

Ü Ç Ü N C Ü G Ü N

21 AGUSTOS 1957

21 AĞUSTOS, 1957 ÖĞLEDEN ÖNCE

TOPLANTIYA KATILANLAR

Mes'ut AKAN, Sahir AKEV, Sami AKINCI, Aydın AYBAY, Vahap BUCAK, Aysel ÇAĞIL, Semahat ÇAĞIL, Bülend DAVRAN, Ümit DOĞANAY, Lûtfi DURAN, Halit Kemal ELBİR, Mustafa Emil ELÖVE, Nihal ERDENER, Feyzi N. FEYZİOĞLU, Ahmet Refik GORBON, Kemal Tahir GÜRSOY, Salamon KANİTİ, İsmail Hakkı KARAFAKİH, Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Ömer KÖPRÜLÜ, Muin KÜLEY, Kemal OĞUZMAN, Senai OLGAÇ, Vedat SEVİĞ, Hasan Halis SUNGUR, İsmet SUNGURBEY, Server TANILLI, Ferih TONGSİR, Kenan TUNÇOMAĞ, Ziya UMUR.

Onbirinci Rapor

MİRASTAN İSKAT VE MAHRUMİYET MÜESSESELERİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Asistan Dr. Ferih Bedii TONGSİR

Bilindiği üzere, Medenî Kanunumuz, mehzâı İsviçre Medenî Kanunu gibi, hem mirastan iskatı, hem de mahrumiyeti tecviz etmiştir. Evvelki hukukumuzda ve Fransız Medenî Kanununda teknik mânada bir mirastan iskat müessesesine yer verilmeyerek mahrumiyet müessesesiyle iktifa olunduğu halde, Alman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunları her iki müesseseyi benimsemekte fayda mülâhaza etmişlerdir. Zira mirastan iskat (veya diğer bir tâbirle mahfuz hisselerin nez'i) müessesesi mahfuz hisseye riayet esasının correctifini teşkil ederken, mahrumiyet (veya diğer bir tâbirle liyakatsızlık) müessesesi mirasa veya vasiyete ehliyet esasının bir müstesnası yani nisbî bir ehliyetsizlik olarak görünmekte olduğundan iskatin rolü ile mahrumiyetin rolü birbirinden ehemmiyetli surette farklıdır. Binaenaleyh kanunumuzun her iki müesseseye birden yer vermesi isabetli sayılmak lâzım gelir. Mesele bu müesseselerin kanunumuzda uygun bir tarzda nizamlanmış bulunup bulunmadığıdır. Meselemiz hakkındaki düşüncelerimizi evvelâ mirastan iskat, sonra da mahrumiyet bakımından hülâsaten arz edelim.

Birinci Fasıll

MİRASTAN İSKAT

Mirastan iskat kanunen muayyen sebeplerden birinin mevcudiyeti halinde mürisin mahfuz hisseli bir mirasçısının mahfuz hisselerini ölüme bağılı bir tasarrufla gerekli şekil ve şartlar dairesinde tamamen veya kısmen nez etmesidir. Biri cezaî, diğeri himayevî mahiyette olmak üzere iki nevidir. Kanunumuzda cezaen mirastan iskat haylı muvaffak bir surette tanzim edilmişse de himayeten mirastan iskat tatbik kabiliyeti pek daraltılmış olarak ve birçok hukukî müşkülât tevlit edebilecek bir tarzda

nizamlanmış bulunmaktadır. Keyfiyeti belirtebilmek ve islahı temenniye şayan hususlara işaret edebilmek için her iki nevi iskati ayrı ayrı mü-talâa etmek muvafık olacaktır.

§ 1 — CEZAEN MİRASTAN İSKAT

Cezaen mirastan iskata dair maddelerin metni İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında, pek ehemmiyetli olmayan bazı tahrir farkları bir tarafa bırakılırsa, esas itibariyle aynı olduğu gibi, cezaen mirastan iskat hususunda her iki memleketin ne nazariyatı, ne de tatbikatı farklı hükümler kabul etmiş değildir. Bahsimizde Medenî Kanunu itmam veya tâdil eden hususî mevzuat da yoktur ve böyle bir mevzuata ihtiyaç bulunduğu da ileri sürülmemiştir. Denilebilir ki Medenî Kanunumuzun cezaen mirastan iskata müteallik maddeleri gerek modern hususî hukuk doktrini, gerek memleketimizin şartları bakımından esas itibarile uygun olmakla beraber bazı vuzuhsuz hükümleri ve eksiklikleri de muhtevidir. Hernekadar bu vuzuhsuzluk ve eksikliklerin doktrin ve jürisprüdans yolu ile giderilmesi mümkün ise de Medenî Kanunumuz tâdil edilirken teşriî yoldan düzeltilmesi daha isabetli olur. Bahis konusu vuzuhsuzluk ve eksikliklerin neler olduğu ve düzeltilmesini teminen maddelerde nasıl bir tâdilât yapılması münasip olacağı hakkındaki görüşmelerimizi cezaen mirastan iskatinin evvelâ şartları, sonra hükümleri ve nihayet hükümsüzlüğü bakımından arzetmeye çalışalım. Kanunumuz ise cezaen mirastan iskatinin evvelâ sebeplerini, sonra hükümlerini ve nihayet şeklini ve hükümsüzlüğünü tanzim etmiştir. Kanaatimizce şartları, hükümleri, hükümsüzlüğü tarzında bir sıra takib etmek daha uygundur. Zira bir muamelenin evveleminde hangi şartlar dairesinde vücade getirilebileceğini bilmek lâzımdır. Ondan sonradır ki gerekli şartlar tahakkuk ettirildiği takdirde ne gibi hükümler tevliid edeceğini ve gerekli şartlara riayet olunmadığı takdirde hükümsüzlüğünün ne yolda talep edilebileceğini tetkike sıra gelir.

I — Şartları:

Cezaen mirastan iskatinin şartlarını sebep ve şekil olmak üzere iki esas noktada toplamak mümkündür.

Cezaen mirastan iskatinin sebeplerinden bahseden 457 nci madde aynen şöyledir: "Aşağıdaki hallerde mahfuz hisseli mirasçılar mûrisin ölüme bağlı tasarrufu ile mirastan iskat edilebilir:

"I — Mûrisine veya yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm ika ederse.

“2 — Mûrisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikâb eyleser.”

Cezaen mirastan iskatın şeklinden bahseden madde 459, fıkra I e gelince burada “Miras hakkından iskatın muteber olması için müteveffa tarafından iskatı âmir olan tasarrufta sebebin beyan edilmiş olması lâzımdır.” denilmektedir.

Bizce sebep ve şekil şartı birbirini takib etmek üzere şöyle kaleme alınabilir: Müteveffaya veya onun yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm işleyen yahut müteveffaya veya onun ailesine karşı kanunen mükellef olduğu ailevî vazifeleri ağır bir surette ihlâl eyleyen mahfuz hisseli mirascının mahfuz hissesini müteveffa ölüme bağlı tasarrufla tamamen veya kısmen nez edebilir. Ancak müteveffanın ölüme bağlı tasarrufta iskat iradesini beyan ve iskat sebebini irae etmesi lâzım geldiği gibi, sebebin tasarrufun tanzim olunduğu anda olması da şarttır.

