

## ROMA MİRAS HUKUKU'NUN ANA HATLARI

Dr. Ziya UMUR  
Roma hukuku Profesörü

### § 1. UMUMÎ MEFHURLAR

Romalılar miras mefhumunu *hereditas* kelimesi ile ifade ederlerdi ve *hereditas* tâbirini başlıca iki mânada kullanırlardı. Bunlardan birisi, müteveffaya (*de cuius*) ait bulunup onun yerine kaim olan bir veya birkaç kişi tarafından iktisab edilen malların heyeti umumiyesi'dir; biz buna «tereke» diyoruz. Manaların ikincisi ise, *ius civile* ahkâmına göre, ölen bir Roma vatandaşına, borç ve alacakları ile birlikte, bütün hukukî münasebetlerinde halef olma hakkını ifade eder; buna da biz, «miras» diyoruz.

Fakat bu ikinci manası ile *hereditas*'ı klâsik devrin Roma hukukcuları, *succedere in ius* (haklara halef olmak) yani *successio* (halefiyet) mefhumu içine, çeşitli *successio* hallerinden yalnız bir tanesi olarak, dahil ederlerdi. Binaenaleyh Romalıların *successio*'su bizim bugünkü mirasımızdan farklı, bir bakıma daha geniş bir mefhumdu. Filhakika hukukcu Gaius, eşyanın teker teker iktisab edilişi yollarından bahsettikten sonra, mamelekin bir kül olarak (tek muamele ile = *uno actu*, toplu şekilde) iktisab edilişi şekillerinden bahsediyor ve bu miyanda; *hereditas* (miras), *bonorum possessio* (malların zilyetliği - praetor mirascılığı), *bonorum emptio* (malların toptan satın alınması), *adrogatio* (*sui iuris*'in evlâd edinilmesi) ve *conventio in manum* (*sui iuris* bir kadının *manus* altına alınması) hallerini zikrediyor (2. 97-98). Bütün bunların her birisi *successio*'dur ve bu haliyle *successio*, halefiyet, daha tam bir ifade ile «küllî halefiyet» mânasına gelir.

«Küllî halefiyet» mânasına gelir, zira Romalılara göre, muayyen hallerde bir kimse diğere hukukan halef olur, yani onun hukukî durumunu iktisab ederdi, o kadar: halefiyetin başka bir hali yoktu. Ancak Iustinianus hukukundadır ki, buna bir kelime daha ilâve edilerek bizim bugünkü «küllî halefiyet» tâbirimize daha iyi tekabül

eden bir ifade yaratıldığını görmekteyiz: *Successio per universitatem*. Çünkü postklâsik devirde, münferit mallar hususunda da bir kimsenin diğerine halef olabileceği fikri yerleşmişti. O zaman bu sonuncuya *successio in singulas res* (münferit mallarda halefiyet = cüz'î halefiyet), ve diğerini bundan ayırmak için ona da *successio per universitatem*, denmişti.

Klâsik hukukta, şu saydığımız *successio* hallerinin ilk ikisi ölüm sebebiyle (*mortis causa*), diğer üçü yaşayanlar arasında (*inter vivos*) vâki olmakta idi. Gaius, halefiyet şekillerinin farklı menşelerden geldiğini söyler: *Hereditas*, XII levha kanunundan gelmekte; *bonorum possessio* ve *bonorum emptio* praetor hukuku tarafından; *adrogatio* ve *conventio in manum* ise örf ve âdetler tarafından ihdas edilmiş bulunmakta idi (6 ai. 3, 82).

Yaşayanlar arasındaki *successio* yolları bizi burada alâkadar etmemektedir: *Bonorum emptio* ile bir alacaklı mahkûm edilmiş borclusunun mamelekini açık arttırma yoluyla sattırır ve malların alıcısı borçlunun küllî halefi olurdu. *Adrogatio*'da bir aile reisi başka bir aile reisini, *conventio in manum*'da ise bir aile reisi evlenen *sui iuris* bir kadını hâkimiyeti altına almakla onun mamelekine ve hukukî durumuna küllî halef olurdu.

Bizi alâkadar eden, ölüm sebebiyle küllî halefiyet yollarına gelince :

1 — *Hereditas*, yani miras, bir kimsenin, müteveffanın hukukî durumuna halef olmasıdır. Mirascı, hukukî iktisapların gerektirdiği muamelelere başvurmadan, müteveffanın bütün mamelekini ve borç münasebetlerini, alacak ve borçları da dahil olmak üzere iktisab eder, hulâsa ona hukukan halef olurdu. Bu şekilde müteveffanın mameleki ile mirascının mameleki birbirine karıştığından, mirascı, müteveffanın borçlarından, kendi malları ile mesul olurdu. Bu hususta Roma hukuku, müteveffanın borçlarını, hiç olmazsa bazı hallerde, terekeye inhisar ettiren diğer hukuklardan ayrılır.

Miras *successio*'nun en mükemmel yolu olduğundan ve Iustinianus hukukunda belli başlı küllî halefiyet yolu olarak yalnız miras kalmış olduğundan, bugünkü garp lisanlarında *successio*, hem halefiyet, hem de miras mânalarını taşıyan bir kelime haline gelmiştir.

2 — *Bonorum possessio*, kelime olarak, malların zilyetliği demektir. Biz buna «Praetor mirascılığı» diyeceğiz. Bazı hallerde *ius civile*'ye göre mirascı olamıyan kimselere, praetor, mirascılık hakkı

tanımak istemişti; fakat praetor *ius civile*'nin bir prensibini lâğvederek yeni bir hukuk kaidesi vaz'edemiyeceğinden, *imperium*'una dayanarak, miras mallarının zilyetliğini, himaye etmek istediği kimseye verir ve onlardan istifade etmesini temin eder; bu kimse de, müddeti bir seneden ibaret olan bir iktisabî mürürü zamanla malların mâliki haline gelirdi. Bu çok mühim müessese, zamanla, hakikî bir mirascılık haline gelmişti.

Iustinianus hukukunda sadece ölüm sebebiyle küllî halefiyet, yani, *hereditas* ve ona eşit kılınmaya, onunla kaynaştırılmaya çalışılan *bonorum possessio* kalmıştı.

Cüz'î halefiyete (*successio in singulas res*) gelince, bu, malûm olduğu üzere, hem ölüm sebebiyle, hem de yaşayanlar arasında olur. Yaşayanlar arasındaki cüz'î halefiyet yine mevzuumuz dışında kalmaktadır.

Mirasa *hereditas* dendiği gibi, ölüm sebebiyle cüz'î halef olmaya *legatum*, yani «muayyen mal vasiyeti» denir. Mirascıya *heres*, lehine mal vasiyet edilen kimseye ise *legatarius* veya (*honoratus*) ismi verilir. Mirascılık vasfı ya vasiyet yoluyla yani müteveffanın iradesiyle veyahut kanun yoluyla elde edilebildiği halde, *legatarius* olmak için mutlaka müteveffanın (*legator*) bir vasiyette bulunması lâzımdır; müteveffanın iradesi yoksa, kanunî yoldan, lehe mal vasiyeti doğamaz. Binaenaleyh muayyen mal vasiyetinden, vasiyet yoluyla miras, sırasında bahsedeceğiz.

## § 2. HEREDİTAS

*Hereditas, successio in ius defuncti*, yani, müteveffanın hukukuna halef olmaktır.

Halefiyet başka bir kimsenin yerine, tamamen kaim olmak olduğuna göre, mirascı, yalnız mamelek münasebetlerinde değil, aileye mahsus dinî akîde, ibadet ve merasimlerde de (*sacra*) müteveffaya halefti; müteveffanın müruru zamanla iktisab etmekte olduğu mal üzerinde haiz bulunduğu hüsnüniyet de mirascı nezdinde devam ederdi.

Mirasın tahakkuk edebilmesi için bir takım şartlar vardır :

1 — Mirascı sahibi olmaya ehliyetli bir kimsenin vefatı.

Ancak bir müteveffanın (*de cuius*) mirascısı olabilir. Ayrıca müteveffa, Roma vatandaşı ve *sui iuris* olmalı idi. Şu halde yaban-

cıların, aile evlâtlarının ve kölelerin mirascısı olamaz. Şu kadar ki, aile evlâtlarının, Augustus'dan itibaren *peculium castrense* üzerinde hususî müsaade ile, ve Iustinianus hukukunda *peculim quasi castrense* üzerinde müsaadesiz olarak, mirascıları olabilmekte idi.

## 2 — Mirasa çağırılma veya mirasın düşmesi :

Lâtince *delatio hereditatis* tâbiri ile, bir kimseye mirascılık vasfının tanınması, yani, muayyen sebebe istinaden mirasın o kimseye arzedilmesi, anlaşılırdı. Bu vasıf iki türlü kazanılabılırdı: Ya, müteveffa, vasiyette bulunmak suretiyle bir kimseyi mirasına çağırabilirdi ve bu takdirde «mansup» mirascılık doğardı; veyahut, vasiyet bulunmadığı takdirde, bir kimse (*ius civile*'ye göre en yakın agnatik hısım) hukukan mirascı olurdu ve bu takdirde *ab intestato* mirascılık doğardı. Bu ikinci mirascılığa ortaçağ hukukcuları *legitima hereditas*, yani «kanunî mirascılık» demişlerdi, halbuki Romalılara göre *legitima hereditas* tâbiri, praetor mirascılığının muhalif mefhumu manasına «*ius civile* mirascılığı» demekti.

Unutulmaması gereken bir nokta şudur ki, vasiyet yoluyla miras imkânı devam ettiği müddetçe, yani mansup mirascı hakkından feragat edene, veya her hangi bir sebeple mirascılık hakkını kaybedene kadar *ab intestato* mirasa başvurulamazdı. Roma hukukunda vasiyet yoluyla mirascılık ve *ab intestato* mirascılık bir arada olmaz: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (Hiç kimse kısmen vasiyette bulunmuş, kısmen vasiyetsiz olarak vefat edemez). Modern hukukların kabul etmedikleri bu prensibe uygun olarak Romada bir kimse terekesinin bir kısmını *ab intestato* mirasa terketmek niyetiyle, diğer kısmı için bir mirascı nasbetse, o mirascı terekenin tamamına mirascı olurdu (Krsş. M. K. m. 463).

İmparatorluğun başlarına doğru bu mirascılıklara bir üçüncüsü ilâve edilmeğe başlanmıştı: Mevcut bir vasiyetnameden bazı kimselerin hiç veya lâyıki ile istifade edemedikleri görülürse, onlara, vasiyetname hükümleri hilâfına mirascılık hakkı tanınmakta idi. Buna da, yine ortaçağda, *contra tabulas*, yani «vasiyetname hilâfına kanunî miras» ismi verilmişti.

## 3 — Mirascı olabilme ehliyeti :

Yabancılar, müebbet cezalara veya ölüm cezasına mahkûm edilmiş kimseler mirascı olamazlardı. Başkasının kölelerini ve başkasının aile evlâtlarını mirascı nasbetmek mümkündü. Tabiatıyla bunlar

mirası, hâkimiyetleri altında buldukları aile reisinin muvafakatiyle ve onların menfaatine iktisab etmiş olurlardı.

Iustinianus hukukunda aile evlâtlarının kendi namlarına miras kabul etmeleri mümkün olmuş, buna mukabil, hıristiyanlık dininden dönmüş mürtetler ve din yolunda dalâlete sapmış olan kimseler (hérétiques) mirascılık ehliyetlerini kaybetmişlerdi.

#### 4 — Mirasın kabulü:

*Delatio* hukukan mirascı olmak imkânını bağışlamakta idi. Binaenaleyh böyle bir kimse normal olarak, fiilen mirascı olmak istediği takdirde, bu isteğini beyan etmeli idi. Fakat bu mevzuda Roma hukuku, çeşitli mirascı neveleri ayırmaktadır:

a) *Heredes necessarii*. Bir Romalının mirascı bırakmadan, yani, hukukan kendisini devam ettirecek birisini bulmadan ölmüş olması uygun sayılmazdı. Bu sebeple, terekenin borcu fazla olduğu için mirasın kabul edilmemesi ve bu suretle mirascısız kalmak tehlikesini görenler, vasiyetname ile kölelerini mirascı nasb ederler, *ipso iure* mirascı haline gelen bu köleler mirası kabulden imtina edemezlerdi. *Necessarius*, yani zarurî veya mecburî mirascı ismini; bu manada alırlar. Klâsik hukukta, kendilerini mirascı nasb eden vasiyetnamede, aynı zamanda azad edilmiş olmaları lâzımdı (*cum libertate*). Iustinianus hukukunda azad edilmemiş dahi olsalar (*sine libertate*), mirascı nasbedilmiş olduklarına göre, zımnen ve doğrudan doğruya azad edilmiş sayılırlardı.

b) *Heredes sui et necessarii*. Bunlar, müteveffanın hâkimiyeti altında iken, onun ölümü ile *sui iuris* haline gelmiş kimselerdir. Mansup veya *ab intestato*, mutlaka mirascı gösterilmeleri lâzımdı. Vasiyetnamede isimlerinin bulunması; mirastan iskat edildikleri takdirde dahi, bu hususun, isimleri tasrih edilerek tebarüz ettirilmesi icab ederdi. *Necessarius*, yani zarurî veya mecburî sıfatını, bu manada alırlar.

Bu iki nevi mirascıya *domestici heredes* denir.

c) *Heredes extranei*. Mecburî mirascıların dışında kalan bütün mirascılara, hakikî mirascıların, yahut *domestici heredes*'in dışında kalanlar manasına, *extranei* denirdi. Müteveffa bunları isterse mirascı nasb eder ve kendileri de arzu ettikleri takdirde hususî

bir muamele olan *aditio hereditatis* ile mirası kabul ve iktisab ederlerdi. Bu kabul, mirasın düşmesinden itibaren muayyen müddet içinde, şekle tâbi bir muamele olan *cretio* ile yapılmalı idi. Binaenaleyh bu nevi mirascılara *heredes voluntarii*, yani ihtiyarî mirascılar, ismi verilirdi.

