

HENÜZ VAR OLMAYAN KİŞİLERİN VE CENİNİN ART MİRASÇI OLARAK ATANMASI

Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR*

ÖZET

Miras hukuku, kişilerin yaşarken malları üzerinde sahip oldukları mülkiyet hakkının kendilerine bahsettiği yetkileri, öldükten sonra da malikin istediği kişi veya kişilerce kullanılmasını, art mirasçılık sistemi ile sağlamaktadır. Muris, kendisine tanınan bu haklarını kullanarak henüz var olmayan kişiyi veya cenini art mirasçı olarak atayabilir. Bu sayede öldükten sonra kendi malını istediği kişiye nihai olarak bırakabilme yetkisine sahip olur. Ancak atama işleminin saklı paylı mirasçıların paylarını ihlâl etmesi durumunda, açılacak davada taraf ve dava ehliyeti hususu cenin için kanunda düzenlenmişken, henüz var olmayan kişi için herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, Medenî Kanununda ve Usul Hukukunda cenin yararına konulmuş hükümlerin Türk Medenî Kanununda da, henüz var olmayan kişilerin art mirasçı olmaları durumunda, İsviçre de olduğu gibi bağımsız bir düzenleme yapıluncaya kadar, cenine ilişkin hükümler, kurumların benzerliği ve amaçları göz önünde tutulduğunda, kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Art Mirasçılık, Saklı Payların İhlali, Cenin, Henüz Var olmayan Kişi, Taraf ve Dava Ehliyeti.

SUMMARY

Inheritance law, the right of ownership over the goods of persons, the powers granted him this right after his death, the right to use it with the requirement to fulfill the right to increase their share of inheritance to the provisions provided. Muris, with the rights granted to it does not yet exist it may appoint a person or an heir to the fetus increases. In this way, after the death of their property to the desired person will have the final authority to drop them. However, their share of the assignment process, violates the right of the heirs principled, open to the fetus designed party to legal proceedings and litigation matters license, specifically designed for people who do not yet exist. In this case, the Civil Code and the Law on the Turkish Civil Procedure Law provisions put in place for the benefit of the fetus as an independent arrangement is made in Switzerland until the application, mutatis mutandis, to persons who are non-existent institutions, given the similarity and objectives, are considered.

Keywords: Art Inheritance, Hidden Shares Violation, Jenin, People that do not exist yet, Parties and Case Licence.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Kürsüsü Öğretim Üyesi, hayrunnisazdemir@gmail.com

I. GENEL OLARAK CENİN VE ART MİRASÇI ATAMA KAVRAMI

Cenin (*fetüs, nasciturus*) kavramı, hukukî metinlerde de kullanılan, ancak esasen tıp bilimine ait bir kavramdır¹. Cenin genel olarak ana rahmine düşmüş, fakat henüz doğmamış olan çocuk olarak tanımlanmaktadır². Embriyo, insan organizmasının yumurtanın spermle döllenmesinden bir hücreler topluluğunun, yani ceninin oluşmasına kadar geçirdiği evredir³. Yumurtanın döllendiği andan itibaren 8. haftaya kadar olan dönemdeki insan organizmasına “embriyo”, 8. haftadan doğuma kadar sürecek evredeki insan organizmasına ise “cenin” denilmektedir⁴. Yumurta ve sperm hücrelerinin bir araya gelmesinden itibaren yaklaşık 24 saat sonra yumurtanın döllendiği kabul edilmektedir⁵.

Embriyo, ana rahminde gerçekleşen doğal bir döllenmenin sonucunda meydana gelebileceği gibi, yumurtanın sperm ile ana rahmi dışında tıbbî bir müdahale ile döllendirilmesi sonucunda da oluşabilir. Bu sonuncu durum, “yapay döllenme” olarak adlandırılmaktadır⁶.

Türk Miras Hukukunda art mirasçı atama kurumu, TMK. m. 521-525. maddeler arasında düzenlenmiştir. TMK. m. 521’ e göre, “*Miras bırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla ön mirasçı atadığı kişiyi mirası art mirasçıya devretmekle yükümlü kılabilir*” hükmüne yer verilmiştir. Miras bırakan kendisi öldükten sonra terekisinin kime kalacağını önceden belirleme yoluna gidebilmektedir⁷. Art mirasçılık kurumu vasıtasıyla miras bırakan ölümünden sonra kendisine ard arda küllî halef olacak kişiyi belirlemektedir.

Art mirasçı atama kurumunda, ilk sırada terekeyi mirasçıya devretmekle yükümlü olana ön mirasçı, ardından mirasçı olacak kişiye de art mirasçı adı

¹ Mannsdorfer, 523 vd; Özsunay, Embryo and Foetus, 1302 vd; Kurt, 3 vd.

² Özsunay, Gerçek Kişiler, 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 17; Zevkiler/Acabey/Gökyayla, 199; Serozan, 91; Arpacı, 7-8; Riemer, PN. 122, 81.

³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 15 dpn. 22; Kurt, 4; Riemer, PN. 122, 81.

⁴ Özsunay, Hayatın Başlangıcı, 10; Özsunay, 1277; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 15; Ünver, 16 vd; Honsell/Vogt/Geiser, PN. 20, Art. 31 ZGB; Mannsdorfer, PN. 56-57; Breitschmid, Handkommentar, PN. 7, Art. 31 ZGB; Zevkiler/Acabey/Gökyayla, 200;

⁵ Özsunay, Embryo and Foetus, 1277; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 13 dpn. 21; Honsell/Vogt/Wiegand, PN. 12, Art. 31 ZGB.

⁶ Nomer, 545. Türk hukukunda, yapay döllenme hukuken düzenlenmiş bir kurumdur. “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği”, belirli şartlar altında, anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle vücut dışında döllendirilmesine ve elde edilen embriyonun ana rahmine transferine izin vermektedir (m. 4/h). Bu yönetmelik için bkz. 6.3.2010 tarihli ve 27513 s.lı RG. (UT. 08.06.2013).

⁷ Escher, PN. 1 Art. 488 ZGB; Hrubesch-Millauer, PN. 1 Art. 488 ZGB; Weimar, PN. 1 Art. 488 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 26, 694; Köprülü, 185; Kocayusufpaşaoğlu, 290; Dural/Öz, 168 vd; Serozan/Engin, PN. 165 vd, 310 vd; Antalya, 210 vd; İmre/Erman, 141 vd.

verilir⁸. Art mirasçılık kurumu, vasiyetname ile gerçekleştirilebileceği gibi miras sözleşmesi ile de yapılabilir. Sözleşmede mirasçılara teker teker yer verilir. Art mirasçı, ön mirasçının mirasçısı olmayıp, bilakis miras bırakanın doğrudan mirasçısıdır⁹. Art mirasçılığın özelliği, gerek ön mirasçının gerek art mirasçının miras bırakanın halefi olmalarıdır. Bu hâlefiyet ilişkisi, mirasçı atanmasında küllî, vasiyetçi atamada ise cüzî hâlefiyettir. Her ikisi içinde, hâlefiyet şarta ve ya ecele bağlıdır. Kural olarak ön ve art mirasçı olabilme yeteneği miras bırakanın iradesine bağlıdır. Art mirasçı atama yolunda miras bırakan son tahlilde malının art mirasçıya kalmasını ister. Ancak mal zaman itibarıyla ön mirasçılara geçtikten sonra en sonunda art mirasçıya kalır¹⁰. Ancak bazı hallerde ön veya art mirasçıların söz konusu sıfatları kanuna dayanabilir. Bu durumda kurucu ikame söz konusu olur¹¹. Örneğin, TMK. m. 515'e göre¹², bir kimsenin geciktirici şarta bağlı olarak mirasçı atanması, bir kurucu art mirasçı atamasıdır. Çünkü burada, şart gerçekleşinceye kadar ön mirasçı sıfatı yasal mirasçılara, şart gerçekleşikten sonra art mirasçı sıfatı ise, mirasçı atanan kişiye aittir. Bu duruma paralel olarak miras bırakanın mirasçı ataması durumunda ön mirasçı sıfatı yasal mirasçıya ait olacağı için yine bir kurucu art mirasçı ataması söz konusu olur. Ancak bu durumdan mirasçılar arasında ceninin bulunması halini birbirinden ayırmak gerekir¹³.

