 (Kısalt., KUKO ZGB/Cottier).

Cömert Akbay, B.: *Aynı İkame İlkesi ve Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021, C. 25, S. 1, s. 267-311.

Curti-Forrer, E.: *Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen*, Zürich 1911.

Damrau, J.: BGB § 1287, Gaier, R. (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 8: Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 8. Aufl., München 2020, (K1salt., MüKoBGB/Damrau, 2020).

Davies, K./ Farran, S.: *Equity and Trusts*, 2nd edition, 2019, <https://eds.b.ebscohost.com/eds/ebookviewer/ebook?sid=96f7c8b6-73e4-422e-b7b8-a0dd71fe3c6e%40pdc-v-sessmgr01&vid=1&rid=1&format=EB>, s.e.t. 14.09.2021.

Deschenaux, H./Steinauer, P. H./Baddeley, M.: *Les effets du mariage*, 2.A, Bern 2009.

Deschenaux, H./Steinauer, P.-H.: *Le nouveau droit matrimonial*, Bern 1987.

Dethloff, N.: *Familienrecht*, 32. Aufl., München 2018.

Dettenborn H.: *Kindeswohl und Kindeswille Psychologische und rechtliche Aspekte*, 4. überarb. Aufl., München 2014.

Dieckmann, A.: BGB § 2019, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB Band 21, Erbrecht 1: §§ 1922-2063 BGB, Damrau, J. (Red.) / Siebert, W./Baur J.F.(Hrsg.), 13. Aufl., Stuttgart 2002 (K1salt., Soergel/Dieckmann).

Döll, Y.: BGB § 1626, Grunewald, B./ Maier-Reimer, G./ Westermann, H. P. (Hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II*, 15. Aufl., Köln 2017, (K1salt., Erman/Döll).

Dölle, H.: Familienrecht Darstellung des deutschen familienrechts mit rechtsvergleichenden hinweisen Band I, Karlsruhe 1965 [Kısalt., Dölle (Bd. I)].

Dölle, H.: Familienrecht Darstellung des deutschen familienrechts mit rechtsvergleichenden hinweisen Band II, Karlsruhe 1965.

Dönmez, Ü.: Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanması, Ceylan, E. (Ed.), Aile Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul Aydın Üniversitesi 2021, s. 45-46.

Dönmez, Z.: Boşanma Davasında ve Dava Sonrasında Çocukların Hukukî Durumu, Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, 10-11 Mart 2017, <http://www.kadinvehukuksempozyumu.com/2017/bildiriozeti/73.pdf>, s.e.t. 10.03.2021.

Droin, J.: La représentation indirecte en Droit Suisse, Geneve 1956.

Druey, J. N.: Grundriss des Erbrechts, Bern 2002.

Dural, M./Öz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2020.

Dural, M./Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2020 [Kısalt., Dural/Öğüz (Kişiler Hukuku)].

Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M. A.: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2021.

Duke, R. J.: *The Tucker Act and Payment Bond Surety's Equitable Claim of Subrogation Post-Blue Fox: Keys to the Courthouse Doors*, Catholic University Law Review 2005, V. 54, I. 1, s. 267-296.

Ebenroth, C. S.: Erbrecht (Juristische Kurzlehrbücher für Studium und Praxis), 1992.

Eggel, M.: *Der Anwendungsbereich der Surrogation im Erbrecht*, Successio 2015, s. 278-287 [Kısalt., Eggel (Erbrecht)].

Eggel, M.: Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Bern 2013.

Egger, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II. Band Familienrecht Das Familienrecht Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft Art. 252-359, Egger, A. et. al. (Hrsg.), 2. umgearbeitete Aufl., Zürich 1943.

Egger, A.: Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku İkinci Kısım: Hısımlık (Çeviri Çağa, T.), İstanbul 1949 [Kısalt., Egger (Şerh)].

Eitel, P. /Horat, F.: *Erbrecht 2015–2017 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur*, Successio 2018, s. 232-284.

Eitel, P.: Die Anwartschaft des Nacherben, Bern 1991.

Elçin Grassinger, G.: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul 2009.

Ennecerus, L./Nipperdey, H. C./Wolf, M.: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Ein Lehrbuch Erster Halbband, 1952 [Kısalt., Ennecerus/Nipperdey/Wolf (BGB AT I), 1952].

Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, No: 13/4899, T.: 13.06.96, ≤ <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/048/1304899.pdf> ≥ s.e.t. 04.11.2018.

Erdem, M.: Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.

Erdoğan, İ./Keskin, D.: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020.

Erdoğan, B.: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2014.

Eren, F.: *Miras Sebebiyle İstihkak Davası*, Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, s. 1045-1061.

Eren, F./ Yücer Aktürk, İ.: Türk Miras Hukuku, Ankara 2019.

Ernst, W.: Die Rechtliche Stellung des Surrogats in den Reichsgesetzen, Hamburg 1908.

Ertaş, Ş.: Eşya Hukuku, 3. Bası, İzmir 1997.

Escher, A.: Das Erbrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich 1912 (Kısalt., Escher, 1912].

Escher, A.: Medeni Kanun Şerhi Miras Hukuku, Ansay, S. Ş. (Türkçe'ye çeviren), Ankara 1949 [Kısalt., Escher (Miras)].

Escher, A.: Vorbemerkungen Zur Nacherbfolge (Art. 488-493), Art. 491 ZGB, Beck, E. et. al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch III. Band Das Erbrecht 1. Abteilung Die Erben Art. 457-536) 3. Aufl., Zürich 1959 (Kısalt., Escher, 1959).

Escher, A.: Vorbemerkungen Art. 598- Art. 601 ZGB, Art. 599 ZGB, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Das Erbrecht, Erste Abteilung, Die Erben (Art. 457–536); Zweite Abteilung, Der Erbgang (Art. 537–640), 3. Aufl., Zürich 1960.

Esener, T.: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961.

Feist, O.: Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Tübingen 1903.

Felmann, W.: Art. 401 OR, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung Die Einzelnen Verhältnisse, 4. Teilband, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992 (Kısalt., BK/Felmann, 1992).

Feyzioğlu, N. F.: Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü, İstanbul 1958.

Feyzioğlu, N. F./Özakman, C. H./ Sarıal, M. E.: Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986.

Flechtner, U.: BGB § 2038, BGB § 2041, Burandt, W./ Rojahn, D. (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare 10. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Buch 5. Erbrecht, 3. Aufl., München 2019 (Kısalt., Burandt/Rojahn/Flechtner, 2019).

Fleindl, H.: BGB § 2018, BGB § 2019, Kroiß, L./Ann, C./Mayer, J. (Hrsg.), Nomos Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, 5. Aufl., 2018, (Kısalt., NK-BGB/ Fleindl).

Forni, R./Piatti, G.: Art. 599 ZGB, Basler Kommentar (BSK) Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Aufl., Basel 2006 (Kısalt., BSK/Forni/Piatti, 2006).

Forni, R./Piatti, G.: Art. 598 ZGB, Art. 599 ZGB, Geiser, T. /Wolf, S. (Hrsg.), Basler Kommentar (BSK) Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, 6. Aufl., 2019, (Kısalt., BSK/Forni/Piatti, 2019).

Frey, R.: Die Nacherbeneinsetzung, Zürich 1951.

Friederici, P.: BGB § 1414, Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4: Familienrecht §§ 1297-1921 BGB, Kaiser, D./Schnitzler, K./Friederici, P./Schilling, R. (Hrsg.), 3. Aufl., 2014 (Kısalt., NK-BGB-FamR/Friederici).

Fritzsche, J.: BGB § 90, Hau, W. /Poseck, R. (Hrsg.), BeckOK BGB Buch 1.

Allgemeiner Teil, 56. Edition, 2020 (Kısalt., BGB/Fritzsche, 2020).

