

ALMAN MİRAS HUKUKUNDA RESMÎ VASIYETNAME MESELESİNE MÜTEDAİR YENİ HÜKÜMLER (1)

Ord. Prof. Dr. Gustav Boehmer

Resmî vasiyetnameye müteallik münakaşalar nispeten daha sakin bir seyir takibetmektedir: burada prensip mahiyetinde hukuki-doktriner meselelerden ziyade hukuki-teknik meseleler mevzuubahistir.

1. Resmî vasiyetnamenin bu sıfatla, ve filhakika an'anevî şekil ve merasimlerin prensip itibariyle ipkası şartıyla, muhafaza edilmesi icabettiği keyfiyeti hususunda tam noktai nazar beraberliği mevcuttur. Yalnız müracaat edilen vasiyet şekillerindeki tenevvün biraz haddinden fazla çeşitli olup olmadığı ve tenevvüdeki şu aşırı fazlalığın, *şifahî vasiyetin açık tahriri vasiyet şekliyle* veyahut *kapalı tahriri vasiyet şeklinin «zati el yazısıyla vasiyetname»* ile mezcedilmesi suretiyle basitleştirilmesinin mümkün olup olmadığı ciheti câyisual görünebilir.

Alman Hukuku Akademisi Miras Hukuku Komisyonu bu her iki şikkı da reddetmektedir (s. 68-72). Filvâki komisyon, gerek şifahî vasiyetin (vasiyetnamenin), gerek açık olarak makamı aidine teslim edilmiş bulunan yazılı vasiyetin bu suretle tatbikatta ekseriya birbirleriyle kaynaşmış göründüklerini, yani bunlar arasındaki fark ve hudutların silinmiş bulunduğu intibahını müdrük bulunmakta; ve aynı zamanda şifahî vasiyetname mevzuubahsolduğu hallerde de murisin, vasiyet mahiyetindeyi beyanının yani *şifahî* ölüme bağlı tasarrufu-

(1) Fakülte mecmuasının cilt IX, sayı 1-2, s. 336-380, Alman medeni hukukunda vasiyete mütedair yeni hükümler serlevhasile çıkan yazının devamı addedilebilir. Mezkûr yazıda daha ziyade hususî vasiyetname ve saire mevzuubahistir. Bu etütte ise resmî vasiyetname ile fevkalâde vasiyetname, vasiyetnameneden rücu, vasiyetnamenin muhteviyatı gibi meseleler tetkik edilmektedir. Bundan maada, bu meselelere taallük etmek üzere, Roma hukukundaki hükümleri, mukayeseye medar olur düşüncesiyle, not halinde izah etmeyi faydalı bulduk. — Tercüme eden.

nun muhtevası haline getirebileceği tahriri ilâvelerin caiz olduğundan da tecahül etmemektedir. Bittabi komisyon bu kabil bir «ilâve»nin, *tekmil vasiyeti* ihtiva etmesi caiz olmadığı kaydını koymaktadır («Staudinger» de aynı fikirde bulunmaktadır, madde 2238 e mahsus haşiye, 4 b). Fakat şunu da zikretmek lâzımdır ki şifahî vasiyetname mevzuubahsolduğu hallerde yapılan ilâvelerin, resmî tahrir ve tevsik muamelesinin unsurlarından olmak haysiyetiyle, daima cehren okunması ve kabul edilmesi lâzımdır. Halbuki (vasiyeti ihtiva eden) bir yazının, tâbiri diğerle tahriri bir vasiyetnamenin makamı aidine teslimi halinde böyle bir şey mevzuubahis değildir: yeni Vasiyet Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasının 3 numaralı kaziyesi mantukunca (16 ncı madde hükmiyle birlikte) istikbalde de bu şekilde hareket edilecektir (2). Bu sebeple bugüne kadar cari kanunlara göre de ancak *şifahî vasiyet* mevzuubahsolduğu hallerde memurun kontrol ve öğüt (irşat) vazifesi vasiyetin muhtevasına da taallük etmekte idi Buna mukabil *açık bir yazının* makamı aidine teslimi halinde böyle bir şey mevzuubahis değildi; burada memur ancak *yazının*, «şifâhen dermeyeran edilecek icabın (beyanın) sadece bir plânı» olup olmadığını tetkikle mükellefti. Şayet mevzuubahs *yazı* bizzat ölüme bağlı tasarrufu ihtiva ediyorsa, bugüne kadar muhtelefünfih olmıyan kanaata göre, memur, murisin müsaadesi olmaksızın «yazı»nın muhteviyatı hakkında bilgi edinmeğe bile salâhiyettar değildi (bakınız: «Planck», madde 2238 e ait haşiye, 3 a —delil ve misallerle—). Bu vaziyet bittabi bugün, yeni Vasiyet Kanununun 11 inci maddesinin 2 nci fıkrasının üçüncü kaziyesi hükümleriyle 15 inci maddesi hükümlerine müsteniden şu şekilde tadil edilmiştir: tevsik muamelesini yapan memur, *açık olarak teslim edilen bir yazı* mevzuubahsolduğu hallerde dahi sadece mezkûr yazının muhtevası hakkında bilgi edinmekle ve bu «yazı»nın *mer'iyetine müteallik şüphelere* murisin nazarı dikkatini celbetmekle kalmamalı, aynı zamanda «*muhteva*» ya karşı mevcut mâni sebeplere ve mahzurlara mumaileyhin nazarı dikkatini de celbetmelidir (3). Bununla beraber bu tadilâta rağmen «açık bir yazının makamı aidine teslimi» halinde vasiyetnamenin muhteviyatından mütevellit maddî mes'uliyet —şifahî vasiyetname tanzimi keyfiyetinden daha geniş ölçüde olmak üzere— daha ziyade musiyeraci bulunmaktadır: bu hal ve vaziyet, ölüme bağlı tasarruflarının

(2) Keza, «Vogels» de aynı kanaattedir: madde 11 e mahsus 2 numaralı mütalâa.

(3) Bakınız: Vogels, madde e 11 e mahsus 6 numaralı mütalâa.

herhangi bir kontrole tâbi tutulmasına muhtaç olmıyan «mes'uliyetini müdrik» insanlar için *bu vasiyet şeklinin tercihi*ni şayanı arzu bir hale getirmekte olup aynı zamanda vâzı kanunun nazarında da mezkûr şeklin ipka ve muhafazasını meşru kılsa gerektir Diğer taraftan «kapalı bir yazının makamı aidine teslimi» halinde vasiyetname muhteviyatının şekillendirilmesindeki (tanzimindeki) serbesti ve hürriyet daha da fazla artmaktadır: çünkü burada vasiyetin muhteviyatı, vasiyetname açılıncıya kadar, herkesten hattâ kayıt ve tevsik muamelesini yapan memuru mahsustan dahi gizli kalmaktadır (4). Demek oluyor ki bu vasiyet şekli, *hususî vasiyetname şeklinin* haiz olduğu «gizlilik» gibi muhassenatla *resmî vasiyetname şeklinin* arzettiği «emniyet» gibi muhassenatı yekdiğeriyle birleştirmektedir. Bittabi vasiyeti ihtiva eden «yazı»nın kaleme alınması esnasında —mezkûr yazının bugüne kadar mer'î ahkâmla müstakbel ahkâma nazaran, muris tarafından ne bizzat tahriri, ne de zati el yazısıyla imzalanması icabetmemektedir (madde 2238, I, Alman Medenî Kanunu ve madde 11, II, 2, Vasiyet Kanunu)— yabancı müdahale ve tesirlerin, zati el yazısıyla tanzim edilen vasiyetnamedekinden daha mahzurlu bir ölçüde olmak üzere müessir olabilecekleri gayrikabili içtinaptır. Fakat miras hukuku komisyonu muhtırası, böyle bir mahzur ve tehlike dolayısıyla burada da vasiyetnamenin zati el yazısıyla kaleme alınıp yine aynı şekilde imzalanmasını talebetmeyi haklı olarak reddetmektedir: çünkü bir kere bu takdirde *resmî vasiyetnamenin bu şeklinin*, el yazısıyla tanzim edilen *hususî vasiyetnamenin* yanında artık hemen hemen herhangi bir mâna ve hikmeti kalmamış gibi bir vaziyet hâsıl olurdu; diğer taraftan makamı aidine bir «yazı»nın teslimi şeklinde tecelli eden mezkûr resmî vasiyetname şeklinin mümeyyiz vasfı, yazı makinesinde veyahut bir yabancı tarafından yazılmış vesikaların da vasiyetname olarak hüküm ifade edebilmeleri keyfiyetinde mündemiç bulunmaktadır. Bu ise, gizli vasiyette bulunmayı arzu edip de yazı bilmiyenlere veya kitabet kabiliyet ve kudretinden mahrum olanlara veyahut bunu beceremiyenlere «yegâne vasiyet imkânı»nı bahşetmek gibi bir mânayı tazammun etmektedir (muhtıra, s. 70-72). Yalnız bu gibiler, hiç okuma yazma bilmiyorlarsa, bu takdirde Alman Medenî Kanunu (madde 2238, fıkra II) onları esasen *şifahî vasiyet şekline* bağlamış bulunmaktadır. Yeni Vasiyet Kanunu da bu ciheti, 11 inci maddenin 4 üncü fıkrasında teyidemiş bulunmaktadır. Bittabi

(4) Bu hususta bakınız: Vogels, madde 11 e mahsus 2 numaralı haşiye (burada muhtelif şekillerin kısaca takdiri yapılmaktadır).

şu tadilâtla ki: «Musinin yazılı bir şeyi okuyabilip okuyamaması» fiili vâkıası değil, bilâkis hâkimin veya noterin kanaatı, meselenin hallinde kat'i rolü oynamaktadır (5).

Hulâsa, muhtıranın tekliflerine uygun olarak *resmî vasiyetname* nin yukarıda mezkûr üç şekli olduğu gibi kalmaktadır (6); çünkü bu üç şeklin her biri, kendilerine hâs ayrı ayrı gayeleri tahakkuk ettirmektedir ve bu sebeple de herbirinin ayrı ayrı hikmeti vücudu vardır: yeni Vasiyet Kanunu da 11 inci maddesinde bu şıkkı kabul ve ihtiyar etmiş bulunmaktadır.

2. Resmî vasiyetname, münferit teknik meseleler bakımından el yazısıyla tanzim edilen hususî vasiyetnamenin arzettiği vaziyetten hiç de aşağı kalmamaktadır. Burada da muhtelif kanaatlar ve mukabil kanaatlardan örölmüş bulunan ve yeknazarda kavranması güç karışık bir ağ ile karşılaşılmaktadır; bilhassa şifahi vasiyetname kastedilmek şartıyla: haddizatında kanunu bilmiyen veya kendi başlarına herhangi bir karar ittihaz edemiyen (yani başkalarının yardımına muhtaç bulunan) veyahut hassatan titiz ve dikkatli olan vatandaşlara —acele ve düşünmeden yapılan ve gayrivâzih veyahut vazife şuuruna aykırı tasarruflardan, fakat aynı zamanda şekle ve merasime karşı aykırılıklardan ve bu suretle butlan tehlikesinden onları korumak maksadıyla— resmî bir makamın vâkıfane ve vazife şuuruna dayanan resmî irşadiyle yol göstermek gibi kat'i ve bariz bir gayeye hâdim bir müessesenin, nasıl mezkûr gayeye tamamiyle zıt neticeler husule getirebileceğini ve hukukî emniyetsizliği âdeta daha da fazla artırabileceğini hayretle görebilmek için Alman Medenî Kanununun 2233 üncü ilâ 2246 ncı maddeleriyle bilhassa 2238 inci, 2241 inci ve 2242 nci maddelerine mütaallik kazaî içtihada ve büyük şerhlerimizin aynı maddelere taallûk eden izahatına bir nazar atfetmek kâfidir. Şurası aşîkâr bulunmaktadır ki resmî vasiyetname mevzuubahsolduğu hallerde butlan imkânları ve butlanı mucip fiilî hâdiseler hususî vasiyetnamedekinden hiç de az değildir. Bu keyfiyet, «takibedilen gayelerde şayanı teessür bir vahdetsizlik» mânasını tazammun etmektedir. Bu husustaki kabahati, kısmen eskimiş ve hayatın terakki ve değişme-

(5) Bu hususta bakınız: Vogels, madde 11 e mahsus 11 numaralı mütalâa.

