

## **<sup>H</sup>BOŞANMA DAVASINDA SAĞ KALAN EŞİN BU SIFATLA MİRASÇILIĞINA SON VERMEK AMACIYLA MİRASÇILAR TARAFINDAN DAVAYA DEVAM EDİLMESİ**

*Yrd. Doç. Dr. Hülya TAŞ KORKMAZ\**

### **GİRİŞ**

Eşler birbirinin yasal mirasçısı oldukları gibi (TMK m. 499), birbirlerini iradî mirasçı olarak da tâyin edebilirler (TMK m. 502 vd). Ancak boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerine mirasçı olamazlar<sup>1</sup> ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça<sup>2</sup>, kaybederler (TMK m. 181/1). Zira boşanma kararının kesinleşmesiyle evlilik birliği; dolayısıyla mirasçı olabilme bağlantısı sona erer<sup>3</sup>.

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Boşanan eşler arasında yasal mirasçı olmayı gerektirecek kan hısımlığı varsa, (örneğin, eşler kardeş çocukları iseler), eşlerin hısımlık dolayısıyla birbirlerinin yasal mirasçısı (TMK m. 496) olmalarına bir engel yoktur. Zaten Kanun'daki ifade de "boşanan eşler bu sıfatla birbirlerinin mirasçısı olamazlar. ..." şeklindedir (**Akıntürk/Karaman**, s. 293; **Öztaş**, s. 463; **Dural/Öz**, s. 45; **Topuz**, s. 79). Ancak mirasçılıktan çıkarmaya (TMK m. 510) veya mirastan yoksunluğa (TMK m. 578) ilişkin hükümler saklıdır (**Zevkliler/ Acabey/Gökyayla**, s. 921; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 135).

<sup>2</sup> Ölüme bağlı tasarrufta, tasarrufun boşanma halinde de geçerli olacağı belirtilmişse, lehine tasarruf yapılan eş, boşanmadan sonra da diğer eşin ölümü halinde hak sahibi olur (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 135; **Akkanat**, s. 46; **Topuz**, s. 80). Yine boşanmadan sonra eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar, TMK m.181/1'in kapsamına girmeyip, geçerli olurlar (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 135; **Akkanat**, s. 46).

<sup>3</sup> Boşanan eşlerin birbirlerinin mirasçısı olamayacakları sonucunun doğması için, "boşanma hükmünün kesinleşmiş olması" gereklidir (**Zevkliler/ Acabey/Gökyayla**, s. 921;

Buna karşılık, boşanma davası devam ederken eşlerden biri ölürse, sağ kalan eş ölen eşin mirasçısı olur. Zira bu durumda evlilik boşanmayla değil ölümle sona ermiştir<sup>4</sup>. Bu kuralın istisnası, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilip sağ kalan eşin kusurunun ispatlanmasıdır. Kusurun ispatı halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığı sona erdirilecektir(TMK m. 181/2).

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirme olanağını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, gerek medenî hukuk gerekse medenî usûl hukukundaki birçok genel kurala istisna teşkil etmektedir. Medeni Kanunun sistemi ile uyumlu olmayan bu hükmün uygulanması özellikle medenî usûl hukuku ilkeleri bakımından muhtelif sorunlar yarattığından, hükmün kabul edilmesinin gerekliliği konusundaki tartışma bir yana, özellikle düzenlenme biçimi üzerinde yoğun eleştiriler bulunmakta ve değiştirilmesi önerilmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanmasının yarattığı sorunlar; eşlerden birinin ölümü ile konusuz kalan boşanma davasına, ölen eşin mirasçılarının kendi talepleri doğrultusunda devamının nasıl sağlanacağı; mirasçılar tarafından devam edilen davanın konusu; dolayısıyla talep sonucu ve davanın kabulü halinde verilmesi gereken hükmün niteliğine ilişkindir. Yine bunlarla bağlantılı olarak boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmek suretiyle gerçekleştirilen taraf değişikliğinin ne tür bir taraf değişikliği olduğu; davaya devam eden mirasçılar arasındaki ilişki ve mirasçıların mevcut yargılama sonuçlarıyla bağlılıkları konusunda da sorunlar mevcuttur. Söz konusu hükme ilişkin bu muhtelif sorunların çözümü ve hükmün ne şekilde değiştirilmesi gerektiği konusunda, Doktrinde görüş birliği de bulunmamaktadır. Belirtilen nedenlerle, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fik-

---

Akıntürk/Karaman, s. 292; Öztan, s. 463; Dural/Öz, s. 42; İnan/Ertas/Albaş, s. 122-123; Akkanat, s. 46; Özüğür, s. 942; Topuz, s. 99; Topuz, Anayasaya Aykırılık, s. 222; Doğan, s. 1031). Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 921, dn. 143.

<sup>4</sup> Serozan/Engin, § 2, N.65; Altaş, s. 658; Kılıçoğlu, s. 34; Antalya, s. 93, 95; Topuz, s. 107.

rasındaki hüküm, yürürlüğe girdiği günden beri, üzerinde bilimsel çalışma yapılması bakımından cazibesini yitirmeyen bir hüküm olmaya devam etmektedir.

Bu çalışmayı yapmaktaki amacımız, öncelikle, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanması suretiyle ortaya çıkan sorunları tespit etmek ve bu sorunlara mevcut hüküm (TMK m. 181/2) çerçevesinde usul hukuku ilkeleriyle uyumlu çözüm önerilerinde bulunabilmektir. Mukayeseli hukuktaki benzer hükümlerle söz konusu hükmü karşılaştırmak ve bu suretle olması gereken hukuk bakımından söz konusu hükme ilişkin değişiklik önerilerinde bulunabilmek de çalışmamızın bir diğer amacıdır.

Belirtilen amaçları gerçekleştirmek için önce Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme ilişkin genel bilgiler verilecek ve bu hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından kendi taleplerine ilişkin olarak devam edilen davayı diğer davalardan ayıran özellikler ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu suretle, söz konusu hükmün uygulanmasının yarattığı sorunlar daha rahat tespit edilebilecektir. Bundan sonra, anılan hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından söz konusu davaya devam edilebilmesinin koşulları ile davaya devam edilmesinin sonuçlarına yer verilecektir. Son olarak da, anılan hükmün değiştirilmesi için Doktrindeki önerilerin değerlendirilmesi suretiyle olması gereken hukuk bakımından bir değişiklik önerisinde bulunmaya çalışılacaktır.

## **A. BOŞANMA DAVASI ESNASINDA ÖLEN EŞİN MİRASÇILARINDAN BİRİSİ TARAFINDAN DAVAYA DEVAM EDİLMESİNE OLANAK SAĞLAYAN HÜKÜM HAKKINDA GENEL BİLGİLER**

### **I. Hükmün Tarihsel Gelişim Süreci**

Boşanma davaları, malvarlığına ilişkin olmayıp yalnız ölen tarafı ilgilendiren şahıs varlığına ilişkin davalardandır. Bu nedenle, boşanma davası devam ederken taraflardan biri ölürse, bu davaya malvarlığına ilişkin davalardakinin aksine, ölen tarafın mirasçıları tarafından veya ölen tarafın miras-

çalarına karşı devam edilemez<sup>5</sup>. Eşlerden birinin ölümü üzerine boşanma talebi konusuz kaldığından, esasa ilişkin bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararla dava sona erdirilir. Bunun sağ kalan eşin mirasçılığına etkisi ise, boşanma davası esnasında evlilik birliği ölümle sona erdiğinden, sağ kalan eşin bu sıfatla ölen eşine mirasçı olmasıdır.

Özellikle zina veya pek kötü davranış sebebiyle açılmış boşanma davalarında daha karar verilmeden hatta boşanma kararının kanun yolu incelemesi için Yargıtay'da bulunduğu aşamada eşlerden birinin ölümü üzerine, sağ kalan eşin ölen eşine mirasçı olmasının her zaman adil olmadığı 743 sayılı Eski Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte olduğu dönemde ifade edilmekteydi. Bu adil olmayan sonucun önlenmesi için, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılara davaya devam ederek sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirme olanağının mı tanınması, yoksa bu sorunun miras hukuku sistemi içinde mirastan yoksunluk veya mirasçılıktan çıkarma olanaklarıyla mı çözülmesi gerektiği konusunda Doktrinde tartışma mevcuttu<sup>6</sup>. Söz konusu dönemde, bu konuda Yargıtay kararlarında da tam bir birlik mevcut değildi. Yargıtay, bir kararında, davacı eşin boşanma davası esnasında ölen davalı eşe mirasçı olamayacağını kabul etmişken<sup>7</sup>; bir başka kararında<sup>8</sup>, davalı eşin boşanma davası devam ederken ölen davacı eşe mirasçı olabileceğini belirtmiştir. Daha sonra 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar ise, istikrarlı bir şekilde, ister davacı, isterse davalı eş ölmüş olsun, boşanma davası kesinleşmeden eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin ölene mirasçı olduğu doğrultusunda karar vermiştir<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> **Kuru**, C.I, s. 612; **Gençcan**, s. 1514; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 52.

<sup>6</sup> Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz. **Saymen**, s. 362; **Serozan/Engin** §2, N.65, dn. 25; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 123; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 70.

<sup>7</sup> 2. HD, 04.04.1941, 4746/3193 (**Saymen**, s. 360; **Topuz**, s. 103).

<sup>8</sup> 2. HD, 30.11.1943, 2225/4985 (**Saymen**, s. 360; **Topuz**, s. 103). 743 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay'ın boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü durumunda, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına ilişkin farklı kararları için bkz. **Akıntürk/Karaman**, s. 292, dn. 105a.

<sup>9</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz. 2. HD, 26.11.1946 tarih ve 1024 sayılı kararı (**Saymen**, s. 359; **Topuz**, s. 103); 2. HD, 03.07.1953, 3710/3373 (AD, 1953, s. 1217); 2. HD,

Özellikle ağır kusur isnadıyla açılan boşanma davaları esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin bu sıfatla ölen eşine mirasçı olmasının Doktrin ve uygulamada yarattığı rahatsızlığın etkisiyle kanunkoyucu, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda, bu hususta istisnaî bir düzenlemeye yer vermiştir (TMK m. 181/2). Bu suretle böyle bir durumda ortaya çıkabilecek adaletsizlik giderilmeye çalışılmıştır<sup>10</sup>

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ilk şekline göre, “*Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.*”

*Boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”.*

Bu maddenin birinci fıkrasındaki hüküm, yürürlükten kaldırılan Türk Kanunu Medenîsi'nin 146. maddesinin ikinci fıkrasının karşılığı olmakla birlikte, ikinci fıkrasındaki hüküm, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda ilk kez düzenlenmiş olup, boşanma davaları bakımından önemli bir yenilik getirmiştir. Söz konusu yeni hüküm, gerçekleştirmek istediği amaç bakımından Doktrinde genellikle olumlu karşılanmakla birlikte<sup>11</sup>, özellikle medenî usûl hukukundaki ilkelere aykırı sonuçlar yaratmaya müsait düzenleme şekliyle haklı eleştirilerin de hedefi olmuştur<sup>12</sup>. Bu hükümlerle ilgili en yoğun eleştiri, söz konusu düzenlemeyle sadece boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılara davaya devam etme olanağının tanınmış olması; buna karşılık, dava esnasında ölen davalının mirasçılara bu hakkın tanınmamış olmasıydı<sup>13</sup>.

---

07.06.1971, 3790/3714 (RKD, 1971/10, s. 312); HGK, 13.11.1973, 2-229/880 (YKD, 1975/2, s. 25).

<sup>10</sup> **Sungurtekin Özkan**, s. 80.

<sup>11</sup> **Sungurtekin Özkan**, s. 80; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 21; **Burcuoğlu**, s. 381; **Tutumlu**, s. 127; **Aksu**, Mirastan Yoksunluk, s. 252; **Altaş**, s. 660.

<sup>12</sup> Bu konuda bkz. **Uluslan**, s. 228; **Burcuoğlu**, s. 381; **Serozan**, s. 568; **Serozan/Engin**, §1, N.39; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Tutumlu**, s. 127.

<sup>13</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Serozan**, s. 563, 568; **Özkan**, s. 463; **Sungurtekin Özkan**, s. 80-81; **Umar**, s. 95; **Burcuoğlu**, s. 389; **Kale**, s. 81; **Demir**, s. 49; **Doğan**, s. 1035; **Akkanat**, s. 48; 50; **Aksu**, s. 40, 57.

Kanunkoyucunun başlangıçta sadece, boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılarının davaya devam etme olanağı tanınmasının sebepleri üzerinde tartışılmış<sup>14</sup>; ancak genel olarak bu sebeplerin haklı olmadığı hususunda hem fikir olunmuştur<sup>15</sup>. Gerçekten bazı boşanma davalarında davacı, davalıdan daha fazla kusurlu olabileceğinden<sup>16</sup>, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasının Gerekçesinde ifade edilen adaletsizlik, davalının ölümü halinde de ortaya çıkabilecektir<sup>17</sup>.

Doktrindeki haklı eleştirilerin ardından, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün Anayasanın eşitlik ilkesi (m. 10) ile hak arama hürriyetine (m. 36) aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümdeki "davacının" ve "davalının" sözcüklerini iptal etmiştir<sup>18</sup>. İptal gerekçesi, anılan hüküm ile boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılarının davaya devam etme hakkı tanınmasına rağmen, bu hakkın davalının mirasçı-

<sup>14</sup> Bu konuda bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 137; **Burcuoğlu**, s. 389; **Aksu**, s. 40, 62; **Topuz**, s. 109.

<sup>15</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Serozan**, s. 563, 568; **Öztaş**, s. 463; **Sungurtekin Özkan**, s. 80-81; **Umar**, s. 95; **Burcuoğlu**, s. 389; **Kale**, s. 81; **Demir**, s. 49; **Doğan**, s. 1035; **Aksu**, s. 40, 57. Krş. **Topuz**, s. 105. Farklı yönde bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 22; **Kılıçoğlu**, s. 35.

<sup>16</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Serozan**, s. 563, 568; **Burcuoğlu**, s. 390; **Öztaş**, s. 463; **Sungurtekin Özkan**, s. 80; **Kale**, s. 81.

<sup>17</sup> Örneğin, başkasıyla evlilik dışı bir ilişkisi olan koca boşanma davası açtıktan sonra kadın savunma olarak bu durumu ileri sürüp kocasının daha kusurlu olduğunu cevap dilekçesinde belirtmiş; ancak daha duruşmalar başlamadan ölmüştür. Bu durumda açılmış olan dava davalının ölümü ile konusuz kalacak ve evlilik ölümüyle sona erdiğinden, davacı ölen davalıya mirasçı olacaktır (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 137). Belki de dava sonunda davacının kusuru, daha ağır belirlenecektir. Davalının daha önce boşanma davasını açmaması nedeniyle ölümü halinde, mirasçılarının davaya devam etme hakkından mahrum bırakılması durumunda, söz konusu hükmün Gerekçesinde belirtilen adaletsizlik yine ortaya çıkacaktır. O halde, sadece davacının mirasçılarının davayı sürdürme olanağının tanınması isabetli değildir (**Öztaş**, s. 463). Bu konuda ayrıca bkz. **Öztaş**, s. 463; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Kale**, s. 81.

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 21.01.2010 tarih ve 2008-102 Esas, 2010/14 Karar sayılı kararı (RG, 22.10.2010/27737). Anayasa Mahkemesinin iptal kararının Medeni Kanun sistemine uygun olmadığı yönünde bkz. **İnan/Ertay/Albaş**, s. 125.

larına tanınmamasının anayasanın eşitlik ilkesi ile hak arama hürriyetine aykırı olduğudur<sup>19</sup>.

Anayasa Mahkemesi tarafından, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “davacının” ve “davalının” sözcüklerinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, yeni yasal düzenleme yapılması amacıyla, iptal hükmünün kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi de uygun görülmüştür<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi'nin çoğunlukla verdiği karara farklı gerekçeyle katılan Üye Serdar Özgüldür'e göre ise, “... Ölüm ile boşanma nedenine konu ailevi sorunlar fiilen son bulur. Davaya devam iradesi ancak sağlar arasında söz konusu olabilir. Boşanma davasının kesin hüküm haline gelmesi aşamasına kadar, davacının her an davasından feragat etmesi mümkün olduğu gibi, davayı sürdürmemek suretiyle boşanma davasının sonuçsuz kalması da imkân dahilindedir. Ölen davacının bu iradesinin sonuna kadar değişmeyeceği varsayımından hareketle onun mirasçılara davaya devam hakkı verilmesinin hukuki temeli olamayacağı izahtan varestedir. Sağlararası geçerliliği olabilecek bir davanın taraflardan birinin (davacının) ölümü sonrasında da devam ettirilmesi Medeni Kanun'un bu konuda öngördüğü sistematiğe tamamen aykırıdır. Aile hukuku konusu olan 'boşanma'nın bu kuralla 'miras hukuku' alanına taşınması 'sosyal fayda' ile telif edilmeye çalışılmaktaysa da; Anayasa'nın 41. ve 2. maddelerinin hükümleri dikkate alındığında, bu düzenlemenin Anayasal kabul görmesi mümkün değildir. ...”. Üye Serdar Özgüldür, belirttiği nedenlerle, Anayasa'ya aykırı düşen 4721 sayılı Medeni Kanun'un 181. maddesinin ikinci fıkrasının tamamen iptal edilerek açılmış olan bir boşanma davasının bilahare ölen “davacısının” mirasçılara tanınan davayı devam ettirme imkânına son verilmesi gerekirken; bu imkânın “davalı”ya da tanınması gerektiği gerekçesiyle iptali gerektiği yolundaki çoğunluk kararına bu farklı gerekçeyle katıldığını ifade etmiştir. Serdar Özgüldür'ün karşı oy yazısındaki gerekçelerin değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Aksu**, s. 66 vd.

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından, Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki “davacının” ve “davalının” sözcüklerinin iptaline ilişkin kararın yarattığı hukuksal boşluğun doldurulması için tanınan altı aylık dönem içinde de, Yargıtay, davaya ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmesi ve davanın onların talepleri doğrultusunda incelenmesine engel bir durum olmadığı görüşündeydi. Zira Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararının davacı mirasçılarının davayı sürdürmemeleri değil; aksine davalı mirasçılarının da sürdürmeleri noktasındaydı. Bu konuda bkz. 2. HD, 24.02.2011, E.2010/1963, K.2011/3263 (**Gençcan**, s. 1519). Yargıtay'ın bu kararına karşı oy yazısı için bkz. **Gençcan**, s. 1519.

İşte yeni yasal düzenleme yapılması için öngörülen süre içinde hazırlanan 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>21</sup> 19. maddesiyle Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddenin ikinci fıkrası değiştirilerek bu günkü mevcut halini almıştır. Buna göre, "*Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.*"

Yapılan bu değişikliğin yeterli olmadığı, boşanma talebinin haklı temellere oturtulması durumunda her iki eşin de mirasçılığını düşüren bir yasal çözümün öngörülmesi gerekirken, her iki eşin mirasçılarının da davayı kusur ilkesi açısından sürdürebilmelerinin öngörülmesinin anlamsız ve tutarsız olduğu ifade edilmiştir<sup>22</sup>. Gerçekten, söz konusu değişikliğe rağmen, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddenin ikinci fıkrasındaki hükmün mevcut hali de, bu hükmün uygulanması durumunda karşılaşılabilecek sorunları çözmeye; dolayısıyla söz konusu hüküm üzerindeki tartışmaları sona erdirmeye yeterli değildir. Bu nedenle, bu hükmün uygulamada karşılaşılan temel sorunlara çözüm getirecek şekilde değiştirilmesi gereklidir.

## II. Hükmün Amacı

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesine göre, "... özellikle, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü halinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına

<sup>21</sup> TMK m. 181/2 hükmünü değiştiren 6217 sayılı Kanun'un (RG, 14.04.2011/27905) 19. maddesi, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir (6217 s.K. m. 32).

<sup>22</sup> **Serozan/Engin**, § 1, N.39. TMK m. 181/2'deki hükümde kusur ilkesine dayanılmasının Anayasanın aileyi koruyan hükmünün (m. 41/1-2) ihlali sonucunu doğurduğu; bu nedenle kusur denetiminin kanundan çıkarılması gerektiği yönündeki haklı eleştiriler için bkz. **Topuz**, s. 219 vd., 240. Yine söz konusu hükmün, Anayasanın 35. maddesi bağlamında Anayasanın 13. maddesine aykırı olduğu yönünde bkz. **Topuz**, s. 218; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 245, 254. Alman hukukunda boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölmesi durumunda sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmeye ilişkin hükümlere (BGB § 1933) karşı anayasa hukukuna ilişkin mahzurlar bulunmadığı yönünde bkz. jurisPK-BGB/**M. Schmidt**, § 1933, N.2.



*sebeup olabilecektir. İşte bu haksız ve adaletsiz durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır. ...”.*

Bir önceki başlık altında belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra söz konusu hükümde yapılan değişiklikle beraber değerlendirildiğinde, bu hükmün amacının koşulları mevcutsa her iki eş bakımından da haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasını engellemek olduğu ifade edilebilir.

Doktrinde “haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına sebep olma” ifadesinin bu konuda yeterince değerlendirme yapma olanağı vermediği ve kanunkoyucunun söz konusu düzenlemeyle muhtemel üç gerekçesinin daha bulunduğu da belirtilmektedir<sup>23</sup>. Bunlardan ilki, mirasbırakan eşin, boşanma davası açmak veya açılan davayı kabul etmekle muhtemelen eşini kanunî mirasçılıktan da çıkarma yönündeki ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisine üstünlük tanıma isteğidir<sup>24</sup>. İkincisi, yargılamayı hızlandırma amacıyla hareket etmiş olması ve son olarak da aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ağır surette ihlâl eden eş cezalandırma isteğidir<sup>25</sup>.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün amacından hareketle boşanma davası esnasında eşlerden biri öldüğünde, ölen eşin mirasçılara sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirebilmelerine ilişkin bir düzenleme yapılması isabetlidir. Zira boşanma davası şahsa bağlı bir dava olsa da, kesinleşmiş boşanma hükmünün mirasçılık hakları da denilen malvarlığı hakları üzerinde etkisi bulunmaktadır. Ancak bu olanağın konusuz kalan boşanma davasına devam şeklinde verilmesi muhtelif sorunlara yol açmaktadır. Söz konusu hüküm mevcut hali ile uygulamada amacını gerçekleştirmekten uzak kullanılmaya müsaittir. Buna Yargıtay'ın kusur unsurunun koşul vakıa olarak öngörülmediği boşanma sebeplerine dayalı açılan boşanma davalarına da, ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilebileceği şeklindeki kararları da eklenince muhtemel tehlikeler artmaktadır. Zira söz konusu hükmün bu şekilde uygulanmasına izin verilmesi, ölen eşin

<sup>23</sup> **Topuz**, s. 109; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 247.

