

TÜRK MEDENÎ KANUNUNDA
KARI KOCANIN (eşin) MİRASCILIĞI

Prof. Dr. Şakir BERKİ

§. I — Giriş : Eşin mirasdaki durumu, I — Eşin kanunî mirascılarla içtima. II — Eşin mirasda müstakil olduğu hal. §. II — Eşin aynı zamanda iki eşden mirascılığı. 1 — Karının aynı zamanda iki veya ziyade kocadan mirascılığı; 2 — Kocanın aynı zamanda iki karıdan mirascılığı. §. III — Boşanma halinde eşin miras vaziyeti. I — Kanunî miras. II — Mensup mirascılık ve muayyen mal vasiyeti. §. IV — Eşin miras hakkını ziyat. §. V — Eşin mirascılığında taksim ile ilgili esaslar.

§. I — Eşin mirasdaki durumu :

Eşin kanunî mirasdaki durumu iki bakımdan tetkike tâbi tutulmak lâzımdır :

I — Eşin sair kanunî mirascılarla içtima ettiği hal.

II — Eşin mirasda müstakil olduğu hal.

I — Eşin kanunî mirascılarla birlikte mirascı olduğu hal.

Medenî kanun, karı kocaya her zaman, yani her derecede miras hakkı tanımıştır. 444 ve 445 inci maddeler bunun kanunî delilleridir. Bu maddelere nazaran, eşin, diğer kanunî mirascılarla içtima halinde miras hissesi ve verasetle alâkalı hakkı (intifa hakkı) teminat talebi) aşağıdaki sıraya göre izah olunur.

1. Eşin fûru ile birlikte mirascılığı. M. K. Md : 44.

Hayatda kalan karı veya koca, ölen eşin fûruu (ana baba bir veya ana bir baba ayrı çocuğu ve torunları) ile içtima ediyorsa, eş, isterse terekenin yarısının intifa hakkını tercih ederek mirasla alâkasını kesmez; dilerse, terekenin dörtde birinin mülkiyetini talep suretiyle, geri kalan mevcut ile alâkasını keser. Bir kadının kocası

ölse, 1000 lira ve iki çocuğunu bıraksa, karı, terekenin dörtde birinin mülkiyet hakkını tercih ettiğini beyan ederse 250 lirayı alarak, 750 liranın 250 lirası üzerinde hiç bir hakka sahip olmaz. 750 lira çocuklar arasında müsavat üzere taksim olunur (1). Fakat misalde, kadın, 444 üncü maddeye göre mülkiyeti tercih etmez, intifa hakkını dilerse, tereke ile alâkasını kesmez, terekenin yarısında intifa hakkını kullanır. Yukarda verilen misale dönelim : kadın, 500 liranın fâizinin ve getirebileceği sair gelirin alacaklısı olur. Bütün tereke ile, yani bin lira ile çocuklar ve kadın bilfarz manavlık yaparak 2000 lira kâr edilse, kadın, aralarında ortaklık mukavelesi yoksa, veya mevcut olup da aksine kayıt mevcut değilse, 2000 liranın yarısına hak kazanır. Yine meselâ terekeyi teşkil eden 1000 lira, Bankada senede 50 lira fâiz getirirse, kadın 50 liranın yarısını, 25 lirayı iktisaba haklı olur (2).

Fürûdan maksad, vefat eden eşin çocukları (3) ve her tabakada torunlarıdır. Oğlunun oğlunun kızı, kızının kızının oğlu ilh.. hep fûrûdur.

Müteveffanın evlâdlığı da Medenî kanunu göre bilhassa miras hukuku bakımından fûru addedilmiştir (4). Binaenaleyh, hayatta kalan eş, ölen eşin, ister evlenmeden evvel, ister evlendikten sonra müstakillen (5) edindiği evlâdlığı ile birlikde mirasa gelsin, hakikî

-
- (1) Müris, 750 liranın dörtde birinde ölüme bağlı tasarrufda bulunmuş ise, çocuklar, 750 liradan bu mikdar çıktuktan sonra bakiyeyi müsavat üzere taksim ederler. Müris, eşin mansup mirascılığı ve muayyen mal vasiyetinde lehdarlığına dair olan paragrafta görüleceği üzere, 750 liranın dörtde birini eşe ölüme bağlı tasarrufla nakletmiş olabilir. Bu halde, eş, terekenin dörtde birinin mülkiyetini istemiş ise, bunun ve ölüme bağlı tasarruf mevzuunun mülkiyetine sahip olur.
 - (2) Mirasda intifa hakkının kabul edilmiş olmasının doğru olup olmadığı bir çok sebeplerden dolayı haklı olarak münakaşaya değer bir meseledir. Mülkiyet esasına önem vermiş olan medenî kanunlarda mirasdaki hisselerin rakabe esasına göre tesbiti münasib olurdu.
 - (3) Çocuk, en yakın ilk derecedeki fûrûdur. Torun çocukdan tevali eden nesillerdir.
 - (4) Evlâtlık hiç bir veçhile fûrû değildir. Zira fûrû hukukundan ve statüsünden tamamen istifade edemez. Evlâd edinene her nasılsa evlense bu evlenme iptal ettirilemez. Halbuki hakikî mânasıyla fûrû ile evlenme akdedilse, daima mutlak butlanla bâtıldır; müruruzamana tâbi olmamak üzere iptal ettirilebilir. Keza, hiç mirasçı olmamak üzere evlâdlık edinilebileceği halde, her hakikî evlâd kanunen mirasçıdır; ancak feragat veya iskat veya mahrumiyet ile bu sıfatı zâil olabilir.
 - (5) Evliler ya müştereken veya ayrı ayrı evlâd edinebilirler. Münferiden evlâd edinmeleri halinde diğer tarafın muvafakatının şart olması muvafakat veren eşle evlâdlık arasında hiç bir ilgi tesis etmez.

fürü ile içtima halindeki esaslar kaideten ceryan eder. Kaideten denmiş olmasının sebebi, evlâdlığın bazen evlâd edinmeden evvel yapılacak olan resmî senedle hakikî ve meşrû fûruun kanunî miras payından daha az hisseye sahip olmak şartıyla evlâdlığa alınabileceği veya hiç kanunî mirasçı olmaksızın evlâd edinilmiş bulunabileceğidir. Şu halde, bu ihtimaller karşısında hayatda kalan eşin mirasdaki durumu ona göre tâyin edilir. Misalle tavihde fayda vardır : Bir şahıs evlenmiş, evlenmeden evvel bir evlâd edinmişti. Öldü; karısını ve bu evlâtlığı mirasçı olarak bıraktı. Tereke 1000 liradır. Evlâtlığı resmî senetle terekenin ancak 10/1 nde mirasçı olabileceği kaydiyle evlâd edinmiştir (6). Bu halde evlâdlık, terekenin 10/1 olan 100 lirayı, hayatda kalan eş de 900 lirayı iktisap eder. Binnetice, böyle hallerde hayatda kalan eşin intifa hakkını seçmesi fiilen düşünülmez. Eş daima mülkiyet hakkını tercih eder. Evlâtlık sair meşrû fûrû gibi mirasçı olduğu, yani miras payı için resmî senetle takyid mevzuubahis olmadığı zaman, bundan evvel kayd edilen kaidelere göre eşin mirasdaki durumu taayyün eder.

Fürû tâbirine meşrû ve gayrı sahih nesebli çocuklarla bunların fûrûları dahil ise de, evlâdlığın evlâdlığı dahil değildir. Fakat evlâdlığın fûruu da mirasçı olduğundan, eşin bunlarla içtima halinde bizat evlâdlıkla içtima haline tatbik olunacak olan kaideler tatbik edilir. Bir şahıs ölüp, kendinden evvel ölmüş olan evlâdlığının evlâdlığı kalsa, tereke 100 lira olsa, hayatda kalan eş bu meblâğın hepsine vâris olur. Lâkin evlâdlığın fûruu mevcut olsa, bakılır : evlâdlığın hissesi senetle bilfarz terekenin 10/1 olarak kabul edilmiş ise, hayatda kalan eşe 90, evlâdlığın fûruuna (meşrû olsun gayrı sahih nesebli olsun) 10 lira isabet eder. Evlâdlığın kanunî miras payını takyid eden resmî sened yoksa, hayatda kalan eş terekeden mülkiyeti veya intifaı seçmesine göre menfaatlenir.

Vefat eden eş, tasarruf nisabını ölüme bağlı tasarrufla hayatda kalan eşe intikal ettirmiş ise, (7) eşin intifa hakkı kanunî payı ile, fûruun mahfuz hissesinin mecmuunun yarısına taallük eder.

İntifa hakkı, hak sahibinin hayatı boyunca devam edip, ölümü ile sakıt olacağından, onun tereke muhtevasını teşkil etmez: daha doğru ifade ile, kanunî mirascılara kanunî miras yoluyla intikal etmez. İntifa hakkı, muayyen müddet için tesis edilmiş olup da, bu müddet bitmeden evvel hak sahibi ölmüş olsa, hüküm yine böyledir;

(6) M. K. Md. 257.

(7) Eşin mansup mirasçılı bahsine bakınız.

kanunî mirascılara bu hak intikal edemez. Binnetice, hayatda kalan eş intifa hakkını seçip vefat etse, bu hak ve bu hakkın taallûk ettiği terekedeki mülkiyet hakkı halefiyet suretiyle mirascılarına intikal edemez. Mülkiyetin intikal edememesinin sebebi, intifa hakkının seçilmiş olması ile hakkı mülkiyetin hayatda kalan eşle birlikte mirascı olanlara intikal etmiş olmasından ibarettir. İntifa hakkının halefiyet suretiyle intikalının mümkün olmaması da, mirasdaki intifa hakkının kanunî intifa hakkından ve hayatda kalan ve bu hakkı seçmiş olan eşin şahsına ait bulunmasından dolayıdır (8/1).

Hayatda kalan eşin intifa hakkını seçmesi, kanunî bir hak olduğundan, ölen eşle hayatda kalan eş arasında vaktiyle yapılmış olan bir mukavele ile kaldırılamayacağı gibi, müteveffanın ölüme bağlı tasarrufu ile de ref olunamaz. Bu hakkın ref'i, ancak miras açıldıktan sonra, hayatda kalan eşin seçim hakkını kullanarak mülkiyeti ihtiyar etmesiyle yahut kullanmayıp, kanun hükmüne razı olduğunu beyanla mümkündür. Tercih hakkı hayatda kalan eş tarafından bizzat kullanılabilirdiği gibi, temsil ve vekâlet suretiyle de kullanılabilir. Ancak vekâletde vekâletnameye özel bir kayıt, ihtiyat icabından olur. Mamafih, Usul ve Borçlar kanununda (8) hangi hususlarda mezuniyet icab edeceği tadâdî şekilde yazılmış olduğundan, bu ihtiyat ihmal edilmiş olsa, davâya vekilin müvekkil yerine tercih hakkını kullanması münhasıran mamelekî bir tasarruf sayılacağından mümkündür. Bu hakkın şahsa bağlı hukukla alâkası olmadığı cihetle mutlaka hayatda kalan eş tarafından şahsen kullanılması zâretinden bahsedilemez. Bu hususu, aynı hakkın kaasır eşin kanunî mümessili tarafından da kullanılabilirdiği teyid etmeye kâfidir (9).

2. Hayatda kalan eşin müteveffanın ana veya babası ile içtimar.
Md : 444/2.

Eşlerden biri ölüp, ana babasını bıraksa, hayatda kalan eş tere-

(8/1) Eşin ölümü anına kadar müktesep hak teşkil etmiş olan intifanın mirascıya intikal edeceği tabiidir.

(8) Usul kanununun 63 ve Borçlar kanununun 388 inci maddesindeki takyitler tahdidî olup, intifa hakkının tercihi için de özel mezuniyet icab edeceğini delâlet yolu ile dahi belirtmemektedirler. Medenî kanunun 466 ıncı maddesi ancak mirasın kabul ve reddi ile miras mukavelesinde mahkemenin iznini lâzım görmekte olduğundan, ve bu bakımdan tahdidî hüküm ihtiva etmekte olduğundan, seçim hakkına teşmil edilemez.

(9) M. K. Md :453 e göre, ana baba için mahfuz hisse, terekenin yarısı, kardeşler için dörtte biridir.

kenin 4/1 inin mülkiyetine ve 4/2 sinin intifasına sahip olur. Yani rakabe hakkı olan 4/1 çıktıktan sonra kalan tereke kısmının yarısında intifa hakkından faydalanır. Koca ölüp, 1000 lira bıraksa, karısı ile annesi mirasçı olarak kalsa, karıya 250 lira hak mülkiyet verileceği gibi, mütebaki 750 liranın 375 inde intifa hakkı isabet eder. Müteveffa kocanın ana ve babası hayatta olsa, hüküm yine bu hesaba göredir : Yukardaki misale dönelim : hayatta kalan karı 250 lira; müteveffanın anası ve babasından her birine 187'5 lira mülkiyet, terakenin bakiyesi olan 375 lira üzerinde karının intifa ve ana babanın müsavat üzere rakabe hakkı olur. Bunlar dilerlerse intifa hakkı ile takyid edilmiş olan 375 lira tutarındaki menkul veya gayri menkul üzerindeki hisselerini satabilirler. Bu halde karının intifa hakkı yine devam eder. Bu, intifa hakkının, taallük ettiği aynî hakkı tâkip edeceğine dair olan kaidenin neticesidir.

