

ROMADA MİRAS HUKUKU (X)

Yazan: Doçent Dr. Şakir BERKİ

Roma hukukunun mirasa müteallik kaidelerini ve modern hukukla farkını anlayabilmek için Romada mirasın tarihçesini hülâsa etmek zaruridir.

I — Eski Hukukda miras.

Romada mirasçı (Heres) müteveffanın (De cujus) yalnız maddî mallarına değil; borçlarına ve hattâ müteveffanın muayyen bir nispet dahilinde şahsiyetine de halef olur.

Pater Familias; bidayetden itibaren ocağın şu veya bu kimseye devri hususunda mameleki de dahil bütün mevcuddunu vasiyetle devretmek hakkına sahiptir. Vasiyetle nasbedilen mirasçı (Heres scriptus) Kanuni mirasçı durumundadır, yani kanuni mirasçının hak ve mükellefiyetlerine sahiptir. Justinianus hukuku da dahil; Romanın mirasda herşeyden evvel vasiyete itibar etmiş olması, Pater Familias ocağına hâs ve bu ocağın temadisine yarayan HEREDIUM'un aile mamelekinin, kanuni miras ile müsavi parçalara ayrılarak sönmemesini temin içindir. Bu itibarladır ki vasiyetle miras varken kanuni miras (Successio ab intestato) ikinci derecede kalır. Mamafih Pater Familias, isterse kanuni mirasçılardan birini mansup mirasçı vaziyetine sokabilir.

Demek ki, ilk zamanlarda Pater Kanuni mirasçılarını mirasdan mahrum edebilir ve DOMUS'ın devamını istediği erkek vatandaşa vasiyet edebilir.

II — Klâsik devirde miras.

İlk devirlerde hiç bir istisnaya mütaahhamil olmayan bu kat'i kaide yani Paterin domusun devamını dilediği erkek vatandaşa havale etmek selâhiyeti, Klâsik devirden itibaren bu sert kat'iyetini kaybetmiye başladı: Pater Familias hiç bir sebep olmaksızın sui heredes leri (kanuni mirasçı) mirasdan mahrum edemez. Paterin vasiyetle mirasçı nasp etme serbestisini sınırlayan bu ilk kaideden Romada mahfuz hisse nazariyesi doğ-

(x) Mirası Pater Familias'ın hâkimiyetine tâbi kılmayan haller için bakınız: Cornil, Ancien droit romain, 1930, p: 100 et suiv. Vestrup, Succession primitive devant l'histoire comparative, 1928; Collinet, Les vestiges de la solidarité familiale (Mélanges Clotz, I, 1932, p: 250.)

du. Vasiyet yolu ile mirascılık, Pretör hukuku ile de kısıntıya uğradı: Kanunî mirascılar yanında pretör hukuku mirascılığı (Bonorum possessio) kabul edildi.

Pretör hukukunun yarattığı miras Justinianus hukukunda bile istiklâlini aşağı yukarı muhafaza edecek kadar ehemmiyetlidir. (1) İlk defa kan hasımların himaye için yaratılmış olan pretör hukuku mirası kanunî mirası desteklemek için inkişaf etmiştir. (2)

Başlangıçta bonorum possessio, mamelekin geçici zilyedliğini bahşederken, bilâhère kanunî mirasa bile üstün tutuldu ve hak sahibine mamelek üzerinde mülkiyet hakkı bahşetti.

Pater Familias ın mirasdaki mutlak yetkisi imparatorların faaliyeti ile de kısıldı : çocuk anasının, ana çocuğunun mirascısı sayıldı.

III — Justinianus hukukunda miras.

Nihayet Justinianus hukuku şimdiye kadar sözü geçen çeşitli miras sistemlerini birleştirdi : Bu hukukda, mülkiyet ferdileştirilmiş olduğundan, miras da prensip müteveffanın (de cuius) iradesine riayetden ibarettir, yani vasiyetle mirascılık, prensibi devam etti. Kanunî miras vasiyet yolunda muteberdir, ve Justinianus devrinde agnatio tamamiyle ortadan kalkmış olduğundan, miras kan ve niyahet civar hısımlığına dayanır.

Justinianus hukuku mansup mirascılığa yer vermekle beraber mahfuz hissese nazariyesini vasiyet serbestisinin kısıntısı olarak kabul eder.

§ 1. Vasiyetle Miras.

I — Romada Vasiyet.

Modern hukuk hilâfına olarak, Romada vasiyet mirascısı nasbını da ihtiva eden ölümle bağlı bir tasarruftur.

I — Vasiyetin tarihçe ve inkişafı

Vasiyetin tarihçesini hülâsa etmekle şekillerini de görmüş olacağız.

A — Testamentum calatis comitiis.

En eski hukukda vasiyet, senede ancak iki kere toplanan Halk meclisleri önünde ve pontiflerin de huzuru ile yapılırdı. Binaenaleyh ilk vasiyet dinî ve siyasi mahiyet ve şekil gösterir, ve ancak Romalı vatandaşları

(1) Pretör hukuku mirası da jus civile mirası gibi kanunî ve vasiyet suretiyle olur. Kanunisine Bonorum possessio contra tabulas, vasiyetle olana, pretör mansup mirascılığına, Bonorum possessio secundum tabulas (vasiyet mucibince zilyedlik) adı verilir.

(2) Timbal, Questions du droit successoral romain (Rev. hist. de droit, 1940 1941, p: 365 et s.)

(3) Girard, Manuel, 1929, p: 844 et s.

şın ölümüne bağlı tasarrufunu vesikalandırmaya yarar. Bu suretle mahsup edilen mirasçı, pater familiasın şahsı yerine kaim olur, ona halef olur: Domus mamelekini idare eder, alieni jurisler üzerinde potestas sahiptir ve ocağın (Domus) dinî birlik halinde devamını sağlar. Pater bu vasiyet yolu ile köle azâd edebilir ve ölümüne bağlı tasarrufla mal da bırakabilir.

Bazı müelliflerin bu ilk vasiyeti komislerin tasdik ettiği bir kanun mahiyetinde mütalâa ederler (4).

Halk meclisleri, henüz hayatta olan bir şahsın mamelek veya şahsiyetini ölüm mevzuubahis olmaksızın ancak Arrogatio halinde kabul etmek yetkisine sahip olduğundan, arrogatio için beyan edilen halk iradesini kanun mahiyetinde kabul etmek ve vasiyet ölümünden sonra netice doğacağından Halk meclislerinin bu husustaki durumunu müşahitlik ile belirtmek realiteye daha uygundur. (5)

B — Testamentum in procinctu.

Savaşa hazır bulunan askerlere tanınmış olan bir vasiyet şeklidir, ve ordu arkadaşları önünde savaş başlamadan evvel yapılır. Bu şekil vasiyette Roma halkını temsil eden ordudur.

Bu vasiyet, diğeri gibi ve hattâ ondan da fazla olarak tahdididir, yani bu Romalı'nın vasiyet yapmasına müsait değildir. Yaş haddi sebebi ile orduya girmiyenler, kadınlar bu yol ile vasiyette bulunamazlar.

Her iki vasiyet şekli de Cumhuriyetin son yıllarına doğru yürürlükten kalktı. (7)

C — Mancipatio familia (8)

Bilhassa calatis comitiis usulü ile vasiyette bulunmaya imkân olmayan hallerde başvurulmuş ve hastalık gibi aceleyi mucip hallerde aile mallarının mancipatio yolu ile bir dosta devredilmesinden ibaret olan bir vasiyet şeklidir. Malları devralan şahsa Emptor familiae denir.

Ağır hastaların vasiyet bırakma arzusuna cevap verdiği için bu vasiyeti plapien ve azâdlılar da yapabiliyorlardı. (9)

Mancipatio familiae, hakikî bir beyi akdî değildi; vasiyetçinin iyileş-

(4) Girard, Manuel, 1929. p: 852 et s. p: 852, n: 3.

(5) Aynı manada: Giffard, Précis, 1934. t. I. p: 440, n: 1, 2. R. Monier, Manuel, t. I; p: 458, n: 3; Koschaker, Z. der. Sav. Stift, 1943, p: 448 et s.

Halk meclisleri önünde vasiyet yapacak olan ancak pater familiasdır: Giffard, Précis, 1934, p: 440, n: 3. Bu vasiyet şekli ile mirasçı olacak kimseler erkek agna veya gentilis lerdir: Giffard, Précis, p: 441, n: 2.

(6) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 684, n: 3, 4.

(7) R. Monier, Manuel, t. I. p: 458, n: 4.

(8) Adı geçen eser, sahife: 458, n: 5

(9) Giffard, Précis, t. I. p: 442.

emsi malların iadesini icap ettirir ve Emptor familiae yi her türlü külfetten kurtarır.

Emptor familiae hakiki bir mirasçı olmayıp mirasçı rolünü gören bir şahıstır, çünkü, mancipatio muamelesinde alıcının kullanacağı ve mülkiyete tesahübü işaret eden formülü değil, kendine devredilen malları, vasiyetçinin idaresine uygun olarak muhafaza edeceğini bildirir bir formül kullanır. (10)

D — Testamentum per aes et libram.

Mancipatio familiae den doğmuş olan ve vasiyetçinin şifahi ve resmi beyanını (Nuncupatio) icabettiren bir vasiyet şeklidir.

Şu halde iki safhada yapılır:

1^o) Mancipatio muamelesi. Şahitler önünde emptor familiae kendini mülk sahibi kılmıyacak olan formülü kullanır.

2^o) Nuncupatio safhası: Vasiyetçi, iradesini muhtevi levhaları (Tabulae) şahitlere gösterir ve onları vasiyette bulunduğuına dair şahit tutar. (11)

Bu sistemde esaslı rol emptor familiae da değil levha; tabletlerdedir. Mirasçı bu levhada gizli olarak ve adı ile kayıtlıdır. Bu gizlilikten ötürüdür ki bu vasiyet vasiyetçi tarafından kolayca fesh olunabilir. (6)

Bu vasiyet şekli Klâsik devirden itibaren fazlasıyla tatbik olunmakta idi. (13)

E — Pretör hukukunda vasiyet

Pretör hukuku vasiyeti testamentum per aes et libram ın basitleştirilmiş şeklinden ibarettir : Pretör, kendisine mühürlenmiş vasiyetname (tablet) gösteren bir kimseye Bonorum possessio secundum tabulass bahsediyordu. Görülüyor ki bu usulde vasiyetçinin mancipatio ve nuncupatio ya müracaat külfeti yoktur.

Pretör hukuku vasiyeti, Antonin den sonra fazlası ile tatbik edildi, hattâ kanunî miras taleplerine karşı himaye edildi. Şu halde pretör vaziyeti ile miras Klâsik devirde kanunî miras hükmündedir. (14)

F — Aşağı imparatorluk devrinde sözlü ve yazılı vasiyet tipleri mevcuttur. Pretör vasiyeti sözlü, jus civile vasiyeti de yazılıdır.

(10) Cornil, Ancien droit romain, 1930, t. I. p: 110; Camps, Rev. hist. de droit, 1936. p: 153.

(11) Vasiyetnameyi yazan, şahit olarak da gösterilebilir: Lenel, Das edictum perpetuum, 3 ed. p: 348 et s.

(12) Vasiyetçi levhaları harap etmek suretiyle eski mirasçıyı red ve yeni levha tanzim edebilir.

(13) Girard, Textes. p: 801.

(14) R. Monier, Manuel, 1945. p: 461, n: 1.

Yazılı vasiyet şekilleri de ya devlet otoritesinin müdahalesi ile yani resmi vasiyet veya sırf vasiyetçinin iradesi ile, yani hususi vasiyet tipleri ne ayrılır. Bilhassa bu sonuncu vasiyet fazlası ile müstameldi.

Hususi vasiyet çeşitleri arasında Testamentum tripertitum ile vasiyetçinin el yazısı ile yapılan vasiyet mühimdir. Birincisi, vasiyetçinin ve şahitlerin ve şahitlerin mühürünü icabettiren vasiyettir: vasiyetçi vasiyetnameyi mirascının adını yazmalı veya şahidler huzurunda beyan etmelidir. Şahitler mirascıyı suscriptio (15) ya kaydederler. İkincisi, yani bizzat vasiyetçinin el yazısı ile tanzim edilen vasiyetname III ncü Valentini-en zamanında kabu edildi.

Resmî vasiyet, (16) vasiyetçinin majistra önünde yaptığı beyanın resmen yazdırılması suretiyle tanzim olunur. Buna Testamentum apud acta denir. Bazı hallerde, ve bilhassa muteber şahsiyetler, vasiyetnamelerini imparatorun muhafazasına terk ederlerdi Bu tip resmî vasiyete de Testramentum principii oblatum denir.

