

Sağ Kalan Eşin İntifa Hakkının İrada Tahvili

(Medeni Kanununun 445. Maddesi Hakkında Bir Tetkik)

Doç. Dr. Nisim İ. FRANKO

Gazi Üniversitesi

İdari Bilimler Y. O. Öğretim Üyesi

S. 1 — İrada Tahvil Müessesesinin Hikmeti Vücudu

Sağ kalan eşin intifa hakkı müessesesi; Fransız, İtalyan ve İspanyol Medeni Kanunlarında tanzim edildiği gibi, Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarında da tanzim edilmiştir. Filhakika: Medeni Kanununun 444. maddesi, sağ kalan eşin miras hakkından bahsederken; eşin içtima etmiş olduğu müşterek mirasçılara göre, gerek eşin iradesine müstenidan ve gerekse kanunen kendisine tereke üzerinden bir intifa hakkı tanımıştır (1). Mevzubahis kanunların, sağ kalan eşe, miras hakkı olarak mülkiyetten ziyade intifa hakkı tanımalarına sebep ise; onun tekrar evlenmesi halinde malların aile mamelekin-den çıkıp başka bir ailenin mamelekine girme tehlikesini bertaraf etmektir (2). Bu itibarla; Kanunvazıları, eşe hayatı müddetince, vefat anına kadar haiz olduğu iktisadi durumunu muhafaza ettirmek, ancak ölümü ile beraber eşin iktisadi çevresini teşkil etmiş olan servet unsurlarının, ilk aileden çıkmasına mani olmak için bir teknik bulmak durumunda kalmışlardır. Zikrolunan kanunlar; bu gayeyi sağ kalan eşe tereke üzerinde mülkiyet hakkı yerine bir intifa hakkı tesis etmekle tahakkuk ettirmişlerdir.

- 1- AKİPEK J.: Türk eşya hukuku (aynî haklar) 3. kitap - mahdut aynî haklar (menkul rehni hariç) Ankara 1954, 97; PİOTET P.: Les usufruits du conjoint survivant Berne 1970, 126; FULPIUS J.: Le conjoint survivant en droit matrimonial et successoral suisse Genève 1964, 34; KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU N. : Miras hukuku 2. t. 1978, 117; KÖPRÜLÜ B. - KANETİ S. : Sınırlı aynî haklar İstanbul 1971-1972, 88; İMRE Z. : Türk miras hukuku 4. t. İstanbul 1978, 56 vrn.
- 2- İMRE Z.: 1978,61; MAZEAUD H et L-MAZEAUD J.: Leçons de droit civil, II-Successions Paris 1971, 125.

Ancak, şunu belirtmelidir ki, aile mallarının aile dışına çıkmasına mâni olan bu tedbir, başka mahzurları tevhit etmekten hali kalmamıştır. Bu mahzurlardan ilki, üzerinde intifa hakkı bulunan malların tedavül imkânlarının tahdit edilmiş olmasıdır. Filhakika, hiç kimse, bir malı yalnız kuru mülkiyet şeklinde iktisap etmek istemez (3). Zira; intifa hakkı ile mukayyet gayrimenkulün satışı halinde, bu gayri menkul o intifa hakkı ile birlikte yeni malikine intikal edecektir. (4). Bir tereke malında, filhak zilyedi olan kimse ile onun kuru mülkiyet sahibinin yekdiğerinden farklı olması, yine iktisadi bakımdan rağbet edilecek bir durum değildir. Zira, mala filhal zilyed olan kimse, o malın istikbalini hiç düşünmeden onu kullanmağa mütemayil olur. Buna mukabil, kuru mülkiyet sahibi, zilyet olmadığı için, o malın en uygun şekilde kullanılabilme imkânından mahrumdur (5). Miras hukuku, sağ kalan eşe, intifa hakkını tanıyınca, onun mallara zilyet olması gereklidir ve filhal de zilyettir (6). Bu durumda, yukarıda izah olunan menfi durum ortaya çıkmış olur.

Malların zilyetliğinin sağ kalan eşte ve kuru mülkiyetin de mirasçılarda bulunmasının diğer bir mahzuru da mevcuttur. Bu mahzur da, ikisi arasında çıkacak sürtüşme ve ihtilaflardır ki, netice itibariyle malların uygun idaresine mani olur (7). Halbuki, intifa hakkı sahibinin intifaı altında bulunan malları iyi idare etmesi onun yalnız bir hakkı değil, aynı zamanda mükellefiyetidir de (8). Bunun yanında, sağ kalan eş alelitlek bir intifa hakkı gibi, terekeye dâhil ve intifaı altında bulunan malların mükellefiyetlerine de tahammül etmek mecburiyetindedir (9).

Nihayet, sağ kalan eş, intifa hakkı ile takyid edilmiş olan mallar için M. K. 446. maddesi dairesinde kuru mülkiyet sahiplerine teminat göstermeğe de mecburdur (10). Ancak, olabilsin ki, sağ kalan eş bu mallar için, teminat göstermek istemesin veya gösteremesin.

- 3- ŞENER E.: Eski ve yeni miras hukuku Ankara 1981, 83; MAZEAUD H-et L-MAZEAUD J.: 1971, 122; MUHEIM H. : De la conversion en rente viagère de l'usufruit du conjoint survivant Fribourg, 1922, 15.
- 4- VI. HD. 6.4.1980 t. E. 1980/1862 K. 1980/5910 YKD 1981 sa. 10
- 5- MAZEAUD H et L-MAZEAUD J. : 1971, 122
- 6- İMRE Z. : 1978, 80
- 7- PİOTET P. : Les droits successoraux du conjoint survivant de lege lata et de lege feranda RDS 122, 1981, 203
- 8- İMRE Z. : 1978, 80 vm.
- 9- İMRE Z. : 1978, 80 vm.
- 10- BERKİ Ş. : Türk Medeni kanununda miras hukukunun esasları AHFD 1971, 314: CURTI-FORRER E.: Commentaire du code civil suisse 1912, 366

Yukarıdanberi izah olunan sebeplerden dolayı, kanunvazıları hem kuru mülkiyet sahibi mirasçıların menfaatlerini himaye, hem de sağ kalan eşin haklarını vikaye etmek durumunda kalmışlardır ve bunun için de, intifa hakkının tevliht etmiş olduğu mahzurları bertaraf edecek bir hukukî teknik bulmak gerekmiştir. İşte; Fransız, İtalyan ve İspanyol Kanunvazıları bu hukukî tekniği tespit etmişler ve intifanın tevliht etmiş olduğu mahzurları bu teknikle bertaraf etmişlerdir. Her üç kanunvazının onu tanzim ederken farklı hükümler vazetmekle birlikte, sevk etmiş oldukları hükümler sağ kalan eşin intifanın irade tahvili şeklinde tecelli etmiştir (11).

S. 2 — İrada Tahvil Müessesesinin Hukukî Mahiyeti

D) İrada tahvilin hukukî karakteristikleri

1 — İrada tahvil beyanının inşai vasfı

Medeni Kanunun 445. maddesinde tanzim olunan, intifa hakkının irada tahvili, hak sahibinin bir beyanı ile meydana gelir (12). İlâve etme lidir ki, irade beyanı inşai bir haktır (13).

2 — İrada tahvil beyanının tevcihi muktazı olma vasfı

İntifa hakkının irada tahvil beyanının diğeri bir vasfı, onun tevcihini muktazi bir beyan olmasıdır (14). Bundan dolayıdır ki, muayyen ve müşahhas bir hâdisede, mirasçıların delâlet edici fiillerle (actes concluants) sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvil ettiğini iddia edemezler (15).

İrada tahvil beyanının, bu inşai ve tevcihi muktazı vasfı, dolayısıyla netice kendiliğinden doğar ve beyanın vusûlünden sonra sağ kalan eşin bundan rücu etmek selahiyeti yoktur. Meğeri ki, akitlerin in'ikadında olduğu gibi, rücu beyanının asıl beyandan evvel vasıl olması veya iradeyi ifsad edecek olan bir sebebin ispatı mümkün olsun (16).

11- PIOTET P. : 1970, 126; PIOTET P. : 1981, 203 Weiman'a atfen; FULPIUS J.: 1964, 34; KÖP-RÜLÜ B. -KANETİ S. : 1971-1972, 88; ŞENER E. : 1981, 84; GÖNENSAY A.S. -BİRSEN K. Miras hukuku 2. t. İstanbul 1963, 33

12- PIOTET P.: Traité de droit privé suisse IV-Droit successoral Berne 1975, 57; PIOTET P.: 1970, 128-129; AYİTER N. : Miras hukuku 3. t. Ankara 1974, 31

13- ibidem

14- PIOTET P. : Précis de droit successoral Berne 1976, 37

15- MUHEİM H. : 85 bu müellif bu neticeyi beyanın facultas alternativa olma vasfından çıkarmaktadır

16- MUIHEM H. : 1922, 85

3 — İrada tahvil beyanının bir muhayyerlik selâhiyeti (facultas alternativa) olma vasfı

İntifa hakkının irada tahvile müteallik olan, hak sahibinin, iradesinin bir muhayyerlik selâhiyeti (facultas alternativa) olduğu ifade edilmiştir (17). Şunu belirtmelidir ki, bu fikrin aksi müdafaa edilmiştir. Filhakika (18) : İrada tahvil beyanını bir facultas alternativa olarak görmek hâtalıdır. Zira, Medeni Kanununun tanzim tarzına göre, sağ kalan eşin intifa hakkı, yalnız birinci zümreyi teşkil eden mirasçılarla içtima halinde mevzubahis olmaz. Bu hak, sağ kalan eşin içtima etmiş olduğu diğer zümre mirasçıları ile de mevcuttur. Birinci parantel dışında, sağ kalan eşin intifa hakkı, kendisinin beyanına lüzüm olmadan, hasbel kanun mülkiyet hakkı ile içtima eder. Bu itibarla, iradın tahviline müteallik beyanın bir facultas alternativa olduğunu iddia etmek yanlıştır.

Bu fikirler hakkında ne düşünülmelidir?

Kanaatimizce, Piotet'nin bu fikrinde isabet yoktur. Zira; her ne kadar sağ kalan eşin intifa hakkı, birinci zümre mirasçılarında inhisar etmeyip, diğer zümre mirasçıları ile birlikte içtima ettiği hale de şamil ise de; bu Piotet nin de işaret etmiş olduğu gibi hasbel kanundur. Bu durumlarda, sağ kalan eşin bigüna irade beyanına lüzüm olmadan intifa hakkı teessüs etmiş olur. Bu hallerde bir beyana ihtiyaç yoktur ki, o beyanen hukukî vasfı üzerinde durulması mevzubahis olsun.

Halbuki; sağ kalan eşin birinci zümre mirasçılar ile içtima halinde ise, bilâkis burada intifa hakkı bir beyana mütevakkıftır. Bu takdirde, beyanın ne şekilde tezahür edeceği hususu kabili tetkiktir. Bu hakim doktrin tarafından bir facultas alternativa olarak tavsif edilmektedir.

Şunu da belirtelim ki, hak sahibinin intifanın irada tahviline müteallik beyanın bir «seçimlik borç» (obligatio alternativa) şeklinde tavsif edilmesi hâtalıdır. Zira, seçimlik borçta iki ayrı borç arasında bir tercih yapılması mevzubahistir (19). Buna mukabil, facultas alternativa da tek bir edim mevcuttur, ancak hak sahibi o edim ye-

17- MUHEIM H. : 1922, 17 ve dip notu 2 de Gernsheim sf. 1045; DAEPEN-REYMOND: Le code fédéral des obligations, Zurich 1937,163; SAYMEN F.H.- ELBİR H.K. Türk borçlar hukuku İstanbul 1, 1958, 606; TEKİNAY S.S: Borçlar Hukuku, İstanbul 1974, 594

18- PIOTET P. : 1970, 126

19- TEKİNAY S. S. : 1974, 586; SAYMAN F. H-ELBİR H. K. : 1958, 609; ENGEL P. : Traité des obligations en droit suisse - dispositions générales Neuchâtel 1973, 67

rine başka bir edimi talep etmek selâhiyetini haiz bulunmaktadır (20).

Sağ kalan eşin, intifa hakkının irada tahvilinde böyle bir durumun mevcudiyeti aşikârdır. Filhakika, böyle bir beyan ona tekadüm eden mülkiyet ile intifa arasındaki seçimden sonra gelir. Bu seçim, alternatif bir borçtur. Buna mukabil, ikinci selâhiyet tam manasiyle bir facultas alternativadır.

4 — İrada tahvil beyanının kabili rücu olmama vasfı

Sağ kalan eş tarafından dermeyan edilmiş olan, irada tahvil beyanının diğer bir hukuki vasfı onun kabilirücu olmama vasfıdır (21). Bunun diğer bir sebebi, bu beyanın inşai bir beyan olmasıdır (22).

Burada istisna, bu beyanın iradenin fesatla muallel olmasıdır. Şunu belirtelim ki, irada tahvil beyanının bir facultas alternativa olma vasfı dolayısıyla, tarafların mutabakatına istinaden de dahi olsa; rücu imkânı yoktur. Bu durumda, alternatif borçta olduğu gibi yekdiğerinden en farklı iki edim yoktur. Bu itibarla, seçilen bir edimden dönüp başkasını talep mümkün değildir.

5 — İrada tahvil beyanının şekle tâbi olmama vasfı

İntifa hakkının irada tahviline müteallik beyanın, hiç bir şekle tâbi olmadığı kabul edilmiştir (23). İsabette işaret olunduğu üzere (24) intifanın irada tahvili bir mukavele ile yapılıyorsa, bunun kaydıhayatla irat mukayelesinin tâbi bulunduğu şekil şartına da riayeti aranmaz (25).

Kanaatimizce, bu son fikir yerindedir. Filhakika irada tahvilde tarafların borçları, hak sahibinin iradesini izhar ettiği anda ortaya çıkar (26). Bundan dolayıdır ki, mukavele yapılırsa dahi, borçlar hasbel kanun daha evvel doğmuştur.

İrada tahvil şekli bakımından şöyle bir fikrin ileri sürüldüğü de

20- TEKİNAY S. S. : 1974, 593; ENGEL P. : 1973, 68; SAYMEN F. H. - ELBİR H. K.: 1958, 605

21- MUHEİM H. : 1922, 91; PIOTET P. 1970, 128; PIOTET P. 1975, 57

22- ibidem

23- MUHEİM H. : 1922, 86; PIOTET P. : 1970, 128

24- GUT: 78, ESGHER n. 6 initio art.463, SEBES 105 bu hususta mütereddît piotet ye atfen 1970,

25- PIOTET P. : 1970, 128

26- ibidem

görülmüştür (27): Sağ kalan eşin, MK. 444'e göre miras hakkının 1/2 intifa ile 1/4 mülkiyet arasındaki tercihi delalet edici fiillerle ispat edilmesine mukabil; mukaddeme seçilmiş olan 1/2 intifanın irada tahvili aynı yollardan ispatı mümkün değildir. Yani burada, delalet edici fiillere istinad edilmez. Zira, biri seçilmiş borç diğeri muhayyerlik selâhiyetidir (28).

Kanaatimizce, müellifin bu fikrinde isabet yoktur. Filhakika, gerek alternatif borçta, gerekse muhayyerlik selâhiyetinde, hukukî netice iradenin izharı ile tahakkuk eder. İradenin izharı ise sarîh olabileceği gibi delâlet edici fiillerle ispat edilememe durumu, bu iki beyanın da tevcihi muktazı olmalarından ileri gelebilir.

6 — İrada tahvilin âmir hüküm olmama vasfı

İrada tahvil müessesesinin hukukî vasfı tesbit olunurken, kanundaki hükümün âmir olup olmadığı hususu da tetkik edilmelidir. Bu husus ihtilâflıdır:

A) İrada tahvilin âmir olduğunu kabul eden telâkki

Fonksiyonunu nazar ıdikkate alan, bir telâkkiye göre (29), irada tahvil müessesesi, terekeyi takyit etmiş olan intifa haklarını bertaraf etmeğe müteveccihdir. Bir mülkün veya hakkın üzerindeki intifa hakkı, onun iktisadî tedavül kabiliyetini ortadan kaldırır. Malların serbestçe tedavülünü teminde ise umumi menfaat mevcuttur. Kanunvazı menfaatleri tanzim ederken, bunlar arasında bir tefrik yapmış ve umumun menfaatine üstünlük tanımıştır (30).

Bu itibarla; irada tahvile müteallik hüküm böyle bir gayeyi temin etmek için konulduğundan, bu hüküm âmir bir hüküm olduğu neticesine varılmalıdır. İrada tahvil müessesesini tanzim eden hüküm, âmir mahiyette kabul ettiğimiz takdirde de şu neticeler doğacaktır: hak sahibi bundan feragat edemeyecek mirasçılar ile hak sahibi arasında aksine bir mukavele yapılamıyacak ve müteveffa dahi, ölüme bağlı tasarrufla, bu imkânı ortadan kaldıramıyacaktır (31).

27-28 MUHEIM H. : 1922, 85

29- GHESQUIERE A. : De l'usufruit du conjoint survivant Paris 1899, 254 Muheim'den naklen 28; ROSSEL V. : Manuel de droit civil suisse III. Bull. Sétm XV.2.1905,1346; GERBAULT et DUBOURG: Régime successoral de l'époux survivant, La France Judiciare Octobre 1982 no. 10 XVI e Muheim'den 29 dip notu 2

30- AUBRY et RAU: Cours de droit civil français Paris I,117 Muheim'den 28

31- ibidem .

B) İrada tahvilin âmir olmadığını kabul eden telâkki

İrada tahvil müessesesinin fonksiyonu nazarı dikkate alındığı takdirde dahi, onun âmir hüküm olduğu fikrine itiraz edilmiştir. Eu aksi kanata göre (32): Gerek Fransada, gerekse İsviçrede, sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvilinde, malların tedavülü gayesi takip olunduğu doğrudur. Ancak, Kanuvazı, bu hükmü koyarken diğer bir gaye de takip etmiştir. Bu gaye de; sağ kalan eşi, terekeyi idare külfetinden kurtarmak, terekeye zilyet olması sebebiyle diğer mirasçılara icabında teminat gösterme mecburiyetinden kurtarmak ve malın, filhal zilyedi ile kuru mülkiyet sahipleri arasında, meydana çıkabilecek olan sürtüşmeleri ortadan kaldırmaktır.

