

PAPER DETAILS

TITLE: MIRAS HUKUKUNUN GELISIM SÜRECİ Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında
Yasanan Degisiklikler ve Bu Degisikliklerin Miras Hukukunun Gelisimi Üzerindeki Etkileri

AUTHORS: Rona Serozan,Çev Meliha Sermin Paksoy

PAGES: 531-559

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/230794>

MİRAS HUKUKUNUN GELİŞİM SÜRECİ

Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında

Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin

Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri

Prof. Dr. Rona Serozan*
Çev.: Meliha Sermin Paksoy, LL.M.**

Bu yazı yazarın 15 Kasım 2013'te Zürih Üniversitesi'nde vermiş olduğu konferansın "successio" dergisinin 2014 yılının 1/14 sayısında yayımlanmış olan metninin çevirisidir.

GİRİŞ: Miras hukukunun, değişim çabalarına karşı direnen statik bir hukuk dalı olduğu iddia edilir. Bu iddia doğru değildir. Miras hukuku da aynen başkaca hukuk dalları gibi, yasama, yargı ve öğreti alanlarındaki ve yaşamdaki değişimle aynı kapsamda ve aynı dinamikte değişir. Miras hukukundaki değişim ne daha az ne de daha yavaştır. Her hukuk dalında olduğu gibi, miras hukuku da toplumsal ilişkiler tarafından şekillendirilmekte, güncel sosyo - ekonomik ve hukuk politikası gelişmelerini yansıtmaktadır.

Bu nedenle miras hukukunun gelecekteki gelişimine ilişkin isabetli bir öngörü miras hukukunu şekillendiren toplumdaki tetikleyici güçlerin tespiti ile işe başlamalıdır. "*Quo vadis ius hereditatis*" (Miras Hukuku nereye gidiyor?) sorusunu cevaplayabilmek için öncelikle şu sorunun cevabı araştırılmalıdır: Toplumumuzun hayat gerçeklerinde neler değişmektedir?

I. Ekonomik, Sosyal ve Politik Dinamikler

Miras hukukunun gelişimini tek başına veya beraberce etkileyen önemli ekonomik, sosyal, demografik ve hukuk politik itici güçler şu şekilde özetlenebilir:

1. Ailenin Yapısal ve İşlevsel Değişimi

Ortaçağ çağın tarım ekonomisine dayanan tipik aile yapısına kısa bir göz atalım. Feodal ve tarıma dayalı toplum yapısında malvarlığı kural olarak aile birliği tarafından üretilmekte ve edinilmektedir. Bu düzen içerisinde miras hukuku aile malvarlığının aile içinde kalacak şekilde bir kuşaktan diğer kuşağa

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

** İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

aktarılmasını sağlayan bir araçtır. Miras hukukunun işlevi mülkiyeti aile içinde koruyup tutmak ve servetin dağılmasını engellemektir. Amaç aile içinde üretileni, aile içinde dondurmaktır.

Aile malvarlığı, bu amaca uygun olarak saklı payın koruyucu zırhı altında ailenin ilk doğan yani en yaşlı oğluna bırakılmakta ve böylece gelecek kuşaklar için korunmaktadır. Aile malvarlığının yabancı ailelere kayması tehlikesini doğurmaları nedeni ile birer gelin adayı olan kız çocukları ve evlilik dışı çocuklar mirastan mahrum edilmiştir. Kanca en yakın olanın mal paylaşımında da aslan payını alması temel ilke olarak benimsenince miras bırakanın irade özerkliğinin ve mülkiyet hakkının da içi boşaltılmıştır. (Næchster zum Blut, næchster zum Gut!)

Gelgelelim, kolektif aile malvarlığının aile içinde muhafazasının temelinde yer alan bu aile düzeni bugün artık ortadan kalkmış sayılabilir. Aile, günümüzde eski ekonomik ve sosyal önemini ve bununla bağlantılı olarak miras hukuku içerisindeki ağırlığını yitirmiştir. En yakın kan hısımları artık mirasa en yakın olan kişi değildir. Artık mülkiyet bağı kan bağına izlememektedir.

Aile zaman içerisinde kolektif bir üretim birliğinden bireysel bir tüketim birliğine, yani geniş aileden çekirdek aileye, dönüşmüştür. Aile malvarlığı artık kolektif bir amaca hizmet etmez ve daha ziyade aile bireylerinin bağımsız, bireysel malvarlıklarından oluşur. Aile birliği artık bir malvarlığı birliği değildir. Bugünün endüstri toplumunda malvarlığı aile içerisinde kolektif olarak değil, aile dışında bireysel olarak elde edilmektedir; malvarlığı artık aileye bağlı değildir. Bu nedenle aile malvarlığının korunması artık miras hukukunun amacı veya anlamı olamaz.

Miras bırakanın çocukları veya anne babası, aile için çalışmış olmaları nedeni ile özel olarak korunan bir miras hakkını hak ettikleri iddiasında bulunamazlar. Geriye hak sahibi olarak sadece eşler kalmaktadır. Eşlerin katkılarının karşılığı da mal rejiminin tasfiyesi neticesinde elde edilen alacak hakkı sayesinde pekala karşılanmaktadır. Sonuç olarak, günümüzde miras hukukunun başlangıç noktası aile kolektifi değil, egoist bireydir.

2. Aile Bireyleri Arasındaki Dayanışmanın Çözülmesi

Ailenin yapısal ve işlevsel değişimine paralel olarak aile bireyleri arasındaki dayanışma da azalmıştır. Bireysel özel mülkiyet artık aile bireylerini birbirine bağlamamakta, daha ziyade aile bireylerini birbirlerine yabancılaştırmaktadır.

Çocuklar erken yaşlardan itibaren bağımsızlaşmakta ve genel olarak en geç eğitimlerinin tamamlanmasının ardından aile evini terk etmektedirler. Kuşaklar arasındaki bu farkın sonucu olarak aile dayanışması fikri bugün yasal saklı paylı mirasçılığın gerekçesi olarak kullanılamaz. Bugün artık kimse saklı payı aile dayanışmasının paradigması olarak nitelendiremez.

Miras bırakan ile birlikte yaşayan mirasçıların Hristiyan ülkelerde otuz gün, Hristiyan adetlerinden uzak olan Türkiye’de doksan gün süre ile maddi destekten yararlanabilmeleri aile dayanışması kaygısının son kalıntısı olarak görülebilir.

3. Miras Hukukunun Sosyal Destek İşlevinin Devletin Sosyal Yardımları, Daha Doğrusu Sosyal Sigorta ve Modern Mal Rejimi Sistemleri Tarafından Üstlenilmesi

Öncelikle devletin sosyal dayanışma sistemi, miras hukukunun bakıma muhtaç kalan akrabaların ihtiyaçlarını karşılama işlevini büyük ölçüde üstlenmiştir. Bugün eğitim, barınma ve sağlık gibi temel ihtiyaçlar devletçe güvence altına alınmıştır. Ayrıca, günümüzde çocukların geleceğini güvence altına almanın en geçerli yolu malvarlığı tedariki değil, çoğu aileler tarafından finanse edilen mesleki eğitimidir. Diğer yandan, sağ kalan eş modern mal rejimi hukuku sayesinde edinilmiş malvarlığı üzerinde hatırı sayılır bir katılma alacağına kavuşmaktadır, bu nedenle yasal miras payına muhtaç değildir.

Özetle, bugün geride kalanların geleceği, sosyal devlet ve mal rejimi düzenlemeleri sayesinde kanuni mirasçılık veya saklı pay düzenlemeleri olmadan da garanti altına alınmıştır.

4. Özel Mülkiyetin, İrade Özerkliğinin ve Ölümüne Bağlı Tasarruf Serbestliğinin Yüceltilmesi

Bireysel mülkiyet kavramı ve kuramı, ölümüne bağlı tasarruf serbestliğini kutsanmış mülkiyet hakkının bir uzantısı olarak görmektedir. Hatta modern bireysellik, ölümüne bağlı tasarruf serbestliğini kişilik hakkı ile ilişkilendirmektedir. Mülkiyet hakkının ve onunla bağlantılı olarak ölümüne bağlı tasarruf serbestliğinin bu şekilde "terfi" ettirilmesinin hukuk politikası alanında önemli sonuçları vardır.

Sağlığında malvarlığı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilen malikin ölümünden sonrası için de bu hakkı muhafaza etmesi gerektiği savunulmaktadır. Yaşarken malvarlığı üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilen malikin aynı malvarlığı üzerinde ölümü nedeni ile serbest tasarruf yetkisine sahip olmaması kabul edilemez bir çelişki olarak görülmektedir. Kişinin malvarlığı ile dilediğini yapabilmesi bir temel hak olan özel mülkiyetin ayrılmaz bir getirisi olarak kabul edilmektedir. Miras bırakan, aile bireylerinin herhangi bir katkısı olmadan kazandıkları üzerinde tek başına karar alabilmelidir. Miras bırakanın malvarlığının edinimine herhangi bir katkısı olmayan kişilerin kapitalist pazar ekonomisinin karşılıklı (ivazlı) mübadele anlayışı çerçevesinde bu malvarlığı üzerinde bir talebi de olmaması gerekir. En nihayetinde unutulmamalıdır ki miras, loto ikramiyesi gibi herhangi bir karşılık edim olmadan edinilen bir değerdir.

5. Mülkiyetin Serbestçe El Değiştirebilmesi Gerekliliği- Mülkiyetin Aile İçinde Dondurulmasının Engellenmesi

Kapitalist serbest piyasa toplumu geçmiş zamanlarda kuşaklar boyu aile için muhafaza edilmiş olan mülkiyete bağımsızlık kazandırmıştır. Liberal burjuvazi, mülkiyetin kuşakları boyu muhafazasını ve bir araya toplanmasını sona erdirmiş, feodal fideikomilerin ve sınırsız art mirasçılığın kaldırılmasını sağlamıştır. Malvarlığının erkek evlatların yani erkek soyun veya miras bırakanın seçtiği mirasçıların elinde sürgit muhafazasına karşı ödünsüz bir mücadele verilmiştir.

6. Demografik Dönüşüm - Yaş Dağılımının Değişimi

Toplumun yaşlanma süreci içerisinde miras bırakanın ölümü zamanında ilk altsoy mirasçılar, yani çocuklar, zaten belirli bir yaşa gelmiş oldukları için saklı pay hukukunun geleneksel ekonomik ve kültürel güvence sağlama fonksiyonu temelde boşa dönmektedir. Genellikle miras, hak sahibinin ekonomik ve entelektüel varlığını zaten inşa etmiş olduğu ve kişinin miras payına çok da ihtiyaç duymadığı bir aşamada gündeme gelmektedir.

Miras bırakanın ölümünde yetmiş değilse de altmış yaşını aşmış olan çocuklar artık finansal veya kültürel bir desteğe ihtiyaç duymazlar. Ekonomik ve entelektüel olarak güvence altındadırlar ve kanunen güvence altına alınmış bir saklı paya muhtaç değildirler. Olsa olsa torunlar veya torun çocukları bir başlangıç yardımına gereksinim duyabilirler. Bu nedenle bakım ve koruma sağlanması kaygısı ile çocuklara saklı pay tanınmasının çok uzun zamandan beri gerçek ve haklı bir gerekçesi kalmamıştır.

İnsan ömrünün uzamasının başka bir etkisi ise çok daha önemlidir. Miras bırakan ilerleyen yaşında genellikle vasiyet düzenleme ehliyetini kaybetmektedir ve eğer ehliyetini kaybetmemişse kolayca haksız etkilemelerin, miras dolandırıcılığının mağduru olabilmektedir! Bu da günümüzde miras hukuku dogmatığının temel ve acilen çözüm gerektiren sorunlarından biri olarak ortaya çıkmaktadır.

7. Diğer bir Demografik Dinamik- İnsanların Sosyal İlişkilerinin Çeşitlenmesi

Günümüzde insanlar hem daha uzun hem de daha renkli yaşamaktadırlar. Uzun yaşam beklentisi yeni sosyal ve duygusal ilişkilerin kurulması ve mevcut ilişkilerin değiştirilmesi için daha zengin olanaklar sunmaktadır. Gerçekten de miras bırakan uzun ömründe ilişkiden ilişkiye geçmekte ve böylece yakın aile çevresine birçok yeni kişiyi katmaktadır. Metresler, birbirini takip eden birliktelikler, üvey çocuklu ve üvey anne babalı patchwork (yamalı bohça) aileler, torunlar, bakıcılar ve birlikte oturan yakınlar ve arkadaşlar giderek artmaktadır.

Çoğunlukla bu yeni kişiler, miras bırakana aile evinden ayrılıp taşınmış yetişkin çocuk veya ana babadan çok daha yakındır. Oysa günümüzde geçerli miras hukuku modeline göre çocuk ve ana babanın ilk ve öncelikli mirasçı olmaları bu yeni yakınları mirastan dışlamaktadır. Yeni yakınlardan hiçbiri geçerli olan katı miras sisteminde kendine bir yer bulamamaktadır. Sadece rastlantısal akrabalık ve resmi (tanınan ve tescil edilen) evlat edinme veya evlilik dışı yaşam birlikteliği arzu edilen miras dağılımını sağlamaktadır.