(6) Alman Medenî Kanunu, madde 2238, fıkra I: «Vasiyetnamenin tanzimi şu şekilde cereyan eder: musî, hâkim veya notere son iradesini şifahi olarak beyan eder veyahut bir «yazı» (yayılmış bir varaka) teslim ederek bunun, son iradesini ihtiva ettiğini şifahi olarak beyan eder. Yazılı varaka açık veya kapalı olarak verilebileceği gibi bizzat musî veya başka bir şahıs tarafından da yayılabilir». — Tercüme eden

siyle artık mânasını kaybetmiş, kısmen aşırı ve faydasız «teferruat mahiyetindeki hükümler» de aramalıdır. Çünkü teferruat mahiyetindeki bu hükümler, kanunun: hukuki emniyet, hukuki vuzuh ve be-dahet ve vasiyetnamenin tanzimi muamelesinde «formel vahdet ve tecanüs» uğrunda sarf ettiği ve haddizatında meşru bulunan cehit ve gayreti, ekseriya takibedilen gayenin aksi bir neticeye müncer kılmaktadır. Bu sebeple Alman Hukuku Akademisi Miras Hukuku Komisyonunun, kanunî vasiyetname şekillerinin sadeleştirilmesi ve had-dinden fazla sıkı «şekil mecburiyetinin» gevşetilmesi fikrini müdafaa etmesi ve yeni Vasiyet Kanununun da, başlıca noktalarda, komisyo-nun tekliflerine ittiba etmiş bulunması hararetle tasvibedilmek ge-rektir. Muhtıranın bu vadideki «tadilât teklifleri» üç istikamette vu-kubulmaktadır.

a) Bir kere muhtıra artık eskimiş ve lüzumu kalmamış, müz'ic, itimadı bozan ve tatbikatta ekseriya «yakışsız» bir tesir bırakan «şahit mecburiyeti» ni ortadan kaldırmak ve umumiyetle tevsik şekli-ni ihtiyarî kaza «FGG» ye mütaallik kanunun 167 nci ve mütaakıp maddelerine toptan irca etmek istemektedir (muhtıra, s. 62-66). Muh-tıraya göre: «Kayıt ve tevsik muamelesini yani vasiyetnamenin tan-zimi muamelesini yapan şahıs, istikbalde yalnız hâkim veya noter olacaktır. Ancak, bu vazifenin ierası sırasında hâkim veya noter, had-dinden fazla uzun irade beyanlarında bütün bunları bizzat zapt ve kaydetmek mecburiyetinde kalmamak için yardımcı olarak bir ya-zıcıyı tevsik muamelesine iştirak ettirebilmek hakkını haizdir. Ancak muris, sarahaten istediği takdirde, vasiyetnamenin tanzimi muamelesine bir şahit iştirak ettirilir» (muhtıra, s. 67).

Gerçi Vasiyet Kanunu, vasiyet (name) şekillerinin, «İhtiyarî Ka-za (FGG) Kanununun tevsik muamelesine mütaallik umumî hüküm-leri» ne tamamiyle uydurulmasını prensip itibariyle ret ve şekle ria-yet lüzumuna daha sıkı ve ciddî şekilde ehemmiyet verilmesi husu-sunda ısrar etmiştir (madde 6 ilâ 20). Daha sıkı ve ciddî şekilde ria-yet edilmeleri lüzumu tebasüz ettirilen bu «şekiller», «İhtiyarî Kaza» Kanununun (FGG) 169 uncu ilâ 182 nci maddeleri yerine kaim ol-maktadır. Bu keyfiyet, şimdi «H. Lange» tarafından da tasvibedil-mektedir (ZakDR, 1938, 578). Fakat yeni Vasiyet Kanunu yine bir-çok mühim noktalarda, meselâ bilhassa şahit meselesinde, Miras Hu-kuku Komisyonu muhtırasının tekliflerine uymuştur. Bu münase-betle Vasiyet Kanununun 6 nci maddesinin 1 inci fıkrası: mahkeme kalemünde tevsik muamelesini deruhte eden bir memurun (kâtibin) veya iki şahidin hâkim tarafından; ikinci bir noterin veya iki şahi-

din noter tarafından muameleye iştirak ettirilmesi lüzumunu ancak *istisnâî hallerde*, yani murisin sağır, kör, dilsiz veya sair şekilde konuşma imkânına sahip olmadığı hallerde mecburî kılmaktadır. Nitekim İhtiyarî Kaza (FGG) Kanununun 169 uncu maddesi alelâde tevsik muamelesi bakımından da aynı şekilde hareketi âmir bulunmaktadır. Buna mukabil yeni Vasiyet Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası: «vasiyetnamenin tanzimi» muamelesini yapan memuru, normal haller için bu mecburiyetten halâs etmekte ve muameleye şahit iştirak ettirilmesi keyfiyetini ihtiyarî bir hükümlerle kendi serbest takdirine bırakmaktadır. Fakat bu serbest takdir hakkı şu iki hükümlerle tekrar tahdid edilmektedir: bu hükümlerden biri müspet mahiyette olup, muris istediği takdirde, muameleye şahit iştirakini âmir bulunmaktadır. Diğeri ise menfi mahiyette olup muris itiraz ettiği takdirde muameleye şahit iştirak ettirilmesini menetmektedir. Binaenaleyh bu son hüküm, kayıt ve tevsik edilmesi tevsik muamelesini yapan memuru oldukça hatırı sayılır derecede yoran uzun vasiyetnameler mevzubahs olduğu hallerde dahi yine mer'îdir: kanun bu noktada muhtıradan inhiraf ederk murisin «mutlak resmî mahremiyet isteme» hakkına, tevsik muamelsini yapan memurun fazla külfet altına girmesinden daha büyük kıymet atfetmirtir (7). Kanun diğeri bir noktada muhtıranın teklifine uymamıştır: Vasiyet Kanunu, 10 uncu maddenin 6 ncı fıkrasında —«*şahitlerin reddi sebepleri*» cümlesinden olmak üzere— Alman Medenî Kanununun 2237 nci maddesinin 4 numaralı fıkrasına uygun olarak tevsik muamelesini yapan memurun hizmetkârının veya yardımcısının reddi hususunda ısrar etmiştir; (bundan maada Vasiyet Kanununun ihtiva ettiği *ret sebepleri*, Alman Medenî Kanununun 2237 nci maddesinde zikredilmemiş oldukları halde bugüne kadar *ret sebebi* olarak bir hüküm ifade etmiş bulunan iki grup ilâvesiyle de ayrıca tezyidedilmiş bulunmaktadır (8): bunlardan biri 10 uncu maddenin 4 numaralı fıkrası mantukunca aklen hasta ve aklen zayıf olanlarla sağır, kör, dilsiz ve yazı yazamıyanları teşkil eden grup olup diğeri de aynı maddenin 5 inci fıkrası mantukunca Alman dilini bilmiyenlerin teşkil ettiği gruptur). Halbuki muhtıranın kanaatine göre noterin bürosundaki bir müstahdem, —yine muhtı-

(7) Bu hususta bakını: Vogels, madde 6 ya mahsus 11 numaralı mütalâa.

(8) Bu hususta bakınız: Vogels, 10 uncu maddeye mahsus 5 ve 6 numaralı mütalâalar.

ranın 63 üncü sahifesinde karakterize edilen— «profesyonel şahitler» den herhalde daha uygun bir şahit olsa gerektir (9).

b) Bundan başka muhtıra, butlan hâdiselerinin miktarını azaltmak için şekil ve merasimde bazı kolaylıklar da vücuda getirmek istemektedir. Muhtıra bu gayeye vusul için bilhassa «mücbir hükümlerin gayrimücbir hükümler haline getirilerek tahfif ve tadili usulü» nden istifade etmektedir. Bu usul tamamiyle munis bir karakter arz edip (Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt IX, sayı 1-2, 1943, s. 374-375 te de ayrıca zikredilmişti) aynı zamanda Alman Medenî Kanununun ikinci kıraati için teşkil edilen komisyonun müzakerelerinde de bir rol oynamış ve bu yolda birçok tekliflerin yapılmasına da vesile olmuştu. Fakat bu teklifler ekseriyet tarafından da reddedilmişti (bakınız: Protokol V, 337, 338, 344, 345).

a) Şekil ve merasimde kolaylık bahsinde, el yazısı ile tanzim edilen vasiyetnamede olduğu gibi burada da evvelemirde Alman Medenî Kanununun 2241 inci maddesinin bir numaralı fıkrasında zikredilen «vasiyetnamenin tanzim edildiği yerin ve tarihin tasrihi» meselesi mevzuubahsolmaktadır. Muhtıra bu hükmün, sırf «vasiyetnamenin muntazam oluşunu, düzgünlüğünü temin eden nizâmî mahiyette bir hüküm» haline getirilmesi lehinde kahir bir ekseriyetle karar vermiştir. Filhakika bu, her türlü resmî tevsik muamelesinde o kadar tabiidir ki yerin ve tarihin tasrih edilmemiş bulunması gibi fevkalâde ender vukubulan halin, teknil vasiyetnamenin butlanını in-tacetmesine hacet yoktur. Yeni Vasiyet Kanunu, 13 üncü maddesinde bu teklifi tamamiyle benimsememiş, bilâkis *yerin ve tarihin tasrihi* cihetine —hususî vasiyetnamede tâbi olduğu müsavi ve mütecanis muamelenin aksine olarak (madde 21, fıkra 2)— muhtelif şekillerde kıymet ve ehemmiyet atfetmiştir. «*Yerin tasrihi*» sadece gayrimücbir bir hüküm haline gelmiş olduğu halde (fıkra 3) *tarihin tasrihi* esas itibariyle mücbir bir hüküm olarak kalmıştır (fıkra 2, No. 1-; fakat bu sonuncusu da şu şekilde mühimce tahfif edilmektedir:

1. 13 üncü maddenin 4 üncü fıkrası mantukunca protokolde (za-bıttâ) tarihin tasrih edilmemiş olması gibi bir eksiklik, 20 nci maddenin 1 inci fıkrasının 2 nci kaziyesine tevfikân vasiyetnamenin bulunduğu zarfın üstüne verilen bir şerh ile bertaraf edilmektedir. Ve hattâ mezkûr şerh, vasiyetnamenin tanzimini mütaakıp dahi her zaman verilebilir (10).

(9) «Vogels» tarafından,, 10 uncu maddeye mahsus 7 numaralı mütalââda zikredilen sebepler, kanaatbahş değildir.

(10) Bu hususta bakınız: H. Lange, ZAkDR. 1938, 579.

2. 13 üncü maddenin 5 inci fıkrası mucebince tarihin yanlış yazılması vasiyetnameyi bätül bir hale getirmektedir.

Tarihle yerin tasrihi keyfiyetlerinin bu şekilde tefrik edilmelerinin doğru olup olmadığı câyisual olabilir. Şüphesiz, tarihin tasrihi yerin teşrihinden daha mühimdir. Fakat şekle mütaallik mücbir bir şartın vücudunun, ancak bizzat senetten (vasiyetnameden) veyahut senedin bulunduğu zarftan istidlâli caiz olması, sair hallerden istidlâli caiz olmaması insanda, şimdiye kadar cari «*formalist tatbikatta*» hâlâ ısrar ediliyormuş gibi bir his bırakmaktadır. (Bahusus Vasiyet Kanununun 21 inci maddesinin 5 inci fıkrasına göre hususi vasiyetname mevzuubahsolduğu hallerde aynı meselede, yani *tarihin tasrihi* meselesinde daha müsamahakâr telâkkinin galebe çaldığı göz önünde tutulacak olursa!)(11).