Bu itibarlardır ki, irada tahvil müessesesinin yalnız umumî menfaate değil, bizzat sağ kalan eşin ferdi menfaatini de gözettiği ileri sürülebilir.

Şu husus da belirtilmiştir ki, Kanunvazı muayyen bir hükmü âmir telâkki ettiği takdirde, hükmü sev'ederek bu hususu açıkça belirtir (33)

İrada tahvil müessesesinin âmir olup olmadığı hususunda ileri sürülen bu fikirler hakkında ne düşünülmelidir?

Şunu belirtmelidir ki; her ne kadar irada tahvilin intifa hakkının yegane gayesi bu değildir. Bunun yanında, sağ kalan eşin temün yegane gayesi budeğildir. Bunun yanında, sağ kalan eşin terekeyi idare külfetinden kurtarılması, kanunda gösterilen ahvalin tahakkukunda, kuru mülkiyet sahibi mirasçılara teminat gösterme mecburiyetinden vareste tutulması, nihayet sağ kalan eşle müşterek mirasçılar arasında, terekenin idaresi bakımından, zuhur edebilecek olan sürtüşmeleri bertaraf etme gayesi de yer almıştır.

Görülüyor ki, hükmün vazı ile istihdaf olunan gayelerde ferdi gaye (sağ kalan eşin, kuru mülkiyet sahibi mirasçılarının) umumî gayeden evvel yer almıştır.

Bunun yanında diğer bir argüman, irada tahvil müessesesinin kaim olduğu müessese bakımından da tespit edilebilir. Filhakıka; irada tahvil, sağ kalan eşin intifa hakkı yerine kaim olan bir müessesedir. Halbuki, sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvil edilip edil-

32- MUHEİM H.: 1922, 29

33- MUHEİM H. : 1922, 30

miyacağı hususa müteveffanın ölümüne bağlı tasarrufu ile tanzim edilebilir (34).

Kanunun, müteveffanın ölümüne bağlı tasarrufu ile mukaddera-
tını tayin etmek imkanını verdiği (35) bir hükümün amir hüküm ola-
cağı ileri sürülemez.

7 — İrada tahvil beyanının şahsiyet haklarından olmama vasfı

Sağ kalan eşin, intifa hakkını irada tahvile müteallik beyanının, diğer bir vasfı onun sağ kalan eşin şahsiyet hakkından olmamasıdır (36). Filhakika, sağ kalan eşin intifa hakkının, Medeni Kanununun anladığı mânada, şahsiyet haklarına girmediği aşikârdır. Sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvilde, her ne kadar mameleki bir unsur mevcut ise de; bunun kullanılıp kullanılmamasının, sağ kalan eşin iktisadi istikbalini haleldar edeceği ileri sürülemez.

Şunu belirtmelidir ki, irada tahvil müessesesi, sağ kalan eşin intifa hakkının yerine kaim olan bir müessesedir. Halbuki, doktrin-
de kabul edildiği üzere (37), sağ kalan eşin birinci zümre ile içtim
halinde, haiz olduğu seçim hakkı, hakkı, onun şahsiyet haklarına
dahil değildir. Bu itibarla, kaim olan menfaatin veya hakkında şah-
siyet hakkı olacağı iddia edilemez. İntifa ile mülkiyet arasındaki, se-
çim bizzat yapılabileceği gibi, gerek akdi gerekse kanuni mümessil
marifetiyle de yapılabilir. Onun yerine geçecek irada tahvilin de ay-
rı vasıfları haiz olduğu kabul edilmelidir.

III) İrada tahvilin benzer müesseselerden tefriki

1 — İrada tahvil ve mirası taksim muamelesi

İrada tahvil muamelesinin hukuki mahiyetini tespit ederken,
ilk üzerinde durulan husus, bunun miras taksimi muamelesi ile
olan münasebetin tayinidir (38). Şunu derhal belirtmelidir ki, bu

34- MUHEİM H. : 1922, 30; da Komisyon raporları Res. d'ün Publ. Séances, XV, 2, 1905-1916 ve
Hoffmann'n Consil. des États deki Bull. Séang. XVI, 1906, 1388 beyanları Muheim'dan 32;
PIOTET P. : 1970, 127; SENER E. : 1981, 85; BOLAK A. E. : uygulanamada miras ve tefrik'e
hukuku, İstanbul 1987

35- İMRE Z. : 1978, 89; KOCAYUSUF PASAOĞLU N. : 1978, 118-119; PIOTET P. : 1970, 127;
MUHEİM H. : 1922, 30; SENER E. : 1981, 85; BOLAK A. E. : 487

36- MUHEİM H. : 1922, 65; AYİTER N. : 1973, 31

(37) OĞUZMAN K. : 1978, 93; İMRE Z. : 1978, 67

(38) MUHEİM H. : 1922, 25

mesele bilhassa Fransız hukuku için mevzubahistir. Filhakika, Fransız hukukuna göre, irada tahvil ancak mirasın taksimine kadar talep edilebileceği ve bu itibarla onun bir cüz'ü olduğu kabul edilmiştir (39).

Halbuki, aynı muhakeme tarzını, İsviçre ve Türk Medeni Kanunları için ileri sürmek mümkün değildir. Zira, M.K. 445'e göre, sağ kalan eş intifa hakkını daima irada tahvil etmek talebinde bulunmak selâhiyetini haizdir. Bundan dolayıdır ki, Türk Medeni Kanununda, iradın tahvili ile taksim muamelesini bir tutmak mümkün değildir.

2 — İrada tahvil ve temlik veya irat tesisi muamelesi

İrada tahvil muamelesi, ivazlı bir temlik veya ivazlı bir irat tesisi muamelesi olarak da kabul edilemez (40). Filhakika; intifa hakkını irada tahvil eden sağ kalan eş, bu muamele ile hakkını terk etmemekte, ancak onun mahiyetini değiştirmektedir. Bundan dolayıdır ki, Fransız hukukunda ileri sürüldüğü Hazine tarafından dermeyan edildiği gibi irada tahvilin ikinci bir devir olduğu ve bu itibarla ikinci bir harç ödeneceği iddia edilemez (41).

3 — İrada tahvil ve tecdit

Bir fikre göre (42); irada tahvil muamelesi bir tecdittir. Buna göre: «irada tahvil mirasçıların haklarını tezyid veya tenkis etmeden terekoye iştirak tarzlarını değiştirmektedir. Bu itibarla, bu muameleye ehliyet tecditte olduğu şekilde tayin edilmelidir. Aynı muellif, eserin diğer bir yerinde de aynen: «intifa hakkının irada tahvil bir tecdit olduğundan» demek suretiyle aynı kanaatini tekrarlamıştır (42).

Her ne kadar; ilk nazarda, irada tahvil ile borcun tecdidi arasında bir benzerlik mevcut ise de (43), mesele tahkik edildikte farklı bir neticeye varmak gerekir. Filhakika (44); evveleminde, alacağın nev'ini değiştiren tecdit (objektif tecdit) esas itibariyle iki taraflı bir hukuki muameledir. Halbuki; intifaın irada tahvilinde, Fransız huku-

(39) ibidem

(40) MUHEİM H. : 1922, 26

41- COLINA. - CAPITANT H.: Cours élémentaire de droit civil français III Paris 1916. 419 Muheim'dan 25 dip notu 1

42- BAUDRY-LA CANTINERIE G. : Précis de droit civil Paris 1908-1914 No. 613 Muheim'dan 26 dip notu 2

42a- ibidem

43- MUHEİM H. : 1922, 26

44- ibidem

kunda, mirasçılar bakımından İsviçre hukukunda ise sağ kalan eş bakımından, bu muamelede tecdit iradesi (animus novandi) mevcut olmayabilir. Zira, her iki hukukta da, tahvilin muhataplarının bu tahvili kabul etmemek selâhiyetleri yoktur. Fransız hukukunda, sağ kalan eş, İsviçre hukukunda ise, mirasçılar tahvili kabul mecburiyetindedirler.

İkinci olarak; alacağın tecdidinden bahsedilebilmek için, yekdiğerinden farklı iki «borcun» mevcudiyeti şarttır. Öyle ki, tecdit eski borç yerine yeni bir borç ikame etsin. İntifain irada tahvilinde ise, mirasçının irat vermek borcundan bahsedilebilir, ancak irada tahvil suretiyle ortadan kalkan intifa hakkı bir «borç» teşkil etmeyip sağ kalan eşin bir «aynı hak» kıldır. Bu bilhassa, İsviçre hukuku için mevzubahistir. Zira; bu hukukta, terekenin açılması ile birlikte, o tereke üzerinde sağ kalan eş için intifa hakkı «aynı hak» olarak doğmuştur.

Üçüncü olarak; şu hususta tespit edilmelidir ki (45), gerek Fransız Medeni Kanununun 1273. maddesi, gerekse İsviçre Borçlar Kanununun 116. maddesine göre; alacağın tecdidi ancak sarahaten icra olunabilir. Bu itibarla, irat tahvili muamelesi, tecdidi tasrih etmek durumundadır.

Bu sebeplerden dolayıdır ki, iradın tahvilini tecdit olarak tavsif etmek yerinde değildir (46).

4 — İrada tahvil ve sulh akdi

Medeni Kanunumuzun 445. maddesinde tanzim edilmiş olan, iradın tahvili muamelesinin, bir sulh akdi olup olmadığı da tetkik edilmiştir (47). Bu tetkik neticesinde menfi bir neticeye varılmalıdır (48). Filhakika; Kanuna göre, sulhtan bahsedilebilmesi için, taraflar arasında bir ihtilâfın mevcudiyeti şarttır. Gerek Fransız hukukunda, gerekse İsviçre hukukunda, sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvilinde bir ihtilâf mevcut değildir. Halbuki, sulh akdinin unsurlarından biri bizatihi kendisinde taraflar arasında ihtilâflı bir durum olmasıdır.

45- MUHEİM H. : 1922, 27

46- ibidem

47- MUHEİM H. : 1922, 25

48- ibidem

Burada, bir ihtilâf ancak, hakkın doğumu veya iradın miktarı bakımından mevcut olabilir. Ancak, sağ kalan eşin -şartlar mevcut iken- doğan irada tahvil bakımından bir ihtilâf mevcut olamaz.

İrada tahvilin benzer müesseselerle yapılan bu mukayesesinden şu neticeye varılabilir. İşaret olunduğu üzere (49), tetkik olunan müesseselerle, irada tahvil arasında bir benzerlik mevcut olmakla beraber; irada tahvili bu muamelelerden hiçbirine irca etmek mümkün değildir. Bu itibarla irada tahvil müessesesinin; Medenî Kanununun, miras hukukunda tanzim etmiş olduğu «sui generis» bir müessese olduğu neticesine varmak gerekir.

S. 3 — Medenî Kanunda İntifa Hakkının İrada Tahvilinin Tahakkuku

D) İrada tahvilin teşrii safhaları

İsviçre Medenî Kanununun hazırlanması sırasında, sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvili müessesesi muhtelif safhalardan geçmiştir. Bu taknin faaliyeti esnasında, bilhassa intifa hakkının irada tahvilinin şartları ve talepte bulunabilecek olan hak sahibi bakımından farklı hükümler sevk edilmiştir. Bu safahatı tetkik edelim:

1 — 1894 tarihli birinci Ön - tasarıda durum

İsviçre Medenî Kanununun, 1894 tarihli Birinci Ön-Projesi, sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvili imkânına yer vermiştir (50). Bu Ön-Tasarı, muhtemelen, 1891 tarihinde kabul edilmiş olan Fransız Kanunundan mülhem olmuştur (51). Bu Ön-Tasarıya göre, mirasçı tarafından kendisinden teminat talep edilmiş olan sağ kalan eş; intifa hakkının irada tahvilini isteyebilmektedir (52). Demek ki; Bu Ön-Tasarı, muhtemelen, 1891 tarihinde kabul edilmiş olan kabil, irada tahvil imkânı verilmek istenmiştir.

Aynı projede, mirasçıların da, iradın tahvilini talep edebilecekleri derpiş edilmektedir. Ancak, bu bir hale inhisar etmektedir. O da, sağ kalan eşin tekrar evlenmiş olması halidir (53).

49- MUHEIM H : 1922, 27

50- MUHEIM H. : 1922, 39

51- ibidem

52- MUHEIM H. : 1922, 40 da Birinci ön-tasarı mad. 198

53- ibidem

Müşahade olunduğu üzere, 1894 tarihli Ön-Tasarıda, irada tahvil talebi, hem sağ kalan eş bakımından, hem de mirasçılar bakımından muayyen hallere inhisar etmekteydi. Bunun sebebini, Ön-Tasarıya eklenmiş olan mucip sebepler layıhasından çıkartmak mümkündür (54).

Filhakika; Kanun vazın maksadına göre, sağ kalan eşin miras hakkında aslolan intifa hakkından istifade etmesidir. İntifanın irada tahvili ancak bir istisna teşkil eder. Bu istisnanın sebebi de intifa hakkı sahibi ile kuru mülkiyet sahipleri arasında tahaddüs edebilecek sürtüşmeleri bertaraf etmektir (55).

2 — 1895 tarihli Ön-Tasarıda durum

1894 tarihli Birinci Ön-Tasarının aksine, 1895 tarihli Ön-Tasarıda sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvili müessesesi kaldırılmıştır (56). Gayet faydalı olmasına rağmen, bu hükmün ilga edilmesine sebep de, rıza aranmaksızın yapılan böyle bir tahvilin bazı hallerde adaletsizlikler tevhit edeceği tehlikesidir (57).

3 — 1900 tarihli Adalet ve Polis Dairesi projesinde durum

Adalet ve Polis Dairesince hazırlanmış olan, 1900 tarihli, proje sağ kalan eşin miras hakkını büsbütün farklı esaslara istinad ettirmiş olduğundan, bu projede irada tahvil selâhiyeti tamamen ihmal edilmiştir (58). Her ne kadar, bu projenin gerekçesinde sağ kalan eşin intifa hakkından bahsedilmişse de, projenin metninde buna bir hüküm şeklinde yer verilmemiştir (59). Bu projeye göre, intifa hakkının irada tahvili tamamen tarafların iradelerine bırakılmıştır (60). Burada, irada tahvil, tarafların iradelerine bırakılmış olduğundan; böyle bir anlaşma mevcut olmadığı takdirde, intifa hakkının bütün mahzurlarını taşıyan ve tahvili mümkün olmayan bir sistem kabul edilmiştir (61).

İsviçre Medeni Kanununun hazırlanmasında; intifa hakkını irada tahvil imkânı veren bir maddeye, ancak tekrar Eksperler Komis-

54- MUHEİM H. : 1922, 40 Birinci ön-tasarı sf. 124

55- MUHEİM H. : 1922, 40

56- ibidem

57- MUHEİM H. : 1922, 40 dip notu 4 te Eksperler komitesi zabıtlarında 1. 529 raportörün beyanı

58- RÜMELİN in Schmollers Jahrbuch 25. 2. 1901, 96-97 Muheim'den 40 dipnotu 5

59- MUHEİM H. : 1922, 41

60- ibidem

61- MUHEİM H. : 1922, 41

yonunun çalışmalarında rastlamak mümkün olmuştur. Burada rapor-
ör E. Huber'in teklifine göre, sağ kalan eş irada tahvil selâhiyeti ile
teşvil edileceği gibi; müşterek mirasçılara da aynı selâhiyet veril-
mekteydi (62). Ancak; bu tanzim tarzında, intifa hakkı doğrudan doğ-
ruya irada tahvil edilememekte, sağ kalan eş ciddi bir irat sandığı ta-
rafından kendisine hat bağlanabilmesini teminen, ona muaddil bir
özelliklerin kendisine verilmesini mirasçılardan talep edebilmekte-
dir.

Eksperler Komisyonunun, bu bapta olan zabıtları teklif edildiği-
te, şu fikirlerin ileri sürüldüğünü tespit etmek mümkündür:

Müzakereler esnasında, Wieland raportör Huber'in fikirlerine
iştirak etmekle beraber, tahvil hakkına başka bir veçhe vermek iste-
memektedir. Buna göre, tahvil intifain sermayeye kalbedilmesi mevzu-
lâhis olmamakta, 1894 tarihli Birinci Ön-Tasarı'daki sisteme yakla-
şmaktadır. Wieland'ın teklifine göre, hâkimin muvafakatı lahik ol-
madık kaydıyla, mirasçılar, sağ kalan eşin intifa hakkını doğrudan doğ-
ruya irada tahvil edebilmektedir. Mahkeme, tahvilin isabeti hakkın-
da takdir selâhiyetini haizdir.

Görüldüğü üzere, Wieland'ın fikri İsviçre Hukukuna 1891 tarih-
li Fransız Kanununa mümasil bir hükmü getirmekten ibarettir (63).

Gmür, bu fikre iştirak etmekle beraber, Wieland'ın teklifine
bir tâdilât getirmektedir. Gmür'ün tadili, intifain irada tahvil talep
olmak hakkındaki selâhiyeti münhasıran sağ kalan eşe tanınması
kolundadır (64). Bu tadilin, mucip sebebini, Gmür, şu şekilde açık-
lamaktadır: Eğer, intifain irada tahvil hakkı, mirasçılara tanındığı
taktirde, sağ kalan eşin sahibi bulunduğu bir sınaî teşebbüsten veya
fiorsinaheden, bizzat kendi çocukları tarafından uzaklaştırılmak
tehlikesi ile karşılaşılabilir (65).

Bu mevzuda, Wieland için mühim olan, intifa haklarını tahdit
etmek olduğundan, bu müellif kendi fikrinde ısrar etmemiştir.