Şu kısa maruzattan sonra, cezaen mirastan iskatın evvelâ sebepleri, saniyen de şekli hakkındaki kanunî hükümlerin tenkidi bir tahliline geçebiliriz.

1 — Sebepleri :

Kanunumuzda cezaen mirastan iskat sebepleri bütün mahfuz hisseli mirasçılar hakkında aynı olmak üzere ikidir :

“1 — Mûrisine veya yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm ika” etmek,

“2 — Mûrisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu (ailevî) vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikâb” eylemek.

Kanunumuzdaki cezaen mirastan iskat sebeplerini Alman Medeni Kanunundaki cezaen mahfuz hisselerin nez'i sebepleriyle mukayese edersek bilhassa şu farkları görürüz :

Evvelâ, bizde mahfuz hisseli mirasçılar fûru, ana-baba, kardeşler ve eş olduğundan cezaen mirastan iskat sebepleri kardeşler hakkında da bahis konusu olabildiği halde, Almanyada mahfuz hisseler sadece fûru, ana-baba ve eş olduğundan cezaen mahfuz hisselerin nez'i sebepleri kardeşler hakkında bahis konusu olamaz. Kanaatimizce bizde de kardeşlere mahfuz hisse tanınmaması ve binnetice kardeşler hakkında cezaen mirastan iskata tevessüle ihtiyaç kalmaması daha münasip olur. Zira bugün mukayeseli hukukta beliren cereyan mahfuz hisseli mirasçılarının sınırını daraltmaya mütemayildir. Böylece mahfuz hisse müessesesinin bazı mahzurları göz önünde bulundurularak mûrisin tasarruf serbestisi nisbeten genişletilmek istenilmektedir.

Saniyen, İsviçre-Türk Medenî Kanununda cezaen mirastan iskat sebepleri bütün mahfuz hisseli mirasçılar için aynı olduğu halde, Alman Medenî Kanununda cezaen mahfuz hissenin nez'i sebepleri herbir mahfuz hisseli için ayrı ayrı olarak tanzim edilmiştir.

Füru hakkında nez sebepleri şunlardır (B. G. B. § 2333): Fürurun 1 — Mûrisin, bunun eşinin veya mûrisin başka bir fûruunun hayatına kasetmesi; 2 — Mûrise veya bunun eşine karşı taammüden cismanî muamelelerde bulunmaktan dolayı kendisini mesul kılması; mamafih eş bahis konusu olduğu takdirde fûruun bu eşin de fûruu bulunması iktiza eder; 3 — Mûrise veya bunun eşine karşı taammüden ağır bir cürüm veya cünha işlemekten dolayı kendisini mesul kılması; 4 — Mûrise karşı kanunen mükellef olduğu bakma borcuna suiniyetle karşı gelmesi; 5 — Mûrisin iradesine aykırı olarak haysiyetsiz veya ahlâksız bir hayat sürmesi (Mamafih mirasın açılması tarihinde fûru haysiyetsiz veya ahlâksız bir hayat sürmeyi devamlı bir surette bırakmış bulunursa mahfuz hissenin nez'i hükümsüz olur. - B. G. B. § 2336, f. 4 -).

Baba veya ana hakkında nez sebepleri, baba veya ananın mûrise karşı yukarıda 1, 3 ve 4 altında beyan olunan kusurlardan birile kendisini mesul kılmasıdır (B. G. B. § 2334).

Eş hakkında nez sebepleri ise eşin mûrise karşı boşanmaya mahal veren kusurlardan birile kendisini mesul kılmasıdır. Boşanma sebeplerinin ileri sürülebilmesi için muayyen olan müddetin geçmesile nez hakkı zail olmaz (B. G. B. § 2335).

Kanaatimizce, kanunumuzun Alman kanunu hilâfına, cezaen mirastan iskat sebeplerini bütün mahfuz hisseli mirasçılar hakkında aynı olarak kabul etmiş olması daha isabetlidir. Böylece sebepleri birkaç esasa raptetmek mümkün olabildiği gibi, hâkime muhtelif durumlara göre takdir hakkını kullanmak imkânı da bahşedilmiş bulunmaktadır.

Salisen, bizde sebepler ikiye irca edilerek mücerret, umumî ve elâstikî bir tarzda tesbit edildiği ve haysiyetsiz bir hayat sürme müstakil bir sebep sayılmadığı halde, Alman Medenî Kanununda sebepler daha kazüist ve kat'î kalıplar içinde alınmış ve mûrisin iradesine aykırı olarak haysiyetsiz veya ahlâksız bir hayat sürme fûru hakkında müstakil bir nez sebebi telâkki edilmiştir. Kanaatimizce bizde cezaen mirastan iskat sebeplerinin icra edilmiş bulunulması kanunumuzun lehine kaydolunacak bir husustur. Filhakika kanunumuz takip ettiği mücerret metod sayesinde mezkûr sebepleri ihtiyaçlara göre ayarlamaya muvaffak olmuş bulunmaktadır. Nitekim, «Mûrisine veya yakınlarından birine kar-

şı ağır bir cürüm ika» indan ibaret olan birinci sebebe ilâve olunacak bir genişletici unsura ihtiyaç bulunmadığı gibi, «Mûrisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu (ailevi) vazifeleri ifada büyük (ağır) bir kusur irtikab» indan ibaret olan ikinci sebebi ahlâkî veya içtimai vazifelere teşmîle de lüzum yoktur. Mûrisin tasarruf serbestisini bir derece genişletme ihtiyacı mahfuz hisseli mirasçılarının sınırını daraltmakla tatmin edildikten sonra, artık cezaen mirastan iskat sebeplerini tevsie hâcet de kalmıyacaktır.

Şu halde tâdilât, cezaen mirastan iskat sebeplerini tevsie suretile değil, fakat mahfuz hisseli mirasçılarının sınırını daraltmak yolu ile olmalıdır. Bunun için de, hiç şüphesiz, tasarruf nisabı ve mahfuz hisse hakkındaki 452 ve 453 ncü maddelerde değişiklik yapılması kâfidir.

Diğer taraftan, cezaen mirastan iskat sebeplerine dair olan 457 nci madde, iki noktada, kanunkoyucunun maksadını pek iyi bir surette ifade edememektedir.

Evvelâ, 457 nci maddenin 2 numaralı bendinde mahfuz hisseli mirasçının «Mûrisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeler <tâbirile aile hukukundan doğan kanunî vazifelerin kastedildiği pek vazih olarak belirmemektedir. Mezkûr bende, matlub olan vuzuhun verilmesi iyi olur.