Miras hukuku perspektifinden en uzak akrabanın bile kişinin yıllarca aynı evde beraber yaşadığı ve ölümünün ardından en şahsi ve değerli kişilik değerlerini emanet ettiği kişilerden daha yakın sayılması artık toplumsal ve kişisel gereksinimleri karşılamamaktadır. Bu da miras hukukunun acilen çözümlenmesi gereken bir sorunudur.

8. Manevi Değerlerin Metalaşması

Kapitalist piyasa ekonomisinde neredeyse her değer, değiş tokuş edilebilen, tasarruf edilebilen mallara indirgenmiştir. Aslında bir beklenen hak niteliğini haiz olmayan sade miras beklentisi, miras kazanma umudu, *spes hereditatis*, miras hakkının devri giysisi altında ve henüz kazanılmamış miras payını konu alan sözleşmeler yoluyla etik olarak sorgulanacak bir şekilde tasarruf edilebilir bir mala dönüşmüştür.

Fikri kişilik haklarından başlayarak isim, resim, yazı ve manevi tazminat talebi gibi klasik kişilik haklarına kadar uzanan manevi değerlerin ticari meta haline getirilmesi giderek yaygınlaşmaktadır. Bu gelişme miras yolu ile intikal etmesi mümkün olmayan kişiye sıkı sıkıya bağlı manevi değerlerin terekeye katılması zorunluluğunu doğurmaktadır.

9. Anayasanın Miras Hukukuna Etkileri (Diğer Bir İfade İle Anayasanın Referans Noktası Olarak Alınması)

Anayasanın merkeze alınmasına ilişkin hukuk politikası dalgası, temel hakların üçüncü kişilere etkisi olarak da adlandırılmaktadır ve miras hukuku üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Bu şekilde miras hakkı, özellikle anayasal eşitlik ilkesi ile zenginleştirilmekte ve sosyal devlet prensibinden damıtılan sosyal prensipler ile rafine edilmektedir. Örneğin günümüzde vasiyet serbestliği üzerinde düzeltici bir işleve sahip olan ahlaka aykırılık kavramı anayasa ışığında laikleşmiş ve cinsellik odaklı anlayıştan uzaklaştırılmıştır.

10. Aktif Miras Hakkını Meşru Kılan Gerekçeler Konusunda Duyulan Tereddüt

Miras, kişinin emeği ile elde ettiği hak edilmiş bir mülk olarak değil de bir başkasının ölümü neticesinde herhangi bir çaba gösterilmeden elde edilmiş olan, hak edilmeyen bir değer olarak görülmektedir.¹ Bu görünümüyle miras, prensip olarak emek odaklı olan kapitalist topluma yabancı bir unsur olarak sırtıtmaktadır. Bu nedenle miras, kapitalist fırsat eşitliği kavramını zedelemektedir. Fakir ve zengin arasındaki uçurumu artırdığı gibi türlü memnuniyetsizliklere neden olmaktadır. Miras piyango sayılmakta ve haksız, hatta ahlaksız görülmektedir.

Bütün bu toplumsal gelişmeler ve değişen değer yargıları, gönünür oldukları halde ideolojik nedenlerle gündeme getirilmemektedir.

Ara sonuç: Bütün bu sosyo - ekonomik, demografik ve hukuk politik gelişmeler açıkça olmasa da alttan alta çoğunlukla da hep beraber, miras hukukundaki esaslı ve güncel gelişmeler üzerinde etkili olmaktadır.

¹ BECKERT, Unverdientes Vermögen, Soziologie des Erbrechts, 2004.

II. Hukuki Etkiler

Sosyo-ekonomik, demografik ve politik güçlerin yasa yapımındaki, reform tasarılarındaki, yargı ve öğreti üzerindeki hukuki etkileri derindir.

1. Ölüme Bağlı Tasarruf Serbestliği Lehine ve Saklı Pay Aleyhine Tavır Alınması

Sosyo-ekonomik, demografik ve hukuk politik dinamiklerin en önemli etkisi saklı paya karşı ölüme bağlı tasarruf serbestliğinin savunulmaya başlanması olmuştur. Tabii ki bu görüşün mağduru saklı paylı yasal mirasçılardır.

Saklı payın tamamen kaldırılmasına, en azından sınırlandırılmasına ilişkin çabalar azalmamaktadır. Bugün saklı pay, ölüme bağlı tasarruf serbestliği kadar güncel ve haklı bir temele sahip gözükmemektedir. Aile bireylerinin saklı miras payı, daha çok eski feodal ve tarım toplumuna ait görülmektedir. Günümüz toplumunda ve ailesinde aile malvarlığının korunması veya aile dayanışması düşüncesi saklı payı hukuken veya etik olarak haklı kılmamakta, her geçen gün inandırıcılığını ve haklılığını daha fazla yitirmektedir. Bir kere saklı pay, mirasçının miras bırakan ile fiziki, ruhsal ve duygusal bağından bağımsız olarak bahşedilmektedir. Diğer yandan mirasçının yaşı, bakım ihtiyacı veya karşı edimleri dikkate alınmamaktadır.

Buna karşılık saklı pay, uygulamada çok sayıda dava açılmasına neden olmaktadır. Miras davaların çoğunluğunun saklı pay ihlallerine ilişkin olduğu unutulmamalıdır. Her üç miras davasından biri mirasçının saklı payının temini için açılmaktadır.²

Nota bene: Mirasın aile içinde paylaşılması kuralına ilk hançer darbesini kilise vurmuştur. Kilise, vasiyet ile bağış elde edebilmek için aile malvarlığının kişinin son isteği doğrultusunda serbestçe tasarrufa konu edilebilmesini görmüştür.

Saklı payın İngiliz Hukuku'nda olduğu gibi kaldırılması gerektiğini savunan görüş giderek daha fazla kişi tarafından ve daha gür bir sesle savunulmaktadır. Saklı payların en azından sınırlandırılması, düzenlenmesi, ihtiyaç ve duygusal ilişkiler ile ilişkilendirilmesi gerektiğini savunan görüşlerin de atlanmaması gerekir.

Saklı pay kurallarının düzenlenmesi yolu olarak mirastan çıkarmanın kolaylaştırılması önerileri de resmi tamamlamaktadır. Örneğin bir çocuğun mali durumunun iyi olduğu hallerde miras bırakanın bu çocuğunun saklı payını ihtiyaç içerisindeki diğer çocuklara bırakabilmesi, yani "iyi niyetle mirastan" çıkarmaya izin verilmesi önerilmektedir. Miras bırakanın savruk veya borca batık altsoyu aşarak bu altsoyun çocuklarını mirasçı olarak belirleyebilmesi de (ZGB Art. 480/TMK 513) bu doğrultuda yapılmış düzenlemelerdir.

² Saklı payın anayasal temellerinin olup olmadığı, Alman Anayasa Mahkemesi'nin onaylayıcı kararına rağmen güncelliğini yitirmeyen çok tartışmalı bir konudur.(bknz. BVerfGE 112, 332 vd.; ayrıca Otte, AcP 202 -2002-, 317 vd.) Saklı payın bu mahkeme tarafından tarihi temelleri olan statü garantisi ve aile dayanışmasının bir gereği olarak yorumlanarak haklı görülmesi, daha ziyade "kanıtlanması gerekli olanın kanıtlanmış sayılması" (*petitio principii*) gibi durmaktadır.

Saklı payların sınırlandırılması amacı ile ortaya konulan öneriler çok renkli bir resim oluşturur:

- a. Saklı payın ileri sürülebilmesi için ihtiyaç içerisinde veya miras bırakan ile uzun süreli yakın bir ilişki içerisinde olma gibi ek şartların getirilmesi
- b. Saklı pay oranlarının azaltılması ve bu suretle serbest tasarruf oranının artırılması
- c. Saklı paya tutar olarak üst sınır getirilmesi
- d. Saklı pay hakkının en düşük tereke değerine bağlanması
- e. Saklı payın bir kısmının da diğer saklı paylı mirasçılar lehine tasarrufa konu edilebilmesi (İspanyol “*mejora*” yani kayırma sisteminin benimsenmesi)
- f. Mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin gevşetilmesi ve genişletilmesi

Yakın çevremizde bir tur (tour d’horizon) atarak bu gözlemlerimizi doğrulayalım:

Avusturya’da miras bırakan, mirasçı hayatının hiçbir döneminde kendisi ile yakın ilişki içerisinde olmamışsa saklı payın yarıya indirilmesini isteyebilir (§ 773 a ABGB).

İspanyol “*mejora*” sistemi saklı pay sahipleri arasında serbest tasarruf oranını ihtiyaç içerisindeki veya yakın mirasçılar lehine genişleten iyileştirici mirastan çıkarmayı mümkün kılmaktadır. Bu sayede miras bırakan saklı paylı mirasçılar arasında tasarruf oranını da aşacak şekilde serbestçe tasarrufta bulunabilmektedir.

Daha önce de değinilen benzer bir örnek İsviçre ve Türk Medeni Kanunları’nın sırasıyla 480 ve 513. maddelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemelere göre miras bırakan, borç ödemedi aciz nedeni ile mirasçılıktan çıkarma imkanı ile borca batık olan altsoyunun saklı payının yarısını bu mirasçının altsoyuna özgüleyebilir.

Sadece ihtiyaç içerisindeki altsoya ve anne babaya saklı pay hakkı tanınması Demokratik Alman Cumhuriyeti’nde de kabul edilmiştir.

Görülmektedir ki saklı pay hakkının ihtiyaç içerisindeki kişiler ile sınırlandırılması düşüncesi artık sıkça gündeme gelmektedir.

Almanya’daki yeni miras hukuku reformu saklı payın talep edilmesini çeşitli yollarla sınırlayarak saklı pay korumasını önemli ölçüde azaltmıştır.

Fransa’da da kısa süre önce gerçekleştirilen bir reformla, miras bırakana “*donation- partages*” yolu ile üvey çocukları, torunları ve torunlarının torunları lehine saklı payı aşan tasarruflarda bulunma olanağı verilmiştir.

İsviçre Medeni Kanunu’nun yeni 492 a maddesi uyarınca zihinsel engelli bir çocuğun anne babasına 531. maddedeki saklı paya ilişkin sınırlandırmalarla bağlı olmaksızın, çocuğun ön mirasçı, istenilen kişinin de art mirasçı olarak atanması ve böylelikle bu çocuğun istenilmeyen kanuni mirasçılara malvarlığı geçişlerini engelleme olanağının verilmesi de aynı şekilde bu kapsamda değerlendirilebilir.

Saklı paylı mirasçıları aşma yolu olarak neredeyse bütün ülkelerde evlat edinmenin kanunen kolaylaştırılması da bu gelişmeye uymaktadır.

-Saklı paya yöneltilen bu eleştirilere paralel olarak, saklı payı koruyan tenkis davasının da giderek gözden düşmesi söz konusu olmaktadır. İsviçre ve Türk Hukuku'nda saklı payı güvence altına alan tenkis davasının tabi tutulduğu çeşitli sınırlandırmalar tipik örnekler olarak gösterilebilir.

a) Saklı payın ihlali amacı ile yapıldığı iddia edilen tasarruflarda miras bırakanın ihlal amacının ispatına özel bir önem verilmektedir.³

b) Mutat hediyeler hesaba katılmamaktadır.⁴

c) İsviçre'de hakim olan sübjektif teoriye göre İsviçre Medeni Kanunu madde 527'nin birinci fıkrası çerçevesinde sadece miras bırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yaptığı kazandırmalar herhangi bir zaman sınırlamasına tabi olmadan tenkis edilebilecektir. Bu görüş de tenkis davasının uygulama alanını önemli ölçüde daraltmaktadır.⁵

d) Tenkis davasının tabi olduğu hak düşürücü süre kanun koyucu tarafından kısa tutulmuş ve kötü niyetli davalıya karşı da geçerli kılınmıştır. Tenkis davasına ilişkin hak düşürücü süre bu şekilde saklı payın zedelendiğinin öğrenilmesine özel bir önem verilmeden erken başlatılmaktadır. Tenkis davasının bu davadan zımni olarak feragat yolu ile etkisizleşmesinin kabulü ile bu sevilmeyen dava, daha da sınırlandırılmıştır.⁶

e) Gerek yargı kararları gerekse öğreti tarafından geniş gönüllü bir şekilde davalının iyi niyetli olduğunun kabulü ile iade yükümlülüğünün sınırlandırılması da aynı yöndeki diğer bir gelişmedir.⁷

İsviçre ve Türk Hukuku'nda saklı payı dolanma amacı ile yapılan bağışlamaların herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan tenkis edilebilmesi (ZGB Art. 527/ TMK 565) ise bu gelişme ile açık bir çelişki içerisindedir.

Yeni Alman Medeni Kanunu'nun (§ 2325 III) orantısız tenkis sistemi her açıdan daha gerçekçi, pratik ve İsviçre ve Türk Hukuku'ndaki "sınırsız tenkis çözümünden" daha pragmatiktir. Bu yeni Alman çözümüne göre, miras bırakanın ölümünden bir yıl önce gerçekleşen karşılıksız kazandırmaların tamamı, ölümünden iki yıl önce gerçekleşen kazandırmaların %90'ı, üçüncü yıldakilerin %80'i giderek azalan miktarlarda tenkis edilmektedir.

