

## Onikinci Rapor

### MİRAS SEBEBİLE İSTİHKAK DAVASI VE BU DAVANIN TÜRK HUKUKUNDAKİ TATBİK ŞEKLİ

Prof. Dr. Kemal Tahir GÜR SOY

#### I. MÜESSESENİN MENŞEİ VE MUHTELİF HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DURUM.

1 — **Roma Hukukunda** : Bir terekeye dâhil olup da başkalarının zilyetliğinde bulunan tereke mallarını geri isteme hususunda, bir vârise tanılan hususî bir dâva nev'ine, **hereditas Petitio** denirdi. Dâvanın hukukî sebebi, bir terekenin veya ona dâhil bir malın, haksız yere birisi tarafından alınmış olması, gayesi de, bu şeyin hak sahibine temininden ibarettir. Bu dava ile terekeye dâhil muayyen bir mal istenebileceği gibi, kül halinde bir tereke de talep olunabilirdi.

Kanunî davalar devrinde, böyle bir dava, murisin mirasçısı olduğunu iddia eden, **Pro herede** mirasçı tarafından açılırken, formüllü davalar devrinde, terekeye ait bir malı elinde bulunduran, herkes aleyhinde açılabilirdi. Bu son halde, davalının, murisin mirasçısı olduğunu iddia eylemesine lüzum yoktu.

Müşterek hukuk da bu çeşit dava nev'ini aynen kabul etmişti.

2 — **Modern hukuk sistemlerinde** : Avrupa'nın eski medenî kanunlarından birisi olan Prusya kanununda, miras sebebiyle istihkak davası hakkında bir hüküm yoktu. Bunun da sebebi, alelâde istihkak davası hakkındaki hükümlerin, bu hususta da maksada kâfi geleceği hakkındaki kanaat idi. Fakat, mahkeme içtihatları, dolayısıyla de olsa, böyle bir davayı tanıdılar. 1804 tarihli Fransız medenî kanununda da, miras sebebiyle istihkak dâvası hakkında, hususî bir hüküm mevcut değildir. Fakat, doktrin ve içtihatlar, burada da böyle bir müessesenin mevcudiyetini

tanımak mecburiyetinde kaldılar. Avusturya medenî kanununda bu dava hakkında hususî bir hüküm mevcuttur.

3 — İsviçrede bazı kanton medenî kanunları, M. S. İ. davasını, hususî bir müessese olarak, natamam da olsa, hükme bağlamışlardır. Bazı kantonların kanunlarındaki hükümler, pek kısa idi. Bunlardan ancak Freiburg, Solothurn, Graubünden kantonlarının kanunları, bu hususta oldukça etraflı hükümler ihtiva ediyorlardı.

4 — **Alman medenî kanunu** : Bu kanun M. S. İ. davası hakkında 14 maddelik bir hüküm ihtiva eylemektedir ( B.G. B. 2018 - 2031 ) .

Bu kanunun hazırlık çalışmalarında, vârislerin haklarının, kanunda hususî bir dava nev'i tesis eylemek suretile, himayesinin zarurî olup olmadığı üzerinde durulmuş, aynı haklar ve borçlar hukuku münasebetleri hakkındaki mevcut hükümlerin, burada da maksada kâfi gelip gelmeyeceği üzerinde tevakkuf olunmuş ve Fransız ve Prusya kanunlarında olduğu gibi, bu husus hakkında hususî bir hüküm konmaması düşünülmüştür. Neticede, birinci komisyon, hususî dâva nevelerinin maksadı temine kâfi gelmeyeceği, hususile, hususî dâvaların tereke malları yerine kaim olan kıymetlerle, bu malların semerelerinin talebine mütedair olan hususlarla, murisin mülkiyetinde olmayan ve fakat zilyetliğinde bulunan malların iadesinin bu suretle halledilemeyeceği neticesine varılmış, ve diğer başka mülâhazalarla birlikte, Alman medenî kanununa, M. S. İ. davası hakkında, hususî hükümler konması muvafık görülmüştür.

**İsviçre Medenî Kanununda durum** : İsviçre'de M. S. İ. davasının kabulü hususunda ayrıca bir münakaşa yapılmadı. İsviçre vazı kanunu, Alman kanununa imtisalen, mirasçılarının haklarının sureti hususiyede himayesini sağlayan hususî bir dâva nev'i, İsviçre Medenî Kanununun bütün projelerinde yer aldı. Esasen birçok kanton medenî kanunları, bu müesseseyi aşağı yukarı tanımakta idiler. Bilhassa, Freiburg kanunu, Federal Medenî Kanun üzerinde tesirler icra eyledi.

İlâveye lüzum yoktur ki, İsviçre Medenî Kanunu iktibas olunurken, bu hususa mütedair olan hükümlerde herhangi bir tadilat yapılmadan müessese olduğu gibi kanunumuza intikal etti.

## II. DAVANIN MAHİYET VE KARAKTERİ.

1 — **Diğer hukuklarda** : Mahiyet ve karakterden maksat, kanun tarafından vârislere tanınmış olan bu dava, hukuk nizamının hak süjelerine esasen tanıdığı dava nevelerinden ( mülkiyet, zilyetlik ve alacak ) bi-

risi midir, yoksa, bu dava nevilerinden müstakil ve vârislere tanınmış hususî bir dava mıdır?

Roma hukuku, M. S. İ. davasını, yukarıda söylediğimiz davalardan müstakil ve küllî bir dava olarak tanır. Yani, dava, terekeyi teşkil eden münferit şeylere müteallik davaların mecmuundan ibaret değil, bütün terekeyi ve icabında ona dâhil münferit bir malı da ihtiva edebilecek mahiyettedir. (1)

Alman hukukunda bu nokta ihtilâflıdır. Bazılarına göre, bu dava, vârislerin tereke veya tereke mallarını elinde bulunduranlara karşı dermeyan edebilecekleri **aynî veya şahsî** davaların **bir yekûnundan** ibarettir. (2) Fakat, kahir bir ekseriyet, B. G. B. nin hükme bağladığı davanın diğer münferit dava nevilerinden müstakil küllî karakteri haiz, bir dava olduğu reyindedirler. (3)

Keza İtalyan ( M. 533 - 535 ) ve Yunan ( MK. 1781 - 1883 ) Medenî kanunlarında da durum böyledir.

**2 — M. S. İ. Dâvası müstakil bir davadır :** İsviçre - Türk Medenî Kanunu : Kanunumuz üçüncü kitabının 16 ncı babının beşinci faslını « miras sebebiyle istihkak davası » na hasreylemiştir. İsviçre Medenî Kanununun gerek metni ve gerek hazırlık çalışmaları, sarîh olarak, vârislere müstakil bir dava hakkının tanındığını tasrih eylemiş değildir. Hatta, Federal Hükûmetin Medenî Kanun hakkındaki raporunda « bu isim altında irs suretile dermeyan olunabilecek bütün davalar bir araya toplanmıştır » denmekle, davanın müstakil bir dava olarak değil, münferit davaların bir mecmuundan ibaret bir dava olduğu zehabını uyandıracak bir durum da ihdas edilmiştir. Fakat Medenî Kanunun kabul ettiği bütün sistem, Kanunumuzun esbabı mucibe lâyihası (4), Meclis müzakerelerinde Huber ve Gottofrey tarafından söylenmiş olan sözler (5), İsviçre vâzı kanununun burada müstakil ve küllî bir dava kabul etmek istediğini göstermektedir. Kanunun bu husus için müstakil bir fasıl tahsis eylemiş olması da, başka suretle izah edilemez. Bu sebeple, gerek İs-

(1) Windscheid III. § 611. s. 240, Dernburg III. § 172 s. 338.

(2) Hellwig § 7. s. 54, Binder § 54 435.

(3) Enneccerus Bd. V § 66 s 12, Planck Bd. V 154 N 2, 4, Staudinger Bd. V § 2018, s. 317, Crome V § 713 11.

(4) Erläuterungen 424.

(5) Bulltin ste. 1906 XI s. 302-306.

viçre ve gerek Türk doktrini, müttefikan miras sebebiyle istihkak davasını **müstakil ve küllî bir dava** olarak tanımaktadırlar. (6)

M. S. İ. davasının müstakil ve küllî bir dava olduğunu ve davanın murisin terekesinde mevcut davalar toplamı olmadığını, kanunumuzun mirasın intikal ve iktisabı için kabul etmiş olduğu ana prensiplerden istihkak-eylemek mümkündür.

Kanunumuz, Cermen hukukunun (7) hususî halefiyet sistemini değil, Roma hukukunun küllî halefiyet sistemini kabul etmiştir (8). Bu prensip, İsviçre Medenî Kanununun 560 ( T.M.K. 539 ) uncu maddesinde, şu suretle ifade olunmuştur: «Vârisler terekeyi bir bütün (kül) halinde murisin vefatı ile iktisab eder». Kanunumuzun bu maddeye tekabül eden 539 uncu maddesi, davanın hususiyetlerini tebarüz ettirecek surette tercüme edilmiş değildir. Kanunumuzun metninde istimal olunan «tamamına» tabiri, Almanca'daki «als Ganzes» Fransızca'daki «Universalité» tabirlerini, tam olarak karşılamamaktadır. Bununla, vârislerin murisin hukukî münasebetlerinin tamamına, bir kül halinde, tevarüs ettikleri ifade olunmak istenmiştir.

Bu suretle vârisler, murisin vefatı ile her türlü hukukî münasebetlerinde onu istihlak ederler. Vârislere intikal eden hakların heyeti mecmuasını ifade etmek için, Almanca metninde «mâmelek» mânasına gelen «Vermögen» tabiri kullanılmıştır ( İ M K. 467, 475, 481, 493, 546, 549 ).

Halbuki Fransızca metinde «Succession» tabiri kullanılmıştır. Fransızcasından tercüme edilmiş olan kanunumuzda, bu tabirler karşılığında bazan «mal» ( MK. 449, 452, 518, 526, 529 ) bazan «tereke» (MK. 454, 455 ) bazan da sadece «miras» tâbiri kullanılmıştır.

Pek az istisnalar bir tarafa bırakılacak olursa, vârislere intikal eden haklar, **mamelekî** mahiyetindedir. Bununla beraber miras veya tereke dediğimiz bu münasebetler topluluğunu «mamelek» olarak tavsif doğru değildir. Zira, irs suretile intikal eden münasebetler, büyük ölçüde mamelekî bir karakteri haiz olduğu halde, bu karakteri haiz olmayanlar da mevcuttur. Bu sebeple de, Alman Medenî Kanununda tereke mukabil kullanılan mamelek tabiri, tenkide uğramıştır. Kanunumuz küllîlik prensibinden, sadece mal vasiyetinde ve bazı mirasçılara tanınan kanunî intifa hakkında inhiraf etmiştir.