2. Vasiyetle mirasın açılması. (Apertura testamenti)

Vasiyetname, ölümden itibaren üç veya beş gün içinde açılır. (17)

Mirascının hakkı vasiyetnamenin açılması gününde doğar.

A — Vasiyet yapma ve kabul etme ehliyeti.

a) Testamentu factio (jus testandi).

Zamanımızda olduğu gibi Romada da vasiyet yapma ehliyeti genel ehliyetten ayrıdır. Romada vasiyet yapma ehliyeti şu şartların birleşmesine bağlıdır:

1^o) Mameeke sahip olabilme ehliyeti.

Şu halde, pater familias ve sui juris ler vasiyet yapmaya ehildirler. Mamafih, alieni jurisler bilhassa Pecluium Castrense ve P. O. castrense üzerinden vasiyet yapmaya ehildirler. (18)

2^o) Sui juris ler 14 yaşını bitirmiş olmak şartı ile vasiyet yapabilirler (19)

(15) Girard, Manuel, 1929. p: 863, n: 6; Appleton, Mélanges Girard, I. p: 13

(16) Bu vasiyetin menşei için bakınız: Girard, Manuel, 1929. p: 865, n: I. Aşağı İmparatorlukda kullanılan diğer vasiyet şekilleri için, keza bakınız: Girard, Manuel, 1929, p: 865 et s; Francisci, Rev. de droit, 1924. p: 57 et s.

(17) Mamafih bu müddet değişebilirdi: R. Monier, Manuel, 1945. t. I. p: 463, n: 2.

(18) Devlete ait, kölelik yani amme köleleri peküllerinin yarısı üzerinde vasiyet yapabilirler.

(19) Collinet, Nouv. R. Hist., 1900, p: 371 et s.

Kadın ve müsrifler Jus testandi ye sahip değildiler. Kadınlar için Auctoritas şarttır. Justinianus bu şartı kaldırdı. Sağır ve dilsizler ancak Justinianus hukukuna hâkim yazılı vasiyet ehliyetine sahiptirler.

Bliğa erişmeyenlerin ve delilerin testamenti factio ya ehliyetsizikleri fiilî bir ehliyetsizliktir.

Vasiyetçi Romalı esir düşer ve Romaya dönmezse, vasiyet muteberdir, ve vasiyetçi, esir düştüğü andan itibaren müteveffa (cujus) hükmündedir.

b) Vasiyetle mirasçı olabilme ehliyeti. (20)

Vasiyetin muteber olabilmesi için ikinci mühim şart vasiyetle mirasçı olacak şahsın da vasiyeti kabule ehil bulunmasıdır. Çünkü, evvelce de işaretlendiği gibi, vasiyetin muteber olabilmesi için mirasçı nasbı da lâzımdır.

Prensip itibariyle vasiyetle mirasçı olabilme ehliyeti, herkese tanınmıştır. (21) Bu ehliyet vasiyetin açılması anına kadar devam etmiş olmalıdır.

Vasiyetle mirasçı olamayacak şahıslar şunlardır:

1^o) Jus commercii den mahrum olan peregrinler.

2^o) Doğmadan babası ölen çocuk (enfant posthum).

3^o) Mamafih sui heredes olacak olan cenin vasiyetle mirasçı olabirler (22)

Eski hukukda devlet ve diğer hükmi şahısların vasiyetle mirasçı olabilmeleri kabul edilmemişti. İmparatorluk devri aksini mümkün kıldı (23)

Justinianus hukuku bütün hükmi şahısların vasiyet yolu ile mirasçılığını kabul etti.

B — Mirasçı nasbı

Romada vasiyetin muteber olabilmesi için vasiyetçinin varis tayin etmiş olmasını da esaslı şartlar arasında zikretmiştik.

Romada vasiyetçi her şeyden evvel ocağını kendisi gibi devam ettire-

(20) Bazı müellifler (Giffard, Précis, 1934. t. I. p: 446 et s.) bu ehliyeti factio testamenti passive tabiri ile ifade ediyorlar. Bazıları ise (R. Monier; Manuel, 1945, t. I. p: 465) bu tabirin bütün Roma hukukunu ihata edici bir tabir olamayacağını dolayısı ile işaret etmektedirler.

(21) İflasın doğuracağı şerefsizlik damgasından kurtulmak isteyen pater, borçlarının kölesi tarafından edasını temin için onu azâd etmek şartı ile mirasçı nasp edebilir. Justinianus hukukunda kölenin mirasçı nasp edilmiş olması azâdı otomatik olarak doğurur. Köle mirası red edemez. Vasiyetçi başkasının köle veya alieni juris ini de mirasçı yapabilir. Bu taktirde miras efendi veya patere intikal eder: Dessertaux, De l'acquisition de l'hérédité par l'intermédiaire du fils ou de l'esclave d'autrui (R. hist. de droit, 1931, p: 601 et s.

(22) İstisna ve teferruat için bakınız: Girard, Manuel, 1929. p: 87.

(23) Le Bras, Studi Riccobonc. III. p: 33 et s.; Giffard, Précis, 1934, t. p: 448, n: 2; R. Monier, Manuel, 1945. t. I. p: 466, n: 5. Bazı hükmi şahısların üyelerinin kanunî mirasçısı olabilecekleri de kabul edildi.

cek itimada gayan bir şahıs bulmak arzusunda olduğundan, Roma, modern hukukun hilâfına olarak, mirası prensip itibariyle ölenin iradesine, yani vasiyetnamedeki arzusuna istinat ettirdi. Bu itibarlardır ki, vasiyetin muteber olabilmesi için en esash şart vasiyetçinin mirascı nasp etmesi mecburiyeti idi. Müteveffa ya bir veya müteaddit mirascı nasp edebilir.

Şu halde mirascı naspının hükümlerini iki bakımdan tetkik etmek lâzımdır.

a) Mansup tek mirascı.

Vasiyetci tek bir mirascı nasp edebilir. Bu takdirde, mansup mirascı, vasiyetçinin her şeyine haleftir.

Eski hukukda mirascı, nasbı formülü çok kat'i idi. Titius heres esto: Titius varisim olsun.

Aşağı İmparatorlukda şekle lüzum yoktur ve hattâ mirascının adının vasiyeanamenin başında zikredilmesine de lüzum yoktur.

Mirascı nasbının esash şartları şunlardır:

Semel heres semper heres: filen mirascı olan daima mirascı olmalıdır, kaidesi gereğince zamanla mukeyyet nasp muteber değildir. İkinci önemli şart, mamelekin bir kısmı için mirascı nasbının muteber olmıyacağıdır. Binaenaleyh, menkuller için mirascı nasbına, gayri menkuller için ise kanunî mirasa başvurulamaz. (24) ve müteaddit mansup mirascılarının herbiri bütün mamelek için nasp olunmuş sayılırlar. Bu sonuncu neticenin sebebi müteaddit kimselerin mirascı nasp edilmiş olmaları hali tetkik edilirken görülecektir.

Mirascı nasbı iskatî ecele ve infisahî şarta bağlı olarak yapılamaz. bu, "semel heres semper heres" kaidesinin neticesidir. Ancak tâliki şart muteberdir ve işaret etmek lâzımdır ki, mirascı nasbındaki bu şart bir şahsın ve ekseriya diğer bir mirascının yaşından ibaret bir eceldir. Vasiyetci ekseriya şöyle diyordu: X ölürse Y mirascıdır. (25) Demek ki, vasiyet suretiyle mirasın açılması, şartın tahakkukuna kadar muallakda kalacaktır. Bu takdirde de pretör mansup mirascıya bonorum possessio Secundus tabulası bahşediyor ve bu suretle mirasın talik edilmiş olmasının mahzurlarını önlüyordu.

İşaret edelim ki, vasiyetçinin ölümü gününde mirascılığı şarta bağlı mansup mirascı da ölmüş bulunursa, miras mirasın X a geçmesi ölümüne bağlı şahsa intikal eder.

b) Müteaddit mansup mirascılar (ikame)

(24) Girard, Manuel, 1929. p: 879, n: 1.

(25) Ch. Appleton, Aperçus nouveaux sur le term certain ou incertain, 1926, p: 23 et s.

İlk defa nasp edilen mirascının mirascı olmaması ihtimali düşünülerek ikinci ve hattâ üçüncü bir mirascı nasp olunabilir.

Üç çeşit müteaddit mirascı nasbı usulü vardır.

1^o) Alelâde ikame (Substitutio vulgaris).

Romada en çok tatbik edilen ikame bu idi. Bu tarz ikamede vasiyetçi çeşitli mansup mirascılar zikreder ve en sonda köleyi mirascı olarak kayd eder. Bu suretle miras katiyen reddedilmez ve tereke sahıpsiz kalmaz.

2^o) Küçük lehine mirascı nasbı (Substitutio pupillaris).

Pater, çocuğunun büyüğe erişmeden, ve binnetice vasiyet yapamadan ölmesi ihtimalinden doğacak mahzuru önlemek için ilk mansup mirascısı olan oğlunun nam ve hesabına vasiyetnamesinde bir şahsı ikame edebilir. (26)

Justinianus, ikame hususunda Klâsik nazariyeye sadık kalmış ve ayrıca Substitutio ad exemplum pupillaris icad etmiştir: bu ikame, rüfde erişmiş ve fakat temyiz kudreti akıl hastalığı sebebi ile malul çocuklar hakkındadır. İkamenin gayesi, çocuğun tabii normal hale gelmek sizin ölmesi ve mahfuz hissesi ayrılmış bulunması halinde hüküm ve netice doğurur.

3 Vasiyetin butlan ve feshi.

Bir vasiyetin şekilveesash şartlara uygun olmaması butlanını doğurur. Bu vasiyete testamentum in justum denir.

Şekil ve esash şartlara uygun olarak yapılan bir vasiyetname (testamentum justum) bilâhare hüküm ifade etmeyebilir.

Vasiyetçi vasiyetnameyi yaptıktan sonra ehliyetten mahrum olursa, c. deminitio ya maruz kalırsa, vasiyet fesh edilebilir. Bu takdirde vasiyete irritum denir. Bunun mahsurlu neticesi bonorum possessio secundum tabulas testamenti verilmesi ile önlenir.

Vasiyet inkitaa da uğrayabilir: vasiyetçi, vasiyetin yapılmasını müteakip kanuni mirascıya sahip olur ve meselâ bir çocuğu doğur veya manusu evlenme ile evlenirse, vasiyet ortadan kalkar. Vasiyetçi bizzat vasiyetten vaz geçebilir. Bu takdirde, pretör kanuni mirascıları davet eder.

• İmparatorluk devri, vasiyetin bir mektupla bile fesh olunabileceğini kabul eder.

Justinianus hukukunda vasiyetnamenin vasiyetçi tarafından her zaman fesh olunabileceği kabul edildi. Justinyen uzun zamandanberi duran bir vasiyetnamenin Majistra ve şahit önünde şifahen de fesih olunabileceğini kabul etti.

Vasiyetin butlan veya feshi halinde kanunî miras (Successio ab intestato) açılır (27)

§ 2. Successio ab intestato.

Şimdiye kadar işaret ettiğimiz prensiplerden Romada kanunî mirasın ya vasiyetname bırakılmaması (28) veya vasiyetnamenin butlanı veya yahut da ikamenin kabul edilmemesi halinde açılabileceği neticesi çıkarılır.

Kanunî mirasın tarihçe ve inkişafı aile ve bilhassa hısımlığın inkişafı ile ilgilidir. Bu irtibatı takip ederek Roma kanunî mirasını üç devrede tetkik etmek lâzımdır:

I — Eski hukukda kanunî miras.

II — Pretör hukukunda kanunî miras.

III — İmparatorluk devrinde kanunî miras.

I — Eski hukukda kanunî miras.

On iki levha kanunu kanunî mirasçuları üç guruba ayırmıştır.:

1. Sui heredes

Paterin ölümü ile Sui Juris vaziyetine geçen alieni jursi lerdir. Bunlar Paterin fûruları (çocuk ve torunlar), manuslu evlenme ile edindiği kadın, (29), evlâthk olarak aldığı kimselerdir.

Fûrurular tabirine emansipe edilmiş çocukların fûruruları da dahildir.

Sui heredes lerin mirasdan faydalanabilmeleri için Domus dan filen çıkmamış veya c. deminitio ya uğramamış olmaları lâzımdır. Binaenaleyh; emansipe edilen çocuklar ve manuslu evlenme ile evlenmiş kızlar jus civile gereğince mirastan faydalanamazlar. Bu terekede müsterek mülkiyet halinde bulunan malların tevzii prensibi fikrinden doğan bir neticedir. (30)

Sui heredesin kadın veya erkek olması kanunî mirasçılığa tesir etmez. (31)

Sui heredesler müsavat üzere hisse alırlar. Mirasda temsil cari-

(27) Giffard, Précis, 1934. T. I. p: 454, n: 1; H. Lévy-Bruhl, Rev. hist. d. droit, 1936, p: 337 et s.