Dolanma amaçlı işlemlerde tarihin çarkını sonsuza doğru geri çeviren İsviçre ve Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerden farklı olarak bağışlamaların zamanla giderek azalan şekilde tenkis edilmesine ve on yıl geçmişse tamamen geçerli olmasına izin veren Alman düzenlemesi saklı pay korumasının aşırıya kaçmasını ve arzu edilmeyen çok eski miras kavgalarını engellemesi nedeni ile daha avantajlıdır.

İsviçre Medeni Kanunu'nda saklı pay kurallarını dolanma kastından bağımsız olarak mirasın ölümünden önceki beş yıl içerisinde yapılan bağışlamalar

³ FORNI/PIATTI, Basler Kommentar, ZGB 527 N 11.

⁴ HRUBESCH-MILLAUER, Praxis Kommentar zum Erbrecht, ZGB 527 N 18 - 22.

⁵ S. PIOTET, SPR IV/1, 63 III, S. 449 vd.; EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, § 37 N 75, S. 606 vd.

⁶ S. WOLF/SANDRO-GENNA, SPR IV/1, 503; HRUBESCH-MILLAUER, Praxiskommentar Erbrecht, ZGB 533 N 11; FORNI/PIATTI, Basler Kommentar, ZGB 533 N 3; FANKHAUSER, Handkommentar, ZGB 533 N 2; BGE 135 III 97.

⁷ HRUBESCH-MILLAUER, Praxiskommentar Erbrecht, ZGB 528 N 3.

tenkise tabi tutulmuşken bu sürenin Türk Hukuku'nda bir yıla indirilmiş olduğuna da ayrıca dikkat çekilmelidir. Bu tenkis talebinin hiç de azımsanmayacak bir şekilde daraltılması anlamına gelmektedir.

2. İradî Mirasçılarının Kayırılması

Miras bırakanın tasarruf yetkisinin korunması dolaylı olarak iradî mirasçılarının kayırılması ve konumlarının güçlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. *Miras hukukunun yeni temel altın kuralına göre "in dubio pro hereditatis et heredes ex testamento" = tereddüt halinde iradî mirasçı lehine yorum yapılmalıdır.*

Bu kuralın tam tersi olan eski altın kural (*favor heredum legitimorum*), İsviçre Mednei Kanunu'nun 522 II ve 608 III düzenlemelerinin koyduğu çağdışı ve artık geçersiz bir karineyle, yani mirasın aksi açıkça belirtilmemişse yasal mirasçılara kalması karinesi ile desteklenmektedir. Anılan hükümlere göre aksini belirten açık bir irade olmadıkça miras bırakanının iradesine uygun olsun olmasın miras yasal mirasçılara kalacaktır.

Kanun koyucu artık tereddüt halinde yasal mirasçılara değil, miras bırakanın iradî mirasçılar lehine ortaya koyduğu iradesine (fiktif bir iradenin olduğu hallerde) öncelik vermelidir. Diğer bir ifade ile ölüme bağlı tasarrufun yorumunda artık yasal mirasçı lehine değil, iradî mirasçı lehine pozisyon alınmalıdır. Özellikle tamamlayıcı yorum ile yedek ve art mirasçılığın iradî mirasçılığı mümkün kılacak şekilde kullanılması, iradî mirasçılarının yasal mirasçılar karşısında kayırılmasının açık bir işaretidir.⁸

İlginçtir ki miras bırakan tarafından en son olarak vasiyet edilenlerin, rakiplerinin yani yasal mirasçılarının ve bir noktada vasiyet bırakanının kendisinin karşı hamleleri karşısındaki hukuki pozisyonu hep güçlendirilmiştir.

Her şeyden önce miras sözleşmelerinin bağlayıcılığının biraz da aşırıya kaçarak sıra dışı bir şekilde artırılması ile iradî mirasçılarının miras bırakan karşısında konumları güçlendirilmiştir.

Bu güçlendirme her şeyden önce miras sözleşmesinin diğer tarafına miras bırakanın keyfî tutumu karşısında miras sözleşmesinden dönme hakkının "praeter legem" tanınması ile sağlanmıştır. Özellikle miras bırakanın sağlığında malvarlığını kötü niyetli olarak çarçur ettiği yani terekenin değerini azalttığı halde sözleşmeden dönme hakkı, miras sözleşmesinin diğer tarafının miras bırakan karşısındaki pozisyonunu önemli ölçüde kuvvetlendirmektedir.

Ayrıca miras sözleşmelerinde miras sözleşmesinin diğer tarafı lehine miras bırakanın malvarlığının korunacağı taahhüdü de tamamlayıcı yorum yoluyla çıkarılmaktadır.⁹

İlave olarak, mirasçı atanmasında veya çeşit vasiyetinde miras bırakanın bağışlamalarının önceki tasarrufu ile her halde bağdaşmadığı ve bu nedenle iptal edilebilirliği kabul edilmektedir. Böylece İsviçre Medeni Kanunu madde 494'ün miras sözleşmesinin karşı tarafı lehine tanıdığı iptal olanağı mirasçı atanmasın-

⁸ STAGL, Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten, S. 52, 65 vd.

⁹ BREITSCHMID, Basler Kommentar, ZGB 494 N 121.

dan ve çeşit vasiyetinden sonra miras bırakanın bütün kazandırmalarına genişletilerek uygulanmaktadır. Sözün özü, miras sözleşmesinin karşı tarafının hukuki pozisyonunun şu veya bu biçimde zedelenmesi iptal edilebilirlik için yeterli görülmektedir.¹⁰

Bir yandan “menfaat kuramı” (Interessentheorie) miras bırakanı miras sözleşmesinin karşı tarafı karşısında ayrıca bağlamakta, öte yandan miras bırakanın tasarruflarının serbestçe geri alınabilir olmayıp bağlayıcı olduğu yönündeki karine sayesinde miras sözleşmesi ile yapılan tasarrufların bağlayıcı etkisi daha da genişletilmektedir.

Şimdilerde miras bırakanın nitelik itibarıyla bağlayıcı olmayan, serbestçe geri alınabilir tek yanlı vasiyetlerine güvenen muhatabın gerçekleşmeyen kazandırma beklentisi nedeni ile tazminat talebi aracılığı ile korunması bile söz konusu olmaktadır. Geleneksel miras hukukçusunu ilk bakışta şoke edebilecek olan bu sorumluluk: “culpa in testando” ve “breach of contract to make a will”¹¹ olarak adlandırılmaktadır.

3. Vasiyetnamenin Kayırılması

Bu bölümde, ölüme bağlı tasarruf serbestliğinin karakteristik ürünü olan vasiyetnamenin ayakta tutulmasına, diğer bir ifade ile “favor testamenti” olarak tanınan yorum yöntemine değineceğiz. Önce iradi mirasçılar lehine yapılan tasarrufların “coûte que coûte” (ne pahasına olursa olsun) ayakta tutulması için farklı yorum yöntemleri öneren çabaları ele alacağız.

-Herkes tarafından bilindiği üzere, vasiyetname yararına olumlu yorum yöntemine göre (benigna interpretatio) tasarrufun içeriği birden fazla yoruma açık olduğu hallerde yani şüphe halinde miras bırakanın tasarrufu iradi mirasçı lehine ayakta tutulmalıdır. Bu prensibin etkisi bu kadarla da sınırlı değildir, hukuki işlemlerin yorumuna ilişkin olan bu esaslı prensip kanunların yorumunu için de kullanılmaktadır. Bu yorum yönteminin cesurca genişletilmesi suretiyle tasarrufun kanuni geçerlilik şartlarına özellikle şekil şartlarının yorumlanmasında da bu yöntemin uygulanması savunulmaktadır.

Şimdilerde uygulamada kanuni geçerlilik şartları tasarrufu ayakta tutacak şekilde yorumlanmaktadır.¹²

-Bu kaygı ile hareket edildiğinde “iptalden önce yorum” (yani yok etmek yerine tamir) prensibinin güçlendirilmesi, son iradeyi ortaya koy an ve iptal edilme riski ile karşılaşan tasarrufun değiştirici, düzeltici ve tamamlayıcı yorumlar ile iptal edilmeden ayakta tutulmasını sağlamaktadır.

Geçersiz bir ölüme bağlı tasarrufun miras bırakanın farazi iradesine uygun olarak geçerli bir ikame işlem teşkil edecek şekilde yorumlanması olanağı genişlemiştir. Bu prensip İsviçre Medeni Kanunu’nun çeşitli hükümlerinde de kendini göstermektedir.

Geçersiz işlemlerin tashihine ilişkin en önemli örneklerden biri, İsviçre Medeni Kanunu’nun 469. maddesinin III. fıkrasında yer almaktadır. Bu hüküm

¹⁰ HRUBESCH/MILLAUER, Erbvertrag, N 463, N 583 und WEIMAR, Berner Kommentar, ZGB 494 N 17; SEROZAN/ENGİN, Miras Hukuku, § 4 N 124, S. 282.

¹¹ KAULBACH, Gestaltungsfreiheit im Erbrecht, Frankfurt, 2012, S. 88 vd.

¹² LENZ, Praxiskommentar, ZGB 498 N 17 m.w.N.

sadece irade açıklamasındaki yanlışlarla da sınırlı değildir; *praeter legem* saik hatalarının düzeltilmesinde de kullanılmakta ve böylece hata nedeni ile sakatlanan tasarrufların kurtarılmasını sağlamaktadır. Amaca uygun hale getirme ve düzeltme, miras bırakanın farazi iradesinin de yardımı ile uygulamada *favor testamenti et heredes ex testamento* yorumun en önemli görünümünü teşkil etmektedir. Bu şekilde miras bırakanın iradesinin geçerlilik kazanması sağlanmaktadır.¹³

Vasiyetname ve iradi mirasçılar lehine tamamlayıcı yoruma ileride daha detaylı olarak değinmeye devam edeceğiz.

- Sadece vasiyetnameyi ayakta tutan yorum değil, hata nedeni ile iptalin doğrudan kısıtlanması da yasal mirasçıların ölüme bağlı tasarrufu dava konusu etmesini engellemektedir. Bu amaç doğrultusunda yasal mirasçıların önüne giderek daha fazla engeller konulmuştur.

Serbestçe dönülebilen, irade teorisine tabi olan vasiyetnameler kapsamında şimdilerde nedensellik şartına ilişkin şu ek unsurlar aranmaktadır: a) önemlilik b) etkilerden bağımsız olma ve c) miras bırakanın farazi bir iptal iradesinin varlığı.

Bu ek iptal engelleri, ölüme bağlı tasarrufu iptal ettirmek arzusu içerisindeki yasal mirasçıların elini zayıflatmakta ve bu şekilde miras bırakan tarafından atanan iradi mirasçıların pozisyonunu güçlendirmektedir.¹⁴

Öte yandan, miras sözleşmesi söz konusu olduğunda bağlayıcı oldukları kabul edilen kazandırmalar güven teorisi çerçevesinde yorumlanmakta ve lehine tasarruf yapılanlar özellikle korunmaktadır. Bu durum da hata nedeni ile iptal yoluna başvurmak isteyen yasal mirasçıların elini zayıflatmakta ve diğer yandan da miras sözleşmesine taraf olan diğer kişilerin pozisyonunu güçlendirmektedir.¹⁵

-Vasiyetname ehliyetinin kademelendirilmesi teorisi de bizi netice itibarıyla aynı şekilde kişilerin son tasarruflarını kurtaran kısmi iptal edilebilirliğe ulaştırmaktadır.

Zira sınırlandırılmış bir vasiyet ehliyeti söz konusu olduğunda da son iradeyi yansıtan tasarrufun kısmen ayakta tutulmasına izin verilmektedir. Sonuç olarak bu görüş nihai iradeyi yansıtan tasarrufların iptalinin ek bir sınırlandırmaya tabi tutulması anlamına gelmektedir. Öte yandan, miras bırakanın ayırt etme gücüne ilişkin şartlar eskisi kadar sıkı tutulmamaktadır. Yasal mirasçıların açtığı iptal davalarında vasiyetname ehliyetine ilişkin sorunların ilk sırada yer aldığı düşünüldüğünde, vasiyetname ehliyetine ilişkin nedenlerle

¹³ SCHRÖDER, Praxiskommentar Erbrecht, ZGB 469 N 44 m.w.N.

¹⁴ Son olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin 22.03.2012 tarihinde verdiği karara göre (BGer 5A 692/2011): "Ancak miras bırakanın gerçek durumu bilseydi kazandırmayı yapmayacağı kabul edilebiliyorsa saik hatası nedeni ile ölüme bağlı kazandırmanın iptali gündeme gelmelidir."