(6) Escher s. 99/4, Tuor, s. 728-730, N 7-12, Rossel Mentha Bd I s. 205, Marel 69 Leuch 1, Schucan 14, Beck F. J. S. No. 783 Göktürk § 72, s. 733, Gönenç s. 303 H. Tandoğan s. 270.

(7) Schutran s. 17.

(8) Leonhard § 98, s. 326, Sohm-Mitteis § 97, s. 552.

Terekenin küllî halefiyet prensiplerine göre iktisabında, diğer iktisap nevelerine nazaran, bir takım hususiyetler mevcuttur: Buna göre, bir tümlük, hak sahibinin haberi bile olmadan iktisab olunmaktadır. Böyle, küllî, diğer iktisap nevelerinden farklı olan bir iktisabın, yine aynı karakterde, yani küllî, diğer hususî dava nevelerinden farklı, yani, müstakil bir dava nev'iyle himaye edilmesi pek tabii olmak lâzımgelir. Kanunumuz, küllî halefiyeti en geniş mânada anladığına göre, murisin üçüncü şahıslara karşı kullanabileceği mamelekî mahiyetteki dava haklarının da vârislere intikali ve vârislerin bu davaları istimal suretiyle, terekeye ait malları üçüncü şahıslardan talep etmeleri tabiidir. Böyle olunca, halefiyet suretiyle intikal eden dava hakları dışında, vârislere miras sebebiyle istihkak davası adı altında, müstakil bir dava hakkı tanımaya lüzum ve zaruret var mıdır, diye bir sual sorulabilir.

Hususile, murisin yalnız mülkiyetinde olan mallar değil, zilyetliğinde olanların da, tereke meyanında vârislere intikal etmiş olmasına ve vârisler murislerine ait zilyetlik davalarını da ikame edebileceklerine göre, bu davaya zarurî değildir, demek mümkündür.

Roma hukukunda Hereditatis Petitio'yu lüzumlu kılan sebeplerden birisi de, vârislerin murislerinin mülkiyetinde olmayıp zilyetliğinde bulunan malları, başkalarından talep için, hususî bir dava hakkına sahip olmamaları idi. Halbuki bizde buna lüzum yoktur.

Kabul etmek lâzımdır ki, mirasçılara böyle bir dâva nev'i tanımak için, mutlak bir mecburiyet yoktur. Böyle, bir davanın modern kanunlarda da yer almış olmasının sebebi, evveleminde tarihidir. Diğer taraftan, tereke bir **tümlük** teşkil ettiğine ve bir tümlük arzedenden münasebetler külliyesinin bir başkasının elinde olması halinde, onun karakterine uygun bir dava nev'ini de hakkı ihlâl olunan kimseye tanımak lâzımdır. Aksi halde, terekeyi teşkil eden münasebetler, adedince dava açmak icab edecektir ki, bu şekil gerek kolaylık ve gerek müessiriyet bakımından şayanı arzu değildir.

Kanunumuzun gerek işaret olunan küllî iktisap hakkındaki prensipleri, gerek bu müesseseye hususî bir fasıl tahsis edilmiş olması, müesse hakkında, tek bir müruruzamanın derpiş edilmiş bulunması, bizde de, bu davanın küllî ve diğer dava nevelerinden müstakil bir dava olduğunu göstermeye kâfidir.

M. S. İ. davasının küllî ve müstakil oluşunun ehemmiyeti vardır. Zira, bu davaya müteallik prensipler, ezcümle ikame prensibi, davanın bu hususiyetinden istihraç olunmaktadır. Zira, ikame prensibi hakkında kanunumuzda hiçbir hüküm yoktur.

Bundan maada asıl sahibini kaybeden bir mamelek, kolayca başkalarının eline geçmeğe müsaittir. Terekenin intikal ve iktisabı, ölüm ânında tekemmül etmekle beraber, terekeyi teşkil eden kıymetler, fiilen vârislerin eline daha sonra geçerler. Vârislerin murisin hukukî münasebetlerine girmesini kolaylaştırmak ve haklarını emniyet altına almak, tecâvüzlere ve açık gözlülüğe meydan vermemek lâzımdır. Bu noktalar da pratik yönden hususî bir dâvanın kabulünü kâfi derecede haklı gösterir.

**3 — M. S. İ. davası aynı bir davadır.:** Aynı bir dava dendiği zaman, bir «şey» ile bir şahıs arasındaki münasebete müteallik bir dava murat olunmaktadır. M. S. İ. davası aynıdır dendiği zaman, bu davanın, durumu vârisin hakkile ihtilâf halinde **herkese karşı** açılabilmesi demektir. Şahsî bir dava, ancak muayyen iki şahıs arasında cereyan eden bir davadır. Acaba, Türk hukukunda M. S. İ. davası bunlardan hangisidir?

Roma ve müşterek hukukta bu cihet ihtilâflıdır (9). Fransız (10) hukukunda hem şahsî hem de aynı olduğunu söyleyenler vardır. Keyfiyet, Alman hukukunda da ihtilâflıdır (11). Alman hukukunda bu münasebetle sebepsiz zenginleşme hakkındaki hükümlere atıfta bulunulduğu için (B. G. B. 2021) bu fikir farkları için haklı bir sebep mevcuttur.

İsviçre ve Türk hukukunda durum daha sarihtir. Filvaki, suiniyet sahibi zilyedin tazminat ve semerelerden mütevellit mes'uliyeti bir tarafta bırakılırsa, davanın esas gayesi, terekenin asıl sahibine verilmesini temin, hukukî mesnedi de, vârisin miras hakkıdır. Bir miras hakkının dermeyanı ise, mutlak bir hakkın dermeyanı demektir. Bu iki şahıs arasındaki münasebete değil, bir şahsın bir şey (tereke) ile olan münasebete mütedairdir. Gerek İsviçre Medenî Kanununun çalışmaları münasebetile izhar olunan fikirler ve gerek doktrin bu noktada müttefikler (12).

Davanın aynı oluşu ayırma hakkının mevcudiyeti ve bu müessese hakkında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin tatbik edilmemesi neticesini doğurur. Bu husus hakkında mahkemelerimiz tatbikatında henüz bir misal mevcut değildir.

**4 — Miras sebeble istihkak davası, bir eda davasıdır:** Bazılarına göre, Roma hukukunda *Petitio Hereditatis* davasının gayesi, terekenin

(9) Leuch 6, Marrel 70.

(10) Baudry Lacantinerie t, I N 884, Planiol - Ripert IV, N 328 s. 398 II - Enneccerus - Kipp V § 661 s. 213, Herzfelder § 2018 s. 318.

(12) Bulltin steno. 1906 VI s. 303, 306, Escher Bd. III 2, s. 101 N 7, Tuor 731, N 13 Leuch 7.

vârîse verlimesinden ibarettir (13) . Yani eda davasıdır. Diğer bazılarına göre de (14), miras hakkının tanınması, yani, davanın mahiyeti bir tesbit davasıdır. Prusya hukukunda bu dava bir tesbit davasıdır (15) . Alman hukukunda durum ihtilâfıdır. Hâkim görüş tarzına göre, dava bir istihkak davası, yani, mülkiyet ve istirdat davası olmakla beraber, ihtilâf halinde hâkim evvelâ mirasçılık sıfatını tesbit eder (16) .

Hukukumuzda gelince : Bu hususa mütedair esas hükmü, ihtiva eden MK. 577 nci maddeyi tetkik etmek lâzımdır. Zira davanın esas gayesini bu madde tayin eylemektedir. Bu madde davanın kimler tarafından açılabilmesine, dolayısıyla de, kimler aleyhine açılabilmesine dair kayıtları ihtiva eder. Yani madde dava şartlarına dair kayıtları muhtevîdir. Fakat, davanın mevzuu hakkında bir kayıt yoktur. B. G. B. 2018 de bir «geri verilme» den bahsolunduğuna göre, orada davanın gayesinin bir eda bir şeyi geri isteme, olduğu iddia olunabilir. Halbuki, kanunumuzda böyle bir kayıt yoktur. İsviçreli aslında davacının «Petition hereditaire = Erbschaftklage» ikame edeceğinden bahis vardır. Fakat, bu mefhum kanunun hiçbir yerinde tarif olunmuş değildir. İsviçre Kanunu, Roma, müşterek hukuk ve Alman hukuklarında kullanılmış olan bir terimi istimal eylediğine göre, bu terimin muhtevasının mezkûr hukuk sistemlerinin anlayışına göre manalandırılması icab edeceği akla gelebilir. Fakat, ne çare ki, mezkûr hukuk sistemlerinde bu terimin mana ve muhtevası üzerinde ittifak yoktur.

Kanunumuzda bir eda davasının varlığını gösteren «istihkak davasından» bahis konusu edildiğine göre, davanın bir eda davası olacağı akla gelebilir. Fakat, kanunumuzda bu terim muhtelif manalarda ( MK. 618, 902 ) kullanıldığı gibi, kanunumuzda geliş güzel istimal olunan bu terimden, davanın hukukî bünyesi hakkında, bir netice istihracı mümkün değildir.

Saniyen, istihkakın mevzuu, bir şeyin istirdadı olabileceği gibi, miras hakkının tanıtılması şeklinde de anlaşılabilir ve nihayet istihkak tabiri şeyin iadesi manasına mı, yoksa hakkın tanınması manasına mı gelir? İstihkak kelimesinin lûgavî manasından, maâdenin hakkın tesbitini istihdaf ettiği ifade olunabilir. Kanunumuzda istihkak tabiri, MK. 618 de «hereusverlangen = revendiquer» MK. 902 de «abfordern = revendi-

(13) Dernburg III § 172 s. 338.

(14) Windscheid Bd. III § 612 N 3.

(15) Leuch 8.

(16) Motiv. zum BGB Bd V s. 596, Planck V § 2018 s. 318, Hellwig s. 55, Enneccerus - Kipp Bd V § 661 s. 213, Herzfelder § 2018 s. 318.

quer» tabirleri karşılığında kullanılmıştır. Bu itibarla, biraz gelişi güzel kullanılmış olan istihkak tabirinden davanın hukukî mahiyet ve muhtevası bakımından bir netice çıkarmak doğru değildir.

