

PAPER DETAILS

TITLE: ALMAN MEDENİ HUKUKUNDA VASIYETE MÜTEDAIR YENİ HÜKÜMLER

AUTHORS: Gustav Boehmer,Orhan Çağil

PAGES: 336-380

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97215>

ALMAN MEDENÎ HUKUKUNDA VASIYETE MÜTEDAİR YENİ HÜKÜMLER

Ord. Prof. Dr. İur. Gustav Boehmer

«Alman Hukuku» Akademisi komisyonlarının Alman Hukukunun yenilenmesi (Alman Hukukunda yenilik ve ıslahat) hakkındaki çalışma ve müzakerelerinin semere ve neticelerine mütedair neşriyatı, yalnız Alman ve ecnebi ilim muhitlerinde değil, aynı zamanda bütün Alman milletinin nazarında hususî dikkate lâyık olmaya hak kazanmıştır. Gerçi «Alman Hukuku» Akademisi teşrii kudrete sahip olmamakla beraber, Alman hukuk ıslahatının ilmi temelini temin etmek; hukukî bakımdan «mukayese edici ve tarihi» malzemenin ayıklanıp tesbiti, hukukî — Siyasî ve hukukî — sistematik temel problemlerin aydınlatılması suretile, keza elde edilen bilgilerin kanunî - teknik bakımdan tatbik ve tahakkukuna mütedair tekliflerle, Alman milli hukukunun yeniden şekillendirilmesi ve varatılması hususunda ehemmiyetli surette müessir olmak vazifesiyle tavzif edilmiş bulunmaktadır. Bu keyfiyet, Akademinin komisyonlarının tamamlayıcı mahiyette bulunan «faaliyet ve mesai raporları»na müstakir ilmi kıymet ve yüksek ilmi ehemmiyet temin etmektedir.

Mu mütalâa ve mülâhazalar, hemen hemen üç senelik bir mesainin mahsulü olarak komisyon başkanı Prof. Dr. Heinrich Lange tarafından umuma arz, yani neşr ve ilân edilen «Miras Hukuku Muhtırası» hakkında da aynı şekilde serdedilebilir. Bilhassa, mezkûr Muhtıranın, bundan evvel 31 temmuz 1938 tarihinde neşir ve ilân edilmiş bulunan «Vasiyetname ve Miras Mukavelesi Akdine Mütedair Kanun» da bir makes bulduğu nazarı itibara alınacak olursa, yukarıda zikredilmiş bulunan mutalâa ve mülâhazalar da o nisbette daha ziyade isabet ve rasanet kesbederler. Bu suretile muahharan bu tetkikin vazifeleri genişlemiş bulunmaktadır. Aynı zamanda muhtıradaki fikir ve tekliflerin ne dereceye kadar vazn ka-

nuna rehberlik ettiklerini belirtmek ve bu esas dahilinde gerek Muhtıranın muhteviyatı, gerek «Kanun» hakkında mutalâalar serdetmek dahi tetkikimizin vazifelerinden bulunmaktadır (1).

I Esas meseleler

1) Muhtara, Alman hukuk reformunun, her şeyden evvel Alman hukukunu: Roma hukukunun resepsiyonunun (Almanyada kabulünün), bilhassa 19 uncu asırda vukubulan ilmi (ilim sahasındaki) resepsiyonun ve ferdietcilikle maddecilik namındaki fikir âleminin Alman milli hukukuna yükledikleri yabancı unsurlardan temizlemek mânasını tazammun ettiği tarzındaki doğru talâkkiden hareket ederek, maziye — tarihe — kısa bir nazar atfiyle ve keza Alman Medenî Kanunundaki miras hukuku hükümlerinin müstenit bulunduğu esas istikametlere hukukî - siyasi kısa bir bakışla işe başlamaktadır (I inci bap, sahife 1-7).

Tebarüz ettirdiğimiz her iki nokta hakkındaki izahat ilmi mü-kemmeliyet iddiasında bulunmamakta, bilâkis miras hukukunun tarihi tekâmülü ve umumî istikameti, bakımından kat'i önemi haiz zaviyelerin — görüş noktalarının — keskin bir ziya huzmesiyle âni aydınlatılmasına inhisar etmektedir. Böyle bir enstantanede aydınlık ve gölgeli tarafların kuvvetlice inkısam etmiş görünmesi ve bu suretle hatları, gerek müsbet gerek menfi mânada olmak üzere bir taraflı aydınlatma — poz verme — den tamamiyle âzade bulunmayan umumî bir manzaranın vücut bulması gayrı kabili içtinaptır. Muhtıranın, aktüel — hukukî — siyasi gayelere uygun olarak, Alman hukukundaki «karâbete dayanan mirascılık» (aile mirascılığı) usuliyile Roma hukukundaki «vasiyet serbestisi» arasındaki tezat ve çatışma hakkında tarihi bir bakışa: literatürdeki delillerle — veyahut sadece esash bir şekilde me'hazlerle mücehhez ve müdellel bir etüde dayanmak suretile — geniş ve derin ilmi bir temel temin etmekten bilerek vazgeçtiği göz önünde tutulacak olursa, verilecek izahatın bundan ileri gidemeyeceği daha iyi anlaşılır. Bunun gibi Alman Medenî Kanunundaki miras hukukunun hukukî - siyasi bakımdan fikri istikametinin tenkit ve izahı da ancak bu kabil umumî bir bakış çer-

(1) «H. Lange» nin Alman hukuku akademisi mecmuasında (1938, s. 577 ve müteakip) çıkan yazısı ve «W. Vogels» in vasiyete mütedaİR kanun hakkındaki izahlı eseri (Berlin 1938) ancak bu etüdün tamamlanmasını müteakip intişar etmiş bulunduklarından, burada sadece haşiyeye halinde nazarı itibara alınmışlardır.

çevesine inhisar edebilir, ve etmektedir. Aşağı yukarı dört sahifeye sığdırılmış bulunan (4-7) bir kroki, bittabi, programatik bir «nazar atfindan» fazla bir şey temin edemez. Bununla beraber, matlup ve zaruri olan «bütün bir kısalığa» rağmen, esasa müteallik bazı önemli meselelerde suitefehhümlere yol açılmasından belki yine ıctinap edilebilirdi. Alman Medenî Kanunu, miras hukukunun taşıdığı «yaunş» başının her iki yüzünden bilhassa şüphesiz daha ziyade bir tanesine mütemayil bulunmaktadır: Miras hukukunun taşıdığı bu «yanuş» başının her iki yüzünden bilhassa şüphesiz daha ziyade bir ve içtimâî köklerinin bulunduğu aile hukukuna, diğeri ise aynı hukukun başlıca iktisadî ve hukukî tesirlerinin geliştiği mamelek hukukuna müteveccih bulunmaktadır. İşte Alman Medenî Kanunu daha ziyade bu mamelek hukukuna istinat ve temayül etmiş bulunmaktadır. (Bu nokta hakkında esaslı ve etraflı malûmat için bakınız: «Staudinger - Boehmer», cilt V, giriş, sahife 20 ve müteakip). Filhakika kanun, medenî hukuka müteallik umumî mevzuların hukukî - sistematik tasnifinde, 19 uncu asırda hâkim bulunmuş olan pandekt sistemini takip etmiş ve miras hukukuna, aile hukukunu takiben hususî bir kitapta müstakil bir saha ayırmış, ve hattâ kanunî - teknik tertip ve sırada (yani kanunun teknik tertibinde) «aile mirascılığı», kat'î şeklini alan kanunda vasiyet ahkâmına takdim edilmiştir. (Halbuki I numaralı lâyhada vaziyet hâlâ başka idi). Bu keyfiyet şüphesiz «Code civil» ile Avusturya Medenî Kanununun «Institution» lar sistemine karşı pek mühim bir tarakki teşkil etmektedir; bu sistemde miras hukuku, mamelek hukukunun elân tâbi bir parçası olarak görünmektedir. Yani miras hukuku, bunlardan «Code civil» in üçüncü kitabının I inci ve II nci fasıllarında mülkiyetin mütenevvi iktisab şekillerinden birinin **dinamik fonksiyonu halinde**, Avusturya Medenî Kanununun ikinci kitabının 8 inci ilâ 15 inci kısımlarında tereke üzerinde bir hak iddia etmek isteyen her kese karşı hüküm ifade eden (§ 532) aynı bir hakkın **statik strüktüründe** tecelli etmektedir. («Staudinger - Boehmer», giriş, sahife 8 ilâ 13).

Gerçi bununla beraber miras hukukunun muhteva bakımından yapılışına, bilhassa yüksek ve geniş ölçüde olmak üzere, ferd'yetci ve maddeci bir ruh hâkim bulunmaktadır ve bu ruh, ikinci ve üçüncü kitapların mameleke müteallik ahkâmında bilhassa müessirdir. «İnsan» miras hukukunda da aile — zümre — ve milletin iâtimâî şartlarından sökülüp çıkarılmış ve tecrid edilmiş münferit bir varlık olarak kendi haline (mukadderatına) bırakılmış, her şeyden evvel

ve hassaten «hukukta endividüel bir şahıs» şeklinde görünmektedir: Yani mameleki, serbest istifadesine ve kendi muhtar tasarrufuna tahsis edilen münferit insanın irade hürriyeti ön plânda bulunmaktadır. Vasiyet serbestisi «aile hukukunu» ikinci plânda bırakmaktadır. Hudutsuz vasiyet serbestisinin müeyyideleri, Alman Medenî Kanununun kanunî mirascılığı tanzim eden 1924 üncü ilâ 1936 ncı maddelerini, kısmen bir öğretim kitabı edasını taşıyan, kısmen değişmez prensip mahiyetinde bulunan dogmatik kuvvetli hükümler şeklinde ve 1937 ncı ilâ 1941 inci maddelerde hemen takip etmekte ve «aile mirascılığını» ikinci derecede bir sistem derekesine indirmektedir. En yakın aile efradının tereke üzerinde — ancak müstesna hallerde kabili nezi — bir hakka sahip olduğu tarzındaki Alman hukukuna has prensip, sadece «tekmil sistemin» sonunda ve bu prensipin şerefiyle mütenasip olmayan bir yerde ve yine şerefiyle mütenasip olmıyan bir şekilde olmak üzere, kanunî miras hissesinin yarısına indirilmiş ve bilâistisna «kapitalist nakdî bir talep» haline getirilerek gayrı tabiileştirilmiş bulunan «mahfuz hissede» tecelli etmektedir. Bu sebeple bugünkü miras hukuku, maddî kıymet ve muhtevası bakımından, Alman hukukuna has kıymetli varlıklar taşımaya rağmen, «mirası teşkil eden servet» in ailevi ve millî menfaatler itibariyle korunması ve devamı fikrinden ziyade ferdiyetçi mülkiyet ve kapitalist iktisat sistemlerinin mantıkî bir «tamamlanması» fikrine bina edilmiştir. (Bu nokta hakkında etraflı izahat için bakınız: Staudinger - Böckner, giriş, bilhassa sahife 20 ve müteakip). Fakat bununla beraber Alman Medenî Kanununun, miras bırakanın sübjektif iradesini, tamamiyle hâkim ve kararında tamamiyle müstakil bir merci haline getirdiği ve onu (miras bırakanı) tekmil hukukî bağlardan, hattâ en yakın akrabalarına karşı bile, halâs ettiği tarzında itham edilmesi de yine tamamiyle mübalağadan âzade değildir. (Muhtara, sahife 4).

Madde (138) in ihtiva ettiği umumî engellerden (hudutlardan) sarfınazar, en yakın akrabaların, mahfuz hisse ile ve mahfuz hissenin tamamlanması talebi (mahfuz hisseyi tamamlama talebi) ile sureti mahsusada himaye edilmiş bulunması da — her ne kadar zümrenin, ailenin haiz olduğu bir intizar hakkının bu son bakiyesi bu derece nâtamam kalmış ve materyalist bir şekilde hüviyeti bozulmuş bulunsada ve aynı hak vasiyet serbestisini sırf şeklî bakımdan tahdit etse de — yine unutulmamalıdır. (Bu nokta hakkında bakınız: Boehmer bei Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten

der Reichsverfassung zu Art. 154, cilt III, s. 271 ve müteakip ve AZ Pr 144, s. 38 ve müteakip, 249 ve müteakip).

[Mamafih bu engellerin yahut mukabil tedbirlerin, yani madde 138 in çizdiği bu hudutların ehemmiyeti artmış ve değişmiştir. Ve aynı zamanda bunlar, bilhassa vasiyet serbestisinin haddinden fazla kelyfi tatbik ve tahakkukuna karşı dahi müessir olabilirler ve olmaları lâzımdır. Diğer taraftan bu engeller (mukabil tedbirler), bugün vasiyete mütedair yeni kanunun 48 inci maddesi ikinci fıkrasının: «Mesuliyetini müdrik bir miras bırakanın aileye ve milli birliğe göstermekle mükellef olduğu hürmet ve riayet, halkın (milletin) sağlam duyglularına kabaca aykırı düşecek bir şekilde ihlâl edildiği hallerde ölüme bağlı bir tasarrufu batıl addeden» hükmü ile fevkalâde kıymetli ve önemli bir şekilde genişlemiş bulunmaktadır].

Ve keza şu cihet te tamamiyle doğrudur ki en yakın akrabaların miras hakkının şu gayrı kâfi şekilde nazarı itibara alınması keyfiyetiyle vasiyet serbestisinin mazhar olduğu — ve denilebilir ki «üzerine titrenir derecede büyük bir endişe ile haddinden fazla artırılmış bulunan — himaye göze batacak şekilde yekdiğeriyle tezat halinde bulunmaktadır. Vasiyet serbestisi, bir taraftan 2078 inci maddenin ikinci fıkrasıyla ve daha fazla olarak 2339 uncu madde ile müteakip maddelerin taallûk ettiği «mirasa liyakatsizlik» müessesesiyle yabancı tesir ve müdahalelere; diğer taraftan da 2302 nci madde ile «herhangi bir kimsenin ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmayı veya bulunmamayı, böyle bir tasarrufu ilga etmeyi veya etmemeyi taahhüt etmesine matuf bir akdin butlanı şeklinde tecelli eden», ihtiyarî —ve belki makul mülâhaza ve saiklere dayanan— tahdidata karşı da bu himayeye mazhar bulunmaktadır. Fakat bu noktaya, miras bırakanın formel miras mukavelesiyle kendini bağlaması keyfiyetinin de «ancak ölüm hali için» bir hüküm ifade ettiği tai nazarı ilâve edilecek olsa bile (muhtıra, sahife 4), bu mülâhaza, gerek bir taraftan ölüme bağlı tasarrufun bu şeklinin prensip itibariyle iptal edilemeyeceği ciheti hakkında (§§ 2294-2297); gerek diğer taraftan miras mukavelesinin, yalnız vasiyet serbestisine (§ 2289) değil, aynı zamanda hayatta olanlar arasında ölüme bağlı olmıyan tasarruf hak ve salâhiyetine de §§ 2287 - 2288) tahmil ettiği — ve müşterek vasiyetname mevzuu bahis olduğu hallerde, müteveffanın temlik ve hibelerini kabul etmiş bulunan karı kocadan sağ kalanı için tekerrür eden (madde 2271, fıkra 2; madde 2287 ve 2288 in kıyasen tatbiki) ve her şeye rağmen önemli bulunan — takyidat hakkında da yine vazih ve varid bir fikir veremez.

Fakat bunlar, sadece ehemmiyetsiz güzellik hataları olup gerek

Muhtıranın 6 ncı ilâ 11 inci sahifelerinde aile mirascılığı ile vasiyet serbestisi arasındaki münasebetin yeniden tanzimine mütedair vazeden prensip mahiyetindeki kaidelerin, gerek muhtıranın münferit reform tekliflerinin; her türlü bir taraflı radikalizmden uzak bulundukları, leh ve aleyhteki mülâhaza ve sebepleri salimane tartan ve objektif bilgiden mülhem —vakıfane— bir hayat tecrübesi taşıyan bir ruh teneffüs ettikleri keyfiyeti ne kadar göz önünde tutulursa, o nisbette daha az ehemmiyeti haizdirler.

2) Bu cihet daha altınca ve yedinci sahifelerde tekmiil Muhtıraya tekaddüm eden ve münferit izah ve mutalâalara istikamet gösteren pârölada tezahür etmektedir: «Meselenin mevzuu irade veya vazife (vecibe) değil, bilâkis irade ve vazifedir. Kanunî ve ihtiyarî mirascılık birbirinin hasmı değil, birbirinin dostu olmalıdır.»

Miras hukukunun köklerinin yalnız mamelek ve borçlar hukukunda değil, aynı zamanda aile ve topluluk hukukunda da bulunduğu gerçekten bugünkü hukuk talâkkilerimizce tabii görülmektedir. (Muhtıra, sahife 5). Bize göre mirascılık, «Erich Jung» un, tarafımdan şimdiye kadar birçok defalar zikredilmiş olan güzel sözlerini kullanacak olursak, «aynı kandan olup birbirini müteakip yaşayanlar, birbirini takip eden nesiller arasındaki manevî ve ahlâkî rabitanın hukukî ifadesidir.» Fakat bu suretle aynı zamanda «bütün yüksek ve uzun müddetli (uzun zamana bağlı) kültür mesaisinin» hukukî şartıdır. Miras hukukunun ahlâkî kıymeti, aile an'anesinin muhafazasında ve eslâfın kültürel ve iktisadî hayat eserlerinin —mesuliyet yüklenilerek— idamesinde mündemiçtir. Mamelekin halen hamili olan kimse, «halihazırda mutlak hak ve kudret sahibi» olmaktan çıkarak geçmiş ile geleceği birbirine bağlayan bir köprü vazifesini görmelidir. (Muhtara, sahife 5). Bu sebeple müstakbel miras hukuku ahkâmımızın başında kanunî aile mirascılığı bulunmalıdır. Hattâ bir numaralı lâyihayı tenkit ederken (sahife 506 ve müteakıp) «OttoGierke» bile şu fikri kuvvetlice izhar ve müdafaa etmişti: «Fikrimizce temadî eden nesiller arasındaki «ferdleri ihata eden ve bağlayan» uzvî rabıta ve bu sebeple her şeyden evvel fertleri hukukan (bihakkın) kavrayan ve onların keyfî hareketinden uzaklaştırılmış bulunan aile bağı miras hukukunun öz kaynağıdır. Öyle ki mevcut ve muta hukuku şahsiye ahval ve münasebetlerinin sağlam nizamına göre ve kanunun ihtiva ettiği kaide mucibince tahakkuk eden «boş kalan yere geçiş», bizce mirascılığın normal tipi hükmündedir. Halbuki ferde tahsis edilen vasiyet serbestisi, kanu-

nun ihtiva ettiği sulp kaidenin müşahhas hâdiseye (hayata) uydu-
rulmasına veyahut onun yerine, hususî haller dolayısıyla, daha mu-
vafık bir rejimin ikamesine yarayan bir vasıta mesabesindedir».