¹⁵ WEIMAR, Berner Kommentar, ZGB 469 N 22-24; BGE 119 II 210.

iptalin sınırlanması yoluyla vasiyetname ve vasiyetname lehtarlarının kayırılması yeterince takdir edilmemektedir.¹⁶

- Borçlar Hukuku'nun meşhur kısmi hükümsüzlük düzenlemesinin (OR Art. 20 II: *Utile per inutile non vitiatur*) miras bırakanın iradesinin kalan tasarrufun ayakta tutulması yönünde olacağı faraziyesi ile kıyasen uygulanmasıyla tam hükümsüzlüğün bölümsel hükümsüzlüğe indirgenmesi, genel olarak bilindiği üzere, kusurlu ölüme bağlı tasarrufların ayakta tutulması için sıklıkla benimsenen bir hukuki yoldur.¹⁷

-“*Pro non scripta habere*” (yazılmışın yazılmamış sayılması kararı) prensibinin sadece mükellefiyetlere ilişkin olarak değil, aynı zamanda hukuka ve ahlaka aykırı şartlar için de uygulanması gerektiğini savunan görüş, “*in favorem testamenti*” ve “*in favorem heredes ex testamento*” ilkelerinin yeni ve dikkat çekici bir yansımasıdır.

Kazandırmanın hukuka veya ahlaka aykırı sayılan yükleme veya şart olmadan da ayakta kalmasının arzulandığının tasarruftan anlaşıldığı hallerde vasiyetname ile yapılan kazandırma, yükleme ve şart olmadan muhafaza edilecektir.

“*In favorem testamenti*” ilkesi ışığında tasarrufun kurtarılması için gerekirse ahlaka aykırı amaç bile “*per benigna interpretatio*” ile değiştirilmekte, yani izin verilen bir amaca dönüştürülerek ayakta tutulmaktadır.¹⁸

-Şekil şartının yumuşatılması ölüme bağlı tasarrufların ve iradi mirasçılarının kayırılması anlamına gelen en önemli gelişmelerden biridir. Bilindiği üzere düzenlenme yerinin ve tarihinin yer verilmediği el yazılı vasiyetname yasal mirasçılarının menfaatlerini zedeliyor, iradi mirasçılar lehine tasarruflar içeriyorsa iptal edilebiliyordu. Bu formaliteler sevindirici bir şekilde kaldırılmış veya hafifletilmiştir.

Türk kanun koyucu, takdire şayan olan bu İsviçre kanun değişikliğini kısmen benimsemiş ve el yazılı vasiyetnamede düzenlenme yerinin de yer alması gerekliliğini kaldırmıştır, fakat bu pozitif İsviçre kanun değişikliğinin düzenleme tarihine ilişkin ikinci kısmı Türk Hukuku'na alınmamıştır.

Kanun koyucunun savsaklamasına rağmen düzenlenme tarihine ilişkin bir hata söz konusu olduğunda şekil şartı, Türk yargı kararları ve doktrini tarafından cesur yorumlarla esnetilmiştir.

Eğer kişi yazılı vasiyetnamenin içeriğinde kaleme alma tarihine ilişkin ipucular vermişse artık vasiyetnamede ayrıca ve açıkça tarih yazılmış olması aranmamaktadır. Tarihin tamamlanması ve eksikliğin düzeltilmesi için vasiyetname dışındaki veriler örneğin tanık beyanları da yeterli sayılmaktadır.

¹⁶ BREITSCHMID, Basler Kommentar, ZGB 467/68 N 4 ve 13; FANKHAUSER, Handkommentar, ZGB 519 N 2; AEBI-MÜLLER, successio 2012, 4 vd.

¹⁷ BGE 119 II 208; PIOTET, SPR IV/1, S. 211; FORNI/PIATTI, Basler Kommentar, 519 N 29, DRUEY, Erbrecht, § 12 N 58; WEIMAR, Berner Kommentar, Vorb. zu 467 N 94.

¹⁸ STAEHELIN, Basler Kommentar, ZGB 482 N 35; HRUBESCH-MILLAUEER, Handkommentar, ZGB 482 N 13; THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, S. 300 vd.

Bu şekilde vasiyetnamenin ayakta tutulmasını sağlayan ve vasiyetname lehtarlarını koruyan İsviçre çözümü arka kapıdan girerek de olsa Türk Hukuku'ndaki yerini almıştır.¹⁹

Öte yandan imzaya ilişkin şartlar da daha esnek değerlendirilmektedir. İmzanın nihai arzunun tamamlandığına işaret etmesi yeterli görülmekte, imzanın illa da vasiyetnamenin en altında yer alması aranmamaktadır. Artık imzanın miras bırakanın son arzunı kapsar şekilde yerleştirilmiş olması yeterli görülmektedir. İmza vasiyetname zarfına da atılmış olabilir.

Dış verilerin, işaretlerin, “*post scriptum*” tamamlamaların dikkate alınması ve el yazılı vasiyetnamelerde imzanın doğru yere yerleştirilmemiş olmasının göz ardı edilmesi, şekil şartlarına ilişkin eksikliklerin geniş gönüllükle onarılma çalışmalarını somutlaştırmaktadır. Temel yorum kuralı “*benigna interpretatio*” daha önce de belirtildiği üzere şimdilerde şekle aykırılıklarda da *en vogue* motto olmaya devam etmektedir.

Sıkı biçimciliğin mantıklı bir şekilde törpülenmesi; halkta geçmişe dayanan bir vasiyetname ve miras sözleşmesi geleneğinin olmaması, dijital uygulamalardan sonra imzanın önemsenmemesi ve yasal ölüme bağlı tasarruf şekillerinin sıradan insanlar için karmaşık olması gerçeği karşısında daha da önem kazanmaktadır.

Genel olarak bilindiği üzere şekil şartı, miras bırakanın iradesinin şekil şartına aykırılık nedeni ile gerçekleştirilememesi riskini de beraberinde getirmektedir. Bu tür istenmeyen sonuçların bertaraf edilmesi için şekle ilişkin kuralların uygulanmasında asıl amacın şekle uyulmasını sağlamak olduğu düşünülmemelidir. Daha ziyade kanunun amacı yani miras bırakana ait irade açıklamasının güvence altına alınması ve aktarılması dikkate alınmalıdır.

Bu nedenle şekil şartları abartılı bir şekilcilikle değil, amaca uygun şekilde ve genel ve temel “*favor testamenti*” prensibine uygun olarak yorumlanmalıdır. Dolayısıyla tasarrufun ayakta tutulmasını savunan her türlü kanun yorumuna öncelik verilmelidir.²⁰

Nota bene: Son zamanlarda vasiyetnamenin orijinalliği hakkında ortaya konan tartışmalar el yazılı vasiyetnamenin uygulamasının azalmasına neden olmamalıdır. Bu göreceli olarak daha kolay olan vasiyetname şekli halkın çoğunluğu tarafından resmi vasiyetnameden daha fazla tercih edilegelmiştir. Zaten vasiyetname yapmayı tercih etmeyen halk bir de zahmetli ve masraflı resmi vasiyetnameye yönlendirilmemelidir.

-Vasiyetnamenin ve vasiyetname lehtarlarının kayırılması örneklerinden biri de şekle bağlı ima kuramının aşılmasıdır.

¹⁹ SEROZAN, *Mélanges Fritz Sturm*, 1128/29 ve ZEV 12/297, 476.

²⁰ Aynı yönde BGE 118 II 273, 116 II 117, 112 II 23; BREITSCHMID, *Basler Kommentar*, ZGB 498 N 5 ve 15; BREITSCHMID, *successio* 2007, 202 vd. ve *successio* 2009, 279 vd.

Buna rağmen yukarıda vurgulandığı üzere vasiyetnamede yapılan atıflar konusunda ve imzanın yerine ilişkin olarak gereksiz ölçüde katı kararlar da verilmektedir. Bknz. BGE 131 III 601.

İma kuramı, yasal şekil hükümlerini uygulanmasına ilişkin ölçüyü kaçırmıştır. Ayrıca bu, rastlantısal sonuçlara ve hukuki güvensizliklere neden olmuştur. Aslında metni uzun tutan ve bu nedenle vasiyetnamesinde birçok ipucu yer alan kişinin vasiyetnamesini daha kısa ve öz bir şekilde tamamlayan ve yazılı bir tutamak noktası vermeyen kişiden daha fazla korunmasını gerektiren belirli bir neden de yoktur.²¹ Son zamanlarda rastlantısal ve inandırıcı olmayan çözümler sunması nedeni ile ima kuramının yerindeliği her geçen gün daha fazla sorgulanmaktadır. Kaleme alma tarihinin tespitinde kullanılabilen vasiyetname dışı unsurlar vasiyetnamenin yorumu söz konusu olduğunda *a fortiori* uygulanmalıdır.²²

-Vasiyetnamenin kendisinde işaret edilmemiş olsa bile vasiyetnamenin miras bırakanın farazi iradesi doğrultusunda tamamlanması, vasiyetnamelerin ayakta tutulmasını ve iradi mirasçıların öncelikli olarak değerlendirmeye alınmasını sağlayan en önemli araçtır. Unutulmamalıdır ki tamamlayıcı yorum iptalden önce gelir. "İptalden önce yorum" bu alanda özel bir öneme sahiptir. Yani ancak miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufları son arzularını yansıtmıyor ve gerçek veya olası istenci de yorum yoluyla tespit edilemiyorsa iptal gündeme gelmelidir. Şekil şartlarının katı anlayışı ve onun bir uzantısı olan ima kuramı karşısında bu görüş giderek daha fazla güçlenmektedir. Bu da "*in favor of the last will*" anlayışının bir yansımasıdır.

Bilindiği üzere son tasarrufların tamamlayıcı yorumu, tasarrufların öngörülemez sonuçlar ile uyumlu hale getirilebilmesi için önemli bir araçtır. Böylece, yaşam şartlarının miras bırakanın öngördüğünden farklı şekilde gelişmesi, örneğin vasiyetname lehtarının miras bırakandan önce vefat etmesi, beklenmedik şekilde yeni bir yasal mirasçının doğması, boşanma veya miras bırakanın tekrar evlenmesi, tasarruf konusu malın harcanması, hukuki durumun değişmesi veya para değerinin düşmesi nedeni ile ortaya çıkan düzenleme boşluklarının doldurulması söz konusu olmaktadır.

Aslında tamamlayıcı yorumunun temelinde yer alan farazi irade normatif- objektif sözleşme yorumunda da olduğu gibi spekülasyona dayanmaktadır. Artık olan değil, olması gereken aranmaktadır. Açık konuşmak gerekirse temelde faraziyelere ve düzeltmelere dayanılmaktadır. Fakat bu düzeltici faraziyelerin ve spekülasyonların faydası büyüktür.

Özellikle vasiyetname lehtarının beklenmedik şekilde erken ölümünde yedek ve art mirasçılığın kabulü, vasiyet edilen bir malın terekeden çıkmaması halinde tedarik vasiyetinin kabulü, arka planda sabırsızlıkla miras bekleyen yasal mirasçıların dışlanması anlamına gelmektedir.

²¹ İma kuramına tutarlı argümanlarla karşı çıkan yazarlar için bkz. özellikle BROX/WALKER, Erbecht, Rn 200 m.w.N.; ayrıca bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR Allgemeiner Teil, N 1245 m.w.N.; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 13 vd.; BREITSCHMID, Basler Kommentar, ZGB 469 N 3 und 24.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin ima kuramına karşı çıkan kararları için bkz. BG in BGE 127 III 533, ne yazık ki bu kararlar şimdilik miras sözleşmeleri ile sınırlı kalmış gözükmektedir.

²² Ayrıca bkz. WEIMAR, Berner Kommentar, Vorb. zu ZGB 467 N 71 vd.

Alman yargı kararları, miras bırakanın iradesine geçerlilik tanındığı ve miras bırakan tarafından istenmeyen yasal mirasçılarının dışarıda bırakıldığı takdire şayan tamamlayıcı yorum örnekleri sunmaktadır.

Ne yazık ki Türk yargısı gibi İsviçre yargısı da bu konuda geri kalmıştır, gelişmeleri geriden takip etmektedir. Bu eksikliğin telafi edilmesi gerekmektedir. Bu tutucu tavrı, talihsiz ve geçmişe dayalı yasal mirasçılar lehine olan “altın kurala”, bununla bağlantılı olarak çoktan aşılın imâ kuramının şekil anlayışına ve son olarak çıtası çok yüksek tutulan şahsa sıkı sıkıya bağlı hak anlayışına dayanmaktadır.

Yeni yorum araçları ile daha tatmin edici çözümler bulunabilir. İsviçre yargı kararları da artık bu bağlamda çok daha cesur davranan Alman doktrini ve yargı kararları doğrultusunda ilerlemelidir. Vasiyetnamelerin tamamlayıcı yorumu, daha doğrusu miras bırakanın varsayımsal iradesinin esas alınması, bu varsayımsal irade vasiyetnamede yer alan işaretlere dayanmasa da geçerli kabul edilebilmelidir.²³

-Şahsa sıkı sıkıya bağlılık prensibinden (*certum debet esse* prensibinden) sapma, diğer bir ifade ile miras bırakanın karar yetkisini delege etmesi, dolaylı da olsa miras bırakanın iradi mirasçılar lehine yaptığı tasarrufların ayakta tutulmasını sağlamaktadır. Unutulmasın ki şahsa sıkı sıkıya bağlılık anlayışı her zaman vasiyetnamenin geçerliliğine yönelen en büyük tehdit olmuştur.²⁴ Şimdilerde miras bırakanın yetkilendirmesinin bilinçli, hatasız, yeterince somut olması ve ölçüsüz bir taviz teşkil etmemesi aranmaktadır.

