

TÜRK MEDENİ KANUNUNDA MAHFUZ HİSSE ÇEŞİTLERİ VE ROLÜ

Prof. Dr. Şakir BERKİ

§. 1 — Giriş. §. 2 — Mahfuz hisse çeşitleri (Kanunî ve akdî mahfuz hisse). §. 3 — Kanunî Mahfuz hisseli mirasçılar, ve mahfuz hisse miktarları: I — Fürû. II — Ana baba. III — Kardeşler. IV — Hayatda kalan eş: 1. Eşin mirasda müstakil olduğu hal. 2. Eşin sair mirasçılarla içtimai hali. §. 4 — Mahfuz hissenin rolü: 1 — Tenkis def'i. 2 — Tenkis davâsı: A — Tenkis def'i ve davasında genel prensipler. B — Tenkis def'i ve davasında müddet ve mürurzaman meselesi.

§. 1 — GİRİŞ.

Medenî Kanun terekede iki kısım kabul eder: Mahfuz hisse, Tasarruf nisabı.¹ Mahfuz hisse, muayyen bazı kanunî mirasçılara kanun taarfından garantilenmiş paydır ki² mûris, bu payı ölüme bağlı tasarrufla başkasına intikal ettiremez. Aksi halde, tenkis davâsı açılarak veya tenkis def'i dermeyan olunarak pay, temin edilir.³ Medenî Kanun bütün kanunî mirasçılara mahfuz hisseyi tanımamıştır.⁴ Evvelki hukukda, yani Türk-İslâm hukukunda⁵ ise, her kanunî mirascının mahfuz hissesi vardı.⁶ İtiraf edelim ki, ev-

¹ Türk. M.K.Mad: 452; İsviçre M.K.Md: 470

² Bu paya saklı pay demek bizce mahiyetini ifade edemez. Zira tereke hâkimi tenkisi re'sen icra edemez. Tenkis davâsı veya def'i vâki olmadıkça, mahfuz hisse dahi musaleyhe intikal eder ve mahfuziyeti mürurzaman vâki olunca sakıt olur.

³ Bu hususda §. 4 e bakınız.

⁴ Türk M.K.Md. 453 deki mirasçılar haricinde kalan kanunî mirasçılarının mahfuz hisseleri yoktur.

⁵ İslâm hukuku arap hukuku değildir. Zira arap örfü âdeti ve içtihadı ile Türk örfü âdeti ve içtihadı mutlaka aynı değildir. Örf ve içtihad da islâm hukukunun kaynaklarından olduğundan, İslâm hukukunu islâmîyete göre idare edilen milletlerin örf ve içtihadları nazara alınarak mevzii, millî şekilde tasnifde hatâ olmaz.

⁶ Zira mirasçılarının hisseleri Kur'andaki kaidelerle tâyin edilmişti.

velki hukukun kabul ettiği sistem daha münasip ve doğru idi; zira bir mirascıyı hem kanunî mirascı olarak kabul etmek, hem mirasdaki mukadderatını mürisin iradesine terk eylemek,⁷ her şeyden evvel kanunî mirascılık lafzı ile kabili telif addolunmaz.

Tasarruf nisabı, mürisin bilhassa mahfuz hisseli kanunî mirascıları varken terekede ölüme bağlı tasarrufla tasarrufda bulunabileceği tereke kısmıdır. Müris tasarruf nisabını dilerse mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascılara dilerse, üçüncü hakikî veya hükmi bir şahsa devredebilir.⁸

Yeni hukukda tasarruf nisabı mahfuz hisselerine göre değişir. Zira, Medenî kanunda mahfuz hisseler eşit değildir.⁹ Evvelki hukukda ise, tasarruf nisabı sâbittir ve daima terekenin üçte biri idi.¹⁰ Bu nisab aşılarak yapılan ölüme bağlı tasarruflar keenlemyekündür. Halbuki, Tenkis davası bahsinde görüleceği üzere, Medenî kanuna göre mahfuz hisseyi aşan tasarruflar tenkis davası açılmadıkça veya tenkis def'inde bulunmadıkça lüzum ifade eder, yani muhtemeldir.

Medenî kanunda tasarruf nisabı tasarruf edilmese, yine mahfuz hissesi olan mirascılara intikal eder, mahfuz hissesi bulunmayan mirascılara ait olmaz. Halbuki bizce, tasarruf nisabının mahfuz hissesi bulunmayan ve mahfuz hisseli mirascılarla içtima eden sair kanunî mirascılara arasında müsavat üzere intikal etmesinde isabet olur ve hiç değilse, bu suretle kanunî mirascıların mahfuz hisseli ve mahfuz hissesi olmayan diye ikiye ayrılmasındaki isabetsizlik nisbeten bertaraf edilirdi.

⁷ Filhakika, mürisin hiç mahfuz hisseli mirascısı bulunmаса, bütün terekelerini başkalarına ölüme bağlı tasarruflarla intikal ettirerek mahfuz hissesi bulunmayan kanunî mirascıları mirasdan uzaklaştırmaya hakkı vardır: Bir şahıs ölüp, bir milyon lira ve mirascı olarak yalnız ana ve baba tarafından dede ve nineleri kalsa, terekede bir milyon liralık vasiyet çıksa, bütün tereke musaleyhe gider, kanunî mirascı olan nineler ve dedeler çok fakir olsalar bile terekeden hiç faydalanamazlar. Halbuki bunlar ölсе, misalde müris olarak adı geçen torunları halefiyet suretiyle onlara vâris olur. Garabet aşikar olduğundan mesele üzerinde uzun boylu durmaya ihtiyaç hissedilmez.

⁸ Hükmi şahıslar da gerek musaleyhe, gerek mansup mirascı sıfatıyla terekeye iştirâk edebilirler Fakat Devlet müstesna, sair hükmi şahıslar kanunî mirascı olamayıp ancak mansup mirascı olabilirler. Devlet ise, hem kanunî mirascı, hem mansup mirascı sıfatıyla bir terekeden müstefit olabilir. Bu hususda: Şakir Berki, «Türk Medenî Kanununda Devletin mirascılığı» (Ank. H. Fakültesi Dergisi, C. XX, yıl 1963, sayı: 1-4; sah: 115-150).

⁹ Ş. 3 e bakınız.

¹⁰ Ali Himmət Berki, Miras ve Tatbikat, Ankara, Üçüncü Tab'ı, 1968, sa: 166.

Devlet, Kanunî mirascı olup mahfuz hisseye sahip değildir. Eski hukukla yeni hukuk arasındaki bu husustaki farklılıklara da temasda fayda vardır:

1) Evvelki hukukda Devlet hayatda kalan eşle içtima ettiği takdirde, eğer mûris tasarruf nisabını tasarruf etmemiş ise, tasarruf nisabı Devlete intikal ederdi.

2) Evvelki hukukda devlet büyük ananın ve büyük babanın ana ve babaları ile içtima etmezdi. Medenî Kanun ise bunun aksini kabul etmiş, hatta Hazinesinin içtima ettiği bu usule terekede rakabe mülkiyeti dahi tanımamıştır.¹¹ Mûrisin büyük ana ve büyük babalarının ana ve babaları ancak intifa hakkına sahiptir. Halbuki mûris, bunların teerkesinde halefiyet suretiyle rakabe mülkiyetinden istifade eder.

§. 2 — Mahfuz hisse çeşitleri.

Eserlerde net bir şekilde mevcut olmamakla beraber mahfuz hisseyi iki bakımdan incelemek lâzımdır: Kanunî mahfuz hisse; akdî (veya iradî) mahfuz hisse.

Kanunî mahfuz hisse, kanunun mahfuz hisseli mirascılara ayırdığı ve tenkis davası ile garantilediği hissedir. Akdî mahfuz hisse, hiç kanunî mahfuz hisseli mirascısı olmayan kimsenin bütün terekesinde ve bir kısmında mukavele ile bir şahsı mirascı nasb etmesi halinde mevzu bahis olur. Keyfiyet misallerle açıklanmalıdır :

Bir kimse, kanunî mirascısı bulunmadığı zaman terekesinin tamamında bir şahsı mukavele ile mirascı nasb etse, mûris, aynı terekede artık başka bir kimseyi mukavele ile dahi mirascı nasb edemez. Keza bir kimse terekesinin bir cüz'ünü ve meselâ onda sekizini mukavele ile mensup mirascıya intikal ettirse, sonra başka bir miras mukavelesi ile terekesinin bilfarz onda dördünde mirascı nasb etse, birinci mansup mirascı, ikinci mansup mirascıya karşı terekenin onda ikisi nisbetinde tenkis davası açmaya hakkı olur.

Bir şahıs tasarruf nisabının yarısı hakkında bir diğerini mukavele ile mirascı nasb etse, bilâhare aynı tasarruf nisabını gerek mukavele ile gerek vasiyetle başkalarına devir eylese, mukavele ile tasarruf nisabının yarısında vaktiyle mirascı nasb edilmiş olan şahsın, sonraki tasarrufları tenkis ettirmeye hakkı vardır.