<sup>24</sup> **Topuz**, s. 109; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 247.

<sup>25</sup> **Topuz**, s. 109; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 248-250; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 62.

mirasçılarının gerçek olmayan vakıaları davaya dâhil etmek suretiyle sağ kalan eşi miras hakkından yoksun bırakmalarına sebebiyet verebilir<sup>26</sup>.

### III. Boşanma Davası Esnasında Eşlerden Birinin Ölümü Halinde Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığı Bakımından Mukayeseli Hukuktaki Durum

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümünün eşlerin kanunî mirasçılık hakları üzerindeki etkisine ilişkin bir düzenleme, Alman Medenî Kanunu § 1933'de yer almaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün de, Alman Medenî Kanunu'nun söz konusu hükmü örnek alınarak düzenlenmiş olabileceği Doktrinde ifade edilmiştir<sup>27</sup>. Ancak boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin prosedür ve koşullar her iki hukuk alanında birbirinden farklıdır<sup>28</sup>.

Alman Medenî Kanunu § 1933'deki düzenlemeye göre, mirasbırakan eş boşanma dilekçesini vermiş veya kendisi aleyhine yöneltilen boşanma talebini kabul etmiş ve mirasbırakan eşin ölümü zamanında boşanmanın koşulları gerçekleşmişse<sup>29</sup>, sağ kalan eş mirasçılık sıfatını kaybeder. Mirasbırakan eşin, evliliğin iptalini talep etmeye hakkı olup da, bunu talep etmiş olması halinde de aynı hüküm uygulanır. Bu durumlarda, BGB §§ 1569'dan 1586b'ye kadar olan hükümlere göre, sağ kalan eşin nafaka talep etmeye hakkı vardır. Sonuç olarak, BGB § 1933'deki koşullar gerçekleştiğinde sağ kalan eş, bu sıfatla kanunî mirasçı olma hakkını kaybetse de, BGB §§ 1569-1586b hükümlerine istinaden mirasçılardan nafaka talep etmeye hakkı vardır<sup>30</sup>. Sağ kalan eşin nafaka hakkının saklı tutulmasının amacı, onun boşan-

<sup>26</sup> Bu konuda bkz. **Tutumlu**, s. 122.

<sup>27</sup> **Dural/Ögüz/Gümüş**, s. 136; **Dural/Öz**, s. 43.

<sup>28</sup> TMK m. 181/2 hükmü ile BGB § 1933 arasındaki farklar konusunda bkz. **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 69 vd.; **Topuz**, s. 162 vd.

<sup>29</sup> BGB §§ 1933, 2077 hükümlerine göre, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için, boşanmanın gerek şekli gerekse maddi koşullarının en geç miras açıldığı zaman gerçekleşmiş olması gerekir. Boşanmanın şekli ve maddi koşulları konusunda bkz. **Erman/Lieder**, BGB, § 1933, Nr.2; **JurisPK-BGB/M. Schmidt**, § 1933, Nr.6 vd.; **JurisPK-BGB, Lehrmann**, § 2077, Nr.21 vd.; **Topuz**, s. 186.

<sup>30</sup> Bu konuda bkz. **JurisPK-BGB/M. Schmidt**, § 1933, Nr.32.

mış olduğundakinden daha kötü bir duruma düşürülmemesi ve yasal miras hakkını, bu arada saklı payını kaybetmesinin denkleştirilmesidir<sup>31</sup>.

Alman hukukunda, sağ kalan eşin bu sıfatla iradî mirasçılık hakkını kaybetmesi ise, BGB § 2077’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça mirasbırakan eşin ölümü zamanında boşanmanın koşulları gerçekleşmiş ve mirasbırakan boşanmayı talep etmiş veya boşanma talebini kabul etmişse, mirasbırakanın eşini düşünerek yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf geçersiz olur.

Alman hukukunda sağ kalan eşin bu sıfatla kanunî (BGB § 1933) ve iradî (BGB § 2077) mirasçılık haklarını kaybetmesine ilişkin hükümler, bu hukuk alanında boşanma hukukunda yapılan değişikliklerden önce Türk hukukunda olduğu gibi (TMK m. 181/2), kusur esasına dayalıydı<sup>32</sup>. Alman hukukunda bu değişiklikler kapsamında, sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi bakımından, kusur ilkesinin esas alınması yerine, evlilik birliğinin sarsılmış olması ilkesi benimsenmiştir<sup>33</sup>. Bu nedenle, boşanma talebinde bulunmuş veya aleyhine yöneltilen boşanma talebi kabul edilmiş ve mirasbırakanın ölümü anında boşanmanın koşulları gerçekleşmişse, sağ kalan eşin bu sıfatla kanunî ve kural olarak, iradî mirasçı olma sıfatını kaybedeceği kabul edilmiştir (BGB §§ 1933, 2077). Sonuç olarak, Alman Medenî

<sup>31</sup> MüKoBGB/Leipold BGB § 1933, N.4.

<sup>32</sup> Bu konuda bkz. MüKoBGB/Leipold BGB § 1933, N.1; **Topuz**, s. 118; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 224. Almanya’da boşanma hukuku alanında gerek maddi hukuka gerekse usul hukukuna ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Maddi hukuk bakımından 14.06.1976 tarihinde yayımlanan ve 01.07.1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun ile boşanma hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Yargılama hukuku bakımından da, 22.12.2008 tarihli ve 01.09.2009 tarihinde yürürlüğe giren Çekişmesiz yargı işlerine ve Aile İşlerine İlişkin Yargılama Reformu Kanunu (FGG-RG) ile Çekişmesiz Yargı İşlerine ve Aile İşlerine İlişkin Yargılama Kanunu’nda (FamFG) değişiklikler yapılmıştır. Bu Kanunla birlikte yargılama hukukunda birlik sağlanmıştır. Bu konuda bkz. **Topuz**, s. 122 vd. Alman hukukundaki bu değişiklikler kapsamında aile davaları (Familiensachen) bakımından kavram değişiklikleri de yapılmıştır. Bkz. FamFG § 113. Bu bağlamda aile hukuku bakımından, dava yerine yargılama, davacı ve davalı terimleri yerine boşanma talebinde bulunan veya muhatap terimleri kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. **Burcuoğlu**, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi, s. 113-114; **Topuz**, s. 123.

<sup>33</sup> MüKoBGB/Leipold BGB § 1933, N.1.

Kanunu'nun söz konusu hükümlerinin uygulanması bakımından, kusur denetimi söz konusu olmayıp sadece boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir<sup>34</sup>. Anılan hükümlerin amacı, artık boşanmaya kusuruyla sebep olan eşi cezalandırmak değil; boşanmak isteyen mirasbırakan eşin sağ kalan eşinin kendisinden olan miras hakkını kaybetmesini arzuladığı şeklindeki varsayıma dayalı iradesine geçerlilik tanımaktır<sup>35</sup>.

Yalnız Alman Medenî Kanunu'nun belirtilen hükümleri uyarınca, sağ kalan eşin kanunî ve iradî mirasçılığına<sup>36</sup> son verilebilmesi için ölen eşin boşanmayı talep eden veya bu talebi kabul eden eş olması gereklidir<sup>37</sup>.

Türk hukukundaki düzenlemeden (TMK m. 181/2) farklı olarak, Alman Medenî Kanununun §§ 1933, 2077 hükümlerinde, boşanma yargılaması esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için, ölen eşin mirasçılarının mevcut yargılamaya devam edebilmesi şeklinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>38</sup>. Boşanma

<sup>34</sup> Buna göre, eşlerden biri boşanma davası esnasında ölürse, sağ kalan eş de dâhil onun mirasçıları tereke mahkemesinden kanunî ve atanmış mirasçıları gösteren bir mirasçılık belgesi talep edebilirler. Bu şekilde bir talep üzerine, tereke mahkemesi, re'sen araştırma yaparak talepte bulunan kimselerin kanundan veya ölüme bağlı tasarruftan kaynaklanan mirasçılık sıfatı olup olmadığına karar verir (**Erman/Lieder**, BGB § 1933 Nr.4; **Topuz**, s. 162-163). İşte mahkeme miras bırakan eş öldüğü zaman onun boşanma dilekçesi vermiş olduğunu veya eşinin boşanma talebini kabul etmiş olduğunu ve boşanmanın şartlarının da gerçekleşmiş olduğunu tespit ederse, sağ kalan eşin ölen eşine mirasçı olamayacağına karar verir. Bu karar sağ kalan eşin aleyhine olursa, sağ kalan eş; sağ kalan eşin lehine olursa, boşanma davası esnasında ölen eşin diğer mirasçıları karara, kararı veren mahkemede itiraz edebilirler. Bu itiraz üzerine verilen karara karşı ise, temyiz mahkemesine başvuru hakları mevcuttur (**Topuz**, s. 163). Bu konuda bkz. **Topuz**, s. 118.

<sup>35</sup> jurisPK-**Schmidt**, BGB § 1933, N.1; **Topuz**, s. 119, 120; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 228-229.

<sup>36</sup> Sağ kalan eşin iradî mirasçılığına engel olunabilmesi, ölüme bağlı tasarrufta bunun aksinin düzenlenmemiş olmasına bağlıdır (BGB § 2077/3).

<sup>37</sup> Boşanma davası açılınca her iki eşin mirasçılığının birlikte düşünülmemesinin isabetli olmadığına ilişkin bkz. MüKoBGB/**Leipold** BGB § 1933, N.3; **Serozan**, s. 568.

<sup>38</sup> Alman hukukunda, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının bulunup bulunmadığı konusundaki incelemeyi boşanma davasına bakan aile mahkemesi değil; boşanma davası açmış veya açılan boşanma davasını kabul etmiş eşin ölümü üzerine bunların mirasçıları tarafından veya sağ kalan eş tarafından başvurulmuş tereke mahkemesi yapmaktadır. Ancak tereke

yargılaması esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, boşanma talebi konusuz kalacağından (ZPO § 619, FamFG § 131), sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi, miras hukukundaki düzenlemelere bırakılmıştır. Buna göre, mirasçılar mirasçılık belgesi alınması esnasında, mirasın paylaşılmasına ilişkin uyuşmazlıkta veya bir tespit davası kapsamında sağ kalan eşin mirasçılığının söz konusu olmadığını ileri sürebilirler<sup>39</sup>. Sağ kalan eş de, aynı şekilde söz konusu yargılamalar kapsamında, mirasçılık koşullarının bulunduğunu ve kendisinin mirasçı olması gerektiğini iddia edebilir. Ancak Alman Hukukunda da, sağ kalan eşin ölen eşe mirasçı olması kural, eşin mirasçılığına son verilmesi istisna olduğundan, boşanmanın koşullarının gerçekleştiği konusunda ispat yükü, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ermesi durumundan yararlanacak olan diğer mirasçılar üzerindedir<sup>40</sup>.

Alman Medeni Kanunu § 1933'deki düzenlemede boşanma talebinin kabulü hariç, sadece boşanma talebinde bulunanın ölümü halinde, aleyhine boşanma talep edilen eşin mirasçılık durumu düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu § 1933 hükmü, anayasaya aykırılık iddiası ile Alman Federal Mah-

---

hâkiminin boşanmanın şartlarının gerçekleşmiş sayılması bakımından inceleme yapması ortaya bir sorun çıkarmamaktadır. Bunun sebebi, Alman hukukunda boşanmada kusur prensibi yerine evlilik birliğinin sarsılması esasına geçilmiş olması; dolayısıyla boşanma davasına bakan hâkimin Türk hukukunda olduğu gibi kusur denetimi yapmasının gerekli olmamasıdır. Yine bu hukuk alanında, bir ve üç yıllık ayrılık sürelerinde evlilik birliğinin sarsılmış olduğuna ilişkin aksi ispatlanamayan karineler (BGB §§1566) bulunduğu ve bu karineler boşanmanın şartlarına ilişkin olarak hâkimin takdirine yer bırakmadığından, sağ kalan eşin mirasçılığına ilişkin incelemeyi aile mahkemesi yerine tereke mahkemesinin yapması sorun teşkil etmemektedir (**Topuz**, s. 164). Bu karineler konusunda ayrıca bkz. **Burcuoğlu**, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi, s. 115.

<sup>39</sup> **Erman/Lieder**, BGB § 1933 Nr.4;MüKoBGB/**Leipold** BGB § 1933, N.10; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 76. Alman hukukunda, mirasçılar murislerinin ölümüyle konusuz kalan boşanma davasına devam etmeyip ayrı bir yargılamada sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdiğini tespit ettirecekleri için, boşanma davasında ileri sürülmemeyen sebepleri de ileri sürebileceklerdir. Ancak bu, mirasçıların murislerinin dayanmadığı bir boşanma sebebine dayanma anlamında değil; dayanılan boşanma sebepleri bakımından, miras bırakanın ileri sürebileceği; ancak ileri sürmediği sebeplerin onun mirasçıları tarafından ileri sürülebilmesi anlamına gelmektedir (**Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 78).

<sup>40</sup> **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 76.

kemesi önüne<sup>41</sup>; anayasa şikâyeti kapsamında ise, Alman Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir<sup>42</sup>. Alman Federal Mahkemesi, söz konusu uyuşmazlıkta BGB § 1933 hükmü bakımından şekli koşullar gerçekleşmediğinden, yargılama esnasında ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasını incelememiştir. Alman Anayasa Mahkemesi ise, önüne gelen somut olayda, BGB § 1933 hükmüne ilişkin anayasaya aykırılık iddiası bulunmadığından, BGB § 1933 hükmünde, boşanma yargılaması esnasında boşanmayı talep etmiş eşin ölümünün, diğer eşin mirasçılığı üzerindeki etkisinin düzenlenmiş olmasının anayasaya aykırılığı hususuna ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> BGH Urteil vom 06.06.1990-IV ZR 88/89, NJW 1990, 2382.

<sup>42</sup> BVerfG, 1. Kammer des erstens Senats, Beschluss vom 15.02.1995, FamRZ 1995 536; NJW-RR 1995, 769 vd.

<sup>43</sup> Alman Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen olayda, şikâyetçi olan boşanma talebinde bulunmuş eş, boşanma yargılaması esnasında ölen aleyhine boşanma talep ettiği eşine mirasçı olması gerektiğini; kendisine mirasçılık belgesi verilmemesinin anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Ancak boşanma yargılaması esnasında aleyhine boşanma talep edilen eş, mahkemeye imzalı bir dilekçe vererek boşanmayı kabul edeceğini açıklamış ve bu dilekçeyi verdikten bir gün sonra intihar etmiştir. Aleyhine boşanma talep edilen eşin boşanmaya onayı bulunduğundan, ilk derece mahkemesi ile üst derece mahkemesi, BGB § 1933 koşullarının gerçekleştiğini kabul ederek boşanma talep eden eşe mirasçılık belgesi düzenlenmemişlerdir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bu olayda uyuşmazlık, yerel mahkemenin aleyhine boşanma talep edilen eşin bu davranışını boşanmaya onay şeklinde değerlendirmesinin uygun olup olmadığı; dolayısıyla anayasal hakların ihlalinin söz konusu olup olmadığı ile ilgilidir. Alman Anayasa Mahkemesi, bu olayda anayasal şikâyet talebinin karara bağlanmak üzere kabul edilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, boşanma yargılaması esnasında diğer eşin davaya onay vermiş olması ve eşlerin böylece karşılıklı olarak mirasçılıklarının söz konusu olmamasını, kanunkoyucunun bu şekilde bir düzenleme getirmiş olmasını eşitlik ilkesi açısından sorunlu görmemiştir. Buna karşılık tek taraflı olarak mirasçılığın kaybedilmesini ve burada eşlerin durumu açısından farklı bir düzenleme getirilmiş olmasını ise ele almamıştır. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanunkoyucunun tek taraflı olarak mirasçılık hakkının kaybedilmesini düzenlenmiş olması anayasaya aykırı olsa bile, bu durum karşılıklı miras hakkının kaybını düzenleyen kısmın anayasaya uygunluğunu ortadan kaldırmaz. Şikâyete konu olayda zaten mirasçılığın tek taraflı kaybı söz konusu olmadığından, Alman Anayasa Mahkemesi mirasçılığın tek taraflı olarak kaybedilmesini incelemeye gerek görmemiş ve bu konuyu açık bırakmıştır (BVerfG, 1.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin birinci fıkrasındaki boşanma kararının eşlerin mirasçılığına etkisine ilişkin hükme paralel bir düzenleme, İsviçre Medenî Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasında mevcuttur. Ancak boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün, sağ kalan eşin mirasçılığına ve lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufa etkisini düzenleyen özel bir hüküm (TMK m. 181/2), İsviçre Medenî Kanunu'nda mevcut değildir. Buna karşılık İsviçre hukukunda, evliliğin iptali davasının açılmasıyla birlikte, sağ kalan eşin miras hukukundan doğan tüm haklarını kaybettiği düzenlenmiştir (ZGB m.109). İsviçre kanunkoyucusunun, evliliğin iptali davasında, mirasçılık yönünden çözüm getirirken, boşanma davasında aynı soruna bir çözüm getirmemiş olmasının, boşanma davasında bilinçli susmayı tercih ettiği anlamına geldiği ifade edilmektedir<sup>44</sup>. Böyle olunca da, İsviçre hukukunda boşanma davasının açılmış olmasının, dava devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde, sağ kalan eşin yasal mirasçılığına ve lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflardan kaynaklanan haklara (mirastan yoksunluk halleri saklı kalmak şartıyla) bir etkisi olmayacaktır. Yani sağ kalan eş, ölene yasal mirasçı olmaya devam edeceği gibi, lehine yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflardan kaynaklanan hakları da talep edebilecektir. Bunun bir ölçüde boşanma davasında taraf olma ehliyetinin münhasıran eşlere ait olmasının, bu sebeple mirasçıların davayı takip edemeyeceklerinin ve evlenmenin boşanma ile değil de, ölümle sona ermesinin doğal bir sonucu olduğu ifade edilmektedir<sup>45</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmek suretiyle sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdiremeyeceği görüşündedir<sup>46</sup>.

Sonuç olarak, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin mirasçılığını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün, Türk hukukuna özgü bir düzenleme olduğu söylenebilir<sup>47</sup>. Zira İsviçre hukukunda bu hükmün karşılığı olan bir

---

Kammer des erstens Senats, Beschluss vom 15.02.1995, FamRZ 1995 536; NJW-RR 1995, 769 vd.). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksu**, s. 53-54 vd.

<sup>44</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 136; **Dural/Öz**, s. 44.

<sup>45</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 136; **Dural/Öz**, s. 44-45.

<sup>46</sup> BGE, 76 II 252; BGE 51 II 539; BGE 76 II 129=JdT 1951 I 130.

<sup>47</sup> **Sungurtekin Özkan**, s. 80.

hüküm bulunmamakta; Alman hukukundaki mevcut düzenleme ise, Türk hukukundakinden önemli farklılıklar içermektedir. Bu husustaki temel farklar şunlardır: Alman hukukunda boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, derdest boşanma yargılamasına ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmesi şeklinde bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda boşanma talebinin konusuz kalması sebebiyle dava sona erdirilecektir. Sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdiği, mirasbırakan eşin ölümünden sonra mirasçılık belgesi verilmesi, mirasın paylaşılması veya bu konuda açılacak bir tespit davasında, mirasbırakanın ölümü anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olup olmadığının kontrolü suretiyle tespit edilecektir. Bu aşamada, boşanmanın koşullarının tespiti bakımından ise, Türk hukukundaki gibi, sağ kalan eşin kusurunun bulunması değil; ölüm anında boşanmanın koşullarının mevcut olması aranacaktır. Bu koşulların mevcudiyetinin tespiti, sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirecektir. Ölüm anında boşanmanın koşullarının mevcudiyeti sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirdiğinden, daha sonra mahkemece bu konuda verilecek hüküm Türk hukukundakinden farklı olarak sağ kalan eşin mirasçı olmadığını tespitine ilişkin bir hükümdür. Alman hukukunda, Türk hukukundakinden farklı olarak, eşlerden herhangi birinin ölümü halinde değil; boşanma yargılaması devam ederken boşanmayı talep eden veya bu talebi kabul eden eşin ölümü halinde, sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesi mümkün olabilecektir.

## **B. BOŞANMA DAVASINDA SAĞ KALAN EŞİN BU SIFATLA MİRASÇILIĞINA SON VERMEK AMACIYLA DEVAM EDİLEN DAVANIN ÖZELLİKLERİ**

### **I. Genel Olarak**

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarından biri tarafından sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek amacıyla devam edilen davayı diğer davalardan ayıran bazı özellikler mevcuttur. Zira boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarından biri tarafından devam edilen dava, gerek medenî hukuk gerekse usûl hukukundaki bazı genel kuralların istisnalarının bir yasakla karşılaşmadan gerçekleştirilebildiği bir davadır. Bu davanın diğer davalardan ayrılan yönlerini ortaya koymak, Türk Medenî



Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanmasında karşılaşılan sorunları tespit edebilmek bakımından yararlı olacaktır.

## **II. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarında Biri Tarafından Davaya Devam Edilmesiyle Gerçekleştirilen Taraf Değişikliğinin Sui Generis Bir Kanunî Taraf Değişikliği Olması**

Bilindiği gibi, medenî yargıdaki davada iki taraf sistemi geçerlidir ve bir davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Davanın tarafları dava dilekçesiyle belirlenir (HMK m. 119/1-b) ve dava, kural olarak, dilekçede belirlenen taraflarla sonuna kadar sürdürülür. Davada taraf olmaya bağlanan önemli sonuçlar bulunduğundan, dava esnasında tarafların aynı kalmasına yargılamanın her aşamasında re'sen dikkat edilmesi gerekir<sup>48</sup>. Fakat bazı durumlarda görülmekte olan dava esnasında davanın taraflarının değiştirilmesi gerekir. Bu gereklilik bazen kanundan kaynaklanır. Bu durumda taraf değişikliğinin gerçekleştirilmesi için karşı tarafın veya davaya çekilecek olan kişinin rızası aranmayacağı gibi, bunun için hâkimin izni de gerekli değildir. Örneğin, davanın açılmasından sonra taraflardan biri ölürse (HMK m. 55), davaya ölen tarafın mirasçıları tarafından veya ölen tarafın mirasçılarına karşı devam edilmesi gerekir.

Kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olmamakla birlikte, hukukî veya fiili bilgisizlik veyahut belirsizlik sebebiyle davada tarafın yanlış veya eksik belirlenmiş olması durumunda da, taraf değişikliği yapılması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Kanunen öngörülen bir zorunluluktan kaynaklanmayan, kural olarak, tarafların anlaşmasıyla gerçekleştirilen bu gibi hallerdeki değişiklik ise iradî taraf değişikliğidir.

Kanunda doğrudan düzenlenen veya öngörülen bir durumda taraf değişikliği yapılması gerektiğinde, bu değişikliğin yapılabilmesi için, karşı tarafın veya davaya çekilecek olanın rızasına ve hâkimin iznine ihtiyaç yoktur. Buna karşılık, kanunda açıkça düzenlenmiş olsa da, hukukî veya fiili bilgisizlik veyahut belirsizlik sebebiyle davanın tarafları dava dilekçesinde yanlış veya eksik gösterilmiş ise, taraf değişikliği, kural olarak, karşı tarafın açık rızası ile yapılabilir (HMK m.124). Bu ayırmadan hareketle kanundan kay-

<sup>48</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 41, N.17; Üstündağ, s. 389; Yılmaz, Islah, s. 358.

naklanan bir zorunluluk sebebiyle yapılması gereken taraf değişikliğini, kanunî taraf değişikliği; kural olarak, tarafların anlaşması suretiyle yapılması gereken taraf değişikliğini (HMK m.124) ise, iradî taraf değişikliği olarak adlandırmak mümkündür.

Boşanma davası devam ederken ölen tarafın mirasçılarının Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden koşulları mevcut ise, davaya devam edebilmeleri durumunda da bir taraf değişikliği gerçekleşmektedir<sup>49</sup>. Zira bu durumda dava esnasında ölen eşin mirasçıları davaya taraf olarak katılmaktadırlar. Bu durumda gerçekleştirilecek olan taraf değişikliği, iradî taraf değişikliği değildir. Zira iradî taraf değişikliği yapılması, hukukî veya fiili bilgisizlik veyahut belirsizlik sebebiyle davada tarafın yanlış veya eksik gösterilmiş olması durumunda, bu hatanın telafisi için yapılır. Bu durumda taraf değişikliği yapılması, kural olarak, karşı tarafın rızasıyla (HMK m.124/1) veya istisnai bazı hallerde (HMK m.124/3-4) hâkimin izniyle yapılabilir. Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine mirasçıları tarafından devam edilen davada, başlangıçta tarafın yanlış belirlenmiş olması söz konusu olmadığı gibi, mirasçıların davaya devam edebilmesi için karşı tarafın rızasına veya hâkimin iznine ihtiyaç yoktur.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilmek suretiyle gerçekleştirilen taraf değişikliği kanunî taraf değişikliği kapsamına girmektedir. Zira bu durumda kanundaki bir hükme istinaden ve karşı tarafın rızasına veya hâkimin iznine ihtiyaç olmaksızın taraf değişikliği gerçekleştirilmektedir.

Kanunî taraf değişikliği de, Doktrinde, kendiliğinden gerçekleşen taraf değişikliği (ipso iure)<sup>50</sup> ve taraf işlemiyle gerçekleştirilen taraf değişikliği

<sup>49</sup> **Kuru/Budak**, s. 226.

<sup>50</sup> Kanundan ötürü tarafta değişiklik yapılması gereken hallerde, alışılmış olan “kanundan ötürü (ipso iure) tarafta değişme” deyimini kullanmakla birlikte, kanundan ötürü otomatik olarak tarafta değişme ortaya çıkmadığından, bu deyim isabetli değildir (**Alangoya**, s. 128, dn. 2). Zira dava esnasında taraflardan biri öldüğünde, ölenin taraf ehliyeti sona ermekle birlikte, bununla usul hukuku ilişkisinin yeni süjesinin kim olacağı ortaya çıkmış olmaz. Bu varsayımda taraf değişmesinin ilk olarak bir kimsenin halef olduğu iddiasıyla yargılamaya ölen taraf yerine girmesi veya halef olduğu iddiasıyla ölen tarafın yerine yargılamaya çekilmesiyle tamamlanır ve bu anda ölen tarafın yerine geçen kim

olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır<sup>51</sup>. Bunlardan ilk gruba örnek olarak, dava esnasında taraflardan birinin ölümü halinde, davaya ölen tarafın mirasçıları tarafından veya ölen tarafın mirasçılarının karşı devam edilmesi durumunda gerçekleştirilen taraf değişikliği gösterilebilir. Kanunî taraf değişikliği hallerini oluşturan diğer gruba ise, tarafın bir işlemiyle gerçekleştirilebilen taraf değişikliği halleri girmektedir. Örneğin, dava esnasında dava konusunun davalı tarafından devredilmesi durumunda, davacı, isterse, davaya devralan kimseye karşı aynı dava konusu üzerinden; isterse de, devreden davalıya karşı tazminat talebiyle devam eder. Bu durumda, taraf değişikliği yapılabilmesi, davacının seçim hakkını taraf değişikliği yönünde kullanmasıyla mümkündür. İşte Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden gerçekleştirilecek taraf değişikliği de, kanunî taraf değişikliği hallerinden ikinci gruba dâhil edilebilir. Zira söz konusu hükme istinaden taraf değişikliğinin gerçekleştirilebilmesi için, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının birinin davaya devam etme yönünde bir talebinin bulunması gereklidir.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden gerçekleştirilen taraf değişikliğinin, diğer kanunî taraf değişikliği halleriyle bu benzerliğine rağmen, bu taraf değişikliğinin bazı farklı özellikleri de mevcuttur. Şöyle ki, diğer kanunlarda doğrudan düzenlenmiş veya öngörül-müş kanunî taraf değişikliği halleri maddi hukuktaki küllî veya cüz'î halefiyet ilkesine dayanmaktadır. Buna karşılık boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının biri tarafından davaya devam edilmesi durumunda, mirasçılar davaya ölen tarafın küllî halefi sıfatıyla değil, kanunun doğrudan kendisine tanıdığı bir hakkı kullanarak kendi adlarına devam etmektedirler<sup>52</sup>. Bu nedenle de, davaya devam etmeleri onlar için bir zorunluluk değildir.

---

olduğu anlaşılır. Zira bir kimseye karşı veya bir kimse tarafından bir talepte bulunulmadan o kimsenin usul hukuku ilişkisinin süjesi; yani davanın tarafı olduğu iddia edilemez. O kimse mirasçı olduğunu iddia ederek mevcut yargılamaya girer veya davacı ona karşı yargılamayı yöneltirse bu kimse taraf olacaktır (**Alangoya**, s. 128, dn. 2). Bu konuda ayrıca bkz. **Erişir**, s. 138-139.

<sup>51</sup> Bu konuda bkz. **Bilge/Önen**, s. 235; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 305; **Börü**, s. 104.

<sup>52</sup> **Burcuoğlu**, s. 382; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 136; **Dural/Öz**, s. 43; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 81; **Topuz**, s. 143.

Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarında biri diğer eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmek isterse, mevcut davaya devam edebilir. Oysa örneğin, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında davalı ölmüş ve davalının mirasçuları mirası reddetmemişse, usulüne uygun bir şekilde duruşmaya davet edilen mirasçılar davaya devam etmek zorundadırlar. Aksi takdirde, davacının istemi üzerine davaya mirasçıların yokluğunda devam edilir<sup>53</sup>. Ayrıca malvarlığına ilişkin bir davaya murislerinin yerine devam eden mirasçılar, kural olarak<sup>54</sup>, aynı davaya devam ederler.

Buna karşılık, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının aynı davayı sürdürmeleri mümkün değildir. Zira boşanma davası şahsa bağlı bir davadır. Mirasçılar tarafından devam edilen davada boşanma talebi konusuz kaldığından, bu konuda bir karar verilmesi söz konusu olmaz. Zira artık evlilik birliği ölümlü sona ermiştir. Ölen eşin mirasçuları tarafından devam edilen davada, mirasçılar sağ kalan eşin kusurunu ispat etmek suretiyle onun bu sıfatla kanunî ve aksi tasarruftan anlaşılacakça iradî mirasçılığını sona erdirmeye çalışırlar.

Ancak, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçuları davaya küllî halef sıfatıyla devam etmeseler de, davaya devam etme hakkına, küllî halef oldukları için sahiptirler. Bu farklılıkları nedeniyle, Doktrinde, bir dava devam ederken istisnalar dışında, tarafın nasıl değişeceğinin usûl hukuku yönünden açıklanmasının çok zor olduğu ifade edilmektedir<sup>55</sup>.

Sonuç olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden gerçekleştirilebilecek taraf değişikliği, kanunî taraf değişikliğidir. Ancak bu durumda gerçekleştirilen taraf değişikliğinin diğer kanunî taraf değişikliği hallerinden farklı özellikleri mevcut olduğundan, söz konusu hükme istinaden gerçekleştirilen taraf değişikliğinin kendine özgü (sui generis) bir kanunî taraf değişikliği olduğu ifade edilebilir.

<sup>53</sup> Karş. Erişir, s. 139; Topuz, G., s. 85.

<sup>54</sup> Mirasçılar da murisleri gibi koşulları varsa, dava değişikliği yapabilirler (HMK m. 141/2).

<sup>55</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 136; Dural/Öz, s. 43; Akkanat, s. 47.

### **III. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarında Biri Tarafından Devam Edilmesiyle Davadaki Talebin Değişmesi**

Bir dava esnasında taraflardan biri öldüğünde, bu davanın konusu malvarlığına ilişkinse, davaya ölen tarafın mirasçıları tarafından veya mirasçılarının karşı devam edilir. Bu durumda mirasçılar, külli halef olarak davaya aynı dava konusu üzerinden; diğer bir ifadeyle aynı taleple devam ederler<sup>56</sup>. Dolayısıyla mirasçılar tarafından devam edilen bir davada, kural olarak, talep sonucu değişmez.

Buna karşılık, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında biri tarafından devam edilen davada ise talep değişir. Bu durumda zaten mirasçılar tarafından davaya aynı taleple devam edilmesi mümkün de değildir. Eşlerden biri boşanma davası esnasında öldüğünde, evlilik birliği sona erer ve dava konusuz kalır<sup>57</sup>. Söz konusu hükmün gerekçesinde de<sup>58</sup>, mirasçılardan birinin davaya devam etmesinin anlamının, boşanma davasına

<sup>56</sup> Dava konusunu açıklamak üzere farklı kuramlar mevcuttur. Bu konudaki tartışmalara girmek çalışma konumuzun kapsamını genişleteceğinden, burada sadece usûl hukuk sitemimiz bakımından tercih edilecek olan kuramın dava konusunun nitelendirilmesinde dava konusunun yalnızca talep sonucuna göre belirlenmesini öngören kuram olduğunu ifade etmek istiyoruz. Dava konusuyla ilgili kuramlara ilişkin bilgi için bkz. **Börü**, s. 214 vd.

<sup>57</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 831; **Kuru**, C.III, s. 3019; **Antalya**, s. 93-94; **Topuz**, s. 147; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 52; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 75; **Aksu**, Mirastan Yoksunluk, s. 265; **Özğür**, s. 942; **Erişir**, s. 172. Davanın konusuz kalması halinde ne tür bir karar verileceği hakkında Kanunumuzda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu durumda hâkimin, davanın konusuz kalması nedeniyle esasa ilişkin bir karar vermeyeceği, sadece kararında “dava konusuz kaldığından, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde bir kararla davaya son vermesi gerektiği kabul edilmektedir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 831; **Kuru**, C.III, s. 3021; **Antalya**, s. 94; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 52; **Doğan**, s. 1032; **Burcuoğlu**, s. 382; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 78; **Topuz**, s. 147). Dava konusuz kaldığında, mahkemece davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığını belirtirken yargılama giderleri hakkında bir karar vermesi gerekir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 831; **Kuru**, C.III, s. 3030; **Topuz**, s. 147-148)

<sup>58</sup> Bkz. Gerekçe, 377 ve 296.

devam edilmesi değil; boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun tespit edilmesine yönelik olduğu ifade edilmiştir.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine davaya ölen eşin mirasçıları tarafından boşanma talebiyle devam edilemeyeceğine göre, bu durumda mirasçılar tarafından devam edilen davada talebin ne olduğunu belirlemek gerekir. Bu durumda talebin ne olduğu; mirasçılar tarafından devam edilen davanın kabulü üzerine verilmesi gereken hükmün niteliği, dolayısıyla davanın türü bakımından kabul edilen görüşe göre değişecektir. Daha sonra belirtileceği üzere<sup>59</sup>, bu konu Doktrinde tartışmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm gereğince, sadece sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek kusurunun tespitine mi, yoksa kusurun tespitiyle birlikte sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine mi hükmedilmesi gerektiği konusunda Doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler ilgili kısımda açıklanacak ve değerlendirilecektir. Ancak bu konuda kabul edilen görüşe göre, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davadaki talebin ne olduğu belirlenecektir. Eğer mirasçılar tarafından devam edilen davanın kabulü durumunda verilmesi gereken hükmün, sağ kalan eşin kusurunun tespitine yönelik bir hüküm olduğu kabul edilirse, mirasçılar tarafından devam edilen davadaki talep de, sadece sağ kalan eşin kusurunun tespiti talebi olacaktır<sup>60</sup>.

Buna karşılık, bu durumda verilmesi gereken hükmün sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine ilişkin geçmişe etkili bir inşai hüküm olduğu kabul edilirse, mirasçılar tarafından devam edilen davadaki talep, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının mirasın açıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere sona erdirilmesi talebidir<sup>61</sup>. Gerekçeleri ilgili kısımda izah edileceği üzere, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından

<sup>59</sup> Bu konuda bkz. "Boşanma Davası Devam Ederken Ölen Eşin Mirasçıları Tarafından Devam Edilen Davada Verilmesi Gereken Hükmün Niteliği ve Etkisi" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>60</sup> Bu görüşte bkz. **Öztan**, s. 436; **Burcuoğlu**, s. 382; **Kılıçoğlu**, s. 35; **Tutumlu**, s. 114; **Topuz**, s. 150; **Aksu**, Mirastan Yoksunluk, s. 262. Benzer yönde bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 81.

<sup>61</sup> Bu görüşte bkz. **Kuru/Budak**, s. 226; **Doğan**, s. 1033; **Antalya**, s. 95; **Gençcan**, s. 1548.

devam edilen davada talebin, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının mirasın açıldığı tarihten geçerli olmak üzere sona erdirilmesi olduğu kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davadaki talebin ne olduğu konusunda farklı görüşler bulunsa da, mirasçılar tarafından devam edilen davadaki talebin değiştiği konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır<sup>62</sup>.

Esasen bir davada iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasaktır (HMK m. 141). Ancak bu konuda karşı tarafın açık rızası ve ıslaha ilişkin hükümler ile (HMK m. 141/2) kanunlarda düzenlenen diğer istisnâî hükümler saklıdır<sup>63</sup>. İşte boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarına davaya yeni bir taleple devam etme olanağı tanınması da, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnasıdır<sup>64</sup>. Bu durumda, talep değişikliğine kanunkoyucu Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümlerle izin verdiğinden, bu talep değişikliği iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı teşkil etmez.

#### **IV. Konusuz Kalan Şahıs Varlığına İlişkin Bir Davaya Malvarlığına İlişkin Bir Sonuç Doğması İçin Devam Edilebilmesi**

Malvarlığı haklarına ilişkin bir dava devam ederken taraflardan biri öldüğünde, davaya ölen tarafın mirasçıları tarafından veya ölen tarafın mirasçılarına karşı devam edilir. Bu durum küllî halefiyet ilkesinin bir sonucudur. Zira dava esnasında taraflardan birinin ölümü halinde, mirasçılar ölen tarafın mirasını bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar (TMK m. 599). Bu durum, küllî halefiyet ilkesi gereğince kendiliğinden gerçekleştiğinden, mirasçıların mirası kazanması için, hiçbir işleme gerek yoktur. İşte maddi hukukta gerçekleşen bu durumun sonucu olarak, dava esnasında ölen tarafın terekesindeki malvarlığı unsurlarıyla ilgili davalara ölen tarafın mirasçıları tarafından veya mirasçılarına karşı devam edilebilir.

<sup>62</sup> Aynı yönde bkz. **Topuz**, s. 150.

<sup>63</sup> Örneğin, dava konusu davalı tarafından devredildiğinde, davacı isterse davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürebilir (HMK m. 125/1-b).

<sup>64</sup> **Sungurtekin Özkan**, s. 80.

Buna karşılık, şahıs varlığına ilişkin bir dava devam ederken taraflardan biri ölürse, kural olarak, dava konusuz kaldığından esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararla dava sona erer. Boşanma davası açma hakkı da, kişiye sıkı biçimde bağlı haklardan olduğundan, boşanma davası da şahıs varlığına ilişkin davalardandır<sup>65</sup>. Bu nedenle, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde, boşanma talebi konusuz kalır ve davada esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararla sona erer. Dolayısıyla bu davaya ölen eşin mirasçıları tarafından veya mirasçılarına karşı devam edilemez.

Ancak kanunkoyucu, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarına, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için konusuz kalan boşanma davasına devam etme olanağı vermiştir. Bu olanağın kullanılması suretiyle davaya ölen eşin mirasçılarından biri tarafından devam edilmesi durumunda, mahkeme boşanma talebi konusunda esasa ilişkin bir karar vermeyecektir. Zira evlilik birliği ölümle sona erdiğinden, boşanma talebi konusuz kalmıştır. Bu durumda davaya devam edilmesinin amacı, sağ kalan eşin kusurunun tespitini sağlamak suretiyle onun bu sıfatla mirasçılığına son verebilmektir (TMK m. 181/1).

Görüldüğü gibi, şahıs varlığına ilişkin bir dava olan boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine, boşanma talebi konusuz kalmakta ve ölen eşin mirasçılardan biri tarafından davaya devam edilmesiyle davadaki talep değişmekte ve söz konusu dava mirasçıları da ilgilendiren bir malvarlığı davasına dönüşmektedir.

#### **V. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçıları Tarafından Davaya Birlikte Devam Etme Zorunluluğunun Bulunmaması**

Terekedeki malvarlığı unsurları üzerinde mirasçılar, birlikte tasarruf yetkisine (TMK m. 640/II); dolayısıyla birlikte dava takip yetkisine sahiptirler (HMK m. 53). Bu nedenle, terekedeki malvarlığı unsurlarına ilişkin dava-

<sup>65</sup> Saymen, s. 364; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 115; Ulsan, s. 228; Öztan, s. 371, 435; Gençcan, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 52; Sungurtekin Özkan, s. 80; Altaş, s. 659; Topuz, s. 140.



lar, kural olarak, bütün mirasçılar tarafından birlikte yürütülür. Bu davalarda mirasçılar mecburi dava arkadaşı konumundadırlar.

Bu genel kuralın kanunlarda öngörülen istisnaları mevcut olup bu istisnalardan biri de, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme istinaden devam edilmek istenen davaya tüm mirasçıların birlikte devam etmeleri zorunlu olmayıp mirasçılardan biri, bazıları veya hepsi davaya devam edebilirler. Mirasçılardan bazıları veya hepsi söz konusu davaya birlikte devam etmek isterlerse, mirasçılar dava arkadaşı olarak davayı birlikte yürütebilirler<sup>66</sup>.

Bu durumda mirasçılarının hepsinin davaya birlikte devam etmeleri zorunlu olmadığından<sup>67</sup>, mirasçılar arasındaki ilişkinin mecburî dava arkadaşlığı olmadığı; mirasçılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu da ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Esasen Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden davaya birlikte devam eden mirasçılar arasındaki dava arkadaşlığı ilişkisi bakımından da, genel durumdan farklılık mevcuttur. Zira mirasçılarının hepsinin davaya birlikte devam zorunluluğunun olmaması bakımından, durum mecburî dava arkadaşlığından farklı olmakla birlikte, mirasçılar bu davaya devam etmek isterlerse hepsinin birlikte davaya devam etmeleri zorunludur. Zira mirasçılar derdest davaya devam etmek yerine, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmek için ayrı bir dava açamazlar.

Ancak bu durumda mirasçılar arasındaki ilişki, ihtiyari dava arkadaşlığından da farklılık göstermektedir. Zira ihtiyari dava arkadaşlığında, mahkemenin dava arkadaşlarının her biri bakımından, farklı karar vermesi mümkündür. Buna karşılık, söz konusu hüküm uyarınca devam edilen davada tüm mirasçılar bakımından aynı kararın verilmesi gereklidir. Yani, mirasçılar tarafından devam edilen bu davada sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek kusurunun ispatı durumunda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilecek veya dava reddedilecektir. Yani bu durumda mirasçılarının her biri bakımından farklı karar verilmesi söz konusu olmaz.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada mirasçılarının hepsinin davaya birlikte devam zorunluluğu

<sup>66</sup> **Topuz**, s. 143.

<sup>67</sup> **Erişir**, s. 176; **Topuz**, G., s. 78; **Topuz**, s. 143-144.

<sup>68</sup> **Topuz**, G., s. 78; **Topuz**, s. 143-144.

bulunmamasının sonucu olarak ortaya çıkan sorun, bu davada verilen hükmün davaya taraf olarak katılmayan mirasçılar bakımından etkisinin ne olacağıdır. Boşanma davası esnasında ölen eşin davaya devam etmeyen mirasçıları, davaya devam eden mirasçı veya mirasçılar aleyhine verilen kararın olumsuz etkisine maruz kalmazlar. Örneğin, davaya katılmayan mirasçının yargılama giderlerini ödemek bakımından bir sorumluluğu bulunmaz. Zira söz konusu davayı sürdürmeyen mirasçı, kararın verildiği davada taraf olarak yer almamıştır.

Buna karşılık, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları lehine verilen hükmün olumlu sonucundan, tüm mirasçılar yararlanır. Zira mahkemenin davaya devam eden mirasçılar lehine verdiği kararın sonucu, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılık sıfatını kaybetmesidir (TMK m. 181/2). Bu durumda, boşanma davası esnasında ölen eşin diğer mirasçıları kimse, bu kimseler birlikte, kanunda düzenlenen şekilde ölen eşin mirasçıları olarak mirası paylaşırlar.