Yaşam süresinin uzaması miras bırakanın uzak geleceği öngörebilmesini ve buna uygun planlar yapmasını zorlaştırmaktadır. Bu noktada demografik gelişme itici bir güç olarak tekrar ortaya çıkmaktadır. Vasiyetnamenin kaleme alınması ile değiştirilmesi arasında gittikçe uzayan zaman aralığı içerisinde yaşanan gelişmelere gereği gibi tepki verilebilmesi için günümüzde maddi anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı olma prensibinden gittikçe artan şekilde, çoğunlukla da sofistیک argümanlar eşliğinde taviz verilmektedir.

*İsviçre Medeni Kanunu’nun 468. maddesinin 2. fıkrasının yeni düzenlenmesinde vesayet altında olan miras bırakanın vasisinin onayı ile miras sözleşmesi yapmasına izin verilmesi de kanun koyucunun şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin taviz vermeyi kabul ettiği anlamına gelmektedir.*²⁵

Uluslararası özel hukuk alanında da ölüme bağlı tasarrufların şekli geçerliliğinin ve bu işlemlere ilişkin tasarruf ehliyetinin geniş gönüllü bir şekilde ele

²³ AEBI-MÜLLER, successio 2012, 4 vd.; RIEMER, recht 2003, S. 39 vd.; BREITSCHMID, successio 2009, 308; BREITSCHMID, Basler Kommentar, ZGB 469 N 29 vd.; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 14 vd.; PIOTET, SPR IV/1, S. 208 vd.

²⁴ Bknz. Leprakranke - Urteil des schw. Bundesgerichts in BGE 100 II 98; ayrıca bknz. BREITSCHMID, Basler Kommentar, ZGB 498 N 13; PIOTET, SPR IV/1, S. 85 vd.; DRUEY, Erbrecht, § 8 N 23 vd.

²⁵ Bknz. SPIRO, FS Druey, 2002, S. 259 vd.; BREITSCHMID, FS Hausheer, S. 477 vd.; ZIMMERMANN, Quos Titius voluerit? München, 1991; STAUDINGER/OTTE, BGB, § 2065 Rn 4 vd.

alınması da bu trendi (in favorem testamenti et heredes ex testamento) ortaya koymaktadır.

-Miras bırakanın ölüm döşğinde sağlar arası işlemler yoluyla yaptığı kazandırmalara toleranslı yaklaşılması da miras bırakanın iradi mirasçılar lehine yaptığı işlemlerin geçerlilik alanını genişleten bir gelişme olarak görülebilir. Bu tür atipik, hybrid sağlar arası ve ölüme bağlı işlemler arasındaki gri alanda yer alan bu hukuki işlemlerin sağlar arasında kabul edilmesi ile herhangi bir şekil şartına tabi tutulmadan geçerli kabul edilmeleri söz konusu olmaktadır. Bu da işlemin ölüme bağlı işlemlerin tabi olduğu şekil ve tip kuralları nedeni ile geçersiz olmasını engellemektedir.

Özetle: Netice olarak üçüncü kişi lehine sözleşmeler, hayat sigortası sözleşmelerindeki lehe kayıtlar, terekeye dahil olmama kaydı ile ortak hesap, şahıs şirketlerindeki halefiyet ve ayrılma kayıtları, mal rejimsel avantajlar, vakıf kurma, trust, postmortal temsil yetkisi verilmesi gibi terekeyi ilgilendiren işlemlerin hiçbiri ölüme bağlı tasarruflar için söz konusu olan şekil şartına ve tipe bağlılık ilkesine tabi tutulmamakta ve bu şekilde kısmen de olsa özel bir mirasçılığın avantajları ile donatılmaktadır.

Özetin özeti: Ölüme bağlı tasarruf serbestliğinin ve iradi mirasçıların yasal mirasçılar karşısında üstün tutulması eğilimi; tamamlayıcı yorumu, iptalin sınırlandırılmasını, şekil şartının esnetilmesini, ima kuramının aşılmasını, ikame ve yedek mirasçılığın kabulünü, maddi anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlılığın yumuşatılmasını ve sağlar arasında ölüme bağlı olarak yapılan kazandırmaların daha toleranslı bir şekilde değerlendirilmesini beraberinde getirmektedir.

Bütün bu örnekler en nihayetinde kritik bir hukuk politikası sorusu ile ilgilidir: Ölüme bağlı tasarruf serbestliği ve tasarruf nisabı, daha doğrusu iradi mirasçılar ve yasal mirasçılar arasındaki menfaat çatışması nasıl çözümlenmelidir? Bu menfaat çatışmasında ölüme bağlı tasarruf serbestliğine ve iradi mirasçılığa mı öncelik verilmelidir, yoksa yasal mirasçılar mı korunmalıdır? Açıkça itiraf edilmese de sorunun çözümünde temel anahtar, hukuk politikası tercihinde yatmakta, yani saklı paylı mirasçılıktan mı yoksa iradi mirasçılıktan mı yana çıkılacağı konusundaki kritik karara bağlı kalmaktadır.²⁶ Sonuç olarak, artık sosyo-ekonomik, demografik ve politik dinamiklerin etkisi altında tasarruf serbestliği ve iradi mirasçılığın üstün tutulması yönündeki eğilimin giderek güçlendiği kabul edilmelidir.

4. Statünün Yerine Fiili İlişkinin Dikkate Alınması

Özellikle demografik dinamiklerden etkilenen dikkat çekici bir gelişme, Sir Maine'nin meşhur sözüne atfen "from status to contract" olarak nitelendirilebilir.

Yasal miras hukukunu tesadüflere bağlı, şekilci ve resmi ilişkiler yerine aktif olarak yaşayan, duygusal bağlantılara dayandırma gerekliliği giderek artmaktadır.

Yaşam birlikteliklerinin kayıt altına alınabilmesi ve evlat edinmenin kolaylaştırılması, resmi statü ve duygusal bağ olarak düşünülebilecek olan iki kutup arasındaki öncü kazanımlar olarak görülebilir. Türkiye'de evlat edinilenin

²⁶ AEBI-MÜLLER, successio 2012, 4 vd.

çifte mirasçılığı (evlat edinmeden sonra da gerçek anne ve baba ile olan resmi akrabalığın kesilmemesi) kanuni mirasçılığın çoğunlukla eleştirilen talihsiz bir kalıntısı olarak görülebilir.

Bu sistemin en önemli dezavantajı şudur: Evlat edinilen çocukla yıllarca ilgilenen, onu büyüten kişiler evlat edinilene mirasçı olamazken, çocuk ile duygusal bağlantısını kesen biyolojik anne baba çocuğun mirasından yararlanabilmektedirler. Bu düzenleme çocuğu evlatlık veren anne babanın çocukları üzerinden çocuğu evlat edinen kişilerin miras bıraktıkları malvarlıklarından yararlanabilmeleri gibi hiç adil olmayan sonuçları da beraberinde getirebilmektedir.

Bazı ülkelerde resmi evliliklerde, daha doğrusu kayıtlı hayat birlikteliğinde duygusal bağın kalktığı anda yasal mirasçılığında sonlanması da ilgi çekicidir. Bu yasal mirasçılığın fiili ve devam eden duygusal bağ ile ilişkilendirilmesi olarak da görülebilir. Gözükene o ki bu hallerde resmi eş statüsü değil miras bırakanın fiili duygusal hisleri esas alınmaktadır.

Bilindiği üzere, bu ülkelerde miras bırakanın boşanma davası açtığı veya açılan boşanma davasını kabul ettiği ve boşanmanın diğer şartlarının da oluştuğu ihtimallerde, yani özetle duygusal evlilik ilişkisinin çözüldüğü hallerde eşin yasal mirasçılığı da sonlanmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin kısa süre önce verdiği bir kararda da boşanma davasındaki davacının ve aynı zamanda davalının mirasçılarına davayı devam ettirme ve eşin mirasçılığının sonlandığını tespit ettirme olanağının verilmesi ilginçtir.

Yasal miras hukuku bilindiği üzere kanunen tanınan, kayıt edilmiş akrabalıklara, evliliklere ve yaşam birlikteliklerine dayanmaktadır. Kanuni mirasçılar, çoğu zaman içten içe gülseler ve miras bırakanın ardından timsah göz yaşları dökseler de çoğunlukla miras bırakanın varlıklarından dahi haberdar olmadığı akrabalarlardır.

Genellikle torunlar, üvey çocuklar, eş çocukları, kayınbaba ve kayınvalide miras bırakana yetişmiş çocuklarından daha yakın olmalarına rağmen çocukların kayırılmış müstakbel mirasçılar olmaları nedeni ile bu yakınların terekeden pay almaları engellenmektedirler.

Ne yazık ki miras bırakan ile birlikte yaşayan ve miras bırakanın ölümünün ardından otuz (Türk Hukuku'nda doksan) günlük geçim giderlerini terekeden sağlayabilecek olan kişiler de sadece belirli yasal mirasçılar olarak görülmektedir.

Türk Hukuku'nda en azından kiracı miras bırakan ile birlikte yaşayanlar resmi mirasçılık sıfatlarından bağımsız olarak özel bir halefiyetten yararlanabilmekte ve kiracı korumasından faydalanabilmektedirler.

Ayrıca belirtmelidir ki bir paradoks olarak miras bırakanın akrabaları ölenin kişilik haklarının korunması konusunda harekete geçebilmektedirler.

Miras bırakanın en azından bu kişileri yasal mirasçı olarak tayin edebilmesi giderek daha sık önerilmektedir.²⁷

²⁷ Kanuni mirasçılığın şemacı yaklaşımına karşı bkz. BREITSCHMID, successio 2007, 142 vd., 202 vd. ve successio 2009, 279 vd.; EITEL, Mélanges Tercier, S. 191 vd.; TERCIER, Festgabe Schnyder, S. 799 vd.; WOLF, ZBJV 143, 308 vd.

Bu öneriler Türkiye’de özellikle kayda geçmedikleri halde yıllar süren birçok dini nikahlı eş ve bu evliliklerden olan resmi olarak tanınmamış olan çocuklar için ayrı bir önem taşımaktadır. Bu tür birlikteliklerin Türkiye’de kaydettirilemediklerini ayrıca hesaba katmak gerekir. Bu da belirtilen sosyal sorunun vahametini ağırlaştırmaktadır.

Kanuni mirasçılığın fiilen devam eden duygusal ilişkilere özgülenmesi ispat hukuku, daha doğrusu hukuk güvenliğine ilişkin kaygılar nedeni ile tamamen reddedilmektedir. Aslında ispat zorlukları kolayca bertaraf edilebilir. Nitekim bazı ülkelerde mirasçılık maddi ihtiyaç içerisinde olmaya ve miras bırakan ile yaşanan ilişkinin uzunluğuna bağlanmaktadır. Aslında, fiili ve duygusal ilişkinin ispatı sorununun da aşılması mümkündür. Bu konuda destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında fiili ve duygusal bağın tespitinde kullanılan usullerden yararlanılabilir. İstenirse kanuni mirasçılık da aynı kriterlere dayanılarak saptanabilir.

Bilindiği üzere, destekten yoksun kalma tazminatının istenebilmesi için ölen kişi ile destekten yoksun kalan kişi arasında fiili ve duygusal bir bağın olması yeterlidir. Tazminat hakkına sahip olunabilmesi için yasal nafaka yükümlülüğünün bulunması gerekmemektedir.²⁸ Öte yandan, miras bırakanın evli olmadığı ve arasında akrabalık bağı olmamasına rağmen birlikte yaşadığı kişiler de sosyal olarak korunmaya değer görülmektedirler. Miras bırakanın ölümü halinde destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilen, miras bırakanın en özel kişilik hakları üzerinde (örneğin organlarının bağışlanması hususunda) ölümünün ardından yetkili olan ve son sözü söyleyebilen kişilerin kanunen tereke üzerinde de hak sahibi olabilmeleri gerekir.

Eğer bu şekilde tanımlanan yasal mirasçılık ispat zorlukları nedeni ile reddedilecekse miras bırakana en azından bir teselli armağanı verilmelidir. Eğer miras bırakan belirli mirasçılara daha çok kazandırmada bulunmak istiyorsa, “iyi niyetle mirasçılıktan çıkarma” daha doğrusu “*mejora*” gündeme gelmeli ve saklı pay kuralları bir ölçüde esnetilmelidir.

Kanun koyucuya bu doğrultuda bir çok öneri sunmak mümkündür. Fakat pozitif hukuk söz konusu olduğunda hala sıkı sıkıya kapalı kapılar ile karşı karşıya kalınmaktadır.

5. Miras Bırakanın Post Mortal Tasarruf Yetkisinin Zaman Açısından Sınırlandırılması

Ekonomik ve hukuk politikasına ilişkin itici güçler tarafından harekete geçirilen dikkat çekici bir gelişme de miras bırakanın çok uzak geleceğe ilişkin tasarruflarının sınırlandırılmasıdır.