¹¹ Türk, M.K.Md: 448; İsviçre M.K.Md: 466..

Terekenin tamamında veya tasarruf nisabında yahut bunun bir cüz'ünde mukavele ile mirascı nab etmekle, mûris akitle tasarruf etmiş olduğu terekedeki veya cüz'ü üzerindeki tasarruf hakkını kullanmış olacağından, artık başka tasarruflara konu edemez. Bu, mukavelelerden tek taraflı olarak rücû edilemeyeceğinin neticesidir.

Mamafih bu bahisde Medenî Kanununun 496 ıncı maddesindeki hüküm unutulmamak lâzımdır. Maddenin bahisle ilgili olarak izahı şudur : Bir kimse, hiç kanunî mirascısı olmadığından, bütün terekesini mukavele ile bir şahsa mirascı nasbı suretiyle devretse, mukaveleden sonra mahfuz hisseli kanunî mirascıya sahip bulunsa, yukarda misalleri verilen akdî mahfuz hisse esasları ceryan edemez; yani mukavele ile mirascı nasb edilmiş olmasına rağmen mansup mirascıya terekenin hepsi intikal edemez. Sonradan zuhur eden kanunen mahfuz hisseli mirascıların muavele ile mansup mirascı tâyin edilmiş olan kimseye karşı tenkis davâsı açmaya hakları olur.

Hiç mahfuz hisseli kanunî mirascısı olmayan bir kimse, bütün terekesini mukavele ile mirascı nasbı suretiyle hakikî veya hükmi bir şahsa intikal ettirdikten sonra şu hallerde mahfuz hisseli kanunî mirascıya sahip olabilir:

1) Mukaveleden sonra evlenirse; bu halde hayatta kalan eş, mahfuz hissesi nisbetinde mukavele ile nasb edilmiş olan mansup mirascıya karşı tenkis davâsı açar. Evlenme neticesinde çocuklar meydana gelmiş ise, bunlar da mahfuz hisseleri nisbetinde aynı şahsa karşı tenkis davâsı ikame edebilirler.

2) Evlenme mevzuubahis olmadan da mahfuz hisseli mirascı mukaveleden sonra zuhur edebilir: Mûrisin evlilik haricinde bir çocuğu, miras mukavelesinden sonra dünyaya gelse ve bunu hayatta veya vasiyetle tanısa, bu çocuk da tenkis dâvası açabilir.

3) Muris, miras mukavelesinden sonra bir şahsı evlâd edinse, ve resmî senedde evlâtlığın mirascı olmayacağı kabul edilmemiş bulunsa, evlâtlık da miras mukavelesi ile terekenin tamamında veya bir kısmında mansup mirascı nasb edilmiş olan şahsa aynen meşrû çocuk gibi tenkis davâsı ikamesine haklı olur.

4) Nihayet, mûrisin, miras mukavelesinden evvel hakkında gaiplik kararı verilmiş olan mahfuz hisseli kanunî mirascısı miras açıldığı veya açılmadan evvel ve miras mukavelesi yapıldıktan sonra meydana çıksa, bu dahi tenkis davâsı açabilir.

Akla gelebilen ihtimalleri kayd etmiş oluyoruz. Düşündükçe daha bazı halleri kayd mümkün olur.

Akdî mansup mirascılık ancak miras mukavelesi ile mirascı nasbında mevzuu bahis olur. Vasiyetle mirascı nasbı halinde söz konusu olamaz. Zira vasiyet tek taraflı tasarruf olduğundan, vasiyet yapan bu tasarrufundan mirasın açılacağı ana kadar her zaman cayabileceği gibi, başka bir tasarrufla tamamen veya kısmen iptal de edebilir.¹²

Kayd edildiği üzere, mûris kanunî mahfuz hisseli mirascısı mevcut olsa bile bir şahsı mukavele ile mirascı nasbedip, akdî mahfuz hisseye vücut verebilir. Meselâ yalnız fûruu bulunan mûris, terekesinin dörtde birini veya bunun cüz'ünü miras mukavelesi ile nasb olunan mirascıya terk etse bu mirascı, yapılan bir vasiyet veya sair ve muahhar tarihli miras mukavelesine karşı, gerek münferiden, gerek kanunî mahfuz hisseli mirascılarla birlikte tenkis davâsı açabilir. Birer misal zaruridir: Bir şahıs ölüp, bir çocuğunu, ve tasarruf nisabınının tamamında mukavele ile mirascı nasb ettiği bir şahsı, 1000 lira tereke ve 800 liralık vasiyet bıraksa: Çocuk, tasarruf edilmemiş olan 200 liranın 150 sini ve mansup mirascı 50 lirasını alır. Fûrû dilerse 800 liralık vasiyete karşı, 600 ve mansup mirascı da 200 liralık tenkis isteyebilir. Fikrimizce, terekenin tasarruf edilmemiş olan kısmı çocuğa mahfuz hissesine mahsuben verilip, mansup mirascıya hiç bir şey verilmeksizin yalnız tasarruf nisabı tutarında tenkis davâsı açmakda muhtar olduğu ihtar olunamaz. Zira tereke hâkimi, kanunî olsun mansup olsun, her mirascıya terekenin tasarruf edilmemiş olan kısmını taksim etmeye mecburdur. Mirasda taksim edilecek olan şey, mûrisin iradesi ile tasarruf haricinde bırakılmış olan cüzüdür. Aksi mütalâada bulunmak kanunî mirascıyı himaye etmek, hattâ tereke hâkimini onun vekili imiş gibi re'sen tenkis icrasına yetkili kılmak manâsına gelirdi ki, buna imkân yoktur. Zira, ilerde görüleceği üzere, tenkis, bu davayı açmaya haklı olan mirascı tarafından açılacak tenkis davası ile icra edileceği gibi, tenkis def'i dermeyan edilmek suretiyle de icra olunur; hâkim tenkisi re'sen icra edemez. İkinci bir misal, vâki izahatı teyid için zarurî görülmektedir: Bir şahıs 1000

¹² Türk M.K.Md: 489, 491; İsv. M.K.Md: 509; 511. Bu maddelerdeki hüküm, ancak vasiyetlere kabili tatbik olup, miras mukavelesiyle ilgili değildir. Yani mûris bir şahısla miras mukavelesi yapıp terekesinin tamamını veya bir kısmını devretse, aynı terekeyi veya mukavele ile tasarruf edilmiş cüz'ünü sonraki tarihli bir miras mukavelesi ile veya vasiyetle hükümsüz kılamaz.

lira teerke, bir çocuk ve tasarruf nisabının tamamını ihtiva eden bir vasiyetle, tasarruf nisabında mukavele ile nasb eylemiş olduğu bir mansup mirascı bırakmıştır. Şimdi tasarruf edilmeyen tereke kısmı tam 750 liradır ve bu meblâğ fûruun mahfuz hissesidir diye çocuğa verilip, vasiyetden evvel miras mukavelesi ile mirascı nasb olunarak tasarruf nisabı üzerinde mahfuz hisseli mirascı haline getirilmiş olan mirascıya, tasarruf olunmayan tereke kısmından hiç bir şey verilmeyerek tenkis davâsı açmakta muhtariyeti ihtar edilemez. Aksi hal, taksim muamelesi olmaz. Taksim, her şeyden evvel terekenin tasarruf edilmemiş olan kısmının mahkeme tarafından mirascılar aarsında kanunî veya akdi hisseleri nazara alınarak paylaşılmasıdır. O halde ikinci misâlde taksim bizce şöyle olmak lâzımdır: Tasarruf harici bırakılmış olan 750 liranın dörtde üçü kanunî mahfuz hisseli mirascıya, dörtde biri de akdi mahfuz hisseye sahip mansup mirascıya, verilecektir; her bir mirascının mahfuz hisselerini ikmal etmek için tenkis davâsı ikame etmeleri icab eder. Bu noktai nazarı şu mülâhaza ile teyid mümkündür: Mirasın taksiminde hâkim, ancak tasarruf edilmemiş tereke kısmını hak sahiplerine verir; bu suretle taksimin yalnız kanunî mahfuz hisseli mirascılar hakkında câri olacağı iddia edilemez; Zira medenî Kanunda mansup mirascılıkla, kanunî mirascılık arasında borçlardan mes'uliyet bakımından da bir fark yoktur; Diğer cihetden, Kanun taksim meselesinde, evvelâ kanunî mahfuz hisseli mirascıların alâkasının kesileceğini zımnî bir tarzda dahi ihtiva etmemektedir.¹³

Aynı sureti hal, akdi mahfuz hisseli mirascının mahfuz hissesi bulunmayan kanunî mirascı ile içtima halinde de câri olmaz: Bir şahıs vefat edip, baba veya ana tarafından ninesi ile terkesinin yarısında mukavele ile mirascı nasb ettiği bir mansup mirascı bıraksa; tereke 1000 lira olsa, ve bunun 600 lirası vasiyet edilmiş bulunsa, tasarruf edilmemiş terekeyi teşkil eden 400 lira akdi mahfuz hissesi olan mansup mirascıya verilir; nine bir şey alamaz; mansup mirascı akdi mahfuz hisseyi ikmal için 600 liralık vasiyete karşı tenkis davâsı açmak hakkını da muhafaza eder.