Cenin tam ve sağ doğmak koşulu ile kanundan dolayı mirasçılığını kazanır. Yoksa art mirasçılık durumundan dolayı kazanamaz. Miras bırakanın kendisinden sonra atadığı ön ve art mirasçılar, miras bırakanın küllî halefleridir ve murisin borçlarından müteselsilen sorumludurlar. Ancak söz konusu olan bu sorumluluk aynen mirasçılıkta olduğu gibi sıra ile gerçekleşir. Ön mirasçı, kendi dönemindeki murisin borçlarından sorumlu olur. Bu sorumluluğu, terekeyi art mirasçıya devredene kadar sürer. Ancak art mirasçının sorumluluğu, malların kendine intikalinden itibaren başlar¹⁴. Mirasın art mirasçıya geçmesi için ölüm şartının yanında belirli

⁸ Kocayusufpaşaoğlu, 294; Weimar, PN. 1 Art. 488 ZGB; Studhalter, PN. 1, Art. 488 ZGB; BGer v. 12.04.2007, 5C.53/2006; Hrubesch-Millauer, PN. 2, Art. 488 ZGB.

⁹ Hrubesch-Millauer, PN. 2, Art. 488 ZGB.

¹⁰ Engin, 33.

¹¹ Escher, PN. Art. 488 ZGB; Kocayusufpaşaoğlu, 291; İmre/Erman, 133; Köprülü, 189; Dural/Öz, 172.

¹² TMK. m. 515 "Miras bırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Tasarruf hükmü ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren her ilgili koşul veya yüklemelerin yerin getirilmesini isteyebilir.

Hukuka ve ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin bulundukları tasarrufu geçersi kılar.

Anlamsız veya yalnız başlarına rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır".

¹³ Dural/Öz, 172; İmre/Erman, 133; Aksi görüş, İnan/Ertas, 186.

¹⁴ Piotet, 104; Dural/Öz, 172; Hrubesch-Millauer, PN. 3, Art. 488 ZGB.

bir süre kullanma veya başka şartlar da kararlaştırılabilir¹⁵. Ön mirasçı terekeyi şartlı olarak iktisap ederken, art mirasçı ise, taliki şarta bağlı olarak mirasçı olur¹⁶. Ön mirasçı terekeye sahip olduğunda onu sanki intifa hakkı sahibiymiş gibi kullanabilir¹⁷. Söz konusu terekeyi kullanır, ondan yararlanabilir hatta onu kendi malıymış gibi yönetebilir¹⁸. Ancak terekeye zarar vermemeli ve değerinin düşmesine engel olmalıdır. Aksi takdirde oluşan zarar art mirasçıya tazmin etmek zorunda kalır¹⁹. Ön mirasçı terekeyi art mirasçıya devrederken normal kullanım sonucu terekede ne kalmışsa onu art mirasçıya devreder. Bu anlamda ön mirasçının durumu malların kullanım konusunda eğer muris tarafından kullanıma ilişkin kısıtlayıcı şartlar öngörülmemiş ise diğer mirasçılara göre daha elverişlidir²⁰. Bunlara ek olarak ön mirasçı malları kullanırken teminat göstermek zorunda da değildir²¹.

Türk ve İsviçre Medenî Kanunu, art mirasçı olarak hayatta olan kişilerin atanmasının yanı sıra sağ doğmak şartıyla m. 582 gereği “*Cenin sağ doğmak koşulu ile mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz*” kuralını öngörmüştür. Türk ve İsviçre Medenî Kanunu bir adım daha ileri giderek henüz var olmayan kişilerin de art mirasçı olabileceklerini TMK. m. 583/I (İMK. m. 545)’de “*Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir*” şeklinde düzenlemiştir. Vasiyetçinin mirasçı atadığı veya lehine mal vasiyet ettiği kimse ana rahmine düşmemişse, fakat ileride dünyaya gelmesi muhtemelse, bu takdirde bu ölüme bağlı tasarruf ancak bir fevkalade ikame ile gerçekleşir²². Böyle bir durumda, mirasçı veya ön mirasçı gibi iktisap edecek ve çocuk ileride doğunca yapılmış olan bağışı ona devredecektir (TMK. m. 583/II).

Bu tür atamalar yapılırken miras sözleşmesinde ve vasiyetnamede saklı paylı mirasçıların payları ihlâl edilmemeli veya ihlâl edici şartların yer almaması gerekir. Eğer art mirasçılık dolayısıyla diğer mirasçıların payları ihlâl ediliyorsa söz konusu mirasçılar cenine ve henüz mevcut olmayan kişiye karşı tenkis davası açma hakları vardır (TMK. m. 569). Ayrıca saklı payları ihlâl edilen saklı paylı mirasçılar, ihlâli gerçekleşmesine sebep vasiyetnamede art mirasçı lehine yapılan bir düzenleme olması durumunda, bu düzenlemenin ortadan kal-

¹⁵ Eitel, 630; Dural/Öz, 174.

¹⁶ Tuor/Schnyder/Schmid, PN. 27, 694; Eitel, 630.

¹⁷ Eitel, Anwartschaft, 85 ff; Escher, PN. 4, Art. 491 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 27, 694; Bessenich, PN. 2 Art. 491 ZGB; Schürmann, PN. 14, Art. 491 ZGB.

¹⁸ Eitel, 630; Bessenich, PN. 3, Art. 491 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 28, 694.

¹⁹ Hrubesch-Millauer, PN. 6, Art. 491 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 29, 694.

²⁰ Bessenich, PN. 9, Art. 491 ZGB; Schmuki, 19.

²¹ Bessenich, PN. 9, Art. 491 ZGB.

²² İmre/Erman, 145.

dırılabilmesi için vasiyetnamenin iptali davası açabilirler (TMK. m. 557/III). Her iki davada kanuni süre olan, saklı payın ihlâlinin öğrenildiği veya geçersiz şartın öğrenilmesinden itibaren bir yıldır. Burada öngörülen süre hak düşürücü süredir. Sözü edilen bu taleplere, henüz var olmayan çocuklar da sahiptir²³.

