

PAPER DETAILS

TITLE: MEDENI KANUNUMUZUN MAHFUZ HISSE SISTEMI VE MAHFUZ HISSESİNİN
SARTLARI

AUTHORS: Tahir ÇAGA

PAGES: 1021-1147

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97011>

MEDENİ KANUNUMUZUN MAHFUZ HİSSE SİSTEMİ VE MAHFUZ HİSSENİN ŞARTLARI

Doçent Dr. Tahir Çağa

GİRİŞ

Kanunî miras hükümleri, ferdin ölümü ile sahihsiz kalan mamelekinin diğer şahıslara sureti intikalini tayin ve tanzim etmektedirler. Bu hükümlerin yanı başında *müteveffanın* iradesine de yer verilip verilmeyeceği ve eğer verilecekse bunun şümulü meselesi ötedenberi hukuk ilmini ve kanun vazılarını meşgul eden mühim bir mesele olmuştur.

Bu hususta bütün tarih boyunca iki prensibin yekdiğeri ile çarpıştığını görüyoruz:

- 1 — *Mutlak serbestî prensibi*: buna göre ferd ölümünden sonra da mamelekinin akibetini bizzat tayin hususunda *mutlak* bir salâhiyeti haizdir; ancak bu salâhiyetini kullanmadığı takdirde ve nisbattedir ki mameleki kanunen muayyen şahıslara intikal eder.
- 2 — *Mutlak ademi serbestî prensibi*: bu prensibe göre ise ferdin ölümü ile mameleki *âmir* bir şekilde kanunen muayyen olan şahıslara intikal eder, ferd bunu değiştirmek hususunda hiç bir salâhiyete malik değildir.

Birinci prensip muayyen bir devrinde¹ *Roma hukukuna*², ikincisi de bidayette *Cermen* hukukuna hâkim olmuştur. Fakat neticede bunlardan

¹) Roma hukukunun en eski çağları hakkında bak. Staudinger, s. 75 ve müt. N. 1-6.

²) Mutlak serbestî prensibi halen Şimalî Amerika Devletlerinin ekserisinde ve (Fransız Medenî Kanununun mer'î bulunduğu Quebec mintakası hariç olmak üzere) Kanadada cari bulunmaktadır; bu hususta bak. Staudinger, s. 92, N. 8. İngilterede de 1939 senesine kadar vaziyet bu merkezde idi. Fakat 13 Temmuz 1939 tarihinde mer'iyete giren bir kanunla eş ve çocuklar lehine mahfuz hisse esası tanınmak suretile mutlak serbestî esası terk edilmiş bulunmaktadır, bu hususta bak. Honlg. Reform des englischen Erbrechts, SJZ 35, 229 ve müt.

hiç biri mutlak şekilde meriyetini muhafaza edememiştir. Zira her biri, hakikatte yekdiğerile telifi icap eden iki zıt menfaattan yalnız birini nazara almaktadır. Fîlhakika mutlak serbestî prensibi sadece müteveffanın menfaatlarını korumakta, aksi prensip ise bunu tamamen ihmal ederek yalnız mirasçılarının menfaatlarını himaye etmektedir. Bu menfaat tezdadının günün birinde telif edici *mutavassıt* bir hal şekline yol açması mukadder idi ve netekim öyle de olmuştur.

Diğer cihetten ademi serbestî esasının istisnasız olarak tatbiki tereke mallarının çok defa iktisaden kıymetlerini zayi edecek derecede ufak kısımlara parçalanmasını intağ eylediği gibi³ mirasın her zaman adalet dairesinde tevziine de imkân bırakmamaktadır. Zira kanunî miras hükümleri tarihi tekâmüle ve halkın mirasın aile fertleri arasında taksim tarzı hakkındaki yerleşmiş telâkkilerine ne kadar uygun olursa olsun, bütün mücerret hükümler gibi ancak normal vaziyetler gözönünde bulundurularak vazedilmiş *ortalama* bir nizam olmaktan kurtulamamakta ve her hâdisenin hususiyetlerini karşılayabilecek elâstikiyetten mahrum bulunmaktadır⁴. Binaenaleyh miras sisteminin elâstiki bir hale getirilebilmesi ve mirasın aile fertleri arasında ihtiyaç ve müteveffa ile olan şahsî münasebet derecelerine göre adalet dairesinde tevziini sağlamak bakımından muayyen bir mikyasta ölüme bağlı tasarruf salâhiyetinin tanınması zarurî görünmektedir⁵. Kanunî miras hükümlerinin diğer bir eksik tarafı da, ferdin ölümü ile sahipsiz kalan mamelekinin diğer şahıslara intikalinde ancak kan, evlenme ve tabiiyet rabitaları gibi muayyen ve mahdut münasebetleri esas tutmasıdır. Ölüme bağlı tasarruf serbestisi müteveffaya *yabancı* şahıslara karşı olan sadakat ve şükran borçlarını ifa etmek ve içtimai ve kültürel müesseseler vücuda getirmek veya bunlara yardım etmek⁶ imkânını vermek suretile *kanunî* miras hükümlerini tamamlamakta ve böylece sosyal faydalar sağlamaktadır.

³) Boehmer, Roma hukukundaki geniş vasiyet serbestisini daha ziyade kanunî miras hükümlerinin bu mahzurunu önlemek gayesiyle izah etmektedir, bak. Staudinger, s. 79, N. 10.

⁴) Kanunî miras hükümlerinin tenkidi hakkında bak. Boehmer, ArchivPr. 144, 36/37; Lange, Jherings Jb. 82 (1932), 9 not 5; Ali Himmət Berki 165/66.

⁵) Ölüme bağlı tasarruf serbestisinin bu rolü yabancı bir hukuku ıktibas etmiş olan memleketlerde hassatan mühimdir. Zira ıktibas olunan yabancı miras sistemi ile halkın yerleşmiş telâkkileri arasındaki tezdadı kısmen olsun izale etmek ve yeni hukukun zamanla yerleşebilmesini temin eylemek ancak bu sayede mümkün olacaktır, bak. aşağıda s. 1082

⁶) Hazretî Peygamber bir hadîsinde: «Cenabı Hak sülüsü emvâlinizde vasiyet

Gerek müteveffa ile kanunî mirasçılarının karşılıklı menfaatlarını telif gerekse kanunî miras hükümlerinin mahiyetinde mündemiç olan kifayetsizliğe cevap vermek ihtiyacı karşısında Roma ve Cermen hukuku gibi modern mevzuatın mühim bir ekseriyeti de *mütevassıt* bir hal şekli kabul etmişlerdir: buna göre — muayyen şartlar altında olmak üzere —⁷ terekenin muayyen bir kısmı müteveffanın tasarruflarından masun tutulmuş, bunun dışında kalan kısmın âkibetini tayin ise müteveffanın serbest iradesine terkedilmiştir. Terekenin, murisin iradesinden müstakil olarak muayyen mirasçılara (veya bunlardan her birine) intikali sağlanan kısmı «mahfuz hisse», müteveffanın tasarrufuna terk edilen kısmı ise «tasarruf nisabı» adını taşımaktadır.

Görülüyor ki mahfuz hisse, kanunî miras hükümlerinin yanı başında servetinin ölümünden sonra da âkibetini tayin hususunda müteveffanın iradesine kısmen yer verilmiş olmasından doğan bir müessesedir; gayesi de, terekenin muayyen bir kısmının murisin iradesinden müstakil olarak muayyen mirasçılara intikalini sağlamaktır. Bu gayeye varmak için muhtelif kanun vazıları tarafından takip edilen yollar ve binnetice mahfuz hisse müessesesine verilen hukukî şekiller pek çeşitlidir⁸. Ancak teferruattan sarfı nazar olunursa bu hususta tarihi tekâmül neticesinde, dayandıkları prensipler itibarile bir birinden farklı, iki büyük sistemin meydana gelmiş olduğunu söyleyebiliriz ki bunlardan birincisi *Roma hukuku*, ikincisi ise *Cermen hukuku* (veya Cermen - Fransız hukuku) sistemi diye anılmaktadır⁹.

İnkânını bahsetmekle size âmâlinizde ziyadeliği temin buyurmıştır.» demek suretile vasiyet serbestisinin bu rolüne işaret buyurmıştır, bu hususta bak. İbni Rüşî: *Bidayet-ül-müctehit ve nihayet-ül-muktesit*, Mısır basması, Hicrî 1329, cd II (Kitab-ül-vesaya) s. 281.

⁷) Bu şartlar şüphesiz her memleketin ve her devrin içtimai ve ahlâkî telâkkilerine tâbidir.

⁸) Bu hususta bak. Staudinger, s. 86 ve müt. (N. 24 ve müt.)

⁹) Bundan, birinci sistemin aynen Roma hukukunda ikincisinin de aynen Cermen hukukunda cari olduğu mânası anlaşılmamalıdır; bununla daha ziyade her iki sistemin dayandıkları ana prensipler ifade olunmak istenmiştir. Roma hukukunda vasiyet serbestisi ve mahfuz hissenin tekâmülü hak. bak. Jörs-Kunkel, *Römisches Recht*, 2. Aufl. 1935, s. 327 ve müt.; Sohm-Mittels, *Geschichte und System des röm. Privatrechts*, 16. Aufl. 1928, s. 608 ve müt.; Staudinger, s. 75 ff. Heubeger, s. 3 ve müt. Cermen hukukunda ölüme bağlı tasarrufların tekâmülü hakkında bak. A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Bd. II 1886, s. 642 ve müt.; R.

Modern mevzuattan ezcümle Alman Medenî Kanunu tarafından kabul edilmiş olan¹⁰ *Roma hukuku sistemine* göre müteveffanın mameleki üzerindeki tasarruf salâhiyeti *asıldır*; mirasın kanunen muayyen kimselere intikali ise, ancak müteveffa bir tasarrufta bulunmadığı takdirde ve nisbette caiz olan bir istisnadır. Gerçi yakın bazı mirasçılar, kendilerine mahfuz hisse tanınmak suretile, müteveffanın tasarruflarına karşı himaye edilmişler ve böylece mirasçılarının kan ve evlenme gibi tabii rabı-talar yüzünden tereke üzerinde haiz oldukları hak ve menfaatlarla müteveffanın tasarruf hakkı arasında bir tevazün temin edilmiştir. Fakat mahfuz hisseli şahıslara tereke mallarının müteveffanın iradesile taayyün eden intikal şeklini değiştirmek salâhiyeti değil, ancak terekeyi bu suretle iktisap eden şahıslara (mansup mirasçılara) karşı kanunî miras hisselerinin muayyen bir kısmının *kıymeti* nisbetinde bir *alacak hakkı* tanınmıştır. Şu halde mahfuz hisseli şahıslar müteveffanın iradesi hilâfına mirasçı sıfatını iktisap edemeyip ancak bir *tereki alacaklısı* durumundadırlar¹¹ ve hisselerini tereke mallarından *aynen* istifa salâhiyetini haiz değildirler. Murislerinin servetine ancak *iktisadî* neticesi itibarile iştirak etmektedirler.

Buna mukabil *Cermen hukuku sistemi*, malların aileye ait veya bağlı olduğu (aile mülkiyeti veya aileye bağlı mülkiyet) esasından hareketle ferdin ölümü ile mamelekinin aileye intikalini prensip olarak kabul etmektedir. Müteveffanın bu prensiple tezat halinde bulunan menfaatları, servetinden muayyen bir kısım tefrik olunarak tasarrufuna terk edilmek suretile korunmaktadır. Şu halde Cermen hukuku sisteminde, terekenin kanunen muayyen şahıslara intikali asıl, tasarruf ise bir istisnadır. Hareket mebdet tasarruf nisabıdır, mahfuz hisse bunun bir neticesidir. Müteveffanın haiz bulunduğu tasarruf salâhiyeti, kanunî miras hakkını bertaraf değil, bilâkis sadece bunu muayyen bir nisbet dahilinde

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930, s. 780 ve müt.; Otto Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts, in Holtzendorf's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. I 1904, s. 551 ve müt.; Huber IV, s. 608 ve müt. Heuberger 13 ve müt.; Vital 9 ve müt.; Staudinger, s. 80 ve müt.

¹⁰) Bu hususta bak. Kipp, Erbrecht, s. 456 ve müt. (§§ 129-138); Planck Erbrecht, s. 865 ve müt. Alman Medenî Kanununun tanziminde bu sistemin tercih edilmesinin sebepleri hakkında bak. Motive 386 ve müt.

¹¹) Hattâ Alman Medenî Kanunu § 2304 te, mahfuz hisseli bir şahsa mahfuz hissesinin terk ve tahsis edilmesi keyfiyetinin tereddüt halinde mirasçı nasbını tazammun etmeyeceğini ayrıca tasrih etmektedir.

tenzil edebilmek imkânından ibarettir. Binaenaleyh mahfuz hisseli şahıslar müteveffanın iradesinden müstakil olarak mirasçı sıfatını haizdirler. Mahfuz hisse, mahiyeti itibarile, mücerret bir alacak hakkı değil tasarruf nisabı miktarında tenzile uğramış olan bir *miras hakkıdır*. Bunun neticesi olarak mahfuz hisseli mirasçılar mahfuz hisselerini tereke mallarından *aynen* istifa salâhiyetini haizdirler. Mahfuz hisseye tecavüzün müeyyidesi de, bu mahiyete uygun olarak, mahfuz hisseli şahıslara tasarrufun caiz olan hadde *tenkisini* talep etmek hakkının tanınmasından ibarettir.

Şu halde Cermen hukuku mahfuz hisse sisteminin mümeyyiz vasıflarını üç noktada toplayabiliriz. Bu sisteme göre :

- 1 — Mahfuz hisseli şahıslar bihasebilkanun (yani müteveffanın iradesinden müstakil olarak) mirasçı sıfatını haizdirler ve kaideten kendilerinden bu sıfatı rızaları hilâfına nez'etmeğe imkân yoktur.
- 2 — Bu sıfatlarının zarurî bir neticesi olarak mahfuz hisseli şahıslar hisselerini tereke mallarından *aynen* istifa hakkını haizdirler.
- 3 — Terekenin kanunen muayyen mirasçılara intikali (kanunî intikal) asıl, müteveffaya tanınan tasarruf serbestisi ise (iradî intikal) bunun ancak bir istisnasıdır.

Umumî mahiyetteki bu izahattan sonra aşağıda Birinci Fasılda Türk - İsviçre Medenî Kanununun mahfuz hisse hükümlerini tetkik ederek mahfuz hisse sistemimizin mümeyyiz vasıflarını tesbite çalışacağız. İkinci Fasil, mahfuz hissenin şartlarına tahsis olunmuştur. Burada hangi şahısların ne gibi şartlar altında ve ne miktarda mahfuz hisse sahibi oldukları araştırılmıştır. Üçüncü Fasilin mevzuunu ise, haddi zatında mahfuz hisseli olan bir mirasçının mirası red, mirastan feragat veya iskat yahut mahrumiyet gibi sebeplerle mirastan hariç kalması keyfiyetinin *diğer* mirasçıların mahfuz hisseleri ve müteveffanın tasarruf nisabı üzerindeki tesirleri meselesi teşkil etmektedir.

BİRİNCİ FASIL

TÜRK - İSVİÇRE MEDENİ KANUNUNUN MAHFUZ
HİSSE SİSTEMİ

Türk - İsviçre Medenî Kanunu ölüme bağlı tasarruf serbestini¹ esas itibarile² On dördüncü Babının İkinci Faslında (mad. 452 - 460, İMK 470 - 480) tanzim etmektedir. Gerek bu fasıl gerekse kanunun mesele ile alâkadar diğer hükümlerinin tetkikinden anlaşılacağı veçhile kanun bazı mirasçuları, miras hisselerinin muayyen bir kısmını (mahfuz hisse) murisin tasarruflarından masun tutmak suretile himaye etmiş, diğer cihetten müteveffayı mamelekinin bunun dışında kalan kısmı (tasarruf nisabı) üzerinde dilediği gibi tasarrufta serbest bırakmıştır (mad. 452/3, İMK 470/71). Mahfuz hisseye tecavüz de muayyen müeyyideye raptolunmuştur (mad. 502 ve müt., İMK 522 ve müt.).

Fakat Medenî Kanun bu hükümlerile mahfuz hisse ve tasarruf serbestisi meselesinde acaba nasıl bir sistem takip etmiştir?

İsviçrede müelliflerin mühim bir *ekseriyetinin*³ bu suale verdiği cevap, Medenî Kanunun bu hususta *Cermen hukuku sistemini* kabul etmiş olduğu merkezindedir. Hattâ mahfuz hisse mevzuuna dair yazılan eser ve makalelerde bu iddia ile işe başlanması hemen hemen âdet hükmüne girmiştir⁴.

Her şeyden önce şu noktaya işaret edelim ki meselenin ehemmiyeti sadece *nazarî* değildir. Zira İsviçre Medenî Kanunu umumî metoduna sadık kalarak mahfuz hisse mesailinde de teferruata girmekten çekinmiş ve yalnız ana prensipleri vazetmekle iktifa etmiştir. Bu sebeple bir çok talî mesele hakkında kanunda sarîh bir hüküm yoktur⁵. Bu gibi hallerde, yani mevcut esaslardan talî meseleler hakkında hüküm istihracında,

¹) Bu mefhum hak. bak. aşağıda s. 1068

²) Tetkikatımız sırasında göreceğimiz veçhile kanunun diğer kısımlarında da meselemizle alâkadar hükümler mevcuttur, bilhassa bak. mad. 502 ve müt. (İMK 522 ve müt.).

³) Ezcümle bak. Guhl, ZbJV 48, 197 ve müt.; Escher, s. 127 ve müt.; Tuor, s. 16 ve müt., 120 ve müt.; Tuor, ZbJV 61, 4 ve müt.; Vital, 31 ve müt.; Rösel, 7 ve müt.; Heuberger, 24 ve müt.; ve Escher, s. 130/31 N. 10 da zikredilen diğer müellifler. Aksi fikirde Schoch, SJZ 6, 284; Oser, SJZ 3, 255.

⁴) Misal olmak üzere bak. Rösel, 7 ve müt.; Vital, 33 ve müt.

⁵) Bak. Tuor, ZbJV 61, 65.

kanuna izafe olunacak ana telâkkinin ameli bakımından şüphesiz büyük ehemmiyeti vardır. Netekim zikrolunan müellifler bu takdirde Cermen hukuku telâkkisinden hareket olunması lâzım geldiğini ileri sürmektedirler. Ezcümle Guhl (ZbJV 48, 201) şöyle diyor :

«Tasarruf serbestisi sahasında bir mesele için kanunda hüküm bulunmayan bütün hallerde mesele «mahfuz hisse» mefhumundan değil, bilâkis «tasarruf nisabı» esasından hareket olunarak hallolunmak lâzımdır.»⁶⁾

Filhakika kanunun hakkında sâkit kaldığı bir çok meselenin bu zihniyetle halledilmek istendiğini tetkikatımız sırasında göreceğiz. Ancak misal olmak üzere bunlardan bazılarını şimdiden zikrederim:

Medenî Kanunun 444 ve 453 üncü (İMK 462 ve 471) maddelerine göre eş ile fûru içtima halinde mirasçı oldukları takdirde müteveffanın tasarruf nisabı terekenin 3/16 sıdır. Diğer cihetten İsviçre Medenî Kanunu 473 üncü maddesinde murise ölüme bağlı tasarrufla eş lehine, terekeden müşterek fûrua isabet eden kısmın tamamı üzerinde intifa hakkı tesis etmek salâhiyetini tanımaktadır. İsviçrede, «bu madde mucibince eş lehine teberrüde bulunan müteveffanın buna ilâveten terekenin 3/16 sı üzerinde dilediği gibi tasarruf salâhiyeti baki midir?» meselesi ortaya çıkmıştır⁷⁾. Müelliflerden Held (ZbJV 50, 483/84) «tasarruf salâhiyeti ancak kanunun tasrih ettiği hallerde mevcuttur.» ve «tasarruf serbestisi lehine bir karine yoktur» esbabı mucibesile buna menfi cevap vermektedir.

Keza eşin fûru ile içtima halinde kanunen haiz bulunduğu muhayyerlik hakkının *tasarruf nisabına* müessir olup olmadığı meselesi de müelliflerin büyük bir ekseriyeti tarafından Cermen hukuku esaslarından hareket olunarak hal olunmak istenmekte ve tasarruf serbestisini daraltıcı bir neticeye varılmaktadır⁸⁾.

Yine Cermen hukuku telâkkisinden hareketle bazı müellifler, Medenî Kanunun 520 nci (İMK 540) maddesi gereğince mirastan mahrum olan bir şahsın mahfuz hissesi üzerinde müteveffanın dilediği gibi tasarruf edemeyeceği fikrini ileri sürmektedirler⁹⁾.

6) Bak. keza Guhl, ZbJV 60, 54.

7) Bu hususta bak. aşağıda s. 1121, 1140.

8) Bu hususta bak. aşağıda s. 1118 ve müt., bilhassa s. 1138 ve müt.

9) Ezcümle bak. Schiller, 50 not 6: «... nihayet miras hukukumuzun malların bağlı olduğu prensibine dayanması, yani zaruret olmadan tasarruf serbestisinin tevslî cihetine gidilemeyeceği...». Mirastan mahrumiyetteki vaziyet hak. bak. aşağıda § 10.

Yukarıda Cermen hukuku sisteminin mümeyyiz vasıflarını tesbit ettik. Binaenaleyh Türk - İsviçre Medenî Kanununun mahfuz hisse sistemi ve İsviçrede ilim sahasındaki hâkim telâkinin isabet derecesi hakkında sâlim bir hüküm verebilmek için, metod bakımından en isabetli hareket tarzı, kanunun mahfuz hisse hükümlerini tetkik ve tahlil etmekten ibarettir. Bu hükümlerin karakteristik vasıfları tesbit olunduktan sonra kanunun sistemi hakkında hüküm vermek güç olmasa gerektir.

§ 1. Mahfuz hisseli şahısların kanunî mirasçı sıfatı.

Mahfuz hissenin mahiyeti itibarile kanunî bir *miras hakkı* olduğu ve mahfuz hisseli şahısların da, müteveffanın arzusundan müstakil olarak, *bihasebilkanun mirasçı* sıfatını haiz bulundukları umumiyetle *kabul olunmaktadır¹. Bu cihet kanunun muhtelif hükümlerinden oldukça sarıh bir şekilde anlaşıldığı gibi mahfuz hisse hükümlerinin tarihçesi de bunu teyit etmektedir².

Filhakika İsviçre Medenî Kanunu 470 inci maddesinde (bizde 452) bir kimsenin ölümüne bağlı olarak mamelekinde ancak muayyen mirasçıların mahfuz hisseleri miktarına kadar tasarruf edebileceği esasını vazettikten sonra 471 inci maddesinde (bizde 453) mahfuz hisseyi kanunî *miras hakkının* bir kısmı olarak tayin ve tesbit etmiştir³. Keza kanun muhtelif yerlerinde⁴ mahfuz hisseli şahısları *mirasçı* olarak tavsif eylediği ve kendilerini mirasçı muamelesine tâbi tuttuğu gibi mahfuz hissenin muayyen sebeplerin tahakkuku halinde nez'ini de «*miras hakkından iskat*» (*Enterburg*) şeklinde isimlendirmiştir (mad. 457, İMK 477).

Bunlardan başka mahfuz hisseye tecavüzün raptolunduğu müeyyidenin mahiyeti de bunu göstermektedir. Gerçi müteveffanın mahfuz

¹) Ezcümle bak. Escher mad. 470/80, İlkül. 5, s. 128; Tuor, s. 121 N. 9; Curti-Forrer mad. 470 N. 4; Rossel et Mentha, I 519; Vital, 40 ve müt.; Schiller, 10 ve müt.; Röslı 7 ve müt.; Heuberger, 24 ve müt. Rabel, DJZ 15, 28.

²) Bak. Esb. I 386/87: «... fakat biz buna rağmen mirasçıların mahfuz hisselerinden bahsetmeğe karar verdik; ancak kasdımıza göre bu, mirasçının terekenin üzerinde tasarruf caiz olmıyan kısmındaki hissesini ifade eden kısa bir tâbirdir...».

³) Halbuki Alman Medenî Kanununun buna tekabül eden 2303 üncü paragrafı şöyle demektedir: «Mahfuz hisse, kanunî miras hissesinin kıymetinin yarısıdır.» İki hüküm karşılaştırılınca Medenî Kanunumuzda mahfuz hissenin mahiyeten bir *miras hakkı* olduğu sarıh bir şekilde tebarüz etmektedir.

⁴) Bak. mad. 502 - 504, 510, 511, 513 (İMK 522/24, 530, 531, 533). Keza İMK 472.

hisseye tecavüz teşkil eden tasarrufları kendiliğinden hükümsüz değildir. Fakat bu halde kanun mahfuz hisseli şahıslara, eksik olan miktarı istemek hususunda sadece bir şahsî *alacak dâvası* değil, bilâkis tasarrufun muayyen hadde tenkisini talep etmek hakkını tanımıştır (mad. 502, İMK 522).

Nihayet, kanuna girmemiş olmakla beraber, Federal Hükûmetin hazırladığı lâyhada mevcut bir hüküm de bu görüşü teyit etmektedir. Mezkûr lâyihanın 535 inci maddesi şu hükmü ihtiya ediyordu :

«Mahfuz hisseli şahıslar fesih (tenkis) dâvası ikame etmezlerse, kendilerine hiç bir şey terkedilmemiş olsa bile, mirası reddetmedikçe mirasçı telâkki olunurlar.»

Lâyihanın bu hükmü «tabîî» olduğu esbabı mucibesile Mebuslar Meclisi Komisyonunun teklifi üzerine tayyedilmiştir⁵.

Bu izahatımızdan çıkan netice şudur: Türk - İsviçre Medenî Kanununda, Alman hukukunun aksine olarak, mahfuz hisse mahiyeti itibarile kanunî bir *miras hakkıdır* ve mahfuz hisseli şahıslar da bihasebilkanun *mirasçı* sıfatını haizdirler. Kanundaki istisnalar dışında, rızaları hilâfına, kendilerinden bu sıfatın nez'i mümkün olmadığı gibi mahfuz hissenin daraltılmasına da cevaz yoktur.

Boehmer (Archziv Pr. 144, 56) İsviçre Medenî Kanununun mahfuz hisseli şahıslara icabında tenkis dâvası açmak suretile mirasçı sıfatını *ihraz* imkânını bahşeylediğini söylüyor ki doğru değildir. Zira Türk - İsviçre Medenî Kanununa göre mahfuz hisseli şahıslar, müteveffa ölüme bağlı tasarrufla bütün mamelekinin başka kimselere terk etmiş olsa bile, mirastan iskat edilmiş veya mirası reddetmiş olmadıkça mirasçı sıfatını haizdirler ve bunun için tenkis dâvası ikame etmiş olmaları şart değildir⁶.

Mahfuz hisse mahiyeten kanunî bir miras hakkı olduğuna göre kanunî mirasçılara mütedair hükümler aynen mahfuz hisseli şahıslar hakkında da caridir. Binnetice kanunî mirasçıların haiz oldukları haklara bunlar da sahiptirler. Ezcümle⁷ mirasın ölümü ile mirasın tamamına

⁵) Bak. Vital, 41; Tuor mad. 522, N. 20.

⁶) FMK 56 II 20 (Pr. 19 Nr. 53); bak. Daepfen mad. 470 N. 2: «477 ve 479 uncu maddeler mucibince mirastan iskat edilmiş veya mirası reddetmiş olmadıkça mahfuz hisseli mirasçı, mahfuz hissesine tecavüz teşkil eden vasiyetin tenkisini dâva etmeden dahi, mahfuz hissesi miktarında olmak üzere mirasçıların bütün hak ve vazifelerini doğrudan doğruya haizdir.»

⁷) Bunları ancak misal olmak üzere zikrediyoruz.

sahip olurlar ve, kanundaki istisnalar dışında, müteveffanın sahibi bulunduğu alacaklar, mülkiyet ve mahdut aynı haklar ve zilyetlik mihaniki olarak kendilerine intikal eder (mad. 539, İMK 560). Taksime kadar miras şirketinin âzasıdır (mad. 581, İMK 602). Keza mirası reddedebilecekleri (mad. 545 ve müt., İMK 566 ve müt.) gibi defter tutulmasını (mad. 559, İMK 580) veya tedbir cümlesinden müfredat defteri tanzimini (mad. 532 bend 3, İMK 553 bent 3) isteyebilirler; mirasın taksimi (mad. 583, İMK 604) veya resmî tasfiye (mad. 572, İMK 593) talebinde bulunabilecekleri gibi resmî tasfiyeye mâni de olabilirler (mad. 572 fk 2, İMK 593 fk 2). Mirasın taksiminde tereke malları üzerinde aynı hukuku haizdirler^{7a} (mad. 589, İMK 610), miras sebebi ile istihkak dâvası açabilirler (mad. 577, İMK 598).

Fakat bu hakların yanında mirasçı sıfatile kendilerine mükellefiyet de terettüp etmektedir. Hassatan tereke borçlarından mes'uldürler⁸ (mad. 539 son cümle, 582, 586, 594, İMK 560 fk 2, 603, 607, 615). Keza iade ile mükellef oldukları gibi (mad. 603, İMK 626) diğer mirasçılara karşı 614 üncü madde (İMK 673) gereğince mes'uldürler.

§ 2. Mahfuz hisseli mirasçılarının mahfuz hisselerini tereke mallarından aynen istifa hakları

Mahfuz hisseli şahısların kanunî mirasçı olmaları itibarile haiz bulundukları hakları yukarıda hülâsatan zikretmiş bulunuyoruz. Bunlardan en mühimmi şüphesiz, müteveffanın ölümü ile mirası bir *kül hâlinde* ve mihaniki olarak iktisap etmeleridir. Mirasçı, yani *küllî halef* olmanın en mühim neticesi budur. Mirasçının haiz bulunduğu diğer salâhiyetler, enfûsî mânada *miras hakkı* dediğimiz bu iktisap hakkına nisbetle tali mahiyette ve bu hakkın kuvveden fiile çıkarılmasına hizmet etmektedirler.

Terekenin bu suretle *birden ziyade* mirasçıya intikali ile aralarında bir «miras şirketi» vücut bulur ve terekedeki hak ve borçlar taksime kadar müşâ kalır. Bu ihtisas, iştirak halinde bir mülkiyettir¹. Şu halde

^{7a)} Fakat bu hususta diğer mirasçılara nazaran her hangi bir imtiyazları da yoktur. Yanlış FMK 70 II 142.

⁸⁾ Hattâ tenkis dâvası açmasalar ve müteveffa mamelekinin tamamen başka şahıslara terketmiş olsa bile, mirası reddetmedikçe, borçlardan mesuliyetleri baki-
dır; bak. Vital 186, Tuor mad. 522, N. 20.

¹⁾ Terekenin çok defa Medenî Kanuna göre mülkiyete mevzu olamayan unsurlardan da terekkep etmesi itibarile buradaki «mülkiyet» tâbiri hukukî-tekni-
k mânasile mülkiyet değildir.

mahfuz hisseli şahıslar da işbu miras şirketinin âzası ve terekenin iştirak halinde malikidirler.

Miras şirketi, taksim ile nihayet bulur. Taksim de mirasçılar arasında *müşavât kaidesine* göre cereyan eder; diğer bir tâbirle bütün mirasçılar ve binnetice mahfuz hisseli şahıslar terekeye dahil mal ve haklar üzerinde *aynı* hukuku haizdirler (mad. 589, İMK 610). Binaenaleyh diğer her hangi bir varis gibi mahfuz hisseli şahıs da *kaide olarak* hissesini terekeye dahil mal ve haklardan *aynen istifa etmek* hakkını haizdir, nakit ile iktifaya mecbur değildir. Bu netice, mahfuz hisse ve miras hakkının mahiyetinden çıkmaktadır.

Ancak, mahfuz hisseli mirasçıların hisselerini terekeye dahil mal ve haklardan *aynen* istemek hususunda haiz oldukları bu salâhiyet ve 589 uncu maddenin 1 inci fıkrasının (İMK 610 fk 1) kendilerine bahşeylediği hak muhtelif yönlerden tahdide uğramakta ve mahfuz hisseli mirasçılar bir çok hallerde nakit ile veya terekeden muayyen bir şey veya hak ile iktifa zorunda kalmaktadırlar. Bu tahdidatı iki grupta toplamak mümkündür :

- A. Miras hukuku hükümlerinden çıkan tahditler.
 - B. Aynı haklara mütedair hükümlerden çıkan tahditler.
- Şimdi sırasile bunları tetkik edelim.

A — Miras hukuku hükümlerinden çıkan tahditler

I — Mahfuz hisseli mirasçıların tereke malları üzerindeki *aynı hakkını*² tahdit eden hükümlerin en mühimmi, Medenî Kanunun müteveffaya *taksim kaidesi* vazetmek salâhiyetini veren 587 nci (İMK 608) maddesidir³:

«Madde: 587 — Muris, vasiyetname veya miras mukavelesi ile taksimın nasıl yapılacağına ve hisselerin teskiline müteallik kaideler koyabilir.»

Şu halde muris, tasarruf nisabı dahilinde teberrüde bulunmak salâhiyetinden (asıl mânasile tasarruf salâhiyeti) başka terekesine dahil mal

²) Mahfuz hisseli mirasçıların aynı hakkı tâbirile kısaca ifade etmek istediğimiz, hisselerini tereke mallarından aynen istifa salâhiyetleri ve mad. 589 fk 1 in kendilerine bahşettiği haktır.

³) Bu hususta bak. Tuor ve Escher mad. 608 serhleri; Schiller 55 ve müt.; Rösl 11 ve müt.

ve hakların mirasçılar arasında sureti tevziini tayin hususunda da hudutsuz bir salâhiyete maliktir.

Murise teberrü serbestisinin yanında böyle bir salâhiyetin de tanınmış olması müteveffanın son arzusunun mümkün merteye yerine getirilmesi hususunda mevcut temayül ile alâkadar olmakla beraber asıl maksat, malların ve bilhassa iktisadî bakımdan bir vahdet arzedenlerinin (fabrika, ticarî işletme gibi) taksim suretile parçalanmasına mâni olarak bakasını mümkün kılmaktır. Müteveffa bu suretle belki bütün hayatının muhassalası olan bir malı, kıymeti ne olursa olsun, bunu idameye en elverişli olan şahsa terk edebilecektir. Mevcut kıymetlerin bekasında cemiyetin de menfaati olduğu aşîkârdır⁴.

Murisin bu salâhiyeti ilk vehlede tasarruf serbestisinin hudutları ile tezat halinde gibi görünüyorsa da hakikatte böyle bir vaziyet yoktur. Zira taksim kaidesi haddi zatında *maddî bir tasarruf*, bir teberrü değil, ancak *şeklî* bir emirdir. Müteveffa taksim kaidesi vazetmekle kimin *ne kadar* alacağını tayin, yani mirasçıların kanun veya murisin teberrüleriyle taayyün eden hisse vaziyetini tadil değil, bilâkis sadece hisselerin nasıl teşkil olunacağını, diğer bir tâbirle terekeden muayyen bir şeyi veya eşya heyeti mecmuasını *kimin* alacağını tesbit etmektedir⁵.

Taksim kaidesi bazan şüphesiz maddî netayiç de tevlit edebilir. Netekim bu suretle teşkil olunan hisselerin, kanun veya müteveffanın teberrüleriyle taayyün eden maddî hisse durumuna uymaması halinde vaziyet böyledir. Bu takdirde, yani müteveffanın koyduğu taksim kaideleri mucibince aldıkları şeyler kıymet itibarile hisselerinden⁶ fazla olan şahıslar aradaki farkı diğer mirasçılara nakden ödemekle mükelleftirler. Ancak müteveffanın vazeylediği taksim kaideleri her halü kârda mer'î kalırlar. Binaenaleyh tereke malları *aynı bakımından* müteveffanın arzusu veçhile taksim ve tevzi olunur; ancak *kıymet bakımından* maddî hisse durumuna göre bir teadül temin olunur (mad. 587 fk 2, İMK 608 fk 2).

⁴) Alman kanun vazını Roma hukukunun mahfuz hisse sistemini tercihe sevkeden âmillerin en mühimmi budur, bak. Planck, Erbrecht s. 876. İsviçre kanun vazını aynı gayeyi başka suretle temin etmiş bulunmaktadır.

⁵) Esb. I 387: «Lâyiha müteveffanın vazedeceği taksim kaidesiyle maddî tasarruflarını birbirinden tefrik etmektedir. Bir hâdisede bunlardan yalnız biri veya her ikisi mevcut olabilir. Taksim kaidesi vazetmekle müteveffa maddî bir tasarrufta bulunmuş yani hiç bir zaman tasarruf nisabını tecavüz etmiş olmaz.»

⁶) Miras hisselerinden veya, müteveffa yalnız mahfuz hisselerini almalarını arzu etmişse, mahfuz hisselerinden.

Taksim kaidesi, mücerret hisselerin tarzı teşkiline dair bu şekli mahiyetinden başka müteveffanın arzusuna göre bâzan *maddî* bir tasarruf mânasını da taşıyabilir. Yani müteveffa, koyduğu taksim kaidelerine göre teşkil olunan hisseler maddî hisse durumuna uymasa bile kıymet bakımından bir teadül temin olunmamasını arzu etmiş olabilir¹⁾. Bu takdirde murisin tasarrufunu iki unsura tefrik etmek lâzımdır: birincisi *taksim kaidesidir* ki her halü kârda mer'î ve muteberdir. İkincisi *maddî tasarruf* yani teberrüdür ki ancak tasarruf nisabı dahilinde (mahfuz hisseye bir tecavüz teşkil etmedikçe) mer'îdir; aksi halde tenkis yolile bir teadül temini mecburîdir.

Diğer cihetten *maddî* bir tasarruf ta, ister mirasçı nasbı isterse muayyen mal vasiyeti veya miras mukavelesi şeklinde olsun, aynı zamanda bir taksim kaidesini de ihtiva edebilir. Yukarıda olduğu gibi bu halde de tasarruf, taksim kaidesi olarak bilâ kaydü şart, teberrü olarak ise ancak tasarruf serbestisinin hudutları dahilinde mer'î ve muteberdir.

Her hangi bir hâdisede müteveffa tarafından izhar edilmiş olan bir arzunun mücerret bir taksim kaidesi veya sadece maddî bir tasarruf mahiyetinde mi olduğu yoksa her ikisini de ihtiva mı eylediği şüphesiz ölüme bağlı tasarrufun *tefsiri* meselesidir. Müteveffanın bütün mirasçılarını bir tutması asıl olmak itibarile «hilâfını kasedettiği tasarruftan anlaşılmadıkça» kanun vazı taksim kaidesi lehine bir karine vazetmiş bulunmaktadır (mad. 502 fk 2, 587 fk 3, İMK 522 fk 2, 608 fk 3). Maa-mafih bilhassa muayyen mallara taallük eden maddî tasarruflarda ekseriyetle bir taksim kaidesi de mündemiç olacaktır^{2a)}.

Taksim kaidesi vazetmek salâhiyetine müsteniden müteveffa terekisinde *mevcut* bulunan mal ve hakları mirasçılar arasında dilediği gibi *tevzi* hattâ terekenin tamamını *ayn* olarak bir mirasçının almasını emredebilir; fakat vefat zamanında terekede mevcut *olmayan* bir hakkı ölüme bağlı bir tasarrufla yeniden tesis ederek mirasçılardan birine tahsis edemez³⁾.

Bu esaslar karşısında mahfuz hisseli mirasçıların durumu şöyledir: Taksim kaideleri, mahfuz hisseye asla tecavüz teşkil edemiyecekleri cihetle mutlak olarak mer'îdirler ve bütün mirasçılar gibi mahfuz hisseli

1) Mad. 587 fk 2: «Hisseler arasında, muris tarafından ihlâlî kasedilmemiş olan müsavâtı...».

2a) 506 ncı maddedeki hükmün sebebi de bu olsa gerektir.

3) Müteveffa böyle bir salâhiyeti ancak tasarruf nisabı dahilinde halzdir ve bu tarzda bir tasarruf taksim kaidesinin çerçevesi dışına çıkmaktadır.

şahıslar da buna boyun eğmek zorundadırlar. Şu halde müteveffa taksim kaidesi koymak suretile mahfuz hisseli mirasçılar mirasın taksimine yani hisselerin teşkiline müessir olmak haklarından mahrum edebilecektir. Binaenaleyh mahfuz hisseli mirasçılar, müteveffanın bu salâhiyetine müsteniden kendilerine tahsis ettiği şeyi, eğer miras haklarından vazgeçmek istemiyorlarsa, kayınsız ve şartsız kabul etmekle mükellef oldukları gibi diğer şahıslara tahsis edilen şeyleri de kendilerine vermeğe mecburdurlar. Bunun neticesi olarak *aynî* hakları da, murisin koyduğu taksim kaidelerine müsteniden terekenin tamamını *aynî* olarak iktisap eden şahsa karşı mahfuz hisse miktarında bir alacak hakkına inkilâp etmektedir. Diğer bir tâbirle müteveffa taksim kaidesi vazetmek salâhiyetine müsteniden mahfuz hisseli mirasçılar icabında nakit ile iktifaya mecbur etmek hususunda mutlak bir salâhiyete maliktir⁹.

Bu münasebetle bir noktanın daha tavzihine ihtiyaç vardır: Müteveffa mahfuz hisseli bir mirasçı lehine, mirasçı nasbı veya muayyen mal vasiyeti suretile, *maddî* bir tasarruf yani bir teberrüde bulunmuşsa mahfuz hissenin Türk - İsviçre Medenî Kanunundaki mahiyeti icabı vaziyet şöyle olmak lâzımdır. Murisin teberrü salâhiyeti tasarruf nisabı ile mahdud olup *mahfuz hissenin* mahfuz hisseli mirasçıya intikali murisin iradesinden müstakil olarak kanunen vukubulması itibarile *mahfuz hisse miktarında* maddî bir tasarruf hukukan mümkün olmamak lâzımdır¹⁰. Binaenaleyh müteveffanın mahfuz hisseli bir mirasçı lehine vaki tasarrufları ancak mahfuz hisse *dışında kalan* kısım hakkında maddî bir tasarruf yani teberrü mahiyetini taşıyabilir¹¹. Fakat diğer cihetten müteveffa bu suretle terekeye dahil muayyen mal veya hakların muayyen bir mirasçıya intikalini arzu ettiğini ifade etmiş bulunuyorsa bu arzusu maddî bir tasarruf olmasa bile her halde bir taksim kaidesi mahiyetindedir.

⁹) Aynı fikirde Rösli 14 not 42; Schiller 57 ve orada not 5. Aksi fikirde Vital 64, 67, 79. Vital müteveffanın taksim kaidesi vazetmek salâhiyetini ihmal ettiği icindir ki yanlış bir neticeye varmaktadır.

¹⁰) Aynı fikirde Rösli 13; Schiller 57/8; bak. keza Esb. I 414 (Huber burada mahfuz hisseli mirasçılara muayyen mal vasiyetinden bahsederken diyor ki): «Şunu gözden kaçırmamak lâzımdır ki muris A ve B ye karşı da mahfuz hisse ile bağlıdır. Bu suretile mahfuz hisse üzerinde aslî tasarruf etmemiş bilâkis **bunun hududu dahilinde** ancak taksim kaidesi vazetmiştir. Binaenaleyh tasarruf ancak mahfuz hisseyi **tecavüz eden kısma** taallük etmektedir.»

¹¹) Bittabi mahfuz hisseli mirasçının **kanunî** varis sıfatı ile mirası reddederek teberrü kabul etmesi halinde vaziyet başkadır.

Binaenaleyh mahfuz hisse dahilinde yapılmış olan böyle bir tasarruf mahiyeten mirasçı nasbı veya muayyen mal vasiyeti değilse de bir taksim kaidesi olarak mahfuz hisseli mirasçı için mutadır. Binnetice mahfuz hisseli mirasçı bunu red ile kanunî miras hakkını ve mahfuz hissesini dermeyan edemez, zira ortada kabili red bir teberrü değil bilâkis mutâ olan bir taksim kaidesi mevcuttur¹².

Görülüyor ki kanun, müteveffaya taksim kaidesi vazetmek salâhiyetini tanımak suretile mahfuz hisseli mirasçıların tereke malları üzerindeki aynı hakkını ehemmiyetli surette tahdit etmiş ve, Cermen hukuku sisteminin aksine olarak, murise icabında kendilerini nakit ile iktifaya mecbur etmek hususunda mutlak bir imkân bahsetmiştir¹³.

II — Mahfuz hisseli mirasçıların tereke malları üzerindeki aynı hakkını tahdit ve icabında kendilerini nakit ile iktifaya mecbur kılan diğer bir hüküm de Medenî Kanunun 506 ncı (İMK 526) maddesidir¹⁴:

«Madde: 506 — Kıymetine noksan gelmeksizin taksimi kabili olmayan muayyen bir mal vasiyet ediliş te işbu vasiyet tenkise tâbi olursa; lehine vasiyet yapılan kimse, dilerse tasarruf nisabı miktarını nakden alır dilerse tenkisi lâzım gelen miktarın kıymetini verip o malı talep eder.»

Kanun vazının bu madde ile de istihdaf ettiği gaye malların parçalanmasına veya satılmak suretile müteveffaca arzu edilmeyen ellere geçmesine mâni olmaktır. Takip olunan bu gaye icabı olarak maddedeki «mal» tâbirine kütüphane, koleksiyon, fabrika, ticarî teşebbüs veya çiftlik gibi maksat itibarile bir vahdet arzeden eşya heyeti mecmuası da dahildir¹⁵. Kanun gerçi sadece muayyen mal vasiyetinden bahsetmektedir. Fakat 506 ncı madde hükmünün müteveffanın hayatında yaptığı tenkise tâbi tasarrufları hakkında da cari olduğu ilim sahasında kabul edilmek-

¹²) Aynı fikirde Rösli 13; Schiller 58; aksi fikirde Vital 67 ve müt. Vital 526 ncı (bizde 506) maddeye istinat ederek mahfuz hisseli mirasçının da her musaleh gibi vasiyeti reddederek mahfuz hissesini tereke mallarından aynen istemek salâhiyetini haiz bulunduğunu ileri sürmektedir. Fakat mezkûr madde hâdisede bilhassa su bakımdan kabili tatbik değildir ki mahfuz hisseli mirasçı mahfuz hissesi dahilinde muayyen mal musalehi sıfatını haiz değildir. Ancak mahfuz hisseyi tecavüz eden kısım hakkında bu sıfatı haiz olabileceğinden maddenin diğer şartları da tahakkuk etmek kaydıla böyle bir salâhiyeti istimal edebilir, bak. Schiller 59.

¹³) Bak. Schiller 59.

¹⁴) Bak. Rösli 10/11.

¹⁵) Bak. Escher mad. 526 N. 3; Tuor S. 430; Esb. I 416/17; Rösli 11 not 24.

tedir¹⁶. Madde, 591 inci maddeden (İMK 612) farklı olarak, taksimi halinde malın kıymetine gelecek noksanın *ehemmiyetli* olmasını da ara-mamıştır. Bu itibarla cüz'î de olsa her hangi bir kıymet noksanı kâfidir.

Görülüyor ki maddenin tatbik sahası oldukça geniştir¹⁷. Binaenaleyh müteveffadan gerek hayatında gerekse vasiyet suretile fakat tenkise tâbi olarak maddedeki evsafa muayyen bir şey veya vahdet arzeden eşya heyeti mecmuası almış olan kimse 506 ncı maddenin kendisine tanıdığı muhayyerliği *aynı* tercih şeklinde kullandığı takdirde mahfuz hisseli mirasçılar bir çok hallerde yine nakit ile iktifaya mecbur kalacaklardır.

III — Mahfuz hisseli şahısların kanunî mirasçı sıfatile tereke mallarına iştirak hakkını, kendilerine bir mahsup mükellefiyeti tahmil etmek suretile, dolayısıyla tahdit eden diğer bir hüküm de¹⁸ Medenî Kanunun 455 inci (İMK 475) maddesidir. Madde diyor ki :

«Müteveffanın ölüme bağlı olmayarak vaki tenkise tâbi teberrüleri, tasarruf nisabının hesabı için, terekeye zammolunur.»

Müteveffanın hayatında vaki tasarruflarından hangilerinin tenkise tâbi olduğunu 507 - 509 uncu (İMK 527/29) maddeler tayin etmektedirler. Şu halde bu maddelerde zikrolunan hayattaki teberrüler tasarruf nisabı ve mahfuz hissenin *hisabı* için terekeye ilâve olunacaklardır. Bunun zarurî neticesi olarak, terekeye zammolunan bu gibi hayattaki teberrülerin lehine teberrü yapılmış olan mirasçının mahfuz hissesine mahsup edilmesi lâzımdır¹⁹. Binaenaleyh bu mahsup neticesinde mahfuz hissesini tamamen almış durumunda olan mirasçı da teberrü mevzuu şey ile iktifa zorunda kalacaktır.

IV — Mahfuz hisseli mirasçıların aynî hakkını tahdit eden diğer bir hüküm olarak ilim sahasında İsviçre Medenî Kanununun 522 nci madde-

¹⁶) Bak. Escher mad. 526 N. 3; Tuor, ZbJV 61, 12.

¹⁷) Rösli'nin (s. 15 not 45) madde hükmünü küçümseyen ifadesi pek yerinde görünmemektedir.

¹⁸) Bak. Rösli 14; Schiller 61 ve müt.

¹⁹) Bu netice ilim sahasında umumiyetle kabul olunmaktadır, ezcümle bak. Escher mad. 522 N. 10; Tuor mad. 522 N. 13, ZbJV 61, 6; aynı müellif, Rektoratsrede 16; Vital 76; Schiller 61/63; FMK 70 II 142; Rösli 14: «Böyle bir mahsup mükellefiyeti kabul etmeden 475 inci maddeyi anlamak mümkün değildir, 475 inci madde olmadan da mahfuz hisse hukukunun mânası yoktur. Zira aksi halde muris hayat-taki tasarruflarile bütün servetini başkalarına verebilir ve mahfuz hisseli mirasçılar icabında elleri boş kalırlardı.»

sinin 1 inci fıkrası (bizde 502 fk 1) da ileri sürülmektedir. Fıkra aynen şöyledir :

«Muris tasarruf salâhiyetini tecavüz ettiği takdirde, mahfuz hisselerini kıymet itibarile²⁰, almamış olan mirasçılar tasarrufun caiz olan hadde tenkisini talep edebilirler.»

İlim sahasında müelliflerin ekseriyetinin bu fıkra hükmüne müsteniden vardığı netice şudur: Gerçi müteveffanın tasarruf serbestisi muayyen mirasçıların mahfuz hisseleriyle mahduttur. Binaenaleyh her varisin kanunen muayyen mahfuz hissesini almış olması lâzımdır. Fakat bunu *kıymet itibarile* (dem Werte nach) alması kâfi olup terekeye dahil mal ve hakların heyeti mecmuasından istifa etmesi zarurî değildir. Şu halde muris, mahfuz hissenin istifa şeklini tayin ve her hangi bir varisin mahfuz hissesini hayatında tenkise tâbi bir teberrü veya ölüme bağlı olarak muayyen bir mal, nakit hattâ intifa veya irat tahsisi suretile de temin salâhiyetini haizdir. Hangi şekil altında olursa olsun mahfuz hissesinin *balığ olduğu miktarı* almış olan mahfuz hisseli mirasçı, kanunî varis sıfatı baki olmakla beraber, tenkis dâvası ikame ve tereke malları üzerinde başkaca bir talep dermeyan edemez²¹.

Bu noktai nazar kabul olunduğu takdirde Medenî Kanunun mahfuz hisse telâkkisi ile Alman Medenî Kanununun sistemi arasındaki fark da asgarî hadde inmektedir.

