

OLUMLU MİRAS SÖZLEŞMESİ VE BAĞLAYICILIK SORUNU

THE POSITIVE CONTRACT OF INHERITANCE AND THE PROBLEM OF ITS
BINDING EFFECT

Doktora Tezi

SEKİNE DERYA YAKUPOĞLU

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Ocak 2019

Sevmeyi, seilmeyi, vicdanı ve merhameti öğreten anneme ve babama...

OLUMLU MİRAS SÖZLEŞMESİ VE BAĞLAYICILIK SORUNU

THE POSITIVE CONTRACT OF INHERITANCE AND THE PROBLEM OF ITS
BINDING EFFECT

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

SEKİNE DERYA YAKUPOĞLU

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma Yükümlülüklerinin Bir
Parçasıdır

HUKUK BÖLÜMÜ

İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ

ANKARA

Ocak 2019

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.



Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.



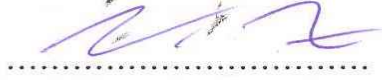
Prof. Dr. Mehmet Ali Erten
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.



Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.



Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.



Doç. Dr. Fatma Tülay Karakaş
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı



Prof. Dr. Halime Demirkan
Enstitü Müdürü

ÖZET

OLUMLU MİRAS SÖZLEŞMESİ VE BAĞLAYICILIK SORUNU

Yakupoğlu, Sekine Derya

Doktora, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU

Ocak 2019

Miras sözleşmesinin bir türü olan olumlu miras sözleşmesi, vasiyetname yanında diğer ölüme bağlı tasarruf türüdür. Miras sözleşmesi bir ölüme bağlı tasarruf olmasının yanısıra, aynı zamanda da gerçek anlamda bir sözleşmedir. Bu sebeple, miras sözleşmesi çifte nitelikli bir sözleşme olarak da kabul edilmektedir. Miras sözleşmesi mirasbırakana bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkanı vermektedir. Bu bakımdan, miras sözleşmesi vasiyetnameden farklı bir işleve sahiptir. Mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğünün devam etmesi ilkesi karşısında, miras sözleşmesinin bağlayıcılığından ne anlaşılması gerektiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

TMK m. 527/I hükmü uyarınca, mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malvarlığı değerlerini sözleşme yaptığı kişi ya da üçüncü bir kişiye bırakma

yükümlülüğü altına girebilir. Söz konusu hükümde, dar anlamda miras sözleşmesi, başka bir deyişle olumlu miras sözleşmesi düzenlenmiştir. Buna göre, mirasbırakan bir miras sözleşmesi yapmak suretiyle iradî mirasçı atayabilir ya da vasiyet alacaklısı belirleyebilir. Hükümde, bu iki tür maddî anlamda ölüme bağlı tasarruftan bahsedilmektedir; ancak, burada sınırlı sayı ilkesi (*numerus clausus*) benimsenmiş değildir.

Hükümün devamında, miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceği, ancak miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebileceği düzenlenmiştir.

TMK m. 527/II hükmü, hem miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü düzenlemesi yönünden, hem de miras sözleşmesiyle çelişen ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalara karşı itiraz hakkı tanınması bakımından tartışmaya açık bir maddedir. Söz konusu madde, İsviçre Medenî Kanunu m. 494 (İMK m. 494) hükmünün çevirisi olması nedeniyle, bu çalışmada asıl olarak Türk-İsviçre hukukuna ilişkin doktrindeki görüşler ve mahkeme kararlarına başvurulmuştur. Bununla beraber, Alman hukukuna da, yeri geldikçe değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: Bağlayıcılık, İtiraz, Miras Sözleşmesi, Ölüme Bağlı Tasarruf, Sona Erme

ABSTRACT

THE POSITIVE CONTRACT OF INHERITANCE AND THE PROBLEM OF ITS BINDING EFFECT

Yakupoğlu, Sekine Derya

PhD. Faculty of Law

Supervisor: Prof. Dr. Cengiz KOÇİSARLIOĞLU

January 2019

Besides the unilateral freely revocable testamentary will, the second form of testamentary dispositions is the contract of inheritance. The contract of inheritance is on the one hand a form of testamentary disposition, and on the other hand a contract. Due to its nature, the inheritance contract is also referred to as a contract with dual character. By means of its binding character, the contract of inheritance constitutes a substantial alternative to the testamentary will. Taking into consideration the testator's private autonomy in terms of private law, it is worth examining the significance of the binding effect of the contract of inheritance.

The Turkish Civil Code Art. 527/1 states that the testator, by means of a contract of inheritance, commits to bequeath his estate or legacy to the other contracting party or

a third party. This is the legal definition of the positive inheritance contract. These are the two main types of inheritance contracts, whereby the principle of *numerus clausus* does not apply.

According to Art. 527/2 (ZGB Art. 494/2), the testator may freely dispose of his assets despite the concluded inheritance contract. However, testamentary dispositions or gifts that conflict with the obligations under the contract of inheritance are challengeable. The binding effect of the contract of inheritance described in Art. 527/2 is highly controversial, and thus there are different opinions in literature and case law.

The Turkish Civil Code Art. 527 is the translation of Art. 494 of the Swiss Civil Code. Therefore, this dissertation focuses primarily on the opinions expressed in the Turkish and Swiss legal systems and their case law with regard to the binding effect of the contract of inheritance. The dissertation also refers to German law to the extent where it is necessary.

Key words: Binding Effect, Challenge, Contract of Inheritance, Testamentary Dispositions, Revocation

ZUSAMMENFASSUNG

DER POSITIVE ERBVERTRAG UND DAS PROBLEM SEINER BINDUNGSWIRKUNG

Yakupoglu, Sekine Derya

Doktorarbeit, Juristische Fakultät

Doktorvater: Prof. Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU

Januar 2019

Neben der frei widerruflichen letztwilligen Verfügung (dem Testament) steht als eine zweite Verfügungsform der Erbvertrag. Dieser ist nicht nur eine Verfügung von Todes wegen, sondern auch ein echter Vertrag. Aufgrund seiner Natur wird der Erbvertrag auch als Vertrag mit Doppelnatur bezeichnet. Durch seine bindende Wirkung stellt der Erbvertrag für den Erblasser eine bedeutende Alternative zum Testament dar. Angesichts der erbrechtlichen Privatautonomie des Erblassers lohnt es sich, die Bedeutung der Bindungswirkung des Erbvertrages zu untersuchen.

Das türkische Zivilgesetzbuch Art. 527 Abs. 1 stellt fest, dass sich der Erblasser durch einen Erbvertrag einem anderen gegenüber verpflichtet, ihm oder einem Dritten seine Erbschaft oder ein Vermächtnis zu hinterlassen. Die Erbeinsetzung und der Vermächtnisvertrag sind aber nur als die wichtigsten Arten des positiven Erbvertrages zu verstehen. Dabei handelt es sich also nicht um eine Aufzählung *numerus clausus*.

Gemäß Art. 527 Abs. 2 (ZGB Art. 494 Abs. 2) kann der Erblasser trotz des abgeschlossenen Erbvertrages über sein Vermögen frei verfügen. Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag widersprechen, sind jedoch anfechtbar. Die in Art. 527 Abs. 2 beschriebene Bindungswirkung des Erbvertrages ist höchst umstritten, und so gibt es dazu unterschiedliche Meinungen in Literatur und Rechtsprechung.

Das türkische Zivilgesetzbuch Art. 527 ist eine Übersetzung des Art. 494 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Daher konzentriert sich diese Dissertation vorwiegend auf die in der türkischen und der schweizerischen Rechtsordnung vertretenen Meinungen und deren Rechtsprechung im Hinblick auf die Bindungswirkung des Erbvertrags. Es wurde jedoch auch auf deutsches Recht verwiesen, soweit dies erforderlich ist.

Schlüsselwörter: Anfechtung, Aufhebung, Bindungswirkung, Erbvertrag, Verfügung von Todes wegen

TEŞEKKÜR

Bu doktora tezi 17.01.2019 tarihinde İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında Prof. Dr. Mehmet Ali Erten, Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu, Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal ve Doç. Dr. Fatma Tülay Karakaş'tan oluşan tez jürisi önünde savunulmuş ve oybirliğiyle başarılı bulunmuştur. İlk olarak, 2007 yılında lisans öğrencisi olarak katıldığım, mezun olduğum 2011 yılında da Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda asistanlık görevine başladığım İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi ailesinin bir parçası olmaktan her zaman büyük bir mutluluk ve onur duyduğumu belirtmek isterim. Kıymetli hocalarımla üzerimdeki emeği için her birine şükranlarımı sunuyorum. Tez danışmanım ve 2011 yılından bu yana büyük bir gururla asistanlığını sürdürdüğüm Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nın değerli üyesi Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu'na bunca yıllık emeği ve sonsuz desteği için saygılarımı ve teşekkürlerimi sunuyorum. Saygıdeğer hocam akademik hayatın temellerinin atıldığı asistanlık ve doktora dönemim boyunca beni yetiştirmek için her türlü özveriye göstererek ve her zorlukta bana olan inancını hissettirerek hocamdan öte ailemin bir parçası oldu. Kıymetli hocama hem çalışma konusunun belirlenmesi hem de yazım sürecindeki önemli katkı ve yönlendirmeleri için minnettarım. Lisans yıllarımdan bu yana üzerimde büyük emeği olan ve tez jürimde bulunmayı kabul eden saygıdeğer hocam Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar'a kıymetli katkıları ile tezimin daha nitelikli hale gelmesini sağladığı, sorularıma sabırla ve özveriyle cevap vererek bana vakit ayırdığı için minnettarım. Tez İzleme Komitemde bulunan değerli hocam, son sınıftayken kendisinden Miras

Hukuku dersi aldığım ve bu alanı sevmemi sağlayan Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal'a en derin şükranlarımı sunarım. Kendisi tezin yazım sürecinde yazdıklarımı okumak için kıymetli vaktinden ayırmış ve çalışmamda önemli katkı ve yönlendirmelerde bulunmuştur. Diğer Tez İzleme Komitesi üyesi olan değerli hocam Prof. Dr. Mehmet Ali Erten'in lisans yıllarımdan itibaren üzerimdeki emeği büyüktür. Kendisinin öğrencisi olduktan sonra asistanlığını da yapmış olmaktan her zaman gurur duydum, desteği için sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Tez savunma jürisinde yer alan diğer değerli hocam Doç. Dr. Fatma Tülay Karakaş'a tezime ilişkin yapıcı eleştirileri için teşekkürlerimi sunuyorum.