(28) Bonfante, Corso, VI. p: 173 et s.

(29) Girard, Textes, 1937. p: 113.

(30) Vestrup, La succession primitive, p: 30 et s; Girard, Manuel, 1929. p: 895; Giffard, Précis, t. I. p: 457.

(31) Kadınların eski hukukta mirastan aldıkları hisseyi agna larının müsaadesi haricinde Domus dan dışarı çıkaramamaları mirasa istihkak bakımından cinsiyetin tesirine bir delil teşkil etmez.

dir, yani, fūrular usulü temsilen mirasa iştirak ederler. Buna successio in locum denir.

İlk devirlerde sui lerin mirasdan aldıkları hisse müşterek mülkiyetin bir parçası addedildiğinden sui heredesler mirası reddedemezler, mecburen mirasçılardır. Bundan ötürüdür ki sui lere zarurî mirasçılar da denir.

2. Agnatus proximus.

Sui heredes yoksa, en yakın agna mirasçıdır. On iki levha kanunen en yakın agna olarak baba tarafından erkek ve kız kerdeslerin agnatio hısımlığı dolayısıyla ikinci derecede kanunî mirasçılıklarını kabul eder. Demekki, erkek ve kadın arasında bu mirasçılık bakımından da fark yoktur. (32)

İşaret edelim ki, agnatio ya müstenit kanunî mirasdan halefiyet suretiyle temsil (Successio in locum) caari değildir. Binaenalevh, en yakın agna mirası kabul etmez veya meçhul ise; veva mirası kabulden evvel ölümü bulunursa furuu mirasa iştirak etmez. (33)

3. Gentilis.

On iki levha kanunu sui heredes ve agnatus proximus yokluğunda gentilis lerin kanunî mirasçılığını kabul eder. Gentilis lerin mirası top-tan iktisap ettiklerini ileri süren görüş tarzı mevcuttur. (34)

Gens teşkilâtı Klâsik devirde ehemmiyetini kaybettiğinden, gentilis lerin mirasçılığı da ortadan kalktı (35).

Bütün bu sayılan mirasçılarının hakkı c. de minitio ile son bulur, çünkü, C. diminitio hısımlığın da ortadan kalkması neticesini verir. Bu mah-zurlu neticeden dolayıdır ki Roma hukukunda pretör miras hukuku vücut buldu.

32) Giffard, Précis, 1934, t. I, p: 457, n: 2.

33) Girard (Manuel, 1929, p: 938, n: 2) en yakın agna nın en uzak agnayı halef edebileceğini kabul etmekde, binnetice, agnatus proximus un mirası reddi halinde gentilis lerin kabule davet edilemeyecekleri fikrini götürmektedir.

(34) Girard, Manuel, 1929, p: 896, Michon, Rev. Hist. de droit, 1921, p: 195.

(35) On iki levha kanununun tanıdığı miras patricii lere mahsustu, çünkü plebs gentilis lere sahip değildi. Maamafih, azadlılar da kanunca nazara alınmışlardı: azadlının sui heredes i olmadığından vasiyetsiz ölmesi halinde mirası patron veya bunun çocuklarına intikal eder: Giffard Précis; 1934, t. I. p: 458 et s; R. Mennier, Manuel, 1945, t. I. p: 478.

(36) Çeşitli Bonorum possessio ab intestato ların tarihçesi hakkında henüz katiyet yoktur: Girard, Manuel, 1929, p: 899, 921, n: 2; Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 460, No: 774, n: 1.

II — Pretör hukukunda kanunî miras (36)

(Bonorum possessio ab intestato)

Pretör hukuku mirascılar arasında derece ve temsil sistemini tanımlayan bir miras hukuku yarattı. Jus civile mirası ile pretör hukuku mirasını ilk bakışta ayıran cihet pretör hukukunda Cagnatio nun da mirasda esas tutulmuş olmasıdır.

Bonorum possessio dan faydalanacak olan şahıslar şunlardır:

1°) Çocuklar.

Pretör, usulî erkek olan bütün fūrurulara miras hakkı tanırlar ve bu hakkın istimali için Patria potestas a tabiiyeti şart koşmaz. Binaenaleyh On iki levha kanunu sisteminde mirasçı sayılmayan in mancipio şahıslarda, müteveffanın ölümü anında aile hâkimiyetinde olmasalar bile, mirascıdırlar.

Bir derecede mirasçı varken diğer derecedekiler prensip itibariyle mirasa iştirak edemezler.

2°) Legitimi.

Jus civile ye göre mirasçı olanlar pretör hukukunda ikinci derecede mirascıdırlar. Pretör, bunlara da bir müdafaa vasıtası olmak üzere te-rekeye ait mallar üzerinde mülkiyet bahşediyordu. Şu halde, bu ikinci halde Pretörün yaptığı iş jus civile mirasçı olabilecek kimselerin bu hakkına tasdikten ibarettir.

3°) Cognati.

Cognati ler pretör hukuku mirasının üçüncü derecedeki mirascılarıdır.

Pretör teşebbüsü ile ihdas edilen bu derecedeki hısımlığa kadın tarafından cagna lar da dahildir Bu sayededir ki, capitis deminitio ya maruz kalarak miras hakkı sukut etmiş olan agnat lar da himaye edilmiş oluyorlardır.

Pretör, cognatio yu yedinci dereceye kadar mirasda esas tutar (37)

4°) Pretör hukuku hayatta kalan karı ve kocaya da miras hakkı tanırlar. (38)

Görülüyor ki, pretör hukuku jus civile ye göre mirasçı olmayan cog-

(37) Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 459; R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 480. Pretör, vasiyet bırakmadan ölen azâdının mirasına kadın ve erkek patronu, bunların çocuklarını ve hattâ usüllerini de çağırıyordu. R. Monier, 1945, t. I. p: 480, n: 2, 3.

(38) Pretör hukuku mirasında derece, rakamlarla beyan ettiğimiz sıra üzerindedir. İlk derecedeki mirasçı 100 gün içinde bonorum possessio yu istemezse ikinci derecedekinin talebi muteberdir.

na lar ile karı kocaya damiras hakkı tanımakla jus civile nin miras hukukundaki eksikliğini aşağı yukarı gidermiş oluyor.

III — İmparatorluk devrinde kanunî miras.

İmparatorluk devrinde çıkan çeşidli senatus consultus lar ile oğul ve ana arasındaki miras hakkının tanınmış olması bertaraf justinianus a kadar miras sisteminde esash ve şamil bir değişiklik olmamıştır.

118 ve 127 sayılı Novellae lar ile justinianus, miras sisteminde ehemiyetli değişiklik yaptı: jus civile ve pretör miras sistemleri birleştirildi. aşağı yukarı bu günkü miras sistemi vücut buldu. Dört sınıf mirasçı kabul edildi:

1^o) Fürurular.

Bunlar Emansipe edilmiş veya edilmemiş çocuklarla bunların fürurularıdır. Bu derecedekiler ana ve baba tarafından mirasçı olabilirler. Temsil caizdir, ve taskim müsavat üzeredir (39).

2^o) Usul.

Her iki tabakada bulunan en yakın usul; ana ve baba, ikinci derecede mirasçılardır. Her ikitarapta birden ziyade usul bulunursa, taksim buna göre, ve tabakada taksim müsavat üzere yapılır.

Şahıs hiç bir usul bırakmadan ölmüş ise bu kaideler tatbik olunur. Müteveffanın erkek ve ana baba bir kız kardeşi varsa usuller ile birlikte ve müsavat üzere mirasa iştirak ederler.

3^o) Civar hısımlarından erkek ve kız kardeşler üçüncü derecede mirasçılardır. Ancak ana baba bir kerdeşler imtiyazlılardır. Netice olarak, ana bir baba ayrı ve baba bir ana ayrı krdeşler ile ana aba bir kardeşler içtina ederse, bu sonuçlar mirasçı olurlar.

Yedinci dereceye kadar civar hısımları mirasa iştirak ederler: en yakın civar hısım varken diğerlerine hisse düşmez. Aynı derecedeki civar hısımları müsavi hisse alırlar.

4^o) Hayatta kalan karı koca yedinci derecede mirasçı bulunmadığı zaman mirasa müstahaktır. Mamafih, Justininus müzayadaki dul kadının terekenin dörtte birine iştirakini kabul eder (40)

§ 3 — Mirasın vasiyetle intikali prensibine konan tahditler

Justinianus hukukunda bile mirasda prensibin vasiyet olduğunu kaydetmiştik.

Müteveffanın kanunî mirasçılarını hepsini mirasdan mahrum edecek

(39) Teferruat için: Girard, Manuel, 1929, p: 901.

(40) Justinianus modern hukukda kadına intifa hakkı tesisine mebbe teşkil eden bu tedbiri bilhassa çehize ve koca tarafından yapılmış bir hibeye sahip olmayan dul kadını himaye etmek maksadı ile almıştır: R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 484.

olan mutlak irade ve arzusu Roma hukukunda tahditlere tâbi tutulmuş ve mirasdan ıskat nazariyesi vücut bulmuştur.

Bu nazariyenin nasıl belirildiğini ve nasıl inkişaf ettiğini üç safhada tetkik etmek lâzımdır.

I — Eski Hukukda mirasdan ıskat.

II — Pretör hukukunda mirastan ıskat.

III — Justinianus devrinde mirasdan ıskat.

I — Eski hukukda mirasdan ıskat.

Eski hukuk bu hususta gayet ka'ti ve sarıhtir Pater, aileye yabancı bir kimseyi mirasçı yapabilir ve sui heredes leri mahfuz hisse mevzu bahis olmaksızın mirastan ıskat edebilir. (41)

Eski hukukda ıskatın şekil ve esasa ait şartlarını tetkik etmeden evvel vasiyet serbestisinden sui heredes ler lehine doğacak olan neticelerin peşinen kayıd edilmsi lâzımdır.

10) Kanunî mirasçılar sarıh olarak ıskat edilmemiş iseler, vasiyet bätıldır.

20) Vasiyetnamenin tanziminden sonra paterin bir çocuğu dünyaya gelir veya manuslu bir evlenme vuku bulur, veya evlâdlık alınmış olunursa vasiyet yine muteber değildir, ve binnetice, vasiyetnameye rağmen tereke sui heredes ler arasında taksime uğrar.

Bu ikinci halde çıkagelen sui lere sonradan gelenler manâsma olan postimi denir. Bunların zuhuru ile vasiyet hükümden düşer; çünkü pater bunları peşinen mirasdan ıskat edemez. Bu imkânsızlık, henüz doğmamış olan şahısların (personae incertae) mirasdan ıskat imkânsızlığının neticesidir.

1. Eski hukukda mirasdan ıskatın şekle ait şartları.

10) Erkek çocukların mirasdan ıskatı için ayrı ayrı isim zikri şarttır.

20) Kız çocuk ve torunların ıskatı için intercertos, yani toptan ıskat kâfidir. (42)

2. Eski hukukda mirastan ıskatın aslı şartları

(41) Vasiyetin gizli olmaktan çıktığı devirlerde vasiyetçi kanunî ve meşru bir sebep olmaksızın kanunî mirasçısı mirasdan ıskat etmekten çekinirdi, çünkü etkârı umumiyeyi tatmin etmek lâzımdı. Halbuki vasiyetcinin vasiyetinde ıskatı zımnen yapmış olması, yani kanunî mirasçılardan bahsetmeksizin yabancı birini mirasçı kılması genel vicdan ve etkâra daha az aykırı bir hareket tarzı idi: Girard, Manuel, 1929. p: 904 et s.

(42) ıskat için isim zikrine lüzum olup olmadığı meselesi münakaşalıdır: Ed. cuq, Manuel, 1928. p: 707, n: 1; Girard, Manuel, 1929. p: 905, n: 1. R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 489, n: 2; Giffard, Précis, 1934. t. I. p: 465, n: 2.

10) Vasiyette erkek çocukların ıskatına dair hüküm yoksa vasiyet hükümsüzdür, injustum dur. Bu takdirde kanunî miraslar Successio contra tabulas ile mirasa müstahak olurlar. Vasiyetin injustum hale gelmesi bütün muhtevasını bâtil kılar; çünkü Romada vasiyetin en esaslı şartı, görüldüğü üzere, mirasçı nasbıdır.

20) Vasiyetnamede ıskatı derpiş edilmiyen kız ise, vasiyet muteberdir. Torunun zikredilmemiş olması halinde hüküm aynıdır. (43)

II — Pretör hukukunda mirasdan ıskat.