Fakat aynı zamanda bu suretle diğer taraftan aile mirascılığının
yanıbaşında vazife ve mesuliyetle bağlı bir vasiyet serbestisinin ah-
lâkî ve iktisadî meşruiyeti tanınmış oluyor. Muhtıra, «Şimdiki ni-
zâmın bir taraflı karakteri yerine zıt ve mukabil nizâmın bir taraflı
şeklini ikame ve aşırı bir irade hâkimiyetine karşı iradenin tama-
miyle ehemmiyetini kaybetmiş bulunduğu bir rejimi vazetmek gibi
bir sureti desviyeyi» (Muhtıra, sahife 6) kat'i olarak reddettiğini
enerjik tarzda belirtmektedir. Ferdin, iktisadî emvali üzerindeki, ve
vazife düşüncesiyle içtimâî düşüncenin hâkim bulunduğu, tasarruf
hak ve salâhiyeti bugünkü idarenin de belirttiği şahsiyet fikrinin
reddedilemez muktazasındandır (2). Vasiyet hakkının ortadan
kaldırılması veyahut haddinden fazla tahdit veya kontrolü, ferdi
kıymetlerle birlikte içtimâî kıymetleri de, yani yaşıyan insanın ça-
lışmaktan ve eser vücuda getirmekten mal iktisabından veya para
kazanmadan duyduğu zevki ve buna dayanarak millî servetin art-
ması keyfiyetini tehlikeye düşürürdü. (Bakınız: Staudinger - Boeh-
mer, giriş, s. 18). Aynı hakkın ortadan kaldırılması veya haddinden
fazla tahdidi, «lâkaydi ve israfa müncer» veyahut «yaşıyanlar ara-
sında hileli muamelelere —işlere—» sebep olurdu. (Muhtıra, s. 2).
Çünkü kanunî mirascılık usulü, ne kadar elâstiki olursa olsun, mün-
ferit hâdiselerin nihayetsiz mütenevvi icaplarını hiç bir vakit bilâ-
istisna tatmin edemez. Onun için kanunî mirascılığın yanında ölüme
bağlı tasarrufa üç vazife düşmektedir. (Bu nokta hakkında etraflı
malûmat için bakınız: Boehmer, AZPr. 144, S. 36 ve müteakip).

Ölüme bağlı tasarruf, vazifesini müdrik miras bırakana, aile mi-
rasının menfaatine uygun faydalı taksim ve idare tedbirleri, yani
rejimi ittihaz etmek imkânını vermekle ve aynı zamanda şükran ve
sadakât, ferdi veya içtimâî teavün gibi hususî vecibeleri (vasiyetler,
şarjlar, tesisler) ifa zımında, kanunî mirascılardan başka kimseleri
de terekeye iştirak ettirmekle kanunî mirascılık usulünü tamamlamış
oluyor. Ölüme bağlı tasarruf: daima sadece normal halin vasatî
ihtiyaçlarına uygun olarak tanzim edilmiş kanunî mirascılık usu-
lünün radikal şekilde tatbikının işin mahiyetine aykırı veya gayrı

(2) Bu nokta hakkında aynı zamanda bakınız: Manigk, Neubau des
Privatrechts = Hususî hukukun yeni yapısı veyahut yeniden binası 1938.
bilhassa sahife 121 ve müteakip; bundan maada sahife 14-33.

âdil neticeler arzedebileceği bir çok hallerde bu usulün tadiline yaramaktadır. Nihayet ölüme bağlı tasarruf, kanunî tereke taksiminin, bilhassa ikinci ve üçüncü parantelde, mirası teşkil eden malların, («mirascıların tahkik ve tesbiti ve mirascılar arasındaki tereke taksimi işinde» vüs'at ve şümulleri yapılan masraflara ve girilen zahmetlere değmeyen) sayısız, ekseriya az veya çok ehemmiyeti haiz ve bilhesap takdir edilmesi güç kısımlara parçalanmasına ve bu suretle kıymetli iktisadî, kültürel ve an'anevî birliklerin dağılmasına bâdi olması muhtemel bulunduğu bütün hallerde kanunî mirascılığın yerine kaim olan bir çaredir. İşte bilhassa bu kabil bir mirascılık vaziyetinde, aile fikrinin ocağı (mesnedi) ve mirası teşkil eden mallardaki vahdetin koruyucusu olmak haysiyetiyle vasiyet serbestisi, zamanımıza kadar tarihin daima gösterdiği gibi, ehil bir halefin (mirascının) elinde müfit bir vasıta haline gelebilir. Bu kabil vasiyet serbestisi, zamanımıza kadar tarihin daima gösterdiği gibi, ehil bir halefin (mirascının) elinde müfit bir vasıta haline gelebilir. Bu kabil vasiyetlerde bir vasiyetname tanzimi bilhassa her şeyden evvel ahlâkî ve millî bir vazife olabilir. Vasiyet serbestisinin içtimai bakımdan önemli ve kıymetlerin himaye ve inkişafına hizmet eden bütün bu tesir ve neticeleri Alman hukukunun âtisinde de muhafaza edilmiş olarak kalmalıdır. Hukuk nizamı, sadece —şimdiye kadar—kinden daha fazla olarak— vasiyet serbestisinin aile menfaatine aykırı ve vazife nâşinaslıktan mütevellit bir suiistimalinden sakınılmasına dikkat ve itina etmekle mükelleftir. Bu vazife, umumî miras hukuku sahasında (çift çubuk, ocak — yurt — hukukuna müteallik hususî hükümler burada tetkikimizin haricinde bulunmaktadır) evvelemirde Alman Kanunu Medenisinin 138 inci maddesinin vazih, etraflı ve makul tatbik ve tefsirine — bu cihet şimdi, yeni vasiyet kanununun 48 inci maddesi ikinci fıkrasının ihtiva ettiği hükümde kesbi kanuniyet etmiş bulunmaktadır — diğer taraftan mahfuz hisse ahkâmının daha müessir ve daha millî bir şekilde tanzim edilip şekillendirmesine düşmektedir. (Bu hususta bakınız: Staudinger - Boehmer, Giriş, bap 3 ve 4, bilhassa §§ 119 ve 24, Boehmer; AZPr. 114 s. 32 ve müteakıp, s. 249 ve müteakıp).

Bütün bu mülâhazalar muhtarada, yine muhtaranın umumî olarak miras hukukuna (sahife X) ve hususî olarak vasiyet ahkâmına (s. 7) mütedair tanzim ettiği her iki ön plânda belîğ bir tarzda ifade edilmiştir. Vasiyetnameler tanzimi ve miras mukaveleleri akdi hakkındaki 31 temmuz 1938 tarihli kanun, birinci ön plânın bir kısmını benimsemiş ve buna, vasiyet ahkâmı bakımından kısa, fakat

derin manalı şu cümleyi ilâve etmiştir: «Mesuliyetini müdrük bir miras bırakanın elinde vasiyetname ve miras mukavelesi de bu gayeye hâdimdir».

3) Ölüme bağlı bir tasarrufun resmî bir dairenin muvafakatine bağlı olması keyfiyetinin — (7) nci ilâ (11) inci sahifelerde kemali itina ile temellendirilmiş— reddi, muhtaranın bu prensip mahiyetindeki noktai nazarının neticesidir. «Erbhof» hukukuna has — ancak mahdut hal ve vaziyetler için tecviz edilmiş bulunan ölüme bağlı tasarrufların en mühimleri hakkında olmak üzere, «çift çubuk münasebetlerinden doğan miras işlerine bakan mahkemenin (Anerbengericht) rıza ve muvafakati» müessesesi: «Erbhof» kanununun hususî gayelerinin tahakkuku, yani «Erbhof» un bir vahdet halinde aile efradından ehil ve hürmete lâyık olan birinin elinde muhafazası keyfiyetinin temini için «Erbhof» hukuku sahasında lâzım ve zaruridir; aynı zamanda bu hukuk sahasında pratik bakımdan daha az zorluklar tevhit etmektedir. Çünkü burada hukukî ve iktisadî münasebetler nisbeten basit ve vazihtir. Bu kabil müttahit ve basit bir «gaye istikameti»: bir sürü ve muhtelif vaziyetleriyle ve yine bir sürü karışık fiilî ve hukukî meseleleriyle birlikte tecelli eden umumî miras hukukuna yabancıdır. Bu sebeple «rıza ve muvafakat» kaydı, tereke mahkemesini, hem mesuliyetle yüklü, hem de zor ve sadece sık sık tekerrür eden nahoş ihtilâflarla karşılaştırmaktan başka işe yaramazdı. Ve, daha fenası, birçok miras bırakanların, şayanı arzu olan «ölüme bağlı bir tasarrufta» bulunmaktan çekinmelerini mucip olurdu. Vazife şuuruna veya gayeye aykırı vasiyetnamelere mani olmak gibi muvaffakiyetli bir netice: Alman kanunu medenisinin 138 inci maddesi hükümlerinin teşdidi ile (bu maddenin müşeddet şekli, vasiyet kanununun 48 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla bugün kanunî emir haline gelmiş bulunmaktadır), ve bir çok muhtelif, aynı zamanda başka sebeplerle âcilen zarurî bir hale gelmiş bulunan «hâkimin salâhiyetinin miras taksimi davalarında genişletilmesi keyfiyeti» ile, daha bugünden bile elde edilebilir. Muhtıra, aynı zamanda, yine «Erbhof» hukukuna müteallik hususî hükümleri örnek ittihaz etmek suretiyle (bakınız: madde 25, fıkra 2 REG; madde 11, fıkra 2; madde 21, fıkra 2; madde 24, fıkra 6; madde, EHRV, EHVfO 87) tereke işlerine bakan mahkemelere bazı müstesna hallerde vasiyetnameleri değiştirmek veya tamamlamak için salâhiyet verilmesi fikrini temsil ve müdafaa edemiyeceği kanaatini taşıyor. Çünkü bu talâkkide, pek haklı olarak, nahoş bir takım ailevî ihtilâfların ve mahzurlu hukukî bir emniyetsizliğin men-

banı görmektedir. Zabıta devletine has «vasayet misillü kontrol ve müdahale usulleri» ne doğru bu gibi gerilemelerden sakınılma-ı hususunda ne kadar ihtar edilse, yine azdır. Son arzuya, doğrudan doğruya «zati muhtar karar» la şekil verilmesi, liberalist bir ferdiyetçilikten» artakalan birşey değil, bilâkis zati mesuliyet şuuru-
nun lâzım ve zarurî icabatındandır. İşte bu sebeple, yeni vasiyet kanununun bu kabil bir hükümden sarfınazar etmiş bulunması hâzretle tasvip ve takdir edilmelidir.

II Vasiyetname tanziminin azamî derecede (mutlak) şahsî oluşu

Muhtıra, yukarıda zikredilen bu talâkkiden netice mahiyetinde olmak üzere şu prensibi çıkarmaktadır: Halen cari olan «vasiyetname tanziminin azamî derecede şahsî olması» ve ölüme bağlı tasarrufun muhtevasının alâkadar tarafından şekillendirilmesi (madde, 2064, 2065, ve 2274) şartında ısrar edilmelidir.

1) İhtiyarî vekâlet — temsil — mevzuubahs olduğu hallerde muhtaranın 12 nci ilâ 13 üncü sahifelerinde zikredilen sebepler iknâ edici mahiyettedir: Aile servetinin iktisadî mukadderatını tayin eden ve bu suretle aile efradının hayatları üzerinde az veya çok kuvvetli tesirler yapan tasarruflar bir üçüncü şahsa terk ve havale edilmemelidirler.

2) Fakat vasiyet ehliyetinden mahrum olanların kanunen temsili (Muhtıra, s. 13 ilâ 15) ve buna benzeyen, akıl zayıflığı, işret iptilâsı veya israf dolayısıyla hacredilenlerin, ve belki de yaşları 7 ilâ 16 arasında bulunan çocukların — şayet bunların bugünkü vasiyet ehliyetsizliği mahdut bir vasiyet ehliyetine kalbedilmek istenecek olursa — tasarruflarının bir hüküm ifade etmesinde kanunî mümessilin tesir ve iştiraki (Muhtıra sahife 18 ilâ 20) meselesinde, kanaatimizce, vasiyet bambaşkadır. Muhtıra 16 yaşını dolduruncaya kadar (16 yaşını daha bitirmemiş bulunan) veyahut, şayet bu had yükseltilecek olursa, 18 yaşını dolduruncaya kadar (Muhtıra, sahife 29 ve müteakip) bütün çocukların, bundan başka bütün irade ve şuurdan mahrum olanların ve bütün mahcurların mamelekleri için, kanunî mirascılığı değiştirmeyi istihdaf eden — bu değiştirme keyfiyeti, münferit vaziyetlerde istenildiği kadar şayanı arzu veya zarurî bulunsun — her türlü imkânın bu suretle tamamiyle kapalı kaldığını müdrik olduğu halde, bugün bu tadilâtı yine reddetmektedir. Kanunî mümessil tarafından bir vasiyette bulunulmasının ve-

yahut, mahdut vasiyet, ehliyetinin ihdası halinde, kanunî mümessilin muvafakatiyle vasiyette bulunmanın mahzurlarından, şüphesiz, tecahül etmemek icabeder. Lâkin Muhtıranın, «bu takdirde, vasiyet ehliyetinden mahrum olanlar bakımından, kanunî mümessil hakkında bu kabil zaruret ve ihtiyaç hallerinde ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmaya müteveccih bir vecibenin tesis edilmesi icap ettiği» şeklindeki itirazına, bittabi, iştirak edemeyiz: Şüphesiz, böyle bir sureti tesviyeden, kimsenin vasiyette bulunmaya icbar edemeyeceği «vasiyet ehliyetini haiz bir şahsın» hakikaten vasiyette bulunmak istemediği tarzında tecelli eden — ve ender olmıyan — vaziyetler karşısında mirasa iştirak edenler lehine gayrı meşru bir rüçhaniyet husule gelirdi. Böyle bir vecibenin ihdası bittabi bir hata olurdu. Çünkü bu takdirde böyle bir vecibe, acaba, ne vakit mevcut olabılırdı? Böyle bir vecibenin şartları hakkında kimin hüküm vermesi lâzımgelirdi? Vesayet mahkemesi — bir disiplin cezası yahut hattâ vesayet salâhiyetinin geri alınması tehdidi ile — kanunî mümessili bu vecibeyi yerine getirmeğe icbar edebilmeli midir? Fakat bu takdirde de vesayet mahkemesi kimin müracaatiyle harekete geçmelidir, yoksa resen de mi müdahale etmelidir? Mümessil, «lâzım ve zarurî» bir vasiyetname tanzimini ihmal ettiğinden dolayı 1664 üncü ve 1833 üncü maddelere göre mes'ul mü olmalıdır, ve kime karşı mes'ul olmalıdır? Herhalde vesayeti altında bulunan kimseye karşı değil! Çünkü bu kimse, bundan dolayı herhangi bir zarara uğrayamaz, ancak, muhteviyatı muayyen (bu muhteviyat nelerden ibarettir?) bir vasiyetnamenin tanzimiyle alâkadar olan aile efradı zarara uğrayabilir. Binaenaleyh burada, kanunî mümessilin, üçüncü şahısların menfaatlerini nazarı itibara almak ve himaye etmek gibi bir vecibesi mevcuttur. Bu takdirde böyle birşey, 1664 üncü ve 1883 üncü maddelere karşı bir novun = yeni bir şey (yeni bir vakıa) olurdu. Şu sualler gösteriyor ki mümessilin vasiyet vecibesi mevzuubahs olamaz. Bilâkis, yaşıyanlar arasında (ölüme bağlı olmıyan) mamelek idaresinde olduğu gibi, vasiyette bulunması lâzımgelip gelmediği ve nasıl vasiyette bulunması lâzımgeldiği keyfiyeti daha ziyade kanunî mümessilin zatî mesuliyetine bırakılmak icap ederdi. Fakat aynı zamanda vesayet mahkemesinin rıza ve muvafakati, 1643 üncü, 1821 inci, 1822 nci maddelerdeki örneğe göre, muhakkak surette lâzımgelirdi: Bu takdirde de ancak vesayet mahkemesi mevzuubahs olabilir, tereke mahkemesi değil! (Muhtıra, sahife 19). Fakat böyle bir rıza ve muvafakat, yaşıyanlar arasında ya-

pılan (ölüme bağlı olmayan) hayati ehemmiyeti haiz mümasıl muamelelerde, bilhassa madde 1822, No. (1) in ihtiva ettiği muamelelerde mevzuubahs olan rıza ve muvafakatten niçin daha güç şartlara bağlı bulunsun? Acaba, vasayet mahkemesinin — Muhtıranın (s. 14) korktuğu ve mümessil tarafından vazifeye veya işin mahiyetine aykırı olarak tanzim edilmiş bulunan vasiyetnamelere mani olmak için — matlup tecrübe ve objektif bilgisinden şüphe mi ediliyor? Hâkimin mesuliyet şuuru, 1821 inci maddenin (1) inci ilâ (3) üncü fıkralarıyla 1822 nci maddenin (1) inci ilâ (3) üncü fıkralarında zikredilenlerin tazammun ettiği manada olan «ölüme bağlı olmayan muamelelerde» olduğu gibi burada da en aşağı aynı derece ve şiddette müessir olacaktır. Vasiyet ehliyetini haiz olan kimselerin ölüme bağlı tasarruflarının —pek haklı olarak reddedilmiş bulunan— rıza ve muvafakate muhtaç oluşları noktai nazarıyla yapılan mukayese (Muhtıra, S. 14) o kadar açık şekilde aksamaktadır ki ayrıca red ve cerhedilmesine lüzum bile yoktur. Bütün bu vaziyete göre olsa olsa, ancak hangi mahzurların daha ağır bastığı meselesi mevzuubahs olabilir: Yani kanunî mirascılığın gayeye aykırı veya hattâ zararlı neticeler tevliid edeceği kabul edilen hallerde vasiyetname tanzim edilmemiş bulunması keyfiyeti mi, veyahut «vasiyetname tanziminin âzamî derecede şahsî oluşu» akidesinin ihlâlüne karşı yahut ihlâli karşısında hasıl olan şüpheler mi?.. Biz, şahsan birinci mahzurları daha ağır addetmeğe meyyal ve tarafdarız. Kanunî mümessil tarafından vukubulan vasiyetname tanzimi, Alman Medenî Kanununun 2238 inci maddesinin ikinci fıkrasında ve 2247 inci maddesinde 16 yaşından itibaren küçüklerin vasiyetleri hakkında vazedilmiş olan aynı şekil takyidatına —yeni vasiyet kanununun, sînnî rüşde ermemişbir kimsenin, açık bir yazı (metin) vermek suretiyle dahi alenî (resmî) vasiyetini tecviz eden 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasının temin ettiği genişleme dahil olmak üzere— tâbi kılındığı takdirde, bu garantiler vazifeye aykırı vasiyetnamelere mani olmak hususunda kâfi gelse ^{gerek} gerektir. Tescili yapan hâkimin veya noterin formel bir red salâhiyetini, Muhtıranın 19 uncu ilâ 20 inci sayfelerinde zikredilmiş olan sebeplerden dolayı, müdafaa edemeyiz. Vasiyet kanununun 15 inci maddesinin: hâkimin veya noterin, «şifahî beyanınin veya açık olarak verdiği yazının muhtevasına karşı mevcut mahzurlar hakkında miras bırakının nazarı dikkatini celbetmesi icap ettiği» şeklindeki bugünkü hükmü, bu «hal» de dahi, matlûba kâfi gelse gerektir.