β) Buna mukabil komisyon, gerek vasiyetnamenin murise okunması, muris tarafından kabul ve imza edilmesi keyfiyetinin tevsikan tespitinden (Alman Medenî Kanunu, madde 2242, fıkra 1, kaziye 2), gerek vasiyetnamenin tanzimine iştirak eden bütün şahitlerin, tanzim edilen ve vasiyeti muhtevi bulunan protokolü imza etmelerinden (Alman Medenî Kanunu, madde 2242, fıkra 3), mücbir hüküm olarak, feragat etmeğe bir türlü karar verememişti (muhtıra, s. 75-76). Filhakika mezkûr «*tevsikan tespit*» keyfiyetinin mücbir bir şart olarak muhafaza ve idamesini: yalnız, Almanyada resmî muamelât sahasında kökleşmiş bulunan «—en basiti ve en ehemmiyetsizi de dâhil olmak üzere— her türlü protokolün (zaptın) «v.g.u.» işaret ve şerhiyle bağlanması usulü» değil, aynı zamanda vâzı kanunun mezkûr hükmün esasını teşkil eden şu fikri de haklı göstermektedir; «herhalde şifahî vasiyetname mevzuubahsolduğu hallerde gerek yazı ile tespit edilen metnin murisin iradesine tetabuk ettiğini, gerek musinin vasiyeti tekrar sükûnetle tetkik ve kat'î olarak kabul etmiş bulunduğunu ispata yaraması icabeden bir hâdise aynı zamanda zapta geçirilmek suretiyle de teminat altına alınmalıdır (Protokol V, 338 ve 344, 345 dahi bu kanaattedir.

Fakat diğer taraftan yukarıda mezkûr *şerh ve işaretin* fevkalâde nadir olarak unutulduğu hallerde de musinin ve musî tarafından kendilerine vasiyette bulunulan kimselerin tevsik muamelesini yapan memurun bu gayrimutat ihmal ve teseyyübü yüzünden nahoş üzüntü-

(11) «Vogels» in izahatında (madde 13 e mahsus 6 ilâ 9 numaralı mütalâalar), hususî vasiyetnamenin tâbi olduğu ahkâmdan, yani «hususî vasiyetnamenin tarzı tanziminden bu inhirafın» sebepleri zikredilmemektedir.

lere maruz bulunmak mecburiyetinde kalmaları her ne kadar şayanı teessüf olsa da vaziyet yine değişmez (Protokol V, 344 dahi bu kanaattedir).

Maamafih yeni Vasiyet Kanunu, anlaşılan bu mahzurun tesiri altında kalarak (12) komisyonun teklifini de aşmış ve 16 ncı maddenin birinci fıkrasının ikinci kaziyesinde «*tevsikan tespit*» keyfiyetini gayrimücbir, fakat sadece vücut bir hüküm halinde tahfif etmiş ve bundan başka da aynı maddenin üçüncü fıkrasında musinin vasiyeti ihtiva eden protokolü imzalaması keyfiyetinden: vasiyetin musiyeye okunmasının ve mumaileyh tarafından kabul edilmesinin —ki bunlar 16 ncı maddenin birinci fıkrasının 1 inci kaziyesi hükmünce mecburî karakterlerini muhafaza etmektedirler— tahakkuk ve tekemmül ettiği fiksiyonunun istidlâl edileceğini tâyin ve tespit etmiştir.

Buna mukabil, muhtıra gibi Vasiyet Kanunu da vasiyetnamenin tanzimine iştirak eden bütün şahısların imzalarını o derece sarfınazar edilemez mahiyette addetmiştir ki 16 ncı maddenin IV üncü fıkrasındaki hükmün mücbir karakter iktisabetmesinde ısrar etmiştir. Vasiyetnamenin tanzimine iştirak eden bütün şahısların imzalarının bulunması da, aynı kanunun 12 nci maddesine göre tekmil tanzim muamelesinin cereyanı esnasında hazır bulunmaları icabeden mezkûr şahısların ispatı vücut ettiklerinin delili ve böylece vasiyet muamelesinin tekemmül ettiğinin formel bir alâmeti olarak istenmektedir.

c) Nihayet muhtıra 76 ncı sahifesinde kazâi içtihattan: «vasiyetnamede bazı münferit noktaların tespit edilmemelerinden münbais noksanlar karşısında —şayet bu noksanlar vasiyeti ihtiva eden protokolün umumî muhteviyatına müsteniden tamamlanabiliyorsa— müsamahakâr harekt ve tevsik muamelesine iştirak eden şahısların noksan kalan imzalarının murisin ölümünden sonra dahi telâfisine müsaade edeceğinin beklendiği» tarzında umumî bir ümit ve temenniye de izhar etmektedir. (Bittabi bu suretle mücbir bir hükmün, tatbikatta yine gayrimücbir bir hüküm haline inkılâbederek hafiflemesi neticesi elde edilmiş olacaktı). Bununla beraber Vasiyet Kanunu, muhteviyatı muhtıranın ümit ve temenni ettiği şekilde olan umumî veya hususî bir hükmü kabul etmemiştir: kanun, «şekle mütaallik hükümleri», herhangi bir hususî direktife muhtaç olmadan da «hukukî iz'an» ile tatbik etmeyi hâkime bırakmaktadır.

(12) Vogels izahatında (madde 16 ya mahsus 8 numaralı mütalâa) herhangi bir mucip sebep zikretmemektedir.

d) İşte tebarüz ettirebileceğimiz mühim noktalar bunlardır. Yalnız bir de şu noktayı zikredelim ki Vasiyet Kanunu, 18 inci ve 19 uncu maddelerinde, muhtıranın (s. 77) «Alman dilini anlamıyan murislerin ölüme bağlı tasarrufla buldukları hallerde mezkûr dili anlamadıklarına dair kendi beyanları yerine (Alman Medeni Kanunu, madde 2244), ve keza vasiyetnamenin tanzimi esnasında hazır bulunan bütün şahısların musinin meramını ifade ettiği dili bildiklerine dair teminatı yerine (Alman Medeni Kanunu, madde 2245) vasiyetnamenin hini tanziminde icrayı vazife eden memurun bu yoldaki kanaatinin ikame edilmesi» tarzındaki tekliflerine de ittiba etmiş bulunmaktadır. Bu, Almanyada hudut havalisinde karşılaşılan nahoş haller nazar itibara alınarak Alman milletinin milli şeref ve haysiyeti bakımından zarurî görünmektedir (13). Bir de, Vasiyet Kanununun—14 üncü madde marifetiyle— murisin hüviyetinin ve vasiyet ehliyetinin tespitine dair esaslı ve muvazzah hükümler vaz'etmiş bulunması çok şayanı şükran ve tasviptir. Bu kabil hükümler, Alman Medeni Kanununda yoktu (fakat bakınız: «FGG» Kanunu, madde 176, fıkra 3).

Nihayet gerek muhtıra, gerek Vasiyet Kanunu, resmî vasiyetnamenin etrafında toplanan sair birçok muhtelif meselelerin kanunen tanzimi suretiyle halline lüzum olmadığı, bilâkis bu cihetin, şimdiye kadar olduğu gibi bundan sonra da kazai içtihadı terk ve havale edilebileceği zan ve kanaatinde bulunmuşlardır. Bu noktai nazarın her cihetçe vârit ve isabetli olup olmadığı keyfiyeti, bu etüdün çerçevesi içinde tetkik ve münakaşa edilemez; fakat kanunda haddinden fazla şümüllü ve teferruatlı bir kazuistiğin tehlikeleri de herhalde yine adamakıllı yeter derecede malûm bulunmaktadır.

FEVKALÂDE VASIYETNAME (14)

1. Fevkalâd vasiyetname şekillerine olan zaruret ve ihtiyaç, «zati el yazısıyla vasiyetname» nin mutat (normal) vasiyetname şekli olarak kabulüyle bittabi oldukça ehemmiyetli surette geri atılmış bu-

(13) Bundan başka, murisin veyahut vasiyetnamenin tanzimine iştirak eden şahıslardan birinin taşıdığı hususî vasıfların meşru ve zarurî kıldığı hususî şekillerin mevzuubahsolduğu hallerde dahi bizzat vâkıtanın yerine vasiyet muamelesini yapan memurun kanaatı kaim olmuştur (meselâ: madde 6, fıkra 1; 11, IV; 16, III; 17, I; 18, I; 19, I). Bu suretle butlan sebeplerinden de sakınılmış bulunmaktadır; ayrıca bakınız: Boehmer, ZAkDR. 1938, s. 461.

(14) Tercüme edenin notu: Roma hukukunda evkalâde vasiyetnameleerin içinde en mühim olanı asker vasiyetnamesi (= Testamentum militis) idi. «Testa-

lunmakta, yani ikinci plânda kalmaktadır Fakat buna rağmen bu «fevkalâde vasiyetname şekilleri» nin yine ipka ve muhafaza edilmeleri zarurî olduğu keyfiyeti şu iki sebepten neşet etmektedir: bir kere «memuru mahsusu huzurunda vasiyette bulunabilmek imkânı prensip itibariyle herkese açık olmak icabettiği» kaziyesi bakımından ve bu nispet dâhilinde olmak üzere resmi vasiyet şekli hususî vasiyet şekline takaddüm ve bu mevkiî muhafaza etmelidir İşte bu mülâhazalara dayanarak: «muris, münferit müşahhas hallerde artık mahkeme veya noter huzurunda vasiyette bulunmak imkânına sahip

mentum militis» i «Caesar» bile tervicediyordu. «Diokletian» zamanına kadar uzanan devir esnasında henüz hakikî kanun mahiyetinde olmıyan, fakat kanun yerine geçen (legis vicem obtinent Gai. 1. 5; J. 1. 2. 6) imparator emirnamelerinden (= Constitutiones principum): eyalet valilerine gönderilen talimata (= mandatum, mandata), «milites faciant testamenta quo modo volent» (= askerler, istedikleri tarzda vasiyette bulunabilirler, vasiyetname tanzim edebilirler) hükmünün ilâvesi, «Titus» tan itibaren kökleşmiş bir an'ane haline gelmişti. Buna nazaran askerleri herhangi bir şekil ve merasime bağlayan hükümler mevcut değildi. Hattâ askerî, birkaç arkadaşı huzurunda şifahî beyanda bulunması bile kâfi idi. «Şekil ve merasimden muafiyet» ten bidayette fiilî hizmette bulunan her asker, bağlı olduğu garnizonda bulursa bile, istifade ediyordu. Bilâhare Jüstinyen bu muafiyeti, yalnız cephede bulunan askerlere inhisar ettirmişti (Cum in expeditionibus occupati sunt, J. 2. 11 pr.; C. 6, 21. 17).

Her türlü şekil ve merasimden azade olarak tanzim edilen bu vasiyetname zaman bakımından tahdidedilmişti; yani mezkûr asker, fiilî hizmette bulunduğu müddetçe ve temiz bir sicille terhisinin üstünden bir senelik bir müddetin mürruru tarihine kadar muteberdi. Bundan maada askerlere bahşedilen bu imtiyaz, ölüme bağlı tasarrufun muhtevasına da taallük ediyordu: meselâ asker (heredis institutio) yu terekesinin yalnız bir kısmına inhisar ettirebilirdi.

«Neomo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest» yasağının askerlere taallûku yoktu; aynı zamanda «semel heres, semper heres» kaidesine de aykırı olarak infisahî bir şart altında veyahut nihai bir tarih (vâde) tâyini suretiyle mirasçı nasbedebilirdi.

2. Şayet musinin gözleri görmüyorsa yedi şahidin muameleye iştirak ettirilmesi lâzımdır. Sekizinci şahit de gözleri görmiyen musinin namına vasiyetnameyi imzalayıp mühürlemekle mükellefti (Octavus subscriptor).

3. Testamentum ruri conditum = köy vasiyetnamesinin tanziminde beş şahidin bulunması kâfi idi. (Buna şehir haricinde yapılan vasiyetname de denilebilir).

4. «Testamentum pestis tempore conditum» = vasiyetname veba gibi salgın ve bulaşık bir hastalığın hüküm sürdüğü sırada (pestis tempore) tanzim edildiği takdirde sirayet tehlikesi dolayısıyla «unitas loci» kaydına riayet etmeğe lüzum yoktu. Yedi şahidin herbiri, yekdiğerini müteakıp ispatı vücut edebilirlerdi.