Pretör hukukunda da mirasdan ıskat için prensip aynıdır: Vasiyetçi kanunî mirasçıyı ya nasp veya ıskat etmelidir. Kanunî mirasçılardan ihmal edilmiş olmaları, bunlardan bahsedilmemiş olması halinde pretör, Bonorum possessio contra tabulası, yani vasiyete rağmen pretör, hukuken miras hakkını bahşeder. Pretör bu suretle jus civilenin esasen tanıdığı miras hakkını yalnız teyid etmekle kalmıyor, aynı zamanda genişletmiş de oluyordu; zira, jus civile emansipe edilen çocuklara miras hakkı tanınmaz iken pretör bunlara da bonorum possessio contra tabulas ı bahşediyordu.

Şu halde pretör hukukunda vasiyetçi bu çocukları da sarahaten ıskat etmeli idi. Bundan başka, jus civile ye aykırı olarak pretör, kanunî mirasçının ihmal edilmiş olmasını vasiyet muhtevasının bütününe bâtil kılan bir sebep olarak addedemez, butlanı ancak miras bakımından muteber sayar. Netice itibariyle, vasiyetçinin azadlama vesair gibi diğer arzu-ları yerine getirilmelidir. (44)

III — Justinianus hukukunda mirasdan ıskat.

1. Genel bakış.

Justinianus şu kaideyi kabul etti: fûruların isim zikri suretiyle (nominatim) nasp veya ıskatı lâzımdır. Aksi takdirde vasiyet hükümsüzdür. Ancak, Justinianus hukuku, pretör hukukuna uyarak, emansipe edilmiş fûrurular ile bunların fûrurularının vasiyetde ihmal edilmiş olmaları vasiyetin otomatikman butlanına sebep saymaz. Bunların bonorum possessio contra tabulas dan faydalanmaları şarttır.

Jus civile ve pretör hukuku ıskat sistemini bu suretle basitleştirdi, Justinianus, nihayet ıskatın prensip addedilmesi kaidesine de sed çekti ve bu suretle modern hukukun temelinde bulunan mirasdan ıskat nazariyesini tesis eyledi. Bu inkişafa Querella inofficiosi testamenti nazariyesi ile

(43) De Visscher, Etudes de droit romain, 1931. p: 67. n: 1.

Bu takdirde, kız mansup mirasçı muayyen bir nisbet dahilinde mirasa iştirak eder.

(44) Fazla malûmat için: Giffard, Précis, 1934. t. I. p: 466; R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 487.

erişildi. Ehemmiyetine binaen bu nazariyeyi müstakil bir paragrafta tetkik etmeyi zarurî bulduk.

2. Querella inofficiosi testamenti. (45)

Officium pietatis, yani müteveffa'nın kanunî mirasçılarının bağılık vazifesi mülâhazasına dayanan bu nazariye gereğince müteveffa, bu vazifeden ötürü kanunî mirasçılarının muayyen miras payına da şâmil bir vasiyette bulunamaz.

Görülüyor ki,, vasiyet serbestisini esasdan takyid eden bu nazariye olmuştur. Vasiyetçinin kanunî mirasçılarının mahfuz hissesini de ihtiva etmek suretiyle mirasçı nasp etmesi halinde kanunî mirasçılar Majistra ya bu hissenin kendilerine iadesi için talepte (Querella) bulunuyorlardır. (46)

Kanunî mirasçılarının müteveffa ile aralarında mevcut bağılılığı hiçe sayarak yapmış olduğu vasiyete karşı yaptıkları talep (Querella inofficiosi testamenti)in fevkalâde yargılama usulünde müstakil bir dâva halini aldığı iddia olunmaktadır. (47)

Justinianus hukukunda Querela inofficiosi testamenti müstakil bir dava olarak göze çarpar. (48)

A — Querela inofficiosi testamentinin şartları.

Digesta bu şartları saymaktadır:

1^o) Kanunî mirasçı olmak, yani mahfuz hisseye sahip mirasçı olmak.

2^o) Mirastan mahrumiyeti mucip sebeplerden uzak bulunmak.

3^o) Paterden ölüme bağlı bir tasarrufla mal iktisap etmemiş olmak.

4^o) Nihayet: kanunî miras hakkının talebi için başka bir kanunî imkâna sahip olmamak.

Querela inofficiosi testamenti, hak sahibinin ölümü ile son bulur an-

(45) E. Renier, Etudes sur l'histoire de la Querella inofficiosi en droit romain, 1942, Liege, p: 375 et s; F. Koschaker, Z. der sav stift. 1939. II, p. 256 et s.

(46) Renier, Etudes sur l'histoire de la Querella inofficiosi en droit romain, 1942, p: 343.

Querella inofficiosi testamenti örfün ve bilhassa doktrinin kabul ettiği bir nazariyedir. Majistralar ve halk bütün kanunî mirasçılarını ıskat ederek vasiyet yapmış olan şahsı deliye kıyas ediyorlardı. Bu suretledir ki, hiç bir kanuni sebep olmaksızın çocuklarını mirasdan ıskat eden bir vasiyete karşı hak sahiplerinin himayesi gerek halk ve gerekse hâkimlerce âdet halini almıştı. Bilhassa bu âdet, Romalı vatandaşların miras davaları ile meşgul olan Centumvirs mahkemesinde yer ve resmiyet almıştı.

(47) Girard, Manuel, 1929, p: 914.

(48) Aynı manada: Giffard, Précis, 1934. t. I. p: 468; aksi manada: R. Monier, Manuel, 1945. t. I. p: 491.

cak ölümden evvel girişilmişse mirasçılara intikal eder. Mirascının feragati halinde fūruruları bu haktan faydalanamazlar.

İlk zamanlarda vasiyet injustum hale giriyordu. Netice itibariyle, her bakımdan bātıldı. Böyle olunca, Querella halinde kanunî miras (successio ab intestato) açılıyordu.

Nazariyenin asıl gayesi ile telif edilmeyen bu kat'i ve şamil netice Digestada değiştirildi: Querella halinde vasiyetin butlamı nisbîdir. Binnetice, vasiyetcinin diğer arzuları (azâd, vasi tâyini gibi) yerine getirilir.

Aşağı İmparatorlukda Querella yerine ek bir dava işlemektedir. (49)

§. 4 — Mirasın iktisabı (Adito hereditatis)

1 — Prensip.

Romada kanunî mirasçılar mirası reddedemezler (50). Modern hukukda her mirasçı redde ehildir.

Romada vasiyet yolu ile mirasçı yanında kanunî mirasçılardan da hakları tanındığından ve mahfuz hisse geç belirlediğinden mirasın taksimi hayli güçlükler gösterir. Meseleyi idare eden prensipleri sırası ile şu suretle belirtmek mümkündür :

II — Mirasın iktisabı şartları

Sui ve zarurî mirasçılar için mirasın iktisap şekillerinden bahse lüzum yoktur ; çünkü bunlar paterin ölümü hadisesi ile otomatik olarak mirasçı sayılırlar; yani, paterin ölümü veya mansup mirascının mirası reddi veya vasiyetnamenin injustum hale girmesi halinde mirası kabul etmiş farz olunurlar.

Şu halde mirasın iktisap şekillerini paterin ölümünde hâkimiyetinde bulunmayan kimselerin mirascılığı halinde mevzu bahis etmek lâzımdır.

(49) Querella kabul edilince vasiyetçi vasiyetin butlanının önüne geçmek için vasiyetnamede kanunî mirascının hissesini sarih olarak ayırıyordu. Fakat mamelek kıymeti peşinen malum olmadığından mirascının hakkı yenilmiş olabilirdi, ve rairasçı yine querella ya baş vurarak vasiyeti hükümsüz bırakabilirdi. Bu tehlikenin önüne geçmek için vasiyetçi arbitratu boni viri ye, yani, âdil bir adamı meşru hissenin sonradan taktiri için hakem gösterebilirdi. Bu takdirde querella imkânsızdır: Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 470, n: I. Justinianus hukuku, vasiyetçiden ölüme bağlı tasarrufla muayyen bir şey almış olması halinde Querella ya müracaatı imkânsız kalmak suretiyle bir yenilik yapmış sayılır. Justinianus arbitratu boni viri nin her vasiyet için zımnen varlığını da kabul etti ve netice itibariyle, querella inofficiosi testamenti nin tatbiki ehemmiyeti kalmadı.

(50) Timbal, Rev. hist de droit, 1940 p: 395.

Bunlar, Domus haricinde yaşayan ya vasiyetle veya ab instestato mirasçı durumuna geçen kimselerdir.

1 — İktisabın şekle ait şartları.

Mirasın iktisabı şekilleri tarihî tekamülleri sırası ile şunlardır :

A — Cretio (51).

Mirasın mirasçı tarafından şahitler önünde sözlü olarak kabulüdür.

(52).

Cretio iki çeşittir :

a) Cretio continua.

kabul, vasiyetname ile bir müddete bağlanmış ise bu adı alır.

b) Cretio vulgaris.

Müteveffanın ölümüne ittıla tarihinden bir müddet sonra yapılacak olan kabulden ibarettir.

Cretio, Justinianus hukukunda kıymetini kaybetti (53). Justinianus mirasın kabulünde mücerret irade beyanını kâfi addeder; nuda voluntaris kâfi idi (54).

B — Gestio pro herede.

İktisabın ikinci şekli budur : terekeye dahil mallar üzerinde mirasçı gibi hareket eden, ve meselâ müteveffanın borçlarını ödemek için malları satan veya müteveffanın alacaklıları tarafından açılan davaları kabul eden şahıs mirasçı kabul etmiş sayılır (55).

C — Bonorum possessio tebinde bulunmak.

Pretörden bu talepte bulunan şahıs da mirasçı kabul için irade beyanında bulunmuş sayılır (56).

2. İktisabın aslı şartları.

1°) Mirasçı, borçlardan da mesul olacağından, iltizama da ehil olmalıdır. Mamafih, müsrifler ve 25 yaşındaki küçükler müstakillen mirasçı kabul edebilirler (57)

2°) Kısmî kabul iktisap sayılmaz .Çünkü mirasçı borçların tamamından mesul olacaktır.

Bu esaslı şartlar yanında terekeye sahip olabilmek için ileri sürülen ve istisnaf ehliyetsizliğe yol açan Jus capiendi yi de anmak lâzım-

(51) L. Bruhl Etude sur la cretio, Nouv. Rev. hist., t. 37, 1914, p: 153 et s; Besnier, R. hist. de droit, 1931, p: 324.

(52) R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 495, n: 3.

(53) Girard, Manuel, 1929, p: 924, n: 6.

(54) Giffard, Précis, t. I. 1934, p: 476, n: 1.

(55) Mamafih, mansup mirasçı hakkında ikinci cretio usulü muteber değildir.

(56) R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 496.

(57) Adı geçen eser, p: 496.

dır .Bekârlar ve çocuksuz kadınlar mirası kabule ehil değildirler. Bunların hisseleri evli mirasçılara veya Devlete intika eder.

Mirasın kabul edilmemiş olması terekeye dahil malların Usucapio pro herede veya in Jure cessio ile iktisabına yol açıyordu.

III — Sahipsiz tereke (58).

Vasiyet mevzu bahis olmaksızın miras bırakma halinde sahipsiz tereke mevzu bahis değildir; çünkü evvelce de temas edildiği gibi, sui ler ve mecburî mirasçılar terekeyi kabule mecburdurlar. Mamafih, Roma hukuku sahipsiz terekeyi de hüküm ve neticelere bağladı, hukukî bir rejime tâbi tuttu.

1. In Jure cessio hereditatis (59).

Vasiyet suretiyle mirasdan mahrum edilen en yakın agna ya terekenin in Jure cessio ile devri ve bu suretle agnatus proximus un mirasçılığının avdet etmesi kabul edilmiştir. Sahipsiz terekenin bu yol ile iktisabı ancak agna ve gentilis ler lehine mümkündür (60).

2. Usucapio pro herede (61).

Sahipsiz tereke hüsnüniyet ve muhik sebep şartı olmaksızın (62) bir sene elinde bulundurmuş olana aittir. Bu suretle usucapens kanunî mirasçı addedilir ve mirası kabûl etmemiş olan kanunî mirasçının tereke üzerindeki iddiasını redde hak kazanır.

Mirasın iktisabına yarayan usucapio, yaşayanlar arasındaki usucapio dan farklı olarak, Lucritiva dır, yani muhik sebep ve hüsnüniyet şartlarını icap ettirmiyen bir usucapio tipidir. Bu tip usucapio ile terekenin yabancı bir şahsa intikali, kanunî mirasçılarını mirası kabule tahrik ve mecbur etmek için kabul edilmişti.