Saniyen, doktrine göre, 457 nci maddede yazılı iki sebepten birinin mevcudiyeti halinde mûris mahfuz hisseli mirasçısının mahfuz hissesini ölüme bağlı bir tasarrufla ve gerekli şekil ve şartlar dairesinde tamamen veya kısmen nez edebilir. Bu suretle, mahfuz hisselerin tamamı nez edildiği takdirde tam cezaî iskat, mahfuz hisselerin bir kısmı nez edildiği takdirde ise kısmî cezaî iskat vardır. Fakat 457 nci madde metninden kısmî cezaî iskata cevaz verilmiş olduğu sarahaten anlaşılmamaktadır. Herne kadar çoğa salâhiyet aza salâhiyeti de tazammun ettiği cihetle kanunumuzun metninden kısmî cezaî iskatin tecviz oluğunu istidlâl etmek mümkünse de sarahatin delâlete tercih edilmesi muvafık olacağından 457 nci maddenin I nci fıkrasının kısmî cezaî iskati da kabul ettiğini sarih olarak ortaya koyacak tarzda kaleme alınması temenni edilebilir.

2 — Şekli:

Kanunumuzun 457 nci maddesinin I nci fıkrası, cezaen mirastan iskatin ancak ölüme bağlı tasarrufla yapılabileceğini bildirmektedir. Şu halde, cezaen mirastan iskatta bulunurken evveleminde vasiyetname veya miras mukavelesine dair sıhhat şartlarına riayet ederek gerek şekil, gerek esas bakımından muteber bir vasiyetname veya miras mukavelesi

tanzim eylemek icap eder. Bilindiği üzere, vasiyetnamenin hilâfına olarak, miras mukavelesi rücu edilemez bir tasarruftur. Binaenaleyh muris iskatı vasiyetname yolu ile yaptığı takdirde 489-491 inci maddelere tevfi-kan vasiyetnameden rücu ederek iskattan dönebildiği halde, iskatı miras mukavelesi yolu ile yaptığı takdirde iskattan rücu edemeyecek midir? Rücu edemeyecekse, miras mukavelesi yolu ile iskatta bulunma mahzurlu olduğundan iskatin tercihan vasiyetname yolu ile yapılacağı mânası çıkmaktadır. Netekim Alman Medeni Kanunu (§ 2336, f. I) «Mahfuz hissenin nez'i vasiyetname ile olur.» hükmünü ihtiva ettiği gibi, bizde bazı müellifler iskata tevessül hususunda yegâne sâlim yolun vasiyetname olduğu kanaatindedirler. Diğer bazı müellifler ise iskatin (ona mesned teşkil eden ölüme bağlı tasarruf ister vasiyetname olsun, ister miras mukavelesi olsun) daima bir taraflı bir tasarruf teşkil ettiğini ve binnetice mûrisin miras mukavelesine derc ettiği bir iskattan dahi - miras mukavelesine dokunmaksızın - rücu edebileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüş kabul edildiği takdirde, mûrisin sakıtın hissesini diğer âkide veya üçüncü şahsa teberru etmiş olması halinde, rücuun durum' üzerinde kanunen ne türlü bir tesir icra edeceği meselesini iyi bir hal suretine bağlamak zarureti vardır. Bahis konusu mesele gereği veçhile halledilmek şartile, bir taraflı tasarruf nazariyesinin isabetli bulunduğu kabul edilebilir. Binnetice kanunumuzun ıslâhı cihetine gidilirken bu noktaların da göz önünde bulundurulması temenniye şayandır.

Saniyen, kanunumuzun 457 nci maddesinin I nci fıkrası «Miras hakkında iskatin muteber olması için müteveffa tarafından iskati âmir olan tasarrufta sebebin beyan edilmiş olması lâzımdır» dediğine göre, cezaen mirastan iskata esas teşkil eden ölüme bağlı tasarrufta müteveffanın iskat iradesini beyan ve iskat sebebinin irae etmesi gerekir. Filhakika maddede «iskati âmir olan tasarruf» denilmekle iskat iradesinin ölüme bağlı tasarrufta beyan edilmesi lüzumuna işaret edilmiş olduğundan, «sebebin beyan edilmiş olması» ndan maksat iskat sebebinin irae edilmesidir. İrae etmek ise müşahhas bir surette beyan etmek mânasına geldiği cihetle, maddede iskat sebebinin beyan değil, irae edilmesi lüzumundan bahsetmek daha doğru olur. Zira iskata mesned teşkil eden ölüme bağlı tasarrufta iskat iradesi beyan edilmek lâzım geldiği halde, iskat sebebi irae edilmek icap eder.

Nihayet, cezaen mirastan iskatin muteber olması için bir şart daha vardır ki o da iskat sebebinin iskat tasarrufunun tanzim olunduğu anda mevcut olması yani sebebin iskata tekaddüm etmesidir. Bu şart da mezkûr fıkramız metninden pek sarîh olarak anlaşılmamaktadır. Halbuki Al-

man Medenî Kanununda «Nez sebebi vasiyetnamenin vücude getirildiği anda mevcut olmalı ve vasiyetnamede irae edilmelidir.» yolunda bir sarahat vardır (B. G. B. § 2336, f. 2).

Şu halde fıkra, arzettiğimiz irae şartı ve tekaddüm şartı bakımlarından vazıh bir tarzda kaleme alınırca daha isabetli olacaktır.

II — Hükümleri :

458 nci maddemizin Inci fıkrasına göre, «Miras hakkından iskat olunan kimse terekeden hisse talep edemeyeceği gibi tenkis dâvası dahi açamaz.» Mezkûr fıkranın sadece tam iskatı nazara aldığı muhakkaktır. Halbuki fıkrada mutlak bir ifade kullanılmış olduğundan, kanunkoyucunun maksadı vazıhan aksettirilememiştir. Şu halde fıkraya «Mahfuz hissesi tamamen nez olunan kimse» sözleri ile başlamak yerinde olur. Diğer taraftan böyle bir kimsenin terekeden hisse talep edemeyeceğini ve tenkis dâvası açamayacağını söyleyecek yerde, mirasa tamamen yabancı kalacağını bildirmek daha muhtasar ve müfid olur. Bilindiği üzere bizde mahfuz hisse, mahiyeti itibarile şümûlu daraltılmış fakat bünyesi kuvvetlendirilmiş bir miras hakkı olduğu ve mahfuz hisse ile sahibinin kanunî mirascı sıfatı da korunduğu cihetle kendisinden mahfuz hissesi tamamen nez olunan kimse sadece kanunî miras hakkının muayyen bir nisbetini kaybetmekle kalmaz, kanunî mirascı sıfatını da zayi eder. Mahfuz hissesi kısmen nez olunan kimse ise sadece mahfuz hissesinin nez olunan kısmından mahrum kalır, mirascı sıfatı aynen bâkidir. Halbuki maddemiz metninde bu cihetler de sarahaten anlaşılmamaktadır. Onun içindir ki metnin gerek tam cezaî iskatın gerek kısmî cezaî iskatın hükümlerini açıkça ortaya koyacak tarzda kaleme alınması temenni olunabilir.