Bununla beraber yeni vasiyet kanunu, Muhtıranın gösterdiği mahzurlara iştirak etmiş ve birinci maddenin birinci fıkrasıyla yirminci maddenin birinci fıkrasında ölüme bağlı bir tasarrufun bizzat tanzimi icap ettiği şartında ısrar etmiştir (4).

3) Diğer başka bir mesele de, mahdut tasarruf ehliyetini haiz kimselerin (yani hacir altına alınmış aklen zayıf olanların, içki müptelâlarının, müsriflerin, hattâ belki de 6 ilâ 16 yaş arasındaki çocukların) kanunî mümessilin rıza ve muvafakatiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunmalarının tecviz ve kabulü cihetidir. Böyle bir şey aynı zamanda, şimdiye kadar gerek Alman hukukunca, gerek ekseri yabancı memleketler hukukunca meçhul bulunan mahdut bir vasiyet ehliyetinin ihdası manasına gelirdi. Muhtıranın 18 inci ilâ 20 nci sahifelerinde umumiyetle reddedilen bu mesele, kanaatimizce, dikkat ve itina ile tetkike muhtaç olup müttahit bir şekilde halledilmesi mümkün değildir. 7 ilâ 16 yaşındaki çocuklar hakkında olmak üzere bu hususta verilecek karar, bittabi, kanunî mümessilin «bunlar için bir vasiyetname tanzimi» salâhiyetinin tecviz edilip edilmeyeceği cihetine bağlıdır. Bu takdirde bu kimseler hakkında mahdut vasiyet ehliyeti gibi gayrı tabii bir halin ihdasına hacet kalmazdı. Alman Medenî Kanununda 2275 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının — yeni vasiyet kanununun 29 uncu maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında muhafaza edilmiş bulunan — «gerek sinni rüşde ermemiş evli bir kadınla kocası arasında, gerek sinni rüşde ermemiş nişanlılar arasında akdedilmiş miras mukaveleleri» hakkındaki hususî hükmü, miras mukavelelerinin, daha 16 yaşını ikmalinden evvel dahi akdedilebilen evlenme mukaveleleri ile birleştirilmesi teamülü ile izah edilir. Fakat Muhtıranın ve şimdi de yeni vasiyet kanununun yaptığı gibi, kanunî mümessilin vasiyet salâhiyeti reddedilirse, kanaatimizce, izah edilen sebeplerden dolayı, sinni rüşde ermemiş bir kimseye en aşağı 14 yaşının ikmalinden itibaren, «kanunî mümessilin rıza ve muvafakati ile bir vasiyet ehliyeti» tanımak münasip olurdu. Bu yaş haddi, zaten aynı zamanda kazai evlenme ehliyeti, evlât edinme ve dinî itikat hakkında karar verme için kat'î önemi haizdir. Kanunî mümessil tarafından, yukarıda izah edilen takyidat altında olmak üzere, bir vasiyetname tanzimini, akıl zayıflığı dolayısıyla hacredilmiş kimseler için, zati vasiyet ehliyetinden evlâ bir sureti tesviye addederiz: Çünkü bu kabil bir vasiyet hakkı, esasen akıl hastalığı dolayısıyla yapılan hacr ile akıl zayıflığı dolayısıyla yapılan hacir arasındaki hudutlar şüpheli ve seyyal

olduğu içindir ki, kanaatimizce, mahzurludur. Mamafih bu mesele, yeni vasiyet kanununca «gerek mahdut bir vasiyet ehliyetinin her türlü ihdasının, gerek kanunî mümessil tarafından bir vasiyetname tanziminin» reddedilmesi şeklinde halledilmiştir. Ya tam vasiyet ehliyeti, yahut tam vasiyet ehliyetsizliği şıkları, birinci maddenin üçüncü fıkrasınca 16 yaşından yukarı olan küçüklerle vesayet altına alınmış bulunan reşidler hakkında dahi sarahaten belirtilmiş olduğu gibi, mevcudiyet ve mer'iyetlerini muhafaza etmekte-dirler (4).

Bu noktai nazarın tabîî neticesi akıl zayıflığı, içki iptilâsı veya israf dolayısıyla hacredilmiş olanların bilâistisna mutlak surette vasiyet ehliyetinden mahrumiyetidir. Bu suretle yeni kanun, hem eski kanuna, hem de Muhtıranın teklifine uymuş bulunuyor. (Madde 2, fıkra 1). Buna rağmen bu cihetin, gerek içki müptelâları, gerek müsrifler bakımından, eskidenberi fevkalâde ihtilâflı bir nokta olduğuna da işaret edilebilir. Bu gibilerin vasiyet ehliyetsizliği ancak (Reichstag) encümeni tarafından ilâve edilmişti. (Bir medenî kanun projesi hakkında Muhtıra, s. 426 ve müteakıp). Medenî Kanun projeleri bu gibilere tam vasiyet ehliyeti tanımak istemişlerdi (esbabı mucibe lâyihası V, protokol V 323 ve müteakıp).

(Code civil) in 13 üncü maddesi ve ona uyan Lâtin hukuk âlemi dahi müsriflerin (bu hukuk nizamlarınca içki iptilâsı sebebiyle hacir meçhul bulunmaktadır) vasiyet ehliyetini kabul etmekte-dirler. Keza 467 nci maddede vasiyet ehliyetini umumiyetle yalnız temyiz ve muhakeme kudretine inhisar ve istinad ettiren İsviçre Medenî Kanunu da böyledir. (Bu hususta bakınız: Egger - Escher, 467 inci maddeye ait haşiye: 2a). Halbuki (Das Allgemeine Landrecht) I 12, § 27 ilâ 34 ve buna ait ekin 42 nci maddesi; hacir nizamnamesinin 6 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla birlikte Avusturya Medenî Kanunu —§ 568 — hususî mahiyeti haiz mutavassıt bir sureti tesviyeye müsteniden (Avusturya hacir nizamnamesi içki müptelâları ile kevf ve sekir verici zehirlere müptelâ olanlara da şamil olmak üzere) meleklerinin yarısı üzerinde tasarrufta bulunmağa müsaade etmekte-dirler. Buna mukabil daha evvelce Alman müşterek hukuku —Das Gemeine Recht— (Windscheid § 539, No. 2), Das Bayerische Landrecht —Bavyera eyalet hukuku III 3 § No. 2), Das Württembergische Landrecht —Vürtemberg eyalet hukuku (Stein, § 43, No. 4) ve

(4) Bu nokta hakkında bakınız: Vogels, Test. G. «§ 1» e mahsus haşiye 4.

Saksonya Medenî Kanunu (Das sächsische BGB, § 2072) hacir altına alınmış müsriflerden vasiyet ehliyetini tamamiyle nezetmişlerdi. Leh ve aleyhteki mülâhaza ve mütalâalar V numaralı zabıtta (sahife 323 ve müteakıp) kemali dikkat ve itina ile tetkik edilerek izah edilmistir. İkinci komisyonun ekalliyeti, hodgâmlık, hafifmeşreplik veya karakter zayıflığı dolayısıyla kendi servet ve varlığını veyahut ailesinin servetini tehlikeye ilka etmiş olup bu sebeple devletin müdahalesiyle aşağı kıymette ve müstakilen hukukî muamele ve münasebete gayri muktedir addedilmiş olan şahıslara, gayeye uygun ve âdil bir tereke (miras) taksiminin mesuliyetli vazifesini havale etmek hususunda matlup itimadın gösterilemeyeceği, hele hacredilenlerin, kanun ve cemiyet nazarında kıymetten düşürülmüş bulunmaları dolayısıyla ailelerinden intikam almak için vasiyetname usulüne müracaat edecekleri göz önünde tutulacak olursa bu itimatsızlığın daha da fazla artacağı kanaatinde bulunduğu halde, komisyonun ekseriyeti esbabı mucibenin (V, 250) noktai nazarında ısrar etmiştir: — Buna nazarah hacrin, a leyi sıkıntıdan, mameleki kötü idareden ve israftan korumaya matuf gayesi, ancak ölüme bağlı olmıyan bir tasarruf hakkının geri alınmasını muhik kılar, fakat vasiyet salâhiyetinin de geri alınmasını muhik kılmaz. Mahfuz hisse ve, ilâve etmemiz icap ettiği gibi, zaruret halinde madde 38 ve şimdi de vasiyet kanununun 48 inci maddesinin 2 nci fıkrası alâkadarları, vazifeye aykırı vasiyetnamelere karşı korumaktadır. Bunun aksine olarak mirasa susamış akrabaların, miras bırakanın objektif bakımından matlûp ve zarurî, fakat kendi işlerine gelmiyen bir tasarrufta bulunmasına mani olmak maksadiyle hacir cihetine gitmeleri tehlikesi mevcuttur. Kanaatimizce, her iki tarafca haklı olarak görülen mahzur ve tehlikeler, karşılıklı anlaşma ve tavizat şeklinde bir sureti tesviye ile ortadan kaldırılabilirdi. Meselâ: Müsriflere ve içki müptelâalarına vasiyet hakkı tanınabilirdi; fakat buna mukabil bu gibiler sinni rüşde ermemiş bulunanlar gibi bazı takyidata tâbi tutulabilirler ve bundan başka bunların tasarrufları vasayet mahkemesinin rıza ve muvafakatine bağlanabilirdi. Bir kere «vasiyetname tanzimi keyfiyetinin tâbi bulunduğu kayıtsız ve şartsız azamî derecede şahsîlik» prensibinden ayrılmak düşüncesinin tevliid ettiği korku zail olduktan ve «bir vesayet mahkemesinden istihsal edilen rıza ve muvafakat» usulünün teknik zorluklarına, Muhtıranın noktai nazariyle birlikte, artık aşılamaz nazariyle bakılmadıktan sonra, şimdiye kadar vasiyet ehliyetinden mahrum olan kimsenin, devlet

makamlarının kontrolü altında olmak üzere kanunî mirascılığı objektif ve makul bir şekilde tamamlaması veya tadil suretiyle değiştirmesi imkânını tamamiyle selbetmek için bundan böyle bir sebep mevcut olmasa gerektir. Bu mülâhaza ve mütalâaların, vasiyet kanununun bu müddet zarfında bu meseleyi kanunî bakımdan aksi şekilde hal ve tanzim etmiş olmasıyla amelî noktai nazardan aktüallitesini kaybetmiş bulunması (5) gerçi bunlara karşı olan aktüel alâkayı ortadan kaldırıyorsa da umumî ilmi (nazari) alâka yine baki kalmaktadır.

Burada «post festum» = sonradan teklif edilen sureti tesviye ile: 2253 üncü maddenin ikinci fıkrasının, maalesef yeni vasiyet kanununun dahî (32 nci maddenin ikinci fıkrasında) olduğu gibi muhafaza ettiği, garip hükmü dahi bertaraf edilebilirdi: — Bu hüküm, hacredilen mahdut tasarruf ehliyetini haiz kimselere, hacirden evvel tanzim edilmiş bulunan muhteviyatı müsbet veya menfi vasiyetnameleri, yani diğer bir vasiyetnameyi hükümden düşüren veya tadil eden vasiyetnameler de dahil olmak üzere, (bu nokta «Strohal I § 42 not 3» tarafından bittabi gayrimantıkî olduğu mülâhazasıyla reddedilmektedir) nakzetme ve bu suretle kanunî mirascılığa veya daha evvel tanzim edilmiş bir vasiyetnameye avdet salâhiyetini vermektedir. Buna mukabil hacri müteakıp vukubulan «bir vasiyetnamenin hükümden düşürülmesi» nin tekrar geri alınması ve bu suretle hacirden evvel tanzim edilmiş bulunan vasiyetnameleri yeniden iade etmek salâhiyeti verilmemektedir (bu keyfiyet «Kipp» tarafından — madde 21 IV — tabiatıyla keza manasız olarak — red ve cerhedilmektedir). Kanunî hükmün ihtiva ettiği tekmil tenakuzlardan sarfınazar, müsbet bir vasiyetname tanzim etmeğe muktedir ve lâyük addedilmeyen bir mahcura karşı, hacirden evvel yapılmış bir vasiyetnamenin faydasız veya eskimiş veyahut belki daha o zaman mevcut hacir sebebinin tesiri altında kalmış olduğunu görebileceği ve bu sebeple, akıl ve mantığın emrettiği şekilde olarak, daha iyi olan kanunî mirascılığı tahakkuk ettirmeğe veya daha evvelki bir vasiyetnamenin daha iyi muhteviyatını tekrar ihya etmeğe karar vereceği (6) tarzında bir itimat gösterilmesi hakikaten «tamamiyle ha-

(5) Bu nokta hakkında bakınız: Vogels, Fest. G. «§ 2» ye mahsus haşiyeler 1 ve 2. Fakat burada, mevzuubahs olan noktalar hiç zikredilmemiştir.

(6) Vogels'in esbabı mucibesi («§ 32» ye mahsus haşiyeler 7) bu mahzurları ve noktaları meskût geçmektedir.

yata yabancı fikirlere» dayanmaktadır. (Keza «Endemann III 1 § 35 V e 1», Alman Medenî Kanununun vazı, hacredilen kimselerden her türlü müsbet vasiyet ehliyetini nezettiği için herhalde vicdanen oldukça muazzep bulunuyordu. Ve bu yaptığını, menfi bir vasiyet hakkının bahşiyle tekrar düzeltmek istiyordu. Buna mukabil bilfarz, umumiyetle, hacir altına alınmış mahdut muamele (tasarruf) ehliyetini haiz bir kimsenin mahdut vasiyet ehliyetinin ihdas edildiği kabul edilse, bu takdirde kanunî mümessil — kendini vasiyetnameden haberdar eden mahcurun bittabi ekseriya teşebbüs ve talebi üzerine— vasiyetnamenin vesayet mahkemesi tarafından tetkikini ve icabettiği takdirde yukarıda gösterilmiş bulunan usul dairesinde hükümden düşürülmesini temin edebilirdi. Muhtıranın, (sahife 35) vasayet mahkemesinin vasiyetnamenin tetkikine iştirak edebilmesi için evvelâ vasiyetnamenin açılıp kontrol edilmesi, ve hattâ icap ettiği takdirde, keza açılması lâzımgelen daha eski bir vasiyetnameye karşı itina ile tetkik ve mukayese edilmesi iktiza edeceği şeklinde ileri sürdüğü mahzurları şayanı kabul addedemeyiz: Çünkü, mahcur için veya mahcur tarafından ikinci bir vasiyetname yapılması icap ettiği takdirde dahi bütün bunlar yani mahkemece vasiyetnamenin tetkiki esasen yine lâzımdır.

4) Buna mukabil Muhtıranın umumiyetle ölüme bağlı tasarrufun muhteva bakımından müstakil oluşu kaidesinde ısrar etmek istemesine tamamiyle iştirak edebiliriz (sahife 15-16). 2065 inci maddenin birinci ve ikinci fıkrasının, «mameleki üzerinde tasarrufta bulunan vasiyet ehliyetini haiz bir miras bırakanın, gerek yaptığı tasarrufun bir hüküm ifade etmesi hakkında karar vermek, gerek mumaileyhin şahsını ve yaptığı hibe ve temlikin mevzuunu tayin etmek cihetini bir üçüncü şahsa terk ve havale etmesinin caiz olmadığı» tarzındaki hükümleri tamamiyle muhafaza edilmeğe değer vaziyettedir. Bu sebeple yeni vasiyet kanunu da bu hükümlere dokunmamıştır. 50 nci madde, Medenî Kanunun (BGB) 2065) inci maddesini devam ettirmektedir.