Mirascıların mecburî ve ihtiyarî şeklindeki tefrikinin, mirascının mirascısı bakımından ehemmiyeti vardı. Mecburî mirascılar için mirasa çağırılma ve mirasın iktisabı aynı şeydi, yani iktisap da *delatio* ile birlikte vâki olmakta idi. Binaenaleyh *delatio*'dan sonra ve fiilî iktisaptan önce mirascı vefat edecek olursa bu miras kendi mirascılarına intikal etmiş olurdu. Halbuki *extraneus* mirascı, *cretio* muamelesini yapmadan ölecek olursa, miras, mirascılarına geçmezdi.

Vasiyetcinin vefatından itibaren mirascının *cretio*'suna kadar geçen müddet zarfında tereke malları sahipsiz addedilirdi; o esnada fiilen mâlikleri yoktu. Buna terekenin muallâkta olması, *hereditas iacens* denir. Eski hukukta böyle bir terekenin zilyetliğini eline geçiren kimse, suiniyetli dahi olsa, onu bir senelik müruru zamanla iktisab edebilmekte idi. Gayrı tabiî görünen bu müruru zamanla iktisap, terekeyi askıda bırakarak müteveffayı uzun müddet halefsiz bırakmamak için kabul edilmişti. Fakat bu nevi iktisabî müruru zaman, evvelâ terekenin heyeti umumiyesine, daha sonraları da terekede bulunan münferit mallara şâmil olmak üzere, sonraki devirlerde yasak edildi.

### § 3. BONORUM POSSESSIO

Miras hukukunda *bonorum possessio*, praetorun getirmiş olduğu çok mühim bir yeniliktir. Mirasta, *ius civile*'nin karşılığı olarak praetor hukuku kısmını teşkil eden bu müessese, postklâsik devirde imparatorluk hukuku tarafından geliştirilmiş ve umumiyetle, *ius civile* - praetor hukuku, ikiliğinin diğer sahalarında da olduğu gibi, Iustinianus hukukunda, *ius civile*'ye de hâkim olacak şekilde, onunla tamamen kaynaşmıştır. Iustinianus, postklâsik devirdeki gelişmeleri, bilhassa 118 ve 127 inci *Novellaları* ile kât'î bir şekilde tesbit etmişti.

Bazı hallerde praetor, *ius civile*'nin mirascılık hakkı tanımadığı kimselere tereke mallarının zilyetliğini vermekte idi. *Ius civile*'ye hörmeten o kimse *heres*, yani mirascı sıfatını alamadığından, *bonorum possessor* yani malların zilyedi ismiyle anılır ve zilyetlik dava-

ları ile korunarak mallardan istifade eder, muayyen müddetin sonunda ise, iktisabî müruru zamanla malların mâliki haline gelirdi.

*Bonorum possessio*'nun menşeleri münakaşalı ve karanlıktır. Umumiyetle, istihkak davasında olduğu gibi, iki şahıs miras malları üzerinde ihtilâflı halde buldukları vakit, görülecek olan davada tarafların hangisinin davacı, hangisinin davalı olduğunu tesbit edebilmek için praetor, taraflardan birisine, terekenin muvakkat zilyetliğini verirdi. Zilyet olmayan taraf davacı olur ve hakkını isbat etmek mecburiyetinde kalırdı. Dava sonunda zilyet haklı çıkarsa terekeyi muhafaza eder, haksız çıkarsa davacıya iade ederdi. Keza praetorun, ilk nazarda mirascı olduğunu zannettiği kimseye, mallardan derhal istifade etmesini sağlamak için, ihtilâfdan önce tereke mallarının zilyetliğini vermesi de mümkündü. Bu hareket tarzı *ius civile*'yi teyid etmekten ibarettir: *Ius civile* mirascısı mahkeme kararı ile ortaya çıkana kadar, mirascı olması ihtimali kuvvetli olan kimse terekeden derhal istifadeye davet edilmektedir. Her halde *bonorum possessio*'nun ilk tatbik şekli bu olmalıdır.

Fakat *ius civile*'nin bazı şekilcilikleri veya eskimiş olan usulleri ve zihniyeti, praetoru, «zilyetlik tanıma imkânlarını» daha geniş bir surette tatbik etmeğe sevk etmiş ve neticede üç nevi *possessio bonorum* teessüs etmişti (I. 3, 9, 3).

1 — *Bonorum possessio contra tabulas testamenti* (Vasiyetnameye aykırı *bonorum possessio*):

Bir vasiyetnamede, mirascı nasbedilmeleri lâzım geldiği halde, isimleri zikredilmemiş çocuklara, praetor, vasiyetname hükümlerinin hilâfına zilyetlik tanırırdı. Bu çocuklar miyanında baba hâkimiyetinden çıkarılmış, fakat başka bir aileye intisab etmemiş aile evlâtları da vardı. Bu sonuncular artık *sui heredes* arasında bulunmadıkları için vasiyetnamede zikredilmelerine lüzum yoktu. Buna rağmen praetor, onları da mirasa lâyıık addettiğinden kendilerine bu hakkı tanımakta idi. Ancak, ileride de söyleyecek olduğumuz gibi, *sui heredes* ile birlikte mirascı haline geldiklerinden, vasiyetcinin vefatı sırasında ellerinde bulunan ve kendilerine ait olan malları tereke mallarına katmak mecburiyetinde idiler (Mirasta iade = *Collatio bonorum*).

2 — *Bonorum possessio secundum tabulas testamenti* (vasiyetnameye uygun *bonorum possessio*):

Bir kimse, *ius civile*'nin şekil ve kaidelerine tamamen uymayan bir vasiyetname yapmış olsa, bu vasiyetname muteber olmadığından

vasiyetcinin iradesi yerine getirilemez ve *ab intestato* mirasa müracaat etmek zarureti hâsıl olurdu. Şayet praetor, *ius civile*'nin icab ettirdiği şekillerin noksanlığı yüzünden vasiyetname muteber olmadığı için mirascı olamıyacak olan mansup mirascıları, yine de ve müteveffanın iradesine uygun bir şekilde, mirascı haline getirmek isterse onlara da bir *bonorum possessio* tanırdı. Bu nevi *bonorum possessio* müteveffanın iradesini ve şekil noksanı ihtiva eden vasiyetnamesini teyid ettiğinden *secundum tabulaş*, yani vasiyetname hükümlerine uygun bir *bonorum possessio* idi.

3 — *Bonorum possessio sine tabulis* veya *intestati* (Vasiyetsiz *bonorum possessio*):

Evvelki iki *bonorum possessio* halinde müteveffanın bir vasiyeti ve tanzim ettiği bir vasiyetnamesi vardır. Halbuki bu üçüncü hal, müteveffanın bir vasiyetnamesi bulunmadığı zamanlara mahsustur. Müteveffanın vasiyetnamesi yoksa, veya var da muteber değilse, *ab intestato* miras açılır ve XII Levha kanunu hükümlerine göre en yakın agnatik hısımlar kanunî mirascı olurlardı. Praetor, agnatik hısımlar yerine, hakkaniyetin icab ettirdiği başka kimşeleri, ezcümle kognatik, yani kan hısımlarını mirascı yapmak isterse, onlara da bir *bonorum possessio* tanırdı ki bu da vasiyetnamesiz, yani *intestati* bir *bonorum possessio* olurdu.

Tekrar edelim ki, malların zilyetliği, *ius civile*'ye göre mirascılık (*heres*) sıfatı vermez, ancak zilyetlik davalarından istifade ettirir ve zilyede terekeyi müruru zamanla iktisab etmek imkânını verir. Iustinianus hukukunda bu iki nevi mirascılık birbirleriyle kaynaşmış ve praetor mirascılığının hâkim vasıfları ile, bir tek mirascılık haline gelmişti.

Mirasın «vasiyet yoluyla»; «*ab intestato* ; ve «vasiyetname hilâfına» olabildiğini söylemiştik. Bunların her birini görelim.

#### § 4. VASIYET YOLUYLA MİRAS VASIYET MEFHUMU VE VASIYETNAME ŞEKİLLERİ

##### 1 — Mefhum.

*Testamentum* kelimesi, yerine göre, vasiyet veya vasiyetname mânasına gelir. Ulpianus bunu: «Vasiyet ölümümüzden sonra müteber olması için irademizin şeklen tesbit edilmiş bir ifadesidir» (20,1)

tarzında târif etmekte, diğ̈er bir metin de (D. 28, 1, 1) umumiyetle Roma hukukunun yaptığı târiflerde olduğu gibi, meselenin özünü tebarüz ettirememektedir.

Romalılara göre vasiyet, son iradeyi beyan eden, şekle bağlı, tek taraflı bir hukukî muamele idi. Ölüme bağlı olduğu için, ölüm anına kadar değiştirilebilirdi. Ancak, şekle tâbi bir muamele olduğundan, eskiden, feshedilmesi de muayyen şekle tâbidi. Milâttan sonra ikinci asırdan itibaren şekilcilik ortadan kalkmış, fesih iradesini gösteren her hareket vasiyetnamenin hükmüne son vermeğe başlamıştı.

Vasiyet, mamelekin bütününe şâmil bir tasarruf olduğundan, iki vasiyetname birden olamaz, binaenaleyh ikinci vasiyetname birinciyi iptal etmiş olurdu (Bk. Bundan farklı olarak M.K.m. 491).

Tek taraflı hukukî muamele olması itibariyel karşı tarafın iradesinin bir ehemmiyeti yoktu. Roma hukuku, Cermen hukukundan gelen ve bir akit olan miras mukavelesini tanımaz (Kırş. M.K.m. 474 ve d.; 492 ve d.).

En eski vasiyetin mirascı nasbetmek gayesiyle yapılmış olduğuna anlaşılmaktadır. Binaenaleyh vasiyetnamenin başlıca fonksiyonu mirascı nasbı idi. Vasiyetnamede bulunan teberrûlar, vasî tâyinleri, köle azad etmeleri ve saire gibi hükümler arasında mirascı nasbı ağırlık merkezini teşkil ederdi: Her hangi bir sebeple mirascı nasbı tasarrufu bâtil ise, vasiyetnamenin diğ̈er hükümleri da bâtil olur; buna mukabil bütün hükümler bâtil olup, mirascı nasbı muteber ise, vasiyetname, o hükmü ile bâki kalırdı.

Gaius'un ifadesine göre (2,229): «Mirascı nasbı her vasiyetin başı ve temeli addedilir». Iustinianus hukukunda ise, mirascı nasbı da, diğ̈er tasarruflar gibi telâkki edilmeğe başlanmış ve bir çok halde mirascı nasbı bâtil olduğuna halde, diğ̈er hükümler muteber olarak kalmıştı. Gerek şekilcilik, gerekse mirascı nasbı hususundaki mutlaklık bugünkü hukuklarımızda yoktur (Bk. M.K.m. 461 ve d.).

Vasiyette bulunan kimsenin, vasiyetname yapılırken vasiyet ehliyetini (*tetstamenli factio activa*) haiz olması lâzımdı: Roma vatan-daşı olmalı, mamelek ve fiil ehliyetine sahip bulunmalı idi. Mirasın gayesi, *familia*'nın idaresi için bir halef tâyin etmek olduğundan, vasiyette bulunmak *paterfamilias*'lık sıfatında mündemiçti. Bu bakımdan aile evlâtları, reisin rızası ile dahi vasiyette bulunamazlardı. Maamafih Augustus,, *peculium castrense* üzerinde vasiyette bulunabilmeleri salâhiyetini tanıdı; Iustinianus bunu *peculium quasi ca-*

*strense'*ye teşmil etti. Kör, sağır ve akıl hastalarının ehliyetsizlikleri sonraları hafifletilmiş, kadınların ehliyetsizliği ise, üzerlerindeki vesaletin kalkması ile, tamamen kaybolmuştu.

## 2 — Vasiyetname şekilleri.

Gaius (2, 101), eski devirlerde iki nevi vasiyetname olduğunu söylüyor: Bunlardan birisi «Harbe hazır ordu huzurunda» mânasına «*testamentum in procinctu*»dur. Bu nevi vasiyetnameyi askerler, harp esnasında yaparlardı. Kumandan muharebeye karar verdikten sonra, askerler, birbirleri önünde, sözlü olarak ve hiç bir şekle uymak zorunda kalmaksızın, son iradelerini beyan ederlerdi. Bu nevi vasiyet istisnaî mahiyettedir.

Diğer vasiyet şekli *testamentum calatis comitiis*, yani *comitia'*lar huzurunda yapılan vasiyetnamedir. Sulh ve sükûn içinde (*in pace et in otio*) cereyan eden, umumî vasiyet şekli bu idi. Senede iki defa (24 Mart ve 24 Mayıs) icra olunan merasim esnasında yapılırdı. Bu münasebetle halk meclisleri, rahiplerin de huzuru ile toplanırlar, vasiyetcinin iradesi rahipler tarafından kabul edildikten sonra halk meclislerinin tasvibine arz olunurdu. Meclislerin kabul tarzı hakkındaki tarihî mâlûmatımız noksandır; bildiğimiz, halk meclislerinin sadece şahit olarak orada bulunmaları idi. Bu muamele ile *adrogatio* muamelesinin aynı olduğuna bakılırsa, halefi olmayan bir aile reisinin, bu muamele ile kendisine bir *sui iuris'*i evlâd edindiği ve dolayısı ile halefini tâyin ettiği düşünülebilir.

