

**MEDENÎ KANUNUN 527. VE 626 (TMK. 507 VE 603)
MADDELERİNDE MİRAS BIRAKANIN MİRAS
HİSSESİNE MAHSUBEN SAĞLIĞINDA
YAPTIĞI TEBERRULAR MEFHUMU**

Yazan: François GUIBAN
Lausanne Üniversitesinde
fahri profesör

1. Medenî kanunda, müteveffadan onun sağlığında aldıkları hibe-leri terekeye iade etmek hususunda mirascılara terettüp eden mecburiyet bahsi kadar münakaşa uyandıran bahis azdır. Terekeye iadeleri bakımından teberrüler arasında bazı tefrikler yapmak gerektiği daha ilk bakışta anlaşılır; lâkin bu tefriklere esas teşkil edecek kriteriyomları bir sisteme bağlamak çok müşküldür. İlk çağlardanberi bu noktada kanun hükümleri değişik, mahkeme içtihadları araştırma halinde, nazariyat tereddütlü ve müphemdir (2). Bununla beraber kendi malvarlığının (mamelekinin) akıbetini mâkul bir surette tanzim etmeği isteyen iyi bir aile babası bakımından miras hukukunun sabit ve kat'î olması çok ehemmiyetlidir. İşte bunun için eli kalem tutan hukukçu bu konuya kendi bilgisini katmak için bir denem yapmağa can atar. Federal Mahkemenin yeni kararları ve 1949 yılında Bern'de yayımlanan bir tez bu yazıyı yazmamıza vesile teşkil etmiştir.

2. Kendisine telmihte bulunduğumuz doktora tezi Dr. Jakob Müller'in kaleminde çıkmıştır (3). İyice düşünülmüş ve açıkca yazılmış bir kitap. Müellif teferruata boğulmamak ve esas meselelere doğrudan doğru- dan doğruya girişmek dirayetini göstermiştir. Delillerini çok kere ustaca ortaya sürmüştür. Kendisini haklı olarak takdir etmekle beraber, mahkeme içtihatlarını yanlış yola sürkliyebileceğini sandığımız bazı telâkkilerinde ayrılıyoruz. Aramızdaki anlaşmazlığı bir kelimeyle hülâsa etmek

(1) Vaud kantonu noterleri genel kuruluna sunulan inceleme (17 Kasım 1951).

(2) Mesela M. Kupper'in İsviçre hukukçular dergisi 1951 sh. 340 daki anlaşılması pek güç bir üslûpla yazılan makalesi.

(3) Müller J. A.: Das Verhaelthis von Ausgleichungen und Herabsetzung in schweizerischen Erbrecht Bern 1949.

İçin diyeceğiz ki Müller, iade ve iadeden muafiyetin mahiyeti hususunda akdî ve sübjektif bir telâkkiye temayül ediyor; halbuki kanaatimce 527 (TMK. 507) ve 626 (TMK. 603) maddeleri objektif ve miras hukuku alanına giren kaideler telâkki etmek zarureti vardır. Federal Mahkeme, bu objektif ve miras hukukuna dahil kaideler mefhumunu açıkça kabul ettikten sonra son kararlarında sübjektivizm lehine bazı tevizlerde bulunmuştur, bu kararları hususî bir dikkatle inceleyeceğiz (4). Medenî Hukuk sisteminde, (terekeye iade) bahsine verilecek yeri münakaşa etmek istiyoruz. Bunun için aşağıdaki üç soruyu soruyoruz:

A. Medenî Kanununun 626 (603) ve sonraki maddelerinde yer alan kaideler Borçlar Hukuku alanına mı yoksa Miras Hukuku alanına mı girer?

B. Miras bırakanın sağlığında mirascıya miras hissesine mahsuben yaptığı teberru (avancement d'hoirie-Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil) hibeden farklı, nev'i şahsına münhasır bir teberru (libéralité) mudur? Eğer böyleyse tefrika yarayan kriteriyom nedir?

C. Medenî Kanununun 527 (507) ci maddesinde geçen (avancement d'hoirie: miras hissesine mahsuben teberru) sözünden ne anlamak lâzımdır?. Bir kanunî mirascının almış olduğu teberrular bahis mevzuu olmasına göre, yapıldığından beş yıl sonra tenkisa tabi olmaktan çıkan hibeleri (m. 527 n. 3, TMK. 507 n. 3), ne zaman yapılmış olursa olsun daima tenkisa tâbi olan mirascılara avanslardan (m. 527 n. 1, TMK. 507 n. 1) tefrik etmeli midir? Eğer böyle yapmak icap ediyorsa aradaki tefrik kriteri nedir?

3. Her türlü yanlış anlamayı önlemek için, mirasda iade (rapport) mefhumu hakkında iptidaî bir tarif verelim (8): (Teberruların iadesi; bir müşterek mirascı için, müteveffadan meccanen aldığı malları ve kıymetleri şu veya bu şekilde, aynen veya muadilini vermek suretiyle mirasda hesaba katmasından ibaret olan muameledir).

İadeden bahsedebilmek için aynı şahsın üzerinde hem mirascı, hem de mevhubünleh (hibe alan) sıfatlarının birleşmesi arttır. Mirascı sıfatını haiz olmıyan bir hibe alan, kendisine bağışlanmış malları şu veya bu vadede iade etmeği sözleşme ile taahhüt ederse bu akdî şart, terekeye iade mahiyetini arzetmez, bağışlayanın bağışladığını geri alma hakkını tesbit eden bir anlaşma (stipulation d'un droit de retour) olur. Borçlar kanununun

(4) Bu arada Rieser - Honauer işindeki ikinci kararı (RO. 1942 II p. 78 JdT. 1942 p. Wehrle (RO. 1950 II sh. JdT. 1951 s. 324), Wuess-Keller (RO. 1951 II p. 36, JdT. 1951 p. 438), Mettier (RO. 1951 II p. 228, JdT. 1952) kararlarını mukayese edeceğiz.

(5) Bu tarifi, Louis Josserand: Cours de Droit civil, 1930 Cilt III n. 1083 den alıyoruz.

247 (TBK. 242) böyle bir anlaşmayı hibe alanın daha önce ölümü hali için kabul etmiştir (yazının aslında, hibe edenin daha önce ölümü cümlesi varsa da bunun bir yanlış dizgi, olduğu bellidir. Terceme edenin notu). Lâkin, bu geri alım hakkını başka bir şarta, meselâ bağışlayanın ölümü şartına bağlamak mümkün mü? Böyle bir şart, hibelerin geri alınamıyacağı hakkındaki prensiple bağdaşabilir mi? Bu konuda Federal Mahkeme kararına rastlamadım. Şârihler ise müphem fikirleri ileri sürüyorlar (6). Lâkin bu meselelerin münakaşası incelememizin konusu dışında kalacaktır. Biz hakikî iadelerden bahsediyoruz ve hibe alanın daima mirascı sıfatını taşıdığını kabul ediyoruz.

4 — Vaktiyle almış olduğu bir teberruu terekeye iade etmek hususundaki mecburiyet, hibe alan sıfatından mı, yoksa mirascı sıfatından mı ileri gelmektedir? İade mükellefiyeti, hibe akdiyle birlikte üzerine aldığı bir borçtan mı doğmuştur? Yoksa mirascılık sıfatına merbut bir şart mıdır?

Bu ilk soruya, terekeye iade müessesesini Borçlar Hukuku alanına giren bir müessese değil de Miras Hukuku bahsine ait bir müessese saymak suretiyle cevap verirsek, kanunun üç türlü irsî intikal kabul ettiğini hatırlamamız lâzımdır. Müteveffanın malları mirascılara: a) ya ömüle bağlı bir muamele, miras bırakanın bir irade beyanı vasıtası ile, b) yahut âmir bir kaideye göre (mahfuz hisseli miras), c) kanunî lâkin tefsiri bir kaideye göre (*succession ab intestat*) geçer. Şu halde İade müessesesinin bu üç irsî intikal tarzından hangisine bağlandığını açıklamamız gerekir. Bu kısa girişle maksadımızı belirttikten sonra yazımızın başlangıcında ortaya koyduğumuz üç meselenin tetkikine girişebiliriz:

A. BİRİNCİ MESELE:

MEDENÎ KANUNUN 527 (507), VE 626 (603). MADDELERİNDE YAZILI KAİDELER BORÇLAR HUKUKUNA MI YOKSA MİRAS HUKUKUNA MI AİTTİR?