3. Hayatta kalan eşin ölen eşin kardeşleriyle birlikde mirascılığı.

Medenî kanun, müteveffanın ana babasını veya bunlara halefiyet suretiyle mirasçı olacak olan fûrularını, yani müteveffanın ana baba bir veya ana bir baba ayrı veya baba bir ana ayrı kardeşlerini aynı ibare içinde birlikde nazara almış ise de, hayatta kalmış olan eşin, vefat eden eşin kardeşleriyle birlikde mirascılığı ile, ana babasının mirascılığı arasında fark olduğundan, hayatta kalan eşin müteveffanın kardeşleriyle birlikde mirascılığını müstakilen tetkiki zarurî bulduk. Filhakika, ana babanın mahfuz hissesi ile kardeşlerin mahfuz hissesi arasında fark vardır. Kardeşlerin (ana babanın ilk fûruu) ana babaya halefiyeti ancak kendi mahfuz hisseleri hudedu nisbetindedir. Binaenaleyh, müteveffa eşin karısı ile iki kardeşi mirasçı kalsa, yani müteveffanın ana babası kendinden evvel vefat etmiş olup, iki fûru bırakmış olsa, ve ölen eş, ana babasının mahfuz hissesini tecavüz etmek üzere hayatta kalan eş lehine ölüme bağlı bir tasarrufda bulunmuş olsa, kardeşler, halefiyet iddiası suretiyle ana babalarının mahfuz hisselerine uyan, fakat kendi mahfuz hisselerini aşmayan tasarrufun tenkisini isteyemezler (10). Binnetice, hayattaki eşin kardeşlerle içtimaî halinde mi-

(10) Çünkü, kardeşlerin ana babanın daha evvel vefatları halinde halefiyet suretiyle onların hisselerine mirasçı olmaları, ana babanın mahfuz hissesine dair ölüme bağlı tasarruf bulunmadığı zaman câridir. Kardeşle ana baba hissesi aynı olsa idi, ölüme bağlı tasarruf halefiyetde intikal edecek olan hisseyi değiştiremezdi.

rasdan eline geçebilecek hisse, ana baba ile içtimaı halinde eline geçebilecek olan hisseden fazla olabilir.

4. Eşin, ölen eşin dedesi veya ninesi ile birlikde mirascılığı.

444/2 sarihdir: eş, terekenin yarısının rakabesine ve dörtde birinin intifaina sahip olur. A, ölse, karısını, dedesini ve 2000 lira tereke bıraksa, hayatda kalan eş (karı) 1000 liranın rakabesine ve 500 liranın intifaina sahip olur. Müteveffa eşin babâ ve ana cihtinden büyük baba ve büyük anaları hayatda olsa, intifa hakkına dahil olmayan 500 lira bunlar arasında müsavat üzere rakabe itibariyle taksim olunur. İntifa ile ilgili 500 liranın rakabesi de keza müsavat üzere onlara aittir.

5. Hayatda kalan eşin ölen eşin teyze, dayı, amca ve halalarıyla içtimaı.

444 üncü maddenin 2 inci bendi, ölen eşin büyük baba ve büyük anaları bulunmadığı takdirde bunların fûruunun, yani ölen eşin dayı, hala amcasının hayatda kalan eşle içtimaı halinde bundan evvelki No. daki esaslar dairesinde mirascı olacağını sarih surette ifade etmektedir: Binnetice, A, ölüp, karısı ile dayısını ve 1000 lira tereke bıraksa, hayatda kalan eşe 500 lira rakabe esasına göre verilir, dayı 250 lirayı iktisap eder; mütebaki 250 lira üzerinde eşin intifa hakkı olur, üvey dayı, yani müteveffa eşin büyük annesinin veya babasının sulbünden gelmeyen ana kardeşi, hayatda kalan eşle içtima etse, mirascı olmaz. Bütün miras hayatda kalan eşe intikal eder. Üvey amca, hala ve teyze hakkında da hüküm böyledir. Çünkü, bunların övey olması demek, ölen eşin nine veya dedesinin fûruundan bulunmaması demektir.

II — Eşin mirasda müstakil olduğu hal :

Eş, yokarda sayılan mirascılardan hiç birisi bulunmadığı takdirde, bütün terekeye kanunî mirascı sıfatiyle sahip olur. Mamefif, 444 üncü maddenin 2 inci fıkrasının bütün terekeye eşin sahip olacağına dair olan hükmü, eşin mahfuz hissesini gösteren 453 üncü maddenin 4 üncü fıkrasının sonundaki hüküm ile mukayettir. Binnetice, müteveffa eş, hayatda iken, terekenin yarısı nisbetinde ölüme bağlı tasarrufda bulunmuş ise, müstakil eşin payı, mirasdaki durumu buna göre hesap olunur: A, ölüp, karısını ve 1000 lira bıraksa, vefatından evvel terekenin 500 lirasını büyük ana bü-

yük babaların ana ve babalarına vasiyet etse, veya bunları bu miktar üzerinden mansup mirasçı nasb eylemiş olsa, hayatta kalan eş 500 lira iktisab edebilir. Çünkü, kayd edildiği üzere, 453/4 mubince mirasçı ile içtima etmeyip, mirasda müstakil kalmış olan eşin mahfuz hissesi terekenin yarısıdır. Diğer yarısı tasarruf nisabıdır.

Devlet, hayatta kalan eş varken hiç bir kanunî paya sahip değildir. İslâm hukukunda ise, hayatta kalan eşle içtima halinde Hazine, terekeden kanunen hisse alır (11).

İlerde yeteri kadar temas olunacağı üzere, ölen koca ise, hayatta kalan iki veya ziyade karı arasında tereke müsavat üzere taksim olunur.

III — Eşin mansup mirascılığı :

Eş, görüldüğü üzere, her derecede en yakın ve en mümtaz mirasçısıdır. Hısım addedilememesine rağmen (3) mirasdaki durumu mümtazdır.

Mirasda müstakil kalan eşin mansup mirascılığı düşünülemez; zira müstakil kalan eşle Devlet içtima etmez. Keza müteveffa eşin büyük ana ve büyük babalarının ana ve babaları da birlikde, hattâ yalnız intifa hakkına sahip olmak kaydı ile mirasçı olamazlar. Halbuki bunlar Devletle içtima etseler, intifa hakkına sahip mirasçı durumundadırlar. Bu hususiyet de eşin mirasda en mümtaz bir mevki işgal ettiğinin başka bir delilidir. Bu imtiyaza ilâve olarak eşin bir de mansup mirascılığı gösterilebilir. Müteveffa eş, mahfuz hisseli sair mirasçıları varken, hayatta kalan eşe tasarruf nisabını vasiyetle veya mansup mirascılık kanalı ile devretse, hayatta kalan eşin mirasdan alacağı hisse, sair kanunî mirasçılara nazaran tasarruf nisabı kadar artmış olacaktır. Çünkü, Medenî kanunda, İslâm hukukunun aksine olarak, (12) vârise vasiyet memnu addedilmemiştir.

(11) Ali Himmət Berkî, Miras ve tabikat, Ankara, 1951 sa: 190. Mamafih mûris, eşin hissesinden fazlasını ölüme bağlı tasarrufla başkasına nakletmiş ise, Hazine terekeden bir şey alamaz. Yani eşle içtima eden Devletin mahfuz hissesi (sehimî) yoktu.

(12) İslâm miras sisteminde, bir Hadisi şerife istinadla vârise vasiyet memnûdur. Hadis, Kur'anı kerimin tefsirinden ibarettir. Zira, Kur'anı kerim, her mirasçının mahfuz hissesini ayurmuş, ve vasiyet suretiyle irade muhtariyetine itibar

Ş. II — Eşin aynı zamanda iki eşden kanunen mirascı olabileceği hal :

Medenî kanun, prensip itibariyle çok kadınla evlenmeyi ve bir kadının birden ziyade erkekle nikâhını haklı olarak red etmiştir. Böyle olmakla beraber, Tatbikat kanununun 9 uncu maddesi evvelki hukuktan kalma poligamik evlenmelerin hakkı mükteseb teşkil eylediğini bizzat kabul etmiştir. Bundan başka, Medenî kanunun 124/2 ve 114/3 maddeleri çok evlilik prensibine kanunen istisna teşkil eden hükümler de ihtiva etmekte olduğundan, tetkikimize bu hususla ilgili bir paragraf ilâvesine zaruret hâsıl olmuştur.

Mesele iki cepheden incelenmek lâzımdır :

1. Müteaddit kadınların aynı zamanda bir erkekden mirascılığı.
2. Bir erkeğin müteaddit karılardan mirascılığı.

Çok evliliği âmme intizamına aykırı bulduğu cihetle red etmiş olan Medenî kanun muvacehesinde enteresanlığı âşikâr olan bu iki meseleyi daima mevzuatdaki hükümlerle ve bu hükümlerin zarurî neticesi olan hukuk prensipleriyle teyid ederek tetkike tâbi tutacağız :

I — Birden ziyade kadının bir erkekden mirascılığı :

Tatbikat kanununun 9 uncu maddesi ile Medenî Kanununun 124 üncü maddesinin 2 inci fıkrasının mutlak butlanla bâtil olan evlenmeleri butlan kararına kadar aynen sahih evlenme gibi kabul eden hükmü muvacehesinde ve Devletler hususî hukuku prensipleri karşısında (13) böyle bir paragrafın lüzumuna ihtiyaç vardır. Şu halde meseleyi akla gelebilen ihtimalleri nazara alarak incelemek lâzımdır :

ederek hissesi muayyen olan mirascıları vasiyetle diğerlerine mümtaz kılıcı tasarrufları men eylemiştir. Evlâdların hisseleri muayyendir; mûrisin bunlardan birine vasiyet yaparak diğerlerine üstün kılması, hem çocuklar arasındaki samimiyeti hem de çocukların mûrise olan sevgilerini azaltır veya bozar. Bu, itiraza müsait olmayan fıtrî bir vâkıdır ki, Kur'anı Kerim ve Hadis bu vâkıyı önlemek için vârise vasiyeti men etmiştir.

- (13) Medenî kanunda hakkı müktesep kabul edilmemiş ve 124 üncü maddenin 2 inci bendi gereğince istinaî olsa bile poligamiye yer verilmemiş olsa idi bile, Devletler hususî hukuku prensipleri mucibince, bilhassa, Hâkimin yabancı kanunu tatbiki bahsindeki esaslar gereğince poligamik evlenmelerle Türk hâkiminin de işgali ve bu hususlarda hükmetme mecburiyeti hâsıl olacaktı.

1. Tatbikat kanunu mucibince, iki veya ziyade kadının bir kocadan aynı zamanda mirascı olması :

Medenî Kanununun mevkiî mer'iyet ve tatbikatı hakkındaki kanunun 9 uncu maddesi sarıhtir : «... Yeni kanunun mer'iyetinden evvel eski kanuna tevfi kan akdedilmiş olan evlenmeler yeni kanun nazârında dahi sahih olduğu gibi...». Bu sarıh hükümden anlaşılır ki, eski kanun, yani islâm esaslarına göre Medenî kanun yenisinin yürürlüğe girmesinden evvel akdedilmiş olan dörde kadar evlenme (14), eskisine uygun olarak akdedilmiş (15) bulunursa, Medenî kanunun mer'iyete girmesine rağmen bu çeşitli poligamik evlenmelerin butlanı ci hetine gidilemez (16). Binaenaleyh, vaktiyle iki veya üç kadınla evlenmiş olan bir erkek, Medenî kanunun mer'iyete girdiği tarihten sonra vefat etmiş olsa bile, karılar terekeyi müsavat üzre paylaşırlar. Kadınlar, sair kanunî mirascılarla içtima ettikleri takdirde, mirasdaki payları, hayatda kalan eşle kanunî mirascıların içtimaı haline tatbik edilen esaslar gereğince tâyin edilir. İntifa hakkı bahsinde de hüküm aynıdır.

Meselâ bir erkek ölse, iki kadın ve ana ve babasını biraksa, kadınların her birine terekenin dörtde birinin yarısı mülkiyet hakkı olarak, isabet edecek, ve diğer yarısı üzerinde her bir kadının intifadan eşit surette istifadesi mevzuubahs olacaktır. Çünkü, Medenî

(14) İslâm hukuku Kur'anı kerimin dört kadına kadar evlenmeyi müsamaha ile karşılayan âyeti kerimesi mucibince poligamiyi kısıtlamak suretiyle kabul etmişti. Ancak, bu bir müsamaha ve kat'î ve güç adalet şartları ile mukayyet bir cevazdı ki, sebebi zinaya manî olmak ve sair âmillerden ibarettir. Mafâh, bütün karlılarına sevgide, malî bakımdan, ilh. sahalarda aynı muameleyi yapmak kudretini kendisinde göremeyenlerin monogamik evlenme akdetmeleri tavsiyesi de Kur'anı kerim âyetleri icabındandır. Bu hususda bakınız : Şakir Berki - Hayrullah Hâmidî, Kur'anda hukuk, Ankara, 1963, ikinci tab'ı sa : 65.