Cumhuriyetin son asırlarından itibaren bu vasiyet şekillerinin her ikisi de istimâlden düşmüşlerdi.

Muharebe sırasında yapılan vasiyetname istisnaî, diğeri ise senede ancak iki defa, muayyen günlerde yapılması mümkün, güç bir vasiyet şekli idi. Her zaman vasiyette bulunmak inkânını sağlamak için rahipler ve tatbikatçılar karışık bir usul bulmuşlar ve bu usul yeni vasiyetnamelerin temelini teşkil etmişti.

*Testamentum per aes et libram* ismini taşıyan bu usul, *comitia'*ların toplanmasını bekliyemeyecek kadar hasta veya ölümünü yakın gören kimselerin, istisnaî olarak müracaat ettikleri bir usul olarak başlamıştı (Gai. 2, 102-104).

Muamele bir *mancipatio familiae*, yani, aile mamelekinin, *emptor familiae* denen emniyetli bir kimseye remzî bir semen (*nummo uno*) mukabili *mancipatio* ile devredilmesiydi. Vasiyetci, malları alan

kimseye, son arzuları hususunda tâlimat verirdi; malları alan kimse ise, bu arzuları yerine getirmeği taahhüt ederdi.

Muamele tam bir *mancipatio* şeklinde cereyan etmekte idi. Vasiyetçi, beş bâliğ Roma vatandaşı ve bir *libripens* önünde, emniyet ettiği bir arkadaşına aile mamelekini (*familia*) *per aes et libram* (külçe ve terazi ile) devreder, yalnız, muamele esnasında, bu mameleki kendi arzularına uygun bir şekilde kullanmasını reca ederdi. İlk zamanlarda malların alıcısı, hakikî bir mâlik vaziyetinde iken, sonraları bu nakil remzî bir semen mukabili (*nummo uno*), zahirî bir mülkiyet iktisabı haline gelmişti. Alıcı, iktisap esnasında, mameleki, vasiyetçinin iradesine uygun bir şekilde kullanacağını şekle tâbi olarak beyan ederdi: «Mamelekin ve paranın, senin emrin ve benim nezaretim altında olduğunu beyan ediyor, kanuna uygun olarak vasiyetlerini yerine getirebilmek için onları bu külçe ile satın alıyorum.», der, bakır külçe ile teraziye vurarak bakırı, semenmiş gibi, vasiyetçiye verirdi. O zaman vasiyetçi, elinde bulunan mumlu tahta parçalarını: «bu malları, bu tahta ve mum üzerinde yazılı olduğu şekilde veriyorum, bırakıyorum, vasiyet ediyorum; *Quirites!* siz de buna şahit olunuz», diyerek alıcıya verirdi. Şahit önünde cereyan eden bu muameleye *nuncupatio* ismi verilirdi. Eğer vasiyet yazılı olarak yapılmışsa, şahit vaziyetindeki beş Roma vatandaşı, *libripens* ve *familiae emptor*, mumlu tahta parçaları üzerine mühürlerini koyar, isimlerini yazarlardı.

Bu vasiyetnamede en mühim olan kısım alıcının yapmış olduğu beyandı. İleriki inkişafta ise malların alıcısının mamelek üzerindeki mülkiyet hakkı gittikçe mânasını kaybetti ve *familiae emptor* alelâde bir şahit vaziyetine geldi. O zaman vasiyetçinin iradesi ön plâna geçmiş ve muamele eski vasfını kaybederek tek taraflı bir irade beyanına inkilâb etmiş olmakta idi. Fakat *mancipatio* muamelesinin bir tarafı bu suretle ehemmiyetini kaybederek ortadan kalkınca, onun yerine başka birisini ikame etmek lâzımdı, ki, bu da «mirascı nasb» edilerek giderildi: Eskiden vasiyetname hükümlerini *familiae emptor*, yani mamelekin alıcısı yerine getirecek iken, artık, vasiyetnamenin hükümlerinin yerine getirilmesi, nasbedilen mirascıya (*heres*) yüklenmekte idi.

Bu şekli alan *mancipatio* muamelesi ehemmiyetini gittikçe kaybetti. Bir çok defalar şekle ya hiç, veya kısmen riayet edilmemekte idi, zira muamelede asıl ehemmiyetli olan kısım vasiyetçinin beyanı, yani *nuncupatio* idi. O zaman müdahale eden praetor, *mancipatio*'yu sırf bir formalite haline getiren bir takım tedbirler aldı ve Milâttan

önce ikinci asırdan itibaren 7 şahidin (Beş Roma vatandaşı, bir terazi tutan ve malların alıcısı) mühürünü taşıyan bir vasiyetnameyi ibraz eden kimseye, *ius civile*'nin şekilcilğini temsil eden *mancipatio* muamelesinin yapılmış olup olmadığını tetkik etmeden *bonorum possessio secundum tabulas*'ı bahşedeceğini bildirdi. Bu suretle *bonorum possessio secundum tabulas*'ın tatbiki, praetor vasiyetnamesi dediğimiz ve sadece 7 şahidin huzurunda tanzim olunan vasiyetnameyi doğurmuş oldu. Klâsik hukuk devri boyunca, *per aes et libram* denilen, şekline uygun *ius civile* vasiyetnamesinin yanında, *mancipatio* yapılmadığı için şekilce noksan, fakat praetor zilyetliği ile fiilen muteber hale gelen ve vasiyetcinin iradesine uymak için ihdas edilen vasiyetname budur.

Postklâsik devirde ise *mancipatio*, tamamen ortadan kalkmıştı. Onun için, bu devirde mevcut olan *ius civile* ve praetor hukuku tefriki, yapılan vasiyetnamelerde sadece şahit adedinin farklı olması neticesini doğurmak idi. Praetor vasiyetnamesi yine 7 şahit huzurunda tanzim edildiği halde, *ius civile* vasiyetnamesi, *libripens* ve *familiae emptor*, *mancipatio* ile birlikte ortadan kalktığı için, geri kalan 5 şahidin huzurunda yapılmakta idi.

Iustinianus hukukunda, sözlü ve yazılı iki vasiyet şekli vardır. Sözlü vasiyet (*testamentum per nuncupationem*), 7 şahidin önünde son arzuların beyanından ibaretti ve şekle tâbi değildi. Yazılı vasiyetname ise (*testamentum per scripturam*) 7 bâlig Roma vatandaşı şahidin ve vasiyetcinin, aynı zamanda atılmış imzalarını ihtiva eder, vasiyetçi yazı yazmasını bilmiyorsa onun yerine sekizinci bir şahit vesikayı imza ederdi. Şahit bulunması mecburiyeti ve muamelenin bir vahdet teşkil etmesi (*unitas actus*) *ius civile*'den, imza edenlerin adedi ise praetor hukukundan gelmektedir.

Bu vasiyetname şekilleri yanında, kaza mercileri veya şehir memurları huzurunda yapılan resmî vasiyetnameler de vardı.

Ayrıca, istisnaî mahiyet taşıyan vasiyetnameler de vardı ki bunlardan bir tanesine kısaca temas edelim: Iulius Caesar, muvakkat bir zaman için, askerlerinin, istedikleri şekilde vasiyette bulunmalarına müsaade etmişti. Bu nevi müsaadeleri, Caesar'dan sonra, başka imparatorlar da, yine muvakkat olarak vermişlerdi. Traianus, askerlerin istedikleri şekilde vasiyetname tanzim edebilmeleri imtiyazını, devamlı olarak kabul etti. Traianus'un bu husustaki emirnamesi diyor ki, askerlerin vasiyetnamelerine bakılacak olursa, *ius civile*'ye nazaran ekseriya muteber olmadıkları görülür; fakat onların saflıklarını mâzur görmek için, becerebildikleri şekilde izhar

etmiş oldukları son arzuları muteber olsun. Şu halde, *testamentum militis* (asker vasiyetnamesi) denilen bu vasiyetnamede ne lüzumlu adette şahide, ne *mancipatio*'ya ne de *nuncupatio*'ya lüzum vardır. Ancak iradenin açık bir şekilde belirmiş olması kâfi idi. Bu nevi vasiyetnameler, askerlerin terhisinden itibaren bir sene sonra artık muteber olmazlardı. Iustinianus bunların muteberliğini, sadece, sefer halinde bulunan askerlere inhisar ettirdi.

#### § 5. VASIYETNAMENİN MUHTEVASI

##### 1 — Mirascı nasbı.

Vasiyetnamenin muteber olması için, yukarıda söylediğimiz şekil şartları ile birlikte, muteber bir mirascı nasbı da lâzımdı. Klâsik hukukun sonlarına kadar vasiyetnamenin ilk hükmünün daima mirascı nasbı olması lâzımdı, bundan evvel yapılmış tasarruflar varsa, muteber olmazlardı. Mirascı, lâtince, emredici ve belli sözlerle nasbolunabilirdi: *Titius heres esto* = Titius mirascı olsun; veya: *Titium heredem esse iubeo* = Titius'un mirascı olmasını tensib ediyorum; gibi Constantinus'tan itibaren ve Iustinianus devrinde bu nevi şekilcilikler ve lâtince lisan kullanılması mecburiyeti ortadan kalktı.

Mirascının, mirascılık ehliyeti bulunmalı idi (*testamenti factio passiva*). Modern hukuklardaki umumî hak ehliyetinin bir neticesi olan mirascılık ehliyetinden (M.K.m. 518 ved.) farklı olan bu ehliyete göre, klâsik devrin sonuna kadar vatandaş olmıyanlar ve hükûmî şahıslar, son devir Roma hukukunda ise dalâlete sapmış dinsizler, mürtetler, mirasa ehil değildiler. Münferit bazı hallerde de, bazan mirasın düşmesini, bazan iktisabını imkânsız kılan sebepler mevcuttu: Ezcümle Augustus zamanında bekârlarla çocuksuz evliler ve daha sonraları vasiyetciyi öldüren veya vasiyette bulunmasına mâni olan kimseler, mirascılık hakkından mahrum edilirdi (Bk M.K.m. 520).

Mirascının kim olduğu açık şekilde anlaşılmalı idi. Hataen, arzu edilenden başkası mirascı gösterilmişse bu nasb muteber olmazdı. Ancak hata vasıfta ise ve vasiyetcinin iradesinden şüphe edilemiyorsa, mirascı nasbı muteberdi. İmparatorluk hukuku, bu mevzuda, vasiyetcinin iradesini, mümkün olduğu kadar, nazarı itibara almak yoluna gitmişti.

Vasiyetci, mirascı nasbını başka bir kimseye havale edemezdi.

Tâlikî şarta veya zamanı belirsiz bir vaadeye bağlı mirascı nasbı mümkün olduğu halde, infisahî bir şarta veya zamanı belli bir vaadeye bağlı mirascılık mümkün değildi; bu nevi kayıtlar yok sayılır ve mirascı nasbı hükmü muteber olarak kalırdı. Binaenaleyh: filânca, şu şart tahakkuk ederse mirascım olmaktan çıksın; yahut, mirascım ölümünde mirasımı falancaya intikal ettirsin gibi şartlar koşulamazdı (Maamafih, bu son çeşit imkânsızlıklar sonraları, *fideicommissum*'lar vasıtası ile önlendi). Zira Roma hukuku kaidesine göre: *semel heres, semper heres*, yani bir defa mirascı olan daima mirascı kalır, kaidesi câri idi. Modern hukuklarda fevkalâde ikame usulü câri olduğundan böyle bir hususiyet yoktur (Bk. M.K.m. 468 ve d.).

Vasiyetci bir tek mirascı nasbedebileceği gibi, bir kaç kişiyi birden mirascı yapması da mümkündür. Bir kaç mirascıdan birisi vasiyetciden evvel ölür, veya ehliyetsizliğe düşer, veyahut feragat ederse, hissesi, diğer hisseleri mütenasip şekilde tezyid ederdi.

## 2 — İkameler.

Mirascı, tâlikî bir şartla nasbolunabilir. Bunun hususî ve mühim bir hali *substitutio*'larda (ikame) görülür. Roma hukukunda bilhassa iki nevi ikame vardı:

a) *Substitutio vulgaris* (Alelâde ikame). İkame, tâli bir mirascının, yani, ilk nasbolunan mirascının mirası iktisab etmemesi veya edememesi hali için derpiş edilen yedek bir mirascının gösterilmesidir. Mansup mirascı mirası reddettiği, veya her hangi bir sebeple (meselâ ölüm), mirascı olamadığı hali düşünen vasiyetci, başka birisini gösterir (M.K.m. 467). Birinci mirascıya (*institutus* = mansup; ön mirascı) nisbetle bu ikinci mirascı *substitutus* (kaim; ikame olunan; yedek mirascı) mirascıdır. Bu nevi mirascılardan, arka arkaya bir kaç tane gösterilmesi mümkündür (Gai, 2, 175).

Âdi ikamede mansup mirascının mirası iktisab etmemiş olması lâzımdır; zira, mirası iktisab ettikten kısa bir müddet sonra ölmesi halini düşünerek ikamede bulunmak caiz değildi.

b) Alelâde ikame yanında, Romalılar nezdinde bir de *substitutio pupillaris* (küçüklere müteallik ikame) vardı. Aile reisi, henüz bülûğ çağına gelmemiş oğlu için bir yedek mirascı ikame eder, fakat bunu, yalnız oğlu mirascı olamadığı hali düşünerek değil, he-

nüz bülûğ çağına gelmeden ölmesi ihtimalini düşünerek yapardı. Şu halde bu vaziyette aile reisi, kendisine mirascı olamayacak olan oğluna ikamede bulunduktan başka, bâliğ olmadan ölen çocuğunun mirascısını da bizzat tayin etmiş olmakta idi. Bunun sebebi, gayri bâliğ küçüğün, vasinin *auctoritas*'ı ile dahi vasiyette bulunamamasıdır; âdetâ, onun vasiyetini de babası yapmaktadır. Gaius (2. 180) bu vasiyetnamenin iki terekeye müteallik gibi, olduğunu söylemektedir. Aile reisi, kendi mamelekinde tasarrufta bulunduktan başka, öldükten sonra, bülûğ çağına ulaşana kadar, çocuğunun mameleki üzerinde de vasiyet tasarrufu hakkını muhafaza etmiş oluyordu.