III. Vasiyet ehliyeti

1) Vasiyetname tanziminin azamî derecede şahsî oluşu prensibinin feda edilmesi suretiyle vasiyet imkânlarının yukarıda anlatıldığı şekilde genişletilmesi tecviz edildiği takdirde (*) (Lucida inter-

(*) (Lucida intervalla) tabirine Roma hukukunda rastgelmektedir. (Lucida intervalla), iradî fiil ehliyetine (iktidarına) tesir eden sebep-

valla) nın nazarı itibara alınması meselesi hatırı sayılır derecede ehemmiyetini kaybeder. Alman Medenî Kanununun (104) üncü maddesinin (2) numaralı fıkrası mucibince, hacre müstenit olmaksızın tasarruf ehliyetinden ve bu suretle irade beyanı iktidarından mahrum olan kimselerde, bugün hâkim — ve fakat tamamiyle ihtilâfsız olmayan — talâkkiye göre «*lucida intervalla*» (bu hususta bakınız: Planck - Stnecker madde «2229» a mahsus haşiye 1 b) mümkündür. Halbuki Muhtıra (s. 21) bu ciheti bilmez gibi görünmektedir. Hacı altındaki müsrifler hakkında «*lucida intervalla*» dan bäh-

lerden biri olan akıl hastalığıyla münasebettar olarak kullanılmaktadır. Roma hukukuna göre akıl hastalığı, iradî fiil ehliyetini tamamiyle ortadan kaldırır. Demek ki akıl hastaları, ne hukuki muamele ehliyetini (tasarruf ehliyetini), ne de cezaî ehliyeti haizdirler (Digesta 9, 2, 5, 2).

Fakat bu gibiler, Roma hukuk talâkkisine göre, ancak hastalığın tesiri altında bulundukları müddetçe iradî fiil ehliyetinden, tahsisan tasarruf ehliyetinden mahrumdurlar. Şuurlarına sahip oldukları anlarda tamamiyle iradî fiil ehliyetini (tasarruf ehliyetini) haizdirler. İşte mezkûr anlara (*Lucida intervalla*) = Aydınlık anlar denir (Codex 5, 70, 6). Ber aks normal olarak hali sıhhatte olan kimseler dahi, şuurlarının (akli müvazenelerinin) muvakkaten muhtel olduğu, meselâ kendini bilmiyecek derecede sarhoşluk, sar'a gibi, hallerde işledikleri fiillerden mes'ul değildirler. -Bu münasebetle ve misal olarak (Testamentum inofficiosum) = Örf ve ahlâka mugayir vasiyetname'ye temas etmek fideden hâli değildir:- En yakın hısımlarına, herhangi mühim bir sebep olmaksızın, kanunî miras hissesinin hiç olmazsa bir kısmını bile bırakmayan bir murise, bu ölüme bağlı tasarrufunu sanki cinnet halde iken yapmış nazariyle bakılırdı. (Me'hazler, mahfuz hisseye müstahak hısımları nazarı itibara almıyan murisin «hakikaten deli» addedilmeyip «sanki deli imiş» nazariyle bakılması lâzımgeldiği cihetini sarahaten belirtmektedirler. Çünkü aksi takdirde vasiyetname tamamiyle batıl olurdu. İnstituciones 2, 18 pr., Digesta 5, 2, 2). Bu sebeple bu kabil bir kimsenin vasiyetnamesi, nahakyere nazarı itibara alınmaması yüzünden şeref ve haysiyetli rencide edilmiş bulunan kanunî mirascının itiraz ve şikâyeti üzerine (Querela inofficiosi testamenti) «Centumviral» mahkemesince (daha on iki lâvha kanunu zamanındanberi mevcut ve önceleri 105, sonraları 180 üyeden müteşekkil olup her türlü Vindicatio = talep ve iddiaların hal ve fasledilmesine memur daimî adalet divanı) «kanunî mirascının kanunî miras hissesine tam olarak sahip olması» keyfiyetinin muktazi kıldığı nisbette feshedilirdi.

Mamafih burada mevzuubahs olan şey, bir akıl hastalığının farz ve kabul edilmesidir, yani bir (fiction) mevcuttur. Demek ki örf, âdet ve ahlâka mugayir bu kabil bir vasiyetname tanzim eden kimsenin, vasiyetnamenin tanzimi sırasında akli müvazenesinin bozuk olduğu farzediliyordu. —Tercüme edenin notu—.

setmek mümkün değildir. İçki müptelâları hakkında ise ancak «ayık hal» mânasını tazammun etmek üzere «lucida intervalla» dan bahsedilebilir. Bu sebeple geriye, başlıca, akıl hastalığı veya akıl (zihin) zayıflığı dolayısıyla hacredilen bir kimsenin «lucida intervalla» denilen anlarda vasiyette bulunması gibi haller kalmaktadır. Diğer taraftan hacrin, aynı zamanda hukukî muameleye müteallik «her türlü münasebette bulunma iktidarsızlığının» şüpheden âzâde ve herkese karşı hüküm ifade edecek şekilde tesbitine yaradığı düşünülürse, hukukî emniyet lehine olarak bugünkü «ahkâmı hukukiye» de ısrar etmek icabeder. Muhtıranın başlıca (protokol V, 323) e istinad ettirilmiş bulunan esbabı mucibesi (s. 20-24) — vasiyet ahkâmının yukarıda mezkûr genişletilmesi reddedilse bile — yine kanaatbahıştır. — Netekim diğer taraftan «bu imkânın genişletilmesi keyfiyeti» de bu arada vasiyet kanununca reddedilmiş bulunmaktadır — Vasiyet kanununun ikinci maddesinin birinci fıkrasına ait ilk kaziyenin ifade şekli, bu kanunda da, hacir altına alınmış olanlarda «lucida intervalla» nın reddedilmiş olduğunu tereddüde mahal vermiyecek şekilde göstermektedir.

Fakat keza (2) nci maddenin (2) nci fıkrasından da, hacir altına alınmamış bulunan «akıl hastalariyle şuuru muhtel olanların» ancak, şuurlarındaki ârızanın onları temyiz kudretinden mahrum bıraktığı müddetçe vasiyette bulunamayacakları bilâ şüphe müsteban bulunmaktadır (7).

Muhtıra, amelî tesirleri bakımından garip ve mütenakız neticelere müntehi olabilen madde (2229), fıkra (3), kaziyeye (2) ve madde (2230), fıkra (1) ve (2) nin hususî hükümlerini, buna rağmen — gerek hacir, gerek hacrin ref'i muameleleri, umumiyetle bu muamelelere, alâkadarın ölümünden sonra dahi devam edilebilecek tarzda değiştirilmedikleri müddetçe — «amelî-teknik» sebepler dolayısıyla muhafaza etmek istemektedir. «Madde (2), fıkra (2) mucibince esasen vasiyet ehliyetsizliğinin mevcut olduğu» şeklinde bir isbatın mahfuz kalması şartıyla, ölüm anı denilen tesadüfün yani ölümün vuku anı (resmen müracaattan bir lâhza evvel veya sonra — meselâ kararın verilmesinden biraz evvel veya sonra, kararın kaziyeye muhkeme halini almasından biraz evvel veya sonra —) vasiyetnamenin mer'iyetini (muteber oluş) tayin etmesi icap ettiği keyfiyeti pek az hoş a gidecek birşey olmakla beraber yine bu noktai nazara iştirak

(7) Keza «Vogels» de aynı fikirdedir. Fest. G., madde (2) ye mahsus mülâhaza 9.

edilebilir. Vasiyet kanunu da bu noktaların tetkikinden feragat ve ikinci maddesiyle (fıkra, kaziye 1) üçüncü maddesinde bugüne kadar mer'î ahkâmı kanuniyeyi muhafaza ve idame etmiştir (8).

(2) Vasiyet ehliyetine esas olan yaş haddinin yükseltilmesi meselesi ise daha önemlidir. (Muhtıra, s. 26-33). Tabii bu mesele dahi, vasiyet ehliyetini haiz olmıyanlar için kanunî mümessillerinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmalarının istenip istenmiyeceği şeklinde tecelli eden ön meselenin halline sıkıca tabidir. Bu ön mesele müsbet şekilde halledildiği takdirde, kanunun vasiyette bulunmaya müsait olmak üzere kabul ettiği — ve nazarı dikkati calip derecede erken — «yaş» için «bir küçüğün mameleğini lüzumundan fazla bir müddet (değişmez kanunî mirascılığa) tâbi kılmanın caiz olmadığı tarzında» daima ve daima ileri sürülen sebep de (bakınız: Kanunu Medenî esbabı mucibesi 248, V; protokol 319, V) cazibesinden ehemmiyetlice kaybetmiş demektir. Fakat aynı suale menfi cevap verilse de — Netekim yeni kanun bu şekilde hareket etmiştir — Vasiyetname tanzimine müsait başlangıç olarak tesbit edilen yaşa karşı (16) yine ehemmiyetli mahzurlar ve maniler mevcuttur. Esbabı mucibede 248, V* («protokol 320, V» e de bakınız) 16 yaşındaki küçüğün, normal olarak, böyle mühim bir tasarruf için muktazi manevî olgunluğa sahip olduğu şeklinde serdedilen iddialar gibi, (halbuki aynı küçüğe, ölüme bağlı olmıyan en ufak bir hukukî muamelede bulunma salâhiyeti bile tanınmaktadır) keza protokol 320 V, in, gayri mümeyyiz bir şahsın yani bir küçüğün, bilhassa bir kadının veya nişanlının daha o yaşta bir miras mukavelesi akdedebildiği (§ 2275 II ve III); halbuki tevlid ettiği devamlı bağlanma hasebiyle bu kabil bir miras mukavelesinin neticelerinin «çok daha şümüllü ve tehlikeli» olduğu tarzında ileri sürdüğü fikirler de ciddî talâkki edilemez. Çünkü bu meydana şu mühim nokta gözden kaçırılmaktadır: Bir küçüğün akdettiği miras mukavelesi, kanunî mümessilin rıza ve muvafakatine ve hattâ, kanunî mümessil bir vasi ise, vasayet mahkemesinin tasvibine muhtahtır (Muhtıra da haklı olarak bu fikirdedir, s. 32). Yeni vasiyet kanunu da 29 uncu maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkra-

(8) Bu nokta hakkında bakınız: Vogels, madde (2) ye mahsus mülâhaza 3, madde (3) e mahsus mülâhazalar 1 ilâ 3. (Vogels), üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ihtiva ettiği vakıa için, ölümden sonra da hacrın ref'i muamelesinin devam ve tekemmülünü tavsiye ve müdafaa etmektedir: (3) numaralı mülâhazaya müracaat!

larında aynı noktai nazarda ısrar etmiştir. Nazarı itibara alınmaya değer sebep olarak geriye yalnız şu mülâhaza kalmaktadır: On altı yaşında veyahut daha genç yaşta evlenen kadınlarda (bakınız: Evlenme Kanunu, madde 1) ilk vaz'ı hamille münasebettar ölüm tehlikesi nazarı itibara alınmak suretiyle, ölüme bağlı tasarrufta, ve tahsisan çocuğun ölü doğması halinde kocanın lehine olarak tasarrufta bulunmak lüzum ve zarureti mevcut olabilir. (Yoksa koca, normal olarak ikinci derecedeki hısımların yanında, Alman Medenî Kanununun 1931 inci maddesi mucibince, kadının mamelekinin yarısına sahip olur). Fakat bu gibi vak'alar hemen hemen yok denecek derecede enderdir ve bunlar, Muhtıranın arzu ettiği (s. 32) ve netekim vasiyet kanununun da (madde 29, fıkra 3 ve 4) teyid ettiği veçhile küçük karı kocanın veya nişanlıların «miras mukavelesi akdine ehil olduklarında» ısrar edildiği takdirde, bu hukukî şekilde — bir dereceye kadar tatmin edici olarak — hal ve fasledilebilirler. Yalnız, kanunî mümessilin, ailenin miras üzerindeki menfaatlerini bir taraflı olarak karı kocadan birinin aleyhine temsil ettiği hallerde kanunî mümessilce reddedilen rıza ve muvafakatin yerine vesayet mahkemesinin rıza ve muvafakatının kaim olmasının caiz olup olmadığı meselesini tetkik etmek herhalde zahmete değerdi: Halbuki vasiyet kanunu bundan sarfınazar etmiştir. Bu sebeple Muhtıranın, vasiyet ehliyeti bakımından sin haddini evli kadınlar için dahi esas itibariyle (18) e çıkarmak istemesi tarzındaki noktai nazarını kabul etmek icap etmektedir. (S. 30, 32). Keza **ye-gâne istisnânın**, müstesna olarak (bakınız: müdafaa (askerlik) kanunu, madde 6) 18 yaşını ikmalden evvel askerlik hizmetini ifa eden askerler hakkında baki kalması noktasında da Muhtıraya iştirak etmek lâzımgelmektedir. Bu ağır basan sebeplere rağmen vasiyet kanunu (madde 1, fıkra 2) vasiyetname tanzimi için müsait yaş olarak 16 da ısrar etmiştir. Buna da sebep, herhalde 16 yaşından aşağı küçükler için bizzat kanunî mümessil tarafından veya kanunî mümessilin muvafakatiyle vasiyetname tanziminin reddedilmiş bulunmasıdır (9).

Fakat aynı zamanda, 16 yaşından yukarı küçüklerin vasiyetnamelerinin kanunî mümessilin veya vasayet mahkemesinin kabul ve

(9) «Vogels» (1) inci maddeye mahsus (3) numaralı mülâhazada sadece, «bugüne kadar mer'î yaş haddine karşı aynı müsait tecrübelerle karşılaşmadığı, ve kadınlarda evlenme ehliyetinin de 16 yaşın ikmaliyle başladığı cihetlerini sebep olarak zikretmektedir.

tasvibine muhtaç olup olmadıkları meselesi de kanun tarafından (madde 1, fıkra 3) menfi manada halledilmiştir (9a). Alman Medenî Kanununun 2238 inci (fıkra 2) ve 2247 nci maddelerinin ihtiva ettiği, şekle müteallik tahdidatın bahsettiği teminat kâfidir. Ve yeni vasiyet kanunu da (madde 11, fıkra 3 ve madde 21, fıkra 4) bu şekil tahdidatını biraz evvel yukarıda zikredilmiş bulunan küçük tadilâtlarla muhafaza etmiştir. Ve vasiyeti tevsik eden hâkimin veya noterin faaliyeti, vasiyette bulunan kimseye vasiyetnamenin yazılması hususunda yardım eden kimsenin veya vasiyette bulunanın iradesini icraya memur kimsenin faaliyetini aşarak bir «müşavere ve irşad vecibesi» ne doğru yükseltildiği takdirde mezkûr teminatın derecesi daha da artar. Muhtıra, bu noktayı (sahife 77 ve müteakıp), işin arzettiği güçlükler dolayısıyla çizilen hudutları kemali dikkat ve itina ile tetkik ve takdir etmek suretiyle, müdafaa etmektedir. Ve netekim vasiyet kanunu da (madde 15) bu noktada Muhtırayı takip etmiştir.

3) Muhtıra, okuma yazma bilmiyen dilsizlerle dilsiz küçüklerin Alman Medenî Kanununun 2238 inci (fıkra 2), 2243 üncü ve 2247 nci maddelerine müsteniden bugüne kadar hakikaten mevcut ve mer'î bulunan vasiyet ehliyetsizliğini: — İsviçre Medenî kanununun 500 üncü maddesini örnek ittihaz ederek resmî vasiyetnamenin tanziminde son arzunun (ölüme bağlı tasarrufun) her şekilde — binaenaleyh dilsizlerin lisanı ve yazıları ile de olmak üzere — izharını, bittabi bu anlaşma vasıtalarını anlıyan bir şahsın iştirakile— ve tıpkı «Gestez über die Anglegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit» namındaki kanunun (178) inci maddesi mucibince, alelâde bir hukukî muamelenin tevsikî işinde ötedenberi caiz olduğu tarzda— tecviz etmek suretiyle (s. 36) ortadan kaldırmak istemektedir. Vasiyet kanunu maalesef bu düşüncelere iştirak etmemiş, bilâkis eski hükümleri: (11) inci maddenin (3) üncü ve (4) üncü fıkraları, (171) inci madde ve (21) inci maddenin (1) inci fıkrası hükümleriyle teyid etmiştir. Bu, kanunun, (11) inci maddenin birinci fıkrasında resmî vasiyetname için ısrar ve istinat ettiği «şifahî» beyan şartının zarurî ve önüne geçilmez bir neticesidir (10).

(9a) Vogels, madde (1) e mahsus (4) numaralı haşiyede «küçükün serbest tayini iradesinin» himayesini sebep olarak zikretmektedir.

(10) Gerçi «Vogels», (11) inci maddeye mahsus (9) numaralı haşiyede ve (17) nci maddeye mahsus (1) numaralı haşiyede: Bugün dilsiz bir «küçükün» 11 inci maddenin üçüncü fıkrası mucibince resmî bir makama bir

Muhtıra, vasiyet ehliyetizliğine müteallik, meselâ bilhassa irsi hastalık gibi, yeni sebeplerin ihdas ve kabulünü haklı olarak reddetmektedir (s. 36). Tehlikeli (irsen) canilerin vasiyet ehliyetizliği meselesini ceza hukukunun salâhiyeti sahasına terketmektedir (s. 37). Ve vasiyet kanunu da bu görüŖe iltihak ve iŖtirak etmiş bulunmaktadır.

