

PAPER DETAILS

TITLE: BOSANMA DAVASINDA SAG KALAN ESIN MIRASÇILIK SIFATINI KAYBETMESININ (TMK m.181 f.2) MIRAS HAKKINI KORUYAN ANAYASA`NIN 35. MADDESİ YÖNÜNDEN INCELENMESİ
= (AN ASSESSMENT OF ARTICLE 181, PARAGRAPH 2 OF TURKISH CIVIL CODE ENVISAGING THE HEIRDOM OF THE LIVING S

AUTHORS: Seçkin TOPUZ

PAGES: 0-0

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97739>

BOŞANMA DAVASINDA SAĞ KALAN EŞİN MİRASÇILIK SIFATINI KAYBETMESİNİN (TMK m.181 f.2) MİRAS HAKKINI KORUYAN ANAYASA’NIN 35. MADDESİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ *

(AN ASSESSMENT OF ARTICLE 181, PARAGRAPH 2 OF TURKISH CIVIL CODE ENVISAGING THE HEIRDOM OF THE LIVING SPOUSE TO THE OTHER WHO HAS DIED DURING THE SUIT FOR DIVORCE IN THE LIGHT OF ARTICLE 35 OF THE CONSTITUTION PROTECTING THE RIGHT OF INHERITANCE)

Yard. Doç. Dr. Seçkin Topuz**

ÖZET

I-Giriş, **II-** Mukayeseli Hukuktaki Durum, **III-**TMK m.181 f. 2 Hükmü-nün Anayasa’nın Miras Hakkını Koruyan 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi, **IV-**Sonuç

Anahtar Kelimeler

Anayasa, Türk Medenî Kanunu, Miras Hakkı, Eşin Miras Hakkını Kaybetmesi.

ABSTRACT

I- Introduction **II-** The situation in comparative law **III-** Assessment of article 181, paragraph 2 of Turkish Civil Code in the light of article 35 of the Constitution protecting the right to inheritance, **IV-** Conclusion

Keywords

(Turkish) Constitution, Turkish Civil Code, right to Inheritance, Loss of the right to inheritance by the conjoints.

I-Giriş

Türk Medenî Kanunu’nun (TMK) üçüncü kitabı, miras hukukuna ilişkindir. Kanunun söz konusu kitabının birinci kısmının birinci bölümünde kanunî mirasçılar düzenlenmektedir. Kanunî mirasçılardan birisi de sağ kalan eştir (TMK m. 499). Bunun dışında mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunma serbestisi vardır ki (TMK m. 505 vd.), eşler tasarruf serbestisi dahilinde birbirleri lehine ölümüne bağlı tasarruflarda bulunabilir.

* Bu çalışmamız, Topuz, Seçkin, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ankara 2011 adlı eserimizden üretilmiştir.

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

Öte yandan Türk Medenî Kanunu'nun ikinci kitabı, aile hukukuna ilişkindir. Bu kitabın evlenmenin düzenlendiği birinci kısmının ikinci bölümünde boşanmaya ilişkin hükümler vardır. Bu bağlamda Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 1. fıkrası, boşanmanın eşlerin mirasçılık sıfatına etkisini düzenlemektedir. Madde hükmüne göre:

“Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin kanunî mirasçısı olamazlar ve boşanmadan evvel yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler” (TMK m. 181, f. 1)

31 Aralık 2001 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenisi'nde olmamasına karşın, 1 Ocak 2002 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunumuzun 181. maddenin 2. fıkrası, yeni bir hüküm olarak ihdas edilmiştir. Bu hüküm, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde, sağ kalan eşin ölen eşe mirasçılık durumunu düzenlemektedir. Kanun metninin ilk haline göre:

“Boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır” (TMK m. 181, f. 2, Eski Metin)

Türk Medenî Kanunu'nun 499. maddesi, 505 vd. maddeleri ile 181. maddesinin 1. ve (eski) 2. fıkralarının birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuç şudur:

1) Kural olarak, evlilik birliği devam ederken eşlerden birisi ölürse, sağ kalan eş, ölen eşinin kanunî mirasçısıdır. Bu halde, ölen eşin sağ kalan eş lehine yaptığı ölüme bağlı tasarruflar da hüküm ifade eder, dolayısıyla da sağ kalan eş, ölen eşine aynı zamanda iradî mirasçı olur.

2) Buna karşın, evlilik birliği ölümle değil de boşanmayla sona ererse, eşler boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren artık birbirlerine mirasçı olamazlar. Ayrıca, boşanma halinde eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar da, tasarruftan aksi anlaşılmadığı sürece, artık hüküm ifade etmez.

3) Özetle kural, evlilik ölümle sona ererse, eşler birbirlerine mirasçı olurlar; boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren ise, artık birbirlerine mirasçı olamazlar. Ancak, eşlerden birisi öldüğü zaman aralarında açılmış bir boşanma davası varsa, durum değişebilir. Şöyle ki, bu halde ölen eşin mirasçıları, sağ kalan eşin boşanma davasında kusurlu olduğunu ispatlarsa, sağ kalan eş ölen eşe artık kanunî mirasçı olamayacaktır. Bunun yanında ölen eş sağ kalan eş lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş ise, aynı şartlar altında ve fakat ek olarak, tasarruftan aksi anlaşılmaması kaydıyla, sağ kalan eşin iradî mirasçılığı da sona erecektir.

Kanunun yürürlüğe girmesinin sonrasında, görülmekte olan bir davada kanun hükmünün (TMK m. 181 f. 2), Anayasa'ya (AY) aykırılığı gerekçesiyle Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, Aile Mahkemesi Sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) itiraz yoluna başvurmuştur. Başvuru kararında, boşanma davası devam ederken davacının ölmesi üzerine, ölen davacının mirasçılarına, davalının kusurunu ispatlayarak ölen eşin mirasçılığına engel olmak amacıyla tanınan davaya devam etme hakkının, boşanma davasının devamı sırasında ölen davalının mirasçılarının tanınmamasının Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. ve hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddelerine aykırı

olduğu ileri sürülmüştür. **Anayasa Mahkemesi de davayı 21. 1. 2010 tarihinde esastan karara bağlayarak, itiraz konusu düzenlemeyi, Anayasa'nın bu maddelerine (AY m. 10 ve AY m. 36) aykırı bularak kısmen iptal etmiştir.**¹ (Anayasa Mahkemesi'nin 2008/102 Esas, 21. 1. 2010 Tarih ve 2010/14 Sayılı Kararı için bkz., R. G. Tarih-Sayı: 22. 10. 2010-27737).

Mahkemenin iptal kararının ardından kanunkoyucu, Anayasa Mahkemesi'nin kararına uygun olarak, söz konusu fıkra'yı 31 Mart 2011 tarih ve 6217 Sayılı Kanun'un 19. maddesiyle değiştirmiştir. Fıkranın son haline göre:

"Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü [yani TMK m. 181, f. 1] uygulanır." (TMK m. 181, f. 2, Değişik fıkra: 31. 03. 2011 tarih ve 6217 Sayılı Kanunun 19. maddesi).

Getirilen yeni düzenlemeyle, boşanma davası devam ederken eşlerden birisinin ölmesi halinde, ölen eş ister boşanma davasının davacısı olsun, isterse davalısı olsun, artık onun mirasçıları boşanma davasını devam ettirebileceklerdir. Bunun dışında maddenin içeriği ilke olarak korunmuştur.

Konunun Türk, hukukundaki durumu, yukarıda kısaca ifade edildiği üzere, Biz çalışmamızda sağ kalan eşin Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre ölen eşine mirasçılığının sona ermesinin, 1982 Anayasası (Anayasa, AY) bakımından incelemesini yapacağız. Gerçi söz konusu kanun metninin ilk hali, yukarıda ifade edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın eşitlik ilkesine (AY m. 10) ve hak arama özgürlüğü ilkesine (AY m. 36) aykırı olduğu gerekçesiyle kısmen iptal edilmiştir. Ancak, Anayasa'ya aykırılık, Mahkemenin gerekçesinde ifade edilen durumlarla sınırlı olmayabilir. Zira Anayasa'nın 35. maddesi, miras hakkını teminat altına almaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası hükmünde, sağ kalan eşin ölen eşine mirasçılığına engel olunmaktadır. İşte çalışmamızda bu durumun, Anayasa'nın 35. maddesi bakımından incelemesi yapılmaktadır. Çalışmanın konusu bununla sınırlı olup, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın diğer hükümleri bakımından (örneğin Aileyi koruyan Anayasanın 41. maddesi yönünden) denetlenmesi, medeni hukuk bakımından yerindeliği ve medeni usul hukuku bakımından incelemesi, çalışmanın sınırları dışındadır.² Bununla birlikte, incelememizin esasına girmeden evvel, boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılık sıfatına ilişkin düzenlemelerin mukayeseli hukuktaki (Alman ve İsviçre hukukundaki) durumunu ve bunun söz konusu kanun maddesinin (TMK m. 181 f. 2) kanunlaşma sürecindeki muhtemel etkileri hakkında kısa bilgi vermeyi uygun görüyoruz.

¹ Madde hükmündeki (TMK m. 181 f. 2 Eski Metin) "...dâvacının" ve "...dâvalının" ifadeleri iptal edilmiştir.

² Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin eleştiriler hakkında bkz., Akkanat, s. 47; Dural/Öz, s. 42; Öztan, s. 62 vd.; Burcuoğlu, s. 389 vd.; Aksu, s. 78 vd.; Aksu, Yoksunluk, s. 253 vd.

II- Mukayeseli Hukuktaki Durum

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 1. fıkrası hükmü, 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi'nin 146. maddesinin 2. fıkrası hükmüne karşılık gelmektedir. Bu hüküm ise, kaynak kanun olan 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu'nun (ZGB) 154. maddesinden iktibas edilmiştir. Daha sonra bu hüküm (ZGB Art. 154) mülga edilmiş, onun yerine aynı içerikte olmak üzere 120. maddesinin 2. fıkrası ihdas edilmiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası ise, 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu'nda bulunmadığı gibi, sonradan yapılan değişikliklerle de benzer bir düzenleme, İsviçre Medenî Kanunu'nda öngörülmemiştir.³

İsviçre hukukundaki yukarıdaki durumu Dural/Öz⁴, İsviçre kanun-koyucunun ZGB'nin 109. maddesinde evliliğin iptali dâvası devam ederken eşlerden birinin ölmesi hali konusunda bir hüküm öngörmesine karşın boşanma dâvası devam ederken eşlerden birinin ölmesi durumuna ilişkin her hangi bir hüküm ihdas etmemiş olmasını, kanunun bilinçli susması olarak nitelendirmekte ve bu halde boşanma davasının eşin mirasçılığına her hangi bir etki etmeyeceği görüşündedir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına baktığımız zaman, mahkeme, ölenin mirasçılarının boşanma davasına devam etmek suretiyle sağ kalan eşin mirasçılığına engel olamayacağı görüşündedir.⁵ Öte yandan İsviçre'de 90'lı yılların sonunda İsviçre Medenî Kanunu'nda yapılan değişiklikle de bu konuda farklı bir anlayış getirilmiş değildir.

Alman hukukunda ise durum başkadır. Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) 1933. paragrafı, boşanma davası sırasında ölen eşe, sağ kalan eşin kanuni mirasçılık sıfatını düzenlemektedir. Hüküm, 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hükümün o tarihteki ilk metnine göre:

“Mirasbırakan eş öldüğü zamana kadar (sağ kalan) eşinin kusuru sebebiyle ona karşı boşanma davası açmaya hakkı olup da boşanma davasını açmış veya evlilik birliğinin feshini istemiş olursa, sağ kalan eşin (ölen eşine) mirasçılık sıfatı sona erer” (BGB § 1933, Eski Metin).

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasının eski metni, Alman Medenî Kanunu'nun 1933. paragrafının eski metniyle büyük ölçüde benzerlikler taşımaktadır. Aşağıda yeri geldikçe bu benzerliklere ve ayrılıklara işaret edilecektir. Ancak şu kadarını söyleyebiliriz ki, tıpkı Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasının eski metninde olduğu gibi, Alman Medenî Kanunu'nun 1933. paragrafının eski metninde de, sağ kalan eşin mirasçılığına engel olunması için, öncelikli olarak, mirasbırakan eşin, boşanma davasının davacısı durumunda olması gerekmektedir. Mirasbırakan, boşanma davasının davalısı durumunda ise, sağ kalan eşin mirasçılığına engel olunmamaktadır; zira boşanma davasında dâvalı haldeki ölen eşin mirasçılarının artık davayı takip etme hakları yoktur. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasının yeni metninde ise, yukarıda ifade edildiği üzere, dâvalı eşin

³ Bkz., Dural/Öz, s. 43; Sungurtekin Özkan, s. 80.

⁴ Bkz., Dural/Öz, s. 43.

⁵ Bkz., BGE 76 II 252; BGE 51 II 539; BGE 76 II 129 = JdT 1951 I 130.

mirasçılarına da aynı hak tanınmıştır. Bunun dışında Alman Medenî Kanunu'nun 1933. paragrafının eski metnine göre, mirasçılar, tıpkı Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasının eski ve yeni metinlerinde olduğu gibi, sağ kalan eşin boşanma davasında kusurlu taraf olduğunu da ispatlamaları gerekmektedir. Dolayısıyla bu konuda da Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası hükmünün ilk hali ile Alman Medenî Kanunu'nun 1933. paragrafının eski metni arasında esaslı bir farklılık yoktur.

Her iki hüküm arasında benzerlikler yanında farklılıklar da vardır. En önemli fark, kapsam bakımındandır. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası, 1. fıkraya yaptığı atıf gereğince, sağ kalan eşin hem kanunî mirasçılık sıfatını hem de kendisine ölen eşinin ölümüne bağlı tasarruflarla sağlanan hakları kaybetmesini hükme bağlamaktadır. Alman Medenî Kanunu'nun 1933. paragrafı ise, boşanma davası sırasında ölen eşe, sağ kalan eşin sadece kanunî mirasçılık sıfatıyla ilgilidir. Alman Medenî Kanunu'nda boşanma davası sırasında eşlerden birisinin ölmesi halinde ona sağ kalan eşin ölümüne bağlı tasarruflardan sağladığı hakları kaybetmesi, kanunun (BGB) 2077. paragrafında düzenlenmektedir. Bu hüküm (BGB § 2077), yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1900 Tarihinden sonra, 1. fıkrasının 2. cümlesinde, 27 Temmuz 1938 Tarihli Evlilik Yasası'yla, kısmen değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliğin ardından getirilen hüküm (BGB § 2077 Eski Metin) aşağıdaki şekildedir:

“(1) Evlilik b til ise veya mirasbırakan ölmeden önce evlilik sona ermiş olursa, mirasbırakanın e ini düşünerek yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar geçersiz olur. Mirasbırakan  l m  zamanına kadar evliliğin feshini dâva etmeye hakkı olup da davayı açmış olursa ve (sa  kalan) e , boşanma durumunda veya evliliğin feshinde kusurlu taraf olarak görülüyorsa, (bu durum evliliğin) sona ermesi (nin miras hukukuna ilişkin sonuçları) ile aynı olur.

(2) Ni anlılık, mirasbırakanın ölümünden önce sona ermiş olursa, mirasbırakanın ni anlısını düşünerek yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf, geçersiz olur.

(3) (Ancak) mirasbırakanın bu tasarrufları böyle durumlar için dahi (geçerli) yaptığı kabul edilebiliyorsa, (o zaman bu tasarruflar) geçersiz olmaz”.

Bu paragrafın (BGB § 2077 Eski Metin) 1. fıkrasının 1. cümlesi, b til olan evlilikler bakımından ölen eşine sa  kalan eşin ölüme bağlı tasarruflarla sağladığı hakları kaybetmesini düzenlemektedir. Bu paragrafın 1. fıkrasının 2. cümlesi ise, boşanma davası sırasında ölen eşine, sa  kalan eşin ölüme bağlı tasarruflarla sağladığı hakları kaybetmesinin şartlarını hükme ba lamaktadır. Buna göre, boşanma davası devam ederken eşlerden birisi ölürse, kanunun 1933. paragrafına benzer şartlar altında, sa  kalan e , kendi lehine ölen eşin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflarla sağladığı hakları kaybetmektedir. Paragrafın 3. fıkrası, buna bir istisna getirmiştir ki o da ölen eşin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufundan boşanma halinde dahi bu tasarruflarının geçerli olduğunu istemi  olduğunun anla ılmasıdır. Bunun dışında paragrafın 2. fıkrası, ni anlılar lehine yapılan  l me bağlı tasarrufların da aynı hükümler çerçevesinde geçersiz olacağını hükme ba lamaktadır.

Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 ve § 2077 hükümleri yukarıda ifade edildiği şekliyle y r kl kte iken, 1976 yılında Alman boşanma hukukunu da

etkileyen köklü bir aile hukuku reformu yapılmıştır. Öyle ki, 14 Haziran 1976 tarihinde Alman hukukunda 1. Evlilik ve Aile Hukuku Reform Kanunu (1. EheRG) yasalaşmıştır. Bu kanunla birlikte, boşanma hukukunda kusur prensibi yerine, evlilik birliğinin sarsılması esası kabul edilmiştir. Bu anlayış içerisinde Alman Medenî Kanunu'nun § 1933. ve 2077. hükümleri için de kusur denetimi kanundan çıkarılmıştır. Buna bağlı olarak, daha önce söz konusu hükümlere göre sağ kalan eşin mirasçılığına engel olunması, boşanma davasının açılmasına kusuruyla sebep olmasının bir yaptırımı olarak nitelendirilirken, artık bu da anlamını ve zeminini yitirmiştir.⁶ Bunun dışında, hükümde yer alan temel ilkeler muhafaza edilmiştir. Öte yandan bu ilkeler değiştirilmemek kaydıyla, Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 ve § 2077 hükümleri daha sonra 04. 05. 1998 Tarihli Evlenme Hukuku Yasasıyla (EheSchlRG), ki bu yasa 01. 07. 1998 Tarihinde yürürlüğe girmiştir, yine kısmen değiştirilmiştir.⁷

Bu son değişikliklerin ardından, Alman Medenî Kanunu'nun § 1933'ün yeni metni aşağıdaki şekildedir:

“Mirasbırakan eşin ölümü zamanında boşanmanın şartları gerçekleşmiş olup da mirasbırakan boşanma dilekçesi vermiş veya böyle bir dilekçeyi (boşanma talebini) kabul etmiş olursa, sağ kalan eş (ölen eşine) mirasçılık sıfatını kaybeder. Mirasbırakan eşin, evliliğin iptali dilekçesi vermeye hakkı olup da bu dilekçeyi vermiş olması halinde de aynı hüküm geçerlidir. Bu durumlarda, BGB §§ 1569'dan 1586b'ya kadar olan hükümlere göre eşin nafaka talep etmeye hakkı vardır”.

Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 hükmünün unsurlarının tamam olması halinde, sağ kalan eş, saklı pay hakkı dahil olmak üzere, ölen eşine kanunî mirasçılık sıfatını kaybeder. Eşler artık Alman Medenî Kanunu'nun 1931. paragrafından kaynaklanan kanunî mirasçılık haklarını elde edemezler.⁸

Alman Medenî Kanunun § 1933 hükmünün 3. cümlesine göre, sağ kalan eş, kanunî mirasçılık sıfatını aynı hükmün 1. cümlesi temelinde kaybettiği zaman, tıpkı boşanmış olan bir eş gibi, bu kanunun § 1569-1586b hükümlerine göre nafaka talep edebilir. Mirasçıların nafaka yükümlülüğü, § 1933 hükmüne göre onların kanunî mirasçılık sıfatını kaybetmesinin denkleştirilmesi niteliğinde olması gerektiği için, sağ kalan eş saklı pay hakkından vazgeçmesi halinde tıpkı § 1586b hükmünün doğrudan uygulanması nasıl oluyor ise ona göre karar verilir. Aynı durum, sağ kalan eşin mirastan vazgeçmesi hali için de geçerlidir; yeter ki onun saklı pay hakkı mevcut olmayacak şekilde olsun.⁹

Öte yandan 04. 05. 1998 Tarihli Evlenme Hukuku Yasası (EheSchlRG) sebebiyle, yeniden yazılmış olan Alman Medenî Kanunu'nun § 2077 hükmünün yürürlükte olan son hali de aşağıdaki gibidir:

⁶ Bkz., MünchKomm-Leipold, BGB § 1933, Nr. 2; Zopfs, s. 310. Alman Medenî Kanunu'nun 1933. paragrafı ile Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasının karşılaştırılması hakkında bkz., Aksu, s. 71 vd.

⁷ Bkz., Erman/Schlüter, BGB § 1933 Nr. 1.

⁸ BGH 99, s. 307; JurispraxisKomm-Schmidt, BGB § 1933, Nr. 25; Erman/Schlüter, BGB § 1933 Nr. 5; Lange/Kuchinke, § 12 II 2.

⁹ Erman/Schlüter, BGB § 1933 Nr. 6; Soergel/Stein, BGB § 1933, Nr. 13; Dieckmann, NJW 1980, s. 2777, 2778; Wirtz, s. 128.

(1) Evlilik, b t l ise veya mirasbırakan ölmeden önce evlilik sona ermiş olursa, mirasbırakanın eşini düşünerek yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufu geçersiz olur. Mirasbırakan eşin ölümü zamanında boşanmanın şartları gerçekleşmiş olup da mirasbırakan boşanma dilekçesi vermiş veya böyle bir dilekçeyi (boşanma talebini) kabul etmiş olursa, (bu durum evliliğin) sona ermesi(nin miras hukukuna ilişkin sonuçları) aynı olur. Mirasbırakan eş ölümü zamanına kadar evliliğin iptalini dâva etmeye hakkı olup da bunun için dilekçe vermesi halinde de aynı hüküm geçerlidir.

(2) Nişanlılık, mirasbırakanın ölümünden önce sona ermiş olursa, mirasbırakanın nişanlısını düşünerek yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf, geçersiz olur.

(3) (Ancak) Bu tasarruf, mirasbırakanın bu tasarrufu böyle durumlar için dahi yaptığı kabul edilebiliyorsa, (o zaman) geçersiz olmaz.

Alman Medenî Kanunu'nun   2077 hükmünün unsurlarının tamam olması halinde, sağ kalan eş, mirasbırakanın bu tasarrufu böyle durumlar için dahi yaptığı kabul edilebiliyorsa, tıpkı b t l olan evlilikler ve sona eren evliliklerde olduğu gibi¹⁰, ölen eşine iradi mirasçılık sıfatını da kaybeder.

Bu bağlamda Alman Medenî Kanunu'nun gerek   1933 gerekse   2077 hükümlerinde yapılan değişikliklerin ardından, bu hükümlerin yürürlükte olan metinlerine ilişkin şu tespitler yapılabilir:

1) Alman Medenî Kanunu'nun   1933 hükmüne göre, sağ kalan eşin kanunî mirasçılığına engel olunması için, önceki metinde olduğu gibi, ölen eşin davada d vacı, en azından davayı kabul eden taraf olması gerekir. Aynı durum,   2077 hükmüne göre sağ kalan eşin ölüme bağlı tasarruflardan doğan iradi mirasçılığına engel olunması için de geçerlidir; ve tabi ki, tasarruftan da başka türlü bir değerlendirme yapılmasını gerektirecek bir yorumun çıkarılmamış olması gerekir. Burada esaslı bir değişiklik yoktur.

2) Bundan başka, kanunun (BGB) 1933 ve 2077. paragraflarının önceki metinlerinde boşanmaya hakkı olan ifadesi geçerken, yeni metinlerinde, boşanmanın şartlarının gerçekleşmiş olması ifadesi tercih edilmiştir. Burada en önemli değişiklik, her iki hüküm bakımından da artık kusur denetiminin kaldırılmış olmasıdır.

3) Son bir değişiklik ise, kanunun (BGB)   1933  n yürürlükteki metnine göre, sağ kalan eşin mirasçılığına engel olunması halinde onun nafaka istemeye hakkı olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

Yukarıdaki tespitlerin yapılmasının ardından, Alman Medenî Kanunu'nun   1933 hükmünün amacını ortaya koyabiliriz.

Aslında 1976 tarihli 1. Evlilik ve Aile Hukuku Reform Kanunu ile yapılan değişiklikten önce, ki bundan evvel Alman boşanma hukukunda kusur prensibi geçerlidir, Alman Medenî Kanunu'nun   1933 (eski metin), hükmüne göre sağ kalan eşin ölen eşine mirasçılık sıfatını kaybetmesi için, ölen eşin mirasçılarının sağ kalan eşin boşanma davasında kusurlu taraf olduğunu ispatlama-

¹⁰ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz., Topuz,  3 II. Boşanan Eşlerin İradi Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesi.

ları gerekiyordu. İşte ölen eşin mirasçıları bu hususu ispat ederlerse, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi, boşanmaya kusuruyla sebep olmasının bir yaptırımı olarak görülüyordu.¹¹ Aynı anlayış, Alman Medenî Kanunu'nun § 2077 hükmünün 1. Evlilik ve Aile Hukuku Reform Kanunu'ndan önceki metni için de söz konusudur.

1. Evlilik ve Aile Hukuku Reform Kanunu ile yapılan değişiklikten bu yana ise, söz konusu düzenlemenin amacı konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere, bu kanunla (1. EheRG) birlikte kusur prensibinden evlilik birliğinin sarsılması esasına geçilmiş olması karşısında, artık bu düzenleme, boşanma davasının açılmasına kusuruyla sebep olan eşe yönelik cezai bir yaptırım niteliğinde değildir.¹² Bu bağlamda hükümet tasarısında, Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 hükmünün ikamesiz olarak mülga edilmesi önerilmiştir.¹³ Bu öneriye ilişkin olarak tasarı gerekçesinde, kusur prensibi temelinde olan eski düzenlemenin, kusur prensibinin terk edilmesinden sonra uyarlanarak yeni bir hüküm ihdas edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiş ve boşanma iradesine sahip olan eşin, diğer eşini boşanma davasının açılmasıyla birlikte ölüme bağlı tasarrufla bulunarak mirasçılıktan çıkarma imkanına sahip olduğuna atıfta bulunulmuştur.¹⁴ Buna karşın Federal Konsey (Bundesrat) ve İdari Kurul'un (Rechtsausschuss) çoğunluğu, Hükümet Tasarısı'ndaki öneriyi kabul etmemiş ve bu düzenlemenin kusur prensibinin terk edilmesinden sonra da uyarlanarak muhafaza edilmesi gerektiğini savunmuştur.¹⁵ Federal Konsey'in, gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir:¹⁶ Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 hükmünün uyarlanarak ayakta tutulması, hem daha güçlü bir şekilde menfaat durumunu dikkate almaktadır, hem de hükümet tasarısından daha çok tarafların varsayımına dayalı iradelerini korumaktadır. Şöyle ki, en azından boşanma davasının dilekçesinin verildiği anda, bu dilekçeyi veren eşin, sağ kalan eşinin kendisine olan mirasçılık sıfatını kaybetmesini arzuladığı açıktır. Eşler, evlilikleri krize girdiği andan itibaren bilhassa boşanma dâvasının açılmasından sonra, çoğunlukla ağır bir yük altına girerler ve bu arada da ekseriyetle miras hukukuna ilişkin sonuçları düşünmezler. Bu yüzden onlardan boşanma dilekçesinin vermelerinden sonra derhal yeni bir vasiyet yapmaları beklenilmez. Bu bakımdan miras hukukuna ilişkin sonuçlar, bir yerde tesadüfi olaylara kalır. Bundan başka hükümet tasarısındaki gerekçe, kanunî mirasçılığa ilişkin ilkelerle de bağdaştırılamaz, zira miras hukukuna ilişkin ilkeler arasında mirasbırakanın varsayımına dayalı iradesine uygunluk da vardır. Bunun dışında, hükümet gerekçesi, acele ile vasiyet yapılmasına sebep olur. Son olarak, dâva sürecinde bu düzenlemeye ilişkin ispat zorlukları vardır, ancak bu Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 hükmünün tümüyle mülga edilmesi için yeter bir sebep olamaz. Söz konusu düzenleme, evlilik birliğinin sona ermesinin şartlarının olması halinde, boşanma dilekçesi veren veya verilen

¹¹ MünchKomm-Leipold, BGB § 1933, Nr. 2; Battes/Thofern, JZ 1990, s. 1136; Vyas, s. 31.

¹² MünchKomm-Leipold, BGB § 1933, Nr. 2; Battes/Thofern, JZ 1990, s. 1134, 1136; Staudinger/Werner, BGB § 1933, Nr. 3; Vyas, s. 31

¹³ BT-Drucks. 7/650 Art. 1 Nr. 34. s. 18

¹⁴ BT-Drucks. 7/650 s. 179.

¹⁵ BT-Drucks. 7/4361 s. 52; BT-Drucks. 7/650 s. 274.

¹⁶ BT-Drucks. 7/4361 s. 52; BT-Drucks. 7/650 s. 274 vd.

böyle bir dilekçeyi kabul eden kimseye diğer eşinin mirasçılık sıfatını kaybetmesi sonucunu doğurmaktadır ki, bu da aslında mirasbırakanın varsayımaya dayalı iradesine uygunluk arz eder.

Alman hukukunda bugün için doktrinde hâkim görüş, Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 bakımından söz konusu düzenlemelerin mirasbırakanın varsayımaya dayalı iradesine uygunluk arzettiği ve yargılamanın gecikmesinin miras hukukuna ilişkin sonuçlarını ortadan kaldırma amacına yönelik olduğu kabul edilmektedir.¹⁷

Sonuç olarak, Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 hükmü, kusur prensibi anlayışının boşanma hukukunda terkedilmiş olması temelinde uyarlanmıştır. § 1933'ün bu şekilde korunmasındaki öne çıkan amaç ise, boşanma dilekçesi vermiş olup da dâva neticelenmeden ölen eşin kendisine karşı diğer eşinin kanunî mirasçılık sıfatını kaybetmesi yönündeki varsayımaya dayalı iradesine geçerlilik tanımaktır. Aynı amaç, Alman Medenî Kanunu'nun § 2077, 2268 Abs. 2 ve 2279 hükümleri için de söz konusudur.

Bu anlayış içerisinde, Alman hukukunda, Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 ve § 2077 hükümlerine göre sağ kalan eşin ölen eşine kanunî ve iradî mirasçılık sıfatını kaybetmesi için birlikte aranan iki temel şart vardır. Bunlar:

1. Mirasbırakan eşin bizatihi boşanma dilekçesini vermiş olması (BGB § 1564 Satz 1) veya aleyhine verilmiş olan boşanma dilekçesini kabul etmesi (BGB § 1566 Abs. 1),

2. Boşanmanın maddi şartlarının gerçekleşmiş olmasıdır (BGB § 1566).

Alman hukukunda, Alman Medenî Kanunu'nun § 2077 hükmüne göre boşanma dâvası sırasında ölen eşine sağ kalan eşin iradî mirasçılık sıfatını kaybetmesi için ise, sayılanlara ilâve bir unsura daha ihtiyaç vardır.

3. Bu ilâve unsur, mirasbırakanın bu tasarrufu böyle durumlarda, yani boşanma ve boşanma davasının açılması hallerinde, geçerli olmasını istememesidir.¹⁹

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre ise, sağ kalan eşin, ölen eşine kanunî mirasçılık sıfatını kaybetmesinin üç temel şartı vardır. Bunlar:

1. Mirasbırakan eşin öldüğü sırada devam eden bir boşanma dâvası olması,

2. Mirasbırakan eşin mirasçılarından birinin dâvaya devam etmiş olması,

3. Sağ kalan eşin boşanma davasında kusurlu olduğunun ispat edilmiş olması.

¹⁷ Bkz., JurispraxisKomm- Schmidt, BGB § 1933, Nr. 1; JurispraxisKomm- Lehrmann, BGB § 2077, Nr. 7; Staudinger/Otte, BGB § 2077, Nr. 1-3; Palandt/Edenhofer, BGB § 1933, Nr. 1

¹⁸ Bkz., JurispraxisKomm- Schmidt, BGB § 1933, Nr. 6; JurispraxisKomm- Lehrmann, BGB § 2077, Nr. 13; Erman/Schlüter, BGB § 1933 Nr. 2 vd.; Vyas, s. 32 vd.

¹⁹ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz., Topuz, §3 II. Boşanan Eşlerin İradî Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesi.

İlgili kanun hükmüne göre, sağ kalan eşin ölen eşine iradi mirasçılık sıfatını kaybetmesinin ilâve bir şartı daha vardır. O da:

4. Tasarruftan aksinin anlaşılmasıdır.²⁰

III-TMK m.181 f. 2 Hükümünün Anayasa'nın Miras Hakkını Koruyan 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi

A-Anayasa'nın 35. Maddesi Hükümü

1982 Anayasası'nın temel hak ve ödevlerin düzenlendiği ikinci kısımda, kişinin hakları ve ödevleri başlığını taşıyan ve üçüncü bölümde yer alan 35. maddesinin başlığı, "mülkiyet hakkı" şeklindedir. Madde hükmüne göre:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. (f 1)

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. (f 2)

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. (f 3)"

Anayasa'nın 35. maddesinin 1. fıkrasında, mülkiyet ve miras hakkının, anayasal bir hak olduğuna işaret edilmektedir. Maddenin 2. fıkrasında, mülkiyet ve miras hakkının sınırlandırılmasının şartları ifade edilmektedir. Maddenin 3. fıkrası ise, sadece mülkiyet hakkıyla ilgili olup, onun kullanılmasının sınırını ortaya koymaktadır. Biz çalışma konumuz bakımından söz konusu hükmün 1 ve 2. fıkraları temelinde bir inceleme yapacağız.