Bütün bunlara rağmen; Eksperler Komisyonu, irada tahvil hak-
kının sağ kalan eşe mi, yoksa mirasçılara mı ait olması gerekeceği me-
selenini enine boyuna müzakere etmemiştir. Bu meselenin teferruatı ile

62- ibidem

63- MUEHEIM H. : 1922, 41-42

64- MUEHEIM H. : 1922, 42

65- ibidem

müzakeresi Federal Meclislerde, bir taraftan, Gobot ve Rossel ile diğ er taraftan Schultess ile Hoffmann arasında cereyan etmiştir (66). Bu müzakereler esnasında, Millet Meclisi, irada tahvil hakkını; hem sağ kalan eş e hem de mirasçılara tanınmasına mütemayil olmasına mukabil; Devlet Konseyi bu hakkı yalnız sağ kalan eş e tanımak fikrini müdafaa etmiştir (67).

Bu ihtilâftan ,fikrinden vazgeçen Millet Meclisi olmuş (68) ve teklif redaksiyon komitesi tarafından biraz tadil edilmek suretiyle Medenî Kanun 463. maddesi (TMK 445) bugünkü metnini almıştır (69).

II) İrada tahvil müessesesinin tahakkuk şartları

1 — İrada tahvilin mevzuu olan hak bakımından

Medenî Kanununun 445. maddesine göre, irada tahvili mevzubahis olan hak, sağ kalan eş in miras hakkının intifa hakkını tekabül eden kısmıdır. Filhakika; M.K. 445'e göre, sağ kalan eş , intifa hakkının irada tahvilini talep edebilir (70). İşaret etmelidir ki, sağ kalan eş in bu tahvili talep etmek hakkı, kendisinin birinci zümre mirasçıları ile içtima etmesi haline münhasır değildir. Nitekim, M.K. 444'e göre, sağ kalan eş in, ikinci, üçüncü ve dördüncü zümre mirasçıları ile içtima etmesi halinde, miras hakkı hem intifa hakkına hem de mülkiyete taallük etmektedir. Sağ kalan eş in, irada tahvil talebi bu hallerde de, ancak miras hakkının intifa kısmına isabet eden kısmı için mevzubahis olabilir (71).

Bu itibarla, birinci zümre mirasçıları ile içtima etmiş olan sağ kalan eş , miras hakkı olarak mirası seçtiği takdirde, bu hakkın irada tahvilini isteyemeyeceği gibi; ikinci, üçüncü ve dördüncü zümrelerle içtimaında da, miras hakkının mülkiyet kısmının irada tahvilini talep edebilir yoksa mülkiyet hakkı bakımından böyle bir selâhiyeti yoktur (72).

Şunu belirtmelidir ki, sağ kalan eş in miras hakkının ancak intifa hakkı, irada tahvil edilebilir ise de; bu intifa hakkının bazı vasıfla-

66- MUHEIM H. : 1922, 42

67- Bull. Sténo. XV. 2. 1905, 1346; XIV 1. 1906, 139 Muheim'a atfen 42 dip notu 2

68- Bull. Sténo. XVII. 2, 96 Muheim'e atfen 42 dip notu 3

69- MUHEIM H. : 1922, 42

70- AKİPEK J. : 1954, 79; PIOTET P. : 1970, 126, 203; FULPIUS I. : 1969, 34; İMRE Z. : 1978, 87;

BELGESAY M. R. : 1952, 23; KÖPRÜLÜ B.- KANETİ S. : 1972-1973, 88

71- PIOTET P. : 1970, 126; 1969, 34; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 1978, 11

72- MUHEIM H. : 1922, 72

rı haiz olması gerekir. Bir hak intifa hakkı dahi olsa, bu vasıfları haiz olmadıkça, bu intifa hakkının dahi irada tahvili mümkün değildir. Şimdi. bu vasıfları görelim:

A) İrada tahvil edilecek intifanın kanuni olma vasfı

M.K. 445'e göre, sağ kalan eşin intifa hakkını irada tahvil edebilmek için, bu intifa hakkının kanundan doğması gerekir (73). Bundan dolayıdır ki, bizim kanunumuzda iktibas edilmemekle beraber; İMK. nun 473. maddesinde yer almış olan ve vasiyet yolu ile tevcih edilmiş olan intifa hakkının irada tahvili mümkün değildir (74).

Burada şuna işaret edelim ki; İtalyan Hukukunda, intifanın menşei ne olursa olsun, bütün intifa haklarının irada tahvili mümkündür (75).

Ancak, burada şöyle bir mesele ile karşılaşılabilir: Müteveffa, sağ kalan eşe, onun kanuni hakkı olan, intifa hakkını ayrıca bir vasiyetname ile tefviz ederse; bizim kanunumuz bakımından da, bu intifanın irada tahvili talep edilebilecek midir?.

Bu mesele, Fransız Hukukunda ve bilhassa mirasçılar bakımından geniş münkaşalara sebep olmuştur. Bu münakaşalara girmiyecəğiz. Ancak, şunu belirtelim ki; mütevaffanın, vasiyetname yolu ile tefviz etmiş olduğu intifa hakkının, irada tahvili onun iradesi dışına çıkmak demek olur (76). Müteveffanın tanzim etmiş olduğu vasiyetnamenin bizatihi esaslarındandır (77).

Müteveffanın, vasiyetnameyi tanzim ederken, mirasçılar için külfetli olan bir tahvili, onlara tahmil etmek istediğini kabul etmekte isabet yoktur (78). İsviçre ve binnetice, Türk Hukuku bakımından umumî bir kaide koymaktan çekinilmeli ve her münferit hadiseye göre hükme varmalıdır (79). Bu münferit hallerden biri eşin sağ kalan hakkı kadar bir hakkın vasiyet edilmiş olması halidir ki, müteveffa tarafından tahvile rıza şeklinde tefsir etmek mümkün olabilir (80). Ancak, her hâl ve kârda müteveffanın vasiyet ettiği inti-

73- MUHEİM H. : 1922, 74; İMRE Z. : 1978, 87; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 1978, 117

74- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 1978, 117; MUHEİM H. : 1922, 74 ve dip notu 4 teki müellifler

75- MUHEİM H. : 1922, 74

76- GHESQUIERE 252 Muheim'den naklen 75 dip notu 2

77- TUOR ad. art. 484 n. 2 Muheim'den 75 dip notu 3

78- MUHEİM H. : 1922, 75

79- İbidem

80- MUHEİM H. : 1922, 76

İrade tahvil niyeti hususunda bir tereddüt mevcut ise; irada tahvil mümkün olmamak gerekir (81).

Şunu belirtmelidir ki; kanaatimizce, bu fikirlerde, sağ kalan eşin intifa hakkına muadeli, bir nispetin velayet altına; velayetin tahvile zimnen konulması ve tahvil için irade tasvir etmek isteyen mirasçıların iştirak etmek mümkün değildir.

B) İrade tahvil edilecek olan intifa hakkının miras hukukundan doğmuş olma varını

M.K. 415. maddesi hükümleri dairesinde, sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvil edilebilmesi için; bu hakkın yalnız kanundan doğması yetmez; bunun aynı zamanda miras hukukuna müdahale olması da gerekir (82).

Bu itibarla, sağ kalan eşin intifa hakkı, kanuni olarak beraber, miras hukukunda neşet etmiyorsa, bu intifa hakkının irada tahvil talep edilemez (83). Bilhazar, sağ kalan eşin aile hukukundan doğan ve velayet altında olan çocukların malları üzerindeki intifa hakkı, böyle bir memnuiyetle karşılaşır.

Böyle bir hakkın, irada tahvil edilememesi, o hukukta tesis olunan hakkın bizatihi gayesinden doğar (84). Fihakika, miras hukukunda, intifaa irada tahvili neticesinde, terake mallarının idaresi ve zilyetliği mirasçılara avdet eder. Halbuki, aile hukukundan doğan intifa hakkının gayesi, velayet altında bulunan çocukların mallarını idare etmeleri gibi tasarruf etmemelerini temindir. Zira, tecrübesizlikleri dolayısıyla bu malların elden çıkmasına sebep olabilirler. Aile hukukundaki, intifa hakkına bu gaye verilince, irada tahvil etmeme lüzumu kendiliğinden doğar. Zira, irada tahvil etmek, malların zilyetlik ve idaresini çocuklara tevdi etmek demektir, istihdaf olunan gayeye ters düşer.

Şunu belirtelim ki, aile hukukundan doğan intifa hakkının, irada tahvil edilmemesi hakkındaki bu fikirde, her ne kadar doğruluk payı var ise de; M.K. nun 220. maddesi dairesinde, ana ve babaların velayetleri altındaki çocukların mallarına üzerindeki hak, teknik manada bir intifa hakkı değildir. Bu hak, kendi şahıslarına sıkı sıkıya bağlı, kabili devir olmıyan, haczedilemeyen ve iflâs masasına id-

81- İbidem

82- MUHEİM H. : 1922, 73 ve dip notu I de Teor ed. art. 463 n. 1

83- MUHEİM H. : 1922, 73

84- İbidem

hal edilemiyen bir istifade hakkıdır. Bu itibarla da, tahvil müessesesinin dışındadır.

Nitekim, çocukların malları üzerindeki ana ve babanın hakkınının gayeleri itibariyle tahvil edilemeyeceğini izah eden müellif bu hususu açıkça kabul etmiştir (85).

2 — İrada tahvili talep edebilecek olan hak sahibi bakımından

Sağ kalan eşin intifa hakkının, irada tahvili müessesesinde, üzerinde durulması gereken diğer bir mesele de; bu tahvilin kimin tarafından talep edilebileceği hususudur.

Şuna işaret etmelidir ki; yukarıda da belirtildiği üzere (86), İsviçre Kanun vazın, müesseseyi tanzim ederken, bu mesele ile karşılaşmış ve muhtelif projelerden sonra, metin bugünkü halini almıştır. Gerek İsviçre Medeni Kanunu, gerekse Türk Medeni Kanunu bakımından, intifa hakkını irada tahvil talebinde hak sahibi meselesi şu şekilde tafsil edilmiştir:

A) Kaide: İrada tahvil hakkı sağ kalan eşindir

Medeni Kanununun 445. maddesinin sathî bir tetkiki dahi; Türk Medeni Kanununda intifa hakkının irada tahvil talebinin yalnız sağ kalan eşe ait olduğunu tespiti kafidir. Bu hususta doktrin mütefakittir (87).

Gerek Türk, gerek İsviçre Medeni Kanunlarında, tahvil hakkı, sağ kalan eşe tanınmış olan bir imtiyazdır (88). Bu imtiyazın sebebi de, sağ kalan eşin müşterek mirasçılarla olan hususi durumudur (89). Bundan dolayıdır ki; dördüncü zümre mirasçılarının da

85- MUHEİM H. : 1922, 73 dip notu 2 de Silbarnagel adl. art. 292 no. 4 de atfen

86- bk. aynı paragraf 1 izahatı

87- İMRE Z. : 1978, 88; KÖPRÜLÜ B.- KANETİ S. : 1972-1973, sonu belirtilim ki bu müellifler hakkın suisimahi halini mahfuz tutmaktadır. MERCIER P. : Aspects du droit suisse des successions in Congrès de l'Institut international de Droit d'expression française tenu à Kinsasa du 1er au 11 Septembre 1972 sur les successions, Revue Juridique et Politique 1972 26 ème année, Octobre-décembre 1972; TUOR P. : Le code civil suisse Zurich 1941, 298; PIOTET P. : 1981, 203 note 17 a; LADOR-MINET-HINDERMANN : Héritiers et testateurs 1954, 38; KÖPRÜLÜ B. : Miras hukuku dersleri I, İstanbul 1973-1976, 97 ; İNAN A.N. : Miras hukuku 1969, 97; ÖZTRAK İ. : Miras hukuku Ankara 1969, 83; ÇÖZÜZMAN K. : Miras hukuku dersleri İstanbul 1978, 104; BELGESAY M.R. : 1952, 23; GÖNENSAY A.S. - DİRSEN K. : 1963, 32

88- PIOTET P. : 1970, 126, 132

89- İbidem

kanuni intifa hakkı mevcut olmasına rağmen; böyle bir irada tahvil selâhiyetini onlara teşmil etmek, kanunun maksadına ters düşer (90).

B) İstisna : Mirasçıların hak sahibi olmaları

Bir fikre göre (91), İsviçre Medeni Kanununun ve binnetice Türk Medeni Kanununun, intifa hakkının irada tahvili sistemi aksaktır. Tıpkı; irada tahvil hakkını, yalnız mirasçılara tanımış olan, Fransız Hukukunun aksak olduğu gibi (92). Zira, intifa hakkının irada tahvili, her ne kadar onun menfaati düşünülerek vazedilmiş ise de; bu müessesenin gayesi, yalnız sağ kalan eşin menfaatinin muhafazası değildir.

İntifa hakkının irada tahvilinin diğer bir fonksiyonu da mevcuttur ki, bu dahi malların tedavülüne mani olan intifayı bertaraf etmektir. Bunun içindir ki, gerek İsviçre Hukukunda gerekse Türk Hukukunda, intifa hakkının irada tahvil talebini diğer mirasçılara tanınması hususunda bazı teklifler ileri sürülmüştür.

Şunu hatırlamalıdır ki, Fransız Hukukunda, irada tahvil mirasçıya, ait olması dolayısıyla (93), o hukukta, mesele -İsviçre ve Türk Hukuklarının aksine, sağ kalan eşe bir intifa hakkını irada tahvil selâhiyeti şeklinde tezahür eder.

İrada tahvil hakkının, İsvire ve Türk Hukuklarında sağ kalan eşe tanınması ve mirasçılara bunun tanınmamış olmasının sebebi, onun müteveffa ile idare etmiş olduğu bir işletmeden uzaklaştırma tehlikesinin bertaraf edilmesi arzusudur (94). Aynı hakkın, başkalarına tanınmasındaki ihtirazın sebebi budur.

Buna rağmen, hakkın mirasçılara teşmili bakımından aşağıdaki yollara tevessül edilmiştir:

a) Sağ kalan eşle diğer mirasçıların anlaşması

Sağ kalan eşin intifa hakkının, irada tahviline müteallik hükümler âmir hükümler değildir. Bundan dolayıdır ki; tarafların, akit serbestisi esasına istinaden, yapacakları bir anlaşma muteberdir ve bu

90- PIOTET P. : 1970, 32; MUHEIM H. : 1922, 63 ve dip notu 1 de Leemann ad. art. 748 n. 17; Rossel-Mentha II, 129-130

91- MUHEIM H. : 1922, 43; ESCHER: Art. 463 nr. 1 sf. 75; GUT § 7.7 vd İnandan 83

92- GÖNENSAY A. S.-BİRSEN K.: 1963, 32-33

93- İMRE Z.: 1978, 88; GÖNENSAY A. S.-BİRSEN K.: 1963; KÖPRÜLÜ B.: 1975-1976, 97

94- AYİTER N.: 1974, 28 ve dip notu 2 de Tuor Art. 463, 5 sf. 74

95- MUHEIM H.: 1922, 46; GÖNENSAY A.S. -BİRSEN K.: 1963, 32

takdirde, irada tahvil hakkı bu suretle müşterek mirasçılara teşmil edilmiş olur (95).

b) Müteveffanın ölüme bağlı tasarrufu ile teşmili

Kanunen, sağ kalan eşe tanımış olan, intifa hakkının irada tahvili selâhiyetinin diğer bir teşmil tarzı; bunun ölüme bağlı tasarrufu ile bizzat müteveffa tarafından yapılmasıdır.

Filhakika; irada tahvil, sağ kalan eşin intifa hakkının yerine kaim olur. Bu intifa hakkı, onun mahfuz hissesine dahil olmadığından müteveffa bu intifa hakkı üzerinde ölüme bağlı tasarrufu ile da-ima tasarruf etmek imkânını haizdir. Ezcümle; müteveffa sağ kalan eşi intifa seçmekten menedebileceği gibi, onun intifa hakkını irada tahvil etmesini icbar edebilir veya bilakis menedebilir (96).

Sağ kalan eşin; intifa hakkı üzerinde, böyle bir selâhiyeti haiz olan müteveffanın, yine ölüme bağlı tasarrufu ile, irada tahvil hakkının müşterek mirasçılara tanınmasını da emredebileceği kabul edilmelidir (97).

c) Medenî Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasına istinaden kullanma imkânının verilmesi

Medenî Kanununun 445. maddesine göre, sağ kalan eşin intifa hakkının mirasçılar tarafından irada tahvili, ne müşterek anlaşma ne de müteveffanın tasarrufu ile teşmil edilmemiş ise; bunun M.K. 2/2 ye göre teşmil edilip edilemeyeceği ihtilâflıdır.

Filhakika; bir görüşe göre (98), müşterek mirasçıların sağ kalan eşe, onun için hiç bir tehlike mevzubahis olmadan ve gayet cazip şartlarla teklif ettikleri irada tahvili kabul etmemesi M.K. 2/2 ye göre hakkın suistimalini teşkil eder.

Bu fikir, gerek İsviçre Hukukunda, gerekse Türk Hukukunda rağbet görmemiştir (99). Bu fikir, en tafsilâtlı şekilde Muheim tarafından müdafaa edilmiştir. Bu müellifin kanaatine göre (100), sağ kalan eşin intifa hakkını irada tahvil etmemesi, hakkın suistimalini teşkil edemez.

96- İNAN A.N.: 1969, 84; KÖPRÜLÜ B.: 1975-1976, 97 dip notu 34 te Mazeaud'atfı

97- MUHEIM H.: 1922, 63

98- İMRE Z.: 1978, 88'e dip notu 19 da Lecmann art. 748 nr. 16; Gut, 76-77 atıfları

99- MUHEIM H.: 1922, 49 vm.; İMRE Z.: 1978 dip notu 19; KÖPRÜLÜ B.: 1975-1976, 97 bununla beraber bu müellif diğer eserinde "sınırlı aynî naklar"da 89 ve dip notunda hakkın suistimalini mahfuz tutmuş görünmektedir.