II. TÜRK MEDENÎ KANUNUNA GÖRE CENİN VE HENÜZ VAR OLMAYAN KİŞİNİN HAKLARINI İLERİ SÜRMELERİ

Gerçek kişilerde hak ehliyeti tam²⁴ ve sağ²⁵ doğmakla başlar. Ancak cenin söz konusu ise hak ehliyeti TMK. m. 28/II'e göre, tam ve sağlıklı doğmak üzere ana rahmine düşmesinden itibaren başlar. Burada hak ehliyeti hükümlerini geriye etkili olarak doğurur²⁶. Hak ehliyeti kişinin haklara ve borçlara sahip olma ehliyetidir²⁷. Bu itibarla cenin hak ehliyetini kazandığında, sadece haklara değil, borçlara da sahip olabilecektir²⁸. Hak ehliyeti açısından ana rahminde döllenmiş embriyo ile yapay olarak tüpte (in vitro) döllenmiş embriyo arasında bir fark bulunmamaktadır²⁹. Her iki durumda da cenin, sağ doğmak şartıyla hak ehliyetini geçmişe etkili olarak kazanır³⁰. Bir görüşe³¹ göre,

²³ Bak, 496.

²⁴ Tam doğum, çocuğun ananın bedeninden tümüyle ayrılmasıdır; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 195; Oğuzman/Seliçi/Oktaç-Özdemir, 10; Ünver, 26 vd; Honsell/Vogt/Wiegand, PN. 3, Art. 31 ZGB; Bucher, PN. 202, 49; Helvacı, 23; Hatemi, 29; Breitschmid, Handkommentar, PN. 2, Art. 31 ZGB; Riemer, PN. 120; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 1, 78.

²⁵ Sağ doğum, çocuğun çok kısa bir süre dahi olsa anneden bağımsız olarak yaşamış olmasıdır. Bunun için çocuğun nefes alma, kalp atışı gibi bir hayat belirtisi göstermiş olması gerekir; Bucher, PN. 203, 49; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 196; Oğuzman/Seliçi/Oktaç-Özdemir, 10-11; Ünver, 12; Breitschmid, Handkommentar, PN. 2, Art. 31 ZGB; Hatemi, 29; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 1, 78.

²⁶ Bucher, PN. 208, 51; Özsunay, Gerçek Kişiler, 20; Özsunay, Hayatın Başlangıcı, 30 dñn. 51; Hatemi, 30.

²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktaç-Özdemir, 39; Akipek/ Akıntürk, 267; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 4, 78.

²⁸ Mannsdorfer, 521; Bucher, 53.

²⁹ Özsunay, 1294; Bucher, PN. 213, 53; Pedrazzini, 139 ff; Hausheer/Aebi-Müller, PN. 3.26, 19; Köprülü, Medenî Hukuk, 238, dñn. 19; Oğuzman/Seliçi/Oktaç-Özdemir, 15; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 224; Kırkbeşoğlu, 17, 53; Yıldırım, 45; Ünver, 20 vd.

³⁰ Bucher, PN. 214, 53.

³¹ Bigler-Eggenberger, PN. 8, Art. 31; Riemer, 82; Akipek/Akıntürk, 245; Dural/Öğüz, 19; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 200; İmre/Erman, 286; Özsunay, Hayatın Başlangıcı, 30 dñn. 51. "Hukukumuzda, ceninin Medenî haklardan yararlanma (hak ehliyeti) ehliyetinin, gerektirici koşula bağlı bir ehliyet olduğu kabul edilmektedir. Kural olarak medenî haklardan yararlanma ehliyeti, ceninin kişilik kazandığı anda (tam olarak sağ doğum) gerçekleşir." (Y. 4. HD, 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849: (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) (UT. 29.05.2013).

ceninin hak ehliyeti geciktirici şarta bağlı bir ehliyettir. Buna göre, geciktirici şart, yani sağ doğum gerçekleşinceye kadar ceninin hak ehliyetinin hüküm ve sonuçları askıdadır. Sağ doğum şartı gerçekleştiğinde cenin hak ehliyetini kazanacak, ancak hak ehliyeti hükümlerini geçmişe etkili olarak, yani ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren doğuracaktır (TMK m. 28 f. 2)³². Bir başka görüşe³³ göre ise, ceninin hak ehliyeti, onun sağ doğmaması bozucu şartına bağlıdır. Bu görüş kabul edilirse, cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanacak ve haklarını ana rahmine düştüğü andan doğana kadarki süreçte kanunî temsilcisi vasıtasıyla kullanabilir. Cenin ölü doğduğu takdirde, hak ehliyeti geriye etkili olarak ortadan kalkar. Diğer bir görüşe³⁴ göre ise, burada şartın geciktirici mi, yoksa bozucu mu olduğuna, kazanılması ve kullanılması söz konusu hakkın niteliğine ve cenin korunma ihtiyacına göre bir ayırım yapılarak karar verilmelidir. Buna göre, ceninin kişiliğinin korunması, miras hakkı ve menfaatlerinin kanunî temsilci tarafından korunması bakımından, hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, sözleşme ehliyeti bakımından, doğacak çocuğun hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmelidir³⁵.

Cenin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazanması, yani henüz doğmamışken kanunî temsilci vasıtasıyla sözleşmeye taraf olma hakkının bulunması, hukukî işlem güvenliğini sarsacak nitelikte olduğundan, kabul edilemez. Zira çocuk ölü doğduğu takdirde, hukukî işlem başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelir³⁶. Keza ceninin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilirse, cenin daha ana rahminde iken yasal temsilci aracılığıyla örneğin, tazminat davalarında taraf sıfatını kazanabilir. Ancak cenin ölü doğduğu takdirde, taraf ehliyeti başlangıçtan itibaren ortadan kalkacağından mahkemeler boşuna meşgul edilmiş olur. Kanaatimizce, ceninin hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmeli, ceninin ana karnında bulunduğu süreçte ancak kanunun açıkça öngördüğü istisnaî durumlarda kanunî temsilci aracılığıyla korunması ile yetinilmelidir.

Kanun metninde ceninin hak ehliyetinin başlangıcı bakımından “ana rahmine düşmüş” olmasından söz edilmektedir. Ancak tüp bebek (in vitro fertilizasyon) yönteminde, hak süjesi olma anının, sperm ile yumurtanın tüpte döllendirilmesi sonucunda elde edilen embriyonun ana rahmine yerleştirildiği an olarak kabul edilmesi, özellikle embriyo oluşumundan uzun süre sonra ana

³² Akipek/Akıntürk, 245; Dural/Ögüz, 19.

³³ Tuor/Schnyder/Scmid/Rumo-Jungo, 78 vd; Kurt, 182.

³⁴ Mannsdorfer⁵²²; Hausheer/Aebi-Müller, PN. 2.24 vd, 11-12; Bucher, 52; Özsunay, 1297-1298.

³⁵ Hausheer/Aebi-Müller, PN. 3.12, 16 vd.

³⁶ Kurt, 182.

rahmine yerleştirilmişse, çocuğun aleyhine olur. Oysa kanun koyucunun amacı, cenini başlangıçtan itibaren korumaktır. Bu amaca uygun olarak, “ana rahmine düşme” ifadesi, “döllenme” olarak anlaşılmalı³⁷ ve tüpte döllenme yönteminde, hak ehliyetinin kazanılma anının, embriyonun ana rahmine yerleştirildiği an değil, onun oluştuğu an, yani yumurtanın döllendiği an³⁸ olduğu kabul edilmelidir³⁹. Böylece embriyo, dondurulup saklandığı ihtimal de dâhil olmak üzere, sağ doğmak kaydıyla, henüz ana rahmine konulmadan önceki dönem için de hukuken korunabilecektir. Örneğin, çocuğun fiziksel bozukluğunun temelinde embriyonun ana rahmine yerleştirilmeden önce veya yerleştirilme sırasında maruz kaldığı hatalı bir işlem varsa, çocuk uğradığı zararı hem annesinden hem de hekimden sağ doğmak kaydıyla talep edebilecektir⁴⁰.