458 nci maddenin 2 nci fıkrasında, «Müteveffa tarafından diğer suretle tasarruf vâki olmamış ise, iskat edilen kimse, müteveffadan evvel ölmüş gibi, hissesi müteveffanın kanunî mirasçıları arasında taksim olunur.» denilmektedir. Burada «... hissesi müteveffanın kanunî mirasçılarına intikal eder» demek daha doğru olurdu.

Mezkûr maddenin 3 ncü fıkrasında ise «miras hakkından iskat edilen kimsenin fûruları o kimse müteveffadan evvel ölmüş gibi mahfuz hisselerini isteyebilirler» deniliyor. «... mahfuz hisselerine mustahak olurlar» denilmeli idi.

III — Hükümsüzlüğü :

459 ncu maddemizin 2 nci ve 3 ncü firkaları aynen şöyledir: «İskat edilen kimse tarafından itiraz vukuunda bu beyanın (yani iskatı âmir

ölüme bağlı tasarrufta irae olunan iskat sebebinin) doğruluğunu isbat külfeti iskattan müstefid olan mirasçıya veya lehine vasiyet yapılanı kimseye aittir. Bu beyyine ikade edilmemiş veya iskatin sebebi beyan (irae) olunmamış ise müteveffanın arzuları, iskatin sebebi hakkında aşikâr bir hatanın neticesi olmadıkça, tasarruf nisabı miktarında infaz olunur.»

Mezkûr fıkralar iskatin iptalini mümkün kılan bir hal ile iskatin tenkisini mümkün kılan iki hali tanzim eylemektedir.

I — İptali :

İskatin iptalini mümkün kılan bir hal olarak, müteveffanın iskati âmir ölüme bağlı tasarrufta irae ettiği iskat sebebinin mevcudiyeti hakkında aşikâr bir hataya düşmüş olması ve bu hatanın tesiri altında iskatta tevessül etmiş bulunması zikrolunmuştur. Bu halde iskat, kanunun ifadesile, «iskatin sebebi hakkında aşikâr bir hatanın neticesi» olmuş bulunmaktadır. Doktrinde umumiyetle kabul edilen fikre göre, bahis konusu hatanın aşikâr olması lüzumu mehzaz İsviçre metnindeki tahrir yanlışlığından doğmuş olup müteveffanın iskat iradesini selbetmiş olan her türlü hatanın iskatin iptalini mümkün kılan bir hal sayılması 451 nci maddenin 1 nci fıkrası ile 499 ncu maddenin 2 numaralı bendi iktizasıdır. Binaenaleyh, 459 ncu maddenin 3 ncü fıkrasında yer alan «aşikâr» kelimesinin fıkradan çıkarılması istenebilir. İstitraten arzedelim ki kanunumuz hatanın aşikâr olmasını asıl tayin hatasında aramıştır. Filhakkı 451 nci maddemiz, 3 üncü fıkrası, «Tasarrufu yapan kimse, şahsı veya şeyi tayin ederken açık (mehzada aşikâr) bir hataya düşmüş ise kendisinin hakikî arzusunu kat'iyetle tayin mümkün olduğu takdirde, hatalı tasarruf, bu arzuya göre tashih olunur.» demektedir. Bilindiği üzere, tayin hatası aşikâr olduğu ve hakikî iradeyi kat'iyetle tesbit mümkün bulunduğu takdirde, iptal dâvası açmaya mahal olmaksızın, hatalı tasarrufun tashihi talep olunabilir. Halbuki iskat sebebinde hatada iptal dâvası açmak ve bu dâvanın şartlarına riayet etmek mecburiyeti vardır.

İskat sebebinde hata iskatin iptalini mümkün kılan bir hal olduğu gibi, iskati âmir ölüme bağlı tasarrufun ehliyetsizlik, irade fesadı, kanuna veya ahlâka aykırılık ve şekil noksanı sebeplerinden birile muallel bulunması da iskatin iptalini mümkün kılabilir.

2 — Tenkisi :

Kanunumuz iskatin tenkisini mümkün kılan iki hal olarak, iskati âmir ölüme bağlı tasarrufta irae olunan iskat sebebinin doğru olduğunun iskattan müstefid mirasçı veya musaleh tarafından isbat edilmemiş

olmasını ve iskat sebebinin irae olunmamış bulunmasını zikretmiştir. Kanunkoyucunun maksadını anlayabilmek için sebebin doğru olmaması hali ile sebebin irae edilmemesi halini ayrı ayrı incelemek lâzım geliyor.

İskatı âmir ölüme bağlı tasarrufta irae olunan iskat sebebi doğru olmadığı yani hakikate uygun bulunmadığı takdirde, sakıtın serd edebileceği itiraz üzerine sebebin hakikate uygun olduğunu iskattan mütefid mirasçı veya musaleh isbat edemezse müteveffanın nez arzusu ve buna bağlı arzuları ancak tasarruf nisabı nisbetinde muteber olur yani iskat ihraca (tasarruf nisabı dahilinde tasarrufa) inkilâb eder ve binaenaleyh sakıtın mahfuz hissesine tecavüz ettiği nisbette tenkis ettirilebilir. Doktrine göre, iskatı âmir ölüme bağlı tasarrufta irae olunan iskat sebebi kifayetsiz bulunduğu takdirde de keyfiyet aynen böyledir. Binaenaleyh bu cihetin de mezkûr fıkroda belirtilmesi iyi olur kanaatindeyiz. Saniyen, iskatı âmir ölüme bağlı tasarrufta irae olunan iskat sebebi iskat tasarrufunun tanzimi ânında mevcut olmakla beraber, bilâhare müteveffanın sakıtı mücerret şifahen affetmesi ile zail olduğu takdirde de iskatın mezkûr fıkraya istinaden fakat sakıtın affı isbat etmesi şartile tenkis ettirilebilmesi doktrinde hâkim mutavassıt nazariyeye göre mümkündür. Kanaatimizce bu hal sureti hakkaniyet bakımından olduğu kadar, kanunumuzun ruhu itibarile de isabetli olup kanunkoyucu tarafından sarahaten benimsenilmelidir. Af meselesinde Alman Medenî Kanunu tamamen farklı bir hal sureti kabul etmiştir. Mezkûr kanunun 2337 nci paragrafına göre, «Mahfuz hisseyi nez etme hakkı af ile sona erer. Mûrisin nez'i âmir tasarrufu, af halinde hükümsüz olur.» Binaenaleyh Alman Hukukunda af, mahfuz hisselerin nez'inden evvel vâki olmuş ise nez hakkını ortadan kaldırır, mahfuz hisselerin nez'inden sonra vuku bulmuş ise nez tasarrufunu hükümsüz kılar. Halbuki bizde iskat hakkı buna tekaddüm eden bir af ile hükümsüz olmaz. Hükümsüzlüğü ancak şekline uygun bir rücu temin eder. Böyle şekline uygun bir rücu teşkil etmeyen bir af iskat tasarrufuna doğrudan doğruya tesir etmez, ancak bu af ile iskatın sebebi zair olmuş bulunacağından iskatın tenkis ettirilebilmesine imkân hasıl olur.