Tasarruf edilmemiş tereke kısmı 600 lira olsa idi, 100 lira nineye düşerdi. Yani mansup mirascı, ancak mahfuz hissesi olan 500 lirayı alabilirdi. Mürisin mahfuz hissesiz kanunî mirascısı, misâlde nine mevcut olmasa idi, 100 lira Devlete intikal ederdi. Halbu-

¹³ Bu mirascıların tercihen alâkasının kesilmesi, kanunî mirascı olmakla beraber mahfuz hisseye sahip bulunmayan mirascılarla ve tek taraflı tasarrufla nasb edilmiş bulunan mansup mirascılarla içtima etmeleri halinde mevzuu bahis olabilir.

ki, mirasçı mahfuz hisseli kanunî mirasçı olsa idi bu neticeler doğamazdı: nine mevcutken de, tasarruf edilmemiş bütün tereke, misâl de 100 lira da bu mirasçıya intikal ederdi; başka hısım olan mirascının yokluğu halinde de Devlete hiç bir şey intikal etmezdi. Zira, Medenî Kanuna göre (Md: 442/2) Devlet ancak büyük baba ve büyük anaların ana ve babaları ile içtima edebilir ve bu halde terekenin rakâbesine sahip olur, büyük ana ve babaların ana ve babalarının ana ve babaları da ancak intifa hakkına sahip olur. Ve bu intifa hakkında artık veraset ceryen etmez. 442 inci maddenin 2 inci fıkrasındaki istisna mahfuzdur.¹⁴

Mukavele ile nasb edilen mansup mirasçı mirasda müstakil bulunabilir. Bu takdirde tasarruf edilmemiş terekeden akdî mahfuz hissesini alır; aksi halde tasarruf edilmemiş terekeyi alarak ya tenkis def'i veya tenkis davası yoluyla mahfuz hissesini ikmal eder. Tenkis davası vasiyetlerin infaz edilmiş olması halinde mevzuubahistir.¹⁵

Bir meseleye cevap vermeye çalışıldıktan sonra kanunî mahfuz hisseli mirascılara ve mahfuz hisselerinin tetkikine geçilecektir: Terekenin tamamı üzerinde veya tasarruf nisabının hepsinde miras mukavelesi ile mirasçı nasbından sonra aynı terekenin veya tasarruf nisabının tamamı veya bir kısmında sonraki tarihli bir miras mukavelesi ile başka bir mansup mirasçı tâyin olursa, son mukavelelenin muhtevî olduğu tasarruf tenkisemi tâbi olur yoksa keenlemeyekûnmudur? Hükümsüzse, tenkis lâzım gelmeyecek, hattâ mahkeme bu hükümsüzlüğü re'sen nazara alarak ikinci tasarrufu tenfiz etmemek cihetine gidebilecektir.

Cevap bizce keenlemeyekûnluk lehinde olmak lâzımdır; Zira, burada hayatta netice doğuran akitlerden tamamen veya kısmen tek taraflı rücû ve bunun neticelerini kıyasen tatbik imkân yoktur. Bu noktai nazar Miras mukavelesinin ancak Medenî Kanununun 493,

¹⁴ Filhakika, 442 inci maddenin 2 inci fıkrası, intifa hakkına sahip mirascıların müteveffadan evvel ölümü halinde, terekede onlar hakkında tanınmış olan intifa hakkı (442/2) kayd edilen fıkrada gösterilen nisbet dahilinde erkek ve kız kardeşlerine intikal eder. Binnetice, intifa hakkı evvel ölen intifa hakkı sahibinin hayatta kalan eşine, o mevcut değilse, usulüne ilh.. intikal edemez.

¹⁵ Tereke hâkimi. vasiyetleri iki halde infaz eder; yani musaleyhlere iki halde vasiyet edilen şeyi verir: ya tenkise hakkı olan mirascılar taksimde tenkis def'inde bulunmamışlardır; yahut mirasçı çıkmamıştır. Bu halde hâkim mirascıların meydana çıkması ihtimali vardır diyerek vasiyetin tenfizini tehir edemez ve tenfizi, mahfuz hisseli mirasçı da bilâhare zuhur edebileceği mülâhazası ile vasiyeti re'sen tenkise tâbi tutarak icra edemez.

494 ncü maddelerindeki sebeplerle fesih edilebileceğini beyan eden hükümleriyle teyid olunabilir.

Kayd edildiği üzere, Medenî Kanuna göre, mûris, tasarruf nisabında da mirascı nasb edebilir. Evvelki hukukda mansup mirascılık yoktu.¹⁶ muayyen mal vasiyeti vardır, ve vasiyet, kanunî mirascı kim olursa olsun terekenin üçte birinde muteberdi. Bu miktarda geçen vasiyetler keenlemyekûn olup, tenkis davâsına tâbi değildir. Binnetice mahkemece re'sen tenkis icrası câizdir. Bütün bu esaslar, ve bilhassa mansup mirascılığın kabul edilmemesi, İslâm miras hukukunda her kanunî mirascıya ve payını Kur'anı kerimin tesbit etmiş olmasıdır. Allah iradesi ile tâyin ve tesbit edilmiş olan hak, kul iradesiyle tecavüze edilemeyeceğinden mûrisin üçte biri aşan ölüme bağlı her tasarruf, iptal veya tenkis gibi muamelelere lüzum kalmaksızın bâtıldır. Binnetice halen mer'i hukuk hilâfına olarak sâbık hukukda hâkim tenkisi re'sen nazara almaya mezundur. Mamafih, miras açılıp hak doğduktan sonra, hak sahibi dilerse tecavüz edilen hissesinden musaleyh lehiñe feragat edebilir ve hisseleri mütecaviz tasarruflar ancak bu suretle sıhhat kazanarak muteber olur. Bu suretle sıhhat kazanmış olan üçte birden fazla ölüme bağlı teberrûler musaleyhe ait olur.¹⁷

Keza kayde değer ki, eski hukukda diğer vârislerin icazet vermeleri halinde mirascıya yapılan vasiyet de keenlemyekûndur. Zira her vârise muayyen bir hisse, mahfuz pay tâyin olunmuştur. Vârislerden birine mûrisin bir de vasiyet yapması, vârisler arasında hoşnutsuzluğu mucib olacağından işbu esas Kur'an ve Hadisle İslâm miras hukukuna dahil olmuş bulunmaktadır. Mamafih, miras açılıp hak doğduktan sonra kendilerine vasiyet yapılmamış olan vârisler vasiyet yapılan varise vâki tasarrufa icazet verdikleri takdirde vârise yapılan vasiyet de infaz olunur.¹⁸ Medenî Kanunda ise, vârise vasiyet muteberdir: Bir şahıs ölüp iki oğul bıraksa, tereke 1000 lira olsa, tasarruf nisabı olan 250 lira çocuklardan yalnız birine bırakılsa, kendisine vasiyet yapılmayan oğul miras hissesi olarak 750 liranın yarısını, vasiyet yapılan ise, bu yarıya ilâve olarak 250 lirayı da iktisab eder. Keza medeni kanunda mahfuz hisseli mirascı varken tasarruf nisabı mahfuz hissesi olmayan mirascıya da vasiyet edilebilir. Bu halde mahfuz hissesi bulunmayan mi-

¹⁶ Ali Himmet Berki, a.g.e. sa: 166; aynı sahifenin İkinci Notuna da bakınız.

¹⁷ Bu neticelerin doğması için vârislerin tasarruf nisabını mütecaviz vasiyetlere miras açıldıktan sonra icazet vermeleri lâzımdır: Ali Himmet Berki, a.g. eser, sa: 166.

¹⁸ Ali Himmet Berki, a.g. eser, sahife: 167.

rascı taksime ya mansup mirascı veya muayyen mal vasiyeti leh-darı olarak iştirâk eder. Tasarruf nisabı vasiyet edilmemiş ise, mahfuz hisseli mirascıya intikal eyler. Keyfiyet vâzih olduğundan misale lüzum görülmemiştir.

Ş. 3 — Kanunî mahfuz hisseli mirasçılar ve mahfuz hisse miktarı. Md : 453.

Medenî kanunda her kanunî mirascı mahfuz hisseli değildir. Aşağıdaki mirascılara mahfuz hisse tanınmıştır :

I — Fürû. II — Ana baba, III — Hayatda kalan Eş, IV — Kardeş.