Doktora tez çalışmasının kaynak toplama aşamasını Eylül 2015 ve Eylül 2016 arasında Freie Universität Berlin Hukuk Fakültesi'nde saygıdeğer hocam Prof. Dr. Detlef Leenen'in danışmanlığında geçirdim. Kendisine danışman hocam olmayı kabul ettiği, yaptığım çalışmaya ve bana inandığı ve kritik noktalarda çok önemli yönlendirmelerde bulunduğu için şükranlarımı sunuyorum. Kıymetli hocam sayesinde akademik olarak çok verimli bir sene geçirdim. Keza, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doktora dersini aldığım ve Almanya serüvenimde büyük desteğini gördüğüm değerli hocam Prof. Dr. Philip Kunig'e çok teşekkür ederim. Almanya'da geçirdiğim süreçte çalışmalarımı gerçekleştirdiğim Freie Universität Berlin Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'ne misafirperverliği için çok teşekkür ederim. Ayrıca kısa süreli de olsa araştırma yapma imkanı bulduğum Hamburg Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht ve Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi'ne teşekkür ederim. Tezin yazım sürecinde sonradan ortaya çıkan yabancı kaynak ihtiyacımı hiçbir masraftan kaçınmaksızın karşıladıkları

için Bilkent Üniversitesi Kütüphanesi'ne ve özellikle büyük yardımınlı gördüğüm Ktphanelerarası dn Verme'den sorumlu ktphanecimiz Füsun Yurdakul'a özverili çalışması için çok teşekkür ederim.

Çalışmamın bu hale gelmesinde ve akademik gelişmemde çok büyük rol oynayan Alman ve İsviçre literatürüne ulaşma imkanı bulduğm Berlin'de geçen bir yıllık sürecin Alman Akademik Değışim Servisi'nin (Deutscher Akademischer Austauschdienst, (DAAD)) geç bilim insanlarına destek olmak amacıyla sağladığı yıllık araştırma bursu sayesinde gerçekleştiğini belirtmek isterim. Bana bu imkanı sundukları ve beni DAAD ailesinin bir parçası yaptıkları için minnettarlığımı ve teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca, yurtdışında geçirdiğim bu süreci olanaklı kılan Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı hocalarımıza ve saygıdeğer Dekanımız Prof. Dr. Turgut Tan'a teşekkürü bir borç bilirim.

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki tüm çalışma arkadaşlarıma ve özellikle uzun zaman aynı ofisi paylaştığım ve desteklerini her zaman hissettiğim arkadaşlarım Dr. Elif Cemre Hazıroğlu, Mert Albaz, Cemre Polat ve Yağmur yk Yönet'e dostlukları ve sağladıkları huzurlu çalışma ortamı için çok teşekkür ederim. Frey ailesi yeleri; Ilse, Heide, Rieke ve Isolde Frey'e bana Almanya'da gerçek bir aile oldukları için minnettarım. Özellikle Heide Frey'e, 2012 yılından bu yana süren dostluğumuz, Almanya'da yaşama ve Almancamı geliştirme sürecime olan çok değerli katkıları için çok teşekkür ederim. Kendisi bana her zaman her türlü soru ve sorunum için vakit ayırmış, sonsuz desteğini her zaman hissettirmiş ve bana arkadaştan öte aile olmuştur. Katrin Angelos'un arkadaşlığı ve Almanca hukuk

terminolojisine uyum sağlamama olan katkısı için teşekkür ederim. Lisans dönemimin ilk gününden başlayarak hiç ayrılmadığımız sıra arkadaşlarım Damla Ercan ve Naz Parlar'a sonsuz destekleri, mutluluğumu da üzüntümü de benimle birlikte yaşayarak her anımda yanımda oldukları için minnettarım. Çocukluk arkadaşım en güzel hatıralarımın ortağı Göksu Sarıgöl'e sonsuz desteği için teşekkür ederim. Kendisi her moral bozukluğumda yanımda olmuş ve beni her seferinde motive edecek cümleleri kurmayı başarmıştır.

Son olarak annem Giray Yakupoğlu ve babam Cevat Yakupoğlu'na bugün olduğum insan olmamdaki tarifi mümkün olmayan emek ve özverileri için şükranların en büyüğünü sunuyorum. Sonsuz destekleri ve koşulsuz sevgileri için minnettarım. Keza, kardeşim Evrin Yakupoğlu'na her zaman yanımda olduğu, bana paylaşılarak çoğalmayı öğrettiği için çok teşekkür ederim.

DANK

Die vorliegende Doktorarbeit wurde am 17.01.2019 von der juristischen Fakultät der Universität Bilkent einstimmig angenommen. Der wesentliche Teil der Forschung erfolgte zwischen September 2015 und September 2016 an der Freien Universität Berlin im Fachbereich Rechtswissenschaft, betreut durch Prof. a. D. Dr. Detlef Leenen mit einem Jahresstipendium des Deutschen Akademischen Austauschdienstes (DAAD). An erster Stelle möchte ich Herrn Professor Leenen sehr danken. Während meines Aufenthaltes in Berlin hat er meine Forschung durch wertvolle Hinweise gefördert. Darüberhinaus möchte ich Herrn Prof. a. D. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Philip Kunig für die durch ihn von Anfang an erfahrene Unterstützung danken. Weiterhin gilt mein Dank der Bibliothek der Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin für ihre Gastfreundschaft während dieses Jahres. Kurzfristig nutzte ich auch die Bibliothek des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg und die Zentralbibliothek Recht der Universität Hamburg, daher schulde ich auch ihnen meinen Dank.

Persönlich möchte ich mich ganz herzlich bei Familie Frey bedanken, namentlich Ilse, Heide, Rieke und Isolde Frey. Sie sind mir zu einer echten Familie in Deutschland geworden. Seit 2012 und bis heute hat Heide Frey sich für meine Deutschland- und Deutsch-Sprach-Kenntnisse Zeit genommen und mich herzlich unterstützt. Ich schulde ihr in diesem Prozess den größten Dank. Abschließend

bedanke ich mich bei Katrin Angelos für ihre Unterstützung bei der deutschen Fachterminologie während meiner Forschung in Deutschland.

Schließlich möchte ich mich ausdrücklich beim Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) dafür bedanken, dass er mir als ausländischer Doktorandin solch eine Chance gegeben und mir in Deutschland diesen Forschungsaufenthalt ermöglicht hat.



İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT	III
ZUSAMMENFASSUNG	V
TEŞEKKÜR.....	VII
DANK	XI
KISALTMALAR.....	XVIII
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1.....	7
MİRAS SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE MİRAS SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI.....	7
I. KAVRAM	7
A. Miras Sözleşmesinin Ölümüne Bağlı Tasarruf Niteliği.....	7
B. Maddi Anlamda Ölümüne Bağlı Tasarruflarla Sağlararası Tasarrufların Farkı	12
C. Miras Hukukuna İlişkin Anayasal Güvence	16
D. Ölümüne Bağlı Tasarruf Serbestisinin Anlamı	20
E. Miras Sözleşmesinin Tarihsel Gelişimi	23
F. Miras Sözleşmesinin Tanımı	26
G. Miras Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	28
H. Miras Sözleşmesinin Hukuki Sebebi (<i>Causa</i>)	34
İ. Miras Sözleşmesi ile Lehdara Tanınan Hukuki Korumanın Niteliği..	39
J. Miras Sözleşmesinin İçeriği.....	44
1. Genel Olarak.....	44
2. Yalnızca Vasiyetname ile Yapılabilen Tasarruflar	46
3. Yalnızca Miras Sözleşmesi ile Yapılabilen Tasarruflar	47
4. Hem Vasiyetname Hem Miras Sözleşmesi ile Yapılabilen Tasarruflar.....	47
K. Miras Sözleşmesinin Türleri	48
1. Tek Taraflı Miras Sözleşmesi - İki Taraflı Miras Sözleşmesi.....	48
2. İvazlı Miras Sözleşmesi - İvazsız Miras Sözleşmesi	51
3. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi	63
4. Üçüncü Kişi Lehine Miras Sözleşmesi.....	63
L. Miras Sözleşmesinin Bazı Benzer Kurumlardan Ayırt Edilmesi	65
1. Vasiyetnameden Farkı	65
2. Yerine Getirilmesi Bağışlayanın Ölümüne Bağlı Bağışlamalardan Farkı (TBK m. 290/II; İMK m. 245/2)	68
M. Miras Sözleşmesinin Amacı ve Kanundaki Düzenleme.....	74
1. Türk Hukukundaki Düzenleme	76
2. İsviçre Hukukundaki Düzenleme	77
3. Alman Hukukundaki Düzenleme	77
II. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE GEÇERLİLİĞİ	78
A. Tarafları	78
B. Ehliyet.....	79

1. Genel Olarak.....	79
2. Ölüme Bağlı Tasarruflarda Bulunan Tarafın Ehliyeti.....	80
a. Ayırt Etme Gücü	81
b. Ergin Olma	82
c. Kısıtlı olmama.....	84
d. Temsil Yasağı.....	85
3. Ölüme Bağlı Tasarruflarda Bulunmayan Tarafın Ehliyeti	90
a. Sınırlı Ehliyetsiz Kişinin Durumu	90
b. Tam Ehliyetsiz Kişinin Durumu	93
C. Şekil ve Saklama.....	94
BÖLÜM II.....	100
MİRAS SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICILIĞI	100
I. MİRAS SÖZLEŞMESİNDEKİ BAĞLAYICI TASARRUFLARIN	
TESPİTİ AMACIYLA MİRAS SÖZLEŞMESİNİN YORUMU.....	100
A. Genel Olarak Yorum Kavramı.....	100
1. İrade Teorisi	101
2. Beyan Teorisi	102
3. Güven Teorisi	102
B. Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumlanması	104
1. Miras Sözleşmesindeki Tek Taraflı Tasarrufları Ayırt Etme.....	105
a. Sorunun Tespiti	105
b. Önerilen Yorum Ölçütleri	108
i. Bağlantı Ölçütü.....	109
ii. Menfaat Ölçütü.....	110
iii. Karine Getirilmesi Önerisi.....	114
iv. Karine Yerine Yorum Kuralı Getirilmesi.....	121
c. Önerilen Ölçütlerin Değerlendirilmesi.....	124
2. Vasiyetnamenin Yorumu.....	128
3. Miras Sözleşmesinin Yorumu	131
a. Güven Teorisinin Uygulanması	131
b. Miras Sözleşmesinin Yorumu Bakımından İma Teorisinin	
(<i>Andeutungstheorie</i>) Değerlendirilmesi	133
c. Miras Sözleşmesinde Boşluk	136
d. <i>Favor Negotii</i> İlkesi	139
4. Miras Sözleşmesinin Tahvili.....	140
5. Miras Sözleşmesinin Uyarlanması (<i>clausula rebus sic stantibus,</i>	
<i>Vertragsanpassung</i>)	142
II. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICILIĞININ SONUÇLARI.....	145
A. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmanın Anlamı	148
1. Ölüme Bağlı Tasarrufların Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmaması..	148
2. Bağışlamaların Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmaması.....	151
B. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Ölüme Bağlı Tasarruflar.....	153
1. Sonradan Yapılan Bir Vasiyetnamenin Miras Sözleşmesi ile	
Bağdaşmaması	153
2. Sonradan Yapılan Bir Miras Sözleşmesinin Önceden Yapılan Miras	
Sözleşmesi ile Bağdaşmaması.....	154
C. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Sağlararası Tasarruflar.....	155

1. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Bağışlamalar.....	156
a. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü.....	157
b. Alman Hukukundaki Durum ve Alman Federal Mahkemesi'nin Görüşü.....	161
c. Doktrindeki Görüşler.....	168
(aa) Mirasçı Atanması Halinde.....	174
(bb) Belirli Mal Bırakılması Halinde.....	176
d. Miras Sözleşmesine Bağışlama Yasağı Konması.....	177
2. Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmayan Bağışlama Dışındaki Sağlararası Tasarruflar.....	179
a. Mirasçı Atanması Halinde.....	181
b. Belirli Mal Bırakılması Halinde.....	182
D. Miras Sözleşmesi Lehdarının İptal Hakkı.....	184
1. İptal Hakkının Doğması.....	186
2. İptal Hakkının Kullanılması (İptal Davası).....	187
a. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Ölüm Bağlı Tasarruflar.....	189
b. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Bağışlamalar.....	190
c. Geri Verme Borcu ve Davanın Hukuki Niteliği.....	191
III. DEĞERLENDİRME.....	192
IV. İSVİÇRE MİRAS HUKUKU HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN TASARIDA MİRAS SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİK.....	197
BÖLÜM III.....	202
MİRAS SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SONA ERMESİ.....	202
I. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ.....	202
A. Genel Olarak.....	202
B. Hükümsüzlüğün İleri Sürülme Anı Açısından Yapılan Ayrım.....	205
C. Hükümsüzlük Halleri.....	206
1. Kesin Hükümsüzlük Halleri.....	207
a. Genel Olarak.....	207
b. Miras Sözleşmesine Özgü Kesin Hükümsüzlük Halleri.....	208
(aa) Muvazaa.....	208
(bb) Zihni Kayıt.....	208
(cc) Latife Beyanı (Ciddi Olmayan Beyanlar).....	209
2. İptal Edilebilirlik.....	210
a. Ehliyetsizlik.....	210
(aa) Ölüm Bağlı Tasarrufta Bulunanın Ehliyetsizliği.....	210
(bb) Ölüm Bağlı Tasarrufta Bulunmayan Tarafın Ehliyetsizliği.....	211
b. Şekil Eksikliği.....	212
c. İrade Sakatlıkları.....	214
(aa) Yanılma (Hata) (TMK m. 504, 557/b. 2, İMK m. 469, m. 519/b. 2).....	216
i. Saik Yanılmasını Mirasbırakan İçin İptal Sebebi Olarak Kabul Eden Görüş.....	222
ii. Saik Yanılmasını Mirasbırakan İçin İptal Sebebi Olarak Kabul Etmeyen Görüş.....	223
(bb) Aldatma (Hile).....	225

(cc) Korkutma (İkrah)	226
(dd) Zorlama (Cebir)	227
d. Aşırı Yararlanma (Gabin).....	227
e. Hukuka veya Ahlaka Aykırılık	230
(aa) Genel Olarak.....	230
(bb) Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramları.....	232
(cc) Hukuka veya Ahlaka Aykırı Koşul ve Yüklemeler.....	236
f. İptalin İleri Sürülmesi.....	238
(aa) Mirasın Açılmasından Önce İptalin İleri Sürülmesi.....	239
(bb) Mirasın Açılmasından Sonra İptalin İleri Sürülmesi (İptal Davası).....	239
II. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	241
A. Miras Sözleşmesinin Kendiliğinden Sona Ermesi (Kanun Gereği)...	243
1. Miras Sözleşmesi Lehdarının Mirasbırakandan Önce Ölmesi.....	243
2. Evlenmenin Sona Ermesi.....	244
3. Mirastan Yoksunluk Sebeplerinden Birinin Varlığı Halinde	246
4. Bozucu Şartın Gerçekleşmesi ya da Geciktirici Şartın Gerçekleşmemesi.....	246
B. Miras Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması ile Sona Ermesi (Miras Sözleşmesine Son Verme Sözleşmesi) (İkale).....	247
(aa) Genel Olarak.....	247
(bb) Hukuki Niteliği	247
(cc) İçeriği.....	251
(dd) Şartları	253
i. Tarafların hayatta olması.....	253
ii. Ehliyet.....	254
iii. Şekil	255
(aaa) Yazılı Şekil Şartı.....	255
(bba) İmza	258
(ee) Sonuçları	261
i. Tam Son Verme Sözleşmesi.....	261
ii. Kısmi Son Verme Sözleşmesi	264
(ff) Son Verme Sözleşmesine Son Verme.....	266
C. Miras Sözleşmesini Taraflardan Birinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirmesi	272
1. Genel olarak.....	272
2. Kanundan Doğan Tek Taraflı Ortadan Kaldırma Hakkı.....	275
a. Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinden Birinin Varlığı Halinde Ortadan Kaldırma	275
(aa) Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Miras Sözleşmesine Uygulanması	278
(bb) Ehliyet ve Şekil	285
(cc) Ortadan Kaldırma Beyanının Karşı Tarafa Bildirilmesi...	288
(dd) Sonuçları	294
(ee) Mirasçılıktan Çıkarmanın Geri Alınması.....	296
(ff) Affın Mirasçılıktan Çıkarıma Etkisi	298
b. Sağlararası İvaz Borcunun Yerine Getirilmemesi Sebebiyle Dönme.....	300

(aa)	Borçlunun Temerrüdüne İlişkin Borçlar Kanunu Hükümleri	304
(bb)	Borçlunun Temerrüdüne İlişkin Borçlar Kanunu Hükümlerinin Miras Sözleşmesine Uygulanması	311
(cc)	Mirasbırakanın Miras Sözleşmesinden Dönme Hakkı.....	313
(dd)	Borcun Temerrüt Dışındaki İfa Edilmeme Halleri.....	317
(ee)	TMK m. 547 Hükümünün Uygulanma Şartları.....	322
(ff)	TMK m. 547 Hükümünün Karşı Taraf Bakımından Kıyasen Uygulanması	324
D.	Mirasbırakanın Dönme Hakkını Saklı Tutması	327
SONUÇ.....		331
KAYNAKÇA		335



KISALTMALAR

AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
AMK	: Alman Medeni Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Band
b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
f.	: folgende Seite
ff.	: folgende Seiten (fortfolgende)
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrgb.	: Herausgeber
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JdT	: Journal des Tribunaux
JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
N.	: Nummer
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
örn.	: örneğin
OR	: (Schweizerisches) Obligationenrecht
§	: Paragraph
§ §	: Paragraphen
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Vor.	: Vorbemerkungen
ZBGR	: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZK	: Zürcher Kommentar

GİRİŞ

Kişiler, malvarlıklarının ölümünden sonraki akıbetini irade özerkliği ve mülkiyet hakkının bir uzantısı olan ölüme bağlı tasarruf serbestisi sayesinde belirleyebilmektedir. Miras hukukunun amaçlarından biri, mirasbırakana ölüme bağlı tasarruf serbestisi tanıyarak ölümünden sonrası için malvarlığına dair tasarruflarda bulunmasını sağlamaktır. Ölüme bağlı tasarruf serbestisi büyük önem arz etmekte; ancak buna rağmen uygulamada bu serbestiden yararlanan kişi sayısı Türkiye’de sınırlı kalmaktadır. Genellikle, kişiler yasal mirasçılık hükümlerini bertaraf edecek ölüme bağlı tasarruflarda bulunmamakta ve tümüyle yasal mirasçılık hükümlerinin devreye girmesine imkan vermektedir. Miras hukukunda ölüme bağlı tasarruf serbestisi ilkesinin geçerli olmasına rağmen, Türkiye’de kişiler nadiren ölüme bağlı tasarrufta bulunmakta ve ölüme bağlı tasarruf yaptıklarında da daha ziyade miras sözleşmesi değil, vasiyetname yapmayı tercih etmektedir.¹ Çalışmamızın konusu olan miras sözleşmesi kurumunun uygulaması, vasiyetnameye kıyasla daha sınırlıdır. Oysa ölüme bağlı tasarruf serbestisinin kullanılması konusunda, miras sözleşmesi işlevselliği ile vasiyetnameye önemli bir alternatif oluşturmaktadır.

¹ Serozan, Türkiye’de ölüme bağlı tasarrufların nadiren yapılmasını, ölüm korkusuna bağlamaktadır. Yazara göre, ölüm sonrasındaki parasal ilişkileri ölüme bağlı tasarruf yoluyla hayattayken planlama girişimi bu güdüler nedeniyle ertelenmektedir. Oysa ölüme bağlı tasarrufta bulunmanın sağladığı birçok imkan vardır. Bu şekilde, ölüm sonrasında işlerin istence ve akılcılığı uygun olarak halledilmesi güvenceye alınmış olmaktadır. Kişi, sanki hala hayatta olacaktı gibi, son dileklerini ölüme bağlı tasarruf sayesinde, gerçekleştirebilir. Böylelikle, aile içinde ortaya çıkacak muhtemel miras kavgalarının da önüne geçmiş olmaktadır. Batı ülkelerinde, ölüme bağlı tasarrufa sıklıkla başvurulmaktadır ve bizde de ölüme bağlı tasarruf geleceğin hukuk gündemine tüm ağırlığıyla yerleşecektir (Serozan, R./ Engin, B. İ.: Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara 2018, s. 256).