5. Bir kimse evlenen kızına 5000 fr. hibe etmiştir. Kız bu hibeyi babasının terekesine iade edecektir (iadeden muaf tutulması hali müstesnadır). Niçin? Acaba kız, hibe alan sıfatıyla hibe akdiyle üstelendiği bir borcu mu yerine getirecektir? Yoksa bu iadenin başka bir **hukukî illeti** mi var? Belki, bunun ne ehemmiyeti var diye bir sual sorulabilir. Kızın iade ile mükellef olduğunu bilmemiz kâfi değil midir? Hiç su götürmiyen bir mükellefiyetin (hukukî mahiyetini) tayin etmek için kafa patlatmak ne-

(6) Stamm kararı, NO. 1919 II p. 7, DT 1919 p. 301 sahifenin son satırları. Oggier kararının No. 8 de zikrettiğimiz kısmına da bak.

ye yarar? Biraz sonra vereceğimiz izahlar bu noktanın ne kadar mühim olduğunu gösterecek ve Romalı hukuk bilgini Celse'nin şu derin fikrini bir kere daha teyid edecektir: Kanunun lafzını bilmek, henüz kanunu bilmek değildir; ancak kanunun ruhu (hikmeti vaz'ı-ratio legis) o lafzın mâna ve şumulünü ortaya koyar.

6. Daha önce belirttiğimiz gibi, Federal Mahkeme iptida, iade mükellefiyetini miras hukuku alanına giren bir bahis olarak kabul etmişti. **Stamm** işinde verdiği kararı okuyalım (7):

(.. İade, konusu yeni hukuka tâbidir. Tatbikat kanununun 15. maddesine göre bu bahis te miras hukukuna dahildir; çünkü taksim sırasında mirascılar arasında eşitliği sağlamak maksadiyle hangi teberruları nazarı itibara almak lâzımdır meselesi, miras hukuku alanına giren bir meseledir).

Rieser kararı **iadeden muafiyet** meselesi münasebetiyle bu hususta daha sarihtir: (Hibe alanı, iadeden muaf tutan tasarruf, teberru yapıldığı zaman sadır olsa bile, yine miras hukuku karakterini taşır... Kazandırıcı muamelenin unsurlarına taallûk etmez ve onun akdî muhtevasına dahil olmaz).

Escher, başarılı bir formül bulmuştur; iadeyi (kanunî miras hukukunun fer'î bir kaidesi) olarak sıfatlandırıyor (9).

7. İşte Müller'in seçtiği hücum noktası da budur (10). Bu müellif, iadeye ait kaidelerin akdî mahiyette olduğunu ısrarla müdafaa ediyor ve biraz önce zekrettiğimiz **Riese** kararını tenkit ediyor. Bu hususta **Tuor**'un bir notuna istinat etmektedir. Gerçekten o notta şunları okuyoruz: (Miras bırakan, hibe akdinin diğer kayıt ve şartlarını tebdil edemediği gibi, hibe akdi yapılırken bahsettiği iadeden muafiyetten de rücu edemez (11).

Bağışlıyanın, iadeden muafiyet hususunda koyduğu kayıttan bir taraflı olarak rücu edip edemiyeceği hususunu biraz sonra (N. 14) münakaşa edeceğiz. Şimdilik şunu tesbit edelim: Zikrettiğimiz müelliflerin

(7) **Stramm** kararı, RO. 1919 II p. 7, JDT 1919 p. 301 sahifenin son satırları. **Oggier** kararının No. 8 de zikrettiğimiz kısma da bak.

(8) **Rieser - Honauer** kararı, JDT, 1942 s. 560, bu derginin 142 ve 662 ci sahifelerindeki notlara da bak.

(9) Mad. 626 Not 16 ve 24.

(10) 46 - 55 ci sahifeler.

(Die Ausgleichungen-pflichtigen Zuwendungen, Bern 1941 p. 30 da da okuyoruz. Hattâ gariptir ki **Escher** mad. 626 No. 44 de ayn ifikri ileri sürüyor, halbuki bu fikir şârihin iadeyi kanunî miras hukukuna bağliyan görüşü ile asla uzlaşamaz.

(11) 626. madde altında 47 ve 32 sayılı notlar. Aynı muhakeme tarzını **Gubler**'in

bu suale verdikleri menfi cevap, iade hakkında kabul ettikleri akdî tarifin neticesidir. İşte asıl yanlış olan bu tariftir.

8. Bu tarif, zannederim ki, herkesce kabul edilmiş olan bir takım amelî kaidelerle uzlaşamaz :

a) Bir kere, mirascının diğer mirascıdan iadeyi talep eden dâvası **tediyeye** matuf değildir (bir eda dâvası değildir). Bu dâva, taksime müteallik bir unsurun tesbitine matuftur (tesbit dâvası). Bu iki dâva arasındaki fark **Graber - Keller** dâvasında verilen kararda açıkça belirtilmiş, sonra **Rieser** dâvasında biraz ihmal edilmiştir (12).

b) Binnetice iadeyi elde etmek için takip edilecek prosedür sadece taksim dâvasıdır; borç için takip yani icra takibi elverişli yol değildir (13).

c) Tereke taksim edilmediği müddetçe, iadeyi talep hakkı, zaman aşımına uğramaz, halbuki bir alacak hakkı olsaydı zaman aşımına uğrardı (14).

d) Nihayet ve bilhassa şu nokta var: Mirası reddeden mirascı 626. (TMK. 603) ve sonraki maddelerde yazılı iadedden kurtulur. Bizim nazariyatımızda uğramayan bu hal sureti **Oggier** kararında açıkça teyit edilmişti (15): (Mirası reddeden mirascı iadeye tabi değildir. Zira onlar mirascı değildir. Bu husus 627. maddenin birinci fıkrasından ve umumiyetle, kanunun iadeyi, mirasın taksimi alanına giren bir bahis gibi tanzim etmesinden ileri gelmektedir.). Eğer iadenin illeti akdî bir borç olsaydı bu neticeyi izah imkânsız olurdu. Zira borçlunun, alacaklısının mirasını red ederek borçu ödemediği kurtulması tasavvur edilebilir mi?

9. İade ve iadeden muafiyet hususunun, hibenin akdî unsurlarından olmadığını menfi surette ispat ettikten sonra bunun tarifini müsbet surette tasrih etmeğe çalışalım:

a) 626. madde ve sonrakiler tefsirî hukuk kaideleridir, âmir hukuk kaideleri değildir. Zira müteveffanın bunların hilâfına hüküm koymak hakkı mahfuzdur. Lâkin bu maddeler, BK. bir çok maddelerinin yaptığı gibi, mukavêlelerini itmam etmek suretile tarafların yarattığı boşluğu doldurmakla iktifa etmezler. **Kanunî**, objektif kaideler vaz ederler: bu kaideler **Burkhardt**'ın (mefruz akdî hukuk) mefhumuna muka-

(12) JDT, 1929, s. 164. Bu kararın hiç de kâfi olmıyan bir özeti için bak. RO. 1928 II s. 243, JDT. 1942, not s. 138 - 140.

(13) Bâle mahkemesi kararı: **Weiss: Entscheidungen**, ilk basım, 206; **Escher** not 16 p. 311; **Binder: Erbrecht**, (Encyclopédie Kohlrausch et Peters), 29 III son satırlar.

(14) **Escher** not 16 p. 311; not 21 p. 313, not 55, madde 626.