100- MUHEIM H.: 1922, 48 vm.

Zira; bir hakkın suistimalinden bahsedilebilmek için, hâdisede bir hakkın kullanılmış olması gerekir. Halbuki, sağ kalan eşin, intifa hakkını irada tahvil etmemesi bir kullanma değil bir imtina-
dır (101).

Saniyen; intifa hakkının irada tahvilde, yalnız bir hakkın tahvili mevzubahis değildir, o hakkın bizatihi kendisinin değişmesi mevzu-
bahis olmaktadır (102).

Sağ kalan eşin; intifa hakkının irada tahvil etmeğe yanaşmama-
sının, hakkın suistimali teşkil etmeyeceğinin diğer bir argümanı da
şudur (103): Bir hakkın suistimalinden bahsedilebilmek için, o hak-
kın kullanılmasında hak sahibinin hiç bir menfaati olmaması gere-
kir. Bu istimalin, onun hukuki durumunu zayıflatmaması icap eder.
Halbuki; sağ kalan eşin intifa hakkı bir aynı hak teşkil etmesine mu-
kabil (104), irat alelâde bir alacak hakkıdır. Bu itibarla, hakkının bu
vasfı dolayısıyla, sağ kalan eşin bu hakkını aynen muhafaza etmek
istemesi tabiidir (105).

Bundan dolayıdır ki, sağ kalan eşin, intifa hakkını irada tahvil
etmek istememesi halinde bir hakkın suistimalinden bahsetmek
mümkün değildir.

Sağ kalan eşin, hakkının suistimali bakımından ileri sürülen
bu fikirler hakkında ne düşünülmelidir?

Kanaatimizce; her hakkın suistimali gibi, sağ kalan eşin M.K.
445'e göre, haiz bulunduğu hakkında suistimali mümkündür. Nite-
kim; suistimalin, yalnız istimal ile mümkün olabileceği, bir imtinan
suistimal teşkil etmeyeceği ileri sürülemez. Bir kimse, muayyen ve
müşahhas bir hâdisede, bir akit yapmaga yanaşmaması - akit yap-
mama hakkının suistimali de - pekâlâ mümkündür (106).

İntifa hakkının, irada tahvil edilmek suretiyle, bizatihi hakkın
kendisinde bir tahavvül olacağı fikri de gayri varittir. Filhakika; in-
tifa hakkı, bir kimsenin bir malın semerelerinden istifade etmesini

101- MUHEİM H.: 1922, 49, 52

102- MUHEİM H.: 1922, 50

103- İMRE Z.: 1978, 88 dip notu 19

104- İMRE Z.: 1978, dip notu 19

105- İbidem

106- SAYMEN F. H.: Hakkın suistimalinin müeyyidesi İHFM 1941 c. XI, sa. 1-2, 319 ve dip notu
14 te Morel L.: Du refus de contract opposé en raison de considérations personnelles. Revue
Trimestrielle de Droit civil 1908, 289; ESEN B.: Akid yapmama hakkı. İzBD sene 3 Nisan
1938 sa. 4, 265 vm.

istihdaf eder. Bu itibarla, müteneffi malın semerelerini iktisap eder. Bu semereler ise, umumiyetle, nakdi bir ödeme şeklinde tezahür eder.

Bundan dolayıdır ki, ekonomik bakımdan bir değişiklik olduğunu iddia etmek hatalıdır. Müteneffi, tahvile kadar semereleri almaktadır, tahvilden sonra da irat şeklinde aynı semereleri almaya devam edecektir. Bu itibarla, hakkın bizatihi kendisinde bir tahvilden bahsedilemez. Eurada, tek mesele, sağ kalan eşin müteneffi sıfatıyla bir gayrimenkulü mesken olarak kullanmakta olduğu halidir. Ancak, sağ kalan eşin kendisine tahsis olunan iratla ikametini temin edebilecek bir gayrimenkul bulması yine de mümkündür.

İrada tahvil talebinin reddinin, bir hakkın suistimali teşkil edemeyeceğini iddia eden, doktrinin ikinci argümanı da şudur: İntifa hakkı aynı bir hak olmasına mukabil, irat alacağı nisbi bir haktır. Bu itibarla, intifa hakkı sahibinin, herkese dermeyan edebilecek olduğu bir hakkı muhafaza etmekte daima menfaati mevcuttur.

Bu fikir doğru olmakla beraber, mirasçılarda irada tahvil taleplerini çıplak bir şekilde değil, ve fakat tahsis edilecek iradın ödenmesini temin edecek teminatla teçhiz edileceği düşünülmelidir. Bu takdirde, tereke malında bir aynı hak sahibi olan (intifa), sağ kalan eşin, bu sefer tereke dışında olmakla beraber yine de bir aynı hakkın mevzuunu teşkil edecek bir teminata kavuşacaktır. Bu durumda menfaatin muhafazası bakımından farklı bir durum ortaya çıkmıyacaktır. Burada yine bir aynı hak mevcuttur.

Kaldı ki, işaret olunduğu gibi (07), Medeni Hukukumuzda da, tıpkı Fransız Hukukunda olduğu gibi, terekeye dahil kıymetlerin serbestçe tedavülünde birinci derecede menfaattar olan mirasçıların, intifayı, Fransız Hukukunda olduğu gibi, sağlam teminat göstermek kaydı ve şartıyla, irada tahvil hakkının verilmemesi; irada tahvil müessesesinin bir gayesini bertaraf eder.

Nihayet, şunu da belirtelim ki, İsviçre pozitif hukukunda, her ne kadar, elyevm, mirasçılara sağ kalan eşin intifasının irada tahvil hakkı verilmemekte ise de; aynı hakkın, muhik sebepler mevcut olduğu takdirde ve hakimın takdirine muallak olmak şartı ile, mirasçılara tanınması hususunda bir fikir de doktrinde ileri sürülmektedir (108).

(107) GÖNENSAY A. S. - BİRSEN K. : 1963, 32 - 33

(108) PIOTET P. : 1981, 203 dip notu 17 a

3 — İrada tahvil talebinin yapılacağı an bakımından

Medenî Kanununun 445. maddesinin tahakkuku bakımından üzerinde durulması gerekli diğer bir mesele de şudur:

Sağ kalan eş, bu talebi yapmak bakımından herhangi bir zamanla mukayyet midir? Şunu hatırlamalıdır ki; sağ kalan eşin, birinci zümre mirasçıları ile içtimaî halinde, mülkiyet ile intifa arasında seçimini yapabilmesi en geç mirasın taksimine kadardır (109). Halbuki, intifa seçmiş olan sağ kalan eşin, bu intifa irada tahvil talebi bakımından, ne kanunen ne de işin mahiyetinden doğan bir müddetle mukayyet değildir. Sağ kalan eş, bu talebini her zaman dermeyan edebilir (110).

Sağ kalan eş, intifa hakkından bir müddet istifade ettikten sonra dahi, bu intifa hakkının irada tahvili talep etmesi mümkündür (111).

İsviçre Kanunvazı ve binnetice Türk Kanunvazı, kabul ettikleri, bu sistemle Fransız Hukuku tarzından ayrılmıştır. Zira, o hukukta, kanunun sarîh hükmüne göre, mirasçılar ancak mirasın taksimine kadar, sağ kalan eşin intifa hakkını irada tahvilini talep edebilirler (112).

4 — İrada tahvilde ehliyet bakımından

Sağ kalan eşin, intifa hakkının irada tahvilinde, hak sahibi kim olursa olsun, bu tahvil mahiyeti itibarıyla bir hukukî muameledir. Bu itibarla; hukukî muamelenin tarafları bakımından, bunun hangi ehliyet şartına tâbi olduğu tetkik edilmelidir. Bu meseleyi hem sağ kalan eş, hem de mirasçılar bakımından ayrı ayrı tetkik edelim.

A) Sağ kalan eş bakımından

a) Küçüklük hâli

Medenî Kanunumuza göre, evli bir kimsenin «küçük» olması mutasavver değildir. Filhakika; M.K. nun 11. maddesine göre evlenme kişiyi reşit kılar. Bu itibarla, meselemizde sağ kalan eşin «küçük»-lüğü mevzu bahis değildir (113).

109- İMRE Z.: 1978, 89; ÖZTRAK İ.: 30; İNAN A. N.: 1969, 76; KÖPRÜLÜ B.: 1975-1976.86

110- BELGESAY M. R.: 1952, 22; İMRE Z.: 1978, 87; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N.: 1978, 117

111- İNAN A. N.: 1969, 84

112- KÖPRÜLÜ B.: 1975-1976: 97

113- MUHEİM H.: 1922, 66

b) Mahcuriyet hali

Medeni Kanununun 11. maddesine göre, her ne kadar evli olan eşin küçük olması mutasavver değil ise de; onun mahcuriyet altında bulunması mümkündür. Bu takdirde, sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvili hususundaki beyanında ehliyet ne şekilde tespit edilmelidir?

Daha yukarıda (114), işaret olunduğu üzere, intifa hakkının irada tahvili, sağ kalan eşin şahsiyet haklarından değildir. Bunun yanında, mameleki olan bir hakkın yine mameleki olan diğer bir hakka tahvili mevzubahistir. Burada, sağ kalan eşin, intifa hakkının irada tahvil edilirken mirasçılardan talep edebileceği irad miktarının tespiti gerekmektedir. Bundan dolayıdır ki, bu muameleleri M.K. 16. maddesine göre «ivazsız» birer muamele saymak mümkün değildir. İntifa hakkının, irada tahvili muamelesinin, gerek şahsiyet hakkına girmemesi, gerekse, mali in'ikasları bulunması dolayısıyla mümeyyiz olan ve fakat mahcuriyet halinde bulunan, sağ kalan eşin ancak kanuni mümessilinin rıza ve muvafakatı ile tahvil beyanında bulunabileceğini kabul etmelidir (115).

Sağ kalan eşin, mümeyyiz olup olmamasına göre, kanuni mümessilinin, irada tahvildeki rolü değişik olacaktır.

aa — mümeyyiz olmıyan eş

Eğer; sağ kalan eş mümeyyiz değilse, vasi veya velisi, onun mallarını idare selâhiyetini haizdir. Bu itibarla, M.K. 413. maddesine göre, tek başına, irada tahvil beyanında bulunabilecektir (116).

bb — mümeyyiz olan eş

Eğer; sağ kalan eş mümeyyiz olup ta, başka bir sebeple vesayet altında bulunuyorsa, bu takdirde kanuni mümessili ancak onunla, tahvil meselesini müzakere ettikten sonra, irada tahvil beyanında bulunabilecektir. Zira, bu irada tahvil, vesayet altındaki kimse bakımından, M.K. 409/I'e göre, «mühim bir idari tasarruf» teşkil eder (117).

cc — vesayet dairelerinin rolü

Mahcur olan eş bakımından, irada tahvil beyanında bulunulurken, üzerinde durulması gerekli diğer bir meselede şudur: Kanuni

114- bk. § 2. II. 7

115- MUHEIM H.: 1922, 66-67

116- MUHEIM H.: 1922, 67

117- ibidem

mümessil bu muameleyi ifa ederken, Sulh Mahkemesinden izin istih-
sal etmeli midir? Bundan başka Asliye Mahkemesinin de tasdiki ara-
nacak mıdır? Bu hususlar, İsviçre doktrininde münakaşalıdır (118).

İsviçre'de, Kaufmann'ın fikrine göre, kanunî mümessil Sulh
Mahkemesinden izin istihsal etmeğe mecbur değildir (119). Halbu-
ki, Muheim'a göre ise (120), M.K. nun 421 inci maddesinin 2 inci ben-
dine göre, M.K. 405/2, «alelâde işletme ve idare ihtiyacı haricinde
menkulat alım ve satımı» ibaresinden bahsederek; irada tahvil için
kanunî mümessilin Sulh Mahkemesinden izin istihsal etmesi gerek-
tiğini ileri sürmüştür.

Kanaatimizce, irada tahvil muamelesini, İMK. 421/2 - MK. 405/2'-
ye idhal etmek suretiyle, kanunî mümessilin Sulh Mahkemesinden
izin istemesi gerekeceğini ileri sürmek; bu hükmü zorlamak olur.
Ancak, buna rağmen, ve meseleye daha doğrudan doğruya mevcut
bir hüküm dolayısıyla, kanunî mümessilin bu mecburiyeti kabul edi-
lebilir. Filhakika; İMK. 422/4'e göre -MK. 406/4- «kayı hayat ile ma-
aş veya irat itası veya kaydı hayat ile infaka dair mukaveleler ak-
di» için kanunî mümessilin Asliye Mahkemesinin tasdikine muhtaç
olduğunu tespit etmiştir. Bu maddeye göre, Asliye Mahkemesinin tas-
dik muamelesi, Sulh Mahkemesinin iznine inzımam eden bir mua-
meledir. Bu itibarla, kanunî mümessilin bu madde mucibince, irada
tahvil talebinde bulunurken hem makaddema Sulh Mahkemesinin
iznini istihsal hem de muameleyi Asliye Mahkemesinin tasdikine
arzetmek mecburiyetinde olduğunu kabul etmek gerekir (121).

c) Kayımlık altında olma hali

İrada tahvil ehliyeti bakımından, diğer bir mesele de şudur: Sağ
kalan eşe bir kayyım tayin edildiği takdirde; kayyım sağ kalan eş
namına irada tahvil talebinde bulunabilecektir. Ancak, bu kayyım
İMK. 418 - MK. 402'ye göre tayin edilmişse; bu takdirde kendisi Sulh
Mahkemesi tarafından bu selâhiyetle techiz edilmiş olması kaydıyle-
dir ki, irada tahvil talebinde bulunabilecektir (122).

Eğer; kayyım, sağ kalan eşin mallarını idare etmek için tayin
edilmiş ise, ve, sağ kalan eş mümeyyiz ise, bu takdirde sağ kalan eşin

118- MUHEIM H.: 1922, 67

119- MUHEIM H.: 1922, 67 dip notu 1

120- MUHEIM H.: 1922, 67

121- MUHEIM H.: 1922, 67; ÖZTAN B.: Aile hukuku dersleri Ankara, 1969, 531

122- MUHEIM H.: 1922, 68

iradesi lâhik olmadan, kayyımın intifain irada tahvil talebinde bulunması mümkün değildir. Zira, bu muamele İMK. 419/1 - MK.403/1 - fıkrasında gösterilen idari ve tahaffuz tasarrufları dışında bir muameledir (123).

d) Kanuni müşavir altında bulunma hali

Şunu belirtmelidir ki, kendisine kanuni müşavir tayin edilmiş olan, sağ kalan eşin, intifa hakkının irada tahvilini talep etmek için, kanuni müşavirin iznine ihtiyacı yoktur (124). Filhakika; İMK. 395 - MK. 379 - göre kanuni müşavir tayini için tespit olunan sebepler, tahdidi olarak derpiş edilmişlerdir. Bu sebepler arasında, sağ kalan eşin intifainin irada tahvil talebinden bahis yoktur.

Bununla beraber, bir fikre göre (124a) : eğer sağ kalan eşin intifa hakkına gayrimenkuller dahil ise; bu takdirde İMK. 395/2 - MK. 379/2 - göre «gayrimenkul alım ve satımı ve onlar üzerinde rehin ve sair aynı hak tesisini» hükmüne uygun olarak, bu takdirde kanuni müşavirin rey'i istihsal edilmelidir.

Kanaatimizce, bu fikirde isabet yoktur. Filhakika; İMK. 395/2 - MK. 379/2 - maksadı, kendilerine kanuni müşavir tayin edilmiş olan kimsenin, gayrimenkullerinin satışını veya onlar üzerinde bir aynı hak tesisini kanuni müşavirin reyine bağlamaktır. Halbuki; irada tahvilde, bilâkis mallar üzerindeki aynı hak kalkmakta, ve onun yerine başka bir aynı hak tesis edilmemektedir. Ayrıca, intifain irada tahvilini bir gayrimenkul satışı şeklinde tavsif etmekte mümkün değildir.

B) Müşterek mirasçılar bakımından

Sağ kalan eşin, intifa hakkının irada tahvili meselesi, bir de, bu tahvil talebine muhatap olacak olan müşterek mirasçılarının ehliyeti bakımından tetkik edilmelidir:

Filhakika; irada tahvil talebine muhatap olan müşterek mirasçıların, hem kendilerinden talep edilmekte olan iradın miktarı, hem de, icabı hale göre göstermek mecburiyetinde oldukları teminatın nev'i ve miktarı bakımından; bir beyanda bulunmaları gerekecektir. Bundan dolayıdır ki, müşterek mirasçıların dahi, hakları istimal ehliyetine sahip olmaları gerekir (125).

123- MUHEİM H.: 1922, 69; AKINTÜRK T.: Aile hukuku 2. t. Ankara 1975, 395

124- MUHEİM H.: 1922, 69

124a- ibidem

125- MUHEİM H. : 1922,69

Şunu belirtelim ki, yukarıda sağ kalan eş için mevzubahis olan durumlar burada da mevzubahis olabilir. Bu itibarla, her hususu tafsil etmiyoruz. Ancak, burada üzerinde durulması gerekli olan mühim bir durum şudur: Eğer, müşterek mirasçılar küçük olup ta, sağ kalan eşin velâyeti altında iseler; bu takdirde irada tahvil bakımından, bunlar arasında bir ihtilâf çatışması olduğu kabul edilecek midir? Böyle bir durumda, müşterek mirasçılar namına hareket edecek olan «hususî bir vasi» (kayyım) tayin etmek gerekecek midir?.

Bu meselenin bir benzeri, sağ kalan eşin intifa ile mülkiyet arasında seçim hakkını kullanırken de mevzubahis olabilir. Tuor'a göre, sağ kalan eşin, intifa ile mülkiyet arasında tercihini tevcih edecek olduğu mirasçılar, eğer onun vesayeti altında iseler, kendilerine bir hususî vasi (kayyım) tayin edilmelidir (126).