İsviçre ve Türk Medenî Hukukunda yer alan ceninin durumu aynı zamanda usul hukukunu da yakından ilgilendirmektedir. Bu konuda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 114/I/d’de taraf ehliyetine yer verilmiştir. Taraf ehliyeti bir yönüyle de Türk Medenî Kanununda düzenlenmiş olan hak ehliyetine tekabül eder⁴¹ (TMK. m. 8, 48). Bir davada taraf olabilme yeteneğine gerçek ve tüzel kişiler sahiptir. Taraf ehliyeti, HMK. m. 50’de belirtildiği gibi “*Medenî haklara sahip olan davada taraf ehliyetine de sahiptir*” kuralı gereği taraf ehliyeti aslında maddi hukuk ile usul hukukunun kesiştiği bir yerde bulunmaktadır. Usul hukukunda yer alan düzenleme ile maddi hukuk ile usul hukukunun ilişkisini dikkate almış ve taraf ehliyeti için geniş bir açıklamadan kaçınarak Medenî Kanundaki değişimlere yeniden bir düzenleme olmaksızın ayak uydurması sağlanmıştır. Bu nedenle taraf ehliyeti, içeriği maddi hukukla doldurulan ancak usul hukukuna ait hukukun ihtiyaçlarına hizmet eden bir kurumdur⁴².

İsviçre ve Türk hukukunda ceninin taraf ehliyeti geciktirici şarta tabidir⁴³. Cenin adına dava açabilmek için bir kayyım tayin edilir⁴⁴. Kayyım cenin doğmadan onun adına dava açar. Ancak çocuk ölü doğarsa açılan dava konusuz

³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 15 dpn. 28; Aydın, 14. Arpacı’ya göre, kanundaki “ana rahmine düşme” ifadesi geniş yorumlanarak, erkeğin spermi ile kadının yumurtasının birleştiği tüp ana rahmi gibi değerlendirilip, tüpteki embriyo da MK m. 28 f. 2’den yararlandırılabilir. Arpacı, 9.

³⁸ Kurt, 184.

³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 13; Honsell/Vogt/Wiegand, PN. 18, Art. 31 ZGB; Arpacı, 9-10; Helvacı, 7 dpn. 24.

⁴⁰ Mannsdorfer, Schädigung, 66; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 17; Helvacı, 7 dpn.24.

⁴¹ Muşul, 104; Kuru, 888; Kale, 66; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 4, 78; Hafliger, 11 ve 104 ff.

⁴² Erişir, 34.

⁴³ Beratta, PN. 10 ff, Art. 31 ZGB; Breitschmid, PN. 2 Art. 31 ZGB.

⁴⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 253.

kalır⁴⁵. Dava çocuk doğmadan karara bağlanır ve çocuk doğarsa, mahkemenin kararı geçersiz olur.

Gerçek ve tüzel kişilerde dava ehliyetine gelince bu durum da Türk Medenî Kanunda yer alan fiil ehliyetini karşılığıdır. Fiil ehliyeti TMK m. 14'de olumsuz bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre, “*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur*” şeklindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 114/I/d'de dava ehliyeti olarak düzenleme getirilmiştir. Buradan hareketle, dava ehliyetini; kişinin veya yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığı ile bir davayı (davacı veya davalı olarak) takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir⁴⁶. Cenin art mirasçı atandığında, saklı payın ihlâlinde tenkis davası ve vasiyetnamenin geçersiz hükmünün iptali için öngörülen bir yıllık sürede diğer mirasçılara karşı dava açmaz veya doğmazsa söz konusu haklarını kaybeder⁴⁷.

Henüz var olmayan kişilerin taraf ehliyetleri, Medenî Usul hukukunda düzenlenmemiştir. Çünkü henüz cenin şeklinde bile olsa ortada bir kişilik bulunmamaktadır. Buna karşın Türk Medenî Kanununda henüz var olmayan kişi lehine art mirasçılık atayabilme yetkisi tanınmıştır. Miras bırakanın tanıdığı bu yetki ancak ileride doğması beklenen çocuğun tam ve sağ doğarak kişilik kazanması halinde mümkün olur⁴⁸. Aksi takdirde çocuk kişilik olarak göz önüne alınmaz. Bundan dolayı, önce hakların kazanılması ve kullanılması için bir kanuni temsilci atanması söz konusu olmaz. Kanun sadece mirasçılar arasında cenin varsa ve ceninin menfaatleri gerekli kılıyorsa doğumdan önce kayyım tayini imkânı bizim hukuk sistemimizde kabul edilmiştir (TMK. m. 427/b.3 ve m. 643). Buna karşın hukuk sistemimizde henüz doğmamış bir kimsenin art mirasçı olarak atanması durumunda, saklı payları ihlâl edilen ön mirasçının

⁴⁵ **Kuru**, 889; **Kale**, 68; Medenî Yasa'nın 8/1. maddesinde her insanın hak ehliyeti olduğu, 28. maddesinde de kişiliğin, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayacağı kuralına yer verilmiştir. Kişiliğin hangi anda kazanılacağı, kişinin hak ve yükümlülüklerle sahip olması ve hukuk düzenince korunması yönünden önem taşır. Çocuğun hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde edeceği belirtilerek, cenine de koşullu olarak hak ehliyeti tanınmasına ilişkin Medenî Yasa'nın 28/2. maddesindeki yasal düzenlemenin amacı, Miras Hukuku ve özel hukuk bakımından açılacak davalar yönünden önem taşımaktadır. Miras Hukuku yönünden sağ olarak doğmayan cenin mirasçı olamaz. Dava konusu olayda; davacılar Fatma'nın trafik kazası geçirdiği sırada 13 haftalık hamile olduğu, kazaya bağlı olarak düşük yaptığı doktor raporları ile anlaşılmaktadır. 13 haftalık hamileliğin düşük ile sonuçlanması durumunda cenin, sağ olarak doğmadığı için kişilik kazanamamıştır. Kişilik kazanmadığından hak ehliyeti de bulunmayan ceninin ileride davacılar destek olacağı da düşünülemez”. (Y. 4.HD. T. 16.06.2010, E. 2009/11806, K. 2010/7378, naklen **Kazancı Otomasyon**) (UT. 20.05.2013).

⁴⁶ **Kuru**, 1027; **Muşul**, 105; **Bak**, 496; **Kuzmie-Tenchio**, PN. 6, Art. 66 ZPO.

⁴⁷ **Bak**, 497.

⁴⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 19.

kime karşı dava açacağı konusu cevapsız kalmaktadır. Bu boşluğu cenine yönelik hükümlerin kıyasen uygulanarak kayyım atanması ve ona karşı dava açılması İsviçre Medenî Kanunundaki gibi bağımsız bir düzenleme yapılınca kadar kanaatimizce sağlanabilir.