İskat sebebinin irae edilmemiş olmasına gelince, iskat sebebi iskatı âmir ölüme bağlı tasarrufta müteveffa tarafından hiç zikredilmemiş veya kâfi bir surette irae olunmamış ise gene müteveffanın arzuları ancak tasarruf nisabı nisbetinde muteber olur. Fakat bu hususun sakıt tarafından vaki bir itiraz üzerine mi, yoksa hâkim tarafından res'en mi nazara alınacağı 459 ncu maddenin 3 ncü fıkrasından anlaşılammaktadır. Ölüme bağlı tasarruflar kendiliğinden ne tamamen, ne de kısmen hükümsüz olmayacağından sakıt tarafından bir itirazın vuku bulması aranmak lâzım

gelse gerektir. Saniyen bu itiraz üzerine iskat sebebinin kâfi bir surette irae edilmiş bulunup bulunmadığını isbat külfeti kime teveccüh eder? İskat sebebinin doğru olmaması halinde olduğu gibi, sebebin kâfi bir surette irae edilmiş bulunduğunu iskattan müstefit mirascı veya musaleh mi isbat etmelidir? Yoksa sebebin kâfi bir surette irae edilmemiş olduğunu sakıt mı isbatla mükelleftir? Bu cihet de 459 ncu maddenin 3 ncü fıkrasında tasrih edilmiş değildir. Binnetice, itiraza lüzum olması ve itiraz vukuunda iskat külfetinin kime terettüp edeceği noktalarından da kanunumuzun gözden geçirilmesi faydalı olacaktır.

§ 2 — HİMAYETEN MİRASTAN İSKAT

Kanunumuz 457-459 ncu maddelerinde cezaen mirastan iskati nizamladıktan sonra, 460 ncı maddesini himayeten mirastan iskata tahsis etmiştir. Bu maddeyi mehazın 480 nci maddesile mukayese edersek aralarında bazı farkların mevcut olduğunu görürüz. Esasen mehazın Fransızca metni ile Almanca metni de tam bir mutabakat halinde değildir. Kanunkoyucumuz daha isabetli olan Almanca metni esas almış ise de 460 ncı maddemizde maksadın pek iyi ifade edilmesine mâni tahrir yanlışlıkları bulunduğu gibi, bir noktada mehazdan ehemmiyetli bir surette inhiraf edilmiş olduğu da göze çarpmaktadır. Mezkûr hususların tetkikini ileriye bırakarak burada şunu ilâve ile iktifa edelim ki himayeten mirastan iskat sahasında her iki memleketin nazariyat ve tatbikatı arasında önemli bir fark mevcut olmadığı gibi, böyle bir farkı icabettirecek bir cihet de yoktur. Gerek İsviçre'de, gerek bizde, himayeten mirastan iskata müteallik maddenin pek vazih olmadığı ve fazla ağır şartları muhtevi bulunduğu söylenebilir. Hernekadar, himayeten mirastan iskat aslında faydalı bir hukukî çare ise de İsviçre-Türk Medenî Kanununda, tatbik kabiliyeti pek mahdut olarak ve birçok hukukî müşkülât doğurabilecek bir tarzda nizamlanmıştır. Himayeten mirastan iskata müteallik maddenin ortaya attığı meselelerin ekserisi İsviçre-Türk doktrininde halledilmiş bulunmakla beraber bu hal suretlerinin teşriî yoldan tesbiti faydalı olacaktır. Kaldı ki maddenin tatbik kabiliyetini daraltan şartları tahfif etmek ihtiyacı ancak teşriî yoldan karşılanabilir. Binaenaleyh maddede tādil zarureti vardır. Bu yapılırken bilûmum meselelerin gözden geçirilmesi yerinde olacağından biz 460 ncı maddenin etraflı ve esash bir tādiline taraftar bulunmaktayız.

Herşeyden evvel, himayeten mirastan iskatin hakikî bir iskat olduğu-

nu vazihai ortaya koyacak bir tādile ihtiyaç hissedilmektedir. Bizce cezaen mirastan iskat ile himayeten mirastan iskat arasındaki mahiyet farkı dolayısıyla kanunumuz bunları birbirinden oldukça farklı bir nizama tâbi tutmuş ise de bunların her ikisine şâmil kaidelerin mevcut olduğu da asla dikkat nazarından kaçmamalıdır. Filhakika cezaen mirastan iskati nizamlayan kaidelerin bir kısmı himayeten mirastan iskatta da tatbik olunur. Ancak kanun himayeten mirastan iskatin hususiyetlerini göz önünde bulundurarak onu birtakım munzam kayıt ve şartlara tâbi kılmıştır. Kanunumuzun cezaen mirastan iskat hususunda 457-459 ncu maddeler olmak üzere üç madde sevketmiş olmasına mukabil, himayeten mirastan iskata 460 ncı madde olmak üzere bir tek madde tahsis etmiş olması ancak böyle izah olunabilir. İki fıkradan ibaret olan bu maddenin birinci fıkrası himayeten mirastan iskatin hususî şartlarını bildirmekte, ikinci fıkrası da onun hususî bir hükümsüzlük halini tanzim eylemektedir. Böylece 460 ncı madde himayeten mirastan iskata münhasır bazı kaideleri ihtiva etmekle kalmaktadır. Zira kanunkoyucu himayeten mirastan iskati, mirastan iskatin bir nev'i olarak kabul ettiğinden, cezaen mirastan iskata dair kaidelerin, esas itibarile, himayeten mirastan iskatta da cari olacağı fikrinden hareket etmiş ve binnetice 460 ncı maddede himayeten mirastan iskata münhasır bir takım istisnai kaideler koymakla iktifa eylemiştir. Binaenaleyh himayeten mirastan iskatin esas kaidelerini cezaen mirastan iskata dair maddelerde aramak lâzımdır. Diğer bir ifade ile, himayeten mirastan iskata münhasır 460 ncı maddede aksine sarahat bulunmayan hususlarda, cezaen mirastan iskata müteallik 457-459 ncu madde hükümleri tatbik olunur. Kanunumuzdan sarahaten anlaşılmayan bu cihetin daha vazih bir hale getirilmesi temenniye şayandır. Netekim Alman Medenî Kanunu, mahfuz hissenin himayevî mahiyette nez edilmesine müteallik olan 2338 nci paragrafta, cezaî mahiyetteki nez'in şeklinden bahseden 2336 ncı paragrafın I-3 ncü fıkralarına atıfta bulunmuştur. Mezkûr fıkralar şu mealdedir: 1 — Mahfuz hissenin nez'i vasiyetname ile olur. 2 — Nez sebebi vasiyetnamenin tanzim olduğu ânda mevcut olmalı ve vasiyetname irae edilmelidir. 3 — Sebebi isbat nez'in muteber olduğunu ileri süren kimseye terettüp eder. Bu çeşit kaidelerin bizde de her iki nevi iskata şâmil olduğu muhakkaktır. Diğer taraftan Memleketimizde cezaen mirastan iskat nisbeten tatbik edilmekte ise de himayeten mirastan iskatin tatbik edildiğini gösteren hiçbir Temyiz kararı bulunmayışı mânidardır. Himayeten mirastan iskatin tatbik edilmemesinin sebebini oldukça ağır şartlara tâbi tutulmuş olmasında arayabiliriz. Bu menfî temessül tasvibe şayan bir keyfiyet değil-

dir. Bunun müsbet temessüle tahavvülü için, ileride arzedeceğimiz veçhile, himayeten mirastan iskatın şartlarını tahfif etmelidir.