Buna mukabil, Muheim'in, Marquis'den naklettiği fikre göre (127) burada, bir hususî vasi (kayyım)a lüzum yoktur. Zira, sağ kalan eşin intifa ile mülkiyet arasında yapacağı seçimde, mirasçılarla menfaat ihtilâfı yoktur. Çünkü, böyle bir tercihte mirasçılara yüklenen bir husus yoktur (128).

Buna mukabil, intifa hakkının irada tahvilinde, sağ kalan eşin menfaati ile, müşterek mirasçıların menfaati çatışmaktadır. Zira, velâyet altında bulunan mirasçıların, kendilerinden talep edilebilecek olan iradın miktarı bakımından, sağ kalan eşle bir zıtlıkları olabileceği gibi; eşin kendilerinden talep edeceği teminatlar bakımından da zıtlıkları çıkabilir (129).

Bu fikirler hakkında ne düşünölmelidir?

Kanaatimizce; sağ kalan eşin, intifanın irada tahvil talebinde, velâyeti altında bulunan, müşterek mirasçılarla, menfaat çatışması olacağı doğrudur. Bu itibarla, burada hususî bir vasinin (kayyımın) tayini gerekir. Ancak, bu menfaat zıtlığını yalnız, sağ kalan eşin irada tahvil müessesesinde görmemek gerekir. Filhakika; velâyet altında bulunan mirasçıların, terekenin sağ kalan eşin intifa hakkında masun olarak intikali hususunda menfaatleri vardır. Buna mukabil, sağ kalan eşin miras hakkı bakımından, intifa hakkı nispeti mül-

126- TUOR ad. art. 462 n. 44 Muheim'den 70 dip notu 5, contra MARQUIS G.V. : 24

127- MUHEIM H. : 1922,70 Marquis'den naklen

128- İbidem .

129- MUHEIM H. : 1922,70-71

kiyete faik olduğundan, sağ kalan eşin bilâkis intifâi seçmekte menfaaı aşîkârdır.

Bu itibarla, her iki halde de, menfaat ihtilâfı olduğundan muameleye hususi bir vasinin (kayyımın) iştirak etmesi gerekir.

III İrada tahvilde selâhiyet

İrada tahvil, sağ kalan eşin, mirasçılarla anlaşması sonunda tahakkuk edebilir (130). Bunun yanında, bu hususta sağ kalan eşle mirasçılar arasında, bir ihtilâf da doğmuş olabilir. Bu takdirde, ihtilâfın hal ve faslı mahkemeye ait olduğundan, böyle bir ihtilâfta hangi mahkemenin selâhiyettar olacağı meselesi ortaya çıkmış olur (131).

Şunu belirtelim ki, çıkması muhtemel ihtilâf, bizatihi iradın tahakkuku şartları bakımından değil, belki, onun miktarı veya tahvili sebebiyle verilmesi mevzubahis olan teminatlar bakımından olabilir. Zira, MK. 445'te tespit olunan şartlar tahakkuk ettiği takdirde mirasçıların irada tahvili kabul etmemeleri mevzubahis değildir (132).

İhtilâf halinde, selâhiyettar merci tespit edilirken, halledilmesi gereken ilk nokta, böyle bir davanın mirasla alâkalı olup olmadığı hususudur. İlk nazarda, selâhiyettar merciin, MK. 518'e göre, müteveffanın son ikametgâhı mahkemesi olacağı akla gelebilir. Ancak, şuna işaret etmelidir ki, M.K. 518. maddesine göre, tepit olunan selâhiyet ölüme bağlı tasarruflardan iptal ve tenkisi, mirasın taksimi ve miras sebebiyle istihkak davaları bakımından derpiş olunmuştur (133a). Bu itibarla, bu selâhiyet, bizzat mirasın açılması ve iktisabı ile alâkalı ihtilâflarda düşünülebilir (134).

Sağ kalan eşin, intifâının irada tahvili ise, mirasın açılması veya iktisabı ile alâkalı değildir. Medenî Kanunumuza göre, mirasçılar ölümle birlikte mirası iktisap etmiş olurlar. Dolayısıyla, isabetle işaret olunduğu üzere (135), bizatihi mirasın iktisabı ile alâkalı olmayan, irada tahvile müteallik ihtilâflarda, selâhiyet Hukuk Muhakemeleri Usulüne göre taayyün edecektir.

130- MUHEİM H. : 1922,88

131- İbidem

132- MUHEİM H. : 1922,89

133a- İbidem .

134- PIOTET P. : 1975, 491

135- PIOTET P. : 1975,492 ve dip notu 15 te Tuor n. 18 ad art. 463, Tuor/Picenoni n. 6 art. 538
Escher n. 8 ad. art. 463 n. 7, ad. art. 464

IV) İrada tahvilde muhatap

Sağ kalan eş, intifa hakkının irada tahvilini ,müşterek mirasçılardan talep edebilir. Burada, üzerinde durulması gereken mesele şudur :

Bu talep bütün mirasçılara mı tevcih edilmelidir, yoksa sağ kalan eş, bazı mirasçılara karşı intifanın irada tahvilini talep edebildiği halde; diğerlerine karşı bu intifa hakkını mahfuz tutabilir mi?

Bu meseleyi mirasın taksim edilmeden evvel veya sonraya göre tetkik etmelidir.

1 — Taksim edilmeyen terekede tahvil talebi

Tereke taksim edilmemiş ise; sağ kalan eşin irada tahvil talebi bütün mirasçılara karşı dermeyan edilmelidir (136).

2 — Taksim edilen terekede tahvil talebi

Tereke taksim edildiği takdirde, sağ kalan eşin tevcih edecek olduğu beyanın kimlere karşı yapılacak olduğu ihtilâflıdır.

Bir fikre göre (137), sağ kalan eşin, irada tahvil talebi bir kül olarak dermeyan edilmelidir. Bu itibarla, mirasçılardan bazısı hakkında tahvilde bulunarak, diğerleri hakkında intifa hakkını mahfuz tutamaz.

Buna mukabil, ileri sürülmüş olan ikinci bir fikre göre ise (138), tereke taksim edildikten sonra, sağ kalan eş, dilediği mirasçılara karşı intifanın irada tahvilini talep edebilir, dilediği mirasçılara karşı ise bu intifa hakkını mahfuz tutar. Zira, terekenin taksimi ile birlikte, mirasçı adedince, sağ kalan karşısında müstakil intifa hakları meydana gelmiş demektir. Kaldı ki, irada tahvilden rücu imkânı mevcut olmadığı gibi, bazı mirasçıların teminat gösterememeleri imkân dahilindedir (139).

136- İMRE Z. : 1978, 89; OĞUZMAN K. : 1978, 104; PIOTET P. : 1970, 129; ŞENER E. : 1981, 85

197- TUOR ad. art. 463 n. 7, Sebes, 107 PIOTET'den naklen; MUHEİM H.: 1922,87

138- PIOTET P. : 1970,29 dip notu 15 te Gut. 83 atfen; OĞUZMAN K. : 1978, 104 ve dip notu 86 da Escher ad. art. 463 n. 6; II. HD.21.10.1976 t. E. 3647/K.7252, II. HD. 30.12.1976 t. E. 8572 K. 9502 Şener'e atfen 1981. II , 33

139- GÜVENÇ F. : Sağ kalan karı veya kocanın intifa hakkı yerine yıllık irat isteme hakkı İBD 1972, 7

Kanaatimizce; bu meselede ikinci fikri benimsemekte isabet vardır. Zira, taksim halinde, ayrı ve yekdiğerinden müstakil intifa hakları doğduğuna göre; sağ kalan eşin ayrı ayrı haiz olduğu bu haklar üzerinde dilediği şekilde tasarruf edebileceğini kabul etmelidir.

Her ne kadar, taksimi müteakip dahi, sağ kalan eşin, bütün mirasçılara karşı irada tahvil mecburiyetini, mirasçıların irat borçlarından dolayı müteselsil mes'ul olacakları fikrine istinad ettirilmiş ise de (140), mirasçılar arasında irat borcu dolayısıyla böyle bir te-selsülün bulunacağı ileri sürülemez (141).

f.4 — İrada Tahvilin Hükümleri

D) Tahvilin mevzuu bakımından

Medeni Kanununun 445. maddesi; sağ kalan eşe, yine Medeni Kanununun 444. maddesine göre haiz olduğu, intifa hakkını irada tahvil etmek selâhiyetini kabul etmiştir. Bu itibarla, intifanın tahavvül edeceği husus «ona muaddil ve yıllık bir irattır».

Şunu belirtelim ki, gerek İsviçre gerekse Türk Medeni Kanununda sağ kalan eşin, intifanın irattan başka bir menfaate tahvili mev-zubahis değildir. Buna mukabil, İspanyol ve İtalyan Hukuklarında; sağ kalan eşin intifasını irattan başka bir menfaate tahvil ettirmesi mümkündür. Nitekim, İtalyan Kanunu 753. maddesinde şu hükmü vazetmiştir: «Sağ kalan eşin intifasına karşı, mirasçıların kaydıhayatla irat veya gayrimenkullerin semerelerinin tahsisi veya terekede mevcut sermayenin tefviz edileceği» belirtilmiştir (142).

İspanyol Kanunu ise 838. maddesinde şu hükmü getirmiştir: «Mirasçıların intifa hakkına mukabil eşe kaydıhayatla irat veya muayyen malların semereleri veya nakdi bir sermaye» vermek suretiyle tahvil yoluna gidebileceklerini tasrih etmiştir (143).

Buna mukabil; Medeni Kanunumuzun 445. maddesi sarahatı karşısında, ne sağ kalan eşin, başka bir menfaati - bilfarz intifanın kapitalizasyonunu talep etmek hakkı mevcuttur -, ne de, mirasçıların irattan başka bir edada bulunmak hakları vardır.

Bununla beraber; şunu belirtmelidir ki, iradın muhakkak nakit olarak ödenmesi şart olmayabilir. Sağ kalan eşle mirasçıların anlaş-

140- PIOTET P. : 1970, 129

141- İbidem .

142- MUHEİM H. : 1922,97 dip notu 1 de Roguin'e atfen

143- MUHEİM H.: 1922, 97 ve dip notu 2

ması halinde, bu iradın aynı olarak ödenmesi mümkündür. Meselâ, bir zirai gayrimenkulün semerelerinin sağ kalan eşe tahsisi gibi (144).

II) Tahvilin intifa hakkına muadeleti bakımından

Yine Medeni Kanununun 445. maddesine göre; sağ kalan eşin mirasçılardan talep edeceği irad, yerine kaim olacağı intifa hakkına muadil olmak gerekir.

Bu muadeletin, hangi ana göre taayyün edeceği ihtilâflıdır (145). Bir fikre göre (146): İntifain irada tahvilinde, aranılacak olan muadelet yalnız tesis edildiği ana göre değil, bu iradın devam edecek olduğu bütün müddetde olmalıdır. Bu itibarla, eğer intifa hakkına tâbi olan malların gelirleri arttığı takdirde, iradın da arttırılması gerekir. Hattâ, Curti - Forrer'in ileri sürdüğü fikre göre (147): Hâkim ya iradı kat'i olarak tespit edecektir veya bu iradın miktarını değiştirmek selâhiyetini mahfuz tutmak suretiyle tespit edebilecektir (147a).

İşaret edelim ki, Curti - Forrer'in bu fikri, müelliflerin ekseriyeti tarafından kabul edilmemiştir (148).

Sağ kalan eşin; intifa hakkına tâbi olan, malların irada tahvil edilirken, tespit edilmiş olan intifaa tâbi malların getirmiş olduğu semerelere göre değişmesini kabul etmek yerinde değildir. İntifain irada tahvilde, bütün kaydıhayatla iradlarda olduğu gibi, muhataralı bir durum mevcuttur (149). Böyle bir muamelede, sağ kalan eş bakımından, bir risk mevcuttur ve sağ kalan eş intifaini irada tahvil ettirirken böyle bir riski göze almak mecburiyetindedir (150).

Burada mühim olan nokta şudur : İntifa irada tahvil edilmiş olan malların tamamen tahribi veya semere getirmemesi halinde, tahvil olunan irat ne olacaktır?

144- BİLGE N.: Borçlar hukuku-özel borç münasebetleri Ankara 1971, 421; TUNÇOMAĞ

K.: Borçlar hukuku C. II Özel borç münasebetleri İstanbul 1977, 1381

145- MUHEİM H.: 1922, 114 vm.

146- İbidem

147- MUHEİM H.: 1922, 114 dip notu 2 de ad. art. 463 n. 7

148- MUHEİM H.: 1922, 114 dip notu 3 teki atıflar

149- MUHEİM H.: 1922, 115 dip notu 4 de Baudry-Lacantinerie n. 641 atfı

150- ŞENER E.: 1981, 85-86; İMRE Z.: 1978, 90

Fransız Hukuku bakımından mesele basittir: Zira, bu hukukta iradın menşei olan münasebet ortadan kalkınca, irat da ortadan kalır (151). Hattâ, Fransız Hukukunda, sağ kalan eşin mücerret evlenmesi intifai ortadan kaldırdığından, iradın da ortadan kalktığı kabul edilir (152).

Medeni Kanunumuzdaki duruma gelince: Bir kere MK. 446'ya göre, eşin tekrar evlenmesi, iradın kalkmasını icap ettirmez. Ancak, sağ kalan eşin mirasçılara karşı teminat vermek durumunda kalmasını intaç eder. Medeni kanunumuza göre, her ne kadar, intifaa tâbi malın tamamen tahrip olması, intifain ortadan kalkmasını intaç eder ise de; sağ kalan eşin irada tahvil olunan hakkı bakımından aynı neticeye varmak mümkün değildir.

Filhakika; sağ kalan eşin intifa hakkı yerine irad talep etmesi bir facultas alternatifidir. Bu takdirde, hak sahibinin seçmemiş olduğu alternatifin ortadan kalkması, onun seçmiş olduğu hakkın kaybolmasını gerektirmez. Bu itibarla, intifain menşei olan malın tahribine rağmen; iradın ödenmesi mükellefiyeti devam eder (153).

III) Tahvilin iradı doğuracağı an bakımından

Gerek İsviçre Medeni Kanununda, gerekse Türk Medeni Kanununda intifain irada tahvil talebi makabline şamil değildir (154). Ancak, şunu da belirtmelidir ki, sağ kalan eşle mirasçıların anlaşmaları neticesinde, tahvilin hükümlerini makable teşmil etmek mümkündür (155). Burada mühim olan mesele asıl şudur: İrada tahvil beyanı kendiliğinden mi intifa hakkını kaldıracaktır. Yoksa, bu beyan üzerinde intifain irada tahvili mirasçılar tarafından mı icra edilecektir?. Piotet'nin (156) isabetle işaret ettiği üzere; irada tahvil ihdası değil ihbarîdir. Başka bir tabirle, sağ kalan eş, bu talepte bulunduğu zaman maliki bulunduğu intifa hakkı kendiliğinden irada tahavvül etmez. Ancak, bu beyanın muhatabı bulunan mirasçılar, o ana kadar mevcut olan eşin intifasına karşı, beyanla birlikte bir irat vermek mecburiyeti altına girmiş olurlar.

151- MUHEIM H.: 1922, 118

152- ibidem

153- MUHEIM H.: 1922, 118

154- İMRE Z.: 1922,90; MARQUIS G. V.: Les droits successoraux du conjoint survivant, Lausanne 1915, 41-42; GÖNENSAY A.S.-BİRSEN K.: 1963, 33; PIOTET P.: 1970, 128; KÖPRÜLÜ B.: 1975-1976, 98; İNAN A. N.: 1969, 84

155- PIOTET P.: 1970, 128

156- PIOTET P.: 1970, 128-129

Bu düşünce isabetlidir, zira irat üzerinde anlaşılmaması halinde, bu sefer sağ kalan eş, kanunen haiz olduğu intifa hakkını da kaybetmiş olurdu. Bu netice ise, sağ kalan eşin himayesini gaye edinen miras hukukunun prensipleri ile kabili telif olmazdı.

IV) Tahvilin sağ kalan eşin tereke üzerindeki durumu bakımından

Sağ kalan eşin; intifa hakkının irada tahvilinin diğer bir neticesi, sağ kalan eşin, terekeye dahil olan mallar üzerindeki, durumu bakımından ortaya çıkar.

Filhakika; sağ kalan eşin, ölüme birlikte, terekeye dahil malların üzerinde hem zilyetliği mevcuttur ve hem de onları idare etmek selâhiyetini haizdir. Halbuki; irada tahvil ile birlikte, sağ kalan eş terekeye dahil mallar üzerinde hem zilyetliğini kaybeder hem de onları idare etmek selâhiyetini haiz olmaz (157).

Bu andan itibaren, sağ kalan eş, terekeye dahil olupta, zilyetliğini ve idaresini kaybettiği malları, müşterek mirasçılara iade etmekle mükelleftir (158).

V) Tahvilin sağ kalan eşin hakkının mahiyetinde meydana getirdiği tahavvül bakımından

Medenî Kanununun 444. maddesi ile, sağ kalan eşe, tereke üzerinde tanınmış olan intifa hakkı aynı bir haktır. Bu hakkın kanunî vasfı, menkullerin teslime mahal olmadan; gayrimenkullerin de tesciline lüzum olmadan intifa ile takyit edilmiş olmasıdır.

Sağ kalan eşin, intifa hakkı, irada tahvil edilmekle, bu aynı hak mahiyetini değiştirip, bir alacak hakkına bürünmüş olur (159). Burada, tahvile kadar, Medenî Kanununun aynı haklardaki hükümlerine tâbi olan bir durumun, artık Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olması durumu vardır (160). Bundan dolayıdır ki; miras hukuku ve betahsis MK. 445. maddede hüküm olmadığından bahisle, irada Medenî Kanununun intifa hakkına ait hükümlerinin tatbiki gerekeceği görüşünde isabet yoktur (161).