B-Hükümün Koruma Alanı ve Koruma Alanının TMK.m.181 f. 2 Hükümüyle İhlal Edilip Edilmediği Sorunu

1-Genel Olarak

Anayasa'nın 35. maddesinin 1. fıkrasının lafzında iki ayrı temel hakka işaret edilmektedir. Bunlardan öncelikle zikredilen mülkiyet hakkıdır.²¹ Onun yanında ifade edilen diğer temel hak ise miras hakkıdır.

Anayasada her iki hakkı, birini diğerine tercih edilmesini gerektirmeyecek şekilde iki ayrı temel hak olarak ifade edilmiştir. Gerçekten de mülkiyet hakkı ve miras hakkı bağımsız birer temel hak olarak kabul edilmektedir.²² Ancak bu bağımsızlık her iki hakkın birbirine tümüyle ilgisiz olduğu anlamında da değildir. Mülkiyet hakkı, miras hakkı ile sıkı bir ilişki içerisinde.²³ Miras hakkının konusu arasında mülkiyet hakkı da vardır.²⁴ Bu bağlamda, mülkiyet hakkının

²⁰ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz., Topuz, §3 II. Boşanan Eşlerin İradi Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesi.

²¹ Mülkiyet hakkının tarihi, dini ve beşeri kökenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ünal, s. 901 vd. Mülkiyet kavramı hakkında bkz., Eren, s. 765 vd. ve Eren, Yeni Gelişmeler, s. 183 vd. Mülkiyetin Anayasa tarafından korunması ile ilgili olarak, bkz., Akipek, s. 302 vd. Bu alanda en güncel monografik çalışma doktrinde Başpınar tarafından yazılmış olup, mülkiyet kavramı, mülkiyetin fonksiyonları ve korunması hakkında geniş bilgi için bkz., Başpınar, özellikle §2- §8.

²² Dreier-Wieland, GG Art. 14, Nr. 1 vd.; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 193.

²³ Bkz., Kaneti, s. 1; Öztan, s. 3; Maunz/Dürig-Herzog-Papier, Art. 14, Nr. 288; Neumann/Nipperdey/Scheuner-Boehmer, Grundrechte, Band II, s. 401; Dreier-Wieland, GG Art. 14, Nr. 1 vd.; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 193; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 45; Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 136.

²⁴ Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 136.

konusu olan eşyanın sahibi, maliktir ve malikin ölümü halinde söz konusu eşya, sahihsiz hale gelmez. Halefiyet yoluyla ölen malikin mirasçılara geçer. Böylelikle miras hakkı yoluyla mülkiyet hakkının devam etmesi teminat altına alınmıştır. Dolayısıyla miras hakkı, mülkiyet hakkına bahşedilen garantiyi devam ettirme fonksiyonuna sahiptir.²⁵ Bu anlamda olmak üzere, mülkiyet hakkı ve miras hakkı, irade özerkliği ilkesi zemininde temellenen malvarlığı düzeni ve toplum düzeninin, birbirine bağlı iki temel yapı taşıdır.²⁶ Bunun için olsa gerekir ki, hem Anayasamızda hem de Alman Federal Anayasası'nda, her iki temel hak da tek bir hüküm altında birlikte düzenlenmiştir.²⁷

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet ve miras hakkına ilişkin yaklaşım, ne yazık ki maddenin yorumlanmasında kendisini gösterememiştir. Doktrinde, anayasal hak anlamında miras hakkı sanki görmezden gelinmiştir. Öyle ki, mülkiyet hakkı ile karşılaştırıldığında miras hakkına ilişkin olarak Anayasa literatüründe kaynakçamızda belirtilen dışında başkaca akademik çalışmalara rastlanılmamıştır. Bunun sonucunda miras hakkı Türk hukukunda, anayasal bir hak olarak hakkında söz söylenilmeyen ve fakat kendisine işaret edilen bir kurumdan öteye geçememiştir.

Bu aşamada biz mukayeseli hukuka başvurmak suretiyle, miras hakkının Anayasadaki içeriğinin tespitini yapmayı uygun görüyoruz.

2-Mukayeseli Hukuktaki Durum

Miras hakkı, temelde kaynağını son yüzyılda yapılan anayasalardan ve temel haklardan ve insan haklarından almamaktadır. Gerçekten de özellikle toplantı hakkı, düşünce özgürlüğü, seçim hakkı gibi politik karakteri olan haklar, sadece modern anayasaların gelişmesiyle birlikte özgür demokrasilerde kendisine yer bulabilmiştir. Miras hakkı ise (tıpkı mülkiyet hakkı gibi), bu dönemde ulaşılan temel haklardan çok daha önce bulunmuş yüzlerce yıldan beri tanınan bir haktır. Bunun yanında, miras hakkı, tarihsel süreç içerisinde uzun bir süre mülkiyet hakkından tümüyle bağımsız ayrı bir hak olarak da görülmüştür. Bu sebeple olsa gerektir ki, 1775 Tarihli Virginia Haklar Bildirgesi'nden ve 1789 Tarihli İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi'nden itibaren anayasa metinlerinde mülkiyet hakkı, temel bir hak olarak vurgulanmışken, miras hakkına bu ölçüde değinilmemiştir. Miras hakkının anayasal teminata

²⁵ BVerfG FamRZ 1995, s. 408; Kaneti, s. 1; Öztan, s. 3; Dural/Öz, s. 2, 3; Dreier-Wieland, GG Art. 14, Nr. 57; Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 134; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 509; Pabst, s. 1145; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 193.

²⁶ BVerfGE 91, s. 346 (358); Maunz/Dürig-Herzog-Papier, Art. 14, Nr. 288; Pabst, s. 1145

²⁷ Kaneti, s. 1; Stöcker, s. 214; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 193. (Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1987 Tarih, 1987/18 Esas ve 1987/1 sayılı Kararı'nda (bkz., R.G. Tarih-Sayı: 29.03.1988-19769): "...Anayasa'nın 35. maddesinin gerekçesinde, "Maddede mülkiyet ve miras hakları, diğer temel haklar gibi ve onlar derecesinde düzenlenmiş ve Anayasa güvencesine bağlanmıştır. Miras hakkı, mülkiyet hakkının bir devamıdır, özel bir şeklidir. Bu nedenle mülkiyet ve miras aynı maddede artarda düzenlenerek anayasal güvence altına alınmıştır..." denilmektedir.

kavuşması, çok daha sonra, ancak modern anayasalarla birlikte olmuştur. Bu bağlamda, Alman hukukunda miras hakkı, temel bir hak olarak Weimar Cumhuriyeti Anayasası'nın (WRV) 154. maddesiyle anayasal güvenceye kavuşmuştur. Daha sonra da bu düzenleme, Alman Federal Anayasası'nın (GG) 14. maddesinin 1. fıkrasına kaynaklık etmiştir. Bu bağlamda, çalışmamızda, miras hakkının anayasal içeriğinin belirlenmesi adına, mülkiyet ve miras hukuku konusunda benzer bir anlayışın hakim olduğu Alman hukukuyla karşılaştırma yapılmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.²⁸

Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesi mülkiyet ve miras hakkını düzenlemektedir.²⁹ Madde (GG Art. 14) hükmüne göre:

“(1)Mülkiyet ve miras hakkı teminat altındadır. Onların içeriği ve sınırları kanunla belirlenir.

(2)Mülkiyetin getirdiği yükümlülük vardır. Onun kullanılması, aynı zamanda kamu yararına uygun olmalıdır.

(3)Kamulaştırmaya, sadece kamu yararı için cevaz verilir. Kamulaştırma sadece kanunla veya kanundan kaynaklanan bir sebeple yapılabilir, tazminatın miktarı ve türü düzenlenir. Tazminat, genelin menfaati ile ilgilinin hakkı arasında bir denge kurmak suretiyle belirlenmelidir. Tazminatın haddine ilişkin olarak tartışmalı olan durumlarda, adli yargıya başvurma yolu açıktır.”

Maddenin (GG Art. 14) 3. fıkrası, kamulaştırmanın şartlarını düzenlemektedir. Maddenin bundan önceki 2. fıkrası, sadece mülkiyet hakkının kamu yararı doğrultusunda kullanılmasını gerektiren bir yükümlülük içerdiği ifade edilmektedir. Bu iki hüküm de, ifade ve içerik itibarıyla sadece mülkiyet hakkının teminat altına alınmasıyla ilgilidir.³⁰ Maddenin 1. fıkrasında ise, mülkiyet ve miras hakkının, teminat altına alındığı ve onun içeriğinin ve sınırlarının ancak kanunla belirleneceği ifade edilmektedir ki³¹, konumuzu ilgilendiren asıl hüküm de bu ilk fıkradır.³²

Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesinin 1. fıkrası, miras hakkının içeriğinin kanunla belirleneceğini öngörmektedir. Ancak Almanya'da bugüne kadar bu konuda her hangi bir kanunî düzenleme yapılmamıştır. Ne var ki, bu durum miras hakkına sağlanan anayasal garantinin içeriğinin belirlenmesine engel değildir. Bu husus aşağıda açıklanmaktadır.

²⁸ Türk hukukunda Dural/Öz, (bkz., s. 3), ve Kaneti, (bkz., s. 2), Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesi bağlamında Anayasa'nın 35. maddesi bakımından miras hakkının içeriğinin belirlenebileceğini görüşündedir.

²⁹ Bkz., Dreier-Wieland, GG Art. 14, Nr. 1 vd.; Sachs-Wendt, GG Art. 14, s. 582 vd.; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. s. 883 vd.; Rittstieg, GG Art. 14/15, s. 1046 vd.; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, s. 1285 vd.

³⁰ Bkz., Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 134.

³¹ Dreier-Wieland, GG Art. 14, Nr. 57; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 1. Pabst, s. 1145 vd.

³² Alman Federal Anayasası, mülkiyet ve miras hakkını 14. maddede düzenlemişken, 11 Ağustos 1919 Tarihli Weimar Anayasası, mülkiyet hakkını 153. maddede, miras hakkını ise 154. maddede hükme bağlamıştır. Ancak her iki anayasa arasındaki bu fark, sadece kanun yapma tekniğinden kaynaklanmakta olup, hiçbir surette içeriksel bir farklılık taşımamaktadır. Bkz., Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 133; Pabst, s. 1145.

3-Anayasanın Miras Hukukuna Kurum Garantisi Sağlaması

Alman hukukunda Gustav Boehmer'e göre³³, anayasada öngörülen miras hakkına sağlanan korumanın içeriğinin tespiti konusunda, klasik yorum yöntemlerine başvurmak suretiyle çözüm bulma imkanı yok gözükmektedir. Daha açık bir ifadeyle, bu konuda ilgili hükmün (GG Art. 14) lafzının, amacının veya bu düzenlemenin meydana geliş sürecinin dikkate alınması uygun olmayacaktır. Alman Federal Anayasası'nın miras hakkına sağladığı garantinin içeriği, anayasa hukuku ile medeni hukuk arasındaki etkileşimden hareketle belirlenmelidir. Çünkü, miras hakkı Roma hukukundan itibaren medeni hukuk ilişkilerinin düzenlendiği mevzuatta, her zaman bir hak olarak öngörülmüştür. Bundan ortaya çıkan sonuç, modern anayasalarda temel hak olarak düzenlenen miras hakkı, (tıpkı mülkiyet hakkı gibi) aslında kaynağını medeni hukuk mevzuatından almaktadır. Bir başka ifadeyle, mülkiyet ve miras hakkı gibi özel hukuk kurumlarının anayasal olarak teminat altına alınması, aslında anayasaların özel hukuka ilişkin kavramları iktibas etmesinin bir sonucudur. Bu durum, bizlerin bu kurumların özel hukuka ilişkin içeriğiyle bağlı olmamızı gerektirmektedir. Bu bağlamda miras hukukuna ilişkin olan öyle bazı temel ilkeler vardır ki bunların, Roma hukukundan itibaren miras hukukuna hakim olduğunu görüyoruz. Yine bu ilkeler, geçmişten günümüze Alman miras hukuku için de geçerli olan ilkelerdir. Alman hukukunda miras hakkının ilk olarak Weimar Anayasası'nın 154. maddesinde anayasa hükmü haline getirilmesi de, bu ilkelerin var olduğu bir zeminde gerçekleşmiştir. Aynı durum, Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesi için de söz konusudur. Bu bakımdan, gelecekte Alman miras hukukuna ait olan ilkelere, Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesi, bir kurum garantisi sağlamaktadır.³⁴

Gustav Boehmer'in kurum garantisine ve onun kapsamına ilişkin temel yaklaşımı, çok sayıda yazarın eserinde yer edinmiştir.³⁵ Yine Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) içtihatlarında da bu anlamda Alman Federal Anayasası'nın miras hakkına kurum garantisi sağladığına açıkça işaret etmektedir.³⁶ Öte yandan ülkemizde Anayasa Mahkemesi'nin, 2008 yılında vermiş olduğu bir kararında, içeriğine ve kapsamına girilmeksizin, Anayasa'nın

³³ Neumann/Nipperdey/Scheuner-Boehmer, Grundrechte, Band II, s. 401 vd.

³⁴ Aslında Boehmer, bu görüşlerini ilk olarak Weimar Anayasası'nın 154. maddesini değerlendirirken açıklamıştır. Bkz., Boehmer, Gustav, Art. 154 Erbrecht, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung-Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Dritter Band, Art. 143 bis Art. 165 und Zur Ideengeschichte der Grundrechte, Berlin 1930, s. 250 vd.

³⁵ Bkz., MünchKomm-Leipold, Einleitung vor BGB § 1922; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 195; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 46; Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 147 vd; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 514; Zopfs, s. 309 (311); Pabst, s. 1145, (1146). Türk hukukuna ilişkin olarak bu konuda bkz., Dural/Öz, s. 3; Kaneti, s. 1 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 9 vd.

³⁶ BVerfGE 19, s. 202, (206); 44, s. 1 (17), 67, s. 329 (340); 91, s. 346 (358); 93, s. 165 (173); 99, s. 341 (350).

35. maddesinin miras hakkını anayasal bir kurum olarak güvence altına aldığı ifade edilmiştir.³⁷

a-Kurum Garantisinin Kapsamı

Anayasanın miras hakkı bakımından kurumsal garanti kapsamında olan belli ilkeleri vardır. Bu ilkelere göre, mirasbırakanın **“ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisidir”**.³⁸ Bu ilke, mirasbırakanın geride bıraktığı terekesi üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunma hakkı anlamına gelir.³⁹

Ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi, aslında malikin mülkiyet hakkına tanınan garanti ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Öyle ki, nasıl ki malik malvarlığında sağ iken serbestçe tasarruf yapabiliyorsa, öldüğü zamandan sonra hüküm ve sonuç doğurmak üzere yine malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilmelidir.⁴⁰ Bu bakımdan söz konusu ilke, malikin kişisel özgürlük alanının teminat altına alınmasıyla ilgili olup⁴¹, tümüyle ferdi mülkiyet anlayışının bir sonucudur.

Anayasanın miras hakkına sağladığı kurumsal garantinin içeriği olan ilkelere göre bir diğeri ise, **“malvarlığının aileye kalması ilkesidir”**.⁴² Bu ilke, aslında ailenin korunmasına ilişkin Anayasa hükmünün de (AY m. 41; GG Art. 6) bir gereğidir. Öyle ki bu ilke, mirasbırakanın malvarlığının onun ailesine, yani eşine ve en yakın hısımlarına kalması anlamına gelir.⁴³ Bu anlamda değer-

³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.2008 Tarih, 2008/46 Esas ve 2008/163 sayılı Kararı için bkz., R.G. Tarih-Sayı: 29.01.2009-27125.