Küçüğe yedek ikamesi halinde, babanın ölümünden sonra küçüğün iktisapları da mamelekine dahil sayılırdı.

Önceleri bu nevi ikame, bizzat halefi tâyin eden vasiyetname içinde yapılmakta idi. Sonraları bu gibi ikamelerin vasiyetnameye ilâve edilen ayrı tahtalar üzerinde yapılması daha muvafık görüldü, Ayrı olarak mühürlenmiş bu mumlu tahtalar, küçüğün ölümünden evvel açılmazdı. Bu bir emniyet tedbiridir: Küçüğün ölümünden evvel ona kimin mirascı olacağını bilinmemesi daha münasiptir.

Iustinianus hukukunda *substitutio pupillaris*, akıl hastası fûrulara da teşmil edilmiş ve buna ortaçağ hukukçuları *substitutio quasi pupillaris* (küçüklere müteallik ikame benzeri) demişlerdi.

#### § 6. VASİYETNAMENİN MUHTEVASI (devam) MUAYYEN MAL VASİYETLERİ

Bir vasiyetnamenin ihtiva ettiği başlıca hükmün mirascı nasbı olduğunu söyledik. Bunun dışında vasiyetnamenin ihtiva ettiği diğer tasarruflar bilhassa, vasi tâyinleri, köle azad etmeleri ve muayyen mal vasiyetleridir.

Vasiyetname ile vasi tayini mühim bir tasarruftu. Proculianus ve Sabinianus'lar arasında, mirascı nasbından evvel vasi tâyin edilmişse, bu tasarrufun, mamelekte bir eksilme meydana getirmediği mülâhazası ile muteber olup olmadığı münakaşa mevzuu olmuş, fakat vasiyetnamenin her hangi bir yerinde mirascının nasbedilebileceği hususu, ancak Iustinianus hukukunda mümkün olabilmisti.

Azad etmenin muteber bir vasiyetname tasarrufu olabilmesi için azad edilen kölenin, vasiyet sırasında ve vefat anında vasiyetcinin mülkiyetinde bulunması lâzımdı. Köle şarta bağlı olarak veya tâlikî vaade ile de azad edilebilirdi. Şartın tahakkukuna veya vaade-

nin hülûlüne kadar köle, mirascının mülkiyetinde kalır ve bu müddet zarfında *statuliber* (hürriyetini bekleyen köle) durumunda olurdu. Hususî bir vaziyeti vardı: Mirascı şartın tahakkukuna mâni olmaya çalışmışsa, şart yok sayılırdı. Keza şart, imkânsızlığı dolayısı ile tahakkuk edemiyorsa, yine yok addedilirdi. Vasiyetname ile köle azad etmenin Augustus zamanında mühim tahditlere uğramış olduğu malûmdur.

### I — Muayyen mal vasiyetleri.

Roma hukukunda muayyen mal vasiyeti, vasiyetcinin vasiyetname ile yaptığı öyle bir ölüme bağlı tasarruftu ki, onunla, mirascı aleyhine ve mirascılık vasfını tevcih etmediği bir kimseye belirli mallarını iktisab ettirirdi. Önceleri bu mal terekeye dahil mallardan olmalı idi; sonraları mirascıya veya üçüncü şahsa ait mallar da muayyen mal vasiyetine mevzu olmaya başladılar.

Muayyen mal vasiyetinde üç taraf vardır: Vasiyetci (*testator*, burada *legator*); kendisine muayyen mal vasiyetinin mükellefiyeti yüklenmiş olan mirascı (*heres*, burada *oneratus*) ve bir de vasiyetten faydalanan vasiyetli (*legatarius* veya *honoratus*). Romada bizzat mirascı lehine *legatum* yapılamazdı. Mirascı nasbı, küllî halefiyet yolu olarak borcların da intikaline sebebiyet verdiği ve bu sebeple pasif de olabildiği halde, cüz'î halefiyet olan muayyen mal vasiyeti daima kazandırıcıdır ve borçları intikal ettirmez.

Romada iki tip muayyen mal vasiyeti inkişaf etmiştir: *Legatum* ve *fideicommissum*. Sonradan ihdas edilmiş olan bu sonuncusu, Iustinianus hukukunda birincisine muadil bir hale getirilmişti.

#### 1 — *Legatum*.

Mirascıya bir mükellefiyet yüklemek manasına, *legare*'den gelir ve XII Levha kanunundan beri mevcuttu. *Legatum*'lar, yapılış şekillerine göre dört nevi idiler :

a) *Legatum per vindicationem*: En eski tip olan bu nevi muayyen mal vasiyetinde vasiyetci, lehine mal vasiyet ettiği kimseye o malın mülkiyetini doğrudan doğruya intikal ettirecek şekilde bir cümle kullanırdı. Ezcümle, mirascısını nasbettikten sonra, «Filân kölemi Titius alsın, sahiplensin, ihraz etsin.», veya «onun olsun» (Gai. 2, 193). Mansup mirascı terkeyi iktisab eder etmez *honoratus* malın mâliki olur, zira bu bir «mülkiyet vasiyeti»dir. Esasen isim

de bu aynî hakkı ifade etmektedir: Hak sahibi malını *rei vindicatio* ile talep edebilir. Bu nevi vasiyetlerde vasiyetçi gayri mislî malın hem vasiyet ve hem de vefat sıralarında mâliki olmalı idi; mislî malların ise yalnız vefat anında mâliki olması kâfi idi.

b) *Legatum per damnationem*: Bu nevi mal vasiyetinde, lehine mal vasiyet edilen kimse, mirascıya karşı bir alacak hakkı iktisab ederdi. Vasiyetçi, muayyen malı bir kimseye vermesi hususunda mirascıya emir verirdi: «Mirascım filân kölemi Titius'a vermeğe mahkûm (veya mecbur) olsun», veya «versin» (Gai. 2, 201). Binaenaleyh bu nevi tasarruf, mirascı ile lehine mal vasiyet edilen kimse arasında bir borç münasebeti doğurur (borç vasiyeti) ve borç kaynağı olarak akit benzerleri grubuna dahil edilirdi. Bu yol ile gerek vasiyetçiye, gerek mirascıya, gerekse üçüncü şahsa ait, hazır veya gelecekteki malın vasiyeti mümkündü. Mal üçüncü şahsa aitse mirascı, malın takdir edilmiş değerini vererek borcundan kurtulabilirdi. Mirascı, malın mülkiyetini, icab eden şekillerden birisiyle nakledecek borcunu yerine getirmiyecek olursa, ona karşı *actio ex testamento* (vasiyetten doğan şahsî dava) açılırdı.

c) *Legatum sinendi modo*: «Mirascım, Lucius Titius'un köle Stichus'u almasına ve ona sahiplenmesine ses çıkarmamaya (*sinere*) mahkûm olsun», tarzında bir cümle ile yapılırdı (Gai. 2, 209). Bu nevi mal vasiyeti de, *per damnationem* mal vasiyeti gibi, mirascı ile lehine mal vasiyet edilen kimse arasında bir borç münasebeti doğurur ve borç kaynağı olarak akit benzerlerine girer; mirascıya karşı icabında *actio ex testamento* açılırdı. Yalnız, burada, mirascının borcu, vasiyet edilen malın mülkiyetini nakletmek için gerekli muamelelerden birisini yapmak değil, sadece o malın alınmasına tahammül ve müsaade etmekten ibaretti. Bir de bu halde mirascının ve vasiyetçinin malları vasiyet edilebilir, fakat üçüncü şahsa ait mallar vasiyet edilemezdi.

d) *Legatum per praeceptionem*: «Lucius Titius köle Stichus'u önceden (yani henüz tereke taksim edilmeden) alsın», tarzında bir cümle ile yapılırdı (Gai. 2, 216). Sabinianus'lar bu nevi mal vasiyeti ile yalnız bir hisse ile nasbedilmiş olan mirascılardan birisine, tereke taksim edilmeden önce muayyen bir mal vasiyet edildiğini ve bu takdirde *actio familiae erciscundae*'nin (müşterek terekenin taksimi davası) açılabileceğini söylemekte idiler. Proculianus'lar ise, üçüncü bir şahsa da bu yolda mal vasiyet edilebileceğini ve bu nevi mal

vasiyetinin *per vindicationem* mal vasiyetinden farklı olmadığını ileri sürmekte idiler.

Muayyen mal vasiyetlerine, her hangi bir menfaat mevzu olabilirdi. Bir mal, bir hak, bir alacak, gibi. Muayyen mal vasiyetleri mevzuuna göre isim alırdı: Ferden tâyin edilmiş bir mal üzerinde, parça vasiyeti; neven tâyin edilmiş bir mal üzerinde, nevi vasiyeti; bir mal topluluğunun vasiyeti; seçimlik vasiyet (*per vindicationem* mal vasiyetinde seçim hakkı lehine mal vasiyet edilenin, *per damnationem* mal vasiyeti halinde ise, vasiyetcinin başka türlü iradesi yoksa, mirascının yani borclunundu); muayyen miktar paranın vasiyeti; senelik veya aylık bir gelirin vasiyeti (kaç aylık veya senelik vasiyet edilmişse o kadar adette mal vasiyeti var, farzedilirdi); irtifak hakkına, cihaza müteallik muayyen mal vasiyeti; bir alacağın vasiyeti (ibra yerine geçmektedir); ve saire, gibi.

*Regula Catoniana* ismiyle anılan bir kaideye göre, Milâttan önce ikinci asırdan itibaren muayyen mal vasiyetleri, yapıldıkları anda muteber olmalı idiler. Yani, yapılırken bir sakatlık ile malûl olan mal vasiyeti, sonradan sakatlık sebebi ortadan kalkacak olursa, itibar kazanmazdı.

M. s. I inci asırda çıkarılmış bir *senatusconsultum Neronianum* hükmüne göre, vasiyet edilen malın kime ait olduğuna müteallik şekilcilik izale edilerek, müteveffanın iradesine âzamî derecede riayeti temin etmek gayesiyle, başkasına ait olduğu için muteber olmayan, meselâ *per vindicationem* mal vasiyeti, sanki *per damnationem* yapılmış addedilerek muteber bırakılmakta idi. Bu *Senatus* kararı, vasiyetcinin sözlerinden ziyade iradesini hâkim kılmaya mâtuf idi. Postklâsik devirden itibaren ise, bütün muayyen mal vasiyetleri, lâalettayin şekilde yapılabilmeğe başlanmıştı.

## 2 — *Fideicommissum*'lar.

*Fideicommissum*'lar ilk imparatorluğun başlarında ortaya çıkmış ve kısa zamanda geniş tatbikat sahası bulmuş bir muayyen mal vasiyeti nev'i idi. Esasında bu, terekeden, mirascı veya *honoratus* olarak faydalanmış bir kimseye, vasiyetcinin, üçüncü bir şahsa vermesi veya lehine bir şey yapması hususunda ileri sürdüğü bir recadan ibaretti. Müeyyidesi olmadığından vasiyetci, o şahsın hüsnüniyet ve şerefine dayanırdı. Esasen isim de bunu göstermektedir: *Fideicommissum* = *fides*'ine, yani şeref ve hüsnüniyetine havale edilmiş. Tatbikatı artıp, gerekli dürüstlük kaidelerine riayet etmeyenlerin çoğaldığını gören Augustus, bu nevi vasiyetlerin yerine

getirilmelerini temin etmek için, *cognitio extra ordinem* usulü ile ileri sürülebilen bir *persecutio fideicommissaria* (*fideicommissum* davası) tanımış, o zaman *fideicommissum*'lar da, akit benzerleri arasına giren bir borç kaynağı haline gelmişlerdi. Bu ihtilâflara hususî praetorlar bakardı.

Mirascının elde ettiği miktarı aşmamak şartı ile *fideicommissum*'un miktarını tâyinde vasiyetci serbestti ve sözlü veya yazılı hiç bir şekilde bağlı değildi. Umumiyetle *legatum* şeklindeki mal vasiyetlerinden istifade edemiyen kimselere, meselâ yabancılara, bu şekilde mal vasiyet edilebilmekte, diğer taraftan *legatum* tahmil edilemiyen kimselere, meselâ kanunî mirascı veya bizzat muayyen mal vasiyetinden faydalanmış kimselere bu mükellefiyet yüklenebilmekte idi. Ekseriya vasiyetnameye ilâve edilen ayrı bir mektupla (*codicillum*) yapılırdı. *Legatum* ile aralarındaki başlıca fark, *legatum*'un şekilciliklerinden ve tahdit takyitlerinden (Bk. ileride: III) âzade olmaları idi. Zamanla, bir taraftan *legatum*'un şekilcilikleri ortadan kalktığı, diğer taraftan takyitler *fideicommissum*'lara da teşmil edildiği için, Iustinianus hukukunda aralarında fark kalmamıştı: Vasiyetname içinde belirtilen muayyen mal vasiyetlerine *legatum*, müstakil *codicillum*'larda belirtilen muayyen mal vasiyetlerine ise *fideicommissum* denmekte idi.

a) *Fideicommissum universitatis* ve *fideicommissum speciale*: *Fideicommissum* vasıtası ile, terekenin tamamı veya bir kısmı muayyen mal olarak vasiyet edilebilmekte idi. Vasiyetci mirascısını nasbettikten sonra, terekenin tamamını, arzu ettiği, fakat hukukan mirascısı haline getiremediği bir kimseye nakletmesini ondan reca edebilirdi. Postklâsik devirde bu nevi mal vasiyetlerine *fideicommissum universitatis* (küllî muayyen mal vasiyeti) ismi verilmişti. Bütün mameleki devir ve teslim ettikten sonra mirascı, yine mirascı sıfatını muhafaza eder, terekenin borçlarını karşılıklı *stipulatio*'larla *fideicommissum*'dan faydalanmış olan kimseye naklederdi. Yalnız, bütün mameleki devretmek zorunda kalacağını bilen mirascının, mirası kabul etmemesi ihtimali bulunduğundan, bu mahzuru önlemek için, bir azdan bahsini edecek olduğumuz, muayyen mal vasiyetlerini tahdit eden hükümler *fideicommissum*'lara da teşmil edilmişti.