Fıkra hükmünün bu tefsir tarzını Medenî Kanunun mahfuz hisse sistemile kabili telif görmiyen bazı müellifler²² mahfuz hisseli mirasçının kıymet itibarile mahfuz hissesine tekabül eden teberrüü kabul etmesi halinde tenkis dâvası açamayacağını²³, yoksa bu teberrüü ve bilhassa muayyen mal vasiyetini red ile mahfuz hissesi nisbetinde tereke mallarına iştirak edebileceğini, Medenî Kanuna göre *mülkiyet* şeklinde terk edilmesi mecburi olan mahfuz hissenin, hakikî kıymetini kesin bir surette tayin

²⁰) Almanca «dem Werte nach» mukabill. Kanunumuzun 502 nci maddesinin 1 inci fıkrasında bu, «mahfuz hisselerinin *balığ olduğu miktarı*» şeklinde ifade olunmuştur.

²¹) Bak. Tuor mad. 522 N. 5 ve müt.; Curti - Forrer mad. 522 N. 4; Rossel et Mentha s. 108 not 1003; Engeloch 31 ve müt.; Heuberger 31 ve müt.; Rabel DJZ 15, 28; Escher mad. 522 N. 3 ve müt. ve orada zikredilen diğer müellifler; bizde Samim Gönensay 168.

²²) Bak. Vital 62 ve müt.; Le Fort 57; Guhl, Festschrift für Tuor, s. 44 ve müt.

²³) Vital (s. 62 ve müt.) fıkradaki «almamış olan» kaydını «fillen» almamış olan şeklinde tefsir ederek bu neticeye varmaktadır.

mümkün olmıyan, intifa veya irat tahsisi suretile karşılanmasının caiz olmadığı²⁴ ileri sürmektedirler.

Federal Mahkeme, meseleye temas imkânını bulduğu yeni bir kararında (FMK 70 II 142) bilhassa intifa ve irat tahsisi noktasında ekalliyetin fikrine iltihak etmiştir. Yüksek Mahkeme diyor ki²⁵ :

«Ancak muris eşini tereke üzerindeki intifa hakkını kabule icbar ve bu suretle kanunen haiz bulunduğu muhayyerlik hakkından mahrum edemez. Mahfuz hisse mirastan mülkiyet hakkının tamamıdır (İMK 471 bent 4). Gerçi 522 nci maddeye göre tenkis dâvasını ancak mahfuz hisselerini kıymet itibarıyla almamış olan mirasçılar açabilirler. Bunun mânası şudur ki mahfuz hisseli şahıslar mirasçılık sıfatları baki kalmak üzere (FMK 56 II 17) hayattaki teberrüleri, muayyen mal vasiyetlerini ve ölüme bağlı olarak yapılan sair teberrüleri mahfuz hisselerine mahsup mecburiyetindedirler. Fakat mahfuz hisse hukukunu zâfa uğratan ve 560 ıncı maddenin vazettiği külli halefiyet prensibinin bir istisnasını teşkil eden bu hüküm dar bir şekilde tefsir olunmak lâzımdır. Mahfuz hisseye mahsup edilecek teberrülerin mevzuu olan şey mülkiyet hissesinin kıymetine hakikaten muadil olmalıdır. Bunun için de teberrü mevzuunun nakit, kıymetli evrak ve eşya, gayri menkul v.s. gibi alınıp satılabilir bir şey olması şarttır. Bir intifa veya irat vasiyet edilmesinde bu şart yerine gelmiş değildir. Bu gibi hakların bahsettiği devri (periodique) alacakların kapitalize kıymeti lehine teberrü yapılan şahsın hayat müddetine tâbidir. Mahfuz hisseli şahsın, mahfuz hissesinin balığ olduğu miktarı hakikaten alıp almadığının bilinmesi zarurî ise bu takdirde büyük mikyasta hâdiselerin tetkikinden çıkan muhtemel hayat müddetinin esas alınması caiz olamaz. İntifa veya iradın kıymeti bizzat alâkadar için de şüphelidir. Eğer alâkadar, vasatî hayat müddetine göre intifadan elde edilecek hasılâtın mülkiyet hakkına muadil olacağı yaş haddinden önce ölürse bu takdirde mahfuz hissesini tamamen alamamış olacaktır; mirasçıları da onun yerine kaım olarak mülkiyete muadil bir menfaat temin edilmeye kadar intifanın hasılâtını almağa devam edemezler. Diğer cihetten intifa veya irat sahibi bu hakkını vasatî hayat müddetine tekabül eden bir bedel ile satmak imkânına da malik değildir. İntifa ve iratlar için bir piyasa yoktur. İntifa ve irat hakları kabili devir değildirler; ancak bunları istimal yani devri alacakları istemek hakkı devir olunabilir (İMK 758, İBK 519 ve FMK 61 III 193).

Kendisine mülkiyet hakkı yerine bir intifa veya irat tahsis edilmiş olan mirasçının mahfuz hissesi, vasatî hayat müddetine göre vasiyet daha menfaatli olsa bile, mücerret böyle bir tahsis ile ihlâl edilmiş demektir. Binaenaleyh vasiyeti reddederek tenkis dâvası ile mahfuz hissesini talep edebilir.»

²⁴ Bu noktada Rösli (s. 47 ve müt.) ve Schiller (s. 64 ve müt.) de ekalliyete iltihak etmektedirler.

²⁵ Guhl, Festschrift für Tuor, s. 47/48 de münderic bulunan bu kararın meselemize temas eden kısmını ehemmiyetine binaen aynen terceme ediyoruz.

Öyle görünüyor ki her iki telâkki taraftarları da, makûs istikamette olmak üzere, ifrata kaçmaktadırlar. Bizce mütevassıt bir tefsir şekli kabul olunarak mad. 502 fk 1 (İMK 522 fk 1) hükmünü kanunun mahfuz hisse sistemi ve diğer hükümlerle ahenkli bir hale getirmek mümkün görünmektedir. Filhakika yukarıda izah ettiğimiz veçhile (I, II ve III) müteveffa, mahfuz hisseli mirasçılar için de mutâ olmak üzere, taksim kaidesi vazetmek salâhiyetini haizdir. Murisin bu salâhiyetine müsteniden taksim kaidesi *şeklinde* veya maddî bir tasarruf kisvesi altında terekeden kendilerine tahsis ettiği mal ve hakları mahfuz hisseli mirasçılar, eğer miras haklarından vaz geçmek istemiyorlarsa, kabul ve mahfuz hisselerine mahsup mecburiyetindedirler. Keza tasarruf nisabını aşan muayyen bir mal vasiyetinde musalehin 506 nci (İMK 526) maddeye müsteniden aynı tercih ederek mahfuz hisseyi itmam için vereceği nakdi de mahfuz hisseli mirasçılar kabul etmekle mükelleftirler. Nihayet müteveffanın hayatında lehine tenkise tâbi bir teberrüde bulunduğu mahfuz hisseli kimse de bunu mahfuz hissesine mahsup etmeğe mecburdur. İşte 502 nci maddenin 1 inci fıkrası *bu* şekillerden birile esasen mahfuz hissesini almış olan şahsın artık tenkis dâvası açamayacağını söylemektedir. Zira bir taraftan mahfuz hisseli mirasçıların zikrolunan şekillerden birile kendilerine tahsis olunan mal veya hakları mahfuz hisselerine mahsup ile mükellef olduklarını kabul etmek fakat diğer taraftan kendilerine tenkis dâvası açmak hakkını tanımak imkânı yoktur. Şu halde mad. 502 fk 1, ekseriyet taraftarlarının iddia ettikleri gibi, müteveffaya *münzam* bir salâhiyet veren *müstakıl* bir hükmü, yeni bir mahsup mükellefiyeti ihtiva etmemekte, bilâkis 587, 506 ve 455 inci²⁶ (İMK 608, 526 ve 475) maddelerden çıkan mahsup mükellefiyetlerinin sadece bir *müeyyidesini* teşkil etmektedir²⁷. Bizzat ekseriyet taraftarlarının fıkra hükmünü izah için ileri sürdükleri esbabı mucibe meyanında, müteveffaya taksim kaidesi koymak salâhiyetini veren, -587 nci (İMK 608) madde üzerinde ısrar etmeleri de²⁸ bu görüşü teyit etmektedir. Gerçi Escher (s. 428) 522 nci

²⁶) Mad. 507 - 509 (İMK 527/29) ile birlikte.

²⁷) Bak. Rösli 46; Schiller 66. Maddenin tenkis faslında yer almış olması da bu görüşü teyit etmektedir.

²⁸) Bak. Escher s. 428: «Yalnız himaye edilmeyen mirasçılar değil mahfuz hisseli şahıslar da müteveffanın vazeylediği taksim kaidelerine bağlıdırlar. Hattâ denebilir ki 608 inci madde hükmü ancak 522 nci maddenin yardımı ile amellî bir mahiyet iktisap etmektedir. Zira taksim kaidelerinin muhatabı ekseriyetle en yakın varislerdir.» Tuor mad. 522 N. 8; keza esbabı mucibe lâyihasının istinat olunan 387 nci sahifesindeki izahatta da Huber müteveffanın bu salâhiyetinden bahsetmektedir.

madde (bizde 502) ile kanun vazının iktisadî kıymetlerin parçalanmasına mâni olmak gayesini takip eylediğini ileri sürüyorsa da bu gaye müteveffaya taksim kaidesi vazetmek salâhiyetini veren 608 inci (bizde 587) madde ile esasen temin edilmiş bulunmaktadır.

502 nci maddenin 1 inci fıkrası hükmünü bu suretle zikrolunan maddelerin sadece bir müeyyidesi mahiyetinde telâkki edince ihtilâflı noktaların halli de hayli kolaylaşmaktadır.

Bir kere murisin 587 nci maddeye (İMK 608) müsteniden taksim kaidesi *şeklinde* veya maddî bir tasarruf kisvesi altında terekeden kendilerine tahsis ettiği şey veya hakkı mahfuz hisseli mirasçılar, ekalliyet taraftarlarının iddia ettiği gibi, reddederek mahfuz hisselerini diğer tereke mallarından istifa edemezler. Zira müteveffanın vazettiği taksim kaidelerine mutlak itaatle mükelleftirler. Fakat bu netice 587 nci (İMK 608) maddeden çıkmaktadır. Yoksa bunun için, ekseriyet taraftarlarının yaptığı gibi, 502 nci (İMK 522) maddeye istinat etmeğe lüzum yoktur²⁹.

İntifa veya irat tahsisine gelince: Gerçi mahfuz hisseli şahıslar, müteveffanın arzusundan müstakil olarak, kanunî mirasçı sıfatını haiz bulunmaları itibarile 539 uncu madde (İMK 560) gereğince mirasın tamamına sahip olurlar ve mahfuz hisseleri nisbetinde terekeye dahil bütün mal ve haklara iştirak hakkını haizdirler³⁰. Fakat müteveffa taksim kaidesi vazetmek suretile kendilerinin bu hakkını terekeden muayyen mal veya haklara hasredebilir. Ancak, evvelce de işaret olunduğu veçhile (not 8), müteveffa bu salâhiyetine müsteniden terekesinde *mevcut* bulunan mal ve hakların mirasçılar arasında tevzi şeklini tayin edebilir. Yoksa vefatı zamanında terekede mevcut olmıyan bir hakkı ölüme bağlı tasarrufla yeniden tesis ederek mirasçılardan birine tahsis edemez. Zira

²⁹) Escher (mad. 522 N. 3) 522 nci maddenin 1 inci fıkrasındaki «kıymet itibarile» kaydının tayyî halinde ekalliyetin hal şeklini mümkün görmekte ve mahfuz hisseli mirasçıya terekeden bu suretle kendisine tahsis olunan şey veya hakkı reddederek mahfuz hissesi nisbetinde mirasa iştirak hakkı tanınabileceğini ifade etmektedir. Bizce, fıkradaki bu kayıt tay olunsa bile 587 nci madde (İMK 608) hükmü buna mânidir, bak. Rösli 46 not 5.

³⁰) Ekalliyet taraftarları bunu «mahfuz hissenin **mülkiyet** olarak terk olunması mecburidir» şeklinde ifade etmektedirler. Ancak terekede (bilfarz alacaklar gibi) Medenî Kanuna göre mülkiyete mevzu teşkil edemiyen unsurlar da bulunabileceği cihetle buradaki **mülkiyetten** maksat hukukî-teknik mânasile mülkiyet olmayıp terekede mevcut bulunan hakların **tam** olarak iktisabıdır; netekim mad. 444 ve 453 bent 4 teki (İMK 462, 471 bent 4) mülkiyetten maksat da budur.

mevcut olmıyan bir hakkın yeniden tesis ve tahsisi mücerret bir taksim kaidesi şeklinde telâkki olunamamak lâzımdır. Meseleyi bu zaviyeden görünce: müteveffanın hayatında sahip olduğu her hangi bir intifa hakkı ölümüyle sona ermiş bulunacağından terekede bir intifa hakkının yer almasına imkân olmayacaktır³¹. Şu halde mahfuz hisseli bir mirasçıya ölüme bağlı bir tasarrufla (taksim kaidesi şeklinde) intifa tahsisi de mümkün değildir. Fakat müteveffa *hayatında* tenkise tâbi bir tasarrufla mahfuz hisseli bir mirasçı lehine intifa hakkı tesis etmişse vaziyet ne olacaktır? Tenkise tâbi hayattaki teberrülerin mahfuz hisseye mahsubu hususunda, taksim kaidesi ile tahsiste olduğu gibi, *mutlak* bir mükellefiyet kabul olunursa³² binnetice mahfuz hissenin intifa ile temini de mümkün görülmek lâzımdır. İratlarda vaziyet biraz farklıdır. Zira müteveffanın hayatı ile mukayyet olmıyan her hangi bir irat terekede mevcut olabilir. Böyle bir iradı, terekede vefat zamanında mevcut bir hak olması itibarile, müteveffa taksim kaidesi vazetmek salâhiyetine müsteniden mahfuz hisseli bir mirasçıya tahsis edebilir ve mirasçı, miras hakkından feragat etmeksizin, bunu red edemez. Murisin hayatında tenkise tâbi bir tasarrufla mahfuz hisseli bir mirasçı lehine irat tesis etmesi halinde de yukarıda intifa hakkında söylediğimiz caridir.

Görülüyor ki mahfuz hissenin, ekalliyet taraftarlarının iddiası hilâfına, intifa veya irat ile temini bazan mümkün olduğu gibi, hâkim telâkkinin aksine olarak, buna imkân olmıyan haller de mevcuttur.

Mahfuz hisseye mukabil intifa veya irat tahsisi böylece mümkün ve caiz olan hallerde, tahsis olunan intifa veya iradın kapitalize kıymeti mahfuz hisseye muadil olduğu takdirde mirasçının artık tenkis dâvası ikameye hakkı yoktur. Aksi takdirde mahfuz hissenin karşılanmıyan kısmı için tenkis talebinde bulunabilir. Gerçi intifa veya iradın kapitalize kıymetini, ekalliyet taraftarlarının ve Federal Mahkemenin işareti veçhile, her zaman riyazî bir kat'iyetle hesap ve tayin etmeğe imkân yoktur. Binaenaleyh intifa veya irattan elde edilen hasılat kıymet itibarile mahfuz

³¹⁾ Kaydı hayat ile iratlarda da keza vaziyet böyledir.

³²⁾ Schiller (s. 62) ve Rösl (s. 15 not 43) ölüme bağlı olmıyan teberrülerde de müteveffanın arzusuna göre bir taksim kaidesi mahiyetli görerek böyle mutlak bir mükellefiyet kabul etmektedirler. Fakat bu telâkki tarzı, taksim kaidesinin ölüme bağlı tasarrufla vazolunabileceğini söylleyen 587 nci (İMK 606) maddenin sarahatile kabili telif değildir. Müteveffanın arzusuna istinat belki mümkün olabilir. Mamafih hâkim telâkki taraftarları, kanunda sarîh bir hüküm zikretmemekle beraber, böyle bir mükellefiyetin kabulüne mütemayıl görünmektedirler, bak. Escher s. 428.

hisseye muadil bir miktara baliğ olmadan mahfuz hisseli mirasçı ölebilir. Fakat bunun aksi de, yani mirasçının vasatî hayat müddetinden daha fazla yaşayarak elde ettiği hasılâtın mahfuz hisseyi tecavüz etmesi de mümkündür. Riyazî katiyeti temine hiç bir zaman imkân yoktur. Hukukun diğer bütün sahalarında olduğu gibi burada da hâdisatın normal seyrine göre galip olan ihtimal ile iktifa olunması zaruridir. Netekim kanun vaznı da 510 uncu maddede (İMK 530) vazettiği hükümle intifa veya iradın kıymetini prensip itibarıyla kabili tayin telâkki ettiğini ve müsbet ilimlerin verdiği imkânlardan istifade olunarak tayin olunacak kıymet ile iktifa olunması lâzım geldiğini açıkça ifade etmiş bulunmaktadır³³.

V — Mahfuz hisseli mirasçılarının aynı hakkını tahdit eden miras hükümleri meyânında nihayet kanunun mirasın taksimine mütedair olan hükümlerini de (mad. 586 ve müt., İMK 607 ve müt.) zikretmek mümkündür³⁴.

«Mirasçı birden ziyade ise terekedeki haklar ve borçlar taksime kadar müşa kalır» (mad. 581, İMK 602). Mirasçılar arasında kanunen teessüs eden bu miras şirketi taksim ile ortadan kalkar. Taksimin nasıl icra olunacağını yani terekede mevcut mal ve hakların mirasçılar arasında hisselerine göre tevzi şeklini tayin hususunda müteveffanın mutlak bir salâhiyeti haiz olduğunu evvelce gördük. Eğer müteveffa bu salâhiyetine müsteniden taksim kaidesi vazetmemişse «mirasçılar terekeyi diledikleri gibi taksim edebilirler» (mad. 586, İMK 607). Ancak bunun için aralarında uyuşmaları şarttır. Zira bütün «mirasçılar tereke mallarında aynı hukuku haizdirler» (mad. 589 fk 1, İMK 610 fk 1). Kanun

³³) Bak. Escher mad. 522 N. 11; Tuor mad. 522 N. 18.

Medeni Kanun 589 uncu maddesinde (İMK 610) «Mirasçılar, tereke mallarında aynı hukuku haizdirler» demek suretile mirasçılar arasında müsavat esasını vazetmiş ve kaideten hiç bir mirasçıya, mahfuz hisse sahibi olsa dahi, terekenin muayyen malları üzerinde bir imtiyaz ve rüchan hakkı tanımamıştır. Binaenaleyh Federal Mahkemenin (70 II 142 deki kararında) mahfuz hissenin «alınip satılabilir» mahiyette mallarla karşılanması lâzım geldiği yolundaki mütalâası kanuni mesnetten mahrum ve zikrolunan madde hükmüne aykırıdır. Kanun (madde: 344, İMK 357) aile yurdunun dahi mahfuz hisseyi karşılayabileceğini kabul etmiştir, bak: Egger, mad. 358 N 1.

³⁴) Bu hususta bak. Tuor ve Escher, adı geçen maddeler serhleri; bilhassa H. Merz, Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungsregeln, «Zum schweizerischen Erbrecht», Festschrift für P. Tuor, Zürich 1946, s. 85 - 107.

bu hususta *kaide olarak*³⁵ hiç bir mirasçıya, mahfuz hisseli şahıslara da bir rüçhan hakkı, bir imtiyaz tanımamıştır. Şu halde mirasçılar, hisselerin gerek teşkil gerekse tahsisinde uyuşamadıkları takdirde — ki tatbikatta ekseriyetle vaziyet böyledir — iş mahkemeye intikal edecek ve taksim mahkemece 589 uncu ve müteakip maddelere (İMK 610 ve müt.) tevfikân icra edilecektir. Kanunun bu hükümlerine göre mevcut taksim ihtimalleri şunlardır³⁶:

1 — Kıymetlerine ehemmiyetli bir noksan âriz olmaksızın fiilen taksimi mümkün olan tereke mallarından hissesine tekabül eden kısmın kendisine verilmesini her mirasçı isteyebilir (mad. 589 fk 1, İMK 610 fk 1).

2 — Kıymetlerine ehemmiyetli bir noksan gelmeksizin fiilen taksimi kabil *olmayan* mal veya, asıl ve maksat itibarile bir kül teşkil eden eşya mevcut ise: her birinin kıymeti mirasçıların hissesini tecavüz etmediği takdirde bunlardan hisse vaziyeti nazara alınarak müsavî kıymette (fakat fiilen taksim etmeksizin) kısımlar teşkil olunarak *kur'a* çektiirmek suretile mirasçılara tahsis olunur (mad. 590/92, İMK 611, 612 fk 1, 613 fk 1).

3 — Kıymetlerine ehemmiyetli bir noksan gelmeksizin fiilen taksimi mümkün *olmayan* mal veya asıl ve maksat itibarile bir kül teşkil eden eşyanın, bilhassa kıymetlerinin mirasçıların hissesini tecavüz etmesi sebebiyle, yukarıda zikrolunan şekilde (Nr. 2) taksimi mümkün olmadığı halde bunlar mahkemece satılır ve bedelleri mirasçılar arasında taksim olunur (mad. 591/92, İMK 612 fk 2 ve 3, 613 fk 3).

4 — Terekeye dahil muayyen bir malın mirasçılardan birine, diğerlerinin rızasına bakmaksızın, doğrudan doğruya tahsisine kanun ancak vahdet arzeden zirai mallarda cevaz vermektedir (mad. 597 ve müt., İMK 620 ve müt.).

Görülüyor ki mahfuz hisseli bir mirasçının da hissesini bütün tereke mallarından aynen istifa edebilmesi, ihtilâf halinde, ancak terekenin yukarıda 1 numarada zikredilen mahiyetteki mal ve haklardan terekküp etmesi halinde mümkündür. Hattâ hissesini *bazı* tereke mallarından aynen alabilmesi de 2 numarada tesbit edilen ve nâdiren tahakkuk edebilecek olan şartların mevcut olduğu istisnâî hallerde kabildir. Ekseri ahvalde terekenin, kıymetlerine ehemmiyetli noksan gelmeksizin fiilen taksimi

³⁵) Vahdet arzeden zirai mallar hakkındaki istisna için bak. mad. 597 ve müt., İMK 620 ve müt.

³⁶) Bak. H. Merz (not 34 te zikredilen makale) s. 106/7.

mümkün olmıyan unsurlardan terekküp eylemesi ve bunların da kıymet itibarile numara 2 de bahsedilen şekilde bir taksime imkân vermemeleri itibarile tereke satılmakta ve mahfuz hisseli mirasçılar da hisselerini nakit olarak almak zorunda kalmaktadırlar. Tatbikatta taksim ve izalei şüyu dâvalarının kesreti ve bunların hemen hemen daima satış kararile neticelenmesi de bunu teyit etmektedir.

B — Aynî haklara mütedair hükümlerden çıkan tahditler

Mahfuz hisseli mirasçıların hukukî durumunun tamamen tavazzuh edebilmesi için bir cihetin daha aydınlatılması lâzımdır ki o da şudur:

Müteveffanın tasarruf nisabını aşan bir tasarrufu karşısında mahfuz hisseli mirasçılar haklarına ancak tenkis yolile kavuşabileceklerdir. Acaba tenkis dâvası ikame ve intaç olununcıya kadar mansup mirasçıların²⁷ tereke malları üzerinde üçüncü şahıslar lehine vukubulacak tasarrufları ile, mahfuz hisse sahipleri haklarını terekeden *aynen* istifa imkânından ne dereceye kadar mahrum kalabileceklerdir?²⁸ Zira kanun menkullerde zilyetliğe gayrı menkullerde tapu sicilline müsteniden üçüncü şahısların hüsnüniyetle vukubulan iktisabını himaye etmektedir. Binaenaleyh kanun, mahfuz hisseli mirasçıların istihsal edecekleri tenkis ilâmına dayanarak haklarını istifa edinciye kadar mansup mirasçıların tereke malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunmak imkânını önliyecek tedbirler almamışsa bu takdirde mahfuz hisse sahipleri haklarını ancak *nakden* istifa edebilmek durumuna düşebileceklerdir.

Medenî Kanun, kendilerine mahfuz hisse tanımak suretile, muayyen mirasçıları müteveffanın gerek ölüme bağlı gerekse muayyen bazı şartlar altında hayatındaki tasarruflarına karşı himaye etmiştir. Ancak mahfuz hisseye tecavüzün müeyyidesi butlan değildir, yani tecavüzü ihtiva eden tasarruf kendiliğinden hükümsüz olmaz²⁹. Diğer cihetten kendiliğinden

²⁷) Muayyen mal musalehlerinin de bu gibi tasarrufları bahis mevzuu olabilir. Fakat asıl mühim olanı mansup mirasçıların tasarrufudur. Bu sebeple meseleyi daha ziyade mansup mirasçılar zaviyesinden tetkik edeceğiz.

²⁸) İsviçre literatüründe mesele, görebildiğimize göre, bu zaviyeden esaslı bir tetkike tâbi tutulmuş olmadığı cihetle bir az tafsilâta girecek ve mahfuz hisseli şahısların haklarına fiilen kavuşabilmeleri için geçmek zorunda oldukları merhaleleri gözden geçireceğiz.

²⁹) Mamafih bak. mad. 511, İMK 531. Maddenin tefsir şekli ilim sahasında münakaşalıdır, bu hususta bak. Escher mad. 531 N. 2/6; Tuor mad. 531 N. 3/5.

bir tenkis te vukubulmaz⁴⁰. Kanun mahfuz hisseli mirasçılara tecavüzü refettirmek imkânını bahşetmiştir; tasarrufun (veya tasarrufların) kanunen caiz olan hadde indirilmesini talep edebilirler (mad. 502, İMK 522). Mirasçılar bunu dâva (tenkis dâvası) yolile talep edebilecekleri gibi muayyen mal musalehinin teslim (mad. 541, İMK 562) ve mansup mirasçılarının miras sebebiyle istihkak (mad. 577, İMK 598) dâvalarına karşı *def'an* dahî dermeyan edebilirler⁴¹.

Şu halde *tenkis dâvası* mahfuz hisseli mirasçıya, murisinin ölüme bağlı veya hayattaki tasarruflarile *kendi*⁴² mahfuz hissesine vaki teca-vüzü refettirmek, bu tasarrufları kanunen caiz olan hadde indirmek imkânını veren bir dâvadır⁴³. İptal dâvasının aksine olarak tenkis dâvası tasarrufun tamamen ref'ini değil ancak tenzilini istihdaf etmektedir⁴⁴.

Mahiyeti bakımından tenkis dâvası *inşai* bir dâva ve dâva sonunda sadır olan hüküm de *inşai* bir hükümdür⁴⁵. Binaenaleyh hüküm sadır olmadıkça müteveffanın tasarrufları, mahfuz hisseye tecavüz mevcut olsa bile, bütün şümulü ile muteberdirler. Ancak ilâmın kesinleşmesi iledir ki dâva mevzuu olan tasarruflar ilâmda tesbit olunan tecavüz

⁴⁰) Roma hukukunda «lex falcidia» ya (Mil. önce 40) göre terekenin dörtte üçünü aşan vasiyetler kendiliğinden bir tenkise tâbi idi, bak. Jörs-Kunkel, *Römisches Recht*, 1935, § 224, 2; Tuor s. 229. Eski hukukumuzda da sülüsü malli tecavüz eden vasiyetler veresenin icazetine mevkufl bulunuyordu. Binaenaleyh bu gibi vasiyetlerin sülüsü tecavüz eden miktarı, müciz olmıyan verese hakkında muteber bulunmamak itibarile nev'ama kendiliğinden bir tenkis vukubuluyordu.

⁴¹) Bak. Escher s. 415; Tuor mad. 522/33, İhkül. N. 11, 29; Schiller s. 73 ve müt.

⁴²) Mahfuz hisselerine tecavüz vaki olmıyan mirasçılar, velev müteveffa tasarruf nisabını tecavüz etmiş olsa bile, tenkis talep edemezler.

⁴³) Tenkis dâvasının, mahfuz hisseye tecavüzden başka sebeplere istinat eden diğer nevileri mevcut ise de (bak. mad. 466 fık 1, 505 fık 2, 474, 508, İMK 486 fık 1, 525 fık 2, 494 fık 3, 528 fık 2) bunlar halen bizi ilgilendirmemektedir; bu hususta bak. Escher s. 415; Tuor s. 388 ve müt.

⁴⁴) Mamafih mad. 512 (İMK 532) deki sıra dolayısıyla veya müteveffanın arzusu hasebile (Tuor s. 390) bazı tasarrufların tenkis neticesinde tamamen ortadan kalkması mümkündür.

⁴⁵) Bak. Escher s. 420 N. 14; Tuor s. 389/90; v. Tuhr, SJZ 22, 23. İnşai dâvalar hakkında bak. L. Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 3. tabı, 1931, § 87.

nisbetinde bir tadil ve tenkise uğrarlar^{46 47}. Şu kadar ki kesinleşen ilâm makable şamildir, tenkis ölüm tarihinden itibaren hüküm ifade eder⁴⁸. Şu halde tenkis ilâm ile mahfuz hisseli mirasçı hükümde kabul olunan *nisbet* dairesinde ve makable şamil olarak terekeden hissesini aynen istifa hakkına sahip olur⁴⁹.

Mahfuz hisseli mirasçı tereke mallarına vaziülyed bulunuyorsa mesele yoktur. Zira bu takdirde müteveffanın tasarruflarını ancak tenkis harici kalan nisbette infaza icbar olunabilir. Binaenaleyh kendi hakkını bizzat koruyabilecek durumdadır. Fakat bunun aksi de, yani tenkise tâbi tasarruf mevzuu malların lehine tasarrufta bulunulan şahsın zilyetliğine geçmiş olması da mümkündür. Böyle bir vaziyet şu suretlerle tahaddüs edebilir⁵⁰ :

1. Tenkise tâbi tasarrufun infaz edilmiş olması. Bunda da şu ihtimaller vardır :

a) Bizzat müteveffanın tasarrufu infaz etmesi ki hayattaki tasarruflarda vaziyet hemen daima böyledir.

b) Mirasçılarının ölüme bağlı tasarrufu infaz etmeleri. Filhakika mirasçılarının mahfuz hisseye sahip olduklarını bilmemeleri veya tereke mevcudunun kıymetini takdirde hata ederek mahfuz hisselerine tecavüz vaki olduğunu tahmin edememeleri yüzünden ölüme bağlı tasarrufu infaz etmeleri veya 544 üncü (İMK 565) maddedeki vaziyetin tahaddüsü mümkündür.

c) Tereke mallarının yetkili makamca teslimi, İMK 559.

2. Lehine tasarrufta bulunulan şahsa (ki kanunî bir mirasçı da olabilir) müteveffanın ölümü anında esasen zilyedi bulunduğu bir malın

⁴⁶) Bak. Escher s. 420; Tuor s. 391.

⁴⁷) Bu ciheti tebarüz ettirmek için bazı müellifler, tenkis dâvası ve ilâmının izhari değil ihdasi mahiyette olduğundan bahsetmektedirler, meselâ bak. Boehmer, ArchzivPr. 144, 50. Bîzce bu ifade tarzı, yanlış olmamakla beraber, bilhassa makable şümül meselesinde sui tefehhüme yol açabilecek mahiyettedir. Zira bazı inşai ilâmlar (boşanma ilâmı gibi) makable şamil değildirler; katliyet anından itibaren hüküm ifade ederler. Diğer bazıları ise (reddi nesep gibi) makable şamildirler; nesebi red olunan çocuk doğum tarihinden itibaren kocanın çocuğu değildir.

⁴⁸) Escher s. 420; Tuor s. 391; Boehmer, ArchzivPr. 144, 50. Başka fikirde Vital 193.

⁴⁹) Bittabi, yukarıda (I-V) izah olunduğu vechile, miras hukuku hükümlerinden çıkan tahditler mahfuz olmak kaydıla.

⁵⁰) Bak. Tuor s. 391.

teberrü edilmesi, meselâ kendisinde vedia olarak bulunan bir malın vasiyet olunması gibi.

3. Tereke mallarına (müstecir v.s. sıfatile) zilyet bulunan kimse-lerin buhları lehine teberrü yapılan kimseye teslim etmeleri.

4. Nihayet lehine tasarrufta bulunulan şahsın tasarruf mevzuu malı bizzat zilyedliğine geçirmesi.

İşte bu gibi hallerde, müteveffanın lehine tasarrufta bulunduğu şahıs zilyedi bulunduğu mallardan tenkis ilâmı dairesinde mahfuz hisseli mirasçının hissesini rızasile vermekten imtina eder ve meselâ menkul malları teslim etmez veya gayri menkul kaydının tashihi için muvafakatını beyan etmezse dâvada *mücerret* tenkis istemiş olan mirasçı ikinci bir dâva açmak zorundadır. Zira tenkis ilâmı, yukarıda işaret olunduğu veçhile, inşai bir ilâm olduğundan hükmü tasarrufun tenkisine münhasırdır, yoksa dâvalının bir *edaya mahkûmiyetini* tazammun etmez. Bu itibarla, dâvalının imtinaı halinde, ikinci bir dâva (*eda dâvası*³¹⁾ açılarak tenkis ilâmı dairesinde bir mahkûmiyet ilâmının istihsaline zaruret vardır³². Mamafih usul hükümleri müsait bulunduğu takdirde her iki dâvanın yani gerek tenkis gerekse teslim taleplerinin bir dâvada birleştirilmesi de caizdir³³.

³¹⁾ Bu dâvanın mahiyeti hakkında bak. Escher s. 420 N. 15/16; Tuor s. 392 N. 13. Bu eda dâvasının mevzuu menkullerde teslim, gayri menkullerde tapu kaydının tashihi, alacaklarda tahsil olacaktır. İfadeyi basitleştirmek için buna bundan böyle «teslim dâvası» diyeceğiz.

³²⁾ Bak. Tuor s. 392/93 ve orada zikrolunan müellifler.

³³⁾ Bak. Tuor s. 393; Escher II s. 105 N. 15. Gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 3 üncü maddesinin delâletine gerekse tatbikattaki teamüle göre memleketimizde, sebepleri başka başka olsa bile, müteaddit taleplerin bir dâvada birleştirilmesine cevaz vardır. Ancak bunun için mahkemenin her talebin mahiyetine göre dâvada yetkili ve görevli olması lâzımdır. Tenkise dayanan teslim dâvasının mahiyeti mehzamız İsviçrede münakasalı olmakla beraber hâkim telâkkiye göre bu, ekseri ahvalde bir miras sebebiyle istihkak dâvası mahiyetini arz etmektedir (bak. Tuor s. 393; Escher s. 420 N. 15/16.). Bu takdirde yetki meselesini Medeni Kanunumuzun 518 inci maddesi hal etmektedir: her iki dâvada da aynı mahkeme yetkilidir (518 inci madde mehzadan farklı olarak «ölüme bağlı tasarruflarda tenkis» dediği cihetle hayattaki tasarrufların tenkisinde yetki noktasından icabında müşkülât çıkabilecektir). Miras sebebiyle istihkak dâvası bir ahkâmı şahsiye ihtilâfı olduğundan Asliye mahkemelerinin «Ahkâmı Şahsiye» ve «Ahkâmı Umumiye» diye tefrike tâbi tutulduğu yerlerde de görev bakımından bir müşkülât

Mahfuz hisseli mirasçı ister tenkis dâvası ile birlikte isterse ondan ayrı olarak açtığı teslim dâvası sonunda mahkûmiyet ilâmını istihsal edince dâvalı artık hissesini kendisine teslim ile mükelleftir⁵⁴. Teslim etmezse dâvacı ilâmı icra ettirerek hakkını, tenkise tâbi maldan, cebren istihsal edebilir. Fakat ilâmın infazı sırasında mahkûmunbiñ mallar dâvalının elinden çıkmış ve hüsnüniyet sahibi üçüncü şahısların eline geçmiş ise ne olacaktır?

Gerçi kanun, mahfuz hisseli mirasçıların haklarını tereke mallarından aynen istifa etmelerini tehlikeye düşürecek bu gibi durumları önlemek üzere bazı tedbirler almıştır. Ezcümle veraset senedine, Alman hukukundakinin aksine olarak, hüsnüniyetle iktisaba esas teşkil edebilecek bir mahiyet izafe edilmemiş olması, veraset senedinin verilmesinde carî muhakeme usulü ve mirasçılara itiraz hakkının tanınması v.s. gibi. Fakat aşağıda göreceğimiz veçhile bu tedbirler mahfuz hisseli mirasçılara tam bir himaye temin etmekten oldukça uzaktır.

Medenî Kanunun 535 - 537 nci (İMK 556/58) maddeleri, tereke ile alâkadar bütün şahısların ve bilhassa kanunî mirasçıların müteveffanın ölüme bağlı tasarrufundan vaktile haberdar olmaları için icap eden tedbirleri derpiş etmektedirler. 535 inci maddenin 1 inci fıkrasına göre (İMK 556 fk 1) vefat zamanında çıkan *vasiyetname*⁵⁵, butlanını istilzam eden bir nakîse ile malûl görülse bile, hemen Sulh Mahkemesine⁵⁶ tevdi olunmak mecburidir. 2 nci fıkra bu tevdi mecburiyetini, vasiyetnameyi tanzim veya hıfzeden daire (memur) ile hıfzı deruhte eden veya «müteveffanın evrakı arasında bulan»⁵⁷ her şahsa tahmil etmektedir. Bu vazî-

olmayacaktır. Ancak teslim dâvası hâdisesine göre mîras sebebiyle istihkak dâvası mahiyetini taşımadığı takdirde (ezcümle mad. 504; İMK 524 gibi, bak. Tuor s. 393) gerek yetki gerekse, Asliye Mahkemelerinin zikrolunan şekilde tefrike tâbi tutulduğu yerlerde, görev bakımından müskülât çıkması ve bu yüzden tenkis ve teslim taleplerinin bir dâvada birleştirilememesi mümkündür.

⁵⁴) 508 inci maddeye (İMK 528) göre hayattaki tasarruflarda hüsnüniyet sahibi dâvalının teslim mükellefiyetli mirasın açıldığı anda mamelekinde mevcut tezayüt ile mahduttur. Fakat suiniyet halinde dahi dâvacının hakkı, ölüme bağlı tasarrufların aksine olarak, aynı değil şahsî bir haktır, bak. Tuor, mad. 528 N 1 ve müt.

⁵⁵) Miras mukavelelerinin tevdi lâzım gelip gelmediği İsviçrede münakaşalıdır, bu hususta bak. Escher mad. 556 N. 2.

⁵⁶) İsviçrede «yetkili makama»; bu hususta bak. Tuor mad. 556 N 6.

⁵⁷) İsviçrede bazı müellifler (ezcümle Curti-Forrer, mad. 556 N. 12) kanundaki bu kayıta tevdi mükellefiyetinin bir tahdidini görmektedirler. Tuor (mad. 556 N 7) kanun vazının bu kaydı «hıfız» a mukabil kullandığını yoksa mükellefiyetli tahdit

fevri yerine getirmiyenler şahsen mes'uldür⁵⁸. Mirasçılar ve musalehler için 520 nci maddenin 4 üncü bendine göre (İMK 540 bent 4) mirastan mahrumiyet gibir ağır bir müeyyide de mevcuttur. 536 nci madde (İMK 557) malûm olan bütün mirasçılar davet olunmak üzere vasiyetnamenin tesellüm tarihinden itibaren bir ay içinde açılmasını emretmektedir. 537 nci maddeye (İMK 558) göre de Sulh Mahkemesi mirasta hak sahibi⁵⁹ olanların her birine, masrafı terekeye ait olmak üzere, vasiyetnameden kendilerine taallûk eden kısımların resmî bir suretini tebliğ edecektir. Bu tebliğde, kanunî mirasçıların 538 inci (İMK 559) madde mucibince haiz oldukları itiraz haklarına nazarı dikkatleri celbolunmak lâzımdır⁶⁰.

538 inci madde (İMK 559) tetkik ettiğimiz meselede bilhassa gayrı menkuller bakımından mühim olan, mansup mirasçıların «veraset senedi» müessesesini tanzim etmektedir. Bu maddeye göre mansup mirasçılar, 537 nci madde (İMK 558) gereğince yapılacak tebliğden itibaren bir ay geçince, mirasçılık sıfatları hakkında ellerine resmî bir vesika (veraset senedi) verilmesini Sulh Mahkemesinden talep edebileceklerdir. Fakat aynı madde mahfuz hisseli mirasçılara da bunu önlemek imkânını vermektedir. Bunun için 537 nci madde mucibince kendilerine yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde mahkemeye müracaatla itirazda bulunmaları kâfidir. Bu takdirde artık mahkeme mansup mirasçıya veraset senedi veremez⁶¹; bilâkis mansup mirasçı 577 nci (İMK 598) maddeye tevfi kanunî mirasçılar aleyhine miras sebebiyle istihkak dâvası açmak zorundadır. Ancak bir itiraz vukubulmadığı takdirdedir ki mahkeme mansup mirasçılara veraset senedi verebilir.

etmek istemediğini ileri sürmekte ve meselâ vasiyetnamenin iade olunan bir kitap arasında çıkması gibi nâdir ahvalde de bir tevdi mükellefiyeti kabul etmektedir. Escher (mad. 556 N 7) geniş tefsire taraftar olmakla beraber Tuor kadar ileri gitmemektedir.

⁵⁸) Mehazın 556 nci maddesinin 2 nci fıkrası şahsî mesuliyeti tasrih ettiği halde bu kayıt maalesef kanunumuza geçmemiştir. Fakat tevdi, kanunî bir mükellefiyet olmak itibarıyla bunu ihlâl edenin bizde de mesul olması lâzımdır.

⁵⁹) Mehaz 558 inci maddesinde «mirasla alâkadar kimselere» diyor ki daha doğrudur. Zira tebligat yalnız varislere, musalehlere değil aynı zamanda vasiyeti tenfiz memuruna, tereke idare memuruna, tesislerin uzuvlarına, icabında vasiye ve vesayet makamına da yapılmak lâzımdır, bak. Tuor mad. 558 N 1.

⁶⁰) Bak. Escher mad. 559 N 4; Tuor mad. 558 N 1, 559 N 3.

⁶¹) Tuor, mad. 559 N 8. Müddet her mirasçı için kendisine yapılan tebliğden itibaren ayrı ayrı hesap olunmak lâzımdır ve tebligat yapılanların hepsi hakkında bir aylık müddet geçmeden veraset senedi verilemez, bak. Escher mad. 559 N 4; Tuor mad. 559 N 3.

Türk - İsviçre hukukunda, Alman Medeni Kanununun aksine olarak (§§ 2365/67)⁶², gerçi veraset senedi hüsnüniyetle iktisaba mesnet olabilecek *müstakil* bir vesika mahiyetini haiz değildir⁶³. Bundan başka mehazın 559 uncu maddesinin metnine göre, mansup mirasçıya verilecek veraset senedine «iptal ve miras sebebiyle istihkak dâvaları»⁶⁴, mahfuz olmak kaydile mirasçı sıfatının tanındığı» kaydı dercolummak lâzımdır^{65 66}. Fakat biraz sonra göreceğimiz veçhile veraset senedi, mansup mirasçıya gayrı menkulleri tapuda namına tescil ettirmek ve menkulleri de icabında eline geçirmek suretile hüsnüniyetle iktisaba esas olabilecek hukukî durumlar ihdas ve tereke malları üzerinde tasarrufta bulunmak imkânını bahş eylemektedir. Binaenaleyh veraset senedi, doğrudan doğruya olmasa bile *dolayısıyla* mahfuz hisseli mirasçıların aynı hakkını tehlikeye düşürebilecek mahiyette bir vesikadır.

Evvelce de bir münasebetle temas olunduğu veçhile Medeni Kanunun 539 uncu maddesine (İMK 560) göre, miras açılınca mirasçılar onun tamamına sahip olmakta ve müteveffanın bütün alacakları, borçları, mülkiyet ve mahdut aynı hakları ve zilyedliği bir kül halinde mihaniki olarak kendilerine intikal etmektedir. Kanun mücerret murisin ölümüne bu neticeyi tertip etmiştir, bunun için mirasçıların her hangi bir irade beyanına ve hattâ ölümden ve mirasçı olduklarından haberdar bulunmalarına bile ihtiyaç yoktur⁶⁷.

⁶²) Bu hususta bak. Planck, Erbrecht s. 1016 ve müt.; Klpp. Erbrecht, § 63, s. 206 ve müt.

⁶³) Hattâ veraset senedi mansup mirasçının maddi hakkını da garanti etmemektedir, bak. Escher mad. 559 N 8.

⁶⁴) Madde metninde zikredilmemekle beraber «tenkis dâvası»nın da mahfuz bulunduğu kabul edilmektedir, bak. Escher mad. 559 N 9; Tuor 559 N 21.

⁶⁵) Kanunumuzda maddenin bu kısmı «her nevi butlan ve miras sebebiyle istihkak dâvaları hakkı mahfuzdur» diye ayrı bir cümle halinde getirilmiş ve mehazdaki ruh kısmen zayi olmuştur. Kanunun maksadı, bir ay zarfında itirazda bulunmayanların butlan ve istihkak dâvası ikame etmek haklarının zayi olmuyacağını ifade değildir, bir aylık müddet zaten bu hakları düşüren bir müddet değildir. Maksat, veraset senedine bu kaydın dercidir. Mamafih bizde de, kanunî mirasçılara verilen veraset senetlerinde dahi «hilâfı sabit oluncaya kadar» diye bir kayıt ilâvesi yolunda mahkemelerde bir teamül mevcuttur.

⁶⁶) Alâkadarlar mansup mirasçının sıfatını tanıdıkları takdirde veraset senedine böyle bir kaydı ihtirazi dercine lüzum yoktur, Tuor mad. 559 N 6.

⁶⁷) Mehazın 560 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki «bihasebilkanun» (kraft Gesetzes) sözü buna işaret etmektedir.

539 uncu (İMK 560) maddedeki «mirasçılar» mefhumuna *mansup* mirasçılar da dahildir⁹⁸. Bunlar da külli halef sıfatını haiz ve, eğer müteaddit mirasçı varsa, miras şirketinin âzasıdırlar. Binaenaleyh müteveffanın sahip bulunduğu bilcümle haklar ve bu meyanda bilhassa mülkiyet ve *zilyetlik* mihaniki olarak bunlara da intikal eder.

Maddenin 2 nci fıkrası «Mansup mirasçıların iktisabı, kendilerini nasbeden müteveffanın vefatından başlar. Kanunî mirasçılar, zilyetlik hükümlerine tevfiқан mansup mirasçıların hisselerini teslim mecburdurlar.» demek suretile bu esası nakzeder gibi görünmektedir. Mehazın 560 ıncı maddesinin buna tekabül eden 3 üncü fıkrası da aynı hükmü ihtiva etmektedir:

«Mansup mirasçıların iktisabı murisin ölümü ânına irca olunur ve kanunî mirasçılar terekeyi zilyetlik kaidelerine göre mansup mirasçılara teslim ile mükelleftirler.»

İsviçrede maddenin bu fıkrasile 1 inci fıkrası arasındaki zahiri tenakuzu izale için şöyle bir izah tarzı ileri sürülmektedir. Ezcümle Esbabı mucibe lâyihasında (cd I/s. 436) deniyor ki :

«Haddi zatında her halde evvelâ kanunî mirasçılar mirası iktisap ederler, fakat mansup mirasçılar ortaya çıkarak kendilerini bertraf edince bunların iktisabı da mürtefi olur.»

Ancak buna karşı bihakkın denebilir ki: kim hakiki mirasçı ise mirası ancak o iktisap eder ve bu iktisabı da murisin ölümü ile vukubulur. Binaenaleyh müteveffa tasarruf salâhiyetine müsteniden mirasçı nasbederek kanunî mirasçılarını mirasından hariç bırakmışsa kanunî mirasçılarının iktisabı asla bahis mevzuu olamaz. Gerçi mansup mirasçılarının terekeye *fiilen* vaziyet etmeleri muhtelif sebeplerle bazan gecikebileceği cihetle fıkradaki makale irca hükmü bu gibi hallere muzaftır diye bir izah şekli bulunabilirse de böyle bir ircaın da 1 inci fıkradan ayrı bir hukukî neticesi yoktur. Şu halde maddenin 1 inci fıkrasında mansup mirasçılarının dahi iktisabının ölüm ile vukubulacağı esası kabul olunduktan sonra 2 nci fıkrada (mehaz fk 3) bu iktisabın ölüm tarihinde başladığını veya murisin ölümü ânına irca olunacağını ifade etmek 1 inci fıkrada esasen mevcut olan bir hükmün lüzumsuz yere tekrarından başka bir şey değildir⁹⁹. Fıkranın son kısmına, yani «kanunî mirasçılarının terekeyi zilyetlik kaidelerine göre mansup mirasçılara teslim ile mükellef»

⁹⁸) Bak Esb. I 436; Escher ve Tuor mad. 560 serhleri.

⁹⁹) Aynı fikirde Tuor, mad. 560 N 11/14; Escher, mad. 560 N 16/17. bak. v. Tuhr, OR s. 131 not 72.

oldukları hükmüne gelince: bundan maksat zilyetliğin devri değil — zira mansup mirasçılar mihaniki olarak zilyetliği de iktisap etmişlerdir — malların fiilen teslimidir. Mansup mirasçılarının hakiki mirasçı oldukları taayyün edince kanuni mirasçılarının ellerinde bulunan malları kendilerine teslim mükellefiyeti kanunun diğer hükümlerinden de çıkmaktadır (ezcümle bak. mad. 577, İMK 589). Binaenaleyh zilyetlik hükümlerine atıfla daha ziyade, kanuni mirasçılarının bilfarz semereler ve zayi olan veya elden çıkan mallar hakkındaki mesuliyetlerinin tâbi olacağı hükümler gösterilmek istenmiştir⁷⁰.

Kanun, murisin ölümü ile *zilyetliğin* de mihaniki olarak mirasçılara intikal edeceğini söylemekte ise de bundan maksat *fiili hâkimiyet* değil⁷¹ bilâkis kanunun zilyetliğe tertip eylediği *hukukî vaziyettir*⁷². Binaenaleyh mirasçı, eğer tereke mallarını fiilen eline geçirmiş değilse, mallara fiilen vaziülyed değil, ancak *hukukan zilyed* telâkki olunur ve kanunun zilyetliğe tertip eylediği hükümlerden müstefit olur. Ezcümle mülkiyet karinesinden ve zilyetliğin himayesine ait hükümlerden istifade eder.

Görülüyor ki mansup mirasçılar da müteveffanın ölümü ile terekeye dahil gerek menkul gerekse gayrı menkuller üzerinde mülkiyet ve zilyetliği iktisap etmektedirler. Ancak bu suretle *gayrı menkuller*⁷³ üzerinde tasarruf imkânını henüz elae etmiş değildirler. Zira Medeni Kanunun 633 üncü (İMK 656) maddesine göre, gayrı menkul mülkiyeti istisnaen tescilden önce iktisap olunsa dahi temlikî tasarrufta bulunabilmek için her halde tescil merasiminin ikmalî şarttır. Şu halde mücerret ölüm, mücerret vasiyetnamenin açılmış olması mahfuz hisseli mirasçılarının gayrı menkuller bakımından aynı haklarını tehlikeye düşürebilecek

⁷⁰) Bak. Escher, mad. 560 N 18. Mamafih fıkrada bu sarahat olmasa idi dahi normal olarak yine zilyedlik hükümleri cari olacaktı. Netekim madde aksî halî yani mirasçı nasbına dair olan tasarrufun iptali üzerine terekeyi hakiki (kanuni) mirasçılara teslim durumuna düşen mansup mirasçılarının vaziyetini derpis etmediği halde bu takdirde de zilyetlik hükümlerinin tatbik edileceği kabul olunmaktadır, bak. Tuor, mad. 560 N 14.

⁷¹) Zira fiili hâkimiyet maddî bir durum olmak itibarıyla hukuk kaidesi ile naklolanamaz.

⁷²) Escher, mad. 560 N 4; Tuor, mad. 560 N 9. Mehazın 560 ıncı maddesi iktibas olunurken «zilyetlik» tâbirinin «zilyed bulunduğu malları» şeklinde terceme edilmiş olması bu bakımdan yanlış ve sul tefehhüme meydan verebilecek mahiyettedir.