(15) İslâm'da evlenme akdi için bu günkü merasim yoktur. İki şahit huzurunda karı koca namzetlerinin yekdiğeri ile evlenme arzusunda bulunmaları akdin inşası için kâfidir. Hoca nikâhı da yoktur. Hocanın rolü kurulan ailenin sadet ve devamlılığına Allahdan niyaz ve bir de Mehiri tesbittir. Yoksa, İslâm'da nikâh akdi için mutlaka hoca huzuruna, imam önüne gitmek mecburî değildir.

(16) Bundan anlaşılır ki hakkı müktesep nazariyesi, Amme intizamına gâliptir. Aksi olsa idi, tatbikat kanunu, Medenî kanunun, amme intizamına aykırı ad dettiği poligamik evlenmeleri sahih evlenme olarak kabul etmek mecburiyetinde kalmazdı.

kanun, hayatda kalan eşin fürulardan başka mirascılarla içtima halinde, eşe rakabe ve intifa mirasını aynı zamanda bahşetmektedir.

Hayatda kalan eşler, müteveffanın furuu ile içtima edince, kadınlardan birinin mülkiyeti, diğerinin intifa hakkını istemesi halinde sureti hal nasıl olmak lâzımdır? :

Bu mesele hakkında Temyiz Mahkemesinin evvelce vermiş olduğu bir karara (17) göre intifa isteyen kadının da rakabe mirasını iktisaba mecburiyeti teslim edilmiş iken, aynı mahkemenin sonraki tarihli başka bir kararı, mülkiyet isteyene mülkiyet, intifa isteyene intifaın verilmesinde mahzur olmadığı içtihadına yer vermiştir. İkinci karar gereğince hareket edilince taksimde bir güçlük çıkmaz ise de, biraz sonra kayd edilecek mucib sebebden dolayı birinci içtihadı isabet mevcuttur. Son içtihadın gerekçesi münhasıran muhtelif kadınlardan bazılarının rakabe mirasını, diğerlerinin intifa verasetini kabulleri halinde taksimde güçlük çıkmayacağı hakikatına dayanmaktadır. Filhakika, düşünülür ve bazı misallerle tatbikatı yapılırsa taksimde güçlük ve haksızlık zuhur etmez. Ancak, mesele, taksimde güçlük çıkıp çıkmayacağı bakımından değil, intihap da ihtilâf halinde bütün kadınlara mülkiyet hakkının mı yoksa intifaın mı tevcih edileceği meselesidir. Temyiz Mahkemesinin eşlerin mülkiyetle intifa arasındaki seçimde vâki ihtilâfda bütün eşlere mülkiyet hakkını tevcihine dair olan birinci kararının mucib sebebi, münhasıran, Medenî Kanunda mülkiyetin asıl olduğu prensibidir. Halbuki fikrimizce bu karar şu gerekçeyi de ihtiva etmeli idi : Medenî kanun, furu ile içtima eden eşe yalnız bir hak tanımıştır : mülkiyet veya intifa. Eş bu hususdaki seçim iradesini beyan ile ya münhasıran mülkiyete veya sadece intifaya sahip olabilir. Yoksa eş, hem mülkiyetden, hem intifadan faydalanamaz. Halbuki, Temyizin ikinci içtihadına itibar edilirse, aksi, imkân dahiline sokulmuş olacaktır. Bu halde kanunun sarih lâfzı içtihadla tâdil edilmiş olur ki, bu, tefriki kuva prensibine muhalif olacağı gibi, Medenî Kanunun 1 inci maddesinin mahkemelere kanunun her şeyden evvel lafziyle kabili tatbik olduğunu ilân eylemiş bulunan ilk kaidesiyle de hükümden düşecektir. Kadınlara müteaddit olması hâzi ehemmiyet değildir; önemli olan cihet, hayatda kalan eş mefhumunun müteveffanın furuu ile içtima halinde ya mülkiyet veya intifa hakkına sahip olabileceği, ve fakat iki hakkın aynı zamanda kullanılamayacağı

(17) Temyiz 2. H. D. 14.10.1945 gün ve 2838/4285 s. kararı mesele ile ilgili olmak üzere : Şakir Berki, Miras hukuku, Ankara, 1960, sa : 12.

meselesidir. Demek ki, seçim hakkı tecezzi kabul etmez. Binnetice, hayatta kalan eşlerin hepsi ya mülkiyet veya intifa tevarüsünden faydalanabilirler. Bu mucib sebebe binaen eşler arasındaki ihtilâfda Medenî kanunda mülkiyet hakkı esas olduğundan, intifai seçen eşlerin iradelerini, biraz evvel kayd olunan mütalâaya uyarak kanun vâzının iradesine feda etmekden başka bir çare düşünmeye imkân görülememektedir. Her ne kadar Temyiz Mahkemesinin son içtihadı eşlerin hepsini tatmin edici mahiyette ise de, fertlerin arzularını tatmin etmek mülâhazasıyla kanunun maksad ve arzusundan inhirafın münasip olmayacağı bedihidir.

Çeşitli kadınların, fürudan başka mirascılarla içtima halinde, hisseleri, fürudan başka mirascılarla içtima eden eşin hissesi üzerinden ve bu hususdaki kaidelere göre tâyin olunur.

2. Medenî Kanunun poligami memnuiyetine istisna teşkil eden hükmü mucibince, müteaddit karıların bir kocadan mirascılığı :

Medenî kanunun 124 üncü maddesinin kayd edilen 2 inci fıkrası hükmüne göre, bir erkek her nasılsa evlendirme memuru huzurunda birden ziyade kadınla evlenme akd etmiş olsa, sonuncu evlenme, poligami memnuiyeti dolayısıyla keenlemeyekün olmayıp; mutlak butlan sebebiyle iptal ettirilir; iptale kadar bu evlenme mezkûr hüküm mucibince aynen sahih evlenme gibidir.

Binnetice, ikinci evlilik hakkında henüz butlan kararı alınmadan evvel, koca ölse, her iki kadın da mirascı olacaktır. İkinci kadınla vâkı evlenme hakkında butlan kararı almak yine mümkün ise de (18), butlan kararı miras bakımından makabline şâmil olmayacağından, (19), bu kadının mirascılığı kat'îdir. Bu neticeler, İsviçre ve Türk Medenî kanunlarının âmme intizamına şiddetle aykırı addetmiş olmalarına rağmen, kanun yapma tekniğindeki zuhulleri dolayısıyla, mutlak butlanla bâtil evlenmeleri keenlemeyekün addetmeyip, 124 üncü maddenin 2 inci fıkrasıyla butlan kararına kadar aynen sahih evlenme, bâtil olmayan evlenme gibi kabul etmiş olmalarından doğmaktadır. Mezkûr kanunların bu bakımdan tenki-

(18) Zeval bulmuş olan evlenmenin butlanına re'sen imkân yok ise de alâkalılar butlanı talep edebilirler: Medenî Kanun Md.: 114.

(19) Butlan kararları bâtil evlenmeyi sahih evlenme addeden hüküm mucibince hakkı mükteseb haline gelmiş olan hukuku ref edemez: ölüm vâkı olduğu zaman, poligamik evlenme berdevam ve ölüm anında miras hakkı doğmuş olacağından, butlana karar alınmadan kocası ölen karı onun mirascısı olur.

di, bu tenkidin sebepleriyle mevzu bahis hükmün nasıl değiştirilmesi icab edeceğine dair temenniler için «Türk Medenî kanununda evlenmede mutlak butlan» adlı makalemize bakınız (20). Medenî kanun ananın oğlu, babanın kızı, ile evlenmesini mutlak butlan sebebi saydığı halde (21), 124 üncü madde ile bu isabetli hükmü ref etmiştir; İslâm hukukunda bu gibi evlenmeler, butlan kararına lüzum olmaksızın yok hükmündedir, hiç bir netice tevhit etmezler. Poligamiyi şiddetle red eden medenî kanun sistemlerinin bu müesseseye istisnaen olsa bile yer vermeyici hükümlerle takviye edilmeleri tavsiyeye şâyandır. Medenî kanunun bu sakatlığı, ilerde görüleceği üzere, poliandri memnuiyetini de istisnaî hale münhasır olsa bile ref eylemiş olmasıyla misillenmiştir. 124 üncü maddenin 2 inci fıkrası, sözü geçen makalemizde temenni olunduğu gibi mutlaka değiştirilmelidir.

II — Bir kadının aynı zamanda iki kocadan mirascılığı :

Hukuk tarihi poligamiyi idrâk etmiştir; hattâ Roma hukuku bile muayyen bir devrede concubinatus ile kanunî evlenmelerin içtimamı tensip etmiş olmakla, evli bulunan bir erkeğin sair kadınlarla fiilî aile hayatı yaşamasına göz yummuştur (22). Yani demek isteriz ki, poligamik evlenmeye aşağı yukarı her eski hukuk sisteminde yer verilmiştir. Târihi vâkıalar ve içtimaî tazyikler, ve o devirlerin içtimaî telekkilerine uymaya mecbur kalan teşri makamları bu olayları hukuka dahil etmekden fâriğ olmak istiklâl ve cesareti gösterememişlerdir. İnsanlara kene gibi yapışmış köklü itiyadlar emirlerle, kırbaçla nasıl yok edilemezse, câmialara da bu suretle dahil olmuş bazı olaylara ancak tedricî suretde son verilebilir. Nitekim İslâm hukukunda da böyle olmuş, Kur'anı kerim, İslâm dinine kadar dörtten fazla kadınla evlenmeleri evvelâ dörde indirmiş, sonra bir âyeti kerime ile bu poligamik evlenmenin çok ağır şartlarını derpiş eylemiş, başka bir âyeti kerime ile de monogamik evlenmeyi tavsiye buyurmuştur (23).

Bir kadının aynı zamanda birden fazla erkekle evliliği demek olan poliandri müessesesini ise Roma, İslâm ve sair daha eski hu-

(20) Ankara H. Fak. Dergisi C. XIX, 1962 sa : 4; «ayrı bası».

(21) M. K. Md : 92.

(22) Klasik ve ünlü Roma eserlerinde concubinatus bahsi etüd edilecek olursa hakikat anlaşılır.

(23) Şakir Berki - Hayrullah Hâmidi, a.g.e, sa : 41.

kuk sistemleri kabul etmemiştir. Bu kabil birleşmelerin Tibet gibi bazı yerlerdeki bazı kabileler arasında mevcudiyeti, mezkûr evlenmeye hukukî kıymet izafesi için sebep teşkil edemez. Erkek fitreti kendisine ait olan kadının aynı zamanda başkasına da aidiyetine müsaid değildir. İşte bu ruhî ve fetrî sebebe itibar etmeye mecbur kalan teşriî makamlar en iptidaî hukuk sistemlerinde bile poliandriye müsamaha edici bir esasî istisnaî olarak dahi kabule yanaşmamışlar, mesnedini bu fitrî, ruhî meyilden alan bu müessese modern hukuk sistemlerinde de aynen eski hukuk sistemlerinde olduğu gibi reddolunmuştur. Böyle olmakla beraber, kanunların acele yapılması, veya kanunlar yapılırken bütün ihtimama rağmen zuhul edilmesi, poliandriyi bile ârizî olarak kabul edici hallerin zuhuruna sebep olmuştur. Bunun modern misalini, İsviçre Medenî Kanununun Bâ-ül evlenmeler bahsinde görmekteyiz. Enteresanlığında şüphe olmayan meselenin teşrih ve izahını kanunî delilleriyle yapalım :

124 üncü maddenin 2 inci fıkrası mucibince, esasen evli bir erkek her nasılsa başka bir kadınla ikinci bir evlenme akd etse, bu evlenme hakkında, butlan kararı alınmadıkça sahih evlenme hükümleri ceryan edecektir. Aynı muteberlik, esasen evli bir kadının ikinci bir erkekle akdetmek imkânı bulmuş olduğu evlilik için de aynen câri olacaktır. Zira, mezkûr fıkra, mutlak butlan sebeplerinden olan çok evliliğin her iki çeşidini ihtiva edici bir şumul ile yazılmış, poliandri hakkında istisnaî bir hükümü havi bulunmamıştır. Şu halde esasen evli olan bir kadın, her nasılsa ikinci bir erkekle evlenme akd etse, bu evlenme butlan kararı alınıncaya kadar 124/2 mucibince muteber olacaktır. Görülüyor ki Medenî kanunun bu maddesi ile poliandri de sahih evlenme gibi netice doğurabilecektir (24). Binnetice, bu misalde kadın ikinci evlilik hakkında butlan kararı verilmeden evvel ölse, her iki erkek de (iki koca) müşterek karılarının mirascısı olur. Alacakları hisse, hayatta kalan eşin hissesinin ikiye taksimi esasî ile tâyin olunacak, intifa ve mülkiyet bahsinde, fûru ile içtima ettikleri halde, o hususda kayd edilmiş olan prensiplere tâbi olacaklardır.

Âmme intizamına aykırı olan bu neticelere mâni olabilmek için, yapılacak tek iş, İsviçre ve Türk Medenî kanunlarının sözü geçen

(24) İslâm hukukunda çok erkekle evlenmelere ârizî olarak dahi sıhhat bahşedilmemiştir. Bu hususda bakınız : Şakir Berki. - H. Hamidî İslâm hususî hukunun ana prensipleri (Kur'anda hukuk), Ankara, 1962, ikinci tabı, sa : 37.

maddeleri hükümlerinin behemehal kaldırılmasından başka çare düşünülemez (25).