Küllî dediğimiz bu *fideicommissum*'un yanında, münferit malların vasiyeti olan *fideicommissum speciale* (münferit mallara müteallik muayyen mal vasiyeti) vardı.

b) *Substitutio fideicommissaria* ve *fideicommissum familiaria*: Vasiyetçi, mirascının ölümünden sonra terekenin tamamının başka kimselere intikalini *fideicommissum* ile vasiyet edebilirdi. 2.277' de Gaius, bu nevi *fideicommissum*'dan bahsetmektedir: *Cum Titius heres meus mortuus sit, volo hereditatem meam ad P. Maevium pertinere* (Mirascım Titius öldükten sonra mirasımın P. Maevius'a intikal etmesini istiyorum). Vasiyetçinin bu iradesini yerine getirmek için mirasçı, bizzat yaptığı vasiyetnamede ya o kimseyi kendisine mirasçı gösterir veya mirascısına terekeyi o kimseye terketmesini bir *fideicommissum*'la bildirirdi. Bunlar yapılmadığı takdirde *oneratus*'un mirascıları *fideicommissum*'un emrini yerine getirmek mecburiyetinde idiler. Bu şekilde ortaya hakikî manada bir «mirascının ikamesi» çıkmaktadır: *Substitutio fideicommissaria* (Krş.: Fevkalâde ikame, M.K.m. 468 ve d.). Bu nevi ikame, M.s. II inci asırda Romada tatbik edilmekte idi ve bundan bilâhara, Iustinianus'un 159 uncu *Novella* ile son şeklini verdiği *fideicommissum familiaria* denen nevi doğmuştur. Bu emirname hükmüne göre, vasiyetçi, terekeyi muhafaza etmesini ve kendi ölümünde, muayyen bir kimseye ve onun şahsına değil, belli vasıfta bir kimseye (mes. umumiyetle olduğu gibi ailenin büyük evlâdına) vasiyet etmesini emrederdi. Bu müessese ortaçağda ve feodal hukukta büyük bir ehemmiyeti haiz olarak geniş ölçüde tatbik edilmiş, ictimâî ve ekonomik tesiri çok büyük olmuştur. Ortaçağda vasiyetçi, aile içinde, nesiller boyunca tahdit edilmiyen müteakip ikameler yapmak suretiyle aile mamelekinin olduğu gibi muhafaza etmek imkânını bulmuştu. Bu suretle bazı aileler, çok büyük mamelek ve servetleri, satılmaları ve parçalanmaları imkânı kalmadığından, o halleri ile tutabilmişlerdi. Bu mameleklerin, alacaklılar karşısında da hususî imtiyazları bulunmakta idi. Bu nevi *fideicommissum*'lara karşı, XVI - XVIII inci asırlarda, feodal teşkilâtın bozulması sırasında mücadele edilmiş, bir çok teşebbüslerden sonra, ancak Fransız ihtilâli ile tamamen bertaraf edilmişlerdi (14/XI/1792 tarihli kanun ve C. C. art. 896).

### 3 — *Praelegatum*.

Roma hukukunda ehemmiyeti olan bir nevi mal vasiyeti, bizzat mirascılardan birisine yapılan *praelegatum*'dur. Eğer mirasçı bir tek ise, ona yapılan muayyen mal vasiyeti muteber değildi, zira mirascılık sıfatı ile, esasen terekenin müktesibidir. Fakat birlikte bir

kaç mirasçı varsa, aralarından bir tanesine yapılan mal vasiyeti muteberdir. Eğer bu vaziyette muayyen mal vasiyeti külfetinin hangi mirasçıya düştüğü belirtilmemişse, müşterek mirascıların hepsi birden borçlanır ve her birisi, hissesi nisbetinde vasiyeti yerine getirirdi. Bunlar arasına bizzat lehine mal vasiyet edilen kimse de dahildir. Halbuki, kendi lehine mal vasiyet edilemeyeceği için, vasiyetin bu kısmı yok sayılırdı, çünkü o hisseyi mirascılık sıfatı ile iktisab etmiş bulunmakta idi.

Zamanımızda bu mefhum kaybolmuştur, zira bizim için gerek miras, gerek muayyen mal vasiyeti bir mal iktisabından ibarettir. Eğer bir kimse mirascısına muayyen mal vasiyet etmek isterse, her iki iktisap şekli aynı vasıfta olduğundan, birleşirler, ve tamamı, muayyen mal olarak mirasçı tarafından iktisab olunur.

## II — Muayyen mal vasiyetlerinin iktisabı.

Muayyen mal vasiyetinin muteber olması için, mirasçı nasbının da muteber olması lâzımdı. Çünkü vasiyetnamenin hüküm icra etmesi için bir mirascının bulunması şarttı. Vasiyet edilmiş muayyen malın iktisabı da, ancak vasiyetçi öldükten ve mirasçı mirası kabul ettikten sonra tahakkuk edebilirdi. Bu esnada lehine mal vasiyet edilmiş olan kimsenin yani *honoratus*'un hayatta olması lâzımdı.

Romalılar bu mevzuda iki an'ın tefrikini yaparlardı: Birisi, lehine mal vasiyet edilen kimsenin vasiyete hak kazandığı an, *dies cedens*; diğeri ise bu hakkını ileri sürerek talepte bulunabileceği an, *dies veniensdir*.

1 — Mirasçı mirası kabul muamelesini yaptığı takdirde lehine mal vasiyet edilmiş kimsenin o malı iktisab edeceği muhakkak olarak anlaşıldığı an *dies cedens*'dir. Bu andan itibaren, her ne kadar *honoratus* henüz hakkın müktesibi değilse de, bir «muntazar hak» elde etmiş vaziyette idi. Binaenaleyh, mirasçı mirası kabul etmeden (*aditio*) önce ölecek olursa, bu muntazar hak kendi mirascılarına geçer ve onlar, vasiyet edilen malı elde edebilirlerdi. Önce-leri *dies cedens* vasiyetcinin ölüm gününe intibak etmekte idi. Bilâhara bazı kanunlar (*lex Papia et Poppea*) bu anı, vasiyetnamenin açıldığı gün olarak tesbit etmişlerdi, fakat Iustinianus eski prensibe avdet etti. Şayet muayyen mal vasiyeti şarta bağlı ise, *dies cedens*, şartın tahakkuku anına kalırdı.

2 — İkinci an, muayyen malın, lehine vasiyet edilen tarafından kabili talep hale geldiği andır. Mirascının mirası kabulü (*aditio*) gününe intibak eden bu ana da *dies veniens* denirdi. Şayet mansup mirascı bir *necessarius heres* ise, o zaman *dies cedens* ve *dies veniens* vasiyetcinin ölümü ile aynı güne düşerdi.

### III — Muayyen mal vasiyetlerinin tahdidi.

Romada umumiyetle herkes vasiyette bulunurdu. O zamanki âdetlere göre bir kimse, ölüme bağlı tasarruflarında bütün dostlarını hatırlamalı ve her birine bir şeyler bırakmalı idi. Bu sebeple vasiyetnamede pek çok *legatum* tasarruflarında bulunur, bazan mirascıyı kuru bir mirascılık sıfatı ile başbaşa bırakabilirdi. Bugünkü telâkkimize göre mirascı veya vasiyetli terekeden maddî bir şey bekler. Halbuki Romalıların telâkkisine göre maddî bir mal iktisabı başka şey, şahsiyete halef olmak başka şeydi. Binaenaleyh mirascı mamelekin pek azını elde etse veya hattâ eline hiç bir şey geçmese dahi, şahsiyete halef olmayı bir şeref sayardı.

Fakat *legatum*'lardan aşırı bir şekilde faydalanma, bazan hiç bir menfaati kalmayan mirascının mirası reddetmesine sebebiyet vermekte, bunun neticesi olarak mirascı kalmadığından vasiyetname ile birlikte *legatum*'lar da sukut etmekte idi. Bu vaziyete mâni olmak ve bilhassa *legatum*'ların muteber kalabilmelerini temin etmek için cumhuriyet devrinde çıkartılan *lex Furia testamentaria* ve *lex Voconia* isimli iki kanun, muayyen mal vasiyetlerine tahsis edilen miktarları tahdit etmek istediler: Kanunların birincisi muayyen mal vasiyetlerinin 1000 *as*'ı aşamayacağı, ikincisi ise hiç bir muayyen mal vasiyetinin, mirascı tarafından iktisab edilen menfaatten daha fazla olamayacağı hükümlerini sevketmekte idi. Fakat bu tedbirler kâfi değildi, zira vasiyetçi, azamî haddin altında kalarak pek çok adette *legatum*'larla mirası yine hiçe indirebilmekte idi. Bunun üzerine M. e. 40 senesinde çıkan bir *lex Falcidia*, muayyen mal vasiyetlerine konmuş olan eski yasakları kaldırarak, terekenin en az 1/4 ünün mirascılara kalması gerektiği hükmünü sevketti. Milâttan sonra 1 inci asrın ortalarında bir *senatusconsultum Pegasianum*, bu hükmü *fideicommissum*'lara da teşmil etti. Şayet muayyen mal vasiyetleri terekenin 3/4 ünü aşıyorsa, o nisbete incek şekilde *ipso iure* tenkis edilirdilerdi. Iustinianus 1 ve 2 inci *Novella*'ları ile *lex Falcifia*'nın getirdiği bu âmir prensibi, vasiyetcinin iradesine tâbi bir yedek kaide haline koydu.

## § 7. AB INTESTATO MİRAS

## I. — Umumî mefhum

*Ab intestato* mirasa «kanunî miras» da diyoruz. Fakat unutulmamalıdır ki «kanunî miras» tâbiri kelime olarak *legitima hereditas* tâbirine tekabül etmekle beraber, Roma hukukcularına göre *legitima hereditas*, praetor mirası karşılığı olarak, *ius civile* mirası mânasını taşımaktadır. *Ab intestato* mirasa kanunî miras diyenler Romalılar değil, *ius civile* ve *ius honorarium* tefrikini kaale almayan ortaçağ hukukçularıdır\*.

Müteveffanın bir vasiyetnamesi bulunmadığı, yaptığı vasiyetname bâtil olduğu veya nasbettiği mirascılar mirascı olamadığı veyahut olmadığı zaman, *ab intestato* miras bahis mevzuu olur (I. 3, 1, pr. 7-8). Bu söylediğimiz önce gelen mirasın vasiyet yoluyla miras olduğunu, *ab intestato* mirasın ise birinciye tâbi bulunduğunu gösterir; yani ailenin halefini seçmek imtiyazı evvelâ aile reisine, ancak bu mümkün olmadığı takdirde umumî hukuk nizamına düşer. Halbuki ilk devirlerde, vasiyetin bunun aksine olduğu anlaşılmaktadır. Filhakika, bilindiğine göre, ilk devirlerde aile reisinin ölümü ile *sui iuris* hale gelenler, doğrudan doğruya, *ipso iure*, ona halef olmakta ve hattâ, *heredes* vasfı yalnız bu kimselere ait bulunmakta idi. Vasiyetin ilk neveleri de bunu göstermektedir: Ancak çocuğu olmayan, daha doğrusu, ölümü ile *sui iuris* duruma gelecek kimsesi bulunmayan bir aile reisi, *comitia*'lar önünde yaptığı bir vasiyetname ile, evlâd edinmenin aynı olan bir muamele yapar ve *adrogatio* yoluyla evlâd edindiği kimse, ölümü ile *sui iuris* olacağı için, kendisine halef tâyin edilmiş olur; veyahut bir *mancipatio familiae* ile mallarını, mirascı olmıyan birisine devrederek, kendi arzusuna uygun bir şekilde tasarruf edilmesini sağlardı; vasiyette bulunmanın senenin muayyen günlerine inhisar etmesi de aynı şeyi göstermektedir. Şayet bunu yapmamış ve kendisine bir halef gösterememişse o zaman, XII Levha kanununun bir hükmüne göre, mameleki, agnatik hısımlar tarafından ihraz edilirdi. Bütün bunlar, ilk zaman-

\*) Kanaatimizce buna «hukukî miras» demek daha yerinde olurdu, zira *lex* kelimesi bir taraftan kanun demek olduğu halde, umumî tâbir olarak diğer taraftan hukuk, mânasını da taşır; klâsik devirde bütün hukuk XII Levha *lex*'inde idi ve imparatorluk devrinin hukukuna da *leges* denmekte idi; modern devirlerde *lex* daha ziyade bu mânası ile kullanılmaktadır, binaenaleyh *legitima hereditas*'ın lûgat karşılığı da «hukukî miras»dır.

larda hâkim olan mirasın *ab intestato* miras olduğunu, yani aile reisi tarafından değil, hukuk nizamı tarafından tanzim edildiğini gösterir. Vasiyette bulunma ve vasiyetname ortaya çıktıktan sonra onun gerisinde kaldı ve vasiyetin bulunmadığı hallere inhisar etti.