(15) **Oggier-Brugger** kararı, JdT. 1926 p. 268. RO. 1926 II p. 12.

bil kullandığı (kanunî hukuk kaidelerindedir (16). Rieser kararı bu ciheti mükemmelen belirtmişti: (iade etmek mükellefiyeti kanunun emri icabı mevcuttur (17). (Müteveffanın bunun aksini emretmekte daima serbest olmasına göre bu teyidî cümleyi harfiyen kabul etmemek gerektiğini söylemek ve (626 - 603) maddenin ikinci fıkrasında - bilhassa kuvvetli de olsa - sadece bir irade karinesi mahiyeti görmek daha doğru olur (18) ibarelerini eklemek suretile Federal Mahkemenin son zamanlarda bu beyanın kuvvetini azaltmak, onu mazur göstermek âdeta geri almak mecburiyetini hissetmesi teessüfe değer.

Bu esbabı mucibe münasebetile iki mülâhazada bulunmak icap eder: bir kere ileri sürülen delil sadık da değildir. Zira bu kaidenin hilâfını emretmek hususunda müteveffaya bırakılan selâhiyet, bu kaideyi kanunî ve objektif olmaktan menetmez. (Kanunî hukuk ile âmir hukuku birbirine karıştırmıyalım): **Mettier** kararını 3. No. lu mucip sebebinde yapıldığı gibi 626 ve sonraki maddelerde sadece bir **karine** oyunu görmek yetmez. Böyle yapılırsa mirasa mahsuben teberruda bulunmak mefhumu tamamen sübjektif mahiyet alırdı, kanun hibe edenin iradesine veya mefruz iradesine atıfta bulunmuş olurdu. Lâkin kanunu bu suretle tefsir etmek doğru olmaz, zira bu takdirde kanun tahammül edilmez bir boşluğu ihtiva ederdi: Filhakika vâhip hiçbir şey arzu etmemiş olsaydı, hibede bulunduğu sırada kendi mirasını asla düşünmemiş olsaydı ne yapmak icap edecektir? Bu takdirde iade meselesi yine ortadadır ve bu meseleyi halletmek için bir kaide bulmak lâzımdır. Bu kararın 16 No. notta zikrettiğimiz sahifelerine atıfta bulunuyoruz.

10. Demek ki 626 (603) ve sonraki maddeler müteveffanın kasıt niyeti hususunda beyyine külfetinin tevziinden daha fazla bir şeyi ihtiva ediyor. Bu maddeler **maddî, objektif** kaideleri ihtiva ediyor. Bu kaideler 457, 458 ve 459. maddeleri tamamlamak ve izah etmek maksadını güdüyorlar: Mirasçılardan biri diriler arasında bir teberru aldığı zaman miras hisselerinin eşitliğini nasıl anlamak gerektiğini tasrih ediyorlar. Sistem bakımından iadeye müteallik metinler, **kanunî miras** (sucession ab intestat) a mütealliktir ve şârih Escher kanunî miras hakkının fer'i olan bir müessese sıfatını vermekle çok doğru hareket etmiştir.

Esasen bu bakımdan 626. maddenin 1 ve 2 nci fıkraları arasında bir fark yoktur; her iki fıkra da iade hakkında objektif bir kaide vaz etmiştir, daha doğrusu iki kaide vaz etmiştir; bunlardan biri tatbikat-

(16) **Walther Burckhart**: (Methode und System), 8 I a, p. 173-176.

(17) JdT. 1942 p. 561

(18) **Mettier** kararı, 3a gerekçesinin sonu; bak. RO. 1951 II p. İlk satırlar.

ta çok rastlanan bir halde yani furua yapılan teberrulara taallûk etmektedir (II fıkra), ikinci kaide hibe alan fûrudan gayri kanunî mirasçılar olduğu zaman yani daha nadir tatbik edilen bir kaidedir (I. fıkra).

11. Bu kanunun hükümleri, kanunî miras hukukuna, tefsirî hukuka müteallik kaideler olmak itibarile onların yerine müteveffanın aksine bir iradesi kaim olabilir: müteveffa kanunun iadeyi derpiş etmediği bir halde iadeyi emredebilir, yahut kanunun iadeyi emrettiği halde bir muafiyet bahsedebilir. İadeden muafiyet, hibeye müteallik akdî bir kayıt olmadığına göre, bağışlıyanın ancak tek taraflı bir irade beyanı ile verilebilir. Bu muafiyet **ölüme bağlı** bir irade beyanıdır, çünkü o miras haklarını yani hibe alanın miras hissesi tutarını tayin eder.

Kanun burada, hibeyapana; hibe yaptığı anda, hibe münasebetile ve hibenin tâbi olduğu şekilde, hibe alanı iadeden muaf tutmak hususundaki iradesini ifade etmek imkânını vermekle bir kolaylık temin etmiştir. Lâkin bu hal, iadeden muafiyet keyfiyetini çok kere yapıldığı gibi, iki taraflı anlaşma konusu olan akdî bir kayıt ve şart telâkki etmek için bir sebep teşkil etmez.

12. İadeden muafiyete müteallik kayıt hakkında yaptığımız tariften iki pratik netice çıkaralım. Tasarruf nisabını tecavüz etmemek şartile (mahfuz hisse meselesini şimdilik bir tarafa bırakıyoruz) hibe yapan ilk defa verdiği karardan dönmek, caymak serbestisini daima muhafaza eder, ve gerek kanunen icap eden yahut hibe yaptığı sırada tahmil ettiği iade mükellefiyetini sonradan bertaraf etmekte serbestir. Gerek hibe yapıldığı sırada sarîh surette iadeden muaf tutulan veya kanunen iadeye tâbi olmıyan bir teberruun iadesini emretmekte serbesttir.

13. Bu tezlerden ilkinde itiraz edilmeyeceğini zannederim. Çünkü bir mirasçıya ilk defa bir teberru yapan mûrisin aynı şahıs lehine ikinci bir teberru yapmasına ne mâni vardır? Mirasçının ilk önce miras hissesine mahsup etmek zorunda kaldığı bir teberru (sonradan vaki bir muvafakat beyanile) **miras hissesi harici** bırakmakla mûrisin yaptığı şeyin mahiyeti budur.

14. Buna mukabil ikinci tezimize bir çok itirazlar yapılacaktır. **Tuor, Escher** akdi fikirdedir. (Aşağıda No. 7 de zikretmiştik). Müller'in fikrine göre iadeden muaf bir teberruun sonradan iadeye tabi olacağını beyan etmek, yapılmış olan bir hibeden rücu etmekten başka bir şey değildir. Halbuki Borçlar Kanunu, 240. maddede yazılı (20) haller dışında hibeden rucuna imkân yoktur. Bu itibarla bu müellife göre hibe

(19) İşte bunun için kanunun bu irade beyanının (sarîh) olmasını istiyor, tıpkı başka her hangi bir ölüme bağlı irade gibi.

(20) P. 37

yapanın hibe alanı iadede muaf tutması, hibe akdinin bir unsurudur. Bu muhakeme tarzı çok mantıkîdir. Ancak bu muhakemeyi tersine yürütmek de mümkündür ve lâzımdır. Tersine şöyle demek lâzımdır: Madem ki iadede muafiyet akdinin bir unsuru değildir; bağışlıyan muafiyeti serbestçe geri alabilir.

Şimdi zikrettiğimiz müellifler gibi Federal Mahkemenin kanaatine göre (kanunun emretmediği ve hibe yapıldığı sırada kendisinin hiçbir suretle mahfuz tutmadığı bir iadeyi bağışlıyan sonradan ve tek taraflı olarak emredemez). Bununla beraber bağışlıyan, bu şekilde bir vasiyet yapsa ne olacaktır? **Mettier** kararının bu suale verdiği cevap hakikaten şaşırtıcıdır: (Bahis mevzuu mesele hakiki manasile bir iade meselesi değildir: bağışlıyanın, kendisine hibe yapılan mirascının hissesini aynı nisbette azaltmağı arzu edip etmediği meselesidir (21). Bu ibarelerin mânası hiç şüphesiz şudur: Federal Mahkemenin fikrinde vasiyetçenin kendisine hibe yaptığı mirascının miras hissesini azaltan bu tasarrufu mahfuz hissesini aşmamak şartile (22) muteberdir. Lâkin vasiyetçi bu iadeyi emretmekle bundan başka ne yapmıştır? İade, mirascının ölümüne bağlı olmıyan teberruun mahsubu suretile miras hissesinin azalmasından başka nedir? Görülüyor ki Federal Mahkeme, İadede muafiyete müteallik kaydı bağışlıyan mürisin sonradan bir taraflı olarak geri alamıyacağı prensibini koyduktan sonra hakikatte buna pekâlâ müsaade ediyor.