⁷³) Gayrı menkul tâbirinden dalma tapuya müseccel gayrı menkulleri kasdediyoruz.

bir durum meydana getirmiş değildir. Tehlike ancak tapuya tescil ile başlayacaktır.

İsviçre Tapu Sicilli Nizamnamesinin 18 inci maddesi irs sebeble gerek kanunî gerekse mansup mirasçılar namına tapuda intikal muamelesi yapılabilmek için, «hasren mirasçı olduklarına dair bir vesika»nın ibrazını şart kılmaktadır⁷⁴. Mansup mirasçının İMK'nun 559 uncu (bizde 538) maddesine müsteniden istihsal eylediği veraset senedinin bu mahiyette bir vesika olup olmadığında İsviçrede bidayette tereddüt hasıl olmuştur. Zira yukarıda işaret olunduğu veçhile 559 uncu madde gereğince veraset senedi «iptal ve miras sebeble istihkak dâvaları mahfuz olmak kaydile» mukayyet olarak verilen bir vesikadır. Hattâ böyle bir kayıt dercolumasa bile kanunî mirasçıların dâva açarak mansup mirasçının hasren varis olmadığını isbat etmek hakları mahfuzdur. Binaenaleyh müruru zaman haddine kadar mansup mirasçının, veraset senedi istihsal etmiş olmasına rağmen, *hasren* mirasçı olup olmadığı henüz kat'i olarak belli değildir. Diğer cihetten yetkili makam (bizde Sulh Mahkemesi) mansup mirasçının hakikatte hak sahibi olmadığını görse dahi 559 uncu (bizde 538) maddedeki *şekli* şartlar tahakkuk edince veraset senedi vermekle mükelleftir⁷⁵. Bu bakımdan da veraset senedi hasren mirasçılığı müsbit *kat'i* bir delil değildir. Fakat Zürih Kanton Mahkemesi, bu mülahazalara rağmen, 19/11/1912 tarihli kararında (SJZ 9, 176) 559 uncu maddeye tevfikân istihsal olunan veraset senedinin Tapu Sic. Nizamnamesinin 18 inci maddesinde bahsolunan vesika mahiyetinde olduğuna, mukayyeden verilmesinin ve müruru zaman haddine kadar diğer mirasçıların dâva haklarının mahfuz bulunmasının tapuda mansup mirasçı namına intikal muamelesinin icrasına mâni olamayacağına karar vermiş ve mahkemenin bu telâkkisi ilim sahasında da tasvip olunmuştur⁷⁶. Bizde Tapu Sicilli Nizamnamemizin 19 uncu maddesi⁷⁷ açık olarak «veraset

⁷⁴) Muayyen mal musalehi namına tescil muamelesinin icrası için İMK mad. 558 uyarınca vasiyetnamenin bir suretinin ibrazı kâfidir. Tapu Sicilli Nizamnamemizin 19 uncu maddesi ise bu hususta vasiyetnamenin musaddak suretinden başka hâkim (Sulh hâkimi) tarafından tescil icrası için yazılacak bir tezkerenin ibrazını da şart kılmaktadır, bak. Talât Ülger, Medenî Kanun karşısında Tapu Sicilli, Ankara 1944, mad. 19 gerhi, s. 48.

⁷⁵) Bak. Escher, mad. 559 N 9.

⁷⁶) Bak. Tuor, mad. 559 N 16; Escher, mad. 559 N. 9.

⁷⁷) Tapu Sic. Nz. madde: 19 — «Aşağıdaki ahvalde zikrolunan evrakı müsbitten tevdiî lâzımdır :

1 — Veraset halinde; eğer talep kanunî veya mansup mirasçılar tarafından

senedi» nden bahseylediği cihetle bu hususta her hangi bir tereddüde mahal yoktur. Esasen tatbikatta da veraset senedi tapudaki intikal muamelesi için kâfi telâkki olunmaktadır.

Ancak burada tavzihi icap eden bir nokta daha vardır: Veraset senedi vermeğe yetkili makam, mahfuz hisseli mirasçılarının hisselerine tecavüz edilmiş olduğunu görecekt olursa mansup mirasçıya buna rağmen «hasren mirasçı» olduğuna dair veraset senedi verebilecek midir? Veremiyeycekse tapuya tescil muamelesi mümkün olabilecek midir?

Evvelâ müteveffanın, mahfuz hisseli mirasçılarının mevcudiyetine rağmen, terekesinin tamamı hakkında mirasçı nasbetmiş olması vaziyetini tetkik edelim. Bazı müellifler⁷⁸ böyle bir halde verilecek veraset senedinde mahfuz hisseli mirasçılar 537 nci madde (İMK 558) gereğince yapılan tebligata rağmen müddeti içinde itirazda bulunmasalar dahi, mansup mirasçıdan başka kanunî mirasçılarının da bulunduğu zikrolunmak lâzımdır diyorlar. Binaenaleyh veraset senedi hasren mirasçılığı müsbet bir vesika olmayacaktır. Gerçi Medenî Kanunun sistemine göre mahfuz hisseli şahıslar bihasebilkanun mirasçılardır, bunun için tenkis dâvası ikame etmiş olmalarına ihtiyaç yoktur. Binnetice, terekenin tamamı hakkında nasbedilmiş olan mansup mirasçı hakikatte hasren varis değildir. Fakat diğer cihetten kanun 538 inci maddede (İMK 559) veraset senedinin verilmesinde hukukî vaziyetin *nihai* ve kat'î olarak tesbitini aramamış, bilâkis vasiyetnamenin mevcudiyeti, kanunî mirasçılarının müddeti zarfında itirazda bulunmamaları gibi şekli şartların tahakkuku ile iktifa etmiştir. Tenkis dâvası açıp açmamak mirasçılarının ihtiyarına bırakılmıştır. Binaenaleyh nasıl iptal ve miras sebebiyle istihkak dâvaları açılması ihtimali mansup mirasçıya (mukayyet olmakla beraber) *hasren* varis olduğuna dair veraset senedi verilmesine mâni olmuyorsa tenkis dâvası ihtimali de bu hususta bir engel teşkil etmemek lâzımdır⁷⁹. Kanun mahfuz hisseli mirasçıya *sadece* bir itirazda bulunmak suretile veraset senedinin verilmesini önlemek imkânını bahşetmiştir. Bu basit imkândan istifade etmeyen mirasçının ileride tenkis dâvası açması *muhtemel* bulunduğunu düşünerek mansup mirasçının hukukî durumunu muallâkta bırakmak için

dermeyan ediliyorsa, müteveffanın veraseti bunlara münhasır olduğuna dair hâkimler tarafından verilen veraset senedi.»

⁷⁸) Ezcümle Escher, mad. 559 N 12; Boehmer, ArchZivPr. 144, 55.

⁷⁹) Tenkis dâvası ile diğer dâvalar arasında tefrik yapmağa mahal yoktur. Zira iptal dâvası sonunda verilen hüküm de makable samildir. Diğer cihetten tenkis dâvası ile birlikte veya sonra açılan teslim dâvası da ekseriya miras sebebiyle istihkak dâvası mahiyetindedir, bak. yuk. not 53.

muhik bir sebep te yoktur. Kaldı ki veraset senedi kat'i mahiyeti haiz bir vesika da değildir; mahfuz hisseli mirasçının dâva hakkı mahfuzdur.

Şu halde, kanaatımızca, yetkili makam mahfuz hisseli varislerin mevcudiyetine muttali olsa bile, müddetinde itirazda bulunmadıkları takdirde, bunların veraset senedinde zikredilmelerine lüzum yoktur; yahut zikrolunsalar bile tıpkı iptal ve miras sebebiyle istihkak dâvaları gibi tenkis dâvası da mahfuz olmak kaydile mansup mirasçıya *hasren* varis olduğuna dair veraset senedi verilmesi lâzımdır⁸⁰.

Tapuya tescil muamelesine gelince: butlan ve miras sebebiyle istihkak dâvaları mahfuz olduğu kaydile verilen veraset senedi tapuya tescil için kâfi telâkki olunduğu gibi (bak. not 76) mansup mirasçıdan başka mahfuz hisseli kanunî mirasçıların da mevcut oldukları veya tenkis dâvası mahfuz olmak kaydile verilen veraset senedinin de tescile mesnet teşkil eylemesi lâzımdır. Gerçi *Volkart* (Z. f. Beurk.-u. GBR 8, 73) mahfuz hisseli mirasçıların da mevcut bulunduğu kaydile verilen veraset senedinin *hasren* veraseti müsbet olmaması itibarile mansup mirasçı namına tescil muamelesine esas teşkil edemeyeceğini ileri sürmekte ise de İsviçre Tapu Sic. Nizamnamesinin 18 inci maddesindeki «*hasren veraset*» kaydından maksat *kat'i ve nihai* olarak *hasren* veraset değildir. Aksi halde butlan ve miras sebebiyle istihkak dâvaları mahfuz olmak kaydile verilen veraset senedi de, böyle bir kat'iyetten mahrum bulunması itibarile, müruru zaman haddine kadar tescile esas teşkil edememek icap ederdi.

Yukarıdan beri verdiğimiz izahat müteveffanın terekenin cüz'ü şâyii hakkında mirasçı nasb ve fakat mahfuz hisseli mirasçıların hisselerine tecavüz etmesi halinde de caridir. Böyle bir halde de mansup mirasçıya nasbolunduğu hisse hakkında *hasren* veraset senedi verilmek lâzımdır. Bittabi bu veraset senedinde diğer mirasçılar (ve mümkünse hisseleri de) gösterilecektir. Bu veraset senedi de mansup mirasçının hissesi nisbetinde tapuya tescili için kâfidir. Ancak burada dikkat olunacak bir nokta vardır: eğer henüz taksim yapılmamışsa, mansup mirasçının hissesi müşterek mülkiyet değil, iştirak halinde mülkiyet olarak tescil olunmak lâzımdır.

Verdiğimiz izahattan çıkan netice şudur ki, mansup mirasçı 538 inci madde (İMK 559) mucibince veraset senedi istihsal edince terekeye dahil gayri menkullerin namına tescil edilmesini tapudan talep edebilecektir.

⁸⁰) Bak. Z. f. Beurk.-u. Grundbuchrecht 8, s. 42. Bizde de tatbıkatta Sulh Mahkemeleri, itiraz vukubulmadığı takdirde, mansup mirasçıya *hasren* vafis olduğuna dair veraset senedi vermektedirler.

Tapu memuru veraset senedinin ibrazı üzerine intikal muamelesini yapmakla mükelleftir. Başka mirasçılar bulunup bulunmadığını araştırmak salâhiyeti yoktur; hattâ başka mirasçıların mevcudiyetine vakıf olsa bile tescilden imtina edemez⁸¹. Mansup mirasçının tescil teşebbüsünden haberdar olan kanunî mirasçıların da tapuya müracaatla tescil muamelesini geri bıraktırmak salâhiyetleri yoktur⁸². Zira veraset senedinin verilmesine, kendilerine yapılan tebligat üzerine müddeti zarfında itirazda bulunarak mâni olmak ellerinde idi. Bunu yapmamış ve mansup mirasçı da veraset senedini istihsal etmişse ancak mahkemeye müracaatla dâva ikame edebilirler⁸³. Kanaatımızca mahkeme de ihtiyatî tedbir olarak mansup mirasçı namına tescil muamelesinin *durdurulmasına* karar veremez, ancak tescil yapıldıktan sonra tapuya ahara ferağın men'i yollu bir şerh verilmesine karar ittihaz edebilir.

Görülüyor ki mansup mirasçı usulüne tevfikân bir kere veraset senedini istihsal ettikten sonra tescil muamelesinin artık önüne geçmek imkânı yoktur. Tescil merasimi ikmal edilmekle de Medenî Kanunun 633 üncü (İMK 656) maddesinin temlikî tasarruf için aradığı şart tahakkuk etmiş ve mansup mirasçı da gayrı menkul üzerinde hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar lehine tasarrufta bulunarak mahfuz hisseli mirasçıların aynı hakkını ihlâl edebilecek bir duruma girmiş bulunuyor demektir. Zira Medenî Kanunun 931 inci (İMK 973) maddesine göre «tapu sicil-

⁸¹) Bak. Escher, mad. 559 N 3 ve 10.

⁸²) Bizdeki tatbikatın biraz farklı olduğu Talât Ülger'in verdiği izahattan anlaşılıyor (yuk. not 74 te zikredilen eser s. 48): «Verasette ihtilâf varsa ihtilâfın hükmen halli ve verilen hükmü havi evrakın getirilmesi gerektir (25/3/943 tarihli 488/321 sayılı tamimi ve bilhassa bu tamimin 10 uncu fıkrasını, 3/10/943 tarihli ve 147/529 sayılı diğer bir tamimi de okuyunuz).» Gerçi bu tamimleri bulup tetkik imkânını elde edemedik. Fakat işbu tamimler, mansup mirasçının elinde veraset senedi olduğu halde kanunî mirasçıların ihtilâf mevcut olduğundan bahs ile tapuya müracaatları halinde tescil muamelesinin tehirini âmir iseler gerek Medenî Kanunun 538 inci, gerekse Tapu Sic. Nz. sinin 19 uncu maddesi hükümlerine aykırı oldukları aşîkârdır. Zira itirazda bulunarak veraset senedinin verilmesini önlemek imkânına malik bulundukları halde bunu yapmayan kanunî mirasçılara tescil muamelesini durdurmak salâhiyetinin tanınması doğru değildir. Ancak kanunî mirasçıların veraset senedi istihsal etmeleri ekseriyetle tek taraflı olduğundan ve çok defa diğer varislerin bundan haberleri dahi bulunmadığından adı geçen tamimler, nizamnamenin sarahatına olmasa dahi, maslahata uygun telâkki olunabilir ve bu halde Medenî Kanunda mâni bir hüküm de mevcut değildir.

⁸³) Bak. Escher, mad. 559 N 5.

lindeki kayda hüsnüniyetle istinat ederek mülkiyet veya diğer bir aynı hakkı iktisap eden kimsenin bu iktisabı muteber olur» ve tenkis ve teslim ilâmının makable şamil hükmü ile de bu iktisabı ortadan kaldırmak mümkün değildir⁸⁴. Böyle bir halde mahfuz hisseli mirasçılarının hakkı *nakde* inhisar etmek mecburiyetindedir⁸⁵.

Mansup mirasçının terekenin şayi bir cüz'ü hakkında nasbolunması halinde mahfuz hisseli mirasçılarının haklarını koruyabilmeleri için bir fırsat daha mevcuttur. Yukarıda işaret olunduğu veçhile mansup mirasçı bu halde, eğer henüz taksim yapılmamışsa, iştirak halinde malik olarak tapuya tescil olunacaktır. Bu takdirde, iştirak halinde mülkiyet hükümlerine göre (mad. 630, İMK 653), mansup mirasçının hissesi üzerinde dahi tasarrufta bulunmasına imkân yoktur⁸⁶. Binaenaleyh taksime kadar mahfuz hisseli mirasçılarının hakları da bu sebeple korunmuş olacaktır.

Ancak burada memleketimizde mevcut ve Medenî Kanun hükümlerile kabili telif olmıyan bir tatbikata işaret etmek lâzımdır. Mahkemelerce verilen veraset senetlerinde varislerin miras hisselerinin gösterilmiş olmasını bazı tapu daireleri iştirak halinde mülkiyetin müşterek mülkiyete kalbi şeklinde telâkki ederek intikal muamelesi sırasında gayri menkulü mirasçılarının uhdelerine *müşterek mülk* olarak geçiriyorlar⁸⁷.

⁸⁴) Veraset senedinin butlan, miras sebebiyle istihkak ve icabında tenkis dâvası mahfuz olmak kaydıyla verilmiş olması tapu kaydına istinat eden üçüncü şahısların hüsnü niyetini bertaraf etmeğe kâfi değildir. Netekim tatbikatta da kanuni mirasçılara veraset senetleri «hıllâfı sabit oluncaya kadar» kaydıyla verildiği halde tapu kaydına istinat eden üçüncü şahısların hüsnüniyetle iktisapları muteber telâkki edilmektedir.

⁸⁵) Gerçel mahfuz hisseli mirasçılarının aynı hakkı, tereke mallarının yerine kaim olan seye de saridir. Ezcümle mansup mirasçı gayri menkulü bir mal ile mübadele etmiş veya bedelle başka bir mal almışsa mahfuz hisseli mirasçılar haklarını bu mallardan da istifa edebilirler. Ancak biz mahfuz hisseli mirasçılarının tereke malları üzerinden haklarını aynen istifa imkânlarını araştırdığımızdan bu gibi vaziyetler mevzuumuz dışındadır.

⁸⁶) Bak. Escher, mad. 559 N. 8. Escher, mansup mirasçının terekenin tamamı hakkında nasbedilmesi halinde de, eğer veraset senedinde mahfuz hisseli varislerin bulunduğu zikrolunmuşsa, yalnız başına tasarrufta bulunamayacağını söylüyorsa da yukarıda izah olunan sebeplerden dolayı bu fikrine iştirak edemiyoruz.

⁸⁷) Mîsal olmak üzere bir tapu dairemizin mahkemelerimizden birine gönderdiği cevabı yazısını dercediyoruz: «... Boğaziçinde Kireçburnunda Mustafa Paşa Tazminat sokağında eski 13 No. ile murakkam etrafı selâsesi tariki âm ile mahdud Sultan Beyazıt vakfından bir kit'a arsa F. A. beyin uhdesinde iken 18/9/948 tari-

Bundan başka bazı (Asliye) Mahkemelerimizin de veraset senedi verirken (veya başkaca dâva üzerine)⁸⁸ iştirak halinde mülkiyetin müsterek mülkiyete kalbine karar verdikleri vakidir. Böyle bir kararı ihtiva eden veraset senedine müsteniden de tapu idareleri mirasçıları müsterek malik olarak tapuya tescil etmektedirler⁸⁹. Mirasçılar arasındaki iştirak halinde mülkiyet ancak rızai veya kazaî taksim ile ortadan kalkabileceğine göre gerek tapu idarelerinin gerekse mahkemelerin zikrolunan tarzdaki muamelelerinin Medenî Kanun hükümlerine aykırı bulunduğu şüphe

hinde vefatı ile veraseti ana baba bir kardeşi İ. F. nin evlâtları M. B. ile F. S. ye münhasır olduğu İstanbul Asliye Üçüncü Hukuk Yargıçlığından verilen 14/1/939 tarihli 938/1843 ve 939/288 No. lı veraset senedi ile bildirilmiş olmasından ve hisse tefriki İ. F. evlâtları M. B. ve F. S. adlarına yarı yarıya tescil edilmiştir. 20/9/939 tarih, cilt 4, sahife 9, sıra 20 No. sıle müsterek mülkiyet olarak namlarına kayıtlı olduğu anlaşılmıştır.»

*) Misal olmak üzere Yargıtay 2. H. Dairesinin 9/12/947 T. ve E. 5863 ve K. 6431 sayılı ilâmını aynen dercediyoruz :

«Mahkemesi: İstanbul Asliye 6 ncı H. Yargıçlığı

Kararın tarihi: 15/5/947

» No. : 420/753

Taraflar: Dâvacı - Mehmet Gürbüz,

Dâvalılar - İzmaro, Jan Vanilyan.

Dâva: Dâvalılardan İzmaroda 700-lira alacağı olup bunun tahsili için mumâileyhlerin murislerinden metruk ve tapuda mukayyet bir gayri menkuldeki İzmaronun 1/16 hissesini haciz ettirmiş ise de diğer dâvalı Jan Vanilyanın iştirak halinde mülkiyet olduğundan bahs ile haczin fekkine karar almış ve bu hususta kendisine İstanbul 4. cü İcra Memurluğunca dâva açmak yetkisi verilmiş olduğundan bahs ile mezkûr gayri menkulün müsterek mülkiyete kalbine karar verilmesi istenilmiştir.

Hüküm: 1/16 hissenin İzmaroya aidiyeti ve iştirak halinde bulunduğu anlaşılan müddeabih gayri menkulün müsterek mülkiyete kalbine karar verilmiştir.

Temyiz kararı

Temyiz dileğinin süresinde olduğu ... anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü :

İştirak halinde mülkiyetin müsterek mülkiyete kalbi kanuni bir sebebe veya hissedarların cümlesinin rızalarına mütevakıf olduğu halde bu cihet düşünülmezsizin yazılı şekilde karar verilmesinde isabet olmadığından hükmün bozulmasına ... 9/12/947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.»

*) Bu ikinci şıkta tapu dairelerini mazur görmek lazımdır.

yoktur. Fakat netice şu oluyor ki varislerden her biri, miras henüz taksim edilmemiş ve binnetice iştirak hali devam etmekte bulunmuş olmasına rağmen, mücerret tapuda müsterek malik olarak görünmekte olmalarından bil'istifade hisseleri üzerinde tasarruf edebilecek bir duruma giriyorlar. Böyle bir kayda hüsnüniyetle istinat ederek iktisapta bulunan üçüncü şahısların iktisabını, hakikatte iştirak halinin devam eylemekte olması ve binnetice varisin tasarrufa salâhiyetli bulunmaması sebebile, ortadan kaldırmak ekseri ahvalde mümkün olamayacaktır. Zira üçüncü şahıs kaideten tapu kaydının doğru olduğunu farz edebilir; müstenedatını da tetkik ederek kaydın, mesnedi olan hukukî sebebe tevafuk edip etmediğini ve hukukî sebebin muteber olup olmadığını tetkik ile mükellef değildir⁹⁰. Ancak vasatî bir zekâyâ malikiyet ve vasatî bir dikkat sarfı halinde tapu kaydının doğruluğundan şüpheyi icap ettirecek ahvalin kendisince malûm bulunması halindedir ki daha esaslı bir araştırma yapmakla mükelleftir⁹¹.

⁹⁰) Bak. Homberger, mad. 973 N 16 ve orada zikrolunan Federal Mahkeme kararları.

⁹¹) Bak. Homberger, mad. 973 N 16. Mamafih Yargıtay İcra ve İhlâs Dairesi bu hususta biraz daha ileri gitmektedir. Yüksek Daire 13/10/947 T. ve E. 3746, K. 3311 sayılı kararında diyor ki: «Müşain mirastaki hisseleri nisbetinde borçlular adına tapuya kayıt ve tescilli mahkeme kararı olmadıkça müsterek mülkiyeti istilzam etmiyeceğinden hâdisede takibin dayandığı ipotek senedine göre rehnedilmiş olan gayri menkuldeki ortaklığın iştirak halinde mi yoksa müsterek mülkiyet mi olduğu tetkik olunup iştirak halinde olduğu anlaşıldığı takdirde hissellilerden bazılarının şayi hissesi üzerinde ipotek tesis etmesinin kanunen muteber olup olmadığı hususunun mahkemece çözülmesi gerektiği ve bu kabil meselelerin incelenip sonuçlandırılması mahdud yetkili icra tetkik mercilerinin görevi dışında kaldığı halde bu cihet düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan temyiz olunan kararın bozulmasına 13/10/947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.»

Müşain, mirastaki hisseleri nisbetinde mirasçılar adına tapuya, velev müsterek mülkiyet suretile, tescilli, Yargıtay ilâmında beyan olunduğu gibi sadece «mahkeme kararı olmadıkça» değil alel'ittlak miras rızaen veya kazaen taksim edilmiş olmadıkça müsterek mülkiyeti istilzam etmez. Fakat ancak mirasçılar arasında vaziyet böyledir. Yoksa üçüncü şahıslara karşı her hissedar böylece müstakillen tasarruf edebilecek bir duruma girmektedir ve buna hüsnüniyetle istinat ederek aynı bir hak iktisap eden üçüncü şahısların iktisabı kaideten muteberdir. Yargıtay ilâmında, yukarıda işaret olunduğu vechile, hâdisede istisnai bir vaziyetin mevcut olup

Zikrettiğimiz bu yanlış tatbikat yüzünden memleketimizde mansup mirasçının da müsterek malik sıfatı ile tapuya tescil edilmiş olmasından bilistifade hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar lehine tasarrufta bulunarak mahfuz hisseli mirasçıların aynı haklarını tehlikeye koyması imkân dahiline girmektedir.

Yukarıdan beri verilen izahattan anlaşılıyor ki *gayrı menkullerde* mahfuz hisseli mirasçıların aynı hakları için ilk tehlike, mansup mirasçının veraset senedini istihsal etmesile başlamaktadır. Binaenaleyh mahfuz hisseli mirasçılar için 538 inci (İMK 559) maddenin verdiği imkândan faydalanmak, yani müddeti zarfında itirazda bulunarak veraset senedinin verilmesini önlemek fevkalâde mühimdir. Mamafih bu fırsatı kaçırmış olan mirasçılar için kanun ikinci bir imkân daha bahşetmektedir ki o da derhal mahkemeye müracaatla 577 ve 920 nci (İMK 598 ve 960) maddelere tevfikân bir tedbir olmak üzere gayrı menkullerin kaydına «şerh» verdirmek ve gecikmeden tenkis ve tashihi kayıt dâvasını açmaktır. Böyle bir şerh sayesinde mansup mirasçının tasarruf salâhiyeti tahdit olunmuş ve bu tahdit sonradan iktisap olunacak her türlü hakka⁹² karşı da kabili dermeyeran bir hal almış olacaktır.

*Menkullere gelince*⁹³: Mahfuz hisseli mirasçıların hukukî durumu burada biraz daha kötüdür ve 538 inci madde mucibince alınacak veraset senedi burada gayrı menkullerde olduğu kadar mühim bir rol oyna mamaktadır.

olmadığının yani vasatî bir zekâyâ malikiyet ve vasatî bir dikkat sarfı halince tapu kaydının doğruluğundan şüpheyi mucip ahvalin ipotekli alacaklılarca malûm bulunup bulunmadığı noktasının araştırılması kasdediliyorsa ilâm netice itibarile doğrudur. Böyle değil de miras taksim olunmadığı takdirde tapudaki müsterek mülkiyet kaydına rağmen hüsnüniyetle hareket etmiş olan üçüncü şahısların iktisabının muteber olamayacağı kasdolunuyorsa ilâm 931 inci madde ile kabili telif görünmemektedir.

⁹²) Mehzın 960 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki «sonradan iktisap olunacak her türlü hakka karşı» ifadesi Medenî Kanunumuzun 920 nci maddesinin 2 nci fıkrasına «sonradan iktisap olunan rehin sahiplerine karşı» şeklinde geçmiştir ki bunun bir zühul olduğu aşîkârdır. «Şerh» in hükmü bizde de mutlak olarak telâkki edilmek lâzımdır. Esasen tatbikatta mahkemeler ihtiyatî tedbir talebi üzerine mutlak olarak men'ü ferağ kararı vermekte olduklarından maddedeki bu sehiv tatbikatta bir rol oynamamaktadır.

⁹³) Son 9/10/1946 T. II tevhidî icthat kararı mucibince tapuya müseccel olmiyan gayrı menkullerde zilyetlik hükümleri cereyan edeceğine göre menkuller hakkında vereceğimiz izahat bu gibi gayrı menkuler hakkında da caridir.

Gerçi Medenî Kanun mansup mirasçılarının tereke mallarını hemen fiilen ellerine geçirmemeleri için bir tedbir almıştır. Ezcümle 535 inci maddenin 3 üncü fıkrasına (İMK 556 fk 3) göre Sulh hâkimi, vasiyet-name kendisine tevdi olunufca terekeyi ya kanunî mirasçılara teslim edecek yahut bir tereke idare memuru tayin edecektir. Kanun Sulh Mahkemesini ancak bu iki şıktan birini tercih hususunda muhtar bıraktığına göre mansup mirasçının durumu taayyün edinceye (veraset senedi verilinceye) kadar terekenin mansup mirasçıya teslimi caiz değildir⁹⁴. Ancak, evvelce de işaret olunduğu veçhile, mirasın açılmasıyla tereke malları üzerindeki *zilyetlik* te mansup mirasçılara mihanikî olarak intikal eder. Her ne kadar buradaki zilyetlikten maksat *fiili hâkimiyet* (yani bilfiil vazülyed olmak) değilse de mansup mirasçı kanunen zilyed telâkki olunur ve kanunun zilyetliğe tertip ettiği hükümlerden ve bu meyanda mülkiyet karinesinden istifade eder⁹⁵. Fakat burada halli icap eden bir mesele vardır ki o da şudur :

Acaba Medenî Kanunun 901 inci (İMK 933) maddesi mucibince, hüsnüniyetle hareket eden üçüncü şahsın iktisabının muteber olabilmesi için malın *fiilen* teslimi şart mıdır? Bu suale müsbet cevap verilecek olursa mansup mirasçı kanun nazarında zilyed olmakla beraber tereke mallarına henüz fiilen vazülyed bulunmadığından üçüncü şahıslar lehine muteber olacak şekilde tasarrufta bulunamayacak demektir.

Suale bir cevap verebilmek için evvelâ Medenî Kanunun 901 inci maddesile mehazın buna tekabül eden 933 üncü maddesini gözden geçirelim :

«Madde: 901 — Bir menkulün, emin sıfatile zilyedi olan kimseden hüsnüniyetle mülkiyeti veya aynı her hangi bir hakkı iktisap olunursa o kimsede bu tasarrufları icra mezuniyeti olmasa bile, iktisap muteber addolunur.»

«İMK mad. 933 — Menkul bir şeyi mülkiyet veya mahdut aynı bir hak iktisabı sadedinde tesellüm eden kimsenin iktisabı, o şey tasarrufta bulunan kimseye teslim salâhiyeti tanınmaksızın emniyet edilmiş olsa bile, himaye olunur.»

Görülüyor ki mehazın 933 üncü maddesi «zilyetlik» tâbirini kullanmıyor, bilâkis «teslim» den bahsediyor. Fakat buna rağmen kasdın «zilyetlik» olduğu ve 933 üncü maddedeki hukukî neticenin tahassülü (hüsnüniyetle iktisabın muteber sayılması) için malın *fiilen* teslimi zarurî olmayıp, bahis mevzuu aynı hakkın iktisabı için kanunen alel'itlak şart olan şekilde zilyetliğin devrinin kâfi bulunduğu ilim sahasında kabul

⁹⁴) Bak. Tuor, mad. 556 N 10.

⁹⁵) Bak. Escher, mad. 560 N 4; Tuor, mad. 560 N 9.

edilmektedir⁹⁶. Kanunumuzun 901 inci maddesi «... zilyedi olan kimseden ... iktisap olunursa» demek suretile açıkça «zilyetlik» ten ve umumî bir ifade ile «iktisap» tan bahsettiğine göre bizde bu hususta her hangi bir tereddüde mahal yoktur. Şu halde hâdisede mevzuu bahsolan aynı hakkın iktisabı için kanunda hilâfına istisnâî bir hüküm bulunmadıkça⁹⁷ zilyetliğin *hükmen devri* (constitutum possessorium, brevi manu traditio ve havale suretile zilyetliğin devri) halleri burada da caridir ve bu takdirde de hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsın iktisabı muteberdir⁹⁸. Mamafih şu cihet gözden uzak tutulmamalıdır ki menkul malı bilfiil tesellüm edip etmediğine göre üçüncü şahsın göreceği himaye, *hüsnüniyet bakımından* aynı şartlara tâbi olmayacaktır. Fiilen tesellümde bulunmıyan kimse için daha geniş bir araştırma mükellefiyeti mevcuttur⁹⁹.

Bu izahattan çıkan netice şudur ki mansup mirasçı da, menkuller üzerinde zilyetliği hükmen nakil suretile hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar lehine tasarrufta bulunabilecek demektir. Hükmen teslimin «constitutum possessorium» şekli, eğer mansup mirasçı mallara fiilen vazîyüye değilse, bittabi bahis mevzuu değildir; fakat havale¹⁰⁰ veya «brevi manu traditio»¹⁰¹ suretile tasarruf mümkündür¹⁰².

Ancak burada düşünülmesi icap eden bir cihet daha vardır. Zira kanun her zilyetten hüsnüniyetle iktisabı himaye etmemiş, bilâkis 901

⁹⁶) Bak. Wieland, mad. 933/34 mül. 2b; Homberger, mad. 933 N 18; aksi fikirde: Boehmer, ArchivPr. 144, 57 (müellif burada Homberger mad. 933 N 13 e atıfta bulunuyorsa da burada kendi fikrini teyit eden bir mütalâaya tesadüf edemedik. Bilâkis Homberger N 20 ve müteakipte zilyetliğin hükmen devrinin caiz bulunduğunu uzun boylu izah etmektedir).

⁹⁷) Meselâ mad. 853, İMK 884 fık 3 gibi.

⁹⁸) Bak. Homberger, mad. 933 N 20 - 22.

⁹⁹) Bak. Homberger, mad. 933 N 19.

¹⁰⁰) Ezcümle üçüncü bir şahıs yedinde bulunan tereke malını diğer bir şahsa satmak ve fer'an zilyedi keyfiyetten haberdar etmek gibi, bak. mad. 892, İMK 924.

¹⁰¹) Terekeye dahil bir menkulün, müstecir veya müstevda sıfatıyla fer'an zilyedi bulunan bir şahsa satılması gibi.

¹⁰²) Bu imkân şu bakımdan da mühimdir: eğer tenkise tâbi tasarrufun infazı veya İMK 559 uncu madde gereğinde terekenin mansup mirasçıya teslimi hükmen teslim şeklinde vukubulduğu takdirde mansup mirasçı derhal tasarrufta bulunabilecek bir duruma girecektir. Aksi takdirde mansup mirasçının her menkulü evvelâ fiilen eline geçirmesi (yani bilâvasıta zilyetliği ihraz etmesi) icap edecek ve bundan önce tasarruf imkânından mahrum bulunacaktı.

inci madde ile vazettiği esasa 902 nci maddede (İMK 934) bir istisna vazetmiştir ki o da ilk zilyedin rızası olmaksızın malın elinden çıkmış, zilyetliğini zayi etmiş olması halidir¹⁰³. Bu takdirde üçüncü şahsın iktisabı, hüsnüniyetle hareket etmiş olsa bile, himaye edilmez, esas hak sahibi malı kendisinden kaideten istirdat edebilir. Acaba hâdisemizde böyle bir vaziyet var mıdır?

Zilyetlik tek bir şahsa ait olabileceği gibi birden ziyade şahsın iştirak halinde zilyed olması da (iştirak halinde zilyetlik) mümkündür. Ezcümle mirasın taksiminden evvel mirasçılar tereke mallarının iştirak halinde zilyedidirler. İştirak halinde zilyetlikte şeriklerin heyeti umumiyesi zilyed vaziyetindedirler; şeriklerden biri yalnız başına, diğerlerinin rızası olmaksızın, zilyetliği nakil salâhiyetine malik değildir. Binnetice bir şerikin yalnız başına zilyetliği üçüncü bir şahsa nakli halinde menkul mal, 902 nci madde (İMK 934) gereğince diğer şeriklerin rızası olmaksızın ellerinden çıkmış vaziyetindedir¹⁰⁴ ve üçüncü şahıs hüsnüniyet sahibi olsa bile himaye görmez.

İmdi : tenkis ilâmının makable şamil *aynî* hükmü dolayısıyla mahfuz hisseli mirasçıların, murisin ölümü tarihinden itibaren terekeye dahil menkul mallara iştirak halinde zilyetlikleri sabit olmaktadır. Bu suretle mansup mirasçının zahiri olan *münferit* zilyetliği ortadan kalkarak müteveffanın vefatı tarihinden beri hakikatte iştirak halinde zilyet bulunduğu tahakkuk eylemesine göre arada münferiden yaptığı tasarruflar 902 nci maddenin (İMK 934) istisnai hükmü dolayısıyla hüsnüniyetin himayesine esas teşkil edemez neticesine varmak mümkün ve hattâ zarurî değil midir? İşte hâdisemizde halli icap eden ikinci mühim mesele budur.

Boehmer (ArchivPr. 144, 57) bu suale müsbet cevap vererek diyor ki:

«... Zira mahfuz hisseli mirasçılar tenkis dâvası yolile mansup mirasçının münferit zilyetliğini makable şamil bir surette ortadan kaldırarak müşterek varis vaziyetine girer girmez mansup mirasçının münferit zilyetliği de makable şamil olarak müşterek zilyetliğe¹⁰⁵ münkalip olur.

¹⁰³) Maddenin ifade etmek istediği umumî prensip budur. Maddede «şirket olunun veya kendisi tarafından galp edilen» ibaresiyle zikrolunan iki hal haddi zatında bu prensibin tatbikatından başka bir şey değildir, bk. Homberger, mad. 934 N 1/3. Bu itibarla 902 nci maddeye giren halleri basit bir şekilde ifade için bundan böyle «zayi olmuş mal» veya «zilyetliğin bilâ rıza ziyası» tâbirlerini kullanacağız.

¹⁰⁴) Bak. Homberger, mad. 934 N 6.

¹⁰⁵) İştirak halinde zilyetlik olsa gerek.

Böyle bir zilyetlik ise 933 üncü maddeye göre münferiden tasarruf salâhiyeti vermez, bilâkis tasarruf olunan şeyi, Alman hukukunda olduğu gibi, umumî telâkkiye¹⁰⁶ göre 934 üncü maddenin kasdettiği mânada bilâ rıza elden çıkmış bir mal vaziyetine sokar ki bunlar hakkında hüsnüniyetin himayesi esasî cari değildir.»

Vardığı neticenin İsviçre Medenî Kanununun 933 üncü maddesinin (bizde 901) sağlamak istediği hukukî emniyet esasile kabili telif bulunmadığından sarfı nazar *Boehmer* şu ciheti unutuyor ki iştirak halinde zilyetlikte de şeriklerden birinin *bilâvasıta* münferiden zilyed bulunması mümkündür¹⁰⁷. Ezcümle taksimden önce mirasçılar terekeye dahil menkul bir malı içlerinden birine berayı muhafaza tevdi etmişlerse veya mal diğerlerinin rızası tahtında içlerinden birinin nezdinde bulunuyorsa bu takdirde bu şerik (iştirak halinde zilyed olmakla beraber aynı zamanda) *bilâvasıta* münferiden zilyettir. «Emin sıfatile zilyed» vaziyetinde olan bu şerikin üçüncü şahıslar lehine tasarrufları 901 inci (İMK 933) madde mucibince hüsnüniyetin himayesine esas teşkil eder¹⁰⁸. Şimdi hâdisemizde böyle bir durumun mevcut olup olmadığını araştıralım :

Yukarıda bir münasebetle, lehine tenkise tâbi tasarrufta bulunulan kimselerin tasarruf mevzuu malları ne suretle ele geçirebileceklerine işaret ve bu hususta dört ihtimal zikretmiştir (bak. s. 1046). Bunlardan *birincisi*, tenkise tâbi tasarrufun *infaz* edilmiş olmasıdır. Tenkise tâbi hayattaki¹⁰⁹ tasarruflar hemen daima bizzat müteveffa tarafından infaz

¹⁰⁶) *Boehmer* makalesinde daima İsviçre literatürüne atıfta bulunduğu halde burada zikrettiği «umumî telâkki»nin hangi müelliflerce kabul edilmiş olduğunu göstermiyor. Gerçi 933 üncü maddenin tatbiki için (*bilâvasıta*) münferit zilyetliğin lâzım ve kâfi olduğu kabul edilmektedir. Fakat tenkis dâvasının *Boehmer*'in iddia ettiği şekilde bir netice doğuracağını kabul eden başka bir müellife rastlayamadık.

¹⁰⁷) Bak. Wolff, *Sachenrecht*, § 9 not 6.

¹⁰⁸) Bak. *Homberger*, mad. 934 N 6.

¹⁰⁹) Tenkise tâbi hayattaki tasarruflarda mahfuz hisseli mirasçının tenkis talep etmek hakkı aynî değil şahsî bir hak mahiyetinde telâkki edildiği takdirde (bak. yuk. not 54) keyfiyet üçüncü şahsın iktisabına, buna vakıf olsa bile, esasen müessir olmayacaktır. Aynı esas gayri menkullerde de cari olmak lâzımdır. Zira ancak aynı hak durumunun tapudaki kayıttan inhiraf etmesidir ki icabında üçüncü şahsın iktisabına müessir olur. Aynî hak vaziyeti bakımından hüsnüniyet sahibi olan üçüncü şahs fâriğinin bunun hilâfına şahsî bir borcuna (meselâ mukaddem bir satış dolayısıyla gayri menkulü başkasına teslim etmek mükellefiyeti gibi) vâkıf olsa dahi iktisabı muteberdir, bak. *Homberger* mad. 973 N 14.

edilmiş olacağından lehine tasarrufta bulunulan kimse tasarruf mevzuu mala fiilen dahi vaziülyed bulunacaktır. Bunlarda müteveffa zilyetliğini birriza devretmiş olacağından mirasçılara intikal edecek bir zilyetlik dahi mevcut değildir¹¹⁰. Binaenaleyh lehine teberrüde bulunulan kimsenin hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar lehine vaki tasarruflarında 902 nci maddedeki istisnai vaziyet tahaddüs edemeyecektir¹¹¹. *Ölüme bağlı* tasarruflara gelince: bunları da mirasçılar muhtelif sebeplerle bizzat infaz etmiş olabilecekleri gibi 544 üncü (İMK 565) maddedeki vaziyetin tahaddüsü de mümkündür (bak. s. 1046 ihtimal 1 b). Bu gibi hallerde mallar mahfuz hisseli mirasçıların rızasile mansup mirasçıya (veya musalehe) teslim edilmiş olduklarından bilâ rıza elden çıkmış vaziyetinde, yani 902 nci maddenin (İMK 934) şümulüne dahil *değildirler*. Keza terekenin İMK'nun 559 uncu maddesi gereğince yetkili makam tarafından mansup mirasçıya teslimi halinde de vaziyet aynı şekilde telâkki olunmak lâzımdır^{112 113}. Bütün bu hallerde hüsnüniyetin himayesi, hukukî emniyet esasının zarurî neticelerinden biridir. Zira muamelede bulunduğu şahsın tereke mallarını resmî bir makamın veya bizzat varislerin muvafakatile eline geçirmiş olduğunu gören üçüncü şahsın buna itimat ederek hüsnüniyetle vaki iktisabını 902 nci maddenin tatbiki suretile himayeden mahrum etmek için her hangi makul bir sebep de gösterilemez.

Yukarıda (s. 1046) ikinci ihtimal olarak zikredilen halde lehine tasarrufta bulunulan kimse daha müteveffanın hayatında «emin sıfatile zilyed» vaziyetindedir ve hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar lehine vaki tasarrufları müteveffaya karşı dahi kanunen himaye görmektedir. Ölüm ile mahfuz hisseli mirasçılar *bilvasıta* iştirak halinde zilyetliği iktisap ederlerse de lehine teberrü yapılan şahsın *bilâvasıta münferit* zilyetliği berdevamdır.

¹¹⁰) Zira mirasçılara intikal edecek olan müteveffanın zilyetliğidir, bak. Tuor, mad. 560 N 9.

¹¹¹) Boehmer'in izahatı esasen hayattaki tasarruflara şamil değildir.

¹¹²) Bunu Boehmer de kabul etmektedir, ArchivPr. 144, 57.

¹¹³) Bu iki halde de tasarrufta bulunan kimse *aslı* zilyed vaziyetindedir. 901 inci maddenin (İMK 933) lâfzı («emin sıfatı ile zilyed olan kimse», mehzazın almanca metni: anvertraut) *fer'i* zilyedliğe tevafuk etmekte ise de ilim sahasında madde geniş surette tefsir edilmekte ve evvelki zilyedin rızasile (meselâ satış, hibe gibi) iktisap olunan *aslı* zilyetliğin de bunun şümulüne girdiği kabul olunmaktadır, bak. Homberger, mad. 933 N 15. Bu geniş tefsirin neticesi şu oluyor ki 902 nci (İMK 934) maddedeki istisnai hal mevcut olmadıkça hüsnüniyetle iktisap himaye görmektedir. Bizde de maddenin geniş surette tefsirinde zaruret vardır. Aksi halde ne 901 ne de 902 nci madde şümulüne girmiyen vaziyetler olacaktır.

Binaenaleyh tasarrufları 901 inci madde gereğince hüsnüniyetin himayesine esas teşkil eder. Aksi halin kabulü mahfuz hisseli mirasçılara bizzat müteveffanın hayatında sahip olmadığı bir himayeyi tanımak olurdu.

Üçüncü ihtimalle (s. 1047, No. 3) gelince: Tereke malları müteveffanın hayatında veya vefatından sonra bilfarz müstecir veya müstevda sıfatile *bilâvasıta* (fer'an) zilyed bulunan kimseler tarafından, lehine teberrüde bulunan şahıslara teslim edilmişse bu takdirde de üçüncü şahısların hüsnüniyetle iktisabı muteberdir. Zira 902 nci maddenin (İMK 934) tatbik edilebilmesi için malın, *bilâvasıta* zilyed bulunan şahsın rızası olmaksızın elinden çıkmış olması şarttır. Bu şahıs, hâdisemizde olduğu gibi, zilyetliğin lehine teberrü yapılan kimseye devrine muvafakat etmişse bu takdirde esas hak sahibi (yani müteveffa ve onun külli halefleri olan mahfuz hisseli mirasçılar) bakımından da ortada zilyetliğin bilâ rıza ziyai vaziyeti yoktur¹¹⁴.

Şu halde 902 nci maddenin (İMK 934) tatbik olunabileceği yegâne hal olarak yukarıda (s. 1047) 4 numara altında zikrolunan, yani lehine ölüme bağlı teberrü yapılan kimselerin tereke mallarını hodbahod fiili zilyetliklerine ithal etmeleri hali kalıyor ki bu da istisnaen vaki olacaktır¹¹⁵.

Görülüyor ki mahfuz hisseli mirasçıların vaziyeti menkullerde, gayri menkullerdekine nisbetle çok daha kötüdür. Mansup mirasçı gayri menkullerde tasarruf imkânını ancak veraset senedini istihsal (ve buna müsteniden tescil merasimini ikmal) etmekle elde ettiği halde menkullerde hâdisesine göre buna lüzum kalmadan da hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar lehine muteber şekilde tasarrufta bulunmak imkânına sahiptir. Mamafih veraset senedi büsbütün kıymetsiz de değildir ve dolayısıyla yine bir rol oynamaktadır :

Evvelâ — veraset senedi verilince terekenin resmen idaresi normal olarak sona erecek ve tereke malları yetkili makamca mansup mirasçıya teslim olunacaktır (İMK 559 fk 2)¹¹⁶. Mamafih şu cihete işaret edelim

¹¹⁴) Bak. Homberger, mad. 934 N 4.

¹¹⁵) Fakat bu halde dahi tenkis ilâmının makable şamil hükmüne bu derece sümüllü bir netice tanınıp tanınmaması üzerinde düşünülecek bir meseledir; zira lehine teberrü yapılan kimse alelâde bir gâsıp durumunda değildir, ne de olsa bir hak sahibidir. Mirasın reddinde mümasıl yaziyetlerde makable teşmil hükmünün tahdidî hakkında bak. Kipp, Erbrecht, § 51 not 8; Wolff, Sachenrecht, § 12 not 4.

¹¹⁶) Bak. Tuor, mad. 559 N 9; Escher, mad. 559 N 1. Mehazın 559 uncu maddesinin 2 nci fıkrası şu hükmü ihtiva ediyor: «Aynı zamanda icabında tereke

ki terekenin bu suretle mansup mirasçıya teslimi ancak yetkili makamca (bizde Sulh Mahkemesince) terekenin resmen idaresine karar verilmiş olması halinde mümkündür. Eğer yetkili makam vasiyetnamenin tevdi üzerine 556 ncı maddenin 3 üncü fıkrası (bizde 535 fk 3) gereğince terekeyi muvakkaten kanunî mirasçılara tevdi etmişse, veraset senedinin verilmesi üzerine tereke mallarını kanunî mirasçılardan alarak mansup mirasçıya veremez. Bu takdirde veraset senedini alan mansup mirasçının kanunî mirasçılar aleyhine miras sebebiyle istihkak dâvası açması lâzımdır¹¹⁷. Binaenaleyh yetkili makamın (bizde Sulh Mahkemesinin) 556 ncı maddenin 3 üncü fıkrasındaki (bizde 535 fk 3) takdir hakkını istimal şekline göre mahfuz hisseli mirasçıların vaziyeti netice itibarile değişik olacaktır. Bu bakımdan da mahfuz hisseli mirasçılar için bir himaye imkânı mevcuttur.

Saniyen — Veraset senedi mansup mirasçıya, tereke mallarına vazıül-yed bulunan üçüncü şahıslara karşı sıfatını tevsik ve kendilerinden bu malları istemek imkânını bahşedecektir¹¹⁸.

Nihayet, elinde veraset senedi bulunan mansup mirasçı daha ziyade itimat telkin edeceğinden veraset senedi üçüncü şahısların tereke malları üzerinde kendisile muamelede bulunmasını kolaylaştıracaktır.

İşte bu sebepler dolayısıyledir ki mahfuz hisseli mirasçıların 538 inci (İMK 559) madde mucibince müddetinde itirazda bulunarak veraset senedinin verilmesini önlemeleri hâdisesine göre haklarının korunmasına hizmet edecektir. Fakat en emin çare derhal dâva açarak mansup mirasçıların üzerinde tasarrufta bulunmaları mümkün ve muhtemel bulunan tereke malları hakkında ihtiyatî tedbir kararı almaktır. Terekenin (İMK mad. 559 fk 2 mucibince) yetkili makamca mansup mirasçıya teslim edilmiş olması buna mâni değildir¹¹⁹.

Yukarıdan beri verilen izahattan çıkan netice şudur ki mahfuz hisseli mirasçıların hisselerini tereke mallarından *aynen* istifa hakları, aynı haklara mütedair hükümler dolayısıle de tahdide uğramaktadır. Kanun

İdaré memuruna terekeyi kendilerine (mansup mirasçılara) teslim etmesi emrolunur. Bizde 538 inci maddenin matlâbı «malların itası»ndan bahsettiği halde fıkra hükmü nedense kanunumuza geçmemiştir; fakat buna rağmen tatbikatta Sulh Mahkemeleri veraset senedinin verilmesinden sonra vasiyetnameyi bizzat infaz ederek terekeyi mansup mirasçılara teslim etmektedirler.

¹¹⁷) Bak. Escher mad. 559 N 23; Tuor mad. 559 N 9; Boehmer, ArchivPr. 144, 57.

¹¹⁸) Bak. Tuor, mad. 559 N 17.

¹¹⁹) Bak. Escher, mad. 559 N 24.

bu hususta bazı önleyici tedbirler almış bulunuyorsa da lehine teberrü yapılan şahısların hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar lehine vaki tasarruflarile mahfuz hisseli mirasçılarının bu hakkını akamete uğratmaları ve kendilerini nakit ile iktifa zorunda bırakmaları çok defa mümkün olabilecektir.

§ 3. Tasarruf serbestisi ile kanunî mirasçılığa ait hükümler arasındaki münasebet

Cermen miras hukuku sisteminin mümeyyiz vasıflarından biri de, mirasın *kanunen* muayyen kimselere intikalinin kaide, müteveffaya tanınan tasarruf serbestisinin ise istisna olması idi. Acaba Türk - İsviçre Medenî Kanununda vaziyet nasıldır?

Her hangi bir sui tefehhüme mahal kalmaması için şu noktaya işaret edelim ki burada *tasarruf*¹⁾ *serbestisinden* maksat, bir kimsenin ölümü ile mamelekinin kanunun tayin ettiği şahıslara (kanunen muayyen şekilde) intikalini önlemek ve bunu dilediği kimselere dilediği şekilde terk edebilmek salâhiyetidir²⁾. Türk - İsviçre Medenî Kanununda acaba ferdin bu salâhiyeti asıl da mamelekinin kanunun tayin ettiği kimselere intikali istisna mı yoksa vaziyet ber'akis midir? Diğer bir tâbirle: *asıl olan kanunî intikal mi yoksa iradî intikal midir?*³⁾ ⁴⁾

¹⁾ Buradaki «tasarruf» tâbirini «ölüme bağlı tasarruf» mefhumunda olduğu gibi alel'ittlak hukukî muamele mânasınadır; bak. Bülend Davran, s. 39 ve not 5.