#### **VI. Boşanma Davası Esnasında Ölen Davalının Mirasçılarından Biri Tarafından Devam Edilen Davada Taraf Konumlarının Değişmesi**

Medenî usûl hukukunda taraf kavramı bakımından kabul ettiğimiz şekli taraf kavramına göre, taraflar kendisi lehine hukukî korunma talep eden ile kendisine karşı hukukî korunma talep edilen kimselerdir<sup>69</sup>. Davada kendisi lehine hukukî korunma talep eden taraf davacı, kendisine karşı hukukî korunma talep edilen taraf ise davalıdır ve davada taraflar ya davacı ya da davalı konumunda bulunurlar. Ortaklığın giderilmesi davaları hariç, davada taraflar hem davacı hem de davalı olamazlar. Karşı dava açılması durumunda, taraflar hem davacı hem de davalı konumunda görünseler de, bu durumda birlikte görülen iki ayrı dava söz konusu olduğu için ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi, taraflar aynı talep bakımından hem davacı hem de davalı değildirler.

<sup>69</sup> Alangoya, s. 133; Üstündağ, s. 387; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 291-292; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 112; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 40, N.1; Yılmaz, Islah, s. 355; Yılmaz, Taraf Değişikliği, s. 1; Ulukapı, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 8; Kale, s. 7; Börü, s. 244.

Boşanma davası devam ederken ölen davalının mirasçılarında biri tarafından Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden davaya devam edilmesi durumunda, davada taraf konumları değişecektir. Zira boşanma davası esnasında ölen davalının mirasçıları tarafından devam edilen davada, artık konusuz kalan boşanma talebi hakkında değil, davalının mirasçılarının sağ kalan eş olan davacının mirasçılığına son verilmesine ilişkin yeni talebi hakkında hüküm verilecektir. Bu durumda, yeni talebin davacısı, boşanma davası esnasında ölen davalının mirasçıları; davalısı ise, boşanma davasının davacısı olan sağ kalan eş olacaktır<sup>70</sup>.

Boşanma davasının konusuz kalması ve dava esnasında ölen davalının mirasçılarının kendi talepleriyle davaya devam etmeleriyle davadaki taraf konumunun değişmesi, her davadan feragat edilebileceği kuralının bir istisnasını da ortaya çıkaracaktır. Bilindiği gibi, medenî usûl hukukunda hâkim olan tasarruf ilkesi gereğince, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder (HMK m. 24/3). Bu nedenle, taraflar hüküm kesinleşinceye kadar davanın her aşamasında, kural olarak, davadan feragat edebilirler. Feragatin hüküm ve sonuç doğurması için de, karşı tarafın muvafakati veya mahkemenin izni gerekli değildir (HMK m. 303/2). Bu kuralın gerek kanunlarda gerekse işin niteliğinden kaynaklanan bazı istisnaları mevcuttur. Örneğin<sup>71</sup>, Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemezler (HMK m. 70/3); dolayısıyla Cumhuriyet savcısının yer aldığı davalarda feragat geçerli olmaz.

Medenî yargıya dâhil olan bir davada feragatin geçerli olmadığı bir halde, davalının mirasçılarında biri tarafından sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek amacıyla davaya devam edilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira davalının mirasçıları tarafından devam edilen davada,

<sup>70</sup> Karş. **Topuz**, G., s. 83; **Topuz**, s. 144. **İnan/Ertas/Albaş** (s. 127), boşanma davası esnasında ölen davalının mirasçılara da, davaya devam etme olanağının tanınmasının, davalının talebinin ne olacağı bakımından sorun yaratacağını; davalının mirasçılarının davacının kusurunun tespiti suretiyle TMK m.181/1 hükmünün uygulanmasını talep etmelerinin ne derece kabul göreceğinin tartışılması gerektiğini ifade etmektedirler.

<sup>71</sup> Her davadan feragat edilebileceği kuralının bir başka istisnası için bkz. İcra ve İflâs Kanunu, m. 165/2.

davacı artık boşanma davasından feragat edemez. Esasen bu durum boşanma talebinin konusuz kalmış olmasının doğal bir sonucudur. Davalının ölümü ile boşanma talebi konusuz kaldığından, davacının feragat edebileceği bir hakkı söz konusu olmaz<sup>72</sup>. Sonuç olarak, boşanma davasının davacısı, davalının mirasçıları tarafından devam edilen davadaki talebinin incelenmesini feragat yoluyla engelleyemez.

Yargıtay da, boşanma davası esnasında ölen davalının mirasçılarından birinin davaya devam etme hakkı bulunduğundan, davalı eşin ölümünden sonra davacının davadan feragat etmesinin sonuç doğurmayacağını kabul etmektedir<sup>73</sup>.

### C. BOŞANMA DAVASI ESNASINDA ÖLEN EŞİN MİRASÇILARININ DAVAYA DEVAM EDEBİLMESİNİN KOŞULLARI

#### I. Derdest Bir Boşanma Davasının Bulunması

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarından biri tarafından davaya devam edilebilmesi için, öncelikle derdest bir boşanma davasının bulunması gereklidir<sup>74</sup>.

Derdestlik, davanın açılmasıyla başlar<sup>75</sup>; dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesiyle, sona erer<sup>76</sup>. O halde boşanma davasının açılmasından, dava sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar geçecek zaman kesitinde, eşlerden biri ölürse, ölen eşin mirasçılarından biri tarafından davaya devam

<sup>72</sup> Bkz. **Topuz**, G., s. 82-83.

<sup>73</sup> **Gençcan**, s. 1528. Bu konuda bkz. 2. HD, 21.05.2012, E.2011/17855, K.2012/13740 (**Gençcan**, s. 1528); 2. HD, 18.04.2012, 2011/14856-2012/10111 (**Topuz**, G., s. 82, dn. 32).

<sup>74</sup> **Gençcan**, s. 1524 vd.; **Tutumlu**, s. 114; **Topuz**, s. 121.

<sup>75</sup> **Tanrıver**, s. 8, 9; **Üstündağ**, s. 447; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 521; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 290; **Topuz**, G., s. 74; **Topuz**, s. 124. Dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır (HMK m. 118). Ayrıca bkz. HMK Yön. m. 36/1-2, 5, 6.

<sup>76</sup> **Tanrıver**, s. 12.

edilebilir<sup>77</sup>. Buna göre, boşanma davası açılmadan eşlerden biri ölürse, evlilik birliği ölümle sone erer. Bu durumda ortada henüz bir boşanma davası olmadığından, ölen eşin mirasçılarının devam edecekleri bir dava da söz konusu olmaz. Hatta dava açılmadan önce ölen eşin boşanma davası açılması için vekâletname vermiş olması da bu sonucu değiştirmez. Zira ölümle vekâlet ilişkisi, kural olarak, sona erdiğinden (TBK m. 513), artık boşanma davası açılmaz<sup>78</sup>.

Boşanmaya karar verilmiş olmakla birlikte, eşin ölümü hükmün temyiz veya karar düzeltme aşamasında gerçekleşmişse, ölen eşin mirasçıları tarafından sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek amacıyla davaya devam edilebilir. Zira bu durumda dava daha derdesttir<sup>79</sup>. Buna karşılık, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra eşlerden biri ölürse, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilemez<sup>80</sup>. Zira bu durumda, evlilik ölümle değil boşanmayla sona ermiştir. Örneğin, yurt dışında bir mahkemece verilen boşanma kararının Türkiye'de icrası için tenfiz talebinde bulunulmuş ve bu yargılama devam ederken eşlerden biri ölmüşse, ölen eşin mirasçıları sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için yargılamaya devam

<sup>77</sup> Boşanma kararı kesinleşmeden boşanma kararına kesinleşme şerhi verilip bu durum nüfus siciline işlenmişse, Yargıtay, kesinleşme şerhinin idarî işlem olduğunu; bu halin ve nüfus sicilindeki işlemin taraflar huzurunda bir eda davasında tartışılması gerektiği görüşündedir. Bu konuda bkz. 2. HD, 01.07.2002, 7847/8715 (**Gençcan**, s. 1533).

<sup>78</sup> **Gençcan**, s. 1528; **Topuz**, s. 126. Bkz. 2. HD, 03.07.2006, 4514/10579 (**Gençcan**, s. 1528). **İnan/Ertaş/Albaş** (s. 124), boşanma davası açacağını açıkça ifade etmekle birlikte bu davayı açmadan ölen eşin mirasçılarını da, TMK m. 125/IV hükmünden esinlenilerek dava açma hakkı verilmesinin amaca daha uygun olacağını ifade etmektedirler.

<sup>79</sup> **Gençcan**, s. 1528; **Topuz**, s. 126. Boşanmaya karar verilmiş olmakla birlikte, hüküm henüz temyiz veya karar düzeltme aşamasındayken eşlerden biri ölürse, konusuz kalan boşanma talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmek ve diğer eşin kusurlu olup olmadığına tespitine yönelik talep bakımından bir karar verilmesi için hükmün bozulması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. **Gençcan**, s. 1526-1528.

<sup>80</sup> **Akkanat**, s. 46; **Topuz**, s. 139. Bu yönde bkz. 2. HD, 17.01.2012, E.2011/3017, K.2012/542 (**Gençcan**, s. 1529); 2. HD, 04.12.2008, E.2007/16642, K.2008/16658 (**Gençcan**, s. 1529).

edemezler<sup>81</sup>. Zira bu ihtimalde boşanma hükmü kesinleşmiş; dolayısıyla boşanma davasının derdestliği sona ermiştir.

Davanın geri alınması da, derdestliği sona erdirir. Boşanma davası, davanın geri alınması sebebiyle de sona ermiş olabilir. O halde, boşanma davası usûlüne göre geri alındıktan sonra eşlerden biri ölürse, ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilemez. Ancak davanın geri alınması için, davalının açık rızası gerekli olduğundan, bu rıza gösterilmeden eşlerden biri ölmüşse, ölen eşin mirasçıları davaya devam edebilirler<sup>82</sup>.

Yine boşanma davasından feragat edilmesi durumunda, davanın derdestliği sona erer<sup>83</sup>. Boşanma davası hakkında henüz bir karar verilmeden veya hüküm verilmekle birlikte, hüküm kesinleşmeden, davacı davadan feragat etmiş ve ölmüşse, bu feragat davacının mirasçılarını da bağlar. Bu durumda ölen eşin mirasçıları henüz feragat nedeniyle bir karar verilmemiş olsa dahi, ortada devam eden bir uyuşmazlık bulunmayacağından, söz konusu davaya devam edemezler<sup>84</sup>.

Boşanma davası açılmakla birlikte, dava esnasında davanın açılmamış sayılmasını gerektiren haller söz konusu olduğunda da, derdestlik sona erer.

<sup>81</sup> **Gençcan**, 1546. Bu yönde bkz. 2. HD, 20.12.2004, 3969/15325 (**Gençcan**, s. 1546). Yabancı mahkeme boşanma kararlarının tanınması bakımından durumun değerlendirilmesi hususunda bkz. **Altaş**, s. 660.

<sup>82</sup> **Topuz**, s. 127.

<sup>83</sup> Feragat gibi, kabul ve sulh de davayı sona erdirir. Ancak boşanma davalarında kabul hâkimi bağlamayacağından (TMK m. 184), davanın kabulü ihtimali konumuz açısından değerlendirilmemiştir. Sulh ise, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir (HMK m. 313/2). Boşanma davası, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardan değildir. Bu nedenle, boşanma davasının tarafı olan eşlerin barışmaları veya boşanmak üzere anlaşmaları, HMK m.313 vd. hükümleri anlamında sulh değildir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 516; **Topuz**, s. 130). Yalnız eşler boşanmanın fer'i sonuçları üzerinde anlaşılırsa, anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümlerin (TMK m. 166/III) uygulanması gündeme gelir. Ancak bunun için de anlaşmayı hâkimin onaylaması gereklidir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 516; **Topuz**, s. 130).

<sup>84</sup> **Tutumlu**, s. 119; **Topuz**, G., s. 75-76; **Topuz**, s. 128. Bu yönde bir karar için bkz. 2. HD, 05.05.1999, 2708/4669 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası). İrade bozukluğu hallerinin söz konusu olması durumunda, boşanma davasından feragat eden eşin, feragatin iptalini talep etmiş olması veya henüz talep etmeden ölmesi durumunda mirasçıların davaya devam edip edemeyecekleri konusunda bkz. **Topuz**, s. 76.

O halde, boşanma davası esnasında davanın açılmamış sayılmasını gerektiren hallerin gerçekleşmesinden sonra eşlerden biri ölürse, artık ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilemez. Örneğin<sup>85</sup>, dosyanın işlemden kaldırılmasını gerektiren bir sebeple işlemden kaldırılan bir dava, süresi içinde yenilenmezse dava açılmamış sayılır (HMK m. 150/5). Boşanma davası esnasında dosya işlemden kaldırıldıktan sonra üç ay içinde yenilenmez ve bu sürenin dolmasından sonra eşlerden biri ölürse, mahkemece henüz davanın açılmamış sayılmasına karar verilmemiş olsa dahi, ölen eşin mirasçılarından biri, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmek için davaya devam edemez. Zira işlemden kaldırıldığı tarihten itibaren üç ay içinde yenilenmeyen bir dava, sürenin dolduğu gün itibariyle açılmamış sayılır ve mahkemece kendiliğinden karar verilerek kayıt kapatılır (HMK m. 150/5). Diğer bir ifadeyle, üç aylık hak düşürücü sürenin geçmesiyle yasal sonuç kendiliğinden doğar<sup>86</sup>. Hâkimin davanın açılmamış sayılmasına henüz karar vermemiş olması, bu sonucu değiştirmez. Buna karşılık, henüz yenileme süresi dolmadan eşlerden biri ölmüşse, ölen eşin mirasçılarından biri davaya devam edebilir. Zira dosya işlemden kaldırılrsa dahi, hak düşürücü nitelikte olan üç aylık yenileme süresi (HMK m. 150/5) içinde dava derdesttir<sup>87</sup>.

Aynı sonuç, derdest bir boşanma davası hakkında görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesinden sonra, davanın görevli veya yetkili mahkemede devam etmesi için süresi içinde (HMK m. 20/1) gerekli işlemlerin yapılmamış olması ve bu sürenin geçmesinden sonra eşlerden birinin ölmesi durumunda da geçerlidir<sup>88</sup>. Yani boşanma davasında verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine kanunda öngörülen iki haftalık hak düşürücü süre içinde, davanın görevli veya yetkili mahkemede devamı için gerekli işlemleri yapılmamış ve bu süre geçtikten sonra eşlerden biri ölmüşse, ölen eşin mirasçıları davaya devam edemeyeceklerdir.

---

<sup>85</sup> Davanın açılmamış sayılmasını gerektiren hallerin gerçekleşmesinden sonra, ölen eşin mirasçılarından biri tarafından davaya devam edilemeyeceğine ilişkin diğer örnekler için bkz. **Topuz**, s. 130 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **Gençcan**, s. 1538.

<sup>86</sup> **Tutumlu**, s. 116.

<sup>87</sup> **Tutumlu**, s. 115.

<sup>88</sup> **Tutumlu**, s. 116.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verme olanağına ancak derdest davaya devam etmek suretiyle sahiptirler<sup>89</sup>. Bu nedenle, derdest davaya devam etmek yerine, sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesini ayrı bir dava açmak suretiyle talep edemezler<sup>90</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölmesi ihtimalinde<sup>91</sup>, ölen eşin mirasçılara davaya devam ederek sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verebilme olanağı tanıdığıdır. Bu nedenle, derdest bir ayrılık davası esnasında eşlerden biri ölürse, sağ kalan eş, ölen eşe mirasçı olur. Bu durumda ölen eşin mirasçıları davaya sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için devam edemezler. Zira bu durumda ortada bir boşanma davası değil; ayrılık davası mevcuttur ve ayrılık boşanmanın hüküm ve sonuçlarını doğurmaz<sup>92</sup>. Yine ayrılık kararının da(TMK m. 170 vd.), eşlerin mirasçılığına bir

<sup>89</sup> Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları, derdest davaya devam etmek suretiyle sağ kalan eşin kusurunu ispatlamak suretiyle onun mirasçılığına son verilmesini isteyebileceklerinden, boşanma davasına bakan mahkeme mirasçıların talebi bakımından da görevli ve yetkili olacaktır. Bu konuda bkz. **Topuz**, s. 158 vd. Karş. **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 90.

<sup>90</sup> **Gençcan**, 1546. Bu yönde çoğunluk görüşüyle verilmiş bir Yargıtay kararı için bkz. 2. HD, 12.01.2010, 18392/317 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası). **Topuz** (s. 158), TMK m. 181/2 uyarınca mirasçılar tarafından devam edilen davanın yeni bir dava olduğunu; bu nedenle söz konusu davanın mirasçılar tarafından her zaman açılacağını ifade etmektedir. TMK m. 181/2 hükmünde, "mirasçılardan birisinin davaya devam etmesi" şeklindeki açık ifade karşısında yazarın görüşüne katılmak mümkün olmayacaktır.

<sup>91</sup> Evliliğin butlanı davası esnasında eşlerden birinin ölmesi durumunda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilip verilemeyeceği kanunda ayrıca düzenlenmiş olduğundan (TMK m. 159), evliliğin butlanı davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz.

<sup>92</sup> **Topuz**, G., s. 74; **Topuz**, s. 145; **Gençcan**, s. 1548. **Gençcan** (s. 1548), boşanma veya **ayrılık** davası devam ederken taraflardan birinin ölümü halinde, TMK m. 181/2 hükmünün uygulanması sonucu sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek kadar kusurlu olduğunun anlaşılması durumunda, aile mahkemesinin sağ eşin kusurlu olduğuna ilişkin hüküm kurması gerektiğini ifade etmektedir. TMK m. 181/2 hükmünde açıkça "boşanma davası" denildiğinden, ayrılık davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine ölen eşin mirasçıların davaya devam etmesi mümkün olmaz.



etkisi bulunmaz. Zira ayrılık halinde de, evlilik ilişkisi devam eder. Dolayısıyla ayrılık kararı verilmesinden sonra, ayrılık süresi içinde eşlerden biri ölürse, sağ kalan eş, ölenin mirasçısı olur<sup>93</sup>.

## II. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Esnasında Ölmesi

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında birinin sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verebilmek amacıyla davaya devam edebilmesi için, eşlerden birinin boşanma davası devam ederken ölmesi gereklidir. Zira ölüm olayı ile birlikte, evlilik birliği sona erer ve sağ kalan eş, ölen eşine mirasçı olur. Bu durumda, ölen eşin mirasçıları, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verme olanağını elde ederler<sup>94</sup>.

Ölüm karinesi, ölüm ile aynı sonucu doğurduğundan, boşanma davası esnasında eşlerden biri, ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır (TMK m. 31)<sup>95</sup>. Böyle bir durumda kaybolan eşin mirasçıları, ölüm karinesine dayanarak karine temelini ispat etmek suretiyle (HMK m. 190/2) kaybolan eşin ölü olduğunu tespit ettirdikten sonra boşanma davasına sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi için devam edebilirler<sup>96</sup>.

Gaiplik kararı verildiğinde de, ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (TMK m. 35/1). Bu nedenle, boşanma davası esnasında eşlerden birinin gaip olması durumunda, mirasçılarının Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden davaya devam edip edemeyeceğini değerlendirmek gereklidir.

<sup>93</sup> **Berki**, Şakir; Boşanma ve Ayrılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975, Cilt:32, S. 1-4, s. 148; **Dural/Öz**, s. 45; **Serozan/Engin**, § 2, N.63; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 122; **Antalya**, s. 98; **Topuz**, s. 79.

<sup>94</sup> Eşlerden birinin boşanma davası devam ederken öldüğü, nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat edilir (TMK m. 30/I). Nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa, gerçek durum, her türlü delille ispat edilebilir (TMK m. 30/II).

<sup>95</sup> Ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan kimsenin cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşebileceği gibi, her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini de dava edebilir (TMK m. 44).

<sup>96</sup> **Topuz G.**, s. 77.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin gaip olması durumunda, gaip eş duruşmalara katılmayacağından, diğer eş davaya devam ederek davanın sonuçlanmasını sağlayabilir veya davaya devam etmeyeceğini belirterek dosyanın işlemi kaldırılmasını; süresinde yenilenmezse de açılmamış sayılmasını sağlayabilir (HMK m. 150). Ancak bu durumda gaip eşin mirasçuları, murislerinin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamadığı ve ölümü hakkında kuvvetli olasılıklar bulunduğu iddiasıyla, bu tarafın gaipliğine karar verilmesi talep edilebilir<sup>97</sup>. Bunun üzerine gaipliğin koşulları mevcutsa<sup>98</sup>, gaipliği iddia edilen eşin gaipliğine karar verilir (TMK m. 32/1). Bu karar üzerine hakkında gaiplik kararı verilen kişi ölmüş gibi, ölüme bağlı haklar kullanılabilirliğinden, gaibin mirasçılarının biri boşanma davasına devam ederek diğer eşin kusurunun ispatı suretiyle onun mirasçılığına son verilmesini talep edebilmelidir<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Yalnız gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir (TMK m. 33/1).

<sup>98</sup> Gaiplik kararı talep edildiğinde, mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilânla çağırır. Bu süre, ilk ilânın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır (TMK m. 33/2). Gaipliğine karar verilecek kişi, ilân süresi dolmadan ortaya çıkar veya kendisinden haber alınır ya da öldüğü tarih tespit edilirse gaiplik istemi düşer (TMK m. 34). İlândan sonuç alınmazsa, mahkeme gaipliğe karar verir. Gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur (TMK m.35/2).

<sup>99</sup> **Gençcan**, s. 1525. Farklı yönde bkz. **Topuz**, G., s. 77. **Topuz**, G. (s. 77), gaiplik durumunda gaipliğine karar verilen eşin mirasçılarının davaya devam edememesine gerekçe olarak, TMK m. 131/1 hükmüne istinat etmektedir. Yazar, bu hükme göre, gaipliğine karar verilen kişinin eşinin, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemeyeceğini; eşin evliliğin feshini istememesi durumunda, gaip eşine mirasçı olmaya devam edeceğini ve bu durumda da gaip eşin mirasçılarının açılmış olan boşanma davasına devam edemeyeceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce belirtilen gerekçeyle gaipliğine karar verilen eşin mirasçılarının TMK m. 181/2 hükmüne istinaden davaya devam edemeyeceğinin kabulü isabetli değildir. Zira boşanma davası esnasında eşlerden biri öldüğünde, zaten sağ kalan eş onun bu sıfatla mirasçısı olur. Sonuç olarak, gaibin eşi de evliliğin feshini talep etmezse, gaibin mirasçısı olur. Boşanma davası esnasında ölen eşin veya gaipliğine karar verilen eşin mirasçılarının TMK m. 181/2 hükmüne istinaden davaya devam edebilmeleri bakımından, bir fark bulunmamaktadır.