IV. VASIYETNAME ŖEKİLLERİ

Hususi vasiyetname

1) Umumî olarak takdiri :

Muhtıranın, vasiyetname Ŗekilleri ve nevileri hakkındaki mu-talâa ve mülâhazaları: tabiî sarahaten ifade edilmemiş olan, fakat bilâhara 31.7.1938 tarihli vasiyet kanununun önsözünün ikinci ben-dinde lâfzı hüviyet iktisap etmiş bulunan Ŗu parolanın altında bu-lunmaktadır: Ölüme bağlı bir tasarrufun — tesisine veya feshine müteallik — Ŗart ve icapları o Ŗekilde tanzim edilmelidirler ki lü-zumsuz Ŗekil ve merasim sıklılığından tevakki edilebilinsin, diğer taraftan da murisin iradesinin en emin ve itimada Ŗayan bir Ŗekil-de tesbiti temin edilsin!

a) Bu meyanda Ŗüphesiz en ziyade alâkayı celbeden cihet, leh ve aleyhinde fevkalâde mücadele edilen (fevkalâde ihtilâflı) bir mesele halini almış bulunan (Ŗahitsiz yazılı vasiyetname) nin mu-hafaza ve idamesi meselesidir. Malûm olduğu üzere mezkûr vasi-yetname Ŗekli, her iki projeye ve müzakere edilmek üzere (Reichs-tag) a sevk edilen lâyihaya rağmen — bu projeler ve mezkûr lâyi-halar normal vasiyetname Ŗekli olarak yalnız resmî vasiyetnameyi tanıyorlardı — (Proje I Ŗ 1914; proje II Ŗ 2099; Reichstag'a sevk edi-len Lâyiha Ŗ 2205; bu hususta bakınız: esbabı mucibe V, 257 ve müt., protokol V 326 ve müt. Muhtıra 428 ve müt.) ancak Alman Medeni Kanununun son «doğum dakikası» nda (Reichstag) encümeni ve bilâ-hara, 26.6.1896 tarihli toplantısında bizzat (Reichstag) tarafından kanuna ithal edilmiştir. (Bu hususta «F. v. Hippel» in (Formalismus und Rechtsdogmatik 1935) = Formalizm ve Hukuk Dođmatiki na-mındaki eserinde etraflı izahat vardır. S. 30 ve müt.) Bu vasiyetna-

metin ibraz ve teslim etmek suretiyle vasiyette bulunabileceğini kabul ediyor, fakat diğer taraftan da «madde (11) in birinci fıkrası mucibince bu Ŗeklin de: Teslim edilen metnin son arzu (irade) yı ihtiva ettiği cihetinin Ŗifahen beyanını istilzam ettiğini gözden kaçırmaktadır.

me şekli yerine hususî vasiyetnamenin eskiden kullanılmış bulunan nevilerine, bilhassa müşterek hukukun (Das Gemeine Recht =) «Windscheid § 541» Avusturya medenî hukukunun (§ 585, 570), Saksonya medenî hukukunun (§§ 2100-2103, 2104) tanıdığı sözlü ve yazılı ve şahit huzurunda yapılan vasiyetnameye — bu vasiyetname, şifahî şeklinde olarak, bugün Avusturyadan başka yalnız Finlandiyada ve Baltık devletlerinin, elân 1864 tarihli «Estonya, Livland ve Kurland hususî hukukunun» ihtiva ettiği hükümlerin mer'î bulunduğu, kısımlarında kabul edilmiş bulunmaktadır — icabında tekrar rücu edilebileceği keyfiyeti, bütün pratik mahiyetteki itirazlardan sarfınazar, müstakbel Alman hukuku için bir kere şu sebepten dolayı artık mevzuubahs olamaz: Bu vasiyetname şekilleri, zamanı geçmiş (hükmü kalmamış) «küçük şehir ve köy hayatı»nın şartlarına uydurulmuş bulunmaktadır, yani yalnız küçük şehir ve köy hayatına biçilmiş kaftandır. Binaenaleyh, vaziyet bu merkezde olduğuna göre, olsa olsa ancak daha ziyade şu mesele mevzuubahs olabilir: Hususî surette vasiyette bulunmanın her türlü şekli bertaraf edilip yalnız resmî vasiyetname şekillerine mi müsaade edilmelidir, yoksa bu vasiyetname şekilleri yanında, yukarıda mezkûr diğer hususî şekilleri çabucak defetmiş bulunan şahitsiz ve sadece zati el yazısı ile tanzim edilen vasiyetname dahi muhafaza ve idame edilmeli midir?

b) Zati el yazısıyla tanzim edilen vasiyetnameyi tipik liberal bir eser addetmek tarihî bakımdan varid değildir. (Bu cihet doğru olmakla beraber şurası dikkate şayandır ki «Bay Prof. Dr. G. Boehmer» etüdünün bazı yerlerinde: liberalizm ve ferdiyetçiliğe, muzır yahut faydasından ziyade zararı görülmüş veyahut zararı mevzuubahs olmasa bile faydası da görülmemiş bir hayat talâkkisi damgasını vurmağa çalışmaktadır. Bunun gibi mezkûr vasiyetname şeklinin «liberal bir eser olmadığı» bilhassa belirtilmesi de sırf aynı gayeye matuftur. Bundan sarfınazar biz, liberalizm ve ferdiyetçiliğin, Avrupada — bittabi Almanyada da — siyasî, içtimai, hukukî, iktisadî hayat vesaire gibi beşerî kültür sahasındaki faaliyet ve inkişaf bakımından menfi ve zararlı olmak şöyle dursun, bilâkis verimli, müsbet ve faydalı neticeler doğurmuş bulunduğu kanaatindeyiz. Müellif, liberalizmin tesirini, Alman millî hukukunun üzerine çökmüş bir ağırlık addediyor ve ilh.. Halbuki terakki ve tekâmül bakımından Alman millî hukukunun, liberalizmin ve ferdiyetçiliğin menfi tesirleri altında kaldığı mevzuubahs olamayacağı,

bilâkis bu hayat talâkkisinin faydasını gördüğü âşikârdır. —Tercüme eden—). Şimalî Fransenin tamamıyla Cermen bir karakter taşıyan (Coutumes) leri ise — zâtî el yazisiyle tanzim edilen vasiyetname şekli bu (Coutumes) lere, «halk hukuku» devrinde cari «garp gotları hukukuyla Bourgogne hukuku» vasıtasıyla girmişti. (Lex Romana Visigothorum 506) (*) — bir kere tarihî kök-

(*) Garbi Roma imparatorluğunun yıkılmasından sonra mezkûr imparatorluğun toprakları üzerinde teessüs etmiş olan Cermen imparatorluklarında, Cermenler tarafından kabul edilmiş bulunan (personalité) prensibine tevfikân, Roma hukuku Romalılar hakkında mer'î olmakta devam etmiştir. Bu suretle Roma hukuku (Kodifikasyon) 'lar halinde birleştirilmişti. Bunlara, Cermenler için ısdar edilmiş olan (leges Barbarorum) un aksine olarak (leges Romanae) deniliyordu. İşte (leges Romanae) namı altında toplanıp Şarkî Cermen halk hukukunun Romalılar hakkında mer'î olan kısmını teşkil eden kanunlar şunlardır:

1) (Lex Romana Visigothorum) — Buna 16 ncı asırdan itibaren (Breviarium Alaricianum) denmiştir. —

2) Lex Romana Burgundionum).

3) (Edictum Theodorici)

(İstitrâden şunu da söyliyelim ki Cermen hukuku tetkik edilirken şark Cermenleri, garp Cermenleri, ve şimal Cermenleri diye bir tasnif yapılır: Vandaller, şark Gotları, garp Gotları ve Burgonlar şark Cermenlerindendir. Şimal Cermenleri Danimarka, İsveç ve Norveçlilerin ecdadı sayılır. Franklar, Anglo-Saksonlar, Langobardlar ve Alman kabileleri garp Cermenlerindendir.)

Lex Romana Visigothorum :

Bu kanunname, milâddan sonra (506) da Kral İkinci (Alarich) tarafından, şark Cermenleri grubuna dahil bulunan «garp Gotları» imparatorluğundaki (İspanya, cenubî Fransa) Romalılar hakkında mer'î olmak üzere ısdar edilmiştir. Bu eser, Roma hukuk kaynaklarının sistemsiz bir şekilde yanyana sıralanışından ibaret olduğu halde Garbi Avrupada geniş ölçüde mer'î olmuştur. Nihayet bu kanun, milâddan sonra 650 senesinde Cermenler ve Romalılar hakkında müştereken mer'î olmak üzere ısdar edilen (Lex Visigothorum) la İspanyada, ve Fransada da, ancak 12 ncı asrın Jüstinyen kodifikasyonunun nüfuz ve hâkimiyet kazanmasıyle mer'iyet sahasından kalkmıştır.

Lex Romana Burgundionum :

(Rhône) vadisini kaplayan (Bourgogne) imparatorluğunda milâddan sonra 560 senesinde Kral (Gündobad) tarafından Romalılar için ısdar edilmiş bir kanundur. Roma hukuk kaynaklarının bir nevi yanyana sıralanışını teşkil eden bu kanunun yerine, tatbikatta, pek az bir müddet sonra (Lex Romana Visigothorum) kaim olmuştur.

Edictum Theodorici :

Bu kanun, yine şark Cermenleri grubuna dahil bulunan «Şark Got-

leri bakımından asla liberal değildir. Bundan başka «Code civil» in miras hukuku da — bu miras hukuku, 970 nci maddesinde: 1735 tarihli «Ordonance» ile cenubî Fransadaki «droit écrit» nin aksamına da teşmil edilmiş bulunan hukukî geleneği teyid etmektedir — bilhassa kanunî aile mirascılığı yanında vasiyet ahkâmına verdiği (tanıdığı) ikinci derecede rol bakımından aşikâr ve bariz surette ve tamamiyle muhafazakâr bir vasıf taşımaktadır. Avusturyada da, — «şahit huzurunda tesis edilen hususi vasiyetname» nin her iki şekli yanında ayrıca muteber olan — zatî el yazısı ile tanzim edilen vasiyetname (§ 578) tenevvür devrinin bir eseri olmayıp bilâkis «Avusturya şehir ve eyalet hukukları» sahasında cari teamüli hukuka kadar dayanmaktadır, (teferruat için bakınız: (Pfaff ve Hofmann 1877 II S. 141 ve müt.) ve yavaş yavaş gittikçe şirazesinden çıkmış, ve hattâ her türlü şekil ve merasimden tamamiyle âzâde vasiyetnamelere de müsaade eden, bir hukukî geleneğe karşı: 1797 tarihli garbî Galıçya kanununda da (§ 373) teyid ve tasvip edilmiştir. Halbuki buna mukabil bilhassa Avusturya medenî kanununun başlıca yaratıcısı ve aynı zamanda tenevvür devrinin bir çocuğu bulunan «v. Zeiller», mezkûr vasiyetname şeklinin bu kanuna alınmasına muhalefet etmiştir: Sebep olarak bu vasiyet şekli ile münasebettar bulunan tahrif, sahtekârlık ve tazyik tehlikesi ileri sürülüyordu. Fakat «v. Zeiller», «çok eski zamanlardanberi mevcut ve mer'î teamül» nazarı itibara alınarak, komisyonun diğer bütün üyelerinin mukabil reyleri karşısında ekalliyette kalmıştı. (Pfaff ve Hofmann II s. 413; v. Hippel, S. 174, not 2). Bilâhara 1876 tarihli (XVI) Macar kanunu ile (§§ 1a, 23, 30) Çekoslovak projesi de § 585) Avusturya kanununu takip etmiştir. Keza «zatî el yazısı ile tanzim edilen vasiyetname» şeklinin İsviçre kanunu medenisine alınması da liberal temayüllerin bir neticesi değil, bilâkis asırlardanberi garbî İsviçrede, bilhassa Neuchâtel'de, ve 18 inci asırdanberi de Alman İsviçresinde (meselâ Zürih ve Bâle) cari hukukî geleneğin bir devamıdır; ve bu sebeple (Eugen Huber) in ileri sürdüğü mani sebeplere rağmen kabûl edilmiştir. — (Eugen Huber), vasiyetnamenin bir hüküm ifade edebilmesi için, Zürih kanununun 2057 nci maddesine uygun olarak hiç

ları» kralı Büyük (Theodorich) tarafından vücade getirilmiş olup hem Romalılar, hem de şark Gotları hakkında mer'î idi, mezkûr kanun 154 maddeyi ihtiva ediyordu. İstinad ettiği malzeme (Codex Gregorianus), (Codex Hermogenianus) ve Codex Theodosianus) dan ve (Paulus) un (Sententiae) lerinden -tatbikat el kitabı iktibas edilmiştir. — Tercüme edenin notu.—

değilse îda mecburiyetini istiyordu —. (Bakınız: v. Hippel 175). bundan başka — ister Belçika, Lüksemburg, Polonya, İtalya, Romanya; İspanya, Meksika, Panama, Peru gibi «Code civil» in tesiri altında kalmış bulunan memleketlerin kanunları olsun, ister Japonya, Çin ve Yunanistan gibi doğrudan doğruya Alman medenî kanununu, Türkiye gibi İsviçre medenî kanununu örnek ittihaz etmiş bulunan memleketlerin kanunları olsun — «zati el yazısıyle vasiyetname» yi kabul etmiş bulunan diğer birçok hukuk sistemlerinin dahi tamamıyla (bariz) liberal motiflerin tesiri altında hareket etmiş bulundukları keyfiyeti, hiç değilse asgarî derecede bile kabili ispat değildir. Bu keyfiyet, olsa olsa, 19 Şimalî Amerika Cümhuriyeti hakkında tahmin edilebilir: Bu Amerika cümhuriyetleri, (Common Law) a ve Anglo-Amerikan hukukunun prensiplerine mütezat olarak, kısmen bazı ihtiyatî kayıtlar ile dahi olsa, «zati el yazısıyle vasiyetname» yi hukuk sistemlerine ithal etmişlerdir. (Bu hususta bakınız: R vgl H W B VI, 534 ve müt.)

Fakat bundan sarfınazar, sadelik, ehvenlik, icabında kolaylıkla değiştirilebilme, gizli tutulabilme vesaire gibi âşikâr olarak sırf hukukî teknik ve hukukî pratik mülâhazalar bu vasiyetname şeklinin kabulü hususunda önemli ve kat'î rol oynamışlardır.

c) Buna rağmen şurası inkâr edilemez ki bir vasiyetnamenin tanzimi hususunda resmî makamların her türlü iştirakinden ve şahit mecburiyetinden muafiyet, vasiyetnameyi tanzim ameliyesinin tamamıyla gizli oluşu objektif bakımdan liberal devrin endividüalist temayüllerine uygun bulunuyordu. (v. Hippel) in kastedtiği gibi (sahife 165 ve müteakıp) «vasiyetname şekilleri» bahsinde sureti kat'iyede sadece «teknik bir munzam problem» in mevzuubahs olduğu, ve bu problemin bizatihi materyel hakiki bir kıymeti haddi zatında haiz olmadığı; el yazısıyle tanzim edilen vasiyetnamenin tenkidinin ve tanzim keyfiyetini resmî şekillere inhisar ettirmeye matuf cereyanların: sadece pek aşırı bulunan ve aynı zamanda şüphesiz liberal bir eser olan «materyel vasiyet serbestisi» nin tatbik ve tahakkukunu, şekil ve merasim bakımından ihdas edilen bir takım zorluklarla tekrar tevkif ve tahdit etmeğe matuf bilâhara yapılmış bir tecrübe olduğu tarzındaki noktai nazar, bu müfrit şekilde varit değildir. Gerçi protokollerde (V, 328), hususî vasiyetnamenin ademi kabulünün meşruiyetini izah bahsinde buna müşabih bir fikre tesadüf edilmektedir: «Vazı kanunun, munsıfane ve makul prensiplere tâbi bulunan kanunî mirascılığın ihlâlini bilhassa kolaylaştır-

ması için hiç bir sebep yoktur». Bu mucip sebep, şüphesiz her iki cihetten de bir isabetsizlik arz etmektedir: Çünkü bir taraftan bizim bugünkü parantel sistemimizin istinad ettiği kanunî «taksim prensibi» nin göklere çıkarılışı makul bir tenkide güç mukavemet eder. (Bu hususta mufassal izahat için bakınız: Boehmer'in «Jungfest-schrift der Marburger Fakultät 1937» te intişar eden yazısı, s. 52-71; Boehmer bei Staudinger V, Giriş, s. 130 ve müt. ve 134-136 ve bilhassa geçenlerde Alman hukuk akademisi yayınlarından olarak çıkan «kanunî miras» çılgın yeni düzenine dair teklifler).

Diğer taraftan vasiyette keyfi hareketin müessir bir şekilde tahdidi: evveleminde objektif takyidat yoluyla, bu cümleden olarak bilhassa Alman Medenî Kanununun 138 inci maddesinin genişletilmesiyle (bu ise, vasiyet kanununun 48 inci maddesi, II nci fıkrasında tahakkuk etmiştir) ve mahfuz hisse ahkâmının tadil ve tebdiliyle elde edilmelidir. (Bu hususta bakınız: Staudinger - Boehmer V Giriş, bilhassa §§ 19 ve 24 ve AZ Pr. 144 s. 32-88 ve 249-286).