Mettier kararından çıkan hal şekli hakikatte benim teklif ettiğim hal şeklidir.

15. Bir miras bırakanın iadeyi emretmesi veya teberruun iadede muaf olacağına dair beyanından rücu etmesi keyfiyetlerinin, Müller'in yanlış düşüncesi hilâfını (sh. 27) bizzat hibe akdinden rücu asla muadil olmadığı kabul edilirse bir noktada birleşmekte tereddüt edilmeyecektir. İadede muafiyet kaydının geri alınmasına rağmen hibe edilen hibe edilmiş olarak kalır. Hibe alan mirascı olmazsa veya mirası reddederse hibe olarak aldığı mallardan belki 629. maddenin istisnâî bir tatbiki suretile bir ziyade hiçbir şey iade etmeyecektir; taksime iştirak ederek yine birşey iade etmeyecek sadece mevcut mallardaki hissesi aynı nisbetle azalacaktır. İadede muafiyetin geri alınması, ancak bu miras hissesini haleldar edecektir, hibe olduğu gibi kalacaktır. Lâkin bu miras hissesine gelince, aile babası bunun

(21) **Mettier** kararı, gerekçe 3 b; - **Wehrle** kararı gerekçe 6 sondan evvelki fıkrada da aynı hal suretini görüyoruz.

(22) İşbu karışık muhakeme tarzı Pandekt hukukundan gelmektedir: **Windscheid-Kipp**, Pandectes, 8. basım 610 s. 501. **Kipp** (Enneccerus'un manueli), Erbrecht, 88 III 4.

tutarını garanti etmek suretile mevhubün-lehe hiçbir surette voidde bulunmamıştır. Ölüme bağlı bir kasıt ve niyetini bildirmiştir, lâkin berrularını tâdil, tenkis, tezyit, bertaraf etmeğe muktedirdir, şu şartla ki hibe edilen mallar hibe alan uhdesine iktisap edilmiş olarak kalsın. Hibe alanı aldığı iade mükellefiyetinden muaf tutan bir kaydı kaldırırken sadece işbu hakkını kullanmış olur. Böyle bir hakkı olduğuna itiraz edenler iade mükellefiyetinin kaldırılması ile bizzat hibeden rücuu birbirine karıştırıyorlar. Bu vahim hatanın sebebi, iadenin akdî olduğu yolundaki telâkkidir; bu telâkki bir çok zihinleri kurcalamaktadır.

16. Elbette şöyle bir sual sorulacaktır: Mûris kendisini bu noktada bağliyabilir miydi? Taraflar hibe akdini yaparken iade muafiyeti kaydının hibe akdinin bir unsuru olduğunu kabul ve beyan edebilir ve bu kayda iki taraflı bir mahiyet vererek ona rücuu imkânsız bir karakter bahsedebilirler mi?

Böyle bir anlaşmanın mahiyetini tahlil edelim. Böyle bir şart, bir aile babasının, teçhiz ettiği kızına, verdiği malları muhafaza edeceği, bununla beraber kanunî miras hissesi vâhibin ölümünde geriye kalan terekesinin taksiminde tamamen, hiç bir mahsubu yapılmadan alacağı hususunda yaptığı akdî bir garanti rücu edilemez bir void olurdu. Başka tabirle hibe edilen mallar miras hissesi haricinde kalan hibe (don hors part) sayılacaktır. Böyle bir şartın, akdî ölüme bağlı teberruu (legs conventionnel) e benzeyen bir miras hakkı şartı olduğu âşikârdır. Kanaatimce bu noktada tereddüt edilemez. Miras mukavelelerini meneden mevzuatın bu gibi akidleri bâtil sayması görüşümüzdeki isabete delildir (22).

Şu neticeye varmamız icap ediyor: İsviçre hukuku miras mukavelesine cevaz vermiş, lâkin bunu resmî bir şekle bağlamıştır, bu şekil böyle bir muamelenin ehemmiyeti üzerine tarafların dikkatini çekmelidir. Bu itibarla, aile reisi ve kendisine hibe yaptığı çocuğu hibe edilen malların miras hissesi harici teberru (libéralité précipitaire sayılması hususunda rücuu kabil olmıyan bir anlaşma yapmak imkânına sahiptirler. Lâkin bu anlaşma ancak Medeni Kanun 512 deki şekilde yapılabilir. Aksi takdirde hibe yapıldığı sırada iade mükellefiyetine müteallik beyan, ölüme bağlı bir taraflı beyan mahiyetinde kalır ve bu itibarla serbestce geri alınabilir.

(23) Secrétan'ın Vaud Medenî Kanununun 731 ve 1944. ci maddeleri hakkındaki ilgi çekici notlarına bakınız. Federal Mâhkeme şu kararlarda aksi fikirde görünüyor: Schumacher: R. O. 1918 II p. 356, bak s. 359/360. Stamm: RO. 1919 II p. 7 ve devamı; JdT. 1919 p. 297, bak. gerekçe 2; nihayet Mettier kararının 5 sayılı gerekçesi.

İKİNCİ MESELE

MİRAS HİSSESİNE MAHSUBEN TEBERRU, NEVİ ŞAHSINA
MÜNHASİR BİR TEBERRU MUDUR? BÖYLE İSE
TEFRİK KRİTERYOMU NEDİR?

17. 626. maddenin ikinci fıkrasında hibe alanın **sıfatına** göre bir tefrik yapıldığını gördük. Hibe alan bir füru ise hibeyi terekeye iade etmesi kanun icabıdır (meğer iadeden muaf tutulmuş olsun). Hibeyi alan füru haricinde bir kanunî mirascı ise aldığı iade ile mükellef değildir (Meğer ki müteveffa hilâfını emretmiş olsun). Ortaya koyduğumuz ikinci mesele şudur: Kanun teberruları bir kısım mahiyetleri icabı terekeye iade edilebilen, diğerleri terekeye iade edilemeyen teberrular şeklinde sebebi itibarile tefrik yapmış mıdır 527 (507) maddede **miras hissesine mahsuben** (avancement d'hoirie) tâbirine rastlıyoruz. Diğer taraftan mutad hediyeler (présents d'usage) (Mad. 527. n. 3, 632) özel kaidelere tabidir. Şu halde sualimizi tamamlayalım: Kanunumuz mutad hediyeler, hibeler ve miras hissesine ait avanslar olarak üç nevi teberru mu tanıyor? Eğer böyle ise tefrik unsurları nelerdir?

18. Müller, bu üçlü taksim taraftarıdır. Çünkü onun kanaatinde mirasda iade hibe fikrile telif edilemez. Bu itibarla mirasda iade edilebilen bir teberru, ancak bir miras hissesine avans olur, bir hibe olamaz (24). Bu telâkki teberrular arasında iadeye tabi ve gayri tabi olanlar diye bir tefrik icap eder. Tefrik kriterini bizzat muamelenin bir unsurunda bulmak ümit ediliyor. Nazariyatta bir kısım müellifler sanki hukukun farklı muameleler gibi hibe ve miras hissesine avans mefhumlarını tefriğe çalışmaktadır (25). Bu münakaşa Pandekt hukukunda da mevcuttu. Cihaz ve teçhizat masrafları (frais d'établissement) iadeye tabi iken âdi hibeler iadeye tâbi değildir; hâkim görüş böyle görünüyordu. Bununla beraber Windscheid vaktile Almanya'da çok yayılan bir görüşe göre bütün teberrular iadeye tâbi iken kendi yaşadığı devirde bu telâkkinin terkedildiğini beyan ediyor (26). Alman Medeni Kanunu Pandekt hukukunu takibetti (27). Kanunen iadesi icap eden teçhizat ile ancak bağışlıyanın arzusu ile iade edilebilen diğer kazandırıcı muameleleri birbirinden tefrik etti.

19. Fransız hukuku bu noktada sadeliği ile temayüz eder:

(24) P. 33 ve devamı, bilhassa p. 37/38.