Sahipsiz terekenin mukadderatı Devlet hazinesini de alâkadar edince Usucapio pro herede tatbik alanından kalktı.

Oratio Hadriani, kanunî mirasçıya usucapio lucrativa ile iktisap edilmiş olan terekenin talebi selâhiyetini bahşetti. Nihayet, Marc - Aurel zamanında çıkan bir Senatus - consultus terekeyi kötü niyetle iktisap edene karşı ceza davası açılacağı kabul etti (63).

Pretör hukuku usucapio lucrativa yı mirasçı vasfını verici bir yol olarak kabul etmez. Çünkü pretör hukukunda mirasçı muamelesi göre-

(58) Boulard, Salvius Julianus, Paris, 1902, p: 402.

(59) Garaud, l'In jure cessio hereditatis (Rev. hist de droit, 1922, p: 141 et. s.

(60) Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 447, n: 2.

(61) P. Collinet, Les variations de l'Usucapion pro herede avant Hadrien (Studi Riccobono, t. 4. 1934, p: 132 et s.

(62) Girard, Manuel, 1929, p: 931.

(63) Giffard, Précis, 1934, p: 479, n: 1; R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 503.

bilmek için Bonorum possessio yu, prensip itibariyle 100 gün içinde talep etmiş olmak şarttır. Bu müddet sonunda majistra terekenin müteveffanın alacaklıları tarafından satılmasına hükmedebilir (64).

Justinianus hukukunda, muayyen bir müddet sonunda alacaklılara cevap vermeyen mirascının mirası kabul ettiğine hükmolunur.

IV — Mirasın intikali neticeleri.

İktisabın bütün neticelerini Julien şu suretle hülâsa eder : “Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus : habuerit. Mirasçı, müteveffanın bütün hukukuna haleftir.”

Justinianus, (Nov. 48) mirascının şahsiyeti müteveffanınkidir demekle intikalın neticelerini daha kısa bir şekilde ifade etmiştir.

Intikalın hukukî akis ve neticelerini de cujus un alacak ve borçları bakımından incelemek lâzımdır. Mirascının hak ve mükellefiyetlerinin tetkiki aynı neticeyi sağlayacaktır.

1. Mirascının hakları.

Mirascı müteveffanın şey ve alacaklarına sahip olacaktır. Res corporales ve res incorporalis ler mirascıya intikal eder.

Mirascı müteveffanın şahsı ile ilgili ve meselâ müteveffanın zilyedlik, patronluk haklarına sahip olamaz. (65)

2. Mirascının mükellefiyetleri.

A — Sacra.

Mirascı, ecdadın ocağına ve dinî birliğini idame ettirmek ile mükelleftir. Pontifler bu mükellefiyeti bütün mirascılara, ve hattâ müteveffanın tatmin edilmiş alacaklarına bile teşmil etmişlerdi. (66)

B — Borçlar.

Mirascı, müteveffanın sırf ahsına bağlı borçlar (kefalet, ceza davaları gibi) müstesna, bütün borçlardan mesuldür.

Her çeşit mirascı müteveffanın akdî borçlarından mesuldür ve bu mesuliyet Ultra vires successionis, yani terekenin aktif kısmını aşan bir

(64) Lenel, Edictum, 3 éd. p: 417 et s.

(65) Bu haklar daima usule intikal eder: Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 481, n: 12 1, 2, 3; R. Monier, Manuel, 1945. t. I. p: 506, n: 1, 2. Hattâ pretör hukukunun üçüncü şahısları himaye etmeğe başladığı devre kadar (M. E. II nei asır) müteveffanın borç ve alacaklarının mirascıya intikal edemeyeceği iddia olunmuştur. R. Monier, Manuel, 1945. p: 506, n: 3, 4.

(66) Teferruat için: Giffard, Précis, 1934. t. I. p: 481, No: 804.

mesuliyettir. Şu halde mirascı icabına kendi mameleki ile de mesuldür. (67)

Bu mesuliyet mirascı ile müteveffanın mamelekinde bir karışma ve bilhassa mirascının müteveffanın şahsiyeti yerine kaim olacağı kaidesi ile doğrulanır. (68)

Mirascının hudutsuz mesuliyeti şu mahzurları doğurmakta idi:

1°) Mirascıların şahsı alacaklıları zarar görüyorlardı, çünkü mirascıların mamelekine müteveffanın alacaklıları da iştirak edebiliyorlardı. Bu mahzur bilhassa terekenin passif kısmı ağır bastığı zaman büyüktü.

2°) Kezalik, hiç bir mala sahip olmayan veya mamelekinin passif kısmı ağır basan mirascının alacaklıları da müteveffanın mamelekine (tereke) iştirak suretiyle müteveffanın alacaklılarını zarara sokabiliyorlardı.

Bu mahzurların önlenmesi için Pretör hukuku Bonorum separatio yu müteveffanın alacaklıları lehine bir tedbir olmak üzere ihdas etti : pretör borç ödemekten âciz bulunduğu tahakkuk eden mirascının mallarının miras yolu ile iktisap edilmiş olanlarının müteveffanın alacaklılarına devrini veya onlar tarafından satılmasını emredebiliyordu (69).

Mamafih, Bonorum separatio dan faydalanabilmek için bazı şartlar lâzımdır. Bonorum separatio kısa bir zamanda talep edilmelidir, aksi takdirde, iki mamelek karışır ve separatio imkânsızlaşır. İkinci şart ola-

(67) Sui heredes ve mecburi, zaruri mirascılar mameleke sahip bulunmadıklarından, mesuliyetleri bizzarur intra vires olup, ultra vires olamaz, yani tereke mevcudu nispetinde borç ödemekle mükelleflerdir. Bu, alieni jurislerin mameleke sahip olamamaları prensibinin bir neticesidir. Binaenaleyh, Peculium castrense müstesna - çünkü bu pekülün borçlara teminat bile olamayacağı ihdas sebebi ile aşikârdır. - mirascı vaziyetine girmiş olan alieni juris in diğer pekülleri nisbetinde ultra vires mesuliyete maruz kalabileceği kanaatinde bulunmak lâzımdır.

(68) Mirascının in soludum (hudutsuz) mesuliyetini mameleklerin karışması hadisesi ile teyit etmek bazı müelliflerce (Giffard, Précis, 1934, p: 483) doğru değildir. Hakikaten, bu mesuliyetin menşei mirascının müteveffanın şahsiyetine halefiyeti nazariyesinde aramak daha münasiptir.

(69) Bazı müellifler (Lenel, Edictum, 3 éd. p: 433, n: 10) Bonorum separatio nun ancak mansup mirascılara karşı verildiği fikrindedirler. Bazı müellifler de sebep zikretmeksizin bu fikri red ediyorlar: R. Monier, Manuel, t. I. p: 507. Separatio bonorum dan maksat ancak üçüncü şahısların himayesi olduğundan, kanunî mirascılara karşı da mümkün olabileceği fikrini gütmekte mahzur olmasa gerektir. Bu mütalâanın pretörden talep edilen bonorum separatio için de muteber sayılması yanlış değildir, bhusus ki pretör her şeyden evvel adâlet ve hüsnü niyet esaslarından hareket ederek hukuku tashih etmekte idi.

rak, müteveffanın alacaklılarının mirascı ile uzlaşmamış olmalarıdır (70).

Separatio bonorum ile de alacağını tamamen alamamış olan müteveffa alacaklıları mirascının mamelekine rücu edebilirlermi? Bu hususta Papinianus un âdil hal çaresini tamamen kabul etmek lâzımdır : mirascının alacaklıları tatmin edilmiş ise müteveffanın alacaklılarının mirascının mamelekine müracetlerinde haksızlık yoktur (71).

Roma hukuku, borça batmış, boğulmuş olan terekenin mirascılarını da şu yollar ile himaye etti :

1°) Jus abstinendi.

Bilhassa kanunî mirascıların, hususiyle sui heredes lerin himaye edilmeleri için kabul edilen mirası red hakkı (jus abstinendi) ilk zamanlar, alieni juris lerin Peculium a nail oldukları devre kadar lüzumsuzdu. Çünkü, mirascının mameleki müteveffanın mamelekinden ibaretti, ve binnetice, sui heredes fakir terekeden zarar görmezdi.

Peculium müessesesi kabul edilip müşterek mülkiyet prensibi istisnaya uğradığı ve ortadan kalkmaya başladığı devirde jus abstinendinin kabulü adalet ve hukukun mecbur kıldığı bir zaruretti (72).

Bu zaruret, pretörü mirascıya borca batmış tereknin reddi hakkını vermeğe sevk etti.

Tereke üzerinde mirascı gibi muamelede bulunmak jus abstinendi den faydalanmayı imkânsız kılar (73).

Jus abstinendi mirascılık vasfına son vermez : mirascı isterse sonradan kendini filî mirascı durumuna düşürebilir (74).

Jus abstinendi vasiyeti injustum hale getirmez. Netice itibariyle, vasi tayini ve azâd gibi vasiyetnamenin mirasla ilgili olmayan hükümler-

(70) Müteveffanın alacaklıları mirascıdan kısmî edaya nail olduktan sonra Separatio bonorumu yine talep edebilirlermi? Mr. Gifford, (Précis, t. I, p: 484) müspet fikirde ise de, bu, müellifin mirascının in soludum mesuliyetinin iki mamelekin karışmasından ötürü olamayacağını ileri süren mütalâası ile telif edilemese gerektir.

(71) Papinianus, D. 42, 6, fr. 1. 17.

Bu hal çaresi, istisnai hallere münhasır olmakla beraber, Justinianus hukukunda da kabul edilmiştir: R. Monier, Manuel, 1945; t. I. p: 508.

(72) Jus abstinendi nin kabul sebeplerinden, daha doğrusu, tatbikini âdet haline koyan sebeplerden biri de borçlu kalmaktan doğacak olan fena şöhretin önüne geçmek mülâhazasıdır. R. Monier, Manuel, 1945. t. I. p: 508, no: 366. Fakat esaslı sebebi mirascının mamelekinin himayesi mülâhazasında aramak daha doğrudur; çünkü, müflis bir müteveffanın şahsiyetine jus abstinendi den sonra da, bu hakkın kullanılmış olmasına rağmen de, halef olabilmek imkân dahilinde idi, zira, temas edildiği üzere, mirascı jus abstinendi yi kullanmış olsa bile mirascılık sıfatını kaybetmeğe mecbur değildir.

(73) Mamafih, tereke ile ilgili muamelâta teşebbüs eden henüz buluğa erişmemiş veya 25 yaşını doldurmamış ise jus abstinendi sakıt olmaz.

ri müteberdir, şu şartla ki, bu müteferri hükümler bilhassa azâd alacaklıları zarara sokmak maksadiyle vasiyetnameye derc edilmemiş olmalıdır.

İşaret edelim ki, Bonorum separatio zarurî mirascılar lehine ihdas edilen bir müessese olduğundan azâdli köle de bu haktan istifade eder. ve bilhassa peculium unu muhafaza eyler.

Justinianus hukuku tempus deliberendi ve benefice d'inventaire müesseseleri ile bilhassa Domus dışında yaşayan mirascıların borca batmış terekeden kurtulmalarını sağladı.

2°) Tempus liberendi.

Mirascıların majistraya müracaat ederek mirası kabul veya red için aldıkları müddettir. Justinianus bu müddetin sonuna kadar jus abstendi yi kullanmayan mirascının in solidum mesuliyetini kabul eder.

3°) Benefice d'inventaire.

Mirasın açılmasının müteakip üç günden itibaren terekeye dahil malları resmen tesbit etmiş olmakla, mirascı peşinen bonorum seperatio yu ve binnetice, gayri mahdut mesuliyetin sukutunu temin etmiş olur..

V — Hereditas jacens (75) ve Hereditas vacantia.

Mirasın iktisabı bahsinde buraya kadar yapılan izahattan çıkacak olan iki neticeyi gözden geçirmek lâzımdır.

1 — Muallakda kalan tereke. (Hereditas jacens).

2 — Sahipsiz miras (Hereditas vacante)

1 — Muallakda kalan miras.

Müteveffanın ölümü ile mirasın kabulüne kadar ki zaman arasında tereke muallakda kalan bir terekedir (76).

Mirasın muallakda kalmasının mahzurları arasında bilhassa, ocağı tehlikeye koymasını, müteveffanın alacaklılarını çaresiz bırakmasını, ve nihayet, vasiyetin azâd ve diğer hükümlerini geri bırakmasını zikretmek lâzımdır.