Almanya ve İsviçre’de ise durum farklıdır.² Toplumun büyük bir çoğunluğu ölüme bağlı tasarruf serbestisine sahip olduğunun bilincinde olup, çeşitli ölüme bağlı tasarruflarda bulunarak ölümlerinden sonrası için malvarlığı planlaması yapmaktadır. Kaldı ki, ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakan yalnızca ölümünden sonrasını değil, örneğin yaşlılık zamanına ilişkin planlama yapma olanağına da sahip olmaktadır. İvazlı yapılan bir miras sözleşmesi, bu olanağı mirasbırakana sağlamaktadır. Mirasbırakan yaşlılığında kendisine bakılması karşılığında ölüme bağlı kazandırmalarda bulunabilmektedir. Bu bakımdan, ölüme bağlı tasarruf serbestisi kişiye sağlığında da yararlanacağı imkanlar sunabilmektedir. Almanya ve İsviçre’de, miras sözleşmesine kıyasla, vasiyetname daha yaygın olarak görülmektedir. Amacı ve özellikle sözleşme lehdarına sağladığı güvence bakımından değerlendirildiğinde, miras sözleşmesinin vasiyetnameden daha nadir yapılmasının nedeni anlaşılmaktadır. Zira, miras sözleşmesi yapan mirasbırakan bu sözleşmeyle kendisini bağlamaktadır. Buna karşılık, vasiyetname yapan mirasbırakan bundan istediğinde dönebilmekte ya da üzerinde değişiklik yapabilmektedir. Bu durumda, bağlayıcı olmayan vasiyetname yapmak varken, mirasbırakanın neden miras sözleşmesi yapma yoluna gideceği açıklanmaya muhtaçtır.

² Bağlayıcılığı sebebiyle, adeta üvey evlat muamelesi gören miras sözleşmesinin görülme sıklığı, Almanya ve İsviçre’de de, vasiyetnameye kıyasla daha azdır. Almanya’da toplumun ölüme bağlı tasarrufta bulunma sıklığına ilişkin 1970’li yıllardaki araştırmalarda, toplam nüfusun yaklaşık %30’unun ölüm sonrası terekelerine ilişkin planlamada bulunduğu ortaya çıkmıştır. Araştırma sonuçlarına ilişkin bilgi için bkz. Battes, R. “Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts- Ziele, Dogmatik und praktische Auswirkungen des § 2302 BGB-”, AcP 1978, s. 345; Hrubesch-Millauer, S.: Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Dike Verlag, Zürih 2008, s. 32, dn. 93. Öte yandan, günümüzün değişen ilişki ve aile dinamikleri bakımından, miras sözleşmesinin bağlayıcılığı sonucu sağladığı güvenceye olan ihtiyaç her geçen gün artmaktadır (Hrubesch-Millauer, s. 32). Alman hukukunda, miras sözleşmesinin işlevini sınırlı olmakla birlikte bir ölçüde yerine getiren ortak vasiyetname kurumunun kabul edildiği dikkate alındığında, herhangi bir istatistiğe ulaşılammış olmasına rağmen, Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmesine ilişkin ihtiyacın daha fazla olduğu sonucuna varmak mümkündür (Hrubesch-Millauer, s. 34).

Miras sözleşmesinin vasiyetnamenin yanısıra ikinci bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak öngörülmüş olmasının nedeni, esasen onun mirasbırakan tarafından tercih edilmemesinin de nedenidir. Miras sözleşmesi bağlayıcıdır ve bu özellik, hem miras sözleşmesinin vasiyetnameye alternatif bir kurum olarak hukuken tanınmış olmasının, hem de vasiyetnameye kıyasla miras sözleşmesinin daha az yapılmasının nedenidir. Günümüzde gerçek anlamda bir sözleşme olduğu kabul edilen miras sözleşmesi, bu niteliği sebebiyle istenildiğinde tek taraflı olarak sona erdirilememektedir. Bunun sonucu olarak, miras sözleşmesi yapmış olan mirasbırakan, miras sözleşmesinin kapsamına giren malvarlığı üzerinde sağlığında dahi her istediğini yapamamaktadır. Bu noktada kanun hükümlerinde ve mahkeme kararlarında ince bir denge tutturulmaya çalışılmış ve mirasbırakanın ölüme bağlı ve sağlararası tasarruf özgürlüğündeki menfaati ile miras sözleşmesinin bağlayıcılığındaki taraf menfaatleri arasında tercih yapılması gerekmiştir. Söz konusu farklı menfaatleri dengeleme gereği, miras sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarının belirlenmesinde temel yol gösterici olmaktadır. Miras sözleşmesinin hem bir sözleşme hem de bir ölüme bağlı tasarruf olması dolayısıyla taşıdığı çifte nitelik değerlendirilerek menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Miras sözleşmesi, bir yönüyle borçlar hukuku kurallarına, diğer yönüyle de miras hukuku kurallarına tabi olmakta ve bu farklı dinamiklere ve ilkelere sahip olan iki hukuk alanının arasında adeta ordan oraya sürüklenerek doğru noktada konumlandırılmaya çalışılmaktadır.

Doktrin ve yargı kararlarındaki tartışmalar, bu menfaat dengesini sağlama ve miras sözleşmesinin çifte niteliğini menfaat dengesine en uygun biçimde konumlandırma

noktasında yoğunlaşmaktadır. Bir görüş miras sözleşmesinin sözleşme niteliğini ön planda tutarken, diğer bir görüş ölüme bağlı tasarruf olma özelliğine ağırlık vermekte ve bu sebeple doktrinde miras sözleşmesinin hangi kurallara veya ilkelere tabi olması gerektiğine bir türlü karar verilememektedir. Miras sözleşmesinin bu çifte niteliği ve sağlamaya çalıştığı menfaat dengesi, bir hukukçu için değerli bir inceleme alanı oluşturmaktadır. Çok yönlü ve sistematik bir değerlendirme gerektiren çalışma konumuzun tespitinde miras sözleşmesinin bu kendine has özelliği etkili olmuştur. Aynı zamanda, miras sözleşmesinin ülkemizde yeteri kadar tanınmadığı da dikkate alınarak, miras sözleşmesinin sağladığı imkan çeşitliliğini aktarmak ve bu kurumun uygulamada hak ettiği karşılığı bulmasına bir nebze de olsa katkı sağlamak istenmiştir.

Türk-İsviçre hukukunda, miras sözleşmesi olumlu ve olumsuz olmak üzere geniş anlamıyla kabul edilmektedir. Mirastan feragat sözleşmesi, bir başka deyişle olumsuz miras sözleşmesi, miras sözleşmesinin bir türüdür. Bu noktada, çalışmamızın ana sorunsalını miras sözleşmesinin mirasbırakan üzerindeki bağlayıcılığı oluşturduğundan, mirastan feragat sözleşmesi tamamen dışlanmamakla birlikte, çalışmamızda asıl olarak olumlu miras sözleşmesine ilişkin tartışmalar ve görüşler aktarılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümü, diğer bölümlerin açıklanabilmesi bakımından temel oluşturmaktadır. İkinci bölüm ise, çalışmamızın yoğunlaştığı ana mesele olan miras sözleşmesinin bağlayıcılığı konusu üzerine yapılandırılmıştır. İlk olarak, miras sözleşmesinin yorumuna ilişkin genel açıklamaların yanısıra, miras sözleşmesinde

düzenlenen tek taraflı tasarruflarla sözleşmesel tasarrufların birbirinden ayırt edilmesi noktasında doktrin ve yargı kararlarındaki görüşler ve olası çözüm önerilerine yer verilmiştir. Miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen ölüme bağlı tasarruflardan hangilerinin bağlayıcı olduğu meselesi açıklığa kavuşturulduktan sonra bu bağlayıcılığın anlamı ve sonuçlarının mirasbırakanın tasarruf serbestisine etkisi açıklanmış ve bu konuda doktrin ve yargı kararlarındaki farklı görüşlere yer verilerek sebepleriyle hangi görüşe katıldığımız aktarılmıştır. Üçüncü ve son bölümde, genel olarak miras sözleşmesindeki hükümsüzlük hallerinin aktarılmasının yanı sıra, asıl olarak miras sözleşmesinin sona ermesi incelenmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu son bölüm kendi başına ayrıca bir çalışma konusu yapılabilecek genişliktedir. Sadece hükümsüzlük halleri konusunda yazılmış birçok monografi bulunmaktadır. Bu bakımdan, söz konusu bölümü, miras sözleşmesinin bağlayıcılığının sona ermesi hallerinin yansıtıldığı bir kısım olarak dikkate almak gerekmektedir. Bu bakımdan, hükümsüzlük kısmından ziyade, miras sözleşmesinin bağlayıcılığıyla yakın ilgisi sebebiyle, ağırlıklı olarak, miras sözleşmesinin sona ermesi halleri üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızda birebir örtüşmesi sebebiyle Türk-İsviçre hukukuna ağırlık verilmiş, bu sebeple İsviçre hukukundan birçok eser ve mahkeme kararı incelenmiş ve aktarılmıştır. TMK'nın ilgili hükümleri, Alman Medeni Kanunu'ndaki ilgili hükümlere, birçok noktada benzemesine rağmen, birebir aynı olmadığı için çalışmamızda Alman hukukuna ikincil olarak yer verilmiştir. Bu bakımdan, yeri geldikçe, Alman hukukunun Türk-İsviçre hukukundan ne yönde ayrıldığı belirtilmiş ve bazı hususlarda kanundaki düzenlemelerin daha açık ve tartışmaları bertaraf eder

nitelikte olması sebebiyle Alman hukukundaki düzenlemenin örnek alınması düşüncesi de değerlendirilmiştir. Sonuçta, miras sözleşmesi kurumu ve özellikle miras sözleşmesinin bağlayıcılığı, ele alınıştaki önem sırasına göre, Türk, İsviçre ve Alman hukukları bakımından incelenmiştir.