(25) Bak. Wehrle kararında da zikredilen eserler gerekçe 8.

(26) Pandectes, 8. bası 610 no. 3, bilhassa not 12. karşılaştır Girard, Manuel de Droit Romain, 2. bası p. 877.

(27) BGB. 2050 ve 1624; Kipp, Erbrechr, 88 III.

Fransız Medeni Kanununun 843. maddesine göre (her mirasçı, müteveffadan aldığı hibeleri diğer mirasçılara iade ile mükelleftir). Görülüyor ki esas itibarile teberrular arasında bir fark gözetilmiyor. Yalnız hibeler değil, bütün teberrular iadeye tâbidir. İade asıl; iadeden muafiyet istisnadır (28).

20. İsviçre'de bu konuda tereddüt vardır. 626 (603) fıkra II deki sayış tahdidî midir? Yoksa (ve bunlara benzer diğer menfaatler) ibaresinin zannettirdiği gibi, tadadî midir? **Escher** tadadî olduğu kanaatinde. Böylece Fransız hukukuna tekabül eden bir görüş sahibidir (29). Halbuki **Müller** (30) gördüğümüz gibi hibe ile miras hissesine avansı tefrik eder. Federal Mahkeme Lingg kararının (31) 4 a ve b no. lu gerekçesinde bu teberruu birbirine karşı koyuyor.

Wehrle kararında daha az bariz olarak aynı tefriki yapıyor. Bu misal, öğreticidir: Serveti 100.000 frangı biraz geçen bir aile reisi oğluna takriben 5.000 frank değerinde bir motörlü kayık hediye ediyor. Onun için satın aldığı bir sigara dükkânını da hibe ediyor. Federal Mahkemeye göre bu çocuk mirası taksim ederken sigara dükkânını iade edecek lâkin motörü iade etmiyecektir. Bu tefrikin sebebi nedir? Çünkü motörün hibesi M. 626 (603) II ye göre miras hissesine avans değildir. Bu meseleye avdet edeceğiz. Bu noktada önce kanunu bir nasıl anlıyoruz, bunu izah edelim:

21. Hibelerle mutad hediyelerin tefriki **doğrudur** kanaatindeyim. Lâkin mutad hediye geçen sermayeye üzerinden verilen, bağışlayanın servetinden bir kıymeti mirasçının servetine geçiren her teberru daima bir **hibedir**, illet ve sıfatına bakarak teberruları, miras hissesine avans ve âdi hibe diye tefrike mahal yoktur. Başka tabirle 626 (603) II deki sayış sadece tadadîdir, tahdidî değildir. Fransız hukukunda olduğu gibi bizim hukukumuzda da müteveffanın sermayesi üzerinden fûrua yaptığı her teberru sarîh muafiyet müstesna, iadeye tâbidir, mutad hediyeler bundan müstesnadır.

22. **Mutad hediyeler**, bazı fırsat ve vesilelerle verilen gelir üzerinden ödenen hesaba geçirilmeyen ve hukukî bakımdan nutulan hediye. Başka türlü olsaydı aile hayatı cidden çok güç olurdu. Mamafih verilen şeyin ne zaman **hediye** olmaktan çıkip **hibe** olacağını söylemek her zaman kolay değildir. Burada hâkime bir miktar takdir serbestisî tanımak zaruridir. Elbette verilen şeyin ehemmiyetini, onu

(28) **Josserand**, III no. 1106 ve 1108, **Planiol - Ripert**, cliv IV no. 590, **Planiol** 2. Bası cilt III no. 2245.

(29) Not 14 p. 311.

(30) Sh. 36 ve devamından maada bak. p. 57/58 ve 72.

(31) RO. 1945 II p. 69 ve devamı JdT. 1945 p. 434 ve devamı.

veren servetile karşılaştırarak ölçmek icap eder. Meselâ büyük endüstri krallarından biri, bayram münasebetile çocuğuna 5.000 franklık bir motör verirse bunu bir hediye saymak mümkündür. Lâkin bağışlayan mütevazi bir emekli ise aynı şey söylenemez.

23. **Wehle** kararından hibe ile miras hissesine avans mefhumları arasında yapılan tefrike dönelim. Hâkim motörlü kayığı icabında mutad bir hediye sayacak ve 632. madde mucibince iadeden muaf tutacaktır. Fakat kararda 632. Madde zikredilmemiştir. Bu karar motörün bağışlayanın miras hissesine avans teşkil etmediği, çünkü müstefidin hayatta yerleşmesini iyileştirmek veya sağlamak (améliorer ou assurer l'tablissement du bénéficiaire dans l'existence) maksadını gütmeyişini, bu sebepten ne 626 II ne de 527 N. 1 mucibince iadeye tâbi olmadığını belirtmekle yetiniyor. Sarih ibarlerle ifade edilmekle beraber bu kararın gerekçesinden açıkça anlaşılabilir şudur: Bir mirasçının ölüme bağlı olmuyarak bir teberru ya bir hibedir yahut mahiyeti itibarile miras hissesine avans sayılması gereken ve iadeye tâbi bir teberrudur. Bu suretle Federal Mahkeme sebep (titre) üzerin dayanan üçlü taksimi kabul etmiş görünüyor. Bu tefrik için teklif edilen kriteriyomların tetkiki suretile bu tefrikin müdafaa edilemez bir şey olduğunu göstermeği tecrübe edelim.

24. Miras hissesine avans mefhumunun zihne ilk gelen izah şekli tamamile sübjektiftir. Bizzat 626. maddenin I. fıkrasındaki yazılış şekli böyle bir izahı teşvik ediyor. Müteveffanın böyle telâkki etmek istediği her teberru, miras hissesine avanstır diye iddia edilebilir. 626. maddenin Almanca metni bu zannı doğurur. Orada miras hissesine avans ibaresi (kendilerinin miras hissesine mahsuben) ibaresile ifade edilmiştir. Bu telâkkiye göre kanun kaidesi murisin ibaresine sadece atıfta bulunmuştur.

Böyle bir muhakeme tarzı fâsit bir daireye temel olur. Miras hissesine avans nedir? diyoruz. Müteveffanın iadeye tâbi olmasını istediği bir teberrudur, deniliyor. Müteveffa ne zaman böyle isetmiş sayılır? Bir teberrua miras hissesine avans vasfını verdiği zaman.

(626 - 603) maddenin böyle sübjektif bir tefsirinin kifayetsizliğini ve kanunî ve objektif kaidenin zaruretini daha önce isbat ettim (N. 9 ve 10). Bu maddî hukuk kaidesi, elbette müteveffanın hakikî veya mevhum iradesine alelâde bir atıftan ibaret olamaz.

23. Bunun için tefrik kriteriyomunu **bizzat teberruda mevcut bir unsura istinat** ettirmeğe çalıştılar. Bu bakımdan yeni kararlar hibenin ekonomik hedef ve istikameti üzerinde duruyorlar: (müstefidin yalnız hayatta yerleşmesini ihdas, ıslah veya temin eden menfaatler, kanunen

iadeye tabi (626 II) miras hissesine avans teşkil ederler (32). Meselâ bir babanın oğluna bir sigara dükkânı satın alması böyledir. Lâkin zevke hizmet eden bir yelkenli alması böyle değildir. Keller-Wuest kararında aynı formülü tekrar kullanan Federal Mahkeme bir kimsenin Wini-kon'da otelcilik yapan oğluna, Grosswangen'de kâin bir mülkünü hakikî değerinden pek aşağı bir fiyatla hatıra binaen devretmesini, iadeye tâbi bir miras hissesine avans mahiyetinde saymamıştır. Bu menfaat otelci çocuğu teçhiz etmeğe tahsis edilmiş değildir.

Ekonomik kriteriyomun bu tatbiki onun yetersizliğini göstermeğe kâfidir zannediyorum. (Lehine yapılanın yerleşmesini, ihdas, ıslah, temin) etmek ne demektir? Yalnız evlenme veya meslek mi bahis mevzuudur? Bir babanın iki oğlu var. Çalışkan ve ciddi olan ilk oğlunu dışçı olarak yetiştirmek için 50 bin frank sarfediyor. Şımarık, tenbel ve müsrif olan oğluna da belli bir cihete tahsis etmeksizin keza 50 bin frank veriyor. Çalışkan, aldığı terekenin taksiminde iade edecek, öteki aldığı terekeni iade etmiyecek mi? Kim böyle bir karar verecektir?