Ş. III — Boşanan eşin mirascılığı :

Boşanmış olan eşin kanunî mirascılığı ile mansup mirascılığı ve muayyen mal vasiyetinde musaleyhliği ayrı ayrı incelenecektir :

I — Boşanan eşin kanunî mirascılığı :

Boşanma ile karı koca arasında en yakın akrabalık (26) kalkacağı cihetle, boşanma hükmünün muhkem kaziye haline geldiği tarihten itibaren sâbık karı kocadan birinin vefatı halinde diğerinin ona eş sıfatıyla mirascı olamayacağı bedihidir. İsterse sâbık ve hayatda kalan eş başka biriyle ikinci bir aile hayatı kurmuş olmasın hüküm aynıdır. Keyfiyet böylece âşikâr iken İsviçre ve Türk Medenî Kanunları boşananların yekdiğerine mirascı olamayacağını tasrih etmeyi münasip bulmuşlardır. İsv. MK: 154 Türk. MK : 146. Böyle bir hüküm, kanunda yer almamış olsa idi bile, tatbikat aksi istikamette olamazdı.

Boşanan karı kocanın yekdiğerinin kanunî mirascısı olamayacağına dair bulunan esas, sâbık karı kocanın yekdiğerinin mirascısı olan hısımlarından olması halinde bittabi tatbik olunamaz. Bu halde boşananlar birbirinin hısımlık sebebi ile mirascısı olmaya devam ederler. Çünkü boşanma evlenmeden doğan akrabalığı ref edip, hısımlığı izale edemez. Evlenenlerin mutlaka hısımlık bakımından yekdiğerine yabancı olmaları icab etmez; Alman medenî kanununda teyze ile evlenme mümkündür; İsviçrede ve bizde de kardeş çocuklarının evlenme akdetmelerine manî yoktur. Bunlar boşansa, yekdiğerine eş olarak değil, hısım olarak yine mirascı olurlar. Hısımlıktan doğan mirascılık sıfatı ancak kanundaki mahrumiyet, iskat, feragat ve mirası red sebeplerinden biri ile ortadan kalkar.

Sâbık karı kocanın yekdiğerine kanunî mirascı olamayacağı ancak evlenmenin boşanma ile zevali haline münhasırdır. Zira İsviçre Kanununun 154 üncü maddesinin 3, ve Türk Medenî kanununun 146 ıncı maddesinin 2 inci fıkraları yalnız boşanmadan bah-

(25) Bu hususda bakınız : Şakir Berkî, Türk Medenî Kanununda Evlenmede mutlak butlan, (Ank. H. Fak. Dergisi, C. XIX, 1962 sayı : 1 - 4); ayrı bası.

(26) Karı ve koca yekdiğerinin hısımlı değildir, fakat en yakın akrabasıdır.

setmektedirler. Binnetice, karı kocadan biri hakkında gâiplik kararı verilse, gâip olmayan eş, miras hakkını muhafaza eder. Gâiplik kararı ister hayatta kalan eş, ister sair alâkadarın müracaatı üzerine verilmiş olsun, hayatta kalan eş yine mirascıdır. Yani gâiplik halinde hayatta kalan eşin mirascı olabilmesi için gâiplik kararının bizzat hayatta kalan eşin müracaatı ile istihsal edilmiş olmasına lüzum yoktur. Hayatta kalan eşin, hakkında gâiplik kararı verilmiş olan karı veya kocasının mirascısı olmasının sebebi, mücerret gâiplik kararı ile evliliğin zeval bulmayacağına dair olan hükümdür (27). Hayatta kalan eşin mirascı olamaması için gâiplik kararı ile birlikte evliliğin feshine de karar almış olmak icab eder. Gâip şahsın eşi, gâiplik kararından sonra gâip olan eşle mevcut evlilik akdinin feshine karar almış olmadan her nasılsa başka biri ile evlenmiş olsa, gâiple olan evlenme münasebeti zâil olmaz, ve ikinci evlenme butlan kararına kadar muteber olur. Bu halde, ikinci eş butlan kararından evvel ölmüş ise, eşin mirasdaki durumu aynı zamanda birden ziyade kadın veya koca ile evli bulunan şahsın mirasdaki durumuna dair olan esaslarla tâyin edilir.

146 ıncı maddenin 2 inci fıkrasındaki hükmün kanunî mirasla alâkalı kısmı evlendirmeleri mutlak, nisbî butlan kararı veya fesih kararı ile zeval bulmuş olan karı koca hakkında da câridir. Esasen Medenî kanunda böyle kıyasa medar bir hüküm olmasa idi bile netice aynı olurdu. Zira, ölüm müstesna olmak üzere, sair sebeplerle zeval bulan evlenme zeval tarihinden itibaren kanunî mirasa manî olur.

Mezkûr maddenin mansup mirascılık ve vasiyetlere ait olan kısmı ise, ileride mucib sebebi görüleceği üzere, butlan veya fesih kararı ile zeval bulmuş olan evlenmelere tatbik edilemez.

II — Boşanan eşin mansup mirascılığı ve muayyen mal vasiyetinde lehdarlığı :

Medenî Kanununun 146 ıncı maddesinin 2 inci fıkrası hükmü rahatına göre, eşlerden her biri boşanma vâki olduktan sonra diğerrinin ölümü halinde bunun boşanmadan evvel yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflardan faydalanamaz. İrade muhtariyetine aykırılığında şüphe olmayan bu hükümde, Kanun vâzının ailenin yıkılmaması için medenî bir siyaset mülâhazasına hükmedilebileceği

gibi, evlilik içinde vâki tasarrufların karı kocalık vasfı nazara alınarak ve bu râbitanın devamı düşünülerek yapılmış olduğu, yani boşanma ile evliliğin zevali halinde artık sâbık karı kocanın vaktiyle yekdiğeri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflardan faydalanmalarını istemeyecekleri mülâhazası da daha galip bir ihtimalle akla gelmektedir. Kanun vâzı hangi mülâhaza ile hareket ederek böyle bir hüküm vaz etmiş olursa olsun, bu hükmün müesir bir hüküm olamayacağını beyanda hata olmaz. Zira, ölüme bağlı tasarruflarda fertlere tanınmış olan serbest irade mucibince, sâbık karı koca dilerlerse, boşandıktan sonra da aynı tasarrufları yekdiğeri lehine yenilemek imkânına sahiptirler. Kanun bu imkânı ref etmediği gibi, etmekle de irade muhtariyetine ve medenî hakların sebebsiz yere takyidine ve ref'ine tevessül etmiş sayılırdı ki, böyle bir hareket hürriyete aykırı düşerdi.

Kayde şâyandır ki, kanunun mezkûr hükmü yalnız boşanmada kabahatli olan taraf aleyhine vaz eylemiş olması daha münasip olurdu. Halbuki maddenin sarîh hükmünden anlaşılır ki, kabahatsiz olan taraf da bu hükmün vaz ettiği esasa tâbi bulunmaktadır.

Doktrinal görüş ne olursa olsun, tatbikatda mezkûr maddenin uygulanmasında aşağıdaki şıklara göre hükmetmek mecburidir :

1) A ile B evlidir; A, B ye evlilik devam ederken bir ev vasiyet etmiş, sonra B nin canına kasd ettiğiinden, B, boşanma davası açıp evliliğe son vermiştir. Boşanmadan sonra A ölmüş terekesinde mezkûr vasiyet çıkmıştır. B, vasiyetin tenfizini istemektedir. Hâkim, 146 ıncı maddenin münakaşa kabul etmez açıklığı karşısında vasiyetin tenfizi talebini red edecektir. Çünkü vasiyet keenlemyekündür (28). Vasiyet mevzuu sair mirascılara, veya ikameli idi ise namzede intikal eyler (29).

(28) İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında vasiyetler ekseriya iptali mucibtir. Keenlemyekün vasiyetler nadirdir ki, bunlardan biri de 146 ıncı maddenin derpiş ettiği hüküm dolayısıyledir. Mezkûr kanunlarda 15 yaşını doldurmayan, hattâ mümeyyiz dahi olmayan bir kimsenin yapmış olduğu vasiyet bile sözü geçen kanunların mevzu ile ilgili maddeleri sarahatince, keenlemyekün değil, iptali mucibtir. İptal dâvası açılmadıkça veya iptal için kabul edilmiş olan mürruruzamanlar geçmiş ise delinin yapmış olduğu vasiyet dahi muteber olur ve tenfiz edilmesi icab eder. Keenlemyekün vasiyete, başkasının malını vasiyet etmek, veya kanunen memnû bir metain (esrar gibi) vasiyeti misal olarak verilebilir.

(29) Türk. M. K. Md : 146/2 : «Boşanma karı koca,... ölüme bağlı bir tasarrufla temin olunan menfaatleri zâyi eder.»

2) A, B yi boşanmadan evvel, yani evlilik devam ederken terekenin bir cüz'ünde mirasçı nasb etse, boşandıktan sonra B nin mansup mirascılığından bahsolunamaz. Zira, 146 ıncı madde «ölüme bağlı tasarruflar» demek suretiyle umumî bir lafız kullanmış, boşananlar arasındaki muayyen mal vasiyetlerini zikir suretiyle memnuiyeti tahdit etmemiştir.

Kayd edelim ki, 146 ıncı maddenin mesele ile alakalı son fıkrasındaki hüküm, ancak evliliğin devamı esnasında yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflar için kabili tatbiktir. Zira fıkrada «Boşanmadan evvel» ibaresi ile evlilik esnasında yapılmış olan tasarruflar ifade edilmek istenmiştir. Maksad boşanan karı kocanın evlenmeden evvel yapmış oldukları tasarrufların keenlemyekûnluğunu ilân olsa idi, Kanun vâzu için bu maksadı belirtici bir ibare kullanmak müşkil olmazdı. Binaenaleyh, hattâ nişanlılık devresinde taraflar yekdiğerini mansup mirasçı kılmış veya yekdiğerine muayyen mal vasiyeti yapmış olsalar, boşandıkları zaman bunlara hâlel gelmez. Kendileri isterlerse, boşanma halinde tasarrufdan rüçû şıkkını ihtiyar edebilirler.

Bu sonuncu hali, Kanun yalnız bir tek istisnaya tâbi tutmuştur: Ölüme bağlı tasarruf, evlenme mukavelesi ile yapılmış ise, keenlemyekûn addedilmiştir. 146 ıncı maddenin mesele ile ilgili fıkrası bu hususda sarihtir: «Boşanan karı koca... evlenme mukavelesi ile veya boşanmadan evvel yapılmış ölüme bağlı bir tasarruf ile temin olunan menfaatleri zâyi eder». Evlenme mukavelesi, evlenme akdinden evvel de yapılabileceğine göre (30), ancak bu mukavele ile ihdas edilmiş olmak şartıyla tarafların evlenmeden evvel yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar da hükümden düşer.

3) Kanunlar yalnız lafziyle değil ruhu ile de kabili tatbik olduğundan, taraflardan biri boşanma davâsı açıldıktan sonra, diğeri lehine ölüme bağlı bir tasarrufda bulunsa, bizce bu tasarrufun 146 ıncı madde şumulüne girmemesi icab eder. Zira bu maddenin ölüme bağlı tasarrufları keenlemyekûn ad eden hükmü, boşanmakla karılık ve kocalık vasfının kalkacağı ve bu sıfat nazara alınarak yapılmış olan tasarrufların yapan tarafından boşandıktan sonra iptal olunabileceği ihtimaline bina edilmiştir. Misal ise, bu düşünceye rağmen boşanma davâsı ikame edilmiş olsa bile ihtimalin aksine karine teşkil ettiğinden, bu gibi tasarrufların 146 ıncı maddeye da-

(30) M. K. Md : 171; İsviçre M. K. Md : 179/1.

hil edilerek hükümsüzlüğünü iddia etmek, bizce maddenin sevk sebebi ve tefsir kaideleriyle bağdaşıcı bir noktai nazar olmaz. Ancak işarete değer ki, tasarrufu yapmış olan tarafın tasarrufu yaptığı anda, boşanma davası ikame edilmiş olduğuna ıttılai şarttır. Meselâ A, B hakkında boşanma davası açmış, B bu davâdan haberdar olmadan, davânın ikamesi tarihinden sonra, A lehine ölüme bağlı bir tasarrufda bulunmuş ise, bu tasarruf 146 ıncı madde mucibince hükümden düşer. Zira, bu ikinci halde, tasarruf, evliliğin devamı zihniyeti ile vâki olmuş sayılır. Fakat A'nın açtığı boşanma davasını öğrenmiş olmasına rağmen, B, A lehine ölüme bağlı bir tasarruf yapmış olursa, bu tasarrufun hükümsüzlüğü düşünülmemek lâzımdır. Çünkü, bu halde, B, nin A ile karı kocalık münasebet ve vassıfının izalesi kasdüniyetini bilmiş olmasına rağmen A lehine ölüme bağlı tasarruf yapmış olması, boşanma muhkem kaziye haline gelmiş olsa bile ona terekesinden bir menfaat temin etme arzusunadaki ısrar ve istikrarı ifade eder. Böyle bir tasarrufu 146 ıncı madde şumulüne dahil ederek keenlemyekûn hale sokmaktan fayda da memul olmaz; çünkü boşanma vâki olsa bile B, A lehine aynı tasarrufu yine yapacaktır.