Malvarlığının tek elde toplanmasının engellenmesi ve mülkiyetin serbestçe el değiştirebilmesi ve demokrasi prensibine hizmet eden iki kademedan fazla art mirasçı atama yasağı, art mirasçı atamasına ve sürekli yüklemelere ek zamansal sınırlamalar getirilmesi ile *praeter legem* tamamlanmaktadır. Miras bırakan gelecekte birden fazla nesli etkileyecek şekilde tereke üzerinde tasar-

²⁸ Ayrıca yakın, uyumlu, uzun ve sürekli bir evlilik dışı ilişki Türkiye’de olduğu gibi İsviçre’de de uygun bir tazminat talep edilebilmesi için yeterli görülmektedir. (en son BGE 138 III 157)

rufta bulunamamalıdır. Örneğin Alman Hukuku'nda otuz yılın geçmesinin ardından miras hala art mirasçıya geçmemişse art mirasçı ataması geçerliliğini yitirmektedir (§ 2109 BGB).

Yaygın görüşe göre diğer hukukların aksine İsviçre ve Türk Hukuku'nda kanuni bir düzenlenmeye dayanmayan terekenin nihai intikalinin uzak bir geleceğe ertelenmesi yasağı (rule against perpetuities), intifa ve üst hakkının en fazla yüz yıl için kurulmasına izin veren hükümlerin (ZGB Art. 749 II ve 779 I) kıyasen uygulanması ile hukuk sistemimizdeki yerini alabilir.

Kanun koyucu yüklemeler için herhangi bir zamansal sınırlama getirmemiş olsa da iki kademededen fazla mirasçı atamasının yasaklanması dikkate alındığında, iki nesil için normalde 50 veya 70 yıl arasında olacak zamansal sınırlamanın yüklemeler için de uygulanması önerilmektedir. Saf malvarlıksal edimlerde de otuz yıllık bir sınırlamanın uygun olacağı düşünülmektedir.²⁹

Öte yandan miras bırakanın kızını saf dışı bırakarak ve kanunu dolanarak malvarlığını çeşitli kazandırmalar yoluyla mümkün olduğunca erkek evlatlarına bırakma çabası engellenmektedir.

Anayasanın miras hukuku üzerindeki etkisinin ele alındığı kısımda bu noktaya özel olarak değinilmiştir. Bütün malını oğullarına bırakmak isteyen kişi kızını ahlaka aykırı bir ayrımcılıkla karşı karşıya bırakacaktır ki buradaki ahlaka aykırılık kavramı Anayasa tarafından şekillendirilmektedir.

6. Manevi Değerlerin Miras Yoluyla İntikali

Bu bölümde aslında devri mümkün olmayan manevi değerlerin miras yoluyla intikalini inceleyeceğiz. Manevi hakların çok dikkat çekici bir şekilde ticarileşmesi sürecine farklı kararlarda rastlıyoruz:

a) Yasama ve öğreti tarafından şahsa sıkı sıkıya bağlı aile hukuku davalarının mirasçılara devrinin mümkün kılınması, çekingen de olsa bu yönde atılan ilk adım olarak dikkat çekmektedir. Bu şahsa sıkı sıkıya bağlı davaların devrinin maddi mirasçılık çıkarlarına dayandığı açıktır.

Davanın mirasçılar tarafından sürdürülmesine izin verilmesi ya mirasçılığı engeller (boşanma veya soybağının reddi davasındaki gibi) ya da tam tersi mirasçı olunmasını sağlar (babalık davasında olduğu gibi).

Türk yargısı tarafından boşanma nedeni ile mahrum kalan mirasçılık hakkının bir zarar kalemi olarak kabul edilmesi ise son bariz gelişmedir.³⁰

b) Bu çerçevede fikri mülkiyet hukuku alanında gözlemlenen keskin bir yön değişikliği de özellikle dikkat çekicidir. Yayınlama, eser sahipliğinin tanınması ve eser bütünlüğünün korunması gibi manevi değerlerin diğer bir değişle eser sahibinin kişilik haklarının (droits moraux) metalaşması giderek daha

²⁹ STAEHELIN, Basler Kommentar, ZGB 482 N 32.

³⁰ ÖZTAN, Aile Hukuku, S. 484; DURAL, Aile Hukuku, S. 144.

fazla kabul görmektedir. Bu metalaşma süresi neticede şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların mirasçılara devredilebilir olmasını da beraberinde getirmektedir.³¹

c) Miras bırakan hayatta iken şahsa sıkı sıkıya bağlı gayri maddi değerlerin ihlali nedeni ile ortaya çıkan, örneğin kişilik hakkı nedeni ile manevi tazminat talep edilmesi gibi taleplerin devredilebilir olmasının kabulü bu yöndeki diğer bir adımdır. Manevi tazminat talebinin intikali kişilik hakkı ihlal edilen kişinin bu talebe ilişkin iradesini açıklamamış olduğu hallerde de uygulama alanı bulmalıdır.

Almanya ve Avusturya'daki gelişmeye paralel olarak maddi olmayan tazminat taleplerinin mirasçılara devri kırk yıl önce Türk Medeni Kanunu'nda da kabul edilmiştir. Bu gerçekçi ve mantıklı bir adımdı. Manevi tazminatın maddi tazminat veya menfaat devri talebinin adeta bir eki olarak gelişmesi, bu talebin miras yoluyla devredilememesini giderek daha çok sorgulanır hale getirmişti.

Ticarileşmiş manevi fikri hakların ve çok boyutlu kişilik hakkı değerlerinin miras yoluyla devredilebilmesi karşısında manevi tazminat talebinin intikaline izin verilmemesi geçerliliğini giderek daha fazla yitirmektedir.

Ayrıca manevi tazminat talebinin miras yoluyla devredilememesi, talep hakkı sahiplerinin eşit olmayan bir muameleye tabi tutulmasına ve zarar verenin haksız bir şekilde korunmasına neden olmaktadır.

Miras bırakandan hasta yatağında dava takip yetkisi almaya çalışan paragöz mirasçı dava açma hakkını kazanırken saygılı ve ölçülü davranan mirasçı bu hakka sahip olmayacaktır.

Öte yandan, zarar veren manevi tazminat talebinin miras yoluyla intikal etmemesi bahanesinin arkasına sığınarak miras bırakandan kalan haklı bir manevi tazminat talebine karşı kendisini savunabilecektir. Bu da birçok kişilik hakkı ihlalinin yaptırımsız kalmasına neden olacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 25.maddesinin 4. fıkrasının talihsiz yeni düzenlemesine (ki bu İsviçre'de de halen geçerli olan düzenlemedir) göre manevi tazminat talepleri ancak miras bırakan tarafından ileri sürülmüş oldukları sürece miras yoluyla intikal edebilecektir.

Bu şartlar altında hakime makul ve gerçekçi bir çıkış yolu olarak sadece karine olarak miras bırakanın dava açma iradesinin olduğunu kabul etmek kalmaktadır.³²

d) Kişilik hakkının maddi değer taşıyan ad, resim, ses veya el yazısı gibi unsurlarının miras yoluyla devredilebilmesinin kabulü ve bu yolla mirasçılara maddi tazminat davası açma hakkı tanınması da öncü ve önemli bir değişiklik olarak kabul edilebilir. Bu değişiklik aynı zamanda miras bırakana ait sayılan değerlerin etkin bir şekilde korunmasını sağlar.³³ Böylece fikri hakların

³¹ Vgl. METZGER, Rechtsgeschäfte über das droit moral, München, 2002; BREITSCHMID/KAMP, successio 2011, 26/27; SEROZAN/ENGİN, Miras Hukuku, § 1 N 151 vd., S. 108 vd.

³² SEROZAN/ENGİN, Miras Hukuku, § 1 N 151 vd., S. 108 vd.

³³ Alman Federal Mahkemesi'nin Marlene Dietrich kararı bu konudaki en temel ve en önemli örnektir. BGH. (BGHZ 143, 214 vd.) Mahkemenin bu kararının yerindeliği Anayasa Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır.

ticarileşmesi fikri şimdilik geleneksel fikir ve sanat eserleri hukuku elverdiği ölçüde kişilik hakları alanına da taşınmaktadır.³⁴

e) Ayrıca miras bırakanın kişilik hakkına yönelik ihlallerin miras bırakanın belirli yakınları tarafından *post mortem* temsilci sıfatı ile takip edilmesine de izin verilmektedir. Fakat bu halde para ölen kişiye yaramayacağı için maddi tazminat talep edilmesi mümkün olmamaktadır.³⁵ Bu nedenle kişilik hakkının bir maddi unsurunun olduğunun kabulü ve bu suretle kişilik hakkının daha etkin bir şekilde korunması takdire şayandır. Hukukun görevi bu gelişmeye karşı durmak değildir. Hukukun temel amacı kişinin vefatının ardından da etkin bir kişilik hakkı korumasını sağlamaktır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde miras bırakanın kişilik hakkının etkin bir şekilde korunmasının üç boyutlu olduğu söylenebilir:

aa) Miras bırakanın *haysiyet* gibi maddileşmemiş kişilik hakkı değerlerinin fikri mülkiyet hukukundan ilham alan bir şekilde yakınları tarafından *post mortem* temsilci sıfatıyla korunması. Tabii bu halde maddi tazminat istenemeyecektir.

bb) Maddi değer taşıyan manevi tazminat talebini de kapsayan kişilik değerlerinin miras yoluyla devralan mirasçılar vasıtasıyla doğrudan koruma. Bu çerçevede maddi tazminat da talep edilebilecektir.

cc) Miras bırakanın kişilik hakkının ihlalinin aynı zamanda mirasçıların kişilik hakkını ihlal ettiğinin kabul edilmesi. Bu yöntem gerek Türkiye’de gerekse İsviçre’de hukuken tanınan tek *post mortal* korumadır. Kavram hukukçuluğuna dayanan argümanlar ile desteklenen ve *post mortal* kişilik korumasını dar bir çerçeveye hapseden bu tutucu görüş artık aşılmalıdır.³⁶

7) Miras Bırakanın ve Mirasçıların Korunması İçin Temel Hakların Seferber Edilmesi

Miras hukukunun anayasallaşması daha doğrusu anayasayı odak alması hukuk politik dinamikler ile harekete geçen ilgi çekici bir gelişmedir. Bu bölümde anayasada yer alan temel prensiplerin miras hukuku alanında doğrudan uygulanmasını ele alacağız.

a) Bu çerçevede ilk önce anayasanın eşitlik ilkesinin miras hukukundaki yansımalarını ele alacağız.

Altsoyun denkleştirme yükümlülüğünde ve yasal miras dağılımında temel alınan eşit muamele ilkesi anayasallaşma çabaları sayesinde miras hukuku alanında kendine daha da geniş bir yer bulmaktadır.

Uzun yıllardan beri kız evlatlar erkek evlatlar, anne babaları evli olmayan çocuklar anne babaları evli olan çocuklar, son doğan çocuklar ilk doğan çocuklar, evli olmayan çocuklar evli çocuklar karşısında ayrıma uğramaktan

³⁴ HARDER/KROPPENBERG, Erbrecht, S. 8 N 20; SEROZAN/ENGİN, Miras Hukuku, § 1 N 151 vd., S. 108 vd.

³⁵ SEROZAN/ENGİN, Miras Hukuku, § 1 N 151 vd., S. 108 vd.

³⁶ Yeni bir karar için bkzn. BGE 129 I 302 (Anton-Dignitas Entscheidung) m.w.N. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu tutucu tutumunun eleştirisi için bkzn. s. BREITSCHMID/KAMP, successio 2011, 19 vd.; BÜCHLER, AJP 2003, 3 vd.

korunmaktadır. Erkek evlâdın alt soyunun önceliği de eşit muamele kuralı karşısında kaldırılmıştır.

Benzer şekilde aile malvarlığının muhafazası için evlilik dışı çocukları dışlayan ataerkil düşünce uzun zamandır aşılmıştır.

Kırsal ve tarıma dayalı çevrelerin evlilik dışı çocukların, eşlerin ve aile malvarlığının başka ailelere geçmesine neden olabilecek olan kız çocuklarının eşit muameleyle tabi tutulması karşısındaki direnişleri zamanla ortadan kalkmıştır. Evlilik dışı çocukların, eşlerin ve kız çocuklarının eşit olmayan muamelelere maruz kalmaları engellenmiştir.

Kız çocukların saklı paylarının etrafından dolanmak ve denkleştirme veya tenkis taleplerini ortadan kaldırmak için miras bırakanın sağlığında erkek evlatlar lehine muvazaalı işlemler yapılması yaygın bir uygulamadır. Bu muvazaalı işlemler genelde satım veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi şeklinde ortaya çıkmaktadırlar.

Yargıtay bu uygulamayı engelleyebilmek için sadece muvazaalı işlemin değil, aynı zamanda taraflar arasındaki gizli işlemin de geçersizliğine karar vermektedir.