Fakat protokollerdeki bu mülâhazaların, «el yazısıyle tanzim edilen vasiyetname» ye karşı yapılan mücadelede serdedilen yegâne «manî sebepler» olduğunu zannetmek de yanlış olur. Bu mülâhaza, daha ziyade hasım tarafın daima müracaat ettiği ve bugün hukukî reform uğrunda yapılan mücadelede yeniden canlanmış bulunan mukabil sebeplerden ancak birini ihtiva etmektedir. Yani demek oluyor ki burada «bizatihi materyel kıymet» i haiz bir mesele mevzuubahstir ve bu problem, (vasiyetnameyi) muhteva bakımından şekillendirme serbestisi meselesi yanında müstakil bir ehemmiyeti naizdir; yani mevzuubahs mesele şudur: «Hukukî tasarruf otonomisini (hürriyetini) alâkadar eden tekmiil muameleler» bahsinde tekerrür eden «münferit hürriyetlerin içtimai tesir ve şümülü sahasma ve iktisadî gayelerine tevafuk eden bir sureti istimalin (yani mezkûr hürriyetlerin sureti istimalinin) teminat altına alınması için devletin, vatandaşların emrine hangi kanunî şekilleri tahsis etmesi lâzımgeldiği cihet!» (hukukî muamele müsavidir hukukî muamele) prensibinin doğru olmadığı, yani her hukukî muamele birbirinin aynı olmadığı, bilâkis müşahhas iradi muamelelerin (fülin) objektif önemi ve şümülünün, tahakkuk şeklinde de tezahür etmesi icap ettiği keyfiyeti, bilhassa Alman hukuk talâkkisine gayet tabii görünen hergünkü hakikatlardan biridir. Ve bu hakikatı ancak müfrit ve mücerret bir şematizm inkâr edebilir. Bu sebeple vasiyetname bahsinde şekle müteallik tekmiil me-

seleler şu noktada toplanmaktadır: Etraflı düşünülmüş ve ahlâkî vecibe şuuriyle desteklenmiş «ölüme bağlı tasarruf» un emin, vazih ve kat'i ifade şekli olarak işe yaramak hususunda tarihen müesses ve meşru kanunî şekillerden hangisi en münasip görünmektedir? Unutmamalı ki miras bırakan kimse, bu ölüme bağlı tasarrufla, gelecek neslin az veya çok uzun sürecek olan bir hayat devresi için, iktisadî mallarının (menfaatlerinin) mukadderatını tayin etmektedir. Bu keyfiyeti, (V. Hippel) de açıkça ve bilâtereddüt tanımaktadır. Fakat buna rağmen vazı kanunun bu vazifesini yine haddinden fazla dar bir çerçeve içerisinde görmektedir: Çünkü «vasiyetname şeklinin intihabındaki menfaat ve alâkamızın (intihap ve ihtiyara müstenit vasiyetname şeklindeki menfaat ve alâka) mahza icrai — teknik mahiyette olduğu» ve «miras bırakanın son arzusunu kat'i ve tahrif edilmemiş şekilde sür'atle ıttılımıza ulaştıran, kolayca tatbik edilmesi icap eden şekillerin aranıp bulunmasına inhisar ettiği» kanaatini taşımaktadır. (Sahife 168). Görülüyor ki burada «şekilde sadelik ve kat'iyet» in ve «başkalarının ıttılama ulaştırmada emniyet ve sür'at» in vasiyetnamenin muhtevasının ahlâkî ve iktisadî icabata aykırı düşmemesi cihetini de hiç bir vakit garanti etmiyeceği keyfiyeti gözden kaçmış bulunmaktadır. Bu ahlâkî ve iktisadî icabata uygunluk, (kanunî mirascılık usulünden inhıraf eden) tereke taksiminden istenilmesi icabeder. İşte halbuki, bilhassa bu, diğerlerinin yanında «şahitsiz el yazısı ile tanzim edilen vasiyetname» ye karşı ve resmî vasiyetname tanzimi muamelesinin mutlak surette mer'i olması lehinde ileri sürülen ve müdafaa edilen delillerden (noktalardan) biridir. Bunun doğru olup olmadığı ciheti, bittabi tetkik edilmek icabeder. Muhtıranın kemali itina ile saydığı ve tartarak tetkiki ettiği «el yazısı ile tanzim edilen vasiyetnameye karşı serdedilen itirazlar» aşağıdaki şekilde tasnif edilebilirler:

2) Münhasıran formel, fakat bugün liberal devirdekinden daha fazla ehemmiyet verilen bir nokta varsa, o da şudur: Son arzusun beyanı bir kere ailevî, iktisadî ve ahlâkî manâ ve ehemmiyeti bakımından muayyen bir merasim ve aleniyeti (resmiyeti) muktazi kılmaktadır ve bu keyfiyet, son arzusun beyanını, her günkü hayatın münasebetlerinde tekerrür eden alelâde hukukî muamelelerden ayırmakta, devlet ve millet otoritesinin mümessilleri vasıtasıyla muayyen bir mürakabeyi mümkün kılmak gibi tekmil kanunî şekil ve merasimlerin en aslî vazifesini başarmaktadır. (Bu hususta bakınız: Heinrich Lange, D not Z. 1934, 891 ve müt; Roth, D not Z. 1938, 281 ve müt.)

El yazısıyla tanzim edilen vasiyetnamenin âdetâ tamamıyla her türlü şekil ve merasimden âzâde oluşunun vasiyetin ciddiyet ve ehemmiyetiyle kabili telif olmadığı ileri sürülmektedir. Bu keyfiyetin murise, mektup şeklinde veya mektupta, lâalettayın bir kâğıt parçası üzerinde, matbualarda, kitap kapaklarında vesaire vasiyette bulunmak veyahut oda veya höcre duvarlarına vasiyetname kazımak imkânını verdiği de söylenmektedir. Bahusus en küçük gayrimenkul parçasının satılmasının veyahut en cüz'î hibenin vadedilmesinin mahkeme veya noter huzurunda tesbit ve tevsik edilmeğe muhtaç olduğu düşünülecek olursa, bu cihetin daha iyi anlaşılacağı ilâve edilmektedir. (Muhtıra, sahife 47 ve müteakıp). Bu, şüphesiz çok mühim ve müessir bir noktadır. Fakat şekil ve merasimden böyle müfrit derecede âzade olan vakalar da pek nadirdir. Fevkalâde ve şekilden âzade irade beyanlarının, muhteva bakımından makul ve etraflı düşünülmüş bulunduğu takdirde, vasiyetname olarak şayanı kabul görünmelerine müsait — vasiyetnamenin tanzim ve tesisi şartlarından mütevellit — hususî mahiyette istisnâî ve zarurî vaziyetlerin mevzuubahs olmadığı hallerde tatbikat, bunların hüküm ifade etmiyen bir takım arzular, tebliğler (direktifler) veya projeler olarak talâkki edilmesini temin etmekle mükellef bulunacaktır. İşte bu mülâhazalarla münasebettar olarak şekil mecburiyetine riayetın asgarî hadde indirilmesinin, ciddi olarak izhar edilmiş ölüme bağlı tasarrufların alelâde yazılardan ve tasavvurlardan ayırdedilmesini güçleştirebileceği endişesi herhalde yine biraz mübalâgalı olsa gerektir: Çünkü bu kabil ölüme bağlı tasarrufların ifade tarzlarıyla muhtevaları, tecrübeli bir hâkime alelâde bir yazı ile mi, yoksa bir vasiyetname ile mi karşıkarşıya bulunduğu hakkında bir dereceye kadar emin bir istinat noktası arzeder (Muhtıra, sahife 45).

Diğer taraftan şekil ve merasim, ancak hukukî muamelenin objektif önemmiyetine uygun olduğu takdirde makul ve meşrudur. Ehemmiyetsiz meselelerde ve muhteva bakımından cüz'î mahiyetteki tasarruflarda, bilhassa ilâveler ve değiştirmeler mevzuubahs olduğu hallerde şekil ve merasim mekanizması ve resmî vasiyetname tanziminin mucip olduğu masraflar herhalde makul görünmese gerektir (11). Bu sebeptendir ki resmî vasiyetname usulü, yegâne vasiyetname şekli olarak tezahür etmiş bulunduğu ve

(11) Prof. Dr. Heinrich Lange Alman hukuku akademisi mecmuasının (ZakDR.) 1938 yılı sayısının 577 nci ve müteakıp sahifelerinde bu ciheti bir kere daha katıyetle belirtmektedir.

ettiği her yerde: sonradan yapılan ek tasarruflar ve küçük ölçüdeki direktiflere mahsus ve «şekil ve merasimden» muaf «ek mahiyetindeki ilişikler ve ilâve mahiyetindeki puslalar» usuliyle daima bir arada olarak karşımıza çıkmıştır. (Bu hususta bakınız: Rvgl HWB VI, 541). Bu meselede Medenî Kanunun I inci projesinin henüz daha tamamiyle menfi bir vaziyet almış bulunmasını müteakıp (bu hususta bakınız: Motifler V, 289-294) medenî Kanunun ikinci kıraatine memur edilen komisyonda dahi bu kabil «küçük tasarruflar» için el yazısı şeklinin kabulü lehinde bir takım tekliflerde bulunulmuştur. Bunlar, esaslı ve etraflı müzakerelerden sonra ağır mani sebeplere rağmen — bilhassa bu kabil küçük tasarrufların diğerlerinden tefrik ve tahdidi bahsindeki zorluk tamamiyle aşıkâr olduğu halde — kabul edilmiştir (Protokol V, 357). Yalnız tereke kıymetinin 20 de bir nisbetindeki (meblâğa kadar olan) vasiyetler değil, (buna kıyasen § 161, 12, ALR I) aynı zamanda murisin cenaze merasimi hakkındaki direktifleri, aile hukukuna müteallik bazı muayyen direktifler ve bir «vasiyeti tenfiz memurunun ikamesi» bu küçük tasarruflar sırasına ithal edilmek istenmişti. Buna mukabil «taksim» e müteallik direktiflerin de küçük tasarruflar sırasına ithali tasvip edilmemişti. «Keyfi, her türlü prensipten âri ve halktan bir kimsenin güç idrak edeceği» bu kabil müstesniyatta aleniyet prensipinin feda edilmesini gören ekalliyetin noktai nazarı bakımından, bu meyanda izhar edilmiş şu kanaat karakteristiktir:

Öyle olduktan sonra en iyisi, umumiyetle vasiyetnamelerin tanzim şekli olarak, «el yazısıyla vasiyetname» nin kabul ve tasvip edilmesi daha muvafıktır (Protokol V, 360). Muhtıra dahi, bu kabil ek mahiyetindeki ilişiklerin ve puslaların leh ve aleyhindeki noktai nazarları etraflı bir şekilde tetkik ve müzakereden sonra şu kanaate varmıştır (Muhtıra, s. 82-86): «Ehemmiyetsiz ölçüdeki» direktif ve tasarrufların diğerlerinden tefrik ve tahdidi o derece zordur ki — ve bu tefrik, kanunen nihayet ancak bulanık bir umumî klot halinde tahakkuk edebilir — böyle bir tefrikten ancak karmakarışık bir vaziyet ve hukukî emniyetsizlik doğması beklenebilir; bu itibarla tekmil bu kabil (ölüme bağlı) tasarruflar hakkında aleniyet şeklinin mecburî oluşunda ısrar edilmek istenmediği takdirde, «el yazısıyla vasiyetnamenin» umumiyetle ihdası bir kere yalnız bu sebepten tercih edilmek icabeder (s. 86). Bu cümleden olarak — bu vasiyet şekillerinin kaldırılması kararlaştırılacak olursa — acaba bunları, gayrı melhuz sebepler dolayısıyla âcil bir vasiyetname tan-

ziminin zarurî görüldüğü, fakat resmî şekle riayet artık mümkün olmadığı veya kimseden istenemeyeceği hallerde, hiç olmazsa fevkalâde vasiyetname (zarurî vasiyetname) olarak muhafaza ve idame etmek caiz olup olmadığı meselesi mevzuubahs olabilir. Muhtıranın noktai nazarına göre bu da hukukî emniyetsizlik doğurabilir ve bundan başka resmî vasiyetnamenin o derece itibar ve hükümden düşmesini intaç eder ki amelî olarak ortada bu vasiyetnameden eser bile kalmaz: Bu takdirde «el yazısıyle vasiyetname» yi umumiyetle «de iure» kabul etmek daha müstakimane bir hareket olmaz mı? (s. 97-93).

Fakat bu manî sebeplerden sarfınazar alenî (resmî) vasiyetnamenin tâbî olduğu şeklin daha ciddî ve vekarlı ve bu sebeple hukukî fiilin ehemmiyetine daha uygun olduğu iddiası ancak ihtirazî kayıtla kabul edilebilir. Salâhiyettar memur, — belki bir de üstelik resmî daire (büro) odalarında veya mahkeme koridorlarında uzun boylu beklemekten kızmış, canı sıkılmış — bir murisin karşısına bürokratik bir lâkaydi ve soğuklukla dikilir ve, şifahî vasiyetnamenin en ciddî ve tantanalı şekli dahi mevzuubahs olsa bile, murisin irade beyanını hiç bir alâka ve yakınlık göstermeksizin sadece zapta geçirmekle iktifa ederse ve bahusus bu meyanda (arabacı makulesi, iş takip etmeği kendilerine meslek ittihaz etmiş bulunan kimseler, köşebaşlarında bekliyen komisyoncular ve muameleciler) muhitine mensup «profesyonel şahitler» milletin mümessilleri sıfatiyle icrayı faaliyet edip (s. 63) kanunî muamelenin resmî ciddiyet ve mahremiyetini ihlâl ederlerse, işte o vakit hâkim veya noter huzurunda vukubulan bir vasiyetname tanzimi dahi ciddiyet ve vekardan mahrum br seyir takip edebilir. Müziği yaratan «ton» dur. Son zamanlara gelinceye kadar evlenme memurluğunda yapılan bir evlenme akdi ekseriyetle insanı âdetâ yeise sevkedecek soğukluklar arzeden bir hâdise idi; mahkeme veya noter huzurunda bir vasiyetname tanzimi — herhalde büyük şehirlerde — bu soğukluk ve donukluk itibariyle evlenme akdinden hiç de aşağı kalmıyordu. Bunun değiştirilebilip değiştirilemeyeceği ciheti resmî (alenî) vasiyetname bahsinde tetkik edilecek bir meseledir. Şu var ki murisin «kendi sessiz ve mütevazı odacığında» salim bir kafa ile ciddî düşünüp taşındıktan ve ekseriyetle yakınlarının objektif bakımından vakıfane ve vazife şuuruna müstenit müzakere ve müşaverelerinden sonra son arzusunu kayıt ve tesbit etmesi, vakit ve para sarfederek kendisince nahoş bürokratik formal bir muameleye tâbi olmaya mecbur tutulmaktan herhalde daha ciddî ve vekarlı bir manzara arzedebilir. Onun

için ciddiye ve vekarın (merasmin) mucip sebep olarak ileri sürülmesi şimdilik bir tarafa bırakılırsa, daha iyi olur.

3) Halbuki objektif itirazlar daha ağır basmaktadır. El yazısıyla tanzim edilen vasiyetname şekline karşı evveleminde pek haklı olarak şu tarzda bulunmaktadır: Bu vasiyet şekli, ölenin son iradesinin daha sahih, daha emin ve daha süratli bir şekilde alâkadarların ıttılana arz edilmesi vazifesini aleni vasiyet şekline nazaran çok daha nâtamam olarak ifa etmektedir. Bundan şu mahzurlar doğmaktadır: Sahte vasiyetname tanzimi, vasiyetnamenin tahrifi, meydana çıkarılmayıp saklanması veyahut tamamiyle meçhul kalması vesaire! (Muhtıra, s. 42-43). Sahtekârlık ve tahrif imkânlarına karşı şu mütalâalar serdedilebilir: Bugün yalnız, eski zamanlara nisbeten daha ziyade artmış bulunan «senet ve vesaik karşısında duyulan hukukî — ahlâkî hürmet» değil, aynı zamanda bir senedin sıhhatinin modern grafolôjik, fotoğrafik ve kimyevî usullerle tahkik ve tesbiti bu gibi halleri nadir müstesna vak'alar haline getirmektedir. (Keza v. Hippel, 175 ve müt.). Yazı işaretlerinden gayri bir surette, meselâ bilhassa yırtmak, çizmek gibi «menfi mahiyette fiillerle» vukubulan ve muris tarafından yapıldıkları ve bu sebeple vasiyet kanununun (33) üncü maddesinin (2) nci fıkrasıyla halen teyid edilmiş bulunan madde 2255 mucibince bir «rücu» mânasını tazammun ettikleri hissini uyandıran tadilât ve tahrifata karşı bu usul ve vasıtaların hiç bir faydası yoktur, çünkü husule gelen intibahın red ve cerhedilmesi, yani aksi varid olduğunu isbat güçtür. «Tahrifat, doğrusunun yerine gizlice sahte vasiyetname sürmek veyahut bir vasiyetnameyi gizlemek (meydana çıkarmamak) tehlikesi-ne: — Avusturya Medenî Kanununun başlıca yaratıcılarından biri olan (Franz v. Zeiller) tarafından el yazısıyla tanzim edilen vasiyetnamenin ihdasına karşı son dakikaya kadar (hiç bir netice elde edemeden) muhalefet edilecek derecede — ehemmiyet ve ciddiye atfedilmiş bulunulması» tarihî hâdîsesi bilhassa kuvvetli intiba bırakmış görünmektedir (bu hususta bakınız: Pfaff und Hofman II, s. 143).

(Eugen Huber) de bu sebepten «el yazısıyla vasiyetname» ye karşı fevkalâde şüpheli ve mütereddit bir vaziyet almış ve İsviçre Medenî Kanunu vücuda getirilirken mezkûr tehlikelerin «bir idâ mecburiyetini ihtiva eden mücbir bir hüküm» ile karşılanmasını istemişti (bu hususta bakınız: v. Hippel, sahife 175, bilhassa (1) ilâ (3) numaralı notlar. Egger = Escher, madde (505) e ait (2) numaralı haşîye). Keza o da bir netice elde edememiştir, Muhtıra, vasi-

yetnemenin bir hüküm ifade etmesi için zarurî bir şart olarak resmî mahiyetteki idâi şu doğru «mucip sebeple» reddetmektedir: Bu kabil bir mecburiyet bir yandan, el yazısı ile tanzim edilen vasiyetnameyi, kapalı bir yazının ait olduğu makama tevdiî esasına dayanan (bu usulü yeni vasiyet kanunu da muhafaza ve idame etmiştir madde 11, fıkra 2) resmî (alenî) vasiyetname şekline o derece yaklaştırabilir ki bu takdirde el yazısı ile yapılan vasiyetname alenî vasiyetname ile mezcedilse daha iyi olurdu, öbür yandan el yazısı ile tanzim edilen vasiyetnamenin haiz olduğu en başlıca rüchanîyet, yani «resmî makamların — nasıl olsa bir kere milletin geniş tabakalarında derin bir antipati ile karşılanan — her türlü iştirakinden sakınma veyahut müstağni olma keyfiyeti» ihlâl edilmiş bulunup bu sebeple ya alâkadarların bu «tanzim şekli» nden de ictinabını mucip olurdu, veyahut makul ve idame edilmeğe değer vasiyetnamelerin butlanına yeni bir kaynak teşkil ederdi (Muhtıra, s. 55). Bu sebeple sadece alâkadarın «vasiyetnameyi resmî bir makama tevdi» hak ve salâhiyeti ile ve bu hak ve salâhiyeti kendi nef'i bakımından istimalin tavsiye edilmesiyle iktifa edilmek icap edecektir. Aynı zamanda Muhtıra, «v. Hippel» in (s. 117 ve müteakıp; 186, 188 ve müteakıp) «resmî bir dairede hıfzedilme keyfiyeti» nin, bunun devamı müddetince «şekil noksanının vasiyetnamenin meriyetine mani teşkil etmemesi imtiyazı» ile birleştirilmesi şeklinde ileri sürdüğü teklife, haklı olarak, ittiba edemiyeceği kanaatindedir: Çünkü şekle müteallik herhangi bir şartın yerine alelâde bir (idâ) ın ikamesi, senedin (vasiyetnamenin) sıhhatini tekeffüle kâfi gelmemekte olup «vasiyetname muhtevasının düşünülüp taşınılarak vücuda getirildiğini farz ve kabul» keyfiyetini daha ziyade şüpheli bir hale getirirdi (s. 55-56). Yeni vasiyet kanunu bu mülâhazalara uyarak Medenî Kanunun 2248 inci maddesinin şimdiye kadar mer'î hükmü dışına çıkmamıştır (§ 22).