### III. Davaya Ölen Eşin Mirasçılarının Talebi Üzerine Devam Edilebilmesi

#### 1. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçıları

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden eşlerden birinin ölümüyle konusuz kalan boşanma davasına kendi talepleri doğrultusunda devam etme hakkına dava esnasında ölen eşin mirasçıları sahiptirler.

Ölen eşin mirasçılarından herhangi biri de, davaya devam edebilir<sup>100</sup>. Yalnız söz konusu hükme istinaden davaya devam edebilecek olan mirasçılar, sağ kalan eşle birlikte mirasçı olabilecek veya sağ kalan eşin mirasçı olmaması halinde mirasçı olabilecek kişilerdir<sup>101</sup>. Aksi takdirde, davada hukuki yarar koşulu eksik olduğundan, davanın reddi gerekir<sup>102</sup>.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının kimler olduğunu, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre belirlemek gerekir. Buna göre, bir kimsenin mirasçılarının kapsamına, öncelikle onun kanunî mirasçıları girer. Kanunî mirasçılardan hangilerinin Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden davaya devam edebileceğini, mirasın intikalinde geçerli olan zümre sistemine göre belirlemek ve bunu yaparken gerek zümreler arasındaki öncelik ilişkisine gerekse her zümre içindeki öncelik ilişkisine dikkat etmek gerekir. Sıracı önde gelen zümrede bir veya birkaç mirasçısının bulunması, sonra gelen zümrelere

<sup>100</sup> 2. HD, 29.11.2006, 9890/16540 (**Gençcan**, s. 1539). Boşanma davası devam ederken ölen eşin vesayet altında mirasçısı varsa, vasi vesayet altındaki mirasçıyı devam edilecek olan davada temsil eder. Yalnız vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi diğer eşin kusurunun tespiti için boşanma davasını sürdürme konusunda karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür (TMK m. 450). Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçısının kısıtlanması için bir sebep bulunmamasıyla birlikte, korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir mirasçıya boşanma davasını sürdürme konusunda görüşü alınmak üzere yasal danışman da atanabilir (TMK m. 429). Bu konuda bkz. **Gençcan**, s. 1540.

<sup>101</sup> **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 56; **Topuz**, s. 142. Benzer şekilde bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 81.

<sup>102</sup> **Kılıçoğlu**, s. 35; **Topuz**, s. 142.

mirasın intikaline engel olacağı gibi, zümre başlarının ve kök başlarının da kendi alt soyları karşısında mutlak bir önceliği vardır<sup>103</sup>. Buna göre, birinci zümrede torunlardan önce çocuklar; ikinci zümrede kardeşlerden önce ana baba ve üçüncü zümrede amca, hala, dayı, teyzeden önce büyük ana ve büyükbaba mirasçı olur. O halde, boşanma davası esnasında ölen eşin çocukları varken, torunları veya ana babası mirasçısı olamayacağından, söz konusu davaya da devam edemezler<sup>104</sup>.

Bir kimsenin birinci zümrede mirasçıları öncelikle kendi altsoyudur (TMK m. 495/1). Birden fazla çocuk varsa<sup>105</sup>, her biri eşit derecede mirasçılardır (TMK m. 495/2). Bu nedenle, çocuklar hep birlikte<sup>106</sup> veya sadece biri konusuz kalan boşanma davasına sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmek için devam edebilirler<sup>107</sup>. Boşanma davası esnasında ölen eşin altsoyu bulun-

<sup>103</sup> Serozan/Engin, § 2, N.25, 27; Dural/Öz, s. 21-22.

<sup>104</sup> 2. HD, 28.11.2013, 14091/28940 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 08.11.2010, E.2009/16867, K.2010/18606 (Gençcan, s. 1538).

<sup>105</sup> Boşanma davası esnasında ölen kocanın evlilik dışı doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olan çocuklar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olduklarından (TMK m. 498), ölen babalarının boşanma davasına, sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek için devam edebilirler. Benzer şekilde evlâtlık da TMK m. 500/1 uyarınca evlât edinenin terekesinde pay sahibi olmak bakımından miras bırakanın alt soyu ile aynı durumda olduğundan, boşanma davası esnasında ölen eşin evlâtlığı da, davaya devam edebilir (Topuz, s. 44). Ancak evlât edinen ve hısımları evlat edinene mirasçı olmadıklarından (TMK m. 500/2), evlâtlığın boşanma davasında ölmesi durumunda, evlat edinen ve hısımları davaya, sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek için devam edemezler. Boşanma davası esnasında ölen eşin evlâtlığı varsa ve bu eş ölmeden önce evlâtlık sözleşmesinin bozulması ve evlâtlık bağlantısının kaldırılması için açtığı davanın devamı sırasında ölmüşse, ölen eşin mirasçılarının evlâtlık sözleşmesinin bozulması ve evlâtlık bağının kaldırılması hakkındaki davayı sürdürme hakları bulunduğu unutulmamalıdır. Bu yönde bkz. İBK, 07.02.1955, 11-24.

<sup>106</sup> Boşanma davası devam ederken ölen eşten önce ölmüş olan çocukların yerini, her derecede halefiyet yolu ile kendi altsoyları alacağından (TMK m. 495/3), ölmüş olan çocukların yerine her derecede halefiyet yolu ile kendi altsoyları boşanma davasını sürdürebileceklerdir.

<sup>107</sup> Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçısı küçük ise, velâyet ana veya babadan birinin ölümü halinde sağ kalan tarafa aittir (TMK m. 336/3). Ancak bu durumda kanunî temsilci ile küçüğün menfaati çatıştığından (TMK m. 345, 463), vesayet makamı kendiliğinden çocuğa bir temsil kayyımı atmalı ve devam edilecek ise boşanma davasına

mazsa, ikinci zümrede yer alan ana babası mirasçı olur (TMK m. 496)<sup>108</sup>. Eşit derecede mirasçı olan ana babadan her biri boşanma davasına devam edebilir<sup>109</sup>. Boşanma davası devam ederken ölen eşin altsoyu, ana ve babası ve onların da alt soyu bulunmuyorsa, ölen eşin büyük ana ve babası mirasçısı olduğundan (TMK m. 497/1), ölen eşin büyük ana ve büyük babası, sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmek için davaya devam edebilirler.

Boşanma davası esnasında ölen eşin atanmış mirasçısı varsa (TMK m. 516), atanmış mirasçı da, sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmek için davaya devam edebilir<sup>110</sup>. Zira atanmış mirasçılar da, mirasbırakanın ölümü ile mirası kazanırlar (TMK m. 575). Buna karşılık, vasiyet alacaklılarının söz konusu davaya devam etme hakları bulunmamaktadır<sup>111</sup>. Zira vasiyet alacaklısı ölen kimsenin yasal mirasçısı; dolayısıyla külli halefi değildir<sup>112</sup>. Vasiyet alacaklısının, sadece külli haleflere karşı belirli bir malın veya hakkın kendisine verilmesine ilişkin bir alacak hakkı mevcut olup, tereke üzerinde tam bir

---

kayım tarafından devam edilmelidir. Bu konuda bkz. 2. HD, 26.02.2007, 2458/2663 (**Gençcan**, s. 1540). Cenin de sağ doğmak şartıyla mirasçı olur (TMK m. 582/1, 28, 427, b.3, 643). Ancak çocuk ölü doğarsa mirasçı olamaz (TMK m. 582/2). O halde, boşanma davası esnasında eşlerden biri öldüğünde mirasçı olarak bir ceninin bulunduğu anlaşıldığında, boşanma davasını gören hâkim, söz konusu davaya devam edilip edilemeyeceğini belirlemek için doğumu beklemek zorundadır. Çocuk sağ doğarsa, çocuk için bir kayıym atanmalı ve devam edilecek ise sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek için devam edilen dava kayıym tarafından yürütülmelidir (**Gençcan**, s. 1532).

<sup>108</sup> Ölen eşin ana ve babası ondan önce ölmüş ise, onların yerini her derecede halefiyet yolu ile kendi alt soyları alır.

<sup>109</sup> Bu yönde bkz. 2. HD, 14.03.2011, E.2010/3583, K.2011/4498 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası).

<sup>110</sup> **Gençcan**, s. 1531; **Antalya**, s. 96; **Topuz**, G., s. 78; **Topuz**, s. 142. **Topuz** (s. 142), atanmış mirasçılara TMK m. 181/2 hükmüne istinaden davaya devam edebilme hakkı tanınmasının olması gereken hukuk bakımından isabetli olmadığını haklı olarak belirtmektedir. Yazara göre, en geniş anlamda aile üyesi olmayan bir kimsenin (atanmış mirasçının) söz konusu davaya devam etme hakkının olması sağ kalan eşi boşanma davasına ilişkin olarak en mahrem konuları ona karşı açıklamak zorunda bırakacağından, bu sağ kalan eşin kişilik hakkına aykırı olur.

<sup>111</sup> **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60; **Antalya**, s. 96; **Topuz**, G., s. 78; **Topuz**, s. 143.

<sup>112</sup> **Topuz**, G., s. 78; **Topuz**, s. 143.

hakkı söz konusu değildir<sup>113</sup>. Benzer şekilde, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasını reddeden mirasçısı, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için davaya devam edemez<sup>114</sup>. Mirası ret durumunda, mirasçılık sıfatı mirasın açıldığı andan itibaren kaybedileceğinden, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasını reddeden mirasçılarının davaya devam etmek bakımından hukuki yararı söz konusu olmaz<sup>115</sup>.

Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirastan yoksun mirasçısı veya mirasçıları da söz konusu davaya devam edemezler<sup>116</sup>. Bu mirasçılar, Türk Medenî Kanunu'nun 578. maddesinde belirtilen kimselerdir<sup>117</sup>. Yalnız boşanma davası esnasında ölen eş, mirastan yoksun olan mirasçısını affetmişse, mirastan yoksunluk ortadan kalkar. Dolayısıyla bu şekilde mirastan yoksunluk hali ortadan kalkan mirasçı, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçısı olarak davaya devam edebilir.

## 2. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarının Tespiti

Boşanma davası esnasında eşlerden biri öldüğünde, ölen eşin mirasçılarının tespiti ve davaya devam etmek isteyip istemedikleri konusunda beyanlarının alınması için, duruşmaya davet edilmeleri bakımından hâkimin

<sup>113</sup> Dural/Öz, s. 15; Ayan, s. 11; Gençcan, s. 1541.

<sup>114</sup> Gençcan, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60; Gençcan, s. 1542; Topuz, s. 142.

<sup>115</sup> Topuz, s. 142. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin TMK m. 181/2 uyarınca davaya devam etme olanağı söz konusu değildir. Zira mirasçıların söz konusu hükme göre devam edecekleri dava, miras ortaklığını değil; her bir mirasçıyı ayrı ayrı ilgilendirmektedir (Topuz, s. 143).

<sup>116</sup> Gençcan, s. 1543; Topuz, s. 143.

<sup>117</sup> Mirastan yoksunluk yalnız yoksun olanı etkilediğinden, mirastan yoksun olanın alt soyu (TMK m. 17), boşanma davası devam ederken ölen eşten önce ölen kimsenin alt soyu gibi (TMK m. 495) mirasçı olacağından (TMK m. 579), boşanma davasına sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için devam edebilir. Boşanma davası devam ederken ölen eşi, diğer eş öldürmüş ise, bu durumda mirasçılarının artık diğer eşin kusurunu ispatlamasına gerek kalmaz. Bu durumda mirastan yoksunluk kendiliğinden sonuç doğurur. Ancak bu konuda bir tartışma çıkarsa, mirasçılar boşanma davası devam ederken ölen eşi diğer eşin öldürdüğünün tespiti niteliğinde olmak üzere açılan ceza davasının sonucunu beklemelidir. Zira ceza mahkemesinde yapılan yargılamada boşanma davası devam ederken ölen eşi başka bir kimsenin öldürdüğü veya diğer eşin öldürmediği tespit edilebilir (Gençcan, s. 1543).

ne şekilde hareket etmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında bulunmamaktadır. Bu nedenle, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının tespiti ve duruşmaya nasıl davet edilecekleri cevaplanması gereken bir sorun teşkil etmektedir. Bu sorun, iki farklı durumda ortaya çıkmaktadır:

Bu sorunun ortaya çıktığı birinci durum, ölen eşin mirasçılarının birinin veya birkaçının davadan herhangi bir şekilde haberdar olmaları ve kendiliğinden duruşmaya gelerek davayı diğer eşin kusurunun tespiti bakımından sürdürmek istediklerini bildirmeleridir. Bu durumda, ölen eşin mirasçıları davaya taraf olarak katılırlar ve sağ kalan eşin kusurunu ispat ederek onun mirasçılığına son verebilmek için davaya kaldığı yerden devam ederler. Bu durumda, ortaya çıkan sorun, duruşmaya gelen mirasçılar haricinde başka mirasçı bulunup bulunmadığını araştırıp varsa onları da duruşmaya davet etmek için tebligat yapılması konusunda mahkemenin bir yükümlülüğünün bulunup bulunmamasıdır.

Bu konudaki bir görüşe göre<sup>118</sup>, duruşmaya gelmeyen mirasçılara re'sen tebligat yapılması gerekli değildir. Buna gerekçe olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, “mirasçılardan birisinin” davaya devam etmesinden söz edildiği; dolayısıyla davayı takip bakımından mirasçılar arasında “mecburî dava arkadaşlığının” söz konusu olmaması gösterilmektedir.

Kanaatimizce, bu konuda haklı olan diğer görüşe göre ise, mirasçılardan biri, mahkemece henüz bir işlem yapılmadan davaya devam edeceğini mahkemeye bildirmiş olsa dahi, diğer mirasçıların da belirlenmesi ve duruşmaya davet edilmesi gerekir<sup>119</sup>. Zira davaya devam etmek isteyen mirasçı, daha sonra davayı takipsiz bırakabilir veya davadan feragat edebilir. Bu nedenle ölen eşin mirasçılarının tamamı belirlenmeli ve davaya devam edip etmeyecekleri konusundaki beyanlarını bildirmeleri için kendilerine süre verilmelidir<sup>120</sup>.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının tespiti ve duruşmaya davet edilmeleri bakımından sorun yaşanabilecek bir diğer durum da, ölen

<sup>118</sup> Tutumlu, s. 119.

<sup>119</sup> Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 22; Kılıçoğlu, s. 35; Antalya, s. 96; Demir, s. 49.

<sup>120</sup> Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 22; Antalya, s. 96.

eşin mirasçılarının mahkemeye kendiliğinden başvurmamasıdır. Böyle bir durumda, eşlerden birinin öldüğü mahkemenin bilgisi dâhilinde de değilse, ölen taraf duruşmalara gelmeyeceğinden, sağ kalan eşin tutumuna bağlı olarak boşanma davasına devam edilecek veya dosya işlemde kaldırılacaktır. İşlemden kaldırılan dosya süresinde yenilenmediği zaman da, dava açılmamış sayılacaktır<sup>121</sup>.

Buna karşılık, boşanma davası esnasında eşlerden birinin öldüğü, hâkimin bilgisi dâhilindeyse, boşanma davasına bakan mahkemenin ölen eşin tüm mirasçılarını tespit etme ve bu kişileri duruşmaya daveti için gerekli işlemleri re'sen yapıp yapamayacağı sorun teşkil etmektedir.

Doktrinde bu konudaki bir görüşe göre<sup>122</sup>, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, boşanma davasına bakan mahkemeye ölen eşin tüm mirasçılarını araştırıp bu kişilere tebligat yapmak görevini yüklememektedir. Bu görüşte olan **Kuru/Budak**, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümünü izleyen duruşma gününün ölüm gününe çok yakın olması halinde, yargılamanın düzen içinde yapılmasını sağlamakla görevli mahkemenin hemen o duruşmada davanın konusuz kaldığını tespit eden bir nihai karar vermemesi gerektiğini ifade etmektedirler. Yazarlarca böyle bir durumda, mahkemenin dava esnasında ölen eşin mirasçılarını davaya devam etme olanağı (TMK m. 181/2) vermek üzere duruşmayı uygun bir tarihte ertelemesi önerilmektedir<sup>123</sup>. Bu durumda, miras bırakanın ölümünden ve boşanma davasından haberdar olan mirasçılar kendiliğinden duruşmaya gelirlerse, davaya devam etmeleri söz konusu olabilecek; aksi takdirde, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki olanaktan yararlanmaları söz konusu olmayacaktır.

<sup>121</sup> **Burcuoğlu**, s. 386.

<sup>122</sup> **Kuru/Budak**, s. 223; **Doğan**, s. 1035; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 88. Bu yönde bkz. 2. HD, 21.10.2003, 9544/13974 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası).

<sup>123</sup> **Kuru/Budak**, s. 223-224. **Doğan** (s. 1035), Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümde "mirasçılardan birisinin davaya devam etmesi" şeklinde ifâdeden mahkemeye ölen eşin mirasçılarının davaya katılmasını sağlama görevi verilmediğini kabul etmektedir. Buna rağmen yazar, mirasçılar arasında cenin veya küçük çocuklar varsa, bunlara bir kayyım atanmasının gerekli olup olmadığını sorgulamaktadır (**Doğan**, s. 1035)



Bu konudaki diğer görüşe göre ise<sup>124</sup>, mahkemece mirasçılarının duruşmaya davet edilmeleri için gerekli işlemlerin re'sen yapılması gerekir. Yargıtay uygulaması, genellikle, boşanma davası devam ederken eşlerden biri ölürse, boşanma davasının konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilip Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca işlem yapılması gerektiği yönündedir<sup>125</sup>.

Kanaatimizce de, mahkemece boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmek isteyip istemedikleri konusunda beyanlarının alınması için, mirasçılarının tespiti ve duruşmaya davet edilmesi için gerekli işlemlerin re'sen yapılması gerekir. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devam etme zorunluluğu yüklenmemiştir. Mirasçılar, isterlerse bu davaya devam edebilirler. Bundan hareketle, dava esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devamları bakımından, mahkemeye bir görev yüklenmediği kanaatine varılabilir<sup>126</sup>. Ancak boşanma dava-

<sup>124</sup> **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 22; **Kılıçoğlu**, s. 35; **Antalya**, s. 96; **Tutumlu**, s. 429.

<sup>125</sup> 2. HD, 14.06.2005, 4839/9172 (**Gençcan**, s. 1532; **Kuru/Budak**, s. 224); 2. HD, 14.04.2004, 3828/4731 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 22.06.2004, 4988/8234 (**Gençcan**, s. 1526). Bu yönde bkz. **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 51-62. Mahkemece kusur tespiti yönünden olumlu veya olumsuz bir karar verilmek yerine davanın reddine karar verilemeyeceği yönünde bkz. 2. HD, 16.08.2008, 2674/185 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası). Yargıtay'ın 2005 yılından önce TMK m.181/2 hükmünün uygulanması bakımından verdiği farklı yönde kararlar ve bu kararlara karşı oy yazıları için bkz. 2. HD, 15.03.2004, 1951/3163 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 14.04.2004, 3828/4731 (**Gençcan**, s. 1532).

<sup>126</sup> **Aksu** (Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 88), mahkemece boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devamlarının sağlanması konusunda mahkemeye bir görev verilmediği; mahkemece mirasçılarının kendiliğinden tespiti ile duruşmaya davetinin mirasçılar aleyhine sonuç yaratacağını ifade etmektedir. Buna gerekçe olarak da, mirasçılarının bulunamaması durumunda, miras Devlet'e geçeceğinden, Devletin mirasçı olarak boşanma davasına devam etmesine ilişkin sürecin hızlandırılacağı gösterilmektedir (s. 88). Ancak yazarın da belirttiği gibi (s. 89), mirasçılarının davaya davet edilmemesi durumunda boşanma davası konusuz kaldığı için esasa ilişkin karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararla dava sona erecektir. Yine yazarın haklı olarak dikkat çektiği gibi, kanaatimizce de, TMK m. 181/2 hükmüne istinaden davaya devam etme hakkının, sadece, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının tanınması gereken bir hak olduğunun kabulü gereklidir. Bu görüşün kabulü durumunda ise,

sından mirasçılarının haberdar olmaları her zaman mümkün olmayabilir. Mahkemece boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmeleri için gerekli işlemlerin kendiliğinden yapılmaması durumunda, anılan hükümden yararlanma olanağı pek mümkün olmayabilir<sup>127</sup>.

Ayrıca, boşanma davası şahıs varlığına ilişkin olsa da, mirasçılar tarafından devam edilen dava, mirasçılarının malvarlığını ilgilendirmektedir. Zira mirasçılar lehine karar verildiğinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığı sona erecektir. Bu sonuç, doğrudan mirasçılarının malvarlığı üzerinde etkisini gösterecektir.

Belirtilen nedenlerle, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında taraflardan birinin ölümü halinde yapılması gereken işlemleri düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 55. maddesinin, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde de, niteliğine uyduğu oranda kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz<sup>128</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 55. maddesine göre, görülmekte olan bir dava esnasında davanın taraflarından biri öldüğünde, mirasçılar mirası kabul veya reddetmemişse, bu hususta kanunla belirlenen süreler geçinceye kadar dava ertelenir. Ancak hâkim gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, talep üzerine davayı takip için kayyım atanmasına karar verebilir.

O halde, mahkemece davanın uygun bir süre ertelenmesi<sup>129</sup> ve davaya devam etmek isteyip istemedikleri konusunda beyanlarının alınması için

---

boşanma davası konusuz kaldığından, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra, mirasçılarının ayrı bir dava açmak suretiyle sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmeye olanakları artık olmayacaktır.

<sup>127</sup> **Burcuoğlu**, s. 388; **Antalya**, s. 96. Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarının davaya devamının sağlanması için mahkemece re'sen yapılması gereken işlemlerin yapılmamasının ortaya çıkaracağı diğer sakıncalar bakımından bkz. **Burcuoğlu**, s. 388.

<sup>128</sup> Benzer yönde bkz. **Tutumlu**, s. 119; **Topuz**, s. 148.