III. MİRAS HUKUKUNA GÖRE CENİNİN VE HENÜZ VAR OLMAYAN KİŞİNİN HUKUKÎ TALEPLERİ

A. Genel Olarak

Cenin, art mirasçı olarak atandığında ön mirasçı atananların kendilerine kalacak kısmı ihlâl ediyorsa, ön mirasçıya onlara karşı kanuni süreler içerisinde tenkis davası açabilir. Henüz var olmayan kişinin tenkis davası açma yetkisi kanunumuzda düzenlenmemiştir. Burada sözü edilen kişinin, haklarının korunması konusunda bir boşluk söz konusudur. Bu boşluk ise bizim hukukumuz için cenine ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak doldurulabilir. Ayrıca vasiyetnamede yer alan hükümler ceninin haklarını ihlâl ediyor ise, kanuni olarak öngörülen süre içerisinde cenin, diğer mirasçılara karşı vasiyetnamenin iptalini kendisine atacak kayyım vasıtasıyla talep edebilir. Miras hukukunda öngörülen bu talep hakları sayesinde ceninin ve dolayısıyla henüz var olmayan kişinin hakları korunmuş olmaktadır. Aksi takdirde, doğduklarında herhangi bir talep ileri süremezler⁴⁹. Bu husus temellerini TMK. m. 569'dan almaktadır. Aynı şekilde art mirasçıya malları devretmek zorunda olan ön mirasçı da art mirasçıya karşı kendi saklı payını ihlâl eden oranın tenkisi ve vasiyetnamedeki kendi aleyhine cenin ve var olmayan kişi lehine olan şart için kanuni süre içerisinde dava açabilir. Çünkü ön mirasçının saklı payı üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi vardır. Ancak saklı pay art mirasçılığa yüklenmemelidir⁵⁰. Bu şekilde cenin, hem davada davacı hem de davalı olma durumu kanunda yer alan düzenlemelere göre sahip olmaktadır.

Miras hukukunda öngörülen haklar savunma malzemesi olarak tereke mallarını teslimle yükümlü birlikte mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına karşı da ileri sürülebilir⁵¹. Ön mirasçı ve art mirasçı arasında kanunda öngörülen bu talep hakları ilk olarak ancak, art mirasçılık gerçekleştiğinde söz konusu olabilir. Eğer art mirasçılık, en çok rastlanılan hal olan ölüm ile gerçekleşirse, ön mirasçı ancak vasiyetnamenin iptali için dava açabilir, yoksa saklı payın ihlâli için tenkis davası açamaz. Art mirasçılık, ön mirasçı yaşarken gerçekleşmiş olsa da, cenin kendisine öngörülen pay üzerinde tasarruf özgürlüğüne sahiptir.

⁴⁹ Bak, 497.

⁵⁰ Hurubesch-Millauer, PN. 1 Art. 531 ZGB.

⁵¹ Hurubesch-Millauer, PN. 9 ff, Abt, 53 ff, Bak, 497.

Cenin, kanunda belirtilen haklarından olan saklı payın tenkisi ve vasiyetnamenin iptali haklarını, art mirasçılık gerçekleşmeden evvel de ileri sürebilir. Ön mirasçının art mirasçıya saklı paylarını devretmesi yıllar alabilir. Hatta ön mirasçı TMK. m. (523/II⁵²)’de yer alan ve ön mirasçıya art mirasçının payının teminatı olarak öngörülen şartlar ön mirasçı tarafından göz ardı edilebilir. Bu durumda terekenin resmen yönetimine karar verilir. Cenine tanınan söz konusu bu haklar henüz var olmayan kişiye de aynen tanınmış bulunmaktadır.

B. Ceninin ve Henüz Var Olmayan Kişinin Art Mirasçılığa İlişkin Taleplerinin İleri Sürülmesi

Henüz var olmayan kişinin art mirasçı olarak atanması durumunda saklı paylarının ihlâlinde veya var olmayan kişi lehine yapılan vasiyetname şartlarının geçersizliğini ileri sürmede tarafların davacı ve davalı olabilme ehliyeti hususu göz önünde tutulmamış ve bu konuda ayrıntılı hükümler kanun koyucu tarafından öngörülmemiştir. Usul hukukunda bu konularla olan sorunlarda miras hukukuna atıf yapılmakla yetinilmiştir⁵³. Ancak ortaya miras ve usul hukuku ilgilendiren bir sorun çıktığında usul hukuku ile miras hukuku hükümleri arasında paralellik sağlanarak problemlerin çözümünde başvurulmaktadır. Aksi takdirde miras hukukunda yer alan saklı payların ihlâlinde tenkis ve vasiyetnamenin hukuka aykırı hükümlerinin iptalinde dava açılmamasının kabulü yargılama yapmaktan kaçınma olarak kabul edilir. Ayrıca yine miras hukuku hükümleri ile usul hukuku hükümleri birlikte uygulanmamış olsaydı henüz dünyaya gelmemiş olan kişinin saklı payını ihlâl eden ön mirasçıya ve vasiyetnamenin kendisi aleyhine olan hükümlerinin iptalini istemesi mümkün olamazdı⁵⁴.

Henüz var olmayan bir kişinin dava açabilmesi sınırlı da olsa TMK. m. 557 ve 569. maddelerinde art mirasçıların saklı paylarının ihlâlinde dava açabileceklerine dair hükümde yer almıştır. Buna karşın henüz var olmayan kişiler lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların iptali için kendilerine dava açılması hususu da Türk Medenî Hukukunda düzenlenmemiş olmasında bir çelişki söz konusudur. Hem henüz var olmayan kimse TMK. m. 583 anlamında art mirasçı veya vasiyet alacaklısı atanabiliyor, ancak atanmış bu kişiler kendilerine karşı açılacak davalarda sahip olacakları taraf ehliyeti sıfatlarına Usul Hukukunda ve Medenî Hukukunun kendi içerisinde yer verilmemiştir. Burada düzenleme eksikliğinden

⁵² TBK. m. 523 “Ön mirasçıya geçen mirasın sulh mahkemesince defteri tutulur. Miras bırakan açıkça başışık tutmadıkça, mirasın ön mirasçıya teslimi onun güvence göstermesine bağlıdır. Taşınmazlarda bu güvence, yeterli görüldüğü takdirde miras geçirme yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh verilmesiyle de sağlanabilir. Ön mirasçı güvence göstermez veya art mirasçının belirlenen haklarını tehlikeye düşürürse, mirasın resmen yönetimine verilir”.

⁵³ Bak, 498.

⁵⁴ Tenchio-Kuzmic, PN. 8, Art. 66 ZPO.

dolayı bir kanun boşluğu söz konusudur. Hâkim önüne gelen olayda Türk Medenî Kanununda düzenlenen bu hususa ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde önüne gelen olaya da kıyasen uygular.

C. Cenin Lehine Öngörülen Usul Hukukuna İlişkin Tedbirler

Usul hukukunda taraf ehliyeti ile dava ehliyeti de HMK. m. 14/I-d’de düzenlenmiştir. Böylelikle henüz dünyaya gelmemiş olan ceninin hakları güvence altına alınmıştır. Ancak henüz doğmamış cenin ve var olmayan kişi kendi yararını doğal olarak bizzat kendini koruyamaz. Burada cenin ve var olmayan kişinin hakları kanuni temsilci tarafından korunması gerekir. Ancak var olmayan kişinin art mirasçı atanması durumunda ise kanuni temsilcinin kim olacağı hususu tartışmalıdır.