## II — *Ius civile*'ye göre kanunî miras.

XII Levha kanununun tanzim ettiği *ab intestato* miras, *agnatio* sistemine dayanır. Bu sisteme göre, vasiyetname bulunmadığı takdirde agnatik hısımlar üç sınıf halinde (*ordines*) derecelenerek müteveffanın mirasına sahip olurlar. Sınıflar birbirini tâkib ederler; eğer evvelki sınıfta mirascı olacak şahıs yoksa, müteakip sınıftaki kimse mirascı olurdu. Aynı sınıf içinde ise, dereceler nazarı itibara alınırdı.

a) Birinci sınıf, *sui heredes* dediğimiz mirascılardır. Eskiden yalnız onlar mirascı olabilirdi. İşaret etmiş olduğumuz gibi, *sui heredes*, vasiyetcinin vefatı ile *sui iuris* haline gelen kimseler, ez-cümle aile evlâtları, evlât edilenler, babaları evvelce hâkimiyetten çıkarılmış torunlar ve *manus* altındaki kadınlardan ibaretti. Kadınların *sui heredes*'i tabiatıyla olamazdı. Tereke bu mirascılar arasında eşit olarak taksim edilir; şayet *sui* evlâtlardan birisi ölmüşse, onun hissesi çocukları arasında müsavaten bölünürdü.

b) İkinci sınıfı, yakın agnatik hısımlar teşkil eder (*agnati proximi*) Bunlar, *sui heredes* sınıfından kimse olmadığı zaman, yakınlık derecesine göre, evvelâ erkek kardeş olmak üzere, mirascı olurlardı. Müsavat halinde eşit hisse alırlar, önce gelen sonra gelenin mirascılığını önlerdi. Mirasa esas olan agnatik hısımlık olduğundan, meselâ, müteveffanın erkek kardeşi mirası reddetse, daha evvel ölmüş olan kardeşinin çocukları mirascı olamazlardı.

Azatılanın *sui heredes*'i yoksa *patronus*'u veya onun füruruu mirascı olurdu. Milâttan sonra I inci asırdan itibaren bu usul kalkmıştı.

c) Yakın agnatik hısım bulunmadığı zaman, miras, müteveffanın *gens*'ine dahil kimselere intikal ederdi. Bu hususta başkaca bir malûmatımız yoktur ve esasen, Milâttan sonra I inci asırdan itibaren tamamen ortadan kalkmıştı.

## III — Praetor hukukuna göre kanunî miras.

*Ius civile*'nin bu agnatik sistemine mukabil praetor, *ius civile*'nin kanunî miras dışında bıraktığı bazı kimselere, muayyen sınıf ve

derecelenmeye riayet ederek, mirascılık hakkı tanımak istemiş ve bu gaye ile onlara *bonorum possessio intestati*, yani vasiyetname bulunmadığı takdirde malların zilyedi olma hakkını tanımıştı. Alâkalı, *bonorum possessio*'nun tanınması için gerekli müddet zarfında müracaatta bulunmalı idi, aksi takdirde, sonradan gelen, mirascı olurdu.

Bunlar dört sınıf halinde görülür:

a) Birinci sınıf (*unde liberi*) *sui heredes*'den başka, baba hâkimiyetinden çıkarılmış olduğu için *ius civile*'ye göre kanunî mirascı olamıyan evlâtlar ve bunların fûruudur. Evlâd edinildikten sonra hâkimiyetten çıkarılmış aile evlâtları ile, başkası tarafından evlâd edinilmiş ve hâkimiyet altında bulunanlar, bu sınıfa dahil değildirler. Görüldüğü gibi praetor, burada, kan hısımlığı esasına temayül etmektedir.

b) İkinci sınıf (*unde legitimi*), esasen *ius civile*'nin kanunî mirascı tanıdığı kimselerdir: Müteveffanın çocukları yoksa, o zaman, agnatik hısımlar mirascı olurlardı. Malûm olduğu üzere bu agnatik hısımlık, hâkimiyet ölümden gayri bir sebeple sona ermişse, ortadan kalkar. Şu halde praetor, *ius civile*'nin bu mirascılarının mirascılığını ikinci derecede bırakmaktadır. *Gens* ve taallûkatına ait olan mirascılık ise esasen kalkmıştı.

c) Bu sınıf (*unde cognati*) kan hısımlarının mirascı olmaları hususundaki yeni fikri ihtiva eder. Praetor, *ius civile*'ye göre kanunî mirascı olamıyan kan hısımlarını, daha evvelki sınıflardan mirascı olabilecek kimse yoksa, altıncı dereceye kadar mirascı göstermekte, yani kendilerine *bonorum possessio* tanımakta idi. Bu sınıf bilhassa, müteveffanın anasını ve ana tarafından hısımlarını ihtiva ederek onları kayırmaktadır. Burada da yakın hısım uzaktakinin mirascılığını önlerdi.

d) Evvelki sınıflardan kimse yoksa praetor, miras hakkını, *manus*'lu veya *manuz*'suz olmasını nazarı itibara almadan, sağ kalan eşe bırakmaktadır (*unde vir et uxor*).

#### IV — Iustinianus hukukunda kanunî miras.

Kan hısımlığını ön plâna almaya doğru praetorun getirmiş olduğu yeniliklerden sonra, imparatorluk hukuku da aynı istikamette bazı inkişafı kaydetti ve kan hısımlığı agnatik hısımlığın ye-

rine geçerek kanunî mirasta hâkim oldu. Bu mevzuda en eski teşriî hareket, birincisi Hadrianus zamanında çıkarılmış olan *senatusconsultum Tertullianum*, diğeri Marcus Aurelius zamanında çıkarılmış olan *senatusconsultum Orfitianum*'dur. *Ius civile*'ye göre ancak agnatik hısımlıkları bakımından mümkün olan ana ve çocukları arasında mirascılık, praetor mirascılığında *unde cognati* sınıfında mümkün olmaya başlamıştı. Mezkûr *senatus* kararları, bu mirascılığı daha âdilâne bir şekilde tesbit ve tanzim etti. *Senatusconsultum Tertullianum*'un hükmüne göre hür bir kadının 3, azatlı bir kadının 4 çocuğu varsa, ölen çocuklarına mirascı olabilmekte idi. Iustinianus 3 ve 4 çocuk kaydını kaldırarak kadının daima çocuğuna mirascı olabileceğini kabul etti. *Senatusconsultum Orfitianum*'un hükmüne göre ise, *manus*'suz evlenmiş bir kadından doğan çocukların, analarına mirascı olabilecekleri kabul edildi. Bu *senatusconsultum*'lar, ana ile çocukları arasında yakın bir miras rabitası kurduktan başka, *ius civile*'ye göre mirascı olamıyan kimselerin de kanunî mirascı olabilecekleri zihniyetini yerleştirmiş oldu.

Iustinianus, *ius civile*-praetor hukuku - imparatorluk hukuku grupları halinde dağınık ve karışık bir şekil almış olan bu inkişafa, 543 ve 548 senelerinde çıkardığı iki meşhur *Novella*'sı ile (*Nov.* 118 ve 127) son şeklini verdi: Kanunî mirascılığı sıkı bir şekilde kan hısımlığına bağladı.

Iustinianus hukukuna göre kanunî mirascılar şu sıra içinde gruplanırlar:

a) Birinci sınıfa göre, baba ve anaya nisbetle en yakın fûru müsavi hisselerle kanunî mirascı olurlar. Yakın fûrudan birisi ölmüşse onun çocukları, hissesini eşit olarak alırlar.

b) İkinci sınıfa göre, fûru bulunmadığı takdirde, en yakın usul, ana baba bir kardeşler ve onların fûruu, kan hısımlığı esasına göre mirascı olurlar. Aynı dereceden bir kaç kişi varsa miras, yarısı baba tarafından, diğer yarısı ana tarafından, usul arasında bölüşülür.

c) Evvelki iki sınıftan hiç kimse bulunmadığı takdirde yalnız baba veya yalnız ana tarafından kız ve erkek kardeşler kanunî mirascı olurlar.

d) Nihayet, aynı derecedeki bütün civar hısımları kanunî mirascı haline gelirler.

Sağ kalan eş hakkında praetor hukukunun *bonorum possessio*'-su cari kalmakta devam etti. Yalnız Iustinianus fakir dul kadını

himaye için bazı hükümler sevketmişti: Cihaz getirmemiş bina-enaleyh fakir olan kadın eşe, çocuklara düşen hiseye müsavi bir hisenin intifai bırakıldı; çocuk olmadığı takdirde terekenin 1/4 ünün mülkiyeti verildi. Iustinianus'un bu prensibi modern hukukların hepsinde, fakat sağ aklan bütün eşler için caridir.

Şayet miras, mansup veya kanunî bir mirascı tarafından iktisab edilememişse, tereke *bona vacantia*, yani mirascısız mal haline gelir ve devlet veya imparatorluk hazinesine intikal ederdi\*.

#### § 8. VASIYET HİLÂFINA KANUNÎ MİRAS

Şimdiye kadar vasiyet yoluyla miras ve vasiyet bulunmadığı zamandaki miras yani kanunî mirastan (*ab intestato*) bahsettik. Şimdi de mevcut bir vasiyetteki tasarruflar hilâfına olan mirastan bahsedeceğiz (Ortaçağ tâbiri ile: *successio contra tabulas*).

1 — Umumî mefhum. Dedik ki, en eski telâkkiye göre, *sui heredes* hukukan (*ipso iure*) mirascı olur ve hattâ, *sui heredes*'i varsa, aile reisi vasiyette dahi bulunamazdı. Vasiyette bulunmanın sonradan getirdiği telâkkiye göre ise, aile reisi, aileye bir halef göstermek hususunda kanunî mirasa tercih edildi. *Sui heredes*'in kanunen halef olması mecburiyetine müteallik eski telâkki ile, aile reisine, istediği kimseyi kendisine halef yapması salâhiyeti arasındaki tezadı halletmek lâzımdı. Romalılar, o vakitki zihniyetleri ile, bu tezadı vasiyetcinin tasarruf salâhiyetine bir hudut koymakla izâle ettiler. Bu hududa göre aile reisi, vasiyette bulunurken, *sui heredes*'i ihmal ederek nazarı itibara almamazlık edemez, ya mirascı nasbetmek için veya mirastan iskat etmek için, onları mutlaka vasiyetine dahil etmek mecburiyetinde kalırdı. (*Sui heredes vel instituendi vel exheredandi sunt* = *Sui heredes* ya mirascı nasbedilir veya mirastan iskat edilir (fakat ihmal edilemez)). Eğer vasiyetci, vasiyetinde bir erkek evlâdını ismen (*nominatim*) zikretmemişse yaptığı vasi-

\*) Bazı farkları ile bu sistem, modern sistemlere çok benzemektedir. Fakat burada meşhur bir romanistin (Vincenzo Arangio Ruiz) bir tereddüdüne iştirak ederek ona temas etmek yerinde olur: Kadın ve erkek arasında görülen bu mutlak ve mükemmel eşitlik acaba Bizans toprakları üzerindeki (ve hattâ şimdiki) tatbikatta, hakikaten var mıydı? Yoksa, kanun hükümlerinden rahatca kurtulmak imkânına sahip kimselerin yaptıkları kanunlara, güzel bir gösteriş halinde sokulmuş bir takım yüksek ahlâkî prensiplerin hakikatten tecrit edilmiş bir ifadelerinden mi ibaretti?

yetname tamamen bâtil olurdu. Kız evlât ve torunlarını ismen zikretmemişse, vasiyetname muteber olarak kalır fakat zikretmediği bu kimseler, sanki nasbedilmişler gibi, diğer mirascılarla birlikte mirasa iştirâk ederlerdi. Kız evlât ve torunlarını mirastan iskat etmek isterse, isimlerini zikretmese bile, diğerleri arasında (*inter ceteros*) kaydı ile, vasiyetnamesinde bu hususu saraheten belirtmesi icab ederdi. Hattâ vasiyetnamenin tanziminden sonra vasiyetcinin bir çocuğu doğarsa (*postumi*), o da *suus heres* olduğundan, vasiyetnamede zikredilmemiş diye, vasiyetname yine bâtil olmakta idi. Halbuki, hele şayet *postumus* vasiyetcinin ölümünden sonra doğmuş ise miras, telâfisi imkânsız olacak şekilde *ab intestato* hale gelmekte idi. Şu halde vasiyetcinin irade serbestisine konan ilk tahdit, *sui heredes*'in, nasb veya iskat edilmek için, vasiyetnamede mutlaka yer almaları mecburiyeti olmuştu.

Fakat vasiyetcinin aile mameleki üzerindeki ölüme bağlı tasarrufuna konan tahdit bu kadarla kalmadı. *Familia*'nın eski bünyesi yıkılınca, o zamana kadar babanın sağlığında hâkimiyeti altında kalmış olan kimselere inhisar eden bu tahdit, hâkimiyet dışında olanlara da sirayet etti. Çünkü hâkimiyet altında kalanlar da, bir çok yollarla ve bilhassa kendi faaliyetleri neticesinde elde ettikleri mameleke çeşitli *peculium*'lar dolayısı ile sahip olduklarından, artık hâkimiyet altında kalanla hâkimiyet dışında bulunan arasındaki eski fark gittikçe azalmakta idi. O zaman vasiyetci, aile mamelekinin bir kısmını belli kimselere bırakmak mecburiyetinde tutulmaya başlandı ve bu suretle onun tereke üzerindeki tasarruf salâhiyetine çok daha geniş bir tahdit konulmuş oldu. Neticede varılan merhalede, Roma vatandaşlarının vasiyette bulunma hususundaki mutlak serbestîleri, bilhassa çocukları menfaatine, bir hayli kısılmış olmaktadır idi.