5. Herhangi bir kimse sadece fûruunu mirasçı ikame ettiği takdirde (test. parentis inter liberos), şayet şifahî bir vasiyetname tanzimi mevzuubahis ise

olmasa (15) ve fakat zatî el yazısıyle vasiyette bulunmak imkânına sahip olsa ve bu şekilde hareket etmesi kendisinden beklenecek vaziyette bulunsa bile yine resmî bir muamele şekli emrine âmade bulunmalıdır. Bunlar, «*nahiye müdürü huzurunda yapılan bir vasiyetnamenin*» (Alman Medenî Kanunu, 2249) meşruiyetini izah sadedinde ileri sürülen mucip sebeplerdir. Muhtıra, bu vasiyetnameyi bugüne kadar cari şekliyle, yani şahit mecburiyeti usuliyle, ipka ve muhafaz etmek istemektedir. Yeni Vasiyet Kanunu, 23 üncü maddede bu cihete iştirak ve 3 üncü fıkraya da amelî bakımdan gayet kıymetli şu hükmü ilâve etmiştir: belediye reisi, «*üç ayın hitamından sonra vasiyetnamenin hükümden sâkıt olduğunu*» murise hatırlatmakla (madde 26, fıkra 1) ve bu keyfiyeti bir zabıt varakası tanzimi suretiyle tespit etmekle mükelleftir. Maamafih en mühim olan cihet, mevzuubahsolan fevkalâde vasiyet şekli için muhtıranın (s. 91) teklif ettiği ve Vasiyet Kanununun da 23 üncü maddenin 6 ncı fıkrasında benim-

iki şahit huzurunda son arzunun beyanı ve yazılı vasiyetname tanzimi mevzuubahis ise muris tarafından zatî el yazısı ile yazılmış ve imazlanmış bir vesika kâfi idi.

Yukarıda zikrettiğimiz fevkalâde vasiyetname şekillerini, arzettikleri hususiyet dolayısıyla, iki gruba ayırmak mümkündür:

a) Bir kere körlerin tanzim ettiği vasiyetname bazı kayıtlara tâbi tutularak orlaştırılmıştır. Yani vasiyetnamenin muhteviyatı, hazır bulunan şahitlerin ittilâna arz ve badehu tahriren tevsik edilmek lâzımdır. Bundan başka muameleye bir noterin iştirak ettirilmesine; şayet vasiyetnamenin tanzim edildiği yerde bir noter bulmak mümkün değilse, yedi şahitten maade sekizinci bir şahidin de muameleye iştirakine ve vasiyetnameyi musinin namına imzalayıp mühürlemesine lüzum vardır. Diğer iştirak edenlerin de vasiyetnameyi imzalayıp mühürlemeleri lâzımdır (C. 6, 22, 8). Nihayet okuma yazma bilmiyen veya sair sebeplerden yazı yazmak imkânına sahip olmıyan bir kimsenin tanzim ettiği yazılı vasiyetname de, murisin namına imzasını atan bir «*Octavus subscriptor*» un iştirakiyle vücut bulurdu (D. 6, 23, 21, 1).

b) İkinci grup ise bazı kolaylıklar arzettiğidir: meselâ veba salgını esnasında tanzim edilen vasiyetnamelerde musî ile bir ve aynı yerde bulunmak, şahitlerin ihtiyarına terk edilmiştir (C. 6, 23, 8). Şehir haricinde yapılan vasiyetlerde beş şahitten yazı bilenler, vasiyetnamenin muhteviyatının ilânını müteakip yazı bilmiyenler namına vasiyetnameyi imzalıyabilirler (C. 6, 23, 31). Herhangi bir kimsenin sadece fûruunu mirasçı ikame ettiği hallere taallûk eden bir vasiyetnamede mirasçı olarak ikame edilen fûruun isimlerinin, bundan maada miras hisselerinin (yazı ile) ve tarihin ve imzanın zatî el yazısıyle tespiti kâfidir (C. 6, 23, 21, 3, Nov. 107, 1).

(15) Bu keyfiyet, bizzat bugünkü modern muamele ve münakale vasıtaları muvacehesinde bile daima tekerrür edecektir (muhtıra dahi haklı olarak aynı kanaattadır, s. 90).

semiş bulunduğu şu yeniliktir: tecrübenin gösterdiği gibi köy ve nahiyelerde beledi işlere bakan kimselerin, çiftlik müdürlerinin veya bunları temsil eden kimselerin 22 nci maddenin âmir bulunduğu şekil ve merasimlere riayet hususunda «matlûp kabiliyet ve beceriklilikten» mahrum buldukları keyfiyetini nazarı itibara alarak kanun, bir «clausula generalis» vaz'ı cihetine gitmiştir. Buna göre, «yazılı metnin» murisin beyanının itimada şayan bir «tekrar» ını ihtiva ettiğini kat'iyetle kabul etmek icabediyorsa, «şekle mütaallik her türlü hata» vasiyetnamenin mer'iyetine mâni olmaz. Tabii bu böyle olunca da *köy vasiyetnamesinin* tâbi olduğu şekle mütaallik hükümlerin hemen hemen hepsi de, umumiyetle pratik normal hallerde, «nizamî mahiyette hükümlere» inkılâbederek tahfif ve tadil edilmiş bulunmaktadır. Yalnız şahit mecburiyeti, 7 nci ilâ 10 uncu maddelerin ihtiva ettiği «ret sebepleri» (16) ve 13 üncü ilâ 16 ncı maddelere tevfikân «zabıt varakası tanzimi» mecburiyeti (17) bakî kalmaktadır: «şehitlerin hâfızası» na müsteniden vasiyetnamenin *bilâhare yazılması* caiz değildir (18).

2. Muhtıra (s. 91 ve mütaakıp), bu fevkalâde vasiyetname şeklinin yanında —bu vasiyetname şekli bugüne kadar olduğu gibi (Alman Medenî Kanunu, 2250) bundan sonra da «murisin fevkalâde vaziyet dolayısıyla tecridedilmiş bir yerde bulunması» keyfiyetine teşmil edilmektedir— murisin, «*zati el yazısıyla vasiyetname*» tanzimine dahi artık muktedir bulunmadığı haller için olmak üzere ve İsviçre Medenî Kanununun 506 ncı maddesinden istiane ederek şu mazrufta (mealde) umumî bir hüküm teklif etmişti: «Bir vasiyetname bu kabil şartlar altında ya iki şahit huzurunda —bu takdirde tanzim edilecek zabıt varakasını murisin imzalaması lâzımdır— veyahut üç şahit huzurunda —ve fakat bu takdirde de murisin imzasına lüzum kalmaksızın— caiz olmalıdır». Vasiyet Kanunu, bu noktada muhtıraya tamamiyle uymamıştır. Bilâkis «*gerek tecridedilmiş bir yerde*» vasiyetname tanzimi (madde 24, fıkra 1), gerek «*yakın ölüm tehlikesi halinde*» vasiyetname tanzimi (madde 24, fıkra 2) takdirinde «*üç şahit mecburiyeti*» hususunda ısrar etmiştir. Gerçi bu sonuncusunun ihdası, muhtıranın teklifine dayanan bir yeniliktir; fakat kanun bu «*yakın ölüm tehlikesi halinde tanzim edilen vasiyetname*» nin

(16) Vasiyetnamenin tanzimi muamelesine iştirake mâni sebepler ve bunlara müsteniden şahit vesairenin reddi. — Tercüme eden.

(17) Tevsik mecburiyeti. — Tercüme eden.

(18) Bu hususta bakınız: H. Lange, ZAKDR. 1938, 580; Vogels, madde 23 e mahsus 1 ve 12 numaralı mütalâalar.

şartı olarak: «zati el yazısıyla vasiyetname tanzimi» imkânsızlığını değil de, bilâkis «köy vasiyetnamesi tanzimi» imkânsızlığını kabul etmektedir. Burada evvelemirde düşünülen şey, en yakın mahallin belediye reisini çağırmaya bile müsaade etmiyen anı (meselâ dağlarda vukubulan) kazalardır. Fakat şahit huzurunda vasiyetname tanzimi mevzuubahsolduğu hallerde dahi gerek murisin imzasını taşıyan zabıt varakası tanzimi mecburiyeti, gerek madde 7, 8 ve 10, No. 1 ilâ 5 in ihtiva ettiği ret sebepleri (19) bakı kalmaktadır. Şekil ve mera-

(19) Vasiyetnamenin tanzimi muamelesine iştirake mâni sebepler.

sime karşı vukubulan sair aykırılıklar hakkında yine madde 23, fıkra 6 nın düzeltici hükümleri mer'îdir. Bundan ötürü Vasiyet Kanunu, 25 inci madde marifetiyle, deniz üzerinde tanzim edilen vasiyetname şeklini dahi —ki muhtıra tarafından teklif edilmiş bulunan «umumî klöz» ile fuzulî bir hale gelmiş bulunacaktı— ipka ve muhafaza etmiş ve «üç şahit huzurunda tanzim edilen vasiyetname» nin bağlı bulunduğu aynı şekil ve merasime tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda vâlunduğu aynı şekil ve merasime tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda Vasiyet (name) Kanunu, muhtıranın «fevkalâde vasiyetnamelerin meriyet müddetlerinin üç aydan (Alman Medenî Kanunu, 2252) bir aya indirilmesi» hususundaki teklifine de ittiba etmemiş, bilâkis 26 ncı maddede şimdiye kadar mer'î üç aylık müddette ısrar eylemiştir.

VASİYETTEN RÜCU)20)

«Vasiyetten rücu» un objektif bir şekilde tanzimi meselesinin ortaya çıkardığı ve en mühimlerini, muhtıranın kısaca tetkik ve izah ettiği birçok muhtelifünfiht noktalardan burada yalnız üç tanesini zik-

(20) Tercüme edenin notu: Roma hukukuna göre vasiyetnamelerin hükümsüzlüğü iki şekilde, biri rücu suretiyle, diğeri kanuna müsteniden mümkün olabilir. Bizi burada alâkadar eden rücu meselesidir. Muris, ölüme bağlı tasarruflardan rücu etmek hakkını haizdir (Alman Medenî Kanunu, madde 2253, fıkra 1; madde 2302). Çünkü Roma hukukuna göre ancak mürsin son arzusunu ihtiva eden ölüme bağlı tasarruf muteberdir.