²⁾ Diğer bir mânasile tasarruf serbestisi, ölüme bağlı tasarrufların *muhtevasını* tayin salâhiyetidir ki tetkiki mevzuumuz haricindedir. Bu mânada tasarruf serbestisi ve bunun hudutları hakkında bak. bilhassa W Schmitz, Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit, Köln tezi 1936; Bülend Davran, Türk - İsviçre hukukuna göre vasiyet serbestisi ve takyitleri, İstanbul 1943 (gayri matbu).

³⁾ Buradaki «intikal» tâbirini almanca: Erbgang, Erbfolge, fransızca: dévolution mukabilli olarak yani eski hukukumuzdaki gerek «irs» gerekse «intikal» mefhumlarını şamil olmak üzere geniş mânasında kullanıyoruz. Medenî Kanunumuz bu hususta Üçüncü Kitabının İkinci Kısımının (mad. 517 ve müt.) başlığında «miras» ve On Altıncı Babının başlığında da (mad. 531 ve müt.) «*mirasın hükümleri*» tâbirlerini kullanmaktadır ki maksadı hakkile ifade etmemektedir; Samim Gönensay bu hususta «intikal» tâbirini kullandığı gibi (bak. s. 191) Bülend Davran da buna taraftardır (bak. s. 14 not 2).

⁴⁾ Müteveffanın hukukan *muteber* bir ölüme bağlı tasarrufu bulunmadıkça mamelekinin daima kanunen muayyen kimselere intikal eylemesi, yani hilâfına tasarruf mevcut olmadıkça kanunî mirasçılığa ait hükümlerin cari bulunması

İsviçrede ilim sahasında mesele, «Medenî Kanun tasarruf nisabı ve mahfuz hisse mefhumlarından hangisini hareket mebd'ei ittihaz eylemiştir» şeklinde de vaz ve ifade edilmektedir. Bununla demek istenen şudur: Medenî Kanun acaba tasarruf serbestisi esasından hareketle bunun bir istisnası olan mahfuz hisseyi mi tayin ve tesbit etmiştir yoksa bilâkis mahfuz hisse yani ademî serbesti esasını hareket mebd'ei ittihaz ederek buna istisna teşkil eden tasarruf nisabının hududunu mu tayin eylemiştir?

Mesele ilim sahasında münakaşalıdır. Fakat mevcut telâkkileri izah-tan önce İsviçre Medenî Kanunu ile 1900 tarihli lâyiha taslağının (Vorentwurf) mahfuz hisse ve tasarruf nisabını tayin eden hükümlerini tetkik edelim :

15 İkinciteşrin 1900 tarihli lâyiha taslağının 495 inci maddesi şu hükmü ihtiva ediyordu :

İkinci Fesil

TASARRUF SERBESTİSİ

A. Tasarruf nisabı ve mahfuz hisse, Madde: 495 — Mirasçı olarak fîrnuunu terk eden kimse mamelekinin dörtte biri, baba ve anasını terk eden yarısı üzerinde ölüme bağı tasarrufta bulupabilir.

Muris, fîrnuun mevcudiyeti halinde terekenin yarısı üzerindeki intifa hakkını, diğer hallerde dörtte birinin mülkiyetini eşinden nez'edemez.

Bunların haricinde muris mamelekinde ölüme bağı olarak serbestçe tasarruf edebilir.»

Lâyiha taslağının bu hükmü esaslı tadilâta uğradıktan sonra kanunda iki madde halinde şu şekli almıştır :

İtibarile kanunî intikal ile iradî intikal arasında bir asıl-istisna münasebetinin mevcudiyetinden bahsolunabilir. Fakat bizim maksadımız ve araştırmak istediğimiz münasebet, yukarıda da açıkça ifade eylediğimiz veçhile, bu değildir. İlim sahasında her iki mânadaki asıl-istisna münasebeti bazan birbirine karıştırılmaktadır. Ez-cümle iradî intikalın istisna teşkil eylediğine delil olarak kanunî mirasçılığa ait hükümlerin kanunun miras kitabının başında yer almış olduğunun ileri sürülmesi bunun bir neticesidir.

İkinci Fasıl

TASARRUF SERBESTİSİ³⁾

A. Tasarruf nisabı.

I. Tasarruf

salâhiyetinin
şûmulü.

Madde: 470 — En yakın mirascısı olarak fûruunu, ana babasını veya kardeşlerini yahut esini terkeden kimse mameleki üzerinde bunların mahfuz hisseleri miktarına kadar ölüme bağlı tasarrufta bulunmak salâhiyetini haizdir.

Zikrolunan mirascılardan hic birini terk etmiyen kimse mamelekinin tamamı üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir.

II. Mahfuz
hisse.

Madde: 471 — Mahfuz hisse aşağıdaki miktarlardan ibarettir:

1. ferî için kanunî miras hakkının dörtte üçü,
2. ana babadan her biri için yarısı,
3. kardeşlerden her biri için dörtte biri,
4. sağ kalan eş için, kanunî mirasçılarla içtima halinde mülkiyet hakkının tamamı, yalnız başına kanunî mirascı olduğu takdirde yarısı.

Görülüyor ki lâyiha taslağında müteveffanın tasarruf edebileceği miktar tesbit olunarak geri kalan kısım mirasçıların mahfuz hissesini teşkil eylediği halde kanunda bilâkis üzerinde tasarruf caiz olmıyan kısım yani mahfuz hisse tesbit olunduktan sonra bunun haricinde kalan kısım üzerinde müteveffanın dilediği gibi tasarruf edebilmesi esası kabul edilmiştir. Fakat İsviçrede müelliflerin mühim bir ekseriyeti bu tadile rağmen kanunun Cermen hukukunda olduğu gibi mahfuz hisseyi hareket mebdei olarak aldığı, kanunî intikalin asıl tasarruf serbestisinin ise istisna teşkil ettiğini iddia etmektedirler.

³⁾ Mehazın fransızca ve italyanca metinlerinde ikinci fasılın başlığı olarak «tasarruf nisabı» (fr.: *quotité disponible*, it.: *porzione disponibile*) tâbiri kullanılmıştır. Diğer cihetten 470 inci ve müteakip maddelerin matlâplarının taksimatında A bölümünün başlığında da aynı tâbir mevcuttur. Medenî Kanunumuzda da keza gerek ikinci fasılın gerekse 452 nci maddenin matlâbı «tasarruf nisabı»dır. Halbuki fasıl başlığının daha şûmullü bir mânâyı ifade etmesi lâzımdır. Bu sebeple ikinci fasla, mehazın almanca metninde olduğu gibi, «tasarruf serbestisi» denmesi daha doğru olurdu; aynı fikirde Bülend Davran, s. 37/8.

Ezcümle Tuor (s. 17 N 4) diyor ki :

«Kanuni mirasçılıkla ölüme bağlı tasarruf arasındaki münasebet, Medeni Kanunda, kaide - istisna münasebetidir. Maddi ve şekli bakımından kanuni miras hakkı birinci safta gelir. Normal olarak miras kan. aile ve tabiiyet gibi tabii bağların çizdiği yolu takip edecektir. Medeni Kanunda miras hukukunun temeli murisin arzusu değil, bilakis malların bağlı oluşudur. Buna göre ölüme bağlı tasarruf kanunun muayyen hudutlar dahilinde murise tanıdığı hususi bir salâhiyet, bir istisnadır.»

Aynı müellif s. 120 N 6 da da :

«Medeni Kanun, kanuni intikalın kaide ölüme bağlı tasarrufun ise istisna olduğu esastan hareket etmektedir. Terekenin aileye bağlı olması prensip, tasarruf salâhiyeti ise bunun muayyen hudutlar dahilinde cevaz verilmiş bir istisnasıdır. Bu tahdit bazı ahvalde terekenin tamamı değil, ancak bir kısmı üzerinde tasarruf olunabilmesinden ibarettir. Medeni Kanun tasarruf serbestisinin tanziminde üzerinde tasarruf caiz olmayan bu kısımdan hareket etmektedir.»⁶

diyor.

Keza Escher de (s. 10) :

«Kanuni intikalın kaide iradi intikalın ise tahammül edilen bir inhiraf şeklinde manzur olması itibarile...»

demek suretile aynı telâkkiye sahip olduğunu ifade etmektedir⁷.

Bunlardan başka Guhl⁸, Vital⁹, Schiller¹⁰, Rösli¹¹ ve daha bazı müellifler¹² ve bizde Bülend Davran¹³ aynı fikri müdafaa etmektedirler.

Aksi fikri müdafaa edenlerden¹⁴ ezcümle Schoch¹⁵ şöyle demektedir :

«Bu iki formül arasında (yani lâyiha ve kanunun formülleri) sadece şekil ve kemmiyet bakımından değil bilakis prensip bakımından da mahiyet

⁶) Keza Tuor, s. 121 N 11; aynı müellif, Rektoratsrede, s. 13.

⁷) Keza Escher, s. 127 N 3; s. 130/31 N 10.

⁸) ZbJV 48, 201.

⁹) S. 43: «Murisin tasarruf serbestisi, muayyen bir dereceye kadar kanuni miras vaziyetini tâdil edebilmesinden ibarettir. Ancak bu hudut dahilinde olmak üzere kanuni intikalden inhiraf eden iradi bir intikal mümkündür. Murisin, mirasçılarının mahfuz hissesini ihlâl eden tasarrufu hükukan muteber değildir. Binaenaleyh kanuni mirasçılık bu yönden kaide, iradi intikal ise istisnadır.»

¹⁰) S. 25/6: «Kanuni mirasçılığın kaide, iradi intikalın istisna olduğu...»

¹¹) S. 7 ve müt.

¹²) Bak. Escher, s. 130/31 N 10.

¹³) S. 46 ve müt.

¹⁴) Bu müellifler hakkında bak. Escher, s. 130/31 N 10.

¹⁵) SJZ 6, 284/5.

farkı vardır. Eski formülde olduğu gibi artık murisin tasarruf nisabı değil, mirasçıların mahfuz hisseleri kanun tarafından tesbit edilmiştir.»

Keza Oser de¹⁶ aynı fikri benimsiyerek diyor ki :

«Evvelce lâyhalar murisin mallarında tasarruf edebileceği kısmı tayin eyledikleri ve bakiyyenin mirasçılara terk edilmesi mecburî bulunduğu halde, 1904 tarihli lâyiha bilâkis mirasçılara kalması icap eden kısımdan (mahfuz hisseden) hareketle geri kalan kısım hakkında muris için serbestçe tasarruf esasını vazetmektedir.»

Mesele sırf nazari bir münakaşadan ibaret kalsa belki o kadar ehemmiyetli olmayabilir. Fakat tasarruf serbestisinin istisnai mahiyette olduğunu iddia edenler bundan tasarruf nisabı aleyhine bir tefsir kaidesi de istihraç etmektedirler¹⁷. Ezcümle, ileride göreceğimiz veçhile, eşin fûru ile içtimai halinde kanunen haiz bulunduğu muhayyerlik hakkının tasarruf nisabına tesiri olup olmadığı meselesinde bu esastan hareketle tasarruf nisabını daraltıcı bir neticeye varılmaktadır¹⁸.

Tasarruf serbestisinin istisnai mahiyetini izah ve isbat için ilim sahasında tarihi tekâmülden başlayarak kanunun redaktörü E. Huber'in şahsiyetine kadar¹⁹ her türlü delile baş vurulmuş ve buna bizzat kanunda bir mesnet bulmak için de hayli gayret sarf olunmuştur. Ezcümle deniyor ki :

Evvelâ — «Kanunî mirasçılar» Babı kanunun Miras Kitabının en başında yer almakta, «Ölüme bağlı tasarruflar» Babı bundan sonra gelmektedir²⁰.

¹⁶) Oser, Das Erbrecht des Entwurfes zum Zivilgesetzbuch in den verschiedenen Stadien seiner Entwicklung, SJZ 3, 255.

¹⁷) Bak. Held, ZbJV 50, 483: «.. Tasarruf serbestisi lehine bir karine mevcut değildir.»; Schiller, s. 50 not 6: «.. Zaruret olmadan tasarruf serbestisinin tevslî cihetine gidilemeyeceği...»; keza Guhl, ZbJV 48, 201.

¹⁸) Bak. aşağıda s. 1138 ve müt.

¹⁹) Bak. Guhl, ZbJV 48, 201: «Bu telâkki (ekalliyetin telâkkısı) sabık kantonal hukuka ve kanun redaktörünün şahsiyetine göre zayıf bir ihtimal dahilinde görüldüğü halde.....». Halbuki Fr. Guisan bunun aksini iddia ederek diyor ki: «Huber geniş bir vasiyet serbestisine daima taraftar görünmüştür. Eğer 1905 projesinde ikinci zümre mirasçıları için terekenin nısfını mahfuz hisse olarak derpis eylemiş ise (art. 422 page 13) bu, kendi şahsî kanaatı olmaktan ziyade şarki İsviçrenin geniş bir kısmında hüküm süren vasiyet aleyhtarı an'anevi efkârı nazara alınmasındandır.» ZSR 49, 312.

²⁰) Bak. Tuor, s. 17 N 5; Schiller 26; Bülend Davran 46; mamafih Bülend Davran (s. 46 not 1) buna fazla bir kıymet atfolunamayacağını da kabul etmektedir.

Saniyen — «Ölüme bağlı tasarruflar» Babının İkinci Faslında da kanun evvelâ «tasarruf nisabı» ndan bahseylediği gibi²¹ maddelerin matlap taksimatında A bölümü de «tasarruf nisabı» başlığını taşımaktadır²². Bu da gösteriyor ki kanun hareket mebdel olarak tasarruf nisabını esas ittihaz etmiştir. 471 inci maddede (bizde 453) *mahfuz hissenin* tayin ve tesbit edilmiş olması bir hesap tarzı meselesidir, «mahfuz hissenin yar-dımı ile tasarruf nisabı hesap olunmaktadır.»²³

Kanunî mirasçılara ait hükümlerin Miras Kitabının başında yer almış olması, tasarruf serbestisinin istisnâî mahiyetini isbat için ileri sürülen dellillerin şüphesiz en zayıfıdır²⁴. Zira tasarruf serbestisini kaide olarak kabul ettiğinde kimsenin şüphesi olmıyan Alman Medenî Kanununda da kanunî mirasçılar hakkındaki hükümler miras kitabının başında gel-mektedir²⁵ (BGB §§ 1922 ff.).

Kanunun 452 nci (İMK 470) madde ile başlayan İkinci Faslında evvelâ tasarruf nisabından bahsetmesi, bilâkis ekseriyet taraftarlarının aleyhine bir delildir. Zira kanun 452 nci maddesinde, müteveffanın muayyen ve mahdut bazı mirasçıların mahfuz hisseleri mikdarına kadar mamelekinde tasarruf edebileceğini ve mahfuz hisseli mirasçı olmadığı takdirde tasarruhta tamamen serbest olduğunu söylemekle tasarruf serbestisi prensibini vazetmekte ve mahfuz hissenin bu serbestinin ancak bir hududunu, istisnasını teşkil eylediğini açıkça ifade eylemektedir²⁶. Bir prensip vazeden maddenin ise faslın başında yer alması kanun tekniği bakımından tabii ve hattâ zaruridir. 452 nci ve müteakip (İMK 470 ve müt.) maddelerin matlap taksimatında A bölümünün de «tasarruf nisabı» başlığını taşıması yine aynı zaruretin bir ifadesidir.

²¹) Bak. Esb. I 87 not 1.

²²) Bak. ez-cümle Rösli 10; Escher, s. 131 N 11; Tuor, s. 120 N 6. Ayrıca mehzazın fransızca metninin ikinci fasıl başlığı olarak «tasarruf nisabı» tâbirini kullanmış olmasına da istinat edilmektedir, bak. yuk. haşiye 5.

²³) Guhl, ZbJV 48, 201.

²⁴) Bu keyfiyet, kanunî intikal ile iradî intikal arasında yuk. haşiye 4 te zikredilen münasebet ile alâkadardır.

²⁵) Hattâ, Alman Medenî Kanununda vasiyet hükümleri, kanunumuzda olduğu gibi kanunî mirasçılar hakkındaki hükümleri takiben de değil, ondan çok sonra gelmektedir, §§ 2065 ff. Kanunî miras hükümlerinin başta gelmesinin bir kıymeti olmadığı hak. Schmitz 78.

²⁶) Aynı fikirde FMK 45 II 384.

Müdafaa ettikleri fikri haklı gösterebilmek için maddelerin matlabında mesnet arıyacak kadar ileri giden müellifler nedense, matlaptan çok daha mânidar olan, fasıl başlığından bahis dahi etmiyorlar. Yukarıda da işaret olunduğu veçhile On Dördüncü Babın İkinci Faslının başlığı «Tasarruf serbestisi» dir. Görebildiğimize göre müellifler arasında yalnız *Tuor* buna temas zaruretinin hissetmiş ve fakat o da tevil yoluna sapsmıştır. *Tuor* bu hususta diyor ki²⁷:

«Muris, tasarruf nisabının tamamından istifade, yani tasarruf nisabı dahilinde olmak üzere mamelekinde serbestçe tasarruf edebilir — kanundaki «tasarruf serbestisi» tâbiri bundan ötürüdür.»

Müteveffanın tasarruf nisabının tamamı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği, bizzat bu mefhumda mündemiç bulunması itibarile o derece tabii ve bedihîdir ki kanun vazının bunun için ayrı bir teknik tâbir kullanmış olması en zayıf bir ihtimal olarak dahi kabul edilemez.

Ekseriyet taraftarlarına, öyle görünüyor ki, en fazla güçlük çıkaran hükümlerden biri de 453 üncü (İMK 471) maddedir. Filhakika kanun bir evvelki maddesinde tasarruf serbestisi prensibini vaz ve mahfuz hissenin ancak bunun hududunu teşkil eylediğini ifade ettikten sonra 453 üncü maddede bununla hem âhenk olarak *mirasçılarının mahfuz hisselerini* yani üzerinde istisnaen tasarruf caiz olmıyan tereke kısmının neden ibaret olduğunu tayin etmektedir. Kanunun bu sarîh hükümlerini, tevil yoluna saparak *mücerret bir hisap şekline* irca etmek tatminkâr bir izah tarzı olmaktan uzaktır²⁸. Gerçi bunun muhtelif miras vaziyetlerine göre tasarruf nisabının değişmesini, elâstiki olmasını temin için kabul edilmiş olduğu da ileri sürülmekte ise de aynı gayeyi, ezcümle lâyhada veya

²⁷) ZbJV 61, 5.

²⁸) Müteveffanın terekesi, üzerinde tasarruf caiz olan (tasarruf nisabı) ve olmıyan (mahfuz hisse) diye iki kısma ayrıldığına göre kanun vazının bunlardan yalnız birini tayin etmesi kâfidir; bundan sonra diğerini tesbit bir hesap meselesidir. Fakat kanunun bunlardan her hangi birini tayin ve tesbit etmesi mücerret bir hesap tarzı veya *harici şekilden* (Schiller 25) ibaret değil, bilâkis kanun vazının bu husustaki telâkkisini de göstermek bakımından ehemmiyeti halzdir. Zira «eğer ölüme bağlı tasarruflar kanuni miras hakkına nisbetle istisnal mahiyette ise, kanundaki hükümlerin ahengi bakımından müteveffanın tasarruf serbestisine istisnal bir şekil vermek icap etmektedir.» (Esb. I 386). Lâyhada tasarruf nisabı tayin olunduğu halde kanunun bunun aksine olarak mirasçıların mahfuz hisselerini tesbit ederek bakıyye üzerinde müteveffanın serbestçe tasarruf edebilmesi esasını vazetmek suretile ihtiyar eylediği tanzim şeklinin bir mânası olmak lâzımdır.

Fransız Medenî Kanununda olduğu gibi, tasarruf nisabından hareket suretile de temin pekâlâ mümkündür.

Görülüyor ki tasarruf serbestisinin istisnai mahiyetini kanunda mevcut hükümlerden istihraca imkân yoktur. Bizzat ekseriyetin fikrine taraftar olan bazı müellifler dahi bunu itiraf etmektedirler. Netekim *Guhl*, Medenî Kanunun hangi sistemi kabul ettiği sualine cevap verirken diyor ki²⁹:

«470 ve 471 inci maddeler mukayese olunursa insan tereddüt etmektedir. Zira maddenin biri tasarruf nisabından bahsettiği halde diğeri mahfuz hisseyi tayin ediyor. Bundan başka tasarruf nisabının 470 inci maddede mahfuz hisseye tâbi olduğu söyleniyor. Bu hüküm sebebiyle bazı müellifler Medenî Kanunun mahfuz hisse mesalinde Roma hukuku sistemini kabul ettiğini iddia etmişlerdir (Schoch, SJZ 6, 285) ...».

«Hâkim telâkki taraftarlarının bizzat kanunda bulmak istedikleri mesnetler kendilerini de tatmin etmemiş olacak ki tasarruf serbestisinin istisnai mahiyetinin Medenî Kanunun kabulünden önce kantonlarda mevcut hukukî duruma ve kanunun hazırlanması sırasında izhar edilen fikirlere ve nihayet tarihi tekâmüle uygun olduğu da iddia olunmaktadır³⁰.

Gerçi Medenî Kanunun hazırlanması sırasında, mahfuz hisse ve tasarruf serbestisinin tanziminde tasarruf nisabının hareket mebdeî ittihaz

²⁹) ZbJV 48, 200/01. Keza Schiller de (s. 25) her türlü kabli hükümden uzak olarak Medenî Kanunun 470/71 inci (bizde 452/3) maddeleri tetkik olunduğu takdirde, mahfuz hisse hukukunun Medenî Kanunda büründüğü kisve, şekil bakımından, terenkenin üzerinde tasarruf caiz olan ve olmıyan iki kısma tefrikinde hareket mebdeînin mirasçılardan mahfuz hisseleri olduğu neticesine varıldığını, bunu inkâr ederek tasarruf nisabını şekil bakımından hareket mebdeî ittihaz etmenin kanunun sarîh hükümlerini zorlamaktan başka bir şey olmadığını söylemektedir.

³⁰) Escher (mad. 470/80, İlmül. N 11, s. 131) ekalliyetin telâkkisi aleyhine su mahzuru ileri sürmektedir. Müellif diyor ki: mahfuz hisse hareket mebdeî ittihaz olunduğu takdirde, eşin türü ile içtimai halinde tasarruf nisabı ve mahfuz hisse derhal mütehavvîl bir hal almakta ve eşin muhayyerlik hakkına tâbi olarak değişmektedir. Halbuki muris tasarruf nisabını önceden bilmelidir. Gariptir ki Escher bu suretle Medenî Kanunun tasarruf serbestisi ve mahfuz hisse hususunda Cermen hukuku sistemini kabul ettiğine bir delil olarak tasarruf nisabının eşin muhayyerlik hakkına tâbi olmaması lüzumunu ileri sürerken diğerk taraftan, ileride göreceğimiz vechile (s. 1139 not 91), tasarruf nisabının eşin muhayyerlik hakkından müstakil olduğuna delil olarak da Medenî Kanunun mahfuz hisse hükümlerinde Cermen hukuku sistemini kabul etmiş olduğunu ileri sürmektedir.

olunduğu fikri bazı şahıslar tarafından ileri sürülmüşse de³¹, lâyiha'nın aksine olarak, bu telâkki kanuniyet iktisap etmemiştir. Kanunun ihzârı sırasında izhar olunan fikirlerin *ilzam edici* bir kudreti haiz olmadıkları da malûmdur³².

Medenî Kanunun kabulünden önce kantonların tasarruf serbestisi hakkındaki telâkkileri bir vahdet arz etmekten uzak bulunuyordu³³. Bilâkis kantonlar arasında bu hususta mevcut esaslı farklar federal kanun vazına büyük zorluklar çıkarmış, hattâ bir aralık bütün Medenî Kanunu akamet tehlikesine maruz bırakmıştır. Kaldı ki federal kanun vazın, Medenî Kanunun diğer kısımlarında olduğu gibi miras hukukunda da mücerret kantonal hukukun tevhidinden ziyade çok defa zamanının ihtiyac ve telâkkilerine uygun *yeni hükümler* vazetmek zorunda kalmıştır³⁴.

Tarihî tekâmüle gelince: Ölüme bağlı tasarrufların tarihî tekâmülü de, tasarruf serbestisinin gittikçe artan bir şekilde daima genişlemesi tarzında bir istikamet takip etmiştir³⁵. Gerçi Cermen hukuku bidayette «aile mülkiyeti» esasından hareketle ve zamanının içtimâî, iktisadî ve ahlâkî sahadaki kollektivist telâkkilerinin neticesi olarak aile reisine ne hayatında ne de ölüme bağlı olarak tasarruf salâhiyeti vermemiştir. Fakat ferdî mülkiyet fikrinin inkişafına müvazi ve içtimâî ve iktisadî sahada vukua gelen değişmelere uygun olarak ve kısmen de kilisenin tesirile önceleri mahdud ve fakat gittikçe artan bir mikyasta ölüme bağlı

³¹⁾ Bak. Esb. I 387; Escher s. 131; Rösl 9.

³²⁾ Bak. Egger, mad. 1 N 15, 16.

³³⁾ Ölüme bağlı tasarruf serbestisinin kantonlarda geçirdiği istihaleler ve tekâmül hakkında bak. Huber IV s. 603 ve müt., 608 ve müt.; Vital 9 ve müt.; Bülend Davran 25 ve müt.

³⁴⁾ Esb. I 4 ve müt., bilhassa 25 ve müt.; Vital (s. 84/5) tasarruf serbestisi hususunda kantonlarda mevcut esaslı telâkki farkları itibarile kanun vazının kantonal hukuku ancak imkân nisbetinde nazara almakla beraber asıl vazifesinin memleketin değişik modern iktisadî ihtiyaçlarına uygun yeni bir sistem vücuda getirmek olduğuna bilhassa işaret ediyor. Bak. keza Guhl, ZbJV 48, 197: «Zira Medenî Kanun miras hukukunun diğer kısımlarında olduğu gibi mahfuz hisse hükümlerinde de kantonların veya yabancı bir memleketin hukukunda mevcut bir sistemi alıvermemiş bilâkis geniş mikyasta olarak yeni yollara sapmıştır.»

³⁵⁾ Bak. Escher, s. 128: «Fakat son asrın temayülü şarih bir surette, tasarruf serbestisinin genişletilmesi merkezinde idi; Medenî Kanun da bu istikamette mühim bir adım atmıştır.» keza Esb. I 25; Huber IV s. 608 ve müt.

tasarruf salâhiyeti de tanınmıştır²⁶. Cermen hukukunda bu tekâmül asırlarca önce başlamış ve Roma hukukunun iktibasından önce ölüme bağlı tasarruflar mütekâmil bir şekil almış²⁷ bulunuyorlardı²⁸. Binaenaleyh tasarruf serbestisine karşı menfi bir tavır takınmak tarihi tekâmülün takip ettiği seyre de uygun görünmemektedir.

Kaldı ki meseleyi sadece ölüme bağlı tasarrufların tarihi tekâmülü zaviyesinden görmek te *nâkıs* bir görüş olsa gerektir. Zira «miras hukuku mülkiyet nizamının zarurî bir mütemmimi, ölüme bağlı tasarruf da hayat-taki tasarruf salâhiyetinin başka şekiller altında bir devamı, istimalidir. Bu itibarla mülkiyet hakkındaki ana telâkki ile miras hukukundaki telâkki arasında sıkı bir irtibat mevcuttur.»²⁹ Şu halde meselede *mülkiyet* müessesesinin geçirdiği tekâmül³⁰ ve *kanunun mülkiyet telâkkisi* de nazara alınmak lâzımdır³¹.

Cermen hukukunun miras sistemi ve ölüme bağlı tasarruf telâkkisi aile ve «aile mülkiyeti» veya sonraları «aileye bağlı mülkiyet» telâkkisinin tabii bir neticesidir. Filhakika Cermen hukukunda bidayette mallar ailenin idi (aile mülkiyeti esası); zamanla aile reisinin malik sıfatı tanınmakla beraber mallar «aileye bağlı» telâkki olunmuştur. Bunun neticesi olarak da aile reisinin gerek ölüme bağlı gerekse hayattaki tasarruflarına

²⁶) Hattâ bu tekâmül yer yer tam bir serbestinin tanınmasına bile müncer olmuştur, bak. Huber IV s. 617 ve orada not 22.

²⁷) Bak. Schmitz 84; Huber IV s. 608 ve müt.; A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. II, 1886, s. 642 ve müt.; R. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930, s. 780 ve müt.; Otto Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts, in Holtzendorf's Encyklopaedie der Rechtswissenschaft, Bd. I 1904, s. 551 ve müt. Namafih ölüme bağlı tasarrufların miras hukuku sistemindeki mevki ve halz olduğu ehemmiyet Roma hukukundan farklı idi.

²⁸) Lange, Jh.Jb. 82, 1. Bak. Schmitz 84: «Ölüme bağlı tasarruf serbestisi hayattaki tasarruf serbestisinin, hususi mülkiyetin bir devamından ibarettir; binaenaleyh mülkiyet hakkındaki prensiplere tâbidir.»

²⁹a) Bu hususta yazılmış türkçe eser olarak bak. Serdengeçtîzade Hüseyin Edip, Mülkiyet nehcinin vechi tekâmülü, doktora tezi, İstanbul 1921.

³⁰) Mülkiyet nehci ile miras hukuku ve binnetice ölüme bağlı tasarruf serbestisi arasındaki bu sıkı irtibatı lâyük olduğu şekilde nazara almaması İsviçre literatürünün eksik tarafını teşkil etmektedir. Almanya'da da son zamanlarda nasyonal sosyalizmin tesiri altında bazı müelliflerin aynı hatayı işlemekte olduğunu görüyoruz. Schmitz haklı olarak bundan şikâyet etmektedir, bak. s. 82 ve müt. ve s. 82 not 2.

karşı mirasçılara «itiraz hakkı = Beispruchsrecht» tanınıyordu⁴⁰. Fakat önce menkullerde sonra gayri menkullerde *ferdî mülkiyet* fikrinin doğması ve inkişafı ile muvazi olarak muayyen hudutlar dahilinde olmak üzere gerek hayatta gerekse ölüme bağlı tasarruf salâhiyeti kabul olunmuştur.

Cermen hukukunun «ev» e dayanan bu aile nizamı muhtelif içtimai ve iktisadi âmillerin bilhassa son zamanların ferdiyetçi cereyanlarının tesirile inhilâle uğramış ve aile mülkiyeti veya aileye bağlı mülkiyet fikri de yerini ferdî ve hususî mülkiyete terketmiştir⁴¹. Bugün cemiyetimizin içtimai ve iktisadi nizamı bu mülkiyet esasına dayanmaktadır⁴².

Medenî Kanunun *mülkiyet telâkkisine* gelince: Kanun Aynî Haklar kitabının en başında (mad. 618, İMK 641) malikin sahip olduğu şey üzerinde «dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haiz» olduğu *prensibini* vazetmektedir. Gerçi bu salâhiyet aynı maddede «kanun dairesinde» kaydile takyit olunmuştur; binaenaleyh malike tanınan salâhiyet mutlak ve hudutsuz değildir. Fakat bütün hukuk nizamından ve bilhassa âmme hukukundan doğan tahditlerin, malikin haddi zatında mutlak olan salâhiyetine sonradan inzimam etmiş birer istisna mahiyetinde mi yoksa mülkiyet mefhumunda mündemiç bir unsur mu olduğu hakkındaki münakaşaya⁴³ girmeksizin malikin sahip olduğu şey üzerinde *kaide* olarak tasarruf salâhiyetini haiz bulunduğunu söyleyebiliriz⁴⁴. Hattâ Almanyanın 11 Ağustos 1919 tarihli Weimar ana yasası, Medenî Kanunumuzdan farklı olarak, mülkiyetin malikin egoist menfaatlarına hizmetten ziyade içtimai rolünü tebarüz ettirmek maksadile 153 üncü maddesinde «mülkiyet vazife tahmil eder» prensibini vazetmiş ve bugün Almanyada mülkiyetin haddi zatında mutlak olduğu telâkkisinin taraftarları hayli azalmış

⁴⁰) Bu hususta bak. Huber IV s. 238, 246 not 24, 553, 717, 725, III 261; R. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930, s. 332 ve müt., 423.

⁴¹) Bak. Egger, Aile Hukuku, cd. I s. 5-7 (Tahir Çağa tercemesi s. 6-8); cd. II, mad. 335 N 1: «Vaktile aileye ait veya aile fertlerine bağlı bulunan aile veya ev serveti inhilâle uğramıştır. Aile reisi ferdî mülkiyet hakkını ve serbestçe tasarruf salâhiyetini kazanmıştır.»

⁴²) Bak. Schmitz 84.

⁴³) Bu hususta bak. Haab, mad. 641 N 1-4.

⁴⁴) Hukuk nizamından çıkan tahditlerin mülkiyet mefhumunda mündemiç birer unsur olduğunu kabul eden müellifler de malikin tasarruf salâhiyetinin istisna teşkil eylediğini iddia etmemektedirler. Esasen münakaşa mülkiyetin «muhtevası» na taallük etmektedir.

bulunduğu¹⁵ halde malikin serbestçe tasarruf salâhiyetinin bir *kaide* olduğu kabul edilmektedir¹⁶.

Medenî Kanunda malikin tasarruf salâhiyeti istisna değil bilâkis *kaide* mahiyetini arzettiğine göre bunun «başka şekiller altında bir devamından ibaret olan» (Lange) ölüme bağlı tasarruf salâhiyetinin de aynı mahiyette olması lâzımdır.

Kanun, ölüme bağlı tasarruflara nisbetle daha mahdud bir mîkyasta olmakla beraber, mahfuz hisseli mirasçılar müteveffanın hayatındaki tasarruflarına karşı da himaye etmiştir (mad. 507. İMK 527). Böylece mahfuz hisse esas hayattaki tasarruf salâhiyetini de takyit etmektedir. Fakat buna rağmen, tasarruf serbestisinin istisnâ mahiyette olduğu fikrini müdafaa eden müellifler bunu sadece *ölüme bağlı* tasarruflara hasretmekte, nedense hayattaki tasarruflar hakkında böyle bir iddia ileri sürmemektedirler^{17a}. Aynı mahfuz hisse esasının hayattaki tasarruf salâhiyetine nisbetle *istisna* ve fakat, hakikatte bunun devamından ibaret olan, ölüme bağlı tasarruflara karşı bir *kaide* mahiyetinde olmasına imkân yoktur. Vaziyet birincisinde ne ise ikincisinde de o olmak zaruridir.

Bundan başka: ölüme bağlı tasarrufların istisna ve mahfuz hisselerin yani ademi serbesti esasının kaide teşkil eylediği telâkkisi Medenî Kanunun ana umdelerinden biri olan *hürriyet ve serbesti* prensibi ile de ahenk halinde görünmemektedir. Filhakika İsviçre Medenî Kanunu, isdar olunduğu zamanın iktisadî ve içtimâî telâkkilerine sadık kalarak, diğer kısımlarında olduğu gibi miras hukukunda da hürriyet ve serbesti prensibini esaslı bir umde olarak kabul etmiştir. Hattâ ferde «hukukî münasebetlerini kendi ihtiyaçlarına göre bizzat tanzim etmek hususunda tanınmış olan bu serbesti esasının» kantonlardaki hukuk geleneği ile bir tezat ve bu sebeple İsviçrenin büyük bir kısmı için bir yenilik teşkil eylediği ve fakat «hukukî tekâmül bakımından memleketin modern ihtiyaçlarını karşılayabilecek yegâne esasın bu olduğu» esbabı mucibe lâyihasında açıkça ifade olunmaktadır¹⁷.

Nihayet murisin ölüme bağlı tasarrufu ile mirasından hariç bırakabileceği mirasçılarla mahfuz hisseli mirasçıların mukayesesini de tasarruf

¹⁵) Bak. M. Wolff, Sachenrecht, § 51 I, s. 154.

¹⁶) Bak. M. Wolff, Sachenrecht, § 51 IV: «Bazı şeylerde (hususî mülkiyetteki âmme yolları gibi) istisnalar esası aşmakla beraber prensip (malikin serbestçe tasarruf prensibi) hakikat olarak kalmaktadır.»

^{17a}) Bak. Escher mad. 527 N 1. Keza Escher mad. 475 N 1 e de bak. Müellif burada «alîye bağlı mülkiyetin modern şekli»nden bahsetmektedir.

¹⁷) Esb. I 25/26.

serbestisinin mâhiyeti hakkında bir fikir edinmeğe müsaittir. Filhakika Medenî Kanuna göre mahfuz hisseli mirasçılar eşten başka fûru, ana baba ve kardeşlerdir. Vasatî hayat müddetine göre bir kimse normal olarak torununu ve nihayet torununun çocuğunu görebilmektedir⁴⁸. Daha uzak fûruunu görebilmesi pek ender ahvalde mümkündür. Şu halde mahfuz hisseli mirasçılar beş tabakaya inhisar etmektedir⁴⁹. Buna mukabil mahfuz hisseli *olmıyan* ikinci ve üçüncü zümre mirasçılarının sayısı ekseri ahvalde hemen hemen hudutsuz denecek kadar çoktur⁵⁰. Binnetice kanunun mahfuz hisse tanımak suretile kendilerini himaye ettiği mirasçılar, kanunî mirasçıların heyeti umumiyesine nisbetle pek mahdut bir çerçeveye inhisar ediyor demektir. Böylece müteveffanın ölüme bağlı tasarrufile kanunî mirasçıların büyük bir kısmını mirasından hariç bırakmak salâhiyetini haiz olduğu ve ancak ufak bir ekalliyetin bundan istisna edildiği nazara alınacak olursa iradî ve kanunî intikalden hangisinin kaide ve hangisinin istisna olduğunu tayin güç olmasa gerektir.

Doğrudan doğruya mahfuz hisse esasile alâkadar olmamakla beraber kanun vazının ölüme bağlı tasarruflara karşı takındığı tavrı göstermek bakımından ehemmiyetsiz olmıyan bir noktaya daha işaret etmek lâzımdır:

Kanun *vasiyet*⁵¹ suretile tasarrufta, hayattaki *tasarruf* muamelelerinde aradığı asgarî olgunluk derecesini bile şart kılmamıştır. On beş yaşını (mehazda 18) ikmal etmiş olan mümeyyiz bir kimse hayatında malları üzerinde kaide olarak hiç bir suretle tasarruf edemediği halde vasiyet suretile servetini, ne kadar büyük olursa olsun, dilediği şahıslara terk edebilmektedir (mad. 449, İMK 467). Keza hangi sebeple olursa olsun hacir altına alınmak suretile hayattaki tasarruflar bakımından medenî hakları kullanma ehliyeti tahdit edilmiş olan *mahcur* da vasiyette bulunmak ehliyetini tam surette haizdir⁵². Evli bulunan kadın da koca-

⁴⁸) İsviçrede, evlenmeler ekseriyetle daha geç yaşta vuku bulduğu cihetle bir kimsenin torununun çocuğuna yetişmesi de oldukça ender ahvaldendir.

⁴⁹) İsviçre Medenî Kanununun 472 nci maddesinin verdiği salâhiyete binaen kardeşlerin mahfuz hisselerini refetmiş olan kantonlarda (bak. aşağıda § 7 not 112) mahfuz hisseli varislerin çerçevesi büsbütün daralmaktadır.

⁵⁰) Mirasın Hazineye intikaline ve hattâ esin münferiden mirasçı olması vaziyetine bile tatbikatta pek ender ahvalde tesadüf edilmesi de bunu teyit etmektedir.

⁵¹) Miras mukavelesinde vaziyet başkadır, bak. mad. 450, İMK 468.

⁵²) Bak. Esb. I 384; Tuor mad. 467 N 6. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle hacrédilmiş olan şahsın da, tanzimî zamanında temyiz kudretini hâiz bulunması şartile vasiyetleri muteberdir.

sının muvafakatı olmadan mal birliğinde gerek şahsî gerekse mahfuz malları, mal ortaklığında tasfiye neticesinde kendisine isabet eden kısım üzerinde vasiyet suretile tasarrufta bulunabilir⁵³. Kanun vazı ölümüne bağlı tasarruflarda şekil meselesinde de azamî derecede müsamahakâr davranmıştır: El yazısı ile vasiyet gibi, Bununla muris, hayattaki tasarruflar için mevzu bir çok şekil şartlarından kurtulmaktadır^{53a}. Görülüyor ki kanun vazı ölümüne bağlı tasarruflara karşı menfî olmak şöyle dursun bilâkis oldukça müsamahakâr bir tavır takınmış bulunmaktadır. Vasiyetlerin tefsirinde, hayattaki muamelelerin aksine olarak, üçüncü şahısların menfaatlarının nazara alınmaması⁵⁴, müteveffanın son arzusunun mümkün merteye ve hattâ bazan vasiyetnamenin metnini ihmal ederek yerine getirilmesinde geniş bir müsamaha gösterilmesi⁵⁵ ve şekil noksanı sebebiyle hükümsüz telâkki edilmesi icap eden ölümüne bağlı tasarrufların *tahvil* (Konversion) suretile kurtarılmasına sayedilmesi⁵⁶ hususunda mevcut hukuk prensipleri aynı müsbet temayülün tezahüründen başka bir şey değildir.

Bütün bu izahatımızı hülâsa edecek olursak: gerek kanunun 452 ve 453 üncü (İMK 470/71) maddelerinde ihtiyar eylemiş olduğu tanzim şekli gerekse tarihi tekâmülün *seyri* ve bilhassa kanunun mülkiyet nehci ve mahfuz hisseli varislerin müteveffanın iradesile bertaraf edebileceği kanunî mirasçılara nisbetle pek mahdud oluşu nazara alındığı takdirde Türk - İsviçre Medenî Kanununda iradî intikalin asıl kanunî intikalin istisna, tasarruf serbestisinin kaide mahfuz hissenin ise bu serbestisinin ancak bir hududunu teşkil eylediği neticesine varılması zarurî görünmektedir^{56a}.

Netekim Federal Mahkeme de bir kararında bu neticeye vararak bunu oldukça açık bir lisanla ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme diyor ki⁵⁷:

⁵³) Tuor, mad. 467 N 7.

^{53a}) Son zamanlarda Almanyada el yazısı ile vasiyet kaldırılmak istenmiştir. Murisî resmî vasiyete mecbur etmek suretile, psikolojik bir tazyik yapmak gayesi takip olunmuştur. Tıpkı Roma hukukunda halk önünde yapılan vasiyetlerde olduğu gibi. Bak. Schmitz 87/88.

⁵⁴) Lange, Jh.Jb. 46, 3.

⁵⁵) Bu hususta bak. H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, Jh.Jb. zweite Folge, 46, 1 ve müt. Escher s. 88 ve müt.

⁵⁶) Bu hususta bak. v. Tuhr, Allg. Teil des schweiz. Obligationenrechts, 1924, s. 202 ve müt.

^{56a}) Ebül'ülâ Mardin de takrirlerinde aynı fikri müdafaa etmektedir.

⁵⁷) FMK 45 II 384.

«... Zira Medenî Kanun tasarruf serbestisi prensibinden hareket etmekte ve bu sebeple 470 inci maddesinde tasarruf nisabını tarif etmektedir ki bu meyanda mahfuz hisse ancak bu tasarruf nisabının bir hududu olarak zikrolunmaktadır.»

Hassatan memleketimizde tasarruf serbestisinin kaide telâkki edilmesi ve ölüme bağlı tasarruflara karşı müsamahakâr bir tavır takınılması için ihmalî caiz olmıyan munzam bir sebep daha vardır ki o da şudur^{57a}:

Vaktile muhtelif içtimâî, iktisadî ve siyasî âmillerin tesirile İsviçre Medenî Kanununu, bazı hükümlerinin içtimâî bünyemize ve an'anelerimize uymadığını *bilerek*, hemen hemen ayen iktibas ettik. Kanunda pek az tadilât yapılmış olmasının en esaslı sebebi şüphesiz cemiyet hayatımızı kanuna uydurmak suretile içtimâî bünyemizde bir *inkılâp* vücuda getirmek idi⁵⁸. Fakat bunun diğer bir sebebi de memleketimizin ihtiyaçlarına cevap verecek tadilâtı yapabilmek için zaman ve imkânın mevcut bulunmaması idi. Kanunî mirasçılığa ait hükümlerin aynen iktibası, öyle görünüyor ki, daha ziyade bu ikinci sebepten neş'et etmiştir. Kanunî miras hükümleriyle halkımızın hak duygu ve şuuru arasında, zümre usulünün bazı mal nevelerine münhasır olmak üzere 1328 tarihinde memleketimize girmiş olmasına rağmen⁵⁹, o zaman olduğu gibi bugün de bir tezat mevcut olduğu ve hassatan, müteveffaya şahsî münasebet bakımından ne kadar yabancı olursa olsun, *birinci* zümreden her hangi bir mirasçının mevcudiyeti halinde *ana babanın* (ve hattâ kardeşlerin) külliye mirastan hariç kalmasını halkımızın el'an dahi bir türlü hazmedemediği⁶⁰ inkâr olunamıyacak bir hakikattir. Bu tezadı kısmen olsun hafifletebilmek için tatbikatın ve hukuk ilminin elinde bulunan yegâne vasıta ölüme bağlı tasarruflar müessesesidir. Ölüme bağlı tasarruf serbestisine, kanun

^{57a}) Gerçe kanunumuzla İsviçre Medenî Kanununun bu husustaki hükümleri aynıdır. Fakat bu «hukukun da her iki memlekette aynı olmasını icap ettirmez». Egger, Baro Mec. Kasım 1947, s. 494.

⁵⁸) Bu bakımdan bizim IMK nu almamızla umumiyetle her nahngi bir memlekette yabancı bir hukukun iktibası arasında esaslı bir fark mevcuttur. Bu gayenin bilinmemesi veya ihmalî bazı yabancı hukukçuları yanlış tenkitlere sevk etmektedir.

⁵⁹) Bak. 21 Şubat 1328 tarihli «Emvali Gayri Menkule İntikalât Kanunu Muvakkatı, Düstur II, Tertip cd 5, s. 145.

⁶⁰) 439 uncu maddede evvelâ yapılmasına teşebbüs edilip de sonra sarfı nazar olunan tadilât da bu noktanın o zaman kanun vaznının gözünden kaçmamış olduğunu göstermektedir. Madde 439 fk 1 önce şöyle idi: «Birinci derecede mirasçılar müteveffanın fûruudur. Şu kadar ki ana ve babadan biri veya her ikisi müteveffanın fûruu ile içtima ederse terekenin dörtte birinden intifa hakkına nail olur.»

dairesinde mümkün olduğu kadar geniş mikyasta yer verilmek suretiledir ki kanunun hükümlerile halkımızın hak duygu ve şuuru arasındaki ayrılık nisbeten daha az hiss olunacak ve böylece Medenî Kanunun zamanla yerleşebilmesi, benimsenmesi ve sevilmesi temin edilmiş olacaktır. Kanun vazının maksadına da uygun olduğuna şüphe olmıyan bu gayenin sağlanması ise tatbikata ve hukuk ilmimize düşen bir vazifedir.

§ 4. Netice

Bundan evvelki üç paragrafta Türk - İsviçre Medenî Kanununun mahfuz hisse hükümlerinin mümeyyiz vasıflarını tesbit etmiş bulunuyoruz. Cermen hukuku sisteminin karakteristik vasıfları da malûmumuz olduğuna göre bu faslın başında vazettiğimiz sorunun cevabını ve ilim sahasında müelliflerin mühim bir ekseriyetinin iddiası veçhile kanunun hakikaten Cermen hukuku sistemini kabul etmiş olup olmadığı hakkında bir hüküm vermek güç olmasa gerektir.

Bir kere Cermen hukuku sisteminde olduğu gibi Türk - İsviçre Medenî Kanununda da mahfuz hisseli şahıslar, murisin arzusundan müstakil olarak, kanunî mirasçı sıfatını haizdirler ve iskat müessesesi müstesna olmak üzere kendilerinden bu sıfatı nez'etmeğe imkân yoktur.

Saniyen: bu sıfatlarının neticesi olarak mahfuz hisseli şahıslar murisin ölümü ile mihaniki olarak mirasın tamamını iktisap etmekte ve prensip itibarile tereke malları üzerinde aynı bir hakka sahip bulunmaktadırlar. Fakat mahfuz hisseli mirasçıların mahfuz hisselerini terekeye dahil mal ve haklardan aynen istifa salâhiyetleri, Cermen hukukunun aksine olarak, gerek miras gerekse aynı hak' hükümleri dolayısıyla *ehemmiyetli surette* tahdide uğramakta ve bir çok hallerde terekeden muayyen bir mal veya hak hattâ çok defa *nakit* ile iktifa mecburiyetinde kalmaktadırlar. Kanun bilhassa taksim kaidesi vazetmek salâhiyetini tanımak suretile müteveffaya bu hususta hemen hemen hudutsuz bir imkân bahşetmiş bulunmaktadır. Hassatan 522 nci (bizde 502) maddenin müelliflerin ekseriyeti tarafından ileri sürülen tefsir tarzına göre Alman Medenî Kanununun sistemile aradaki fark asgarî hadde inmektedir.

Salisen: Türk - İsviçre Medenî Kanununda, Cermen hukuku sisteminin aksine olarak tasarruf serbestisi asıl, mirasın kanunen muayyen kimselere intikali, «kan ve aile gibi tabii bağların çizdiği yolu» takip etmesi ise istisna mahiyetini arz etmektedir.

*) Hüsnüniyetle iktisabın himayesi esası şüphesiz Cermen hukukuna da yabancı değildir.

Bu mukayeseden çıkan netice şudur ki, Türk - İsviçre Medenî Kanununun mahfuz hisse ve tasarruf serbestisi hükümlerinde Cermen hukuku sistemini *iktibas* eylemiş olduğu iddiası pek yerinde görünmemektedir. Gerçi kanun Cermen hukukunun prensiplerinden, kısmen faydalanmıştır, fakat diğer cihetten geniş mikyasta modern ihtiyaçları nazara alarak nev'i şahsına münhasır bir sistem vücuda getirmiştir². Kanunun sistemi mutlaka tavsif edilmek isteniyorsa buna ancak «muhtelit bir sistem» diyebiliriz.

İKİNCİ FASIL

MAHFUZ HİSSENİN ŞARTLARI

Kimlerin hangi şartlar altında mahfuz hisse sahibi olduklarını ve bunun miktarını Medenî Kanunun 452 ve 453 üncü maddeleri¹ tayin etmektedir :

Madde: 452 — Fürüu, baba ve anası, erkek ve kız kardeşi yahut karısı veya kocası sağ iken vefat eden murisin ölüme bağlı tasarrufları, bu kimselerin mahfuz hisseleri miktarından fazla olan mallarında muteberdir.

Bu mirasçılardan kimse bulunmazsa muris, bütün mirasında tasarruf edebilir.

Madde: 453 — Mahfuz hisse aşağıdaki miktarlardan ibarettir :

1 — fürü için miras hakkının dörtte üçü,

2 — baba yahut ana için yarısı,

3 — erkek ve kız kardeşlerden her biri için dörtte biri,

4 — karı veya koca için kanunî mirasçılarla ıctima halinde mirastan mülkiyet hakkı olan miktarın tamamı veya kendisinden başka mirasçı bulunmadığı takdirde yarısı.

Bu hükümlere göre mahfuz hisse sahibi olabilmek için, ikisi müsbet biri menfî olmak üzere, üç şartın tahakkuku lâzımdır ki bunlar da:

I. *kanunî* mirasçı sıfatile naili miras olmak,

II. menfî olarak: kanunî mirasçı sıfatını her hangi bir sebeple zayı etmemiş bulunmak²,

¹) Bak. Schiller 24.

²) Mehazın buna tekabül eden 470 ve 471 inci maddelerinin metni hakkında bak. yuk. s. 1070.

³) Her ne kadar bu şart haddi zatında birinci şartın tabii bir neticesinden ibaret ve ona dâhil ise de vuzuh bakımından bunu ayrı olarak zikretmeği faydalı bulduk.