Eğer 50 bin lira alan ikinci çocuğun da (hayatta yerleştiği) iddia edilerek itiraz edilirse hayatta yerleşme mefhumu çok genişletilmiş olur ve her sermaye tahsisi bir (yerleşme masrafı) olur; bir de bir mirascıya sermaye olarak verilen her hibenin miras hissesine avans teşkil edilmesi neticesini doğurur. Aldanmıyorsak Almanya'da Ausstatug mefhumunu böyle geniş anlamaya doğru bir temayül vardır. Bu temayül Fransız hukukuna yaklaşmaktadır. Fransız hukukuna göre (hibenin maksadı ve şekli, iade bahis mevzuu olduğu zaman nazarı itibara alınmaz (33). Bence bu gelişme, müessesenin mantığına uygundur.

24. Eski kararlarda daha alâka verici bir fikre rastlıyoruz. Stamm kararında şu fikir var: (Miras hissesine avans, müstakbel bir miras - tereke gözönüne alınarak yapılmış bir edadır...) Aeschlimann kararında aynı fikir var (34): Eine Veraesserung mit Rücksicht auf des künftige Erbrecht).

Miras hissesine avans müessesesini bağışlıyanın taşıdığı hâkim saik tayin etmektedir: filân şahsa hibe etti, çünkü o şahıs kendisinin mirascısıdır. Bu kriter, malların iktisadî cihete tahsisi ölçüsünden elbette daha iyidir. Bununla beraber bu kriteriyoma da bir itirazda bulunmak mümkündür: (doğru bir nazariyeye göre hukukî muameleleri psikolojik saike göre değil, illetine göre ferdileştirmek ve tasnif etmek icap eder. Vâkıa pozitivist devrin hukuçuları —hem de en iyileri— hukukî

(32) Wehrle kararı, gerekçe 6 ve 8, ve Wuest-Keller kararı JdT. 1951 p. 438

(33) Kipp, Erbrecht 88 no. 1 sonu, Jasserand, III no. 11.08 no. 2

(34) RO JdT 1919 p. 301 RO. 1918 p. 388 keza Scherrer - Stach kararı RO. 1944 II p. 151

mumelerde saik ile illeti birbirine karıştırmıştır (35). Lâkin haksızdırlar. Biz klâsik müelliflerle birlikte uzak sebep (causa remota) ile yakın sebep (causa proxima) mefhumlarını birbirinden tefrik ediyoruz. Saik mefhumu umumiyetle hukuku alâkadar etmez, illet ise hukukî muameleye hüviyet, karakter ve kıymetini verir. Hibe bahsinde illet sadece hibe etmek kasıt ve niyeti (animus donandi) dir, bu kasıt ve niyeti doğuran arzu ve his değil. Fedakârlık iradesinin bulunması lâzım, fakat kâfidir de. Windscheid bu fikri veciz bir şekilde ifade etmişti: Hibenin varlığı, onun saikinden müstakildir: Das Wesen der Schenkung ist von ihrem Motiv unabhaengig).

Bu söylediklerimizi bir misal ile canlandırmama müsaade etmenizi rica ederim: Bir resim meraklısı bir sergiden bir tablo satın alır. İktisabının sebebi, bedeli ödemek vadidir. Bu hal, hukukî muameleye alım satım hüviyeti vermek için kâfidir. Lâkin bu muamelenin saik veya saikleri çok mütenevvi olabilir: karısına hediye vermek için mi satın alıyor? Yahut amatör, hakikî bir sanat dostu mudur? Yahut ressamın dehasına inanan ve eserlerinin büyük bir kıymet kazanacağını tahmin eden bir kelepirci midir? Yahut malî müzayakada bulunduğu öğrendiği fakir sanat-kâra yardım etmek isteyen bir iyiliksever midir? Bunun hiç bir ehemmiyeti yoktur. Yapılan muamele bir alım satım olarak kalır. Keza bir peder çocuğuna bir sermaye verdiği zaman bunu âdi bir zaaf veya şefkat hissi ile veya mallarını taksim suretile vergi nisbetini düşürmek için veya ilerlemiş yaşında kendi üzerine çöken malî idare yükünden kurtulmak maksadile yahut başka düşüncelerin tesirile yapabilir. Hattâ bazan o, kendini bu karara sevkeden saiki söylemekte çok müşkülâta uğrardı, çünkü bir çok saikler bir araya gelebilir ve birbirine katılabilir.

25. Hibenimsaiklerinde aranacak olan kriteriyom kaçan, istikrarsız bir kıstasdır. Buna dayanan bir mahkeme içtihadı, metajüridik (hukuk üstü) unsurlara vâki her müracaat gibi, kararsızlık ve araştırmalara mahkûmdur. Miras hissesi üzerine avansların sebep ve sıfatı ile hibelerden nasıl tefrik edileceğini anlayamıyorum. Fakat itiraf etmeli ki 527 ve 626. cı maddelerimizin ifade tarzı bu bakımdan hiç de başarılı değildir.

Tetkikimizin neticesi şudur: Miras hissesine avans ile hibe arasında kabul edilecek tek tefrik ancak müstefidin sıfatında bulunabilir.

(35) Mesela bak: **Planiol**, Manuel cilt II n. 1038 not 3 vol. III no. 2509.

(36) **Planiol - Ripert - Trasbot**, cilt V. no. 320. Windscheid'in Pandectes'i 8. basım. Cilt 1 98, not 1, cilt II 365 ve 368, p. 525; **Dernburg**, Pandectes 2. bası 106 no. 2

Müstefidin şahsında hibe alan ve kanunî mirascı sıfatlarının* (37) içtimaî lâzım ve kâfidir. Bu şart tahakkuk ettiği takdirde sermaye üzerinde verilen her türlü teberrular, Fransız hukukunda olduğu gibi, aynı hukukî rejime tâbi tutulmalıdır. Bu çok münasip bir hal olur, zira hibe mefhumu birlik arzeden bir mefhumdur.

C. ÜÇÜNCÜ MESELE.

MADDE 527 NO. 1 DEKİ MİRAS HİSSESİNE AVANS TABİRİNDEN NE ANLAMAK LÂZIMDIR? BİR KANUNÎ MİRASCININ ALDIĞI TEBERRULAR BAHİS MEVZUU OLDUĞU ZAMAN; BEŞ YIL SONRA TENKİSDEN KURTULAN HİBELER (527 No. 3) İLE YAPILIŞ TARİHİ NE OLURSA OLSUN DAİMA TENKİSİ KABİL OLAN MİRAS HİSSESİNE AVANS MEFHUMUNU (527 NO. 1) BİRBİRLERİNDEN TEFRİK ETMELİ MİDİR?. TEFRİK LÂZIMSA, BU TEFRİKİN KRİTERYOMU NEDİR?.

26. 527. Maddeye dayanılarak bizim ikinci sualimize cevap olarak ihticaç edilen nazariyeye karşı tehlikeli bir delil ortaya atmak mümkün olabilir. Filhakika denebilir ki bu madde metni hibe mefhumunu (n. 3) miras hissesine avans (No. 1) mefhumundan açıkca ayırt etmiştir. İmdi, 527 ve 626. Madde arasında irtibat vardır; bu itibarla bu iki mefhum arasındaki fark 626. madde de geçen eşitçi -iade bakımından da mer'î olmak gerekir. Şu halde hibe sebep ve sıfatı ile miras hissesine avans sebep ve sıfatı arasındaki farkın bizzat kanun vâzii tarafından bize tahmil edildiği iddia edilebilir.

Bu delil şöyle müşahhas bir şekilde ifade edilebilirdi: diriler arasında bir teberrudan istifade eden bir mirascı taksim esnasında kardeşlerine şöyle diyecektir: Babam bana bu malı miras hissesine avans olarak değil, hibe suretinde verdiğini söylemiştir. Bu hibeyi ölümünden evvelki 5 yıldan önce yapmıştır. Şu halde aldığım teberru tenkisten ve mahfuz hisselerin hesabı için yapılan nazari (bilhesap) iadede masundur (mad. 527 No. 3). Lâkin böyle bir iddia kabul edilir mi?.