Rücu aşağıdaki hallerde vukubulur:

a) Yeni bir vasiyetnamenin tanzimi (bunun hukukan muteber olması şarttır), (Institutiones, 2, 17, 2, Digesta 28, 3, 11 ve 16). Roma vasiyet hukuku sahasında cari (Nemo cum duobus testamentis decedere potest) prensibine göre yeni vasiyetname, «münhasıran mevcudiyetiyle» eskisini hükümden düşürüyordu. Musinin bu ciheti belirtmemesi, hattâ eski vasiyetnamenin hüküm ifade etmekte devam etmesini sarahaten istemesi halinde dahi vaziyet değişmemekte idi. Yalnız bu ikinci şıkta, eski vasiyetname «codicillus» olarak kabul edilirdi (D. 28, 3, 12, 1). Hattâ eski vasiyetname, yenisinin yanında devam edebile-

redelim. Bunlar, bir vasiyetnamenin, yeni tanzim edilen bir vasiyetname ile hükümden düşürülebileceği keyfiyetinden gayri şekilde hükümsüz bir hale gelebileceği cihetinin mevzuubahsolduğu hallere taallük etmektedir (21).

cek vaziyette olsa bile, yine hükümden sâkit oluyordu (Alman Medenî Kanununa göre: bir vasiyetname tanzimi halinde eski vasiyetname ile yenisinin yekdiğeriyle tezat halinde buldukları noktalarda eskisi hükümden sâkittir, madde 2258, fıkra 1; «Türk Medenî Kanunu» nda vasiyetten rücu mütaallik hükümler 489 uncu ilâ 491 inci maddelerde toplanmıştır. Yalnız şunu belirtmek icabeder ki zımnî rücutan addedilen «imha» kanunda mevcut değildir ve «vasiyetlerin taaddüdü» cihetine taallük etmektedir. Bununla beraber musinin vasiyetnameyi imha etmesini de zımnî rücu olarak kabul etmek icabeder. İsviçre Medenî Kanununun, Türk Medenî Kanununun 490 ıncı maddesine tekabül eden 510 uncu maddesinde bu cihet hakkında sarahat vardır); veyahut sonradan tanzim edilen vasiyetname, —ikame edilen mirasçının mirası reddetmesi veyahut ikame edilen zarurî bir mirasçının doğması yüzünden— *artık hüküm ifade etmez hale gelse bile eskisi yine hükümden sâkit olurdu* (D. 28, 3, 3, 4). Başlanmış, fakat henüz tamamlanmamış yeni vasiyetname, kaideten hükümsüzdür (test. posterius imperfectum). Şayet muris, sonradan tanzim ettiği vasiyetnamede kanunî mirasçılarını, evvelden tanzim ettiği vasiyetnamede ise yabancı kimseleri ikame etmişse, sonradan tanzim ettiği vasiyetname tamamlanmamış olsa bile, 5 şahitle musinin sadece iradesi ispat edilebildiği takdirde, yine kanunî mirasçılık vukubulur (C. 6, 23, 21, 5). Nihayet musî, sonradan tanzim ettiği vasiyetnameyi, *evvelce tanzim edilenin* tekrar yürürlüğe girmesi maksadiyle, kaldırmışsa, bu takdirde *bu vasiyetnameye* istinaden bir «bonorum possessio» tanımak lâzımdır (D. 37, 11, 11, 2; aynı zamanda bakınız: Alman Medenî Kanunu § 2257: «Ölüme bağlı bir tasarruftan vasiyetname yolu ile rücutan» tekrar rücu edilmişse, mezkûr ölüme bağlı tasarruf sanki hiç rücu edilmiş gibi «haizi hüküm» olur). Aynı zamanda tanzim edilen vasiyetnameler bir vasiyetname addedilir (D. 37, 11, 1, 6). Bu hüküm, askerler hakkında, birbirini mütaakıp tanzim edilen mütaaddit vasiyetnameler bakımından dahi, meridir (D. 29, 1, 19).

b) Vasiyetnamenin kasden imhası veyahut bütün mirasçıların isimlerinin silinmesi (D. 23, 4: De his quae in testamento delentur; keza Alman Medenî Kanunu, madde 2255, I ve II).

c) Ya vasiyetname şeklinde (keza Alman Medenî Kanunu, madde 2254 «rücu vasiyetnamesi») veyahut üç şahit huzurunda veyahut, vasiyetname on seneden azla bir müddet evvel tanzim edilmişse, mahkemede tevsik suretiyle *sarahaten* rücuun izharı.

(21) Yeni bir vasiyetname tanzimi suretiyle vükubulan rücu taallük etmek üzere yeni Vasiyet Kanunu muhtıranın teklifine (s. 99 ve mütaakıp) uygun olarak şu şayanı tasvip değişikliği ihdas etmiştir: gerek bir rücutan rücu, gerek sonradan tanzim edilen bir vasiyetnameden rücu dolayısıyla, evvelce tanzim edilen vasiyetname, şimdiye kadar 2257 nci madde ile 2285 inci maddenin 2 nci fıkrası mucibince olduğu gibi, artık murisin iradesinden müs-

1. Bunlardan birincisi, gerek muris tarafından unutulmuş, gerek —bilhassa Umumî Harbden beri iktisadî hal ve şartların aldığı inkişaf istikametlerinin ekseriya mucibolduğu veçhile— objektif bakımdan mânasını kaybetmiş veya tatbik edilemez veyahut artık faydasız bir hale gelmiş bulunan, eskimiş (üzerlerinden uzun bir zaman geçmiş) vasiyetnamelere mütaalliktir (muhtıra, s. 96-98). Bu kabil tasarrufların, —ancak murisin ölümünden sonra— Alman Medenî Kanununun 2078 inci maddesinin 2 nci fıkrası mucibince ikame edilebilecek olan bir fesih ve iptal dâvasının emin ve kat'î olmıyan yolundan gayrı bir şekilde bertaraf edilmeleri lâzımgelip gelmediği meselesinin halli güçtür: çünkü, bilfarz bütün otuz seneden fazla eski vasiyetnameleri şematik olarak hükümsüz bırakacak olan umumî bir kayıt, müşahhas münferit hallerde, henüz tamamıyla mer'î olmaya lâyık tasarrufları da müteessir edebilirdi (muhtıra, s. 97). Bu sebeple son zamanlarda Adliye Nezaretinin, 11/5/1936 tarihli tatbikat nizamnamesiyle (DJ. 1936, s. 748 ve müt.) (22) 18/10/1937 tarihli tatbikat nizamnamesine müsteniden, tekmil 1/1/1924 tarihinden evvel «tevdi» edilmiş (23) vasiyetnamelere taallük etmek üzere giriştiği teşebbüsün «tamim ve teşmili» ile iktifa etmek mecburiyeti hâsıl olacaktır: vasiyette bulunan şahısları, vasiyetnameleri bu bakımdan gözden geçirmeğe, meseleyi görüşüp danışmak ve icabında (vasiyetnameyi) geri almak üzere vasiyetnamenin «tevdi» edilmiş bulunduğu makama müracaat etmeğe resmet davet eylemek! Bittabi *vasiyetnamenin iadesi*, ancak resmî vasiyetnameler mevzuubahsolduğu hallerde doğrudan doğruya «hükümsüzlük» neticesini tevlidedebilir (2256, fıkra 1 ve keza Vasiyet Kanunu, madde 34); meğer ki «el yazısıyle vasiyetname» şeklini dahi haiz ola! (muhtelefünfihdir). Halbuki hususî vasiyetname, Vasiyet Kanununun, Alman Medenî Kanununun 2256 ncı maddesi 3 üncü fıkrasını ipka ve muhafaza eden 34 üncü maddesi üçüncü fıkrası mucibince mer'iyetini muhafazaya devam etmekte olup Alman Medenî Kanununun 2255 inci maddesi mantukunca ancak bilfiil imha edilmek suretiyle hükümden sâkit olur. İşte Vasiyet Kanunu dahi eskimiş vasiyetnamelerin «bihakkın» hükümden sâkit

takil olarak mer'iyet kesbetmeyip, bilâkis ancak «şüphe halinde» mer'iyet kazanmaktadır; bu hususta bakınız: H. Lange, ZAkDR. 1938, 580, VI, 2 ve Vogels, madde 35 e mahsus 1 numaralı mütalâa ve madde 36 ya mahsus 5 numaralı mütalâa.

(22) 10/9/1936 ek nizamname ile (DJ. 1430) birlikte.

(23) Hıfzedilmek üzere resmî bir daireye tevdi edilmiş. — Tercüme eden.

olmalarına dair (umumî) bir kayıttan sarfınazar ederek bugüne kadar mer'î rücu sebeplerini olduğu gibi bırakmıştır (24).

2. İkinci nokta, biraz önce yukarıda zikredilmiş bulunan —ve Alman Medenî Kanununun 2256 ncı maddesi 1 inci fıkrasının (halen de Vasiyet Kanununun 34 üncü maddesinin) ihtiva ettiği— «resmî vasiyetnamenin tevdi edilmiş bulunduğu resmî makamdan geri alınması» keyfiyetine taallük etmektedir (aynı zamanda bu, Alman hukukunun bir hususiyeti olup sair hukuk nizamlarınca meçhul bulunmaktadır. Rvgl. HWB, VI, 544). Yalnız şunu ilâve etmek icabeder ki bu meyanda musilerin, hattâ yukarıda zikrettiğimiz «tesmen yürütülen iade muamelesi» mevzubahs olduğu hallerde bile, «resmî ve zatî el yazısıyla vasiyetnamelerin geri alınmasının muhtelif neticeleri hakkında kendilerinin tenvir ve irşadedilmelerine» rağmen (25) resmî vasiyetnamenin geri alınmasının tevlihdettiği hukukî netice hakkında vuzuh ve bedahete sahip olmadıklarını ispat eden vaziyetler tahaddüs etmiştir. Bunun sebebi de muhtelifdir: bir kere musilerce, vasiyetnameyi tetkik etmek ve resmî makama danışmak ve icabında vasiyetnameyi geri almak maksadiyle vâki mezkûr resmî davet dolayısıyla vasiyetnamenin hükümsüz bir hale geldiği farz ediliyordu, veyahut şayanı hayret bir hukukî bilgisizlik neticesi olarak mezkûr davet üzerine vasiyetnameyi —hattâ hakikatte henüz daha hiç eskimemiş olsa dahi— geri almak icabettiğini zannediyorlardı. Öyle ki bunun üzerine tahaddüs eden kanunî misasçılık, murisin (musinin) arzu ve iradesine kat'iyen uygun bulunmuyordu. Gerçi Vasiyet Kanunu, 34 üncü maddenin 1 inci fıkrasının ikinci kaziyesinde «vasiyetnameyi hıfzeden makamın, murisi iadenin neticeleri hakkında tenvir etmesini ve bu keyfiyeti vasiyetnamenin üzerinde şerhen göstermesini ve aynı zamanda bu her ikisinin vukubulduğunu tevsikan tespit etmesini» sarahaten tâyin etmiştir. Bu, böyle bir hükmü ihtiva etmeyen eski ahkâma nazaran şüphesiz bir yeniliktir. Fakat bunun kâfi olup olmadığı, ya rücu fiksiyonunun —*tahmin edilen bir rücu* haline getirilerek— tahfifinin (muhtıranın noktai nazarı başkadır, s. 98 ve şimdi de Vasiyet Kanunu, madde 34) veyahut bu fiksiyonun ipka ve muhafazasıyla beraber hâkim kanaata göre gayricaiz addedilen «Alman Medenî Kanununun 119 uncu maddesine müstenit iptalin», vasiyetten rücu matuf bir iradenin ademi mevcudiyeti dolayısıyla, ta-

(24) Bu hususta bakınız: madde 24 e mahsus 14 numaralı mütalâa.

(25) Bu «tenvir ve irşat» mecburiyetini 11/5/1936 tarihli tatbikat nizamnamesi âmir bulunmaktadır. — Tercüme eden.

nınmasının (bu hususta bakınız: Motifler, V, 302 ve müt.; Planck, 2256 ncı maddeye mahsus 1 ve 2 numaralı mütalâalar; Staudinger, 2253 üncü ilâ 2256 ncı maddelere mahsus mütalâa, III C, fıkra 2 ve 3, Strohal, § 42, III; v. Tuhr, umumî kısım, II, § 61, s. 492 ve müt.; artık şimdi «Kipp» de itirazın kabil olduğunu kabul ediyor, § 21, 3, II) muvafık olup olmayacağı, üzerinde düşünülecek bir noktadır. Şayet vasiyetnamenin geri alınması, hukukî ehemmiyeti haiz başka bir hataya, meselâ sonradan tanzim edilen, fakat hakikatte (şekil noksanı dolayısıyla) bâtil olan bir vasiyetnamenin muteber olduğu zannına istinadediyorsa, hiç olmazsa bu takdirde, Alman Medenî Kanununun 2072 nci maddesine müstenit bir iptal dâvası caiz olmalıdır: şimdi «Vogels» dahi bu kanaatta bulunmaktadır; 34 üncü maddeye mahsus 2 numaralı mütalâa! Aynı zamanda, kanaatımızca, geri verilen vasiyetnamenin mahvolmamasını herhangi bir şekilde teminat altına almak, fevklâde zarurîdir. Çünkü vasiyetnamenin vasiyet ehliyetinden mahrum bir kimseye iadesi bugünkü ahkâma göre de rücu tesirini haiz değildir. Bu sebeple bu kabil hallerde vasiyetnamenin imhası, —belki «tekrar iadesi, ihyası» güç veya imkânsiz bir mazrufu ihtiva eden— bir vasiyete dokunabilir. Bundan dolayı şayet vasiyetnamenin aslının alıkonulmasından çekiniliyorsa (muhtıra bu kanaattadır, s. 99) hiç olmazsa kapalı vasiyetnameyi açmaktan çekinmemeli ve bunun tasdik edilmiş bir suretini dosyasında saklamalıdır. Vasiyet Kanunu, bu mesele hakkında maalesef hiçbir şey tâyin etmemiştir.