I — Fürû : Meşrû olsun nesebi gayrı sahih olsun fürû mahfuz hisseli mirascıdır. Ancak mahfuz hisseleri daima aynı olmaz: Nesebi gayrı sahih çocuk mirasda müstakil, yani meşrû çocuklarla içtima etmiyor ise, aynen meşrû çocuk gibi mahfuz hisseye sahiptir: Bir şahıs 1000 lira ve iki gayrisahih nesepli çocukla 500 liralık vasiyet bıraksa, beher çocuğun vasiyete karşı 125 liralık tenkis davâsı açmaya hakkı olur. Mûris kadın olsa, evlilik haricinde doğan çocuklar mirasda aynen meşrû çocuk statüsüne sahip olduğundan¹⁹ bu çocuklar analarının meşrû çocuğu ile içtima etseler bile aynı mahfuz hisse kaidelerinden istifade ederler: Bir kadın ölüp, bir meşrû, iki zina ve bir de fücür mahsulü çocuk ve 1000 liralık tereke ile 600 liralık vasiyet bıraksa, dört çocuktan her biri 600 liradan tasarruf nisabı olan 250 lira tenzil edildikten sonra kalan 350 liranın dörtde biri nisbetinde tenkis davâsı ikame ederler.

Anaya karşı mirascılıkdaki bu hal, baba tarafından mirascılıkda tatbik edilmez; yani baba tarafından mirascılıkda nesebi gayrisahih çocukla meşrû çocuk içtima etse, açacakları tenkis davâsı miktarı başka olur: Bir erkek ölüp, bir meşrû ve iki gayrı sahih nesebli çocuk, 1000 lira teerke ve 600 liralık vasiyet bıraksa, meşrû çocuk tasarruf edilmemiş tereke kısmından 200, beher gayrı sahih nesebli çocuk 100 lira alırlar ve meşrû çocuk mahfuz hissesini ikmal için tasarrufa karşı 175, gayrisahih neseblilerin her biri 87,5 liralık tenkis davâsı ikame ederler. Mirascıların hepsi gayri sahih nesebli olsa idi, daha evvel kaydedildiği üzere, her biri meşrû çocuk mahfuz hissesine sahip olduklarından, tasarruf haricinde kalan teerkeden musavat üzere hisse aldıktan sonra, tasarrufa karşı 175 er liralık tenkis davâsı açarlardı.

¹⁹ Türk. Md. K.Md: 443/1; İsviçre M.K. Md: 461/1.

Fürû tâbirine evlatlık dahil edilemez ise de,²⁰ evlâd edinilen şahıs resmî senedde hilâfına şart konulmadığı takdirde²¹ aynen meşrû çocuk gibi mirascı ve binnetice ona ait mahfuz hisseye sahip olur: Bir şahıs bir evlâtlik ile bir meşrû çocuk bıraksa,²² tereke 1000 lira olsa ve 600 liralık vasiyet mevcut olsa, meşrû çocuk ve evlâtlik tasarruf edilmemiş olan terekeden 200 er lira alırlar ve 600 liralık tasarrufa karşı 175 er liralık tenkis davâsı açarlar. Resmî senetde evlâtlığın miras hissesinin tenkisi veya miras hakkının ref'i mevzuubahis ise, hesap ona göre yapılır. Miras hakkı ref edilmiş ise²³ mesele yoktur; evlâtlığın tenkis davâsı ile de ilgisi kalmaz. Miras hakkı tenzil edilmiş ise orantılı taksim ve bu taksime göre tenkis davâsı mevzuubahis olur: Bir kimse bir şahsı meşrû çocuğun miras hakkının dörtde birine sahip olmak şartıyla evlâd edinse, bir meşrû çocuk ve bu evlâtlığı, 1000 lira tereke ve 600 liralık vasiyet bırakarak vefat etse: tasarruf edilmemiş olan tereke kısmı, yani 400 lira beşe taksim edilir ve harici kısmet evlâtlığa verilir, bunun dört misli meşrû çocuğun olur. 600 liradan tasarruf nisabı olan 250 lira çıkarıldıktan sonra bakiye 350 liranın beşte biri nisbetinde evlâtlik, beşte dördü nisbetinde de meşrû çocuk tenkis davâsı açar, yani evlâtlik 70 liralık ve meşru çocuk da 280 liralık tenkis davâsı ikame eder.

Mürisin, birinin miras hakkı tenzil edilmemiş, diğerinin edilmiş iki evlâtlığı vâris ise yukardaki gibi hesap yapılır; zira miras hissesinde tenzilât yapılmamış olan evlâtlik miras hukuku bakımından aynen meşrû çocuk gibidir.

II — Ana baba. Md: 453/2.

Fıkraya göre ana babanın mahfuz hissesi miras hakkının yarısıdır.

²⁰ Filhakika evlâtlik fürû değil, izafi çocuktan ibarettir; fürû olsa idi evlâd edinenle evlâtlığın evlenmiş olması halinde evlenme muteber olup, evlâdlik münasebeti sakıt olmazdı: Türk M.K.Md: 121; İsviçre M.K. Md: 129/1, 2.

Evlâtlığın hukuk tekniği bakımından fürû olmadığı daha bir çok kanunî hükümle kolayca teyid olunabilir.

²¹ Türk. M.K.Md: 257; İsviçre M.K.Md: 268/3.

²² Evlâd edindikten sonra, evlâd edinen evlenip meşrû çocuğa sahip olur veya evlâd edindikten sonra evlâd edinen evlilik haricinde doğan bir çocuğa karşı nesebin tashihi ile meşruiyet kazanırsa hal böyledir; yani evlâtlıkla meşrû çocuk bu hallerde mirasda içtima edebilir.

²³ Türk M.K.Md: 257; İsviçre M.K.Md: 268. Bu maddelerdeki hüküm yabancı ve yerli müelliflerce de evlâd edinilecek olan şahsın hiç mirascı olmamak üzere evlâtlığa alınabileceği tarzında tefsir olunmaktadır.

Ana babanın meşrû veya gayrı meşrû olmasının ehemmiyeti yoktur. Bir baba gayrisahih nesepli çocuğunun mirascısı olsa, mahfuz hissesi yine aynıdır. Fakat bir babanın fiilî, yani tanıma veya hükümle gayrisahih nesebinin kurulmasına imkân olmayan çocuklarından mirascılığı mevzuubahis olmadığından bunların ölümünde mahfuz hissesinden dahi bahsolunmaz. Baba bu gibi çocukların mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascısı da değildir. Keza, bu çocuklar da babalarından mirascı değildirler. Övey ana ile süt ananın mirasla alâkası olmadığından mahfuz hisse bahsinde söz konusu olmazlar. Evlâd edinen kimse, yani izafî baba veya izafî ana hakkında da keyfiyet aynıdır. Zira evlâtlık bunların mirascısı olduğu halde bunlar evlâd edindikleri kimsenin kanunî mirascısı değildir,²⁴

Ana ve baba için mahfuz hisse miktarı birdir; ayrı ayrı hesap edilmez: Bir çocuk ölüp ana ve babasını bıraksa terekenin yarısı her ikisinin müşterek mahfuz hissesidir. Yani yarısı birinin, diğer yarısı da diğerinin mahfuz hissesi addolunmaz. Aksi halde mûrisin tasarruf edeceği tereke kısmı kalmaz, yani tasarruf nisabından bahsolunamazdı.

Ana baba mirasda müstakil iseler tasarruf nisabı terekenin yarısıdır; yarıyı aşan tasarrufa karşı aşılın miktarın yarısı nisbetinde ana diğer yarısı nisbetinde baba tenkis davası açar: Bir çocuk ölüp, 1000 lira tereke, 600 liralık vasiyet ve anası ile babasını mirascı olarak bırakıyor. Ana ve babaya terekeden tasarruf edilme-yen kısım musavat üzere verilir, yani beheri 200 er lira alırlar. Vasiyete karşı her birinin 50 liralık tenkis davası açmak hakkı vardır.

Hayatda kalan eşle içtima ettikleri takdirde, açabilecekleri tenkis davası miktarı, hayatda kalan eşin mahfuz hissesi de nazara alınarak tâyin olunur. Bu hususa ait misalleri eşin mahfuz hissesi bahsinde vereceğiz.

III — Kardeşler. Md: 453/3.

Erkek olsun kız olsun, her biri için miras haklarının yarısı mahfuz hissedir.

Erkek ve kız kadeşlerin miras hakkı, halefiyet suretiyle ana ve babaya isabet edecek olan hissedir, ana ve babanın hayatda olmaması halinde onlara intikal edecek olan hisseyi müsavat üzere alırlar. Ancak ilerde görüleceği üzere, mahfuz hisseleri ana babanın mahfuz hissesinden azdır.

²⁴ M.K.Md: 447/2; İsviçre M.K.Md: 465/2.