Bu umumî mülâhazalardan sonra, himayeten mirastan iskatın şartları, hükümleri ve hükümsüzlüğü bahislerini birer birer ele alıp her biri hakkındaki temennilerimizi arz edelim.

I — Şartları :

Medenî Kanunumuzun 460 ncı maddesinin I nci fıkrası(«Müteveffa, borcunu ödeyecek malı bulunmadığı icra vesikasile tahakkuk eden fûruundan herhangi birini, mahfuz hissesinin yarısından mahrum (iskat) edebilir. Ancak müteveffanın, bu yarıyı, iskat edilen fûruundan doğmuş ve doğacak çocuklarına tahsis etmesi şarttır.» demektedir. Mezkûr fıkradan himayeten mirastan iskatın bütün şartları sarîh olarak anlaşılma- maktadır. Kanaatimizce fıkra şöyle kaleme alınabilirdi: Borcunu ödeyecek malı bulunmadığı icra vesikasile tahakkuk eden ferinin mahfuz hissesinin azamî yarısını müteveffa ölüme bağlı bir tasarrufla nez edilebilir. Ancak müteveffanın ölüme bağlı tasarrufla iskat iradesini beyan ve iskat sebebini irae etmesi lâzım olduğu gibi, nez ettiği kısmı sakıtın doğmuş ve doğacak çocuklarına tahsis etmesi de şarttır. Fıkranın şu suretle ifade edilmesinden daha vazıhan anlaşılacağı veçhile, himayeten mirastan iskatın şartlarını, cezaen mirastan iskatta olduğu gibi, biri sebep, diğeri şekil bakımından olmak üzere, iki nokta etrafında toplamak mümkündür.

1 — Sebebi :

Ferinin borç ödemekten âciz olduğunun icra vesikasile tahakkuku himayeten mirastan iskat sebebi sayıldığına göre, bu sebebin mevcudiyeti için evvelâ bir ferinin bulunması ve saniyen onun borç ödemekten âciz olduğunun icra vesikasile tahakkuk etmiş olması lâzımdır. Birinci şart himayeten mirastan iskat hakkını fazla tahdid ettiği ve pek vazıh olmadığı cihetle, ikinci şart da himayeten mirastan iskata tevessül imkânını ciddî surette azaltması hasebile tenkidlere uğramış ve sadece fûruun değil, bütün mahfuz hisseli mirasçılarının himayeten mirastan iskat edilebilmesi ve aczin tahakkuku hususunda icra vesikasının değil, mücerret müsrifliğin esas alınması temenni olunmuştur. Kanaatimizce, himayeten mirastan iskatın bütün mahfuz hisseli mirasçılar hakkında kabili tatbik olmasını temenni etmek müsavata temin ve bazı hukukî müşkülleri hal bakımlarından isabetli ise de, kanunumuzun himayeten mirastan iskatı ancak fûrua inhisar ettirishi, müteveffanın neslini idame edecek olan kim-

selerin onun fûruu olmasına müstenit bulunduğu ve himayeten mirastan iskat müteveffanın fûruunu ve dolayısıyla kendisini himayeyi istihdaf eylediği cihetle, yersiz ve maksatsız sayılamaz; fakat fûru tâbirinin şümulu meselesini ve dolayısıyla himayeten mirastan iskatin evlâtlık hakkında tatbik edilip edilemeyeceği ve âciz sebeble evlâtlık mukavelesinin ref'inin hâkimden talep edilebilip edilemeyeceği meselelerini ortaya çıkarmaktadır. Bizce evlâtlık fûru sayılmadığından himayeten mirastan iskat evlâtlık hakkında tatbik edilemeyeceği gibi, aciz sebeble evlâtlık mukavelesinin ref'inin hâkimden talep edilmesi de mümkün değildir. Mamafih her türlü iphamı izale için kanunumuzun şu kısaca temas ettiğimiz noktalar bakımından da gözden geçirilmesi iyi olur.

Aczin tahakkuk etmiş addi hususunda icra vesikasının esas alınmış olmasına gelince, borçlusu hakkında himayeten mirastan iskata tevessül olunmasından endişe eden bir alacaklı, takibini icra vesikası istihsaline kadar yürütmeyerek sadece müruru zamanı kat için ödeme emri göndermekle iktifa edecek olursa himayeten mirastan iskata müracaat imkânı hasıl olmayacağından, aczin tahakkukunu icra vesikasının mevcudiyetine bağlamak himayeten iskata başvurma imkânını önemli surette azaltacağı cihetle kanaatimizce de pek mahzurludur. Binaenaleyh, kanunumuz tadil edilirken aczin tahakkuku hususunda hertürlü isbat vasıtalarının kabulü cihetine gitmenin daha uygun olacağı fikrindeyiz.

2 — Şekil:

Cezaen mirastan iskat gibi, himayeten mirastan iskat da ölüme bağlı tasarrufla yapılmak ve bu tasarrufta iskat iradesi beyan ve iskat sebebi irae edilmek lâzımdır. Kanunumuz 460 ncı maddesinde bu ciheti tasrih etmeye lüzum görmemiştir. Zira kanunumuza göre, himayeten mirastan iskat, umumî olarak mirastan iskatin bir nev'inden ibaret olduğundan, cezaen mirastan iskatin şekline dair şartlar (M. K. m. 457/1 ve 459/1) himayeten mirastan iskatta da câridir. Fakat keyfiyetin maddeden vazihan anlaşılabilmesini mümkün kılacak bir tâdilât yapılsa madde daha iyi olacaktır.

Diğer taraftan, kanunumuz himayeten iskatin ayrıca bir tahsis tasarrufunu ihtiva etmesini âmirdir. Filhakika 460 ncı maddenin 1 nci fıkrasına göre, müteveffa, borcunu ödeyecek malı bulunmadığı icra vesikası ile tahakkuk eden ferîinden nez ettiği yarım mahfuz hisseyi, iskat tasarrufunda sakıtın doğmuş ve doğacak çocuklarına tahsis etmek mecburiyetindedir. Mezkûr fıkradan anlaşılacağı veçhile, tahsis tasarrufuna teferru eden üç tâlî şart vardır: Tahsis tasarrufu; 1) Sakıttan nez olunan

yarım mahfuz hisseye taalluk etmeli, 2) Sakıtın doğmuş ve doğacak çocukları lehine olmalı, 3) İskatı âmir ölümüne bağlı tasarrufta yer almalıdır. Bu şartlar hakkındaki fikirlerimizi arzede bilmek için her bir şartı sırasıyla kısaca inceleyelim.