III. kanunun kendilerine mahfuz hisse tanıdığı mirasçılardan biri olmaktır.

Şimdi bu şartları ayrı ayrı tetkik edelim.

§ 5. Kanuni mirasçı sıfatıyla naili miras olmak.

Bir mirasçının mahfuz hisse sahibi olabilmesi için hâdisede *kanunî* mirasçı sıfatıyla naili miras olması şarttır³⁾. Bu netice her şeyden evvel mahfuz hissenin mahiyetinden çıkmaktadır. Filhakika mahfuz hissenin mahiyeti itibarile kanunî bir miras hakkı, mahfuz hisseli mirasçının da bihasebilkanaun mirasçı olduğunu ve kanundaki istisnalar dışında kendisinden bu sıfatın nez'edilemeyeceğini evvelce gördük. Fazla olarak İMK 471 inci maddesinin 1 inci bendinde «feri için *kanunî* miras hakkının dörtte üçü» demek suretile bu ciheti ayrıca tasrih etmiştir⁴⁾. Medenî Kanunumuzun 453 üncü maddesinde «miras hakkı» tâbiri kullanılmış ise de bunun «*kanunî* miras hakkı» olduğunda tereddüde mahal yoktur.

Şu halde kanuna değil de müteveffanın ölüme bağlı bir tasarrufuna müsteniden mirasçı olan kimse, velev 452 nci maddede tadat olunan şahıslardan bulunsa bile, mahfuz hisseye sahip değildir. Ezcümle müteveffa oğlu tarafından mirasçı nasbolunan bir babanın, birinci zümreye mensup kanunî mirasçı yani müteveffanın fûruu mevcut bulundukça, mirasçı sıfatına ve 452 nci maddedeki şahıslardan olmasına rağmen mahfuz hissesi yoktur.

Diğer cihetten mahfuz hisse iddiasında bulunan şahsın (*kanunî* mirasçı sıfatıyla) *hâdisede* naili miras olması lâzımdır. Kanunun umumî olarak tadat ettiği kanunî mirasçılar ve mahfuz hisse sahipleri arasında mevki alması kâfi değildir. Binaenaleyh daha yakın mirasçıların mevcudiyeti sebebiyle her hangi bir hâdisede mirastan hariç kalan şahsın mahfuz hissesi de yoktur.

Kanunî mirasçıların kimlerden ibaret bulunduğunu ve bunların hangi tertip dahilinde mirasa nail olacaklarını Medenî Kanun on üçüncü babında (mad. 439 - 448, İMK 457 - 466) tayin etmektedir. Bu hükümleri bütün teferruatile burada izah etmeğe imkân olmadığı gibi esasen buna lüzum

³⁾ Bak. Vital 44/45.

⁴⁾ Her ne kadar «*kanunî*» kaydı maddenin 2, 3 ve kısmen de 4 üncü bentlerinde tekerrür etmemekte ise de maddenin yazılışı itibarile bunun diğer bentlere de şamil olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

da yoktur⁵. Biz ancak mevzuumuz bakımından ehemmiyeti olan bazı prensipleri hatırlatmak ve tereddüdü mucip olan bazı noktalara temas etmekle iktifa edeceğiz.

Medenî Kanun kanunî mirasçı olarak muayyen ve mahdud kısımlardan başka eş ve nihayet devleti tanımıştır. Hısımların kanunî mirasçılığında *zümre usulü* (Parentelenordnung) caridir⁶. Zümreden maksat, müşterek bir asılda birleşen kan hısımlarının bu asıl da dahil olduğu halde heyeti mecmuasıdır⁷. Müşterek aslı yakın veya uzak olduğımıza göre bir zümreye dahil bulunan hısımların çerçevesi de değişir. Bu bakımdan her ferdin içinde mevki alabileceği zümre adedi hakikatte sayısızdır. Zümreleri rakam ile ifade etmek istersek hareket mebdeini teşkil eden şahıs — ki burada müteveffadır — fûruu ile birlikte birinci zümreyi, ana babası ve bunların fûruu ikinci zümreyi, büyük ana babası ve bunların fûruu üçüncü zümreyi ilâh.. teşkil eder. Her zümre dahilinde müşterek asla aynı derecede yakın bulunan hısımlar da bir «tabaka» teşkil ederler.

Kanunî mirasçıların silsilesi üçüncü zümre ile nihayet bulmaktadır⁸. Dördüncü zümrenin 1 ve 2 nci tabakaları (yani müteveffanın büyük ana babalarının ana babaları ve bunların çocukları) kanunî mirasçı olmayıp ancak kanunî bir intifa hakkını haizdirler⁹.

Mirasa evvelâ birinci, ondan sonra (yani birinci zümreden hiç kimse bulunmadığı takdirde) ikinci ve nihayet üçüncü zümre mirasçıları nail olur. Aynı zümre dahilinde murise en yakın olan hısımlar diğerlerinden önce miras yer. Aynı derecede yakın müteaddit hısımlar varsa miras bunlar arasında müsavat üzere taksim olunur. Şu halde gerek zümreler gerekse aynı zümrenin muhtelif tabakaları arasında tertibe riayet esası caridir. Bu esasın aynı zümre dahilindeki bir istisnasını «halefiyet kaidesi» nde

⁵) Bu hususta bak. Ebül'ülâ Mardin s. 31 ve müt.; Samim Gönensay s. 6 ve müt.; Ali Himmet Berki s. 175 ve müt.; Tuor s. 18 ve müt.; Escher s. 11 ve müt.

⁶) Bak. mad. 439 - 441, İMK 457 - 459. Bizde Medenî Kanunun meriyetinden önce menkul mallar ile arazil memlûke ve emlâki sırfanın tevarüsünde *ferdiyet usulü* (feraiş kaldeleri), arazil emliriye ile tedavül kabiliyetini haiz âyanı vakfiyenin intikalinde ise muhtelif istihalelerden sonra zümre usulü cari bulunuyordu; bu hususta bak. Ebül'ülâ Mardin s. 24 ve müt.; Ali Himmet Berki s. 9 ve müt. 132 ve müt.

⁷) Bak. Planck, Erbrecht s. 21; Tuor s. 19; Escher s. 12 f.; Samim Gönensay s. 7.

⁸) Bak. mad. 442 fık 1: «Müteveffanın son derecedeki kan mirasçıları, büyük babalar, büyük analar ile onların fûrularıdır.» İMK 460 fık 1.

⁹) Bak. mad. 442 fık 2 ve 448, İMK 460 fık 2 ve 466; Tuor ve Escher mad. 460 serhi; Ebül'ülâ Mardin s. 112 ve müt.; Ali Himmet Berki s. 183/6.

görmekteyiz¹⁰. Zümre usulünün mantıki bir neticesi olan bu kaideye göre, müteveffadan önce vefat etmiş olan mirasçılar «her tabakada halefiyet tariki ile mirasçı olan fûruları tarafından temsil olunurlar»¹¹.

Bu izahata göre müteveffanın birinci derecede kanunî ve binaenaleyh mahfuz hisseli mirasçıları fûruudur. Fûru mefhumuna giren mahfuz hisseli kanunî mirasçıları dört gurupta toplamak mümkündür :

I. *Nesebi sahih fûru*. Bunlar da :

Evvelâ — evlilik mevcut iken veya zevalinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuklardır (mad. 241, İMK 252). Şu halde evlilik mevcut iken ana rahmine düşmüş olan cenin de sağ doğmak şartile mahfuz hisseli kanunî bir mirasçıdır.

Evlenmenin nisbi veya mutlak bir butlan sebeбіle malûl bulunması vaziyeti değıştirmez. Böyle bir evlenme mahsulü olan çocuklar da, ana baba ister hüsnüniyet ister suiniyet sahibi olsun, 241 inci maddedeki karinelerden istifade ederler (mad. 124/5, İMK 132/3)¹².

Saniyen — hususî kanunlar mucibince ana babalarına izafeten nesebi sahih olarak nüfusa tescil edilmiş olan çocuklardır.

Bilindiğı veçhile memleketimizde muhtelif içtimai (geniş mânasile) sebeplerin tesiri altında evlilik harici çocukların çoğalması ve Medenî Kanun hükümlerinin bunların hukukî durumlarını ıslâh hususunda kifa-yetsizliğı ve hattâ ekseriya bir engel teşkil etmesi¹³ karşısında kanun vazımız ilk defa 2330 sayılı Af Kanunu ile hususî hükümler ısdarına mecbur olmuştur.

26 Teşrinievvel 1934 tarih ve 2330 sayılı Af Kanununun¹⁴ hâdisemizi alâkadar eden 16 ncı maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir :

Madde 16 — A)

B) — Kanunu Medeninın meriyetinden bu kanunun neşri tarihine kadar evlendirme memuru huzurunda yapılmış akte müstenit olmıyarak birleşip karı koca halinde yaşayanlardan çocuk olduğı takdirde bu yasayrs evlenme akdi

¹⁰) Tertibe riayet esasının diğeri müstesnaları hak. bak. Ebû'l-ülâ Mardin s. 151 ve müt.

¹¹) Bak. mad. 439 fık 2, 440 fık 2, 441 fık 2 (İMK 457 fık 2, 458 fık 3, 459 fık 3).

¹²) Bak. Tuor mad. 457 N 3; Escher mad. 457 N 2.

¹³) Bak. bilhassa mad. 292, 296.

¹⁴) Düstur, III. Tertip cd 14 s. 1803. Kanun 28 Teşrinievvel 1934 tarih ve 2540 sayılı Resmî Gazete ile yayınlanmış ve 18 inci maddesi mucibince neşri tarihinde meriyete girmiştir.

sayılarak bu birleşmelerin evlenme suretile ve bunlardan doğan çocukların da nesebi sahih olarak kadın ve erkeğe izafesile tescili yapılır. Şu kadar ki; erkek evli ise bu suretle vaki olan birleşmelerde bu hükümler cari olmaz. Ancak bu birleşmelerden hasıl olan çocuklar yukarıki hükme göre tescil olunur.

C) — Bu kanunun neşriden evvel vaki olan bu gibi birleşmelerden kanunun neşri tarihinden itibaren üç yüz gün içinde çocuk doğduğu takdirde dahi yukarıki hükümler cari olur.

D) — Tescil muameleleri için bir sene zarfında müracaat edilmelidir.

E) — Tescil muamelesi alâkadarların Kaymakam veya Valiye vukubulan müracaatları üzerine keyfiyetin idare heyetlerince yaptırılacak tahkikat neticesinde bu heyetlerin tanzim edecekleri mazbatalar üzerine icra olunur.

F) — Veli veya vasi tescil için müracaat etmedikleri halde çocuk resit olduktan sonra bu kanuna göre tescil talebinde bulunmağa hakkı vardır.

G) — İhtilâf ve itiraz vukuunda keyfiyet mahkemece hallolunur.

H) — Tescile müteallik harç, resim ve cezalar affedilmiştir.¹⁵

Aradan on seneyi mütecaviz bir zaman geçtikten sonra aynı ihtiyaç yine baş göstermiş ve bu defa da 30 Nisan 1945 tarih ve 4727 sayılı kanunla¹⁵ aynı çareye başvurulmuştur¹⁶. Bu kanunun ihtiva ettiği hükümler esas itibarile Af Kanununun 16 ncı maddesindeki hükümlerin aynıdır. Tescil müddeti kanunun neşri tarihinden itibaren iki senedir (mad. 9). Tescil, Af Kanununda olduğu gibi, ya alâkadarların müracaatı üzerine idarî makamların icap eden tahkikatı yaptıktan sonra ittihaz edecekleri karar veya ihtilâf vukuunda mahkemeden istihsal olunacak hükme müsteniden vukubulmaktadır (mad. 5). Her iki halde de evlilik harici çocuk, karı koca halinde yaşamış olan kadın ve erkeğe izafe ile nesebi sahih çocuk olarak nüfusa tescil olunur (mad. 1)¹⁷.

¹⁵) Düstur, III. Tertip cd 26 s. 354. Kanun 1 Mayıs 1945 tarih ve 6000 sayılı Resmî Gazete ile yayınlanmış ve 13 üncü maddesi gereğince neşri tarihinde meriyete girmiştir.

¹⁶) Kanun vaznı bu gibi hususî hükümler vaz'ına mecbur eden icimal sebepler devam ettiğine göre hususî kanunların tevallî edeceğini tahmin güç olmasa gerektir. Fakat zaman zaman hususî kanun ısdar ederek işi idare cihetine gitmek-tense meseleyi kökünden hal edecek cezrî tedbirler almak memleket için her halde daha hayırlıdır. Kaldı ki çıkarılan hususî kanunlar bilhassa hukukî bakımdan esaslı bir tetkik mahsulü olmadıklarından bir sürü ihtilâflara yol açmakta ve istihdaf olunan gayeye varılmasını da her zaman mümkün kılmamaktadırlar.

¹⁷) Evvelâ idarî makamlara başvurmak mecburiyeti yoktur; alâkadar isterse doğrudan doğruya dâva açmak suretile mahkemeye müracaat edebilir: Yargıtay II. H. 11/2/1947 tarih E. 6147, K. 709 (= İleri Hukuk, Eylül 1947, s. 403).

Zikredilen hususî kanunların hükümlerini ve ortaya attıkları hukukî meseleleri burada teferruatile tetkik etmeğe imkân yoktur¹⁸. Ancak mevzuumuzu yakından alâkadar eden bir noktanın aydınlanması lâzımdır.

İster idari makamın kararına ister mahkeme ilâmına müsteniden olsun nüfusa tescil edilmekle çocuk, nesebi sahîh bir çocuğun hukukî durumunu kazanmaktadır. Fakat hangi tarihten itibaren? Yani çocuk ancak tescil tarihinden itibaren mi nesebi sahîh bir çocuk telâkki olunacak, yoksa tescilin hükmü makable ve meselâ doğum (veya ana rahmine düşme) tarihine teşmil olunacak mıdır?

Mesele her şeyden önce miras hukuku bakımından büyük ehemmiyeti haizdir. Zira tescilin makable şamil hükmü kabul edilmediği takdirde çocuk doğum tarihi (hattâ ana rahmine düştüğü tarih) ile nüfusa tescilin vukubulduğu tarih arasında bilhassa babasına ve onu halefiyet tarikile temsilen baba tarafı hısımlarına karşı¹⁹ kanunî mirasçı sıfatını ihraz edemeyecektir.

Gerek 2330 sayılı Af Kanunu gerekse 4727 sayılı kanun bu hususta sakittir. Fakat her iki kanun da, muayyen şartlar altında olmak üzere bu gibi birleşmelerden doğan *bütün* çocuklara nesebi sahîh çocukların hukukî durumunu temin gayesini takip etmektedir. Bu gayenin tam bir şekilde tahakkuku ise ancak tescilin hükmünü makable teşmil, yani bu çocuklara *doğum tarihlerinden itibaren* nesebi sahîh çocuğun hukukî vaziyetini temin etmekle mümkündür. Ana babalarının, evlenmelerine kanunen bir mâni bulunmadıkça²⁰, evli olarak tescil edilmelerine kanun vazının müsaade hattâ bunu emreder bir ifade istimal etmesi (4727 sayılı K. mad. 1) de bu çocukların sanki bir evlenme mahsulü imişler gibi telâkki olmaları lâzım geldiğini göstermektedir. Kaldı ki nesebin ana babanın sonradan evlenmesi veya hâkimin hükmü ile tashihi halinde (MK mad. 252) tashih hükmünü makable teşmil ederek çocuğu doğum tarihinden itibaren sahîh nesebli olarak telâkki ettiğimize göre²¹ nesebi, eğer tâbir caiz ise, bizzat kanun vazı tarafından tashih olunan çocuklarda bu neticenin evleviyetle kabulü lâzımdır. Şu halde bahsi geçen hususî kanunlar mucibince nüfusa sahîh nesebli olarak tescil olunan çocuklar

¹⁸) Bu hususta bak. N. Ülgenalp, Tescil edilmeyen birleşmelerle bunlardan doğan çocukların tescili, Adalet Dergisi, Kasım 1945, s. 1124 - 1137.

¹⁹) Ana tarafı hısımlara karşı mesele yoktur. Zira MK mad. 433 fık 1 e göre esasen «nesebi sahîh olmıyan hısımlar, ana tarafından nesebi sahîh hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir».

²⁰) 2330 sayılı Af Kanununun 16 ncı maddesinde bu kayıt yoktur.

²¹) Aşağıda musahhah neseb kısmına bak.

doğum tarihlerinden itibaren nesebi sahih çocuk vaziyetindedirler. Binaenaleyh bu tarihten itibaren (binnetice ana rahmine düştükleri tarihten itibaren cenin olarak da) babasına ve onu halefiyet tariki ile temsilen baba tarafı hısımlarına karşı da kanunî mirasçı sıfatını haiz ve binnetice mahfuz hisseye maliktirler.

II. *Nesebi tashihi edilen çocuklar.* Bunlar, evlilik dışında doğupta ana babalarının bilâhare evlenmeleri (mad. 247, İMK 258) veya hâkimin hükmü ile (mad. 249, İMK 260) nesepleri tashihe uğrıyan çocuklardır. Nesepleri bu suretle tashihe uğrıyan çocuklar ve bunların nesebi sahih fûruu²² Medenî Kanunun 252 nci (İMK 263) maddesine göre ana ve babalarına ve bunların hısımlarına karşı aynile nesebi sahih olan çocuğun hukukunu ve binnetice kanunî miras hakkını ve mahfuz hisseyi haizdirler.

Tashihi neseb hükmünün makable şamil olup olmadığı İsviçrede ilim sahasında münakaşalıdır. Kanunun istihdaf ettiği gaye nazara alınırca tashihi neseb hükmünü makable teşmil etmek ve nesebi tashih olunan çocuğu doğum tarihinden (hattâ ana rahmine düştüğü tarihten) itibaren sahih nesebli çocuk gibi kanunî mirasçı telâkki etmek daha doğru olacaktır²³.

III. *Nesebi gayrı sahih çocuklar.* Bunların ana ve baba tarafı hısımlarına karşı olan miras vaziyetleri birbirinden farklıdır. Analarına ve ana tarafı hısımlarına karşı nesebi sahih hısımlar gibi kanunî miras hakkına ve mahfuz hisseye maliktirler (mad. 433 fk 1, İMK 461 fk 1)²⁴. Keza ana tarafı hısımların da bunlara karşı miras hakları vardır. Baba tarafına gelince: evlilik harici çocuk babasına ve baba tarafı hısımlarına karşı Medenî Kanuna göre (mad. 443 fk 1, İMK 461 fk 2) ancak iki halde miras hakkına sahip olabilir ki bunlar da tanıma (mad. 291 - 294, İMK 303 - 306) ve ahvali şahsiyeye müteallik bütün netayicile babalığa hükümdür (mad. 310, İMK 323). Bu hallerde nesebi gayrı sahih çocuklar ve fûruu babasına ve baba tarafı hısımlarına karşı kanunî miras hakkına sahip oldukları gibi baba tarafı hısımların da kendilerine karşı miras hakları vardır. Ancak 443 üncü maddenin 2 nci fıkrası, müteveffanın nesebi sahih fûruu ile içtimaları halinde bunların kanunî miras

²²) Nesebi musahhah çocuğun sahih nesebli olmıyan fûruu tashih hükmünden istifade etmez; Escher, mad. 457, N 2.

²³) Aynı fikirde Egger mad. 263 serhi; bu hususta bak. Tuor mad. 457, N 5/6 ve orada zikrolunan müellifler; keza Escher mad. 457, N 2.

²⁴) Bak. yuk. not 19.

hakkını tahdit etmektedir; böyle bir halde nesebi sahih fûrua isabet eden hissenin yarısını alırlar. Aynı hüküm bunların fûruu hakkında da caridir. Mahfuz hisseleri, diğer fûru gibi, kanunî miras haklarının dörtte üçüdür.

IV. *Evlâtlık*²⁵. Medenî Kanunun 447 nci (İMK 465) maddesine göre evlâtlık ve fûruu, kendisini evlât edinen kimseye (eğer karı koca tarafından evlât edinilmişse her ikisine) karşı nesebi sahih fûru gibi mirasçı olurlar ve aynı suretle mahfuz hisseye sahiptirler. Evlâtlığın evlât edinenin hısımlarına karşı kanunî miras hakkı olmadığı gibi evlât edinenin hısımlarının da evlâtlığa karşı miras hakkı yoktur²⁶.

Mamafih 447 nci maddenin bu hükmü ancak taraflar arasında 257 nci maddenin son cümlesine (İMK 268 fk 3) tevfikî hilâfına mukavele mevcut bulunmadığı takdirde caridir.

Diğer cihetten evlâtlık kendi hısımlarına karşı kanunî miras hakkını zayı etmediğinden icabında hem evlât edinene hem de kendi ana babasına karşı mahfuz hisse iddiasında bulunabilecektir.

Yukarıda evlilik harici çocukların 2330 ve 4727 sayılı kanunlara tevfikî muayyen şartlar altında ana babalarına izafe ile nesebi sahih çocuk olarak nüfusa tescil edileceklerinden bahsettik. Her iki kanunun açıkça halletmediği ve bizi burada âlâkadar eden diğer bir mesele de tescilin makale şamil hükmü dolayısıyla arada vukubulmuş olan evlât edinmelerin ortadan kalkıp kalkmayacağı meselesidir. Medenî Kanunun 253 üncü maddesine göre ancak nesebi sahih fûruu bulunmayan kimseler evlât edinebilir. Hususî kanunlara tevfikî nüfusa tescil olunan çocuğu doğumu tarihinden itibaren nesebi sahih fûru olarak telâkki ettiğimize göre (bak. yuk. s. 1089/90) tescilin makale şamil olan bu hükmü arada vukubulmuş olan evlât edinmeleri binnetice hükümsüz hale getirecek midir?

Meseleyi ana ve baba bakımından ayrı ayrı mütalâa etmek lâzımdır. Zira evlilik harici çocuğun anası, doğuran kadındır (mad. 290). Böyle bir çocukla anası arasındaki neseb rabitası mücerret doğum ile mihanikî olarak (tanıma veya hâkimin hükmüne lüzum kalmaksızın) teessüs eder²⁷ ve yegâne müstesna olan velâyet noktasından sarfınazar²⁸ tama-

²⁵) Evlâtlık kan hısımlı olmadığından hakiki mânâsile «zümre» mefhumuna dahil değildir; evlâtlık hakkında ayrı bir hüküm (mad. 447) seykedilmiş olmasının sebebi de budur.

²⁶) Bak. Escher ve Tuor mad. 465 şerhleri.

²⁷) Bak. Egger mad. 302, N 14.

²⁸) Mad. 311 fk 2 son cümle; bak. Egger mad. 324, N 1.

men sahih neseb rabıtasının aynıdır²⁹. Binaenaleyh evlilik harici çocuğu olan kadının esasen evlât edinmesine cevaz yoktur³⁰. Eğer bir kadın böyle bir çocuğu olduğunu saklıyarak arada başka birini evlât edinmişse evlilik harici çocuğun bilâhare ister umumî hükümlere isterse bahsettiğimiz hususî kanunlara tevfikân nüfusa tescili halinde mukaddem evlât edinmenin hükümsüz telâkki olunması zaruridir.

Babaya gelince: evlilik harici çocuk ile babası arasında hukukî mânasile her hangi bir neseb rabıtası mevcut değildir. Ancak tanıma veya şahsî netayicile babalığa hüküm suretile gayrı sahih bir neseb veyahut tetkik etmekte olduğumuz hususî kanunlara tevfikân nüfusa tescil ile sahih bir neseb teessüs eder. Evlât edinmenin muteber sayılması için kanunen aranan şartların *akdın vukuu zamanında* mevcûd bulunması lâzım ve kâfidir. Evlât edinenin bilâhare nesebi sahih fûruu olması mümkündür; fakat bunun mukaddem evlât edinmeyi ortadan kaldıramıyacağı şüphesizdir. Vaktile muteber bir şekilde vukubulmuş olan evlât edinme bir müktesep hak teşkil eder. Kanun vazının evlilik harici bazı çocukların nesebini ıslâh etmesi halinde, kanunda ayrıca bir hüküm bulunmadıkça, bunun aksine bir neticeye varmak için makul bir sebep yoktur. Eğer kanun vazın böyle bir neticeyi yani müktesep hakları ortadan kaldırmağı arzu etseydi bahsolunan hususî kanunlarda bu ciheti tasrih etmesi lâzım gelirdi. Şu halde tescilin makable şamil hükmü, baba tarafından tescilden önce muteber bir şekilde akdedilmiş olan evlât edinmelere müessir olmamak lâzımdır³¹. Binaenaleyh böyle bir akde müsteniden evlât edinilmiş olan kimse de Medenî Kanunun 257 nci maddesi dairesinde kanunî miras hakkına ve mahfuz hisseye sahiptir.

İkinci zümre mirasçılara gelince: bu zümre müteveffanın ana babası ve bunların fûruu tarafından teşkil olunmaktadır. Ana baba «müsavat üzere mirasçılardır» (mad. 440 fk 1, İMK 458 fk 2). Şu halde müteveffanın ölümünde ana babası sağ ise tereke yarı yarıya bunlara intikal eder ve müteveffanın kardeşleri mirastan hariç kalır. Ana babadan yalnız biri sağ bulunursa terekenin yarısını alır, diğer yarım hisse evvelce ölenin fûruuna, eğer fûruu yoksa terekenin tamamı sağ olan ana veya babaya intikal eder.

²⁹) Bak. Egger mad. 324, N 1, 10.

³⁰) Bak. Egger mad. 264, N 6. Mamafih evlilik harici çocuğunu evlât edinebilir, Egger mad. 264, N 6.

³¹) Mamafih sırf evlilik harici çocuğun miras hakkını azaltmak gayesiyle her iki tarafın suiniyetle hareketi ve meselâ tescil dâvası derdest bulunduğu bir sırada evlât edinmenin suiniyetle akdi hall için bir istisna yapılabilir.

Şu hale göre müteveffanın kardeşlerinin mirasa nâil olabilmeleri için ana babadan birinin veya her ikisinin daha önce ölmüş olması lâzımdır. Ana baba bir kardeşlerle yalnız ana veya yalnız baba bir kardeşlerin içtimaı halinde birincilerin ana babadan her ikisini halefiyet suretile temsil etmelerine mukabil ikinciler yalnız kendi asılları kanalı ile intikal edecek olan mirasa iştirak ederler. Binaenaleyh yalnız ana veya yalnız baba bir kardeşler kendi asıllarının sağ olması halinde mirasa hiç iştirak edemiyecekler, kendi asıllarının ölümü halinde aynı nisbette her iki aslın ölümü takdirinde ise ana baba bir kardeşlere isabet eden hissenin yarısı nisbetinde mirasa iştirak edeceklerdir.

Üçüncü zümrede mahfuz hisseli mirasçı bulunmadığından bu zümre ile meşgul olmayacağız.

*Eşe gelince*²²: Eşin kanunî miras hakkı, zümre mirasçılarına nisbetle iki noktadan hususiyet arz etmektedir²³:

Evvelâ — eş her üç zümre mirasçıları ile içtima halinde kanunî miras hakkını haizdir.

Saniyen — eşin kanunî miras hissesi kanun tarafından berveçhi peşin tayin ve tesbit olunmuştur. Halbuki zümre mirasçılarının hisseleri her hâdisede mirasa iştirak eden varislerin adedine göre değişmektedir²⁴. Bu hususiyet dolayısıyledir ki²⁵ zümre mirasçılarının eşle içtima ettiği bütün hâdiselerde hisse vaziyetinin tayini için evvelâ eşten başlamak ve terekeden eşin miras hissesi çıkarıldıktan sonra diğer mirasçıların hisseleri bakiyye üzerinden tayin olunmak lâzımdır. Zümre mirasçıları'nın adedi eşin hissesine müessir değildir.

²²) Eşin kanunî miras hakkı hususunda bak. bilh. Marta Gut, Das Ehegatten-erbrecht im schweiz. ZGB, Zürich tezi 1920; keza Tuor ve Escher mad. 462 şerhleri; Ebû'l-ûlâ Mardin s. 41 ve müt.; Samim Gönensay s. 28 ve müt.; Ali Himmet Berki s. 190 ve müt.

²³) Bu hususiyetler eşin miras hakkının menşee ve tarihi tekâmülünün neticesidir; bu hususta ve 444 üncü maddenin (IMK 462) tarihçesi hakkında bilh. bak. Vital 112 ve müt.

²⁴) Eşin istisnaen müteaddit olması halinde gerçe her birinin hissesi değişir, fakat kanunun eşe tefrik ettiği hisse sabittir.

²⁵) Yoksa Guhl'un iddia ettiği gibi (ZbJV 48, 204) eşin miras hakkının diğer mirasçıların haklarına nisbetle «daha kavî» olmasında değil.

Eşin kanunî mirasçı olabilmesi için karı veya kocasının ölümü anında evlilik rabitasının mevcut³⁶ ve devam etmekte bulunması şarttır³⁷.

Evlenmenin ne zaman vücut bulacağını kanun 109 uncu maddesinde tayin etmiştir. Buna göre tarafların evlendirme memuru huzurunda usulen rızalarını beyan etmelerile evlenme mün'akit olur³⁸. Memleketimizde Medenî Kanunun meriyetinden önce akdedilmiş olan evlenmelerin senelerce sonra tescil olunduğu çok defa vakidir³⁹. Bazan da nikâhın tescili dâvası açılarak mahkemeden ilâm istihsal olunmaktadır. Her iki halde de, yani gerek tescil gerekse ilâm izharî mahiyette telâkki olunmak ve evlenme, mün'akit olduğu tesbit olunan tarihten beri mevcut olarak kabul edilmek lâzımdır⁴⁰.

Evlenmenin zevaline gelince : ölümden başka⁴¹ her zeval sebebi eşlerin miras hakkına nihayet verir.

Ayrılık evlilik rabitasını ortadan kaldıran bir sebep olmadığından eşlerin miras hakkına da müessir olmaz. Fakat *boşanma* halinde eşin miras hakkı da nihayet bulur (mad. 146 fk 2, İMK 154 fk 2). Boşanma ancak ilâmın kesinleşmesiyle hüküm ifade edeceğine göre ilâmın kat'iyet iktisap ettiği tarihe kadar, daha doğru bir ifade ile, ilâm kesinleşmedikçe eşin kanunî miras hakkı da devam eder⁴². Bu tarihe kadar ancak mirastan iskat (mad. 457, İMK 477) veya mahrumiyet (mad. 520, İMK 540) bahis mevzuu olabilir. İlâmın, hangi suretle olursa olsun, kesinleşmesiyle

³⁶) Nisanlılar kanunî mirasçı değildir; Escher mad. 462, N 10; Gut 21.

³⁷) Eski hukukumuzda eşin mirasa nail olabilmesi için aranan şartlar hakkında bak. Ebû'l-ülâ Mardin s. 51 ve müt; Ali Himmət Berki s. 18; Manastırlı İsmail Hakkı s. 75/76; Mahmüt Esat s. 8/9.

³⁸) Memurun beyanı ve tescil evlenmenin muteberiyet şartı değildir, bak. Egger mad. 117, N 1, 5, 9.

³⁹) Hattâ kanun vazımız bu gibi evlenmelerin tescilini temin için zaman zaman hususî hükümler ısdarına mecbur olmuştur; ezcümle bak. 2330, 2576, 2649, 2887, 3323 ve 4727 sayılı kanunlar.

⁴⁰) Bu bakımdan nikâhın tescili ilâmlarında evlenmenin vukuu tarihinin tesbit olunması ehemmiyetli ve zaruridir.

⁴¹) Mücerret gaiplik kararı, evlenmeyi ortadan kaldırmadığı cihetle eşlerin miras hakkına müessir olmaz; bu hususta bak. Gut 30/31.

⁴²) Bak. Egger mad. 154, N 14. Alman Medenî Kanunu § 1933 te vaziyet başkadır; burada kaldeten dâvanın açılmasıyla miras hakkı da sona erer.

her iki eşin, boşanmada kusuru olmıyanın dahi, miras hakkı sona erer⁴².

İsviçrede bazı müellifler meseleyi tafsile tâbi tutarak diyorlar ki : Federal Mahkeme kararları tefhim ile katiyet iktisap ettiğine göre⁴³ eğer hâdisede boşanmaya tarafların istinafı üzerine Federal Mahkeme karar vermişse eşin miras hakkı ancak kararın tefhimi ile nihayet bulur. Vaziyet böyle değil de boşanma kararı Federal Mahkemeye müracaat için muayyen müddetin geçmesi veya tarafların kanun yoluna müracaattan feragat etmeleri suretile kesinleşmiş ise meselenin hallinde kantonal usul hukuku esastır. Eğer kantonal usul hukuku bu gibi hallerde kesinleşen ilâmın hükmünü karar tarihine irca ediyorsa⁴⁴ bu takdirde eşin miras hakkı bu tarihte sona erer, aksi halde (yani kantonal usul hukukunda böyle bir hüküm yoksa) kesinleşme tarihine kadar devam eder⁴⁵.

Bu telâkki tarzı bize doğru görünmüyor. Zira boşanmaya karar verilebilmesi ve verilen kararın kesinleşebilmesi için ortada bir evlilik rabitasının mevcut ve bunun başka bir sebeple zevale uğramamış olması şarttır. Binaenaleyh boşanma dâvası devam ederken eşlerden birinin ölmesiyle dâva, mevzuu kalmaması itibarile, sona ereceği gibi⁴⁶ ilk mercece verilen karar henüz kesinleşmeden ölüm vukuu halinde verilen kararın her hangi bir suretle artık katiyet iktisap etmesine de imkân yoktur, çünkü evlenme ölüm ile ortadan kalkmıştır. Bu, federal hukuk iktizasındandır, kanton usul hukuku bunun hilâfına bir hükmü ihtiva edemez⁴⁷. Binaenaleyh hâdisenin usul hukuku ile alâkası yoktur. İlâm kesinleşmeden ölüm vukuu halinde eş her halde mirasçdır^{48a}.

⁴²) Mâmafih kanun kusuru olmıyan ese bir taviz olarak tazminat hakkı tanımadır, mad. 143 (İMK 151); bak. Egger mad. 151, N 3 ve müt. (Tahir Çağa tercemesi s. 227 ve müt.); Escher mad. 462, N 10.

⁴³) Org Ges. mad. 101: «Federal Mahkeme kararları tefhim ile katiyet iktisap eder.»

⁴⁴) Ezcümle Zürih Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu § 103 böyle bir hükmü ihtiva ediyor: «§ 103 — Âdi kanun yoluna müracaat edilmemesi veya edilip de geri alınması hallerinde kesinleşen ilâmın hükmü karar tarihine irca olunur.»

⁴⁵) Bak. bilhassa Gut 23; Escher mad. 462, N 10.

⁴⁶) Zira mirasçılar her ne kadar ikame edilmiş bulunan evlenmenin iptali dâvasına devam edebilirlerse de (mad. 127, İMK 135) boşanma dâvasına dahil olarak buna devam etmelerine asla imkân yoktur.

⁴⁷) Bak. Egger mad. 137 İlmül. 21 (Tahir Çağa tercemesi s. 149, N 21); İMK 179 II 46, 51 II 539; Daepfen mad. 137/38 İlmül. V2a.

^{48a}) Bizde Yargıtayın son ictilahı da bu merkezdedir, 2. H. D. 26/11/946 T.

Medenî Kanunun hükümleri bir noktada tatminkâr görünmemektedir. Zira evlenmenin tahmil ettiği vazifeleri ağır bir surette ihlâl etmiş olan eşin dahi hâdisede kusursuz olan karı veya kocanın boşanma dâvası sırasında ölmesi üzerine onun mirasına iştirak etmesi adalet hissine aykırı düşmektedir⁴⁹. Mirastan mahrumiyet ve iskata dair hükümler ihtiyacı ancak *kısmen* karşılamaktadırlar⁵⁰.

Evlenmenin zeval sebeplerinden biri de *iptal kararıdır*. Ancak evlenme, ister nisbî isterse mutlak bir butlan sebeble malûl bulunsun, iptaline *kesin olarak* karar verilinceye kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümlerini haizdir (mad. 124, İMK 132) ve iptal kararı asla makabline şamil değildir⁵¹. Binaenaleyh bu gibi evlenmelerde iptal kararı kesinleşinceye kadar eşin kanunî miras hakkı da devam etmektedir⁵². Medenî Kanunun bu hükümleri de bir noktada tatminkâr değildir. Ezcümle suiniyet sahibi ve meselâ sırf diğer tarafın mirasına iştirak maksadile batıl bir evlenmenin akdine muvaffak olan eşe evlenmenin butlanına karar verilmesine rağmen mücerret karı veya kocasının butlan hükmünün kesinleşmesinden önce ölmesi sebeble miras hakkı tanınması adalet hissi ile telifi güç olan bir durumdur⁵³. Medenî Kanun 126 ncı maddesinde (İMK 134) eşlerin yekdiğeri ile olan münasebetleri bakımından hüsnüniyet ve suiniyeti tefrik ettiğine göre vaziyeti ıslâh için bu hükümde bir mesnet bulmak belki mümkün olabilir⁵⁴.

ve 1024 sayılı kararı; bu mesele hak. bak. F.H. Saymen, kat'ileşmeyen boşanmaya
* ölümün tesiri ve mirasçılık sıfatı, İst. H. Fak. Mec. Cd. XIII (1947), sayı 1, s. 359-365.

⁴⁹) Bu bakımdan Alman Medenî Kanununun § 1933 ü daha tatminkâr görünüyor.

⁵⁰) Zira mirastan mahrumiyet hükümlerinin çerçevesi dardır. Mirastan iskata gelince: kusursuz olan eş ekseriyetle bunu hatırına bile getirmeyeceği gibi temyiz kudretinden mahrumiyet halinde iskata esasen imkân da yoktur. Bu meseleler hakkında bak. Escher mad. 462, N 10; bilhassa Gut 24/25.

⁵¹) Bak. Egger mad. 132, N 2 (Tahir Çağa tercemesi s. 131, N 3).

⁵²) Bak. Escher mad. 462, N 10; Tuor mad. 462, N 13. Burada da Gut'un yaptığı gibi (s. 27) meseleyi kanton usul hukukuna göre tafsile tâbi tutmak doğru değildir.

⁵³) Escher, serhinin birinci tabında (mad. 462, mül. 5b) eşin dâva sırasında ölmesi ve fakat varislerinin dâvaya devamla butlan kararını istihsal etmeleri halinde ilâhî makable (dâva tarihine) tesmil ettiği halde (buna karşı bak. Gut 26/27) ikinci tabında bu fikri ileri sürmemektedir. Keza Egger de Alle Hukuku serhinin birinci tabında (mad. 132, mül. 4c) suiniyet sahibi ve sırf mirasa iştirak için diğer tarafı aldatan eşe miras hakkı tanımadığı halde ikinci tabında bundan bahsetmemektedir.

⁵⁴) Gut (s. 28/29) suiniyet sahibi eşe miras hakkının tanınmaması taraftarıdır.

Eşin miras hissesine gelince : Kanun eşe her üç zümre mirasçılarile içtima halinde miras hakkı tanımıştır (mad. 444, İMK 462). Buna göre:

Eş, birinci zümre mirasçıları yani fûru⁵⁵ ile içtima ettikte muhayyerdır: dilerse terekenin yarısının intifa hakkını, dilerse dörtte birinin mülkiyetini alır. Şu halde eş mülkiyeti seçtiği takdirde terekenin 1/4 ü eşin, 3/4 ü fûruundur. Eğer fûru müteaddit ise bu 3/4 aralarında müsavat üzere taksim olunur. Eş nısıf intifai seçerse fûruun miras hissesi terekenin tamamına taallûk eder; ancak bunun, fûru müteaddit ise her birine isabet eden hissenin, nısıfı üzerinde eşin intifa hakkı vardır; yani fûrudan her birinin hissesinin yarısı tam yarısı çıplak mülkiyettir.

Mülkiyeti seçen eş tam mânasile bir mirasçı, külli haleftir ve borçlardan mesuldür⁵⁶. İntifai seçen eş ise «*kanunî bir müsaleh*»⁵⁷ yani cüz'î haleftir ve borçlardan mes'ul değildir; fakat intifa hakkı, tereke mevcudundan borçlar ödendikten sonra kalan kısma taallûk etmektedir⁵⁸. Gerçi mehzân 561 inci maddesinin 1 inci fıkrasında mevcut «Sağ kalan eşin kanunî intifa hakkı muayyen mal vasiyetleri hakkındaki hükümlere tâbidir.» hükmü Medenî Kanunumuzun 540 inci maddesine geçmemiştir. Fakat buna rağmen bizde de vaziyet kanaatımızca bu şekilde telâkki olunmak lâzımdır⁵⁹. Zira intifa hakkı sahibi tam mânasile bir mirasçı,

Gut, nisbi butlanda başka bir tefrik daha yaparak diyor ki: «Nisbi butlana gelince: hüsnüniyet sahibi dâvalı eş fesih kararı kesinlesinceye kadar miras hakkını muhafaza eder; fesih dâvası açmağa⁶⁰ hakkı olan eş bu hakkını kullanmadıkça varistir. Buna mukabil, dâvayı kazanması halinde dâvanın ikamesile beraber miras hakkını zayi ettiğini kabul etmek lâzımdır. Zira dâva açmakla, eş olmak istemediğini beyan etmiş bulunmaktadır, buna rağmen miras hakkı iddia etmesi bu iradesile hem âhenk değildir.»

⁵⁵) Bu fûruun kendisinin de fûruu olması veya müteveffanın başka bir nikâhtan mütevellit fûruu bulunması haliz tesir değildir, Samim Gönensay s. 30.

⁵⁶) Bak. Escher mad. 462, N 12; Tuor mad. 462, N 19; Gut 52 ve mül.

⁵⁷) Alelâde musalehten farklı olarak tereke malları üzerinde doğrudan doğruya aynı bir hakka sahiptir.

⁵⁸) Bak. Escher mad. 462, N 13, 39; mad. 561, N 3; Tuor mad. 462, N 20; Gut 57 ve mül.

⁵⁹) Bu hususta bak. Ebû'l-ülâ Mardin s. 101/102. Yargıtay bir kararında intifa sebebiyle mesuliyet esasını kabul etmiştir; İcra ve İflâs Dairesinin 13/5/1946 T., E. 777, K. 2146 sayılı kararı: «... hâdisede alacaklının da mirasta 1/4 mülkiyetle beraber nısıf intifa hakkı mevcut olduğundan tahsilini istediği 2000 lira alaktan mesul olduğu 1000 liranın tenzili suretile icra memurluğu kararının düzeltilmesine mütedair bulunan kararın süresi içinde temyizden incelenmesi adı geçen alacaklı tarafından istenmesi üzerine gereği görüşülüp düşünüldü: Medenî Kanunun 540 inci mad-

külli halef olsaydı 582 nci madde mucibince tereke borçlarından mes'ul olacağından 540 ıncı maddedeki «alacaklıların haklarını istifaya mâni olmamak üzere» kaydına lüzum kalmazdı⁶⁰.

Eşin muhayyerlik hakkını Medenî Kanun bir müddetle takyit etmiş değildir. Binaenaleyh eş istediği anda bu hakkını istimal edebilir. Eş intifa veya mülkiyetten hangisini seçtiğini beyan etmedikçe diğer mirasçılarının hisseleri de taayyün edemiyecektir. Mamafih bu müşevveş duruma son vermek için mirasçılar her türlü imkândan mahrum değildirler. Ezcümle mirasçılardan birinin taksim talep etmesi üzerine eşin muhayyerliğini istimal mecbur olduğu ve icabında mahkemece buna mahkûm edileceği ve bu husustaki ilâmın kanton usul hukukuna tevfiikan infaz olunacağı İsviçrede ilim sahasında kabul olunmaktadır⁶¹. Keza tereke alacaklılarından birinin takibi üzerine de eş muhayyerliğini istimal mecbur olacaktır; zira intifaı seçmediği takdirde borçlardan mes'uldür.

Bizde Tapu Kanunu meseleyi daha basit bir şekilde hal etmiştir. Kân. evvel 1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanununun⁶² 5 inci maddesi şu hükmü ihtiva ediyor :

«Verese arasında mülkiyet veya intifa haklarından birini seçmekte muhayyer olan mirasçı varsa veraset senedini veren mahkeme tarafından kendisine

desi gereğince intifa hakkına malik olan mirasçı iktisap ettiği hak nisbetinde mirasın borcundan mesul olmasına ... göre alacaklının yerinde olmıyan bozma dileğinin reddile kanuna uygun olan merci kararının ... ONANMASINA ... 13/5/946 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.» (Hâdisede müteveffa kocasından 2000 lira alacaklı bulunan karının alacağı, tasdik olunan merci kararında, mirastan 1/4 mülkiyet hissesine mukabil 500 lira ve 1/2 intifa hakkına mukabil keza 500 lira olmak üzere ceman 1000 lira tenzil edilmiş ve bakiye 1000 liradan terekenin 1/4 tam ve 1/2 çıplak mülkiyetine sahip bulunan müteveffanın kardeşleri mesul tutulmuşlardır.)

⁶⁰) Kanun vazının, kendilerine keza kanuni intifa hakkı tanıdığı müteveffanın büyük ana babalarının ana babaları ile bunların çocuklarını mirasçı (külli halef) telâkki etmediği 442 nci maddenin 1 inci fıkrasından açıkça anlaşılmaktadır, bak. yuk. not 8.

⁶¹) Bak. Escher mad. 462, N 34; Tuor mad. 462, N 46, zeyil (Anhang) s. 1046, N 46. Eş icra emrinin tebliğine rağmen muhayyerliğini istimal etmemekte ısrar ederse kanton usul hukukuna göre ya hâkim bunu istimal edecek veya üçüncü bir şahsı bilfarz diğer mirasçıları buna memur edecektir.

⁶²) Düstur, III. Tertip cd 16, s. 441. Kanun 29 Kânunuevvel 1934 tarih ve 2892 sayılı Resmî Gazete ile yayınlanmış ve 39 uncu maddesi gereğince nesrile meriyete girmiştir.

verilecek bir hafta mühlet içinde hangisini seçeceğini beyan eder. Bu müddet içinde cevap vermediği takdirde mülkiyeti seçmiş sayılarak veraset senedi tanzim olunur. Bu müddet hazır olmuyarlara tebliğ suretile verilir.»⁶⁰

Eşin muhayyerliğini istimal etmeden ölmesi halinde vaziyetin ne olacağı meselesi İsviçrede münakaşalıdır. Bir telâkkiye göre bu halde intihap hakkı eşin mirasçılarına intikal eder; ancak bütün mirasçıların bunu hep birlikte ve aynı şekilde istimal etmeleri şarttır⁶¹. İkinci telâkkiye göre ise eşin ölümü ile intifa hakkı nihayet bulacağından bunu intihap hakkı da sona erer ve binaenaleyh eş mülkiyeti seçmiş addolunur⁶².

Eş, *ikinci zümre mirasçılarile* içtima ettikte terekenin 1/4 mülkiyeti ile beraber yarısının⁶³ intifa hakkına, *üçüncü zümre* ile içtima halinde ise terekenin yarısının mülkiyetile beraber 1/4 ünün⁶⁴ intifa hakkına malik olur (mad. 444 fk 2). Mehazda vaziyet başkadır. İMK'nun 462 nci maddesine göre ikinci ve üçüncü zümre ile içtima halinde eşe tanınan mülkiyet ve intifa hakları daima terekenin tamamına baliğ olmaktadır⁶⁵. Bununla eşin, karı veya kocasının ölümü ile hayat tarzında bir değişiklik olmaması gayesi takip olunmuştur⁶⁶. Bizde ise kanunun iktibası sırasında hisseler değiştirildiğinden bu gaye kaybolmuştur.

⁶⁰) Tapu Kanunu münhasıran gayri menkulleri alâkadar eden bir kanun olmakla beraber 5 inci madde, kanun vazının maksadına uygun olarak, mahkemelerce umumî olarak terekeye dahil bütün haklar hakkında tatbik olunmaktadır.

⁶¹) Ezelümle Tuor (mad. 462, N 39/41) ve Gut (s. 109) bu fikirdedirler. Ancak eşin ölümü ile intifa nihayet bulacağından mirasçıların muhayyerliği istimali sırf hisselerin tesbiti ve terekenin tasfiyesinde mülkiyet veya intifadan hangisinin esas tutulacağını tayinden ibarettir.

⁶²) Bak. Escher mad. 462, N 35 ve orada zikrolunan müellifler. Keza Tessin kantonu İstinaf Mahkemesi de bir hâdisede bu suretle karar vermiştir. (10.1.1927 tarihli karar, SJZ 24, 43). Tuor da rektörlük nutkunda (s. 12) bu hal şekline taraftar gibi görünüyor.

⁶³) Dörtte bir çıktıktan sonra bakiyenin değil, terekenin tamamının yarısının intifa hakkına. Meselâ tereke 12000 liradan ibaret ise 3000 liranın mülkiyetine ve 6000 lira üzerinde de intifa hakkına sahip olur; bak. Samim Gönensay s. 31.

⁶⁴) Burada da keza bakiyenin değil, terekenin tamamının dörtte biri üzerinde intifa hakkına sahip olur, bak not 66.

⁶⁵) Yani eşe 1/4 mülkiyet ile 3/4 intifa, üçüncü zümre ile içtima halinde nisif mülkiyet ile nisif intifa tanınmıştır, İMK 462 fk 2.

⁶⁶) Bak. Guhl, Festschrift für P. Tuor, s. 37; Escher mad. 462, N 2. Birinci zümre mirasçılarile içtima halinde es her ne kadar terekenin yarısının intifa hak-

Eşin ikinci zümre mirasçılarile içtimaı, birinci zümreye dahil bir mirasçı bulunupta mirastan mahrumiyet veya iskat⁷⁰ sebebiyle bunun mirasa iştirak edememesi neticesi ise eşin miras hakkı bu halde de 444 üncü maddenin 2 nci fıkrasına göre tayin olunmak lâzımdır⁷¹. Üçüncü zümre hakkında da aynı esas caridir.

İkinci ve üçüncü zümre ile içtima eden eş mülkiyet hakkı bakımından küllî halef, intifa bakımından ise kanunî bir musaleh⁷² vaziyetindedir; bu itibarla diğer musalehler gibi mülkiyet hissesini red ile intifai kabul edebilir, 549 uncu maddenin «red, kayıtsız ve şartsız olmalıdır» hükmü (İMK 570 fk 2) buna mâni değildir⁷³.

Üç zümreden de mirasçı bulunmadığı takdirde eş terekenin tamamının mülkiyetine malik olur (mad. 444 fk 2, İMK 462 fk 2).

Sağ kalan eş *birden ziyade* olduğu takdirde 444 üncü madde gereğince eşe isabet edecek olan kanunî miras hissesinin bunlar arasında müsavat üzere taksimi lâzımdır⁷⁴. Birinci zümre ile içtima halinde birden ziyade eşin muhayyerliği istimalde ittifak etmeleri şart değildir. Meselâ mirasçı vaizyetinde olan iki eşten biri mülkiyeti diğeri intifai seçtiği takdirde birincisi 1/8 mülkiyete, diğeri terekenin 1/4 ü üzerinde intifa hakkına sahip olur. Bizdeki tatbikat da bu merkezdedir.

Memleketimizde Medenî Kanunun meriyetinden önce erkekler bakımından müteaddit evlenmeye cevaz bulunmuş olması itibarile birden çok kadının kanunî mirasçı sıfatile mirasa iştirak etmesi haline, nâdir olmakla beraber, tatbikatta tesadüf olunmaktadır. Fakat birden ziyade eşin kanunî mirasçı olması vaziyeti başka bir suretle daha tahaddüs edebilir ve bu, gerek erkek gerekse kadınlar için mümkündür. Ezcümle evli bulunan bir kadın veya erkek fırsatını bularak ikinci bir defa evlenmiş ve ikinci evlenmenin iptaline karar verilmeden ölmüş bulunursa bu takdirde sağ kalan her iki eş de mirasına iştirak edecektir. Zira yukarıda izah olunduğu veçhile (bak. not 51) evlenme, velev mutlak bir butlan

kına sahip ise de, fûruun müsterek olması takdirinde, bunlar resit oluncaya kadar terekenin diğer nısfı üzerinde vell sıfatile istifade hakkına sahip olduğundan bu gaye dolayısıyla yine tahakkuk etmektedir.