Meseleye son vermeden evvel, 146 ıncı madde hükmünün esasen müessir bir hüküm olamayacağını ve çünkü boşanan karı kocanın vaktiyle yekdiğeri lehine yapmış olup da boşanmakla kanunen iptal edilmiş olan ölüme bağlı tasarrufları yenilemek imkânına sahip buldukları hakikatini hatırlatmayı zait bulmuyoruz.

146 ıncı maddenin âmir hükümlerden olup olmadığı meselesi üzerinde de düşünmeye mahal vardır :

Madde, mücerret ferdî menfaatlerle ilgili bulunduğundan, intizamı ammeyle alâkalı bir ciheti yoktur. Binnetice, ölüme bağlı tasarrufda, boşanma vâki olsa bile bu tasarrufun muteber olacağı şeklindeki irade beyanının hükümsüz sayılmayacağı fikrinin ölüme bağlı tasarruf iradelerine çok itibar etmiş olan Kanun muvacehesinde reddedilebilen her noktai nazar teşkil etmeyeceğini ifade etmek icab eder. (30). M. K. Md : 171; İsviçre M. K. Md : 179/1.

Boşanma halinde karı kocanın mirası ile ilgili olan bu bahse son vermeden evvel tatbikî önemi olan bir kaç mesele üzerinde durmak zarurîdir :

a) Boşanma, hükmün kesinleşmesiyle sâbit olur. Bundan evvel ölüm vâki olduğu takdirde, karı kocalık henüz devam ettiğinden,

146/2 tatbik olunamaz. Vefat eden davâyı açmış olan, veya diğer taraf olsun, aksi manâdaki bir Temyiz içtihadına rağmen, hükümde değişiklik olmaz. Zira, boşanma davâsı henüz devam ederken ölüm vâki olunca, davâ sakıt olur; çünkü ölümle evlilik zâil olacağından davâyı devam ettirmek zeval bulmuş olan bir şeyin zevaline karar vermek demek olur ki fuzulilik âşikârdır. Binnetice, davâ devam ederken, davâyı ikame etmiş olan veya diğer taraf vefat etse, mirasın açılmaması için hiç bir sebep düşünülemez. Davâ ikame etmiş olmanın da mirasçı olmaması için kanunî ve hukukî bir sebep yoktur. Aksi içtihad, şahısların mirascılık sıfatını izale eden, red, mahrumiyet, iskat veya feragat gibi kanunî müesseselere yeni bir sebep ilâvesi mânâsına gelirdi. Halbuki, gerek resmî gerek hususî doktrin kanunen tahdidî şekilde kabul edilmiş olan mirascılık vasfını izale edici sebepleri tevsî etmesi düşünülemez.

b) 146 ıncı maddenin 2 inci fıkrasındaki hüküm, münhasıran evlenmenin boşanma ile zevaline dairdir. Binnetice butlanına hükmedilen veya nisbi butlan yahut sair fesih sebepleriyle zâil olan evlenmede her iki tarafın, infisahdan evvel yekdiğeri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarrufların 146 ıncı madde mucibince keensiyekûn addedilmesi lüzumu, butlan ve feshin hükümlerinden bahseden 126 ıncı maddenin 2 inci fıkrasına istinadla iddia edilemez. Zira bu fıkra, yalnız butlan ve feshin karı koca arasındaki emvalin tasfiyesi ile maddî ve manevî tazminata dair hususlarda boşanma davâsının hüküm ve neticelerine atıf yapmakda, boşanmanın malî hükümleriyle alâkalı olup 146 ıncı maddenin 2 inci fıkrasında derpiş edilmiş olan miras ve ölüme bağlı tasarruflarla ilgili bulunmamaktadır. Mamafih, mutlak veya nisbî butlan yahut sair fesih sebepleriyle zeval bulmuş olan evlenme neticesinde sâbık karı kocanın butlan veya fesihden sonra kanunî mirasçı olamayacakları bedihidir. Zira, esasen 146 ıncı maddenin boşanan karı kocanın yekdiğेरinin kanunî mirasçısı olamayacağını belirten hükmünün zâit bulunduğuna, çünkü, bu hüküm olmasa idi bile, boşanma kat'ileştiğи andan itibaren karı kocalık münasebeti kalkmış olduğundan, artık bunlar arasında kanunî mirascılığın devamına hukuk esasları ve kanun bakımından imkân bulunamayacağı kayd edilmişti. Aynı sebepler, evliliğın butlan ve sair fesih sebepleriyle zevali halinde de sâbık karı kocanın yekdiğेरinin kanunî mirasçısı olamayacakları hususunu teyid için kâfidir. Şu halde, 146 ıncı maddenin 2 inci fıkrasında mevcut olup, sâbık karı kocanın boşanmadan sonra

vefatları halinde yekdiğeri lehine yaptıkları ölüme bağlı tasarruflara dair olan hükmün butlan ve fesih halinde kabili tatbik olamayacağı hususu önemlidir. Bu imkânsızlık, 146 ıncı maddenin aksi manâdaki neticeyi yalnız boşanmaya hasretmiş olmasından, ve 126 ıncı maddenin 2 inci fıkrasındaki tahdidilik sebebiyle mezkûr fıkranın ölüme bağlı tasarrufların keenlemyekûnluğuna teşmil için kıyasa müsait bulunmayacağı sebebinden doğmaktadır.

Gerek butlanla, gerek sair fesih sebepleriyle malûl olan bir evlenme hakkında, henüz butlan veya fesih kararı verilmeden taraflardan biri vefat etse, yekdiğerinin kanunen mirasçı olacaklarından ölüme bağlı tasarrufların keenlemyekûnluğundan da bahse imkân görülemez. Bu netice, mutlak butlanla dahi bâtil olan evlenmelerin aynen sahih evlenme gibi hüküm ve netice tevhit edeceklerini tasrih etmekte olan 124 üncü maddenin 2 inci fıkrası ile de teyid olunur.

Taraflar arasındaki evlenmenin butlanına veya feshine hükümden sonra ölüm vâki olsa, hayatta kalan eşin kanunî mirascılığından bahse imkân olamaması bedahatine mukabil, müteveffa eşin bâtil veya malûl evlilik devam ederken yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufla mansup mirasçı veya muayyen mal vasiyetinde lehdar kılınmış olduğu hayatta kalan eşin bu tasarruflardan istifade etmesine engel düşünülemez; çünkü, 146/2 deki hüküm yalnız boşanma halinde kabili tatbiktir.

Ş. IV — Karı kocanın miras hakkını zâyi etmesi :

Karı koca yekdiğerinin en yakın ve en mümtaz kanunî mirasçısıdır. Lâkin her kanunî mirasçı gibi bunlar da mirascılık vasfını zâvi edebilirler. Bu takdirde, hayatta kalan eş mirasçı olamaz.

Eşin mirascılık sıfatının ziyası, kanundaki sebepler haricinde olmaz. Meselâ evlenirken tarafların yekdiğerinden mirasçı olmayacaklarını taahhüt etmiş bulunmaları hüküm ifade etmez. Böyle bir kayda rağmen, kanunen yine mirasçı olurlar (31). Zikredilen şart, miras hakkını tamamen ref etmeyip, eşin mahfuz hissesini azaltsa, veya mirasdaki derecesini uzaklaştırsa, yahut eşin intifa ile rakabe arasındaki hakkı hıyarını izale etse, hüküm ayıdır. Ev-

(31) Evlenme akdi vâki olup, karı kocalık vasfı teessüs etmeden evvel taraflar yekdiğerinin mirasçısı olamayacaklarından, yukarıda zikredilen mukavele mirasdan feragat mukavelesi şeklinde de düşünülemez.

lenmenin hükümleri arasında Evlâd edinme müessesesinde olduğu gibi (Md : 257) aksi istikametde bir hüküm bulunsa idi, sureti hal başka türlü olabilirdi.

Şu halde eşin mirascılık sıfatının izalesi ancak kanunun bu hususda ve sair mirascılar hakkında da müşterek olmak üzere derpiş eylemiş olduğu müesseselerle mümkündür :

I — Mirasdan feragat :

Miras hakkı doğmadan, yani müris vefat etmeden mirasdan feragatin câiz olmasını kabul güç ise de (32), bazı hukuk sistemleri ve kanunlar böyle bir imkânı tasvip etmişlerdir (33). Bu itibarla nazari görüşler üzerinde durmaksızın mevzuata muvazi olarak tetkikat zarurîdir :

Mirasdan feragat, mirascılık için muntazar hak sahibi olabilecek duruma erişdikten sonra mümkündür. Bu itibarla mirasdan feragat şartıyla evlenmek ve bu hususda evlenme akdinden evvel taraflardan birinin tek taraflı olarak mirasdan feragat etmiş olması, gibi haller hukukun anladığı, medenî kanunun kasd ettiği manâda feragat sayılmayıp, muteber değildir : A, B ile evlenmeden evvel eş sıfatıyla mirasdan hisse almayacağına dair resmî şekilde mukavele yapmış olsa, evlenme akdinden sonra ölüm vâki olsa, hayatta kalan eşin mirascılığı kaidelerince terekeye yine iştirâk eder.

Evlenme akdi tekemmül edip, karı kocalık vasfı tahakkuk ettikten sonra, feragat câizdir. Feragat yalnız bir eş tarafından olabileceği gibi, her iki eş de müteakiben yekdiğerinin mirasından feragat edebilirler. Feragat, kısmen de mümkündür. Bu halde, hayatta kalan eşin miras hakkı feragat nisbetinde azalmış olur (33/1).

Feragat mukavelesinde yalnız feragatden bahis, kanunî mirascılıktan feragati tazammun eder. Binnetice, eş, mirasdan feragat

(32) Çünkü, miras hakkı mürisin ölümü ile tahakkuk eder; henüz doğmamış bir hakdan feragat mümkün olmaz. Diğer cihetden kimin evvel öleceği de malûm değildir. Bu ikinci halde hangi tarafta feragat hakkının olacağı da evvelden kestirilemez.

(33) İsviçre M. K. Md : 496; Türk M. K. Md : 475 : «... bu suretle feragat eden kimse, mirasçı sıfatını zâyi eder.»

(33/1) Mirasın tamamından feragatı kabul eden bir sistemde, cüz'ünden feragat fikrinin reddi imkânsızdır. Cüz'i feragatde mirascılık vasfı feragat edilmiş olan miktar nispetinde zâil olur.

etmiş olsa, ve feragat mukavelesinde başka kayıt bulunmasa, ölen eşinin mansup mirasçısı sıfatıyla yine mirasa dahil olur.

Muayyen mal vasiyeti mirasçı nasbını tazamun etmediğinden, vasiyetden feragat müessesesi mevzu bahis değildir : vasiyet edenin ölümünde vasiyeti kabul etmemek aynı neticeyi tevliid eder. Esasen ekseriya muayyen mal vasiyeti lehdarı, murisin kendisine mal vasiyet etmiş olduğunu da bilmez. Binnetice, koca, karısına muayyen mal vasiyet etmiş, fakat karı kanunî ve mansup mirasçılığa şâmil olmak üzere mirasdan feragat eylemiş olsa, kocanın ölümü halinde muayyen mal vasiyetinden müstefit olur.

II — Mirasdan İskat :

Mirasdan iskat, her mahfuz hisseli mirasçı için mevzu bahis olduğundan, eş de her derecede mahfuz hisseli mirasçılar zümresine dahil bulunduğundan, karı kocasını; koca karısını; mirasdan iskat edebilir. İskat, cana kasd sebebiyle olsa, fakat aynı sebebe binnaen canına kasd olunan eş boşanma davası açmamış veya açıp da affetmiş bulunsa cana kasd, yine mirasdan iskat sebebi olarak berdevamdır. Yani boşanma dâvasında af, iskatı hükümsüz kılmaz.

Etüd mevzuu, Medenî Kanununun mirasdan iskata dair hükümlerini izah olmayıp, eşin iskat edilip edilemeyeceğine münhasır olduğundan fazla izahatın lüzumsuzluğu âşikârdır.

Karı koca ancak aciz sebebiyle mirasdan iskat edilemezler. Çünkü bu nevi iskatdan bahseden 460 ıncı madde, bu iskatın yalnız fûrua aidiyetini tasrih etmektedir.

III — Mirasdan mahrumiyeti :

Mahrumiyetden bahseden 520 inci maddenin kullandığı ibare umumîdir. Binnetice, kanunî olsun, mansup olsun her mirasçı ve lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulmuş olan herkes (34), mirasdan daha doğrusu, veraset suretiyle intikal ve iktisabdan mahrum edilebilir. Haytda kalan eş de hangi sebeple terekeden istifa-

(34) Muayyen mal vasiyetinden müris ile hısımlılığı olmayan her üçüncü şahıs istifade edebileceği gibi, mahfuz hissesi olsun, olmasın her kanunî ve hattâ mansup mirasçı ve bu arada kanunî mirasçı veya mansup mirasçı sıfatıyla eş de istifade edebilir. İslâm hukukunda «vârise vasiyet yoktur» esası İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında mevcut değildir

de edecek olursa olsun, mezkûr maddede sayılan dört fiilden birini işlediği takdirde mirasdan kanun hükmü icabından olarak (35) mahrum olur.