157- İMRE Z.: 1978, 90; ŞENER E.: 1981, 36

158- OĞUZMAN K. 1978, 105

159- İMRE Z.: 1978, 90; AYİTER N.: 1978, 28; OĞUZMAN K.: 1978, 105

160- İMRE Z.: 1978, 90

161- itidem

VI) Tahvil beyanından rücu edilememesi bakımından

Eşin intifa hakkını irada tahvil beyanının, diğer mühim bir neticesi de; ondan rücu edilememesidir (162). Bu hususta, irada tahvilin hukukî mahiyetini izah ederken temas etmiş ve bunun inşai bir hak olması sebebiyle; rücu edilememe durumunu belirtmiştik. Oradaki izahatımıza atıfla iktifa ediyoruz.

f. 5 — İrada Tahvilde Teminat

D) Kanunî mesnedi ve hikmeti vücudu

Medeni Kanun; sağ kalan eşin miras hakkından ve betahsis, intifa hakkından bahsederken, iki hükümlerle bir teminat göstermek mecburiyeti getirmiştir. Filhakika; Medeni Kanun hem 445 inci maddesinde, hem de 446. maddesinde işbu teminat müessesesine temas etmiştir. Ancak, her iki maddede teminatın verilmiş şartları, fonksiyonları ve teminat borçlusu ile alacaklısı bakımından ayrı ayrı iki durum tanzim edilmektedir (163).

Sağ kalan eşin intifa hakkında, teminat gösterme mecburiyetinin bir sebebi; M.K. 445. maddesine göre, intifa irada tahvil edilmiş olan eş tarafından böyle bir talebin sebketmiş olmasıdır. Halbuki, M.K. 446. maddesine göre ise, sağ kalan eşin intifa seçmiş olması ve bunun bazı hallerde mirasçılarının haklarının tehlikeye girmiş olması veya sağ kalan eşin tekrar evlenmiş olması sebepleri ile, bilâkis teminatın sağ kalan eş tarafından mirasçılara verilmesi mevzubahistir.

Sağ kalan eşin intifa hakkı, irada tahvil edildiği takdirde, o ana kadar, herkese kabili dermeyan olan bir aynı hak yerine, yalnız mirasçılara karşı şahsî bir hak kaim olur. Mirasçılarının ise, bu borçlarını ödememeleri mümkündür ve sağ kalan eşin irat hakkı tehlikeye girmiş olabilir. Kanun vazı, sağ kalan eşin hukukî vaziyetinin zayıflamış olmasından dolayı, kendisine mirasçılardan teminat istemek imkânını tanımıştır (164).

162- İMRE Z. : 1978,90; OĞUZMAN K. : 1978,105

163- RAHM de E.: Les sûretés par l'usufruitier au nu-propriétaire Lausanne 1925,45 vm.; FRANKO N.İ. : Sağ kalan eşin intifaında teminat müessesesi ABD 1976 sa. 4, 565 vm.

164- İMRE Z. : 1978,91; OĞUZMAN K. : 1978,105; BELGESAY M.R. : 1952,23; GÖNENSAY A.S-BİRSEN K. : 1963,33; KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 1978,117; KÖPRÜLÜ B. -KANETİ S. : 1972-1973, 89; MERCIER P. : 1268; TUOR P.: 1942. PIOTET P.: 1970, 129; MARQUIS G.V. : 43 FULPIUS J. : 1968,29; ŞENER E. : 1981,87; PIOTET P.: 1975, 58; PIOTET P. : 1976,37; AYİTER N. : 1974,28; LADOR-MINET-HINDERMANN: 1954,37

Bu hususta; üzerinde durulması gereken bir mesele de şudur: Sağ kalan eşin intifa hakkının, irada tahvili halinde, mirasçılardan teminat isteyebilmesi MK. 445'e istinad eder. Acaba; irada tahvil halinde, eşin teminat isteme selâhiyeti, müteveffanın ölüme bağlı tasarrufu ile kaldırılabilir mi?

Bu husustaki bir fikre göre (165), müteveffanın, ölüme bağlı bir tasarrufu ile, mirasçıları teminat vermekten muaf tutması mümkün değildir. Zira, müteveffanın sağ kalan eşin zararına muteber bir muamele yapması kabul edilemez.

Buna mukabil, diğer bir fikre göre (166), müteveffanın ölüme bağlı tasarrufu ile, mirasçıları sağ kalan eşe teminat gösterme mecburiyetinden muaf tutması mümkündür.

Kanaatimizce, burada faik tutulması gereken, fikir, müteveffaya bu imkânı veren telakkidir. Filhakika, sağ kalan eşin intifa hakkı onun mahfuz hissesine dahil değildir. Bu itibarla, müteveffa ölüme bağlı tasarrufla, iradın mesnedi olan hakkı kaldırabileceğine göre; bu intifa hakkına kaim olan iradın temin edilmesini ortadan kaldıracaktır.

II) Teminatı ita şartları

Sağ kalan eşin intifa hakkının, irada tahvili dolayısıyla, mirasçıların teminat ita etme borcunun muayyen şartı mevcuttur. Medeni Kanununun 445. maddesinde teyit olunan şart da: eşin iradının tehlikeye düşmüş olması halidir (167).

Şunu belirtmelidir ki, tıpkı irada tahvil müessesesinde olduğu gibi, irada tahvil dolayısıyla mirasçıların teminat gösterme borcu bakımından da; İsviçre Medeni Kanununun hazırlanması esnasında muhtelif safhalar olmuştur. Filhakika; Birinci Ön-Tasarıda, kuru mülkiyet sahiplerinden, her hal ve kârda teminat talep etmek mümkün iken (168), Millet Meclisinde bu mükellefiyet tahdit edilerek,

165- ŞENER E.: 1981, 87

166- ESCHER: 67 no. 7. Şener'e atfen 87 dip notu 267; MUHEİM H.: 1922, 41, 143 PIOTET P.: 1975, 380

167- İMRE Z.: 1978, 91; OĞUZMAN K.: 1978, 105; BELGESAY M. R.: 1952, 23; MERCIER P.: 1268. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N.: 1978, 117; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: 756; PIOTET P.: 1970, 129; PIOTET P.: 1975, 58; PIOTET P.: 1976, 73; FULPIUS J.: 1968, 28-29; GÖNENSAY A. S.-BİRSEN K.: 1963, 33; TUOR P.: 1942, 296; LADOR-MINET-HNDERMANN: 1954, 37

168- MUHEİM H.: 1922, 131

ancak eşin hakları tehlikeye düştüğü takdirde, mirasçılar tarafından teminat ita borcu getirilmiştir (169).

Gerek İsviçre Medeni Kanunu gerekse Türk Medeni Kanunu, sağ kalan eşin irat hakkının tehlikeye düşmesi halinde, her ne kadar teminat verilmesini derpiş etmiş ise de; bu tehlikenin neden ibaret olduğunu tespit etmiş değildir. Bu itibarla, tehlikenin mevcut olup olmadığı hususunda ihtilâf zuhur ettiği takdirde; bu ihtilâf mahkemece hal ve fasl edilecektir (170).

Sağ kalan eşin teminat isteme hakkını, iradın mutlak ve muhakkak bir şekilde tehlikeye maruz kalması şartına talik etmemelidir. İradın ödenmesi, muntazam bir şekilde icra edilmemek tehlikesi mevcut ise, sağ kalan eşin teminat isteme hakkı doğmuş olur (171). Bilfarz, işaret olunduğu üzere (172), mirasçılarının işlerinin bozulmuş olması, rizikolu işlere girmiş olmaları, şüpheli bazı işlere girişmiş olmaları, bilhassa iflâs tehlikesi bulunması, sağ kalan eş için teminat talebi meşruiyet kespeder.

Ancak, şunu belirtmelidir ki, teminat talep edebilmek için, sağ kalan eşin iradının tehlikeye girmesi muhtemel olmalıdır. Yoksa, iradın ödenmesi bakımından hiç bir tehlike muhtemel değilse; ileri sürülecek teminat talebinin kabulü mevzubahis olmaz (173).

Bununla beraber, eğer, iradın ödenmemesi sebebiyle, mirasçının mallarının haczedilmesi tehlikesi mevcut ise; bu takdirde mücerret bu halde teminat talep edilebilir (174).

Sağ kalan eşin, teminat talebi bakımından, bir de ortaya çıkan problem şudur: Sağ kalan eşin bu talebi ne zamana kadar dermeyan edilebilecektir? İsabetle belirtildiğine göre (175), iradın talep edilebilmesi için, mirasçılarının durumlarının, irat tespit edildikten sonra bozulmuş olması şart değildir. Sağ kalan eş, daha intifasını irada tahvil ettirdiği anda, eğer bunun ödenmesi bakımından bir tehlike mevcut ise, o andan itibaren de teminat talep edebilecektir.

169- İbidem

170- MUHEİM H.: 1922, 132

171- İbidem

172- ŞENER E.: 1981, 87; PIOTET P.: 1970 129; AYİTER N.: 1974, 28; BELGESAY M.R.: 1952, 23; GÖNENSAY M.R.-BİRSEN K.: 1963, 33; İMRE Z.: 1978, 91; OĞUZMAN K.-SELİCİ Ö.: 756

173- LADOR MİNNET - HINDERMANN: 1954, 37

174- BELGESAY M.R.: 1952, 23

175- MUHEİM H.: 1922, 131-132; BELGESAY M.R.: 1952, 23

Muayyen ve müşahhas bir hadisede, tehlikenin mevcut olup olmadığı bakımından, taraflar arasında çıkacak olan ihtilâfın halli mahkemeğe mevdudur (176).

III Teminatın nev'i

1 — Muayyen ve gayrimuayyen teminat

Sağ kalan eşin, intifa hakkının irada tahvili dolayısıyla, M.K. 445'e göre, kuru mirasçılardan talep edilecek olan teminatın nev'i kânin edilmiş değildir (177) ve bu husus kanunun bir nakıması olarak kabul edilmiştir (178). Bundan dolayıdır ki; gerek İsviçre Medeni Kanununda, gerekse Türk Medeni Kanununda verilmesi gereken teminatın nev'i mahkemenin takdirine bırakılmıştır (179). Mahkemece teminatın nev'inin tayin ve tespiti bakımından, mahkeme HMUK. nun 96 ve İİK. nun 36. maddeleri ile ihticac edecektir (180).

Bu hususta ileri sürülen bir fikre göre (181); mirasçılar tarafından gösterilmiş olan teminatın, İİK. nun 36 ve HMUK. nun 96. maddelerine göre, kâfi olup olmadığı her ne kadar mahkemece takdir edilebilirse de mahkemenin, mirasçılar tarafından gösterilmiş olan teminatı değiştirmek selâhiyeti yoktur.

2 — Aynı ve şahsî teminat

Sağ kalan eşin talep edebileceği teminat nev'i itibariyle hem aynı hem de şahsî olabilir (182). Teminat, ipotek, menkul rehni kefalet veya sair olabilir (183). Her ne kadar kanunen teminat nev'i tayin edilmemesi sebebiyle, bunun aynı veya şahsî olabileceği hususunda tereddüt mevcut değil ise de; bunların arasında hangisinin tercih edilmesi gerekeceği hususunda ihtilâf vardır.

Bazı müellifler (184) bu teminatın aynı bir teminat olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Şunu belirtmelidir ki. menkul veya gay-

176- GÖNENSAY A.S. - BİRSEN K.: 1963, 34

177- MUHEİM H.: 1922, 135

178- GHESQUIERE: 261 Muheim 135 dip notu 261 den naklen

179- MUHEİM H.: 1922, 135 BGB 232-240 maddelerinde teminatı bizzat kendisi tespit etmiştir.

Muheim dip notu 4; GÖNENSAY A.S.-BİRSEN K.: 1963, 34 MARQUIS G.V.: 1915, 44;

PIAGET. J. E.: 1910, 108

180- SENER E.: 1981, 87

181- BELGESAY M.R.: 1952, 23

182- GÖNENSAY M.R.-BİRSEN K.: 1963,34; AYİTER N.: 1974, 28; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: 756

183- AYİTER N.: 1974, 28; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: 756

184- LE BOUCHER: 107-108, Muheim 136 dip notu 2

rımenkul rehni daha sağlam olması dolayısıyla, bu nev'i teminatı tercihte isabet görülmüştür (185).

Ancak, bu nev'i teminatın malların ferağını müşkülleştirdiğini ve kanun vazının böyle bir mahzuru bertaraf etmek için, intifaı irada tahvil ettiğine göre, teminatın aynı mahzuru tevlit edeceği gözden kaçırılmamalıdır (186). Bundan dolayıdır ki, ikinci bir fikre göre (187), teminatın şahsi olması gerekmektedir.

Bu görüşe rağmen, aynı teminatın üstünlüğü ileri sürülmüş ve kefaletin bir çok mahzurları sebebiyle reddedilmesi gerektiği izah edilmiştir (188). İrada tahvil ile, bütün malları intifadan kurtulmuş olan, mirasçuların bir tek malı ipotek etmek suretiyle fazla zarar görmeyecekleri (189) ve eğer aynı teminatın tevlit edebileceği bu zarardan kurtulmak istendiği takdirde; mirasçuların iradı ödemek hususunda bir sigorta şirketine müracaat edebilecekleri (190) keza gözönünde bulundurulmalıdır.

Sağ kalan eşin iradını teminat almış olan garanti hususunda şöyle bir mesele ile de karşılaşılabilir. Filhakika; iradı temin etmek üzere tesis olunan teminat, tesis anında bu iradı karşılamış olabilir, ancak bilâhare bu teminat ortadan kalkar veya kıymetini kaybederse durum ne olacaktır?

Doktrinin kabul ettiği fikre göre (191), müşterek mirasçılar, bu durumda tekrar teminat göstermek veya onun kıymeti düşmüşse ikmal etmek mecburiyetindedirler.

IV) Teminat gösterilmemesinin neticeleri

Sağ kalan eş, iradına karşı bir teminat gösterilmesini istemiş ve fakat mirasçılar bunu göstermemişlerse, durum ne olacaktır? Bu husus kanunda derpiş edilmiş değildir. Bunun hal tarzı doktrine bırakılmış olup doktrin bir çok fikirleri ileri sürmüştür:

185- MUHEİM H.: 1922, 136

186- ZEGLIKI: 234, LE BOUCHER 104 Muheim 136 dip notu 4

187- GERBAULT et DUBOURG: 294 Muheim 137 dip notu 3

188- MUHEİM H.: 1922, 137

189- MUHEİM H.: 1922, 134

190- MUHEİM H.: 1922, 137

191- BELGESAY M. R.: 1952, 25; MUHEİM H.: 1922, 146

1 — İntifaa avdet edilmesi

Doktrinde ileri sürülen ilk fikre göre (192), sağ kalan eşin M.K. 445'e göre, talep etmiş olduğu teminat gösterilmediği takdirde; sağ kalan eşin irada tahvil edilmiş olan intifa hakkı tekrar avdet eder.

2 — İntifaa avdet edilmemesi

Doktrinde ikinci ve birincinin tamamen aksi olan diğer bir fikre göre ise (193), kuru mülkiyet sahibi müşterek mirasçılarının, talep olunan teminatı göstermemeleri irada tahavvül etmiş olan intifanın avdetine imkân vermez. Bunun mucip sebebi ise, intifanın irada tahvilinin inşai bir hak olması ve inşai hak kullanıldıktan sonra eski halle dönmenin mümkün olamayacağı kaidesidir.

3 — M.K. 734. maddesinin tatbiki

Teminatın gösterilmemesi halinde, diğer bir fikre göre (194), kuru mülkiyet sahipleri aleyhine M.K. 734. maddesinde derpiş olunan tedbire başvurulmalıdır. Bu maddeye göre, intifa ile mukayyet malların kayyımaya tevdi gerekmektedir.

Bu fikrin isabetsiz olduğu izah edilmiştir. Filhakika, MK. 74. maddedeki tedbir, sağ kalan eş tarafından kuru mülkiyet sahiplerine teminat verilmesini derpiş eden ahvalde (MK. 446) tatbik edilecek bir usüldür. Halbuki, burada mevzubahis olan, kuru mülkiyet sahibi mirasçılarının sağ kalan eşe teminat göstermemeleridir (195).

4 — Teminat borcunun ifası için takip imkânı

Sağ kalan eş tarafından, talep olunan, teminatın gösterilmemesi takdirinde, müracaat edilebilecek son yol da, teminat göstermiyen mirasçılar aleyhine, teminat verilmesini teminen HMUK. nun ve İİK. nun alâkalı hükümleri dairesinde takibata geçmektir (196).

192- BELGESAY M.R.: 1952, 23; BOLAK A. E.: 484; ŞENER E.: 1981,87; GÖNENSAY A.S-BİRSEN K.: 1963, 34; DELATTRE E.: Le droit du conjoint survivant-Etude de législation comparée Paris 1910,119 Muhsim 44 dip notu 3

193- İMRE Z.: 1978, 91; AYİTER N.: 1974, 28; İHAN A.N.: 1969, 85

194- BOLAK A. E.: 487; PIAGET J. E.: 1910, 108; ŞENER E.: 1981, 82; KÖPRÜLÜ B.: 1975-1976, 99 dip notu 39 da SEBES: 174 e affen

195- İMRE Z.: 1978, 91; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö.: 757; SAYMEN F. H.-ELBİR H. K.: Tür eşya hukuku İstanbul 1954, 528

196- İMRE Z.: 1978, 91; İNAN A. N.: 1969, 85 ve dip notu 101 de Escher art 463 No. 7 sf. 80 atfı; MUHEIM H.: 1922, 145, 146

Sağ kalan eşe teminat gösterilmemesi halinde, doktrin tarafından ileri sürülen bu fikirler hakkında ne düşünölmelidir?