³⁸ BVerfG FamRZ 1995, s. 408; BGHZ 111, s. 39; Neumann/Nipperdey/Scheuner-Boehmer, Grundrechte, Band II, s. 418; MünchKomm-Leipold, Einleitung vor BGB § 1922, Nr. 18; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 47; Maunz/Dürig-Herzog-Papier, GG Art. 14, Nr. 295; Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 149; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 195; Kaneti, s. 4. Bu konuda Dreier-Wieland, (bkz., GG Art. 14, Nr. 59), kurumsal garantinin münhasır ilkesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi olduğu görüşündedir. Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer ise, (bkz., GG Art. 14, Nr. 512, 515), ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisini, kurumsal garantinin en önemli unsuru olarak görmektedir. StaudingersKomm-Otte, (bkz., Einleitung zu BGB § 1922 vd. Nr. 63, 69 ve onun yanında bazı yazarlar örneğin: Stöcker, s. 217) öleme bağlı tasarrufta bulunma serbestisini, mülkiyet hakkının teminat altına alınması kapsamında kabul etmektedir.

³⁹ BVerfGE 67, 329, 341; BVerfG ZEV 2000, 399; Neumann/Nipperdey/Scheuner-Boehmer, Grundrechte, Band II, s. 418; Pabst, 1145, 1146; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 47; Sachs-Wendt, GG Art. 14 Nr. 197; BernerKomm/Weimar, Vorbemerkungen vor ZGB Art. 470, Nr. 1.

⁴⁰ BVerfGE 91, s. 346 (358); Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 515.

⁴¹ Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 515.

⁴² BVerfGE 93, s. 165 (173); Neumann/Nipperdey/Scheuner-Boehmer, Grundrechte, Band II, s. 412 vd.; MünchKomm-Leipold, Einleitung vor BGB § 1922, Nr. 18; StaudingersKomm-Otte, Einleitung zu BGB § 1922 vd. Nr. 50, 51; Jarass/Pieroth, Art 14 GG, Nr. 67; Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 148; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 48; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 517; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 198.

⁴³ Bkz., BVerfGE 13, s. 174, Neumann/Nipperdey/Scheuner-Boehmer, Grundrechte, Band II, s. 412 vd.; MünchKomm-Leipold, Einleitung vor BGB § 1922, Nr. 18;

lendirilirse, “ölüme bağlı tasarruflarda bulunma serbestisi” ve “malvarlığının aileye kalması ilkesi”, birbirlerini sınırlandırmaktadır.⁴⁴ Ancak öte yandan bu ilke ölüme bağlı tasarruflarda bulunma serbestisini tamamlayan bir ilkedir. Zira herkes doğduğu andan ölene kadar geçen süre zarfında ölüme bağlı tasarruflarda bulunmamış olabilir. İşte malvarlığının aileye kalması ilkesi, öleme bağlı tasarruflarda bulunulmaması halinde mirasbırakanın malvarlığının kime ya da kimlere kalacağına ilişkin boşluğu doldurmaktadır.⁴⁵

Bu ilke de ferdi mülkiyetle ilgilidir.⁴⁶ Zira toplum mülkiyetinin olduğu zamanlarda malvarlığı, en nihayetinde toplumun küçük birimi olan aileye aittir. Gerçi aile bireylerinin her birinin söz konusu malvarlığı üzerinde ayrı bir mülkiyet hakkı olmayıp, sadece yararlanma hakkı vardır. Aile fertlerinden birisi öldüğü zaman, onun yararlanma hakkı son bulup, nihayetine malvarlığı aileye ait olmaya devam eder. Yoksa aile dışında üçüncü kişilerin veya bir başka ailenin mülkiyetine dahil olmaz. İşte ferdi mülkiyet anlayışının yerleşmesinden sonra da ölen kimsenin malvarlığı, onun en yakın hısımları olarak aile üyelerine kalmaktadır. Farkı şudur ki, toplum mülkiyetinde aile içinde birey hiçbir zaman malik olamazken, ferdi mülkiyette ölen kimsenin malvarlığı, tasarrufun-

Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 48; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 198; BernerKomm/Weimar, Vorbemerkungen vor ZGB Art. 470, Nr. 1; Kaneti, s. 3. Anayasa Mahkemesi'nin 20.09.1984 Tarih ve 4/9 sayılı Kararı için bkz., R.G. Tarih-Sayı: 21.02.1985-18673.

⁴⁴ BernerKomm/Weimar, Vorbemerkungen vor ZGB Art. 470, Nr. 1.

⁴⁵ Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 517; Kaneti, s. 5.

⁴⁶ Ferdi mülkiyetin tarihi, dini ve beşeri kökenlerini inceleyen Ünal (bkz. s. 902 vd.), ferdi mülkiyet ve toplum/kollektif mülkiyetle ilgili olarak özetle şunu söylemektedir. Ferdi mülkiyet, mülkiyetin ferde yani kişiye ait olması, özel mülkiyet ise, mülkiyetin özel hukuk hükümlerine tabi olması anlamındadır. Aynı anlamda ferdi mülkiyet toplum mülkiyetinin, özel mülkiyet kamu mülkiyetinin karşıt kavramıdır. Ayrıca özel mülkiyet kavramında özel hukuk hükümlerine tabi mülkiyetin, belli bir gerçek veya tüzel kişiye özgü olacağı anlamına gelmektedir. Bu anlamda ferdi mülkiyet, sahibine konusu olan eşya üzerinde en geniş şekilde doğrudan yararlanma, kullanma, tasarruf etme yetkilerinden tümünü birden veren, bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen, tam, mutlak ve münhasır bir ayni haktır (bkz., 903 vd.). Bu bağlamda mülkiyeti tanıyan ve muhtevasını geniş tutan rejimler ferdiyetçi, mülkiyeti tanımayan veya tanıyıp da muhtevasını dar tutan rejimler kolektivist rejimlerdir (bkz., 905 vd.). Yazar (Ünal), bu günkü mülkiyet sistemimizin kökenine ilişkin olarak da şunları söylemektedir. Mülkiyet sistemimiz, İsviçre kökenlidir. İsviçre mülkiyet sisteminin en önemli unsurunu, Roma hukukundaki eşyaya hakimiyet anlayışı oluşturmaktadır. Bir çok eski ilkel toplumlarda olduğu gibi, Roma toplumu da başlangıçta toplum/kollektif (köy cemaati, tribu, aile vb.) mülkiyet düzeni içinde yaşamaktaydı. Zaman içerisinde ise, toplum mülkiyeti, ferdi mülkiyet lehine değişme ve gelişme göstermiştir. Bunun başlangıcı ise XII Levha Kanunları'yla gerçekleşmiştir. Zaman itibarıyla önceleri basit bir yararlanma hakkı vardı. Her fert, işlemek veya meyvelerini toplamakla yükümlü olduğu belli bir arazi parçasını ekip dikerken, hasat zamanında arazinin mülkiyeti üyesi olduğu ailesinin müşterek mülkiyetine dönüşmekteydi. Bu yararlanma düzeninin etkisi zaman içerisinde azalmıştır. Bunun yerine arazinin etkisinin her sene aynı kişilere terk edilmesi uygulamasına geçilmiştir. Neticede de ferdi ve sürekli mülkiyet anlayışına geçilmiştir (bkz., 908 vd.).

dan başka türlü anlaşılmadığı sürece yine ailesine kalmakta ve fakat her bir aile bireyinin –payı oranında– kendi malvarlığına dahil olmaktadır. Bunun dışında üçüncü kişiler yine söz konusu mal varlığı üzerinde mirasçılık temelinde herhangi bir hak iddia edememektedir.

Anayasanın miras hukukuna sağladığı kurumsal garanti kapsamında olan bir başka ilke, **“şahısların mirasçı olması ilkesidir”**.⁴⁷ Bu ilke, yukarıdaki iki ilkeyi tamamlar niteliktedir. Öyle ki bu ilkeye göre Devletin mirasçı olması, ancak malikin ölüme bağlı tasarrufu yoksa ve geride de ailesinden kimseyi bırakmamışsa, söz konusu olabilir.⁴⁸

Yine bu ilke de ferdi mülkiyet anlayışının bir gereğidir. Öyle ki, malikin şahsına ait olan malvarlığı, onun ölümünden önce olduğu gibi ölümünden sonrada ferdi mülkiyet niteliğini kaybetmemektedir.

İşte bugün Alman hukukunda Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesi hükmünün, miras hakkını özel hukuka ait hukuki bir kurum olarak kabul edip ve sayılan ilkeler dahilinde teminat altına almış olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹ Bu teminat da şu anlama gelmektedir: Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesi, objektif olarak kurumsal garanti kapsamında sayılan ilkeler dahilinde, miras hakkını kanunkoyucunun müdahalesine karşı korumaktadır. Bu bakımdan kanunkoyucu, kurum garantisine ilişkin olarak adi kanunî düzenlemeler yaparken, sayılan ilkelerin çekirdek alanına, özüne müdahale edemez.⁵⁰

Ülkemize gelindiğinde, yukarıda ifade edilen yargıların, Anayasa'nın 35. maddesinin 1. fıkrası için de geçerli olduğu düşüncesindeyiz. Bunun temelde iki gerekçesi vardır.

Her şeyden önce ifade ettiğimiz ilkeler geçmişten günümüze Türk miras hukukuna da hakim olan ilkelere aittir. Öyle ki, Türk Medenî Kanunu'nun tasarruf özgürlüğü başlığında, 505 vd. hükümlerinde (kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 470. maddesinde), mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi düzenlenmektedir. Bu ilke, Türk miras hukuku bakımından da vaz-

⁴⁷ BVerfGE 67, s. 340; Neumann/Nipperdey/Scheuner-Boehmer, Grundrechte, Band II, s. 410 vd.; Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 147; MünchKomm-Leipold, Einleitung vor BGB § 1922, Nr. 54; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, Art. 14, Nr. 517; Kaneti, s. 2.

⁴⁸ Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 518. Bu ilke bağlamında veraset intikal vergisinin hukuki meşruiyeti tartışmalıdır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre (bkz., BVerfGE 63, s. 312 (327), veraset intikal vergisine ilişkin düzenlemeler aşırı bir yük niteliğinde ve malvarlığının temel bir ihlali olarak görülebiliyorsa, o zaman Anayasadaki temel hakkın (m. 14) ihlali niteliğinde olur. Aynı yönde Kaneti, s. 3.

⁴⁹ BVerfGE 67, s. 340; BVerfGE 19, s. 206; BVerfGE 19, s. 206; BVerfGE 44, s. 17; BVerfGE 67, s. 340; Zopfs, s. 311, Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 46; StaudingersKomm-Otte, Einleitung zu BGB § 1922 vd. Nr. 60.

⁵⁰ MünchKomm-Leipold, Einleitung vor BGB § 1922, Nr. 16a; StaudingersKomm-Otte, Einleitung zu § 1922 vd. Nr. 60; Dreier-Wieland, GG Art. 14, Nr. 64; Kaneti, s. 1. Bu kurumun çekirdek alanının Alman Federal Anayasası'nın 19. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre korunup korunmayacağı hususu, Alman hukukunda tartışmalıdır. Bu konudaki görüş ayrılığı hakkında bkz., Maunz/Dürig-Herzog-Papier, GG Art. 14, Nr. 299.

geçilmez bir ilkedir.⁵¹ Gerçi Türk hukukunda da ölüme bağlı tasarrufla bulunma serbestisi, mutlak ve sınırsız bir serbesti olmayıp, sınırını malvarlığının aileye kalması ilkesi oluşturmaktadır. Buna göre mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar kanunî mirasçılarının saklı pay hakkıyla sınırlıdır (TMK m. 505). Fakat Alman hukukunda da bu durum esas itibarıyla farklı değildir (BGB § 2303 vd.). Öte yandan mirasbırakan hiçbir tasarrufla bulunmamış olsa dahi onun malvarlığı, evleviyetle kanunî mirasçı olarak aile bireylerine [kan hısımlarına (TMK m. 495 vd.), evlatlığa (TMK m. 500) ve bunlarla birlikte sağ kalan eşine (TMK m. 499)] kalmaktadır. Şu halde, malvarlığının aileye kalması ilkesi de Türk-İsviçre hukukunda geçerli bir ilkedir.⁵² Sayılanlardan hiçbirinin olmaması veya hiç birisinin mirası kabul etmemesi halinde ise, ancak o zaman Devlet mirasçı olmaktadır (TMK m. 501). Bu bakımdan, bireyin mirasçılığı ilkesi Türk miras hukukuna da hakim olan bir ilkedir.⁵³ Nitekim Anayasa Mahkemesi, 20/09/1984 Tarihli kararında⁵⁴: “*Miras hakkının yerleşmiş bir kurum olarak niteliğinin bilinmesi nedeniyle Anayasada konu fazla işlenmemiş; ayrıntılar kanuna bırakılmıştır*” demektedir. Böylelikle Mahkeme, aslında Boehmer’in ortaya atması olduğu metodolojik yaklaşımdan, özü itibarıyla farklı bir şey ifade etmemektedir. Ayrıca Mahkeme, bu kararının devamında, miras hakkına tanınan kurumsal garantinin içeriğinin neler olabileceğine ilişkin önemli işaretler vermektedir. Mahkeme, Kararı’nda: “*Miras hakkı, miras bırakacak olana, ölümünden sonra malvarlığının kanunda belirtilen yakınlarına ya da belli ölçüde kendi seçeceği kişilere; aile bireylerine, yakınlarının ölümü halinde malvarlığının, en az kanunda öngörülen ölçüde, kendilerine geçeceği yolunda güvence sağlar.*” demektedir. Böylelikle Mahkeme, ölüme bağlı tasarrufla bulunma serbestisine ve malvarlığının aileye kalması ilkesine açıkça, şahısların mirasçı olması ilkesine de örtülü olarak işaret etmektedir.

Bir başka gerekçe ise, miras ve mülkiyet hukuku anlayışıyla ilgilidir. Gerçekten de, Alman Federal Anayasası’ndan sonra kabul edilen 1961 Anayasası ve sonrasında da 1982 Anayasası, Alman hukukundakinden farklı, ferdi mülkiyet anlayışına yeni bir bakış açısı getirmemektedir. Dolayısıyla, Alman hukukunda Alman Federal Anayasası’nın 14. maddesinin miras hukukuna

⁵¹ Bkz., Öztan, s. 6; Dural/Öz, s. 3; Kaneti, s. 4; BernerKomm/Weimar, Vorbemerkungen vor ZGB Art. 470, Nr. 1.

⁵² Bkz., Öztan, s. 6; Dural/Öz, s. 3; Kaneti, s. 3; BernerKomm/Weimar, Vorbemerkungen vor ZGB Art. 470, Nr. 1. Hemen belirtmemiz gerekir ki, kanunî mirasçılık bağlamında malvarlığının aileye kalması ilkesi, aslında Cermen hukukundan gelen bir ilkedir. Roma hukukunda ise, tam manasıyla sınırsız bir şekilde ölüme bağlı tasarrufla bulunma serbestisi vardır. Bkz., Dural/Öz, s. 6.

⁵³ Bkz., Öztan, s. 6; Dural/Öz, s. 3; Kaneti, s. 2. Sayılan ilkeler dışında, miras hukukunda zümre sistemine hakim olan ilkelerden külli halefiyet ilkesinin de kurumsal garanti kapsamında olduğu ileri sürülebilir. Ancak, külli halefiyet ilkesinin ortaklıklar hukukunda (örneğin adi ortaklıktaki) istisnaları düşünüldüğünde geçerli miras hukuku düzeninin vazgeçilmez bir unsuru olmadığı fark edilecektir. Bkz., Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 149.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 20.09.1984 Tarih ve 4/9 sayılı Karar için bkz., R.G. Tarih-Sayı: 21.02.1985-18673.

sağladığı kabul edilen kurumsal garanti, aynı ilkeler dahilinde Anayasa'nın 35. maddesi için de söz konusudur.⁵⁵

b-Kurumsal Garantinin TMK m. 181 f. 2 Hükmüyle İhlal Edilip Edilmediği Sorunu

Yukarıda saymış olduğumuz ilkeler, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddenin 2. fıkrasına göre sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının kaybetmesi halinde Anayasa'nın 35. maddesinin sağladığı kurumsal garantiyi ihlal edip etmediğini belirlememize imkan verir.

İlk olarak belirtmemiz gerekir ki, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası (BGB § 1933), mirasbırakan eşin **“öleme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi”** ilgili değildir. Zira bu halde sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi, mirasbırakan eşin tasarrufuyla değil, kanunen gerçekleşmektedir.⁵⁶

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddenin 2. fıkrasına göre sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi, **“şahısların mirasçı olması ilkesine”** de bir aykırılık oluşturmamaktadır. Zira bu durumda sadece sağ kalan eş mirasçılık sıfatını kaybetmektedir. O sanki mirasbırakan eşten önce ölmüş gibi değerlendirilmek suretiyle, tereke diğer kanunî ve/veya atanmış mirasçılara, varsa vasiyet alacaklılarına kalmaktadır. Dolayısıyla bu duruma ilişkin olarak da her hangi bir surette Anayasa'ya aykırılık durumu yoktur.