Bu mahzurları Jus civile ve pretör hukuku düzeltmeye çalıştı :

1°) Jus civile mirasın muallakda kalmaması için kabul edilmeyen mirasın miras yolu ile intikal edemeyeceği kaidesini koydu : (hereditas non adita non trasmittitur). Bu suretle, mirascının mirası bir an evvel kabul etmesi temin edilmek isteniyordu.

Klâsik devir hukuku mirasa dahil köleğin mustakbel mirascı yerine

(74) Justinianus bu hususda üç senelik bir müddet kabul eder: C. VI, 31, cost 6

(75) Micolier, Pécül et capacité patrimoniale, thèse, Lyon, p: 122 et s.

(76) Vasiyetle mirascı nasbı halinde mevzu bahistir; çünkü kanunî mirascılar terekenin mecburî malikidirler.

hareket edebileceğini kabul etmek suretiyle muallakda kalan mirasın tehlikelerini pratik bir çare ile hal etmiş oldu (77).

2°) Pretör hukuku spatium deiberandi yi kabul etmekle mirası muallakda kalmaktan kurtardı : pretör, müteveffanın alacaklılarının talebi üzerine mirascıya mirası kabul için muayyen bir müddet verir, mirascı bu müddet sonunda mirası kabul etmez ve kanunî mirascı da bulunmazsa, tereke yi alacaklılara devreder.

2. Sahipsiz tereke. (Bona vacantia)

Sahipsiz miras mansup ve kanunî mirascı bulunmadığı hallerde mevzuu bahistir. Muallakda kalan mirasda ise mirascı vardır, ancak miras henüz kabul edilmemiştir.

Şu halde, sahipsiz terekenin mukadderatını tayinde güçlük yoktur : Bona vacatia devlete intikal eder.

Roma devleti bu malların mirascısı değildir, binnetice, borçlardan mesuliyeti in solidum bir mesuliyet değildir (78). Devlet bona vacantia ye takip de etmeyebilir. Bu takdirde azâdlı köle veya üçüncü bir şahıs ve hattâ müteveffanın alacaklıları veya bunlardan biri diğer alacaklıları tatmin etmek şartı ile bona vacantia yi iktisap edebilir.

Devletin bona vacantia üzerinde mülkiyet hakkı kabul edilmiş olduğundan, bu mallar usucapio ile iktisap edilmiş sayılamazlar, fakat mürur zaman dermeyanına mütehammildirler (79).

§ 5. Mirasın Taksimi ve Miras Hakkının Müeyyideleri

I — Mirasın taksimi.

Modern hukukta olduğu gibi, Romada da terekenin taksim meselesi güçlükler doğurur.

Bu fasıla kadar hep tek bir mirascının mevcudiyetini farz ederek hükmettik.

(77) Ed. Cug, Manuel, 1928, p: 739 et s; Şu halde, muallakta kalan tereke resnullius olmayıp müteveffanın devam eden şahsiyetine ait bir maldır. Binaenaleyh muallaktaki terekenin, usucapio ile iktisabı mümkün değildir.

(78) Ed. Cug, Manuel, 1928, p: 750.

(79) Muallakta kalan terekeye res nullius mahiyeti vermek düşünülebilir ise de, bona vacantia buna mütehammil değildir; çünkü bu malların mülkiyeti Devlete aittir ve Devlete ait mallar res nullius sayılamaz. Esasen bundan ötürüdür ki bona vacantia occupatio ile iktisap edilemez. İşaret edelim ki, Roma devletinin bona vacantia üzerindeki hakkı Lex Caducaria ile kabul edilmiş olduğundan, ilk zamanlarda terekenin muallakta kalan ve sahipsiz tereke olarak ikiye ayrılması imkânsızdı. Binnetice, bidayetlerde sahipsiz terekeyi res nullius mahiyetinde düşünmek yanlış değildir.

Bu pragrafta iki ihtimale cevap vereceğiz :

1. Mirasın bütün kanunî mirasçılar arasındaki taksimi sureti.
2. Mirasın kanuni mirasçılardan bazıları arasında taksimi.

1. Bütün birasçılardan mirasa iştirak etmiş olmaları halinde taksimde üç mesele mevzubahis olacaktır ki bunları sırası ile gözden geçireceğiz:

A — Indivisio.

İlk zamanlarda tereke mirasçılarının müsterek mülkü olarak kalıyor ve müteveffanın borçları paterin ölümünden sonra bile birlik halini muhafaza eden aileye terettüp ediyordu (80). Mirasçılardan bu suretle mamelek bakımından da birlik halinde kalmış olmaları mirasın takesimi talebinde bulunmamış olmalarından ileri geliyordu, yoksa kanunî bir mecburiyet değildi (81). Bu topluluk mameleki üzerinde müsterek değil iştirak halinde mülkiyet caridir (82).

B — Taksim.

On iki levha kanunu *actio erciscundae* (terekenin taksimi davası) yı kabul etmek suretiyle mirasçılardan iştirak halindeki mülkiyeti kabul mecburiyetinden kurtarmıştır. Bu suretle *indivisio* geçici bir durumdan ibaret kalıyordu (83).

Modern hukukun mirasın taksimi ile ilgili kaidelerine Roma hukukunda tesadüf olunmamaktadır.

C — İradın terekeye terki.

Miras *Domus* haricinde yaşayan - emansipe edilmiş çocuk gibi - şahıslar tarafından diğer kanunî mirasçılar ile birlikte iktisap olunursa, *Domus* dışında yaşayıp da paterin mirasına iştirak edenlerin evvelce edinmiş oldukları mameleke dahil kıymetlerin de taksime amâde terekeye devri lâzımdır. Roma hukukunda bilhassa fûrular bu mecburiyete tâbi idiler. Aşağı İmparatorluk devrinde iradın terekeye terki ehemmiyetli bir mesele idi.

Collatio bonorum tâbiri ile ifade olunan bu nazariyeyi çeşitli bakımlardan gözden geçirmek lâzımdır :

(80) M. E. 3 ncü asırda on altı aile şefi idaresinde yaşayan tribu lere tesadüf bulunduğu sabittir: Girard, Manuel, 1929, p: 611, n: 2; Collinet, Rev. hist. du droit, 1934, p: 95 et s; R. Monier, Les nouveaux fragments de Gaius, Paris 1933.

(81) Giffard, Précis, 1934. t. I. p: 492, n: 1, 2.
şefi) tarafından devredilmiş olması birlik nam ve hesabınadır.

(82) Binaenaleyh, terekeye dahil bir kölenin birliğe dahil bir alieni juris (aile

(83) R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 509, n: 2.

Actio erciscundae yalnız res corporalis ler için açılır, çünkü borçlar ve saçra kendiliğinden taksime tâbidir. Saçra mükellefiyeti *Domus* da kalan mirasçıya aittir.

1°) Collatio emancipatio (84).

Pretör emansipe edilmiş çocuklara da patria potestas a tâbi çocuklarla beraber müsavi hisse kaydı ile miras hakkı tanıyordu. Bu suretle emansipe edildikten sonra kendisine hâs terekeye salıp olan çocuk paterin terekesine iştirak etmekle o terekede emeği bulunan kardeşlerinin de emeğine mirasçı oluyordu. Bu bariz haksızlığın önüne geçmek için pretör emansipe edilmiş çocuğun mirasın intikali anına kadar elde etmiş olduğu malların tereke ile karışacağını ve ancak bu taktirde miras hakkı tanıyacağını kabul etti. Netice olarak, sui juris kardeşlerin alieni juris kardeşlerin emeğinden faydalanmaları önlenmiş oldu.

Mamafih, eğer, emansipe edilmiş olan çocuk mansup miras ise collatio emancipati ile mükellef değildir.

Ana mirasına iştirâkde collatio honorum a lüzum yoktur. Çünkü ana malları (tereke,) çocuklar pater hakimiyetinde kalacağından, alieni jurislerin emeği ile temin edilmiş olmaz. Evlenme manusu, manussuz olsun hüküm aynıdır; zira, manussuz evlenmede de, evelce görüldüğü üzere, çocuk yine patria potestas altındadır, baba velâyetinde tâbidir. Collatio emancipati alieni juris likten çıkmamış olanların haklarını korumak için bulunan bir tedbir olduğundan, mirasçılardan hepsi sui juris iseler collatio honorum yine lâzım gelmez, (85).

2°) Collatio dotis.

Gerek emansipe edilmiş, gerek edilmemiş kız çocuklarına ait her iki çeşit cihaz mallarının terekeye karışması, katılmasıdır, (86).

(84) Girard, Manuel, 1929, p: 949 et s.

(85) Alieni jurislerin pekül üzerindeki hakları kabul edildiği devirlerde collatio emancipati de mevcudiyet sebebini kaybetti. Mamafih, istisnaî bazı hallerde Justinianus hukuku collatio emancipati ye yer vermiştir. Bu müessese ancak pretör mirasının son bulması ile ortadan kalktı: Girard, Manuel, 1929, p: 952.

Collatio emancipati, satisdatio ile yapılıyordu: emansipe edilmiş çocuk emancipatio dan itibaren mirasın kabulüne kadarki zaman içinde elde ettiği malları terekeye dahil edeceğine dair kefil de göstermek suretiyle diğer mirasçılara vaidde bulunuyordu.

(86) Bazı müellifler Adil Antonin den evvel, emansipe edilmiş kızın collatio dotis e tâbi olmadığı fikrindedirler: 5d. Cuq, Manuel, 1928, p: 754; Girard, Manuel, 1929, p: 951; Giffard, Precis, t. I. 1934, p: 495, n: 2; R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 510. Bizce bir ayırd yapmak lâzımdır.:

1°) Dos profecticia nın mutlaka collatio honorum a tâbi olması lâzımdı, çünkü bu çeşit cihaz malları pater terekesinden çıkmış mallardır.

2°) Dos adventicia nın Collatio dotis e dahil edilmesi, bizce, cihaz müessesesinin sebebi ihdasına aykırı düşerdi. Unutmamak lâzımdır ki cihaz malları yalnız kadının değil aynı zamanda çocukların bakım ve yetiştirilmesini de sağlamak üzere nev'i şahsına münhasır bir mülkiyet hakkı yaratır.

3°) Collatio Descendentium.

Gerek patria potestas a tâbi ve gerekse emansipe edilmiş mirasçılarının pater tarafından usul lehine yapılmış olan malların terekeye dahil edilmesi veya kıymetleri nispetinde usul hissesinden tenkisini istemeleridir.

Bu müessesede de İmparatorluk hukukunda kabul edilmiştir.

Furu mirasçılar lehine kabul edilmiş olan bu hak usule yapılan atiyelerin mirasa mahsuben vuku bulduğu faraziyesinden doğmuştur. Çünkü paterin usul ve furua olan bağılılığı aynı derecededir.

Collatio descendendum ilk zamanlar kanunî mirasçılar arasında mevzu bahis iken, bilâhare mansup mirasçılara da teşmil edildi.

2. Eksik mirasçı halinde mirasın taksimi.

Bütün mirasçılar terekeye iştirâk etmeyebilirler. Bu, iradî veya kanunî sebeplerden ileri gelebilir.

A -- Mirasa iradî olarak iştirâk etmeyiş red halinde mevzu bahistir.

B -- Mirasa iştirâk etmemek kanunî sebepler ile de mümkündür. Lex caducaria metninden mirasa kanun hükmü ile iştirâk etmeyiş de iki bakımdan incelemek lüzumu anlaşılmaktadır.

a) Miras hissesinin sonradan vaki sebepler ile sakıt, hükümsüz olması. Jus capiendi nin bilâhare ziyayı evvelce müteber hisseyi hükümsüz kılar.

b) Miras hissesinin sırf kanun hükmü ile kalması da mümkündür. Bekâr mirasçılarının hisselerinin diğerlerine intikali buna misaldir.

Bütün bu haller terekeyi diğer mirasçılar lehine ve onların hisseleri ile mütenasip olarak artırır.

Klâsik devir hukukunda terekedeki bu artıştan faydalanan mirasçılar ancak terekeyi ilgilendiren borçlardan mesul idiler.

Justinianus hukukunda mirasa iştirâk eden mirasçılarının hissesi terekeyi zenginleştirmiş olan mirasçının borçları ile de mesul olacakları kabul edildi. Ancak, ahsa bağı borçlar müstesnadır, (87).

II -- Miras hakkının müeyyideleri.

1. Jus civile mirasının müeyyideleri.

A -- Hereditatis petitio (88) Tereke istihkak davası).

Mirasçı, müteveffaya halef olduğundan onun ayne ve alacağa taallük eden bütün davalarına sahip olur ve müteveffaya karşı açılacak olan aynı çeşit davaların da davahısı vaziyetine geçer.

(87) C. VI, 51.

(88) Giannetto, L'hereditatis petitio, 1933, p: 262 et s.