Kanaatimizce, teminat gösterilmemesi halinde, intifaa avdet, irada tahvilin hukukî mahiyeti ile kabili telif değildir. Aynı meselede MK. 734. maddesinin tatbiki, sağ kalan eşin teminat vermesi haline ait bir hükmü tam aksi bir maksatla kullanmak olduğundan o da isabetsizdir. Bu itibarla yegâne imkân, sağ kalan eşin, teminat gösterme borcu altına giren mirasçılar aleyhine, herhangi bir teminat borçlusı gibi, takip talebinde bulunmasıdır.

§. 6 — İradın Ödenme Tarzı, İrata Hakkında Tasarruf ve Sona Erme Sebepleri

Medenî Kanununun 445. maddesinde tanzim edilmiş olan, sağ kalan eşin intifa hakkının irada tahvilinde; üzerinde durulması gereken son üç nokta bu iradın ödenme tarzı, irat hakkında tasarruf ve sona erme sebeplerinin nelerin olduğudur. Bu hususları sırası ile tetkik edelim:

D) İradın ödenme tarzı

Sağ kalan eşe, mirasçılar tarafından iradın ödenmesi, bazı hususî meseleleri tevhit eder. Bunlar, sırası ile: iradın hesabı, yıllık ödeme, peşin ödeme ve kaydıhayatla ödemedir.

1 — İradın hesabı

İntifa karşılığı ödenecek olan iradın, ne şekilde hesap edileceği hususunda kanunda bir hüküm yoktur. Bunun miktarını taraflar müştereken tespit edebilirler (197). Tarafların ihtilâfı halinde, bu ihtilâf mahkemece halledilecektir (197a).

İradın hesabı için şu hususlara dikkat edilmelidir (198): İntifanın gerektirecek olduğu gelir tespit olunurken, malların veya işletmenin mükemmel bir nemalandırma usulü mü nazarı dikkate alınmalıdır? Yoksa mutavassıt bir işletmenin mi işletilme tarzı nazarı dikkate alınacaktır?. Yine, bu tespit yapılırken, malların bizzat sağ kalan eş tarafından işletilmesi mi gözönünde tutulacaktır? Yoksa, üçüncü bir şahsa teslim olunan işletmenin bu üçüncü şahıs tarafından işletilme durumu mu nazarı dikkate alınacaktır?

197- İNAN A. N.: 1969, GÜVENÇ F.: 1972, 8

197a-ibidem

198- MUHEİM H.: 1922, 108

Şunu belirtmelidir ki, varılacak olan netice her hale göre ayrı ayrı olacaktır (199). Burada temel olarak, sağ kalan eşin bizzat kendisi tarafından işletilme durumu nazarı dikkate alınmalıdır. Bu itibarla, sağ kalan eşin, bu iradı temin ederken M.K. 727'ye göre, iyi bir idarenin icap ettiği şekilde davranıp davranmadığı tetkik olunarak, elde olunan gelir, kıymetlendirilecektir (200).

Eğer, intifa hakkı, bankada mevcut nakit veya esham ve tahvilâta müteallikse; bu takdirde iradın tespiti bakımından bir güçlük karşılaşılmaz. Burada, gelir o kıymetli evrakın getirecek olduğu faizlerin mecmuundan ibaret olacaktır (201).

Eğer, intifaa tâbi olan mallar, menkul veya gayrimenkul mallar ise, bu takdirde, gelirin tespiti biraz güçlük arzedebilir. Mallar, adı kira veya hasılât kirası ile kiraya verilmişse, bu takdirde intifanın hesabında, bunların kiraların mecmuu nazarı dikkate alınacaktır (202). Bu akarlar, mütevaffa veya intifa hakkı sahibi tarafından işgal edilmekte iseler; kiraya verilmiş olsalardı ne kadar gelir getirecek idiyeler, bu irat nazarı dikkate alınacaktır.

İntifanın getireceği gelirin tespitinde asıl zorluk arzedenden hal, malların menkul mallardan ibaret olması halidir. Zira, bu malların bazılarının, sağ kalan eş bakımından, manevi değeri olabilir. Bu itibarla, tarafların menfaatlerini tevzin edecek olan hakimin, bu bapta çok dikkatli davranması gerekir (203).

İntifanın getirecek olduğu gelir, tespit edilirken, bunlar ister menkul ister gayrimenkul olsunlar; bunların müstakbel durumları da gözönünde bulundurulmalıdır (204).

Eğer; intifaa tâbi mal, bir ticari veya sınaî işletmeye taalluk ediyorsa, iradın tespiti için, bu işletmenin istikbalde ne durumda bulunacağı hesaba alınmalıdır. Meselâ, işletme hakkında, yeni gümrük tarifeleri tatbiki mevzubahis ise, böyle bir ihtimal gelirin azalmasını tevhit edebilir (205). Bir fabrikada, 8 saatlik çalışma saatinin tatbiki, oradan gelecek olan geliri büyük nisbette etkileyebilir (206).

199- ibidem

200- MUHEIM H.: 1922, 108

201- ibidem

202- GHESQUIERE: 256, LE BOUCHER: 94 Muheim'dan 108

203- MUHEIM H.: 1922, 109

204- ibidem

205- MUHEIM H.: 192 2, 110

206- İbidem

Şunu da belirtmelidir ki, gelirin hesabı için, elde edilen brüt hasılâdan, masrafların ve mükellefiyetlerin tenzili gerekir ki, bu suretle net irat elde edilebilsin (207).

Brüt gelirden, tenzili gerekecek olan masraflardan murat olan da; intifa mevzuu olan malın muhafazası için MK. 736'ya göre, yapılması gerekli masraflardır. Bunların ölçüsü iyi bir pater familias'ın yapacak olduğu masraflardır (208).

Eğer, intifa hakkı sahibi, mahalli âdetlere göre, intifa mevzuu malı sigorta etmek mükellefiyetinde ise (MK. 739); bu mükellefiyet intifanın irada tahvili ile ortadan kalkacağından, bu masrafların tenzili de mevzubahis olamayacaktır (209).

Nihayet, burada son üzerinde durulması gerekli nokta, intifa hakkı sahibi, intifayı altındaki mala tahsis etmek durumunda olduğu, iş gücünün, irada tahvil ile ortadan kalkacağından; iradın tespiti bakımından bu iktisat olunan işin karşılığı da tenzil edilmek gerekecektir (210). Bu fikir isabetsizdir, hakkın istimaline tahsis olunan zaman maliyet unsuru olamaz.

Sağ kalan eşin, iradı tespit olunurken, riayet edilmesi gereken diğer bir husus da, bunun intifanın getirecek olduğu gelire muaddil olması gereklidir. Bu husus MK. 445'te tasrih olunmuştur. Zira, madde «intifaa muaddil bir irattan» bahsetmektedir (211). Filhakika; kanun, intifanın irada tahvili dolayısıyla, sağ kalan eşin ne daha fazla ne de daha eksik menfaat elde etmiş olmasını düşünmemiştir (212).

İradın, intifa hakkına muadeletini temin hususunda, sağ kalan eşin intifadan elde etmiş olduğu semereler nazarı dikkate alınmalıdır. İntifa mevzuu malların işbu semereleri, daima aynı miktarda olmayacağı gibi muntazam da olmayabilir. Bu itibarla, intifa mevzuu malların muayyen bir müddet zarfında, getirecek olduğu ortalama gelirler nazarı dikkate alınmalıdır (213). Bu irat tespit edilirken, se-

207- MUHEİM H.: 192 2, 110

208- MUHEİM H.: 1922, 110 ve dip notu 4 de GESHQUIERE, 257 atfı

209- MUHEİM H.: 1922, 111

210- İbidem

211- İMRE Z. : 1978,90

212- PIAGET J.E.: De la situation juridique et plus spécialement des droits successoraux du conjoint survivant Genève 1910,107; MUHEİM H. : 1922, 100

213- CANSEL E. : Miras hukuku (teksir ders notu) Ankara 1973,100; BELGESAY M.R. 1952,22; GÜVENÇ F. : 1973,7; İMRE . : 1978,89; OĞUZMAN K. : 1978,105 ve dip notu 38 de Escher art. 463 n. FULPIUS J.: 1968, 28; BERKİ A. H.:Miras ve tatbikat (bazı izahat ve teyiz kararları ilavesi ile) 2. t. Ankara 1968, 23

merelerin elde edilmesi için yapılmış olan masrafların tenzili gerekir (214).

İradın tespitinde, sağ kalan eşin yaşı nazarı dikkate alınmaz. Başka bir tâbirle, irat sağ kalan eşin yaşına göre tahavvül etmez. Zira, MK. 445'e göre tespit edilmesi gerekli bu irat, intifain tahvilinden elde edilmiş bir irattır (215).

İrat tespit edilirse, sağ kalan eş, intifain sermayeye kalbedilmesini (kapitalizasyonu) isteyemez. İrada tahvil, menşede bir değişiklik yapar. Yoksa, mirasçıların mes'ul oldukları meblâğı değiştirmez. Bundan dolayıdır ki, sağ kalan eşin (capitalisation) talebinin kabul edilmesi mümkün değildir (216).

Nihayet şunu da belirtmelidir ki, irat nakden hesaplanmalıdır. Mirasçılar intifain nakdi karşılığını ödemekle mükelleftirler (217).

2 — Yıllık ödeme

Mirasçılarının, sağ kalan eşe, ödemek mecburiyetinde oldukları irat yıllık olarak ödenir. MK. 445. maddesi, intifain tahvilinden elde edilecek olan iradın, yıllık olarak ödenmesini hükme bağlanmıştır (218).

Bununla beraber, şunu belirtmelidir ki, münferit kalan ve kanatimizce isabetsiz kalan, bir fikre göre (219), MK. 445'e göre, intifain tahvilinden meydana gelen irad, B.K. 509 ve müteakip maddelerinde tasrih olunan kaydıhayatla iradın bir nevidir. Burada ise, iradın 6 ayda ve peşin ödeneceği tespit edilmiş olduğundan (220), sağ kalan eşin mirasçılardan, iradının 6 ayda bir ödenmesini talep etmek hakkı kabul edilmelidir.

Bu fikir, iki bakımdan isabetsizdir. Filhakika; iddianın aksine olarak, MK. 445'in sarahatine göre, iradın yıllık ödeneceği tespit olunmuştur. Saniyen, sağ kalan eşe yıllık olarak ödeme yapılması tabiatı

214- CURTI-FORRER E.: 1912, 366; MARQUIS G. V.: 1915, 42

215- FULPIUS J.: 1968, 28 ve dip notu 33

216- MUHEIM H.: 1922, 100

217- CURTI-FORRER E.: 1912, 366; MARDİN E.: Medeni hukuk dersleri C.V. Miras İstanbul 1939, 81 Contra BİLGİN; 1971, 421. TUNÇOMAÇ K.: 1977, 1381

218- PIOTET P.: 1970, 129; BELGESAY M.R.: 1952, 80; FULPIUS J.: 1968, 28; GÜVENÇ F.: 1973, 8; MARDİN E.: 1939, 80; OĞUZMAN K.: 1978, 105; İMRE Z.: 1978, 90

219- MUHEIM H.: 1922

220- TUNÇOMAÇ K.: 1977, 1381; BERKİ Ş.: Borçlar hukuku özel hükümler Ankara 1973, 246

eşyadan olup, onun fakrû zarurete düşmesine mâni olmak istenmiştir (221). Ancak, şu husus da belirtilmelidir ki, sağ kalan eş ve mirasçılar ödemenin bu yıllık olma vasfını anlaşma ile değiştirebilirler (222).

3 — Peşin ödeme

İntifadan doğan ve yıllık ödenecek olan iradın, ne zaman ödeneceği hususunda, kanunda bir hüküm yoktur. Filhakika. M.K. 445. maddesinde, iradın senevi olacağından bahisle iktifa olunmuştur. Doktrin, bu ödemenin peşin olarak yapılması gerektiğini kabul etmiştir (223).

Böyle bir ödeme, Borçlar Kanununun 509. ve müteakip maddelerinde tanzim edilmiş olan, kaydıhayatla irat ödemelerine bir istisna teşkil eder. Zira, bu madde hükmüne göre, kaydıhayatla iratta ödemeler 6 ayda bir yapılır (224).

4 — Kaydıhayatla ödeme

Sağ kalan eşin intifasının, irada tahvil suretiyle, elde edilen irat, ona kaydıhayatla ödenir (225). Bu itibarla; aralarında aksine anlaşma olmadıkça, sağ kalan eş, kendisine muayyen bir müddetle mahdud olacak olan bir iradın ödenmesini kabule mecbur tutulamaz. Kaydıhayatla ödeme, MK. 445'te tasrih edilmiş değildir. Bununla beraber, bu zaruret müessesesinin bizatihi kendisinde doğar. Filhakika, iradın menşei, sağ kalan eşin intifa hakkıdır. Bu hak ise, sağ kalan eşin hayatı müddetince devam eder (226).

III İrat hakkında tasarruf

Sağ kalan eşin, intifa hakkının irada tahvili hususunda, tetkik edilmesi gerekli diğer bir husus da; bu hakta tasarrufun nasıl olacaktır. Bu tasarruf halleri, sırasıyla: irat hakkının devri, iradın haczi

221- İMRE Z.: 1978, 90

222- CURTI-FORRER E.: 1912, 366

223- İMRE Z.: 1978, 90; PIOTET P.: 1970, 129; contra MARDİN E.: 1939, 80

224- İMRE Z.: 1978, 87, 90

225- İMRE Z.: 1978, 87; MARQUIS G.V.: 1915, 12; MARDİN E.: 1939, 78, ROSSEL V.- MENTHA F.: Manuel de droit civil suisse, tome deuxième: des successions, des droits réels I ère partie Lausanne-Genève 1922, 23; TUNÇOMAĞ K.: 1977 1381 ve IV HD 27. XI. 1974 t. 1667/4907; BELGESAY M.R.: 1952, 22

226- PIAGET J. E.: 1910, 42; GÖNENSAY A. S.-BİRSEN K.: 1963, 33; İMRE Z. : 1978, 87

ve onun iflâs masasına idhali durumlarıdır. Bu noktaları kısaca tetkik edelim:

1 — İrat hakkının devri

Daha evvel temas etmiş olduğumuz veçhile (227); sağ kalan eşin, intifa hakkının irada tahvil hakkı, onun şahsiyet haklarına girmez. Bu itibarla, irat talep etmek hakkı, iradı veya kanuni mümessil vasiyetiyle kullanılabilirdiği gibi; bu talep hakkının irada alacaklısı tarafından başkasına devredilmesi de mümkündür.

Filhakika, gerek İsviçre Hukukunda gerekse Türk Hukukunda, intifa hakkının istimali kabili devirdir (228). Bu itibarla, onun bir tezahür nev'i olan muhavvel iradın da keza kabili devir olması tabiidir (229).

Ancak, şunu belirtmelidir ki, alacağın temlik yolu ile devrolunan husus iradın mesnedi olan hukukî müessese olmayıp, ondan mütevellit nakdi ödemelerdir (230).

2 — İraden haczi ve iflâs masasına kaydı

Gerek akdi, gerekse kanuni intifa hakkının bizatihi kendisinin kabili devir olmadığı ve fakat onun istimalinin devredilebildiği doktrin tarafından kabul edilmiştir (231). Aynı bir hak olan, intifa hakkının kullanılması devredilebildiğine göre, buna nispetle daha zayıf olan ve tam manasiyle bir alacak hakkı bulunan iradın devri evveliyette kalır.

Takip hukuku bakımından ise; kabili devir olan hak ve alacaklar hem kabili hacizdir, hem de, borçlunun iflâsı halinde, onun iflâs masasına girer (232).

227- bk f., 2. 1. 7

228- MÜHEİM H.: 1922, 104; BOLAK A. E. : 487; TUNÇOMAĞ K.: 1977, 1393; PIOTET P.: 1976, 138; ŞENER E.: 1981, 83; İMRE Z.: 1978, 84 ve dip notu 20; BİLGE N.: 1971, 424

229- ibidem

230- TUNÇOMAĞ K.: 1977, 1393

231- PIOTET P.: 1976, 138; ŞENER E.: 1981, 83; UYAR T.: Haczi caiz olmıyan mallar ve haklar, Recai Şeşkine Armağan Ankara 1974,556; BERKİ Ş.: 1972 246; KÖPRÜLÜ S.:1975-1976,98; KURU B.: İflâs ve icra Hukuku I. icra hukuku 1965, 226 mealen, BİLGE N.: 1971, 423

232- BOLAK A. E. : 1488; İMRE Z.: 1978, 84 ve dip notu 20; KURU B. : Haczi caiz olmıyan şeyler mealen AHFD C. XIX 1962 sa. 1-4, 1279; DALAMANLI L.: Miras hukuku tatbikatı Ankara 1975, 15; KURU B.: 1965, 226; KÖPRÜLÜ B.: 1975-1976, 99

İradın haczi ve iflâs masasına idhali bakımından, üzerinde durulması gerekli bir husus, irat borçlusunun BK. 510/III'e göre, bu iradı alacaklısının haciz ve iflâsından masun tutabilip tutamayacağı hususudur (233).

Burada, şuna işaretle iktifa edelim ki; MK. 445'e göre, intifanın irada tahvili halinde, BK. 510/III'ün borçluya vermiş olduğu imkân tahakkuk etmez, Zira, sağ kalan eşin intifa hakkının, irada tahvili hiç bir zaman meccanen yapılmış değildir (234).

III) İradın sona erme sebepleri

İrada tahavvül etmiş olan, intifa hakkının, işbu irat şeklindeki sona erme sebepleri kanunda gösterilmiş değildir. Bu irat borcunun sona erme sebeplerini şu şekilde tafsil etmek mümkündür:

1 — İfa

Borcun, ilk sona erme sebebi, kuru mülkiyet sahibi müşterek mirasçıların, sağ kalan eşe karşı borçlarını ifa etmiş olmalarıdır. Bu sukut sebebi umumî olup üzerinde fazlaca durmayı gerektirmez.