Kardeşin mirascı olabilmesi için, mürisin ana ve babasının her ikisinin de evvel vefat etmiş olmasına lüzum yoktur; hayatta bulunmayan ana veya babanın hissesi mürisin kardeşlerine intikal eder. Kardeşin ana baba bir kardeş olmasına lüzum yoktur. Mürisin ana veya babasından olan her çocuk kardeşidir, ve halefiyet suretiyle mirascıdır. Keza, kardeşin sahih veya gayri sahih nesebli olması da nazara alınmaz. Ancak, gayri sahih nesebli kardeşle sahih nesebli kardeşin miras hisselerinde ve binnetice mahfuz hisselerinde ayrılık olabilir ki, buna verilecek misal ile ilerde temas olunacaktır. Kardeşlerin hisselerinde bu suretle ayrılığın vücut bulmasının sebebi, evvel vefat eden ana veya babalarından fûrû sıfatıyla halefiyet tarihiyle mirasa gelmeleridir. Binnetice, meşrû fûrû ile gayri sahih nesebli fûruun baba bakımından mirasda ikili birli hisse almaları ve bundan doğacak olan mahfuz hisse farkı, babanın, yani mürisin evvel ölen babasının meşrû ve gayrimeşrû çocuklarının ona halef olarak mirasa iştirâklerinde de nazara alınacaktır.

Kaydolunan esaslara uyarak bazı misâller vermekde zaruret vardır:

1) Bir kimse vefat edip, üç kardeşini mirascı olarak bıraksa, 1000 lira tereke olsa, bunun 600 lirasını büyük babasına vasiyet etse; üç kardeşten her birine 400 liranın üçte biri olan meblâğ, yani 133 lira küsur kuruş düşer; bunda her birinin mahfuz hissesi olan 62 lira 50 kuruş dahil olduğundan, büyük babaya yapılan vasiyete karşı tenkis davâsı açamazlar; yani büyük baba musaleyh olarak 600 liraya hak kazanır.

2) Mürisin anası ve evvel ölen babasının biri meşrû, diğeri gayri meşrû, fakat gayri sahih nesebe sahip iki oğlu kalsa (mürisin kardeşleri), tereke 1000, vasiyet edilen mikdar 600 lira olsa:

Ana, tasarruf edilmemiş terekeden, yani 400 liradan 200; meşrû kardeş ikili birli taksim gereğince 132 lira küsur kuruş; gayri-sahih nesebli kardeş, 66 lira küsur kuruş alır. Bütün terekeden her birinin mahfuz hissesi hesap edilince, ananın 250, meşrû kardeşin 83 ve gayrisahih neseblinin 41 lira küsur kuruş mahfuz hissesi olduğu anlaşılır. Tasarruf edilmemiş terekenin taksimi neticesinde ananın 50 liralık tenkis davâsı açmaya hakkı olur; diğerlerinin 400 liranın taksimi neticesinde ellerine geçen meblâğda mahfuz hisseleri dahil olduğundan, yani tecavüz edilmemiş bulunduğundan, tenkis davâsı açmaya hakkı olmaz.

3) Bir şahıs ölüp, eşini anasını, erkek ve kız kardeşini bırakıyor. Tereke 1000 liradır; 800 lirası vasiyet edilmiştir:

Tasarruf harici bırakılmış olan 200 liradan eşe 50, anaya 75, beher kardeşe 37,50 lira düşer.

Terekenin tamamı üzerinden her bir mirascının mahfuz hissesi tâyin edilip, yukardaki paylara göre mahfuz hisselerinin tecavüz edilip edilmediği tahkik edilir: Eşin mahfuz hissesi 250; ananın 187,50; her bir kardeşin 93,75. liradır. Binnetice, eşin 200; ananın 112,50. erkek ve kız kardeşlerden her birinin 56,25. liralık tenkis davâsı açmaya hakkı olduğu anlaşılır.

4) Ana baba bir kardeşe ana veya baba ayrı kardeşin mirasında taksimde fark olacağından, bir misâle ihtiyç vardır.

Bir şahıs ölüp, anasını ve ana baba bir kız kardeşi ile ana ayrı meşrû diğer kız kardeşini mirascı olarak bırakıyor. Tereke 1000 liradır, 800 lirasını vasiyet etmiştir.

Bundan evvelki gibi yapılacak olan hesap neticesinde, tasarruf edilmemiş terekeden anaya 100; beher çocuğa 50 lira düşer; terekenin bütününde mahfuz hisseler, ana için 250, beher çocuk için 62,50. liradır. Binnetice, ana 150; beher kardeş 12,50. liralık tenkis davâsı açmaya haklı olur.

Ana veya baba bir olmayan kardeş mevcut ise, evvel ölen ana ya halefiyete aynen meşrû fûrû gibi mirascı olunacağından ikili birli taksim esası nazara alınmaz; evvel ölen babanın gayrisahih nesebli çocuğu ise, taksim ve mahfuz hisse ona göre, yani ikili birli taksim kaidesi mucibince icra ve tâyin olunur. Bir misâl fuzulî olmaz:

Mirascı olarak ana, ana baba bir kardeş, ve evvel ölen babadan gayrisahih nesebli bir çocuk (yani gayrisahih nesebli baba bir kardeş) kalmıştır; Tereke 1000 liradır; 800 lirası vasiyet edilmiştir:

Tasarruf haricinde kalan 200 liranın 100 ü anaya; 66 lira küsur kuruşu ana baba bir kardeşe (meşrû kardeş); 33 lira küsur kuruşu da evvel vefat eden babanın gayri sahih nesebli çocuğuna, yani baba bir gayrisahih nesebli kardeşe isabet eder. Yapılan hesap neticesinde, ananın mahfuz hissesi 250; ana baba bir kardeşin 83 lira küsur kuruş; gayrisahih nesebli kardeşinki de 41 lira küsur kuruştur. Şu hale nazaran, ana 150; ana baba bir kardeş, 18 ve gayrisahih nesebli kardeş de 8 lira küsur kuruşluk tenkis davâsı açabilecektir.

Misâller çoğaltılabilir.

IV — Hayatda kalan eşin mahfuz hissesi. Md: 453/4.

1 — Eş müstakil ise, mahfuz hissesi terekenin yarısıdır. Tereke 1000 lira, vasiyet 900 lira olsa, eşin vasiyete karşı 400 liralık tenkis davası açmaya hakkı olur.

Hayatda kalan eş bir veya müteaddit olsa,²⁵ hesap aynı esasa göre yapılır: Bir erkek mirascı olarak iki kadın ve 1000 lira bıraksa; 600 lirası da vasiyet edilmiş bulunsa; Kadınlardan her biri tasarruf edilmemiş tereke kısmı olan 400 liradan 200'er lira alırlar; halbuki mahfuz hisseleri terekenin yarısı olduğundan, her biri 50 liralık tenkis davası açmaya haklı olur.

2 — Hayatda kalan eşin sair mirascılarla içtimalı.

453 üncü madde bu ikinci halde mahfuz hisse kaidelerini 444 üncü maddedeki esasları hatırlatarak değiştirmektedir. Binaenaleyh, bu madde hükmü de göz önüne alınarak misâller verilecektir. 453 üncü maddenin 4 üncü fıkrası şu esası koymaktadır: „Karı veya koca için kanunî mirascılarla içtima halinde mirasdan mülkiyet hakkı olan mikdarın tamamı, mahfuz hissedir». 444 üncü maddenin 1 ve 2 nci fıkrası ise eşin diğer mirascılarla içtimalı halinde miras payını tâyin etmektedir: «Müteveffanın karı veya kocası fûrû ile içtima ettikde muhayyerdir; dilerse terekeden yarısının intifa hakkını, dilerse dörtde birinin mülkiyetini alır. Müteveffanın babası anası veya bunların fûruu ile içtima eden karı veya koca, mirasdan dörtde birin mülkiyeti ile birlikde yarısının intifa hakkına, ve büyük babaları büyük anaları veya bunların fûruları ile içtima eden karı koca terekeden yarısının mülkiyeti ile beraber dörtde birinin intifa hakkına ve bunlar da yoksa bütün mirasın mülkiyetine sahip olur.»

Her iki maddenin koyduğu prensiplerin tatbikatını bazı misâllerle yapmak hem meselenin aydınlatılması ve eyi anlaşılması için gereklidir, hem mirasın taksiminde tatbikatda çok zuhur eden hallerle ilgili olduğundan tatbikî önemi hâizdir:

²⁵ Medenî Kanunda iki evlilik memnû ise de, bu esas sırf mutlak butlanla bâtil olan evlenmede çocuğun nesebini siyanet maksadiyle Md: 124/2 deki hükümle mutlakiyetini zâyî etmiştir. Binnetice, bir kadın iki erkek, veya bir erkek iki karıyı mirascı olarak bırakabilecektir. Evliliklerden biri hakkında miras açıldıktan sonra mutlak butlan kararı verilse, dahi bu kararlar ortadan kalkmış olan evlilik miras açıldığı zaman mevcut olduğundan, veraset yine iki eş arasında mevzuu bahis olur. Çünkü, mirasın açıldığı an her iki eş de mirasın hukuken mirascısıdır. Mükteseb hakkı, bilâhare verilmiş olan butlan kararı ref edemez; zira 124/2 mucibince, butlan kararına kadar mutlak butlanla dahi mâlul olsa her evlenme sahih evlenmenin bütün hükümlerini doğurur. Butlan kararı, mirasın açılmasından sonra verildiğine göre, 124/2 deki bu hükme müessir olmaz.