BÖLÜM 1

MİRAS SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE MİRAS SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

I. KAVRAM

A. Miras Sözleşmesinin Ölüme Bağlı Tasarruf Niteliği

Hukukî işlemler hüküm ve sonuçlarını doğurdıkları an bakımından sağlararası hukukî işlemler ve ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.³ Mirasbırakanın, terekesi üzerinde kendi iradesine uygun olarak belirlemeler yapabilmesi için ölüme bağlı tasarruf şeklinde nitelendirilen hukukî işlemle bu iradesini ortaya koyması gerekmektedir.⁴

³ Bu ayrımı yapmak bazı durumlarda zor olabilmektedir. Bkz. aşağıda Bölüm I, I, B. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Serozan, R.: Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979; Serozan, R.: “Sağlar Arası İşlem Eliyle Ölüme Bağlı Kazandırma: Karma İşleme Karma Rejim”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 1015; Hrubesch-Millauer, s. 14 ve naklen: Piotet, P.: “De la distinction entre actes entre vifs et actes à cause mort”, JdT I 1968, s. 354-363; Hausheer, H.: “Grenzfragen des Erbrechts und ihre Reflexwirkung auf das Grundbuch”, ZBGR 52/1971, s. 257-272; Piotet, P.: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1978, s. 83, 193; Tuor, P.: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, die Erben, Art 457-536 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie, 2. Auflage, Bern 1952, 14. Titel N. 3a; Escher, A.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III, Das Erbrecht, Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zürich 1959, 14. Titel, N. 6. Söz konusu ayrıma ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGE 84 II 250; BGE 93 II 226; BGE 99 II 268; BGE 113 II 273; BGer 5C.56/2005; Yargıtay HGK 24.02.1968 1532/105; Yargıtay 2. HD. 11.01.1973, 8073/92.

⁴ “Ölüme bağlı” ifadesi, latince “*mortis causa*”, Almanca “*von Todes wegen*” terimlerinin karşılığıdır. Ölüme bağlı tasarruf kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tuor, 14. Titel, N. 3; ZK-Escher, 14. Titel, N. 1; Piotet, s. 83; Hrubesch-Millauer, s. 11 vd.; Dural, M.: Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 8.

Ölüme bağlı tasarruflar, sağlararası tasarruflardan farklı olarak, hukukî etkilerini mirasbırakanın ölümünden sonra göstermektedir.⁵ Bir başka deyişle, ölüme bağlı tasarruf, bunu yapan mirasbırakanın malvarlığının değil, onun ölümüyle mirasçılara geçen terekesinin üzerinde etki doğurmaktadır.⁶ Öte yandan, ölüme bağlı tasarrufları, ölüm şartına veya vadesine bağlanmış olan bir sağlararası tasarruftan ayıran önemli bir nokta, ölüme bağlı tasarruflarda ölüm olayının hukukî işlemin hukuki sebebini (*causa*) oluşturmasıdır.⁷ Bazı miras sözleşmelerine ölüme bağlı kazandırmada bulunmaktan başka bir amaç da eklenebilmektedir. Örneğin, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde durum böyledir; ancak burada ölünceye kadar bakma edimi, çoğunluk görüşüne göre, sözleşmenin hukuki sebebi değil, yalnızca saikini oluşturmaktadır.⁸

⁵ İmre, Z./ Erman, H.: Miras Hukuku, Der Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 53; Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 29; Antalya, G.: Miras Hukuku, Legal Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 110; Dural, s. 8; Dural, M./ Öz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 11. Bası, İstanbul 2017, s. 50; Kocayusufpaşaoğlu, N.: Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1987, s. 126; Serozan/Engin, s. 255; Öztan, B.: Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2017, s. 165; Brox, H./ Walker, W. D.: Erbrecht, 25. Auflage, München 2012, s. 5; Lange, H./ Kuchinke, K.: Erbrecht, 5. Auflage, München 2001, s. 477.

⁶ Ölüme bağlı tasarruf ve sağlararası hukuki işlemler arasında yapılan ayırım bakımından “malvarlığı (*Vermögen*)” ve “tereki (*Nachlass*)” ayırımının önemi için bkz. Hausheer, s. 260 ve naklen Piotet (JdT), s. 354; Harder, M.: Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Berlin 1968, s. 19; BGE 93 II 223; BGE 99 II 272: “...es sei jeweils auf Grund einer Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles, vor allem unter Mitberücksichtigung des Willens der Vertragsschliessenden (Entstehungszweck) zu beurteilen, ob das Geschäft von den Vertragsschliessenden dazu bestimmt worden sei, das Vermögen des Verpflichteten oder erst dessen Nachlass zu belasten, bzw. in welchem Zeitpunkt nach dem Willen der Vertragsschliessenden seine Wirkungen eintreten sollten.”

⁷ Wolf, S. (Hrsg.) / Genna, G. S.: Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erster Teilband, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, s. 47; Kipp, T./Coing, H.: Erbrecht, ein Lehrbuch, Mohr Siebeck Verlag, 14. Auflage, Tübingen 1990, s. 235; Serozan/Engin, s. 274; Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 10; Dural, s. 10, dn. 26; Dural/ Öz, s. 51; Öztan, s. 165.

⁸ Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 11, Art. 514, N. 2; ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 1, 10, 15 ve naklen Gauhier, s. 109; Hohl, M.: Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen, Zürich 1974, s. 86; von Lübtow, U.: Erbrecht, 1. Halbband, Berlin 1971, s. 399; aksi yönde bkz. Grundler, J.: Willensmängel des Gegenkontrahenden beim entgeltlichen Erbvertrag, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 55, Bern 1998, s. 75 vd.; Vollmar, M.: Der entgeltliche Erbvertrag- Konstruktion und Rechtsfolge, Studien zur Rechtswissenschaft, Band 100, Hamburg 2002, s. 242 vd.; Hrubesch-Millauer, s. 83.

Ölüme bağlı tasarruflar, terimdeki “tasarruf” ifadesine rağmen, mevcut bir hakka doğrudan etki etmemekte, başka bir deyişle bir hakkı devreden, sona erdiren veya içeriğini değiştiren bir sonuç doğurmamaktadır. Bu bakımdan, burada kullanılan “tasarruf” ifadesi dar ve teknik anlamda tasarruf işlemi anlamına gelmemekte, geniş anlamda hukuki işlem kavramına işaret etmektedir.⁹ Aynı şekilde, ölüme bağlı tasarruflar borçlandırıcı işlem de değildir; çünkü ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakan bakımından bir borç doğurmamaktadır.¹⁰ Ölüme bağlı tasarruf terimi, Medeni Kanun içerisinde şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki farklı şekilde kullanılmaktadır.¹¹

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, ilgili ölüme bağlı tasarrufu kuran irade

⁹ Bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan etkileyen, onu başkasına geçiren, içeriğini sınırlandıran, değiştiren veya ortadan kaldıran işleme tasarruf işlemi denmektedir. Borçlandırıcı işlem ise, hukuki işlemi yapan kişinin malvarlığının pasif kısmını artıran işlemlerdir. Tasarruf işlemi genellikle borçlandırıcı işleminden doğan borcu yerine getiren işlemdir. Söz konusu ayrıma ilişkin detaylı bilgi için bkz. von Tuhr, A./Peter, H.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich 1979, s. 194; Bucher, E.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 42; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 173; Köhler, H.: BGB Allgemeiner Teil, C. H. Beck Verlag, 39. Auflage, München 2015, s. 40; Leenen, D.: BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, De Gruyter Verlag, 2. Auflage, Berlin 2015, s. 34; Schwenger, I.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Stämpfli Verlag, Bern 2012, s. 16. Ölüme bağlı tasarruf terimindeki “tasarruf” ifadesinin anlamı için bkz. Leipold, D.: Erbrecht, Mohr Siebeck Verlag, 20. Auflage, 2014, s. 195; Hrubesch-Millauer, s. 12; Dural, s. 8; Dural/Öz, s. 50; Kocayusufpaşaoğlu, s. 126; Serozan / Engin, s. 273; Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 14; Eren, F.: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, s. 3, dp. 2; İnan, A. N./Ertas, Ş./Albaş, H.: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Bilge Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 159; Ergüne, M. S.; Vasiyetnamenin Yorumu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 21; Öztan, s. 165; Brox/Walker, s. 54.

¹⁰ Ölüme bağlı tasarrufun borçlandırıcı işlem olmadığına ilişkin bkz. Leipold, s. 195; Lange/Kuchinke, s. 479; von Lübtow, s. 398; Ergüne, s. 22. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma borcu doğuran bir hukuki işlem, geçerli kabul edilmesi durumunda dahi, bir ölüme bağlı tasarruf değildir. Bu bakımdan, ölüme bağlı tasarrufun borçlandırıcı işlem olmaması ile ölüme bağlı tasarrufta bulunma borcu doğuran hukuki işlemin geçerliliği meselesi birbirinden farklı hususlardır. Alman hukukunda, açık olarak AMK § 2302 hükmüne göre, mirasbırakanı, ölüme bağlı tasarrufta bulunması veya böyle bir tasarrufu geri alması yükümlülüğü altına sokan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu hükmün amacı, somut olarak ölüme bağlı tasarruf iradesi oluşmadan önce mirasbırakanın karar verme özgürlüğünün sınırlandırılmasına engel olmaktır. Detaylı bilgi için bkz. Leipold, s. 195; Lange/Kuchinke, s. 479; von Lübtow, s. 398. Öte yandan, yeni bir görüş olarak, Alman doktrininde “*Testiervertrag*” olarak anılan mirasbırakanın vasiyetname yapma veya yapmış olduğu vasiyetnameyi geri almama taahhüdünün, AMK § 2302 hükmüne aykırı olmadığı ileri sürülmektedir. Bu yeni görüşün ortaya çıkmasında İngiliz hukuku (*contract to make a will*) etkili olmuştur. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Miserre, R.: Die culpa in testando, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2002, s. 291; Kaulbach, A.-M.C.: Gestaltungsfreiheit im Erbrecht, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2012; Battes, s. 337-380.

¹¹ Öztan, s. 174; İnan/Ertas/Albaş, s. 162; İmre/Erman, s. 55; Dural/Öz, s. 52.

beyan(lar)ının büründüğü şekli işaret eden bir kavramdır.¹² Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruflar ya tek taraflı ve varması gerekli olmayan bir irade beyanı şeklinde ortaya çıkmaktadır ki, buna vasiyetname denir; ya da bir sözleşme şeklinde gerçekleştirilir ki, bu takdirde de bir miras sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar sınırlı sayı ilkesine tabidir; bu sebeple vasiyetname ve miras sözleşmesi dışında herhangi bir şekilde ölüme bağlı tasarrufta bulunmak mümkün değildir.¹³ Alman hukukunda kabul edilmiş olan şeklî anlamda bir diğer ölüme bağlı tasarruf olan ortak vasiyetname (*gemeinschaftliches Testament*, AMK § 2265) Türk-İsviçre hukukunda kabul edilmemiştir.¹⁴

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf kavramı ise ölüme bağlı tasarrufun içeriğine işaret etmektedir.¹⁵ Bu bakımdan maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, hukukî niteliklerine bağlı olarak ya bir vasiyetname ya da bir miras sözleşmesi içeriği olarak ortaya konulmaktadır. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufları, miras hukukuna

¹² Öztan, s. 175; İnan/Ertay/Albaş, s. 162; İmre/Erman, s. 55; Dural/Öz, s. 52; Antalya, s. 117.