Tüm bunların dışında, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına göre sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesinin, **“malvarlığının aileye kalması ilkesini”** ihlal ettiği düşünülebilir. Burada evleviyetle belirtmemiz gerekir ki, bu düzenlemeye göre sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi, mirasbırakan eşin terekesinin aile efradı dışında üçüncü kişilere intikal etmesi sonucunu doğurmamaktadır. Mirasbırakanın kanunî mirasçı olan başka hısımları olduğu sürece yine mallar aile içerisinde kalmaktadır. Dolayısı-

⁵⁵ Bu konuda Kocayusufpaşaoğlu (bkz., s. 9) ve ondan alıntı yapan Kaneti, (bkz., s. 2): “... Anayasa miras hukukunun üç temel ilkesini, mirasın özel kişilere geçmesini, mirasın aileye kalmasını ve ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünü güvenceye bağlamış ve miras bu ilkelerin doğrultusunda kurumsallaştıran yasal bir düzenlemeyi gerekli görmüştür...” şeklindeki açıklamalarıyla, Anayasa'nın 14. maddesinin miras hakkına sağladığı kurum garantisini açık bir şekilde kabul etmektedir. Öztan, (bkz., s. 7): “...Anayasa'nın 35. maddesinde... hem mirasbırakan açısından intikale elverişli malvarlığının kendisinden sonrakilere geçmesi ve mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunması, hem de mirasçılar açısından mirasbırakanın malvarlığına sahip olmaları garanti altına alınmıştır...” demek suretiyle, kanaatimizce aynı ilkelerin Türk hukuku bakımından da geçerli olduğuna işaret etmektedir. Dural/Öz ise, (bkz., s. 3): “Önce hüküm (yazarın kastettiği, Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesinin bağlamında Anayasa'nın 35. maddesi hükmü) miras hakkını, özel hukukun bir kurumu olarak korumaktadır. Yani, ölenin malvarlığının, onun ailesi ya da ölüme bağlı tasarruf ile tespit ettiği kişilere kalmasını garanti altına almakta; malvarlığına devletin el koymasını yasaklamaktadır...” demektedir ki, böylelikle, Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesinin miras hakkına sağladığı kabul edilen kurumsal garantinin, buna ilişkin kabul edilen ilkeler dahilinde Anayasa'nın 35. maddesi için de söz konusu olduğunu açık bir şekilde ifade etmektedir.

⁵⁶ Wirtz, s. 144; Vyas, s. 58.

sıyla, burada da Anayasa'nın 35. maddesinin (GG Art. 14) sağlamış olduğu kurum garantisine bir aykırılık söz konusu değildir.⁵⁷

Sonuç olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddenin 2. fıkrası, hiçbir şekilde Anayasa'nın 35. maddesinin sağlamış olduğu kurum garantisini ihlal etmemektedir.

4-Anayasa'nın Miras Hakkını Temel Hak Olarak Koruması

a-Genel Olarak

Anayasa'nın 35. maddesi, Anayasa'da temel hak ve görevlerin düzenlendiği ikinci kısmın, kişinin hak ve ödevleri başlıklı ikinci bölümündedir. Bu düzenleme, her bir vatandaşın miras hakkını temel hak olarak Devletin müdahalesine karşı, anayasal güvence altına almaktadır.⁵⁸ Şu halde Anayasa'nın söz konusu hükmü (AY m. 35; GG Art. 14), objektif olarak kurumsal garanti kapsamında ve sübjektif bakımdan da temel hak olarak her bir şahsın miras hakkını korumaktadır.⁵⁹

Madde hükmünde (AY m. 35), tıpkı diğer temel hakları düzenleyen hükümlerde olduğu gibi, gerçi temel hakka (mülkiyet ve miras hakkına) işaret edilmektedir. Ancak burada da temel hakkın içeriğinin ne olduğuna ilişkin her hangi bir açıklık yoktur. Aynı durum Alman Federal Anayasası'nın mülkiyet ve miras hakkının teminat altına alındığını öngören 14. maddesi bakımından da söz konusudur. Üstelik belirsizlik, bundan da ibaret değildir. Öyle ki, söz konusu düzenlemelerde, hakkın sübjesinin kim olduğu, yani kimlerin temel hak sahibi olduğu da belirtilmemektedir.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, anayasalarda miras hakkının kimlerin temel hakkı olduğu konusundaki belirsizliğin, tarihi sebepleri vardır, ancak bu, hakkın sahibinin hiçbir surette belirlenemeyeceği anlamına da gelmemektedir.

Mülkiyet ve miras hakkı, yüzlerce yıldan beri tanınan haklardır. Bununla birlikte, modern anayasalarda mülkiyet hakkı anlayışının, 1849 tarihli Paulskirchen Anayasası'nda temellendiğini söylemek yanlış olmaz. Paulskirchen Anayasası'nın 164. maddesinde malikin mülkiyet hakkı teminat altına alınmaktadır. Yine bu anayasanın 165. maddesinin 1. fıkrasına göre, malikin aynı zamanda mülkiyetin konusu olan eşyayı sağlar arası hukuki işlemle veya ölüme bağlı tasarrufla tümüyle veya kısmen paraya çevirme hakkı da bulunmaktadır. Bu son anılan hükümde (WRV Art. 165 I) malikin ölüme bağlı tasarrufla bulunma serbestinin varlığına işaret edilmektedir. Yine bu düzen-

⁵⁷ Vyas, s. 58.

⁵⁸ BVerfGE 19, s. 202 (206); 44, s. 1 (17); 93, s. 165 (173 vd.); 99, s. 341 (350); Maunz/Dürig-Herzog-Papier, GG Art. 14, Nr. 297; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 46; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 194; Kaneti, s. 1. Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1987 Tarih, 1987/1 Esas ve 1987/18 sayılı Kararı için bkz., R.G. Tarih-Sayı: 29.03.1988-19769.

⁵⁹ BVerfGE 19, s. 206; 67, s. 340; 91, s. 348; Zopfs, s. 309, 311; BVerfGE 67, s. 340; Dreier-Wieland, GG Art. 14, Nr. 57; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 46; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 511; Pabst, s. 1145 (1146); Kaneti, s. 1.

leme, malikin mirasbırakan olarak ölümüne bağlı tasarrufta bulunma suretiyle onun kendi mirasçısını bizzat belirleme hakkına da işaret etmektedir. Buna karşın madde, mirasçılarının temel haklarına her hangi bir surette değinmemektedir. Üstelik bu durum sadece Paulskirchen Anayasası için değil, aynı zamanda 1789 Tarihli İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi için de söz konusudur. Ancak bu manzara, o dönemde miras hakkının sadece mirasbırakanın temel hakkı olarak anlaşıldığı anlamına da gelmemektedir. Bu durum şöyle yorumlanmalıdır: Aksine o dönemde mirasçılarının temel hakkının, bağımsız ve tartışmasız olarak görüldüğü, yani özel olarak anayasal garanti altına alınmasına ihtiyaç olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Zira bir insanın ölmesi halinde ona ait malların aile efradına kalması, ferdi mülkiyetten önce aile mülkiyetinin geçerli olduğu zamanlardan kalma, yüzlerce yıldır devam eden hukuk geleneğine uygundur. Bu gelenek, mirasçılarının sübjektif miras hakkını, yazılmasına gerek olmayan bir temel hak olarak görmektedir. Öyle ki, ortaçağda asilzadelerin miras hakkı böyledir. Bunun yanında, o zamanlar Fransa'da mevcut olan miras hukuku düzeni, tüm çocukların terekeye eşit oranda katılmalarını öngörmektedir ki, bu temelde devrim mevzuatı, mirasbırakanın miras hakkına sahip olan çocuklarına eşitliğe aykırı surette muamelede bulunmasını ortadan kaldıracak şekilde onun ölümüne bağlı tasarrufta bulunma serbestisini sınırlandırmıştır. Böylelikle, eşitlik temelindeki bir düşünceden de kaynaklansa, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunma serbestisi sınırlandırılmak suretiyle, mirasbırakanın aile efradının temel hak olarak miras hakları teminat altına alınmış olmaktadır. İşte bir yanda mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunma serbestisi, öbür yanda ise, eşitlik düşüncesi temelinde onun tasarruf serbestisinin sınırlandırılması, o dönemde mirasbırakanın aile efradının da temel hak anlamında miras haklarının varlığına işaret etmektedir. İşte böyle bir hukuk geleneği sonrasında, miras hakkı, temel bir hak olarak Weimar Anayasası'nın 154. maddesine dahil olmuştur. Daha sonra da bu düzenleme, Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesinin 1. fıkrasına kaynaklık etmiştir.⁶⁰ Zaman bakımından Alman Federal Anayasası'ndan sonra kabul edilen 1961 Anayasası ise, Türk anayasa tarihinde ilk defa miras hakkını temel hak olarak kabul etmişse de ondan farklı bir mülkiyet veya miras hukuku anlayışı da getirmemiştir. Bu konuda 1961 Anayasası'nın benimsediği esası temel alan 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde de (aynı şekilde GG Art. 14) hem mirasbırakanın hem de mirasçılarının temel hakkı güvence altına alınmıştır.⁶¹

Açıklamış olduğumuz tarihi sebeplere ilaveten, daha önce işaret ettiğimiz üzere, medeni kanunların (TMK, BGB) miras hukuku düzenine hakim olan ilkeleri, aynı zamanda anayasalarda (AY m. 35; GG Art. 14) koruma altına alı-

⁶⁰ Bkz., Stöcker, s. 216, 218.

⁶¹ Bkz., BVerfGE 93, s. 174; 99, s. 349; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 513; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 196; Kocayusufpaşaoğlu, s. 9 vd.; Kaneti, s. 1. Anayasa Mahkemesi'nin 17.3.2011 Tarih, 2009/58 Esas ve 2011/52 sayılı Kararı'nda (bkz., R.G. Tarih-Sayı: 23.7.2011-28003); "...Temel bir hak olan miras hakkı iki yönlüdür. Mirasbırakan yönünden mirasın kendinden sonrakilere geçmesini ve ölümüne bağlı tasarrufta bulunabilmeyi, mirasçılar yönünden ise miras yoluyla bıraktığı malvarlığına sahip olma yetkisini kapsar" denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmektedir. Aynı yöndeki Anayasa Mahkemesi'ni 20.09.1984 Tarih ve 4/9 sayılı Karar için bkz., R.G. Tarih-Sayı: 21.02.1985-18673).

nan kurum garantisinin de içeriğini oluşturmaktadır. Bu bakımdan miras hakkının temel hak olarak içeriğinin saptanmasında, kurum garantisinden tümüyle bağımsız yeni bir içerik belirlemesi mevzubahis değildir. Farkı odur ki, madde hükmü kapsamında sağlanan kurum garantisinin içeriği, yani **ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisine, şahısların mirasçı olması ilkesine, mirasın aileye kalması ilkesine**, temel hakkın sahibi olan mirasbırakan ve mirasçılar bakımından değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.⁶²

b- Temel Hak Olarak Miras Hakkının, TMK m. 181 f. 2 Hükmüyle İhlal Edilip Edilmediği Sorunu

1-Mirasbırakanın Temel Hakkının İhlal Edilip Edilmediği Sorunu

Denilebilir ki, Anayasa'nın 35. maddesi (GG Art. 14) kurumsal garanti kapsamında, ilk planda mirasbırakanın özgürlük alanını korumaktadır.⁶³ Bu kapsamda mirasbırakanın temel hakkı, ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkıdır.⁶⁴ Bu temel hak, mirasbırakanın terekesinin kaderini belirleme, mirasçılarını seçme hakkı anlamına gelir.⁶⁵ Mirasbırakanın bu hakkı, onun ölümüyle birlikte sona erer.⁶⁶ Yine mirasbırakanın bu hakkı, kanuni mirasçıların saklı pay hakkıyla sınırlıdır.⁶⁷

Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası (BGB § 1933) aslında mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkına yeni bir bakış açısı getirmemektedir. Gerçi ölen eş tarafından sağ kalan eş lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar da, yine bu kanun hükmü ve onun atıf yaptığı diğer hükümlere göre (TMK m. 181 f. 1; BGB §§ 2277 Abs. 1, Satz 2, 2268, 2279) geçersiz sayılmaktadır. Bu durum, ilk başta ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisinin de ihlali olarak düşünülebilir. Ancak bu halde sağ kalan eş lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların geçersiz sayılması, en azından boşanmayı isteyen yani davada aktif durumda olan eşin derdest bir boşanma davasına rağmen diğeri lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisini mutlak olarak ortadan kaldırmamaktadır. Öyle ki söz konusu durumda her ne kadar ölüme bağlı tasarruf kuralı olarak geçersiz olsa da mirasbırakanın gerçek veya

⁶² Bkz., Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 47 vd.; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 194 vd.; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 514 vd.

⁶³ BVerfGE 83, s. 208; 91, s. 358; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 512; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 194; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 512.

⁶⁴ BVerfGE 58, s. 398; 67, s. 341; 91, s. 358; 93, s. 174; 99, s. 349; Neumann/Nipperdey/Scheuner-Boehmer, Grundrechte, Band II, s. 418; Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 144; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 197; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 47; Maunz/Dürig-Herzog-Papier, GG Art. 14, Nr. 303. Anayasa Mahkemesi'nin 17.3.2011 Tarih, 2009/58 Esas ve 2011/52 sayılı Kararı için bkz., R.G. Tarih-Sayı: 23.7.2011-28003; 20.09.1984 Tarih ve 4/9 sayılı Karar için bkz., R.G. Tarih-Sayı: 21.02.1985-18673.

⁶⁵ Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 194; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 47.

⁶⁶ Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 194.

⁶⁷ Bakınız aşağıda: III, B. 4, b, 11, b) ab, aab, Sağ Kalan Eşin Kanuni Miras Hakkını ve Saklı Pay Hakkını Kaybetmesi Bakımından İnceleme.

varsayımına dayalı iradesi, bu tasarrufların geçerli olmasına imkan vermektedir (TMK m. 181 f. 1; BGB §§ 2277 Abs. 3). Böylelikle de ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkına müdahale mevzu bahis değildir. Dolayısıyla boşanmayı isteyen eş bakımından Anayasa'ya aykırılık yoktur.⁶⁸ Ancak eş boşanmayı istemiyorsa durum farklıdır, ki bu aşağıda (u, b), ab, aaa) değerlendirilmektedir.

u-Mirasçılarının Temel Hakkının İhlal Edilip Edilmediği Sorunu

a)-Genel Olarak

Anayasa'nın 35. maddesi (GG Art. 14) sadece mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkını korumaz. Aynı zamanda mirasçılarının da mirasçı olma haklarını teminat altına alır.⁶⁹

Türk Medenî Kanunu, iki çeşit mirasçılık öngörmüştür. Bunlardan biri kanunî mirasçılıktır. Mirasbırakanın ölümü halinde, kanunkoyucu tarafından belirlenmiş olup onun yerine geçecek kişiler, kanunî mirasçılardır (TMK m. 495 vd.). Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen diğer mirasçılık ise, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarından kaynaklanan iradî mirasçılıktır (TMK m. 505 vd.).

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası, 1. fıkraya yapılan atıf gereğince, diğer mirasçılarının değil, sadece sağ kalan eşin mirasçılık sıfatıyla ilgilidir. Bu bakımdan çalışma konumuz bağlamında sağ kalan eşin temel hakkının ihlal edilip edilmediği aşağıda incelenmektedir. Diğer mirasçılarının mirasçılık sıfatı ise, madde hükmünün (TMK m. 181 f. 2) konusu değildir.

b)-Sağ Kalan Eşin Temel Hakkının İhlal Edip Etmediği Sorunu

aa-Temel Hakkın Doğuş Anı Bakımından İnceleme

Sağ kalan eşin mirasçı olmaya ilişkin temel hakkının ihlal edilip edilmediği sorusunu cevaplamadan önce, temel hak olarak miras hakkının ne zamandan itibaren mevcut olduğunu ya da doğduğunu tespit etmemiz gerekir.

Doktrinde hakim olan görüşe göre⁷⁰, miras hakkı, en erken mirasın açılmasıyla birlikte temel hak olarak doğar. Mirasın açılmasından önce, mirasçılarının anayasal anlamda korunan temel hakları yoktur. Gerçi beklenen haklar, miras hakkının ve mülkiyet hakkının korunması kapsamında değerlendirilmektedir ve fakat, mirasçı olma şansı, beklenen bir hak bile olmayıp, mirasın açılması anına kadar sadece bir umuttur⁷¹; ve bu umut, umudu olan kimseye hiçbir surette anayasada korunan temel hak anlamında mülkiyet hakkına ben-

⁶⁸ Wirtz, s. 145, 147.