Dâvanın mahiyeti, bilhassa, zilyetin mesuliyetine mütedair olan 578 inci maddeden istihraç olunmak lâzımdır. Bu hükme göre, zilyed «terekeyi veya terekeye dâhil malı zilyetlik hükümlerine göre davacıya vermek» mecburiyetindedir. O halde, davanın esas gayesi, zilyedin elinde bulunan tereke veya tereke malının davacı vârise verilmesinden ibarettir. Bu fonksiyon ise, bir eda davasına tekabül eder. Esasen bu cihet, Medenî Kanunun hazırlık çalışmalarından da anlaşılmaktadır. Huber esbabı mucibede (17) «Mirasçılık sıfatının isbatı, duruma, göre bir mesele müstehire olarak, diğer davaların açılmasını zarurî kılabilir.» demek suretiyle, M. S. İ. dâvasının bir tesbit davası olmadığını açıkça ifade eylemiştir. Keza, Kanunun İsviçre Meclisinde müzakerelerinde gerek Huber ve gerekse Gottofrey tarafından izhar olunan fikirler, bu görüşü teyid etmektedir (18). Bu sebeple, İsviçre doktrini davanın bir eda davası olması hususunda müttefiktir (19).

Bununla beraber, davanın hem tesbit hem de eda davası karakterini haiz olduğunu kabul eden müellifler de vardır (20). Mustafa Reşit ve Jale Güral bu son görüşün tesiri altındadırlar (21). H. Berki'ye göre de bu davanın muhtevası «zilyeden hakkın tanınması talepten ibarettir». Bu müellife göre bir miras sebebiyle istihkak davası cereyan etmek için «davacının münhasıran veya dava olunanla ..... mirasçı olduğunu iddia etmeli ve müddeialeyh de davacının sıfatı verasetini inkâr etmekle beraber vâris sıfatıyla terekeye veya bir kısmına zilyed olmalıdır. Taraflar mirasçı olup verasette ve müddeabihin terekeye aidiyetinde ihtilâf olunmadığı takdirde, davaya izalei şüyu veya iştirak dolayısıyla başka bir hakka taallük eder. Müddei veya müddeialeyh o sıfatta hareket etmezlerse adi istihkak davası ve her ikisi de mirasçılık iddiasında olup da hiç birisi terekeye vaziyed değilse bu mücerret bir veraset ihtilâfı mahiyetinde olur» (22).

Temyiz mahkemesi, onun ikinci dairesine uzun yıllar reislik yap-

(17) Erläuterungen 424.

(18) Bulltin Steno. 1906 B IV s. 302, 306, 307.

(19) Tuor 731 N 14, Escher III s. 101, Leuch 8, Schucan 76.

(20) Rossel Mentha Bd II s. 206, Marrel 73, 96.

(21) Türk Kanunu Medenisi Serhi C, 3 1952 s. 207; Ankara Baro D. 1953 s. 398.

(22) Miras ve Tatbikatı s. 338.



miş bulunan, H. Berki'nin tesiri altındadır. Sonradan yeni bir tevhidî içtihat ile hükmü ortadan kalkmış bulunan 27.4.1949 tarihli kararında Yargıtay, H. Berki'nin fikrine müvazi olarak :

«Mirasçılar silsilesi arasında bulunup kendisinden öncekiler mevcut olunca mirastan hisse alamıyacak veya az hisse alacak olduğu halde mirasın tamamına veya hissesinden bir kısmına kendisini haklı gösterecek el koymuş bir mirasçı, ile bu mirasçının hakkına racih mirasçı arasındaki ihtilâfta Kanun koyan zaman aşımı hükümlerinin uygulanmasını uygun bulmamış» demektir.

Temyiz İkinci Hukuk Dairesi, 30.12.1943 tarih ve 4332/322 numaralı kararında :

«Verasette ihtilâf olmadığı cihetle, hâdise âdi müruru zaman cari olduğu halde irs sebebiyle istihkak davalarında müruru zaman olamayacağından bahisle bu def'in ref'ine karar verilmesinde isabet olmadığından..»

Temyiz, müteakip içtihatlarında da bu noktada ısrar etmiş ve bir miras sebebiyle istihkak davasının mevcudiyetini sıfatı verasette ihtilâf bulunmaması şartına bağlı kılmıştır (23).

Tarafların mirasçı olup olmadığının tesbiti, bu davanın bir unsuru olması bu davaya tesbiti eda davalarından mürekkep muhtelif bir karakter verdirir. Şüphesiz ki, bu içtihat, İsviçre doktrin ve tatbikatından tamamen başkadır. Davada irsiyet meselesinin de ihtilâflı olması, Kanunda mevcut olmıyan bir unsurun ilâvesi olduğundan, bu anlayış davanın tatbik sahasını ehemmiyetli surette azaltmaktadır. Filvaki, Temyiz Mahkemesinin tetkikine vesile bulduğu davalarda, tarafların vâris olmaları ihtilâf konusu olmadığından, yüksek mahkeme, davayı bir M. S. İ. dâvası telâkki etmemiş ve bu suretle, davacı mezkûr hükümlerin tatbikinden mahrum edilmiş. İlâveye lüzum yoktur ki, bu anlayış, ne müessesenin gayesine ve ne de kanunun metnine uygundur.

Bu, bu çeşit bir davada, mirasçının mirasçılık sıfatının da ihtilâf konusu olamaması demek değildir. Şayet, davacının vâris olmadığı kabul olunursa, davacı, yeni bir dava açmağa lüzum olmadan, açılmış olan M. S. İ. dâvası vesilesile, hâkim bu nokta hakkında da karar verecek, fakat bu hususta verilen karar, bu dava mevzuuna münhasır olacaktır. Fakat, bu durum yüzünden M. S. İ. dâvası bir tesbit davasına inkılâb etmiyecek ve bir eda davası olmakta devam edecektir. Bittabi, mülkiyet davasında olduğu gibi. Filvaki, bir mülkiyet davası münasebetiyle davalı, elindeki

(23) Temyiz 2. H. 20.1.1948 5345/322 (Tepeci C. 2 571), H. U. H. II. II. 1953 t. ve 53/66 (Tepeci C. 2 572).

malı davacının mülkiyetinde olduğunu red ve inkâr ederse hâkim, evvel emirde bu ciheti tesbit edecektir. Fakat bununla mülkiyet davası bir tesbit davası olmayacaktır. Miras sebebiyle istihkak davasında, aynı zamanda bir tesbit davası unsurunun görmenin büyük ehemmiyeti vardır. Eğer bu davanın zatında zarurî olarak bir tesbit davası unsuru varsa, davacı vâris olmayı ayrıca talep etmeden, açılan dava neticesinde verilen hüküm, mirasçılığı da kat'î olarak hükme bağlayacağından bu karar, aynı tereke hakkında, davalı tarafından açılacak diğer davalarda da kaziyei muhkeme olacak ve yeniden bu sıfatın mevcut olup olmadığı mevzuubahs olmayacaktır.

### III — DAVADA TARAFLAR.

#### 1. Davacı :

a) Vârisler : Mansup veya Kanunî bir vâris bu davayı açmağa salâhiyetlidir. M.K.577 de « mirasçı sıfatiyle racih bir hakka sahip olan » şeklindeki ifadenin manası nedir? Hakikaten, vâris olmak şart mıdır, yoksa hakikatte vâris olmadığı halde, bu kanaatte olmak kâfi midir? Keza, maddedeki « racih hak » tan murat nedir? Bu son nokta bakımından, davacının ihtilâf halinde bulunduğu kimseye nazaran, racih bir hakka sahip olması kâfi imiş gibi görünmektedir. Meselâ, murisin vâris olarak bir evlâdı olduğu halde, tereke, üçüncü parantel akrabası olan murisin amcasının elindedir. Bunu gören murisin yeğeni, kendisinin ikinci parantel akrabası olduğunu, binnetice, davalıya nazaran, racih bir durumu olduğunu iddia ile, murisin amcası aleyhine bir M. S. İ. davası açabilecektir. Maddenin sathî ifadesi bu soruya müsbet cevap vermektedir. İsviçre doktrin ve içtihatları, kanunun zikredilen şaşkırtıcı ifadesine rağmen, burada davanın, ancak, hakikaten vâris olan bir kimse tarafından açılacağı müttefiktirler. (24)

O halde, söylendiği gibi, hakikatte vâris olmıyan bir kimse, kendisini vâris de zannetse, M. S. İ. davasını açmağa yetkili değildir. Bu itibarla, kanunumuzun « racih bir hakka malik olduğuna zahib olan bir kimse » şeklindeki ifadesi, mehaz kanundan gelmesine rağmen, isabetsizdir ve yanlışlıktır.

Ortada tek bir vârisin olması takdirinde, mesele basittir. Onun bir tek kimse olması, her tereke zilyeti aleyhine dava açmasına imkân ver-

(24) Escher Art 598 N 5, Tuor 598 N 6, Leuch 64, Schucan 32, BGE. 45 II 307.

dirir. Zira, kendisinin mirasçı, bu sıfatla da terekenin sahibi olması itibariyle, diğer zilyedin durumu haksızdır. Hattâ, miras sebebiyle istihkak davası suretiyle, hakkını istihsal edecektir. Fakat, ekseriya olduğu gibi, vârisler birden ziyade oldukları takdirde, bunlar arasında kendiliğinden bir iştirak halinde mülkiyet münasebeti teessüs edecektir (MK. 581). Kanunumuzda bu müessese miras şirketi diye isabetsiz bir isme maliktir. Haddi zatında burada Medenî Kanununun 629 ncu maddesi anlamında, iştirak halinde bir mülkiyet münasebeti mevcuttur. 630 ncu madde hükmüne göre «hilâfına mukavele olmadığı halde şeriklerin hakları hususiyle malik oldukları şeyde tasarruf selâhiyeti ancak ittifak ile verecekleri karar ile kullanılır». Miras şirketine mütedair olan 581 nci madde hükmü bunu teyid ile «mukavele veya kanun ile muayyen temsil ve idare hakları mahfuz kalmak üzere mirasçılar bunda müstereken tasarruf ederler».

O halde, iştirak halinde mülkiyet münasebeti devam ettiği, yani, miras şirketi sona ermediği müddetçe, vârisler, tereke malları üzerinde, müstakilen tasarrufta bulunamazlar. Bu mallar üzerinde henüz basit mülkiyet münasebeti tahakkuk etmiş değildir. Terekeyi alâkadar eden bir husus hakkında bir vâris tek başına hareket edemez. Bunun için bütün vârisler müstereken ve müttefikan hareket etmek mecburiyetindedirler. O halde, tereke veya ona dâhil bir mal, bir başkasının elinde bulunursa bunu ancak miras şirketi yani bütün şerikler müttefikan veya şirketin selâhiyetli mümessili zilyedinden talep edebilir (25).