3. Burada da alâkayı celbeden üçüncü nokta Alman Medenî Kanununun 2255 inci maddesinin ihtiva ettiği vâkıdır. Amelî bakımdan yalnız hususî vasiyetname için ehemmiyeti haiz olan (26) bu madde hükmünün fevkalâde tehlikeli olduğu umumî kanaat halindedir (muhtıra, s. 101). Buna rağmen bu hüküm, birçok ecnebi hukuk nizamlarına yabancı değildir (Rvgl. HWB. VI, 542 ve müt.) ve aynı zamanda sarfınazar edilemez mahiyettedir. 2255 inci maddenin 2 nci fıkrasının ihtiva ettiği «tahmin», «bilfiil muristen sudur eden bu nevi fiillerin (vasiyetnamenin imhası veya vasiyetname üzerinde tadilât icrası (27), *rücu kastine istinadettikleri cihetine*» inhisar ettiği, fakat buna mukabil mezkûr fiillerin bizzat sudur ettikleri süjeye de şâmil olmadığı için bu husustaki ispat külfeti, rücuu iddia eden ta-

(26) Bu madde hükmünün resmî vasiyetname bakımından dahi pratik ehemmiyet kazanabileceği bir misal hakkında bakınız: Vogels, madde 33 e mahsus 8 numaralı mütalâa.

(27) Fazla izahat için Alman Medenî Kanununun mezkûr maddesine müracaat. — Tercüme eden.

rafa racidir. Bu vaziyete göre rücu edilmeyen bir vasiyetnamenin tahribe rağmen muteber olmakta devam edeceği bedihidir ve her türlü delâille ispat edilebilir (Planck, § 2255 e mahsus 5 numaralı mütalâa; Staudinger, 2253 ilâ 2256 ncı maddelere mahsus mütalâa, III, B, JW. 1919, s. 586; LZ, 1920, s. 387; 1922, s. 293; KGJ, 41, 94). Bu, vasiyetnamenin tamamıyla imhası halinde, pratik bakımdan bittabi zor bir iştir (28). Kanunun bu kabil *füli bir rücudan rücu* için dahi uygun bir şekle (sureti tesviyeye), yani çizilen veyahut yırtılan vasiyetnamenin yeniden ihyasına müsaade etmemiş bulunması, bilâkis tamamen yeniden bir vasiyetname tanzimini talebetmesi, daha büyük ispat güçlüklerinden içtinap maksadiyle olduğu için, herhalde meşrudur (muhtıra, s. 102). Muhtıra (s. 101) tarzı ifadede bazı düzeltmeler (tadilât) teklif etmiş olduğu halde Vasiyet Kanunu, 33 üncü maddenin ikinci fıkrasına 2255 inci maddenin hükmünü lâfzan almıştır.

VASİYETNAMENİN AÇILMASI (29)

Vasiyet Kanunu, muhtıranın en çok idari-tekniik meselelere talûk eden tekliflerinden yalnız iki tanesini benimsemiştir. Vasiyetnameyi, alâkadarlardan hiçbiri vakti muayyeninde ispatı vücut etmemiş olsa bile, yine cehren kıraat suretiyle ilân etmek gibi tereke

(28) Bu hususta dahi bakınız: madde 33 e mahsus 5 numaralı mütalâa.

(29) Tercüme edenin notu: A. 1. Kanuna müsteniden ihdas edilmiş bulunan veraset vergisinin tarhının selâmeti bakımından *lex Julia de vicesima hereditatum* (*lex Julia vicesimaria*) namındaki kanun şu ciheti âmir bulunmaktadır: her kim, bir şahsın ölümünü mütaakıp onun tarafından tesis edilmiş ölüme bağlı bir tasarrufun zilyedi bulunuyorsa, mezkûr tasarrufun bulunduğu vesikayı 5 gün zarfında açılmak üzere, mahalli mahkemeye teslim etmekle mükelleftir. Aksi takdirde «*lex cornelia*» nin tertibettiği cezaya çarpılır. Mahkeme, vasiyetnamenin açılacağı mahalde bulunan «vasiyetname şahitlerini» mühürlerinin kendilerine ait olduğunu tasdik etmek üzere davet etmek, huzurlarında vasiyetnamenin (varsa «*codicillus*» ların) mühürlerini açmak, cehren okumak ve badehu teknil vesaiiki mahkeme arşivinde hıfzetmekle mükelleftir.

2. Herhangi bir kimsenin, bir vasiyetnamenin mündericatını görmekte menfaati varsa, murisin ölümünden sonra vasiyetnamenin hâmilî bulunan herkesten, bilhassa mirasçıdan da «*interdictum de tabulis exhibendis*» vasıtasıyla mahkemeye ibrazını isteyebilir (D. 29, 3, 2 pr.: *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universarum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum*). İbrazdan imtina halinde müddeazaleyh, dâvacıya karşı, mezkûr menfaat bakımından, mes'ûldür.

3. Şayet, murisin öldürüldüğüne dair bir zan mevcutsa, öldürülen bir kimsenin kölelerinin tâbi olacakları muameleyi tâyin eden bir (*Senatus consultum*

mahkemesine tahmil edilen pratik bakımdan fuzulî, bürokratik-formalist mecburiyet, ve keza karı kocadan ilkönce ölenin vefatından sonra açılmış bulunan müşterek vasiyetnamenin, mazrufu sadece mezkûr zevcin (zevcenin) ölümüne taallûk etse bile, yine kapatılması ve tekrar resmî muhafaza altına alınması tarzındaki faydasız mecburiyet, çok şükür, yeni Vasiyet Kanununun 40 ıncı maddesinin 2 nci fıkrasının 3 üncü kaziyesi ve yine aynı kanunun 44 üncü maddesinin 3 üncü kaziyesiyle bertaraf edilmiş bulunmaktadır (30). Buna mukabil Vasiyet Kanunu, muhtıranın en mühim teklifine karşı bigâne kalmıştır. Bu teklif şudur: vasiyetnamenin açılması muamelesini, —aşikâr şekil hatalarının tespit edildiği, alâkadarların vasiyetnamenin sıhhati hakkında beyanatta bulunmaya davet edildikleri, muhtemel butlanın ve «itiraz imkânı» (31) nın neticelerinin görüşülüp izah edildiği, kabul veya ret keyfiyetinin, mirasçılardan mes'uliyetinin, mahfuz hisseye müstahik kimselerin mevcudiyeti meselelerinin vesairenin muvakkat mahiyette olmak üzere müzakere ve müşavere edildiği, nihayet veraset vergisi hakkında aydınlatıcı izahat veril-

Silanianum) mucibince vasiyetname, ancak ölüm sebebi tespit edildikten, bil-hassa murisin ölümüne şahit olmuş bulunan kölelere işkence edildikten sonra açılabilir. Murisin katilinin takip ve tespitini kasden bırakan kimse, mirastan mahrum olur. (Bunun gibi kasden, bazılarına göre de hataya müsteniden murisin ölümüne sebebiyet veren kimse, mirastan mahrum olur. Eski Alman halk hukukunda da bu gibiler, mirastan mahrum addedilirdi. Eski bir Alman hukuk darbimeseli şöyle demektedir: Blutige Hand nimmt kein Erbe, Sachsenspiegel, 3, 84, 3 = Eli kanlı olan, miras almaz, mirasa nail olamaz).

4. Vasiyetname açılmadan evvel ikame edilen mirasçı mirasın kabulü ve reddi hakkında bağlayıcı herhangi bir beyanda bulunamaz.

B. 5. Alman Medenî Kanununa göre resmî vasiyetnameler daima, hususî vasiyetnameler ise mirasçının arzusu üzerine resmî bir makam (umumiyetle Amtsgericht) tarafından hıfzedilirler (madde 2246, 2248). Mahkeme, murisin ölümünden haberdar olduktan sonra, muayyen bir küşat ve ilân tarihinde, *hıfzedilmek üzere tevdi edilmiş bulunan vasiyetnameyi* açmakla mükelleftir (2260 ve mütaakıp). Resmî bir makama tevdi edilmeyen bir vasiyetnameyi hıfzeden herhangi bir kimse, murisin ölümüne ittilâ kesbettikten sonra, vasiyetnameyi bilâteahhur tereke mahkemesine, açılmak üzere, teslim etmekle mükelleftir (madde 2259). Hattâ bu şekilde harekete, inzıbatî cezalar ve yemin vasıtasıyla icbar edilebilir (FGG, madde 83). Hukukî (kanunî) bir menfaati olduğuna dair kanaat husule getirebilen bir kimse, açılmış bulunan bir vasiyetnamenin mündericâtını tetkik edebilir ve vasiyetnameain musaddak bir suretinj istiyebilir (madde 2264).

(30) Bu hususta bakınız: Vogels, madde 40 a mahsus 12 numaralı mütalâa; madde 44 e mahsus 4 numaralı mütalâa.

(31) Kabili itiraz ve iptal oluş keyfiyeti.

diği— bir tetkik ve irşat muamelesi haline getirmek! Bu meyanda, yani bu vazifenin takip ve tahakkuku hususunda tereke mahkemesince, ispatı vücut etmemiş olan alâkadarlara da gönderilmesi icabedecek olan, bir fiş kullanılabilirdi. Vasiyet Kanunu, birçok hukuki münazaaları önlemeğe, birçok hatalara ve yanlışmalara mâni olmaya ve terekeye ait işlerin cereyanını hazırlamaya ve kolaylaştırmaya yararmış olacak olan bütün bu tedbirlere, anlaşılan, «vasiyetnamenin açılması muamelesine terettübeden bir vazife» nazariyle bakmamıştır. Yalnız 46 ncı maddenin şayanı şükran olan şu hükmü yenidir: resmî bir makamca 30 seneden fazla hıfzedilmiş bulunan vasiyetnamelerle yine 50 seneden fazla resmen hıfzedilmiş bulunan miras mukaveleleri —şayet resmî araştırmalarla murisin hayatta olduğunun tespiti neticesine varılamamışsa— re'sen açılırlar. Vasiyet Kanununun neşrine kadar sadece mahalli milli hukuka müsteniden, meselâ «Alman Medeni Kanununun tatbikatına mütaallik» kanununun 82 nci maddesi mucibince Prusyada, keza diğer eyaletlerin çoğunda 54 senelik bir «müddet» kabul edilmişti (32).

VASİYETNAMENİN MUHTEVİYATI (33)

1. Evvelce bir kere daha temas etmiş bulunduğumuz «vasiyetname muhteviyatının mutlak surette murisin hâkim iradesine mi istinadetmesi, yoksa hâkimin —gerek ailenin, gerek milli camianın ihtiyaç ve menfaatlerine uygun bir tereke tanzimi bakımından— icabında murisin iradesinin, bazı muayyen noktalardan, tashihi cihetine

(32) Bu hususta bakınız: Vogels, madde 46 ya mahsus 1 numaralı mütalâa.