⁶⁹ Bkz., BVerfGE 93, s. 174; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 194; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 47; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 513; Maunz/Dürig-Herzog-Papier, GG Art. 14, Nr. 295; Kaneti, s. 1. Anayasa Mahkemesi'nin 17.3.2011 Tarih, 2009/58 Esas ve 2011/52 sayılı Kararı için bkz., R.G. Tarih-Sayı: 23.7.2011-28003; 20.09.1984 Tarih ve 4/9 sayılı Karar için bkz., R.G. Tarih-Sayı: 21.02.1985-18673.

⁷⁰ Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 45; MünchKomm-Leipold, Einleitung vor BGB § 1922, Nr. 18; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, Art. 14, Nr. 520; Jarass/Pieroth, GG Art. 14, Nr. 93.

⁷¹ Bkz., Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 45; Stöcker, s. 216. Akkanat (bkz., s. 42), mirasın açılmasından önce olsa olsa mirasçılık beklentisinin söz konusu olabileceği görüşündedir.

zer bir pozisyon sağlamayacağı için bu maddenin koruma alanına dahil değildir.

Alman hukukunda doktrindeki hakim görüşten hareket eden bazı yazarlara göre⁷², mirasın açılmasından sonra Alman Medenî Kanunu'nun § 1933 hükmünün unsurlarının gerçekleşmesi, mantıken mümkün değildir; mirasın açılmasından sonra, olsa olsa bunun unsurlarının var olup olmadığının tespiti yapılabilir. Bu normun unsurlarının gerçekleştiği tespit edildiği aşamada ise, zaten daha önce miras açılmıştır. Yani sağ kalan eş, mirasın açılmasından önce artık umut dahi olsa mirasçı olma (hakkını değil) şansını kaybetmiştir. Dolayısıyla mirasın açılmasından sonra sağ kalan eşin mirasçılık sıfatı, bu norm (BGB § 1933) yoluyla olumsuz etkilenmez. Bu bakımdan söz konusu hüküm, eşin kanunî mirasçılığının temel hak olarak anayasal korunmasıyla ilgili değildir.

Doktrindeki hakim görüş isabetli değildir. Zira her şeyden önce belirtmemiz gerekir ki, hakim görüş kabul edilirse miras hakkı, temel hak anlamını kaybetmiş olacaktır.⁷³ Öyle ki, mirasbırakanın ölümü, yani mirasın açılması anından itibaren mirasçılar külli halef olarak mirasbırakanın malvarlığı üzerinde mülkiyet edinmiş olurlar. Onlar, mirasın açılmasıyla birlikte mülkiyet edindikleri andan itibaren ise anayasada (AY m. 35; GG Art. 14) koruma altında olan, artık onların temel hak anlamında miras hakları değil, mülkiyet haklarıdır.⁷⁴ Zira mirasın açılmasından sonra söz konusu mallara vaki bir tecavüz miras hakkına değil mülkiyet hakkına yöneliktir. İşte tam da burada şu soruyu sormak gerekir: Şayet "mirasçıların" miras hakkı temel bir hak olarak, en erken mirasın açılmasıyla birlikte doğar denilirse, ki ifade ettiğimiz üzere aslında bu andan itibaren korunan mülkiyet hakkıdır, o zaman miras hakkı, anayasal anlamda ne zaman temel bir hak olarak korunacaktır? Kuşkusuz ki bu sorunun cevabı hiçbir zaman olacaktır. Bu ise, mirasçıların miras hakkını temel hak olmaktan çıkartıp, anayasal korumayı sadece bir kurum garantisine indirgemek anlamına gelir. Mirasçıların miras hakkını bir yandan anayasada temel bir hak olarak kabul ederken, öbür yandan da bu hakkın sadece kurum garantisine indirgenmesi, onu temel bir hak olmaktan çıkarır. Bu açık bir şekilde çelişkidir. Mirasçıların miras hakkının temel bir hak olarak öngörülmesi, miras hakkı garantisi içinde ona kendi kullanım alanını verme zorunluluğunu getirir. Yoksa, anayasada miras hakkının garanti altına alınması, "şekilden" öteye bir anlam ifade etmez.⁷⁵ Bu bakımdan, anayasada (AY m. 35; GG Art. 14) mirasçıların temel hak olarak koruma altına alınmış olan, henüz mirasbırakanın sağlığındaki potansiyel mirasçılık sıfatıdır. Buna uygun olarak miras hakkı, yukarıda ortaya konulan içeriğiyle birlikte mirasbırakanın sadece ölümünde değil, aksine mirasbırakanın sağlığında da mevcuttur. Bunun sonucu olarak, eşlerin mirasçılık pozisyonları da, birbirlerinin sağlığında temel

⁷² Wirtz, s. 146.

⁷³ Vyas, s. 69.

⁷⁴ Nitekim bu husus, hakim görüşü savunan yazarlar arasında olan Münch/Kunig-Bryde, (bkz., GG Art. 14, Nr. 45) tarafından da açıkça ifade edilmektedir.

⁷⁵ Vyas, s. 70.

hak olarak anayasal koruma altındadır.⁷⁶ Kaldı ki, miras açılıncaya kadar mirasçılarının haklarının beklenen hak değil de bir umut olarak nitelendirilmesi de sun'i bir yaklaşımdır. Zira bunları birbirlerinden ayırt edecek nitelikte somut ayırım kriterleri de yoktur. Nitekim hakim görüşü savunan yazarlardan bazıları⁷⁷, ortak vasiyetnameyle veya miras sözleşmesiyle mirasçı atanmasını, gerçek bir beklenen hak olarak kabul etmektedirler. Bu da yapılan ayırımın dogmatik olmadığına göstergesidir. Netice itibarıyla, mirasbırakanın sağlığında mirasçılarının mirasçı olma şansını, bir umut olarak görmek yerine bir temel hak olarak nitelendirmekte tereddüt edilmemelidir.

ab-Temel Hakkın İçeriği Bakımından İnceleme

Sağ kalan eşin temel hakkının konusu, ölen eşine mirasçılık sıfatıdır. Onun bu mirasçılığı, ölen eşinin lehine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflardan kaynaklanmış olabileceği gibi, ölen eşine kanunî mirasçılık sıfatından da kaynaklanabilir.

aaa- Sağ Kalan Eşin Lehine Yapılan Ölüme Bağlı Tasarrufları Kaybetmesi Bakımından İnceleme

Mirasbırakan eşin sağ kalan eşi lehine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname (TMK m.531 vd.) veya miras sözleşmesi şeklinde olabilir (TMK m. 545 vd.). Bu şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflarla sağ kalan eş, vasiyet alacaklısı veya atanmış mirasçı olabilir. Bu bağlamda onun mirasçılığı, lehine tek taraflı bir kazandırma veya ivazlı tasarruf olabilir.

1) Sağ kalan eş lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar tek taraflı bir kazandırma niteliğinde ise, ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisine göre, esasında mirasbırakan bunlardan her zaman tek taraflı dönebilir. Bunun için, lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunan kimsenin kabulü gerekmez. Bu aşamada boşanma davası açan eş ile, boşanma davasında tümüyle pasif halde davalı olarak kalan eş bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmamız gerekir.

a) Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 1. fıkrasına atıf yapmaktadır. Buna göre, boşanma davası devam ederken eşlerden birisi ölüp de sağ kalan eşin de davada kusurlu olduğu mirasçıları tarafından ispat edilirse, onun lehine ölen eşin yapmış olduğu tasarruflar, tıpkı, boşanmış olan eşlerin birbirlerine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar gibi geçersiz olacaktır; yeter ki tasarruftan aksi anlaşılmamış olsun. "Tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar bakımından", en azından ölüme bağlı tasarruf serbestisinin sınırları dahilinde, kanunkoyucu, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kimsenin iradesine üstünlük tanımaktadır. O, istediği zaman bu tasarruflardan dönebilmektedir ve bunun karşısında lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunan kimse de hiçbir hak iddia edememektedir. Olması gereken de budur, zira bu tür tek taraflı tasarruflar bakımından lehine ölüme bağlı tasarrufta düzenlenen kimseye bu hakkı bahşeden, sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunan kimsenin iradesidir. Bu bağlamda boşanma davası açan eşin, hatta aleyhine açılmış boşanma davasını kabul eden eşin, varsayıma da-

⁷⁶ Vyas, s. 70.

⁷⁷ Örneğin: Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 45.

yalı iradesinin, eşi lehine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufları geçersiz kılmak istediği yönünde olduğu kabul edilebilir. Gerçekten de bir kimsenin boşanmak istediği bir kimseye yaptığı ölüme bağlı tasarrufları geçersiz kılmak istemesi, hayatın olağan akışına uygun bir durumdur. Bunun aksi ispatlanırsa, yani boşanma davası açan eşin, aleyhine boşanma davası açmış olduğu eşi lehine yapmış olduğu tek taraflı kazandırma niteliğindeki ölüme bağlı tasarrufları her durumda geçerli kılmak istediği sonucuna varılırsa, aleyhine boşanma davası açılmış olan eşin ölüme bağlı tasarruflar bakımından mirasçılığı devam edecektir. Şu halde ölüme bağlı tasarrufta bulunup da dâva sırasında ölen eşin iradesi, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesi bağlamında sağ kalan eşi lehine yaptığı ölüme bağlı tasarrufu geçersiz kılmak istediği şeklinde yorumlanıyorsa, artık burada sağ kalan eşin hak etmiş olduğu bir ölüme bağlı tasarruf da yok demektir. Dolayısıyla bu durumda, Anayasa'nın 35. maddesi anlamında, hem ölen eşin ölüme bağlı tasarrufta bulunma şeklindeki temel hakkının hem de sağ kalan eşin vasiyet alacaklısı veya atanmış mirasçı olmak şeklindeki temel hakkının bir ihlali söz konusu olmaz.

b) Ancak böyle olmayıp da öleme bağlı tasarrufta bulunan eş, aslında kendisi boşanma davası açmadığı gibi, aleyhine açılmış olan boşanma davasını da kabul etmemiş ise, yani davada tümüyle pasif halde kalmış ise durum farklıdır. Öyle ki onun (yani davada tümüyle pasif halde kalan dâvalı eşin) varsayımaya dayalı iradesinin, kendisi aleyhine boşanma davası açan eşi lehine yaptığı ölüme bağlı tasarrufları geçersiz kılmak yönünde olduğuna ilişkin bir yorum kuralı getirilmesi bakımından elimizde somut bir destek noktası gözükmemektedir. Gerçi davada pasif kalan eşin varsayımaya dayalı iradesinin "Şayet ben ona mirasçı olamayacaksam o da bana artık mirasçı olamasın!" yönünde olduğu iddia edilebilir. Ancak böyle bir yorum için dahi somut olayda bu yorumu haklı kılacak bir somut destek noktası bulunmalıdır. Ortada varsayımaya dayalı da olsa bir boşanma iradesi olmayan eşin, varsayımaya dayalı iradesinin sağ kalan eşi lehine yaptığı ölüme bağlı tasarruflardan dönme yönünde olduğunu iddia etmek ise, son derece zorlama bir yorum olur. Hal böyle iken, onun yani davada pasif haldeki aleyhine boşanma davası açılan eşin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufları Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 1. fıkrasına yaptığı atıf gereğince Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına göre hükümsüz kılmanın, Anayasa'nın 35. maddesinde verilen kurumsal garantiye, bu bağlamda ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisine, aykırı olduğu kanaatindeyiz.

2) Şimdiye kadar ki açıklamalarımız, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının temelinde ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılan ivazsız kazandırmalar için söz konusudur. Buna karşın sağ kalan eş, mirasbırakan eşine mirasçılık sıfatının temelinde ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılan ivazlı bir kazandırma da olabilir.

a) Bu bağlamda böyle bir tasarruf sağ kalan eş aleyhine mirastan ivazsız olarak feragat sözleşmesi niteliğinde ise, aslında yine ivazsız kazandırma niteliğinde kabul edilmesi gerekecektir. Zira sağ kalan eşin, zaten Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına göre kanunî mirasçılığı söz konusu olmayacaktır. Bu yüzden, mirastan feragat sözleşmesine ilişkin olarak, sağ

kalan eş lehine yapılan ivazsız kazandırmalara ilişkin açıklamalarımızdan farklı bir yorum yapılmasını gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

b) Bunun dışında sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının temelinde başka diğer karşılıklı kazandırmalar, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça yine geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir. Bu halde, şayet mirasbırakan eş boşanma dâvası açmamış ve aleyhine boşanma davasını da kabul etmemiş ise, bu halde onun yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun geçersiz kılınmasının yine Anayasanın 35. maddesine aykırılık taşıdığı görüşündeyiz.

aab-Sağ Kalan Eşin Kanunî Miras Hakkını ve Saklı Pay Hakkını Kaybetmesi Bakımından İnceleme

Kanunî mirasçılar kendi içerisinde saklı payı olan ve olmayan mirasçılar olmak üzere ikiye ayrılır. Sağ kalan eş, hem kanunî mirasçı (TMK m. 499) hem de onlar içerisinde saklı paylı mirasçıdır (TMK m. 506 f. 4).

Mirasbırakan, saklı payı olan mirasçıların kanunkoyucu tarafından belirlenen miras payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Bu konuda bir ihtilaf da yoktur (TMK m. 505). Ancak genel anlamda kanunî mirasçıların özel olarak da sağ kalan eşin kanunî miras hakları ve saklı pay haklarının içeriğini belirleme konusunda Anayasa'nın 35. maddesinin 1. fıkrasının kanunkoyucuya ne ölçüde bir takdir hakkı tanıdığı sorusunun cevabı açık değildir.

Yukarıdaki soruya ilişkin olarak kanunkoyucu, nasıl ki mülkiyet hakkının içeriğini belirleyebiliyorsa, miras hakkının içeriğini de belirleyebilir.⁷⁸ Nitekim Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi hükmü, bu yetkiyi açıkça kanunkoyucuya tanımıştır. Bu bağlamda Alman hukukunda bazı yazarlar⁷⁹, Alman Medenî Kanunu'nun 1933. paragrafının, Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi hükmü anlamında, kanunkoyucuya tanınan meşru içerik sınırlandırması olarak kabul etmektedirler. Bununla birlikte doktrinde ifade edildiği üzere⁸⁰, söz konusu hüküm (GG Art. 14 I, Satz 2), mülkiyet ve miras hakkının içeriğinin adi kanunî düzenlemelerle serbestçe yeniden tanımlanabileceği anlamına da asla gelmemektedir. Çünkü temel hakkın içeriğine her türlü düzenlemeyi basit kanunî normlara havale edilmesi, kanunkoyucunun buradaki hareket alanının, gerektiğinde mülkiyet ve miras hakkını istediği gibi düzenlemesi anlamına gelecek şekilde genişletmesinin kabulünü gerektirir. Böyle bir kabul, kanunkoyucunun kanunî düzenlemelere ilişkin "oyun alanını" aşırı surette büyütmek manasına gelir. Bu ise, kabul edilemez; zira temel haklar, basit kanunî düzenlemelerle sınırsız bir içerik düzenlemesine tabi tutulamaz. Kanunkoyucu burada miras hakkının içeriğini serbestçe takdir edemez. Burada belli esaslara dikkat edilmesi gerekir. Bu bağlamda kanunkoyucunun yapacağı bir düzenleme, öncelikle miras hakkının anayasal olarak korunmasını sağlayacak nitelikte olmalı ve diğer anayasal normlarla uyumlu olmalıdır.⁸¹

⁷⁸ BVerfGE 19, s. 206; 44, s. 17; 67, s. 340; 91, s. 360; 99, s. 351; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 199; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 45.

⁷⁹ Bkz., Wirtz, s. 145, 147.

⁸⁰ Stöcker, s. 216.

⁸¹ Bkz., BVerfGE 99, s. 352; Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 199.

Bu bağlamda Anayasa'nın 35. maddesi, mülkiyet ve miras hakkının içeriğini belirleme konusunda, bir ölçü ortaya koymaktadır. Buna göre, bu haklar, yani mülkiyet hakkıyla birlikte miras hakkı, ancak kamu yararı⁸² gerekçesiyle sınırlandırılabilir (AY m. 35 f. 2). Şu halde, genel anlamda kanunî mirasçılar, özel olarak da sağ kalan eşin kanunî miras hakkı, sadece kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılabilir.

Yukarıdaki açıklamalarımız ardından Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasının değerlendirilmesine gelebiliriz.

Söz konusu hüküm (TMK m. 181 f. 2) gereğince, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi, saklı pay hakkı dahil kanunî miras hakkının tümüyle ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Bu ise, Anayasa'nın 35. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen temel hakka müdahale oluşturur. Bu müdahalenin Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasına göre kamu yararı gerekçesiyle yapıp yapılmadığı ise, ayrıca üzerinde durulması gereken bir konudur. Bunun için, söz konusu düzenlemenin (TMK m. 181 f. 2) yapılmasının arka planındaki, kanunkoyucunun muhtemel gerekçeleri bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır.