İştirak hâli devam ettiği müddetçe, vârisler, birbirlerine karşı ancak taksim davası açabilirler, miras sebebiyle istihkak dâvası değil (26).

Bu sebeple, Türk doktrininde mirasçılar arasında M. S. İ. davasını mümkün gören bazı görüşlerde isabet olmadığı kanaatindeyiz (27).

Hükmün 26.4.1954 tarih ve 7/17 numaralı kararla ortadan kalkmış bulunan 27.4.1949 tarih ve 7/8 No. lu kararında Temyiz Tevhidi içtihat kararı şöyle demektedir :

«Mirasçının mirasçıya karşı açacağı dâvada iktisabî müruruzaman def'inde bulunamaması taraflar arasındaki dâvanın bir M.S.İ. davası olması haline münhasır olur. Mirasçının öbürünün elindeki miras bırakandan kalma bir maldan dolayı adi şekilde açmış olduğu istihkak davasını bu yasağın şümulü bulunmadığı MK. 578. den açıkça anlaşılmaktadır.» Devamla : «Medenî Kanununun mirasçılık hususunda ihtilâf bulunmayan mi-

(25) Tuor Art 602 N 33 Art 599 N 10-12, Escher 602 N 58-59, Leuch 15, Schucan 43 BGE. 41 II 28, S. JZ. 14.216.26.29.

(26) Tuyor Art 598 N 12, Escher s. 104 N 13, Art 598 N 3, Leuch 16, Schucan 44, Erläuterungen 425, S. J. Z. 15.216, Zucher Blaetter 30.281, S. J. Z. 26.29.

(27) Jale Güral Akipek Ankara Baro Der. 1953 s. 398.

rasçılardan birini tereke malı olmak üzere öbürünün elinde bulunan malı açacağı istihkak davasını mirasçı olmıyan kimse arasındaki istihkak davasından ayırt etmemiştir. Yabancı kimseler arasındaki istihkak davaları hangi hükümlere tâbi ise, mirasçılar arasındaki istihkak davasında aynı hükümlere tâbi kılmıştır. Bunlar için ayrıca bir hüküm konmamıştır».

Temyizin içtihadına göre, vârislerin tereke mallarından dolayı, birbirleri aleyhine açacakları dava, bir M. S. İ. davası değil, âdi bir istihkak davasıdır. Böyle bir davaya karşı, iktisabî müruru zaman def'inde bulunmağa bir mani yoktur. Fikrimizce, bu görüş yanlıştır. Zira, âdi bir istihkak davası, bir mülkiyet davasıdır. Taksimden evvel vârisler terekeye dâhil münferit malların malikleri olmadıklarından, onların M. K. 618 anlamında bir istihkak davası açamamaları lâzımgelir. Diğer taraftan, miras şirketinin devamı sırasında, vârisler birbirleri aleyhine ancak taksim davası açabilirler. Yine ilâveye lüzum yoktur ki, böyle bir dava, yani taksim davası, müruru zamana tâbi değildir. Bu sebeple, doktrin ve içtihatlarda bir mirasçının diğer bir mirasçının aleyhine açacağı M. S. İ. davası iktisabî müruru zaman def'inde bulunulur veya bulunulmaz şeklindeki münakaşanın yersiz olduğu mütalâasındayız. Zikretmiş olduğumuz karar, muahhar tarihli yani 25.5.1954 tarih ve 7/17 numaralı kararla ortadan kalkmış olmakla beraber, Temyiz Mahkemesinin görüşünü belirtmesi bakımından zikretmiş olduğumuz içtihat ehemmiyetlidir.

b) Diğer kimseler: Hazine varis sıfatıyla bu dâvayı ikame edebilir. Fakat, tereke idarecisiyle (28) vasiyeti tenfiz memuru (29) mirasçı olduğunu iddia eden bir kimseye karşı, bu dâvayı ikame edemezler. Fakat, bunlar böyle bir iddiası olmıyan bir zilyede karşı M. S. İ. dâvası açabilirler. Musaleh ile kanunî intifa hakkı sahipleri küllî varis olmadıklarından bu dâvayı açamazlar.

2. Dâvalı: Bu dâva kimler aleyhine açılabilir?

Kanunumuzda dâvanın kimler tarafından açılabileceği hakkında kâfi sarahat bulunduğu halde, onun kimler aleyhine, açılabileceği hakkında bir sarahat mevcut değildir. Kanunumuzda dâvalı sadece «hasım» olarak tavsif edilmiştir. Dâvalının hukukî durumu İsviçre Kanton hukukunda müphem olduğundan, Medenî Kanununun neşrinden evvel İsviçrede mevcut anlayış dâvalının durumunu açıklamaya kâfi gelmiyecektir. O halde, bu mefhumu kanunumuzun sistemine aykırı düşmemek şartıyla, müessesenin tarihi inkişafı aydınlatacaktır.

(28) Tuor Art 598 N 14, Leuch 18.

(29) Tuor Art 598 N 14, Leuch 19,50.

a) Dâvalının bir tereke malını zilyed bulunması lâzımdır. Kanunumuzun aslında bir terekeye veya bir tereke malına zilyed olandan bahsolunur. O halde, dâvalının terekeye veya ona dahil bir şeye zilyed bulunması şarttır. Alman hukukunda (madde 2018 de) kullanılan «zilyedlik» tâbirinde bu dâvanın sadece elinde maddî bir şey olan bir kimse aleyhine açılabileceği ileri sürülmüştür. Bazı müellifler de aynı madde de kullanılan «etwas = herhangi bir şey» tâbirine istinatla, yalnız maddî şeyler değil, gayrî maddî şeyleri de elinde bulunduranlar aleyhinde, bu dâvanın açılabileceğini söylemektedirler (30).

Bizde durum sarih değildir. Ortada bir zilyedlik mevzuubahis olduğuna göre, hakkında zilyedlik kabil olan her şey için bu dâva açılabilir. O halde, gayrî maddî hakları da elinde bulunduran aleyhine bu dâva açılabilir.

b) Hâkim fikre göre, zilyedin tereke malını kendi menfaatine elinde bulundurmasına lüzum yoktur. Hattâ zilyedin o şeyi ona malik olmak kasdiyle elinde tutmasına da lüzum yoktur. Böyle bir tereke malını ariyet veya kira gibi bir sebeble elinde bulunduran aleyhine de bu dâva açılabilir. Zira, böyle bir kimsenin fiili durumu varisin mirasçılık sıfatıyla kabili telif değildir. Meğer ki ortada hüsnüniyetin himaye ettiği bir durum ola (31).

c) Zilyedlik murisin hayatında başlamış ise, yine bu dâva açılabilir mi, yoksa, zilyedliğin murisin ölümünden sonra mı başlaması lâzımdır?

Roma ve müşterek hukukta dâva zamanında zilyedin elinde olması kaydiyle, şeyi murisin hayatında elde etmiş olanlar aleyhine de bu dâva açılabilirdi (32).

Alman hukukunda madde 2018 de kullanılan «tereke» tabirine istinatla, zilyedliğin murisin vefatından sonra başlaması lâzımgeldiği kabul olunmaktadır. O halde, mezkûr hukukta tereke malının muristen almış bulunan bir zilyed aleyhine, bu dâva açılmaz. Bizde durum vazih değildir. İsviçre metninin Fransızca ve Almancalarında kullanılan «tereke» tabirine istinatla Alman hukukundaki neticeye varmak doğru değildir. Zira, Alman hukukunda tereke sarih surette tarif olunmuştur. Diğer taraftan, kanunumuzun aslında kullanılan «tereke üzerinde» veya «terekeye vaziyet etmek» tâbirleri, varislerin bir şeye değil bir hukukî durum üzerinde hak sahibi olduklarını göstermektedir. Acaâ, böyle bir durum, murisin sağlığında yapılan bir fiil ile ihlâl edilebilir mi? Böyle bir

(30) Binder 395, Herzfelder V 2018 III.

(31) Planck V § 2018 N 2, Leuch 31.

durumda, dâvalı dâvacının miras hakkını inkâr etmeden başka bir sebebe müsteniden o şeyi varislere iadeyi red ediyorsa, M. S. İ. dâvası açılmaz. Fakat dâvalı, o şeyi murisin varisi olduğunu iddia ile red ediyorsa o zaman bu dâva açılabilir (33).

Fakat, ancak terekenin varisler eline geçmesine kadar bu dâva açılabilir. Eğer tereke, varislerin eline geçmiş ve dâvalının zilyedliği mezkûr andan sonra doğmuş ise, bu dâva açılmaz. Zira, bu andan sonra, zilyedin vaki tecavüzü, terekeye karşı değil, varisin şahsına karşıdır. Bu takdirde alelade zilyedlik, mülkiyet ve haksız fiil dâvaları ikame olunmalıdır. Bu hallerde zilyed, varisin varislik sıfatı ile ihtilaf halinde değildir (34).

d) Dâvalının mirascı olduğunu iddia ile bir tereke malına zilyed olması şart mıdır? Roma'da dâva yalnız varis sıfatıyla zilyed Possessore proherede aleyhine değil, aynı zamanda, pro Possessore possessor, yani mirascı olduğunu iddia etmiyen bir zilyed aleyhine de açılabilir. Alman medenî kanunu «hakikatta kendisine ait olmıyan bir miras hakkına istinatla» demek suretiyle dâvayı sadece proherede zilyed hasretmiştir. (md. 2018). Keza Yunan md. 383 medenî kanununda da durum böyledir. Buna mukabil İtalyan medenî kanunu sarîh olarak mirascı olduğunu iddia etmeyen aleyhine de bu dâvanın açılabilmesini kabul etmektedir (md. 533).

Fakat kanunumuzun metninde bu hususa dair sarîh bir kayıt mevcut değildir. Kanunumuzun 577 nci maddesindeki «vaziyet edenler» tabirinden ne anlamak lâzımdır?

Hhber, 1900 tarihli projenin esbabı mucibesinde, dâvanın kimler aleyhine açılabileceği sorusunu sormakta ve şu cevabı vermektedir:

«Dâva bir miras hakkı iddia eden bir dâvalı aleyhine açılabileceği gibi, kendisine nazaran davacının racih bir hakka sahip olduğu her zilyede karşı da açılabilir. Zira, her yönden dâvanın, dâvacının talebine istinat ettirilmesinde fayda vardır.» (35).