(33) Tercüme edenin notu: a) Ölüme bağlı tasarrufun tesisi esnasında irade ile beyan yekdiğerine tetabuk etmiyorsa (meselâ muris «Maevius» isminde birini ikame etmek istediği halde yanlışlıkla «Titius» yazıyor), bu takdirde murisin hiçbir irade beyanı mevcut değildir ve bu sebeple yapılan tasarruf da bâtildir (D. 28, 5, 9, pr.: «Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti «frater meus» (scribere volens scripserit) «patronus meus», placet neque cum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque cum quem voluit, quoniam scriptus non est». Alman Medeni Kanununa göre (§ 2078, I) mezkûr halde ölüme bağlı tasarruf bâtil değil, ancak kabili iptaldir). Buna mukabil nasbedilen mirasçının isminde yanlışlık herhangi bir mahzur tevlihetmez (meselâ bundan evvelki misalde muris «Maevius» u ikame edeceği yerde yanlışlıkla başka birinin ismini yazıyor. Burada ise «Maevius» un ismini «Titius» zannederek o şekilde yazıyor; falsa demonstratio non nocet.

b) Saik ve âmillerde (motiflerde) yanlışlık dahi prensip itibariyle haizi ehemmiyet değildir (falsa causa non nocet, J. 2, 20, 31). Muahhar Roma hu-

mi gitmesi» meselesi ön plânda bulunmaktadır. Âtiyen de evvelemirde musînin iradesinin hâkim vaziyette kalması icabettiği keyfiyeti, vasiyet serbestîsinin tanınmasının tabîi bir neticesidir. Fakat asıl mesele, «son arzu veya son irade deyince ne anlaşılması ve bu iradenin muhteviyatının nasıl tespit edilmesi lâzımgeldiği cihetidir. Muhtıra (s. 106 ve mütaakıp) haklı olarak şunu belirtmektedir ki mâkul ve vazife şuurıyla mütehalli bir murisin maksat ve zihniyetine uygun bulunan «şayanı tasvip (34) bir neticeye varılması» düsturu, tefsirde takibedilecek yegâne esas prensip olmalıdır. Onun için belki on beş yirmi sene ve hattâ daha fazla bir müddet evvel vukubulan bir «vasiyetname tanzimi» esnasında murisi tahrik etmiş bulunan mülâhazaların ve arzuların sadece bir «rekonstrüksiyon» unu vücuda getirmek bittabi doğru olamazdı. Bilâkis aynı zamanda bu müddet zarfında ahvalde vukua gelen değişiklikler de nazarı itibara alınmalı ve bu esas dâhilinde murisin, hayatının son günlerinde muhtemelen mütehalli bulunmuş olduğu irade tespit edilmelidir (35). Bu, bugün her

kukunda ise vaziyet değişik safhalar arz ediyordu (D. 28, 2, 14, 2; D. 49, 14, 46, pr.; D. 28, 5, 93; D. 5, 2, 28; C. 6, 24, 7). Bütün bu prensiplerden ve hükümlerden hiçbir şey, Alman Medenî Kanununa intikal etmemiştir, sadece ah-lâk ve âdaba mugayir hukukî muamelelere dair 138 inci madde mevzuubahsola bilir. (Ayrıca Alman Medenî Kanununun bu mevzua mütaallik ahkâmı şunlardır: madde 2078, fıkra 2; madde 2079). Bundan başka şu noktalar da mühimdir: (D. 35, 1, 72, 6; D. 49, 14, 46, pr.; C. 6, 24, 4).

c) *Vis absoluta* = tam, mutlak cebir ve şiddet, herhangi bir irade beyanı gibi ölüme bağlı bir tasarrufu da butlana götürür. Halbuki tehditle, korku telkiniyle (*vis compulsiva*) elde edilen ölüme bağlı tasarrufun neticeleri hakkında, bu meseleye dair kaynakların susması dolayısıyla, ihtilâf mevcuttur. Bazılarının kanaatine göre bu şekilde zorla elde edilen ölüme bağlı tasarruf bâtıldır; bazılarına göre de kabili iptaldir; diğer bir kısım müellifler de ikame edilen mirasa liyakatsizliği gibi bir neticenin husulüne taraftardır (Alman Medenî Kanununa göre kanuna aykırı olarak tehditle yaptırılan ölüme bağlı bir tasarruf kabili iptaldir, § 2078, fıkra 2. İptal dâvası, ölüme bağlı tasarrufun iptalinden doğrudan doğruya müstefit olacak kimse tarafından ikame edilir, bakınız: madde 2080, kaziye 1). Tehdide veya hileye müracaat suretiyle, murisin ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmasına, böyle bir tasarrufu tadil veya iptal etmesine mâni olan bir kimse, mirasa liyakatsiz = *indignus* addedilerek, muristen, kendisine düşecek olan hisseden mahrum olur ve mezkûr hisse Devlete intikal eder. (Mukayese ediniz: D. 29, 6; C. 6, 34: *Si quis alium testari prohibucrit vel coegerit*; keza Alman Medenî Kanunu, § 2339, 3 numaralı fıkra).

(34) Nasafete uygun. — Tercüme eden.

(35) Manigk (*Neubau des Privatrechts*, s. 123 ve mütaakıp), bu noktai nazarda: irade ve beyan nazariyeleri arasındaki artık hükmü geçmiş ihtilâf ve tezatların istinadettiği «mâli inhidam tefekkür ve muhakeme şekilleri» nin yeni-

zamankinden fazla tefsire ait bir vazifedir ve her şeyden evvel Alman Medenî Kanununun 2078 inci maddesinin ikinci fıkrası mantukunca ikame edilecek bir fesih dâvasına bırakılmamalıdır. Çünkü unutmamalıdır ki bir fesih dâvası hiçbir vakit murisin hakikî iradesinin tahakkuku neticesini tevlidedemez, bilâkis murisin iradesinin yerine mutlak surette kanunî mirasçılığı ikame eder (aynı zamanda bu hususta bakınız: Planck, 2278 inci maddeye mahsus mütalâa 3, fıkra 2). Bu sebeple «tefsir» vasıtasıyla bir çare bulunabildiği müddetçe tefsir, vasiyetnamenin tamamlanmasına, hattâ formel bakımdan tashihine müntehi olsa bile, yine tercih edilmek icabeder. Çünkü yalnız «murisin vasiyetnamenin tanzimini mütaakıp fiilen değişen real iradesi» değil, aynı zamanda ademi malûmat ve uzağı görme kabiliyetinden mahrumiyet dolayısıyla noksan bulunan irreal irade de, vasiyetnamenin mealinden (lâfzından) istidlâl edilen iradede daha ziyade maksada uygun ve daha şayanı itimat bir tefsir kaynağıdır (36). Bittabi bu kabil serbest tefsir için de daima şu hudut bakî kalmaktadır: tefsir, vasiyetnamenin mealinde bir «istinat noktası» na dayanmalıdır ve ona açık şekilde aykırı olmamalıdır. Muhtıra bu fikirleri, nihâî ve kat'î şekilde formüle etmekten kaçınarak, iki prensip halinde ifade etmektedir. Ve bunlar, şimdiye kadar mer'î ve haddinden fazla dar bulunan 2084 üncü madenin yerine kaim olabilirlerdi (muhtıra, s. 111).

Bu, bizi şu diğer meseleye götürmektedir: acaba Alman Medenî Kanununun 2085 inci maddesinin de: kısmî butlan mevzuubahsolduğu hallerde bâtil olan tasarrufun yerine çok defa murisin iradesine uygun olmıyan ve alâkadarlar tarafından —hiç de hoş gitmiyen «açık ve noksan yerleri tamamlamaya yarayan iğreti bir çare olarak»— reddedilen kanunî mirasçılık değil de, bilâkis hâkimin ölüme bağlı tasarrufun «bütün muhteviyatının» mâna ve gayesini esas ittihaz eden tamamlayıcı bir müdahalesi kaim olacak şekilde tadil edilmesi keyfiyeti ölüme bağlı tasarrufların muhafaza ve idamesi bakımından şayanı tavsiye değil midir? Kanaatimizce bu sureti tesviye

den ihyası gayesiyle yapılan bir teşebbüs görmek istemektedir; ve muhtırayı, «madde 133 ten tecahül» ile ittiham etmektedir. Bu mütalâa, diğer bakımlardan da yanlış tefsir ve görüşlerden azade olmıyan mezkûr etüdün ihtiva ettiği fâhis bir suitefehhdür.

(36) «Irreal» iradeye istinadede bu kabil tamamlayıcı bir tefsire taallük etmek üzere, yine son günlerde «Kammergericht» in, 1938 tarihli «JW» de intişar eden (s. 2273) 16 haziran 1938 tarihli kararı alâkabahş bir misal vermektedir.

— ki muhtıraya göre (s. 115) komisyonun yalnız bir kısmı tarafından kabul edilmiştir — çok şayanı tasvip olsa gerektir. Yeni vasiyet kanunu ise bu meselelere taallûk edecek olan herhangi bir hüküm vaz'ından istinkâf etmektedir. Çünkü aynı kanun vasiyetnamenin tefsiri meselesini, vasiyete müteallik reformun çerçevesine ithal etmemiştir.

2) Bundan maada muhtıra, bihakkın vukubulan butlanla dermeyanı muayyen münferit şahıslara terk edilen «kabili fesih ve itiraz oluş» keyfiyeti arasında şimdiye kadar yapılan tefriki muhafaza etmek istemekte ve teknik sadeliği dolayısıyla nazarı dikkati celbeden şu fikri reddetmektedir: Her iki hukukî şekli «tanzimî mahiyette bir butlan» (37) içinde birleştirmek! Bu takdirde de şimdiye kadar kabul edilen butlan imkânlarını, resmî bir makam (müddeiumumîlik) tarafından açılacak bir «fesih» dâvasına tâbi kılmak icabederdi.

a) Gerek bilhassa ahlâka aykırılık gibi vasiyetnamenin muhteviyatına vaki ağır tecavüzlerin — mezkûr «ahlâka aykırılığı» daha isabetli ve topluluğun menfaatlerini bilhassa gözönünde tutma keyfiyetini daha bariz şekilde ifade edebilmek için «ahlâk ve şeref sahibi bir murise taallûk eden vazifeleri kabaca ihlâl» formülü teklif edilmektedir. Bu, bilâhara yeni vasiyet kanununun 48 inci maddesinin ikinci fıkrasına, tarzı ifadede bazı değişiklikler yapılmak suretiyle, alınmış ve kanunlaştırılmıştır — gerek kanunun mücbir hükümlerine vaki aykırılıkların (bugün yeni vasiyet kanununun 48 inci maddesinin I inci fıkrası da böyledir) sadece butlanla yahut «kabili iptal oluş» ile tehdit ve tecziye edilmesi caiz olmadığı, tamamiyle musip bir görüştür. Çünkü bu «kabili iptal oluş» keyfiyeti, uzun da sürse yine muayyen bir itiraz (38) müddetinin inkızasıyla izale edilebilir ve itirazın tahakkuk ve kesbi katıyet etmesine kadar da mahkemeyi, resmî daireleri ve hususî şahısları gayrı ahlâkî veya gayrı kanunî «tasarrufa» muteber nazarile bakmaya icbar eder (muhtıra s. 115 - 119). Bundan maada muhtıraya göre bu kabil ağır aykırılıkların itiraz yolu ileri sürülmesi keyfiyetinin muayyen resmî bir makamın inhisarı altına vaz edilmesi de gayrı muvafık olurdu ve aynı zamanda mahkemelere karşı bir itimatsızlık manâsını tazammun ederdi. Fakat muhtıra, evlenme kanununa uygun ve muvazi olarak, doğrudan doğruya alâkadar olanlardan başka müddeiumumilikce de butlanın tesbitinin talep edilmesine cevaz vermek hu-

(37) Tanzimî mahiyette kabili iptal oluş. — Tercüme eden.

(38) Fesih ve iptal dâvası ikamesi. — Tercüme eden.

susundaki teklife de iştirak edememek kanaatinde bulunmaktadır. Çünkü Devlet menfaatlerinin mevzuubahs olduğu hallerde kanuna ve ahlâka aykırı bir tasarrufun tahakkukuna, uzun süren bir iptal muamelesile değil, bilâkis seri bir zabita müdahalesile mâni olmak lâzımdır (s. 20). Binaenaleyh bir vasiyetname muhteviyatının kanuna ve ahlâka aykırılığı, şimdiye kadar olduğu gibi, mevzuubahs ölüme bağlı tasarrufun bihakkın butlanını intaç etmelidir. Yeni vasiyet kanunu: «asil kanunî mevzuun» çerçevesini, yegâne hüküm olarak, şuuri şekilde aşan 48 inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında bu noktai nazara imtisal etmiştir (39).

b) Yalnız cayı sual olarak geriye şu mesele kalmaktadır: Acaba Alman Medenî kanununun 118 inci maddesinin esasen isabetsiz olan hükmünün ihtiva ettiği vakıa, «alâkadarlar tarafından kabili itiraz oluş» keyfiyetine tâbi kılınmalı mıdır?