Fröschle, T.: Sorge und Umgang in der Rechtspraxis, FamRZ-Buch 37, 2013.

Gautschi, G.: Art. 401 OR, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhältnisse 4. Teilband

Der Einfache Auftrag Art. 394-406 OR, 2. Aufl., Bern 1960, (Kısalt., BK/Gautschi, 1960).

Geiser, T.: Die vertraglichen Güterstände in: Vom alten zum neuen Eherecht, Bern 1986 [Kısalt., Geiser (Die vertraglichen Güterstände)].

Geiser, T.: *Zur Behandlung von Leistungen von Personal – und Sozialversicherungsrichtungen, Sozialversicherungen sowie Entschädigungen wegen Arbeitsunfähigkeit und Genugtuungsansprüchen beim neuen ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung*, ZBJV 1981, Band 117, s. 465-479.

Geiser, T.: 2. *Gesellschafts- und Unternehmensrecht /Unternehmensnachfolge*, Law & Economics Festschrift für Peter Nobel zum 70.Geburtstag, 2015 [Kısalt., Geiser (Gesellschafts- und Unternehmensrecht)].

Gençcan, Ö. U.: 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002.

Gençcan, Ö. U.: Velâyet Hukuku, Ankara 2015.

Gençcan, Ö. U.: Mal Rejimleri Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2017.

Genner, A.: Das Surrogationprinzip und seine Anwendung beim Sondergut und beim eingebrachten Frauengut des Z.G.B., 1932.

Gergen, T.: BGB § 2041, Sibylle, K.-W. (Redakteurin), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 8. Aufl., München 2020, (Kısalt., MüKoBGB/Gergen, 2020).

Gernhuber, J.: *Elterliche Gewalt heute, eine Grundsatzliche Betrachtung*, FamRZ 1962.

Gernhuber, J./Coester-Waltjen, D.: Familienrecht, 6. Aufl., München 2010.

Gierl, W.: BGB § 2018, BGB § 2019, Burandt, W./ Rojahn, D. (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare Erbrecht Band 65, 3. Aufl., München 2019 (Kısalt., Burandt/Rojahn/Gierl, 2019).

Gierl, W.: BGB § 2111, Kroiß, L./Ann, C./Mayer, J. (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Erbrecht Band 5 §§ 1922- 2385 BGB, 5. Aufl., 2018 (Kısalt., NK-BGB/Gierl, 2018).

Girsberger, A.: Die dingliche Surrogation Der Begriff und seine praktische Bedeutung für das schweizerische Recht, Zürich 1955.

Gottwald, G. / Schwab D. / Büttner E.: Family & Succession Law in Germany, München 2001.

Gökkaya, V.: *Ana ve Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2017, S. 133, s. 325-348.

Göksu, T.: Art 588-600 ZGB, Breitschmid, P. / Jungo, A.: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Aufl., 2016 (Kısalt., CHK/ Göksu, 2016).

Gönensay, A. S.: Medeni Hukuk Cild III (Miras Hukuku), İstanbul 1938.

Götz, I: BGB § 1626, Palandt, O./ Brudermüller, G./Ellenberger, J./ Götz, I./ Grüneberg, C./ Herrler, S. / Sprau, H./Thorn, K. /Weidenkaff, W./ Weidlich, D./

Hartmut/ W. (Hrsg.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 7, 78. Aufl., München 2019 (Palandt/Götz, BGB § 1626, Rn...).

Graham-Siegenthaler, B.: Art. 602 ZGB, Breitschmid, P./Jungo, A. (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Aufl., 2016.

Gross, R.: *Zur Anwendung des § 166 Abs 2 BGB im Rahmen des § 2041 Satz 1 BGB*, MDR 1965, s. 443-445.

Gretton, G. L.: *Trusts without Equity*, The International and Comparative Law Quarterly 2000, Vol. 49, No. 3, s. 599-620, s. 610,
<https://www.jstor.org/stable/pdf/761397.pdf?refreqid=excelsior%3Aef361fbc1cef3c1c5fab0162ec4a6854>, s.e.t. 10.09.2021.

Große-Boymann, T.: BGB § 1922, Burandt, W./ Rojahn, D. (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare 10. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Buch 5. Erbrecht, 3. Aufl., München 2019 (K1salt., Burandt/Rojahn/Große-Boymann, 2019).

Große-Wilde, F.M./ Quart. E. P.: Deutscher Erbrechtskommentar §§ 1922-2385 BGB; Art. 25, 26, 235 EGBGB mit Formulierungshilfen und Mustern, 2. Aufl., Köln 2010.

Grunsky, S.: BGB § 2111, Franz J./ Rixecker, R./ Oetker, H./Limperg, B. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., München 2017 (K1salt., MüKoBGB/Grunsky, 2017).

Guggenheim, D.: Die verträge der schweizerischen bankpraxis, 1966.

Gursky, K. H.: BGB § 2018, BGB § 2019, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5 Erbrecht, 2016, (K1salt., Staudinger/Gursky, 2016).

- Gümüş, A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt: II, 3. Bası, İstanbul 2014 [Kısalt., Gümüş (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II)].
- Gümüş, A.:** Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), İstanbul 2008.
- Gümüş, M. A.:** Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006 [Kısalt., Gümüş (Kayyımlik)].
- Günay, E.:** Miras Hukukunda Mirasçılarının Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması, Ankara 2019.
- Günay, E.:** Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ankara 2015.
- Güneş Ceylan, S.:** *Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004, C. 8, S. 2, s. 0-0.
- Güral Akipek, J.:** Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Bası, Ankara 1972 [Kısalt., Güral Akipek (Eşya), 1972].
- Güral, J.:** *Kimler Miras Sebebiyle İstihkak Davasında Davacı Olabilir*, Ankara Barosu Dergisi 1953, S. 5.
- Gürsel, N.:** *Çocuk Malları ve Ana-Babanın İstifade Hakkı*, Adalet Dergisi 1949, S. 7, s. 972-994.
- Gürsoy, K. T.:** Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ankara 1958.
- Gürsoy, K. T./Eren, F./Cansel, E.:** Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- Gürzumar, O. B.:** *Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004, C. 1, S. 1, s. 105 – 161.

Greenblatt, J. A.: Insurance and Subrogation: When the Pie Isn't Big Enough, Who Eats Last?, *The University of Chicago Law Review* 1997, Vol. 64, No. 4 (Autumn), s. 1337-1366.

Gretton, G. L.: *Trusts without Equity*, *The International and Comparative Law Quarterly* 2000, Vol. 49, No. 3, s. 599-620,
<https://www.jstor.org/stable/pdf/761397.pdf?refreqid=excelsior%3Aef361fbc1cef3c1c5fab0162ec4a6854>, s.e.t. 10.09.2021.

Gretton, G.: *Proprietary Issues*, Johnston, D./Zimmermann, R. (eds.), 2001, Unjustified Enrichment Key Issues in Comparative Perspective, s. 571-588 [Kısalt., Gretton (Proprietary)].

Häcker, B.: "Claiming Substitute Assets from the Transferee (and Third Parties)" *Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law*, London 2013.

Häfeli, C.: Art. 318 ZGB, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R. (Hrsg.), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK- Orell Füssli Kommentar*, 3. Aufl., 2016 (Kısalt., OFK/ Häfeli).

Hamdan, B.: BGB § 1626, BGB § 1646, *juris PraxisKommentar BGB (jurisPKBGB)* Bd. 4, Herberger, M. / Martinek, M. / Rüßmann, H. / Weth, S./ Würdinger, M. (Hrsg.), 9. Aufl., 2020 (Kısalt., jurisPK BGB/Hamdan).