Kanunun İsviçre Meclislerindeki müzakeresi esnasında, raportör Gottofrey şu beyanda bulundu:

«Proje, hiç bir tefrik yapmaksızın, bu dâvayı bir terekeyi veya bir tereke malını iade etmeyi reddeden **her dâvalıya** karşı kullanılmak üzere

(33) Schucan 18.

(34) Escher Art 599 N 13, BGE. 56.11. 258.

(35) Erläuterungen 424.

re vermektedir. Binnetice, bu tarz Alman veya müşterek hukukdakinden daha geniştir.» (36).

Huber'de Millî Mecliste kanunun raportörü olarak şu beyanda bulundu: «Dâvalı, aynı zamanda, varis olarak zilyed olan veya hususî bir sebebe müsteniden malik olduğunu ve meselâ mülkiyeti satış akdi veya başka bir sebeple iktisap ettiğini iddia ve bu sebeple iadeyi reddeden bir kimse olabilir.» (37).

Fakat, Rosel aksi fikirdedir. Ona göre dâva ancak bir terekeye **varis sıfatile zilyed olan** aleyhine açılabilir. Mumaileyh fikrini mütehassıslar komisyonunda Loretan tarafından «eğer zilyed varis olmayan bir üçüncü şahıs ise, bunun aleyhine M. S. İ. dâvası değil de alelâde bir istihkak dâvası mı açılacak?» Şeklinde sorulan suale, raportörün «evet» şeklinde cevap vermesine istinat ettirmektedir. Bu son fikirde olan Türk müellifler de vardır (38).

Evvelce de işaret ettiğimiz gibi, hükmü ortadan kalkmış bulunan 27.4.1949 tarih ve 7/8 No. lu Tevhidi İçtihat kararı da bu fikri benimsemişti: «Kanun koyan bu düzenleme ile kendisinden önce racih hakka sahip bulunmadığını **sanarak** iyi niyetle terekeye el koymuş olan **mirascıya** uzun bir zaman sonra...» demek suretile dâvalının kendisini mirasçı telâkki etmesi şartını aramıştır. 1954 tarihli Tevhidi İçtihat kararında «mirasçılık sıfatı sabit ve **ihtilâfsız bulunan bir mirascıya karşı** .....» denildiğine göre bu kararda da dâvalının mirasçı olduğunu iddia etmesi şartı aranmıştır. Temyiz Dairelerinin müteakip kararlarında da bu nokta üzerinde ısrar olunmuştur (39).

Halbuki, İsviçre doktrini müttefikane bu şartın lüzumlu olmadığı fikrindedirler (40).

e) Zilyed, tereke malına, murisle kendi arasındaki mevcut bir sebebe müsteniden zilyed bulunduğunu iddia ederse, yine de M. S. İ. dâvası açılabilir mi? Böyle bir sebebin mevcudiyeti halinde bunun mevcut olduğunu veya olmadığını isbat kime aittir?

M. S. İ. dâvasının nazik meselelerinden biri olan bu nokta üzerinde hemen bütün hukuk sistemlerinde sarıh bir durum yoktur. Roma, müşterek ve Alman hukukunun anlayışına göre, tereke malına hususî bir

(36) Bulltin Steno. 1906 s. 306.

(37) Bulltin Steno. 1906 s. 303.

(38) Gönensay s. 408, Jale G. 409 H. Berki.

(39) Tepeci M. 571-572.

(40) Escher 598/7, Tuor 598/16, Leuch 24, Marrel 93, Schucan 64.

sebeple ve meselâ hibe, satış, kira, karz akdi sebeble zilyet olan bir kimse aleyhine bu dâva açılmaz (41).

İsviçre ve Türk hukukunda durum kanunun metni bakımından sarıh değildir. Kantonlar Meclisindeki raportör Hoffmann ile Gottofrey bu dâvanın tereke malına hususî bir sebeple zilyed olan aleyhine de açılabileceğini beyan etmişlerdir (42). Bu ifadeyi mutlak mânada almak lâzım gelirse, bir tereke malını murisle yaptığı bir satış, hibe veya ariyet akdine müsteniden yedinde bulunduran bir kimse aleyhine de bu dâvanın açılabileceğini kabul etmek lâzımgelir.

Buna mukabil, Huber, aksi fikirdedir. Mumaileyhe göre «Dâvalı, terekeye ait bir malı varis olarak elinde bulunduran satış veya herhangi bir suretle böyle bir mal üzerinde hususî bir sebebi ileri sürmeksizin böyle bir malın zilyedi olan kimsedir.» (43).

Bu son görüş itibar kazanmıştır. Zira, M. S. İ. dâvası bir terekeye vaki bir tecavüze karşı verilmiş bir vasıttır. Halbuki, murisle kendisi arasında mevcut bir hususî sebebe müsteniden bir şeyi elinde bulunduran bir kimsede bu sıfat yoktur. Durumu tamamiyle hukukîdir ve varislerin haklarını ihlâl etmemektedir. Bu dâva fiilî tecavüzlere karşı verilir. Ortada fiilî bir tecavüz olmadığından, hukukî bir sebebe müsteniden zilyed olan bir kimse aleyhine bu dâva açılmaz. Zilyedin durumu muris hayatta iken ne ise şimdi de odur.

Diğer taraftan, varisin böyle bir talebi, kendisinin varislik sıfatile kabili telif değildir. Küllî halef sıfatile varis murisin akdettiği mukaveleye riayet etmelidir. Böyle bir zilyed aleyhine ancak bizzat murisin açabileceği bir dâva ikame olunabilir.

Murisin ölümü tabii ve zarurî bir hâdisedir. Onun ölümünün karşı âkitlerinin durumunu değiştirmemesi lâzımdır. Bu sebeple, doktrin, ittifakla, zilyedin tereke malına hususî bir sebeple zilyed olması halinde, M. S. İ. dâvasının ikamesini kabul etmemektedir (44).

Bu prensibin kabulü neticesi, açılan bir M. S. İ. dâvasında dâvalının, zilyedliği için, hususî bir sebep dermeyan eylemesi takdirinde dâvanın reddi icap edecektir. Hâkim, evvelâ, bir ara kararı ile böyle hususî bir sebebin mevcut olup olmadığını tesbit ve böyle bir sebebin subutu halinde dâvayı red edecektir.

(41) Windscheid III § 614 N 5, Dernburg III § 172 340, Planck § 2018 2. c.

(42) Bulltin Steno, 1906 s. 478-306.

(43) Tuor s. 732 V 17, Escher s. 104 N II.

(44) Escher Art 598/7, Tuor 598/25, Rossel Bd 2 s. 207.



f) Hususî bir sebebin mevcudiyeti halinde, M. S. I. dâvasının reddi lâzımgeldiği kabul edilse bile, mesele halledilmiş değildir. Zorluk sadece yer değiştirmektedir. Hususî bir sebebin mevcudiyetini kim isbat edecektir? Dâvacı mı, dâvalı mı?

Şu veya bu fikirde olanların noktai nazarları ne kadar kuvvetli olursa olsun, mesele halledilir neviden değildir. Bu nokta miras sebeble istihkak dâvasının en zayıf bir noktasını teşkil etmektedir. Müşterek hukukda mesele ihtilâflı idi. Bir fikre göre, dâva şartlarının mevcudiyetini isbat dâvacıya aittir. O halde dâvalının iddia ettiği hususî sebep def'inin mevcut olmadığını isbat ona ait olmalıdır (45). Diğer bir fikre göre de, dâvalının hususî bir sebep ileri sürmesi, onun bir defide bulunması demektir. Bu sebeple de hususî sebebin mevcudiyetini dâvalı isbat etmelidir (46).

İsviçre hukuku için Leuch bir tefrik yaparak, dâva mevzuunun maddi bir nesne olması takdirinde zilyedlik hakkındaki hükümlerin tatbiki ile (MK. 900) isbat yüzünü zilyed olmayan dâvacıya tahmil etmekte ve kira, karz gibi şahsî veya mahdut bir aynî hakkın mevcudiyetinin iddiası halinde isbat yükünü dâvalıya tahmil eylemektedir (47). Fakat bu takdirde dâvanın karakteri değişmiş olacaktır. Yani dâva eda dâvası olmaktan çıkacak bir tesbit dâvası haline müncer olacaktır. Bu mülâhaza ile Tuor hususî bir sebep def'inin dermeyanı halinde, hâkimin, dâvayı reddetmesi lâzımgeldiği fikrindedir (48). Escher, pratik mülâhazalarla hususî sebep def'inin isbatını **dâvalıya** tahmil etmektedir. Zira, aksi fikrin kabulü dâvacıya menfi bir vakıanın isbatını tahmil etmek olur. Saniyen isbat yükünü dâvacıya tahmil, cali sebeplerle dâvacının hususî sebep def'ini dermeyanını mucip olur (49).

Federal Mahkeme Tuor'un fikrindedir (50).

g) Bir tereke malını zilyeden alan bir üçüncü şahıs aleyhine de dâva açılabilir mi?

Böyle bir kimse, bu durumu ile varisin hakkını ihlâl etmemektedir. Onun bu hakkını ihlâl eden, mevzuubahs tereke malını başkasına devreden ilk zilyed olup hüsnüniyeti müktesip değildir. Binaenaleyh, böyle

(45) Windscheid III § 615/14.

(46) Dernburg III § 176 N 16 314.

(47) Leuch 67.

(48) Tuor 735/24.

(49) Escher Art 598/9.

(50) BGE 41 11 26.

bir üçüncü şahıs aleyhine ancak alelâde dâvalar açılır. Aksi tezin kabulü zilyeden bir iktisapta bulunan üçüncü şahsı izrar eder. Zira, tereke malını hüsnüniyetle iktisap eden kimse aleyhine ancak 5 sene zarfında dâva ikame olunabileceği halde (MK. 902) miras sebebiyle istihkak dâvasının kabulü halinde bu dâva 10 sene müddet zarfında (MK. 579) açılabilir.

Fakat Tuor ile Escher aksi görüştedirler. Bunlar fikirlerini 577 nci maddenin mutlak ifadesine istinatla, dâvanın her zilyed aleyhine açılabilirliğini kabul etmektedir (51). Bittaki hüsnüniyetli müktesibin durumu mahfuzdur (MK. 901). Zira, aksi fikrin kabulü halinde zilyed bu davadan kaçınmak için, elindeki şeyi kasden bir başkasına devreder ve bu suretle dâvacının M. S. İ. dâvasını açmasını önleyebilir.