⁷⁰) Bittabi müteveffanın başkaca bir tasarrufu yoksa.

⁷¹) Aynı fikirde Escher mad. 462, N 37, 478, N 4 (c).

⁷²) Bak. yuk. not 57.

⁷³) Bak. Escher mad. 462, N 37.

⁷⁴) Netekim bizde tatbikat da bu merkezdedir. Eskiden feraliz ahkâmında da bir zevceye isabet eden hisse beyinlerinde müsavaten taksim olunmakta idi, bak. Mahmut Esat, s. 122, no. 248.

sebebiyle malûl bulunsa bile, butlanına hüküm olunmadıkça eşin kanunî miras hakkı mevcuttur. Böyle bir halde miras nasıl taksim olunacaktır? Bizce burada da kanunun eşe tanıdığı miras hissesinin aralarında müsavvat üzere taksimi lâzımdır. Gut (s. 29/30) başka bir sureti hal teklif ederek diyor ki :

«Füru ile ictima halinde eğer mirasçı olarak iki eş varsa bütün mirasçıların mahfuz hisselerini almaları mümkün değildir. Tasarruf nisabı $3/16$ dır, eşlerden her birinin mahfuz hissesi terekenin dörtte biridir. Mirasın en doğru taksim şekli terekenin $1/4$ ü ile tasarruf nisabı mecmuunu iki eş arasında müsavaten taksim etmektir ki her biri terekenin $7/32$ sini alacaktır. Eşlerin diğer zümrelerle ictimai halinde her mirasçının mahfuz hissesini tam olarak alması mümkündür. Zira tasarruf nisabı terekenin dörtte birinden fazladır. İkinci zümre ile ictimada eşlerden her biri $1/4$ mülkiyet alır, bakiye üzerindeki intifa aralarında taksim olunur; intifa hakkı mahfuz hisse teşkil etmemesi ve diğer mirasçıların mahfuz hisseleri daima üzerinde intifa bulunan çıplak mülkiyetten ibaret bulunması itibarıyla böyle bir taksim tarzı mahfuz hisseye tecavüz teşkil etmez. Üçüncü zümre ile ictima halinde eşlerden her biri terekenin yarısını¹²⁾ alır, eşlerden başka kanuni mirasçının bulunmaması halinde de vaziyet aynıdır. Mirasın bu suretle taksiminde, ikinci eşin hissesini mümkün mertebe müteveffanın tasarruf nisabından alması fikrinden hareket ediyoruz. İki eşin mevcudiyeti vakiasından diğer varisleri mutazarrır etmek âdilâne olmazdı. Böyle hususî bir vaziyetin tahaddüsünde kusuru olmasa bile buna sebebiyet vermiş olması itibarıyla iki eşin müteveffanın tasarruf serbestisi hesabına hisselerini almaları en ziyade âdilâne olan şekildir.»

Eğer müteveffa eşlerini düşünerek tasarruf nisabını ölüme bağlı bir tasarrufla kendilerine tahsis etmişse mesele yoktur, bu takdirde Gut'un teklif ettiği hal şekli kendiliğinden çıkacaktır; yahut müteveffa servetinin tasarruf nisabı miktarındaki kısmını üçüncü bir şahsa teberrü etmişse eşlere tenkis talebinde bulunmak hakkının tanınması adalete uygun olabilir. Fakat müteveffanın her hangi ölüme bağlı bir tasarrufu olmaksızın terekenin bu suretle taksimi Gut'un istihdaf ettiği gayeye ancak makûs bir netice verebilir. Ezcümle bu takdirde bilfarz ikinci zümre mirasçıların miras hakkı $3/4$ çıplak mülkiyetten $2/4$ çıplak mülkiyete tenezzül etmekte, üçüncü zümre mirasları ise kanunî miras hakkından tamamen mahrum kalmaktadırlar ki bunun için kanunda herhangi bir mesnet de mevcut değildir.

Yukarıdan beri izah olunan esaslara göre herhangi bir hâdisede kanunî mirasçı sıfatile mirasa iştirak edemiyen şahsın mahfuz hissesi de yoktur.

¹²⁾ İsviçrede üçüncü zümre ile ictimada eden es terekenin yarısının mülkiyeti ile beraber yarısının da intifasını alır.

**§ 6. Kanunî mirasçı sıfatını herhangi bir sebeple
zayi etmemiş olmak**

Mahfuz hisse sahibi olabilmenin ikinci şartı, her hangi bir sebeple kanunî mirasçı sıfatının ziyaa uğramamış olmasıdır. Bundan evvelki paragrafta hülâsatan izah olunan umumî esaslara göre muayyen bir hâdisede kanunî mirasçı sıfatı ile mirasa iştirak mevkiinde olan bir kimsenin muayyen sebepler dolayısıyla bazan buna rağmen mirasçı olmadığını görürüz. Medenî Kanunumuzda mirasçılık sıfatına nihayet veren hususî sebepler dörttür¹. Bunlardan ikisinde alâkadar şahıs kendi isteği ile mirasçı olmaktan vazgeçmektedir: mirası red ve mirastan feragat. Diğer ikisinde ise bu netice rızası hilâfına meydana gelmektedir: mirastan mahrumiyet ve mirastan iskat².

I. *Mirası red*³. Kanunun 545 - 558 inci (İMK 566 - 579) maddelerinde tanzim eylediği reddi miras, makable şamil (yani mirasın açıldığı tarihe muzaf) olarak mirasçılık sıfatına son veren bir sebeptir⁴. Mirası reddeden kanunî mirasçı mahfuz hisseli bir mirasçı ise bu suretle kanunî miras hakkı ile beraber mahfuz hissesini de zayi eder⁵. Mahfuz hisseli mirasçı aynı zamanda mansup mirasçı vaziyetinde ise, bu sıfatla mirası reddettiği takdirde kanunî mirasçı sıfatı ile haiz bulunduğu mahfuz hissesi bakidir. Meselâ bir kimsenin yegâne kanunî mirasçısı bulunan oğlu A yı mirasçı nasbettiğini ve aynı zamanda tasarruf nisabını aşacak miktarda üçüncü şahıslar lehine muayyen mal vasiyetinde bulunduğunu farzedelim. A mansup mirasçı sıfatı ile mirası reddederek kanunî varis sıfatı ile kabul ederse mahfuz hissesini muhafaza edeceğinden vasiyetlerin tasarruf nisabı haddine tenkisini istiyebilir. Aksi halde yani kanunî mirasçı sıfatı ile mirası red ederek mansup mirasçı olarak kabul eylediği takdirde ise mahfuz hissesini zayi edeceğinden vasiyetleri tamamen yerine getirmek mecburiyetindedir.

¹) Eski hukukumuzda irs mânileri hakkında bak. Mahmut Esat, s. 85 ve müt.; Manastırlı İsmail Hakkı, s. 77 ve müt.; Ebû'l-ölâ Marsin, s. 156 ve müt.

²) Bu sebeplerin mahfuz hisseye tesiri hak. bak. Heuberger 32 ve müt.

³) Mirasın reddi müessesesi hakkında bak. Tuor s. 592 ve müt.; Escher s. 606 ve müt.; Samim Gönensay s. 244 ve müt.; Ali Himmet Berki s. 238 ve müt.

⁴) Tuor mad. 572, N 1; Escher s. 606, mad. 572, N 1.

⁵) Bak. Vital 49; Tuor mad. 470/71, N 14; Escher mad. 572, N 1.

II. *Mirastan feragat*⁶. Medenî Kanunumuzun 475 inci maddesi⁷ şu hükmü ihtiva ediyor :

«Bir kimse, mirasçılardan biri ile yazılı veya yazısız, mirasçılıktan feragat mukavelesi yapabilir. Bu suretle feragat eden kimse, mirasçı sıfatını zayi eder.

Feragat mukavelesi yazılı olduğu takdirde hilâfı şart edilmedikçe feragat eden kimsenin fûruuna da müessir olur.»

Maddeden anlaşıldığı veçhile murisi ile mirastan feragat mukavelesi akdetmiş olan kimse mirasçı sıfatını ve binnetice mahfuz hissesini zayi etmektedir⁸. Muris, mahfuz hisseli olmıyan mirasçılardan hissesinde esasen dilediği gibi tasarruf imkânına malik olduğuna göre mirastan feragat mukavelesini daha ziyade mahfuz hisseli mirasçılarla akdedecektir; bu suretle mirastan feragat mukavelesinin asıl gayesi mahfuz hisseyi bertaraf etmektir⁹.

Mirastan feragat kısmî de olabilir. Bu takdirde mirasçılık sıfatı ve binnetice feragat haricinde kalan hisse üzerinden taayyün eden mahfuz hisse de baki kalır. Yalnız mahfuz hisseden veyahut yalnız mahfuz hisseyi tecavüz eden miras hakkında feragat de mümkündür¹⁰. İkinci şıkta mirasçılık sıfatı ve mahfuz hisse devam eder. Birinci şıkta ise feragat eden kimse, ancak hissesi üzerinde müteveffa ölüme bağlı tasarrufta bulunmadığı veya ölüme bağlı tasarruf iptal olunduğu takdirde mirasçı olur. Mamafih bu halde miras hissesi mahfuz hisseyi tecavüz eden kısma münhasırdır.

⁶) Bu hususta bak. Tuor ve Escher mad. 495 serhleri; Samim Gönensay s. 111 ve müt.; Ali Himmeth Berki 223 ve müt.

⁷) Mehazın buna tekabül eden 495 inci maddesi aynen şöyledir :

«Muris, mirasçılardan biriyle yazılı veya yazısız mirastan feragat mukavelesi akdedebilir.

Mirastan feragat eden kimse mirasın açılmasında nazara alınmaz.

Mukavelede hilâfı şart edilmedikçe mirastan feragat, feragat edenin fûruuna da müessirdir.»

⁸) Escher mad. 495, N 2; Heuberger 34; bak. BGB § 2346 fık 1 cümle 2; Samim Gönensay s. 113. Feragat mukavelesinin 476 inci madde gereğince veya diğer her hangi bir sebeple hükümsüzlüğü halleri mahfuzdur, bak. Tuor mad. 495, N 2.

⁹) Bundan başka feragat mukavelesi, bir miras mukavelesinde üçüncü şahıslar lehine yapılmış olan teberrülerin refine de imkân vermektedir; hattâ bu hususta yegâne vasıta olduğu da söylenebilir, bak. Escher mad. 495, N 5.

¹⁰) Mamafih mirastan feragat, tereddüt halinde, mahfuz hisseden de feragat şeklinde tefsir olunmak lâzımdır; ayni fikirde Escher mad. 495, N 2.

Mirastan feragat ancak murisin ölümü ile tesirini husule getirir¹¹. Feragat eden kimse «murisin ölümünden önce vefat etmiş telâkki olunur»¹².

İsviçre Medenî Kanununa göre mirastan feragat ister ivazlı ister ivazsız olsun, mukavelede hilâfı şart edilmiş olmadıkça, feragat edenin fûruuna da müessirdir¹³. İvazsız feragatın, feragat edenin fûruunu mirastan mahrum bırakması ilim sahasında haklı olarak tenkit olunmakta ve «hilâfına olan şartların» isbatında geniş davranılmasını teklif suretile bir hal çaresi aranmaktadır¹⁴. Medenî Kanunumuzun, fûrua sirayet hükmünü ivaz mukabili feragat haline hasreylemiş olması şüphesiz daha âdilânedir.

Mirastan feragat hükmünün fûrua müessir olduğu hallerde fûru mahfuz hisseden de mahrumdur¹⁵.

III. *Mirastan mahrumiyet*¹⁶. Medenî Kanunun 520 nci (İMK 540) maddesinde tahdidî olarak¹⁷ zikrolunan sebeplerden birinin tahakkuku halinde mirasçılık sıfatı ile beraber mahfuz hisse de ziyaa uğrar¹⁸. Mamafih mirastan mahrumiyetin bu hükmü şahsîdir, fûrua sari değildir¹⁹. «Mirastan mahrum olan kimsenin fûruu, sanki kendisi muristen evvel ölmüş gibi, *müteveffanın* mirasçısı olurlar» (İMK mad. 541 fık 2)²⁰. Bundan başka müteveffaya nazaran şahsan mahfuz hisseli mirasçı durumunda

¹¹) Daha evvel değil, FMK 53 II 103.

¹²) Escher mad. 495, N 6. Bu sebeple kanunumuzun mirasçı sıfatının «ziyaından» bahsetmesi pek yerinde değildir; zira feragat eden kimse esasen mirasçı olmamaktadır. Netekim mehazın 495 inci maddesinin 2 nci fıkrası ziya tâbiri kullanılmaktadır, bak. yuk. not 7.

¹³) Bak. yuk. not 7.

¹⁴) Bak. Escher mad. 495, N 8.

¹⁵) Bak. Tuor mad. 495, N 13.

¹⁶) Bu hususta bak. Escher s. 499 ve müt.; Tuor s. 487 ve müt.; Ebû'lûlâ Mardin s. 151 ve müt.; Samim Gönensay s. 196 ve müt.; Ali Himmet Berki s. 216 ve müt.

¹⁷) Ebû'lûlâ Mardin s. 151.

¹⁸) Vital 51; Escher mad. 541, N 1; Tuor mad. 540/1, N 22; Heuberger 35; bak. BGB § 2344 fık 1.

¹⁹) Meğer ki fûru hakkında da şahsan bir mahrumiyet sebebi mevcut ola; Escher mad. 541, N 2.

²⁰) Bu hüküm mirastan mahrum olan kanunî mirasçıların fûruuna münhasırdır; Tuor mad. 540/41, N 33; Samim Gönensay s. 201.

olan fûru ayrıca mahfuz hisseye de maliktir²¹. Meselâ: babanın mirastan mahrumiyeti halinde müteveffanın kardeşleri mirasçı ve 453 üncü maddenin 3 üncü bendi (İMK 471 bent 3) mucibince mahfuz hisseye sahip olurlar. Fakat mirastan mahrum olan bir kardeşin fûruu kanunî mirasçı sıfatile mirasa nail olursa da 453 üncü madde kardeş çocuklarına mahfuz hisse tanımadığından mahfuz hisseye malik olmazlar.

IV. *Mirastan iskat*. Medenî Kanunun 457 - 460 ıncı (İMK 477 - 480) maddelerinde tanzim eylediği mirastan iskat, müteveffaya mahfuz hisseli bir mirasçıyı²² tek taraflı iradesile²³ mahfuz hisseden mahrum bırakmak imkânını veren bir müessesedir. Mirastan iskata dair olan hükümler mahfuz hisse esasının bir istisnasını teşkil etmektedirler²⁴.

Kanun 457 nci maddesinde²⁵ iki halde²⁶ iskata cevaz vermektedir ki bunlar da mahfuz hisseli mirasçının :

1 — Murisine veya yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm irtikâp etmiş olması,

²¹) Escher mad. 541, N 2; Tuor mad. 540/41, N 34.

²²) Mahfuz hisseli olmayan bir mirasçının miras hissesi veyahut mahfuz hisseli bir mirasçının mahfuz hissesi dışında kalan miras hakkı üzerinde tasarruf, mirastan iskat değildir. Müteveffa bunlar üzerinde esasen serbestçe tasarruf hakkını haizdir ve 457 - 460 ıncı maddelerdeki şartların tahakkukuna lüzum yoktur.

²³) Bu hususta bak. Escher mad. 477, N 4.

²⁴) Bu bakımdan mevzuumuzla yakından alakadar olması itibarıyla mirastan iskat müessesesini daha etraflı bir surette teltik etmek icap ederdi. Fakat etüdümüzün hacmi buna müsait olmadığı gibi mevcut eserlerde de esasen bu hususta kâfi izahat vardır, bak. Escher s. 183 ve müt.; Tuor s. 120 ve müt.; Ebül'ülâ Mardin s. 183 ve müt.; Samim Gönensay s. 66 ve müt.; Ali Himmet Berki s. 207 ve müt.; bilhassa E. Stadler, Die Enterbung im schweizerischen ZGB, Zürih tezi 1910.

²⁵) İsviçre Medenî Kanununun buna tekabül eden 477 inci maddesi aynen şöyledir :

«Aşağıdaki hallerde muris ölümüne bağlı tasarrufla bir mirasçının mahfuz hissesini nez'edebilir :

1 — Eğer mirasçı murisine veya onun yakınlarından birine karşı ağır bir suç irtikâp etmiş ise,

2 — Eğer mirasçı murisine veya onun taallukatından birine karşı, mükellef olduğu aile hukukuna ait vazifelerini ağır surette ihlâl etmiş ise.»

²⁶) Aciz sebeble iskat için bak. aşağıda s. 1108.

2 — Murisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikâp eylemiş olması, halleridir.

Görülüyor ki mirastan iskat, umumiyetle kanunî miras hakkına ve binnetice mahfuz hisseye temel teşkil eden aile rabitasının mirasçı tarafından ihlâl edilmesinin bir neticesidir²⁷. 457 inci maddenin istinat ettiği ana fikir budur. Kanun içtimai mülâhazalarla bazı mirasçılara mahfuz hisse tanımak suretile müteveffanın tasarruflarına karşı kendilerini himaye etmiştir. Fakat bu kimseler hareketleriyle böyle bir himayeye lâyık olmadıklarını bizzat isbat edince himayenin de ortadan kalkması tabii ve âdilânedir²⁸. Mirastan iskat, dolayısıyla aileyi himaye eden bir müessesedir.

Maddenin 1 inci bendindeki «ağır cürüm» mefhumu, medenî hukuka ait²⁹ takdiri bir mefhumdur. Binaenaleyh bir suçun iskat sebebi teşkil edecek derecede ağır olup olmadığını her hâdisede hâkim takdir edecektir³⁰. Suçun ikai kâfidir, failin ceza görmüş olması şart değildir³¹. Maddedeki «yakınlardan biri» mefhumu da nisbîdir (Esb. I 389). Hâdisesine göre bu mefhuma girmiyen hısımlar olabileceği gibi bilâkis üçüncü bir şahsın da buna dahil olması kabildir. Kıstas, müteveffa ile olan şahsi münasebettir³². Maddenin 2 nci bendinde «ailesine» veya mehazın almanca metninde³³ «taâllûkatına» tâbirile ifade olunmak istenen mefhum da keza nisbî bir mefhum ise de «yakınlardan biri» mefhumundan daha dardır. Bundan maksat «aile hukuku çerçevesine giren» şahıslardır³⁴. Burada kıstas, bu şahıslara karşı aile vazifelerini ifada işlenen kusurun halin icabına göre müteveffayı bihakkın rencide edip etmediği keyfiyetidir³⁵.

²⁷) Vital 53 ve orada hasiye 3 te zikrolunan müellifler.

²⁸) Bak. Escher mad. 477, N 1.

²⁹) Bak. Vital 53 hasiye 4 ve orada zikredilen müellifler. Binnetice Ceza hukukunun kıstasları burada cari değildir.

³⁰) Esb. I 389; Escher mad. 477, N 13.

³¹) Escher mad. 477, N 13.

³²) Bak. Escher mad. 477, N 15.

³³) Mehazın fransızca (sa famille) ve italyanca (famiglia) metinleri bizim metin gibi «alle» tâbirini kullanmaktadırlar.

³⁴) Escher mad. 477, N 17; Vital 54 hasiye 1.

³⁵) Bu itibarla bilfarz müteveffanın kardeşile senelerden beri araları gergin ve bizzat müteveffa ağır bir harekette bulunmuş ise iskat hakkı yoktur, bak. FMK 48 II 438.

Murise veya ailesine karşı ifasında büyük kusur irtikâp olunan vazifenin kanunumuza ve mehazın fransızca metnine (*devoirs que la loi lui inspire*) nazaran *kanundan* (aile hukukundan: meselâ nafaka mükellefiyeti gibi) neş'et etmesi şarttır³⁶.

İskatın muteber olabilmesi için, şekil bakımından, ölüme bağlı bir tasarrufta vukubulması³⁷ ve tasarrufta iskat sebebinin zikredilmesi lâzımdır (mad. 459 fk 1, İMK 479 fk 1).

Mirastan iskatın *hükümüne* gelince³⁸: iskatın en mühim ve bizi burada alâkadar eden neticesi, iskat olunan şahsın kanunî mirasçı sıfatını ve mahfuz hissesini zayıf etmesidir (mad. 458, İMK 478 fk 1)³⁹. İskat olunan kimse, müteveffanın ölümünde hayatta değil imiş gibi telâkki olunur. Gerçi bu, kendisinin aynı müteveffa tarafından mirasçı nasbolunmasına engel teşkil etmez, fakat bu takdirde mahfuz hisse iddiasında bulunamaz⁴⁰.

³⁶) Mehazın almanca ve italyanca metinlerinde «kanun» tâbiri yoktur. Mücerret ahlâkî bir aile vazifesini ihlâl etmenin iskat sebebi olup olmayacağı meselesini Federal Mahkeme açık bırakmıştır, FMK 48 II 437; bu hususla bak. Escher mad. 477, N 16.

³⁷) Bu tasarruf kaideten vasiyet olacaktır. Namafih iskatın miras mukavelesine derci de nazari bakımdan mümkündür; fakat bu halde de iskat tek tarafî bir muamele olmak mahiyetini muhafaza eder, bak. Escher mad. 477, N 4.

³⁸) Bak. «Madde: 458 — Miras hakkından iskat olunan kimse, terekeden hisse talep edemeyeceği gibi tenkis dâvası dahi açamaz. Müteveffa tarafından diğer suretle tasarruf vakti olmamış ise; iskat edilen kimse, müteveffadan evvel ölmüş gibi, hissesi müteveffanın kanunî mirasçıları arasında taksim olunur. Miras hakkından iskat edilen kimsenin fûruları o kimse müteveffadan evvel ölmüş gibi mahfuz hisselerini istiyebilirler.»

«İMK mad. 478 — Mirastan iskat olunan kimse mirasa iştirak edemeyeceği gibi tenkis dâvası da açamaz.

İskat olunan şahsın hissesi, müteveffanın başkaca bir tasarrufu bulunmadıkça, mirasın açılmasında hayatta değilmiş gibi, müteveffanın kanunî mirasçılarına geçer.

İskat olunan şahsın fûru, kendisi mirasın açılmasında hayatta değilmiş gibi, mahfuz hisselerini muhafaza ederler.»

³⁹) Tenkis talebinde bulunmak hakkının da ortadan kalkması bunun tabii bir neticesi olduğuna göre bu cihetin ayrıca kanunda tasrihine lüzum yoktu. Aynı lüzumsuz tekrar mehazın üç metninde de mevcuttur.

⁴⁰) Mirastan iskat olunan kimsenin bilâhare mirasçı nasbolunması hâdisesine göre

Mirastan iskat kısmî de olabilir¹¹. Bu takdirde iskat olunan şahsın mirasçılık sıfatı bakidir; mahfuz hissesi ancak iskat haricinde kalan kısımdan ibarettir.

*Aciz sebeble iskata gelince*¹²: Bu müessesenin istihdaf ettiği gaye başkadır. Kanun bu suretle, aciz halinde bulunan mirasçının fûruunu alacaklılara karşı korumak istemiştir. Aciz sebeble iskatin şartları 460 ıncı maddede (İMK 480) tayin olunmuştur. Buna göre aciz sebeble ancak fûru mirastan iskat olunabilir. Bu iskat tam bir iskat değildir. Bu suretle fûru ancak mahfuz hissesinin yarısından mahrum bırakılabilir. Bundan başka, nez'olunan bu yarım mahfuz hissenin iskat olunanın doğmuş veya doğacak çocuklarına tahsisi de şarttır. Mamafih bu, iskat olunan şahsın fûru bakımından bir mahfuz hisse mahiyetini haiz değildir, bilâkis iskatin muteber olabilmesi için aranan bir şarttır. Binaenaleyh nez'olunan yarım mahfuz hisse iskat olunan şahsın çocuklarına tahsis olunmadığı takdirde iskat hükümsüzdür, yoksa fûruun bunu istemek hakkı yoktur¹³.

Aciz sebeble mirastan iskat olunan şahıs, mahfuz hisseli mirasçı olmakta devam eder; ancak mahfuz hissesi yarıya inmiştir. Hakkı olan yarım mahfuz hisseyi müteveffanın tasarrufları yüzünden tam olarak alamadığı takdirde¹⁴ eksik olan miktar hakkında tenkis talebinde bulunabilir.

Iskat tasarrufundan rücuu tazammun edebilir, mamafih bu bir tefsir meselesidir. Bu takdirde iskat rücu ile ortadan kalkacağından kanunî mirasçı sıfatı ve binnetice mahfuz hisse avdet eder. Vasiyetin tefsiri hakkında: H. Lange, Jherings Jahrb. 46 (1932), 1 ff.; vasiyetten rücu hakkında bilhassa: Sald Önen, De la révocation des testaments en droit suisse, Lozan tezi 1941, hassatan s. 98 ve müt.; affın iskat üzerindeki tesiri münakaşalıdır, bu hususta bak. Escher mad. 477, N 9/11 ve orada zikrolunan müellifler.

¹¹) Bak. Tuor mad. 478, N 1 ve orada zikrolunan müellifler.

¹²) Bu hususta bak. Tuor ve Escher mad. 480 şerhleri; Ebû'l-ülâ Mardin s. 201 ve müt.; Samim Gönensay s. 70 ve müt.; Ali Himmet Berki s. 213/14; bilhassa: Ferit Hakkı Saymen, Aciz sebeble mirastan iskat, İst. Baro Mec. 1939, s. 145 - 168.

¹³) Bak. Escher mad. 480, N 4.

¹⁴) Bittabi müteveffanın hayatında yaptığı tenkise tâbi teberrüleri mahfuz hissesine mahsup edilmek lâzımdır.

§ 7. Kanunun kendilerine mahfuz hisse tanıdığı mirasçılardan olmak.

Medenî Kanun, mirasçılardan ancak *mahdut* bir kısmına¹ mahfuz hisse tanımıştır. Hangi şahısların mahfuz hisseli mirasçı olduğunu ve mahfuz hisselerinin miktarını 452 ve 453 üncü (İMK 470/71) maddeler² tayin etmektedirler. Buna göre, eşten başka, mahfuz hisse sahibi *zümre mirasçılar* üç gruptur³:

Mahfuz hisseleri

<i>Birinci grup :</i>	FÜRU	kanunî miras haklarının 3/4 ü
<i>İkinci grup :</i>	ANA BABA	» » » 1/2 si
<i>Üçüncü grup :</i>	KARDEŞLER	» » » 1/4 ü

Bunlardan başka mahfuz hisseli mirasçı *Eştir*. Eşin mahfuz hissesi, kanunî mirasçılarla içtima halinde mirastan mülkiyet hakkı olan miktarın tamamı, kendisinden başka kanunî mirasçı bulunmadığı yani münferiden varis olduğu takdirde terekenin yarısıdır (mad. 453 bent 4, İMK 471 bent 4).

Eşin zümre mirasçılarla içtima halinde haiz bulunduğu *intifa hakkını* kanun himaye etmemiştir; binaenaleyh müteveffa eşinin intifa hakkı üzerinde tasarruf edebilir⁴.

¹) 315 inci (İMK 328) maddedeki nafaka mükellefleri ile olan benzerlik tesadüfî olmasa gerektir.

²) İMK 472 nci maddesile kantonlara, kardeşlerin mahfuz hisselerini refetmek veya bunu kardeş fûruuna tesmil eylemek salâhiyetini vermiş ve bazı kantonlar da bu salâhiyeti kullanmış olmaları itibarıyla İsviçrede mahfuz hisseli mirasçılardan hududunu tayin için kanton hukukunun da nazara alınması lâzımdır, bak. aşağıda s. 1146.

³) Alman Medenî Kanununda (§ 2303) mahfuz hisseli mirasçılar fûru, ana baba ve eşten ibarettir; mahfuz hisse daima miras hissesinin yarısıdır. Fransız Medenî Kanunu ise yalnız usul ve fûrua mahfuz hisse tanımıştır, mad. 913 ve müt.; mahfuz hisselerin yekûnu, mahfuz hisseli mirasçılardan adedine ve nev'ine göre değişmekte, üç veya daha ziyade çocuk mevcutsa terekenin 3/4 üne kadar çıkmakta, yalnız ana veya yalnız baba tarafından aslın mevcudiyeti halinde 1/4 e kadar inmektedir, bak. K. Heinsheimer: Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I Frankreich, Code civil, 1932 s. 264 ve müt.

⁴) Bak. Escher mad. 470/71, N 6; Tuor mad. 471, N 34; Curti - Forrer, mad. 471, N 10; Vital 126 ve müt.; Ebül'ülâ Mardin s. 98 ve müt.; Samim Gönensay s. 39; Ali Himmet Berki s. 205/6; bak. aşağıda s. 1116.

Mahfuz hisse, kanunî miras hakkının muayyen bir *nisbetini* teşkil etmektedir. Bu itibarla kanunî miras hissesine müessir olan âmiller kaideten mahfuz hisseye de müessirdir. Ezcümle *zümre* mirasçılarının miras hisseleri, hâdisede mirasa iştirak eden varislerin adedine göre değiştiği cihetle mahfuz hisseleri de *miktar itibarile*⁵ buna göre değişir. Fakat *eşin* miras hakkı gibi mahfuz hissesi de kendisi ile içtima eden *zümre* mirasçılarının *adedine* tâbi değildir. Ancak eşle içtima eden mirasçıların 1, 2 veya 3 üncü *zümreye* mensup olmaları *eşin* miras hissesine olduğu gibi mahfuz hissesine de müessirdir.

Mahfuz hissenin tayinine esas olan miras hissesinden maksat, mahfuz hisseli mirasçıya terekenin fiilen taksiminde isabet edecek olan hisse değil, 454 - 456 ncı (İMK 474/76) maddelere göre *bilhesap* taayyün eden mamelekten *mirasa iştirak nisbetine* göre hissesine düşen miktardır. Taksime esas olan tereke ile bu suretle bilhesap taayyün eden mamelek arasında bilhassa 455 ve 456 ncı maddelerdeki hükümler dolayısıyla şümul bakımından fark olduğu gibi kıymet bakımından da fark mevcuttur. Zira mahfuz hisse ve tasarruf nisabının hesabına esas teşkil eden mamelekin kıymetlendirilmesinde murisin vefatı tarihindeki kıymet esas olduğu halde taksimde terekenin taksimi zamanındaki kıymet esastır⁶ 7.

Mahfuz hisseli her mirasçının miras hissesi ile mahfuz hissesi arasındaki fark, müteveffanın kendisine karşı haiz olduğu *tasarruf nisabını* teşkil etmektedir. Binnetice mahfuz hisseler mecmuu ile tereke arasındaki fark da müteveffanın umumî tasarruf nisabından ibarettir. Şu halde tasarruf nisabının tayininde takip edilecek yol böylece kendiliğinden çıkmaktadır. Bunun için⁸:

Evvelâ — her mirasçının *miras hissesi* (mirasa iştirak nisbeti) tayin olunmak,

Saniyen — bu miras hissesine göre 453 üncü (İMK 471) maddedeki nisbetler yardımı ile *mahfuz hissesi* (ve müteveffanın kendisine karşı haiz olduğu tasarruf nisabı) tesbit edilmek,

⁵) Mahfuz hisseyi tayin eden nisbet ise daima sabittir.

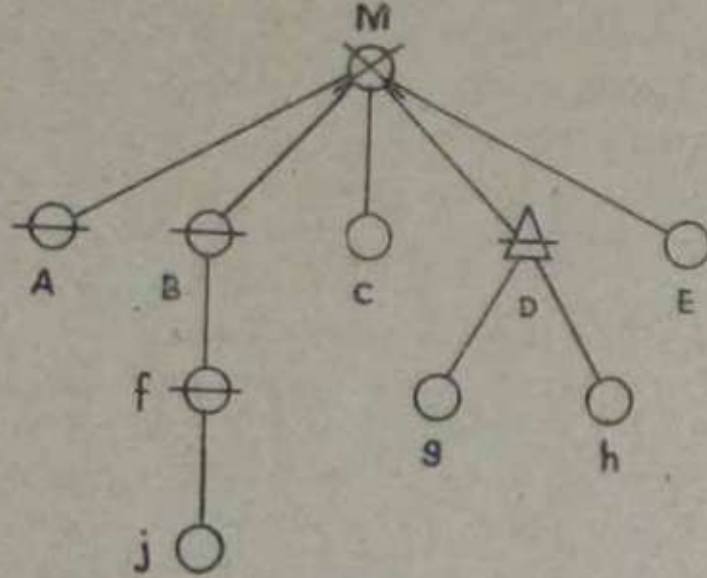
⁶) Bak. Escher mad. 470/71, N 25.

⁷) Aradaki bu esaslı farklar dolayısıyla her iki mefhumu ifade için ayrı ayrı teknik tâbirlere ihtiyaç olduğu aşîkârdır. Fakat garp dillerinde olduğu gibi bizde de her iki mefhum tereke tâbirile ifade olunmaktadır. Ancak bundan böyle «tereke» den bahsettiğimiz zaman bununla, mahfuz hisse ve tasarruf nisabının tayinine esas olmak üzere 454 - 456 ncı maddelere göre bilhisap tayin olunan mameleki kasdeylediğimize şimdiden isaret edelim.

⁸) Bak. Curtl. - Forrer' mad. 471, N 2.

Salisen — bu suretle tesbit olunan mahfuz hisseler mecmuu ile tereke arasındaki *fark* (veya müteveffanın her mirasçıya karşı haiz olduğu tasarruf nisabı tesbit olunmuşsa bunların mecmuu) hesap olunmak lâzımdır.

Bunu bir misalle izah edelim : M vefatla mirasçı olarak çocukları E ve C ile kendisinden önce ölen kızı D nin çocukları (g) ve (h) yi ve yine evvelce ölmüş olan torunu (f) nin çocuğu (j) yi terk ediyor. Diğer oğlu A çocuk bırakmadan daha önce ölmüştür. Tereke 16000 liradır.



Şekil : 1

Buna göre hesap vaziyeti şöyledir :

Mirasçı	Miras hissesi	Mahfuz hissesi ^{a)}	Tasarruf nisabı ^{a)}
E	1/4 .. TL. 4000	3/16 .. TL. 3000	1/16 .. TL. 1000
h	1/8 .. » 2000	3/32 .. » 1500	1/32 .. » 500
g	1/8 .. » 2000	3/32 .. » 1500	1/32 .. » 500
C	1/4 .. » 4000	3/16 .. » 3000	1/16 .. » 1000
j	1/4 .. » 4000	3/16 .. » 3000	1/16 .. » 1000
Yekûn	4/4 16000	12/16 12000	4/16 4000

^{a)} Her mirasçının mahfuz hissesi, miras hissesi ile 453 üncü maddedeki nisbetler nazara alınarak tayin olunmuştur. Buna göre :

E nin mahfuz hissesi : $1/4 \times 3/4 = 3/16$ dir.

h » » : $1/8 \times 3/4 = 3/32$ dir.

g » » : $1/8 \times 3/4 = 3/32$ dir.

C » » : $1/4 \times 3/4 = 3/16$ dir.

j » » : $1/4 \times 3/4 = 3/16$ dir.

^{b)} Her mirasçıya karşı olan tasarruf nisabı da miras hakkı ile mahfuz

Görülüyor ki hareket mebdel daima her varisin miras ve mahfuz hissesidir. Bu suretle hareket edince tasarruf nisabı kendiliğinden çıkmaktadır. Basit gibi görünen bu nokta üzerinde şu itibarla durmak lüzumunu hissediyoruz ki İsviçrede ilim sahasında bazı müellifler, Medenî Kanunun mahfuz hisse hükümlerinde Cermen hukuku sistemini kabul eylediği iddiası ile *hesap hususunda da* tasarruf nisabından hareket olunması lüzumunu ileri sürmektedirler. Ezcümle Vital bunda ısrar etmektedir. Vital, kendisinden alarak yukarıya dercettiğimiz misal hakkında aynen şöyle diyor (s. 91 ve haşiye 3) :

«Tasarruf nisabı 16000 in dörtte üçü olan 4000 e baliğ olmaktadır³. Üzerinde tasarruf caiz olmıyan ve mirasçılar arasında taksim edilecek olan kısım ise 12000 dir.»

Üç numaralı haşiyede de :

«Hesap ameliyesinde tasarruf nisabından başlamak, yani bu suretle üzerinde tasarruf caiz olmıyan serveti tesbit ederek bunu miras hisseleri nisbetinde mahfuz hisse sahipleri arasında taksim etmek sayanı tavsiyedir. Medenî Kanuna göre keza caiz bulunan ve fakat kolayca karışıklığa sebebiyet verebilecek olan diğer hesap tarzına göre evvelâ miras hissesi tesbit olunmak ve sonra bunun dörtte üçü her mahfuz hisse sahibine verilmek gerekmektedir. Böyle bir hesap tarzının Medenî Kanunun hükümlerine tamamen uymadığı inkâr olunamaz; bundan başka müteaddit fûruun mirasa iştiraki halinde çok daha muğlak bir şekil almaktadır.»¹¹

Gerçi hesap tarzı gaye değil bir vasıtaadır. Binaeanleyh aynı neticeyi vermek şartile her türlü hesap tarzı caizdir. Basit miras vaziyetlerinde müteveffanın tasarruf nisabının mamelekinin kaçta kaçını teşkil ettiğini kestirmek güç değildir. Ezcümle mirasın birinci zümre mirasçılarına intikali halinde bu, terekenin 1/4 üdür¹². Fakat bunlarla daha eşin içti-

hissesi arasındaki farktan ibarettir. Buna göre :

E ye karşı tasarruf nisabı : $1/4 - 3/16 = 1/16$ dir.

h » » » : $1/8 - 3/32 = 1/32$ dir.

g » » » : $1/8 - 3/32 = 1/32$ dir.

C » » » : $1/4 - 3/32 = 1/16$ dir.

j » » » : $1/4 - 3/16 = 1/16$ dir.

¹¹) Vital keza s. 95 te şöyle demektedir: «Bilhassa bu misalde görülüyor ki bu hesap tarzı, her mirasçının evvelâ miras hissesini sonra mahfuz hissesini hesaptan daha basittir. Diğer cihetten bu hesap tarzı daha doğrudur, zira Medenî Kanun mahfuz hisse mesailinde tasarruf nisabından hareket etmektedir.»

¹²) Bunda bile zihnımız yukarıda izah olunan hesap tarzını ve fakat sür'atlı bir şekilde tekrar ederek bu neticeye varmaktadır.

maı halinde bile mesele mudilleşmeğe başlıyor. Filhakika bu halde eğer eş mülkiyeti seçerse tasarruf nisabı terekenin 3/16 sıdır. İkinci zümreye geçince vaziyet büsbütün karışmaktadır. Buna eşin inzimam eylediğini ve hele araya mirası red veya iskat vaziyetlerinin girdiğini düşünürsek Vital'in teklif eylediği yoldan giderek tasarruf nisabını hesap imkânsız olduğu gibi¹³ hataya düşmek de pek kolaydır. Ezcümle Vital, «üzerinde tasarruf caiz olmıyan serveti tesbit ederek bunu miras hisseleri nisbetinde mahfuz hisse sahipleri arasında taksim» etmeği tavsiye ederken ilk hataya düşmektedir. Muhtelif *gruplara* (bak. yuk. s. 1109) mensup mahfuz hisseli mirasçılardan içtimaı halinde bu tarzda hareket olunmasının yanlış netice vereceği aşikârdır¹⁴. Müteveffanın anası ile bir kardeşini terkettiğini düşünelim. Burada üzerinde tasarruf caiz olmıyan kısım, terekenin 3/8'idir. Ana ile kardeşten her birinin miras hissesi ise terekenin yarısıdır. Vital'in teklifine göre her birinin mahfuz hissesi 3/8'in yarısı yani 3/16 olmak lâzımdır. Halbuki hakikatte ananın mahfuz hissesi 4/16, kardeşinki ise 2/16'dır.

Bundan başka taraftar olduğumuz hesap tarzının şu faidesi de vardır: Mahfuz hisse ve tasarruf nisabının hesabı, amelî olarak, nihayet bir tenkis zımnında bahis mevzuu olacaktır. Bir mirasçının tenkis talebinde bulunabilmesi için müteveffanın umumî olarak tasarruf nisabını aşmış olması kâfi değildir, kendi mahfuz hissesine bir tecavüz vukubulmuş olması şarttır. Bunun tesbiti ise teklif ettiğimiz hesap tarzında daha kolaydır.

Bu umumî zahattan sonra üç grup mahfuz hisseli mirasçının eşle içtima edip etmediğine göre mahfuz hisse ve tasarruf nisabı vaziyetini gözden geçirelim.

Birinci Grup

FÜRU

Kanunî miras hakkını haiz bulunan *her nevi fûru*¹⁵ mahfuz hisseye de sahiptir. Bir hâdisede mirasçı olan fûrudan her birinin mahfuz hissesi, *kanunî miras hakkının* 3/4'üdür. Şu halde mahfuz hisselerin baliğ olacağı

¹³) Netekim Vital de bilâhare verdiği bir çok misalde miras vaziyetinin karışık olması yüzünden bidayette basit olduğunu iddia eylediği hesap tarzını terk etmek zorunda kalarak mudil bulduğu hesap seklince başvurmuştur, ezcümle bak. s. 107, 113.

¹⁴) Bak. Escher mad. 470/80, İlmül. N 7.

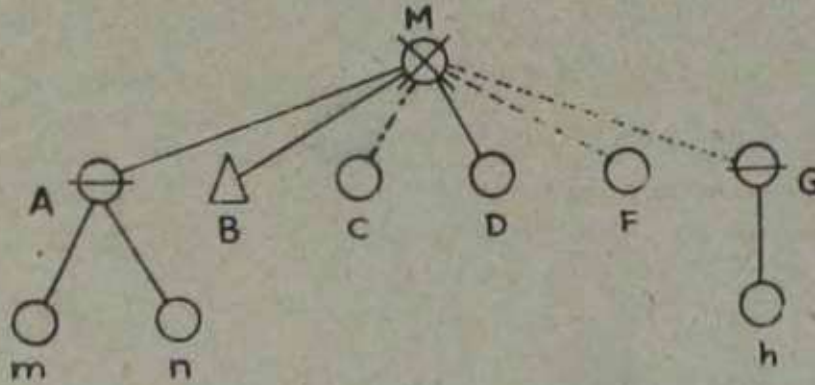
¹⁵) Bak. yuk. s. 1087 ve müt.

miktar mirasa iştirak eden fûruun adedine, müteveffa ile olan hısımlık derecesine ve nihayet (baba veya baba tarafına nisbetle) nesebin sahih veya gayrı sahih olduğuna göre değişecektir.

A. Yalnız fûruun mirasçı olması

Bu halde terekenin tamamı fûrua aittir. Mahfuz hisselerin *mecmuu* daima terekenin $3/4$ üne baliğ olmaktadır. Müteveffanın *tasarruf nisabı* da daima terekenin $1/4$ üdür. Fûruun adedi, müteveffaya olan hısımlık dereceleri, neseplerinin sahih veya gayrı sahih olması *tasarruf nisabına* müessir değildir¹⁶.

Misal: M vefatla mirasçı olarak nesebi musahhah oğlu ölü A'nın çocukları (m) ve (n)'i, nesebi sahih kızı B'yi, hususi kanınlara göre nesebi sahih olarak nüfusa tescil edilmiş çocuğu C'yi, evlâtlığı D'yi, gayrı sahih nesebli oğlu F'yi ve keza gayrı sahih nesebli torunu (h) yi terk ediyor (F murisin ilk çocuğudur, G ikinci, bunlardan sonra D'yi evlât edinmiştir, diğerleri daha sonradır).



Şekil : 2

Burada F ve (h) müteveffanın sahih nesebli fûruu ile içtima ettiklerinden miras hisseleri diğerlerinin yarısıdır. Şu halde :

Mirasçı	Miras hissesi	Mahfuz hissesi	Tasarruf nisabı
h	1/10	3/40	1/40
F	1/10	3/40	1/40
D	2/10	6/40	2/40
C	2/10	6/40	2/40
B	2/10	6/40	2/40
m	1/10	3/40	1/40
n	1/10	3/40	1/40
Yekûn	10/10	30/40 (= 3/4)	10/40 (= 1/4)

¹⁶⁾ Tuor mad. 470/71, N 17; Escher mad. 470/71, N 1; Vital 90/91; Curti-Forrer mad. 471, N 4.

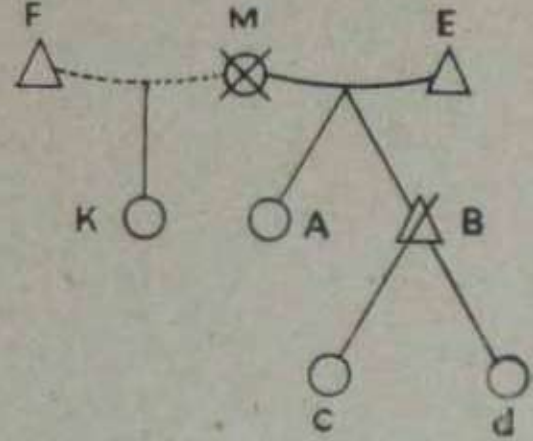
B. Fûruun eş ile içtimalı

Müteveffanın fûruu ile içtima eden eş mühayyerdur: dilerse terekeden yarısının intifa hakkını, dilerse dörtte birinin mülkiyetini alır (mad. 444 fk 1, İMK 462 fk 1). Buna göre iki ihtimali ayrı ayrı tetkik etmek lâzımdır.

I. *Eş mülkiyeti seçerse*: Bu takdirde terekenin $1/4$ mülkiyeti eşe, geri kalan $3/4$ ü ise fûrua aittir. 453 üncü maddenin 4 üncü bendine (İMK 471 bent 4) göre eşin kanunî mirasçılarla içtima halinde mirastan *mülkiyet* hakkı olan miktarın *tamamı* mahfuz hissesini teşkil etmektedir. Fûruun mahfuz hisseleri *mecmuu* ise, miras hisseleri *mecmuu* olan $3/4$ ün $3/4$ ü yani terekenin $9/16$ sıdır. Buna eşin mahfuz hissesi olan $1/4$ ü ilâve edersek yekûn $13/16$ eder ki bakiye $3/16$ müteveffanın tasarruf nisabıdır. Şu halde: müteveffa mirasçı olarak eşi ile fûruunu terk ettiği takdirde, eş $1/4$ mülkiyeti seçerse, tasarruf nisabı *daima* terekenin $3/16$ sıdır, fûruun adedi buna müessir değildir¹⁷.

Misal : M vefatla mirasçı olarak karısı E ile oğlu A ve kendisinden önce ölen kızı B nin çocukları (c) ve (d) yi ve boşandığı ilk karısı F den olma oğlu K yı terk ediyor.

Eşin mülkiyeti seçtiğini kabul edersek :



Şekil : 3

Mirasçı	Miras hissesi	Mahfuz hissesi	Tasarruf nisabı
E	$1/4$	$1/4$	0
d	$1/8$	$3/32$	$1/32$
c	$1/8$	$3/32$	$1/32$
A	$1/4$	$3/16$	$1/16$
K	$1/4$	$3/16$	$1/16$
Yekûn	$4/4$	$13/16$	$3/16$

II. *Eş intifa seçerse*: Bu takdirde terekenin mülkiyeti *tamamen* fûrua aittir; ancak bunun yarısı üzerinde eşin intifa hakkı vardır.

¹⁷ Bak. Tuor mad. 471, N 28; Escher mad. 470/71, N 1; Vital 126; Curti-Forrer mad. 471, N 14; Ebû'l-ülâ Mardin s. 98 ve müt.; Samim Gönensay s. 57; Ali Himmet Berki s. 205/6.

Kanun, eşin intifa hakkını müteveffanın tasarruflarına karşı himaye etmemiştir, yani eşin bu hakkı mahfuz hisse mahiyetini haiz değildir¹⁸.

Binaenaleyh müteveffa kanunî intifa hakkını eşinden kısmen veya tamamen nez'edebilir¹⁹. Müteveffanın bu yolda bir tasarrufu karşısında eş, fûru ile içtima halinde menfaati icabı olarak tabiatile mülkiyet şikkını ihtiyar edecektir²⁰. Şu halde muris, eşini muhayyerlik hakkını muayyen bir şekilde istimale *dolayısıyla* icbar etmek imkânına maliktir. Mamafih müteveffanın *doğrudan doğruya* da bu salâhiyeti haiz bulunduğu, yani eşin *muhayyerlik hakkını* nez'edebileceği İsviçrede ilim sahasında umumiyetle kabul olunmaktadır²¹.

¹⁸) 453 üncü maddenin 4 üncü bendi (IMK 471 bent 4) sadece mülkiyetten bahsediyor; bak. Ebû'l-ûlâ Mardin s. 99.

¹⁹) Bak. Tuor mad. 470/71, N 26, 34; Escher mad. 470/71, N 6, 8; Vital 126.

²⁰) Fakat eş intifai seçtikten sonra müteveffanın bu tarzda bir tasarrufu meydana çıkarsa ne olacaktır? Eşin muhayyerlik hakkı, mahiyeten insai bir haktır (Escher mad. 462, N 30). Bu itibarla istimali lüzum ifade eder, rücu caiz değildir. Tuor (mad. 462, N 48) bütün mirasçılardan muvafakatle rücuu mümkün görmektedir. Fakat muhayyerliğin istimali yalnız mirasçıların değil alacaklıların da menfaati ile alakadardır. Intifai seçen eş borçlulardan mes'ul olmadığından (mamafih bak. yuk. § 5, not 59) bütün mirasçıların muvafakatı halinde bundan rücu ile mülkiyeti seçmesinde bir mahzur yoktur. Fakat mülkiyeti seçen eş, mirasçılar muvafakat etse bile, bundan geri dönemez (aynı fikirde Escher mad. 462, N 33). Şu halde eş intifai seçtikten sonra müteveffanın bunu kendisinden kısmen veya tamamen nez'eden bir tasarrufuna muttali olursa diğer varislerin muvafakatle bundan rücu edebilecektir (murisin tasarrufu eşinin mülkiyeti alması mânasını mutazammın ise bu takdirde varislerin muvafakatına bile ihtiyac yoktur). Mirasçılar muvafakat etmezlerse kanaatımızca eş BK mad. 24 bent 4 e dayanarak hata sebebiyle geri dönebilir.

²¹) Tuor mad. 470/71, N 29; Escher mad. 470/71, N 6; Vital 126; FMK 51 II 383 (bak. Daepfen mad. 462 III). Bu telâkkiye göre müteveffa ölüme bağlı tasarrufunda eşinin 1/4 mülkiyet ile ıktifa etmesini emredebilecektir. Fakat bunun aksini, yani eşin nisif intifai almasını da emredebilir mi? Bizce mesele 522 nci (bizde 502) maddenin tefsir şekline bağlıdır. Eğer mahfuz hissenin mutlaka mülkiyet olarak terki lâzım geldiği, mahfuz hisselli mirasçının intifa veya ırat ile ıktifaya mecbur olmadığı noktaı nazarı kabul olunursa müteveffaya böyle bir salâhiyetin tanınmaması icap eder; zira 1/4 mülkiyet eşin mahfuz hissesidir. Fakat 522 nci madde geniş surette tefsir olunarak mahfuz hissenin intifa veya ırat tarzında da terk olunabileceği kabul olunursa yukarıki suale müsbet şekilde cevap vermek lâzımdır. Ancak bu halde nisif intifain kıymet itibarile hâdisede hakikaten

Füruun mahfuz hissesi ile tasarruf nisabının *miktarına* gelince: Furu ile içtima eden eş nisf intifaı seçtiği takdirde terekenin mülkiyeti *tamamen* fûrua aittir; ancak bunun yarısı tam mülkiyettir, diğer yarısı eşin intifa hakkı ile mukayyet çıplak mülkiyettir. Fûrudan her birinin mahfuz hissesi miras hakkının 3/4 ü olduğuna göre mahfuz hisselerin *mecmuu terekenin* 3/4 ü yani 12/16 sıdır²². İntifaı seçen eşin mahfuz hissesi olmadığından geri kalan 4/16 müteveffanın tasarruf nisabıdır²³.