Bu tutum sevindirici bir şekilde kız çocuklarının sadece saklı paylarını değil miras paylarının tamamını alabilmelerini sağlamaktadır. Bu şekilde erkek evlada kazandırılan taşınmaz (bu durumda geçersizlik nedeni şekle aykırılık olacaktır) veya taşınır (bu durumda geçersizlik nedeni ahlaka aykırılık olacaktır) terekeye dahil edilecek ve terekeye dahil edilen değer tüm mirasçılar tarafından paylaşılacaktır.

Bu cesur yargı kararı kız çocuklarının anayasaya uygun olacak şekilde eşit muamele görmesini sağlamaktadır.

Nota bene: Bu tür muvazaalı devirlerde kardeşler arasındaki kanuni denkleştirme talebi boşa dönmektedir. Zira bir kere muvazaalı bir işlem yapması miras bırakanın kazandırmayı denkleştirmeye tabi tutmama arzusunun ortaya koyar. Ayrıca denkleştirme olanağı uygulamada mahkemeler tarafından genellikle atlanmakta ve uygulanmamaktadır.

Erkek evlatlarla yapılan muvazaalı işlemlerin (çoğunlukla anayasaya dayanan ahlaka aykırılık nedeni ile) engellenmesi, hukuk politikasına dayanan ayrımcılık yasağının tipik bir yansıması olarak görülebilir.

Ayrıca yargının bu tavrı, aile malvarlığının erkek evlatlarda kalmasını ve bu aktarımın nesiller boyunca devam ettirilmesini engellemeyi amaçlayan hukuk politikası tercihinin bir uzantısıdır.

Kız evlatlar evlendikten sonra aile malvarlığının başka ailelere geçmesine neden olabilirler. Bu geçiş erkek evlatlar lehine yapılan muvazaalı devirler yoluyla engellenmek istenmektedir. Bu konuda kanunun etrafından dolanma çabası yargının tavizsiz kararları ile yasaklanmaktadır.

Uygulamada yaygın olan ve kanun tarafından engellenmeyen bir diğer yöntem olan kız çocukların akrabaları ile evlendirilmesi de aile malvarlığının erkek soyunda kalmasına hizmet etmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki erkek evlatları kız evlatlar karşısında kayıran ölüme bağlı tasarruflar anayasal ayrımcılık yasağı ve bununla bağlantılı olarak ahlaka aykırılık yasağı ile engellenmektedir.

Bağışlamada eşitlik de ayrıca gündeme gelmektedir, yani bu tür büyük bağışlamalar yardım amacı olsun olmasın mirasçılar arasında denkleştirmeye tabi olmalıdır.

Bu eğilim de terekenin eşitlik ilkesine uygun ve sosyal olarak da adil bir şekilde paylaşılmasını sağlamaktadır.³⁷

b) Anayasanın miras hukuku üzerindeki doğrudan etkisi çerçevesinde yakın akrabaların sosyal devlet prensibine uygun olarak korunması da dikkat çekicidir. Bu bağlamda sosyal açıdan korumaya muhtaç olan kişilere tanınan çeşitli haklar değinilmeye değerdir:

aa) Çocukların ve torunların denkleştirme talepleri

bb) İhtiyaç içerisindeki hamile annenin geçiminin sağlanması talebi

cc) Miras bırakanın ölümünün ardından miras bırakanla birlikte yaşayan kişilerin bir aylık (Türkiye’de üç aylık) geçim giderlerinin terekeden karşılanmasını talep edebilmeleri

dd) Eğitimine devam eden veya bakıma muhtaç olan çocukların uygun bir nafaka talep edebilme hakkı

ee) Sağ kalan eşlerin daha doğrusu partnerin ortak ev ve ev eşyalarının paylaşımındaki önceliği

ff) Son olarak, ölen kiracının ortaklarına veya birlikte yaşadığı kişilere kira sözleşmesine devam etme hakkı tanınması

Türk Hukuku’nda ölen kişinin birlikte yaşadığı kişilerin geçim yardımı talep edebilme sürelerinin doksan güne çıkarılması ve ölen kiracının birlikte yaşadığı kişilere sözleşmeye devam etme hakkı tanınması özellikle ilgi çekicidir.

Ölen kiracı ile birlikte yaşayan kişilere bu kişilerin mirasçı olması şartı aranmadan sosyal bir koruma anlayışı ile sözleşmeye devam etme hakkı tanınması Türk Borçlar Kanunu’nun 356.maddesinde ve Alman Medeni Kanunu’nun §§563/563a. paragraflarında düzenlenmiştir.

Denkleştirme talebinin torunlara da genişletilmesi (eskiden Türkiye’de sadece çocuklar bu talepte bulunabilirlerdi) ve otuz günlük geçim ihtiyacının doksan güne çıkarılması dikkat çekici ve memnuniyet vericidir.

De lege ferenda sadece altsoyun değil, miras bırakanın ev düzeni içerisinde çeşitli edimler yerine getiren diğer kişilerin de bu talepte bulunabilmesi gerekir.

Özellikle miras bırakana uzun süre bakan ve ona bu şekilde fayda sağlayan kişinin “de lege ferenda” en azından ayrıcalıklı bir ödül talebi olabilmelidir.

Ama bu bölümde ele alınan anayasanın miras hukuku üzerindeki doğrudan etkisi miras hukukçularının temel ilgi alanı değildir. Miras hukukçuları daha ziyade temel hakların ahlaka aykırılık gibi genel takdiri kavramlar üzerinde ne gibi dolaylı ve yatay tesirleri olduğu ile ilgilenirler.

c)Uzun yıllar boyunca ahlaka aykırılık edep duygusuna (özellikle cinsel edep duygusuna) aykırılık olarak görülmüştür. Bu nedenle metres vasiyetna-

³⁷ EITEL, Berner Kommentar, ZGB 626 N 84 vd.; DRUEY, Erbrecht, § 7 N 38.

mesi olarak adlandırılan kazandırmaların geçersiz sayılması yaygın bir uygulamaydı. Bugün ahlaka aykırılık cinsellikten bağımsız seküler bir değer yargısı ile ele alınmaktadır. Nüfusun çoğunluğunun cinselliği odak alan muhafazakar anlayışına değil, anayasanın demokratik ve liberal esaslarına dayanılmaktadır.

Önceden ölüme bağlı tasarrufların ahlaka aykırılık nedeni ile iptal edilebilirliği, temelde metres vasiyetnamelerinin iptaline indirgenirken, son zamanlarda temel hakların miras bırakanın tasarruf serbestliği üzerindeki etkisi özellikle özgürlük kısıtlamaları ve ayırım yapma niyeti bağlamında ele alınmaktadır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar özellikle evlenme, boşanma, çocuk sahibi olma özgürlüğü; politik, dini eğitim veya meslek tercihi kabul edilemez bir şekilde sınırlandırılmış gibi gözüküyorsa buna ilişkin tasarruf (çoğunlukla şart) geçersiz sayılmaktadır.

Miras bırakan, kişilerin anayasa tarafından özellikle korunan özgür tercihlerini miras yoluyla baskı altına alamamalıdır. Eğer bu tür bir baskı söz konusu ise “*nemo auditur*” prensibi gereği ve İsviçre Borçlar Kanunu madde 66’da da olduğu gibi kazandırma lehtarda kalmalıdır.³⁸

Bu şekilde anayasal temel haklar tarafından şekillendirilen ahlaka aykırılık kavramı ile miras bırakana belirli sınırlar çizilmelidir.

Miras bırakan mirasçılarının özel hayatına detaylı tasarruflar ile müdahale edememeli ve mezarından uzattığı soğuk eli ile mirasçıların hayatını değiştirecek despotik etkilerde bulunamamalıdır. Özellikle miras ehil olmama kayıtları son zamanlarda tartışmalara neden olmuştur. Miras bırakanın mallarının sadece erkek evlatlara kalmasını istemesi ve toplumdaki konumuna uygun, denk bir evlilik sürdürmeyenleri mirasından yoksun bırakması, anayasa, özellikle evlilik serbestliği ve eşit muamele ilkesi ışığında ahlaka aykırı ve geçersiz kabul edilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi öğretinin de onayı ile müstakbel eşler için öngörülen denklik kayıtlarının mirasçıların eş seçme serbestliğine aykırı olduğuna hükmetmiştir.³⁹

Öte yandan, miras bırakan cinsiyete, ırka veya politik tercihe dayalı ayırmacı kazandırmalarda da bulunamamalıdır. Özellikle güney ülkelerinde adet olduğu üzere terekenin erkek soyunda kalması için kız çocukları mağdur edilmemelidir.

d) Miras bırakanın aristokratik vesayetine özellikle haksız özgürlük kısıtlamalarına ve ayrımcılığına karşı anayasal ahlaka aykırılık kavramının yardımı ile yürütülen bu savaş güncelliğini uzun süre koruyacaktır.⁴⁰ Ayrıca mirasa konma hırsı ile mücadele de şimdilerde ağırlıklı olarak anayasal ahlaka aykırılık kavramının şemsiyesi altında yürütülmektedir. Kişiler arasındaki ilişkilerde irade özerkliği ve adalet, anayasal düzenin temel değerleri olarak özellikle korunmalıdır. Bu anayasal değerler “ucu açık” ahlaka aykırılık kavramı ile miras hukukuna da girmelidir. Aslında bu gibi hallerde irade sakatlığı ve mirastan mahrumiyet gibi çeşitli hukuki olanaklardan da yararlanılabilir, ama

³⁸ ABT, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, 2002, S. 119 vd.; WOLF/SANDRO-GENNA, SPR IV/1, 320.

³⁹ BVerfG in FamRZ 2004, 765 vd.

⁴⁰ THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, Berlin, 1973, S. 300 vd.

ahlaka aykırılık kavramı esnekliği nedeni ile her zaman dikkat çekici ve ikna edici bir şekilde daha çok tercih edilmiştir.

Yaşam beklentisinin ve demans (dementia praecox) hastalıklarının artması karşısında miras bırakanları caiz olmayan, hileli ve ahlaksız etkilerden koruma gereğinin de gittikçe arttığı apaçık ortadadır. Bakıcısına, danışmanına ve bakım evine güvenen yaşlı ve bakım ihtiyacı içerisindeki kişiler, yardım ihtiyaçları ve iyi niyetleri kötüye kullanılarak tuzağa düşürülmekte ve sömürülmektedirler.

Almanya’da yasa koyucu bu yöndeki ilk adımı bakımevi yasasının çıkarılması ile atmıştır. Bu yasa miras bırakanı açık veya gizli baskılardan korumak için bakımevi personeli lehine ölüme bağlı tasarruf yapılmasını yasaklamaktadır.

Bakımevi yasasının temelinde yer alan menfaat çatışması yakında miras hukukunun geleceğe ilişkin sorunlarından biri olarak boy gösterecektir. Bu doğrultuda güçlü bir pozisyonu olan doktorlar, bakım personeli ve malvarlığı danışmanı gibi kişiler lehine yapılan kazandırmaların yasaklanması da haklı görülebilecektir.

Amerikan hukuk uygulaması son irade üzerindeki bu tür hileli etkileri (*undue influences*) düzenlemekte, iş ortakları ve din adamları lehine yapılan tasarruflarda da benzer bir varsayımı kabul etmekte ve haksız etkiye karşı istikrarlı bir mücadele vermektedir.

Mirasa konma planlarına karşı benzer bir korumayı Avusturya’da özellikle irade bozuklukları alanında geliştirilen “dinamik mekik sistemi” (bewegliches System) ve “kum yığını teorisi” (Sandhaufentheorem) sağlamaktadır. Orada da haksız etkileme

hile kavramı geniş yorumlanarak işlemi hükümsüzlüğe sürükleyebilmektedir.

Bu şekilde mirastan yoksunluk, saik hatası, hile ve ahlaka aykırılık nitelelendirmesinin yapılmasını engelleyen bir eksiklik, diğer kavramların mevcut unsurların toplanması yoluyla aşılabılır. Şartların tam sağlanamadığı gerekçesi ile uygulanmayan bir kavram komşu kavramlara ait şartların mevcudiyeti ile tamamlanabilmekte ve uygulama alanı bulabilmektedir.⁴¹

Fakat burada ölçülülük ilkesi dikkate alınmalı ve müdahale abartılmamalıdır. İlerleyen yaşlarına rağmen yaşlı insanlar da kural olarak pekala duygularına sahip çıkabilir ve ölüme bağlı tasarruf serbestliğini İsviçre, Türkiye ve Almanya’da (ZGB Art. 467, TMK 502 ve BGB § 2229) vasiyetname yapma ehliyetine sahip olan on beş veya on altı yaşındaki çocuklardan daha az bilinçli olmayacak şekilde kullanabilirler. Dolayısıyla yaşlı kişilerin ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetinin özel olarak kontrolü yaşlı kişilere karşı bir ayrımcılık teşkil edecektir.⁴²

Bu nedenle miras bırakanın aşırı korunmasının son tahlilde miras bırakanın vasiyetname düzenleme serbestliğinin içinin boşaltılması ve eskiden metres vasiyetnamelerinde olduğu gibi yasal mirasçılarının haksız yere korunması tehlikesini de beraberinde getirdiği unutulmamalıdır. Bu yönde bir gelişme ise hiç mi hiç arzu edilmez.

⁴¹ KRAMER, Methodenlehre, FN 226.