1) Mûris, karısını ve bir çocuğunu, 40 liralık tereke ve 30 liralık vasiyet bırakmıştır.

Karının miras hakkı 10 ve mahfuz hissesi de 10 liradır. Çocuğun miras hakkı 30, mahfuz hissesi 22,50. liradır. Binaenaleyh, karıya tasarruf edilmemiş olan tereke kısmını teşkil eden 10 liradan 2,50.; çocuğa 7,50 lira verilecektir. Karı 7,50.liralık, Çocuk, 15 liralık tenkisdavâsı açabilecektir.²⁶

2) Bir şahıs karısını ve anasını, 40 lira tereke ve 30 liralık vasiyet bırakmıştır :

Karının miras hakkı 10, mahfuz hissesi de 10 liradır.

Ananın miras hakkı 20, mahfuz hissesi 10 liradır.

Tasarruf edilmemiş olan tereke kısmı olan 10 liradan karıya 2,50. lira, anaya 7,50 lira verilir. Karının 7,50; ananın 2,50. liralık tenkis davâsı açmaya hakkı olur.

3) Bir şahıs ölüp, karısını ve bir kardeşini, 40 liralık tereke ve 30 lira kıymetinde vasiyet bırakmıştır :

Bundan evvelki misalde olduğu gibi karının intifa hakkı mahfuz kalmak üzere, miras hakkı 10 ve mahfuz hissesi de 10 liradır. Kardeşin miras hakkı 30, mahfuz hissesi ise 7,50 liradır.

Şu hale göre tasarruf harici bırakılmış olan 10 liradan karıya 2,50. lira, kardeşe de 7,50 lira verilir. Karının vasiyete karşı 7,50. lira tenkis davâsı açmaya hakkı olur; kardeşin tenkis talebine hakkı olmaz.

4) Mirascı olarak karı, ana ve iki kardeş, tereke olarak 100 lira mevcuttur. 40 lira da vasiyet edilmiştir.

Tasarruf edilmemiş olan kısımdan eşe, 15; anaya 22,5; her bir mirascının terekenin bütünü olan 100 liradan isabet eden

²⁶ İşaret edelim ki, çocuğun aynı karıdan olması veya başka karıdan, fakat mûrisin fûruu bulunması yahut evlilik haricinde doğan bir çocuk olup, babasına karşı (Mûris) gayrisahih nesebinin teessüs etmiş bulunması yukardaki taksimi değiştirmez. Zira daha evvel de görüldüğü üzere, gayrisahih nesebli çocuklar hakkında değişiklik bunların baba tarafından mirasda meşrû çocukla içtimai haline münhasırdır. Sair bütün hallerde onlar hakkında da meşrû fûrua tanınmış olan mahfuz hisse esasları ve mikdarı aynıdır. Keza temas edildiği üzere, babaya karşı nesebi kurulmamış olan evlilik haricindeki hiç bir çocuk mirascı olamaz. Yukarda verilen misalde çocuk böyle bir çocuk olsa idi. Vasiyet değişirdi; karı 10 lirayı alır ve 10 liralık da tenkis davâsı açar, fiili çocuğa miras intikal etmezdi.

mahfuz hisse, eş için, 25, ana için 18.75; kardeşler için 4 lira küsur kuruştur. Şu hale göre ancak eş 10 liralık tenkisdavâsı açabilir, diğerlerine tasarruf edilmemiş terekenin taksimi sonunda isabet eden meblâğlarda mahfuz hisseleri dahil olduğundan, tenkis hakkı tanınmaz.

5) Muris, karısını ve babasının anasını ve anasının babasını, 40 liralık tereke ve 30 liralık vasiyet bırakmıştır :

Tasarruf edilmemiş olan 10 liranın yarısı eşe, mütebakî 5 liradan 2.5 lira mûrisin ninesine diğer 2.5 dedesine verilir. Eşin bütün terekeyi teşkil eden 40 lirada 20 liralık mahfuz hissesi mevcuttur. Binnetice, eş, 15 liralık tenkis davâsı açacak, nine ve dede mahfuz hisseli kanunî mirascı olmadıklarından, tasarruf edilmediğinden taksime tâbi tutulmuş olan 10 liradan ellerine geçmiş olan 2.50 lira ile iktifa edecekelerdir.

Burada tatbikatda ihtilâfa yol açtığına bir Bilirkişilik vazifesinde tesadüf ettiğimiz cihete temasda fayda vardır : Tasarruf edilmemiş olan tereke kısmından evvelâ mahfuz hisseli mirascının mahfuz hissesine mahsuben ve bu hisse tamamlanıncaya kadar taksim usulü ceryan etmez. Terekenin tasarruf edilmemiş olan kısmı, hayatda kalan eşle, içtima ettiği sair mahfuz hisseli veya mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascılar arasında 444 üncü maddede gösterilmiş olan esaslar dairesinde paylaşılır. Bu taksim neticesinde mahfuz hisselerini alamayanlar, tenkis davâsı veya def'i ile mahfuz hisselerini ikmal etmek imkânına sahiptirler. Aksi bir taksim usulü tatbik etmek, yani tasarruf edilmemiş tereke kısmından evvelâ mahfuz hisselerine bâliğ oluncaya kadar mahfuz hisseli mirascıları tatmin etmek, 444 üncü maddenin mahfuz hisseli mirascılarla içtima eden mahfuz hissesi bulunmayan mirascılara kanunen ayrılan paylarını vermemek neticesini doğurur ki, bunun kabulüne imkân olamayacağı, âşikârdır. Diğer cihetden, kanunda savunduğumuz taksim esasını cerh edebilecek zımnî bir kayıt dahi yoktur. Aksi fikirde bulunmak, yani 5 inci misalde gösterilen taksimi benimsememek, Medenî Kanununun 444 üncü maddesindeki hükümlerin manâsını anlamamak olur : Medenî Kanuna göre bir derecede mirascı varken diğer derece mirascıları taksime iştirâk edemez. Bu bir hakikattir. Meselâ fûrû varken ana babaya miras gitmez. Keza ana baba hayatda iken kardeşler miras alamaz; kardeşler veya bunların fûrû varken de dede ve ninelere ilh.. miras intikal etmez. Fakat hayatda kalan eş derece mirascısı olmayıp, mûrisin her derecede taksime gelebilen rüçhanlı bir mirascıdır. Eşin bu rüçhanlı durumunu nazara almış olan Ka-

nun²⁷ mahfuz hissesi olmayan dede ve nineleri ve bunların fūrūnu taksime iştirāk ettirmek üzere 444 üncü maddeye özel bir hükmü koyarak eşin mirasdaki üstün durumunu mirasda tahakkuk ettirilmesi iktiza eden içtimaî adâlet bakımından uygun bulmuştur ki, böyle bir hükmü tasvip etmemeye de esasen imkân yoktur.²⁸

Nihayet, taksim, her şeyden evvel tasarruf edilmemiş olan tereke kısmından vâki olur. Tereke hâkimi tasarruf edilmiş olan tereke kısmını da nazara alarak taksimi terekenin bütünü üzerinden yapmaya re'sen yetkili değildir. Mahkeme bütün terekeyi, ancak tenkis def'i veya tenkis davâsı karşısında mahfuz hisseleri tâyin zorunda kaldığı zaman nazara alır.²⁹

Keyfiyet daha kuvvetle aydınlatılmak için şu hususların da ilâvesi zarurîdir : Tereke hâkimi evvelâ mahfuz hisseli mirascı olan eşin mahfuz hissesini ikmal mülâhazası ile tasarruf harici bırakılmış olan tereke kısmından eşi tatmin cihetine gidemez. Aksi halde, 444 üncü maddenin eşle içtima eden ve mahfuz hissesi bulunmamakla beraber kanunen terekede paya nâil kılınmış olan mirascının bu hakkına mâni olunurdu ki, bu neticeye müncer olan bir taksim tarzının kabulü düşünülemez. Nihayet, söz konusu mirascının mahfuz hissesinin bulunmadığı ve kabule şâyan olmayan böyle bir taksim sonunda payının tamamından veya bir kısmından mahrum edilmiş olmasına rağmen tenkis davâsı açarak zâyi olan hakkını elde etmesine imkân olmadığı da ilâve edilmelidir. Halbuki, tereknin tasarruf edilmemiş olan kısmından taksim yapıp, mahfuz hisseli mirascı bu taksim gucibince mahfuz hissesini alamasa, tenkis davâsı açarak hisseyi ikmal imkânına sahiptir. Yani hakkı hiç bir surette zâyi olmaz.