Görülüyor ki fûru ile içtima eden eş 1/4 mülkiyeti seçtiği takdirde müteveffanın *tasarruf nisabı* terekenin 3/16 sı olduğu halde, eşin nisf intifaı seçmesi halinde bu, 1/16 bir tezayütle, 4/16 ya balığ olmaktadır²⁴. Şu halde eşin muhayyerlik hakkı tasarruf nisabına müessirdir ve bunun istimal şekline göre tasarruf nisabı değişmektedir²⁵.

1/4 mülkiyete muadil olması şarttır; aksi halde eş tenkis talebinde bulunabilir. Tuor (mad. 462, N 34 te) müteveffaya bu salâhiyeti tanımıyor. Fakat Tuor'un bu fikri gerek mad. 470/71, N 29 daki izahatla gerekse 522 nci maddeyi tefsir tarzile tenakuz halindedir.

²²) Ancak fûruun mahfuz hissesini teşkil eden 12/16 nın yarısı olan 12/32 üzerinde, eğer muris eşinden intifa hakkını nez'etmemişse, eşin intifa hakkı vardır. Şu halde fûruun mahfuz hisseleri *mecmuu* 12/32 tam 12/32 çıplak mülkiyettir.

²³) Eşin intifa hakkı mahfuz hisse mahiyetini haiz olmadığına göre tasarruf nisabını teşkil eden 4/16 tam mülkiyettir. Held (ZbJV 50, 483) ve Schoch (SJZ 6, 285) bunun yarısı olan 2/16 üzerinde eşin intifa hakkı olduğu fikrindedirler (keza bak. Escher mad. 470/71, N 7). Gerçi müteveffanın tasarruf nisabı üzerinde eşin intifa hakkını ipka etmesi mümkündür. Fakat böyle bir arzu izhar etmemişse tasarruf nisabının tamamı tam mülkiyet olmak lâzımdır. Murisin iradesini tesbit ise bir tefsir meselesidir.

²⁴) Ali Himmət Berki de (s. 206) eşin intifaı seçmesi halinde tasarruf nisabının tezayüt edeceğini kabul etmekle beraber başka bir neticeye varmaktadır. Müellif diyor ki: «karı veya koca fûru ile içtima edipte intifa hakkını tercih ederse kanunun sarahatine göre ancak mülkiyet hakkı mahfuz olup intifa hakkı mahfuz olmadığından mülkiyet hisseleri tasarruf nisabına zammolunur. Bu halde **tasarruf nisabı** 7/16 olup kalan 9/16 dan sekiz sehmin tam mülkiyeti ve bir sehmin çıplak mülkiyeti fûrua ve bu bir sehmin intifa hakkı karı veya kocaya ait olur.» Bizce bu netice doğru değildir. Zira Ali Himmət Berki şu ciheti unutuyor ki eş intifa hakkını tercih ettiği takdirde tereke mülkiyetinin **tamamı** (velev yarısı çıplak mülkiyet olarak) fûrua aittir. Fûruun miras hakkı bu suretle terekenin tamamına taallük ettiğine göre 453 üncü maddenin 1 inci bendinin sarahatı veçhile mahfuz hisselerinin de terekenin tamamı üzerinden hesap olunması lâzımdır.

²⁵) Aynı fikirde: Curti - Forrer mad. 471, N 15; Mentha, Journal des Trib. 1908

Misal: M vefatla mirasçı olarak karısı E ile çocukları A ve B'yi terke ediyor. Tereke 160.000 liradır. Fakat müteveffa Üniversite lehine vasiyet suretiyle 40.000 liralık bir teberrüde bulunuyor. Acaba bu teberrü tasarruf nisabı dahilinde midir?

Eş mülkiyeti seçerse: bu halde, biraz evvel gördüğümüz gibi, mahfuz hisselerin yekûnu terekenin 13/16'sı, yani misalimizde 130.000 liradır; bunun 40.000 lirası eşin, 90.000 lirası da çocukların mahfuz hissesidir. Geri kalan 3/16, yani misalimizde 30.000 lira müteveffanın tasarruf nisabını teşkil etmektedir. Şu halde müteveffa Üniversite lehine teberrüde tasarruf nisabını 10.000 lira tecavüz etmiştir; mirasçılar tenkis talebinde bulunabilirler.

Eş intifai seçerse: bu halde eşin mahfuz hissesi yoktur. Terekenin mülkiyeti tamamen fûrua ait olduğundan mahfuz hisseleri mecmuu terekenin 12/16'sı, yani misalimizde 120.000 liradır (ancak bunun 60.000 lirası üzerinde eşin intifa hakkı vardır). Tasarruf nisabı ise 4/16, yani 40.000 liradır. Şu halde Üniversite lehine olan teberrü tasarruf nisabı dahilinde olduğundan A ve B vasiyeti aynen yerine getirmeğe mecburdurlar, tenkis istiyemezler.

Fakat bu netice İsviçrede bugün *hâkim olan* telâkki tarafından kabul edilmemektedir²⁶. Bu telâkki taraftarlarına²⁷ göre müteveffanın tasarruf nisabı, sağ kalan eş intifai tercih etse dahi «sanki mülkiyet şikkını ihtiyar etmiş gibi» hesap olunmak lâzımdır. Şu halde evvelâ terekenin 1/4 ü eşin mahfuz hissesi olarak *bilhesap*²⁸ ayrılır; bakiyye 3/4 ün 3/4 ü yani terekenin 9/16'sı fûruun mahfuz hissesidir. Binnetice müteveffanın tasarruf

s. 292; Held, ZbJV 50, 481; Schoch, SJZ 6, 284; Gautschi, SJZ 18, 5; Ott, SJZ 6, 286; keza Thurgau Kanton Mahkemesi (Oberger.) SJZ 16, 181.

²⁶) Bir evvelki hasiyede zikrettiğimiz ve akalliyeti temsil eden müelliflerin yazıları oldukça eskidir, kısmen Medeni Kanun henüz meriyete girmeden kısmen de meriyetini takip eden senelerde intişar etmişlerdir.

²⁷) Ezcümle: Guhl, ZbJV 48, 205 ve müt.; aynı müellif, Festschrift für Tuor, 1946, s. 37; Escher mad. 470/71, N 7; Tuor, Komm. mad. 470/71, N 27; aynı müellif, Lehrbuch s. 313; Tuor, Rektoratsrede s. 12/13; Huber, Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, s. 155; Vital 131; Gut 175; Zimmermann, F., Vom Erben und Vererben, Zürich 1928 s. 15; Leuba 174; Rossel et Mentha, 2. tabı, s. 42; Le Fort, Quotité disponible et réserve dans le CCS, Cenevre 1917's. 124; Heuberger 42; Aargau kanton Mahkemesi (Oberger.) SJZ 1910 s. 110. Bizde Samim Gönensay da (s. 57) bu fikirdedir.

²⁸) Bilhesap demelerinin sebebi şudur ki neticede bu 1/4 mahfuz hisse olarak eşe değil fûrua verilmektedir, bak. Escher mad. 470/71, N 8, s. 144; Heuberger 43.

nisabı $1 - (1/4 + 9/16) = 3/16$ dir^{28a}. Diğer bir tâbirle tasarruf nisabı eşin muhayyerlik hakkına tâbi değildir, eş ister mülkiyet ister intifa şikkını tercih etsin daima sâbit ve terekenin $3/16$ sıdır. Eğer eş intifai seçmişse bakiyye $13/16$ fûruun mahfuz hissesidir; ancak bunun nisfı yani terekenin $13/32$ si üzerinde eşin intifa hakkı vardır²⁹. Şu halde bu telâkki kabul edilecek olursa yukarıda verdiğimiz misalde eş intifai seçse dahi müteveffanın çocukları A ve B Üniversite lehine olan 40.000 liralık teberrûnün 10.000 lira nisbetinde tenkisini talep edebileceklerdir.

Hâkim telâkkinin münakaşasına girişmeden önce evvelâ sözü taraftarlarına bırakalım :

Ezcümle Guhl (ZbJV 48, 205/6) diyor ki: «Sağ kalan eşin terekenin $1/4$ mülkiyetini veya $1/2$ intifasını seçmek hakkı tasarruf nisabı üzerinde hiç bir suretle müessir değildir ve tasarruf serbestisi meselesinde hiç bir rol oynamaz. Gerçi sadece, 471 inci maddede tesbit olunan şekilde, mahfuz hisse esasından hareket olunur ve kanun vazının maksadının mahfuz hisseli mirasçılardan her birine kanunî miras hakkının $3/4$ veya $1/2$ yahut $1/4$ ünü temin etmek olduğu söylenirse bu takdirde tabiatile eşin muhayyerlik hakkının kan hısımlarının mahfuz hissesine³⁰ müessir olduğu neticesine varılır. Buna göre mahfuz hisse³⁰ kâh büyük kâh küçük olduğu gibi ancak eşin muhayyerliğini istimal ettiği anda kabili tesbittir. Ancak, Roma hukukunun mahfuz hisse telâkkisine tekabül eden böyle bir muhakeme tarzı İsviçre Medenî Kanunu hakkında doğru değildir. Zira, evvelce de işaret olunduğu veçhile, yeni hukukumuz tasarruf nisabını başa almış ve prensip itibarıyla bu sistemi (tasarruf nisabı sistemini) takip etmiştir (mad. 470). Tasarruf nisabından bahsolunabilmesi için de bunun önceden emniyetle tesbiti mümkün olması ve müteveffanın daha ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu anda ne miktar üzerinde tasarrufta bulunabileceğini bilmesi lâzımdır. Amelî bakımdan yegâne kıymeti haiz olan bu neticeye ise, mahfuz hissenin³⁰ eşin muhayyerlik hakkı nazara alınmaksızın hesap olunacağına dair vazettiğimiz esasın yardımı ile varılmaktadır. Tasarruf nisabının hesabı için daima ancak eşin mülkiyet hakkı esastır. Buna göre meselâ fûru ve eşin içtimai halinde tasarruf nisabı daima $3/16$ dir, yoksa bu eşin intifai seçmesi halinde $4/16$ ya tezayüt etmez.»

Son olarak Tuor 18/11/1944 tarihinde Bern Üniversitesinde irat ettiği rektörlük nutkunda meseleye temas ederek demektedir ki :

^{28a)} Bak. Tuor, Lehrb. 313/14.

²⁹⁾ Yani fûruun mahfuz hisseleri mecmuu $13/32$ tam ve $13/32$ çıplak mülkiyettir.

³⁰⁾ Guhl burada «mahfuz hisse» yerine «tasarruf nisabı»ndan bahsetmeli idi. Zira «mahfuz hisse» kendi hal şeklinde de sâbit değildir.

«Sağ kalan eşin muhayyerlik hakkının kabulü, eşe böyle bir hak tanımayan Huber'in lâyihasında mevcut olmıyan ve kanunda sarıh bir şekilde halledilmemiş olan diğer bir müşkülâta yol açmıştır ki bu da muhayyerliğin istimal olunabileceği iki şıkta tasarruf nisabının terekenin ne miktarına baliğ olacağı, eşin muhayyerliğinin tasarruf nisabına müessir olup olmadığı meselesidir. İlk vehlede suale müsbet şekilde cevap vermek zaruri görünmektedir. Bu netice şu mülahazalardan çıkıyor. Tasarruf nisabı, mirasçılardan mahfuz hisselerle terekenin heyeti umumiyesi arasındaki farktan ibarettir. Mahfuz hisse haricinde kalan kısım üzerinde tasarruf caizdir. Eşin mahfuz hissesi, biraz önce gördüğümüz veçhile, kanunun sarıh hükmüne göre her halde 1/4 mülkiyettir, esle içtima eden fûruun mahfuz hisseleri ise miras haklarının 3/4 üne baliğ olmaktadır. Fûruun bu miras hakkı, eşin mülkiyet ve intifai seçtiğine göre değişmektedir. Fûruun miras hissesi, eş mülkiyeti seçerse terekenin 3/4 ü, nısıf intifai seçerse, terekenin tamamıdır. Bu itibarla miras hissesinin tasarruftan masun olan kısmı, fûruun mahfuz hisseleri, eşin mülkiyeti seçmesi takdirinde $\frac{3}{4}$ ün $\frac{3}{4}$ ü = $\frac{9}{16}$, intifai seçmesi halinde ise terekenin tamamının $\frac{3}{4}$ ü = $\frac{12}{16}$ sı gibi görünmektedir. Mahfuz hisselerin mukabili olan tasarruf nisabı da binnetice her iki halde farklı olmak, mülkiyetin intihabında terekenin $\frac{3}{16}$ sı, intifain intihabında ise $\frac{4}{16}$ sını teskil etmek icap edecekti. Tereke 160.000 frank ise müteveffa birinci halde 30.000, ikincisinde 40.000 frank üzerinde serbestçe tasarruf imkânına malik olacaktı.

Böyle bir telâkkiye taraftar olanlar eksik olmamıştır. Ezcümle Thurgau Kanton Mahkemesi 18 Temmuz 1918 tarihli kararında ve Gautschi SJZ 18, 4 ff. deki makalesinde bu fikri müdafaa etmektedirler. Meseleyi aydınlatmış olmak şerefi bilhassa sayın meslekdaşımız T. Guhl'e aittir. ZbJV 48, s. 197 de mukni bir şekilde izah ettiği noktai nazarına bilâhare Federal Mahkeme de katılmıştır. Guhl'ün müdafaa ettiği telâkkiye göre tasarruf nisabının hesabında daima eş sanki mülkiyeti seçmiş gibi hareket olunmak lâzımdır. Bu itibarla tasarruf nisabı fûruun esle içtima ettiği bütün hallerde terekenin $\frac{3}{16}$ sıdır. Bunun biri nazari diğeri ameli olmak üzere iki izah şekli vardır. Nazari olarak: Medeni Kanun hareket mebdeli olarak tasarruf nisabını almıştır. Medeni Kanunun nazarında birinci plânda gelen, ana mefhum, tasarruf nisabıdır, mahfuz hisse ikinci plânda gelir, bunun bir neticesidir. Bu sebeple tearuz halinde tasarruf nisabı mahfuz hisseye değil, bilâkis mahfuz hisse tasarruf nisabına tâbi olmak zorundadır. Ameli olarak: Muris vasiyetnamesini tanzim ettiği sırada, bilâhare teberrüllerinin tenkis tehlikesine maruz kalacağından endişe mecburiyetinde olmaksızın, servetinin hangi kısmında serbestçe tasarruf edebileceğini bilmelidir. Bu sebeple tasarruf nisabı diğer bir şahsın, eşin, müteveffanın ölümünden sonra tahakkuk edecek olan ve binnetice müteveffa tarafından bilinmesine imkân bulunmıyan bir fiiline tâbi kılınmaz.» (s. 12/13).

Federal Mahkeme de, Tuor'un işaret ettiği veçhile, bu telâkkiye iltihak etmiştir. Buna dair ilk kararı 8 Temmuz 1919 (45 II 381 - 385) ikincisi 23 Haziran 1933 (59 II 128 - 132) tarihlidir. Fakat her iki karar-

da da maalesef hiç bir esbabı mucibe serdedilmemiştir³¹. Yüksek Mahkeme ikinci kararında birinci kararına atıfla iktifa etmiş (bak. FMK 59 II 131 mülâhaza 5), 8 Temmuz 1919 tarihli birinci kararında ise hâdiseye ilk defa temas etmiş olmasına ve meselenin ilim sahasında şiddetli bir münakaşa mevzuunu teşkil eylemesine rağmen bugün hâkim mevkide olan telâkkiyi münakaşasızca kabul edivermiş ve hattâ bunu diğer bir meselenin hallinde mesnet olarak kullanmıştır. Filhakika kararın asıl mevzuunu İsviçre Medenî Kanununun 473 üncü maddesi teşkil etmektedir. Kanunumuza geçmemiş olan bu maddeye göre :

«Muris ölüme bağlı tasarrufla eşi lehine, müsterek fûrua isabet eden kısmın tamamı üzerinde intifa hakkı tesis edebilir.

Bu intifa hakkı, eşin müsterek fûru ile ictima halinde haiz bulunduğu kanunî miras hakkının yerine kaim olur.

Eş tekrar evlenmekle bu intifa hakkının yarısını zayi eder.»

İmdi : bu madde mucibince eşi lehine teberrüde bulunan müteveffanın acaba buna *ilâveten* terekenin 3/16'sı üzerinde dilediği gibi tasarruf salâhiyeti baki midir? Federal Mahkemenin, yukarıki kararında meşgul olduğu esas mesele budur. Yüksek Mahkeme bu suale müsbet şekilde cevap vermekte³² ve esbabı mucibe meyanında bir aralık bizim meselemize de temasla demektedir ki : «473 üncü maddedeki halde tasarruf nisabının hesabında teberrü olunan intifain nazara alınmaması şu bakımdan da yerindedir ki eşin 462 nci maddeye göre seçmekte muhayyer olduğu kanunî intifa hakkı da tasarruf nisabının tayininde hesaba katılmamakta, bilâkis bu hususta dörtte bir mülkiyet hakkı esas tutulmaktadır.» (FMK 45 II 385).

Yukarıdanberi bizzat müdafilerinden dinlediğimiz hâkim telâkki acaba kanunun hükümlerile ne dereceye kadar ahenk halindedir ve dayandığı mucip sebeplerin ikna kuvveti nedir?

Gerçi kanunda meselemiz hakkında ayrı ve hususî bir hüküm mevcut değildir. Fakat buna lüzum da yoktur; zîra mevcut hükümler meseleyi halletmektedirler. Ezcümle mad. 453 (İMK 471) aynen şöyle diyor :

³¹) Bunun sebebini her halde iki kararın da asıl mevzuunu başka hâdiselerin teşkil etmiş olmasında aramak lâzımdır.

³²) Mesele ilim sahasında münakaşalıdır, fakat ekseriyet meseleyi Federal Mahkeme gibi halletmektedir. Bu hususta bak. Escher mad. 473, N 12-16 ve orada zikrolunan müellifler; keza Guhl, Festschrift für Tuor, s. 37 ve müt. Tuor 473 üncü madde mucibince eş lehine teberrü olunan intifain sermaye kıymetinin tasarruf nisabına mahsubu lâzım geldiği noktaı nazarındadır (mad. 473, N 25-28) ve son intisar eden rektörlük nutkunda (s. 16/17) bunda ısrar etmektedir.

«Mahfuz hisse aşağıdaki mikdarlardan ibarettir :

1 — Fûru için miras hakkının dörtte üçü.»

Kanunun bu sarîh hükmüne göre mahfuz hissenin tayininde esas, *miras hakkıdır*. Bu suretle mahfuz hisse miras hakkına tâbî kılınmıştır. Fûruun miras hakkı ise eşin muhayyerliğini istimal şekline göre değişmekte, eş mülkiyeti seçtiği takdirde terekenin dörtte üçüne, intifai tercih etmesi halinde terekenin *tamamına* (nisfı çıplak mülkiyet olmak üzere) baliğ olmaktadır (mad. 444, İMK 462). Binaenaleyh fûruun mahfuz hissesi de *zarurî* olarak eşin muhayyerlik hakkına tâbî olmak ve istimal şekline göre değişmek mecburiyeti vardır³³. Bu *illî rabıta* doğrudan doğruya kanundan (mad. 444 ve 453 ten) doğmaktadır ve bunu ortadan kaldırmağa imkân yoktur³⁴.

Görülüyor ki kanun hâdisemizde sâkit değildir. Bilâkis 444 ve 453 üncü maddeler meseleyi her hangi bir tereddüde mahal vermiyecek surette açık olarak hal etmektedirler. Binaenaleyh ne kanunda mevcut bir boş-

³³) Hâkim telâkki taraftarları da mahfuz hissenin miras hakkına ve fûruun miras hisselerinin de eşin muhayyerlik hakkına tâbî olduğunu kabul etmektedirler. Bunun mantıklı ve zarurî neticesini inkâr eylemeleri gayri kabili izah olarak kalmaktadır.

³⁴) Gautschi ŞJZ 18, 4. Hâkim telâkki taraftarları tasarruf nisabını hesap ederken bundan başka daha iki bakımdan kanuna aykırı hareket etmektedirler: **Evvelâ** — biliyoruz ki kanun eşin yalnız mülkiyet hakkını mahfuz hisse olarak himaye etmiştir; intifa hakkını ise muris kendisinden nezi salâhiyetini haizdir. Hal böyle iken tasarruf nisabının hesabında evvelâ esin (velev bilhesap) mahfuz hissesi olarak, sanki mülkiyeti seçmiş gibi, terekenin 1/4 ünü tefrik etmekle intifa hakkına binnetice kısmen mahfuz hisse mahiyet ve kuvvetini izafe etmektedirler ki kanuna muhalif olduğu aşîkârdır. Kanun vazı gerek müteveffanın gerekse mahfuz hisseli varislerin menfaatlarını takdir ederek mahfuz hisse ve tasarruf nisabının hududunu tayin etmiştir. Ne birinin ve ne de diğerinin kanunda olduğundan daha fazla tahdidine cevaz olmamak lâzımdır. Müteveffa tasarruflarıyla mahfuz hisseye tecavüz edemiyeceği gibi mahfuz hisseli mirasçılar da kanunun kendilerine bahsettiğinden fazla bir şey talep edemezler. **Saniyen** — esin intifa hakkını tercih etmesi halinde fûruun miras hakkı terekenin tamamına taallûk etmektedir ve binnetice mahfuz hisseleri de 453 üncü maddenin sarahatı vechile buna göre tayin olunmak lâzımdır. Halbuki yukarıda gördüğümüz vechile hâkim telâkki taraftarları fûruun mahfuz hissesini, es mülkiyeti seçmiş gibi, terekenin 3/4 ünden hesap etmekte ve fakat neticede es için bilhesap ayırdıkları 1/4 ü de fûruun mahfuz hissesine ilâve etmektedirler. Her iki hareket tarzının da kanunda bir mesnedi yoktur.

luğun²⁵ doldurulması ve ne de müteaddit mânaya gelen müphem bir hükmün tefsiri bahis mevzuu değildir. Bilâkis mevzuu bahsolan, kanunun sarîh hükümlerinden inhiraftır. Bunun caiz olabilmesi için ise mevcut hükümlerin eski ve değişen ihtiyaçları karşılamaktan pek uzak olması veya adalet mefhumu ile açık bir tezat teşkil etmesi gibi pek ciddi sebeplerin mevcut olması lâzımdır²⁶.

Hâkim telâkki taraftarları noktai nazarlarını haklı gösterebilmek için²⁷ üç sebep¹ ileri sürmektedirler ki²⁸ bunlar da ehemmiyet sırasile şunlardır :

1 — Her muris daha tasarrufta bulunduğu sırada servetinin ne miktarı üzerinde serbestçe tasarruf salâhiyetini haiz bulunduğunu bilmelidir. Halbuki tasarruf nisabı eşin muhayyerlik hakkını istimal şekline göre değişecek olursa, eş bu hakkını murisin ölümünden sonra kullana-

²⁵) Zira bir boşluğun mevcudiyeti için kanunun «lâfzile veya ruhile meseleye temas» etmemesi (ve örfü âdetin de mevcut olmaması) lâzımdır ki hâdisemizde böyle bir vaziyet yoktur. Kanundaki boşluk mefhumu hakkında bak. Egger mad. 1, N 20/21.

²⁶) Filhakika bu kayıt ve şartlar altında kanundan inhiraft edilmesi caiz ve kanunun sarîh bir hükmüne muhalıf bir teamül hukukunun doğması mümkündür. Ezcümle İsviçre Borçlar Kanununun 873 üncü maddesi, son tadilden önce, anonim şirketlerin ticaret unvanlarına hayatta bulunan şahısların isimlerini derç etmelerini sarahaten men ediyordu. Fakat tatbıkatta anonim şirketler intihap ettikleri ticari unvanlara hakiki ve hayatta bulunan şahısların isimlerini ilâve edegelmişler ve mevcut memnûliyet hükmünün ihtiyaçları karşılamaması karşısında nihayet alâkadar resmi makamlar ve mahkemeler kanunun sarîh hükmüne aykırı olan bu teamülü tanımak zorunda kalmışlardır; bak. Schneider - Fick, Borçlar K. serhi mad. 873, Nr. 5, 18/12/1936 tarihli kanunla tadile uğrıyan İBK nun 950 nci maddesi buna bugün prensip itibarıyla cevaz vermektedir. Kanuna aykırı örfü âdet ve diğer misaller h. bak. Egger, mad. 1, N 32.

²⁷) Ekseriyet taraftarlarının fikirlerini müdafaa için ayrıca esbabı mucibe göstermek lüzumu his etmeleri noktai nazarlarının kanun hükümleriyle âhenk halinde olmamasından ileri gelmektedir. Zira kanuna dayanan bir fikri müdafaa için ayrıca uzun uzadıya esbabı mucibe zikrine ihtiyaç olmasa gerektir.

²⁸) Bu mucip sebepler (bilhassa birinci ve üçüncüsü) Tuor ve Guhl'un yukarıda aynen naklettığımız izahatında açıkça görülmektedir. Diğer cihetten ekseriyetin fikrine taraftar olan müelliflerin yazılarını yuk. hasıye 27 de zikrettiğimiz cihetle burada tekrar atıfta bulunmağa lüzum görmedik.

cağına göre, muris için serbestçe tasarruf salâhiyetinin hududunu tayin mümkün olamayacaktır⁵⁹.

2 — Mahfuz hissenin, intifa hakkı gibi takyitlerden âri olması lâzımdır. Hassatan, eşin intifa hakkını tercih etmesi halinde müteveffanın tasarruf nisabının, ekalliyetin fikri veçhile, terekenin 4/16 sına tezayüt eylemesi fûruun mahfuz hissesinin kanunun tecviz etmiyeceği bir şekilde daralmasını mucip olmaktadır.

3 — Medenî Kanun mahfuz hisse hükümlerinde Cermen hukuku sistemini kabul etmiştir. Binaenaleyh eşin intifa şikkını tercih etmesi halinde tasarruf nisabının genişlemesi caiz değildir.

Şimdi sırasile bu sebepleri ayrı ayrı tetkik edelim :

1 — Deniyor ki : tasarruf nisabı daha tasarruf zamanında kabili tayin olmalıdır. Tasarruf nisabının eşin muhayyerlik hakkını istimal şekline göre değişeceğini kabul eden ekalliyetin fikri, bu imkânı selbetmesi itibarile, amelî bakımdan mahzurludur.

Bu suretle hâkim telâkki taraftarları, görünüşe nazaran, muris aleyhine olan bir mahzuru ortadan kaldırmak istiyorlar. Fakat gariptir ki bunun için başvurdukları çare, aynı murisin tasarruf serbestisini daraltmak, tasarruf nisabını 4/16 dan 3/16 ya indirmek oluyor. Bulunan çareî hallin cezri (!) olduğunda şüphe yoktur. Fakat sırf müteveffayı düşünerek ileri sürülen lehte bir mülâhaza ile onun aleyhine bir neticeye varmaktaki garabet te aynı derecede şüphesizdir.

Diğer cihetten : iddia olunan amelî mahzur hakikatte mevcut da değildir. Zira ekalliyetin hal şekline göre, eşin intifa hakkını seçmesi halinde müteveffanın tasarruf nisabı azalmıyor, bilâkis artıyor (3/16 iken 4/16 oluyor). Şu halde murisin tasarruf nisabı (yani terekenin 3/16 sı) dahilinde yapmış olduğu tasarrufların sırf eşin intifaı seçmesi neti-

⁵⁹) Tuor: «Ancak bu suretle mahfuz hisse önceden emniyetle hesap olunabilir» (mad. 471, N 27), Guhl de: «Amelî bakımdan yegâne kıymetli haliz olan bu neticeye ise mahfuz hissenin eşin muhayyerlik hakkı nazara alınmaksızın hesap olunacağına dair vazettiğimiz esasın yardımı ile varılmaktadır» (ZbJV 48, 206, bak. yuk. hasiye 38) demek suretile mahfuz hissenin bîdayeten kabili hesap olması zaruretinden bahsetmektedirler. Bu ifade tarzı pek isabetli değildir. Zira kendilerinin taraftar olduğu hal şeklinde de sabit olan tasarruf nisabıdır, yoksa mahfuz hisse değildir. Filhakika fûruun mahfuz hisseleri mecmuu eşin mülkiyeti tercih etmesi halinde terekenin 9/16 sı olduğu halde intifaı seçmesi takdirinde 13/16 ya çıkmaktadır. Tasarruf nisabının ise her iki halde 3/16 olduğu kabul edilmektedir.

cesinde mahfuz hisseye tecavüz teşkil eylemesi ve bu suretle tenkis tehlikesine maruz kalması mümkün değildir.

Mamafih tasarruf nisabının, eşin muhayyerlik hakkına tâbi olmadan, mutlaka sabit olması arzu ediliyorsa bunu temin edecek çare de yok değildir. Yukarıda bir münasebetle işaret ettiğimiz veçhile, intifa hakkı kanunen mahfuz olmadığından müteveffanın eşinden muhayyerlik hakkını nez'edebileceği umumiyetle kabul edilmektedir⁴⁰. Şu halde bu yolda ölüme bağlı bir tasarrufta bulunarak tasarruf nisabını sabit bir hale getirmek müteveffanın elindedir⁴¹.

Her muris daha tasarrufta bulunduğu sırada servetinin ne miktarı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğini bilmelidir diyorlar⁴². Hattâ Guhl daha da ileri giderek, aksi halde tasarruf nisabından bahsetmenin bile caiz olmadığını söylüyor⁴³. Acaba umumiyetle tasarruf nisabının önceden hesabı (gerek meblâğ gerekse nisbet olarak)⁴⁴ ne dereceye kadar mümkündür ?

Medenî Kanunun 454 üncü (İMK 474) maddesi diyor ki :

«Tasarruf nisabı, terekenin vefat günündeki haline göre hesap olunur.

Müteveffanın borçları, cenaze masrafı, terekenin mühürlemek ve defter tutma masrafları, müteveffa ile bir arada yaşayan kimselerin bir aylık iase masrafı, terekeden tenzil olunur.»

Şu halde tasarruf nisabını hesap etmek isteyen muris *bu madde hükmüne göre evvel emirde servetinin vefat tarihindeki durumunu, sanıyen *cenaze* masraflarını, *terekesinin* mühürlenmesi ve defter tutulması için muktezi masrafların balığ olacağı miktarı vesaireyi bilmek mecburiyetindedir⁴⁵. Görülüyor ki kehanet zarureti daha burada başlıyor. Fakat

⁴⁰) Bak. yuk. hasiye 21. Hâkim telâkkiye taraftar olanlar da bunu kabul etmektedirler.

⁴¹) Diğer bir imkân da şudur: müteveffa, miktar zikretmeksizin, tasarruf nisabının tamamı üzerinde tasarruf ettiğini, mirascıların ancak mahfuz hisselerini almalarını arzu ettiğini söyleyebilir, Gautschi SJZ 18, 5.

⁴²) Bu dilleğin, bu umumî şekilde, bir sul tefehhüme müstenit olduğunu aşağıda göreceğiz, bak. s. 1130/31.

⁴³) Guhl, ZbJV 48, 206.

⁴⁴) Ekseriyet taraftarları, tasarruf nisabının önceden kabili tayin olmasından ne kasedtiklerini söylemiyorlar. Fakat *meblâğ* veya (terekenin şu kadarda şu kadarı gibi) *nisbet* olarak iki suretle tayin mevzuu bahis olabileceğinden iki ihtimali de tetkik etmek lâzımdır.

⁴⁵) Eşinin mülkiyet veya intifadan hangisini seçeceğini bilecek durumda olmadığı söylenen muristen ölümünden sonra tahaddüs eden bu gibi vaziyetleri bilmesi beklenmektedir.

iş bu kadarla da kalmıyor; muris daha çok şeyler bilmek zorundadır. Ezcümle⁴⁶: maddedeki terekeden maksat müteveffanın şahsına ait mamelektir. Hâdisede mirasçı olarak eş ile fûruun mevcudiyetini kabul ettiğimize göre muris evli bir şahıstır. O halde her şeyden önce karı koca mallarının idaresine ait hükümlere tevfiikan bir tasfiye yapılarak müteveffanın şahsî mameleki tesbit olunmak lâzımdır (Esb. I 233 ve müt.). Mehazımız İsviçrede⁴⁷ kanunî sistem mal birliği olduğuna göre bu tasfiye, hilâfına mukavele yoksa, 212 nci ve müteakip (MK 208 ve müt.) maddeler mücibince olacaktır⁴⁸. Tarafların şahsî mallarının tefrikinden sonra *fazla bir şey* (Vorschlag) kalırsa bunun 214 üncü (MK 210) maddede kabul edilen nisbet dairesinde aralarında taksimi lâzımdır. «Birliğe dahil mallarda vukua gelen noksan, karı tarafından sebebiyet verildiği isbat edilmedikçe koca veya mirasçılara aittir» (mad. 214 fk 2, bizde 210 fk 2)⁴⁹. Şu halde müteveffa, karı koca mallarının idaresi hakkındaki hükümlere göre bu suretle vukubulacak tasfiye neticesini ve bu meyanda bilhassa fûruun, mallarda vukua gelen noksana karının sebebiyet vermiş olduğu hususunu isbata muvaffak olup olamayacaklarını da bilmek mecburiyetindedir. Fakat mesele bununla da henüz halledilmiş değildir. Zira böylece müteveffanın şahsına ait olmak üzere tesbit olunan tereke ekseriya muhtelif unsurlardan (alacak vesair haklar, menkul ve gayri menkul mallar gibi) terekküp edeceğinden bunların *vefat zamanındaki* kıymetleri takdir ettirilmek lâzımdır. Medenî Kanunda takdiri kıymet hakkında her hangi bir esas mevcut değildir⁵⁰. Bu yüzden ilim sahasında müellifler arasında büyük fikir ayrılıkları vardır ve tatbikatta da bütün meseleler henüz halledilmiş değildir.

Basit gibi görünen para alacaklarında bile vaziyet oldukça karışık ve münakaşalıdır. Ezcümle alacak henüz gayri muaccel veya münazaalı

⁴⁶) Biz burada bir fikir verebilmek için ancak belli başlı bir kaç noktaya temas ile iktifa edeceğiz. Tasarruf nisabını hesap etmek isteyen murisin daha ne gibi hususları bilmek zorunda olduğunu teferruatile öğrenmek isteyen İMK nun bilhassa 474 - 476 nci maddeleri serhlerini dikkatle mütalâa etmelidir.

⁴⁷) Bizde kanunî sistem mal ayrılığı olması ve diğer idare şekillerinin mukavele ile nadiren kabul edilmesi dolayısıyla tasfiye vaziyeti mehaza nisbetle çok daha basittir.

⁴⁸) Mal ortaklığında mad. 225 müt. ve 240 ıncı maddelere göre; bak. Egger, Aile hukuku, adı geçen maddeler serhleri.

⁴⁹) Mal ortaklığında da aynı hüküm caridir: İMK mad. 240 fk 2; bak. Egger mad. 240 serhl.

⁵⁰) BGB § 2311 ve müteakipte buna dair hükümler mevcuttur.

yahut şarta muallâk ise veyahut borçlusu hali acizde ise vaziyet ne olacaktır?

Gayrı muaccel alacakların, eğer faize tâbi değil iseler, ilim sahasındaki telâkkiye göre murisin ölümü zamanındaki kıymetleri hesap edilmek lâzımdır⁵¹, eğer alacak faize tâbi ise miktarı esas alınır⁵². *Münazaalı* alacakların ölüm tarihindeki muhtemel kıymetleri nazara alınacaktır⁵³. *Şarta muallâk* alacaklara gelince: Vital'e göre (s. 170/71), eğer talikî bir şart bahis mevzuu ise alacak hiç nazara alınmaz, infisahî bir şarta muallâk olan alacak ise *tam olarak* terekeye ilâve olunmak lâzımdır^{54 55}. *Borçlusu aciz halinde* olan ve başka istifa mahalli de bulunmayan⁵⁶ alacaklar ise, ekseriyetin fikrine göre, asla nazara alınmayacaktır⁵⁷.

⁵¹⁾ Bak. Tuor mad. 474, N 24; Escher mad. 474, N 8; Vital 171. Bu kıymet bittabi vade ve memlekette cari olan faiz miktarı nazara alınarak hesap olunacaktır. Ezcümle: müteveffa birine faizsiz olarak 5000 lira borç para vermişse ve ölüm tarihinde alacağın muaccel olmasına daha 5 sene varsa cari faiz % 4 kabul edildiği takdirde alacağın ölüm tarihindeki kıymeti 4000 liradır; tasarruf nisabının hesabında bu kıymet nazara alınmak lâzımdır.

⁵²⁾ Vital 171; Escher mad. 474, N 8. Kanaatımızca, alacak faizli olsa bile, gayrı muaccel olduğu takdirde mesrut faiz miktarı ve iskonto kaldeleri nazara alınarak ölüm tarihindeki kıymeti hesap edilmek lâzımdır; ancak bu tarihe kadar işlemiş olan faizler bittabi bu kıymete zam olunmak icap eder.

⁵³⁾ Bak. Tuor mad. 474, N 22. Şu halde delil vaziyeti ve bilhassa usul kanunu yemin müessesesini tanımış bulunuyorsa borçlunun yalan yere yemin hususundaki ahlâkî durumu alacağın muhtemel kıymetine müessir olacaktır.

⁵⁴⁾ Fakat Vital gerek talikî gerekse infisahî şartın bilâhare tahakkuk etmesi ve bilhassa tenkis dâvası açıldığı zaman tahakkuk etmiş bulunması halinde ne olacağını söylememektedir. BGB § 2313 infisahî şartın sonradan tahakkuku halinde ona göre bir tashih icra edilmesini âmiridir.

⁵⁵⁾ Tour (mad. 474, N 24) «meşkûk alacaklar muhtemel satış kıymetleriyle terekeye zammolunur» demek suretille aksi fikre yani şarta muallâk alacaklarda da kıymet takdirî cihetine gidilmesi fikrine taraftar görünüyor. Escher (mad. 474, N 8) talikî şartlarda bunun mümkün olan yegâne hal şekli olduğunu söylemekle beraber tatminkâr olmadığını da itiraf ediyor; infisahî şartta ise mücillif takdirî kıymet cihetine gidilmesi fikrindedir.

⁵⁶⁾ Alacak rehinle temin edilmişse rehin kıymetinin müsaadesi nisbetinde alacak nazara alınmak lâzımdır. Escher mad. 474, N 8; kefaletle temin edilmişse kefilin tedliye kabiliyeti esastır.

⁵⁷⁾ Bak. Escher mad 474, N 8; Tuor mad. 474, N 4, s. 400 N 39, s. 460 N 46; Rossel et Mentha 577; Vital 244 ve müt.; aksi fikirde Engeloch 73 ve müt. Şu

Terekeye dahil menkul ve gayrı menkul mallara vesair haklara⁵⁸ gelince: bunların da ölüm tarihindeki kıymetleri takdir ettirilmek lâzımdır. Gerçi bu hususta kaide olarak vefat tarihindeki *alım satım rayicinin* esas olacağı kabul edilmektedir. Fakat *hassatan zirai gayrı menkullerde* mesele şiddetli bir münakaşa mevzuunu teşkil etmektedir. Bir kısım müelliflere göre takdiri kıymette zirai gayrı menkullerin de alım satım rayici, diğer bazılarına göre ise «hasılât kıymeti = Ertragswert»⁵⁹ esas ittihaz edilmek lâzımdır. Üçüncü bir kısım müellifler ise (Vital 167/68, Le Fort 179) mütevassıt bir hal şekli tekiif ederek, eğer gayrı menkul mirasçılar tarafından işletilecekse hasılat kıymetinin, aksi halde alım satım rayicinin esas tutulması fikrindedirler⁶⁰.

Tasarruf nisabının hesap edilebilmesi için zikrolunan esaslar dahilinde terekenin *safi* mevcudunun tesbit ve kıymetlendirilmesi de kâfi değildir; buna *hesap bakımından* daha bazı unsurların da ilâvesi lâzımdır ki 455 ve 456 ncı maddeler bunları tayin etmektedirler :

«Madde: 455⁶¹ — Müteveffanın ölümüne bağlı olmıyarak vaki tenkise tâbi teberrüleri, tasarruf nisabının hesabı için, terekeye zammolunur.»

«Madde: 456 — Müteveffa tarafından, vefatı halinde tediye edilmek üzere kendi namına ve üçüncü şahıs lehine akdedilen veya kendi namına akdedilip hayatta vaki veya ölümüne bağlı bir tasarruf ile bir üçüncü şahıs lehine devir yahut müteveffanın hayatında ivazsız âhara temlik olunan sigortalar ancak vefat anındaki iştirâ kıymetleri ile terekeye dahil olur.»

455 inci madde ile kasdolunan tasarruflar, müteveffanın 507 nci (İMK 527) madde gereğince tenkise tâbi olan hayattaki tasarruflarıdır.

halde hâkim telâkkiye göre tasarruf nisabı borçlunun hali acizde olup olmadığına ve başkaca mahallî istifa bulunup bulunmadığına göre değişecektir ki Engeloeh haklı olarak bunu tenkit etmektedir.

⁵⁸) Aynı haklardan; şahsî irtilfaklar murisin ölümü ile nihayete ereceğinden bunların terekeye ilâvesi bahis mevzuu değildir, şahsî olmıyanlar ise esasen gayrı menkulün kıymeti takdir olunurken nazara alınacaklardır. Rehinler, alacak miktarı üzerinden terekeye ithal olunacaklardır, bak. Escher mad. 474, N 9.

⁵⁹) Yani «senevi vasatî hasılâtın kapitalize edilmiş kıymeti», bak. Vital 168.

⁶⁰) Her üç fikrin taraftarları ve ileri sürdükleri mucip sebepler h. bak. Escher mad. 474, N 6; bilhassa Guhl, Die Bewertung landwirtschaftlicher Gewerbe für die Berechnung der verfügbaren Quote nach dem Pflichtteilsrecht des ZGB, ZbJV 60, 49 ve müt.

⁶¹) Mehazın buna tekaül eden 475 inci maddesi aynen şöyledir :

«Hayattaki tasarruflar, tenkis dâvasına tâbi oldukları nisbette terekeye zammolunurlar.»

Madde 455, murisin hayattaki teberrüleriyle mahfuz hisseli mirasçılarının haklarını ihlâl eylemesine mâni olmak için sevk olunmuştur⁶². Şu halde müteveffanın 507 nci madde gereğince tenkise tâbi tasarrufları tasarruf nisabının tayininde hesap bakımından⁶³ terekeye zammolunacaktır⁶⁴. Lehine teberrüde bulunan şahsın hüsnü niyet sahibi olması halinde tenkise tâbi tasarrufun terekeye ilâvesinde hangi kıymetin esas tutulacağı ilim sahasında münakaşalıdır. Bir kısım müellifler 508 inci (İMK 528) maddeye istinat ederek bu halde terekeye, müteberriünlehin mirasın açıldığı tarihte mamelekinde mevcut tezayüdün ilâve olunması fikrindedirler⁶⁵. Diğer bir kısım müelliflere göre ise bu halde de tasarrufun ölüm tarihindeki kıymeti esastır^{66 67}.

Tasarruf nisabının tesbitinde nihayet müteveffanın üçüncü şahıslar lehine olan hayat sigortaları da nazara alınmak, bunların vefat tarihindeki *istira kıymetleri* terekeye zammolunmak lâzımdır (mad. 456, İMK 476)⁶⁸.

⁶²) Bak. Escher mad. 475, N 1.

⁶³) Hesap bakımından dememizin sebebi şudur ki 455 inci maddeden müteveffanın hayatında lehine teberrüde bulunduğu kimsenin almış olduğu şeyi mutlak surette kısmen veya tamamen iade edeceği anlaşılmamalıdır. Burada bahis mevzuu olan fillen tenkis değil, ancak tasarruf nisabının hesabı ve murisin tasarruf serbestisi hududunu aşip asmadığının tayinidir; eğer tecavüz yoksa fillen tenkis bahis mevzuu olmayacaktır; bak. Escher 475, N 1.

⁶⁴) Müteveffa için bilhassa mad. 507 bent 4 (İMK 527 bent 4) ün arzettiği müşkülât büyüktür. Buna göre müteveffa tasarruf nisabını hesap ederken, ileride mahfuz hisseli varislerin kendisinin mahfuz hisse kaldelerini bertaraf maksadile hareket ettiğini isbata muvaffak olup olamayacaklarını bilmek zorundadır.

⁶⁵) Ezcümle Tuor s. 399, N 38 ve müt.; Rossel et Mentha 580; Escher, miras hukuku serhi, birinci tabı s. 137. Bu telâkkinin tabii neticesi, müteberriünlehin mamelekinde mevcut tezayüde göre tasarruf nisabının değişmesidir ki Engeloeh (s. 70 ve müt.) haklı olarak bunu tenkit etmektedir.

⁶⁶) Bak. Vital 242 ve müt.; Schiller 40; Engeloeh 69 ve müt.; Meier, Der Gute und böse Glaube im Erbrecht des schweiz. ZGB, Zürich tezi 1923, s. 54. Bu ihtilâfa kısmen mehasın 475 inci maddesinin (bak. yuk. hasıye 61) sevk tarzı («nisbetinde» tâbiri, almanca: insoweit, fransızca: dans la mesure, İtalyanca: in quanto) sebebiyet vermektedir. Kanunumuzun 455 inci maddesinin kat'i metni karşısında bizde vaziyet sarıhtır.

⁶⁷) Müteberriünlehin aciz halinde olması takdirinde vaziyet, alelâde tereke borçlusunun aczi halinde olduğu gibi münakaşalıdır, bak. yuk. hasıye 57.

⁶⁸) Bu hususta ve bilhassa istira kıymeti hakkında bak. Vital 224 ve müt.; Tuor ve Escher mad. 476 serhleri.

Görülüyor ki tasarruf nisabının hesabı çeşitli hesap ameliyelerine ve bir çok âmillerin nazara alınmasına ihtiyaç göstermektedir. Murisin, mühim bir kısmı ancak ölümünde veya bundan sonra taayyün eden bütün bu âmilleri nazara alabilmesi ve bilhassa kanunun sakit olması yüzünden ilim sahasında büyük fikir ayrılıklarına yol açmış olan meselelerde tatbikatın ne gibi bir noktâi nazar takip edeceğini önceden kestirebilmesi ancak kehanetle mümkündür.

Fakat buna karşı belki denecektir ki: bütün bu müşkülât ve imkânsızlık tasarruf nisabının *meblâğ* olarak tayininde bahis mevzuudur; binaenaleyh tasarruf nisabının meblâğ olarak olmasa bile *nisbet* olarak tayini pekâlâ mümkündür ve tetkik ettiğimiz meselede, yani eşin fûru ile içtima halinde kanunen haiz bulunduğu muhayyerlik hakkının tasarruf nisabına müessir olup olmamasında da mevzuu bahsolan *nisbettir*.

Kanaatımızca böyle bir mülâhaza da varit değildir. Zira, tasarruf nisabının nisbet olarak tayini mümkün olsa bile bu, serveti üzerinde ancak nisbet itibarıyla tasarrufta bulunmak yani *mirasçı nasbetmek* isteyen murisin işine yarıyacaktır. Halbuki muayyen mal vasiyetinde veya hayatında tenkise tâbi bir tasarrufta bulunmak isteyen muris, tasarruf nisabını meblâğ olarak tesbit zorundadır. Kaldı ki tasarruf nisabı *nisbet olarak da her zaman kabili tayin değildir*⁶⁹. Aşağıda (Fasıl III) tasarruf nisabının mirası red, mirastan feragat, iskat ve mahrumiyet gibi sebeplerle bazı mirasçıların mirastan hariç kalması neticesinde nasıl tahavvül etmekte olduğunu tafsilâtile göreceğiz⁷⁰. Gerçi bunlardan mirastan feragat

⁶⁹). Tasarruf nisabının gerek meblâğ gerekse nisbet olarak önceden her zaman kabili tayin olmadığını bizzat kanun vaznı da kabul etmiş görünmektedir. Söyle ki: mahfuz hisseye tecavüz halinde tenkisin ne suretle yapılacağını 505 ve 512 nci (IMK 525, 532) maddeler tayin etmektedir. Ancak 505 inci madde «hilâfını kasdettiği tasarruftan anlaşılmadıkça» demek suretile ölüme bağlı tasarruflarda müteveffaya kanundakinden başka bir tenkis şekli tayin etmek salâhiyetini vermektedir. Müteveffa tasarruf nisabını tecavüz etmiş olması ihtimaline binaen bu salâhiyetini istimal edecektir. Bu madde gösteriyor ki murisin yaptığı tasarruflarla mahfuz hisselerle tecavüz edip etmediğini bilemeyecek durumda olduğunu kanun vaznı da kabul ederek kendisine böyle bir salâhiyet tanımak lüzumunu hissetmiştir. Böylece müteveffa bu salâhiyetini kullanarak, ölümünden sonraki vakıalâria tasarruf nisabının azalması vaziyetine karşı tedbir de alabilecek ve ezcümle kendisince tall ehemmiyeti olan tasarrufların evvelâ tenkise tâbi tutulmasını emredebilecek durumdadır. Hâdisemizde buna da lüzum yoktur, zira tasarruf nisabı azalmayıp bilâkıs çoğalmaktadır; bak. Vital 246 ve müt.

⁷⁰). Tasarruf nisabının bu suretle değişeceğini hâkim telâkki taraftarları da kabul etmektedirler, bak. aşağıda Fasıl III.

ve iskat murisin hayatında vukubulacağı cihetle kendisince nazara alınmaları mümkündür. Fakat mirası red ve mirastan mahrumiyette vaziyet böyle değildir. Mirası red *daima*, mirastan mahrumiyet sebepleri ise *ekseriyet* itibarile (mad. 520 bent 1, 2, 4, İMK 540 bent 1, 2, 4) vefatından sonra (veya nazara alınmalarına imkân bulunmayan bir zamanda) tahakkuk edecekleri cihetle müteveffanın tasarruf nisabının tayininde nazara alınmalarına imkân yoktur. Şu halde tasarruf nisabı nisbet olarak da sabit değildir ve murisin ölümünden sonra tahakkuk eden vaziyetler dolayısıyla de tahavvüle uğramaktadır.

Binaenaleyh, tasarruf nisabının sâbit ve önceden kabili tayin olması zaruretinin bahsile eşin muhayyerlik hakkına tâbi olamayacağını ileri süren hâkim telâkki taraftarlarına karşı bihakkın denebilir ki: eğer tasarruf nisabının, bilhassa murisin ölümünden sonra tahakkuk eden sebepler dolayısıyla değişmesi bir mahzur ise bu mahzur, Medenî Kanunda esasen geniş mikyasta mevcuttur. Fakat bizce asıl mahzur, tasarruf nisabının umumiyetle gayrı sâbit ve bu gibi sebepler yüzünden değişmesinde değil, ancak *azalması*ndadır. Filhakika tasarruf nisabının muris tarafından nazara alınmasına imkân olmıyan sebeplerin tesiri ile bilâhare *artması* halinde her hangi bir mahzur mevcut değildir, bilâkis murisin lehine bir vaziyet vardır. Tasarruf nisabının bu gibi sebeplerle bilâhare azalması halindedir ki müteveffanın vaktile tasarruf nisabı dahilinde yapmış olduğu tasarrufların, bilâhare mahfuz hisseye tecavüz teşkil eylemesi itibarile tenkis tehlikesine maruz kalmaları gibi bir mahzur mevcuttur. Tasarruf nisabının sâbit ve önceden kabili tayin olması zaruretinin bahsedenlerin iddiaları, öyle görünüyor ki, bu hususiyetin ihmal edilmesinin, bir sui tefehhümün neticesidir. Zikrettiğimiz veçhile tasarruf nisabının sonradan azalması şeklindeki mahzur Medenî Kanunda maalesef mevcuttur⁷¹. Fakat hâdisemizde böyle bir mahzur da yoktur. Zira bizim de taraftar olduğumuz ekalliyetin hal şekline göre müteveffanın tasarruf nisabı eşin mülkiyeti seçmesi halinde 3/16 olduğu halde intifai tercih etmesi takdirinde 4/16 ya tezayüt etmektedir.