Haneke, S.: InsO § 47, Fridgen, A. /Geiwitz, A. /Göpfert, B. (Hrsg.), *BeckOK InsO mit COVInsAG, InsVV, EuInsVO und Spezialthemen*, 19. Ed., München 2020, InsO § 47 (Kısalt., BeckOK InsO/Haneke, 2020).

Hansmann, H.: *Trust Law in the United States. A Basic Study of Its Special Contribution*, *Am. J. Comp. L. Supp.* 1998, s. 133-150.

Hasse: *Ueber Universitas juris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession*, Archiv für die civilistische Praxis 1822, C. 5, S. 1, s. 1-68.

Hatemi, H.: *Kişiler Hukuku*, Güncellenmiş 8. Bası, İstanbul 2020.

Hauser, B.: *English trusts from an American perspective*, TRUSTS & TRUSTEES 2002, V.9, I.1, s. 15-22b.

Hauser, W.: *Die Stellung des Vor- und Nacherben im schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1934.

Hausheer, H./Jaun, M.: *Grundstücke und Hypotheken in der güterrechtlichen Auseinandersetzung: zu BGE 123 III 152 ff.*, ZBJV 133 1997, s. 512- 523.

Hausheer, H. / Geiser, T./ Aebi-Müller, R. E.: BK-Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, 1992, Art.196 (K1salt., BK-Hausheer/ Reusser/Geiser, 1992).

Hausheer, H.: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, Honsell, H./ Vogt, N.F./ Geiser, T. (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2002 (K1salt., Basler/Hausheer).

Hausheer, H./ Aebi-Müller, R. E.: Art. 196 ZGB, Art. 197 ZGB, Art. 198 ZGB, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, Geiser, T./Fountoulakis, C. (Hrsg.), 6. Aufl., 2018 (K1salt., BSK/Hausheer/Aebi-Müller, 2018).

Hausheer, H./ Geiser, T./ Aebi-Müller, R. E.: *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat*, 5. Aufl., Bern 2014.

Hausheer, H./ Reusser, R./Geiser, T.: Art 197 ZGB, BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1 Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, 1992, (Kısalt., BK/Hausheer/Reusser/Geiser, 1992).

Hausheer, H./Geiser, T./Aebi-Müller, R. E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2014.

Hausheer, H./Geiser, T./Kobel, E.: Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2002.

Hayran, B.: 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu Mal Rejimleri Şerhi (4721 S. TMK: 202-281), Ankara 2004.

Hegnauer, C.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band II Familienrecht Das Familienrecht 2. Abteilung Die Verwandtschaft 1. Teilband Das Eheleiche Kindesverhältnis Artikel 252- 301 ZGB, Bern 1964 (Kısalt., BK/Hegnauer, 1964).

Hegnauer, C.: Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts 5. Aufl. Bern 1999.

Hegnauer, C./ Breitschmid, P.: Grundriss des Eherechts, 4. überarb. Aufl., Bern 2000.

Heinemann, J.: BGB § 1418, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II, Grunewald, B./ Maier-Reimer, G./ Westermann, H. P. (Hrsg.), 15. Aufl., Köln 2017 (Kısalt., Erman/Heinemann).

Helms, T.: BGB § 2018, BGB § 2019, Säcker, F. J./ Rixecker, R./ Oetker, H./ Limperg, B. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2020 (K1salt., MüKoBGB/Helms, 2020).

Henn, A.: BGB § 1287, Gsell, B. / Krüger, W. / Lorenz, S. / Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Reymann, C. (Hrsg.), Buch 3 Sachenrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2020 (K1salt., BeckOGK/Henn, 2020).

Heumann, H. G.: Handlexikon zu den Quellen des Römischen rechts, 7. Aufl., 1891.

Hinderling, H.: Der Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht Band V/I, Basel und Stuttgart 1977.

Hoeren, T.: BGB § 2018, BGB § 2019, BGB § 2032, BGB § 2111, Schulze, R. (Schriftleitung), Dörner, H./ Ebert, I./ Hoeren, T./ Kemper, R./ Saenger, I./ Scheuch, A./ Schreiber, K./ Schulte-Nölke, H./ Schulze, R./ Staudinger, A./ Wiese, V., Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Aufl., 2019 (K1salt., HK-BGB/Hoeren, 2019).

Hoffmann (Berichterstatter der Kommission): Vorlage des Bundesrates Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Sten. Bull.), 1905, s.1187, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20027469.pdf?id=20027469>, s.e.t. 06.10.2020.

Homberger, A.: Art. 938 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV. Band Das Sachenrecht Dritte Abteilung Besitz und Grundbuch Art. 919-977, 2. umgearbeitete Aufl., Zürich 1938.

Horn, R. H.: *Subrogation in Insurance Theory and Practice*, 1964, s. 13-14.

Horn, C. H.: BGB § 2018, BGB § 2019, Grunewald, B./ Maier-Reimer, G./ Westermann, H. P. (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II, 15. Aufl., Köln 2017 (K1salt., Erman/Horn).

Hrubesch-Millauer, S.: Art. 491 ZGB, Breitschmid, P./ Jungo, A. (Hrsg.), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Aufl., 2016 (K1salt. CHK/Hrubesch-Millauer).

Huber, P.: BGB § 1646, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, Säcker, F. J. / Rixecker, R. / Oetker, H./ Limperg, B. (Hrsg.) 8. Aufl., München 2020 (K1salt., MüKoBGB/Huber, 2020).

Huguenin, C.: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008.

Hürlimann-Kaup, B./ Rumo-Jungo, A.: *Dingliche Surrogation bei Verfügungen des Miterben über Erbschaftsgegenstände*, Rumo-Jungo, A./ Pichonnaz, P./ Hürlimann-Kaup, B./ Fountoulakis, C. (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Festschrift für Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, s. 355-367, <https://www.swisslex.ch/de/doc/bookdoc/8743281f-f552-4420-9ac0-14d8047c587c/search/123001077>, s.e.t. 12.10.2020.

Hurni, C.: Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich 2008.

Huwiler, B.: *Beiträge zur Dogmatik des neuen ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung*: BTJP 1987, Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, Bern 1988, s. 63-115.

İmamoğlu, S. H.: Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velâyet Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD 2005, C. 54, S. 1, s. 165-189.

İmre, Z./ Erman, H.: Miras Hukuku, 13. Basım, İstanbul 2017.

İnan, A. N.: Çocuk Hukuku, İstanbul 1968.

İnan, A. N./Ertas, Ş./Albaş, H.: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019.

İnceoğlu, M.: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 1. Baskı, İstanbul 2009.

İşgüzar, H./Demir, M./Yılmaz, S.: Miras Hukuku, Ankara 2019.

Jaeger, W.: 1. Gesetzliches Güterrecht (§ 1372- § 1390) Vorbemerkungen, Johannsen, K. H. (mitbegründet von) /Dieter, H. (Hrsg.), Familienrecht, 6. Aufl., München 2015 (Kısalt., Johannsen/ Dieter/ Jaeger, 1.Gesetzliches Güterrecht (§ 1372- § 1390) – Vorbemerkungen).

Jakob, D.: Art. 198 ZGB, Büchler, A. /Jakob, D. (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., 2018.

Jungo, A.: Art. 197 ZGB, Breitschmid, P./ Jungo A. (Hrsg.), CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Aufl., 2016 (Kısalt., CHK/Jungo, Art.197 ZGB).

Kaya, Ü.: Vekâletsiz İşgörme (Özel Uygulama Hali: Acil Tıbbî Müdahaleler), Ankara 2020.

Kaçak, N.: Miras Hukuku, Ankara 2006.

Kanzleiter, R.: Vorbemerkungen BGB § 1415, BGB § 1416, BGB § 1473, Koch, E. (Redakteurin), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 8 Familienrecht I §§1297-1588 Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz,

Lebenspartnerschaftsgesetz, 7. Aufl., München 2017 (Kısalt., MüKoBGB/Kanzleiter, 2017].