Bu istikamette evvelâ praetor, *ab intestato* miras halinde *unde liberi* sayarak *bonorum possessio*'yu bahşetmiş olduğu herkesin ve bu miyanda bilhassa hâkimiyetten çıkarılmış olan evlâtların, tıpkı *sui heredes*'miş gibi vasiyetci tarafından ya nasbedilmeleri veya iskat edilmeleri lâzım geldiğini kabul etti. Erkek çocuklar isim zikredilerek (*nominatim*), kızlar ve torunlar ise toplu şekilde (*inter ceteros*) diğerleri miyanında iskat edilebilirlerdi. Bunlar arasında ihmal edilmiş veya unutulmuş olanlar varsa, (*praeteriti*), *bonorum possessio contra tabulas* talebinde bulunabilirlerdi; vasiyetnamenin mirascıya terettüp eden mükellefiyetlerini de yerine getirmek zorunda idiler. Iustinianus, praetor hukuku ile *ius civile*'nin karşılaşmasın-

dan doğan karışıklıkları önlemek için, cinsiyet tefriki yapmadan, bütün fûruun *nominatim*, yani ismen zikredilerek iskat edilebileceklerini kabul etti. Ancak *suus heres* vasiyetnamenin iptalini talep edebildiği halde, vasiyetcinin ölümünden evvel hâkimiyetten çıkmış olanlar sadece *bonorum passessio* talebinde bulunabilmekte idiler. Fakat Iustinianus, daha sonra, (542 senesinde) çıkardığı 115 sayılı *Novella'sı* ile, mirasta iskatın ancak nankörlük dolayısı ile ve muayyen sebeplere istisnaden yapılabileceğini kabul etmek suretiyle, bu sistemi de tamamen değiştirmiş oldu.

## 2 — *Querela inofficiosi testamenti*.

Vasiyetcinin, vasiyetname ile mameleki üzerinde istediği gibi tasarruf etme serbestîsinin bir takım tahditlere tâbi tuutulması temayülü, vasiyetciye yakın olan bazı kimselerin mirascı olmaları lâzım geldiğine dair bir zihniyetin mevcudiyetine delâlet eder. Hakikaten cemiyetin umumî anlayışı ve telâkkisi, yakınlarını ihmal ederek mamelekini lâalettayin kimselere terkedenlerin hareketlerini tasvib etmemekte, daha cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren bu nevi ölüme bağlı tasarruflar, Roma cemiyetinin ahlâk duygusuna ve vazife hissine aykırı görülmekte idi. *Inofficiosum* (ahlâka ve vazife hissine aykırı) diye vasıflandırılan bu nevi vasiyetnameler üzerinde, miras davalarına bakan *centumviri* mahkemeleri (yüz kişilik bir heyetten müteşekkil mahkemeler), umumun düşüncesine mümessil olarak bazı değişiklikler yapabilmekte idi. İmparatorluk devrinde magistra ve imparatorlar da aynı şekilde kararlar verdiler ve bu şekilde bazı kimselerin bu nevi vasiyetnamelere itiraz edebilecekleri fikri yerleşti: Vasiyetname olmasaydı kanunî yoldan (*ab intestato*) mirascı olabilecek olan kimseler, kendilerini mirastan mahrum eden vasiyetnamelere itiraz etmeğe başladılar ve menşeleri pek vâzih olmıyan *querela inofficiosi testamenti* doğdu. (Vazife ve ahlâk hissine aykırı vasiyetnameye itiraz).

Anlaşıldığına göre, itirazda bulunan kimse magistraya müracaat ederek, terekenin zilyedi değilse bir *bonorum possessio intestati* talep etmekte, terekenin zilyedi ise ve mirascı malları talep ediyorsa, kendisini müdafaa zımında *querela'sını* ileri sürmekte idi. Fakat imparatorluğun başlarından itibaren itiraz, bir miras davası gibi *centumviri* mahkemeleri önünde açılmakta ve tereke talep olunmakta idi. Bildiğimiz bir misale göre dayısı tarafından evlâd edinilmiş olan bir kimseyi öz babası mirastan hariç tutmuş olduğu için,

böyle bir itirazda bulunarak malların kendisine ait olduğunu iddia etmiş, mirascı nasbedilenler davaya girmeğe cesaret edemediklerinden iddiasını kazanmıştı. İddiasının mesnedi şu idi: Şayet müteveffa vasiyette bulunmadan ölmüş olsaydı, kanunî mirascı olarak mallar kendisine ait olacaktı.

Bu tarzda itiraz edenlerin, kanunî mirascı sıfatı ile mirasa iştirak etmeleri tasavvur olunamayacağından (kısmen vasiyetli, kısmen vasiyetsiz miras olamaz, prensibine göre), mahkemeler vasiyetnameyi iptal ederek bütün terekeyi *ab intestato* mirasa açmaktan başka yol bulamazlardı. Diğer taraftan vasiyetnameyi iptal etmek için hukukî bir sebep yoktu: Yakınlarını ihmal ederek normal bir insan gibi hareket etmemiş olan vasiyetciyi, sanki akıl hastası imiş ve vasiyetnamesini yaparken fiil ehliyetine sahip değilmiş gibi telâkki ederek bir mesnet bulmakta ve vasiyetnameyi bu sebeple iptal ederek *ab intestato* mirasın açılmasını sağlamakta idiler. İtirazın *formula* usulü ile değil, nizam harici usulle görüldüğü ve *centumviri* mahkemelerinin içtihatları neticesinde şekil aldığı anlaşılmaktadır.

Nazarî olarak kanunî mirasa çağırılmış olan herkesin itirazda bulunması mümkün olmakla beraber, tatbikat, yalnız müteveffanın füruu, usulü ve kız - erkek kardeşlerini itiraz hakkına sahip kimseler olarak kabul etmekte idi. Kardeşlerin itirazı, şayet mirascı nasbolunan kimse liyakatsiz ise, mümkün olabilmekte idi.

İmparatorluk devrinde, mirascı nasbedilmemekle beraber, vasiyetçiden münasip bir miktar elde etmiş olan kimselerin itirazları dinlenmemeğe başlandı. Milâttan sonra III üncü asırda Caracalla zamanında bu münasip miktar, itiraz eden, kanunî mirascı olsaydı eline geçecek olan miktarın 1/4 ü olarak tesbit edildi ve buna *pars legitima* (kanunî hisse, kanunî dördte bir veya hukukan mahfuz tutulan hisse) ismi verildi.

İtirazda bulunan kimse, itirazını kaybederse, vasiyetname ile kendisine yapılmış olan teberruları ve muayyen mal vasiyetlerini kaybeder, bunlar devlete intikal ederdi.

Buna mukabil eğer itirazında haklı çıkarsa, vasiyetname bozulur ve bu kimse kanunî mirascılık sıfatını iktisab ederdi. İtiraz edilen vasiyetnamede bir kaç mirascı varsa, itiraz eden kime karşı haklı görünmüşse onun hissesi üzerinde bir hakkı bulunur, binaenaleyh vasiyetname bâtil hale gelmezdi.

Iustinianus hukuku, *querela inofficiosi testamenti* tâbirini muhafaza etmekle beraber, Nov. 115 ile bu mevzuda mühim bazı değişiklikler yaptı.

Klâsik hukuk, müteveffanın yakini olan bazı kimselerin mirastan mahrum edilmemeleri temayülünde olmakla beraber, vâzih ve açık bir vasıta bulamamış, «vazife hissine aykırılık sebebiyle vasiyetnameye itiraz» dediğimiz dolambaçlı yola başvurmuştu. Iustinianus hukuku bu temayülün istikametini muayyen bir neticeye bağlamış, «vazife hissi» denilen mefhumu kanunî bir hale getirerek, bazı kimselerin asgarî bir hisse ile mirascı nasbedilmeleri mecburiyetini koymuştur. Müteveffa *pars legitima* = kanunî hisse, denenen bir miktarı bazı kimselere, mirascılık sıfatı ile birlikte, bırakmak zorundadır. Aksi takdirde o kimseler, vazife hissine aykırılıktan dolayı değil, kanunen mahfuz hisselerini talep hakkına dayanarak dava açarlardı. Iustinianus hukukunda mahfuz hisseli mirascılar, müteveffanın fûruu, usulü ve, ahlâksız ve liyakatsız bir kimse hesabına mirastan mahrum edilmişlerse, kardeşlerdir. Evvelce 1/4 olarak tesbit edilmiş olan mahfuz hisse miktarı da değişmişti: Eğer mahfuz hisseli mirascılar dört veya daha az ise terekenin 1/3 ünü, dörtten fazla iseler terekenin yarısını teşkil etmekte idi. Bu hükümlere riayet edilmeden yapılan vasiyetnamenin mirascı nasbı tasarrufu bâtil olur, fakat vasiyetname diğer hükümleri ile bâki kalırdı.

Şayet müteveffa, mahfuz hisseli mirascıya, kendisini mirascı nasbetmekle beraber, hissesinden az bir miktar bırakmışsa, onu tamamlayacak şekilde *actio ad supplendam legitimam* (veya *actio suppletoria*) davasını ikame ederdi. Bu dava sadece, mahfuz hisseliyi, aleyhine dava edilenler yerine ve hissesi nisbetinde faydalandırırdı. Mahfuz hisselinin iddiası, müteveffanın, vefatından önce yapmış olduğu hibelere ve cihazlara da, eğer bunlar kendisini aynı şekilde mütazarrır etmişse, teşmil edilirdi (*querela inofficiosi donationis; querela dotis*).

Bazı hallerde vasiyetcinin, mahfuz hisseli bir mirascısını mirastan iskat etmesi mümkündür. Ancak artık sadece isim tasrih etmek kâfi değil, muayyen kanunî sebeplerin vasiyetnamede belirtilmesi gerekir. Bunlar da meselâ babasının hayatına kasdetmek, büyük bir suç işlemiş olmak, vasiyetcinin vasiyet hürriyetine müdahale etmek v.s. gibi, mirasa lâyük olmadığını gösteren mahrumiyet sebepleridir. Bu takdirde bile, mirastan iskat edilmiş olan mirascı itirazda bulunarak bu sebeplerin vârit olmadığını iddia edebilirdi.

## § 9. MİRASIN İKTİSABI

1 — *Heredes domesticus*, yani mecburî mirascılar mirası, kaide-ten, intikal anında iktisab etmiş olurlardı. Fakat bazan tereke pasif olabilirdi. Bu takdirde mirascı terekenin borçlarından, kendisine ait mallarla da mes'ul olduğundan mirasın iktisabı gerek kendisinin gerekse alacaklılarının aleyhine olabilirdi. Bu mahzuru önlemek için praetor, tereke malları ile karıştığı için kendi mallarını da satmak ve şerefsizliğe düşmek ihtimali içinde bulunan kimselere, mirasçılığı reddetmek değil, fakat mirası kabulden imtina etmek imkânını tanıdı: Kusursuz evlâtların müsrif babalarının hatalarına kurban olmaları doğru olmadığından tereke mallarının müteveffa namına satılmasını temin eden bu hakka *beneficium abstinenti* (kabulden imtina etmek imtiyazı) dendi. Eğer bâliğ bir *suius* mirascı, miras mallarını kendisininmiş gibi kullanacak olursa bu imtiyazını kaybederdi.

Praetor hukukuna göre bu kimse, sanki mirası reddetmiş gibi sayılırdı, fakat *ius civile*'ye göre mirascılık vasfını muhafazaya devam ettiği için vasiyetnamedeki tasarruflarla kendisine emredilmiş olan hususları yerine getirmek mecburiyetinde idi: Meselâ vasiyetnamede gösterilmiş köleleri azad etmek zorunda idi.

Yine *necessarii* sıfatı ile mirascı nasbedilmiş olan azatlı kölelerin böyle bir imtiyazı yoktu. Zira bu nevi mirascılar esasen, mamelekleri pasif olan kimselere halef temin etmek için nasbolunurlardı; binaenaleyh mutlaka mirascı olurlar, ancak mirası iktisab ettikten sonra elde edecekleri malları kurtarabilmeleri için kendilerine bir *beneficium separationis* (kendi mallarını tereke mallarından ayırma imtiyazı) verilirdi.

2 — *Heredes extranei*, yani ihtiyarî mirascılar, mirası, ya şekle tâbi bir muamele olan *cretio* ile, veyahut mirascı imiş gibi hareket ederek (*pro herede gestio*) kabul etmiş olurlardı.

*Cretio*, şahitler huzurunda sözlü ve şekle bağlı olarak yapılan bir beyandı. Eğer vasiyetçi *cretio* için müddet koymuşsa, bu müddet zarfında yapılmalı idi ve bu takdirde mirascı gibi hareket etmek işe yaramazdı. Mirascıya bir düşünme ve teemmül müddeti verilmesi münasip görüldüğünden, *cretio*'nun, umumiyetle, yüz gün içinde yapılması kararlaştırılmıştı.

*Pro herede gestio*, o malları kullanmak ve mirasçı olma niyetini belli edecek şekilde, meselâ terekeye ait bir borcu ödeyerek, hareket etmekle olurdu.

Postklâsik devirde *cretio* muamelesi, gittikçe istimalden düşmüştü. Iustinianus hukuku bu muameleyi lâğvederek onun yerine, sekilden âzade ve basit bir kabul beyanı olan *aditio* muamelesini kabul etti. *Aditio* şarta veya vaadeye tâbi tutulamaz, terekenin de tamamına şâmil olurdu.

İhtiyarî mirascıların mirastan ferâğati de, ya basit bir beyanla veya mirascılığı kabul etmediğini gösteren hareketlerle mümkün olmakta idi.