Ceninin ailesi yok veya ailesinin cenin haklarını koruyacak kadar maddi imkânlara sahip değilse, yetkili makam tarafından cenini temsil edecek avukat veya temsil kayyımının atanması gerekir. Aynı şekilde henüz var olmayan kişiye karşı saklı payların ihlâli ve vasiyetnamenin ilgili hükümlerinin iptali için dava açılmasında, atanacak temsilcilerin tümü yetkili makam tarafından atanırlar. Cenini davada temsil edecek avukatın ailenin gücü olmadığı durumlarda baro tarafından karşılanması gerekir.

Bu durumda ceninin davada temsil edilmesi yani dava ehliyeti hükümleri Türk Medenî Kanununda yer alan fiil ehliyeti hükümlerine tabi olur (TMK. m. 9). Ayrıca TMK. m. 583/I’de yer alan hüküm ile, henüz var olmayan kişinin art mirasçı olarak atanma hakkı verilerek henüz var olmayan kişinin ileride mal sahibi olabilme hakkı kendisine verilmiştir. Bu hükümle henüz var olmayan kişiye mal sahibi olabilme yetkisi verilirken TMK’da bir boşluk oluşmuştur. Sözü edilen kişi, kendisine verilecek mal varlığına yönelik haklarını nasıl savunabilecektir. Bu soru bizim Medenî Kanunumuzda açık kalmıştır. Buna karşın İsviçre Medenî Kanununda yapılan ve 1 Ocak 2013’den itibaren yürürlüğe giren Medenî Kanun değişikliği ile henüz var olmayan kişilere de temsilci atanacağı hükmü getirilmiştir. Bu düzenleme, hak sahibinin kendisine kanun tarafından bahşedilen haklarını objektif sebeplerden dolayı savunamayacak olması halinde öngörülen bir tedbirdir. Kanunda öngörülen bu tedbir tamamıyla, kanunun kendisine tanımış olduğu haklarını kullanamayan cenin ve henüz var olmayan kişinin ihtiyaçları temel alınarak yapılmıştır. Söz konusu kişiye TMK. m. 427/b. III’e kıyasen kanımızca yönetim kayyımı atanmalıdır. Bu hükümde cenin mirasçılar arasında bulunduğu ana ve babası ile mirastan dolayı menfaat çatışması olması halinde yönetim kayyımının atanacağı öngörülmüştür. Bu hüküm aynı şekilde henüz var olmayan kişilere karşı atanacak olan kayyımlara da uygulanabilir. İsviçre Medenî Kanununda 545/I ve 531. maddeleri 01 Ocak 2013 değişikliği ile yeniden geniş bir şekilde düzenlenerek eski temsil kayyımlığı ile ilgili 392. madde değişikliğe uğramıştır.

İsviçre doktrin ve uygulamasında, çocukların ve yetişkinlerin korunması hususunda Medenî Kanunda yapılan düzenlemeye kadar, doktrin ve uygulamada henüz var olmayan kişiler (nondum conceptus) lehine öngörülecek uygulamalar ve resmi makamlarca alınacak tedbirler çok nadir söz konusu olmuştur⁵⁵. Ancak Ocak 2013 değişikliği ile İsviçre Medenî Kanununda yapılan yeni düzenleme resmi olarak henüz var olmayan kişi için kayyım atanabilme yolunu açmıştır. Bu durumda eğer henüz var olmayan kişi lehine bir art mirasçılık durumu söz konusu olursa, kişinin saklı payının ön mirasçı tarafından ihlâlinde, ön mirasçıya karşı kendisine atanacak kayyım vasıtasıyla dava açılabilir. Aynı şekilde henüz var olmayan kişi lehine, miras bırakan tarafından yapılan vasiyetnamede ön mirasçı aleyhine tasarrufların söz konusu olması durumunda da, bu tasarrufların iptali, var olmayan kişiye kayyım atandıktan sonra ön mirasçı tarafından dava ileri sürülebilir⁵⁶.

İsviçre’de 01 Ocak 2013 itibarıyla yürürlüğe giren çocuğun ve yetişkinlerin korunmasına yönelik düzenlemede de kayyımın atanması ve atayacak makam açısından İsviçre Medenî Kanununda yer alan eski düzenleme (İMK. m. 396/1) hükmü içerik olarak aynı kalmış ancak madde numarası İMK. m. 442/I ZGB olarak değişmiştir. Söz konusu hükümde, kayyımı atayacak yetkili makam olarak, miras bırakanın en son ikamet ettiği yerdir. Adı geçen makam ise İsviçre’de bulunan çocuk ve yetişkinleri koruma dairesidir⁵⁷.

D. Cenin ve Henüz Var Olmayan Kişi İçin Atanan Temsilcinin Hukukî Durumu

Cenin ve henüz var olmayan kişilerin temsili ve haklarının korunması için atanan temsilci TMK. m. 426 anlamında kayyımdır. Kayyım henüz var olmayan kişi için gerçekleştirdiği faaliyetler dolayısıyla TMK. m. 457 (aİMK. m. 416) ve 458/II (aİMK. m. 417) hükmü gereğince ücret istemeğe yetkilidir. Kayyımın ücreti ilk etapta, atandığı kişinin malvarlığından karşılanır. Ancak kişi henüz var olmadığı için bu durumda ücretin, kamusal kaynaklardan karşılanması gerekir⁵⁸. Söz konusu hüküm İsviçre’de Medenî Kanuna yeni getirilen çocuk ve yetişkinlere ilişkin düzenlemede de aynen korunmuştur. Hatta bir adım daha ileri gidilerek kayyımın, atandığı kişi için yaptığı masrafları, kişinin herhangi bir malı olmaması durumunda Kanton tüzelkişiliği tarafından karşılanacağı hükmüne de yer verilmiştir⁵⁹. İsviçre Medenî Kanununa göre, masrafları ödeye-

⁵⁵ Eitel, *Anwartschaft*, 630 ff; *Riemer*, PN. 125 vd; *Bak*, 498.

⁵⁶ *Botschaft*; BBl 7001, 7073 ff.

⁵⁷ *Botschaft*; BBl 7001, 7073 ff.

⁵⁸ *Deschnaux/Steinauer*, PN. 954; ZVW 1998, 106 ff; *Bak*, 499.

⁵⁹ *Botschaft*; BBl 7001, 7073 ff.

cek olan makam, kendisine kayyım atananın ikametgâhında bulunan belediye-dir. Makalemize konu olan “Henüz Var Olmayan Kişilerin ve Ceninin Art Mirasçı Olarak Atanması” inceleme konusunu esas aldığımızda, miras bırakanın ikametgâhı, henüz var olmayan kişinin veya ön mirasçının ikametgâhında da geçerli ikametgâh olarak kabul edilir.

Temsil kayyımı henüz var olmayan kişinin haklarını korumak için atanır. Kayyımın talep edeceği ücreti ilk aşamada kişinin malvarlığından karşılanır. Ancak ikame mirasçılığı öngören şartın gerçekleşmemesi durumunda, art mirasçının herhangi bir malvarlığı söz konusu olamaz. Art mirasçılık gerçekleşmediği için, ön mirasçının miras paylarına da başvurulamaz. Çünkü henüz ön mirasçının art mirasçıya terekeyi teslim etmesi için gerekli olan şartlar gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla da henüz var olmayan çocuğun ihlâl edilen bir yararı söz konusu değildir. Bununla birlikte, ön ve art mirasçının vasiyetnamenin iptalinde davacı ve davalı olarak birbirlerine karşı hak ileri sürebilmeleri için işin doğası gereği ortada korunacak bir yarar olmalıdır. Eğer ortada korunacak bir yarar söz konusu olmazsa, aynen art mirasçılıkta olduğu gibi kayyımın henüz dünyaya gelmemiş çocuk yararına gerçekleştireceği herhangi bir fiil söz konusu olmayacaktır. Bu her iki durumda da atanan kayyımın ücreti kamusal kaynaklardan karşılanır. Yapılan bu ödemeler daha sonra kamu makamlarınca şatlar gerçekleştiğinde art mirasçıya ileri sürülebilir⁶⁰.