Karaca, H.: Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015.

Karamercan, F.: Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, 3. Baskı, Ankara 2016.

Kemper, R.: BGB § 1473, Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Hand Kommentar, Schulze, R. (Schriftleitung), 10. Aufl., 2019 (Kısalt., HK-BGB/Rainer Kemper, 2019).

Kılıç, M.: *Türk Hukukunda Mirasın Resmî Tasfiyesi*, AÜHFD 2013, C. 62, S. 3, s. 762-817.

Kilian, T.: Die dingliche Surrogation von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht, München 2011.

Kipp, T./Coing, H.: Erbrecht ein Lehrbuch Band V, Enneccerus, Ludwig (eds.), Tübingen 1955.

Kılıçoğlu, A. M.: Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2016 [Kısalt., Kılıçoğlu (Aile Hukuku)].

Kılıçoğlu, A. M.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, Ankara 2002.

Kılıçoğlu, A. M.: Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004 [Kısalt., Kılıçoğlu (Yenilikler)].

Kiygı, O. N.: Wirtschaftswörterbuch, München 1995.

Klinger, M./ Bachrach, G. J./ Haley, T., L. (Eds.): The Surety's Indemnity Agreement: Law and Practice, 2008, 2. ed.

Koblenz, ZErB 2005, s. 168-170.

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Miras Hukuku, Yenilenmiş genişletilmiş tamamlanmış 2. Bası, İstanbul 1978 [Kısalt., Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1978].

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Miras Hukukuna Giriş, İstanbul 1966 [Kısalt., Kocayusufpaşaoğlu (Miras Hukukuna Giriş), 1966].

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008 [Kısalt.

Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Hukuku)].

Koch, E.: BGB § 1365, Koch, E. (Redakteurin), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 9: Familienrecht I §§ 1297-1588, Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, 8. Aufl., München 2019 (Kısalt., MüKoBGB/Koch, 2019).

Korkmaz, E.: Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet, İstanbul 2021.

Köbl, U.: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin 1971.

Köprülü, B./ Kaneti, S.: Aile Hukuku, İstanbul 1985/1986.

Kramer, E. A.: Berner Kommentar Band IV/1, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991.

Krug, W.: *Die dingliche Surrogation bei der Miterbengemeinschaft*, ZEV 1999, s. 381-384.

Kuntalp, E.: *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 263-299 [Kısalt., Kuntalp (Teminat)].

Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Ankara 2013.

- Kulms, R.:** Trust und Treuhand, HWB-EuP 2009,
http://hwbeup2009.mpipriv.de/index.php/Trust_und_Treuhand, s.e.t. 10.09.2021.
- Kurtulan Güner, G.:** Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Küçük, D.:** Borçluya Halefiyet, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 14, S. 1, s. 55-90.
- Lang, M.:** BGB § 2139, Burandt, W./ Rojahn, D. (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare, 3. Aufl., München 2019, (Kısalt., Burandt/Rojahn/ Lang, 2019).
- Lange, H.:** *Verwaltung, Verfügung und Auseinandersetzung bei der Erbengemeinschaft*, JuS 1967, s. 453-457.
- Lange, H./Kuchinke, K.:** Erbrecht Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001.
- Lappe, W.:** Aufrechnung bei Rechtsgeschäften mit Surrogation nach § 1381 BGB und verwandten Fällen des Familien- und Erbrechts, Köln 1938.
- Larenz, K.:** Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967.
- Larenz, K. /Wolf, M.:** Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.
- Leemann, H.:** Art. 752 ZGB, Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, 2. Abteilung: Art. 730-918, Bern 1925 (Kısalt., BK/Leemann, 1925).
- Leipold, D.:** BGB § 1922, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, Sibylle, K.-W. (Redakteurin), 8. Aufl., München 2020 (Kısalt., MüKoBGB/Leipold, 2020).
- Lemp, P.:** Art. 195 ZGB, Art. 196 ZGB, Berner Kommentar, Bd. II: Familienrecht, 1 Abt.: Das Eherecht, 2. TeilBand, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen; Das

güterrecht der Ehegatten (Art. 159-251 ZGB), 3. Aufl. Bern 1968 (K1salt., BK/Lemp, 1968).

Leuch, G.: Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Art. 598-601 unter Berücksichtigung des gemeinen französischen und deutschen Rechtes, 1912.

Lindenberg, E.: Die dingliche Surrogation beim Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch, Heidelberg 1912.

Lindner, R.: BGB § 2018, Gsell, B. / Krüger, W. / Lorenz, S. / Reymann, C. (GesamtHrsg.), Buch 5 Erbrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2019 (K1salt., BeckOGK/Lindner, 2019).

Litzenburger, W.: BGB § 2100, Beck'sche Online-Kommentare BeckOK BGB Buch 5. Erbrecht, Bamberger, H. G. / Roth, H. / Wolfgang, H. / Roman, P. (Hrsg.), 50. Ed., München 2019, (K1salt., BeckOK BGB/Litzenburger, 2019).

Lohmann, I.: BGB § 2041, Bamberger, H. G. / Roth, H. / Hau, W. / Poseck, R. (Hrsg.), Beck'sche Online-Kommentare Buch 5. Erbrecht, 54. Ed., München 2020 (K1salt., BeckOK BGB/Lohmann, 2020).

Löhnig, M.: *Probleme der dinglichen Surrogation am Beispiel der §§ 1370*, 2019 BGB, JA 2003, H. 12, s. 990-995.

Löhnig, M.: BGB § 2041, von Staudinger, J. / Baldus, C. / Dutta, A. / Dobler, K. / Gursky, K.-H. / Löhnig, M. (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 5: Erbrecht: §§ 1967-2063 (Rechtsstellung des Erben), 2016 (K1salt., Staudinger/Löhnig, 2016).

Löhnig, M.: BGB § 2041, Baldus, C. (Red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 5: Erbrecht: §§ 1967-2063 (Rechtsstellung des Erben), 2020 (K1salt., Staudinger/Löhnig, 2020).

Löhnig, M.: BGB § 1646, Löhnig, M. (Red.), Gietl, A. et. al. (Bearbeitet von), Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 19/2 Familienrecht 3/2 §§ 1616-1717, 13. Aufl., Stuttgart 2017 (K1salt., Soergel/Löhnig).

Lorandi, F.: *Erblasser, Erbengemeinschaft, Erbe(n) und Erbschaft als Schuldner*, AJP (Aktuelle Juristische Praxis) 2012, s. 1378- 1392.

Lötscher, C.: *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen*, BSzR - Basler Studien zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 129, 2016, s. 425-449.

Lüthe, E.: *Eigengut und Errungenschaft im neuen ordentlichen Güterstand*, Freiburg 1981.

Luthy, J.: *Les cessions de parts héréditaires*, Lausanne 1955.

Maranta, L.: Art. 304 ZGB, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R. (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK-Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., 2016 (K1salt., OFK/Maranta).

Marrel, A.: *De l'action en pétition d'hérédité*, Lausanne 1915.

Marxer Keller, S.: *Studien zur elterlichen Vertretung und Verwaltung des Kindesvermögens*, Bern 1998.

Maurer, A.: *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht Bd. I*, Bern 1983 [K1salt., Maurer (Schweizerisches)].

Maurer, R.: Das Verhältnis zwischen Erbe und Erbschaftsbesitzer, Regensburg 1999.

Meier, E.: Der gute und böse glaube im erbrecht des schweizerischen zivilgesetzbuches, 1924.

Meier-Hayoz, A.: Systematischer Teil, Berner Kommentar Band IV Das Sachenrecht 1. Abteilung Das Eigentum, 4. Aufl., Bern 1966 (K1salt., BK/Meier-Hayoz, 1966, Systematischer Teil).