2 — Hâkim telâkki taraftarlarının, tasarruf nisabının eşin muhayyerlik hakkına tâbi olmaması lehine ileri sürdükleri ikinci sebebe gelince, diyorlar ki : mahfuz hissennin intifa gibi takyitlerden âri olması lâzımdır. Hassaten eşin intifai tercih etmesi halinde tasarruf nisabının 4/16 ya tezayüt eylemesi fûruun mahfuz hissesinin kanunun tecvîz etmiyeceği bir şekilde daralmasını mucip olmaktadır⁷².

⁷¹) Bak. aşağıda Fasil III.

⁷²) Bu iddia bu kat'î şekilde Zürih Hukuk Fakültesinde tahsilde bulunduğu

Bir kere, kendilerinin hal şeklinde de fûruun mahfuz hissesi eşin intifa hakkile mukayyettir. Zira hâkim telâkkiye göre, eşin intifai seçmesi halinde fûruun mahfuz hisseleri mecmuu terekenin 13/16 sı olup bunun yarısı olan 13/32 tam mülkiyet ve diğer nısfı 13/32 eşin intifa hakkı ile mukayyet çıplak mülkiyettir⁷³. Mahfuz hissenin eşin intifa hakkı ile mukayyet olması kanundan doğan zarurî bir neticedir⁷⁴. Bizzat hâkim telâkkiye taraftar olan Guhl (ZbJV 48, 206/207) bu hususta diyor ki :

«Tasarruf nisabının hesabında eşin diğer kanunî intifa hakları da nazara alınmayacaktır. Zira eşin intifa hakkına diğer bütün mahfuz hisseli mirasçılar katlanmak zorundadırlar. Bu üçüncü esastan ekseriya zühul olunmuştur, Tobler, Mentha gibi.... Kanunun miras hükümlerine göre kan hısımlı mirasçılar eşin intifa hakkına muhtelif derecelerde tahammül etmek ve intifa ile mahmul mülkiyetle iktifa etmek zorundadırlar. Bundan başka eğer müteveffa kendilerini mahfuz hisselerine hasrediyorsa bu takdirde bittabi mülkiyet hakları da kemiyet bakımından azalır. Bazan bu durum fûru, ana baba ve kardeşler için hoş olmayabilir; fakat bu, kanunun ve mirisin arzusu icabıdır. Bu netice şundan anlaşılıyor ki kanunun hiç bir yerinde bunun aksine hüküm yoktur.»

İsviçre Medenî Kanunu daha da ileri giderek 473 üncü maddesinde müteveffaya, terekeden müşterek fûrua isabet edecek kısmın *tamamı* üzerinde ölüme bağlı tasarrufla eş lehine intifa hakkı tesis, yani mahfuz hissenin tamamını intifa ile takyit etmek salâhiyetini tanımıştır (bak yuk. s. 1121).

Esasen bahis mevzuu iddia, kanunda sarahat olmıyan hallerde mahfuz hissenin müteveffa tarafından intifa ile takyit edilmesine cevap olup olmadığı meselesinden galattır. İlim sahasında 522 nci (bizde 502) maddeye istinatla buna da, mahfuz hisse *kıymet itibarile* azalmamak şartile, müsbet cevap verilmektedir. Şu halde intifain kapitalize edilmiş kıymeti tenzil olunduktan sonra geri kalan kısım *kıymet itibarile* mahfuz hisseye müsavi olacak surette fazla mülkiyet terk edilmek kaydile müteveffa mahfuz hisseyi intifa ile takyit etmek salâhiyetini haizdir⁷⁵. Hâdisemizde fûruun mahfuz hissesini eşin intifa hakkı ile takyit eden müteveffa değil, bizzat kanun vazındır. Fakat bundan sarfı nazar fûruun

muz sırada 1936 senesinde bir seminer münakaşası sırasında Prof. P. Mutzner tarafından ileri sürülmüştür; mamafih bak. Le Fort 138.

⁷³ Bak. Escher mad. 470/71, N 8.

⁷⁴ Es ile içtima eden mahfuz hisseli mirasçıların mahfuz hisseleri daima eşin intifa hakkı ile mukayyettir; ancak eşin birinci zümre ile içtimai halinde mülkiyet sikkini tercih etmesi vaziyeti bundan müstesnadır.

⁷⁵ Bak. Escher mad. 470/80, İlküml. N 17, keza bak. mad. 470/71, N 8.

mahfuz hissesi de *mülkiyet* olarak artmaktadır; eşin mülkiyeti seçmesi halinde terekenin 9/16 sı iken intifaı seçmesi takdirinde 12/16 ya (hâkim telâkkiye göre 13/16 ya) çıkmaktadır, ancak bunun yarısı yani 12/32 çıplak mülkiyettir.

Şu halde mesele, nısfı eşin intifa hakkile mukayyet olan bu 12/16 nin eşin mülkiyeti seçmesi halinde fûruun mahfuz hisseleri mecmuu olan tam mülkiyet 9/16 ya muadil olup olmadığıdır. İşte hâkim telâkki taraftarları bu muadeleti de inkâr etmektedirler. Noktai nazarlarını haklı göstermek için istinat ettikleri bir nokta da budur. Onlara göre muadelet 9/16 tam mülkiyetle yarısı tam yarısı çıplak mülkiyet olan 13/16 arasında mevcuttur. Acaba hangi iddia doğrudur?

Ekalliyetin hal şekline göre *fûruun mahfuz hisseleri mecmuu* :

Eş *mülkiyeti* seçerse¹⁶: 12/32 tam mülkiyet + 6/32 tam mülkiyet (1)
Eş intifaı » : 12/32 » » + 12/32 çıplak » (2)

Ekseriyet taraftarları muadeleti inkârla (1) numaralı yekûnun (2) numaralıdan kıymet itibarile fazla olduğunu ve binnetice ikinci halde fûruun, esasen eşin intifa hakkile mukayyet olan, mahfuz hisselerinin daraldığını iddia ediyorlar.

Her iki yekûnda (birinci had olarak) 12/32 tam mülkiyet müsterek olduğu cihetle mukayesede bundan sarfı nazar edebiliriz. O halde geriye 6/32 tam mülkiyetle 12/32 çıplak (eşin intifa hakkı ile mukayyet) mülkiyet kalmaktadır. Acaba bunlar yekdiğerine muadil midir, değilse hangisinin kıymeti fazladır?

6/32 tam mülkiyetin 12/32 çıplak mülkiyete muadil olup olmadığını tetkik ederken iki nevi muadeleti birbirinden tefrik etmek lâzımdır :

1. Bu iki kemiyetin mücerret olarak *sureti umumiyede* yekdiğerine muadil olup olmadıkları (umumî ve mücerret mânada muadelet),
2. Bunların her hangi *müşahhas bir hâdisede* aynı kıymete tekabül edip etmedikleri (müşahhas mânada muadelet)¹⁷.

¹⁶) Mukayeseyi kolaylaştırmak için 9/16 tam mülkiyeti mahreci 32 olarak 18/32 ve bunu da 12/32 + 6/32 şeklinde iki kısımdan mürekkep bir mecmu şeklinde gösteriyoruz.

¹⁷) Mülkiyetle intifa hakkı arasında 1/2 muadelet nisbetinin mevcut olup olmadığı hususunda İsviçrede ilmi sahasında mevcut fikir ayrılıkları (bak. Vital 128 ve mül.), öyle görünüyor ki, bu tefrikin yapılmamasından neset etmektedir. Bazı müellifler 462 nci (bizde 444) maddeye istinatla kanun vazının nazarında nısf intifanın dörtte bir mülkiyete muadil olduğunu iddia ediyorlar. Diğer bir kısım

Hâdisemizde fûruun mahfuz hissesini eşin intifa hakkile takyit eden müteveffa olmayıp doğrudan doğruya kanun vaznı olması itibarile iki kemiyet arasında birinci mânada bir muadeletin mevcudiyeti kâfidir. Aynı zamanda müşahhas bir muadeletin mevcudiyetini de aramağa mahal ve cevaz yoktur. Netekim bizzat ekseriyetin fikrine taraftar olan Escher de bunu teyit ederek diyor ki:

«Yukarıda da izah olunduğu vechile umumiyetle müteveffanın tasarrufu ile mahfuz hisse sahiplerini takyit etmesi, kendilerine mahfuz hisselerinden fazla terketmek kaydile, caizdir; bean şart ki terkedilen kısım kıymet itibarile mahfuz hisseye muadil olsun. Aynı şey burada da vukubulmaktadır, ancak burada 4/16 şeklindeki fazlalığı müteveffa değil kanun tayin etmektedir ve fûruun bu suretle elde ettiği kısmın, 13/32 tam 13/32 çıplak mülkiyetin¹⁸⁾, 9/16 tam mülkiyete muadil olup olmadığını araştırmaya da imkân yoktur.» (mad. 470/71, N 9, s. 144).

Meseleyi bu suretle mücerret muadelet zaviyesinden tetkik edince: kanun 444 üncü maddesinde (İMK 462) fûru ile içtima eden eşe dilerse terekenin yarısının intifainı dilerse dörtte birinin mülkiyetini seçmek hakkını tanımak suretile intifa hakkı ile mülkiyet arasında 1/2 nisbetinde mücerret bir muadelet kabul etmiştir¹⁹⁾. Sureti umumiyede muadil

müellifler ise 1/2 intifain kıymet itibarile daima 1/4 mülkiyete muadil bulunmadığını ileri sürerek bu iddianın yanlış olduğunu, hakikatte kanunda böyle bir muadeletin mevcut olmadığını beyan ediyorlar (Vital 128). İki nevi muadeleti bir birinden tefrik edince iki tarafın da hem haklı hem haksız olduğu meydana çıkmaktadır. Zira nisf intifa ile dörtte bir mülkiyet arasında kanun vaznının **umumî ve mücerret mânasile** bir muadelet kabul ettiği 444 üncü (İMK 462) maddeden açıkça anlaşılmaktadır. Fakat bunların **her hâdisede** kıymet itibarile müsavi olmayacakları, yani aralarında **müşahhas mânasile** her zaman bir muadelet mevcut olmadığı da keza meydandadır; aksi halde eşe muhayyerlik hakkının tanınmasının pek de mânası kalmazdı. Görülüyor ki münakaşa sadece bir sul tefehhümden ileri gelmektedir.

¹⁸⁾ Escher hâkim telâkkiye taraftar olduğu için 12/32 yerine 13/32 den bahsetmektedir. Fakat hâdisede müşahhas mânada bir muadeletin araştırılamıyacağı fikrinde olduğu açıkça görülmektedir.

¹⁹⁾ 444 üncü maddenin eşe tanıdığı muhayyerlik hakkı ancak böyle bir umumî ve mücerret muadeletin kabulü ile kabili izahtır. Aksi halde, yani 1/2 intifa ile 1/4 mülkiyet arasında mücerret mânasile de bir muadeletin mevcut olmadığı, bunların kıymet itibarile hiç bir hâdisede yekdiğerine tekabül etmeyip daima farklı oldukları kabul edildiği takdirde eşe bu iki hak arasında bir muhayyerlik tanınması ne adalet ve ne de mantık ile kabili telif olmazdı. Bak. Escher mad. 462, N 28: «umumî olarak denebilir ki kanun vaznı aşağı yukarı aynı kıymette olan iki imkân arasında bir muhayyerlik tanımağı kasdetmiştir.»

olup olmadıklarını tetkik ettiğimiz 6/32 tam mülkiyetle 12/32 çıplak mülkiyet⁸⁰ arasındaki nisbet de keza 1/2 dir. Şu halde *umumî olarak* :

9/16 tam mülkiyet = 12/32 tam mülkiyet + 12/32 çıplak mülkiyettir. Görülüyor ki eşin intifai seçmesi halinde tasarruf nisabının 4/16 olarak kabulü, iddia hilâfına, fûruun mahfuz hissesinde her hangi bir daralma husule getirmemektedir⁸¹.

Yukarıda işaret olunduğu veçhile, araştırılmasına haddi zatında mahal olmamakla beraber meseleyi bir de müşahhas muadelet zaviyesinden tetkik edelim :

12/32 çıplak mülkiyetin 6/32 tam mülkiyete her müşahhas hâdisede kıymet itibarile müsavi olmayacağı şüphe götürmez bir hakikattir. Nettekim kanunun 444 üncü (İMK 462) maddesinde eşe muhayyer olarak tanıdığı dörtte bir mülkiyetle nısıf intifa arasında da böyle müşahhas bir muadelet her zaman mevcut değildir. Esasen eşe muhayyerlik hakkının tanınmasının sebebi de budur. Aksi halde yani nısıf intifa *her zaman* kıymet itibarile dörtte bir mülkiyete muadil olsaydı muhayyerlik hakkının hemen hemen bir mânası olmazdı.

12/32 çıplak mülkiyetin kıymeti, eşin intifa hakkının kapitalize edilmiş kıymetile 12/32 tam mülkiyet arasındaki farktan ibarettir. Eşin intifa hakkının kapitalize edilmiş kıymeti ise evvel emirde bunun *devam müddetine* (yani murisin ölümünden itibaren eşin vasatî olarak daha ne kadar müddet hayatta kalacağına⁸²) ve memlekette cari olan *vasatî faiz miktarına* tâbidir. Bu âmiller nazara alınarak nısıf intifa ile dörtte bir mülkiyet arasındaki riyazî münasebeti ve bunların hangi şartlar altında kıymet itibarile yekdiğerine muadil olduklarını tayin de mümkündür⁸³.

⁸⁰) Gerçi kanun çıplak mülkiyetle değil intifa ile tam mülkiyet arasında 1/2 nisbetinde bir muadelet kabul etmiştir. Fakat intifa böylece yarısı kadar tam mülkiyete muadil olduğuna göre takyit ettiği tam mülkiyetin kıymeti de 1/2 nisbetinde azalacağından tam mülkiyetle çıplak mülkiyet arasındaki muadelet nisbeti de bînetice 1/2 olacaktır.

⁸¹) Bunun aksini iddia etmek nısıf intifain dörtte bir mülkiyete muadil olduğunu inkâr etmek demektir. Bunun zarurî neticesi olarak alelûmum eşin intifai seçmesi halinde fûruun mutazarrır olacağını ve binaenaleyh eşe 1/4 mülkiyet yerine nısıftan az bir intifa hakkının tanınmasını kabul etmek lâzımdır ki 444 üncü (İMK 462) maddenin sarîh hükmü karşısında buna imkân yoktur.

⁸²) Eşin vasatî hayat müddeti bittabi erkek veya kadın olduğuna, sıhhi duruma ve mesleğinin arzettiği tehlikelerin derecesine göre değişecektir.

⁸³) İsviçrede ilim sahasında meseleyi riyazî cephesinden ilk defa tetkik eden (hukukçu) müellif Gautschi'dir. Bak. Gautschi, Der Viertel zu Eigentum oder die

Filhakika terekenin nısıfı üzerindeki intifa muayyen bir müddet devam edince elde edilen menfaat kıymet itibarile günün birinde $1/4$ mülkiyete müsavi olacaktır. Bu *ânın* hesabı kabildir. İntifa sahibi eşin ölümü bu âna tesadüf ettiği takdirde nısıf intifa ile dörtte bir mülkiyet arasında müşahhas bir muadelet de mevcut olacaktır. Eş daha evvel öldüğü takdirde nısıf intifanın kıymeti daha azdır, aksi halde daha çoktur. Memlekette cari vasatî faiz miktarı (yani servetin hâdisedeki müşahhas geliri) yükseldikçe iki kıymet arasındaki müsavat tabiatile daha erken tahakkuk edecektir. Bu hususta bir fikir verebilmek için Escher'in Gautschi'nin tetkikatına müsteniden verdiği izahatı aynen naklediyoruz (Escher mad. 462, N 28, s. 54). Buna göre nısıf intifa ile dörtte bir mülkiyet arasında kıymet itibarile *müsavat* :

% 4	faizde	17 $3/4$	sene sonra	
» 4 $1/4$	»	16 $3/4$	»	»
» 4 $1/2$	»	15 $3/4$	»	»
» 4 $3/4$	»	14 $3/4$	»	» tahakkuk edecektir.

İkinci âmil olan *vasatî hayat* müddetine gelince : *ölüm istatistikleri-ne*⁵¹ göre bu *müddet* :

<i>Yaşındaki</i>	<i>Erkek için</i>	<i>Kadın için</i>
25	37,8 sene	39,9 senedir.
30	33,8 »	36,1 »
35	29,9 »	32,3 »
40	26 »	28,4 »
45	22,4 »	24,6 »
50	18,9 »	20,7 »
55	15,7 »	17,1 »
60	12,7 »	13,7 »
65	10,1 »	10,7 »
70	7,8 »	8,2 »

Hälfte zu Nutzniessung, SJZ 15, 53 ff. Şerhlerde verilen izahat bu müellifin tetkikatına dayanmaktadır, bak. Escher mad. 462, N 28.

⁵¹) Bizde muntazam ölüm istatistikleri mevcut olmadığı cihetle memleketimizdeki vaziyet hakkında sarıh bir fikir edinmeğe maalesef imkân yoktur. Sigorta şirketlerimizin kullandıkları ölüm cetvelleri (ezcümle AF, RF cetvelleri gibi) yabancı memleketlerden alınmış oldukları cihetle memleketimizdeki vaziyeti sahilh olarak göstermekten uzaktırlar.

Bu rakamların mukayesesinden çıkan netice şudur: cari faizi $\% 4 \frac{1}{2}$ alırsak nısıf intifa ile dörtte bir mülkiyet arasında kıymet itibarıyla müsavat $15 \frac{3}{4}$ sene sonra tahakkuk edecektir. Eşinin vefatında 55 yaşında olan bir erkek veya 57 yaşından olan bir kadının vasatı olarak daha yaşayacağı müddet de budur, şu halde iki kıymet arasında müsavat vardır. Eğer sağ kalan eş daha genç ise intifa, daha yaşlı ise mülkiyet daha kıymetlidir. Cari faiz daha yüksek ise müsavatın tahakkuk edeceği yaş haddi de daha yüksektir ve meselâ $\% 4 \frac{3}{4}$ veya $\% 5$ faizde 58 dir. Intifa ile mülkiyetin kıymet itibarıyla müsavî olduğu yaş haddi $\% 4$ faizde erkek için 52 kadın için 54, faiz $\% 4 \frac{1}{4}$ olursa 53/55, $\% 4 \frac{1}{2}$ olursa 55/57, $\% 4 \frac{3}{4}$ olursa 57/58 dir.

Eş ile içtima eden *müşterek* fûruun henüz rûşte vasil olmamış bulunması halinde bu hesapta bir tashihat icra edilmesi lâzımdır. Zira bu halde eş, terekeden fûrua isabet eden kısım üzerinde rûşte kadar *veli sıfatıyla*, aile hukuku hükümlerine göre (mad. 280, İMK 292), esasen *istifade hakkını* haizdir. Binaenaleyh eşin 444 üncü madde gereğince haiz olduğu kanunî intifa hakkı tesirâtını ancak bu istifade hakkı sona erdikten sonra kendini gösterecektir. Şu halde nısıf intifa ile dörtte bir mülkiyetin ne zaman yekdiğerine müsavî olacağı hesap olunurken *müşterek* çocukların yaş vaziyeti de nazara alınmak lâzımdır. Gautschi (haşiye 83 te zikrolunan makalesinde) bu âmilî de nazara alarak yaptığı hesap sonunda şu neticeye vararak diyor ki : «Umumiyyetle denebilir ki 25 - 35 yaşları arasında çocuk yapmış olan eşler için mülkiyetle intifa arasında büyük bir fark yoktur.»⁸⁵

Bütün bu izahattan çıkan netice şudur: gerçi nısıf intifa ile dörtte bir mülkiyet⁸⁶ her zaman kıymet itibarıyla yekdiğerine muadil olmayacaktır. Fakat *normal* vaziyetlerde iki kemiyet arasında hemen hemen müşahhas bir muadelet de mevcuttur⁸⁷. Ancak *istisnai* vaziyetlerde, yani eşler arasındaki yaş farkının büyük olduğu hallerdedir ki böyle bir

⁸⁵) Gautschi, SJZ 15, 55. Aynı fikirde Escher (mad. 462, N 28, s. 55): «Umumiyyetle orta yaşlarda (meselâ 25 - 35 arasında) çocuk sahibi olan eşler için iki sık arasındaki iktisadî fark pek büyük değildir.»

⁸⁶) Binnetice kıymetlerini mukayese ettiğimiz 6/32 tam mülkiyet ile 12/32 çıplak mülkiyet.

⁸⁷) Aynı fikirde Gautschi, SJZ 15, 53 ve müt.; 18, 4. Esasen kanun vazının 444 üncü maddede (İMK 462) nısıf intifa ile dörtte bir mülkiyet arasında umumiyyetle bir muadelet kabul etmiş olmasının sebebi de budur.

müşavat mevcut olmayacaktır⁸⁸. Fakat böyle bir vaziyet ekseriyet taraftarlarının hal şeklinde de tahaddüs edebilir⁸⁹.

Şu halde normal olarak :

$$1/2 \text{ intifa} = 1/4 \text{ mülkiyet}^{90}$$

ve binnetice :

$$9/16 \text{ tam mülkiyet} = 12/32 \text{ tam mülk.} + 12/32 \text{ çıplak mülkiyettir.}$$

Görülüyor ki mesele ister umumî ve mücerret isterse müşahhas muadelet zaviyesinden tetkik olunsun eşin intifa şikkini tercih etmesi halinde tasarruf nisabının 4/16 olarak kabulu neticesinde, hâkim telâkki taraftarlarının iddiası hilâfına, fûruun mahfuz hissesinde bir daralma bahis mevzuu değildir. Bilâkis hâkim telâkki bu halde fûruun mahfuz hissesini, ortada kanunî ve makul bir sebep olmadan, müteveffa aleyhine (1/32 tam mülkiyet + 1/32 çıplak mülkiyet miktarında) artırarak 13/32 tam mülkiyet + 13/32 çıplak mülkiyet olarak kabul etmek suretile kanunun sarîh hükümlerinin dışına çıkmakta ve murisin kanunen haiz bulunduğu tasarruf serbestisini (nisabını) keyfî bir şekilde daraltmaktadır.

3 — Ekseriyet taraftarlarının noktai nazarlarını haklı gösterebilmek için istinat ettikleri son sebep, Medenî Kanunun mahfuz hisse mesalinde Cermen hukuku sistemini kabul etmiş ve hareket mebdei olarak tasarruf

⁸⁸) Sağ kalan eşin pek genç olması halinde intifa hakkı, aksi halde mülkiyet daha büyük bir kıymet ifade edecektir.

⁸⁹) Yani eşin intifa seçmesi halinde, hâkim telâkkiye göre fûruun mahfuz hissesini teşkil eden 13/32 tam mülkiyet + 13/32 çıplak mülkiyetin de 9/16 tam mülkiyete muadil olmaması mümkündür. Şu halde iddia edilen mahzur ekseriyetin hal şekli hakkında da varıttır.

⁹⁰) Memleketimizde muntazam ölüm istatistikleri olmadığı halde tatbikatta halkımız da hissi selimi ile bu neticeye varmaktadır. Söyle ki: kanunun eşe muhtelif zümre mirasçılarile icima halinde tanıdığı intifa hakkı mirasçılar arasında kat'î bir tasfiyeye imkân vermediği, bilâkis lüzumsuz ihtilâflara yol açtığı cihetle halkımız mümkün mertebe intifa hakkından kaçmak yolunu aramaktadır. Birinci zümre ile icima halinde hemen istisnasız olarak mülkiyet şikkini tercih suretile bu gayeyi temin etmekte ve diğer zümre mirasçılarile icima halinde kanunun eşe mülkiyetten başka tanıdığı intifa hakkı mirasçılar arasında bir anlaşma ile mülkiyete kalbolunmaktadır. Tatbikatta bu suretle yapılan anlaşmalarda intifa hakkı, mukabilinde mülkiyet vermek suretile tasfiye edilirken alâkadarlar iki kemiyet arasında hemen dalma 1/2 muadelet hisbetini kabul etmektedirler.

nisabını almış olduğu iddiasıdır⁹¹. Fakat bununla hâdisemizde ne demek istediklerini, vardıkları netice ile bu iddia arasında ne gibi bir rabitanın mevcut olduğunu açıkça söylemiyorlar.

Bir kere, Cermen hukukunda mümasıl bir vaziyet yoktur ki Medenî Kanunun aynı sistemi kabul ettiğinden bahsile mevcut hal şeklinin iktibası bahis mevzuu olabilsin.

Eğer bu iddiadan maksat, tasarruf nisabının *hesabında* mahfuz hisseden değil tasarruf nisabından hareket olunması lüzumu ise, yani ihtilâf bir hesap tarzına inhisar ediyorsa bunun cevabı basittir. Zira hesap tarzı ne olursa olsun neticenin daima aynı olması lâzımdır. Kabul edilecek hesap şekliyle ne mahfuz hissenin ne de tasarruf nisabının değiştirilmesine cevaz yoktur⁹².

Mamafih bu iddia ile şu da kasdedilmiş olabilir: Medenî Kanunun sistemine göre mahfuz hisse esas, tasarruf serbestisi bir istisnadır. Binaenaleyh tereddüt halinde tasarruf nisabı aleyhine bir tefsir yolu tutmak lâzımdır⁹³.

Medenî Kanunun mahfuz hisse sisteminin mümeyyiz vasıflarını ve buna göre tasarruf serbestisinin bir istisna değil bir kaide teşkil ettiğini evvelce tafsilâtile izah etmiş bulunuyoruz (bak. yuk. § 3.) Fakat tasarruf serbestisinin istisnai mahiyeti kabul olunsa bile bundan ancak kanunda mevcut bir boşluğun doldurulmasında veya bir tereddüdün izalesinde belki istifade olunabilir. Halbuki ortada böyle bir vaziyet de yoktur, zira 444 ve 453 üncü maddeler meselemizi her hangi bir tereddüde mahal vermeyecek surette hal etmektedirler (bak. yuk. s. 1122).

Kanunun Cermen hukuku sistemini kabul etmiş olduğu iddiasından tasarruf serbestisi aleyhine istihraç edilmek istenen tefsir kaidesini, öyle görünüyor ki, bizzat hâkim telâkki taraftarları dahi ciddiye almıyorlar. Bir kere Federal Mahkeme (FMK 45 II 381/85) teki kararında

⁹¹) Bak. Guhl ve Tuor'un yuk. s. 1119/20 de aynen naklolanan mütalâaları; keza Escher mad. 470/71, N 7; Vital 130.

⁹²) Gautschi, SJZ 18, 5: «Hesap bakımından her ikisinin aynı neticeyi vermesi lâzımdır.» Bak. keza Guhl, ZbJV 60, 56.

⁹³) Filhakika Guhl, hâdisemizde olmamakla beraber başka bir münasebetle bunu ileri sürmektedir: «Tereddüt halinde, muhtelif hesap tarzlarının yardımı ile, tasarruf nisabının tevsii aleyhine hareket olunmak lâzımdır.» ZbJV 60, 55; bak. keza Schiller, s. 50 not 6. Mamafih Guhl aynı yazısında bir sahife sonra (s. 56) şunu söylemektedir: «Bu sebeple — böylece en mühim kaideyi elde ediyoruz — hesap tarzlarının tasarruf nisabı, mahfuz hisse ve kanunî miras hakkına uyması lâzımdır. Hesap tarzlarının muhtelif olmasına imkân yoktur.»

bilâkis kanunun tasarruf serbestisi esassından hareket ettiğini kabul ettiği halde tasarruf nisabının hesabında hâkim⁹⁴ telâkki ile aynı neticeye varmaktadır⁹⁴. Diğer cihetten böyle dar bir tefsir kaidesinin tatbiki için fırsat mevcut olan hallerde ekseriyet taraftarları aksine olarak tasarruf nisabının tevsi cihetine gitmektedirler. Buna misal olmak üzere iki vaziyeti zikredebiliriz. *Evvelâ* — İsviçre Medenî Kanununun 473 üncü maddesi murise ölüme bağlı bir tasarrufla eşi lehine, terekeden müşterek fûrua isabet eden kısmın tamamı üzerinde intifa hakkı tesis etmek salâhiyetini tanımaktadır. Ekseri müellifler⁹⁵ bu salâhiyetini istimal eden müteveffanın buna ilâveten terekenin 3/16 sı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceğini kabul etmektedirler⁹⁶. Bu hal şeklinin neticesi olarak müteveffanın tasarruf nisabı ehemmiyetli surette genişlemekte ve fûruun mahfuz hissesi de hemen hemen yarıya inmektedir⁹⁷. *Saniyen* — Fûruu mevcut olmıyan bir mirasçının mirastan mahrumiyeti halinde tasarruf nisabının yeni miras durumuna göre tayin olunması dar bir tefsire uygun olduğu halde gerek Tuor (mad. 540/41, N 34) gerekse Escher (mad. 541, N 2), mirastan iskat müessesesi ile müşâbehetten bahs ile, müteveffanın mahrumun hissesinde dilediği gibi tasarruf edebileceğini kabul etmekte⁹⁸ ve bu suretle tasarruf nisabının tahdidi cihetine gidilmesi mümkün olan bir halde bilâkis bunun tevsiine taraftar olmaktadırlar.

Yukarıdan beri verilen izahattan çıkan netice şudur ki, fûru ile içtima eden eşin intifa şikkını tercih etmesi halinde müteveffanın tasarruf nisabı terekenin 4/16 sıdır. Geri kalan 12/16 fûruun mahfuz hissesi olup, müteveffanın hilâfına bir tasarrufu yoksa, bunun yarısı (12/32) eşin intifa hakkı ile mukayettir. Tasarruf nisabının bu halde de 3/16 olduğunu kabul eden hâkim telâkki kanunun sarıh hükümlerile kabili telif olmadığı gibi bunu haklı göstermek için ileri sürülen sebepler de ikna kuvvetinden mahrumdurlar.

⁹⁴) Buna mukabil Held (ZbJV 50, 483) tasarruf nisabının istisnai olduğunu kabul ettiği halde muhayyerliğin tasarruf nisabına müessir olduğu fikrindedir.

⁹⁵) Escher (mad. 473, N 12-16) ve Guhl (Festschrift für Tuor s. 37 ve müt.) gibi tasarruf nisabının tahdidi cihetine gidilmesine taraftar olan müellifler de bu meyandadır.

⁹⁶) Bu hususta bak. yuk. başlıya 32.

⁹⁷) Bilhassa Tuor, Rektoratsrede s. 17 deki misale bak.

⁹⁸) Bu hususta bak. aşağıda § 10.

İkinci Grup

ANA BABA

Mahfuz hisseli mirasçılarının ikinci grubunu *ana ve baba* teşkil etmektedirler. Bunlardan her birinin mahfuz hissesi, kanunî miras hakkının *yarısıdır* (mad. 453 bent 2, İMK 471 bent 2).

Burada da ana babanın müteveffanın eşi ile içtima edip etmediklerine göre vaziyeti ayrı mütalâa etmek lâzımdır.

A. Eşin mevcut bulunmaması.

Birinci zümre mirasçılarının mevcudiyeti halinde tasarruf nisabı sâbit ve bunların adedine gayrı tâbi olduğu halde burada vaziyet başkadır. Mevcut ihtimaller şunlardır :

1 — Ana babadan *her ikisi* mirasçı ise, her birinin miras hakkı terekenin yarısı, mahfuz hissesi $1/4$ üdür. Şu halde mahfuz hisseler mecmuu $1/2$, *tasarruf nisabı* da $1/2$ dir. Ana babadan birinin *yalnız başına* mirasçı olması halinde de⁹⁹ vaziyet aynı, tasarruf nisabı keza $1/2$ dir¹⁰⁰.

2 — Ana babadan *biri diğerinin* birinci derecedeki fûruu (müteveffanın kardeşleri) *ile birlikte* mirasçı olursa: mirasçı olan ana veya babanın miras hakkı terekenin $1/2$ si, mahfuz hissesi $1/4$ üdür; kardeşlerin miras hakkı $1/2$, mahfuz hisseleri *bunun* $1/4$ ü yani terekenin $1/8$ idir. Şu halde mahfuz hisselerin mecmuu $(1/4 + 1/8) = 3/8$, *tasarruf nisabı* ise $5/8$ dir¹⁰¹.

İsviçre Medenî Kanunu⁴ 472 nci maddesinde kantonlara kardeşlerin mahfuz hissesini refi veya bilâkis bunu kardeş çocuklarına teşmil etmek salâhiyetini tanımıştır¹⁰². Buna müsteniden kardeşlerin mahfuz hissesini refetmiş olan kantonlarda tasarruf nisabı genişlemektedir: Mirasçı olan ana veya babanın mahfuz hissesi terekenin $1/4$ üdür. Mütebaki $3/4$ tasarruf nisabını teşkil etmektedir. Ana veya baba *yalnız başına* mirasçı olduğu takdirde tasarruf nisabı $1/2$ iken bu halde $3/4$ e tezayüt etmesi,

⁹⁹) Diğerinin bilfarz daha önce ölmüş olması ve fûruunun da mevcut bulunmaması sebebiyle.

¹⁰⁰) Bak. Escher mad. 470/71, N 2; Tuor mad. 470/71, N 18; Vital 97.

¹⁰¹) Bak. Escher mad. 470/71, N 2.

¹⁰²) Bak. aşağıda s. 1145.

mahfuz hisse sahibi *olmayan* mirasçılarının mevcudiyetile tasarruf nisabına müessir olmaları gibi garip bir vaziyet tahaddüs etmektedir. Mahfuz hisse kardeş çocuklarına teşmil olunan kantonlarda bunların mahfuz hisseleri kardeşlerde olduğu gibi hesap olunur.

Ana babadan biri diğerinin ikinci veya daha uzak derecedeki fûruu (müteveffanın kardeşlerinin çocukları veya torunları) ile içtima ederse *Medenî Kanuna* göre bunlar mahfuz hisseli mirasçı olmadıklarından *tasarruf nisabı* terekenin $3/4$ üdür.

B. Eş ile içtima hali.

İkinci zümre mirasçılarile içtima eden eş, mirastan dörtte birin mülkiyeti ile beraber yarısının (mehaza göre bakiye $3/4$ ün) intifa hakkına sahip olur (mad. 444 fk 2, İMK 462 fk 2). Ancak bundan *yalnız* dörtte bir mülkiyet mahfuz hissedir; intifa hakkı mahfuz hisse teşkil etmediği cihetle¹⁰³ müteveffa eşinden bunu nez'edebilir¹⁰⁴. Şu halde :

1 — Eş ana babadan her ikisi ile içtima ederse: eşin mahfuz hissesi $1/4$, ana babanın mahfuz hisseleri mecmuu (miras hakları $3/4$ ün $1/2$ si olan) $3/8$ dir. Mahfuz hisselerin yekûnu $(1/4 + 3/8) = 5/8$, *tasarruf nisabı* $3/8$ dir¹⁰⁵. Ancak müteveffa eşinden intifa hakkını nez'etmemişse, ana babanın mahfuz hissesini teşkil eden $3/8$ in tamamı üzerinde eşin intifa hakkı vardır, yani bu $3/8$ çıplak mülkiyettir¹⁰⁶.

¹⁰³) Bak. Escher mad. 470/71, N 11, 13; Tuor mad. 470/71, N 33.

¹⁰⁴) Müteveffanın eşinden nez'eylediği intifa hakkını üçüncü bir şahsa tahsis edip edemeyeceği meselesi ilim sahasında münakaşalıdır. Ekseriyet bunun ancak kanunî mirasçılar lehine yapılabileceği fikrindedir, bak. Escher mad. 470/71, N 14 ve orada zikrolunan müellifler; aksi fikirde Tuor mad. 470/71, N 34, *Mentha Journal des Trib.* 1908, 390.

¹⁰⁵) Yukarıki hasiyede zikredilen ekalliyetin telâkkisi kabul olunursa bu $3/8$ tasarruf nisabına ana babanın mahfuz hissesini teşkil eden $3/8$ üzerindeki intifa hakkı (yani bunun kapitalize edilmiş kıymeti) de ilâve olunmak lâzımdır. Bu halde tasarruf nisabı $3/8$ tam mülkiyet + $3/8$ intifaa ballıg olmaktadır; bu hal sekline karşı Escher mad. 470/71, N 14, Vital 132 ve müt. (Vital burada *Mentha*'yı tenkit ediyor).

¹⁰⁶) Bizde ana baba ile içtima eden eş, mehzadan farklı olarak, terekenin yarısı üzerinde intifa hakkını halz bulunduğuundan ana babanın mahfuz hissesini teşkil eden $3/8$ den $2/8$ çıplak $1/8$ tam mülkiyettir.

Ana babadan birinin yalnız başına eşle içtima etmesi halinde de vaziyet aynıdır.

2 — Eş ana babadan biri ve diğerinin birinci derecedeki fûruu (müteveffanın kardeşleri) ile içtima ederse: eşin mahfuz hissesi $1/4$, mirasçı olan ana veya babanın mahfuz hissesi (miras hakkı olan $3/8$ in yarısı) $3/16$, kardeşlerin mahfuz hissesi (miras hakları olan $3/8$ in dörtte biri) $3/32$ dir. Şu halde mahfuz hisselerin yekûnu $(1/4 + 3/16 + 3/32) = 17/32$, tasarruf nisabı ise $15/32$ dir. Ancak müteveffanın hilâfına bir tasarrufu yoksa zümre mirasçılarının mahfuz hisseleri (bizde bu mahfuz hisselerin $2/3$ ü) üzerinde eşin intifa hakkı vardır (bak. haşiye 106).

Mehazın 472 nci maddesi dolayısıyla İsviçrede mevcut hususi vaziyet hakkında yukarıda söylediklerimiz aynen ourada da caridir.

Üçüncü Grup

KARDEŞLER

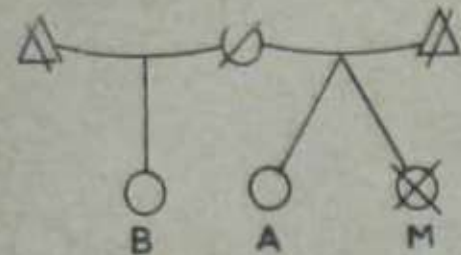
Mahfuz hisseli mirasçıların üçüncü grubu müteveffanın kardeşleridir. Bunlardan her birinin mahfuz hissesi, kanunî miras hakkının dörtte biridir. Şu halde müteveffa mirasçı olarak ikinci zümreden ana babadan gayrı kimseleri terkettiği takdirde eşin mevcut olup olmamasına göre vaziyet şöyledir :

A. Eşin mevcut bulunmaması.

1 — Yalnız kardeşler mirasçı ise: her birinin mahfuz hissesi miras hakkının $1/4$ ü olduğuna göre mahfuz hisselerin mecmuu terekenin $1/4$ ü, tasarruf nisabı ise $3/4$ üdür. Mirasa iştirak eden kardeşlerin adedi tasarruf nisabına müessir değildir.

Ana baba bir kardeşlerle yalnız baba veya yalnız ana bir kardeşlerin içtimaı halinde tasarruf nisabı yine $3/4$ tür; fakat birincilerin mahfuz hisseleri, ana babadan her ikisini halefiyet suretile temsil ettikleri cihetle, ikincilerin mahfuz hissesinin üç mislidir.

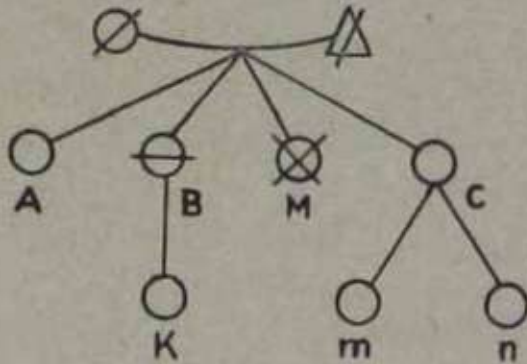
Misal : M vefatla ana baba bir kardeşi A ile yalnız baba bir kardeşi B yi terkediyor. Tereke 16000 liradır.



Şekil : 4

Mirasçı	Miras hissesi	Mahfuz hissesi	Tasarruf nisabı
A	3/4 .. TL. 12000	3/16 .. TL. 3000	9/16 .. TL. 9000
B	1/4 .. » 4000	1/16 .. » 1000	3/16 .. » 3000
Yekûn	4/4 16000	4/16 4000	12/16 12000

2 — Kardeşler kardeş çocukları ile içtima ederse: Kardeş çocukları Medenî Kanuna göre mahfuz hisse sahibi olmadıklarından halefiyet suretile bunlara intikal edecek hisse üzerinde müteveffa serbestçe tasarruf hakkını haizdir. Şu halde müteveffadan evvel ölmüş olan kardeşlerin adedi arttıkça tasarruf nisabı da tezayüt edecektir. Bu hususiyet, kardeşlerden her birinin miras hakkı ve binnetice mahfuz hissesinin kendisile içtima edenlerin kardeş veya kardeş çocuğu olması halinde sâbit kalması esasının bir neticesidir. Bu gibi hallerde tasarruf nisabı, muristen önce ölen kardeşlere hayatta bulunmaları halinde isabet edecek olan mahfuz hisse miktarında bir tezayüde maruz kalmaktadır.



Sekil : 5

Misal : M vefatla kardeşi A ve kendisinden önce ölen kardeşi B nin çocuğu (k) ve diğer kardeşi C yi terk ediyor.

Buna göre :

A nın mahfuz hissesi 1/12

C » » » 1/12

k » » » yoktur

Tasarruf nisabı 10/12 dir.

Şimdi C nin muristen önce öldüğünü ve iki çocuğu (m, n) olduğunu farzedersek :

A nın mahfuz hissesi 1/12

k, m ve n nin mahfuz hisseleri yoktur.

Tasarruf nisabı 11/12 dir.

Görülüyor ki tasarruf nisabı, hayatta olması halinde C ye isabet edecek olan mahfuz hisse miktarı (1/12) kadar artmaktadır.

3 — Yalnız kardeş çocukları (veya torunları) mirasçı olursa: bu takdirde Medenî Kanuna göre tasarruf nisabı terekenin tamamıdır.

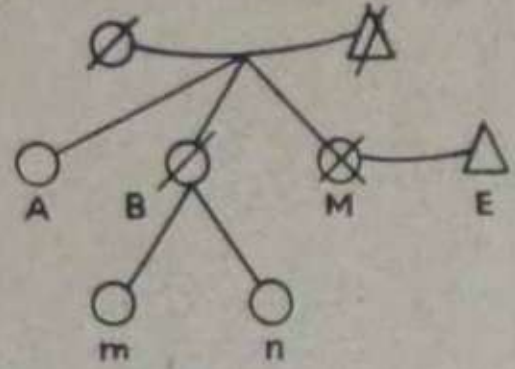
B. Eş ile içtima hali.

Eşin miras ve mahfuz hisse vaziyeti, yukarıda s. 1142 de (ana baba ile içtima halinde) izah olunduğu gibidir. Su halde :

1 — Eş yalnız kardeşlerle içtima ederse: eşin mahfuz hissesi $1/4$, kardeşlerin mahfuz hisseleri mecmuu (miras hakları $3/4$ ün $1/4$ ü olan) $3/16$ dir. Buna göre mahfuz hisselerin yekûnu $(1/4 + 3/16) = 7/16$, tasarruf nisabı $9/16$ dir¹⁰⁷. Ancak müteveffa eşinden intifa hakkını nez'etmemişse kardeşlerin mahfuz hissesini teşkil eden $3/16$ nın tamamı üzerinde eşin intifa hakkı vardır, yani bu $3/16$ çıplak mülkiyettir¹⁰⁸.

2 — Eş kardeş ve kardeş çocukları (veya torunları) ile içtima ederse :

Misal: M vefatla karısı E, kardeşi A ve kendisinden önce ölen kardeşi B nin çocukları (m) ve (n) yi terk ediyor.



Buna göre :

E nin mahfuz hissesi $1/4$

A » » » $3/32$ ¹⁰⁹

m ve n nin mahfuz hissesi yoktur

Tasarruf nisabı $21/32$ dir.

Şekil : 6

3 — Eş yalnız kardeşlerin fûruu ile içtima ederse: eşin mahfuz hissesi $1/4$ tür; bakiye $3/4$ tasarruf nisabıdır.

Kardeşlerin mahfuz hisse vaziyeti hakkında verdiğimiz izahat Medeni Kanun hükümlerine göredir. Ancak yukarıda da işaret olunduğu veçhile mehazın 472 nci maddesi kantonlara kardeşlerin mahfuz hissesini bertaraf veya bunu kardeş fûruuna teşmil salâhiyetini tanımış olduğu cihetle İsviçrede bazı kantonlarda durum biraz farklıdır¹¹⁰.

¹⁰⁷) Yukarıda haşiy 105 teki izahat burada da caridir.

¹⁰⁸) Bizde es, mehazdan farklı olarak, terekenin yarısı üzerinde intifa hakkını haiz bulunduğu cihetle kardeşlerin mahfuz hissesini teşkil eden $3/16$ dan $2/16$ çıplak $1/16$ tam mülkiyettir, bak. haşiy 106.

¹⁰⁹) Müteveffa eşinden intifa hakkını nez'etmemişse A nın mahfuz hissesini teşkil eden $3/32$ nin mehaza göre tamamı üzerinde eşin intifa hakkı vardır; bizde ise A nın mahfuz hissesi $2/32$ çıplak $1/32$ tam mülkiyettir.

¹¹⁰) İsviçrede Medeni Kanunun kabulünden önce tasarruf serbestisinin hududu bakımından kantonlar arasında esaslı farklar mevcut olduğu cihetle tevhit sırasında mahfuz hisselli mirasçılarda hududunu tayinde ciddi müşkilâtla karşılaşılmış

Mehazın 472 nci maddesi aynen şöyle diyor :

«Kantonlar, son ikametgâhı kendi hudutları dahilinde bulunan kanton mensuplarının tevarüsü bakımından kardeşlerin mahfuz hisselerini refi veyahut bunu kardeş fûruuna tesmil etmek salâhiyetini haizdirler.»

472 nci maddenin tanıdığı bu salâhiyeti istimal etmiyen kantonlar olduğu gibi¹¹¹ her iki istikamette kullanan kantonlar da mevcuttur¹¹². Ancak 472 nci maddeden inhiraf eden hususî kanton hukukunun tatbiki için iki şartın tahakkuku lâzımdır :

1. Müteveffanın bahis mevzuu kantona mensup bulunması,
2. Son ikametgâhının mezkûr kanton dahilinde olması.

Bu şartlardan biri veya diğerinin mevcut bulunmaması halinde Medenî Kanunun 471 inci maddesi hükmü caridir¹¹³. Mamafih İsviçre Medenî Kanununun sureti meriyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun 59 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının mahfuz tuttuğu «İsviçrede yerleşen ve sakin olanların hukukî durumları hakkındaki 25 Haziran 1891 tarihli Federal Kanun» un 22 nci maddesine göre ölüme bağlı bir tasarrufla muris terekesinin, mensup olduğu kanton hukukuna tâbi kılâbilmek salâhiyetini haizdir. Binaenaleyh muris böyle bir tasarrufta bulunduğu takdirde, son ikametgâhı nerede olursa olsun, terekesinde mensup olduğu kantonun hususî hükümleri caridir.

Bu hükümler dolayısıyla, Medenî Kanun hükümlerinden inhiraf eden *kantonlarda* mahfuz hisse bakımından üç türlü ahkâm caridir :

- 1 — Yukarıda zikredilen iki şartın tahakkuku kaydile bahis mevzuu kantonun hususî hükümleri,

ve hattâ bu yüzden bir aralık bütün kanun akamete uğramak tehlikesine maruz kalmıştır. 472 nci madde bu müşkilâtı önlemek için kabul edilmiş bir telifi beyn hükmüdür, bu hususta bilhassa bak. Fr. Guisan: La réserve des héritiers collatéraux de la deuxième parentèle, ZSR 49 (1930), 307 ve müt.

¹¹¹) Zürich, Basel - Land, Schaffhausen, St. Gallen, Aargau, Thurgau kantonları.

¹¹²) Yedi kanton kardeşlerin mahfuz hissesini refetmiştir: Bern (mad. 56), Freiburg (mad. 145), Basel - Stadt (mad. 125), Tessin (mad. 76), Vaud (mad. 121), Neuchâtel (mad. 48) ve Genève (mad. 43).

On iki kanton da mahfuz hisseyi kardeşlerin fûruuna tesmil etmiştir: Luzern (mad. 67), Uri (mad. 64), Schwyz (mad. 119), Obwalden (mad. 74), Nidwalden (mad. 62), Glarüs (mad. 104), Zug (mad. 67), Solothurn (mad. 179), her iki Appenzell (mad. 69 ve 77), Grisons (mad. 64), Valais (mad. 145).

¹¹³) Escher mad. 472, N 3; Vital 103.

- 2 — Bu şartlardan birinin mevcut olmaması halinde Medeni Kanunun 471 inci maddesi hükmü,
- 3 — Son ikametgâhı bahis mevzuu kantonda olan ve fakat ölüme bağlı tasarrufla terekesini mensup olduğu kanton hukukuna tâbi kılan yabancı kanton vatandaşları hakkında mensup oldukları kantonun hususî ahkâmı.

Görülüyor ki 472 nci maddenin kantonlara tanıdığı salâhiyet dolaşısıyla İsviçrede kardeşlerin mahfuz hisse vaziyeti oldukça karışıktır. Kardeş veya bunların fûruunun mirasçı olması halinde mahfuz hisse ve tasarruf nisabının tayini için, hûlâsatan zikrolunan esaslar dahilinde kantonal hukukun da nazara alınması lâzımdır¹¹⁴.

Mahfuz hisseli mirasçılar bu suretle tamamlanmış olmaktadır. Üçüncü zümre mirasçılara kanun mahfuz hisse tanımamıştır. Binaenaleyh mirasın bu zümre mirasçılara intikali halinde müteveffa terekenin tamamı üzerinde tasarruf salâhiyetini haizdir. Eğer eş varsa terekenin yarısı tasarruf nisabıdır, diğer yarısı eşin mahfuz hissesini teşkil eder¹¹⁵. Müteveffa tasarruf nisabının tamamı üzerinde tasarrufta bulunmadığı takdirde üçüncü zümre mirasçılara isabet eden miktar üzerinde eşin intifa hakkı vardır; mamafih müteveffa eşinden bu intifa hakkını kısmen veya tamamen nez'edebilir.

Üçüncü zümreden de kimse yoksa eş yalnız başına mirasçı ve terekenin tamamına sahiptir. Bu halde eşin mahfuz hissesi terekenin yarısıdır (mad. 453 bent 4, İMK 471 bent 4), diğer yarısı tasarruf nisabıdır¹¹⁶.

Tahir Çağa

¹¹⁴) Memleketimiz bakımından amellî bir kıymeti olmadığı cihetle mehzân 472 nci maddesinin ortaya attığı bütün meselelerin teferruatına girmekten sarfı nazar ediyoruz. Bu hususta fazla malûmat için bak. Tuor ve Escher mad. 472 şerhleri; Vital 98 ve müt.; bilhassa Fr. Guisan, ZSR 49 (1930), 307 ve müt.

¹¹⁵) Eşin üçüncü zümre mirasçılarile ictima halinde terekenin yarısı üzerinde haiz bulunduğu intifa hakkı, diğer kanuni intifa hakları gibi, mahfuz değildir.

¹¹⁶) Halbuki eşin bilfarz müteveffanın yeğeni ile ictimai halinde tasarruf nisabı terekenin 3/4 üdür. Burada da mahfuz hisseli olmıyan bir mirasçının mevcudiyeti keyfiyetinin tasarruf nisabına müessir olması gibi garip ve makul bir şekilde izahî güç bir vaziyet tahaddüs etmektedir. Bak. yuk. s. 1142.