Bu iddiayı kabul etmek, kanunî mahfuz hisselerin hesabı tarzında müteveffanın iradesinin bir tesiri olacağını kabul etmek olur; çünkü müteveffa bir teberrua hibe vasfını vermekle onu beş yıllık zaman aşımın-

(37) Hibe yapıldığı sırada muhtemel mirascı olmayıp bilâhara bu sıfatı kazanan bir hibe alan Fransız hukukunda iade ile mükelleftir (Medenî Kanun 846). BGB. 2053 e göre başka hüküm caridir. Escher Alman kaidesine tercih ediyor. Benim kanaatime göre iade müessesesi Miras hukukuna raptedildiği ve bu müessese tamamlayıcı akdî hukuka ithâl edilmediği zaman, Fransız hukukundaki hal sureti idae müessesesinin mantığına daha uygundur.

dan istifade ettirebilecektir. Böyle bir netice kabul edilebilir mi?. Federal Mahkeme pek vazih olmıyan bir gerekçesinde bunu kabul eder görünüyor. Filhakika Wehler kararında şu satırlar vardır: (.. Böylece 475. madde 527 No. 1 e atıf yapıyor ve bu son madde de 626. maddenin II. bendine tekabül ediyor). Ve müteakip cümlede (müteveffa diriler arasındaki teberrulara miras hissesine avans vasfını vermekte serbestir, hatta bu teberrular mahfuz hisseli bir mirascıya yapılsa bile, mahfuz mahfuz hisseli mirascı bu tasarrufa mahfuz hisseye müteallik kaidelerle istinaden itirazda bulunamaz).

Bu, ne demektir?. Nasıl olur da mahfuz hisseli bir mirascı mahfuz hisse hakkına binaen, bu mahfuz hisseyi aşan ve müteveffaca istiyerek kendisine yapılan teberrulara, bizzat itiraz etmek vaziyetinde kalır?. Zaten aşıkardır ki ve söylemesi lüzumsuzdur ki kanun bir mahfuz hisseyi tesbit etmiştir, bu suretle zarurî mahiyetteki irsî sıfatı tahdit etmiştir, binaenaleyh mirascının mahfuz hisseye müteallik âmir kaidenin kendisine bahsettiği miktardan fazlâsını **kanun mucibince** talep edebileceğini anlamağa imkân yoktur. Bu gerekçe ve satırları beyhude yere tekrar tekrar okuyoruz, lâkin o yine müphem kalıyor.

28. Zannediyorum ki bu iphamın sebebi 527 (507) No. 1) ile 626 (603) arasında mevcudiyeti teyit edilen irtibattır. Unutuluyor ki bu metinlerden birincisi zarurî mirascılık bahsine müteallik ve âmir bir hükmü ihtiva eder, halbuki ikincisi tefsirî hukuk kaidesidir, kanunî mirascılığa taallûk eder. Şu halde 626 (603) madde miras bırakanın iradesine geniş bir yer bırakabildiği halde 527 (507) madde için aynı şey varit olamaz. Eşyanın mahiyeti icabı ve zarurî mirascılığı müessesenin esaslı bir unsuru olmak itibarile mahfuz hisselerin hesabına ait kaideler gerek miras bırakanın gerek bizzat mahfuz hisseli mirascının iradesine tâbi değildir. Bunları âmir bir surette yalnız kanun tesbit eder. Şu halde kanun bir teberrun tenkise tâbi olduğunu beyan etmişse müteveffa bir iadeden muafiyet tasarrufu veya mahfuz hisseye mahsup emretmek suretile teberru alanı bu tenkisten kurtaramaz. Ve bilmukabele, mirascı mirası reddetmek suretile müteveffanın sağlığında aldığı teberru hakkında kanunun emrettiği tenkisten kurtulamaz. Bilakis, gördük ki, mirası reddetmesi halinde 626. maddenin derpiş ettiği terekeye iade mükellefiyetinden kurtulur (39).

29. İleri sürdüğümüz düşüncelerden anlaşılır ki 475 ve 527 maddelerin tatbiki ve mahfuz hisselerin hesabı bahis mevzuu olduğu zateveffanın hakikî veya mefruz iradesine istinat eden bu iradeye atıf ya-

(38) JdT. 1951 sh. 327 ve 328.

(39) Dommann kararı 4 sayılı gerekçe RO. 1924 II p. 450 JdT. 1925 s. 66, Escher, not 14 mad. 626 ve yukarıda no. 8 d.

pan her tarif terk edilmelidir. Tuor'un pek mükemmel bir notuna katılarak demek gerekir ki (40), 626. maddenin aksine olarak 527 (507) maddede geçen miras hissesine mahsuben teberru tâbiri (sırf objektif mana da anlaşılacak lâzımdır). Kanun, tefsirciyi, bağışlayan müteveffanın kasıtlarını aramağa mecbur etmeksizin, diriler arasındaki teberruların muhtemel tenkisi hakkında bizzat bir maddî hukuk kaidesi vazetmek mecburiyetindedir. Bu husus, zarurî mirascılık kanununun mahiyetinden doğar. Şu halde Wehrle kararı, mahfuz hisselerin hesabı bakımından müteveffanın iradesine yaptığı atıfla bu nazariyeye bir dereceye kadar müphemiyet getirmiştir. Bu husustaki kabahatin bir kısmı kanun vaziine aittir, çünkü 527. Maddeye, bir çok şârihi şaşkırtan şu meşhur (iadeye tâbi olmadıkları takdirde) ibaresini dercetmekle beceriksizlik göstermiştir. Mahfuz hisseleri aşan teberruların tenkisi bahsinde iadeden bahsetmenin hiç yeri yoktu. Yahut 1900 tasarısı gibi (hatta iadeye tâbi olmasalar bile) demek icap ederdi. Bu ibare çok vazih olurdu: bu suretle, biraz önce yaptığımız gibi, mahfuz hisselerin hesabı ve tesbiti bahis mevzuu olmasına göre müteveffanın muafiyetlerini veya sair irade beyanlarının nazarı itibare alınamayacağını zira kanunun kat'i olduğunu belirtmiş olurdu.

30. O halde, 527 (507) maddede bahis mevzuu olan (tamamen objektif) ve kanunî olan miras hissesi üzerine avans mefhumu neyi ifade eder?. Bu suale 626 (603) maddeden bahsederken cevap verdik. İzah ettik ki mirasa mahsuben verilen şeyler hitaben sebep ve sıfatı itibarile farklı değildir, çünkü sebebi itibarile bir tek hukukî teberru sebebi vardır: hibe; tek mümkün tefrik kriterinin aynı şahıs üzerinde hibe alan ve kanunî mirascı sıfatlarının birleşmesinden ibaret bulunduğu neticesine varmıştık.

Bu suretle 527 (507) maddenin tefsirinde elde ettiğimiz ilk takribi netice şu oluyor: miras hissesine mahsuben teberruden bahsedilmek için hibe alanın kanunî mirascı sıfatı ile mirasa girmesi lâzımdır.

31. İşbu zarurî şart aynı zamanda kâfi midir?. Yani hibe alan her kanunî mirascı, 527. madde bakımından, daima bir miras hissesine mahsuben teberru almış gibi mi muamele görecektir?. Yoksa hibe almış bazı kanunî mirascılar tenkis talebi karşısında 527 (507) No. 3 de yazılı 5 yıllık zamanaşımı, diğerleri ise 527 No. 1 mucibince zaman tahdidi olmaksızın tenkise tabidir. Başka tabirle, sebep ve sıfata müstenit bir tefrik mevcut olmadığına göre (ki böyle bir tefriki reddettik), müteveffadan hibe alan kanunî mirascının sıfatı üzerine dayanan başka bir tefrik mi yapacağız?.

(40) Tuor nqt 4 mad. 527; Escher mad. 527 not 8.