Meier, P. /Stettler, M.: Droit de la filiation, 5^{ème} éd., Genève/Zürich 2014.

Menken, H.: Die Dingliche Surrogation bei den Sondervermögen die Familien und Erbrechts, 1991.

Mensch, S.: BGB § 1418, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.) /Krafka, A. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2020, (K1salt., BeckOGK/Mensch, 2020).

Mitchell, C./Watterson, S.: Subrogation, Oxford 2014.

Mössner, G.: beck-online.GROSSKOMMENTAR Allgemeiner Teil Buch 1, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.), München 2019 (K1salt., BeckOGK/Mössner, 2019).

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band IV. Familienrecht, 1988 (K1salt., Motive IV).

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band V. Erbrecht, 1988 (K1salt., Motive V).

Mugdan, B.: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich III. Band Sachenrecht herausgegeben und bearbeitet von B. Mugdan, Berlin 1899,

https://collections.thulb.uni-jena.de/servlets/MCRFileNodeServlet/HisBest_derivate_00010710/Band%203.pdf, s.e.t. 07.07.2020.

Mühlenbruch: *Ueber die s.g. juris und facti universitates*, Archiv für die civilistische Praxis 1834, C. 17, S. 3, s. 321-329.

Müller, R. M.: Art. 757 ZGB, Geiser, T./ Wolf, S. (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 6. Aufl., 2019 (K1salt., BSK/ Müller, 2019).

Müller-Christmann, B.: BGB § 2018, BGB § 2019, Bamberger, H. G. /Roth, H./Hau, W. /Poseck, R. (Hrsg.), BecOK BGB Buch 5. Erbrecht, 56. Ed., München 2020 (K1salt., BeckOK BGB/ Müller-Christmann, 2020).

Muscheler, K.: Erbrecht Band II, Tübingen 2010 [K1salt., Muscheler (Erbrecht)].

Muscheler, K.: BGH: *Umfang der Mitwirkungspflicht eines Miterben an Veräußerung eines Nachlassgegenstandes*, ZEV 2006, H. 1, s. 24.

Näf-Hofman, M./ Näf-Hofman, H.: Schweizerisches Ehe und Erbrecht, Zürich 1998.

Nuspliger, I.: Art. 196 ZGB, Art. 197 ZGB, Art. 198 ZGB, Art. 199 ZGB, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R. (Hrsg.), OFK- Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., 2016 (K1salt., OFK/Nuspliger).

Nomer, H. N.: *Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1997, C. 55, S. 3, s. 243-260.

Oakly, A. J.: *Proprietary Claims and Their Priority in Insolvency*, The Cambridge Law Journal 1995, Vol. 54, No. 2, s. 377-429,

<https://www.jstor.org/stable/pdf/4508088.pdf?refreqid=excelsior%3Ae689175df963e4b9d2623a45870129af>, s.e.t. 10.09.2021.

Oğuzman, K./Dural, M.: Aile hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998 [Kısalt., Oğuzman/Dural (Aile Hukuku), 1998].

Oğuzman, M. K.: Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1978 [Kısalt., Oğuzman (Miras)].

Oğuzman, M. K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2014.

Oğuzman, M. K./ Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 19. Bası, İstanbul 2020 [Kısalt., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku)].

Oğuzman, M. K./ Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2020.

Oktay, S.: Türk Hukukunda İyiniyetli Haksız Zilyedin İade Borcu ile İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Karşılaştırılması, İBD 1990, C. 64, S. 10-11-12.

Olgaç, S.: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi ve İlgili Hususi Kanunlar, Cilt I, 2. Bası, İstanbul 1956.

Olzen, D.: *Der Erbschaftsanspruch*, JuS (Juristische Schulung) 1989, H. 5, s. 374-382.

Oser, D./Weber, R. H.: Art. 401 OR, Widmer Lüchinger, C./ Oser, D. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529, 7. Aufl., 2020 (Kısalt., BSK/Oser/Weber, 2000)].

Oser, H./Schönenberger, W.: Art. 401 OR, Egger, A. et. al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Teil (Halbband) Art. 184-418, 2. umgearbeitete Aufl., Zürich 1936.

Ostermeyer, W.: Bedeutung und Anwendungsfälle des Grundsatzes "pretium succedit in locum rei" nach dem Recht des BGB, Greifswald 1905.

Ostertag, F.: Art. 940 ZGB, Sachenrecht, II. Abteilung Besitz und Grundbuch, Bern 1917.

Öcal Apaydın, B.: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Knaunu Uyarınca Teminat Yükünün Kapsamı Bakımından Özellik Arz Eden Haller*, BUHFD 2018, C. 13, S. 169-170, s. 87-119.

Öz, T.: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990.

Özçelik, Ş. B.: Tapu Siciline Güvenin Korunması, 2016.

Özdamar, D. / Kayış, F. / Yağcıoğlu, B./ Akgün, A.: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 5. Baskı, Ankara 2019.

Özdamar, D./Kayış, F./Yağcıoğlu, B./Akgün, A.: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 5. Bası, Ankara 2019.

Özdemir, H.: *Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 17, S. 3, s. 81-105.

Özdemir, H./Ruhi, A. C.: Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), İstanbul 2021.

Özsunay, E.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.

Öztan, B.: Miras Hukuku, 11. Bası, Ankara 2020.

Öztan, B.: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015 [Kısalt., Öztan (Aile Hukuku)].

Özüğür, A. İ.: Mal Rejimleri, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2015.

Özüğür, A. İ.: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009.

Weidlich, D.: BGB § 2018, BGB §2041, Palandt, O./ Brudermüller, G./Ellenberger, J./ Götz, I./ Grüneberg, C. / Herrler, S./ Sprau, H./ Thorn, K. /Weidenkaff, W./ Weidlich, D./ Hartmut/ W. (Hrsg.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 7, 78. Aufl., München 2019 (K1salt., Palandt/Weidlich).

Pache, C.: Le contrat de commission appliqué au commerce des valeurs mobilières, Lausanne 1956.

Panesar, S.: Equity and Trusts, 3. Bası, 2017.

Papaux van Delden, M. L.: Art. 321/322 ZGB, Romand, P. P./Foëx, B. (Hrsg.), Code Civil I Art. 1-359 CC Commentaire, 1. Aufl., Basel 2010.

Pardey, F.: BGB § 2041, Wassermann, R. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden: Erbrecht §§ 1922-2385 (Reihe Alternativkommentare), Neuwied 1990, (K1salt., AK-BGB/Pardey).

Peschel-Gutzeit, L. M.: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 4 Familienrecht §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2-Vermögenssorge, Kindesschutz, Sorgerechtswechsel), 2015.

Piotet, P.: Traité de droit privé suisse, Tome IV, Droit successoral, Fribourg 1975.

Piotet, P.: Erbgang und Herausgabe der Erbschaft, SJK Nr. 784, [K1salt., Piotet (Erbgang II)].

Piotet, P.: Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV 1. Halbband, Basel-Stuttgart 1978 (K1salt., SPR, Bd. IV/1).

Piotet, P.: Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV 2. Halbband, Basel-Stuttgart 1981 (K1salt., Piotet, SPR Bd. IV/2).

Piotet, P.: Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, aus dem Französischen übersetzt von Katrin Saadé-Meyenberger, Bern 1987 [Kısalt., Piotet (Errungenschaftsbeteiligung)].

Pohlmann, P.: BGB § 1075, Gaier, R. (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 8: Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 8. Aufl., München 2020, (Kısalt., MüKoBGB/Pohlmann, 2020).