Onun için, el yazısı ile tanzim edilen vasiyetname muhafaza ve idame edilmek istendiği takdirde, bu tehlike ve mahzurlarla iktifa etmek icabedecektir ve ancak, vasiyetnamenin meydana çıkarılmayıp saklanması veya tahrifi veya tamamıyla meçhul kalması gibi hâdiselerin (bunların tesbiti bittabi fevkalâde zordur) muhtemelen ender vukubulacağı keyfiyetiyle müteselli olmak imkânı mevcut olacaktır.

4) Murisin iradesinin, alâkadarların ıttılama hiç veyahut hakiki şeklinde erişmemesi ve bu suretle fiilen bir hüküm ifade edebilme kabiliyetine ulaşmaması tarzında tecelli eden bu mâni sebeplerden

— bunlar, «vasiyetnamenin beka ve mevcudiyetine müteveccih tehlikeler» namı altında toplanabilir—, ciddî ve etraflı tetkik edildikte, «ölüme bağlı tasarrufun muhtevasını alâkadar eden diğer bir mâni sebep» daha az önemli olsa gerektir: Vasiyetnamenin tanzimine, «işten anlar, yani sahibi salâhiyet makam» sıfatiyle resmî bir dairenin her türlü iştirakinin tamamıyla ademi mevcudiyetinin, bittecrûbe, bir taraftan gayrı vazih, muhtelif manalı ve tezatlarla dolu, diğer taraftan vazife şuuruna, içtimâî zihniyete aykırı tasarruflar husulüne sebep olduğu söylenmektedir. Ve yine ilâve edilmektedir ki bunlar alenî vasiyetname usulü sayesinde, tamamıyla ortadan kalkmasalar bile, zararları herhalde yine önemli derecede azalmış bulunan mahzurlardır. Bunlar «vasiyetnamenin muhtevasına müteallik tehlikeler ve mahzurlar» diye vasıflandırılabilirler.

Evvelemirde şu cihet belirtilmelidir ki bu deliller, ancak şu iki şart tahtında bir «isbat kuvvetini» haiz olabilirler: 1) Bir kere kapalı bir yazının ait olduğu makama tevdiî esasına istinad eden resmî (alenî) vasiyetname şekli izale edilir ve yegâne vasiyetname şekilleri olarak şifahî usulle açık bir yazının tevdiî usulü tecviz edilirse; 2) Ve nihayet bu her iki vasiyetname şeklinde hâkimin veya noterin vasiyetnamenin tanzimine iştiraki keyfiyeti, şimdiye kadar olduğu gibi başlıca musinin iradesinin sadece muhatabı olmak, veya hüt vasiyetnamenin yazılması işinde yardımcı vazifesini görmek gibi pasif bir rol halinden çıkıp fikrine ve vasayasına müracaat edilen bir yardımcının aktif rolü haline gelirse!

a) «Muhtevaya müteallik tehlikeler ve mahzurlar» bakımından, ait olduğu makama kapalı bir yazının tevdi ve teslimi ile «el yazı» ile tanzim edilen vasiyetname» arasında hiç bir noktada «de iure» bir fark mevcut olmadığı bedihidir ve yazının bir noter, avukat veya yahut kanundan anlıyan sair bir kimse tarafından tanzim ettirilmesi veya her ne olursa olsun mezkûr şahıslardan birinin vesaya ve rehberliğine müracaat edilmesi şeklinde tecelli eden ve iyice taammüm etmiş bulunan örf ile de ortadan kalkmış olmaz (Muhtıra, s. 68, 70). Çünkü musî, mezkûr kapalı vasiyetnameyi kanundan anlıyan bir kimsenin yardımına müracaat etmeksizin veya hattâ gayrı meşru usullerin veya yahut bir başkasının hile ve desise kullanarak gizlice mirasa konmak için sarfettiği gayretlerin tesiri altında kâleme almış veya yahut dikte etmiş olsa bile, vasiyetnameyi tevsik eden memur için vasiyetnamenin muhtevasına ittila kesbetmek gibi kanunî bir imkân kat'iyen mevcut değildir. Kendisi ancak, vasiyetnameyi herhangi bir mürakabe salâhiyetini haiz olmaksızın tesel-

lüm ve şu hâdiseyi zapta geçirerek tesbit etmekle mükelleftir. Kapalı bir yazının teslim ve tevdiî esasına dayanan «vasiyetname tanzimi şekli» nde ısrar eden yeni vasiyet kanunu da (madde 11, fıkra 2) bu hususta hiç bir değişiklik yapamamıştır. Vasiyetname muhtevasının, muameleyi tevsik ve tesbite memur kimseden ve şahitlerden gizli tutulması ise bilhassa bu vasiyet şeklinin hususiyeti haiz bir rüchaniyeti olarak talâkki edilmektedir ve miras hukuku komisyonunun kanaatine göre mezkûr vasiyetname şeklinin muhafaza ve idamesini meşru kılmaktadır.

Fakat açık bir yazının tevdi ve teslimi keyfiyetinde eski ahkâma göre vaziyet keza hemen hemen aynıdır: Burada memur, vasiyetnamenin muhtevasına ıttıla kesp ve icap ettiği takdirde de bazı vesaya ve ihtarda bulunarak müdahale edebilirdi; fakat yine müdahale etmeğe mecbur değildi: Vasiyetnamenin tevdi ve teslimine müteallik protokolü hatasız tanzim ve vasiyetnamenin şekil bakımından butlanını intac edebilecek her türlü hareketten ictinab etmekle kendisine düşen vazifeyi yapmış olurdu. Fakat ait olduğu makam huzurunda şifahen yapılan vasiyetnamede de memurun tavsiyede ve ikazda bulunma vecibesi, son zamanlara kadar cari hukukî talâkkiye göre bu ölçüyü hemen hemen aşmamıştır (Muhtıra, delillere istinad ederek, sahife 77 ve müteakıp). Buna, olsa olsa memurun, murisinin iradesinin gayeye uygun ve herhangi bir suifefehüme yer vermiyecek bir ifade iktisap etmesini teminle mükellef olduğu ciheti inzıam etmiştir.

b) Bu sebeple bu hukukî teamülde (bu ahkâmda) ısrar edildiği takdirde, makul ve vazife şuurunun hâkimiyeti altında vücut bulmuş bir «vasiyet muhtevası» nın garantileri, resmî (alenî) vasiyetnamede, el yazısıyla tanzim edilen vasiyetnameye nazaran ya hiç mesabesinde değildir veyahut ancak cüz'î derecede daha kuvvetlidir. Filvaki daha (1933) denberi hukukî tekâmülün aldığı istikamet dolaşısıyla resmî vazifelerinin (mevkilerinin), gerek hâkim, gerek notere daha derin bir «öğüt ve ikaz» vecibesi yüklediği tabîî ve bediî idi (bakınız: madde 15 R. Not O. = Reich noter nizamnamesi). Muhtıra, bu kabil bir vecibenin mücbir bir hüküm halinde kanunda açıkça ifade edilmesini bittabi şayanı tavsiye bulmamaktadır. Çünkü bu keyfiyet: insan psikolojisi, insanların hususiyeti hakkındaki bilgileri ve iz'an duyguları bu zor vazifeyi başarmaya kâfi gelmeyen memurları, haddini bilmeden oraya buraya burnunu sokarak başkalarının mahremiyet sahasını kurcalayıp karıştıran bir kimse ve bir ahlâk hocası mevkiine zorla sürüklileyebilirdi ve bun-

dan başka bu gibi memurları, memnun olmıyan mirascıların nahos tazminat davalarına da maruz bırakabilirdi. Fakat bununla beraber Muhtıra, kazai tatbikatın veya mahkemeler ichtihadının bu «ikaz ve öğüt vecibesi» ni bu yolda kuvvetlendirip geliştirmelerine intizar edildiğini ifade etmektedir; bunun, kanunda, pek derinlere ve teferruata gitmeyen gayrı mücbir bir hükümde ifadesini bulup bulmaması lâzımgeldiği cihetini ise açık bırakmaktadır (s. 81-82). Halbuki bu arada yeni vasiyet kanunu, gayrı mücbir bir hüküm şeklinde olmak üzere bu kabil bir vecibenin tesisine karar vermiştir: Madde 15 mucibince hâkim veya noterin musiye (murise) yalnız, yapmak istediği vasiyetin mer'iyeti hakkındaki şüphe ve mahzurları bildir-mesi ve söylenen şeylerin muhtevasını ve bunu müteakıp muris tarafından yapılan beyanatı zapta geçirmek suretile tesbit etmesi de-ğil (fıkra II), aynı zamanda murisin, yaptığı şifahi beyanın veya açık olarak tevdi ettiği yazının muhtevasına karşı mevcut mani sebeple-re nazarı dikkatini celbetmesi de lâzımdır (fıkra I). Fakat bizzat bu kabil bir vecibenin kanunî müeyyide hüviyetine bürünmesi halin-de bile, — en ince teferruatına varıncaya kadar her şeyi eksiksiz tetkik gözünden geçiren bir «vasiyetname mürakabesi» nin tahak-kuk edeceğine dair — aşırı bir ümit ve hayale kendini kaptırmadığı için Muhtıraya hak vermek icabeder: Muhtıra pek haklı olarak şu noktayı işaret etmektedir ki muris, vasiyetnamede vecibe şuuruna (ahlâkî şuura) aykırı hükümleri masumane ifade tarzlarıyla gizle-yebilmek için yine ekseriya imkânlar bulacaktır (sahife 78); fakat «vuzuh ve tenakuzdan azadelik» meselesinde de, memur tarafından vasiyetname muhtevasının hukukî - teknik bakımdan kesin ve açık şekilde formüle edilmesi gibi muhassenata mukabil diğer taraftan çok defa murisin hakikî iradesinin sakat bir şekilde aksettirilmesi gibi mahzurlarla da karşılaşıldığı keyfiyetinin mevzuubahs olduğunu unutmamaktadır (s. 49 ve müteakıp).

c) Bir taraftan böylece, resmî (alenî) vasiyetnamede vasiye-tin objektif ve ahlâkî bakımdan mahzurlu münderecatına karşı (mevzuubahs olan) garantiler bizzat bu kabil bir «ikaz ve öğüt ve-cibesi» nin ihdası halinde bile sadece meşrut ve nisbî bir kıymeti haiz olursa, o vakit diğer taraftan, muhalif fikirde olanların iddia ettik-leri gibi, hususî vasiyetnamenin de acaba hakikaten bittecrübe ek-seriyetle gayrı makul, kaprisli, gayrı vazih, üçüncü şahısların tesiri altında kalmış bulunup bulunmadığı veyahut hattâ ahlâkî zihniyete aykırı olup olmadığı meselesi ortaya çıkar. Şüp-hesiz bu noktanın da tetkik ve tesbiti güçtür ve an-

cak vasiyetnamenin açılmasıyla tavsif edilmiş bulunan tekml (Amtsgericht) ler nezdinde açılacak şümüllü bir anketle bir dereceye kadar itminanbahş bir şekilde tesbiti mümkün olabilir. Fakat bu tenkitler dahi, mevcut tecrübelerle müsteniden, herhalde yine haddinden fazla mübalâgalı görünmekte ve karısını ve çocuklarını aileye yabancı kimseler lehine mirastan mahrum bırakan ve yahut mirasa konmak izin sinsice sokulan ikinci bir kadının veya hut habis bir mahlûkun veya hut bir sevgilinin eline düşen veya hut her defasında daha ziyade muhakemesiz ve daha fazla tezatlarla dolu bir manzara arz etmek üzere her hafta yeni bir vasiyetname tanzim eden kaprisli veya başkalarından kötü öğütler almış yahut gayri ahlâkî tesirler altında kalmış, asosyal bir muris tipi, Alman «hukukî hayatı» nın realite sahasından ziyade «el yazısı ile tanzim edilen vasiyetnamenin hasımları» nın muhayyilelerinde yaşıyan marazî bir tezahür intibahını bırakmakta olup gerek «v. Hippel» (s. 166), gerek Muhtıra (s. 45-47, 49) hususî vasiyetnamenin de normal olarak ahvalin ekseriyeti azimesinde makul veya hiç değilse anlaşılır, imlâya gelir, nisbeten müstakil ve «vecibe şuuriyle muayyen» bir muhtevaya sahip olduğunu kabul ettikleri için haklıdırlar. Bunun aksi bir manzara arzeden «ender istisnâî haller» ise çok defa medenî kanunun 104 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrası, veya 105 inci veya hut 138 inci maddeleri hükümleriyle bertaraf edilmektedirler, — aynı zamanda halen yeni vasiyet kanununun (2) nci maddesinin ikinci fıkrasıyla 48 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları kanunu medenînin mezkûr maddelerine kısmen tetabuk etmekte, kısmen de fevkalâde kıymetli bir genişleme temin etmiş bulunmaktadır — veya, takviye edilmesini temenni ettiğimiz, «mahfuz hisse» talep hakkıyla lâayık oldukları sınırlara defedilebilirler. Binaenaleyh geriye kalacak olan (geriye kalacağı farz ve kabul edilen) kısım ise «el yazısı ile vasiyet» müessesesinin umumiyetle mahkûm edilmesini muhik kılmamaktadır.

d) Bilhassa vasiyetname tanzimindeki hususî «mahremiyet» in, aksi mânada neticeler husule getirebileceği ve musinin hakikî «son» iradesinin her türlü tesirden azade bir şekilde «müstakil olarak, iyi düşünülüp taşınmış bulunması ve izharı» keyfiyetini temin edebileceği ve edebildiği düşünülecek olursa, mezkûr vasiyet şekli hakkında bu tarzda bir hüküm vermek imkânı o nisbette azalır. İktisadî (malî), ailevî ve şahsî vaziyetinin, önünde açılıp saçılmasından ekseriya anlaşılır sebeplerden çekindiği ve ketumiyetine karşı, ne kadar haksız da olsa, belki bir itimatsızlık beslediği — ekseriya ken-

disine yabancı ve belki yine ekseriya hiç de fevkalâde sempatik olmayan — bir memurun iştiraki olmadan, «ferdî bakımdan kendi kapalı sahası» içinde son arzusunu kayıt ve tesbit eden ve «hal ve şartların değişmesi» halinde keza aynı şekilde mahremane ve kolaylıkla tekrar değiştirebilen bir kimse: kendini kanunî mirascılıktan inhıraf etmek veya onu tamamlamak vazifesiyle mükellef hisseden ve fakat kanunun, alenî bir vasiyetnamenin zahmetlerini, güçlüklerini, masraflarını ve «endiskresyonlarını» omuzlarına yüklediği, mâna ve muhteva bakımından vasiyetnamede yapılması muhik ve meşru görülen herhangi bir değiştirmenin mevzuubahs olduğu hallerde de bütün bu formalitelere riayet etmeğe icbar ettiği bir kimseden her halde ekseriya daha iyi düşünüp taşınarak, daha vazih, daha müstakil, gayeye ve matluba daha uygun ve vazife şuuriyle daha ziyade mütehalli olarak vasiyette bulunacaktır. Binaenaleyh her iki vasiyet şeklinin «muhtevaya müteallik mahzur ve tehlikeleri» hiç değilse yekdiğerini karşılıklı ifna etseler gerektir.