Bu ifa meselesinde, üzerinde durulan bir noktaya temas etmelidir. Filhakika bir müellif (235), irat borcunun, kuru mülkiyet sahibi müşterek mirasçılar tarafından, şahsen ödenme durumu olup olmadığını tetkik etmiş, kanunda bu yolda bir hüküm bulunmadığı ve bu itibarla üçüncü şahıs tarafından da ödemedede bulunabileceği neticesine varmıştır. Bu fikir, BK. 67. maddesine göre, alacaklının, borcun bizzat kendisi tarafından ifasında bir menfaati olmadığı takdirde, borcun üçüncü şahıs tarafından ödenebileceği kaidesine istinat eder.

Bundan dolayıdır ki, müellifin (236) işaret ettiği gibi, mirasçılar, iradın ödenmesi hususunda bir sigorta şirketini tavsif edebilirler. Burada mühim olan, ve üzerinde durulan bir nokta şudur, sigorta şirketi iflâs eder veya aciz duruma düşerse, mirasçılar ödemeyi yapması hususunda, sigorta şirketi ile anlaştıklarını ve ödemeyi yapması için kendisine lüzumlu fonu yatırdıklarını dermeyan etmek suretiyle, ödeme mes'uliyetinden kurtulabilirler mi?

233- BİLGE N.: 1972,424; BERKİ N.: 1973, 246; KURU B.: 1965, 226; TUNÇOMAĞ K.: 1393

234- İMRE Z.: 1978, 89 dip notu 20

235- MUHEİM H.: 1922, 105

236- MUHEİM H.: 1922, 105

Doktrinde varılan netice şudur: Mirasçının mücerret sigorta şirketini tavsit etmiş olması, iflâs veya aciz halinde kendisini borçtan kurtarmış olmaz (237).

Onun içindir ki, İsviçre Borçlar Kanunu, İBK. 518 mirasçının iradı ödeme hususunda tavsif edeceği sigorta şirketinin, muteber bir emniyet sandığı olması kaydını getirmiştir. Aynı hüküm BK. 509/III de tekrarlanmıştır.

İfa bakımından, üzerinde durulması gerekli bir problem de: Müşterek mirasçıların, iradı ödemekte temerrüt gösterdikleri takdirde, durumun ne olacağıın tayinidir.

Bu hususta şunu belirtmelidir ki, böyle bir temerrüt halinde, alacaklının BK. 104 mucibince, ancak icraya veya mahkemeye başvurduğu tarihten itibaren, alacağına faiz talep etmek hakkını verir. Yoksa, alacaklının BK. 106'ya göre, mukaveleden rücu etmesi için bir sebep teşkil etmez (238).

2 — İrat alacağıında mürürüzaman

Sağ kalan eşin, alacağıın mürürüzamanında, iki durumu yekdiğerinden ayırmalıdır. Şunu belirtmelidir ki, alacaklılık ve borçluluk münasebetinin mürürüzamanı, bu münasebetin doğduğu tarihten itibaren 10 senedir. Bizzat iradın kendisinin mürürüzaman müddeti ise, BK. 129. maddesi tatbik edilir ve bu maddeye göre. mürürüzaman her alacağın doğuşundan itibaren 5 yıl geçmekle tahakkuk etmiş olur (239).

3 — İrat alacaklısının ölümü

Medenî Kanununun 445. madesine göre, intifain irada tahvilinden doğan alacak, sağ kalan eşin hayatı müddetince ödenir. Bu itibarla, sağ kalan eşin ölümü, irat alacağını da ortadan kaldırır.

Burada üzerinde durulması gerekli husus şudur: Sağ kalan eşin iradın ödenecek olduğu devreden evvel veya sonra ölümü halinde, durum ne olacaktır?.

Kabul olunan fikre göre (240) irat alacaklısı, gelirin önceden ödenmesi gereken devrenin bitiminden önce ölürse, borçlu o döneme müteallik iradın tamamını ödemekle mükelleftir.

237- MUHEİM H.: 1922, 140

238- BİLGE N.: 1971, 422; TUNÇOMAĞ K.: 1977, 1390

239- TUNÇOMAĞ K.: 1977, 1390

240- İbidem

Her ne kadar, iradın hak sahibi bakımından temin edilmesin gerektiği düşünülerek, ödeme devresi içinde ölen alacaklıya, yapılan fazla ödemenin, istirdadı gerekeceği, ileri sürülebilirse de; BK. 509/II pratik mülahazalarla, borçluya geri talep etmek hakkını vermemiştir. Çünkü, birçok masrafların, meselâ kira parası, alacaklının ölümü ile birlikte ortadan kalkmaz ve binnetice ölüm anından sonraya uzatılması mevzubahis olabilir (241).

Buna karşı, gelir önceden ödenmesi gerekmiyorsa, o zaman borçlu sadece ölüme kadar cereyan eden miktarı borçlanmış olur. Bir mükellefiyet olmadan, ödemenin önceden yapıldığı hallerde de, kaide kıyasen tatbik edilmelidir (242).

Ancak, şunu belirtmelidir ki, MK. 445. maddesine göre, intifadan tahavvül eden irat daima peşinen ödenmesi gerekeceğinden, iradın geri istenme durumu tahakkuk etmez.

4 — İrat borçlusunun iflâs etmesi

Sağ kalan eşin, irat alacağının sona ermesi bakımından, üzerinde durulması gerekli, diğer bir mesele de; irat borçlusunun iflâs etmiş olması halidir.

Şunu belirtmelidir ki, irat borçlusu mirasçının, iflâs etmiş olması; borcun ortadan kalkmasını intaç etmez. Bu iflâs, BK. 509/3'e göre edayı muaccel duruma sokar. Bu takdirde, alacaklı resümal alacağı için iflâs masasına girer (243).

Bir fikre göre (244), BK. 509/III'e göre, gelir sözleşmesini bağışlama şeklinde tavsif etmek mümkün ise; alacaklının gelir tesisi için gereken sermayeye eşit bir meblâğ isteme hakkı yoktur. Ancak, isabetle işaret olunduğu üzere (245), MK. 445'e göre, intifain irada tahvili daima ivazlı olduğundan, bu durumda BK. 509/III'ün tatbik kabiliyeti yoktur.

(241) TUNÇOMAĞ K. : 1390 ve dip notu 5 te Becker 518. 2-3, Oser-Schönenberger: 518 n. 4 Tuhr/Siegwart II, 62 N. 5

(242) TUNÇOMAĞ K.: 1391 ve dip notu 6 da Oser-Schönenberger 518 n. 4

(243) BİLGE N. : 1972, 422-423; TUNÇOMAĞ K.: 1977, 1391 dip notu 5 te Oser-Schönenberger 518 n. 5

(244) TUNÇOMAĞ K.: 1977, 1391; BİLGE N. : 1972, 423

(245) İMRE Z.: 1978, 89 dip notu 20

5 — İrat mevzuu malın zevali

Sağ kalan eşin iradının kaynağı, intifa hakkından muhavveldir. Bu itibarla, intifa getiren malın zevalinin, iradı ortadan kaldırıp kaldıramıyacağı da tetkik edilmelidir.

İntifaa tâbi malın tamamen zevali, o intifain ortadan kalkmasını intaç eder (246). İlk nazarda, intifain mevzuu malın sona ermiş olmasının, bu intifa iradın menşeyini teşkil ettiğinden; iradı da sona erdireceği düşünülebilir.

Ancak, irada tahvil hakkının hukukî mahiyeti tetkik olunurken, izah olunduğu üzere, irada tahvil hakkı bir muhayyerlik selâhiyeti (facultas alternativa)dır. Bu itibarla, bu selâhiyet kullanıldıktan sonra, elde edilen menfaatin müstakil bir mevcudiyeti olur. Dolayısıyla, intifa mevzuu mal ortadan kalkmış olsa dahi, irat devam eder.

(246) GÜRSOY K. T-CANSEL E.-EREN F.: Türk eşya hukuku Ankara 1978, 908; TEKİNAY S. S.: Eşya Hukuku 1970-1971, 488; OĞUZMAN K.-SELİÇİ Ö: 736

BİBLİYOGRAFYA

- AKINTÜRK T. : Aile hukuku 2. t. Ankara 1975
- AKİPEK J. : Türk eşya hukuku (aynî haklar) 3. kitap: mahdut aynî haklar - menkul rehni hariç) Ankara 1974
- AYİTER N. : Miras hukuku 3. t. Ankara 1974
- BELGESAY M.R. : Türk medeni kanunu şerhi III miras hukuku İstanbul 1952
- BERKİ A.H. : Miras ve tatbikat (bazı izah ve temyiz kararları ilavesi ile) 2.t. Ankara 1968
- BERKİ Ş. : Borçlar hukuku-özel hükümler Ankara 1973
- BERKİ Ş. : Türk medeni kanununda miras hukukunun esasları AHFD 1971
- BİLGE N. : Borçlar hukuku-özel borç ilişkileri 2.t. Ankara 1971
- BOLAK A.E. : Uygulamada miras ve tereke hukuku İstanbul
- CANSEL E. : Miras hukuku (teksir ders notları) Ankara 1973
- CURTI-FORRER E. : Commentaire du code civil suisse Neuchâtel 1912
- DALAMANLI L. : Miras hukuku tatbikatı Ankara 1975
- DAEPPEN O. - REYMOND CH. : Le code fédéral des obligations, articles 1 à 551 Zurich 1933
- ENGEL P. : Traité des obligations en droit suisse - dispositions générales du code des obligations Neuchâtel 1973
- ESEN B.N. : Akit yapmamak hakkı İZBD sene 3 Nisan 1938 sa. 4
- FRANKO N.İ. : Sağ kalan eşin intifanda teminat müessesesi ABD 1976 sa. 4
- FULPIUS J. : Le conjoint survivant en droit matrimonial et successoral suisse Genève 1969
- GÖNENSAY A.S. - BİRSEN K. : Miras hukuku 2.t. İstanbul 1963
- GÜVENÇ F. : Sağ kalan karı veya kocanın intifa hakkı yerine yıllık irat isteme hakkı İBD 1972
- GÜRSOY K.T. - CANSEL E. - EREN F. : Türk eşya hukuku (zilyetlik-tapu sicili mülkiyet-sınırlı aynî haklar) Ankara 1978
- İMRE Z. : Türk miras hukuku 4.t. İstanbul 1978
- İNAN A.N. : Miras hukuku Ankara 1969
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : Miras hukuku 2.t. İstanbul 1978
- KÖPRÜLÜ B. : Miras hukuku dersleri I İstanbul 1975-1976
- KÖPRÜLÜ - B. - KANETİ S. : Sınırlı aynî haklar İstanbul 1972-1973
- KURU B. : Haczi caiz olmayan şeyler AHFD c. XIX 1962 sa. 1-4
- KURU B. : İra ve iflas hukuku c.I., irca hukuku Ankara 1965
- LADOR J. - MINET J. - HINDERMANN W.E. : Héritiers et testateurs Genève 1954
- MARDİN E. : Medeni hukuk dersleri c.V miras İstanbul 1939
- MARQUIS G.V. : Les droits successoraux du conjoint survivant Lausanne 1915
- MAZEAUD H et J. - MAZEAUD L. : Leçons dedroit civil-successions Paris 1971
- MERCIER P. : Aspects du droit suisse des successions, in congrés de l'Institut International de droit d'expression française tenu à Kinshasa du 1er au 11 septembre 1972 sur les successions Revue juridique et politique 26 ème année octobre-décembre 1972
- MUHEIM H. : De la conversion en rente viagère de l'usufruit du conjoint survivant Fribourg 1922
- OĞUZMAN K. : Miras hukuku İstanbul 2. t. 1978
- OĞUZMAN K. - SELİÇİ Ö. : Eşya hukuku İstanbul 1978
- ÖZTAN B. : Aile hukuku Ankara 1969
- ÖZTRAK İ. : Miras hukuku (giriş-kanundan doğan mirasçılık-ölüme bağlı tasarruflar) Ankara
- ROSSEL V. - MENTHA F. H. : Manuel de droit civil suisse, tome deuxième : des successions, des droits réels 1ère partie, Lausanne - Genève 1922
- PIAGET J.E. : De la situation juridique et plus spécialement des droits successoraux du conjoint survivant Lausanne 1910
- PIOTET P. : Les usufruits du conjoint survivant Berne 1970

- PIOTET P. : Traité de droit privé suisse IV droit successoral Berne 1975
PIOTET P. : Précis de droit successoral Berne 1976
PIOTET P. : Les droits successoraux du conjoint survivant de lege lata et de lege feranda RDS 1981
RAHM de E. : Les sûretés dues par l'usufruitier au-nu- propriétaire Lausanne 1925
SAYMEN F.H. - ELBİR H.K. : Türk eşya hukuku İstanbul 1954
SAYMEN F.H.- ELBİR H.K. : Türk borçlar hukuku I umumî hükümler İstanbul 1958
SAYMEN F.H. : Hakkın suistimalinin müeyyidesi IHFM 1941 c. XI sa. 1-2
ŞENER. : Eski ve yeni miras hukuku Ankara 1981 c. I II
TEKİNAY S.S. : Eşya hukuku İstanbul 1970 - 1971
TEKİNAY S.S. : Borçlar hukuku İstanbul 1974
TUNÇOMAĞ K. : Türk borçlar hukuku 3. b. II-Özel borç münasebetleri İstanbul 1977
TUOR P. : Le code civil suisse Zurich 1942
UYAR T. : Hacı caiz olmıyan mallar ve haklar, Recai Seçkin'e Armağan Ankara 1974

FİHRİST

Bibliyografya

- §. 1- İrada Tahvil Müessesesinin Hikmeti Vücutu
- §. 2- İrada Tahvil Müessesesinin Hukukî Mahiyeti
- I) İrada tahvilin hukukî karakteristikleri
- 1- İrada tahvil beyanının inşâi vasfı
 - 2- İrada tahvil beyanının tevcihi muktazı olma vasfı
 - 3- İrada tahvil beyanının bir muhayyerlik selahiyeti (facultas alternativa) olma vasfı
 - 4- İrada tahvil beyanının kabili rücu olmama vasfı
 - 5- İrada tahvil beyanının şekle tâbi olmama vasfı
 - 6- İrada tahvilin âmir olmama vasfı
 - A) İrada tahvilin âmir olduğunu kabul eden telâkki
 - B) İrade tahvilin âmir olmadığını kabul eden telâkki
 - 7- İrada tahvil beyanının şahsiyet haklarından olmama vasfı
- II) İrada tahvilin benzer müesseselerden tefriki
- 1- İrada tahvil ve mirası taksim muamelesi
 - 2- İrada tahvil ve temlik veya irat tesisi muamelesi
 - 3- İrada tahvil ve tecdit
 - 4- İrada tahvil ve sulh akdi
- §.3- Medeni Kanunda İntifa Hakkının İrada Tahvilinin Tahakkuku
- I) İrada tahvilin teşriî safhaları
- 1- 1894 tarihli birinci ön-tasarıda durum
 - 2- 1895 tarihli ön-tasarıda durum
 - 3- 1900 tarihli Adalet ve Polis Dairesi projesinde durum
- II) İrada tahvil müessesesinin tahakkuk şartları
- 1- İrada tahvilin mevzuu olan hak bakımından
 - A) İrada tahvil edilecek intifa hakkının kanunî olma vasfı
 - B) İrada tahvil edilecek olan intifa hakkının miras hukukundan doğmuş olma vasfı
 - 2- İrada tahvili talep edebilecek olan hak sahibi bakımından
 - A) Kaide: İrada tahvil hakkı sağ kalan eşindir
 - B) İstisna: Mirasçıların hak sahibi olmaları
 - a) Sağ kalan eşle diğer mirasçıların anlaşması
 - b) Müteveffanın ölüme bağlı tasarrufu ile teşmili
 - c) Medeni Kanun 2. maddesinin 2. fıkrasına istinaden kullanma imkanının verilmesi
 - 3- İrada tahvil talebinin yapılacağı an bakımından
 - 4- İrada tahvilde ehliyet bakımından
 - A) Sağ kalan eş bakımından
 - a) Küçüklük hâli
 - b) Mahcuriyet hali
 - aa- mümeyyiz olmıyan eş
 - bb- mümeyyiz olan eş
 - cc- vesayet dairelerinin rolü
 - c) Kayımlık altında olma hali
 - d) Kanunî müşavir altında bulunma hâli
 - B) Müsterek mirasçılar bakımından
- III) İrada tahvilde selahiyet
- IV) İrada tahvilde muhatap
- 1- Taksim edilemeyen terekede tahvil talebi

2- Taksim edilen terekede tahvil talebi

§. 4- İrada Tahvilin Hükümleri

I) Tahvilin mevzuu bakımından

II) Tahvilin intifa hakkına muadeleti bakımından

III) Tahvilin iradı doğuracağı an bakımından

IV) Tahvilin sağ kalan eşin tereke üzerindeki durumu bakımından

V) Tahvilin sağ kalan eşin hakkının mahiyetinde meydana getirdiği tahavvül bakımından

VI) Tahvil beyanından rücu edilememesi bakımından

§. 5- İrada Tahvilde Teminat

I) Kanunî mesnedi ve hikmeti vücudu

II) Teminatı ita şartları

III) Teminat'ın nev'i

1- Muayyen ve gayri muayyen teminat

2- Aynı ve şahsî teminat

IV) Teminat gösterilmemesinin neticeleri

1- İntifaa avdet edilmesi

2- İntifaa avdet edilmemesi

3- M.K. 734. maddesinin tatbiki

4- Teminat borcunun ifası için takip imkânı

§. 6- İradın Ödenme Tarzı, İrata Hakkında Tasarruf ve Sona Erme Sebepleri

I) İradın ödenme tarzı

1- İradın hesabı

2- Yıllık ödeme

3- Peşin ödeme

4- Kaydıhayatla ödeme

II) İrat hakkında tasarruf

1- İrad hakkının devri

2- İradın haczi ve iflâs masasına kaydı

III) İradın sona erme sebepleri

1- İfa

2- İrat alacağında mürürzaman

3- İrat alacaklısının ölümü

4- İrat borçlusunun iflâs etmesi

5- İrat mevzuu malın zevali