Eşin mirasdan mahrum olabilmesi için, mahrumiyeti icab ettiren fiili eşlik sıfatı mevcut iken işlemiş olması şarttır. Henüz evlenmeden eşlerin yekdiğerine mahrumiyeti icab ettiren bir fiilde bulunmuş olmaları, eş olarak mirasdan mahrumiyet sebebi sayılamaz. Çünkü evlenmeden evvel eşlik ve eşlik sebebiyle mirascılık mevzuu bahis değildir. Hattâ bir kimse daha evvel eşlik sıfatını hâiz olmuş olsa bile hüküm aynıdır. Keyfiyetin misal ile aydınlatılması zarurîdir : A,B ile evlidir; boşandıktan sonra A, B nin canına kasd etmiş veya ona karşı mahrumiyeti mucib sair fiil işlemiştir; sonra bu iki şahıs tekrar evlenme akdi yapmışlardır. Bu halde A, B nin mirascısı olur ve evvelce boşanma safhasında vâki mirasdan mahrumiyet sebebi nazara alınmaz.

Keza, A, B ile evli iken B nin canına kasd etse, sonra evlilik bütan yahut fesih ile zeval bulsa, fakat tekrar evlenseler bu evliliğin devamı sırasında mahrumiyet sebebi vâki olmasa, A, B nin eşi olarak yine mirascısı olur;

İskat ve mahrumiyeti peşinen kaldırıcı her kayıt ve anlaşma hükümsüzdür. Binnitice, bir koca, karısına evlenmeden evvel veya evlendikten sonra mirasdan iskat etmeyeceğine dair sened verse, mutber olmayacağı gibi, mahrumiyeti icab ettirici her halde af edeceğine dair her ne tarzda olursa olsun rıza gösterse, keenlemeyekündür. Zira mahrumiyetde af hakkı, ancak mahrumiyet sebebinin vukubulmuş olmasından sonra düşünülebilir.

IV — Mirası red :

Medenî kanunun 545 inci maddesi mucibince, kanunî olsun, mansup olsun her mirascının ve kanunî mirascılardan mahfuz hissesi bulunmayan veya mahfuz hissesi olan her mirascının mirası red hakkı vardır. Mirascılar isterse tereke borca müstağrak olmasın, ve isterse tereke yalnız aktifi mevcut zengin bir tereke olsun bu hakdan feragat edemezler. Ancak, red müddeti geçince veya

(35) İskat, mirasın ölüme bağlı tasarrufu ile mümkün olduğu halde, mahrumiyet, kanun hükmü ile kendiliğinden vâki olur.

red hakkını ref edici tasarruflar vâki olunca, red müessesesinden faydalanılmaz (36).

Hayatda kalan eşin mirası red sebebiyle mirascılık sıfatının izalesi de yukardaki esaslar dairesinde vâki olur. Ölüm vâki olmadan, eşlerden biri mirası red edemez; zira, feragate muhalif olarak, red, miras açıldıktan sonra mevzuubahisdir. Binnetice, eşlerden biri henüz diğeri ölmeden mirası red ediyorum diye mevsuk beyanda bulunmuş olsa, bunun hiç bir değeri olmaz; ölümden yani miras açıldıktan sonra ayrı bir red iradesinin usulüne göre izharı iktiza eder. Böyle peşin bir red arzu ve iradesi resmî senedle vâki olsa bile, mirasdan feragat şeklinde tefsire tâbi tutulmamak lâzımdır. Fakat red, feragat kasdünüyetiyle vâki olmuş ve miras mukavelesinin mevzuunu teşkil etmiş ise, lafza bakılmayıp, hakiki kasdünüyete göre tefsir (37) icab edeceğinden, feragat hükmündedir.

Hayatda kalan eş, hükmî reddin de aynen sair mirascılar gibi istifade eder.

Red bahsinde, Medenî kanun, karı kocadan sağ kalanın hakkına dair hususî bir hüküm sevk etmektedir :

«Miras, fürûların cümlesi tarafından red edilmiş ise, red keyfiyeti sulh mahkemesince karı kocadan sağ olana tebliğ olunur ve onun tarafından ancak bir ay içinde miras kabul olunabilir».

Bu madde ancak reddin fürû tarafından vukuu halinde, hayatda kalan karı veya kocaya bunların hissesine de mirascı olup olmak istemediğinin sorulmasını derpiş ediyor. Hayatda kalan eş, bunların hissesini kabul ederse, bütün tereke ona intikal eder. Bu hususta 552 inci madde hükmü de nazara alınmak ve 553 üncü madde ile mukayese edilmek lâzımdır.

Hayatda kalan eşin hükmî red dolayısıyla de mirascılık vasfını zâyî edebileceğine temas edilmişti. Ancak, hükmî red müessesesi

(36) M. K. Md.: 546; 550: «Müddeti içinde red etmeyen mirascı, mirası kayıtsız şartsız iktisab etmiş olur... alelâde idarenin ve mirasa ait işleri idamenin istilzam etmediği bir muameleyi yapan ve terekeden bir malı zimmetine geçiren veya ketmeden mirascı, mirası red etmek hakkından mahrum olur.»

(37) Borçlar Kanununun 18 inci maddesinde akitlerin tefsirine ait esaslar miras mukavelesinin tefsirinde de câridir: B. K. Md.: 5. Hattâ aynı tefsir kaidesinin tek taraflı ölüme bağlı tasarrufların tefsirinde de tatbik edilmemesi için men edici hiç bir kanunî hüküm ve hukukî esas mevcut değildir.

borca müstağrak terekenin kabulüne mâni değildir; binnetice hayatda kalan eş ölen eşinin böyle bir terekesini kabul etmiş ise, mirascılık vasfı zâyi olmaz.

M. Kanununun 552 inci maddesi hükmü yanlış tercüme edilmiştir. Bu madenin meseleyle alakası yoktur. Ancak bütün fûrû red edince, hayatda kalan karı veya kocaya tebliğ lâzımdır. Hayatda kalan eş, bir aylık müddet zarfında sükût ederse, mirası kabul hükmündedir. Eşin red iradesini beyan etmiş olması icab ederdi. Bu netice, müddeti içinde red etmeyen mirascının mirası kabul etmiş addedilmiş olmasıyla (38) de teyid olunur.

Kanun, vasiyet olunan şey'in de reddini derpiş etmiştir. 556 ncı madde bu husuda : «Vasiyet olunan muayyen şey, red olunduğu takdirde, vasiyetcinin tasarrufundan hilâfı anlaşılmadıkça, vasiyet olunan şey, onu ifa ile mükellef olan kimsenin olur.» demektedir. Yani vasiyet olunan muayyen mal, red halinde red edenin mirascılarına intikal etmez (39). Halbuki miras reddedildiği zaman hisse, 551 inci madde mucibince kanunî veya mansup mirascı evvel ölmüş gibi mirascılara intikal eder (40).

Kanunî ve mansup mirascılığın ve muayyen mal vasiyetinin eş eş tarafından reddi halinde aşağıdaki ihtimallere göre hükmolunur :

1) Kanunî mirascı olarak miras eş tarafından red olunmuş ise, hissesi fûruuna intikal etmeyip, hangi kanunî mirascılarla içtima etmiş ise, onlara intikal eder. Red eden eş, mirasda müstakil idi ise, hissesi yine fûruuna intikal etmez kanunî mirascı sıfatıyla Devlete ait olur (41).

Hayatda kalan eşin mücerret red iradesi, kanunî miras payına münhasır olmamak üzere tefsir olunmak lâzımdır. Müteveffa, eşini mansup mirascı da nasb etmiş ise, eş tarafından mansup miras-

(38) M. K. Md : 550 : «Müddeti içinde red etmeyen mirascı, mirası kayıtsız şartsız iktisap etmiş olur.»

(39) Bu imkânsızlık musaleyhin mirascı sıfatını haiz olmayışının bir neticesidir.

(40) Mansup mirascı red etmiş ise, tasarrufda hilâfı yazılı değilse, mansup mirascının hissesi ölenin en yakın kanunî mirascılarına ait olur; M. K. Md : 551/2.

(41) Zira mirasda fûrun halefiyet suretiyle hisseye sahip olması, usul nezdinde mirascılık vasfı baki iken usulün müteveffadan evvel vefatı halinde mevzuubahis olur, ve esasen, kanun halefiyeti ancak, 439/3; 440/2; 441/1 deki hallerde ve bir de iskat gibi halefiyeti hasseten tasrih etmiş bulunduğu ahvalde kabul etmiştir.

çılığın da red edilmiş olduğuna dair ayrı bir red beyanı icab etmez. Binnetice, Hazine, kanunî ve mansup mirasa şâmil bir red beyanı olmasa bile, red eden eşin ancak kanunî miras payına değil bütün mirasa sahip olur.

2) Eş yalnız mansup mirascı olarak mirasa iştirak ediyorsa, hüküm, 551/2 ye göre verilir : tasarrufda aksi bir kayıt yoksa, eşe mansup mirascı olarak intikal edecek olan hisse, sair mirascılarla içtimai halinde, onlara; mirasda müstakil bulunduğu halde Devlete intikal eder. Yani bu sonuncu halde dahi red edilen miras, red eden eşin fûruuna (42) intikal etmez. Eş, kadın ise, müteveffadan olmayan fûruu olsun, gayri sahih nesepli fûruu olsun (43) hüküm aynı olurdu. Yani her ikisi de analarının red ettiği mansup mirascılıktan istifade edemezler. Binnetice bu halde de eşin mansup mirascılık sıfatıyla hissesi Devlete intikal eder (44).

Eşin muayyen mal vasiyetini reddi haline geçmeden evvel, mirasa yalnız mansup mirascı sıfatıyla dahil olacağı hale misal vermekde fayda vardır : eş, mirasdan feragat mukavelesi ile feragat ettikten sonra, eşi tarafından terekenin bir kısmı veya tamamı için mirascı nasb edilmiş olabilir. Bu halde hayatta kalan eş, terekeye yalnız mansup mirascı sıfatıyla iştirâk eder. Keza, eşini mirasdan iskat etmiş olan şahıs, sonraki tarihli bir tasarrufla onu mansup mirascı kılsa, hüküm aynıdır. Zira, mirasdan iskat münhasıran kanunî mirascılık vasfını izale eder. Çünkü, iskat mahfuz hisseli kanunî mirascılar hakkında kabili tatbiktir (45). Diğer cihetden, mirasdan iskat edilmiş olan mahfuz hisseli bir mirascıyı mansup mirascı kılmak, iskat tasarrufundan rücu veya onu iptal sayılmaz. İskatı iptal için ya iskat iradesini gösteren tasarrufdan rücu, veya on-

(42) Buradaki fûrû vefat eden eşden olan fûrû olmayıp, başka kocadan olan meşrû veya evlilik dışı cinsî münasebetden doğan fûrûdur. Vefat eden eşden olan müsterek fûrû mevzuu bahis olsa idi, eşin mirasda müstakillüğünden bahsedilmezdi. Bu halde red edilen miras, eşle içtima etmiş olan bu fûrua geçerdi : 551/2.

(43) İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında evlilik haricinde doğan çocuk anasına karşı meşrû çocuk gibi mirascı olur ise de, anaya karşı nesebi yine gayri sahihtir : Şakir Berki, Medenî Hukuk «Başlangıç, Şahıs, Aile Hukuku», Ankara, 1961, sa : 252 - 254, Not : 223.

(44) Bu hisse üzerinde Büyük ana ve büyük babaların ana ve babalarının intifa hakkı mahfuzdur

(45) Türk Medenî kanunu Md : 457 : «Aşağıdaki hallerde mahfuz hisseli mirascılar... mirasdan iskat edilebilir.»

dan sonraki bir tasarrufda iskat tasarrufunu izale eden bir iradenin mevcudiyeti lâzımdır.

3) Eş, kanunî ve mansup mirasçı sıfatını hâiz olmamakla beraber, vefat eden karı veya kocasının yapmış olduğu muayyen mal vasiyetinin lehdarı olarak da terekeden faydalanabilirler. Eşin mirasdan feragati ve üstelik mansup mirasçı da nasb edilmemiş olması ve ancak lehine muayyen mal vasiyeti yapılmış bulunması halinde keyfiyet böyle olduğu gibi, kanunî veya mansup mirasçı veya hem kanunî hem mansup mirasçı iken (46) mirası red etmiş olmasına mukabil, muayyen mal vasiyetini red etmemiş olması halinde de vaziyet aynıdır.

Bu girişden sonra, aşağıdaki intimallere göre hükmetmek icab eder :

a) Yalnız muayyen mal vasiyeti lehdarı olan eşle birlikde müteveffanın sair mirasçıları mevcut ise, eşin vasiyeti reddi halinde, vasiyet mezuu bu mirasçılara intikal etmez (47). Ancak, vasiyetnamede aksine sarahat varsa hüküm ona göre verilir. Binnetice, eşin vasiyeti reddi halinde sair mirasçılar veya Devlet, yahut mirasla ilgisi olmayan üçüncü hakikî veya hükmi bir şahıs (48) ikame suretiyle (49) muayyen mala sahip kılınmış olsa, eşin red ettiği vasiyet bunlara ait olur.

b) Yalnız muayyen mal vasiyetinden istifade eden eş verasetde müstakil kalsa, yani, terekedeki malların hepsi (50). mahfuz hisseli mirasçı olmadığından muayyen mal vasiyeti ile eşe vasiyet edilmiş olsa, vasiyetlerin hepsinin reddi halinde tasarruflarda aksi kayıt yoksa, vasiyeti tenfiz memuru kanunen ikame edilmiş sayılacağından, tenfiz memur veya memurlarına intikal eder. Fakat vasiyetnamelerde bunlara intikal etmeyeceği kayd edilmiş olmakla bera-

(46) Her mahfuz hisseli veya mahfuz hissesi olmayan kanunî mirasçı uhdesinde kanunî ve mansup mirasçılık içtima edebilir. İslâm hukuku gibi vârise vasiyeti câiz görmeyen sistemlerde bu içtima mümkün değildir.