*Aditio* muamelesi bir hukukî muamele olduğuna göre, hukukî muamele ehliyetini icab ettirirdi. Ayrıca, mirasçı, tereke mallarından kendi mameleki ile de mes'ul tutulduğundan, bir aile evlâdının miras kabul etmesi, alâkalı aile reisinin izin ve emrine tâbidi. *Aditio* için *ius civile*'de bir müddet yoktu, fakat talep vâki olursa (alacaklılar veya itiraz edecekler tarafından) praetor yine bir düşünme ve teemmül müddeti tâyin edebilirdi (9 ay veya bir sene). Müddet sona erince, mirascılık reddedilmiş değil, kabul edilmiş sayılırdı.

3 — *Separatio bonorum ve beneficium inventarii*. İster doğrudan doğruya olsun, ister *aditio* ile olsun, tereke bir defa iktisab edildikten sonra müteveffanın mameleki ile mirascının mameleki artık bir tek mamelek haline gelmekte idi. Bunun neticesi olarak, bir taraftan, eğer mirascının borcu çok ise müteveffanın alacaklıları, ödeme kabiliyeti olan terekenin kendilerine verdiği teminatı, o tereke-den istifade etmek imkânını bulan mirascının alacaklıları hesabına kaybederler, diğer taraftan, eğer müteveffanın borcu çok ise, mirası kabulden önce ödeme kabiliyeti olan mirascının alacaklıları müşkül duruma düşebilirlerdi.

a) Eğer mirascının borçları çoksa ve müteveffanın alacaklılarına ziyan vermeleri ihtimali varsa, buna çare olarak praetor, vasiyetcinin alacaklılarına, istedikleri takdirde bir *separatio bonorum* (terekeyi mirascının mallarından ayırma imtiyazı) verirdi. Böyle bir talep neticesinde, tereke malları ile mirascının malları iki grup halinde birbirinden ayrılınca, tereke malları ile, evvelâ vasiyetcinin alacaklıları ve lehine mal vasiyet ettiği kimselerin alacakları ödenir, ondan sonra, geriye kalan mallarla mirascının kendi borçları ödenebilirdi. Ancak bu takdirde malların ayrılması talebinde bulu-

nan alacaklılar, mirascının mallarından istifade etmek hakkını kaybederlerdi. Iustinianus, mirascının da alacaklıları tatmin edildikten sonra geriye mal kalıyorsa onun mallarına da müracaat edilebileceğini kabul etti.

Eğer mütevaffanın borçları çoksa ve mirascının alacaklılarının zarar görmeleri ihtimali varsa, uzun zaman, *extraneus* mirascının mirascılığı reddetme salâhiyeti; *suus* mirascının imtina imtiyazı (*beneficium absitinendi*) ve köle mirascının terekeyi kendi iktisab ettiği mallardan ayırma imtiyazı (*beneficium separationis*) maksadı temin etmeğe kâfi addedildi. Esasen bir borçlunun yeniden borçlanması halinde eski alacaklılarını himaye etmek lüzumsuz görünmekte idi. Fakat Iustinianus, tereke mallarının değerini aşan mükellefiyetlerden kurtaran bir usul bularak vaz'etti: *Beneficium inventarii* (Defter tutma, envanter imtiyazı). Zaten Iustinianus'dan önce bir imparator (Gordianus) müteveffanın borçlarından dolayı askerlerin mes'uliyetini sadece miras mamelekine inhisar ettirmişti. Iustinianus bu salâhiyeti herkese teşmil etmiş oldu ve bu suretle Roma hukukunun, «hukukî duruma halef olma» (*succedere in ius*) prensibini, terekeyi aşan miktardan mes'ul tutulmayı kaldırarak, kuvvetle sarmış oldu.

Defter tutma veya envanter imtiyazından faydalanmak için, alacaklıların ve lehlerine mal vasiyet edilmiş kimselerin huzuruyla, noter önünde tereke mallarının tahriri yapılırdı. Mirasın intikali haber alındıktan itibaren 30 gün zarfında başlayarak, ondan sonra geçen 60 gün, tereke mallar uzakta ise, azamî bir sene içinde envanter tamamlanırdı. Mirascı, alacaklılara ve lehine mal vasiyet edilmiş olan kimselere, müracaatları sırasına göre, bu müddet zarfında, tediye de bulunurdu. Eğer bazı alacaklılar, geç kaldıkları için, alacaklarını alamamışlarsa, muayyen bir nisbet dahilinde anlaşarak kendi aralarında ihtilâflarını hallederler, fakat mirascıya karşı bir dava ikame etmek hakkına sahip bulunmazlardı.

#### § 10. İADELER

*Ius civile* mirasına göre hâkimiyetten çıkarılmış olan aile evlâtları mirascı olamamakta idiler. Fakat, ilk içtimaî nizam ve onunla birlikte zihniyet değiştikten sonra praetor, *sui heredes*'le eşit hale gelmeleri için, *bonorum possessio* tanımak suretiyle onları da mirascı vaziyetine koymuştu. Ancak burada bir mesele zuhur etmekte idi: Hâkimiyet altından çıkan evlâtlar *pater familias* haline geldik-

lerinden iktisapları kendilerine ait olmakta, binaenaleyh mirasa iştirâk etmeden önce mamelek sahibi olabilmekte idiler. Halbuki hâkimiyet altında kalan evlâtların iktisapları babaya ait olduğundan mamelekleri yoktu ve çalışmaları sayesinde aile mamelekine intikal eden mallar miras anında, hâkimiyetten çıkmış olanlara da taksim edilmekte idi. Bu haksızlığı önlemek için praetor, hâkimiyetten çıkmış veya başka bir kimsenin hâkimiyeti altına girmiş olan aile evlâtlarını, mirasa iştirâk etmek isterlerse, şahsî mameleklerini ve hile ile elden çıkarmış oldukları malları taksim edilecek olan terekeye iade etmek mecburiyeti altına koydu. Bu suretle, hâkimiyet altında kalmış olanların hisselerinin diğerleri menfaatine azalmasına mâni oldu. Buna *collatio bonorum* = malların iadesi, mirasta iade, denmektedir (Krs. M.K.m. 610).

Bu miyanda olmak üzere bir vasiyetçi, hâkimiyeti altında bulundurduğu kızına cihaz tesis etmişse ve bu kız bilâhara mirasa iştirâk edecek olursa, cihazı iade etmekle mükellef tutuldu (*Collatio dotis*).

Postklâsik devirde *familia*'nın bünyesi ve baba hâkimiyeti mefhumu değişmiş olduğundan aile evlâtlarının mamelek ehliyetleri, kendilerine hâs olan *peculium*'ları vasıtası ile gittikçe artmakta idi. Bu sebeple *collatio bonorum*'un ehemmiyeti gittikçe azaldı. Hâkimiyetten çıkarılmış olan evlât hâkimiyet altında kalsaydı, *peculium*'ları sayesinde yine bir takım mallar iktisab edebilecekti ve bu malların iadeye tâbi tutulması iktiza ediyordu. Uzunca bir inkişaftan sonra Iustinianus'un *Novella*'ları sistemi ile bu nevi iade tamamen ortadan kalktı ve iade müessesesi, yalnız müteveffanın bıraktığı mallarda eşitliği sağlayacak bir istikamet aldı. Evvelâ, usulün, sağlığı sırasında bütün çocuklarına vermiş olduğu hediyeler (hibeler) ve cihazlar iadeye tâbi tutuldu; bu suretle eski baba hâkimiyetine müstenit iade yerine, vasiyetcinin, sağlığında yapmış olduğu hibelerin iadesi fikri kaim oldu (*collatio donationis*). Iustinianus 118 inci *Novella*'sı ile bu hükmü, kanunî ve vasiyet yoluyla, bütün miras hallerine teşmil ederek kabul etmekle, bugünkü anladığımız mânâda mirasta iade mefhumunu yerleştirmiş oldu. Yalnız Iustinianus hukukunda müteveffa, yaptığı hibelerin iadeden masun olduğunu sarahaten bildirirse bunlar, iadeye tâbi tutulamazlardı. Bugün, umumî bir kaide halinde, vefat anında mirasa iştirâk edecek olanlar, evvelce mameleklerinde vâki olan ivazsız iktisapları miras mallarına iade ederler (M.K.m. 603 ve d.).

## § 11. MİRAS DAVALARI

1 — Mirascı müteveffanın bütün hukukuna halef olduğuna göre, müteveffaya ait olan aynî ve şahsî davalara da sahip olmakta idi. Binaenaleyh terekede mevcut hakların kendisine devredilmesi için gerekli davaları, müteveffa gibi açabilir ve davalılar da müteveffaya karşı haiz buldukları müdafaa imkânlarını muhafaza ederlerdi. Fakat bazan, müteveffaya ait bir hak üzerinde değil, mirascılık sıfatı üzerinde ihtilâf olabilir, bu takdirde ileri sürülecek olan hak, müteveffaya ait değil, bizzat alâkalıya ait olan mirascılık sıfatıdır. Bu mevzuda Romalıların, *legis actio*'lar zamanındanberi başvurdukları dava *vindicatio hereditatis* ve daha ziyade *petitio hereditatis* dedikleri umumî mahiyetteki aynî dava idi (Miras sebebiyle istihkak davası Bk. M.K.m. 577).

Bu dava ile bir kimse, sırf mirascılık sıfatını ileri sürerek müteveffaya ait bütün mal ve hakları elde etmek isterdi. Binaenaleyh davanın mevzuu yalnız müteveffanın mülkiyetinde olan mallardan ibaret değildir: Müteveffanın hüsnüniyetle zilyedi veya *detentor*'u olduğu malları elinde bulunduran ve kendisini mirascı zannetiği için terekeye olan borcunu ödemiye kimseye karşı da yine bu dava açılırdı.

*Petitio hereditatis*, kendisini mirascı zanneden (*pro herede* = mirascı sıfatı ile) veya hiç bir hukukî sebep göstermeksizin tereke mallarına zilyet (*pro possessore*) olana karşı, yani sırf mirascılık sıfatı üzerinde iddiada bulunarak davacının mirascı olduğunu kabul etmeyen bütün zilyetlere karşı açılabilirdi. Tereke içindeki haklardan bir tanesi üzerinde iddiada bulunan kimseye karşı ise, müteveffanın da açabilecek olduğu hususî davalardan birisini açmak imkânı vardı. Ancak bu son vaziyette, davalı isterse, mirascılık meselesinin halledilmesi için kendisine karşı umumî dava olan *hereditatis petitio*'nun açılmasına, bir defa ile, davacıyı zorlayabilirdi.

Davacı, davalının elinde bulunan malın mirascısı kendisi olduğunu isbat etmek zorundadır. *Rei vindicatio*'da olduğu gibi, davalı kendisini müdafaa etmeğe icbar edilemez, ancak bu takdirde karara lüzum kalmadan malın zilyetliğini davacıya devretmek mecburiyetinde bulunurdu. Malın iadesini de, münakaşalı olan bir *senatusconsultum Iuventianum* (Hadrinanus zamanında çıkarılmış) hükmüne göre, aşağı yukarı *rei vindicatio*'nun semereler ve masraflar hakkındaki prensiplerine uygun olarak yapmalı idi.

Iustinianus hukuku *hereditatis petitio*'yu *utilis* dava olarak *bonorum possessor*'a da teşmil etti: *Hereditatis petitio possessoria*.

2 — Praetor mirascılığı olan *bonorum possessio*'nun himayesi ise, ilk kelimeleri ile anılan bir *interdictum quorum bonorum* ile yapılmakta idi. Iustinianus hukukunda *ius civile* mirascısına da tanınmış olan bu *interdictum*, *pro herede* veya *pro possessore* zilyetlere karşı açılırdı. Terekenin zilyetliğini temin etmeğe mâtuf olduğundan bir *interdictum adipiscendae possessionis* mahiyetinde idi. Zilyetliği himaye ettiğine göre, *interdictum*'u kazanan tarafa karşı *petitio hereditatis* açılabilir ve icabında miras malını iadeye zorlanabilirdi.

Söylediğimiz gibi Iustinianus hukukunda *petitio hereditatis possessoria*'sı vardı.

3 — Birlikte mirascılık halinde terekenin taksimi meselesi XII Levha kanununda tanzim edilmişti. Borç münasebetleri müşterek mirascılar arasında *ipso iure* bölünmüş sayılırlar ve iktisab anında her birisi *pro parte*, yani hisseleri nisbetinde alacaklı veya borçlu olurlardı.

Mülkiyet hakkına ve diğer aynî haklara gelince, birlikte mirascı olanlar arasında *ipso iure* bir müşterek mülkiyet (*communio incidens*) doğar ve bu müşterek mülkiyet *actio familiae erciscundae* (tereke mallarının taksimi davası) ile izale edilirdi. Davada tarafların her birisi hem davalı hem davacı vaziyetinde bulunur ve bütün alâkalıların davada hazır bulunmaları icab etmezdi. Vesika, kitap ve saire gibi, mahiyeti icabı bölünemiyen mallar taksim edilmezdi. Hâkim eşit hisseler tesbit edemiyorsa, bu davada geniş olan takdir salâhiyetine dayanarak, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine teminat veya irtifak hakları tesis edebilir, bu arada vasiyetcinin tasarruflarını ve mirascıların daha önceki anlaşmalarını nazarı itibara alırdı. Kararda, mahkûmiyetten başka, taksim edilmiş hisselerin *adiudicatio*'su, yani mülkiyetinin tahsisi de vardı. Taraflardan birisi, isterse, taksim davasından önce, mirascılığı tesbit etmek için evvelâ *petitio hereditatis* davasının görülmesini bir defi yoluyla isteyebilirdi.