İsviçre’de 01 Ocaktan 2013’den itibaren yürürlüğe giren çocuk ve yetişkinlerin korunmasına ilişkin yeni düzenlemede temsil kayyımlığı yer almıştır. Ancak temsil kayyımının atanması için “*gereklilik prensibi*”ne yer verilmiştir⁶¹. Bu bağlamda İMK. m. 394’de düzenlenen, “*isteğe bağlı kısıtlanma sebeplerinden biri varsa, ergin bir kişiye kendi isteği üzerine bir kayyım atanabilir*” kuralı, kanun koyucu tarafından geniş yorumlanmıştır. Ancak kanun koyucu, henüz var olmayan çocuk (nondum conceptus) için vesayet hukukunda yaptığı kayyımlık konusundaki değişiklikleri miras hukukunda da ayrıntılı bir şekilde düzenlemeyi ihmal etmiştir. Buna karşılık ceninin mirasçılığı yine özel bir düzenleme olarak İMK. m. 544 (TMK. m. 582) yer almaktadır. Bu düzenleme ile henüz var olmayan çocuğun mirasçılığı söz konusu olduğunda, çocuk koruma makamı tarafından, çocuğun korunmaya değer menfaatleri göz önüne alınarak kayyım atanır.

IV. ART MİRASÇI ATANAN HENÜZ VAR OLMAYAN KİŞİ HAKKINDA ZÜRİH VESAYET MAKAMININ İLGİLİ KARARI

Çalışmamızın konusu ile yakından ilgili olan Zürih Vesayet Makamı Kararına konu olan olayda; muris tek oğlunu kendine karşı olan yükümlülüklerini

⁶⁰ Bak, 500.

⁶¹ BBI 2006, 7001, 7016, 7045 ff.

yerine getirmediğinden dolayı vasiyetnamesinde ön mirasçı olarak atamıştır. Ayrıca, yine vasiyetnamede ön mirasçı olan oğlunun, saklı payını ihlâl edecek şekilde diğer kişiler lehine kazandırmalarda bulunarak, onları art mirasçı olarak atamıştır. Bunların arasında henüz dünyaya gelmemiş kişiler de bulunmaktadır. Murisin oğlu mirasın açıldığı anda diğer alt soyun ve vasiyetname ile atanan art mirasçıların haklarını ihlâl eden tasarruflarda bulunmuştur. Miras bırakanın oğlunun, saklı payını ihlâl eden art mirasçı olan henüz dünyada olmayan kişilere karşı açacağı iptal davası açısından olaya baktığımızda, henüz var olmayan art mirasçılara dava açmak için yetkili vesayet dairesi tarafından ona bir temsil kayyımı atanması hususunda başvuru yapılmıştır. Ancak Zürih Vesayet Makamı ilk aşamada talebi uygun bulmamıştır. Karara gerekçe olarak da; “Kayyım atanması gerçek kişiler için öngörülen vesayet hukukuna dayanan bir tedbirdir. Somut olayda henüz var olmayan bir kişinin art mirasçı olarak atanması söz konusudur. Kişilik doğumla başlar ve ölümle sona erer. Ancak tam ve sağlıklı doğmak üzere ana rahmine düşen çocuğun sağ doğmak kaydıyla hak ehliyeti vardır. Bu anlamda henüz var olmayan kişi hak ehliyetine sahip olamaz. Bundan dolayıdır ki, henüz doğmamış çocuk için kayyım atanması dilekçesi yerinde değildir”⁶² görüşüne yer verilmiştir.

Zürih Vesayet Makamının kararını, denetim makamı, eski İMK. m. 420’de⁶³ belirtilen “*vesayet makamının kararlarına karşı denetim makamına şikayette bulunulur*” hükmü gereği, kararı iptal etmiştir. Çünkü burada eski İMK. m. 392 ve yine ölüme bağlı tasarrufların iptalini içeren İMK. m. 519 (TMK. m. 557) ve miras art mirasçıya geçirme yükümlülüğü ile saklı payı zedelenen mirasçının, aşan kısmın tenkisini isteme hakkını düzenleyen İMK. m. 531 (TMK. m. 569) hükümlerine aykırılık söz konusudur. Üst makamın bozma kararı doğrultusunda, vesayet makamı kararı tekrar ele alarak henüz var olmayan art mirasçı için kayyım atanmasına karar vermiştir. Söz konusu bu kararla, ileride doğacak çocuğun korunmaya layık haklarının söz konusu olması halinde kendisine kayyım atanabileceği tespit edilmiştir. Bu durumda atanacak kayyım eski İMK. m. 392 (TMK. m. 426)’e göre belirlenir⁶⁴. Atanacak kayyımın niteliği ise temsil kayyımlığıdır.

SONUÇ

Miras Hukukuna hâkim olan saklı payların dışında murisin kendi malları üzerinde istediği ölüme bağlı tasarrufu gerçekleştirebilme özgürlüğünün bir görünümü olarak art mirasçılık müessesesi kabul edilmiştir. Söz konusu müessesede murisin

⁶² Zürih Vesayet Dairesi Kararı, **Egg/ZH** vom. 10.Juli 2012 (**Geschaef Nr. 82, Protokoll**, 151).

⁶³ Yeni düzenleme ile İMK. m. 450 olmuştur.

⁶⁴ **Egg/ZH** vom 10 Juli 2012 (**Geschaef Nr. 82, Protokoll**, 151).

terekeyi önce ön mirasçıya sonra art mirasçıya geçirilmesini talep etmesi haline ek olarak, henüz var olmayan kişilerin de ön mirasçıya art mirasçı olarak atanması söz konusu olabilir. Bu kurum, murise tanınan malından özgürce tasarruf edebilme yetkisini vermektedir. Ancak henüz var olmayan kişiye tanınan bu haklar ön mirasçının saklı paylarını ihlâl ediyorsa veya henüz var olmayan kişi lehine yapılan vasiyetnamede yer alan hükümler karşısında ön mirasçının hakları ihlâl ediliyorsa, dava hakkı söz konusu olur. Ancak dava açabilmek için usul hukukunda taraf ve dava ehliyeti Medenî Hukuktaki hak ve fiil ehliyetine göre gerçekleşir.