Terekenin elde edilmesi Klâsik devre kadar *actio rei vindicatio* ile temin olunuyordu. Bu devirden itibaren tereke, *actio de universitate* ile talep edilmekte idi, (89).

Hemen hemen her bakımdan münakaşalı olan miras sebebi ile istihkak davasının tarihçesini, çeşitlerini ve neticelerini ana hatları ile gözden geçireceğiz.

a) Miras sebebi ile istihkak davasının tarihçesi.

En eski devirlerde dava, *actio per sacramentum in rem* ile açılmakta idi. Mirasçı terekeye dahil bütün malları *vindicatio* ile iddia ediyordu. Klâsik devrin sonuna kadar tereke *actio sacramentum in personam* ile isteniliyordu (90).

Justinianus hukukunda tam mânasiyle miras sebebi ile istihkak davasının belirlediği görülmektedir: Justinianus, mirasçıya tek bir dava ile gerek terekeye dahil malları ve gerekse alacakları talep edebilme imkânını verdi. Şu halde, Justinianus devrinde terekeye istihkak davası hüsnü niyet davalarındandır (91).

b) Miras sebebi ile istihkak davasında davalı.

Dava şu şahıslara karşı açılır :

1°) Mirasçı olduğunu iddia ederek terekeye zilyed olan şahıslar. Bu halde beyyine külfeti mirasçı olduğunu iddia eden tarafa aittir (92).

2°) Terekenin zilyedine karşı.

Possessor pro possessore ile, *possessor pro herede* arasında şu fark vardır: Birincisi terekeyi mirasçı sıfatıyla elinde bulundurduğunu iddia etmez. Mirasçı bu zilyede karşı da miras sebebi ile istihkak davasını açacaktır (93).

(89) *Actio de universitate*, *actio in rem specialis* gibi muayyen bir şeyin talebini değil müstakil bir mal topluluğunun istenmesini sağlar.

(90) Davanın daima Centumviri mahkemesinde açılması lâzım geldiği iddia olunmaktadır: J - Duval, *Nouv. R. hist.*, 1904, p: 537 et s. Aksi manada: Girard, *Manuel*, 1929, p: 955, n: 2. Devlete ait tereke davalarında dava fevkalade yargılama usulünetâbidir.

(91) Klâsik devirde ise yalnız alacak davaları hüsnü niyet davalarındandır.

(92) *Possessor pro herede* (terekeye mirasçı sıfatıyla zilyed olan şahıs), terekeye *possessor pro emptore* sıfatıyla zilyed bulunduğunu, yani terekeye dahil malları zilyedliğine beyi ile geçirdiğini iddia ederse, mirasçı *actio rei vindicatio* yu açmaya mecburdur ki, bu takdirde kazanma ihtimali azalacaktır; zira mirasçılık sıfatının ispatına dair müspet ve mutlak karineler mevcut olduğu halde, mülkiyetin en kıymetli karinesi zilyedliktir.

(93) Bu ihtimalde mirasçı, tereke üzerindeki zilyedliği pretörce himaye edilemeyeceğinden, *Actio rei vindicatio* yu ihtiyar etmez.

B — Miras sebebi ile istihkak davasının neticeleri (94).

Dava hem şeye hem alacağa taallük ettiğinden neticelerinin de iki bakımdan tetkiki lâzımdır: terekeye dahil malların aynen olabilir. Alacakların iadesi bakımından davalı, bilhassa mirascının zararının para olarak tazmini ile mükellef tutulur; bundan başka, terekeye dahil malların ziya ve kıymetten düşmesi nakden tazmine tâbi olduğu gibi semereler de iade edilir.

Roma doktrininde terekenin zilyedi (davalı) negotiorum gestor a benzetildiğinden iade ve tazmin nisbetini hüsnüniyet ve suiniyet bakımından tâyin etmeye imkân yoktur. Binaenaleyh, şu neticeler doğacaktır:

1°) Hüsnüniyetli, sui niyetli olsun, zilyed kusurlu idâresinden doğan zararları ödemekle mükelleftir.

2°) Zilyed tereke üzerinde yaptığı muamelelerden iktisap edilen her şeyi mirascıya iade edecektir (95).

6 — Devletin miras sebebi ile istihkak davası.

Mesele, bilhassa bekâr ve çocuksuz mirasçıların devlete intikal hissiyetleri hüsnü niyetli zilyedlere geçtiği zaman ehemmiyet alıyordu. Bu zilyedler Devlete tamamen mi iade ile mükellef olacaklardı?

Juventius Celsus un bir Senatus - consultus u meseleyi formülledi: zilyedin hüsnüniyetli olup olmadığı tetkik edilmelidir : Zilyed hüsnüniyetli ise satılan tereke bedelinin faizlerini borçlu değildir, ancak terekenin satış anındaki bedelini, ve, mirasın istihkaki davası açıldığı ana kadar elinde bulundurduğu semereleri iade edecektir. Sui niyetli zilyed ise, yalnız mamelekindeki fazlalıktan (lucrum) değil kusuru haricindeki zararlarından da meğuldür, elinde kalsın kalmam, bütün semereleri borçludur, hattâ fructus percipiendi yi, yani elde etmesi lâzım gelip de elde etmediği semereleri de iade etmekle mükelleftir.

Senatus - consultus un bu hükümleri fertlere ait mirasa sebebi ile istihkak davalarına da teşmiledildi (96).

2. Pretör hukukunda mirasın müeyyideleri.

A — Interdictum quorum bonorum ve quod legatorum.

Birinci enterdi ile pretör hukuku mirascısı (Bonorum possessor) terekeye dahil maddî eşyanın zilyedliğine sahiptir. Bu interdicta, Pos-

(94) A. Flinaux, Le Senatus consulte Juventinien et la litis contestatio (Rev hist. de droit, 1923, p: 82 et s).

(95) Mamafih, zilyed, şahsi menfaati bakımından iadesini zararlı bulduğu şeylerin değerini verebilir, meselâ, satın aldığı bir köle yerine, semeni iade edebilir: Flinaux, Nouv. R. hist., 1930, p: 111; Girard, Manuel, 1929, p: 959.

(96) Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 505, n: 1. Aynı prensipler masraflar için de caridir: Adı geçen eser: 505, n: 3.

essor pro herede ve possessor pro possessore alehine verilir. Mirasçı, bu suretle, zilyedi bulunduğu terekeye dahil malların usucapio müddeti sonunda mülkiyetine sahip olur (97).

Bu enterdi terekeye dahil malların bütün zilyedlerine karşı kullanılamaz. Zilyed terekeye dahil mallara vasiyet suretiyle nail olduğunu (pro legato), mirasçı, pretörün bu ihtimale karşı bahsettiği interdicta cuod legatorum dan faydalanacaktır.

B — Mirasçılık sıfatı farz edilerek verilen davalar.

Bonorum possessor jus civile ye göre mirasçı olamadığından jus civile mirascısına tanınmış olan actio rei vindicatio ve mirasın istihkakı davalarından faydalanamıyordu. Pretör, bu mahzurun önüne geçmek için verdiği dava formüllerinde hâkime pretör mirasçılığı sabit olduğu takdirde mirascının jus civileye göre mirasçı imiş gibi hükmetmesini emreliyordu. Bu davalarda müddei müteveffanın mirascısı sıfatı ile, ve bir netice, müteveffaya ait hukuka halef bir şahıs olarak hareket eder.

Justinianus hukukunda pretör mirascısına hâs Possessoria hereditatis petitio kabul edilmiş, ve pretör hukukunca mirasçı olan kimse de aynen jus civile nin tanıdığı miras sebebi ile istihkak davasının neticelerinden faydalanabilme imkânına sahip olmuştur (98).

Şu halde, Justinianus hukukunda miras hakkının kanunî müeyyidesi jus civile ve jus honorarium mirascıları için filen olsa dahi birleştirilmiştir (99).

§. 6 — Ölüme Bağlı tasarruflar

(Dispositio mortis causa)

Modern hukuka aykırı olarak Roma hukukunda ölüme bağlı tasarrufların mutlaka mirasçı nasbını da ihtiva eden bir vasiyetnamede yapılmış olması şarttır. Aksi takdirde paterin ölüme bağlı tasarrufu muteber değildi (100).

Y — Legatum

1. Legatum un şartları.

A — Legatum un şekle ait şartları.

İmparatorluk devrine kadar bir malın ölüme bağlı tasarrufla bir

(97) Girard, Manuel, 1929, p: 962 et s.

(98) Klâsik devir hukuku Bonorum possessor a bu mahiyette bir dava tanımaz: Desserteaux, Rev. hist. de droit, 1911, p: 644 et s.

(99) Giffard, Précis, 1934. t. I. p: 507, No: 482; R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 518.

(100) Dumont, Rev. Hist. de droit, 1943, p: 39 et s.

şahsa vasiyet edilmesi mutlaka umumî, yani mirasçı nasbını da ihtiva eden vasiyetnamede ve muayyen şekillere riayetle mümkündür. Mamafih, bu devir başlangıcından itibaren vasiyetçinin hiç bir şekle ve hattâ şahitlere lüzum kalmaksızın, bizzat yazdığı veya yazdırdığı bir vesikada bir malın ölüme bağlı tasarrufla devrini mümkün kılıyordu (101). Ancak, bu legatum un muteber olabilmesi için, evvel veya sonra tanzim edilecek olan bir vasiyetnamede teyid edilmiş bulunması lâzımdı.

Cumhuriyet devrinde legatum un hüktüm ifade edebilmesi için merasime riayet edilerek ve sözlü olarak yapılması lâzımdı.

Vasiyetçi şu dört şekilden birini kullanmalı idi:

1°) Legatum per vindicationem. (102)

Bu vasiyet şeyin mülkiyetini doğrudan doğruya legator a" lehine vasiyet edilene naklede (103).

2°) Legatum per damnationem.

Bu usulde, şeyin mülkiyeti doğrudan doğruya legator a geçmez Vasiyetçi mansup mirascısını muayyen bir şeyi legator a teslim etmeyi emreder (104).

3°) Legatum sinendi modo.

Bu vasiyette, vasiyetçinin mirascısı vasiyetle devredilen şeyin legator tarafından alınmasına itiraz etmemekle mükellef tutulur. Şu halde, legator mirascıya karşı alacaklı durumunda değildir; çünkü bu takdirde, mirascının legator lehine teslim mükellefiyeti mevzu bahis değildir.

4°) Legatum per praeceptionem.

Legatum per vindicationem in bir nevi olduğu iddia edilen (105) bu vasiyetle legator şeyi almağa selâhiyetli kalmır ve şey üzerinde ay-

(101) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 768.

(102) Bu usulde, vasiyetçi şu şekilde beyanda bulunuyordu: filân köleyi filana vasiyet ediyor ve veriyorum.

(103) Bu usul ile intifa hakkı da vasiyet edilebilir. Legatorum hakkı aynı dava ile müeyyidelenmiştir.

(104) Şu halde, legator alacaklı durumdan geçer ve aynı dava yerine şahsî bir dava olan actio ex testamento (actio legati) ya müracaat eder: Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 511, n; 1. Mirasçı legatum u yerine getirmediği takdirde vasiyet edilen şeyin iki mislini öder: Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 770, n: 8:

(105) Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 772 et s:

nî hakka sahip olur. Bu vasiyet, bidayetlerde, Domus mamelekinde hissesi olan mansup mirasçılar lehine yapılıyordu (106).

Jusnianus hukuku bu dört çeşit legatum u ortadan kaldırdı, hüküm ve neticelerini Fidecommissum un neticeleri ile hemen hemen fark-sız kıldı.

B — Legatum un esasa ait şartları.

İstenilen şekilde yapılmış olan legatum un muteber olabilmesi için esasla ilgili şartlar lâzımdır :

1°) Vasiyetçi, mirası ve legator ehi lolmahdırlar. (3 107)

2°) Mevzu legatum a elverişli bir şey olmalıdır.

Her kıymet (şey mülkiyetten gayrı aynı hak, aacak Legatum'a mevzu teşkil edebilir. Bu takdirde legatum mevzu teşkil edebilir. Hattâ başkasına ait eşya da vasiyetle devrolunabilir. (108) İbra dahi legatum mevzuu olabilir. Bu takdirde legatum mirasçıya karşı actio ve exceptio ile himaye edilir. Kezalik, eda da legatum a mevzu teşkil edebilir: kocanın karıya Dos u devretmesi gibi. (109) Birincisine legatum liberationis, ikincisine legatum debiti denir.

Mahfuz hisse de legatum mevzuuna girebilir. Mevzuu mahfuz hisse olan legatum un ihdas sebebi bilinmemekte, ve hattâ, bazı müelliflerce (110) bu mevzudaki legatum mevcudiyeti red edilmektedir.