<sup>129</sup> Mahkemece belirlenecek olan davanın ertelenmesi süresinin mirasçılarının tespitinin zaman alabileceği dikkate alınmak suretiyle uygun uzunlukta belirlenmesi gerekir. Bu erteleme dönemi içerisinde acele olarak yapılması gereken bir husus varsa, diğer tarafın istemi üzerine mahkemece kayyım atanmasına da karar verilebilir (**Sungurtekin Özkan**, s. 81). Yalnız kayyım tayinine acele olarak yapılması gereken bir husus varsa ve ölenin mirasçılarının kısmen veya tamamen bilinmemesi ve yapılan araştırmaya rağmen

ölen eşin mirasçılarının belirlenmesi gerekir<sup>130</sup>. Bunun için, ölen eşin nüfus kaydının mahkemece getirtilmesi ve gelen kayıttan mirasçılarının tespit edilmesi gerekir. Daha sonra mirasçılarının tebligata elverişli adresleri araştırılarak mirasçılara duruşma gün ve saatini bildirir davetiye tebliğ edilmelidir<sup>131</sup>. Bu davetiyenin tebliği üzerine gelen mirasçılarının davaya devam edip etmeyeceği yönünde beyanları alınarak işlem yapılması gerekir<sup>132</sup>.

Mahkemece yapılan tebligat üzerine, mirasçılar tarafından davaya devam edilirse, bundan böyle davanın tarafı mirasçılar olur ve davaya onlarla devam edilir. Buna karşılık, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarının mahkemece usulüne göre yapılan tebligata rağmen mirasçılar duruşmaya mazeretsiz gelmezlerse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150. maddesi uyarınca işlem yapılması gereklidir<sup>133</sup>.

Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçısının bulunup bulunmadığı veya mirasçılarının tamamı bilinmiyorsa, durumun sulh hâkimine bildirilmesi gerekir. Sulh hâkimi uygun araçlarla ve bir ay ara ile iki defa ilân yapıp hak sahiplerini son ilândan başlayarak en geç bir yıl içinde mirasçılık sıfatlarını bildirmeye çağırır (TMK m. 594/1).

---

mirasçılarının bulunamaması halinde karar verilmelidir. Ölen tarafın mirasçılarının belirlenmesi mümkün iken, bu yapılmayarak davayı takip için kayyım görevlendirilmesi kanuna (HMK m. 55) aykırı olur (Yılmaz, Taraf Değişikliği, s. 573, 574; Topuz, G., s. 86).

<sup>130</sup> Gençcan, s. 1530.

<sup>131</sup> Dava esnasında ölen tarafın mirasçılarının tebligat yapılmadan davanın karara bağlanması kanuna aykırı olur (Yılmaz, Taraf Değişikliği, s. 574-575; Topuz, G., s. 86). Mirasçılarının kim oldukları belirlenmekle birlikte, adresleri belirlenememişse, Tebligat Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca işlem yapılmalı ve mirasçılar duruşmaya davet edilmelidirler (Yılmaz, Taraf Değişikliği, s. 574).

<sup>132</sup> Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 22. Mirasçılara davetiyeye birlikte dava dilekçesi örneğinin de tebliğ edilmesinin ve tebligat zarfına “duruşmaya mazeretsiz olarak gelmedikleri takdirde dosyanın HMK'nın 150. maddesi uyarınca işlemden kaldırılacağına karar verileceği” uyarısının yazılmasının mirasçılarının bilgilendirme hakkının sağlanması bakımından yerinde bir uygulama olacağı ifade edilmektedir (Tutumlu, s. 120). Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarının araştırılması ve onlara davetiye tebliği için gerekli giderlerin karşı tarafça karşılanmaması durumunda, HMK'nın 325. maddesi uyarınca, ilerde bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineye ödenmesine karar verilmelidir (Tutumlu, s. 120-121).

<sup>133</sup> Tutumlu, s. 120.

İlân süresi içinde kimse başvurmazsa ve sulh hâkimi de hiçbir mirasçı tespit edememişse, miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı saklı kalmak üzere mirasın Devlete geçeceği (TMK m. 594/2; m. 501); bu durumun boşanma davasının görüldüğü mahkemeye bildirilmesi üzerine boşanma davasının Hazine huzurunda sürdürülmesi gerektiği, Doktrinde ifade edilmektedir<sup>134</sup>. Kanaatimizce, boşanma davası esnasında ölen eşin kanunî veya atanmış mirasçısının bulunmaması durumunda, bu davanın Hazine huzurunda devam etmemesi gerekir. Zira kanunkoyucunun mirasçılarının sözü konusu davaya devam etmesine olanak tanınmasının sebebi, bazı boşanma sebeplerinde sağ kalan eşin ölen eşine mirasçı olmasının diğer mirasçılar açısından yaratacağı hakkaniyete aykırı sonuçları önlemektir. Yoksa bu davada ne olursa olsun sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek değildir. Zaten mirastan yoksunluk sebepleri varsa, sağ kalan eş mirasçı olamayacaktır. Belirtilen nedenlerle, boşanma davası esnasında ölen eşin davaya devam edecek kanunî veya atanmış mirasçısı yoksa, tek yasal mirasçı davada karşı taraf olan sağ kalan eştir (TMK m. 499). O halde böyle bir durumda, boşanma davasının konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı şeklinde bir kararın sona erdirilmesi gerekir.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının tespiti ve duruşmaya daveti bakımından sorunla karşılaşılması olası bir başka durum da, boşanma davası esnasında ölen eşin avukatı tarafından davanın yürütülmüş olmasıdır. Bu durumda da, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında, taraflardan birinin ölümü halindeki gibi işlem yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, ölüm ile vekâlet ilişkisi kural olarak sona erdiğinden (TBK m. 513), mahkemenin ölen tarafın bütün mirasçılarını duruşmaya davet etmesi gerekir<sup>135</sup>. Ölen tarafın mirasçıları duruşmaya gelirse, mirasçılarının davaya devam edip etmeyeceği yönünde beyanları alınarak işlem yapılması gerekir.

### 3. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarında Birinin Davaya Devam Etmek İçin Talepte Bulunması

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanabilmesi için, boşanma davası esnasında ölen davacı taraf ise, davacı

<sup>134</sup> Gençcan, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60; Gençcan, s. 1542.

<sup>135</sup> Kuru, C.I, s. 920; Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt: II, İstanbul 2001, s. 1330; Tutumlu, s. 119.

tarafın mirasçılarında birinin<sup>136</sup>; ölen davalı taraf ise, davalı tarafın mirasçılarında birinin davaya sağ kalan eşin kusurunun tespiti suretiyle mirasçılığına son verilmesini talep etmesi gereklidir. Bu talep üzerine, mahkemece mirasçılarının davaya devam etmesi için gerekli koşulların mevcut olup olmadığı kontrol edilmelidir. Mirasçılarının davaya devam edebilmeleri için gerek dava şartı gibi usule ilişkin gerekse davaya devam edilebilmesine olanak sağlayan hükümdeki (TMK m. 181/2) koşullar mevcutsa, hâkim mirasçılarının taraf olarak kabul edildiğini bir ara kararla belirtir. Bundan sonra ölen tarafın mirasçısı veya mirasçıları taraf olarak bu davayı birlikte yürütürler<sup>137</sup>.

Buna karşılık, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları davayı takip etmeyeceklerini açıklamış veya hâkim tarafından kendilerine verilen kesin süre içinde davaya devam konusunda bir beyanda bulunmamış iseler, davaya hâkim kendiliğinden devam edemez<sup>138</sup>. Bu durumda, evlilik birliği ölümle sona erdiğinden; dolayısıyla boşanma davası konusuz kaldığından, boşanma talebi hakkında esasa ilişkin bir karar verilmesine yer olmadığına karar verilmek suretiyle dava sona erdirilir<sup>139</sup>.

#### **IV. Mevcut Boşanma Davasında Kusuru Koşul Vakıa Olarak Düzenleyen Bir Boşanma Sebebine Dayanılmış Veya Kusurun Savunma Olarak İleri Sürülmüş Olması**

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları, ancak sağ kalan eşin kusurunu ispatlamak suretiyle onun eş olmaktan kaynaklanan yasal mirasçılık sıfatını ve boşanmadan önce yapılmış ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybetmesini sağlayabilirler.

Mirasçılar tarafından devam edilen davada ispat edilmesi gereken kusur ile ilgili ortaya iki sorun çıkmaktadır. Bu konudaki ilk sorun, eşlerin kusuru

<sup>136</sup> Boşanma davası devam ederken ölen davacı tarafın mirasçılarında birinin davaya devam edebileceğine ilişkin kararlar için bkz. **Gençcan**, s.1534 vd.; boşanma davası devam ederken ölen davalı tarafın mirasçılarında birinin davaya devam edebileceğine ilişkin kararlar için bkz. **Gençcan**, s. 1536 vd.

<sup>137</sup> **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 22.

<sup>138</sup> **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 59; **Gençcan**, s. 1538; **Topuz**, s. 140.

<sup>139</sup> **Gençcan**, s. 1533; **Topuz**, s. 140; 2. HD, 12.01.2005, 16183/392 (**Gençcan**, s. 1533).

koşul vakıa olarak düzenleyen bir boşanma sebebine dayanmadığı; yani kusur denetiminin yapılmadığı boşanma davalarında, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden davaya devam etme olanağının mevcut olup olmadığı hususunda çıkmaktadır.

Boşanma davası kusur unsurunun koşul vakıa olarak arandığı bir sebebe dayalı olarak açılmışsa, bu dava esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada kusurun boşanmaya sebebiyet verip vermeyeceği incelenerek bu konuda bir karar verilebilir. Buna karşılık, kusur unsurunun koşul vakıa olarak aranmadığı bir boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davasında<sup>140</sup>, ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilerek sağ kalan eşin kusuru yönünden bir inceleme yapılıp yapılamayacağı Doktrinde tartışmalıdır.

Bu konuda Doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu konudaki bir görüşe göre<sup>141</sup>, eşler tarafından kusur unsurunun koşul vakıa olarak düzenlenmediği bir boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm uygulama alanı bulmaz. Diğer bir ifadeyle, kusur denetiminin yapılmadığı boşanma davalarında, ölen eşin mirasçılarından biri tarafından sağ kalan eşin kusurunun tespiti talep edilemez.

Bu konudaki diğer görüşe göre ise<sup>142</sup>, kusur unsurunun koşul vakıa olarak düzenlenmediği bir boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında da, dava esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından davaya sağ kalan eşin kusurunun tespiti için devam edilebilir. Bu görüşe gerekçe olarak Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümle ölen eşin mirasçılarına doğrudan özel bir hak tanındığı ve söz konusu hükümde boşanma sebepleri arasında bir ayırım gözetilmemesi gösterilmektedir. Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>143</sup>. Yargıtay muhtemelen toplumumuzda

<sup>140</sup> Örneğin, akıl hastalığına dayalı olarak açılan boşanma davası (TMK m. 165), anlaşmalı boşanma veya fiilî ayrılık sebebiyle açılan boşanma davaları (TMK m. 166/son).

<sup>141</sup> **Öztan**, s. 464; **Gençcan**, s. 1520; **Antalya**, s. 97; **Topuz**, G., s. 91; **Topuz**, s. 156, 183; **Aksu**, s. 55; **Aksu Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma**, s. 89-90.

<sup>142</sup> **İnan/Ertas/Albaş**, s. 125; **Burcuoğlu**, s. 386; **Tutumlu**, s. 113, 124.

<sup>143</sup> 2. HD, 06.04.2009, 3668/6307 (**Gençcan**, s. 1521-1522). Bu karara **Gençcan** tarafından yazılan karşı oy yazısı için bkz. aynı karar. 2. HD, 20.02.2006, 17321/1794 (**Gençcan**, s. 1522 vd.). Bu karar **Gençcan** tarafından yazılan karşı oy yazısı için bkz. aynı karar.

genellikle eşlerin gerçek boşanma sebeplerini çevrelerinden ve ailelerinden saklamak için, örneğin, zina sebebiyle veya pek kötü muamele sebebiyle boşanma davası açmak yerine, anlaşmalı boşanma davası açmış olabilecekleri gibi bir düşünceyi de gözetmiş olabilir<sup>144</sup>.

Kanaatimizce, kusur unsurunun koşul vakıa olarak düzenlenmediği boşanma sebeplerine dayalı açılan boşanma davalarında, ölen eşin mirasçılarının davaya diğer eşin kusurunun tespiti bakımından devam etmesi mümkün olmamalıdır<sup>145</sup>. Aksi görüşün kabulü, eşlerin dayandığı boşanma sebebinin mirasçılar tarafından değiştirilmesi; murisin ileri sürmediği kusur iddiasının mirasçılar tarafından ileri sürülmesine yol açar. Böyle bir kabulün yol açacağı sorun sadece, eşlerin boşanma davasında dayanmadıkları vakıalara onların mirasçıları tarafından dayanılması; dolayısıyla medenî usûl hukukunda geçerli olan iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile ilgili değildir. Öyle olsaydı, boşanma davası esnasında ölen eşin kullanmadığı ıslah hakkını mirasçıların devam ettikleri davada kullanmak suretiyle kusur unsuruna dayalı boşanma sebeplerini ileri sürebilmeleri gerektiği kabul edilebilirdi<sup>146</sup>. Ancak boşanma davası esnasında ölen eş, ölmeden önce ıslah hakkını kullanmamış olsa dahi, mirasçıların ıslah yolu ile yeni boşanma sebepleri ileri süremeyeceği kanaatindeyiz. Zira boşanma davası açma hakkı, şahıs varlığına ilişkin bir haktır. Bu hakkını kullanmak suretiyle dava açan eş, davasını açarken kendi tercihine göre dayandığı boşanma sebebinin belirleyerek davasını açar. Birden fazla boşanma sebebi bulunan davacı, bunlardan birini tercih ederek davasını açar. Benzer şekilde, davalı da, muhtelif savunma sebeplerine sahip olmakla birlikte, bunlardan birine veya bir kaçına dayanır. İşte ölen tarafın şahsına bağlı bir hakkı kullanırken iddia veya savunma sebeplerini de kendi isteği doğrultusunda seçerek davayı açan veya savunmada bulunan tarafın dayanmadığı “kusur” unsuruna

<sup>144</sup> Bu düşüncede, **Tutumlu**, s. 386.

<sup>145</sup> **Gençcan**, s. 1520; **Topuz**, G., s. 91. **Ulusan** (s. 228), **Antalya** (s. 97) ve **Kılıçoğlu** (s. 22; **Kılıçoğlu**, s. 33), boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıların sadece sağ kalan eşin ağır kusurlu olması durumlarında davaya devam edebilmeleri gerektiğini kabul ettiklerinden, bundan hareketle yazarların kusur unsurunun öngörülmediği davalarda mirasçıların davaya devam hakkı olmadığı kanaatinde oldukları sonucuna varmak mümkündür. Karş. **Öztaş**, s. 464; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 124-125; **Burcuoğlu**, s. 385.

<sup>146</sup> Bu görüşte, **Tutumlu**, s. 122; **Burcuoğlu**, s. 386; **Erişir**, s. 175.

mirasçılarının dayanabilmesi, söz konusu hükmün genel ilkelere aykırı uygulanmasına ve mirasçılar tarafından kötüye kullanılmasına yol açabilir.

Boşanma davası esnasında ölen miras bırakan eşin dayanmadığı kusur unsurunu onun mirasçılarının ileri sürmesini kabul etmek mirasçılarını boşanma davasının tarafı haline getirmiş olur<sup>147</sup>. Oysa mirasçılarının devam ettikleri dava boşanma talebi değil; boşanmadaki kusuru sebebiyle sağ kalan eşin ölen eşe mirasçı olamayacağına karar verilmesi talebidir.

Ayrıca, mirasçılara mirasbırakanın dayanmadığı bir sebebi ileri sürme olanağı verilirse, bu durumda mirasçılar davaya dâhil edecekleri yeni vakıaları ispat etmek için yeni delil gösterme hakkına da sahip olacaklardır. Bu durumda ise, mevcut yargılama sonuçlarından yararlanmak mümkün olmayacaktır. Oysa kanunkoyucu, konusuz kalan boşanma davasına devam edilmesine olanak sağlamak suretiyle, boşanma davası sırasında elde edilmiş delil ve vakıaların (kusur bakımından) kullanılarak daha kısa sürede daha az emek harcamak suretiyle mirasçılarının talebinin karara bağlanmasını mümkün kılmıştır<sup>148</sup>.

Karşıt görüşün ifade ettiği gibi, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının külli halef sıfatıyla söz konusu davaya devam etmedikleri; kendilerine tanınan bir hakkı kullandıkları kabul edilse dahi, bu hak onlara külli halef oldukları için tanınmıştır. Ayrıca mirasçılar bu hakkı konusuz kalan boşanma davasına devam etmek suretiyle kullanabilirler. Bu konuda ayrı bir dava açamazlar. “Mirasçılarının yargılama sonuçlarıyla bağlılıkları” başlığı altında da belirtileceği üzere, Türk Medenî Kanunu’nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden mirasçılarının davaya katılması üzerine gerçekleştirilen taraf değişikliği, kanunî taraf değişikliği olduğundan, mirasçılar mirasbırakanın yargılama sonuçlarıyla bağlı olacaklardır. Eşlerin gerçek boşanma sebeplerini gizlemek suretiyle dava açmış olabilecekleri düşüncesiyle mirasçılarının mirasbırakanın dayanmadığı bir boşanma sebebine dayanabilecekleri ifade edilebilir. Böyle bir düşüncede haklılık payı bulunması dahi, mirasçılar tarafından mirasbırakanın dayanmadığı bir boşanma sebebine dayanılmasını, usul hukuku ve medeni hukuk ilkeleriyle uyumlu hale

<sup>147</sup> Topuz, G., s. 91.

<sup>148</sup> Sungurtekin Özkan, s. 81.



getirmez. Ayrıca, eşlerin gizlediği boşanma sebebi, sağ kalan eşin mirastan yoksun olmasına yol açan sebeplerse, mirastan yoksunluk zaten kanun hükmü gereğince gerçekleşeceğinden, tam olarak adalet duygularına aykırılık ortadan kaldırılamasa da, mirastan yoksunluk sonucu doğuran hallerde, bu aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada kusur bakımından ortaya çıkan bir diğer sorun, sağ kalan eşin kusurunun derecesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, sadece "diğer eşin kusurunun ispatlanması" koşulundan söz edilmiş; ancak sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesi için gerekli kusurun derecesi bakımından bir düzenleme öngörülmemiştir.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından sağ kalan eşin kusurunun ispat edilmiş sayılması için kusurun hangi derecede olması gerektiği konusunda Doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bu konudaki bir görüşe göre, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verecek kusurun, ağır kusur olması gerekir<sup>149</sup>. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasının düzenlenmesinin sebebi, ağır bazı sebepler dolayısıyla açılan boşanma davalarında kusurlu olan eşin dava devam ederken ölen eşe mirasçı olmasının adalete aykırı olmasıdır<sup>150</sup>. Bu görüş, bu durumda zina, pek kötü veya ağır onur kırıcı davranış, haysiyetsiz hayat sürmeye dayanan boşanma sebeplerinde aranan kusuru örnek olarak göstermektedir<sup>151</sup>.

Bu konudaki diğer görüşe göre ise, kusurun ağır kusur olması şart değildir. Önemli olan kusurun boşanmayı gerektirecek ağırlıkta olmasıdır<sup>152</sup>. Buna karşılık, sağ kalan eşin kusuru, boşanmaya yol açmayacak nitelikteyse,

<sup>149</sup> **Ulusan**, s. 228; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 21-22; **Kılıçoğlu**, s. 33; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60.

<sup>150</sup> **Ulusan**, s. 228.

<sup>151</sup> **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 22; **Kılıçoğlu**, s. 34-35.

<sup>152</sup> **Burcuoğlu**, s. 384; **Sungurtekin Özkan**, s. 81; **Gençcan**, s. 1544; **Tutumlu**, s. 125; **Aksu**, s. 51; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 73; **Topuz**, s. 184. TMK m. 181/2 hükmünde kusurun derecesinden söz edilmemesi nedeniyle ciddi şekilde eleştirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Umar**, s. 95.

sağ kalan eşin kusurundan söz edilemez<sup>153</sup>. Kanaatimizce de, bu durumda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verecek kusurun ağır kusur olması gerekli değildir. Zira söz konusu hükmün gerekçesinde, “özellikle” denilerek, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davaları sayılmış; boşanma sebepleri bakımından bir sınırlama yapılmamıştır. Sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermeye yeterli kusurunun mevcut olduğunu kabul etmek için, kusurun boşanmaya sebebiyet verecek derecede olması yeterlidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, boşanma davası esnasında ölen eşin boşanmaya sebep olan olaylar bakımından tamamen kusursuz olması da şart değildir. Önemli olan, boşanmaya sebep olan olaylar bakımından ölen eşin sağ kalan eşten daha fazla kusurlu olmamasıdır<sup>154</sup>. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edildiğinde, sağ kalan eşin hiç veya ölen eşten daha az kusurlu olduğu tespit edildiğinde, mirasçıların talebi bakımından devam edilen davanın reddi gerekir<sup>155</sup>.

Yargıtay kararlarında da, sağ kalan eşin kusurunun boşanmaya sebebiyet verecek derecede olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>156</sup>. Esasen olması gereken hukuk bakımından, Alman hukukunda olduğu gibi, boşanmada kusur esası yerine, evlilik birliğinin sarsılmış olması esasına geçilmesi<sup>157</sup> ve

<sup>153</sup> 2. HD, 10.05.2010, E.2009/7963, K.2010/9410 (**Gençcan**, s. 1545); 2. HD, 17.12.2008, 17746/17178 (**Gençcan**, s. 1545). Yargıtay, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda sağ kalan eşin daha fazla kusurlu olup olmadığının tespiti gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. 2. HD, 27.12.2002, 13667/9870 (**Doğan**, s. 1032); 2. HD, 30.03.2004, E.2004/691 K.2004/3993 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası). Bazı kararlarında ise, sağ kalan eşin kusur nispetinin veya kusursuz olup olmadığının tespiti yönünden davaya devam edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. 2. HD, 30.06.2003, 8765/9870 (**Doğan**, s. 1033). Yargıtay bazı kararlarında da, kusurun belirlenmesi ile yetinilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. 2. HD, 13.01.2004, 16642/198 (**Doğan**, s. 1033).