¹³ Öztan, s. 175; Antalya, s. 117; İmre/Erman, s. 55; Dural/Öz, s. 53; Serozan/Engin, s. 260; Hrubesch-Millauer, s. 13.

¹⁴ Ortak vasiyetnameler hakkında detaylı bilgi için bkz. Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 14, 14b; Escher, Ein. zur Verfügung von Todes wegen, N. 10; Speckert, T.: Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag, Juris-Verlag, Zürich 1951, s. 26; Serozan/Engin, s. 261; Dural, M.: İsviçre-Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler, MHAD, yeni seri, yıl 3 No. 4, İstanbul 1969, s. 165-173. Birlikte vasiyetnameler hariç, şekil şartlarına uygun olması şartıyla, diğer ortak vasiyetnamelerin geçerli sayılmasına ilişkin görüş için bkz. Dural (Ortak Vasiyetname), s. 170; Dural/Öz, s. 53 vd. Birbirine bağlı ve bağımlı sayılmayan ortak ölüme bağlı tasarrufların tahvil (çevirme) yoluyla hiç değilse şekil koşullarını yerine getiren eşlerden biri bakımından münferit ölüme bağlı tasarruf olarak ayakta tutulabilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Dural (Ortak Vasiyetname), s. 171; Dural/Öz, s. 55; Serozan/Engin, s. 261. Eklemek gerekir ki, Yargıtay'ın, mirasbırakanın son arzularını ayakta tutmak amacıyla, dava konusu ortak vasiyetnamenin, unsurları mevcut ise, miras sözleşmesi olarak ayakta tutulmasına ilişkin kararları mevcuttur: Yargıtay 2. HD. E. 1989/9067 K. 1990/2434 T. 02.03.1990, Yargıtay 3. HD. E. 2013/18224 K. 2014/2251 T. 17.02.2014.

¹⁵ Dural/Öz, s. 55; Öztan, s. 175.

ilişkin olan ve miras hukukuna ilişkin olmayan tasarruflar olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.¹⁶

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar bakımından da, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi, borçlar hukukunun aksine, tipe bağlılık söz konusudur.¹⁷

Miras hukukuna ilişkin olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar sınırlı sayı ilkesine tabidir.¹⁸ Bunları, koşul ve yüklemeler (TMK m. 515), mirasçı atama (TMK m. 516), belirli mal bırakma (TMK m. 517), yedek mirasçı atama (TMK m. 520), olumlu miras sözleşmesi (TMK m. 527), olumsuz miras sözleşmesi (mirastan feragat sözleşmesi, TMK m. 528), mirasçılıktan çıkarma (TMK m. 510), ölüme bağlı tasarruflardan dönme (TMK m. 542, 546/II), paylaşma ve denkleştirmeye ilişkin kurallar koyma (TMK m. 647, 669, 674), vasiyeti yerine getirme görevlisi atama (TMK m. 550), tenkiste sıranın belirlenmesi (TMK m. 563) şeklinde saymak mümkündür.

Miras hukukuna ilişkin olmayan tasarruflar, ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu şekil şartlarına uyularak yapılan kişiler hukuku, aile hukuku ve borçlar hukukuna ilişkin tasarruflardır. Vakıf kurma (TMK m. 101, 526), evlilik dışı doğan çocuğu

¹⁶ Tuor, Vor. 3. Abs., N. 5, s. 198; ZK-Escher, Ein. 3. Abs. N. 4, s. 243; Hrubesch-Millauer, s. 13; İnan/Ertaş/Albaş, s. 208.

¹⁷ Serozan, ölüme bağlı tasarrufların gerek biçimsel gerek maddesel anlamda sınırlılığı kısıkacına alınmış olduğunu belirtmektedir (Serozan/Engin, s. 260). Druey, J. N.: Grundriss des Erbrechts, Stämpfli Verlag, 5. Auflage, Bern 2002, s. 141; Hrubesch-Millauer, s. 13. Tip sınırlılığı, şekli olarak vasiyetname ve miras sözleşmesi içerisinde yapılacak olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların kanunda öngörülen içeriklere sahip olma zorunluluğunu ifade ederken, numerus clausus ilkesi bu tiplerin kanunda sayılan sayıda olmasını ifade etmektedir, bu iki ilkenin farkına ilişkin bilgi için bkz. Hrubesch-Millauer, s. 19: “*Unter Typenzwang ist die inhaltliche Ausgestaltungsmöglichkeit der Typen und unter numerus clausus die geschlossene Anzahl der Typen zu verstehen.*”

¹⁸ Tuor, Vor. 3. Abs. N. 6, s. 198; ZK-Escher, Ein. 3. Abs. N. 1, s. 242; İnan/ Ertaş/Albaş, s. 208; Dural/Öz, s. 56; aksi görüş için bkz. Kılıçoğlu, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 22. Bası, Ankara, 2018, s. 99.

tanıma (TMK m. 295/I), hayat sigortası lehdarının tayini (TMK m. 509) gibi kanunda açıkça belirtilen hukuki işlemler ya da kişinin ölümünden sonrası için birtakım isteklerini ifade etmesi gibi kanunda belirtilmeyen irade açıklamaları miras hukukuna ilişkin olmayan tasarruflara örnektir.¹⁹ Miras hukukuna ilişkin olmayan bu tasarruflar sınırlı sayı ilkesine tabi değildir.²⁰

Miras sözleşmesi, bu sistematik içerisinde, şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf türüdür ve maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ile içeriği belirlenmektedir. TMK m. 527 hükmünde düzenlenen olumlu miras sözleşmesi ise miras sözleşmesinin içeriğine ilişkin olduğundan maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur. Anılan hükümde, olumlu miras sözleşmesi, mirasçı atama veya belirli mal bırakma tasarrufları üzerinden tanımlanmış olsa da, Türk-İsviçre hukukunda olumlu miras sözleşmesinin içeriği bunlarla sınırlı değildir.

B. Maddi Anlamda Ölüme Bağlı Tasarruflarla Sağlararası

Tasarrufların Farkı

Miras sözleşmesinin, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamadan farkını açıklamak için öncelikle ölüme bağlı tasarrufları sağlararası işlemlerden ayıran unsurların üzerinde durmak gerekmektedir. Zira bu ayrım söz konusu hukukî

¹⁹ Mirasbırakanın ölümünden sonrası için birtakım isteklerde bulunması, herhangi bir bağlayıcılık taşımamaktadır. Örneğin, bir kimsenin nereye gömülmek istediğini belirlemesi ya da cenaze töreniyle ilgili bazı dileklerini bir ölüme bağlı tasarruf içerisinde belirtmesi mümkündür; ancak bunlar ölüme bağlı tasarruf niteliği taşımamakta ve hukuki olarak herhangi bir bağlayıcılık taşımayan irade açıklamalarından ibaret kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Hrubesch-Millauer, s. 20: “*Nicht vergessen werden darf des weiteren, dass nicht nur rechtlich unverbindliche Erklärungen in Form von Wünschen und Ermahnungen möglich sind, sondern auch sog. formelle Verfügungen von Todes wegen, die nicht erbrechtlicher Natur sind.*”

²⁰ Öztan, s. 177; Hrubesch-Millauer, s. 13; Druey, s. 142.

işlemin hangi kurallara tabi olduğunu belirlemekte ve hüküm doğurma anı, ehliyet, şekil, yorum ve hükümsüzlük bakımından iki işlem türü arasında önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır.²¹ Belirtmek gerekir ki, hüküm ve sonuçlarını, ilk olarak taraflardan birinin ölümü halinde ortaya çıkaran sağlararası tasarruflar da bulunduğundan, bu tür sağlararası işlemler ile ölüme bağlı tasarrufları birbirinden ayırt etmek önem taşımaktadır. Öncelikle, ölüm olayı, ölüme bağlı tasarruflar bakımından hukuki işlemin meydana gelmesi için zorunlu bir unsur teşkil ettiği için sonuçlarını yükümlülük altına giren kişinin ölümünden sonra doğuran sağlararası hukuki işlemlerden ayrılmaktadır.²² Bu tür sağlararası hukuki işlemlerde, ölüm olayı, hukuki işlem için vade veya şarttan ibarettir.

Bir hukuki işlemin, bu işlemle yükümlülük altına girenin sağlığında hüküm ve sonuç doğurması durumunda, bir ölüme bağlı tasarrufun varlığından söz etmek mümkün değildir. Ancak sonuçlarını yükümlülük altına giren kişinin ölümden sonra doğuran bir hukuki işlemin sağlararası bir hukuki işlem olması ihtimali vardır. İsviçre Federal Mahkemesi, böyle bir durumda, tarafların hukuki işlemi yapmaktaki amacına ve işlemin hukuki sonuçlarını doğurduğu ana göre bir belirleme yapılması gerektiğini belirtmektedir.²³ Yargıtay ise, ölüme bağlı tasarruf ile sağlararası işlemleri ayırt etme meselesi bakımından ilkesel bir çözüm getirmemekle birlikte, 2004 tarihli bir

²¹ Bu farklılıklar ilgili başlıklar altında vurgulanmıştır, o yüzden burada yalnızca saymakla yetiniyoruz. Detaylı bilgi için bkz. Weimar, P.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, Art. 457-516 ZGB, Stämpfli Verlag, 1. Auflage, Bern 2009, 14. Titel Einleitung, N. 96; Druey, s. 101; Köhler, s. 39; Eren, s. 169; Kılıçoğlu, s. 100; İnan/Ertaş/Albaş, s. 159.

²² Dural, s. 10, dn. 26; Serozan/Engin, s. 274; Dural/Öz, s. 51; İnan/Ertaş/Albaş, s. 159.