#### IV — M. S. İ. DAVASININ İSVİÇRE VE TÜRKİYE TATBİKATINDAKİ DURUMU.

Medenî Kanun İsviçre'de 40, Türkiye'de de 30 senedenberi mer'i bulunmaktadır. Acaba miras sebebiyle istihkak dâvası hakkında sevkedilen hükümler, daha doğrusu bu dâva müstakil bir müessese olarak tatbikatta nasıl karşılandı? Eğer bu hükümler çok tatbika mashar olmuşlarsa, bu, bir ihtiyaca cevap verdiği delâlet edeceğinden, varislerin haklarının kanunda hususî bir dâva nev'i ile himaye edilmesinde isabet olduğu kabul edilecek, aksi takdirde, müessese ya lüzumsuz veya hakkındaki hükümler gayri kâfi olduğu neticesi çıkartılacaktır.

Tetkikler göstermiştir ki, gerek İsviçre'de ve gerek Türkiye'de miras sebebiyle istihkâk dâvası ancak, nadir hallerde ikame olunmuştur. Hele Türkiye'de dâva daha da nadir görülmektedir. Her ne kadar, son zamanlarda Türk Hukuk Edebiyatı ve içtihatlarında bu dâvadan sık sık bahsolunduğu görülmekte ise de, bu, bir müessese olarak değil, gayrimenkullerin müşterek mirasçılar tarafından, Medenî Kanununun 639. maddesine, fevkalâde müruruzaman tarikiyle iktisap edilip edilemeyeceği üzerinde cereyan etmiştir. Garibi şu ki, bu dâvalar münasebetiyle, müessesenin karakteri üzerinde hiç durulmamış, sadece miras sebebiyle istihkâk dâvasına karşı iktisabî müruruzaman def'inin dermeyan edilip edilemeyeceği noktası üzerinde tevakkuf edilmiştir. Buna mukabil, terekeye dahil de olsa bir gayrimenkulü mürur zaman suretiyle iktisap ettiğini iddia eden bir varisin, açmış olduğu dâvanın, M. S. İ. dâvası ile alâkası olup olmadığı düşünülmediği gibi, bir varis tarafından, böyle bir zilyed aley-

hine açılan dâvanın da adı bir istihkâk dâvası mı, yoksa, M. S. İ. dâvası mı olduğu veya olabileceği tetkik edilmemiştir. Kezâ, ortada birden ziyade varislerin bulunması, yani, terekenin bir miras şirketine ait olması halinde MK. 581 in hükmü karşısında, diğer müşterek varislerin muvafakatı olmadan, müşterek varislerden birisinin, taksimden evvel, bir tereke malı hakkında, adı veya miras sebebiyle istihkâk dâvasını açıp açamayacağı teemmül edilmemiş ve fakat dâvalı ve dâvacının müşterek mirasçılar olması takdirinde, doktrin ve içtihadta mürur zaman definden bahsolunmuştur. Bu kararlarda, miras şirketinin ve miras sebebiyle istihkâk dâvasının ana prensipleri, görüşümüze göre, çığnenmiştir.

Bu nadir ve bazan da yanlış olan anlayış ve tatbikatın sebebi nedir? Bunu evvelâ, İsviçre'deki tatbikat hakkında, bizzat bir İsviçre müellifinden dinleyelim:

1943 yılında miras sebebiyle istihkâk dâvası hakkındaki tezinde Schucan bu ciheti şöyle izah etmektedir:

«Miras sebebiyle istihkâk dâvasının bu ehemmiyetsiz olmayan faidelere rağmen, dâvanın tatbikatta ehemmiyetli bir yer alamamış olması şayanı hayrettir. Ekseri kantonlarda, böyle bir müessesenin mevcut olmaması, bize bu durumu kâfi derecede izah edemez. Şüphesiz, bu müessesesinin ekseri kantonlarda eskiden meçhul oluşu, bunun yanı başında Medenî Kanununun müesseseyi nakâfi bir surette hükme bağlayışı, dâvanın popüler olamamasına sebep olmuştur. Fakat, varislerin böyle imtiyazlı bir surette himayesi zarurî bulunsa idi, arada geçen 30 senelik devre zarfında, M. S. İ. dâvası ihtiyaca uygun bir zemin yaratabilirdi. Kaldı ki, 1913 de intişar etmiş bulunan Tuor ve Escher'in mufassal şerhleriyle, buna inzimam eden Leuch'un iyi hazırlanmış tezi, istifadeye amade idiler. Bu itibarla, müessesenin az tatbik görmesi, başka bir sebebe ihtiyaç göstermektedir. Ben bunun şu sebeplerden ileri geldiği kanaatındayım:

İsviçre hukukunda M. S. İ. dâvasının, tanzim edilmiş tarzı onun bütün faidelerinin tezahürüne nadiren imkân verecek surette yapılmıştır. Diğer hallerde ise, dâvacının terekeye dahil münferit herhangi bir malı haksız olarak elinde bulunduracak zilyed aleyhine, hususi dâvayı açması maksadı temine kâfi gelebilecektir.

Bu görüşü izah için, hukukî durumu, mirasın açılması anında gözden geçirelim. İlk plânda mevzubahs olunacak şey, mirasın kime ait olduğu meselesidir. Kimlerin hakikî mirasçı oldukları ahvali şahsiye sicilî veya veraset senedi ile tesbit edilemezse, ya mirasçının tesbiti veya vasiyetnamenin iptaline, nesebin tashihine, iskat sebebine, miras mukavelesine, terekenin hataen yapılmış reddine müteallik itiraz dâvaları açıla-

cak ve fakat bu hallerde miras sebebiyle istihkâk dâvası mevzuubahs olmayacaktır. Ancak bu mukaddem dâvalarla, varisler belli olduktan sonra M. K. 607 (T. M. K. 581) mucibince taksimi başlayacaktır. Fakat bu takdirde varisler, miras sebebiyle istihkâk dâvasından değil taksim, iade ve tenkis dâvalarından faydalanacaktır. M. S. İ. dâvası, münferit bir varis hakkında, ancak taksim mukavelesine müsteniden kendisine isabet eden bir tereke malı, hak sahibi olmayan bir üçüncü şahsın elinde bulunur, miras şirketi de imtisahından evvel bunu böyle bırakmış ise, o üçüncü şahsa karşı bu dâva, açılabilir. Pek nadir tesadüf olunacak bu halden sarfınazar edilirse, bir mirası talep edenin, miras sebebiyle istihkâk dâvası açmasında, münferit bir dâvaya nazaran, yalnız emniyet tedbirleri ve selâhiyetli mahkeme yönünden bir menfaati olacaktır.

Tek varis veya miras şirketi yönünden dâva imkânı çeşitli hususiyetler gösterir. Meselâ bir üçüncü şahıs, kendisini, mirasçı naspeden ve fakat muteber olmayan bir tasarrufa müsteniden ve hüsnüniyetle tereke mallarını almış ve bunların iadesini, miras hakkını ileri sürmek suretiyle, reddedebilir. Bu üçüncü şahıs, bu malları kendiliğinden değil, muteber bir tasarruf vasıtasıyla, terekenin taksiminde almış ve tasarrufun muteber olmadığı sonradan açığa çıkmış olabilir. Bütün bu hallerde olduğu gibi, mirasçılık durumunun aydınlatılması için, evveleminde bu husus için, bir tesbit dâvasının açılması icap ettiğinden, miras sebebiyle istihkâk dâvası da, bu mukaddem dâva (ön dâva) nın, yani, iptal dâvasının mürur zamanına tâbidir. O halde, miras sebebiyle istihkâk dâvası, açma imkânı, 600 (TMK. 579) ncu maddede mevzu müddetin hitama ermesinden evvel bile, münselip olacaktır. Bu ehemmiyetsiz hâl istisna edilirse, tek varis, miras sebebiyle istihkâk dâvasının bütün fevaidinden istifade edecektir. Zilyed üçüncü şahıs, ekseri ahvalde, yalnız münferit bir tereke malına değil, bütün terekeyi veya onun bir şayı cüz'ünü elinde bulunduracağından, dâvacının durumu, münferit bir dâva açmasına nazaran, selâhiyetli mahkeme, geniş emniyet tedbirleri, muhtemel ikame prensibinden dolayı, daha avantajlı olacaktır.

Fakat, fikrimizce, miras sebebiyle istihkâk dâvasının avantajları, **Pro herede possessore** zilyed olan kimseye münhasır olacak ve bu takdirde bu nevi dâvanın açılması, hususî bir dâvanın ikamesine nazaran, bir faide gösterecektir. Fakat, miras sebebiyle istihkâk dâvasının İsviçre Hukukunda varis olduğunu iddia etmeyen zilyed aleyhine de ikame edilebileceği münakaşa mevzuu bile değildir. Bu çeşit bir miras sebebiyle istihkâk dâvasına, İsviçre'de, hiç tesadüf edilmemiştir. Bu dâvanın, varis olduğunu iddia etmeyen zilyed aleyhine de açılabilir olması, sadece dâva-

lıyı zilyedliğinin sebebini açıklamaya icbar etmesi neticesini temin eder. Bu takdirde, dâvalı, hiç bir zaman mirasçı olduğunu ileri sürmeyecektir. Zira, elinde mirasçı olduğunu gösterir hiç bir şey yoktur. Böyle bir iddia, herhalde neticesiz kalacağı için, dâvalı zilyed, terekeye veya tereke malına hususî bir sebeple zilyed olduğunu iddia edecektir. Evvelce de söylemiş olduğumuz gibi, dâvalı tarafından şey üzerinde, hususî bir sebebin mevcut olduğunun ileri sürülmüş olması, M. S. İ. dâvasının reddini mucip olamayacağından, bazı hallerde dâva yine bir miras sebebiyle istihkâk dâvası çerçevesi içinde cereyan edebilir. Fakat varis, ancak nadir hallerde, ileri sürülecek hukukî sebebin haklı olmadığını, dâvanın ikâmesinden evvel bilebilecektir. Böyle bir dâvacı, zilyedliğini irs sebebine istinat ettirmeyen tereke zilyedine karşı, bidayette ihtiyaten hem miras sebebiyle istihkâk dâvasını, hem de onun reddi halinde hususî sebebe müstenit bir dâva nevini ikame edecektir.

Pro Possessore possessor zilyedin elinde bulunan şey, ekseri ahvalde, münferit bir tereke malı olacağından, miras sebebiyle istihkâk dâvası, faidelerini, hususî bir mamelek olan tereke hakkında açılmış olmasındaki gibi gösteremeyecektir.