²⁷ Türk. M.K.Md: 444/2; İsviçre M.K.Md: 462/2.

²⁸ Bizce islâm hukukunda câri bir esasın dahi yeni miras sisteminde, yani Medenî Kanunda yer almasında isabet olurdu: Evvelki sistemde mûris, tasarruf nisabını tasarrufa tâbi tutmamış ve eşden başka da mirascı bırakmamış ise, bu nisab Hazineye intikal eder. İslâm hukukunda Hazine'nin kanunî mirascı ile içtima edebildiği hal yalnız budur. Vâki teklif, Medenî Kanunun sistemi ile de gayrı kabili telif olmaz. Zira Medenî Kanunda Devlet, mûrisin usulü ile dahi içtima edip, terekede rakabe mirascılığına sahip olabilmektedir: Türk. M.K.Md: 448/2; İsviçre. M.Md: 466; 460/2.

²⁹ Mahkeme bu hesabı yapmaya taksim sırasında tenkis def'i dermeyan edildiği vakit mecbur kalabilir. Defi dermeyan edilmedikçe, taksim, ancak tasarruf edilmemiş tereke üzerinden icra olunur. Binnetice, 444/2 deki esaslar gereğince eşle içtima eden mahfuz hissesi bulunamayan mirascılara da payları verilir.

Ş. 4 — Mahfuz hissenin rolü.

Mahfuz hisse tasarruf nisabının, yani murisin ölüme bağlı tasarrufla terekede iradî olarak verasete ve vasiyete mevzu yapabileceği kısmın tesbitine yarar. Kayd edildiği üzere evvelki hukukda tasarruf nisabı muayyendi, mirascı kim olursa olsun daima terekenin üçte biri idi. Şehimlere, yani kanunî paylara göre değişmezdi. Medenî Kanunda ise, tasarruf nisabı muayyen olmayıp mahfuz hisselerin mikdarına göre değişeceği gibi, müteaddit mahfuz hisseli mirascı mirasda içtima ettiği zaman daha çok tenevvü eder, ki bu hususları kanunî mahfuz hisseli mirascılar ve mahfuz hisselerine ait olan 3 üncü paragrafta vermiş olduğumuz misaller göstermektedir. Mürisin mahfuz hisseli kanunî mirascısı yok ise, terekenin tamamı tasarruf nisabını teşkil eder. Meselâ bir şahıs dedesi ve ninesi hayatda olmak üzere ölse, tereke 1000 lira olsa, 950 liralık da vasiyet bıraksa, musaleyh 950 lirayı alır, nine ve dededen her birine 25 şer lira düşer. 1000 liranın tamamı vasiyet edilmiş olsa idi dede ve nine mirasdan bir şey alamazlardı. Bu, Medenî Kanunun kanunî mirascıları mahfuz hisseli ve mahfuz hissesi olmayan diye ikiye ayırmış olmasının neticesidir. Halbuki müris, dede ve ninesinin terekesinde mahfuz hisse sahibidir. Onların ölümü halinde vasiyet olsa, bu vasiyet ancak 250 lirada muteber olur, misaldeki müris nine ve dedesinden kalan terekenin 750 lirasını yine iktisab eyler.

Sâbık miras sisteminde tasarruf nisabını aşan vasiyetlerin keenlemyekûn olduğunu, vârisler icazet vermedikçe tenkisin hâkim tarafından re'sen yapılarak taksim icra edileceğini görmüş-tük. Medenî kanunda ise, tasarruf nisabı tecavüz edilir, yani mahfuz hisseyi geçen bir vasiyet yapılırsa, mahkeme re'sen tenkis yapamaz; ya tenkis def'i dermeyan edilmek lâzımdır, veya tenkis da vâsı ikame olunmalıdır.

Medenî Kanunda müris, tasarruf nisabında ya mirascı nasbı suretiyle veya muayyen mal vasiyeti şeklinde tasarrufda bulunur. Eski hukukda ise, ancak muayyen mal vasiyeti şeklinde tasarruf câizdir. Zira, daha evvel kayd edildiği gibi, evvelki hukukda mensup mirascılık kabul edilmemiştir.

Mahfuz hissenin diğer rolü de mahfuz hisseli mirascılara bu hisse aşıldığı zaman Tenkis davası açmak yetkisi vermesindedir. Evvelki miras sisteminde tenkis re'sen nazara alınacağından, tenkis davası da yoktur.

İzahdan anlaşılır ki, Medenî kanuna göre asıl olan ölüme bağlı tasarruftur, kanunî miras değildir. Aksi olsa idi mürisin bütün

terekesine sâri olmak üzere yapmış olduğu bir vasiyeti Medenî Kanunun mahfuz hisseyi tecavüz ettiği nisbetde keenlemyekûn addetmesi icab ederdi. Halbuki gerek Türk, gerek, İsviçre Medenî kanunlarında mahfuz hisseli mirascı mahfuz hissesini muayyen mürurzaman müddetleri içinde talep etmediği takdirde, mahfuz hissenin tamamını ihtiva eden ölüme bağlı tasarruflar muteber olur.

Medenî Kanun, mahfuz hisseli mirascıya mahfuz hissesini siyanet için iki imkân vermiştir :

1 — Tenkis def'i : Vasiyet henüz tenfiz edilmeden, yani miras paylaşılmadan evvel mevzuubahis olur : Bir şahıs oğlunu bırakarak ölse, tereke 1000 lira ve vasiyet 800 lira olsa; sulh hâkimi mirascı olan oğulun tenkis def'i üzerine tenkisi icra ettikten sonra musaleyhe vasiyeti tenfiz eder, yani lehine mal vasiyeti yapılmış olan şahısa 250 lira verilir; vasiyetnamedeki 800 liranın bakiyesi oğula mahfuz hissesini itmam için tevdi olunur. Tenkis def'i, her zaman dermeyan edilir. Bu şu demektir ki, musaleyh miras taksim edilsin edilmesin vasiyetin tenfizini talep ettiği her an mirascının tenkis def'inde bulunmaya hakkı vardır. Mahfuz hisseli mirascı vasiyetin mahfuz hisseyi tecavüz ettiğini bildiği halde taksim sırasında mahkemede tenkis def'ini kayıt ihtiyatı olarak dermeyan etmemiş olsa bile hüküm böyledir. İşte Kanunun tenkis iddiasının her zaman dermeyan edileceğini beyan eden hükmünden³⁰ bu kayd edilenler anlaşılacak lâzımdır. Şu halde tenkis def'i sukutu hak müddetine tâbi olmadığı gibi, tenkis davasında olduğu üzere, mürurzaman müddeti namıyla bir müddetle de mukayyet değildir. Binnetice, musaleyh, taksimden sonra mirascıdan vasiyet konusunu talep etse, mahfuz hisseli mirascı mahkemeden tenkis def'inde bulunarak, tenkisin icrasından sonra vasiyetin infazını talebe hakkı olur.

2 — Tenkis davası :

Tenkis davası ise, vasiyet tenfiz edildikten sonra mahfuz hissenin siyaneti için kabul edilmiştir. Filhakika, tenkis her zaman defi suretiyle icra ettirilemez : mirascılara tebliğat yapıldığı halde meydana çıkmamaları halinde, tereke hâkimi vasiyetin tenfizini, yani musaleyhi tatmini mirascıların yokluğu sebebiyle tâlik edemez; musaleyhe vasiyetnamedeki kıymeti aynen vermekle mükelleftir. Üç aylık ilân müddetinde hiç mirascı çıkmadığı takdirde, mahkeme, terekenin hepsi vasiyet edilmiş ise vasiyetleri tenfiz

³⁰ Türk M.K.Md: 513; İsviçre M.K.Md: 533/3.

eder. Aksi halde, terekenin tasarruf edilmemiş kısmını Hazine ik-tisab eder. Md : 584.

Hakkında gaiplik kararı verilmiş olan mirascılar bahsinde yukardaki gibi hareket olunmaz; Medenî kanunun 526 ve 527 inci maddelerindeki hükümler ceryan eyler.

Hakkında gaiplik kararı verilmemiş olmakla beraber nerede olduğu bilinmeyen mirascılar hakkında ise aynı kanunun 528 inci maddesi mucibince hareket olunur : Bir kimse, Mürisin nüfusunda mirascı gözüktür, hakkında gaiplik kararı verilmemiştir; üç aylık ilân üzerine de mahkemeye gelmemiştir. İşte bu madde bu gibi vârisler hakkında yapılacak muameleden bahsetmektedir. Aynı madde, gaiplik kararı verilmek için icab eden müddetler dolmuş olmasına rağmen gaybubet eden mirascının gaipliğine karar verilmedikçe mirasın taksiminde yine tatbik edilecektir.