⁴² AEBI-MÜLLER, successio 2012, 4 vd.; BGE 132 III 305.

Tekrar etmekte fayda vardır: Ölüme bağlı tasarrufların geçersiz kılınması miras bırakanın yasal mirasçılarını mirasından yoksun bırakma iradesini etkisiz kılacaktır.

8. Hantal Miras Ortaklığında Elbirliği İlkesinin Esnekleştirilmesi

Aile dayanışmasının azalması nedeni ile elbirliği ilkesine esneklik kazandırılması gerekliliği göz ardı edilemeyecek bir gelişmedir. Günümüzde egoist mirasçılar arasında gerçek bir savaş alanına dönen miras ortaklığında elbirliği mülkiyetinin kullanılması giderek zorlaşmaktadır. Elbirliği ortaklığının esnetilmesi, özellikle birçok ülkede miras payları üzerinde tasarrufta bulunulmasına izin verilmesi, mirasçıların finansman ihtiyaçlarının daha doğrusu müstakbel miras payının ticarileşmesinin bir ifadesidir. Bu şekilde aslında satılması mümkün olmayan bir değer “*spes hereditatis*”, açıkça satılık bir mala dönüşmektedir.

Türkiye’de miras ortaklığındaki elbirliği ile mülkiyet ilkesinden sapılan iki hal özellikle dikkat çekicidir:

a) Her mirasçı elbirliği ile mülkiyetin paylı mülkiyete çevrilmesini isteyebilmektedir (TMK 644).

b) İkinci sapma da yargı kararlarında *a maiore ad minus* argümanına dayanarak belirli taşınmazlar üzerindeki miras payının kısmen veya tamamen devrine izin verilmesidir. Daha sonra kanun koyucu da TMK 677’de bu devre açıkça izin vermiştir.

Bu ilginç bir gelişmedir. Zira mirasçı miras ortaklığındaki payı üzerinde tasarrufta bulunabilir, ama terekedeki somut bir mal üzerinde bu mal elbirliği ortaklığına tabi olduğu için serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkı yoktur. Mirasçının terekeye dahil olan her bir mal üzerinde belirli bir paya sahip olması söz konusu değildir. Münferit mallar üzerinde mirasçılar ancak birlikte tasarrufta bulunabilirler.

Elbirliği ilkesinin bu şekilde törpülenmesinin akrabalık ilişkilerinin zayıflamasına, özellikle kardeşler ve sağ kalan eş arasındaki aile dayanışmasının gevşemesine dayandırılması gerçek dışı olmayacaktır. Bazı ülkelerin yargı kararlarında ve yasalarında sistemin yapısına aykırı olarak ortaya çıkan bu tavizlerin mirasçıların finansman ihtiyaçlarının bir yansıması olduğunu kabul etmek gerekir. Aynı zamanda bu gelişme miras beklentisinin (*spes hereditatis*) ticarileşmesi ile de yakından ilişkilidir.

Bu şekilde diğer mirasçıların ve vasiyet alacaklılarının aleyhine elbirliği ilkesinden sapılmasına ve mirasın israf edilmesi riskine izin verildiği gerçeği çoğunlukla görmezden gelinmektedir. Unutulmamalıdır ki elbirliği mülkiyetinin amacı terekenin bir bütün olarak vasiyet alacaklıları ve mirasçılar için muhafaza edilmesidir.

9. Mirasçıların Miras Bırakanın Borçlarından Sorumluluğunun Hafifletilmesi

Mirasçıların miras bırakanın bilinmeyen borçlarından dolayı sorumluluğunun azaltılması da aile dayanışmasının azalmasının bir sonucu olarak görülebilecek dikkat çekici diğer gelişmelerden biridir. Pozitif hukuka göre mirasçı-

lar, miras bırakanın tüm borçlarından borcu bilip bilmemelerinden bağımsız şekilde sınırsız olarak, elbirliği ile ve kendi malvarlıklarıyla sorumludur.

Yukarıda değinilen aile yapısındaki değişiklikler nedeni ile mirasçıların miras bırakanın borçlarından sınırsız, kişisel olarak ve elbirliği ile sorumlu olmaları çağ dışı kalmış bir düzenleme gibi gözükmektedir. Dayanışmanın azalması miras bırakanın borçlarının mirasçılara intikal etmesinin doğallığını da sorgulanır hale getirmektedir.

Miras bırakanın bütün borçlarının kapatılması gerektiği yönündeki kanı da aile yapısının değişmesi ile çoktan aşılmıştır. Mirasçıların artık birlikte üstlenilmemiş olan borçların arkasında durmaları gerekli görülmemektedir. Ayrıca mirasçıların miras bırakanın maddi durumunu hesaplamaları da çok zordur.

Bu tespit mirasçıların sorumluluğun yumuşatılması görüşünü de beraberinde getirmiştir. Bu katı sorumluluğun bilinmeyen borçlar için sınırlandırılması kolay olmamıştır. *De lege ferenda* bir öneri olarak terekenin İskandinav ülkelerinde veya İngiltere’de olduğu gibi mirasçıların talebinden bağımsız olarak resmi olarak yönetilmesi, envanterinin çıkarılması ve bunun kendiliğinden uygulanacak genel bir kural olması savunulmaktadır. Bu ülkelerde özel bir tereke tasfiye sistemi kabul edilmiştir. Miras bırakanın malvarlığı ölümünün ardından emaneten tereke yöneticisine geçmektedir ve alacaklılar taleplerini ancak bu kişiye yöneltebilmektedirler.

Kanunen öngörülen sürenin aslında uzatılamamasına rağmen uygulamada işlemekte olan miras red süresinin uzaması ve işlemiş olan sürenin baştan (sıfırdan) başlaması da ilginçtir.⁴³

Tabii kanun koyucunun inisiyatif olarak miras red süresinin uzamasını açıkça düzenlemesi çok daha pratik ve faydalı olurdu.

Öte yandan, İsviçre Medeni Kanunu’nun 571. maddesinde yer alan zımni kabul karinesinin irade sakatlığı nedeni ile iptal edilmesi olanağının geniş gönlülü bir şekilde uygulanması da mirasçıların katı bir sorumluluktan kurtulmalarını sağlar. Ayrıca *de lege lata* olarak yasal mirasçılar lehine mirasın reddedilmesi yöntemine geniş bir uygulama alanı tanınması da mirasçıların sorumluluğunu hafifletir.

Gerçi üç aylık düşünme süresi boyunca Türk ve İsviçre Hukuku’nda mirasçılar aleyhine cebri icra yoluna başvurulamaz, ama bu usuli işlemlerinin başlatılmasına engel olmaz. Bu husus Alman Medeni Kanunu’nun 1958. paragrafında farklı düzenlenmiştir. Bugün İsviçre ve Türkiye’de giderek artan şekilde mirasın reddi süresi dolana kadar mirasçılar aleyhine dava açılması savunulmaktadır. Cebri icra yasağının kıyas yoluyla dava yasağı olarak uygulanması da aynı şekilde mirasçıların katı sorumluluğunu hafifletmektedir.

Takdir edileceği üzere borçlunun mirasçılarının sorumluluğunun çok önemli bir *ratio legis* vardır. Borçlunun borçlarını kapatacağına duyulan güven borçlunun ölümü ile zedelenmemelidir. Miras hukukçularının mirasçılar ve miras bırakanın alacaklıları arasındaki kritik menfaat dengesini sağlamak gibi zor bir görevleri vardır.

⁴³ GÖKSU, Handkommentar, ZGB 576 N 1.

10. Devletin Terekeden Aldığı Payın Artırılması

Miras hakkını karşılıksız elde edilmiş bir malvarlığı olarak gören hukuk politikası anlayışının zorunlu bir yansıması olarak veraset ve intikal vergisinin artırılması gündeme gelmektedir. Mirasın herhangi bir emek olmaksızın kazanılması söz konusu olduğu için bu kazanıma biraz daha adalet getirilmek istenmektedir. Yasal mirasçılarının çerçevesi giderek daha da daraltılmaktadır. Devlet, hemen hemen her ülkede mirasçılar çemberine daha erken dahil olmaktadır.

Ayrıca veraset ve intikal vergisinin artırılması ile mirastan kamunun daha fazla pay alması önerilmektedir. Bu görüşe gerekçe olarak miras bırakan ve akrabaları arasında özel bir ilişkinin olmadığı hallerde kamunun miras bırakana akrabalarından daha yakın olması gösterilmektedir.

Veraset ve intikal vergisi sıkça seçim kampanyalarına veya kanun değişikliği girişimlerine konu olmaktadır. Sol partilerin verginin artırılması yönündeki talepleri bir türlü dinmemektedir. Veraset ve intikal vergisinin artırılması veya azaltılması yönünde çeşitli argümanlar ileri sürülmektedir, bu verginin oranı sürekli olarak güncel bir tartışma konusu olmaktadır.

11. Kamu Yararına Kazandırmaların Kayırılması

Veraset ve intikal vergisinin oranı miras hukukçusunu doğrudan ilgilendirmez. Fakat miras bırakanın ölüme bağlı tasarruflarının kamu menfaati doğrultusunda yönlendirilmesi kesinlikle miras hukukçularını ilgilendiren bir konu olacaktır.

Ölüme bağlı tasarrufların kamu menfaati doğrultusunda yönlendirilmeleri de veraset ve intikal vergisinin artırılmasını savunan hukuki ve politik görüş tarafından önerilmektedir. Hak edilmemiş miras kamuya ait olmayacaksa kamu menfaatine hizmet etmelidir. Kamuya yararlı dernek ve vakıfların mirasçı olarak tayin edilmeleri gerekir. Bunun için vakıf kültürünün gelişmesi ve Amerika'da olduğu gibi özellikle vergiyi ve saklı pay oranlarını azaltan teşviklerin sunulması gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun yeni 570. maddesinin 2. fıkrası kamu yararına hizmet eden kazandırmaların son sırada tenkis edilmesini öngörmesi nedeni ile bu kazandırmalar için dolaylı bir teşvik içermektedir.

Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun yeni 105. maddesinin 3. fıkrasında ölüme bağlı tasarruflarla kurulan vakıfların miras bırakanın borçlarından sadece kendilerine yapılan kazandırma oranında sorumlu tutulmasının düzenlenmesi de ayrıca belirtilmelidir.

Yasal mirasçı olarak devletin resmi tasfiye yoluna başvuran mirasçılar gibi tereke borçlarından sadece tereke aktifi ile sınırlı olarak sorumlu olması da (cum viribus hereditatis) bir ayrıcalıktır. Son zamanlarda bu ayrıcalık vakıfları da kapsayacak şekilde genişletilmektedir.

Bu yeni düzenleme aynı zamanda yukarıda değinilen sorumluluğun sınırlandırılması eğiliminin de bir yansımasıdır.

Nota bene: Türkiye'deki tarihi süreç içerisinde kamuya yararlı vakıflar çeşitli açılardan her zaman korunmuştur, bu koruma sadece vergi oranlarında değil aynı zamanda miras hukuku açısından da söz konusu olmaktadır.

İlk olarak 1960 yılında yasal mirasçıların saklı paylarının aşılması için saklı pay oranlarını azaltan ve serbest tasarruf nisabını artıran bir düzenleme kabul edilmiştir. Bundan sonra ölüme bağlı tasarrufla kurulan kamuya yararlı vakıfların saklı pay kuralları nedeni ile sonlanmaları engellenmiştir.

2002 tarihli Türk Medeni Kanunu bu imtiyaza son vermiştir. Kanunun yüklerinden kurtarılması amacı ile karmaşık kanuni intifa ve elbirliği ortaklığının getirdiği zorlukların kaldırılmasında olduğu gibi artırılan tasarruf nisabının hesabındaki zorluk nedeni ile bu özel saklı pay sınırlaması da sonlandırılmıştır.

Kaldırılan bu düzenleme yerine yeni bir imtiyaz getirilmiştir. Kamuya yararlı kazandırmalar son sırada tenkis edilecektir.

Özet olarak:

Alt dallara ayrışmalarına rağmen eğilimler belirgindir:

- a) Saklı pay kuralları karşısında ölüme bağlı tasarruf serbestliğinin genişletilmesi
- b) İradi mirasçılarının ve vasiyetnamenin kayırılması
- c) Miras bırakanın eylemli yakınlarının kayırılması
- d) Miras bırakanın ölümünden çok sonrasını etkileyen tasarruflarının sınırlandırılması
- e) Maddi olmayan değerlerin de miras olarak edinilebilmesi
- f) Miras Hukuku'nun Anayasa'yı referans olarak alması
- g) Miras ortaklığının ve mirasçılarının sorumluluğun esnekleştirilmesi
- h) Terekedeki kamu payının artırılması

Bu değerlendirmeler, miras hukukçuları olarak bizlerin gelecekte hangi konuları tartışacağımızı ve hangi alanlarda yasa değişikliği önerilerini sunacağımızı özetlemektedir.

Apaçık olan nokta şudur: Ancak toplumsal dinamiğin, gelişmelerin ve farklılaşan değer yargılarının dikkate alınması ile sürekli olarak değişen toplumun sorunlarına adaletli ve yerinde çözümler bulmak mümkün olabilecektir.