Kanunun (TMK m. 181 f. 2) madde gerekçesinde⁸³ "... bu durum özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü halinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu dâvalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına sebep olabilecektir. İşte bu haksız durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır. " şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifadelerde geçen, haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına sebep olması deyimi, bu konuda bize yeteri bir somutlaştırma yapma imkanı vermemektedir. Kanaatimize göre, kanunkoyucunun, Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası bağlamında sağ kalan eşin saklı payını ortadan kaldırmasının, bizim öngördüğümüz üç muhtemel gerekçesi olabilir. Aşağıda bu ihtimalleri ve bunların değerlendirmesini yapacağız.

Bunlardan ilki, boşanma davasını açan veya aleyhine açılmış boşanma davasını kabul eden eşin, kanunda (TMK m. 181 f. 2) açıkça belirtmemiş olsa dahi, aslında varsayım dayalı iradesinin eşini kanunî mirasçılıktan da çıkarması yönünde olduğudur. İşte kanunkoyucu da, söz konusu düzenlemeyi yapmak suretiyle mirasbırakan eşin ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisine üstünlük tanımak istemiştir denilebilir.

Gerçekten de, eşine karşı boşanma davası açmış olan bir kimsenin aynı zamanda onu kendisine mirasçılık sıfatından da yoksun bırakmak istemesi, normatif bir yorumla, hayatın olağan akışına uygundur. Bu gerekçe, sağ kalan eşin iradî mirasçılık sıfatının kaybedilmesi bakımından haklı görülebilir. Kanunî mirasçılık sıfatının kaybedilmesi bakımından ise, onun bu yönde -varsayım dayalı da olsa- bir iradesinin olduğu kabul edilse dahi, bunun sınırını sağ kalan eşin saklı pay hakkı oluşturur (TMK m. 505). Zira sağ kalan eş, saklı payını ihlal ettiği ölçüde, mirasbırakan eşinin tasarruf edebileceği kısmı aşan

⁸² Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Başpınar, s. 235 vd.

⁸³ Bkz., Türk Medeni Kanunu Madde Gerekçeleri, s. 377.

tasarruflarının tenkisini dava edebilir (TMK m. 560 f. 1). Hal böyle iken, yani kanunkoyucunun mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruflarda bulunma serbestisini açıkça sınırlandırırken, öbür yandan bir başka kanun hükmüyle, ona sınırsız bir ölümüne bağlı tasarruflarda bulunma serbestisini tanıdığını kabul etmek çelişki olur. Yani, bir başka gerekçeyle sağ kalan eş kanuni mirasçılık sıfatını tümüyle kaybedebilir, ancak sırf mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruflarda bulunma serbestisi adına yapılırsa bu bir çelişkidir. Kaldı ki, gerçekten böyle yapıldığı düşünülse dahi, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasının son haline göre, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi için, eşlerden artık hangisinin boşanma davası açmış olduğu önemsizdir. Öyle ki, boşanma davasında pasif kalan eşin, yani boşanma davasını kabul etmemiş veya kendisi karşı boşanma davası açmamış olan eşin ölmesi halinde dahi, sağ kalan eşin kanuni ve iradî mirasçılığı son bulabilecektir. Böyle bir halde davada pasif kalan eş en azından davayı kabul etmemiştir ki, kendisine boşanma davası açan eşini miras hakkından yoksun bırakmak yönünde varsayım dayalı bir iradesinin olduğundan bahsedilsin. Dolayısıyla bu son hal bakımından, sağ kalan eşin kanuni ve iradî mirasçılık sıfatını kaybetmesi için mirasbırakan eşin varsayım dayalı iradesinin bu yönde olduğunu gösterir hiçbir destek noktası yoktur. Dolayısıyla, kanunkoyucunun salt böyle bir gerekçeyle söz konusu düzenlemeyi (TMK m. 181 f. 2) yapmış olduğu kabul edilemez. Bu sonuca ulaşmamızın bir başka gerekçesi de, kanun hükmüne göre sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi için, aşağıda açıklanacağı üzere, onun boşanma davasında kusurlu taraf olduğunun ispat edilmesinin gerekli olmasıdır.⁸⁴ Oysa bir kimse boşanmak istediği kimseyi mirasçılık sıfatından yoksun bırakmak ister şeklinde ona bir varsayım dayalı irade atfediliyorsa, bu aşamada artık sağ kalan eşin boşanma davasında kusurlu olup olmadığı değerlendirme dışı olsa gerekir. Yok böyle değil de tümüyle normatif bir yaklaşımla mirasbırakanın varsayım dayalı iradesinin dâvalı olduğu eşini her halükarda miras payından yoksun bırakmak istediği yönünde olduğu ve buna da kanunkoyucunun "mirasbırakanın iradesine üstünlük tanınması" gerekçesiyle sınırsız bir şekilde cevaz verdiği kabul edilebilir. Ancak o zaman da bu, salt mirasbırakanı ilgilendiren özel bir gerekçe olmuş olur. Böyle bir özel gerekçenin ise, hiçbir surette kamu yararıyla ilgisi yoktur. Dolayısıyla böyle bir gerekçeyle sağ kalan eşin kanuni miras hakkının ortadan kaldırılmasının, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası bağlamında miras hakkının kamu yararı doğrultusunda sınırlandırılması niteliğinde değildir.

Bununla birlikte veya bağımsız olarak muhtemel bir başka gerekçe ise, genelde davaların, özelde ise boşanma yargılamasının uzun sürmesiyle ilgilidir. Şöyle ki, boşanma davasına ilişkin olarak verilen hüküm kesinleşince, eşler artık birbirlerine mirasçı olamazlar (TMK m. 181 f. 1). Mahkemenin "yargılamanın sırf uzun sürmesi sebebiyle gecikmiş olması yüzünden" boşanmaya karar verilememiş olmasını, boşanmanın miras hukukuna ilişkin sonuçları (TMK m. 181 f. 1) bakımından, sanki hiç boşanma davası açılmamış olması durumuyla eş değer tutulması doğru olmaz. Bir boşanma davası açılmıştır, yargılama sırasında eşlerden biri ölmüş olsa dahi, yargılama neticesinde bo-

⁸⁴ Bkz. Topuz, §5. III. Sağ Kalan Eşin Boşanma Davasında Kusurlu Olduğunun İspat Edilmesi.

şanmanın şartlarının gerçekleşmiş olduğu tespit edilmiştir. Şu halde, tıpkı boşanmış olan eşler gibi (TMK m. 181 f. 1) ve fakat geçmişe etkili olarak artık onları bir birlerine mirasçı kılmamak gerekir.⁸⁵

Yukarıdaki yönde ileri sürülebilecek bir gerekçeyi, kamu yararı bir yana, kişisel yararlar bakımından dahi ikna edici görmüyoruz. Zira her şeyden evvel yargılamanın uzun sürmesinin sebep olduğu olumsuzluklara, yine yargılama hukuku içerisinde çözüm bulmak gerekir. Yoksa yargılama hukukunun sorunları maddi hukuka müdahale edilerek çözülmeye çalışılmamalıdır. Kaldı ki, söz konusu düzenlemedeki amacın sırf yargılamanın uzun sürmesinin sebep olacağı mahzurların giderilmesi adına kararın geçmişe etkili kılınması olduğunun iddia edilmesinin önünde bazı engeller vardır.

Boşanma davasını kusurlu taraf açmış ve kusuru olmayan veya daha az olan diğer eş de itiraz etmiş ise (TMK m. 166 f. 1, 2), boşanma gerçekleşmeyecektir. Dolayısıyla bu halde, yargılamanın gecikmesinin sebep olabileceği bir olumsuzluk yoktur, eşlerden birisi, ister dâva sırasında isterse dâvanın reddi kararının kesinleşmesinden sonra ölmüş olsun, diğerine mirasçı olabileceklerdir. Bu halde ise, yargılamanın gecikmiş olmasının bir mahzuru ve bunun da ilgili kanun hükmüyle önünün alınması amacından bahsedilemez.

Şayet böyle olmayıp da boşanmanın şartları somut olayda mevcut ise, işte ancak o zaman davada yargılamanın gecikmesinin sebep olduğu mahzurlardan bahsedilebilir. Bunu engelleme amacıyla da bu hükmün (TMK m. 181 f. 2) kanunkoyucu tarafından ihdas edilmiş olduğu iddia edilebilir.

Kanaatimize göre, bu ikinci hal bakımından da kanunkoyucunun yargılamanın gecikmesinin mahzurlarını gidermek istediği düşüncesini esas aldığı tam olarak söylenemez. Zira, kanuna (TMK m. 181 f. 2) göre, ölen eşine sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi için, onun boşanma davasında kusurlu olup olmadığının denetiminin yapılması gerekir. Oysa yargılamanın hızlandırılması saikından hareket edilmiş olsaydı, boşanma davasında kusur denetimi yapılsın yapılmıyın, boşanmaya hükmedilecek idiyse, ilgili kanun hükmünün uygulanması gerekirdi. Kanun hükmünün (TMK m. 181 f 2), tartışmalı olmakla birlikte⁸⁶, sâdece kusur denetiminin yapıldığı boşanma hallerinde uygulama alanı olduğu için, kanunkoyucunun söz konusu düzenlemeyi yapmaktaki amacı yargılamanın uzamasının sebep olduğu olumsuzlukları gidermek de olamaz. Böyle olsaydı da kanunkoyucunun boşanmanın sadece miras hukukuna ilişkin sonuçlarını değil, boşanmanın diğer kişisel sonuçları ile mali sonuçlarını da geçmişe etkili olarak tanınması gerekirdi. Bu bağlamda boşanmanın kişisel sonuçlarından olmak üzere, eşlerin evli olmaktan çıkıp boşanmış

⁸⁵ Bu görüş, Alman Medenî Kanunu'nun 1933. paragrafının gerekçesi konusunda Alman hukukunda hakim olan görüştür. Bu bağlamda Zopfs'a göre (bkz., s. 311), Alman Medenî Kanunu'nun 1933. paragrafı, mirasçılık sıfatının kaybetmesine sebep olmasının, nihayetinde boşanmanın gecikmiş olan etkilerini mevcut olan boşanma davasının şartları temelinde ele almaktadır.

⁸⁶ Bu konudaki görüşler için bkz., Topuz, §5. III. 3. TMK m. 181 f. 2 Hükmü Kusur Denetiminin Yapılmadığı Boşanma Davalarında Uygulanabilir mi?

duruma girmeleri ve kadının kocasının soyadını kaybederek, önceki soyadını yeniden alması gerekir (TMK m. 173). Yine sağ kalan eş kadın ise, sonraki evlilik için beklemesi gereken iddet süresini (TMK m. 132), geçmişe etkili olarak başlatmak gerekir. Ayrıca, eşlerin birbirlerinden olan alacakları hakkında evlilik süresince zamanaşımı durmuştur; ve boşanma kararının kesinleşmesi halinde, zamanaşımı süresi kendiliğinden işlemeye başlamaktadır (TBK. m. 153 f. 1 b. 3 ve f. 2). İşte, zamanaşımı süresi de yine geçmişe etkili olmak üzere başlatılmalıdır. Boşanmanın tüm bu kişisel, mali ve miras hukukuna yönelik sonuçları olmasına rağmen kanunkoyucu, bunlar arasında boşanmanın kişisel sonuçlarından olan sağ kalan eşin miras hakkını kaybetmesi dışında diğer kişisel ve mali sonuçların hiç birisini geçmişe etkili kılmamıştır. Şu halde söz konusu düzenlemenin amacı, yargılamanın uzun sürmesinin sebep olacağı hakkaniyete aykırı durumların önünü almak da değildir. Kaldı ki böyle olduğu kabul edilse bile, bu, sâdece ölen eşin mirasçılarıyla ilgili olup, konunun kamuyu ilgilendiren boyutu yine yoktur.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına göre sağ kalan eşin saklı pay hakkı dahil kanunî mirasçılık sıfatını kaybetmesinin muhtemel bir başka gerekçesi ise, boşanma davasının açılmasına kusuruyla sebebiyet veren eşin cezalandırılması olabilir.⁸⁷ Bu bakımdan, söz konusu düzenlemenin tıpkı, mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarılma gibi ceza niteliği taşıdığı ileri sürülebilir.⁸⁸

Kanunkoyucunun, sağ kalan eşin kanunî mirasçılık sıfatını kaybetmesi bakımından böyle bir gerekçeye dayandığı bizce de muhtemel gözükmektedir. Nitekim, Alman Medenî Kanunu'nda, kusur prensibinin terk edilmesinden önce boşanma davasının miras hukukuna ilişkin sonuçları (BGB § 1933, Eski Metin) kusurlu taraf için bir tür ceza olarak nitelendirilirken, kusur prensibinden vazgeçilmesinden sonra, ki madde hükmünün yeni halinde (BGB § 1933), bu ceza görüşü de artık geçerliliğini yitirmiştir.⁸⁹

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, şayet söz konusu düzenleme sağ kalan eşin cezalandırılması düşüncesiyle ihdas edilmiş olsa dahi adalet düşüncesiyle telifi kabil olmayan başka durumlara yol açmaktadır.

Örneğin, eşlerden birisi zina etmiş olup da diğer eş bunu öğrendiği anda kalp krizi geçirip ölürse, zina eden eş, ölmüş olan eşine mirasçı olabilecektir. Söz konusu düzenlemenin bu duruma ilişkin öngörmüş olduğu hiç bir çözüm yoktur.

⁸⁷ Gençcan (bkz., s. 62), "...Yasa koyucunun bu madde ile amacının sâdece ağır kusurluyu cezalandırmak olduğu gerekçeden anlaşıldığı halde..." demek suretiyle bu görüşü savunmaktadır.

⁸⁸ Türk hukukunda Dural/Öz (bkz., s. 43), Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasının, aslında gizli bir mirastan yoksunluk sebebi olduğu görüşündedir. Bu görüşün eleştirisi hakkında bakınız, Aksu, Yoksunluk, s. 251 vd. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin diğer eleştiriler hakkında bakınız, Akkanat, s. 47 vd.

⁸⁹ Bkz., Battes, s. 434.

Yine örneğin ağır kusurlu olup da boşanma davasını açan eşin karşısında hiçbir kusuru olmayıp da dâvanın reddini talep eden dâvalı eş, şayet dâvanın reddi kararının kesinleşmesinden önce ölürse, ağır kusurlu eş ona mirasçı olamayacaktır; ancak, dâvanın reddi kararının kesinleşmesinden sadece 1 dakika sonra ölürse, ağır kusurlu eş, ölen eşine mirasçı olacaktır. Bunun da ne hakkaniyetle ne de mahrumiyet kurumuyla izahatı olamaz. Bu bakımdan, yapılan düzenleme (TMK m. 181 f. 2) arzu edilen amacı gerçekleştirmeye yeter elverişli bir enstrüman niteliğinde değildir.

Hal böyle olmakla birlikte kanaatimiz odur ki, saydıklarımız içerisinde sadece bu sonuncusu, sağ kalan eşin miras hakkının Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası anlamında sınırlandırılmanın kamu yararı doğrultusunda yapıldığının gerekçesi olabilir. Zira ailenin devamında, düzenli olmasında kamunun yararı vardır. İşte eşlerden birisi veya her ikisi evlilik birlikteliğinin bozulmasına yol açacak kusurlu davranışlarda bulunmuş ve neticede boşanma davasının açılmasına sebep olmuşsa, evlilik birliği ölümle sona erse bile, miras hakkı kanunkoyucu tarafından kamu yararı sebebiyle sınırlandırılabilir. Evlilik birliği içerisinde eşlerden birisi ölürse diğeri onun mirasçısı olacağı için, sağ kalanın miras hakkını kaybetmesi de ceza niteliğinde olacaktır.

Yukarıda yaptığımız tespit, sağ kalan eşin kanunî miras hakkını kaybetmesinin, sadece Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası anlamında kamu yararı doğrultusunda yapıldığına ilişkin olabileceğidir; yoksa bu, tek başına yapılan sınırlamanın Anayasa'nın bütününe uygun olduğu anlamına gelmez. Zira Anayasa'nın 13. maddesi hükmü, sınırlandırmanın da sınırını düzenlenmektedir.

Konunun ayrıntısına geçmeden önce, Anayasa'nın 13. maddesi hakkında genel nitelikte bir bilgi verilmesi, konunun anlaşılabilirliği açısından daha aydınlatıcı olur.