(47) M. K. Md. : 556 : «Vasiyet olunan muayyen şey red olunduğu takdirde, vasiyetçinin tasarrufundan hilâfı anlaşılmadıkça, vasiyet olunan şey, onu ifa ile mükellef olan kimsenin olur.»

(48) Hükmi şahısların her çeşidi mansup mirasçı nasb edilebileceği gibi, muayyen mal vasiyetinden de istifade edebilir.

(49) Alelade ikame : M. K. Md : 468.

(50) Tereke yalnız bir tek tasarrufla bir şahsa intikal ettirilse, bu, muayyen mal vasiyeti olmayıp, bütün tereke için mansup mirasçılığı ifade eder. Fakat terekedeki malların hepsi ayrı ayrı zikredilerek bir veya müteaddit tasarruflarla vasiyet olursa, bu, muayyen mal vasiyetidir.

ber, başka bir şahıs da ikame edilmemiş ise, terekedeki bütün mallar Devlete ait olmak lâzımdır.

Tetkike son vermeden evvel çalışma ile alâkalı şu meseleler üzerinde durmak da zarurîdir :

Vasiyetin kabulü anına, hattâ vasiyet mevzuunun musaleyh mülkiyetine intikali zamanına kadar vasiyet mevzuu olan şeylerin medenî semereleri ile tabii semereleri kime ait olur? : Cevap, vasiyetle musaleyhe vasiyet mevzuunun mülkiyetininmi yoksa mülkiyetin naklini talep gibi şahsî bir hakkınmi intikal etmiş olacağı meselesinin haline bağlıdır. Şu halde her şeyden evvel bu mesele üzerinde durmak iktiza eder :

Her ne kadar vasiyet yapanın kasdüniyeti, musaleyhe vasiyet ettiği şey'in mülkiyetini intikal ettirmekten ibaret ise de (51). bu kasdü niyet, mürisin vefatından sonra musaleyh tarafından kabul edilip, vasiyet mevzuunun mülkiyetine tesahüp iradesi sâbit, ve mülkiyetin intikaline dair olan kanunî şerait vâki olmadıkça, tahakkuk edemez. Aksi hal, insanları zorla mülkiyete sahip kılmak mânasına gelirdi ki, buna, umumî hukuk prensipleri muvacehesinde imkân olmadığı gibi, veraset esasları da cevaz vermez. Verse idi, kanunî ve mansup mirasçıların mürisin ölümü anında terekedeki mülkiyet haklarını kabul etmiş olan miras sistemlerinde her iki çeşit mirasçının mirası kabul veya red müessesesinden faydalanması imkânı yer alamazdı. Diğer cihetden, Medenî kanun, ilgili maddelerinde kanunî ve mansup mirasçılarının mürisin ölümü anından itibaren mülkiyete sahip olacaklarını ifade eden hükümleri ihtiva ettiği halde, muayyen mal vasiyeti mevzuunun musaleyhin mülkiyetinde addedileceğini delâlet suretiyle dahi ifade etmemiş olduğu bir hakikattir. Şu halde bu mutlak sükût karşısında muayyen mal vasiyeti mevzuunda musaleyhin miras açıldığı anda mülkiyet hakkının sâbit olup olmayacağı meselesinde umumî prensipler nazara alınarak içtihadı mahal vardır. Nihayet vasiyet, netice itibariyle teberrudan başka bir şey değildir. Hayatda yapılan teberrû ve hibe (52) mevzuları, bunlardan istifade edecek olanların arzuları hilâfına nasıl netice doğurmaz ve istifade edecek olanın kabul ve usulüne göre iktisabından ev-

(51) Filhakika, bir şahıs diğerine bir evi veya bir otomobili vasiyet etmiş ise, niyeti ev ve otomobilin mülkiyetini devirdir; aksi halde musaleyhlere ev veya otomobil bedellerine muadil muayyen bir miktar para vasiyet ederdi.

(52) Teberrû şâmil bir terimdir: sadaka, ibra, hibe ve vasiyeti içine alır. Fakat hibe, kanunun nev'i şahsına münhasır esaslarla tanzim ettiği bir teberrûdur. Her hibe teberrûdur, fakat her teberrû hibe değildir.

vel nasıl teberruda bulunanın mülkiyetine dahil olmaya devam ederse, bir teberrûdan başka bir şey olmayan mücerret vasiyet arzusu da mülkiyeti intikal ettirmek için kâfi addedilemez.

Kısaca kayd edilen bu sebeblere binaen, vasiyetcinin ölümü ânında, yani mirasın açıldığı anda, vasiyet mevzuunun musaleyhin mülkiyetine intikal edemeyeceğini kabule dair olan doktrin ve mahkeme içtihadlarına itibar etmek zarurîdir (53).

Bînetice mevzu ile ilgisi nisbetinde aşağıdaki ihtimal ve hal çarelerine temas zarurîdir :

1) Eşe yapılan vasiyet mevzuunun vasiyetin kabul ve mevzuda mülkiyetin nakline kadar hâsıl ettiği semerelerin, eş sair mirasçılarla içtima etmiş ise, bunlara, verasetde müstakil kalmış ise, Devlete intikali icab eder. Meselâ bir Apartman vasiyet edildi; musaleyh eşin mülkiyetine intikal edeceği ana kadar icar bedeli hâsıl oldu; icar bedellerinin hepsi yukardaki esaslara göre intikal eder; eşe ait olmaz.

Yukardaki esaslar vasiyet mevzuu gayrimenkul veya menkul olsun aynıdır. Ancak, gayrimenkullerin muayyen mal vasiyeti mevzu olması halinde mahkeme kararından itibaren elde edilecek olan gelirler musaleyhe ait olmak lâzımdır : yani bu andan itibaren gayrimenkulün musaleyh namına Tapuya tescili anına kadarki hâsılat, musaleyhin olur. Bunun sebebi, 633 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki «..Mahkeme hükmü ile bir gayrimenkulü iktisab eden kimse tescilinden evvel dahi ona malik olur... » tarzındaki hükümdür. Binaenaleyh, musaleyh eşin musaleyhliği mahkeme kararı ile sâbit olup bu karar kesinleştiği tarihten itibaren artık gayrimenkulün geliri ve meselâ kira bedelleri terekeye dahil olmayıp eşe ait olur. Aynı esas muayyen mal vasiyeti menkul olduğu takdirde tatbik olunmaz; zira, kayd edilen madde hükmü gayrimenkullere münhasırdır.

(53) İlâve edilmek lâzımdır ki, Medenî kanunun 633 üncü maddesinde mevcut olup, münhasıran gayri menkul mülkiyetinin Tapuya tescil edilmeksizin de intikaline dair olan hükme istinad edilemez. Zira, bu maddede yalnız mirasdan bahs olunmaktadır. Vasiyette miras hükümleri ceryan edemeyeceğinden, mezkûr hükümden istianeye imkân yoktur. Kaldı ki, kayd olunduğu üzere, bu hüküm yalnız gayri menkul mülkiyetinde mülkiyetin husulüne dairdir. Halbuki menkul mallar da vasiyet edilebilir. Bu halde vasiyet mevzuu menkul malın vasiyetcinin ölümü anından mı yoksa başka andan itibaren mi mülkiyetinin sabit olacağı meselesi yine münakaşa mevzuu olmakda devam eder. Hülâsa hangi cepheden mütalâa edilirse edilsin, vasiyet mevzuunun mirasın açıldığı andan itibaren musaleyhin mülkiyetine intikali fikrini kabul mülayim gelmemektedir.

Binaenaleyh eşin musaleyhliği hükümle sâbit olsa, muayyen mal vasiyeti olan bilfarz otomobilin veya sair menkul hükmündeki bir makinenin getireceği gelir terekeye ait olur; mulaleyh tesellüm etmedikçe hüküm değişmez. Yani musaleyh, mahkeme kararından bahisle karardan itibaren, fakat tesellümden evvelki gelirlerin kendisine ait olduğunu iddia edemez.

Neticelerini kayd ettiğimiz bu sureti halle, Medenî Kanununun mevzu ile alakalı 465 inci maddenin 1 inci fıkrasındaki : «vasiyet olunan mal hasar ve zevaidiyle ve gayrın hakkı ile meşgul (54) veya ondan hâli olarak miras açıldığı gün ne halde ise o suretle teslim olunur» şeklindeki hükümde geçen (hasar ve zevaidiyle) ibaresine istinadla itiraz vârid olmamak lâzımdır. Çünkü, ibareden maksad, bizatihi vasiyet edilen malda vasiyetcinin ölümü anında mevcut ek-silme veya fazlalıktır. Bazı misallerle tavih zaruridir :

Miras açıldığı gün vasiyet edilen malın kıymeti vasiyet yapıldığı tarihteki kıymetinden bâriz şekilde azalmıştır : otomobil vasiyet edilse, vasiyet edildiği tarihte 10.000 lira değerinde olsa, vasiyetcinin ölümü anında değeri yarı yarıya düşmüş bulursa, musaleyh, bu değeri düşmüş otomobili tesellüme mecbur olur, yoksa, bunun yerine vasiyet tarihindeki bedelini nakden isteyemez. Keza, otomobil vasiyetci öldüğü zaman 60.000 lira değerinde olsa, tesellüm anında, yani muhteviyetin intikali zamanında aynı otomobillerin değeri 15 bin liraya düşse, musaleyh terekeden 45 bin lira talep edemez.

10 koyun vasiyet edilse; vasiyetci öldüğü zaman koyunların yünleri kırılacak kadar fazla olsa, mirascılar bu yünleri kullan-salar, aynı vasıfdaki yünleri, veya bedellerini musaleyhe vermeğe mecbur olurlar. Zira bu kullanılan yünler, miras açıldığı zaman vasiyet edilen şey'in bizatihi bünyesinde mevcut fazlalık, zevaid idi.

Bir fidanlık vasiyet edilse, vasiyetcinin ölümü anında ağaçlar meyveli bulursa, bu meyveler musaleyhe ait olur. Lâkin, miras

(54) Bir evin rakabesi başkasına, o evin tamamında veya bir kısmında intifa hakkı diğer bir şahsa aynı veya ayrı vasiyetlerle vasiyet olursa, ev intifa ile meşguldür. Bir ayının mücerret rakabesinin tasarruf mevzuu olamayacağına dair bir kaide bulunmadığından, bir menkul veya gayrimenkulun rakabesinin başkasına, intifanın başkasına vasiyetinin muteberliği de münakaşa mevzuu olmaz. İsviçre ve Türk Medenî kanunları kanunî mirasda bile mülkiyet ve intifa kabul etmiş olduklarına nazaran vasiyetlere ait olmak üzere kayd edilmiş olan sureti hal bu kanunların sistemi ile de gayri kabili telif bulunmaz.

açıldıktan sonra meyve verseler, vasiyet mevzuununun iktisabı anına kadar ki semereler mirasçılara intikal eder. Zira mezkûr madde ancak vasiyet açıldığı anda vasiyet mevzuuundaki zevaidin musaleyhe aidiyetine işaret etmektedir ve çünkü, vasiyet mevzuununun iktisabı anına kadar musaleyhin vasiyet mevzuu üzerinde mülkiyeti ve bînetice mülkiyet hakkının icabatından olan semere ve sair hâsılatdan istifadesi de mevzuu bahis olmaz.

Bir arazi vasiyet edilse, vasiyet tarihinden itibaren genişlese, ve bu genişliği ile vasiyetcinin ölümü tarihinde de muhafaza etse, genişleyen kısım da musaleyhe ait olur. Fakat genişleme, miras açıldıktan sonra vâki olsa, fazla arazi mirasçılara ait olur.

Bir ev vasiyet edilse, vasiyet tarihinden sonra vasiyet eden tarafından bir kat ilâve olursa, ve bu kat miras açıldığı anda mevcut bulunsa, ilâve edilmiş olan kat da musaleyhe ait olur.

Vasiyet mevzuu ev miras açıldığı tarihten sonra kiraya verilse, intifa hakkı diğer bir şahsa aynı veya ayrı vasiyetlerle vasiyet olursa, ev intifa ile meşgûldür. Bir aynın mücerret rakabesinin tasarruf mevzuu olamayacağına dair bir kaide bulunmadığından, bir menkul ve gayrimenkulün rakabesinin başkasına, intifanın başkasına vasiyetinin muteberliği de münkaşa mevzuu olmaz. İsviçre ve Türk Medenî kanunları kanunî mirasda bile mülkiyet ve intifa kabul etmiş olduklarına zaran vasiyetlere ait olmak üzere kaydedilmiş olan bu sureti hal bu kanunların nehci ile de gayri kabili teklif bulunmaz.

§. V — Eşin mirasçılığında taksim ile ilgili esaslar.