3°) Şarta ve ecele bağlı legatum

a) Legatum un ahlâka aykırı tâliki şartla yapılmış olması muteberdir: şart hükümsüz, vasiyet muteberdir, yani legatum şarta bağlı yapılmış kabul edilmez. Muteber şartlar hüküm ifade ederler. Bu takdirde vasiyet şartın tahakkuku anında kabili icradır. Şartın tahakkuku anında mirasçının borcu ödemekten âciz hale düşmesi ihtimaline ve şartın ta-

(106) Bu legatumun yalnız mirasçı lehine yapılıp yapılamayacağı hakkında Sabinien ve Proculien ler arasında ihtilâf vardır: R. Monier, Manuel. 1945, t. I. p: 520; Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 512. Proculien lerce mirasçı olmayan şahıslar lehine de yapılabilir.

(107) Vasiyetçi, factio testamenti ye, mirasçı factio testamenti passive e, legator da factio testamenti passi ye ve jus capiendi ye sahip olmalıdır. Mansup mirasçı müteaddit ise bunlardan biri miras yolu ile intikal etmeyecek olan kısım için legator vasiyetine geçirilebilir: Giffard, Précis, I. p: 514, No: 853.

(108) Ancak bu taktirde legatum per vindicationem mümkün değildir, çünkü bu çeşit vasiyetle intikal şekli vasiyetçinin, mülkiyetine dahil bir malın legatum u için muteberdir. Şu halde başkasına ait şeyin ölüme bağlı tasarrufla devri legatum per damnationem ile mümkündür. Bu taktirde mirasçı, bu şekil vasiyet onu legatora karşı borçlu duruma koyacağından, vasiyet edilen şeyin temin ve teslimi ile mükelleftir.

(109) Bu taktirde kadın actio rei uxoriae den daha kârlı ve kolay olan actio testamento yı açar: Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 514, n: 1.

(110) Giffard, Précis, t. I, p: 514 No: 853, n: 2.

hakkukuna engel olunma tehlikesine karşı, pretör, legator u himaye için mirasçidan kefil göstermesini emredebiliyordu.

Muteber tâliki ecele bağlı legatum lar da yukardaki neticeleri hasil ediyordu.

b) İnfisahî şart ve iskati ecele bağlı legatum ancak Justinianus hukukunda muteber sayıldı.

2. Legatum un butlanı, feshi ve tenkisi.

A — Legatum un butlanı.

Legatum un muteber olabilmesi mirasçı nasbına bağlı bulunduğundan, vasiyetin butlanı legatum un da butlanı neticesini doğurur.

B — Legatum un feshi.

Mirasçı nasbını muhtevi vasiyetin feshi kaidelerine lâbidir.

C — Legatum un sukutu.

Legatum, legator. un vasiyetçiden evvel ölmesi veya legator un bilahara ehliyetizliğe düşmesi ile sakıt olur (111).

Nihayet, mansup mirasçıya kanunen ayrılmış olan hisseyi tecavüz eden legatum, ya hükümsüzdür veya tenkisa tâbidir (112).

3. Legatum un iktisap ve neticeleri.

A — Legatum un iktisabı.

Legator vasiyet edilen şeyi kabul edip etmemekte serbesttir. Kabul etmek isterse kabul muamelesine lüzum yoktur.

Vasiyet mevzuunun intikali için iki nazariye vardır :

a) Dies cedens (yakın gün)

Bu nazariyeye göre legatum un hakkı vasiyetçinin ölümü ile tahakkuk etmiş olur. Bilhassa, hakkın vasiyetnamenin açılmasını takip eden beş gün içinde tahakkuk edeceği kabul edilmisti.

Legatorun vasiyet edilen mal üzerindeki hakkın mirasçılara intikal edebilmesi vasiyetin açıldığı gün sağ olması, hayatta bulunması şartına bağlıdır. Legatum mevzuunun neden ibaret olduğunu, kıymetini tayin ve tespit için de o günkü haline bakmak lâzımdır.

b) Dies veniens (gün gelmiştir)

(111) Girard, Manuel, 1929, p: 974; R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 522, No: 376; p: 523. n: 1.

(112) Bidayetlerde pater, mirasçıya muayyen bir hisse bırakmakla mükellef değildi; Domus a yabancı şahısları da mirasçı nasbetmeğe başladığı devirlerde, mirasın reddini önlemek için Roma mevzuatı (Lex falcidia) mirasçıya da bir hisse ayırmayı doğru buldu. Teferruat için: Ed. Cuq, Manuel, 1928, p: 774; p: 777, No: 3.

Şu halde, borç ödemekten âciz müteveffanın legatum u hükümsüzdür: Girard, Manuel, 1929; p: 976, n: 3.

Bu nazariyeye göre vasiyet edilen şeyin kabulü legator un iradesine değil mirascının iradesine tâbidir : Legator, mirascı vasiyeti kabul ettiği andan itibaren vasiyetle devredilen şey veya kıymetini mutlak surette iktisap etmiş sayılır (113).

B — Legatum un neticeleri.

Legatum un iktisabı neticeleri bilhassa legator ların fazlalığı halined ehemmiyet alır.

Legatum un neticeleri tarihî inkişaf sırası ile şu suretle hülâsa edilir:

a) Legatum per vindicationem mevzu bahis ise, vasiyet edilen şey üzerinde her legator müşterek milkiyete sahip olur. Legatum per damnationem mevzu bahis ise, legator lar müştereken alacaklıdır.

b) Legator lardan bir kısmı vasiyeti kabul diğerleri red etmiş iseler, eski hukuk legatum per vindicationem halinde iştirak etmeyenlerin hisselerinin diğerleri arasında taksime uğruyacağını kabul eder.

Lex caducaria artan hissenin evli ve çocuklu legator lara verileceğini kabul eder (114).

C — Legatum un müeyyidesi.

Legatum per vindicationem legator a aynı dava bahşeder ; legatum per damnationem şahsî bir dava olan actio ex testamento yu verir.

Justinianus hukukunda, bu davalara ilâveten, legator terekeye dahil mallar üzerinde ipotekli alacaklı durumundadır.

II — Fideicommissum.

1. Fideicommissum un tarif ve mahiyeti.

Fideicommissum un tarifi.

Fideicommissum vasiyetcinin bir şahıs vasıtası ile diğer bir şahsa yaptığı legatum dan ibarettir.

Bu müesese her şeyden evvel peregrinler ve (115) bilâhere bekâr ve çocuksuz mirascılar lehine ihdas olundu.

Fideicommissum ilk zamanlarda hukukî neticeler doğurmuyordu . Vasiyetcinin iradesi vasıta kıldığı şahsa yapılan bir rica mahiyetinde idi.

Vasiyet edilen şeyin başkasına devri mükellefiyetini vasiyetci mansup mirascıya veya legator lardan birine yükliyebilir.

(113) Legator un vasiyeti iradesi haricinde kabul etmiş sayılıp sayılamayacağı meselesi Sabinien ve Proculien mektebi arasında münakaşalıdır: Proculien lerce legatorun iradesi rol oynar. Ekseriyet de bu fikri takip etmektedir: Appleton, Rev. hist. de droit, 1929, p: 219 et s; R. Monier, Manuel, I. 1945, t. I. p: 527, n: 2.

(114) Girard, Manuel, 1928, p: 987.

(115) Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 520, n: 1.

Fideicommissum muayyen bir mala taalluk edebileceği gibi tereke-
de gamil olabilir (116).

Tereke ile ilgili fideicommissum, tereke, lehine devredilen şahıs
müteveffa yerine kaim kılar. Binnetice, müteveffanın davalarını açar
veya bu davalara maruz kalır.

Bu neticeye varabilmek için Roma hukuku dört safha geçirdi.

2. Fideicommissum un tarihçesi.

1°) Augustus zamanında, müteveffanın borçlarını ifa ve alacak-
larını tahsil doğrudan doğruya lehine tereke devredilmiş olan şahıs ta-
rafından değil, bu devir ile mükellef olan şahıs (mirasçı veya legator)
tarafından temin edilmekte idi. Bilâhere, vasıta olan şahıs, lehine mal
devredilenle hesaplaşırdı.

2°) İkinci safhada (M. S. 56) fideicommissarius, yani lehine tere-
ke devredilmiş olan şahıs pretör mirasçısı farz ediliyordu. Binnetice, mü-
teveffanın alacaklarını farazî davalar ile tahsil edebiliyor ve aynı mahi-
yetteki davalar ile müteveffanın alacaklıları tarafından takip edilebili-
yordu (117).

Mamafih, Jus civile ye göre mirasçı yine vasıta olan şahıs olduğun-
dan bunun mirası reddetmesi ve fideicommissum u hükümsüz bırakması
ihtimal dahilinde idi, çünkü tereke devredildiğinden mirası kabul de hiç
bir menfaati yoktu.

Bu mahzuru önlemek için Pegasien zamanında çıkan bir Senatus
consultus (M. S. 69) mirasçyı fideicommissarius dan bir hisse istemeğe
selâhiyetli kıldı. Bu suretle mirasçının mirası kabulde menfaati sağlanmış
oldu (118).

Bu sistemde mirasçı, terekenin borca batmış bir tereke olmasından
güphelenirse hissesine ayrılan payı ve mirası red edemez. Aksi takdirde,
sözü geçen sanatus . consultus fideicommissarius un talebi üzerine pre-
törün mirasçyı mirası kabule mecbur edebileceğini kabul etmişti.

(116) Bonfante, Corso, IV, p: 101, n: 1.

(117) Buna rağmen mirasçı veya legator jus civile ye göre yine mirasçdır. Fa-
kat pretör bunları müteveffanın alacaklıları tarafından takip edilmekten himaye için
exceptio bahşediyordu. Halbuki bu himaye birinci safhada mevzu bahis değildi. Şu
halde, ikinci sistem birincisine nazaran daha pratik ve elverişlidir: Giffard, Précis,
T; I. p: 522, No: 865; Le Mercier, Rev. hist. de droit, 1935, p: 462 et s.

(118) Görülüyor ki bu sistemde fideicommissus, legator durumundadır (legatorii
loco). Pegasien senatus consultus u ancak terekenin dörtde üçünü aşan fideicommis-
sum lara şâmilidir. Aksi takdirde, ikinci sistem gereğince fideicommissarius, Trebellia-
nus senatus-consultus u gereğince mirasçı vaziyetine girer: R. Monier, Manuel, 1945.
t. I. p: 530, n: 3.

Justinianus, fideicommissarius u mirasçı addeder, ve vasıta mirasçı mirası reddetmek isterse buna ayrılan payı istemeğe hak verir (119).

Justinianus hukukunda legatum ve fideicommissum şekil ve hüküm ve neticeleri bakımından bariz ayrılıklar göstermez : her ikisi de vasiyetname ile teyid edilmesine lüzum olmayan bir yazı ile tesis olunabilir, ve her ikisi de kanunî mirasçıya havale edilebilir (120).

II — Ölüm bağh hibeler (Capiones mortis causa)

Ölüm tehlikesi halinde yapılan hibeler ilk zamanlarda Mancipatio familiae ile temin ediliyordu. Bilâhara inana dayanan ferağlar şeklinde in jure cessio veya mansipatio ya müracaatla temin ediliyordu : lehine hibe yapılan, hibe yapamı tehdit eden ölüm tehlikesinin ortadan kalkması halinde hibe mevzuunu iade edeceğine dair söz veriyordu.

Klâsik devirde hibe yapanın feragati halinde hibe hükümsüzdür. Nihayet, lehine hibe yapılan şahıs hibe yapandan evvel öldüğü takdirde hibenin hükümsüzlüğü kabul ediliyordu (121).

Justinianus, hibeyi eski şekillerinden muaf tutarak hüküm ve neticelerini Legatum ve Fideicommissum'un hüküm ve neticelerine yaklaştırmak suretiyle, ölüm bağh tasarruflarda vasiyetçiye serbesti vermiş ve bu tasarrufları aşağı yukarı farksız hale getirmiştir.

(119) Mansup mirasçı ile fideicommissarius universitatis, yani bütün tereke kendisine devredilmiş olan şahıs arasındaki fark şudur: birincisi vasiyet ile, ikincisi yazılı bir vesika ile nasp edilir. Fakat mirasla ilgili davalardan faydalanma bakımından fark yoktur; fideicommissarius da terekeye istihkak davası ile fideicommissoria yı takip edebilir.

(120) Giffard, Précis, 1934, t. I. p: 524, No: 868; R. Monier, Manuel, 1945, t. I. p: 524, no: 378, n: 2.

(121) Paul, Sent. III, 7. 2; Just, Inst. II, 7. 1.