Preuß, N.: BGB § 1922, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Müller-Engels, G. (Hrsg.), Buch 5 Erbrecht beck-online. GROSSKOMMENTAR, München 2021 (Kısalt., BeckOGK/Preuß, 2021).

Pulaşlı, H.: Das Eigentümer-Besitzer Verhältnis im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Frankfurt am Main 1979.

Rakete-Dombek, I.: BGB § 1646, Kaiser, D./Schnitzler, K./Friederici, P./Schilling, R. (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4: Familienrecht §§ 1297-1921 BGB 3. Aufl., 2014 (Kısalt., NK-BGB-FamR/ Rakete-Dombek, 2014).

Rakete-Dombek, I./ Berning, S.: BGB § 1646, Kaiser, D./Schnitzler, K./Schilling, R./Sanders, A. (Hrsg.), Familienrecht, 4. Aufl., 2021 (Kısalt., NK-BGB, 2021).

Raczynska, M.: *Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund*, Smith, L. (Ed.), *The Worlds of the Trust*, s. 454-480, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/6E6D176359CE00E5724ECCE598A09B02/9781139505994c19p454-480_CBO.pdf/parallels_between_the_civilian_separate_patrimony_real_subrogation_and_the_idea_of_property_in_a_trust_fund.pdf, s.e.t. 14.09.2021.

Rauscher, T.: Familienrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008.

Reischl, K.: BGB § 1075, Hau, W./ Poseck, R. (Hrsg.), BeckOK BGB Buch 3.

Sachenrecht, 54. Ed., München 2020 (Kısalt., BeckOK BGB/Reischl, 2020).

Reusser, R.: *Unterhaltspflicht, Unterstützpflicht, Kindesvermögen*, in: Das neue Kindesrecht, Berner tage für die juristische Praxis (BTJP) 5, 1977, Bern 1978.

Reichard, O.: Die neue fiducie des französischen Code civil im Vergleich mit der deutschen Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, Baden-Baden 2013.

Reisoğlu, S.: Türk Eşya Hukuku Cilt 1, 7. Bası, Ankara 1984.

Rey, H.: Die Grundlagen des Sachenrecht und das Eigentum; Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Bern 2007.

Rißmann, S.: BGB § 2041, Damrau, J. /Tanck, M. (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., 2020.

Rißmann, S.: §4 Rechte und Pflichten der Miterben untereinander und gegenüber Dritten, Rißmann, S. (Ed.), Die Erbengemeinschaft, 3. Aufl., Bonn 2019 (Kısalt., Rißmann, §4).

Rißmann, S./ Szalai, S.: BGB § 2041, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Müller-Engels, G. (Hrsg.), Buch 5 Erbrecht beck-online. GROSSKOMMENTAR, München 2019 (Kısalt., BeckOGK/Rißmann/Szalai, 2019).

Rißmann, S./ Szalai, S.: BGB § 2032, BGB § 2033, Gsell, B./ Krüger, W./ Lorenz, S./ Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Müller-Engels, G. (Hrsg.), Buch 5 Erbrecht beck-online. GROSSKOMMENTAR, München 2020 (Kısalt., BeckOGK/Rißmann/Szalai, 2020).

Roos, G.: Über die Subrogation nach schweizerischem Recht, Bern 1928.

Rossel, V./Mentha, F.-H.: Manuel du Droit Civil Suisse, 2. Ed, 1931.

Roth, W.: *Das Haustier im Nachlass*, NJW-Spezial 2011, H. 18.

Rumo-Jungo, A.: Art. 196 ZGB, Breitschmid, P. /Rumo-Jungo, A. (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., 2012 (Kısalt., CHK/Rumo-Jungo, 2012).

Russmann, D.: Erwerb mit Mitteln der Erbschaft Die rechtsgeschäftliche dingliche Surrogation gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 BGB vor dem Hintergrund des »tracing« im englischen Recht, Tübingen 2017.

Rüthers, B./Stadler, A.: Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl., München 2017 (Kısalt., Rüthers/Stadler, AT BGB, 2017).

Ryffel, G.: Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006.

Sarı, S.: Evlilik birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

Saymen, F. H.: Türk Medenî Hukuku Cilt I Umumî Prensipler, İstanbul 1948.

Saymen, F. H./ Elbir, H. K.: Türk Medeni Hukuku, C. III Aile Hukuku B. 2, İstanbul 1960 [Saymen/Elbir (Aile), s.].

Saymen, F. H./Elbir, H. K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

Schäfer, F.: *Die Vindikation im englischen Privatrecht – Zehn Jahre Foskett v. McKeown*, StudZR 2010, s. 275-296.

Schärthl, C.: BGB § 1287, Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB Buch 3. Sachenrecht, 54. Ed., München 2020, BGB § 1287 (Kısalt., BeckOK BGB/Schärthl, 2020).

Schaufelberger, P.C./Keller Lüscher, K.: Art. 602 ZGB, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, Geisler, T./Wolf, S. (Hrsg.), 4. Aufl., Basel 2011.

Schiebel, H.: Die Surrogation nach §1381 BGB, Breslau 1934.

Schilken, E.: Vorbemerkung zu §§ 164, Herrler, S. (Red.), J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 1: Allgemeiner
Teil: §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), Neubearbeitung 2019 (K1salt.,
Staudinger/Schilken, 2019).

Schiesser, H.: Der Schutz des Kindesvermögens im Schweizerischen Zivilrecht,
Zürich 1945.

Schlüter, W.: BGB Familienrecht, 14. Aufl., Bobingen 2012.

Schmid, D.: Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung: Eine Untersuchung
zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen
Privatrecht, Bern 2013.

Schmid, J.: BGB § 1626, Schulz, W./Hauß, J. (Hrsg.), Familienrecht
Handkommentar, 3. Aufl., 2018 (K1salt., HK-FamR/Schmid).

Schmidt, A.: Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch, Weber, K./ Aichberger, T./
Cassardt, G./ Dankelmann, H./ Groh, G./ Hakenberg, M./ Kortstock, U./ Weber, K./
Werner, R. (eds.), München 2019.

Schmitt, E.: Die Surrogation im bürgerliche Gesetzbuch, Gießen 1902.

Schmidt, J./Horn, C. H.: BGB §1967 Vorb., Erman Bürgerliches Gesetzbuch,
Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG,
ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg/
Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 15. Aufl., Köln 2017 (K1salt., Erman/
Schmidt/Horn).

Schmitt, E.: Die Surrogation im bürgerliche Gesetzbuch, Gießen 1902.

Schmalenbach, B.: BGB § 2019, Damrau/Tanck (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Bonn 2020 (Kısalt., Damrau/Tanck/Schmalenbach, 2020).

Suata, İ. Z.: Çocuk Hukuku, Ankara 2021.

Spurr, S. J.: *Subrogation and its consequences for tort litigation*, International Review of Law and Economics 2021, s. 1-10.

Studhalter, P.: Art. 491 ZGB, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz, M./Fankhauser, R., Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar, 3. überarbeitete Aufl., N. 11-12 (Kısalt., OFK/Studhalter).

Tuor, P./ Schnyder, B. /Jungo, A.: § 32 Die Errungenschaftbeteiligung, § 80 Die Erbschaftsklage, Tuor, P./ Schnyder, B. / Schmid, J./ Jungo, A. (Hrsg.), Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2015.

Schnyder, B.: *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995 – Familienrecht*, ZBJV 133/1997, s. 38-57.

Schubert, C.: BGB § 164, Schubert, C. (Red.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl, München 2018 (Kısalt., MüKoBGB/Schubert, 2018).

Schucan, M. A.: Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1943.

Schulte, N.: §5 Vor- und Nacherbschaft in der Erbengemeinschaft, Reißmann, S. (Ed.), Die Erbengemeinschaft, 3. Aufl., Bonn 2019.

Schülter, W.: Familienrecht, 14 Aufl., Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg 2012.