²³ BGE 93 II 226: *“In erster Linie stellt sich die Frage, ob das streitige Geschäft als Rechtsgeschäft unter Lebenden oder als Verfügung von Todes wegen zu gelten hat. Zur Abgrenzung dieser beiden Arten von Rechtsgeschäften ist auf den Zeitpunkt abzustellen, auf den das Geschäft seinem typischen Entstehungszwecke und seiner juristischen Natur nach seine Wirkungen zu äussern bestimmt ist. Massgebend ist, ob diese Wirkungen beim Tode oder zu Lebzeiten des oder der Handelnden eintreten sollen.”* Federal Mahkemenin aynı görüşe dayandığı sonraki bir karar için bkz. BGE 99 II 271.

kararında, bir hukuki işlemin sağlararası mı, ölüme bağlı mı olduğu konusunda tereddüte düşülmesi halinde, ölüme bağlı tasarruflarda geçerli olan sıkı şekil şartları sebebiyle geçersiz bir ölüme bağlı tasarruf yerine, *favor negotii* ilkesi gereğince, geçerli bir sağlararası işlemin varlığının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda açıkça bir kriter olarak sayılmamakla birlikte “kazandırmanın terekeden yapılıp yapılmadığı” hususuna da değinilmiş bulunmaktadır.²⁴

Mirasbırakanın ivazlı bir miras sözleşmesiyle belirli mal bırakma tasarrufunda bulunduğu hallerde, bu ayrımı yapmak daha da zordur. Burada sözleşmeyle yüklenenin malvarlığı mı, yoksa tereke mi olduğu hususu incelenmelidir. Buna göre, eğer tereke üzerinde tasarruf edilmek isteniyorsa, ölüme bağlı tasarruf söz konusu iken, malvarlığı üzerinde tasarruf edilmek istenmekle birlikte, ifa aşaması ölümden sonraya bırakılıyorsa sağlararası tasarrufun varlığı kabul edilmelidir.²⁵ Alman hukukunda da, sözleşme taraflarının sağlıkta hak ve yükümlülük doğurmak isteyip istememelerine ya da mirasbırakanın sözleşmeyle sağlığında bağlanmayı isteyip istememesine bakılmaktadır.²⁶ Bu bakımdan, belirleyici olan taraf iradeleridir.²⁷

Hukukî işlemin bağlayıcılığının başladığı anın önemi, sözleşmenin karşı tarafının mirasbırakandan sağlığında bir talepte bulunup bulunamayacağı hususunda kendini göstermektedir. Bu konuda taraf iradelerini araştırırken, sözleşme dışı verilerden de

²⁴ Yargıtay 3. HD., E. 2004/12296, K. 2004/13423, T. 06.12.2004.

²⁵ Moser, W.: Über die Abgrenzung der Rechtsgeschäfte von Todes wegen von den Rechtsgeschäften unter Lebenden, Diss. Bern 1926, s. 3; Hausheer, s. 260 ve naklen Piotet (JdT), s. 354; Harder, s. 19; Itschner, A. J.: Die Bindungen des Erblassers an den Erbvertrag, Basel 1974, s. 84; Druey, s. 103; BGE 93 II 223; BGE 99 II 268.

²⁶ von Lübtow, s. 1223; Lange/Kuchinke, s. 11.

²⁷ Harder, s. 48.

yararlanmak gerekir. Taraf iradelerinin kesin olarak belirlenemediği durumlarda fiili karinelerden faydalanılması ve ivazlı ve ivazsız hukukî işlemleri ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.²⁸

Piotet'ye göre, sağlararası bir hukukî işlemin varlığı lehine değerlendirilebilecek bazı fiili karineler şöyledir.²⁹ **(1)** sağlararası bir edim söz konusu olması. **(2)** şekil zorunluluğu olmadan işlemin gerçekleştirilebilmesi **(3)** mirasa ilişkin terimlerden yoksun olması **(4)** hem sağlararası hem de ölüme bağlı tasarruf ile yapılması mümkün olan bir hukukî işlem ise, ölüme bağlı tasarruf olarak şekil eksikliğine takılıp geçersiz olacağına, işlem lehine yorum (*favor negotii*) ilkesi gereği geçerli bir sağlararası hukukî işlem olarak kabul edilmesi **(5)** sözleşmenin karşı tarafının ölümü halinde bu tarafın mirasçılarının ifanın muhatabı olması **(6)** Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan sözleşmelere ilişkin bir edim olması. Öte yandan, ivazsız bir sözleşme söz konusuysa, burada yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bir bağışlama (TBK m. 290/II, İBK m. 245/2) olduğundan ölüme bağlı tasarruf hükümleri uygulanacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ölüme bağlı tasarrufların sağlararası hukukî işlemlerden ayırt edilmesi noktasında, soyut şematik ölçütlerden değil, her bir somut olayın hal ve şartlarından yola çıkılması gerekmektedir. Getirilmiş olan bu ölçütler, her zaman için tarafların iradeleri ışığında değerlendirilmelidir.³⁰

²⁸ Itschner, s. 86'dan naklen: *Piotet* (JdT), s. 357.

²⁹ Itschner, s. 86'dan ve Hrubesch-Millauer, s. 15'ten naklen: *Piotet* (JdT), s. 257.

³⁰ BGE 99 II 272: "Die Abgrenzung des Rechtsgeschäftes unter Lebenden von den Verfügungen von Todes wegen ist somit auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht schematisch auf Grund eines abstrakten Kriteriums, sondern einer Würdigung aller Umstände des konkreten Falles vorzunehmen."

C. Miras Hukukuna İlişkin Anayasal Güvence

Ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi sayesinde, gerçek kişiler hayatları boyunca elde ettikleri malvarlığı değerlerinin ölümlerinden sonra kendi isteklerine uygun şekilde istedikleri yakınlarına geçişini düzenleme imkanına kavuşur.³¹ Mirasbırakana tanınan bu serbesti, irade özerkliğinin (*Privatautonomie*) ve hem anayasal olarak hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında güvence altına alınan bir temel hak ve özgürlük olarak geniş anlamda kabul edilen özel mülkiyetin (*Privateigentum*) tanıdığı yetkinin bir görünümüdür.³² Aynı şekilde, mirasçı bakımından da miras hakkı anayasal ve AİHS anlamında geniş anlamda mülkiyet hakkı olarak korunmaktadır.³³

³¹ Kipp/Coing, s. 109; Leipold, s. 25.

³² İmre/Erman, s. 60; Kocayusufoğlu, s. 9; Öztan, s. 4; Dural/Öz, s. 2; Serozan/Engin, s. 37, 256. Kipp/Coing, s. 109. Brox/Walker, s. 11; Leipold, s. 25. Miras hakkının anayasal yönü, tespit edilebildiği kadarıyla, doktrinde özel olarak fazla işlenmiş bir konu değildir. Anayasal güvenceye bağlanmış olan miras bırakma hakkı ve bu kapsama giren ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğü üzerine detaylı bir inceleme için bkz. Kaneti, S.: “Türk Miras Hukukunun Anayasal Temelleri”, *İÜHF*M, Cilt: LIV, Sayı: 1-4, 1994, s. 237- 244, s. 244. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM), mirasbırakan bakımından miras hakkının, geniş anlamda mülkiyet hakkını güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek Protokol No. 1 m. 1 çerçevesinde koruyup korunmayacağına ilişkin yaptığı değerlendirme için örnek olarak bkz. *Marckx v. Belgium (Judgment of 13 July 1979, Series A 31)*. Ekleme gerekir ki, miras bırakma hakkı, ailenin korunması kapsamında, özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen AİHS m. 8 kapsamında da korunmaktadır; ancak bu koruma yalnızca mirasbırakanın aile fertleri lehine miras bırakması hali ile sınırlı olarak söz konusu olabilir (Gemalmaz, H. B.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2008, s. 395).

³³ AİHM’in, mirasçı bakımından, miras hakkını, geniş anlamda mülkiyet hakkı kapsamında kabul ettiği kararlar bulunmaktadır. Örneğin, *Inze v. Austria (App. No. 8695779, Case No. 15/1986/113/161, Judgment of 28 October 1987)* kararında, Mahkeme, evlilik dışı çocuğun evlilik içinde doğan kardeşine göre miras hakkı bakımından dezavantajlı bir durumda olmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 14 hükmünde düzenlenen ayrımcılık yasağına ve Ek Protokol No. 1 m. 1 hükmü ile düzenlenen mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda miras açılmış bulunmaktadır. Aynı yönde başka örnek kararlar için bkz. *Apostolidi and others v. Turkey (App. No. 45628/99, Judgment of 27 March 2007)* ve *Nacaryan and Deryan v. Turkey (App. No. 19558/02 and 27904/02, Judgment of 8 January 2008)*. Mahkeme, miras hakkının, mirasın açılmasından önce, AİHS Ek Protokol 1 m. 1 hükmüyle korunan mülkiyet hakkı çerçevesinde korunamayacağı görüşündedir. Buna ilişkin örnek AİHM kararı için bkz. *Marckx v. Belgium (Judgment of 13 July 1979, Series A 31)*. Mahkemenin mirasın açılmasından önceki ve sonraki hukuki durum bakımından yaptığı bu ayrım ile çelişen bir kararı için bkz. *Tamar v. Turkey (App. No. 15614/02, Partial Admissibility Decision of 13 May 2004)*. Miras hakkının ne ölçüde mülkiyet hakkını koruyan AİHS Ek Protokol 1 m. 1 hükmü kapsamında kabul edildiğine ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Gemalmaz, s. 387.

Özel mülkiyet kişinin yaşam süresi ile sınırlı olsa idi, sosyal işlevini yeterince gerçekleştiremezdi. Özel mülkiyetin kişilere devlet karşısında tanıdığı güç, kişinin ölümünden sonra ailesine miras bırakılamasaydı, gerçek anlamda sağlanmış olmazdı.³⁴ Özel mülkiyeti kabul eden bir sistemde, mülkiyet hakkı ile miras hakkının birbirinden ayrılması mümkün değildir.³⁵ Bu bakımdan, kişinin özel mülkiyet ve bunun içerisine dahil olan miras hakkı, temel hak ve hürriyetler arasında düzenlenerek devletlerin anayasal güvencesi altındadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 35 hükmü ile getirilen bu anayasal güvence İsviçre Anayasası m. 26 ve Alman Anayasası m. 14 hükümlerinde ifade edilmektedir. Bu korumanın iki anlamı vardır; ilk olarak bir temel kişilik hakkı olarak, mirasbırakan açısından kişinin mirasının kendisinden sonrakilere geçmesi ve ölüme bağlı tasarrufta bulunması, mirasçı açısından ise yasal ya da iradi mirasçı olarak mirasa çağırılma hakkını ifade ederken; diğer yandan ise bir kurum olarak miras hukuku korunmaktadır.³⁶ Bu bakımdan, bir yanda kişinin ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğü korunurken, diğer yanda ölen kişinin malvarlığının ailesi veya ölüme bağlı tasarrufta bulunarak tespit ettiği kişilere kalması anayasal güvence altına alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 35 herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğunu düzenledikten sonra, ikinci fıkrada bu hakların ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğini ifade etmektedir.