Anayasa'nın 13. maddesi, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklikten önce, 13. madde, temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak hepsi için geçerli, genel bir sınırlama hükmü olarak öngörülmekteydi. 2001 yılında yapılan değişikliğin ardından 13. madde, genel sınırlama hükmü olmaktan çıkarılarak "genel koruma hükmü" haline dönüştürülmüştür. Bu şu anlama gelmektedir, temel hak ve hürriyetler, artık yalnızca Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ilgili maddelerinde yer alan özel sınırlama sebeplerine, dayanılarak sınırlandırılabilir. Bu dahi yeterli değildir, bu şekilde her bir temel hak ve özgürlüğe getirilen sınırlandırma dahi hiçbir surette hakkın özüne dokunmamalı, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

Yukarıdaki açıklamalar bağlamında buradan asıl konumuza dönersek, Anayasa'nın 13. maddesindeki özel sınırlandırma sebebi, 35. maddesinin 2. fıkrasında ifade edilen miras hakkının kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılmasıdır. Açıkladığımız üzere, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına göre sağ kalan eşin kanunî miras hakkını kaybetmesi, evlilik birliğini bozan eşin cezalandırılması yoluyla aileyi koruma adına kamu yararı gerekçe-

siyle yapılmış olsa gerekir. Bu bakımdan burada Anayasa'nın 13. maddesine bir aykırılık yoktur. Bundan başka Anayasa'nın 13. maddesine göre, sınırlama sadece kanunla yapılmalıdır, ki bu hususta da her hangi bir ihlal yoktur, zira sağ kalan eşin miras hakkını kaybetmesi Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre gerçekleşmektedir. Bunun dışında Anayasa'nın 13. maddesine göre, yapılan sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır. Biz yapılan düzenlemede bu anlamda da bir aykırılık yönü görmüyoruz. Ancak Anayasa'ya uygunluk için bunlar dahi yeterli değildir. Öyle ki, yine Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne göre, sağ kalan eşin kanunî miras hakkının sınırlandırılması, hakkın özüne dokunulması niteliğinde olmamalı; ayrıca demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de uygun olması gerekir. İşte sağ kalan eşin kanunî miras hakkının elinden alınması, Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında kamu yararı gerekçesiyle olsa dahi, bunun bir ihlal boyutuna ulaşip ulaşmadığı konusunda, Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında, hakkın öze dokunmama ilkesine uygun olma bakımından ayrıca incelenmesi gerekir.

İlk olarak, Anayasa'nın ilgili hükmü gereğince (AY m. 13; GG Art. 19 II), kanunkoyucu, mirasçının miras hakkının özüne yani onun çekirdek alanına her hangi bir müdahalede bulunamaz. Aksi halde, temel hak Anayasa'ya aykırı surette ihlal edilmiş olur. Bu aşamada, miras hakkının özünün, yani çekirdek alanının, ne olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Bu hususta Alman hukukunda azınlıkta olan görüş⁹⁰, malikin öleme bağlı tasarruflarda bulunma serbestisinden hareket etmektedirler. Onlara göre, malikin ölüme bağlı tasarruflarda bulunma serbestisi, kurumsal garantinin en önemli ve diğerlerine göre üstün ilkesidir. Bu sebeple, kanunî mirasçılarının kanunî miras hakları, saklı pay hakları dahil, hiçbir surette miras hakkı garantisinin ayrılmaz bir parçası olamaz, Anayasa'nın müdahale edilemeyecek çekirdek alanına dahil edilemez. Mirasçılarının nafakaya ihtiyaçları varsa, bunu sağlamak için mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarda bulunma serbestisinin sınırlandırılmasıyla değil, aile hukukuna ilişkin çözümler devreye sokulmalıdır.⁹¹

Buna karşın Alman hukukunda, medeni hukukçular arasında hakim görüş⁹² ve anayasa hukukçularının da önemli bir kısmı⁹³, isabetli bir şekilde, kanunî mirasçılarının saklı pay hakkının, ölüme bağlı tasarruflarda bulunma ilkesini sınırladığı ve malvarlığının aileye bağlı kalması ilkesinin ayrılmaz bir parçası olduğu, kanunkoyucunun adi kanunî düzenlemelerle bu çekirdek alana

⁹⁰ Örneğin: Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 520; Dreier-Wieland, GG Art. 14, Nr. 59.

⁹¹ Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 520.

⁹² MünchKomm-Leipold, Einleitung vor BGB § 1922, Nr. 18; StaudingersKomm-Otte, Einleitung zu § 1922 vd., Nr. 56.

⁹³ Neumann/Nipperdey/Scheuner-Boehmer, Grundrechte, Band II, s. 418 vd.; Münch/Kunig-Bryde, GG Art. 14, Nr. 48; Rittstieg, GG Art. 14/15, Nr. 138, 148; Maunz/Dürig-Herzog-Papier, GG Art. 14, Nr. 294 vd.; Mangoldt/Klein/Starck-Depenheuer, GG Art. 14, Nr. 521.

müdahale edemeyeceği yönündedir.⁹⁴ Gerçekten de, malvarlığının aileye bağlı kalması ilkesi, aile mülkiyetinden ferdi mülkiyete geçiş sürecinde ve sonrasında kendisini devam ettiren bir ilkedir. Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunma serbestisinin eşitlik temelinde de olsa saklı pay hakkıyla sınırlandırılması, miras hukuku düzenlerinin tarihsel gerçeğidir.⁹⁵ Bu konuda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, çok da eski olmayan bir kararında gerçi saklı pay hakkının kurumsal garanti kapsamında olup olmadığı sorusunu cevapsız bırakmıştır.⁹⁶ Ancak mahkeme, malvarlığının aileye bağlı kalması ilkesini, kurumsal garantinin ayrılmaz bir parçası kabul etmektedir.⁹⁷ Malvarlığının aileye kalması ilkesinin kurumsal garanti altında olduğunun kabul edilmesi ise, mirasçılarının miras hakkının asla müdahale edilemeyecek bir çekirdek alanı bir özü olduğunun da kabul edilmesini zorunlu kılar. Aksi halde kabul edilen kurumsal garanti, bir şekilde öteye geçmemiş olacaktır. Bu bakımdan, kanuni mirasçılarının ve bu arada sağ kalan eşin saklı pay hakkı, malvarlığının aileye kalması ilkesi kapsamında mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunması serbestisinin sınırını oluşturmaktadır.⁹⁸ Bu aynı zamanda, Anayasa'nın 35. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen temel hakkın (miras hakkının), kanunkoyucunun hiçbir surette müdahale edemeyeceği çekirdek alanı, yani hakkın özüdür.⁹⁹

Hal böyle iken Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasıyla bu çekirdek alana müdahale edilmektedir. Gerçi sağ kalan eşin kusuru sebebiyle onun miras hakkını kaybettirilmesine yönelik bir ceza verilmesi, kamu yararı doğrultusunda Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasına uygun olduğu iddia edilebilir. Ancak bunun sonucu, hakkın özüne asla müdahale edilemeyeceğini öngören Anayasa'nın 13. maddesine aykırı surette miras hakkını bütünüyle kaybetmesi olamaz. Hatta söz konusu düzenleme (TMK m. 181 f. 2) hakkın özüne yönelik bir sınırlandırma değil, hakkın tümüyle ortadan kaldırılması

⁹⁴ 49. Alman Hukuk Gününde (49. Deutschen Juristentag), saklı pay hakkının ortadan kaldırılması tartışılmışsa da bu reddedilmiştir. Bkz., Dreier-Wieland, GG Art. 14, Nr. 59.

⁹⁵ Bkz., yukarıda: III, B, 4. a. Genel Olarak.

⁹⁶ Bkz., BVerfGE 91, s. 349.

⁹⁷ Bkz., yukarıda III, B, 3, a. Kurum Garantisinin Kapsamı

⁹⁸ Sachs-Wendt, GG Art. 14, Nr. 200.

⁹⁹ Aksi görüşte olan Zopfs'a göre, bkz., s. 311, gerçi Alman Medeni Kanunu'nun § 1933 bağlamında eşlerin kanuni miras hakkı ve saklı pay haklarına müdahale edilmektedir. Ancak bu müdahale, hiçbir şekilde Alman Federal Anayasası'nın 14. maddesi kapsamında korunan ve asla müdahale edilemeyecek olan çekirdek alan dahilinde değildir. Zira bu hüküm (BGB § 1933), boşanmanın şartlarının tamam olduğu bir davada, boşanmanın etkilerinin zaman bakımından geçmişe etkili kılınmasından başka bir şey değildir. Bu görüşe karşı denilebilir ki, sağ kalan eşin saklı pay hakkı bakımından, onun temeli yani evlilik birliği çökmüştür. Alman Medeni Kanunu'nun 1933. paragrafının 3. fıkrası hükmüne göre, sağ kalan eş miras hakkını alamasa dahi, ölen eşin te-rekesinden nafaka talep etme hakkı vardır. Dolayısıyla sağ kalan eşin ihtiyaçları, buradan karşılanabilir. Bu bakımdan Alman Medeni Kanunu'nun § 1933 hükmüne göre sağ kalan eşin saklı pay hakkının tümüyle ortadan kaldırılması, nihayetinde Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

niteliğindedir. Sonuç olarak, sağ kalan eşin saklı payının elinden alınması sonucunu doğuran Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası hükmünü, Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında Anayasa'nın 13. maddesine aykırı buluyoruz. Bunun önünün alınması adına Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrası, sağ kalan eşin saklı pay hakkı dışarıda bırakılmak şartıyla diğer miras haklarını kaybetmesi sonucunu doğursaydı, Anayasa'nın 35. maddesi ve bu bağlamında 13. maddesi bakımından değerlendirilmek üzere, hakkın özüne dokunulmamış olurdu.

IV-Sonuç

Anayasa'nın 35. maddesi, miras hakkına ilişkin olarak belli ilkelere kurumsal garanti sağlamıştır. Bu ilkelere biri, mirasbırakanın "ölüme bağlı tasarruflarda bulunma serbestisidir. Bu ilke kapsamında, eşler birbirleri lehine karşılıksız olarak ölüme bağlı tasarruflarda bulunabilir. Hal böyle iken, boşanma davasında pasif haldeki aleyhine boşanma davası açılan eşin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 1. fıkrasına yaptığı atıf gereğince Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına göre hükümsüz sayılması, Anayasa'nın 35. maddesinde verilen kurumsal garantiye, bu bağlamda ölüme bağlı tasarruflarda bulunma serbestisine, aykırı olur.

Bundan başka, sağ kalan eşin miras hakkı, malvarlığının aileye bağlı kalması ilkesi gereğince yine Anayasa'nın 35. maddesinin 1. fıkrası kapsamında teminat altına alınmıştır. Ancak sağ kalan eşin miras hakkı, aynı maddenin 2. fıkrası hükmüne göre kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılabilir. Bu bağlamda kanuna göre (TMK m. 181 f. 2), sağ kalan eşin miras hakkını kaybetmesi, ona verilmiş bir ceza olarak düşünülebilir. Bu halde, miras hakkına Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak kamu yararı doğrultusunda yapılan haklı bir müdahale olduğu kabul edilebilir. Ancak bu müdahale, ilgili kanun hükmüne göre (TMK m. 181 f. 2) sağ kalan eşin saklı pay hakkı dahil miras hakkını tümüyle kaybetmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu ise, Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olarak hakkın özüne yapılan bir müdahale anlamına gelir. Dolayısıyla, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin 2. fıkrasına göre sağ kalan eşin miras hakkını tümüyle kaybetmesi, Anayasa'nın 35. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen temel hakkın (miras hakkı) Anayasa'ya (m. 13) aykırı surette ortadan kaldırılması anlamına gelir.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale, Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme, Adalet Dergisi, Yıl, Sayı 5, Mayıs 1967, s 307 vd.

Akkanat, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004.

Aksu, Mustafa, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 181. Maddesinin İkinci Fıkrası İle Alman Medenî Kanunu'nun 1933. Paragrafının Birinci Fıkrasının Bazı Açılardan Karşılaştırılması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 69 vd.

Aksu, Mustafa, MK.m.181 II Hükmünün Gizli Bir Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009, s. 251 vd. (Yoksunluk).

Başpınar, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara, 2009.

Battes, Robert, Die Änderung erbrechtlicher Vorschriften im Zusammenhang mit der Reform des Scheidungsrechts, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1977, s. 433 vd.

Battes, Robert/ Thofern, Heiner, Anmerkung zu BGH JZ 1990, s. 1134 vd.

Boehmer, Gustav, Erbrecht, Neumann/Nipperdey/Scheuner (Herausgeber): Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Berlin 1954.

Bryde, Brun-Otto, h. c. I. von Münch/ P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 14, 5. Aufl., München 2000.

Burcuoğlu, Haluk, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 181. Maddesi-nin 2. Fıkrası ile İlgili Bazı Gözlemler, Prof.Dr.Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Armağanı, İstanbul 2007, s. 381 vd.

Deppenheuer, Otto, H. von Mangoldt/ F. Klein/ C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Art. 14, 5. Aufl., München 2005.

Dieckmann, Albrecht, Zur Auswirkung eines Ehe- oder Pflichtteilsverzichtes auf die nachehelichen Unterhaltsansprüche, NJW 1980, s. 2777 vd.

Dural, Mustafa/ Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2003.

Eren, Fikret :Mülkiyet Kavramı, Dr. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 765 vd.

Eren, Fikret :Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanun'un Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam, Medenî Kanun'un 50. Yılı, Ankara 1977, s. 183 vd. (Yeni Gelişmeler).

Gençcan, Ömer Uğur , Boşanma Davasının Mirasçılar Tarafından Sürdürülmesi, Manisa Barosu Dergisi, 2002/1, Sayı 80, s. 51 vd.

Herzog, Roman/Papier, Hans Jürgen, T. Maunz/ G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Art. 14, München 2005.

Jarass, Hans D. /Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Aufl., München 2000.

Kaneti, Selim, Türk Miras Hukukunun Anayasal Temelleri, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 19, İstanbul 1993, s. 1 vd.

Kocayusufoğlu, Necip, Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1987.

Köprülü, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1985.

Lange, Heinrich/ Kuchinke, Kurt, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Auflage 2001.

Lehrmann, Franz Karl, Juris Praxiskommentar BGB, Erbrecht 3. Aufl., Saarbrücken 2007 (Kommentierung zu §. 2077 BGB) (JurispraxisKomm-Lehrmann).

Leipold, Dieter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, Erbrecht, Einleitung, §§ 1922-1966, Neuarbeitung, Berlin 2000.

Otte, Gerhard, Staudinger, Julius v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch, Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ Aufl., München 2005.

Öztan, Bilge, Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008.

Pabst, Heinz-Joachim, Vererben und Verschenken aus grundrechtlicher Sicht, Juristische Schulung, 2001, s. 1145 vd.

Palandt, Otto, Palandt- Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage 2002, (Palandt/ Bearbeiter).

Rittstieg, Ingo, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, Art. 14/15, 2. Aufl., Luchterhand 1989.

Schlüter, Wilfried, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band 2, jeweils 12. Auflage 2008, (Erman/ Schlüter).

Schmidt, Manuela, Juris Praxiskommentar BGB, Erbrecht 3. Aufl., Saarbrücken 2007 (Kommentierung zu §. 1933 BGB), (JurispraxisKomm-Schmidt).

Stöcker, Hans, A. Das Grundrecht zu erben, Wertpapiermitteilungen, 1979, s. 214 vd.

Sungurtekin Özkan, Meral, Medenî Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı -I, Eskişehir 9-10 Kasım 2002, Yeni Türk Medenî Kanunu'nun Medenî Usul ve İcra-İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Eskişehir 2003, s. 75 vd.

Topuz, Seçkin, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ankara 2011

Ünal, Mehmet, Ferdi (Özel) Mülkiyetin Tarihi, Dini ve Beşeri Kökenleri, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 901 vd.

Vyas, Sandra, Das gesetzliche Ehegattenerbrecht unter besonderer Berücksichtigung von § 1933 S. 1, 1. Alt. BGB, Diss., Bielefeld 2001.

Weimar, Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. III Erbrecht, 1. Abteilung Die Erben, 1. Teilband, 1. Teil, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009.

Wendt, Rudolf, M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 14, 4. Aufl., München 2007.

Werner, Olaf, Staudinger, Julius v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 5, Erbrecht, §§ 1922-1966 (Erbfolge), Berlin 2008.

Wieland, Joachim, H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Art. 14, Tübingen 1996.

Wirtz, Wilm Bodo, Die erbrechtliche Position des Ehegatten im Scheidungsverfahren, Berlin 2003.

Zopfs, Jannpeter, Die Verfassungswidrigkeit des einseitigen Erbausschlusses in § 1933 BGB, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, 1995, s. 309 vd.