Schütte, B.: BGB § 2041, Herberger, M. / Martinek, M. / Rüßmann, H. / Weth, S./ Würdinger, M. (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB (jurisPKBGB) Bd. 5- Erbrecht (Online-Kommentar), 8. Aufl., 2017 (Kısalt., jurisPK-BGB/Schütte, 2017).

Schwab, D.: Familienrecht, 26. Aufl., 2018.

Schwenzer, I./Cottier, M.: Art. 296 ZGB, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1–456 ZGB, Honsell, H./ Geiser, T. /Fountoulakis, C. (Hrsg.), 6. Aufl., 2018 (Kısalt., BSK/Schwenzer/Cottier, 2018).

Seebach, T.: Stichwort Kommentar Familienrecht, Grandel, M./Stockmann, R. (Hrsg) 2. Aufl., 2014, Vermögenssorge (Kısalt., SWK-FamR/Seebach, 2. Aufl., 2014, Vermögenssorge).

Serozan, R.: Haksız Zilyetlik Kurallarının Haksız Zenginleşme Kurallarıyla Tamamlanması: Haksız Zilyet Zararına, Onun Yararlardan Sorumsuzluk Ayrıcılığının Daraltılması ve Haksız Zilyet Yararına, Onun Masraf Ayrıcılığının Genişletilmesi, Prof.Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999 [Kısalt., Serozan (Haksız Zilyetlik)].

Serozan, R.: Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004 [Kısalt., Serozan (Sözleşme)].

Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007 [Kısalt., Serozan (Dönme)].

Serozan, R.: Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

Serozan, R.: Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2014 [Kısalt., Serozan (Eşya)].

Serozan, R.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 3 (İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme- Ek: Uygulama Çalışmaları), İstanbul 2006 [Kısalt., Serozan (Haksız Zenginleşme)].

Serozan, R. /Engin, B. İ.: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2019.

Servatius, W.: BGB § 1075, Gsell, B. / Krüger, W. / Lorenz, S. / Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Reymann, C. (Hrsg.), Buch 3 Sachenrecht beck online.GROSSKOMMENTAR, München 2019 (Kısalt., BeckOGK/Servatius, 2019).

Siebert, H.: Die Entwicklung des Erbrechts im Jahre 2008, NJW 2009, H. 5, s. 1121-1126.

Siede, W./Spernath, V.: BGB § 1418, Hau, W. /Poseck, R. (Hrsg.), Beck'sche Online-Kommentare BeckOK BGB, 56. Edition, 2020 (Kısalt., BeckOK BGB/Siede/Spernath, 2020)

Siede, W.: Beck'sche Online-Kommentare, Bamberger, H. G./ Roth, H./Hau, W./ Poseck, R. (Hrsg.), 50. Ed., München 2019, BGB § 1416 (Kısalt., BeckOK BGB/Siede, 50. Ed., 2019).

Simonius P.: Die güterrechtliche Surrogation, Basel/Stuttgart 1970 (BStR Heft 94).

Silbernagel, A./Wäber, P: Art. 300 ZGB, Berner Kommentar Bd. II Familienrecht, 2. Abt. Die Verwandtschaft Art. 252-359 ZGB, 2. Aufl, Bern 1927 (Kısalt., BK/Silbernagel/Wäber, 1927).

Sirmen, L.: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2020.

Sirmen, L.: Paylı Mülkiyette Pay Üzerinde Kurulmuş Olan İntifa ve Rehin Haklarının Paylaşmaya Etkisi, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı

Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku II. Cilt
17-18-19-20 Şubat 2016, Ankara 2017 [Kısalt., Sirmen (Paylı Mülkiyet)].

Sohm, R.: Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, ArchBürgR (Archiv für
bürgerliches Recht) 28 (1906) bkz.

[https://dlc.mpdl.mpg.de/dlc/view/escidoc:91160:2/recto-
verso%3Bjsessionid=E9460DA5FAB2FCAED5875723447C9546](https://dlc.mpdl.mpg.de/dlc/view/escidoc:91160:2/recto-verso%3Bjsessionid=E9460DA5FAB2FCAED5875723447C9546) , s.e.t.

21.02.2020.

Somm, P.: Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598-600 ZGB), Reiche II
Rechtswissenschaft Vol/Band 1996, Bern 1995.

Spindler, P.: Die dingliche Surrogation beim Gesellschafts-vermögen, im Familien-
und Erbrecht nach dem BGB, Straßburg 1914.

Stahelin, D.: *Sondervermögen und Haftung*, Sutter-Somm, T./Schnyder, A. K.
(Hrsg.) in Festgabe für Franz Hasenböhler, 2009, s. 87-113.

Stark, E.: Art. 935 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner
Kommentar) IV. Band Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch 1.
Teilband: Der Besitz (Art. 919-941), Bern 1976.

Stark, E.: Art. 938 ZGB- Art. 940 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen
Privatrecht (Berner Kommentar) IV. Band Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und
Grundbuch 1. Teilband: Der Besitz (Art. 919-941), Bern 2001 (Kısalt., Stark, 2001).

Steck, D. / Fankhauser, R.: Art. 196 ZGB, Art. 197 ZGB, Art. 198 ZGB, Art. 199
ZGB, FamKomm Scheidung Band I: ZGB/ Band II: Anhänge Sechster Titel: Das
Güterrecht der Ehegatten / Zweiter Abschnitt: Der ordentliche Güterstand der
Errungenschaftsbeteiligung, 3. Aufl., Bern 2017, (Kısalt., Steck/Fankhauser).

Stettler M./Waelti F.: Le régime matrimonial: les dispositions générales (art. 181 à 195a CC), la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CC), 2.A, Freiburg 1997.

Stieper, M.: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1. Allgemeiner Teil, §§ 90-124; §§ 130-133, 2017 (Kisalt., Staudinger/Stieper, 2017).

Strauch, D.: Mehrheitlicher Rechtsersatz Ein Beitrag zur „dinglichen Surrogation“ im Privatrecht, Bielefeld 1972.

Stresemann, C.: BGB § 90; Säcker, F. J. / Rixecker, R. / Oetker, H./ Limperg, B. (Hrsg.) / Schubert, C. (Redakteurin), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München 2018, (Kisalt., MüKoBGB/Stresemann, 2018).

Stürner, R.: BGB § 2018, BGB § 2019, Berger, C./ Mansel, H.-P./Stadler, A./Stürner, R./Teichmann, A. (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, 17. Aufl., 2018, (Kisalt., Jauernig/Stürner, 2018).

Sutter-Somm, T. / Kobel, F.: *Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig*, FamPra.ch 2004, s. 776-810.

Sutter-Somm, T./ Kobel, F.: Familienrecht, 2009.

Sutter-Somm, T./ Moshe, A.: *Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598-600 ZGB)*, Successio 2008, s. 268-298.

Şeker, M.: Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Freiburg 2006.

Şener, E.: Eski ve Yeni Miras Hukuku İki Cilt Bir arada, 2. Baskı, 1981.

Şıpka, Ş.: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2013.

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, 5. Basımdan 6. Tıpkıbasım, İstanbul 2008.

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: II, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul 2010 [Kısalt., Tandoğan (Özel Borç İlişkileri, Cilt: II)].

Tandoğan, H.: *Miras Sebeble İstihkak Davası*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD) 1955, C. 12 S. 1, 268-284 [Kısalt., Tandoğan (Miras)].

Tekinay, S. S.: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 407 [Kısalt., Tekinay (Aile)].

Tekinay, S. S.: Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978.

Tekinay, S. S./Akman, S./ Burcuoğlu, H. / Altop, A., Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, 5. bası, İstanbul 1989.