Bu itibarla, varis, herhangi bir zarara uğramaksızın, M. S. İ. dâvası açmaktan vazgeçebilecektir. Eğer, dâvalı tarafından dermeyan olunan hususî sebep, hiç bir hukukî ehemmiyeti haiz değilse, dâvacı, zilyedin elindeki malı rahatça hususî dâva nevile talep edecektir. Eğer dâvalı, murisle yapmış olduğu bir hukukî muamelenin muteber olduğunu hüsnüniyetle iddia ediyorsa, dâvacı, murisle zilyed arasında yapılmış olan bu muamelenin şekil veya irade noksanı yüzünden iptalini talep edebilir. Bu ise M. S. İ. dâvası ile yapılamaz.» (53).

Schucan'ın M. S. İ. dâvasının İsviçre'deki tatbik ve neticeleri hakkında beyan eylediği bu sözleri aynen Türk Hukuku hakkında da söylemek mümkündür. Zira, Medenî Kanunumuzdan evvel mer'i olan İslâm Hukukunda, böyle bir müesseseye tesadüf edememekteyiz. Nitekim Himmet Berki «İslâm Hukukunda bu kabil dâvalara miras sebebiyle istihkâk dâvası değil miras dâvası denir». Mumaileyhin evvelce tetkik etmiş olduğumuz fikirleri de nazarı itibara alınırca, İslâm Hukukunda mevcut olduğunu beyan eylediği dâvanın daha ziyade **mirasçılık sıfatının** tevsiğine müteallik bir dâva olduğu anlaşılmaktadır. Binaenaleyh, halkımız ve tatbikatçılarımız Medenî Kanununun neşri zamanında mirasçılıktan mütevellit haklarının ihlâli halinde böyle hususî müdafaa vasıtasına yaban-

(52) Schucan s. 119.

(53) Schucan s. 119-122.

cı idiler. Binaenaleyh Türkiye'de İsviçre'de olduğundan daha fazla bu dāvaya yabancı kahnabilirdi, nitekim de öyle oldu.

Bu tarihi sebebin yanı başında, İsviçre'de olduğu gibi, bizde de müessesenin hususiyetlerinin esaslı surette anlaşılmamış olduğunu ilâve etmek lâzımdır. Medenî Kanunumuzun şimdiye kadar en az işlenmiş olan kısmının miras hukukuna mütedair olan üçüncü kitabı olduğu muhakkaktır. Bu sahanın, bu kadar az işlenmesi dāvanın hususiyetlerinin meçhul kalmış olmasına sebep olarak gösterilebilir. Fakat bu tek sebep olamaz. Zira, Nedim Ergüven tarafından 1942 yılında neşredilmiş bulunan kıymetli bir etüd, tatbikat ve nazariyatçılarımızın istifadesine arz edilmiş bulunuyordu. Arzu edilseydi tatbikatçılar bol bol bu eserden faydalanabilirdi. Fakat iş öyle olmadı. Temyiz Mahkemesinin kararlarında, miras sebebiyle istihkâk dāvaları, belki de eski hukukun tesiri altında, daha ziyade mirasçılık sıfatının tanınmasına müteallik bir dāva ve bu meydana terekeye dahil bir gayrimenkulün zilyedi tarafından mürürü zamanla iktisabını önlemek için, belki de yanlış olarak kullanılmış bir vasıta olarak kaldı. Zira, prensip itibariyle, M. S. İ. dāvası, ancak terekeye yabancı olan bir şahsın tecavüzü halinde kullanacak bir vasıttan ibarettir. Bu tecavüz edenin müşterek bir varis olması takdirinde, bu dāvanın zilyed olan müşterek bir mirasçı aleyhine de kullanılabilirdi bize şüpheli gözükmemektedir. Zira, tereke taksim edilmediği, yani, iştirak halindeki mülkiyetin devamı müddetince, varislerin her birisi aynı surette aynı malların zilyed ve malikidir. Taksime kadar, mirasçılar arasındaki hukukî münasebeti, miras sebebiyle istihkâk dāvası değil taksim dāvası (MK. 586-602) tanzim eder. Böyle bir dāva ise, müruru zamana tâbi değildir. Bir mirasçının bir tereke malını elinde bulunduran diğer bir müşterek mirasçı aleyhine açacağı dāva, miras sebebiyle istihkâk dāvası olmadığından ve iktisabî müruru zaman definde bulunamayacağına dair olan MK. 578 hükmü, sadece M. S. İ. dāvasına münhasır bulunduğu göre, varisin diğer varisler aleyhine açacağı dāva da sanki miras sebebiyle istihkâk dāvası imiş gibi, dāvalının müruru zamandan istifade ettirilmemesi bize garip gözükmemektedir.

Fikrimizce, miras sebebiyle istihkak davasının en çok tatbik olduğu sahada yanlış tatbik edildiği kabul edilirse, Türkiyede bu müessesenin şimdiye kadar hemen hemen hiç tatbik edilmemiş olduğu söylenebilir. Filvaki, bu hususa mütedair olan temyiz kararları arasında bu dāvanın faydalarını teşkil eden ikame, selâhiyetli mahkeme, teminat tedbirlerine müteallik ehemmiyetli bir karara tesadüf edilmemektedir.

M. S. İ. davasının Türkiyede az tatbik edilmesinin diğer bir sebebi

de ihtiyati tedbirlere mütedair bulunan Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 101-113 üncü maddeleridir. Zira evvelce de görüldüğü gibi usul kanununun mesul hükmü Medeni Kanunun 577 ci maddesinin hususi hükmünün tatbikini lüzumsuz gösterecek mahiyettedir.

## V — MÜESSESENİN LÜZUMLU OLUP OLMADIĞI

1) M. S. İ. davası müessesenin gerek Türkiye'de ve gerek İsviçre'de az tatbik görmesi yüzünden artık onun lüzumsuz olduğu neticesine varılabilir mi?

Tetkikatımızın da göstermiş olacağı veçhile, bu dava mirasçılara küçümsenemeyecek menfaatlar sağlanmaktadır. Fakat şurası da muhakkak ki, bu müessese fiiliyatta kanun vazının arzu ettiği kolaylıkları temin edememiştir. Bu vesile ile ikame prensibinin dermeyanında mevzuubahis isbat zorluğunu, varisin umumi, yani dava mevzuu malları tasrih etmeden bir dava açabilmesi imkânı meyanında mahkeme ilâmının infazı zamanında terekeye dahil malların tasrih edilmesi zarureti, icabında bunun için yeniden bir dava açma ihtiyacı, davacının mirasçı olduğunu iddia etmeyen bir kimse aleyhine de açılabilir olması, ve böyle bir davalının şey üzerinde hususi bir sebebe müstenit hak iddia etmesi, bu sebeple davacının ihtiyaten hususi davayı da açma mecburiyetinde bulunması, davanın pratik kıymetini azaltmaktadır.

Bu suretle, M. S. İ. davasının faidesi, sadece selâhiyetli mahkeme, teminat tedbirleri, müruru zaman define inhisar etmektedir ki, son nokta müstesna olmak üzere, Türk Mahkemeleri tatbikatında bundan ehemmiyetli avantajlar telâkki edilmemektedir.

Bir kimsenin vefatı ve bu suretle bir mamelek sahibinin yok olması ve onun yerine bir başkasının veya başkalarının geçmesi demektir. Fiili intikalin her zaman kolayca ve varisler için zararsızca cereyan edemeyeceği muhakkaktır. Murisin işlerinin dağınık, münasebetlerinin karışık, varislerinin müteaddit ve uzak mahallerde bulunması hallerinde, terekenin haklı olmayan kimselerinin eline geçmesini mucip olabilir ve bu suretle bir çok hakların ziyası mümkün ve muhtemeldir. Murisin vefatıyla hasil olan boşluğun geç doldurulmasından mütevellit mahzurları önlemek ve varislerinin haklarını siyanet hemen bütün modern kanunlarca tanınmış ve bu maksatla mirasçılara miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı verilmiştir. Hatta, bu husus hakkında sarıh bir hüküm ihtiva etmeyen Fransız Hukukunda da, içtihatların böyle bir müesseseyi tanımak mecburiyetinde kaldığı malumdur. Bu bakımdan bilhassa en yeni Me-

deni Kanunlardan bulunan 1942 tarihli İtalyan, (M. 533-534). 1941 tarihli Yunan Medeni Kanunlarının (Md. 1781-1882) da miras sebebiyle istihkak davası hakkında hüküm ihtiva edildiği şayanı kayıptır. Bu, Modern Kanunların da bu müesseseden vareste kalamadıklarının bir delilidir.

İşte bu fikirden hareket etmiş olan Türk ve İsviçre Medeni Kanunları da, varisleri, hususi bir himayeye tabi tutmak için, miras sebebiyle istihkak davası müessesesini kabul etmek mecburiyetinde kalmışlardır. Fakat, vazın kanun, umumi sistemine uygun olarak, burada da kısa ve ana meseleler üzerinde hükümler ihtiva eylemiş ve müessesenin ikmâl ve itmamını doktrin ve içtihadı bırakmıştır.

İsviçre ve Türk Kanunlarında M. S. İ. davası hakkında ancak kısa hükümlerin bulunmasının diğer bir sebebi de, İsviçre Medeni Kanununa modelik etmiş olan eski kanton hususi hukuklarında bu müessesenin kısmen meçhul olmasıdır. Bu müessesenin malûm bulunduğu kantonlarda bile müessese tam olarak tedvin edilmiş değildi. Bu suretle, miras sebebiyle istihkâk dâvası, kantonlardaki iptidai haliyle İsviçre Medeni Kanununda mevki almış ve nazik, hukukçular tarafından dahi anlaşılması güç bir müessese olarak kendini göstermiş ve bu hususiyetler onun tatbikatta itibar görmemesini mucip olmuştur.

2) Bu müşahedelerden M. S. İ. dâvası müessesesinin hukukumuzda tamamiyle zait ve kaldırılması gereken bir müessese telâkki edilmesi iddia edilebilir mi? Medeni Kanunumuzun yeniden gözden geçirilmesi istendiği bu devrede bu soruya verilecek cevap ehemmiyetli olabilir.

İtiraf etmek lâzım gelir ki, böyle bir soruya müsbet veya menfi şekilde cevap vermek hayli güçtür. Zira, müessese, daha esaslı olarak, hükme bağlanmış olsaydı veya ileride böyle hareket edilse bile, tatbikatta itibar görüleceği iddia edilemez. Zira, Alman Medeni Kanununda müessese daha esaslı bir surette hükme bağlandığı halde, diğer müesseselere nazaran, daha az tatbik edildiği görülmektedir. Keza, doktrin tarafından tanınmış olan Fransız Hukukunda da durum böyledir.