32. Bu suale verilecek cevap çok güçtür.

İlk gızda şöyle söylemek mantikî görünürdü: 527. madde, 625. maddeye atıf yapar. Halbuki 626. Madde, esas itibarile iadeyle mükellef olan **furu ile** esas itibarile iade ile mükellef olmıyan diğer kanunî mirascılar arasında bir tefrik yapar. Binaenaleyh: yalnız furua yapılan teberrulara madde 527 (No. 1 e göre miras hissesine mahsuben teberru demeli; diğer kanunî mirascılara verilen teberrular hibe sayılıp 527 No. 3 hükmüne göre tenkis taleplerine karşı korunmalıdır. Bu düşünüş tarzı zahirî bir metanet arzeder. Bununla beraber bu düşünüş tarzını kabul etmekte çok zorluk çektiğimi itiraf ederim.

Fikirimizi bir misal üzerinde tesbit edelim: Bekâr bir kimse evelen kız yeğenine zengin bir cihaz verir. Bundan beş yıl sonra bu zat evlenir. Sonrada karısı ile bozduğundan onu mahfuz hissesine gönderir. Bu mahfuz hisseyi hesaplarken 527 No. 1 mucibince, cihazı terekeye ilâve etmemelidir?. Yoksa yeğen 527 No. 3 mucibince himaye edilmiş midir?. Yeğen eşitci - iadeye mecbur değilim (626 fıkra 1), binaenaleyh 475 ve 527. Maddelerde derpiş edilen tenkise dayanan iadeye de mahkûm olamam diyebilecek midir? (41).

Kız yeğen, dul yengesinin mahfuz hissesinin hesaplanması için ve icabında tenkise maruz kalmak üzere aldığı cihazı terekeye rivazî olarak iade etmelidir diye tereddütle cevap veriyorum. İşte bu cevabımın gerekçesi :

33. a) İlk delil, teşriî metinlerin tarihçesinden elde edilen delildir.

527. madde önce 1900 tasarısında sonra 1904 nihaî tasarısında şimdiki şeklini almıştı, halbuki 626. cı madde başarısız tadillerin mahsulüdür. Fugen Huber'in niyeti bu konuda Fransız hukukunu takip etmek ve bütün mirascıları hiç bir tefrik yapmaksızın iadeye tabu tutmaktı. Filhakika kanunun Esbabı mucibesinde şu satırları okuyoruz:

(Tasarıya göre terekeye iade mükellefiyeti yalnız müteveffanın furuu için değil Fransız hukukunda olduğu gibi, bütün kanunî mirascılar için mevcuttur) (42).

Demek ki ilk tasarının 547. Maddesi (yani şimdiki metin) umumî ve bütün mirascılara şamil bir iade borcu tahmil etmiştir. Kanun vazii sonradan 626. Maddede biri furunun iadesi, diğeri öteki kanunî mirascı-

(41) İşaret edelim ki amcanın hibeyi izdivacından evvel yapmış olmasından bir delil çıkarmak düşünülmemelidir. Bu hususun ehemmiyeti yoktur: Sugnaux - Jaquier kararı: R. Off. 1928 pap. 103.

(42) İlk tasarının gerekçesi yıl 1900 s. 127, 28 Mayıs 1904 tarihli hükümet tezkeresinin 60. sahifesi ve Mettier kararının 3 sayılı gerekçesi ile karşılaştır.

lar hakkında bağışlayan sarahaten iadeyi emretmediği takdirde iadenin carî olması hususunda iki kaide tesis ettiği zaman, açıkca ifade etmediğine göre, mi 527 (tasarının 547. maddesi) yi de değiştirmek istediğini bilâhare kabul için bir sebep yoktur. Miras hisseleri arasında eşitliği sağlayacak olan iade hakkında doğru olan bir hususun mahfuz hissenin yerine getirilmesine yarayan iade hakkında da doğru olması şart değildir, mahfuz hisselerin tesisine yarayan ve teberruun tenkisini mutazammın iade, müteveffanın mahfuz iradesinden başka bir esasın mülahem olur.

Şu halde her hangi bir kanunî mirascıya bağışlayanın sermayesini üzerinden ölüme bağlı olmıyarak yaptığı her teberruun 527. Maddeye göre bir miras hissesine avans teşkil ettiğini kabul etmek, kanunî hazırlayanların anladığı hakikî manasile maddeyi anlamak olur.

34. b) Bundan başka bu neticenin, kanunun bütünü ile ahenkli olmak gibi büyük bir faydası vardır. Çünkü 522 madde umumî bir prensip olarak, bir mirascının hangi sebep ve nam ile (ister muayyen bir malın vasiyeti ister ölüme bağlı olmıyan bir teberru suretinde) aldığı her malın mahfuz hissesine mahsup edileceğini beyan eder. Federal Mahkeme bu noktada iki defa ısrarla durmuştur. (43) 608. Maddenin II fıkrası aynı prensibin başka bir tatbik halidir. Şu halde Huber'in 1900 tarihli tasarısı, aralarında bir tefrik yapmaksızın bütün kanunî mirascılara taksim sırasında hisseleri arasında eşitliği temin edecek iadeyi (rapport - égalié) yi tahmil ederken çok ahenkli idi. Sonradan 626 Madde'nin iki fıkrası tarafından ihdas edilen farkı izah için pek kuvvetli mucip sebep mevcut değildir. Lâkin buna karşı kanunun metni sarihdir, isteyelim veya istemeyelim tatbiki icap eder, denecektir. Sizinle mutabikim ve, **taksim sırasında eşitliği temin edecek iade bahsinde**, miras bırakan iadeyi emretmemişse furuun haricinde kalan kanunî mirascıların kanunen iade ile mükellef tutulmamasına itiraz etmiyorum. Benim anlatmak istediğim şudur: mantikî olmıyan bu hal suretini, hiç bir metnin bizi mecbur etmediği halde, 527. Maddeye teşmil etmemelidir:

(Quod contra rationem juris receptum est, non est procedendum ad consequentias) (44).

527. Madde bakımından kanunun umumî sistemine bağlı kalmak gerekir, bu sisteme göre her mirascı aldığı her türlü teberru kendi kanunî miras hissesine mahsup edecektir. Kanunun bu objektif ve zarurî kaidesine karşı müteveffanın iradesi âcizdir.

35. Bu suretle üçünü sualinize vereceğimiz cevap pek sade ola-

(43) R. kararı RO. 1941 II p. 100/105, Jaquillard kararı RO. II p. 142/147.

(43) Paul Dig. Kanun 14, kitap I, Bap. III.

caktır: Mutad hediyeler müstesna olmak üzere, bir kanunî mirascının müteveffadan ölüme bağlı olmıyarak bir teberru ile aldığı her şey 527 No. 1 hükmüne göre bir miras hissesi avansı sayılacak ve mahfuz hisselerin hesabında bilhesap terekeye ilâve edilecektir. İşbu zarurî miras hukuku kaidesine ancak bir miras mukavelesi ile istisna vaz edilebilir.

Ancak kanunî mirascı durumunda bulunmıyan mirascılar m. 527 No. 3 de yazılı beş yıllık zaman aşımını ileri sürebilirler.

36. Umumî netice olarak tesbit edelim ki insan kendisini iadenin akdî olduğu hakkındaki telâkkiden kurtarmağa muvaffak olduğu ve bu müesseseyi mensup olduğu miras hukuku çercivesine aldığı zaman ve bu çok zor meseleler hakkında insicamlı ve sistematik bir görüş sahibi olmağa çalıştığı takdirde, zarurî olarak ve tabii olarak Fransız hukukunda kabul edilen hal suretlerine katılmak icap ediyor. Bu neticeden korkmama-lıdır. Federal Mahkemenin bize hatırlattığı gibi (45) kanunumuzun iade bahsinde Fransız hukukundan ilham almasının ciddî sebepleri vardır.

Çeviren : K. F. ARIK

(45) Mettier kararı 3c sayılı gerekçenin sonu.

Bu yazı, muhterem Prof. Guisan'ın ölümü haberi üzerine, kendisinden feyiz almış olan bütün Türk talebelerinin derin şükranını ifade ve hatırasını taziz etmek maksadile dilimize çevrilmiştir.