Muhtıra bunu reddetmektedir (s. 122). Bittabi bu meyanda, 118 inci madde hükmünün, şahsî kanaatimizce temenni etmek istemediğimiz şekilde kalması şart koşulmaktadır: ciddi ve doğru olduklarına dair bir itimat ve intiba uyandıran gayriciddî beyanlar bihakkın batıl olmamalı, bilâkis kabili fesih ve itiraz olmalıdır.

c) Yeni vasiyet kanunu, 48 inci maddesinin III üncü fıkrasında muhtıranın ihtiva etmediği fevkalâde bir butlan sebebi ihdas etmiştir. Şimdiye kadar tehdit altında yapılmış ölüme bağlı bir tasarruf, Alman Medenî Kanununun 2078 inci maddesinin ikinci fıkrası mantukunca yalnız «vasiyetin iptalinde menfaati olan hususi şahıslar» tarafından ikame edilecek fesih davasına tâbi olduğu halde, artık bundan sonra «ölüm halinden istifade» (40) gibi bilhasas ağır ve merdut bir hareket tarzı mevzuubahsolduğu hallerde bu gibi vasıtalarla elde edilen ölüme bağlı tasarruf — istifade etmek isteyen kimse ister alâkadar bir şahıs, isterse bir üçüncü şahıs olsun — bihakkın batıl olacaktır. Bu suretle Alman Medenî Kanununun 2078 inci maddesinin ikinci fıkrası sadece teşdit ve tevsi edilmekle kalmamakta, aynı zamanda mirasa liyakatsizlik keyfiyetine müteallik hükümler ehemmiyetli surette genişletilmiş bulunmaktadır. Bugüne kadar Alman Medenî Kanununun 2339 uncu maddesinin 3 numaralı fıkrası kanuna aykırı tehdide, sadece fâilin mirasçı ve mûsâleh olarak

(39) Bu hususta bakınız: Vogels tarafından, madde 48 e mahsus 5 numaralı mütalâa, aynı maddenin ikinci fıkrası için zikredilen misaller ve aynı zamanda «Roth» un 1938 tarihli «JW» de (2887) çıkan tenkidî mütalâası.

(40) İhtizar halinden istifade. — Tercüme eden.

münferiden hariç kılınması neticesini — o da kanunen değil de, sadece alâkadarların açtıkları bir iptal davasına müsteniden (2340-2342) — bağladığı halde yeni vasiyet kanunu hususî karakteri haiz ve bu derece gayrı ahlâkî bir tazyik vasıtasının istimali halinde tek-mil ölüme bağlı tasarrufu bihakkin batıl addetmektedir. Öyle ki bundan sadece fail değil, aynı zamanda fail tarafından hile veya tehdit ile elde edilen netice dahi müteessir olmaktadır; ve herhangi bir üçüncü şahıs da bu suretle tahakkuk eden butlandan istifade ve o yolda hareket edebilir (41).

3) Böylece Alman Medenî Kanununun 2078 inci maddesinin ta-allûk ettiği «kabili fesih ve itiraz oluş» keyfiyeti için geriye sadece *hata ve tehdit* kalmaktadır (o da, mezkûr hata ve tehdit Alman Medenî Kanununun 2339 uncu maddesinin 3 numaralı fıkrasile yeni vasiyet kanununun 48 inci maddesi üçüncü fıkrasının ihtiva ettiği hususî hükümlerin dairei şümulüne girmediği hallere taallûk etmek üzere).

Bir taraftan, inşaallah âtiyen, hataya, ve filhakika yalnız madde-2078 in ihtiva ettiği «irade beyanının muhteviyatında ve irade beyanında hata» ya değil de, hassaten ikinci fıkranın ihtiva ettiği «motifte hata» ya ve bu suretle pratik bakımdan itiraz ve fesih davasının istinat ettiği esas noktaya taallûk eden meseleler, tefsirin dairei şümulüne girebilirlerse ve bu surele ölüme bağlı tasarrufların murisin iradesinin tazammun ettiği mânada muhafaza ve tashihi neticesi elde edilirse, diğer taraftan da «hataya istinat eden itiraz» ın tatbikat sahası şu suretle daha da fazla daraltılabilir: Hataya istinat eden itirazın (fesih ve iptal dâvasının) şartlarını, bugüne kadar olduğu gibi artık sadece hatanın münhasıran sübjektif kozalitesi teşkil etmemelidir; bilâkis bunun yanında bir de ölüme bağlı tasarrufun muhteviyatının kıymeti, vecibe ve topluluk şuuru esas ittihaz edilmek suretiyle, takdir edilmelidir. İşte muhtıranın teklifi budur. Hat-tâ muhtıra, itiraz hakkının mezkûr tahdidi veya nez'i keyfiyetini, muhteva bakımından «şayanı tasvib» tasarruflar mevzuubahs olduğu hallerde, hile ve desise ile iğfal ve kanuna aykırı tehdit gibi vaziyet-

(41) Resmî esbabı mucibede (DJ, 1938, 1254): «kilise veya kiliseye bağlı müesseseler lehine ölüme bağlı temlik ve hibeler elde etmek gayesiyle, din adamlarının (ruhban vesairenin) ölüm döşeginde bulunan bir kimsenin ahiret karşısında duyduğu korkudan istifadeye kalkışmaları» başlıca misal olarak zikredilmektedir. Bu suretle —herhalde— 3 üncü fıkranın tatbik sahası dar bir çerçeve içine alınmış demektir. «Vogels» dahi ifrata düşmemeyi ihtar etmekte ve maddenin tatbikında ölçülü ve mâkul hareket tavsiye etmektedir.

lere de teşmil etmek istemekte ve bunun meşruiyetini şu şekilde izah etmektedir: eğer hile ve desiseyi veya tehdidi, bizzat vasiyetten istifade eden kimse (mûsâleh) istimal etmişse, bu takdirde esasen mûsâleh 2339 uncu maddenin 3 numaralı fıkrası mantukunca, mirasa lâyık addedilmiyerek, terekeye her türlü iştiraktan hariç kılınabilir; fakat mûsâlehin haberi olmaksızın hile ve tehdidin bir üçüncü şahıs tarafından yapılması ve neticede yine kendisinin (mûsâlehin) —gösterdiği itimattan dolayı uğradığı zararın tazminini bile istiyemeden — üçüncü şahsın işlediği fiil yüzünden cezalanması ve bu suretle gadre uğraması, ötedenberi daima insaf ve adalete mugayir addedilmiştir. İtiraz ve fesih şartlarının bu kabîl bir objektifleşmesinin tatbiki bittabi hâkimi ağır ve mesuliyetlerle yüklü kararlar karşısında bırakacaktır; fakat diğer taraftan da bugüne kadar, 2078 inci maddenin ikinci fıkrasının ihtiva ettiği —ve müstakbel halin inkişafına taallûk eden— hata ve yanılma bahsindeki kanaatlerinde fevkalâde sallanan ve emin olmayan kazâi içtihadın —hattâ muhtıranın da yaptığı gibi burada ekseriya «murisin irreal tasavvurlarının» mevzuubahs olduğu açıkça kabul ve teslim edilse bile —daha sağlam ve daha objektif bir esasa istinat ettirilmesi ve bazı aşırılıkların önüne geçilmesi hususunda bilhassa yardım edecektir. Bundan başka yapılan tasarrufun muris tarafından tasvibinin irade-deki noksan ve hatayı düzelttiği ve itirazı hariç kıldığı hakkındaki tabîi ve makul hüküm de şüphesiz yine aynı maksada hadim bulunmaktadır. Böyle bir neticeyi, İsviçre Medenî Kanununun 469 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında olduğu gibi hataya kesbi ittılâ veya tehdit ve tazyikin ortadan kalkması tarihinden itibaren bir senelik bir müddetin müruruna tâbi kılmayı muhtıra füzuli addetmektedir (s. 125). Muhtıranın, Alman Medenî Kanununun 2078 inci ve 2079 uncu maddelerini birleştiren bir kanun teklifinde tespit ettiği (s. 126 ve mütaakıp) bu fikirler, «şimdiye kadar cari ahkâmın ehemmiyetli surette ıslahı» mânasını tazammun etmektedir.

4) Buna mukabil muhtıra, butlanın ve itirazın (iptal ve fesih davasının) usul bakımından tatbik ve tahakkuku keyfiyetine esaslı noktalarda dokunmak istememektedir. Yalnız, 2081 inci madde hükümünden farklı olarak, her türlü tasarrufa, hattâ vasiyete karşı bile yapılan itiraz bahsinde tereke mahkemesi huzurunda beyanatta bulunmak lüzumlu addedilmektedir (s. 128). Dava ikame edildiği takdirde bu suretle gerek butlan, gerek yapılan bir itiraz halinde bir tesbit davası mevzuubahs demektir. Muhtıra, butlanı tesbit eden kararların herkese karşı umumî bir hüküm ifade etmesini kararlaştır-

tırmanın acaba şayanı tavsiye olup olmadığını da hususî bir itina ile pişi mülâhazaya almakta, fakat yine bu fikri reddetmektedir. Çünkü muhtıraya göre butlanı tesbit eden kararların bu kabil bir netice tevli dedebilmesi: munsıfane olarak herhalde, *itirazı mucip her hâdisenin*, hattâ en ehemmiyetsizinin bile *bütün alâkadarların iştirakiyle* ve dâva yoluyla sonuna kadar takibedilmesi şartına bağlı bulunmak icabederdi. Nihayet fesih dâvası ikamesine kimlerin salâhiyettar olduğu keyfiyetine mütaallik ve itinayı mahsus ile incelenmiş bir mütalâa ile muhtıranın bu mevzudaki tetkikatı nihayete ermektedir. Tereke alacaklılarına, vergi dairelerine, terekenin idaresine memur edilenlere ve tereke sendikına *itiraz hakkı* tanınmaması bunların işgal ettikleri bitaraf mevki ve makamdan ileri gelmektedir. Bu meyanda ölüme bağlı tasarruftan istifade eden kimselerin endividüel şahsiyeti haizi ehemmiyet değildir veyahut kat'i ve ağır basacak şekilde önemi haiz değildir. Buna mukabil vasiyeti tenfiz memurunun, murisın hakiki iradesini tahakkuk ettiren şahıs sıfatiyle bir itiraz salâhiyetini haiz bulunduğunu —müstakbel hukuk nizamı ister bu memurun vazifelerini, haiz olduğu mezkûr role inhisar ettirsin, isterse onun mevki ve salâhiyetini «bir yedi emin vaziyetindeki tereke mütevellisinin mevki ve salâhiyetine doğru tevsi etsin— kabul etmek kanaatımızca doğru olur (şüphe etmekle beraber keza muhtıra da aynı fikirdedir: s. 131-132).

Gerek Miras Hukuku Komisyonunun muhtırasındaki en mühim teklifler, gerek bu tekliflerin «vasiyetname ve miras mukaveleleri tanzimine mütedair 31 temmuz 1938 tarihli Reich Kanununda bulunduğu kanunî mâkes» hakkındaki bu kuş bakışı etüt herhalde göstermiştir ki Alman hukuk reformunun ihzarına memur edilmiş ve «Alman Hukuku» Akademisinde toplanmış bulunan mesai birlikleri, —vâkıfane ve ilmi ciddiyetle— «hukukta reform vücuda getirmek cesareti» ile «hukukun şimdiye kadar teessüs etmiş ve yerleşmiş kıymetli an'anevi eserlerinin muhafazasında ısrar etmek» arasındaki doğru yolu bulmaya çalışmışlardır. Aynı zamanda, bundan bir müddet evvel aile hukuku sahasında olduğu gibi, Alman milli hukukunun bu parçasında da Alman hukuk ilmi ile tedvin faaliyeti arasındaki müşterek çalışma en mes'ut şekilde kendini göstermiş ve işe yararlığını ispat etmiştir. Temenni edelim ki bu müşterek mesai daha nice semereler versin!

Ord. Prof. Dr. Gustav Boehmer

Tercüme eden:

Dr. Orhan Münir Çağıl

Hukuk Felsefesi asistanı