Tahsis tasarrufunun sakıttan nez olunan yarım mahfuz hisseye taalluk etmesi lüzumu kanunumuzun himayeten mirastan iskatı kısmî bir iskat olarak kabul etmiş olmasının bir neticesidir. Filhakika 460 ıncı maddenin 1 inci fıkrası borcunu ödeyecek malı bulunmadığı icra vesikasile tahakkuk eden bir ferî'nin mahfuz hissesinin ancak azamî yarısının nez edilebileceğini musarrahtır. Şu halde, cezaen mirastan iskat mahfuz hissennin tamamına veya bir kısmına taalluk edebilirken, himayeten mirastan iskat mahfuz hissennin ancak azamî yarısına münhasır bulunmalıdır. Acaba himayeten mirastan iskat yolu ile de mahfuz hissennin tamamen nez edilebilmesine cevaz verilse, fakat burada sakıtın kusuru bulunmadığından ona kendisinden nez olunan mahfuz hissennin tamamı üzerinde bir intifa hakkı tanınmış olsa idi daha isabetli olmaz mı idi? Kanaatimizce hayır. Zira böyle bir hal sureti sakıtın alacaklıları bakımından pek mahzurlu olurdu. Kanun koyucumuz sakıtın alacaklılarının menfaatlerini de gözönünde tutmuş ve himayeten mirastan iskata fûruun mahfuz hissesinin ancak azamî yarısında cevaz vermiştir. Böylece sakıtın mahfuz hisselerini de gözönünde tutmuş ve himayeten mirastan iskata fûruun mahfuz hissesinin ancak azamî yarısında cevaz vermiştir. Böylece sakıtın mahfuz hissesinin yarısı sakıtta kalarak alacaklılarına yarayacak, sakıttan nez olunan yarı ise sakıtın doğmuş ve doğacak çocuklarına tahsis edilecektir. Görülüyor ki kanunumuz sakıtın alacaklılarının menfaati ile sakıtın doğmuş ve doğacak çocuklarının menfaatini münasefeten telif etmeye çalışmıştır.

Tahsis tasarrufunun sakıtın doğmuş ve doğacak çocukları lehine olması lüzumu ise sakıtın bilûmum çocuklarını himayeye mâtuftur. Mehazin Fransızca metni tahsisin sakıtın doğmuş veya doğacak çocuklarına yapılmasını âmir bulunduğu halde, İtalyanca ve Almanca metinleri ve bunlara imtisalen bizim metin, sakıtın doğmuş ve doğacak çocuklarına yapılmasını emretmektedir. Böylece Fransızca metin sakıtın doğmuş hiçbir çocuğu mevcut olmasa da sadece doğacak çocukları lehine tahsiste bulunularak himayeten iskata tevessül edilmesini mümkün kılmakta ve binnetice bir mirasın belki de hiçbir zaman doğmayacak olan ve doğması ancak muhtemel bulunan bir çocuğa münhasıran tahsis edilmesini tecviz eylemekte ise de, Almanca ve İtalyanca metinler ve kanunumuz böyle garip bir sonuca meydan vermeyerek tahsisin sakıtın doğmuş ve

doğacak çocuklarının hepsi lehine vuku bulmasını ve binaenaleyh sakıtın hiç olmazsa bir çocuğunun doğmuş olmasını aramaktadır. Asıl mesele çocuğun ne zaman doğmuş olması icab ettiğidir. Bazı müellifler iskat zamanını, diğer bazıları ise müteveffanın ölümü anını esas ittihaz ederler. İkinci hal sureti bize daha uygun görünmekte olduğundan 460 ıncı maddeye bu hal suretine göre bir ilâve yapılması doğru olacağı fikrindeyiz. Şunu da kaydedelim ki tahsisin yalnız doğmuş ve doğacak çocuklara değil, en yakın kanunî mirasçılara ve bleki de müteveffanın tayin edeceği bir mansup mirasçıya veya bir vasiyeti tenfiz memuruna (B. G. B. § 2338) yapılması, daha muvafık olacağı da ileri sürülmüştür. Bu fikir bize pek cazip gelmektedir. Zira himayeten mirastan iskatın gayesi sakıtın doğmuş ve doğacak çocuklarını korumak olup diğer kimseleri faydalandırmak olmasa gerektir.

Nihayet, tahsis tasarrufunun iskatı âmir ölümüne bağlı tasarrufta yer alması lüzumuna gelince, kanunumuzda iskat ve tahsis bir birinden ayrılmaz bir bütündür. Tahsisin iskat tasarrufundan ayrı bir tasarrufla yapılması tecviz olunmamıştır. Tahsis iskat tasarrufunun bir sıhhat şartıdır. Bir fikre göre, tahsis iskat tasarrufu ile ve hattâ müteveffanın herhangi bir tasarrufu ile değil, doğrudan doğruya kanunen vuku bulmalı idi. Alman Medenî Kanunu tarafından benimsenilmiş bu hal sureti lehine bazı cihetler mevcut olmakla beraber kanaatimizce kanunumuzun sistemi ile Alman sistemini birbirine yaklaştıracak bir tefsir de mümkündür. Filhakika kanunumuz sistemi ile Alman sistemini birbirine yaklaştıracak bir tefsir de mümkündür. Filhakika kanunumuz müteveffaya iskat tasarrufu ile tahsiste bulunmasını emretmekle dolayısıyla tahsisi de emretmiştir. Binaenaleyh, müteveffa tahsis tasarrufunda bulunduktan sonra artık tahsis sırf müteveffa tarafından değil, fakat aynı zamanda kanun tarafından da vaki olmaktadır. Bu görüşün pratik faydası tahsisi inşai ikameye istinad ettirmesinde görülür. Her ne hal ise, yarım mahfuz hissennin sakıtın çocuklarına intikali meselesini etraflı bir surette tetkik ederek teşriî yoldan halletmek en iyi bir çare olarak görünmektedir.