Bir müessesenin az tatbik edilmesinden hemen onun kanundan çıkarılması lâzım geldiği neticesine varılmamalıdır. Çünkü, bir silâhın az istimal edilmesi, onun terki için bizce sebep olamaz. Bir silâh, istimal edilmeden de vazifesini görebilir. Bunun gibi, böyle gasıp aleyhine, kullanılabilir müessir bir vasıtanın mevcudiyeti tecavüzlerin adedini hiç de değilse azaltır. Bu itibarla, kısmen kanuna kabili atıf olan bu noksan ve kusurlu tatbikattan dolayı müessesenin kanundan çıkarılması icap etmemelidir. İslâh akla gelen en tabii hâl çaresidir. Acaba bu nasıl mümkün olur. Akla, Alman Hukukundan istifade suretiyle müessesenin islâhı gel-



mektedir. Filvaki, B. G. B. müesseseyi oldukça geniş hükme bağlamış ve sureti umumiyede orada hüküm noksanından şikâyet edilmemiştir.

Acaba başka bir yol var mıdır? Schucan böyle bir yolu bize gösterebildiği kanaatındadır. Sözü şimdi Schucan'a verelim:

«Bugün (1943) Medeni Kanununun kabulünden bu yana 30 sene geçti hafifçe bir iddiada bulunmuş olmaksızın vazı kanunun miras sebebiyle istihkâk dâvası hakkındaki hükümlerinin muvaffak olmadığını söyleyebiliriz. İsviçre tatbikatı, sarîh olarak, miras sebebiyle istihkâk dâvasının varislerin haklarının himayesi için kâfi bir vasıta olmadığını göstermiştir. Karışık karakteri, onun MK. 598 ve müteakip maddelerde gayri kâfi bir surette hükme bağlanması, yalnız hukuk ilmine aşına olanları değil, umumî görünüşü nazarı itibare alınırca bir hukukçu için de güçlükler çıkartacak ve müşahhas ve münferit hâdiselerde, insanı halli müşkül ve nazik sualler karşısında bırakacak mahiyettedir.

Bu bakımdan, miras sebebiyle istihkâk dâvası hakkındaki İsviçre Medeni Kanunu hükümlerinin gayri kâfi ve bu itibarla da M. S. İ. dâvasının umumî muhtevasının sarîh olmadığını iddia eden Rumelin'e hak vermek lâzımdır. Yapılacak kanun bakımından, B. G. B. de olduğu gibi, daha etraflı hükümlerin kabulü şeklindeki bir tavsiye reddedilmelidir. Zira, meselenin bu suretle yapılacak bir tadil ile halledilebileceği şüphelidir. Fikrimize göre, müessesenin müstakbel hükme bağlanması bakımından M. S. İ. dâvasını içerisinde mevcut olan fevaidin, müstakil bir müesseseden vaz geçilerek ve irsen intikâl etmiş olan **münferit dâvalara**, müessiriyet temin eylemek suretiyle, maksadın temin edilip edilemeyeceği sorusu sorulabilir.....»

Müellif devamla: «Zürich Hukuku, Medeni ve Usul Hukuku hükümlerini telif suretiyle, bir nevi mirasçuları himaye sistemi ihdasına muvaffak oldu. Böylelikle, bir taraftan, basit bünyesi itibariyle müşterek huktan alınma bir hereditas petitio'dan daha fazla ihtiyaçları karşılayacak bir sistem yarattı. Diğer taraftan da, miras sebebiyle istihkâk dâvasını, nazari olarak, ihtiva ettiği menafii sağlamaya muvaffak oldu.

Miras sebebiyle istihkâk dâvasının münakaşalı olan değeri üzerinde kâfi derecede durduktan ve hususî bir dâvaya lüzum olmadan da, mirasçuların himaye edilebileceği hususunda elde hiç değilse, bir misâl bulduktan sonra, M. S. İ. dâvasının sebep ve mevcudiyetine lüzum olmadığını ve Zürich Hukukunda olduğu gibi, ileride bir himaye sistemi kurmanın mümkün bulunduğunu söyleyebileceğini mi zannediyoruz.

Bittabi miras sebebiyle istihkâk dâvası hükümlerinin kaldırılarak onun yerine, Zürich Hukukundaki hükümlerin konması ve 1912 den ön-

ceki vaziyete avdet edilmesi mevzuubahis değildir. Bilâkis selâhiyetli mahkeme hakkındaki, MK. 538/2 hükmü ile iade mecburiyeti, müruru zamanla iktisap edilememe, müruru zaman, hususî teminat tedbirlerine mütedair olan yenilikler, muhafaza olunacak ve bütün hükümler müstakil ve tümlük arzeden bir dâvada değil, irsen intikâl eden münferit dâvalarda mündemiç bulunacaktır.

Böyle bir sistemin kabulü halinde, bir tereke malının kendisine iadesini isteyecek olan bir varis artık ya karışık ve kendisinin alışık olmadığı miras sebebiyle istihkâk dâvasını veya hale göre imtiyazlardan mahrum münferit dâvalardan birisini seçme zorluğu karşısında, kalmayacak ve bir miras sebebiyle istihkâk dâvasının ehemmiyetsiz olmayan faidelerinden mahrum kalmadan münferit dâva nevilerine ikame suretiyle mirasçılık durumunu dermeyan edebilecektir.

Kimin dâvalı olacağı ve müruru zaman meselesi münasebetiyle karşılaştığımız zorluklardan bu takdirde de içtinap olunamayacaktır. Çünkü, varise irsen intikal etmiş olan dâvalar için de, imtiyazlı bir durum vermek mevzu bahis olmayacaktır. Binnetice, hususî sebep definin kabili dermeyan olduğunu kabul ettiğimiz ahvalde, varisin normal hukukî yollara baş vurması icap edecektir. İrsen intikal etmiş dâvalara karşı, **hususî sebep** definin dermeyanın yegane neticesi, M. S. İ. dâvası halinde, davâlının bu dâvada taraf olamayacağını ileri sürmesi, hususî sebebe müstenit dâvada ise, icabında, selâhiyetli mahkeme nezdinde açılmamış olduğunu ileri sürmesi neticesini doğuracaktır.» (54).

İtiraf edelim ki, Schucan'ın teklifi de bize tatminkâr gözükmemektedir. Mumaileyh mirasçıların hususî bir surette himayesi lüzumunu kabul etmektedir. Fakat bu maksadın miras sebeble istihkâk dâvası yoluyla temin edilemeyeceği kanaatindedir. Buraya kadar kendisile mutabık olmamak için bir sebep yoktur. Zira, miras sebeble istihkâk dâvası mirasçının hakkını ancak şekli bir surette himaye edebilmekte fiilî güçlükler istifadeye mâni olmaktadır. Fakat, teklif edildiği üzere münferit dâva nevilerinin mirasçıyı nasıl daha iyi surette himaye edebileceği bize vazih gözükmemektedir. İrsen intikal etmiş ve fakat hususî surette takviye edilmiş bir dâva nev'inde de - kendisinin de itiraf ettiği gibi - müşküller bertaraf edilmiş olmayacaktır. M. S. İ. dâvası münasebetile tahaddüs eden müşküller burada da mevzuubahs olacaktır. O halde iki şıktan birini tercih etmek icap edecektir: Ya bu müesseseyi tamamen kanundan çıkarmak veya onu mahzurlarını bertaraf edecek surette ısrar etmek. Hakkında bu hususta hiç bir hüküm bulunmayan Prusya ve

Fransız hukukunda müessesese içtihat yoluyla kabul edildiğine ve Yunan ve İtalyan Medeni Kanunları gibi pek yeni kanunların da miras sebebiyle istihkâk dâvasına yer vermiş bulunmalarına göre müessesenin Medeni Kanunumuzdan çıkarılması isabetsiz olur. Bu sebeple ikinci şıkkı ter-  
cih ile Kanunumuzu islâh etmek ve bu bakımdan işaret olunan iki yeni kanunun hükümlerinden istifade etmek ve bu meyanda memleketimizin belirmiş olan ihtiyaçlarını da gözönünde bulundurmamak daha isabetli olsa gerektir.

### B İ B L İ Y O G R A F Y A

- BINDER, J. Die Rechtsstellung des Erben nach dem bürgerlichen Gezertzbuch Bd. 3, Leipzig 1905.
- DERNBURG, H. Das bürgerliche Recht. 5. Bd.: Deutsches Erbrecht. Halle 1905.
- DERNBURG, H. Pandekten. 3. Bd.: Familien-und Erbrecht 7. Auflage Berlin 1903.
- ENNECCERUS-KIPP & WOLFF: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 5 : Das Erbrecht Marburg 1930.
- ERGÜVEN NEDİM. Miras Sebebiyle İstihkâk Dâvası. İstanbul 1942.
- ERLÄUTERUNGEN ZUM VORENTWURF DES EIDG. Justiz-und Polizeidepartements. II. Heft Erbrecht. Bern 1901.
- ESCHER, A. Kommentar zum schweizerischen ZGB. 3. Bd. Das Erbrecht. Zurich 1912.
- ESCHER, A. Kommentar zum schweizerischen ZGB. 3. Bd. Das Erbrecht. 2. umgearbeitete Aufl. Zürich 1938.
- HELLWIG, K. Anspruch und Klagerecht. In. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozessrecht des Deutschen Reiches, Bd. 5. Jena 1900.
- HERZFELDER, F. Inl. V. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Einführungsgesetzen. V. Bd. Erbrecht, 9. Aufl. München, Berlin und Leibzig 1928.
- GÜRSOY KEMAL TAHİR. Miras Sebebiyle İstihkâk Dâvası. 1958 Ankara.
- LEUCH, G. Die Erbschaftsklage des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Diss. Bern. 1912.
- MARREL, A. L'Action en Petition d' Hérité. Diss. Lausanne 1915.
- MOTIVE ZUM ENTWURF EINES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES FÜR DAS DEUTSCHE REICH. 5. Bd. Erbrecht Amtl. Ausgabe. Berlin. 1888.
- PLANCK, G. Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Bd. Erbrecht 4. Aufl. Berlin und Leibzig 1924.
- ROSSEL ET MENTHA: Manuel du Droit Civil Suisse. Lausanne 1909.
- STROHAL, E. Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches Berlin 1903.
- TUOR, P. Das schweizerischen ZGB: Das Erbrecht Bern 1913.
- WINDSCHEID, B. Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bearbeitet von Th. Kipp Bd. 3 Frankfurt a. M. 1906.