Medenî Kanun tenkis davasında iki çeşit mürurzaman kabul etmiştir : 1 senelik, 5 senelik.

Bir senelik mürurzaman tenkis davası açacak olan mirascının mahfuz hissesine tecavüz vâki olduğunu öğrendiği günden itibaren ceryana başlar; 5 senelik mürurzaman ise tenkis davasının genel mürurzamanı olup, vasiyet açıldığı tarihten itibaren başlar. Bu mürurzaman müddeti geçtikten sonra mahfuz hisseli mirascı vasiyetin mahfuz hisseye tecavüz ettiğini öğrense bile tenkis davası açamaz. Zira, aksi fikirde bulunmak, 5 senelik mürurzamanın 1 seneliğe nazaran genel mürurzaman olduğu hakikatıyla telif edilemez. Filhakika 513 üncü madde bu mürurzamanın tenkis davasında umumî ve kat'î, nihai mürurzamandan ibaret olduğunu şu suretle ifade etmektedir : «Tenkis davası,... her halde vasiyetler hakkında açıldıkları tarihten... itibaren 5 sene geçmekle sakıt olur».

O halde 5 senelik mürurzamanın genel ve kat'î bir mürurzaman ve 1 seneliğin özel ve kat'î olmayan bir zamanaşımı olduğu keyfiyetinden aşağıdaki netileceler doğar :

Mahfuz hisseli mirascılar, vasiyet açıldıktan itibaren mahfuz hisseye tecavüz vukuunu hangi tarihte öğrenmişlerse o tarihten itibaren bir sene içinde davayı açmaya mecburdur. Bu müddet geçtikten sonra 5 senenin bitimine vakit olduğu iddiasıyla artık davâ açılmaz. 5 senenin bitimine iki sene kalarak mahfuz hisseye tecavüze ittıla hâsıl olsa, keyfiyet aynıdır; yani 5 yılın bitimine bir sene daha olduğu hakikati nazara alınmaz. Aksi halde 5 senelik mürurzamanın genel ve kat'î mürurzaman olmasının manâsı

kalmazdı. Keza hisseye tecavüz 5 senenin bitmesine bilfarz 10 gün kala öğrenilse, davâ bu 10 günlük müddet içinde ikame olunmak lâzımdır; bir senelik zamanaşımından faydalanılamaz.

513 üncü maddenin 1 nci fıkrasında 1 senelik mürurzamanın yalnız öğrenilmesinden bahsediliyor, ne vakit öğrenilmesi lüzumuna temas olunmuyor. Miras açılma vasiyetname açılmadan mahfuz hisseli mirasçı mürisin vasiyet yaptığını ve bu vasiyetin mahfuz hisseyi tecavüz eden bir vasiyet olduğunu bilmiş olsa bile 1 yıllık mürurzaman henüz ceryana başlamaz. Zira, vasiyet açılmadıkça bu vasiyetin hisseyi tecavüz ettiğine resmen ittila mümkün olmaz. Mürisin vefatından evvel böyle bir vasiyete ittilan mezkûr mürurzamanın başlangıcı ile hiç alakası olamaz. Çünkü, miras açılmadan, yani müris ölmeden mirasçılıktan ve musalehlikten bahsedilemez ve muslayhlere karşı açılacak olan tenkis davâsından ve bununla ilgili mürurzaman ve mebdeinden de söz edilemez.

Aynı maddenin aynı fıkrası, ölüme bağlı olmayan teberrûlar için açılacak olan tenkis davâsında 5 senelik mürurzamanın başlangıcını ölüme bağlı teberrûlara karşı açılacak olan tenkis davâsındaki aynı mürurzamanın başlangıcından farklı tesbit ediyor: ölüme bağlı olmayan teberrûlara karşı mürurzaman mebdei mirasın açıldığı gündür. Bu teberrûlar hakkındaki 1 senelik mürurzamanın mebdeinde fark yoktur; miras açıldıktan sonra 5 sene içinde ne vakit hisseye tecavüz vukuu veya bu kasde temlik yapılmış olduğu öğrenilirse o tarihten itibaren bir senede davâ ikame etmek lâzımdır. Burada da biraz evvel mürurzamanla ilgili olmak üzere kaydedilen misaller kıyas yolu ile verilebilir.

Etüd konusu tenkis davâsını tetkik etmek olmayıp, mahfuz hisselerin rolü bahsinde bu davâya temas ve davâ ile ilgili defî ve mürurzaman meselelerini incelemek olduğundan, tenkis davâsı ile ilgili olan sair hususlara temas olunmayacağı tabiidir. Bu itibarla mezkûr teberrûlar üzerinde de durulmaya mahal yoktur.

513 üncü maddenin 1 inci fıkrasında ölüme bağlı tasarruflara karşı açılacak olan tenkis davâsında mürurzamanın başlangıcı ile ilgili olup misale ve izaha muhtaç bir hüküm daha mevcuttur: «..Bir tasarrufun iptali bir diğerini ihya ediyorsa, mürurzaman müddetleri ancak butlan kararının suduru tarihinden itibaren ceryan eder». Hükümden maksat şudur:

Medenî Kanununun 491 inci maddesi mucibince sonraki tarihli vasiyet evvelki tarihli vasiyeti hükümsüz kılar; Müris bir arsa vasiyet etmiş sonraki tarihli başka bir vasiyetle aynı arsayı

başkasına vasiyet etmiştir. Veya terekesinin bir cüz'ünü vasiyet suretiyle nakletmiş, sonraki tarihli bir vasiyetle aynı cüzü üzerinde başka birini mirasçı nasb eylemiştir. Evvelki tarihli vasiyet lehdarı, sonraki tarihli vasiyeti iptal ettirebilir.³¹ ve bu suretle evvelki tarihli vasiyet ihya edilmiş olacağından tenfizi icab eder.³² Bu suretle ihya edilmiş olan vasiyet iptali mucib olmamakla beraber mahfuz hisseyi tecavüz etmiş ise, tenkis davası ile tenzil edilir. İşte bu vasiyete karşı açılacak olan tenkis davasında mürurzaman, ihya edildiği tarihten itibaren, yani sonraki tarihli vasiyetin iptaline dair olan kararın kesin hüküm haline geldiği günden itibaren ceryana başlar. Tenkis davası açılacak olan mirasçı, evvelki tarihli vasiyetin ihya edilmesinden evvel mahfuz hisseyi müteceviz olduğunu öğrenmiş olsa bile hüküm aynıdır. Kayd edelim ki ihya edilen vasiyet hakkında açılacak olan tenkis davasındaki her iki mürurzamanın başlangıcı ihya tarihidir. Zira 513 üncü madde «...mürurzaman müddetleri» ibaresini kullanmış, mürurzamanın 1 veya 5 senelik mürurzamana münhasır olduğuna zımnen dahi işaret etmemiştir.

Son vermeden evvel, 513 üncü maddedeki mürurzamanların tenkis dolayısıyla alacak mürurzamanı olmadığına da işarette fayda vardır. Tenkis davası tesbit davasıdır; yani bu davâ ile mahkeme mahfuz hisse ve tasarruf nisabına dair olan kanunî esasları nazara alarak ölüme bağlı tasarrufun mahfuz hisseyi tecavüz edip etmemiş olduğunu, etmiş ise tasarrufun tecavüz nisbetinde tenzilinî kararlaştırır. Bu karar ile tenzil edilecek nisbet dahilinde mirascının musaleyhden alacağı dolayısıyla sâbit olur. Bu alacak hakkında Borçlar kanunundaki mürurzamana ait umumî esaslar ve bu arada aynı kanunun 125 inci maddesi mucibince 10 senelik mürurzaman ceryan eder; tenkis neticesinde tenzil edilecek olan mikdar ne olursa olsun mürurzaman daima 10 senedir.

³¹ Zira aynı şey üzerinde iki vasiyet yapmakla, ve müris evvelki tarihli vasiyetinden rücu etmemekle evvelki tarihli vasiyet lehdarı iptal davasında ilgili şahıslardan olur. 491 inci maddenin son hükmü neticeyi değiştirmez. Zira bu hüküm ancak sonraki tarihli vasiyetin muteberliği halinde kabili tatbiktir.

³² İsviçre K.Md: 533. Türk ve İsviçre kanunundaki bu hükümler ancak tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar, yani vasiyetler hakkında tatbik edilir; miras mukaveleleri hakkında tatbik olunamaz; zira müris, mukavele ile mirasçı nasb ettikten sonra bu mukavele kanundaki sebeplerden biri ile (M.K.Md: 403, 404, 495) zeval bulmadıkça ilk tarihli miras mukavelesinin taalluk ettiği terekeyi veya cüz'ünü sonraki tarihli miras mukavelesi ile başkasına devredemez.