<sup>154</sup> **Burcuoğlu**, s. 383-384. Benzer yönde bkz. **Özüğür**, s. 942; **Topuz**, s. 185.

<sup>155</sup> **Burcuoğlu**, s. 384.

<sup>156</sup> Bu yönde bkz. 2. HD, 11.07.2012, 14008/19538 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 26.05.2010, 8491/10250 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 21.11.2007, 2356/16218 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 14.03.2006, 18735/3430 (**Gençcan**, s. 1544).

<sup>157</sup> Bu konuda bkz. **Topuz**, s. 173 vd.

yine kusurun mevcudiyeti yerine boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olması durumunda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesi gerektiği savunulabilir. Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça kusurdan söz edildiği için, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için, boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurun mevcudiyetinin aranması gereklidir<sup>158</sup>.

#### **D. BOŞANMA DAVASI ESNASINDA ÖLEN EŞİN MİRASÇILARININ DAVAYA DEVAM ETMESİNİN SONUÇLARI**

##### **I. Boşanma Davası Devam Ederken Ölen Eşin Mirasçılarının Mevcut Yargılama Sonuçlarıyla Bağlı Olmaları**

Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarında birinin Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden davaya devam etmesi durumunda mevcut davada bir taraf değişikliği meydana geldiğini ve bu değişikliğin kanunî taraf değişikliği olduğunu daha önce belirtmiştik<sup>159</sup>.

Kanunî taraf değişikliği halleri esasen maddi hukuktaki küllî veya cüzî halefiyet sebebiyle gerçekleştirilir ve kanunî taraf değişikliği yapılması durumunda, yeni taraf katıldığı andan itibaren davaya devam edebilir ve mevcut yargılama sonuçlarıyla bağlı olur. Yani, eski tarafın yaptığı işlemler geçerliliğini koruduğu gibi eski tarafın ihmal ettikleri de tarafı bağlar<sup>160</sup>. Zira yeni taraf, davaya kanunî halef olarak girmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında biri tarafından devam

<sup>158</sup> Aynı yönde **Aksu**, s. 74.

<sup>159</sup> Bkz. "Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarında Biri Tarafından Davaya Devam Edilmesiyle Gerçekleştirilen Taraf Değişikliğinin Sui Generis Bir Kanunî Taraf Değişikliği Olması" başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>160</sup> **Ansay**, Sabri Şakir; *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Bası, Ankara, 1960, s. 122; **Guldener**, Max; *Schweizerische Zivilprozessrecht*, Zurich 1979, s. 145; **Bilge/Önen**, s. 236; **Üstündağ**, Saim; *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası*, İstanbul 1967, s. 185, dn. 1; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 42, N.3; **Pekcantez/Atalay/Özkes**, s. 305-306; **Kale**, s. 36.

edilen davada, mirasçılar küllî halef sıfatıyla davaya devam etmemektedirler. Ancak mirasçılar kanunda kendilerine sağlanan bu hakka küllî halef oldukları için sahiptirler. Gerçi konusuz kalan boşanma davasına mirasçılar ayrı bir taleple devam etmektedirler. Ancak mirasçıların devam ettikleri davada ileri sürülen talep, konusuz kalan boşanma talebiyle ilgisiz bir talep değildir<sup>161</sup>. Aksine yeni talep, ölümle konusuz kalan boşanma davasında dayatılan boşanma sebebiyle ilgili, sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecedeki kusurunun tespiti suretiyle onun mirasçılığına son verilmesi için ileri sürülen bir taleptir. Mirasçılar tarafından devam edilen davada boşanma talebi hakkında inceleme yapılmamakla birlikte, sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olup olmadığına ilişkin inceleme yapılacaktır. Bu durumda ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada ispatlaması gereken husus da artık boşanma sebebi değil; sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olduğudur.

Sonuç olarak boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek amacıyla devam ettikleri davada gerçekleşen taraf değişikliği kanunî taraf değişikliğidir. Bu nedenle, kanunî taraf değişikliği yapılan hallerde, davaya taraf olarak katılanların mevcut yargılama sonuçlarıyla bağlılıkları bakımından geçerli olan kurallar, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları bakımından da geçerli olmalıdır. Yalnız mirasçılara geçen malvarlığı haklarına ilişkin davalarda uygulanan usûl kurallarının, mirasçılar tarafından devam edilen davada niteliğine uyduğu ölçüde kıyasen uygulanması gerekir<sup>162</sup>. O halde, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları davaya taraf olarak katıldıkları andan itibaren devam edebilirler ve mevcut yargılamada murislerinin ölmeden önce yapmış olduğu işlemlerle bağlıdırlar<sup>163</sup>. Davaya devam eden mirasçılar, sağ kalan eşin kusurunun ispatı bakımından murislerinin boşanma davasında davanın kabulü veya reddi için hangi iddia ve savunmada bulunmuş ise, ölen eşin mirasçıları da bunlarla bağlı olmalı ve ancak bu iddia ve savunmaların ispatı için delil gösterebilmelidirler<sup>164</sup>.

<sup>161</sup> Farklı görüşte bkz. **Topuz**, s. 156. Karş. **Aksu**, s. 55; **Aksu**, Alman Medeni Kanunıyla Karşılaştırma, s. 89.

<sup>162</sup> **Topuz**, G., s. 84.

<sup>163</sup> **Topuz**, G., s. 84.

<sup>164</sup> **Topuz**, s. 156.

Bu bağlamda, yargılama hangi aşamadaysa, ölen taraf hangi işlemleri yapma hakkına sahip idiyse, davaya devam eden mirasçılar da o haklara sahip olup daha fazlasına sahip değillerdir<sup>165</sup>. Örneğin, boşanma davasının tahkikat aşamasında eşlerden biri ölmüş ve delillerin gösterilmesi gereken aşama tamamlanmış ise; muris yaşıyor olsaydı, kural olarak, delil göstere-meyeceğinden (HMK m.145), ölen eşin mirasçıları da, kural olarak, yeni delil gösteremeyecektir<sup>166</sup>. Benzer şekilde, boşanma davası devam ederken ölen eş tanık listesi sunmuşsa, onun mirasçıları ikinci tanık listesi veremezler<sup>167</sup>. Ancak boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları, ölen eşin delil listesinde yer alan ve ancak eşin ölümünden önce dinlenmemiş olan tanıkların dinlenmesini isteyebilirler. Buna karşılık, boşanma davası devam ederken ölen eş, delil göstermeden ölmüşse, hâkimin ölen eşin mirasçılarına delillerini sorması gerekir<sup>168</sup>.

Yine boşanma davası devam ederken ölen eş ölmeden önce ıslah hakkını kullanmış ise, mirasçılar artık davayı sürdürdüklerinde ıslah yoluna başvuramazlar<sup>169</sup>. Zira bir davada ıslah yoluna bir kez başvurulabilir (HMK m.176/2). Ancak muris ölmeden önce ıslah yoluna başvurmamış ise, mirasçılar ıslah yoluna başvurabilir. Ancak Doktrinde, mirasçıların ıslah yoluna başvurmak suretiyle dava sebebi olan vakıaları değiştirebileceği de ifade edilmektedir<sup>170</sup>. Örneğin, mirasbırakanın dayanmış olduğu şiddetli geçimsizlik sebebi yerine zina vakıasının mirasçılar tarafından ıslahla ileri sürebileceği kabul edilmektedir<sup>171</sup>. Böyle bir kabulün mirasçıların gerçek olmayan vakıaları davaya dâhil etmek suretiyle sağ kalan eşi miras hakkından yoksun bırakmak için kötü niyetli davranmalarına sebebiyet vereceği de vurgulanmaktadır. Ancak yine de bu gibi kötü niyetli davranışlara karşı muhtelif yaptırımlar bulunduğundan, bu ihtimalin dahi, mirasçıların dava

<sup>165</sup> Tutumlu, s. 125.

<sup>166</sup> 2. HD, 30.04.2007, 6404/6924 (Gençcan, s. 1545); 2. HD, 30.06.2005, 7868/10323 (Gençcan, s. 1545).

<sup>167</sup> Tutumlu, s. 126.

<sup>168</sup> Gençcan, s. 1546.

<sup>169</sup> Tutumlu, s. 122.

<sup>170</sup> Tutumlu, s. 122.

<sup>171</sup> Tutumlu, s. 122.

sebebini ıslah edebileceği sonucuna varılması bakımından engel teşkil etmemesi gerektiği savunulmaktadır<sup>172</sup>.

Esasen malvarlığına ilişkin bir dava esnasında ölen tarafın yerine davaya devam eden mirasçılar, murisin hak ve yetkilerine sahip olduklarından, murisleri ıslah hakkını kullanmamışsa, ıslah yolu ile yeni vakıalar ileri sürebilirler. Ancak daha öncede belirtildiği gibi<sup>173</sup>, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden devam edilen davada mirasçıların ölen eşin dayanmadığı bir boşanma sebebine ıslah yoluyla dayanmak suretiyle davanın sebebini değiştiremeyecekleri kanaatindeyiz. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları, devam ettikleri davada mirasbırakanın ileri sürdüğü boşanma sebebi kapsamında eksik bıraktığı hususları elbette tamamlayabilirler<sup>174</sup>. Ancak murislerinin dayanmadığı bir boşanma sebebini ıslah suretiyle değiştirip başka bir dava sebebine dayanamazlar.

## II. Boşanma Davası Devam Ederken Ölen Eşin Mirasçıları Tarafından Devam Edilen Davada Verilmesi Gereken Hükümün Niteliği ve Etkisi

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarından birinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunu ispatlanması halinde, bu maddenin birinci fıkrasındaki hükümün uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça kaybederler. Bu hükümün uygulanması durumunda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona ermesi şeklindeki sonucun, kusurun tespitine ilişkin bir kararla kanun hükmü gereğince kendiliğinden mi; yoksa kusurun tespitiyle birlikte sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine ilişkin inşaî nitelikte bir kararla mı doğacağı da bir sorundur. Bu sorunun cevabı, boşanma davası esnasında ölen eşin miras-

<sup>172</sup> **Tutumlu**, s. 122. Mirasçıların kötü niyetli davranışlarına karşı mevcut yaptırımlar konusunda bkz. **Tutumlu**, s. 123-124.

<sup>173</sup> Bkz. dn. 146 civarı.

<sup>174</sup> **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 90.

çıları tarafından devam edilen davanın kabulü üzerine verilmesi gereken hükmün niteliğini ortaya koyacağı gibi, mirasçılar tarafından devam edilen davada talebin ne olduğu; dolayısıyla davanın türünü de belirleyecektir.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada verilmesi gereken hükmün niteliği; diğer bir ifadeyle, devam edilen davanın türü bakımından bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak anılan hükmün gerekçesinde, eşin ölümünden sonra mirasçılardan birinin "devam ettiği" davanın "eşlerin boşanmasına yönelik olmayacağı", "boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun saptanmasına" yönelik olacağı belirtilmiştir. Gerekçedeki bu ifadeden hareket eden bu konudaki bir görüşe göre<sup>175</sup>, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada, sadece sağ kalan eşin kusurlu olup olmadığı tespit edilmelidir. Sağ kalan eşin kusurlu olduğunun tespiti halinde, kanunda öngörülen sonuç kendiliğinden doğacak ve sağ kalan eşin mirasçılık sıfatı sona erecektir<sup>176</sup>. Zira, kanunkoyucu kusurun tespitine bu sonucu bağlamıştır. Bu görüşün kabulü, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada verilen hükmün bir tespit hükmü olduğu; dolayısıyla inşai nitelikteki boşanma davasının tespit davasına dönüştüğü sonucunu doğurur. Bu durumda, sağ kalan eşin boşanmayı gerektirecek kusuru tespit edilmiş ise, verilecek hüküm sağ kalan eşin boşanmaya yetecek derecede tek veya daha fazla kusurlu olduğunun tespiti şeklinde olacak ve verilen tespit kararı doğrudan sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılık hakkını sona erdirecektir. Bu durumda, mahkeme, ayrıca

<sup>175</sup> **Ulusan**, s. 228; **Öztañ**, s. 463; **Akıntürk/Karaman**, s. 292; **Kılıçoğlu**, s. 35; **Burcuoğlu**, s. 382; **Tutumlu**, s. 114; **Demir**, s. 49; **Topuz**, s. 152. **Aksu** (Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 84), TMK m.181/2 hükmüne istinaden mirasçılar tarafından devam edilen davanın hukuki niteliğinin sağ kalan eşin mirasçılık durumunun tespiti olduğunu ifade etmektedir. Aynı şekilde bkz. **Aksu**, Mirastan Yoksunluk, s. 267. Ancak tespit davası mevcut hukuki durumu tespit eder. Eşlerden birinin boşanma davası esnasında ölümü, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmez. Zira bu durumda evlilik birliği ölümle sona ermiştir. Sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi için, ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilmesi ve sağ kalan eşin kusurlu taraf olduğunun ispatı suretiyle onun ölüm anı itibarıyla mirasçılığına son verilmesi gereklidir. Bu da, kanaatimizce ancak inşai bir hükümle sağlanabilir.

<sup>176</sup> **Tutumlu**, s. 114.

sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılık hakkının sona erdiği şeklinde bir karar vermeyecektir<sup>177</sup>.

Kanaatimizce, haklı olan bu konudaki diğer görüşe göre ise<sup>178</sup>, mahkeme sadece kusurun tespiti ile yetinilemez; kusurun ispatı halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine ilişkin bir kararın da verilmesi gereklidir. Zira sadece sağ kalan eşin kusurunun tespiti onun miras bırakanın ölümü anında mirasçı olmasını engellemez<sup>179</sup>. Bu tespit hükmünden sonra, ölen eşin mirasçıları sağ kalan eşin bu sıfatla yasal miras hakkını veya vasiyet alacağını kaybettiğini ayrı bir dava açmak suretiyle de ileri süremezler<sup>180</sup>.

Kaldı ki, boşanma davasında, dava sebebi olan olayların karşı tarafın kusurundan kaynaklanmış olması bir maddi olgudur ve sadece maddi olgunun tespiti için, tespit davası açılmaz<sup>181</sup>. Bunun yanı sıra, tespit davasını açmamış veya davaya devam etmemiş olmak tespiti talep edilen hukuki ilişkinin özünü etkilemez<sup>182</sup>. Tespit davasında, tespite konu hukukî ilişkinin mevcut olduğuna veya olmadığına hükmedilir. Eğer boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın kabulü halinde verilen hüküm bir tespit hükmü olsaydı, o zaman bu hükmün sağ kalan eşin

<sup>177</sup> **Burcuoğlu**, s. 384.

<sup>178</sup> **Kuru/Budak**, s. 227; **Doğan**, s. 1032. **Gençcan**, s. 1548; **Antalya**, s. 95. Benzer yönde bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 81.

<sup>179</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş** (s. 136) ile **Dural/Öz** (s. 43-44) tarafından, sağ kalan eşin kusurlu olduğunun tespiti ile yetinilmemesi gereği şu gerekçelerle ifade edilmektedir: "... açıklanması gereken bir husus da, mahkemenin vereceği kararın niteliği ve etkisidir. Eğer bu karar, Gerekçe'de belirtildiği gibi, salt bir tespit kararı ise, sırf davalının kusurlu olduğunun tespitinin, onun mirasçılığını engelleyememesi gerekir. Bundan sonra, büyük bir ihtimalle, bu karar sebebiyle eşin mirasçılığını engellemek için niteliğinin ne olacağına saptanması gereken (muhtemelen bozucu yenilik doğuran bir dava) bir başka davanın daha açılması zorunlu olacaktır. Buna karşılık mahkemece, kusurun tespiti ile sağ kalan eşin mirasçılığına da son veriliyorsa, o zaman bu karar, var olan bir hukukî duruma (sağ kalan eşin mirasçılığına) son verdiği için bozucu yenilik doğuran bir karar olacaktır. Ancak bu defa da, bu düzenleme mirastan yoksunluğun kanun gereği olduğu kuralına aykırı düşecektir. ...". Karş. **Burcuoğlu**, s. 383.

<sup>180</sup> **Kuru/Budak**, s. 227; **Topuz, G.**, s. 73.

<sup>181</sup> **Kuru/Budak**, s. 225.

<sup>182</sup> **Kuru/Budak**, s. 227; **Topuz, G.**, s. 73.



bu sıfatla mirasçı olmadığını ölüm anı itibariyle tespit etmesi gerekirdi. Oysa dava esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eş kusurlu dahi olsa, mirasın açılmasıyla ölen eşine mirasçı olmaktadır. Kanunkoyucu, boşanan eşlerin bu sıfatla mirasçı olamayacağına ilişkin hükmün (TMK m. 181/1) sonuçlarının kusurlu eş için de doğmasını, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında birinin davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurunun ispatı şartına bağlı tutmuştur<sup>183</sup>. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında biri tarafından davaya devam edilmezse, sadece sağ kalan eşin kusurlu olması, onun miras veya vasiyet alacağı hakkını etkilemez<sup>184</sup>.

Esasen ilk görüş doğrultusunda verilecek bir hüküm, sadece sağ kalan eşin kusurlu olduğunun tespitine ilişkin olup sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verildiği hükümde yer almadığından, böyle bir hükmün uygulanması da sorunlu olacaktır. Boşanma davası esnasında sağ kalan eş, miras bırakan eşin ölümü anında boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu da olsa, ölen eşine mirasçı olur. Ölen eşin mirasçılarının davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurlu olduğunu ispat etmeleri üzerine onun bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine ilişkin geçmişe etkili bir hüküm verilmesiyle sağ kalan eşin mirasçılığı sona erer ve ancak böyle bir hüküm uygulamada bu bakımdan yaşanması olası sorunları önleyecek nitelikte olabilir. Yargıtay kararları, genellikle ilk görüş doğrultusunda olmakla birlikte<sup>185</sup>, Yargıtay'ın ikinci görüş doğrultusunda verdiği kararlar<sup>186</sup> da mevcuttur.

<sup>183</sup> Akkanat, s. 46, 48.

<sup>184</sup> **Kuru/Budak**, s. 226. Kanun, boşanma davasına devam etmemiş mirasçılara, kusurlu eşin ileride kendilerine yönelteceği vasiyet alacağı talebini yerine getirmekten kaçınmalarına olanak veren bir def'i hakkı dahi tanımamıştır (TMK m. 559/II; 571/III) (**Kuru/Budak**, s. 226, dn. 32).

<sup>185</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz. 2. HD, 11.04.2006, 17867/1533 (YKD, 2006, C.XXXII, s. 1397; Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 12.12.2005, 14672/17405 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); HGK, 06.07.2005, 2-455/438 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 13.01.2004, 16642/198 (**Akıntürk/Karaman**, s. 292; **Doğan**, s. 1033); 2. HD, 22.12.2003, 16077/17038 (**Gençcan**, s. 1515). Bu yönde ayrıca bkz. 2. HD, 27.12.2002, 13667/9870 (**Doğan**, s. 1032).

<sup>186</sup> "... Devam edilen dava, madde gerekçelerinden de anlaşılacağı üzere, davalının kusurlu olduğunun ve mirasçı olamayacağının saptanmasına yöneliktir. ..." 2. HD, 11.01.2005, 15035/254 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); Benzer yönde bir başka karar için bkz. 2. HD, 06.10.2009, 14472/16764 (**Gençcan**, s. 1548).

Sonuç olarak, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın kabul edilmesi üzerine verilen karar, o ana kadar var olmayan bir hukuki sonuç ortaya çıkardığından, inşâî nitelikte bir karardır<sup>187</sup> ve hükmün etkisi kanunda düzenlenmiş olduğundan, geçmişe etkilidir<sup>188</sup>. Bu yüzden kanaatimizce de, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması üzerine, sağ kalan eşin bu sıfatla kanunî ve aksi tasarrufta öngörülmemişse iradî mirasçılığının mirasın açıldığı andan itibaren sona erdiğinin hükümde açıkça belirtilmesi gereklidir<sup>189</sup>.

#### **E. SAĞ KALAN EŞİN BU SIFATLA MİRASÇILIĞINA SON VERİLEBİLMESİNE İLİŞKİN HÜKMÜN OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Daha önce de belirtildiği gibi<sup>190</sup>, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten sonra, özellikle sadece boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılarına davaya devam etme hakkını tanınmış olması ve uygulamada medenî hukuk ve medenî usûl hukuku ilkeleri bakımından sorun yaratacak düzenlenme şekli bakımından eleştirilmişti. Bunun yanı sıra, mirasçıların davaya devamının nasıl sağlanacağı gibi bazı hususlarda hükümde açıklık olmaması da, söz konusu hükme yöneltelen bir eleştiriydi.

Anılan hükmün ilk halindeki eşitsizlik, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra yapılan kanun değişikliği ile giderilmiş ve boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılarına tanınmış olan davaya devam etme olanağı, davalının ölümü halinde onun mirasçılarına da tanınmıştır<sup>191</sup>. Ancak söz konusu hükümde bunun dışında başka bir değişiklik yapılmadığından, hükme yönelik diğer eleştiriler halen güncelliğini korumaktadır.

<sup>187</sup> Erişir, s. 176; Kuru/Budak, s. 226. Karş. Aksu, Alman Medeni Kanunıyla Karşılaştırma, s. 86-87.

<sup>188</sup> Antalya, s. 97; Erişir, s. 176.

<sup>189</sup> Kuru/Budak, s. 227.

<sup>190</sup> Bkz. dn. 12 civarı.

<sup>191</sup> Bkz. dn. 18-22 civarı.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine yönelik söz konusu hükmün uygulamada yol açtığı sorunlara muhtelif çözümler önerilmekle birlikte, önerilen çözümler bakımından görüş birliği mevcut değildir. Tüm bunlar, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün değiştirilmesi gerektiğini göstermektedir. Zaten Doktrinde de genellikle bu hükmün değiştirilmesi gerektiği ifade edilmekte; ancak ne şekilde değiştirileceği konusunda hem fikir olunmamaktadır.

Bu konudaki bir görüşe göre, boşanma davasında eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesi bakımından, Alman Medenî Kanunu'ndaki düzenleme (BGB § 1933) daha isabetlidir<sup>192</sup>. Bu nedenle, Alman hukukundaki düzenleme aynen benimsenmelidir<sup>193</sup>. Kanaatimizce de, Alman hukukundaki sistem, Türk hukukundaki düzenlemeden isabetlidir. Ancak Alman hukukunda da, sadece boşanma talebinde bulunan eş veya bu talebi kabul etmiş olan eşin ölümü anında boşanma koşulları gerçekleşmişse, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ereceği düzenlenmiştir. O halde, olması gereken hukuk bakımından bu eşitsizliğin de giderileceği şekilde bir düzenleme yapılmalıdır.