II — Hükümleri :

460 ıncı madde himayeten mirastan iskatın hükümlerini sarîh olarak bildirmektedir. Cezaen mirastan iskatın hükümlerine dair olan 458 i inci maddenin ve bu meyanda « Miras hakkından iskat olunan kimse tereke-den hisse talep edemeyeceği gibi tenkis davası dahi açamaz » yolundaki hükmün himayeten mirastan iskatta tatbik mevkiî bulamayacağı aşikârdır. Zira mezkûr hüküm ancak tam iskatta bahis konusu olabilir. Hima-

yeten mirastan iskat ise zarurî olarak kısmidir. Fakat mezkûr hükmün muhalif mefhumundan anlaşılacağı üzere kısmî cezaî iskatta sakıt terekeden kısmen hisse talep edebileceği gibi, kısmen tenkis davası dahi açabilir. İşte bu netice himayeten mirastan iskatta da câridir. Filhakika 460 ıncı madde borcunu ödeyecek malı bulunmadığı icra vesikasıyla tahakkuk eden ferinin mahfuz hissesinin ancak azamî yarısının nez edilebilmesine cevaz verdiği göre sakıt kendisinde alıkonan miktar nisbetinde olarak terekeden hisse isteyebileceği gibi, yine aynı miktar nisbetinde olarak tenkis davası dahi açabilecektir. Himayeten mirastan iskatta mahfuz hisselerin tamamı nez edilebilse idi sakıtın mirasçı sıfatı kalmıyacağından terekeden hisse talep etmek ve tenkis davası açmak hakkı da olmayacaktı ; mahfuz hisselerin ancak azamî yarısı nez edilebildiğine göre, sakıtın mahfuz hisseli mirasçı sıfatı baki olduğu ve sadece mahfuz hissesi miktarı tenezzüle uğradığı cihetle, kendisinde alıkonan miktar nisbetinde olarak terekeden hisse istemek ve tenkis davası açmak hakkı da mevcut olmak lâzım gelir. Şu halde, himayeten mirastan iskatin hükümleri bir taraftan 460 ıncı maddedeki kısmilik şartından, bir taraftan da 458 inci maddenin muhalif mefhumundan istihraç olunabilmektedir. Keyfiyetin 460 ıncı maddeden daha açık bir surette anlaşılabilmesi iyi olurdu.

III — Hükümsüzlüğü :

460 ıncı maddemizin 2 nci fıkrası « Miras açıldığı zaman icra vesikasının hükmü mürtefi olmuş yahut böyle bir vesika olup da ihtiva ettiği borcun miktarı miras hakkının yarısından fazla bulunmamış ise mahrum (iskat) edilenin talebi ile, iskat keenlemyekûn olur. » demektedir. Burada üzerinde durulacak birkaç nokta vardır :

1 — Fıkra harfiyen tefsir edilecek olursa, icra vesikasının bir tek adet olması icab ettiği zehabına kapılınabilir. Fakat şüphe yok ki mevcut bilûmum aciz vesikalarının mecmu kıymeti nazara alınacaktır. Nitekim mehzaz metin keyfiyetin böyle olduğunu daha açık bir surette göstermektedir.

2 — İskatin keenlemyekûn olduğunu talep edebilmek için mirasın açıldığı zaman alacaklılar elinde bulunan icra vesikasının hükmü kalmamış veya muayyen bir haddi aşmamış bulunması arandığına göre, aciz kıstası olarak icra vesikasının hali nazara alınmaktadır. Bunun doğru olmadığı ileri sürülmüştür.

3 — Esasen kanunumuzun muayyen azamî haddi tayin ederken 1/2

nisbetini kabul etmiş olması yersizdir. Mehazda ise 1/4 nisbeti kabul edilmiş olup bu nisbet miras hukukunun ana kaideleriyle hemâhenktir. Filhakika fûruun mahfuz hissesi miras hakkının 3/4 ü olduğuna göre, borcun miktarı miras hakkının 1/4 üne inince mahfuz hisse kurtulmuş olur.

4 — Kanunumuza göre, miras açıldığı zaman icra vesikasının hükmü kalmamış veya ihtiva ettiği borcun miktarı miras hakkının yarısını aşmamış ise iskatın keenlemyekûn olması için sakıtın talebi lâzımdır. Bir fikre nazaran, miras açıldığı zaman aczin mevcut olmaması halinde iskatın kendiliğinden keenlemyekûn olmasını kabul etmek daha doğru olurdu. Alman kanununa uygun olan bu hal suretinin bizim ölüme bağlı tasarruf hukuku sistemimize aykırı düştüğünü zannetmekteyiz. Zira bizde ölüme bağlı tasarrflar kendiliğinden batıl olmazlar. Diğer taraftan, mezkûr talebin bir iptal davası mahiyetinde mi, yoksa bir tenkis davası mahiyetinde mi olduğu da münakaşalıdır. Bize ikinci görüş daha isabetli görünmekte ise de keyfiyetin teşriî yoldan halli faydalı olacaktır.

5 — Fıkroda himayeten iskata adir hükümsüzlük hallerinin hepsinin derpiş edilmediği muhakkaktır. Ezcümle tahsis tasarrufunun gereği veçhile yapılmamış olması halinde terettüb eden hükümsüzlük hakkında fıkra sakittir. Bu halde hükümsüzlüğün iptal davası yolu ile mi, yoksa tenkis davası açarak mı ileri sürüleceği de bir mesele teşkil etmektedir.

İkinci Fasıl

MAHRUMİYET

Kanunumuzda mahrumiyet müessesesi esaslı bir tadile lüzum göstermez. Ancak kanun koyucunun maksadı bir iki yerde pek iyi ifade edilememiştir. Ezcümle, 520 inci maddenin 2 numaralı bendinde, müteveffayı ölüme bağlı tasarrufta ebediyen bulunamayacak bir hale getirmek kastediliyorsa da ebediyen kelimesine yer verilmemiştir. Keza, mezkûr maddenin 3 numaralı bendinde 4 hal bahis konusu olduğu iyice anlaşılmadığı gibi, ölüme bağlı tasarrufun vasiyetname veya miras mukavelesi olduğuna göre bir tefrik yapılmak lâzım geldiği ve buna tevfikân « fesih » tabiriyle bazan rücu, bazan da fesih kastedildiği vazıhan ifade olunamamıştır. Bunun gibi, mahrumiyetin nisbî bir ehliyetsizlik teşkil ettiği ve hükmünün kanunen husule geldiği de belki daha iyi bir surette ortaya konabilirdi. Hele 466 ıncı maddenin 2 nci fıkrasında « mahrumiyetine karar » sözleri yanıltıcı olup tercüme yanlışlığından ileri gelmiştir.

Maksat, mahrumiyetin beyanıdır. İşte böyle birkaç noktada kanunumuzun ifadesi düzeltilirse mahrumiyete dair maddeler kusursuz sayılabilecektir. Filhakika İsviçre - Türk Medenî Kanunu mahrumiyet bahsinde Alman Medenî Kanunundan mülhem olarak bahsi modern zihniyet ve ihtiyaçlara tamamen uygun bir surette nizamlamaya muvaffak olmuştur. Kanunumuzun mahrumiyete dair maddeleri üzerinde yapılacak mukayeseli bir inceleme bizde mahrumiyet müessesesinin Fransız Medenî Kanunundaki «Indignité» ile evvelki hukukumuzdaki «İrs manileri» ne nazaran yerinde bir terakki mahsulü sayılabileceğini göstermeye kâfi gelecektir. İlâve edelim ki evvelki hukukumuzun irs manileri Medenî Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten beri yerlerini mahrumiyet sebeplerine bırakarak külliye hükümden düşmüş olduklarından artık hiçbir surette nazara alınamazlar. Keyfiyetin hayırlı olduğu ve yeni müessesenin memleketimiz içtimaî bünyesi tarafından müsbet bir temesüle erişebilmiş bulunduğu söylenebilir.