a) Fakat en mühim olan ve en ağır basan «şekle müteallik tehlike ve mahzurlar» dır. Şekle müteallik halen mer'î hükümlerin: el yazısıyla tanzim edilen vasiyetname hakkında, korkulacak derecede geniş vüs'atta ve keza yine pek mütenevvi derecede olmak üzere «mücbir mahiyetteki hükümlere karşı aykırı bir hareket» imkânını ve bu suretle de «tekmil vasiyetnamenin mutlak butlanı» imkânını husule getirdikleri inkâr ve münakaşa edilemez. Çünkü Alman Medenî kanununun 2231 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının ihtiva ettiği «görünüşte fevkalâde basit ve kolay kabili tatbik şekil ve merasimlerin» (temyiz mahkemesi üyeleri tarafından çıkarılmış bulunan meşhur Medenî Kanun Şerhi de — 8 inci basılış 1935, 2231 inci maddeye mahsus 3 numaralı haşiye — daha hâlâ aynı fikirde bulunmaktadır) «hüsnüniyet sahibi ve kanunu bilmeyen kimseler için yavaş yavaş tehlikeli bir tuzanın karmakarışık ağları haline gelmiş bulunması», bu müessesenin «trajik problematiğinin» hakikaten başlıca sebebidir (Boehmer, Alman Hukuku Akademisi Mecmuası, yıl 1938, s. 264). Ve bu trajik problematikten ancak kabli bir görüş ve duyuş, bugün halâ tecahül edebilir. Bu meseleyi, «hukukî emniyet için tehlikeli oluşu» ve karmakarışıklığı bakımından meydana çıkarmış olmak gibi bir hizmet, (F. v. Hippel) in (Formalismus und Rechtsdogmatik, Hamburg, 1935) namındaki eserinin başarısıdır. (Aynı müellifin: Juristische Wochenschrift namındaki haftalık hukukî mecmuanın 1938 yılı sayısının 625 inci ve müteakıp sayfelerinde çıkan «Rechtsform und Rechtsformalismus = Hukukî Şekil ve Hukukî

formalizm» başlıklı yazısına da bakınız; ve ilâveten Boehmer'in Alman Hukuku Akademisi mecmuasında çıkan yukarıda mezkûr makalesine de müracaat), «El yazısıyle vasiyet» usulü kurtarılmak istendiği takdirde, bu hukukî an'anenin (ahkâmın) bu şekilde kalması caiz olmadığı ciheti yavaş yavaş Alman milletinin ve Alman hukukçularının — burada hakkın koruyucuları, hakkın nighbanları mânasına gelen «Rechtswahrer» tabiri kullanılmıştır. «tercüme eden» — geniş muhitlerinde kanaat haline gelmiştir. Ve keza yine bu cihetin, şekil ve merasimin daha ziyade güçleştirilmesi suretiyle, meselâ vasiyetnamedeki imzanın resmen tasdik edilmesi şartı gibi, hususî vasiyetname ile alenî (resmî) vasiyetname arasında bocalıyan, pratik bakımdan az işe yarar, karakersiz bir müessese ile değil, bilâkis ancak fuzulî veya faydasız ve mânasız bir hale gelmiş bulunan «şekil ve merasime müteallik hükümler» in ortadan kaldırılması veya gevşetilmesiyle mümkün olabildiği veya olabileceği kanaati husule gelmiştir. Bilhassa vazı kanunun her iradesinin, tahakkuk edebilme ümit ve imkânını taşıyabilmek için, (aykırı hareket halinde) «butlan neticesi doğuran sulp - dogmatik bir mücbir hükme muhtaç olmadığı» hakikatı gittikçe artarak nüfuz ve hâkimiyet kazanmıştı: Gayri mücbir hükümler dahi — kendilerine riayet edilmesi için — umumiyetle kâfi derecede «motivasyon kuvvetine» sahiptirler. Fakat diğer taraftan, şayet müstesna olarak nazarı itibara alınmayacak olurlarsa, hukukî muamelenin butlanı gibi mezkûr ahkâmın takip ettiği maksada ekseriya uygun bulunmayan bir neticeden tavakki edildiği tarzında tecelli eden bir faydayı da hazırlarlar (12). Muhtıra da bu kanaate iştirak etmekte ve ekseriya «v. Hippel» tarafından yapılmış olan bir sürü tekliflere karşı tenkidî vaziyet almaktadır. (s. 54 - 61). Bütün bu münferit ve müteferri meseleleri ilmi bir derinlikle ve ciddiyetle tetkik etmek burada mümkün değildir. Bu meseleye dair esas kanaatimiz hakkında okuyucularımızın nazarı dikkatini Alman Hukuku Akademisi mecmuasında çıkan mezkûr yazımıza celbetmek isteriz. En mühim münferit ve müteferri meseleler, kanaatimizce, aşağıda zikredilen noktalardır:

- a) Gerek vasiyetname muhtevasının, sahibinin bizzat el yazısıyle tesbit edilmiş bulunması, gerek vasiyetnamenin, sahibi tara-

(12) Bu hususta Heinrich Lange'nin «Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht» namındaki mecmuada çıkan yazısına da müracaat: yıl 1938, sahife: 578.

fından bizzat imzalanması usulüne, resmî bir daireye hıfzedilmek üzere tevdi edilen vasiyetnameler de dahil olmak üzere, («v. Hippel» in fikrine muhalif olarak, s. 117, 118, 188) riayet edilmesi icap ettiği noktasında miras hukuku komisyonu müttefikan aynı kanaattedir (Muhtıra, s. 54,55,56). Yalnız, «imzayı» haddinden fazla sıkı şartlara bağlamamalı; bilâkis alâkadar şahıslara; murisin vasiyetnamenin sahibi olduğu keyfiyetini (hüviyet meselesini) açık ve kat'î şekilde tesbit etmek imkânını veren her türlü işaret, meselâ bu meyanda sadece övad, lâkab, namı müstear, ailevî mevkiin yazılması vesaire, kâfi addedilmelidir. (Keza «v. Hippel» dahı aynı fikirdedir. s. 184 ve müteakıp). Mamafih Muhtıra, öz adla soyadının yazılması cihetinin kanuna, gayrı mücbir bir hüküm olarak kabul edilmesini istemektedir. Şayanı memnuniyettir ki yeni vasiyet kanunu, (21) inci maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında bu tekliflere ittiba etmiştir (18). Buna mukabil Muhtıra, vasiyetnamenin ancak imza edilmekle tekemmül etmesi zaruretinden (tekemmül meselesi) — bu meselede daha geniş yürekli davranmış olan «v. Hippel» in aksine — normal olarak sarfınazar edemiyeceği kanaatini taşımakta, mamafih müstesna hallere müsaade etmek istemektedir (s. 57). Vasiyet kanunu da, «imza»nın mecburî karakterinde ısrar etmekte (madde 21, fıkra 1) ve bu suretle Muhtıranın teklifine iltihak etmiş bulunmaktadır: Münferit hallerde bu şarta ne zaman tahakkuk etmiş nazariyle bakılabileceği ciheti ise, şimdiye kadar olduğu gibi, kazâî ihtihada bırakılmaktadır.

b) Vasiyetnamenin tanzim edildiği **yerin** ve **tarihin** vasiyeti yapan kimsenin **el yazısı**yle ve **doğru** olarak tesbiti şartları bugüne kadar en mebzul ve aynı zamanda en tahripkâr butlan kaynaklarını teşkil etmekte idi. Bu şartlardan birincisi (vasiyetin yapıldığı yerin, vasiyetname sahibinin el yazısıyle yazılması zarureti): bilhassa «mahallin matbu olarak yazılı bulunduğu yani bugün umumiyetle kullanılan (matbu başlıklı) mektup veya büro kâğıtlarındaki» vasiyetnamelerin — diğer bakımlardan istenildiği kadar tamamiyle hatadan âri ve muhteva bakımından da bir o kadar daha makul ve vazife şuuriyle mütehalli bulunsunlar — şifasız bir butlana uğramaları neticesini doğuruyordu. Gerek Hamburg'daki «Landgericht» in bu şartı — halkın sağlam duygularına istinad ederek — ilk defa kökünden söküp atan, heyecanlı alâka doğurmuş ve birçok münaka-

(13) Bu hususta bakınız: Vogels, madde (21) e mahsus (7) ve (8) numaralı notlar.

şâ-ara yol açmış bulunan 21. 11. 1937 tarihli kararı (JW. 1938, s. 107), gerek «Kammergericht» in buna zıt olan 3. 2. 1938 tarihli (JW. 1938, s. 680) kararı, — «Kammergericht» 28. 4. 1938 tarihli başka bir kararıyla de JW. 38, s. 1720) mezkûr kararda ısrar etmiştir — (bu hususta bakınız: v. Hippel'in yukarıda zikredilmiş bulunan ve Juristische Wochenschrift'te çıkan yazısıyla «1938. s. 625 ve müteakıp» Boehmer'in Alman Hukuku Akademisi mecmuasında, = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht çıkan yazısı» 1938, s. 264 ve müteakıp) âdetâ trajik bir manzara arzeden vaziyeti kuvvetli bir ışıkla aydınlatmaktadırlar ve ta başlangıcındanberi (esasından) matluba aykırı ve isabetsiz, ve muamelâtta vukubulan tarakki ve takâmül neticesinde Alman Medenî Kanununun doğuşundanberi de gittikçe daha manasız bir hale gelmiş bulunan bu «hüküm» kanuna sadık olan hâkimî böyle şayanı teessür bir vaziyete düşürebilir. Onun için Muhtıranın, (v. Hippel'le — JW. 38, s. 633 — ve Boehmer'le birlikte) «vasiyetnamede mahallin ve tarihin yazılması» cihetinin Avusturya Medenî Kanununun 578 inci maddesi örneğine göre gayri mücbir bir hüküm halinde hafifletilmesini teklif etmiş bulunması hararetle tasvip edilmek gerektir (s. 57, 58). Şayanı memnuniyettir ki yeni vasiyet kanunu, (21) inci maddenin ikinci fıkrasında, mahallin ve tarihin yazılması» cihetini «zarurî olmakla beraber şayanı tavsiye» addetmek suretiyle Muhtıranın bu baptaki kanaatine iştirak etmiştir. Yeni vasiyet kanunu (madde 21, fıkra 5), «tarihin» tasrih edilmemiş bulunması halinde, — musinin hacir dolayısıyla bir müddet vasiyet ehliyetinden mahrum kalmış bulunması veyahut birbirini nakzeden müteaddit vasiyetnameler tanzim etmiş bulunmasından doğabilecek — «vasiyetin muteber oluşu hakkındaki şüpheleri»: bu kabil vasiyetnameleri ancak, zarurî ve mühim noktaların tahkik ve tesbiti başka suretle de mümkün olduğu takdirde, muteber addetmekle ortadan kaldırmak istemektedir. Vasiyetnamede mahallin gösterilmemiş bulunması dolayısıyla vasiyetnamenin muteber oluşuna karşı şüphe ve tereddütler husule gelirse — ki bu bilhassa Alman Medenî kanununun tatbikına methal vazifesini gören kanunun (11) inci maddesinin I inci fıkrası (2) kaziyesi bakımından mühimdir — aynı şeyin bu nokta hakkında da mer'î olması tensip edilmektedir. Bu suretle bu gibi hallerde, tarihi atılmamış vasiyetnamenin bir hüküm ifade ettiğine dair isbat külfeti, gerçi, bunu iddia eden kimseye yüklen-

miştir (14), fakat artık bundan böyle, isbat vasıtaları herhangi takyidata maruz kalmaksızın, keyfiyetin; her ne şekilde olursa olsun; isbatı tecviz edilmiş bulunmaktadır. Şekle müteallik şartlara riayet edildiği cihetinin isbatını, ancak vasiyetnamenin bizzat yazılı bulunduğu vesikaya istinaden tecviz etmek istemiş olan kazai icthadın bugüne kadar cari tatbikatı ile artık kat'i surette alâka kesilmiş bulunmaktadır. Keza, aynı zamanda en mütenakız ve amelî bakımdan en tahammül edilmez kararları husule getirmiş bulunan, «vasiyetin tarih ve mahallinin doğruluğu» meselesi de bu suretle halledilmiş bulunmaktadır. Fakat «tarih atma» mecburiyeti ortadan kalkınca, diğer taraftan bu sefer ek mahiyetindeki ilâveler ve tadilât için de «vasiyet sahibinin el yazısı ile imzası» hususunda ısrar etmek («v. Hipper» in aksine olarak, sahife 186) miras hukuku komisyonuna lâzım ve zarurî görünmektedir. Çünkü komisyonun kanaatine göre, aksi takdirde — komisyon, Alman kanunu medenisinin «2255 inci maddesi [bugün yeni vasiyet kanunu, madde (33), fıkra (2)] ahkâmı dolayısıyla münhasıran menfi manadaki iptaller (vasiyetnamenin imhası veya yazılı bir irade beyanının iptali manasına gelen tadilât) müvacehesinde müsbet mânadaki tadilât için» böylece husule gelen tenakuzu müdrik olduğu halde — tahrif tehlikesi daha ziyade artmaktadır. [Mezkûr madde metninin türkçe tercümesi: Musinin, vasiyetnameyi feshetmek maksadıyla vasiyetin yazılı bulunduğu evrakı imha etmesi veyahut mezkûr vasiyetname üzerinde, «yazılı bir irade beyanını feshetmek iradesi» ni örfen ifadeye salih bulunan değişiklikler yapması suretiyle de bir vasiyetname iptal edilebilir. Eğer muris, vasiyetin yazılı bulunduğu evrakı imha ederse veya izah edildiği veçhile değişiklikler yaparsa, vasiyetnamenin iptalini kasdetmiş olduğu farz ve kabul edilir. — (tercüme eden)] Yeni vasiyet kanunu, «müstakil bir vesika üzerinde (halinde) yazılmış bulunan (ek vasiyetnameler) için ayrıca bir şekil ve merasim kolaylığı vücuda getirmediği» nisbetinde olmak üzere, bu noktada Muhtırayı takip etmiştir. Buna mukabil mezkûr kanun, vasiyetnamenin yazılı bulunduğu evrak üzerinde yapılan ilâvelerin ve değişikliklerin ayrıca ve yeniden imzalanmasını istemez görünmektedir (15).

(14) Bu hususta bakınız: Vogels, madde (21) e mahsus (13) ve (14) numaralı notlar.

(15) (Vogels) dahi muhakkak surette aynı fikirdedir. Madde (21) e mahsus (8) numaralı haşiye.

c) Gayet tabii görünen diğer bir şekil kolaylığı da karı kocanın müştereken tanzim ettikleri vasiyetname için zaruri olarak ortaya çıkmaktadır. Alman Medeni Kanununun — dikkatli ve ihtiyatlı hesap ve tahminlere göre «el yazısı ile tanzim edilen vasiyetnameyi alâkadar eden bütün butlan vak'alarının en az yüzde on beşine» sebebiyet vermiş olan — tamamiyle isabetsiz ve halktan bir kimsenin nazarında anlaşılmaz bir mahiyet arzeden hükmünün kalkması icap ediyordu: Gayri mücbir bir hüküm karakterini taşımak suretiyle «mahallin ve tarihin yazılması» ile birlikte «karı kocadan diğerinin alelâde imzası» kâfi gelmelidir. Vasiyet kanunu (madde 28, fıkra 2), bu noktada Muhtıranın tekliflerine ittiba etmiştir (16).

6) Zatî vasiyetnamenin butlanının başlıca sebepleri bertaraf edilirse, bu suretle tek mil «hukukî müessese» nin en habis zehirli dişleri sökülüp kırılmış olur: Buna rağmen münferit hallerde, butlanla neticelenmeleri halkın sağlam görüş ve duyusuna aykırı gelen «şekil hataları» ile el'an karşılaşılması keyfiyeti, şekle müteallik tek mil hükümlerin zaruri bir nekbetidir, ve resmî (alenî) vasiyetnamede vaziyet bundan farklı değildir. Nihayet, sadece, el yazısı ile tanzim edilen vasiyetnamenin «tahrifat ve meydana çıkarmama, saklama» tehlikesine karşı zayıf garanti edilmiş bulunması kalıyor ki bu eksikliğin karşısında da ağır basan (rûchaniyetler) bulunmaktadır: Sadelik, sür'at, harçtan muafiyet — «halktan bir kimse», mamelekini, «kendinden sonrakilere» ıvazsız terk ve havale edebilmek için, kendi tarafından zahmete ve masrafa girişilmesi icap ettiğine akıl erdirememektedir, ve kendinden sonrakilerin kendi hesaplarına (bilâhara ekseriya çıkarılması matlup ve lâzım olan veraset hüccetinin iktiza ettiği) masrafları karşılamalarını daha muvafık bulmaktadır —, vasiyetnamenin mevcudiyet ve muhtevasının gizli tutulması ve bu suretle gayri meşru tesir ve telkinlerden kendini kurtarma imkânı, mirası teşkil eden malların hukukî mukadderatının zatî mesuliyet dairesinde şekillendirilmesi (tanzimi), birdenbire değişen hal ve şartlara uyabilme imkânı, munzam tadilât ve ek vasiyetname kolaylığı, fevkalâde (zaruri) vasiyet şekillerinin «el yazısı ile tanzim edilen vasiyetname» nin mümkün olmadığı veyahut fevkalâde ıztırari vaziyete rağmen musi tarafından arzu edilmediği hallere inhisar etmesi: işte bütün bunlar, şahit huzurunda tanzim edilmeyen hususi vasiyetnamenin öyle paha biçilmez rûchaniyetle-

(16) Bu hususta bakınız: Vogels, madde (28) e mahsus (7) numaralı not.

ridir ki onun mahzurlarını hemen her cihetce çok geniş ölçüde ifna etmektedirler. Şüphesiz «el yazısıyle vasiyetname» herkese göre «bir vasiyet şekli» değildir: — resmî bir dairenin öğüt ve irşadına muhtaç olan kimseler, alenî (resmî) ve şifahî şekilde vasiyette bulunabilirler. Fakat uzun senelerdenberi Almanyada, «1809» danberi Ren ve Baden eyaletlerinde, «1811» denberi Avusturyada, «1900» danberi Almanyanın diğer eyaletlerinde adamakıllı kökleşmiş bulunan bir hukukî müesseseyi — öyle kökleşmiş bir hukukî müessese ki, ihdas edildiktenberi, vatandaşların büyük bir kısmınca rağbet görmesi örf haline gelmiş bulunmaktadır — bertaraf etmek, herhalde halkın sağlam görüşüne aykırı bir hareket olurdu, ve aynı zamanda vatandaşlar tarafından bir kolaylıktan ziyade «bir haktan mahrumiyet» şeklinde talâkki edilecekti (Muhtıra s. 50-51) (17). Bu sebeple miras hukuku komisyonu haklı olarak el yazısıyle tanzim edilen vasiyetnamenin — teklif edilen «şekle müteallik kolaylıklar» la birlikte — muhafazası şikkını ihtiyar ve kabul etmiştir (s. 53). Fakat hemen bunu müteakip, «haiz olduğu muhassenat dolayısıyla, alenî — resmî vasiyetnamenin bütün imkân ve vasıtalarla tervic edilmesi» (s. 61) ve «gerek basın vasıtasıyla, gerek radyo ile vatandaşların, şimdiye kadarkinden daha fazla derecede alenî şifahî vasiyetname usulüne doğru götürülmesi» (s. 62) şeklinde izhar edilen temenni de tabii artık bu şartlar altında bize anlaşılmaz ve garip görünmektedir: Bir taraftan «millî» ve «adamakıllı kökleşmiş» olmak hasebiyle muhafaza edilmek istenen bir hukukî müessese, öbür taraftan ondan sakınılması alenen ihtar edilmek suretiyle itibardan düşürülemez.

Ord. Prof. Dr. iur. Gustav Boehmer

Tercüme eden:

Dr. Orhan Münir Çağıl

(17) El yazısıyle vasiyetnamenin muhafazası için başlıca sebep olarak, Vogels dahi bunu zikretmektedir - madde (21) e mahsus (1) numaralı not.