Bu konudaki bir başka görüşe göre, davalı öldüğünde, davacının davalıya mirasçı olmayı kabul etmesi; davacı öldüğünde ise, kişiye bağlı bir davaya mirasçıların devam etmesinin yaratacağı sorunlar sebebiyle en doğru çözüm, boşanma davası açmış eşin diğerini ıskat ettiğinin, davalı eşin ise mirastan feragat ettiğinin kabul edilmesidir<sup>194</sup>. Bu görüşün kabulü durumunda, ıskat sebeplerinin gerçekleşmiş olması, boşanma davasında sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesi için gerekli ve yeterli olacaktır. Bu sebepler ağır kusura dayalı sebeplerdir. Oysa boşanma sebeplerinin hepsi ağır kusura dayalı değildir. Buna karşılık, boşanmak isteyen eşin

<sup>192</sup> Serozan, s. 568; Serozan/Engin, §1, N.39; Burcuoğlu, s. 389.

<sup>193</sup> Burcuoğlu, s. 389.

<sup>194</sup> Hatemi, Hüseyin; Miras Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2104, s. 36. TMK m.181/2 hükmünün gizli bir mirastan yoksunluk sebebi olduğu da ifade edilmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 136; Dural/Öz, s. 43-44; Antalya, s. 94; Akkanat, s. 48). Mirastan yoksunluk ile TMK m. 181/2'deki hukuki durumun farklılığına ilişkin bkz. Aksu, Mirastan Yoksunluk, s. 268 vd.

muhtemel iradesi, kural olarak, boşanma durumunda diğer eşin onun mirasçısı olmaması yönündedir. Zaten boşanma gerçekleştiğinde, evlilik birliği sona ereceğinden, eşler artık birbirinin kanunî ve aksi tasarruftan anlaşılma-dıkça iradî mirasçısı olmayacaktır. O halde, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmek için, ağır kusura dayanmamak gerektiği kanaatindeyiz. Zaten artık Alman ve İsviçre hukukunda boşanma konusunda kusura dayalı boşanma sebepleri yerine, evlilik birliğinin sarsılması esasına dayanan boşanma sebepleri kabul edilmektedir.

Bu konudaki bir diğer görüşe göre ise, konusuz kalan boşanma davasına ölen eşin mirasçılarında biri tarafından devam edilmesine olanak sağlayan düzenleme (TMK m. 181/2) yerine, yeni bir dava çerçevesinde çözüme ulaşmak amacıyla mirasçılara dava açmak için süre verilmesi daha isabetlidir<sup>195</sup>. Zira evlilik ve boşanma davasının derdestliği eşlerden birinin ölümüyle sona erer ve sona ermiş bir evlilikte şahsa bağlı bir dava olan boşanma davasının mirasçılar tarafından nasıl yürütüleceği belirsizdir. Fakat elbette ki mirasçılar tarafından sürdürülen dava artık eşlerin boşanmasına yönelik değil; sadece sağ kalan eşin kusurunun tespitine yönelik bir dava olacaktır<sup>196</sup>. Esasen bu görüşün önerdiği çözüm, tamamen örtüşmese de, Alman hukukundaki sisteme benzerdir. Zira daha önce de birçok kez belirtildiği üzere, şahıs varlığına ilişkin bir dava olan boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde konusuz kalan boşanma davasına ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmesi, çözümü güç birçok usuli sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, Alman hukukunda olduğu gibi, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, dava konusuz kaldığından esasa ilişkin bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararın davanın sona erdirilmesi gerekir. Sağ kalan eşin mirasçılığında son verilmesi ise, konusuz kalan boşanma davasının belirtilen şekilde sona ermesinden sonraki aşamada tespit edilmelidir.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmeye yönelik bir diğer görüşe göre de, “*Boşanma dâvası devam ederken eşlerden biri ölürse, boşanmanın şartlarının*

<sup>195</sup> **Ulus**, s. 228.

<sup>196</sup> **Ulus**, s. 228.

*gerçekleşmiş olması halinde, sağ kalan eş, saklı payı dışında yasal miras payını ve aksi tasarruftan anlaşılmadıkça ölüme bağlı tasarruflarla sağlanan hakları kaybeder”* şeklindedir<sup>197</sup>. Bu görüşün önerdiği düzenleme, Alman hukukundaki düzenlemeye benzetmekle birlikte, saklı payın mahfuz tutulması ve sağ kalan eşin nafaka talep etme hakkının öneride yer almaması bakımından Alman hukukundaki düzenlemeden (BGB §§ 1933 2077) farklıdır. Boşanma gerçekleştiğinde, boşanan eşlerin saklı payı olamayacağı; buna karşılık denkleştirme niteliğinde sağ kalan eşe nafaka talep etme hakkı verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, bu görüşe de tam olarak iştirak edememekteyiz.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü durumunda, sağ kalan eşin mirasçılığına ilişkin Türk Medenî Kanunu’nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin aynen korunması; sadece sağ kalan eşin kusuru yerine ağır kusurun aranması şeklinde bir değişiklik yapılması da öneriler arasındadır<sup>198</sup>. Ancak söz konusu hükmün uygulanmasının yol açtığı usulî sorunlar sebebiyle sadece kusur unsurunun ağır kusura çevrilmesi sorunu çözmeyecektir. Kaldı ki, boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığı bakımından artık kusur esasından vazgeçilmesi; bunun yerine Alman hukukunda kabul edildiği gibi, evlilik birliğinin sarsılması esasının kabul edilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, bu görüşe katılmamız mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü durumunda, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin Alman hukukundaki sistem Türk hukukundakinden daha isabetlidir. Alman hukukunda boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü durumunda, sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin hükümlerin (BGB § 1933 2077) sadece davacı bakımından ve davayı kabul etmiş davalı bakımından düzenlenmiş olması, söz konusu hükmün eleştirilecek yönüdür. Eleştirilen bu yönü de giderecek şekilde Alman hukukundaki düzenlemelerin emsal alınması suretiyle, Türk hukukunda düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu şekilde bir sistem değişikliği yapılması tercih edilmezse, uygulamada bu konuda yaşanan sorunları azaltmak amacıyla

<sup>197</sup> **Topuz**, s. 246.

<sup>198</sup> **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60.

Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün, olması gereken hukuk bakımından aşağıdaki şekilde değiştirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

“Boşanma davasının açılmış olması ve mirasbırakan eşin ölümü anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olması halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığı sona erer. Sağ kalan eşin Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesi uyarınca nafaka talep etme hakkı saklı kalmak kaydıyla boşanmanın koşullarının gerçekleştiğinin tespiti, ölen eşin mirasçıları tarafından mirasın açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde talep edilebilir.”.

Bu şekilde yapılacak bir değişiklikten sonra artık boşanma davasında eşlerden birinin ölümü üzerine, ölen eşin mirasçıları tarafından konusuz kalan davaya devam edilemeyecektir. Bunun yerine ölen eşin mirasçıları tarafından miras bırakan eşin mirasının açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde, bir tespit davası açılarak ölüm anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olduğunun ispatı suretiyle sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçı olmadığına tespiti talep edilebilecektir. Bu durumda, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ermesi bakımından, sadece kusur esası değil; hangi boşanma sebebine dayanılmış ise, bu sebebin koşullarının gerçekleşmiş olması aranacaktır. Bu şekilde bir düzenleme ile sağ kalan eşin boşanma gerçekleşmiş olsaydı, bu durumdan daha kötü bir duruma düşmemek için ve mirasçılıktan mahrum olmasının denkleştirilmesi niteliğinde mirasçılara karşı nafaka talep etmesi de mümkün olacaktır.

## SONUÇ

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmeye ilişkin bir düzenleme (TMK m. 181/2) yapılmış olması kanaatimizce isabetlidir. Bu suretle zina, pek kötü davranış gibi bazı boşanma sebeplerine dayalı boşanma davalarında ölen eşin mirasçıları bakımından adil olmayan sonuçlar önlenebileceği gibi, boşanma davası açan ve bu davayı kabul eden eşin boşanmayla birlikte diğer eşin kendisine mirasçı olmasını istemediği yönündeki muhtemel iradesine de öncelik tanınmış olur.

Ancak sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için, konusuz kalan boşanma davasına devam edilmesi şeklinde bir prosedürün

düzenlenmiş olması (TMK m. 181/2) kanaatimizce isabetli olmamıştır. Zira şahıs varlığına ilişkin bir dava olan ve eşlerden birinin ölümü ile konusuz kalan boşanma davasına ölen eşin mirasçıları tarafından malvarlıkları üzerinde etki yaratacak bir sonuç doğması için devam edilmesiyle gerçekleşen taraf ve talep değişikliği, özellikle usûl hukukuna ilişkin pek çok soruna yol açmaktadır.

Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümler, bu hükümlerin uygulanmasıyla ortaya çıkması muhtemel sorunlara çözüm olabilecek şekilde düzenlenmedikleri gibi, ölen eşin mirasçılarının tespiti ve davaya devam etmek isteyip istemedikleri hususunda beyanlarının alınması için duruşmaya davet edilmeleriyle ilgili açıklık da içermektedir. Esasen boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devam ederek lehlerine alacakları bir hüküm onların malvarlığı üzerinde etkili olacağından, bu davada da malvarlığına ilişkin bir dava esnasında taraflardan birinin ölümü halinde yapılması gereken işlemlere ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 55. maddesindeki hükümlerin niteliğine uyduğu oranda kıyasen uygulanması gerekir. Ancak yine de, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanmasından kaynaklanan sorunların çokluğu ve bu sorunların çözümünde birlik olmaması boşanma davasında sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesi için konusuz kalan boşanma davasına devam şeklinde bir çözümün isabetli olmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın diğer davalardan farkları, bu davaya devam edilmesiyle usulî ilkelerin ne kadar zorlandığını ortaya koymaktadır. Şöyle ki, boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi için, ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen dava, gerek şahıs varlığına ilişkin davalardan gerekse malvarlığına ilişkin davalardan farklı özellikler taşımaktadır. Davanın dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişilerle yürütülmesi ve sonuçlanması kural olmakla birlikte, bu kuralın kanunlarda açıkça düzenlenen veya öngörülen istisnaları da mevcut olduğundan davada taraf değişikliği yapılabilir. Ancak boşanma davasında ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilmesi suretiyle gerçekleştirilen taraf değişikliği, kanunen izin verilen diğer kanunî taraf değişikliği hallerinden de farklıdır. Zira bu durumda mirasçıların davaya devam etmeleri onlar için bir zorun-

luluk olmadığı gibi, tüm mirasçılarının da birlikte devam zorunlulukları da bulunmamaktadır. Mirasçılarının hepsinin davaya devam etmesi zorunlu olmadığından, aralarında mecburî dava arkadaşlığı bulunmadığı söylenebilirse de, mirasçılar arasındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığından da farklıdır. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları, sağ kalan eşin mirasçılığını ayrı bir dava açmak suretiyle sona erdiremeyeceklerinden, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesini isteyen mirasçılarının konusuz kalan boşanma davasına birlikte devam etmesi zorunludur ve mirasçılar tarafında devam edilen davada, mirasçılarının hepsi hakkında aynı hüküm verilir.

Yine, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmesiyle konusuz kalan davada talep ve ölen davalının mirasçıları tarafından davaya devam edilmesiyle de taraf konumları değişmektedir. Şahıs varlığına ilişkin boşanma talebiyle başlayan dava, eşlerden birinin ölümü üzerine konusuz kalmakta ve bu davaya ölen eşin mirasçıları tarafından malvarlığına ilişkin bir taleple devam edilmektedir. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın farklı özelliği ve bu konuda açık hüküm bulunmaması, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında davanın taraflarından birinin ölümü üzerine mahkemece re'sen yapılması gereken işlemlerin bu durumda da yapılmasının gerekliliği üzerinde tereddütler ve tartışmalar yaratmaktadır. Benzer şekilde, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında davaya devam eden mirasçılarının yargılama sonuçlarıyla bağılıkları ile boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının mevcut yargılama sonuçlarıyla bağılıkları bakımından farklılıklar ortaya çıkmakta; bu da ayrıca sorun yaratmaktadır. Örneğin, malvarlığına ilişkin bir davada mirasçılar dava değiştirme yasağının istisnaları kapsamında, iddia ve savunmalarını değiştirebilecekken, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının dava sebebini değiştirmesi sorun yaratmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden ölen eşin mirasçıları lehine davanın hükme bağlanması için, sağ kalan eşin kusurunun ispatı gerekli olduğundan, miras bırakanın kusura dayanmadığı hallerde, onun mirasçıları sağ kalan eşin kusurunun bulunduğunu başka bir boşanma sebebine istinaden ispat etmeye çalışmaktadırlar. Oysa, boşanma davası şahıs varlığına ilişkin bir dava olduğundan, bu davanın konusuz kalması halinde davaya devam eden mirasçılarının miras bırakanlarının dayanmadığı bir dava



sebebini ileri sürmeleri sadece usuli ilkelere uygunluk veya aykırılıkla açıklanamaz. Bu durumda şahıs varlığına ilişkin bir davada eşlerin tercihlerini yapmış olmalarından kaynaklanan engeller söz konusudur.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün düzenleme şeklinden kaynaklı bir sorun da, ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın kabulü durumunda verilmesi gereken hükmün niteliğine ilişkindir. Bu hükmün Gerekçesinde, eşin ölümünden sonra mirasçılardan birinin “devam ettiği” davanın “boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun saptanmasına” yönelik olacağı ifade edilmiştir. Bu ifadeden hareketle mirasçılar tarafından devam edilen davada da bu hususun tespitinin yeterli olacağının kabul edilmesi, miras bırakan eşin ölümü anında kanun hükmü gereğince ölen eşin mirasçısı olan sağ kalan eşin, bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmesini. Bu nedenle, sağ kalan eşin kusurunun tespitiyle birlikte, mirasçılığının da sona erdiğine ilişkin geçmişe etkili bir hüküm verilmesi gereklidir. Böyle bir hüküm ise, ancak inşâî nitelikte bir hüküm olabilir.

Boşanma davası esnasında sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulamada yol açtığı sorunlara doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde bazı çözümler bulunmuştur. Ancak söz konusu hükmün uygulanmasında karşılaşılan her sorun üzerinde hemfikir olunan bir çözüm bulunmadığı gibi, Yargıtay'ın miras bırakanın dayanmadığı kusur unsuruna mirasçıların dayanabileceği şeklindeki uygulaması da, mirasçılar tarafından gerçek olmayan vakıaların yargılamaya dâhil edilmesi suretiyle anılan hükmün kötüye kullanılmasına yol açabilir.

Boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin hükümler Alman hukukunda da mevcuttur. Alman hukukunda bu konudaki sistem boşanmayı talep eden ve bu talebi kabul edenin ölümü halinde, sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesini düzenlemektedir. Bu eksiklik giderilerek Alman hukukundaki sistemin Türk hukuku bakımından da esas alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu durumda boşanma hukukunda köklü değişiklikler yapmak gerekecektir. Böyle bir değişiklik yapılmasının tercih edilmemesi durumunda ise, boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmek için, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün olması gereken

hukuk bakımından değiştirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Olması gereken hukuk bakımından söz konusu hükme ilişkin önerimiz şu şekildedir:

“Boşanma davasının açılmış olması ve mirasbırakan eşin ölümü anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olması halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığı sona erer. Sağ kalan eşin Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesi uyarınca nafaka talep etme hakkı saklı kalmak kaydıyla boşanmanın koşullarının gerçekleştiğinin tespiti, ölen eşin mirasçıları tarafından mirasın açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde talep edilebilir.”.

Bu şekilde yapılacak bir değişiklikten sonra artık boşanma davasında eşlerden birinin ölümü üzerine, ölen eşin mirasçıları tarafından konusuz kalan davaya devam edilemeyecektir. Bunun yerine ölen eşin mirasçıları tarafından miras bırakan eşin mirasının açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde, bir tespit davası açılarak ölüm anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olduğunun ispatı suretiyle sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçı olmadığına tespiti talep edilebilecektir. Bu durumda, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ermesi bakımından, sadece kusur esası değil; hangi boşanma sebebine dayanılmış ise, bu sebebin koşullarının gerçekleşmiş olması aranacaktır. Bu şekilde bir düzenleme ile sağ kalan eşin denkleştirme niteliğindeki nafaka hakkı da saklı kalacaktır.

## ***Kaynakça***

- Akıntürk**, Turgut/**Karaman**, Derya Ateş; Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 6098 sayılı Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Uyarlanmış 14. Bası, İkinci Cilt, İstanbul 2012.
- Akkanat**, Halil; Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004.
- Aksu**, Mustafa; “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 181. Maddesinin İkinci Fıkrası İle Alman Medeni Kanunu’nun 1933. Paragrafının Birinci Fıkrasının Bazı Açılardan Karşılaştırılması”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, 3, Ankara 2009, s. 69-94. (Aksu, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma)
- Aksu**, Mustafa; “Boşanma Davası Sırasında Ölen Davacı Eşe Davalı Eşin Mirasçılığının Engellenebilmesini Düzenleyen TMK M.181 II Hükmünü Kısmen İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararına Dair Düşünceler ve Bazı Eleştiriler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 37-73.
- Aksu**, Mustafa; “MK.m.181 II Hükmünün Gizli Bir Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi” Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009, s. 251 vd. (Aksu, Mirastan Yoksunluk)
- Alangoya**, Yavuz; “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:3, Sayı:5, İstanbul 1969, s. 125-194.
- Altaş**, Hüseyin; “Yabancı ve Türk Mahkeme Kararlarının Mirasçılığa Etkisi (MK mad.181)”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 657-668.
- Antalya**, Gökhan; Miras Hukuku, İstanbul 2009.
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun; Medenî Yargılama Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 1978.
- Börü**, Levent; Dava Konusunun Devri, Ankara 2012.
- Burcuoğlu**, Haluk; “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası İle İlgili Bazı Gözlemler”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve

Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 381-391.

**Burcuoğlu**, Haluk; "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İÜHFİM, Cilt: XLVIII-XLIX, 1983, s. 113-140. (Burcuoğlu, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi)

**Demir**, Sevgi; Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.

**Doğan**, İzzet; "Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (TMK 181. Madde)", Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2006, s. 1031-1036.

**Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Alper; Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2010.

**Dural**, Mustafa/**Öz Turgut**; Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2013.

**Erişir**, Evrim; Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.

**Gençcan**, Ömer Uğur; "Boşanma Davasının Mirasçılar Tarafından Sürdürülmesi", Manisa Barosu Dergisi, Yıl:21, 2002/1, Sayı:80, s. 51-62. (Gençcan, Boşanma Davasının Sürdürülmesi)

**Gençcan**, Ömer Uğur; 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre, Boşanma Tazminat Ve Nafaka Hukuku Bilimsel Açıklama ve Son İçtihatlar, Ankara 2013.

**İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan; Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8. Bası, İzmir 2012.

**Kale**, Serdar; Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.

**Kılıçoğlu**, Ahmet M.; Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003. (Kılıçoğlu, Yenilikler)

**Kılıçoğlu**, Ahmet M.; Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 2012.

**Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt:I İstanbul 2001.

**Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt:III İstanbul 2001.

- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz**, Ejder; *Medenî Usul Hukuku*, 24. Bası, Ankara 2013.
- Kuru, Baki/Budak**, Ali Cem; *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul 2000.
- Lehrman**, Franz Karl; in: *Juris PraxisKommentar-BGB*, Band 5 Erbrecht, 6. Auflage, 2012. (jurisPK-BGB, Lehrmann)
- Leipold**, Dieter; *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, 2013 (MüKoBGB/Leipold BGB §)
- Lieder, J.**; *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, Band II, 14. neubearbeitete Auflage, 2014. (Erman/Lieder)
- M.Schmidt**; *Juris Praxiskommentar-BGB*, Band 5 Erbrecht, 6. Auflage, 2012. (jurisPK-BGB, M. Schmidt)
- Öztan**, Bilge; *Aile Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2004.
- Özüğür**, Ali İhsan; *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri*, 3. Bası, Ankara 2008.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes**, Muhammet; *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2013.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald**, Peter; *Zivilprozessrecht*, 17. Neubearbeitete Auflage., München 2010.
- Saymen, F. H.**; “Kat’ileşmeyen Boşanmaya Ölümün Tesiri-Mirasçılık Sıfatı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl 1947, s. 359-365.
- Serozan, Rona/Engin**, Baki İlkay; *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2014.
- Serozan, Rona**; *Yeni Medeni Kanun’un Miras Hukuku Alanındaki Yeniliklerinin Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.
- Sungurtekin Özkan**, Meral; *Medenî Kanun’un Aile Hukuku Alanında getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı I*, Eskişehir 9-10 Kasım 2002, Eskişehir 2003, s. 75-91.
- Tanrıver, Süha**; *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, 2. Bası, Ankara 2007.

- Topuz**, Gökçen; “Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçılarının Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 3, Sayı:10 (Temmuz-2012), s. 69-94.
- Topuz**, Gökçen; “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa’nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi”, İÜHFİM, C.LXX, S. 2, s. 221-256, 2012. (Topuz, Anayasaya Aykırılık)
- Topuz**, Seçkin; Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ankara 2012.
- Tutumlu**, Mehmet Akif; “Boşanma Davası Sürerken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçılarının Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları”, Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, s. 111-127.
- Ulusan**, İlhan; “Die Neugestaltung des Familienrechts durch das neue türkische Zivilgesetzbuch”, Österreichische Notariats Zeitung Monatsschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 8/2002, 134. Jahrgang, s. 225-234.
- Umar**, Bilge; Tartışma Katkısı, in: Medenî Kanun’un Aile Hukuku Alanında getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı I, Eskişehir 9-10 Kasım 2002, Eskişehir 2002, s. 94-96.
- Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Yılmaz**, Ejder; “Davada Taraf Değişikliği”, Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ’a Armağan, Ankara 2009. (Yılmaz, Taraf Değişikliği)
- Yılmaz**, Ejder; Medeni Yargılama Hukukunda Islah 6100 sayılı HMK’ya Göre Değiştirilmiş 3. bası, Ankara 2011. (Yılmaz, Islah)
- Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, Beşir/**Gökyayla**, K. Emre; Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2000.