Thiele, B.: BGB § 1418, von Bar, C. (Red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / Buch 4, Familienrecht §§ 1408-1563: (Eheliches Güterrecht 2- Vertragliches Güterrecht), Neubearbeitung 2018, (Kısalt., Staudinger/Thiele, 2018).

Thiele, H.: *Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Surrogation nach § 1381, 1382*, Archiv Für Die Civilistische Praxis 1901, S. 91, C. 1, s.1–72, www.jstor.org/stable/41039361 ≥ s.e.t. 12.12.2018.

Trüb, H.: Das Nutzungsrecht des Ehemannes und der Eltern nach dem Zivilgesetzbuch, 1915.

Tuor P./Schnyder B./ Jungo, A.: § 43 Die Elterliche Sorge, ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Tuor P./Schnyder B./Schmid J./Jungo, A. (Hrsg.) 14. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2015.

Tuor, P.: Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Erbrecht Band III Art. 457-640, Bern 1929 (Kısalt., Tuor, 1929).

Tuor, P.: Schweizersiches Zivilgesetzbuch Das Erbrecht 1. Abteilung Die Erben Art. 457- 536, Bern 1952 (Kısalt., Tuor, 1952).

Tuor, P./Piconi, V.: Berner Kommentar, Bd. III, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, Bern 1966.

Ulusoy, E.: Rechtswörterbuch Teilweise mit Erläuterungen Turkish-Deutsch, Deutsch-Türkisch, İstanbul 1999.

Ulusan, İ.: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.

Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3170, Hukuk Fakültesi No.: 677.

Uşan, M. F.: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2009.

Uşan, M. F./ Erdoğan, C.: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Temel Hukuk Dizisi, Ermenek, İ. (Dizi Editörü), Ankara 2020.

Ünal, A.: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, C. 23, S. 4, s. 121-140.

Ünal, A.: Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimine İlişkin Hak İhlalleri, Ünal, A./Kalkan A. (ed.), Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri

Çalıştay 6284 sayılı Kanun Nafaka Hukuku Mal Rejimi Hukuku Velâyet Hukuku, Ankara 2019, s.121-125 [Kısalt., Ünal (Hak İhlalleri)].

Ünal, M./Başpınar, V.: Şeklî Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2012.

v. Lübtow, U.: Erbrecht 2. Halbband, Berlin 1971.

Valsan, R.: *Introduction*, Valsan, R. (Ed.), Trusts and Patrimonies, 2015,

<https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge->

[core/content/view/0D52CAE81A2DE1BFC4E7E101AE5381A9/9780748697755c1](https://www.cambridge.org/core/content/view/0D52CAE81A2DE1BFC4E7E101AE5381A9/9780748697755c1)

[p3-10_CBO.pdf/trust_as_patrimony_an_introduction.pdf](https://www.cambridge.org/core/content/view/0D52CAE81A2DE1BFC4E7E101AE5381A9/9780748697755c1), s.e.t. 10.09.2021

Veit, B.: BGB § 1646, Hau, W./ Poseck, R. (Hrsg.), Beck'sche Online-Kommentare BeckOK BGB Buch 4. Familienrecht, 54. Ed., München 2019 (Kısalt., BeckOK BGB/Veit, 2019).

Velidedeoğlu, H.V.: Türk Medenî Hukuku Cilt: I Cüz: 2 Şahsın Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1956.

VerwGH Kassel, NJW 1958, 1203.

Völk, T. M.: *Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung*, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 181, 2003, s. 149-166.

von Mangoldt, H./Klein, F.: Das bonner grundgesetz Bd. 2, 1964.

von Tuhr, A.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Band I, Berlin, 1957 (Kısalt., von Tuhr, AT BGB I).

Wachter, T.: § 17 Vor- und Nacherbschaft, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, Scherer, S. (Hrsg.), 5. Aufl., München 2018 (Kısalt., MAH ErbR/ Wachter,).

Waller, A.: Surrogation, Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und Identität, Bonn 1904.

Watson, A. (ed.): The Digest of Justinian, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1998.

Weimar, P.: Art. 491 ZGB, BK - Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1 Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, 2009.

Wendt, H.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden: Erbrecht §§ 1922-2385 (Reihe Alternativkommentare), Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Neuwied 1990, BGB § 2019 (K1salt., AK-BGB/ Wendt).

Werner, O.: BGB § 2041, v. Staudinger, J. / Abeltschauser, E. T./ Albrecht, K.-D./ Amann, H. vd. (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 5 Erbrecht §§ 1967-2063 BGB, Berlin 2002 (K1salt., Staudinger/Werner, 2002).

Wieland, C. A.: Art. 752 ZGB, Art. 938 ZGB, Zürcher Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Aufl., Zürich 1909.

Wieland, C.: Les droits réels T I-II, Paris-Lausanne 1913-1914.

Windmüller, E.: Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium res succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Heidelberg 1902.

Wolf, M.: BGB § 2041, Damrau, J. (wiss. Red.) / Siebert, W./Baur J.F.(Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Soergel BGB

Band 21, Erbrecht 1: §§ 1922-2063 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2002 (Kısalt., Soergel/Wolf).

Wolf, M./Neunner, J.: Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., München 2016.

Wolf, M.: *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, JuS 1975, s. 710-717 (Kısalt., Wolf, 1975).

Wolf, M.: *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, JuS 1976, Heft 1, s. 32-36 (Kısalt., Wolf, 1976).

Wolf, M./Neuner, J.: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012.

Wolf, S.: Art. 602 ZGB, Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2014 (Kısalt., BK-Wolf).

Wolf, S.: *Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung*, ZBJV 136/2000, s. 241-288.

Yasaman, H.: İsviçre ve Fransız Hukukunda Yatırım Fonları ve Türk Hukukunda Uygulanma İmkanları, İstanbul 1980.

Yavuz, C.: Madde 393, Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı: Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, 7. Bası, İstanbul 1999.

Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014.

Yurtman, H.: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar, s. 81-84,

<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000916.pdf>, s.e.t. 30.08.2021.

Yücel, Ö.: Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, 2009.

[https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/33312/250030.pdf](https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/33312/250030.pdf?sequence=1)
?sequence=1, s.e.t. 11.10.2020 [Kısalt., Yücel (Kayyım)].

Yücel, Y.: Türk Medeni Kanununda Boşanma Halinde Velâyet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, 2018.

Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Fam Rz), 1965, s. 267.

Zevkliler, A./ Gökyayla, K. E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Bası, Ankara 2019.

Zevkliler, A./Acabey, B./Gökyayla, E.: Medenî Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), 6. Baskı, Ankara 1999.

Völker, M.: BGB § 1418, Kaiser, D./Schnitzler, K./Friederici, P./Schilling, R. (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 4: Familienrecht §§ 1297-1921 BGB, 3. Aufl., 2014 (Kısalt., NK-BGB/ Völker).

Weibel, T.: Art. 602 ZGB, Abt, D./ Weibel, T. (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht Nachlassplanung - Nachlassabwicklung - Willensvollstreckung – Prozessführung, 4. Aufl., Basel 2019.

Zeytin, Z.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2020.

Zeytin, Z./Ergün, Ö.: Türk Medeni Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2020.

Ziche, S. J./ Ziche, U.: Zur Verbreitung der Güterstände bei in der Landwirtschaft Tätigen in Bayern, Zeitschrift für das gesamte Recht der Landwirtschaft, der Agrarmärkte und des ländlichen Raumes (AgrarR), 1990.

Ziegler, C.: Freies Kindesvermögen nach dem Zivilgesetzbuch unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, 1919.

Zimmer, M: BGB § 2019, BGB § 2041, H./ Wegen, G./ Weinreich, G. (Hrsg.),
BGB Kommentar Prütting, 15. Aufl., Hürth 2020 (K1salt., PWW BGB/Zimmer).