I — Eşin mirasda müstakil olduğu hal :

Mûris terekenin yarısını muayyen mal vasiyeti şeklinde veya mansup mirasçı nasbı suretiyle tasarruf edebilir. Bu halde hayatta kalan eş kanunî mirasçı olarak terekenin yarısını alıp, diğer yarısında, intifa hakkı da dahil olmak üzere hiç bir hak iddia edemez. Terekenin yarısından fazlası tasarruf olunmuş ise, hayatta kalan eşin istihkakını terekenin yarısına çıkartıncaya kadar tenkis dâvası ikame etmeye hakkı vardır. Bu kayd edilen neticeler, eşin müstakil kaldığı zaman mahfuz hissesinin terekenin yarısından ibaret olduğunu belirten 453 üncü maddenin 4 No. lu bendindeki hükümden doğmaktadır. Kayda hacet yoktur ki, ölüme bağlı tasarruflar

iptâl edilince bunların mevzuu olan tereke mikdarı da eşe intikal eder.

II — Eşin mahfuz hisseli mirascılarla içtimaı :

Bu halde 444/1 ve 444/2 deki esaslar dahilinde hayatda kalan eşe rakabe mirası intikal eder. Müris terekenin bir kısmını tasarruf etmiş ise, tasarruf edilmeyen kısmın her mahfuz hisseli mirascıya mahfuz hisseleri nispetinde paylaştırılması, bu paylaşma sonunda mahfuz hisselerini elde edememiş olan her mirascının ayrı ayrı tenkis davasına haklı olduklarını kabul etmek icab eder. Binaenaleyh, hayatda kalan eşe tasarruf edilmeyen tereke kısmından mahfuz hissesini verip, diğerlerine pay ayırmak ve yalnız onları tenkis davâsı ikamesine mecbur etmek, taksim esaslarına aykırı olacağı gibi, hiç bir sebep yok iken ve kanunda da zımnî bir şekilde dahi derpiş edilmemiş olduğu halde, hayatda kalan eşe taksimde râcih bir hak tanımak mânâsına gelirdi ki, buna imkân olamayacağı izah-ıan vârestedir. Hattâ fikrimizce, müteveffa ölüme bağlı tasarrufunda böyle bir kayıt koysa, bu kayda itibar, arz olunan sebeplerden ve tasarrufdaki böyle bir kaydın hayatda kalan eşe bir vasiyet şeklinde tefsiri imkânsızlığından dolayı, mümkün olamaz.

Terekede ölüme bağlı tasarruf mevcut değilse, hayatda kalan eş ve bununla içtima eden mahfuz hisseli mirascılar kayd edilen maddelerdeki hisseler nazara alınarak taksime iştirâk ederler.

III — Hayatda kalan eşin mahfuz hissesi bulunmayan mirascılarla içtima ettiği hal :

1. Terekenin hepsi tasarruf mevzuu yapılmış ise, eşle içtima eden mahfuz hisseden mahrum mirascılara kanunî mirascı olarak hiç bir şey intikal etmez. Çünkü bunlar, tasarrufa karşı tenkis davâsı nâmiyle bir davâ açmaya haklı değildirler. Hayatda kalan eş ise, 453 üncü maaddenin 4 ncü bendindeki sarahat veçhile mirasdan mülkiyet hakkı olan tereke kısmı hakkında tenkis davâsı ikame ederek mahfuz hissesini elde etmek imkânına sahiptir.

2. Terekenin hepsi tasarruf mevzuu yapılmamış ise, hayatda kalan eşle içtima etmiş olan mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascılar da kanunen taksime iştirâk ederler. Bunlar, terekenin tasarruf harici bırakılmış olan kısmından 444/2 de gösterilen esaslar dairesinde haklarını alırlar. Tasarruf edilmeyen tereke kısmı ne

kadar olursa olsun hüküm böyledir. Binnetice, evvelâ tasarruf edilmemiş tereke kısmından mahfuz hisseli mirasçı olduğu nazara alınarak eşin mahfuz hissesi ayrılıp eşe verilmek şeklinde bir taksim esası düşünülmemek lâzımdır. Zira her halü kârda eşin mahfuz hissesi siyanet edilir. Tasarruf edilmemiş terekeden mahfuz hissesini alamamış olan eş, tasarrufa karşı tenkis davâsı açarak bu hisseyi ikmâl imkânına sahiptir. Meseleyi bir iki misalle aydınlatmakta fayda vardır : A, ölüp, eşini ve kardeşinin kızını ve 950 lirasını tasarruf etmiş olduğu 1000 liralık bir tereke bırakmıştır. Tasarruf edilmeyen 50 lira eşle kardeş kızı arasında 444/2 mucibince taksim edilir ve eş, mahfuz hissesini ikmâl etmek için tasarruf aleyhinde tenkis davâsı ikame edebilir. Yoksa, tasarruf edilmeyen tereke kısmı nasıl olsa eşin mahfuz hissesinden azdır diyerek 50 lira eşe verilip, kardeş kızı mirasdan uzaklaştırılmaz. Aksi halde, mahfuz hissesi olmayan kanunî mirasçıların eşle içtimanın derpiş edilmiş olması ve bu içtima halinde taksim esaslarına dair olmak üzere mahsus hükümler kabul olunmuş bulunmasının hiç bir mânâsı olamazdı. Terekenin büyük bir kısmı, yani eşin mahfuz hissesinden fazla olan cüz'ü tasarruf edilmemiş olduğu halde de taksim aynı esasa göre, yani evvelâ mahfuz hisse ayrılıp eşe verildikten sonra bakiye, eşle içtima eden mahfuz hissesi bulunmayan mirasçılara verilmek suretiyle değil, tasarruf olunmamış bütün kısım eşle bu kanunî mirasçılar arasında 444/2 deki taksim esasları dairesinde vâki olur. Bu halde dahi mahfuz hissesini alamayan eş tenkis davâsı açarak bu hisseyi siyanete haklıdır. Binaenaleyh eşin mahfuz hissesini peşinen ayırarak ona vermeyi istihdaf eden bir taksim usulüne mahal de yoktur. Mühim olan cihet şudur : Mûris, terekesinin mikdarı ne olursa olsun, ölüme bağlı tasarrufa tâbi tutmamış olduğu cüzüde kanunun veraset kaidelerini ve taksim tarzını kabul etmiş demektir. Kanunî intikali başka türlü, yani tasarruf edilmemiş terekenin kanunun mirasçı addettiği kişiler arasında taksim edileceği tarzından gayri bir şekilde düşünmek bizce mümkün değildir.

Kayd edilen ve izahatı yapılmış olan taksim neticesinde hiç şüphe yok ki, bizzarur, tasarruf nisabı, mahfuz hissesi olmamakla beraber eşle içtima ettikleri zaman taksime kanunen ehil görülmüş olan mirasçıların tasarruf edilmemiş terekeden 444/2 deki kaideler mucibince alacakları pay nisbetinde azalacaktır. Eşle içtima derpiş eden mezkûr maddenin bu neticesine gerek mûris, gerek lehine tasarruf yapılan şahısların tahammül edeceği de itiraz-

dan vâreste hususlardandır. Zira veraset ve ölüme bağlı tasarruflar dolayısıyla her intikal yalnız bir madde hükmü çerçevesinde ceryan edemez, verasetle ilgili her hüküm nazara alınarak vâki olabilir. Nihayet ilâve edelim ki, tasarruf nisabı ve bunun mikdarı ve bunun üçüncü şahıslara ölüme bağlı tasarruflarla intikali meselesi âmme intizamı ile alâkalı değildir; aksi olsa idi, mûrisin tasarruf nisabının tamamını nakletmesi veya bütünü yahut bir kısmını tasarruf konusu yaptıktan sonra bu tasarruftan rücu edememesi icab eylerdi. Hattâ mahfuz hisseli kanunî mirascıların mirascılığı dahi âmme intizamından addolunamaz. Aksi halde mirasdan feragat, mirası red gibi müesseselerle mirascılık sıfatının izalesine imkân olmamak lâzım gelirdi. Bütün bu kayıtlarda bulunmaktan maksad, eşle içtima eden mahfuz hisse sahibi olmayan kanunî mirascıların taksime iştiraki dolayısıyla tasarruf nisabının tahavvül edeceği mucib sebebiyle yukarda kayd edilen taksim tarzından istifade etmelerine yöneltilmesi muhtemel itirazlara karşı dermayan olunabilecek mukabil mucib sebepleri peşinen arzdan ibaret tir.

Ehemmiyetle tekrarı icab eden cihet şudur : kanunî mirasda, kanunun mirascı olarak taksime dahil olacağını açıkça kabul etmiş olduğu mirascıların hepsi, terekenin tasarruf edilmemiş kısmını kanunun kayd ettiği taksim kaidelerine göre taksim ederler; aksi halde kanunun tanıdığı mirascılık ve içtima kaideleri ref edilmiş olurdu ki, asıl bu, âmme intizamını rahnedar edici bir hususdur. Diğer taraftan, kanunun hiç bir yerinde sair kanunî mirascılarla içtima eden eşin evvelâ mahfuz hissesinin verileceğine dair zımnî bir kayıt dahi yoktur. Çünkü eşle içtima esasları hususî tevarüs ahkâmından ibarettir; binnetice, taksimde her şeyden evvel bu özel hükümlere itibar zarurîdir. Eşle içtima esaslarının hususiyeti şuradan gelmektedir : Kanun sair mahfuz hisseli mirascılarla mahfuz hissesi olmayan mirascıların içtima edeceğini kabul etmediği halde, bu umumî kaideyi eşin mirasında istisnaya tâbi tutmuştur. Bütün bunlar isbat eder ki, 444 üncü maddede mahfuz hisseli mirascı olan eşin mirascılığı, diğer mahfuz hisseli mirascılara nazaran hususî hükme tâbi tutulmuş, ve zikri geçen madde de bu bakımdan hususî bir madde olarak mütalâa olunmuştur.

Son olarak bir cihete daha işaretde fayda vardır : Mûris, terekesinde muayyen mal vasiyetleri yapsa, ve hiç lüzum yok iken vasiyet konusu olan muayyen malların tutarının tahminen terekenin

muayyen bir kısmını teşkil eylediğini vasiyetnameye kayd etse, fakat hakikatı halde vasiyet edilmiş olan muayyen malların değeri tahmin edilen nisbetden az tutsa, tahmin harici kalan nisbet de tasarruf edilmemiş tereke cüz'ünden olacağından bu kısmın da hayatta kalan eşle içtima eden mahfuz hisseli veya mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascılar arasında 444/1 veya 444/2 deki esaslar dairesinde paylaşılması icab edecektir. Bir misal ile tavih zaru-rîdir : A, karısını ve kardeşinin kızını, 1000 lira tereke ve bunun dörtde biri kıymetinde tahmin ettiği iki arsaya vasiyet suretiyle terk eden bir vasiyet bırakmıştır. Arsaların bedeli terekenin dörtde biri olmayıp, sekizde biri tutmuştur. Hayatta kalan eş ve kardeş kızı terekenin 8/7 ini 444/2 mucibince paylaşacaklardır. Musaleyh vasiyet-namedeki nisbeti ileri sürerek terekeden iki arsaya ilâve olarak, 8/1 i isteyemeyeceği, gibi, bu meblâğ münhasıran hayatta kalan eşede de terd edilemez. Birinci imkânsızlık, yani tahmin edilen nisbetden az kıymetde muayyen mal vasiyeti zuhur etmesi halinde, musaleyhe tah-min edilen nispet dahilinde menfaat temin edilememesi, muayyen mal vasiyetinde musaleyhin ancak bu malların değerine istihkak kesbe-debileceğine dair bulunan ve itiraza tahammül etmeyen kaidelerin neticesidir; ikinci imkânsızlık, yani terekeden vasiyetnamede tah-minen gösterilen kıymetden az kıymetde muayyen mal vasiyet edilmiş bulunması halinde, artan kıymetin münhasıran eşe veril-meyip, onunla içtima eden mahfuz hisse sahibi olmayan mirascılar arasında da taksime tâbi tutulması lüzumu, tasarruf edilmemiş te-reke cüz'ünün kanunî mirascılar arasında mahsus maddelerinde gösterilen esaslar dairesinde paylaşılması şeklinde ifade edilecek olan kanunî intikalın bir neticesidir. Şu izahdan anlaşılır ki, bir şahıs müteaddit muayyen mal vasiyetlerinde bulunsa, ve vasiyetna-meye bu muayyen malların kıymetinin tahminen terekenin bilfarz 10/9 u olduğunu kayd etse, fakat malların değeri terekenin meselâ 10/2 ini teşkil etse, hayatta kalan eş ve bununla içtima eden mah-fuz hissesi bulunmayan kanunî mirascılar, terekenin 10/8 ini, 444/2 deki taksim esasları dahilinde paylaşacaklardır. Bu paylaşmadan önce eşin mahfuz hissesi hesaplanıp evvelâ ona bu mahfuz hisse-nin verilmesi, bakiyenin eşle sair mirascılar arasında mezkûr mad-de mucibince paylaşılması düşünülemez. Bütün tereke tasarruf edilmiş olmadıkça, mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascıların tak-simden mahrumiyetini, yani mirascılık hakkından uzaklaştırabile-ceklerini düşünmek, etüdde belirtilen sebeplerden dolayı, bizce zor-dur.