Taraf ve dava ehliyeti cenin için problem arz etmez. Çünkü ana rahmine tam ve sağlam doğmak şartı ile düştüğü andan itibaren hak ehliyetine ilişkin hükümler uygulanmaya başlar ve kendisine bir kayyım atanır. Ancak henüz var olmayan bir kişi için kayyım atanması hususu Hukuk Muhakemeleri Kanununda ve Medenî Kanunda düzenlenmemiştir. Miras Hukukunda düzenlenen henüz var olmayan kişi lehine art mirasçılık kurumu paralel bir düzenleme diğer kanunlarda ilginç bir şekilde yer almamıştır. İsviçre Medenî Kanununda yeni yapılan değişiklikle henüz var olmayan kişiye kayyım atanması kuralı, bizim Medenî Kanunumuzda da yapılacak düzenleme ile bu alandaki boşluk en iyi şekilde doldurulabilir. Hukuk sistemimiz için de, taraf ve dava ehliyetine sahip olmayan henüz var olmayan kişiye kayyım atanması ve bu kayyımla davaların yürütülmesi için cenine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması kabul edilebilir.

KISALTMALAR

aİMK.	: Alt (eski) İsviçre Medenî Kanunu.
AJP.	: Aktuelle Juristische Praxis.
Art.	: Artikel (madde).
Auflg.	: Auflage (bası).
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi.
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
B.	: Band (Cilt).
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BJM.	: Basler Juristische Mitteilungen.
BT.	: Besonderer Teil (İsviçre Borçlar Kanunu Özel Kısım).
C.	: Cilt.
E.	: Esas.
Egg/ZH.	: Gemeinde Egg/Zürich (Zürich’de Egg Belediyesi).
FS.	: Festschrift (Armağan).
HD.	: Hukuk Dairesi.
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu.
Hrsg.	: Herausgeber (Yayıncı).
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu.
İMK.	: İsviçre Medenî Kanunu.
K.	: Karar.
m.	: madde.
OG.	: Ober Gericht (Yüksek Mahkeme).
PN.	: Paragraf Numarası.
S.	: Sayı.
s.	: sahife.
SJZ.	: Schweizerische Juristen Zeitung (Zürich).
T.	: Tarih.
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu.
TMK.	: Türk Medenî Kanunu.

- VVMT. : Vesayet ve Miras Hükümlerinin Kullanılmasına İlişkin Tüzük.
vd. : ve devamı.
Y. : Yargıtay.
YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YKD. : Yargıtay Kararlar Dergisi.
ZBJV. : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern).
ZGB. : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).
ZPO. : Zivilprozessrecht (İsviçre Usul Kanunu).
ZVW. : Zeitschrift für Vormundtschaftswesen.

KAYNAKÇA

Abt, Daniel: in Daniel Abt/Thomas Weibel: (Hrsg) Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 2. Aufl. Basel 2011.

.....: Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Basel 2002.

Akipek, J./Akıntürk, T.: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1. Cilt, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

Antalya, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009.

Arpacı, A.: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

Aydın, T.: Kişilik Haklarının Doğum Öncesi Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

Bak, Rudolph: Herabsetzung und Ungültigkeitsklage gegen noch nicht gezeugte Nacherben (nondum conceptus), AJP/PJA 2013, 496 vd.

Beratta, Piera: in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg), Basler Kommentar 2010.

Bessenich, Balthasar: in: Basler Kommentar, Basel 2002.

Bigler-Eggenberger, M.: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser (Hrsg.) 2. Aufl. Basel 2003,

Breitschmid, Peter: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch 1, Art. 1-456 ZGB (Hrsg. Heinrich, Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 2. Aufl., Basel/Genf/München, 2002.

Breitschmid, Peter: Handkommetar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007. (Breitschmid, Handkommentar).

Bucher, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 1999 Basel.

Bucher, Eugen: in: Berner Kommentar, Bern 1976.

- Deschnaux, H/Steinauer, Paul-Henri:** Personnes physiques et tutelle, 4. Auflg. Bern 2001.
- Dural, M./Ögüz, T.:** Kişiler Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- Dural, M./Öz, T.:** Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2011.
- Engin, Baki İlkay:** Yedek Mirasçılık, İstanbul 2003.
- Escher, A.** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, Der Erbgang (Art. 537-640), E. Beck (Hrsg.), Zürich 1960.
- Eitel, Paul:** Die Funktion der nach Erbrecht oder Vormundschaftsrecht zustandigen behörde bei der Nacherbeneinsetzung, AJP/PJA 2000.
- Eitel, Paul:** Die Anwartschaft des Nacherben, Bern 1991 (Eitel, Nacherben).
- Erişir, Evrim:** Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Gümüş, M. A.:** Türk Medenî Hukukunda Kayımlık, İstanbul 2006.
- Haeffliger, Ruth:** Die Parteifähigkeit im Zivilprozess, Zürich 1987.
- Hatemi, Hatemi, H.:** Kişiler Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Hausheer, H/Aebi-Müller, R.:** Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.
- Helvacı, Serap.:** Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- İmre, Z./Ermann, H.:** Miras Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2011.
- İnan, A. N./Ertas, S./Albas, H.:** Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Kale, Serdar:** Medenî Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan:** Soybağı Alanında Bioetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul 2006.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Köprülü, Bülent:** Miras hukuku Dersleri, İstanbul 1985.
- Köprülü, Bülent:** Medenî Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984. (Köprülü, Medenî Hukuk).
- Kurt, L. Müjde:** Ceninin Malvarlığı Hakları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt. 2, Sayı.1, Yıl. 2011.
- Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C. I, İstanbul 2001.
- Kuzmie-Tenchio, Kristiana:** in: Karl Spühler/Luca Technio/Dominik Inganger (Hrsg), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.
- Mannsdorfer, T. M.:** “Rights of Embryo and Fetus in Private Law”, Rapports suisses présentés au XVIème Congrès international de droit comparé, Zurich 2002, s. 515-554.

Mannsdorfer, T. M.: Pränatal Schädigung, Freiburg 2000. (Mannsdorfer, Schädigung).

Muşul, Timuçin: Medenî Usul hukuku, Ankara 2012.

Nomer, Haluk: Sun'î Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 545 vd.

Oğuzman, M. K/Seliçi, Ö/Oktay-Özdemir, S.: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

Özsunay, Ergun: "Rights of embryo and foetus in private law", Convergence of legal systems in the 21st century, General Reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-20 July 2002), Extrait, Bruxelles 2006, s. 1275-1413.

Özsunay, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979. (Özsunay, Gerçek Kişiler)

Özsunay, Ergun: "Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar", Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s. 2-58. (Özsunay, Hayatın Başlangıcı).

Pedrazzini, Mario: Für eine kohärente Rechtsordnung, SJZ 86 (1990), 133-141.

Piotet, Paul: Droit successoral, Traité de droit privé suisse, Tome IV, Fribourg 1975.

Riemer, Hans Michael: Personenrecht des ZGB 2. Aufl. Bern 2002.

Rosenberg, /Schwab/Gottwald: Zivilprozessrecht, 16. Aufl. München 2004.

Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Serozan, R/Engin, B. İ.: Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012.

Schmuki, Peter H: Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, Zürich 1982.

Schürmann, Edgar: in: (Hrsg) Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 2. Aufl. Basel 2011.

Studhalter, Philipp: ZGB Kommentar –Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 2011 (www.navigato.ch) UT. 30.05.2013.

Tuor P./Schnyder B./Schmid J./Rumo-Jungo A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2010.

Ünver, Aydın, Tülay: Ceninin Hukukî Konumu, İstanbul 2011.

Weimar, Peter: Berner Kommentar, Bd. III/1/1/1, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009.

Yıldırım, Günel, Hülya: Tıpta Yapay Döllenme ve Hukuki Sorunlar, İstanbul 1996 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Zevkliler, A./Acabey, B./Gökyayla, E.: Medenî Hukuk, 6. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2000.