³⁴ Kipp/Coing, s. 2.

³⁵ Kaneti, s. 237; Dural/Öz, s. 2; Öztan, s. 4; *Serozan*, ekonomik düzenin oyun kuralları gereği, ölenin malları ve borçlarının sahipsiz kalamayacağını, ekonomik düzenin çarklarının dönebilmesi için mutlaka ölenin mallarına sahip çıkan ve borçlarını ödeyen birileri olması gerektiğini belirtmektedir. Bu bakımdan, yazar, mülkiyet, miras ve sözleşme kavramlarının karşılıklı etkileşim içinde bir diyalektik birlik oluşturduğunu ifade etmektedir (Serozan/Engin, s. 37).

³⁶ Anayasa Mahkemesi E. 1984/4 K. 1984/9 sayılı, 20.9.1984 tarihli kararı ile, anayasal güvence altına alınmış bulunan miras hakkının, “miras bırakmak ve mirastan yararlanmak haklarını kapsadığı gibi, belli ölçüde mirasçı atamak ve mallarını vasiyet etmek hakkını da kapsadığına” işaret etmiştir. Kaneti, s. 237; Kipp/Coing, s. 2; Brox/Walker, s. 15; Leipold, s. 26; Antalya, s. 17.

Miras hukukunun toplumlar üzerindeki sosyal etkisi, geçmişten günümüze önemini sürdürmektedir. Özel mülkiyet, miras hakkının verdiği yetkiyle birlikte, kişilerin devlet karşısında güçlenmelerine ve bu gücü gelecekteki aile bireylerine aktararak güçlü aileler oluşturmalarına katkı sağlamıştır. Bu durum toplumların inşası üzerinde farklı yönlerden etkilerde bulunmuştur. Ortaçağ feodal düzeninin oluşmasında ve Avrupa'daki soylu ailelerin güçlenmesinde miras hukuku önemli bir katkı sağlamıştır. Topumlardaki bu aristokratik yapılanmaya karşı başlatılan kavga bir anlamda miras hukuku sayesinde oluşturulan düzene karşıdır.³⁷ Bu dönemde *Rousseau*, miras hukukunu kişiler arası eşitsizlik yaratan bir faktör olarak değerlendirmiştir.³⁸ Aydınlanma çağı ile miras hukukunun toplumları bu şekilde şekillendirmeye elverişli durumu değiştirilmek istenmiş, buna yönelik miras hukuku sınırlandırmaları getirilmiş ve endüstrinin de gelişmesiyle oluşan yeni toplum yapısı karşısında miras hukukunun etkisi günümüze kadar azalan bir grafik çizmiştir.³⁹ Bu dönemden anlaşıldığı üzere, miras hukukunun toplumsal yapı üzerindeki etkileri belirleyici olabilmekte ve bu sebeple de devletlerin tercih ettikleri miras hukuku sistemi, oluşturulmak istenen toplum yapısına önemli etkilerde bulunabilmektedir. Aynı şekilde, toplumsal yapı, kabul edilen miras hukuku sistemi bakımından belirleyici olmuştur. *Serozan*, köleci ve feodal toplumun ataerkil miras hukukuyla, kapitalist toplumun eşitlikçi miras hukuku ve sosyalist toplumun üretim araçları üzerinde ne özel mülkiyet ne de miras hakkı tanıyan miras hukuku arasındaki derin uçurumun miras hukukunun tarihselliğini ortaya koyduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan, her dönem, miras hukuku sorunlarına ilişkin getirilen çözümler, evlilik,

³⁷ Kipp/Coing, s. 3.

³⁸ Rousseau, J.J.: İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Say Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 138.

³⁹ Kipp/Coing, s. 4; Druey, s. 25.

aile, mülkiyet ve irade özerkliği konusundaki ekonomik, sosyal ve politik yaklaşıma göre belirlenmektedir.⁴⁰ Eklemek gerekir ki, miras hukuku, ekonomide tekelleşme ya da tam tersine işletmelerin parçalanarak dağılmasına ve bu sebeple ülke ekonomisinin olumsuz etkilenmesine de sebep olabilmektedir.⁴¹

Devletlerin, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü ve yasal mirasçılık kurumları arasında kurdukları denge bakımından, miras hukukuna yaklaşımları birbirinden farklı olmuştur.⁴² Modern hukuk sistemlerinde, birbirine zıt iki uç sistem, mirasbırakana hiçbir serbestlik tanımayan ve yalnızca yasal mirasçılığı kabul eden sistem ile mirasbırakana tam bir tasarruf serbestisi tanıyan sistem uzlaştırılmaya çalışılmaktadır.⁴³ Türk-İsviçre ve Alman hukukları bakımından miras hukukuna yaklaşımın bu şekilde karma bir nitelik taşıdığını ifade etmek mümkündür. Miras hukuku sistemimizde, mirasbırakanın tasarruf serbestisi kabul edilmişken, bunun karşısında yasal mirasçılık düzeni kurulmuş ve hatta bazı yasal mirasçılar için saklı pay kurumu kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, mirasbırakana ölüme bağlı tasarruf serbestisi tanınmış; ancak buna bazı sınırlamalar getirilmiştir. Ayrıca, mirasçısı olmaksızın ölen kişinin mirasının devlete geçeceği düzenlenmiştir.

⁴⁰ Serozan/Engin, s. 39 vd. Miras hukukunun tarihi gelişimi için bkz. Antalya, s. 15. Miras hukukunun, toplumsal değişikliklerden etkilenmesi hakkında bkz. Serozan, R.: “Miras Hukukunda İradî Mirasçılarının Konumunu Güçlendiren Yeni Gelişmeler”, Aydın Aybay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 283 vd; Serozan, R.: “Wohin steuert das Erbrecht?”, Successio, 2014/1, s. 4 vd.

⁴¹ Druey, s. 30.

⁴² Aileyi koruyan görüş, mirasbırakanı koruyan (ferdiyetçi) görüş ve toplumu koruyan (sosyalist) görüş olmak üzere miras hukukuna farklı yaklaşımlar sergilenmiştir. Bu farklı yaklaşımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 15; İmre/Erman, s. 230; Dural/Öz, s. 18; İnan/ Ertaş/ Albaş, s. 49.

⁴³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 22; İmre/Erman, s. 231; İnan/ Ertaş/ Albaş, s. 51;

D. Ölüme Bağlı Tasarruf Serbestisinin Anlamı

Anayasal güvence altında olan ölüme bağlı tasarruf serbestisi, miras hukukundaki irade özerkliğine (*erbrechtliche Privatautonomie*) ve sınırlarına işaret etmektedir. Bu serbesti, ölüme bağlı tasarruf yapma ve yapmama, içeriğini ve lehdarını belirleme ve vasiyetname bakımından vasiyetnameyi geri alma özgürlüğünü ifade etmektedir.⁴⁴

Ölüme bağlı tasarrufla mirasbırakanın amaçladığı, ölümünden sonra bırakacağı terekesi üzerinde kazandırmada bulunarak yasal mirasçılık kurallarını kendi iradesi yönünde devre dışı bırakmaktır.⁴⁵ Miras hukuku alanında yaşanan son değişiklikler sonucu, kanunkoyucunun iradi mirasçılığa verdiği önemin arttığı anlaşılmaktadır.⁴⁶ Zaman içerisinde saklı pay oranları indirilmiş, kardeşler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmış ve böylelikle mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü genişletilmiştir.⁴⁷ Ayrıca, mirasbırakanın saklı payı ihlal eden bir tasarrufta bulunması halinde, bu tasarruf kendiliğinden hükümsüz olmamakta, yalnızca saklı payı ihlal edilen mirasçı isterse tenkis edilmektedir.

Ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisinin sağladığı yetki bazı tehlikeleri de beraberinde getirmekte ve bu sebeple özel bazı mekanizmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunmakla, mirasbırakan sağlığında hüküm doğuran bir işlem yapmadığı için, bu durumun verdiği rahatlıkla ve çevresinden

⁴⁴ Serozan/Engin, s. 257; Brox/Walker, s. 12.

⁴⁵ Ergüne, M. S.: Vasiyetnamenin Yorumu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 15.

⁴⁶ Serozan/Engin, s. 42 vd.; Dural/Öz, s. 7.

⁴⁷ İradi mirasçılığa verilen önemin artması eğilimi, İsviçre Medeni Kanunu'nun miras hukuku hükümlerine ilişkin hazırlanan tasarı metninde de görülmektedir. Tasarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. Bölüm II, IV.

gördüğü muhtemel baskıların da etkisiyle dikkatli bir değerlendirme yapmadan ölüme bağlı tasarruf serbestisini kullanmaktadır. Bunun doğuracağı istenmeyen sonuçları bertaraf etmek için ölüme bağlı tasarruflar sıkı şekil koşullarına tabi tutulmuştur. Keza, mutlak temsil yasağı getirilmiş ve mirasçılarının haklarını koruma işlevi gören saklı pay kurumu öngörülmüştür.⁴⁸

Ölüme bağlı tasarruf serbestisi, tip sınırlılığı ve *numerus clausus* ilkelerinin yanısıra, başka bazı hukuk kurallarıyla da sınırlanmıştır. Bunların başında, yapılan ölüme bağlı tasarrufun hukuka veya ahlaka aykırı olmaması gelmektedir.⁴⁹ Borçlar hukukunda, hukuka veya ahlaka aykırılık bir kesin hükümsüzlük sebebi iken, miras hukukunun kendine özgü niteliği gereği ölüme bağlı tasarrufun hukuka veya ahlaka aykırı olması bir iptal sebebi olarak ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, ölüme bağlı tasarruf serbestisi saklı pay kuralları ile de sınırlanmaktadır.⁵⁰ Diğer bir sınırlayıcı kural ise, çalışmamızın konusu olan miras sözleşmesinin bağlayıcılığıdır.⁵¹ Miras sözleşmesi lehdarı bakımından, tıpkı saklı paylı mirasçılar gibi “sözleşmesel saklı pay” öngörülmüştür.⁵² Miras sözleşmesi lehdarının durumu ile saklı pay sahibi mirasçılar arasında devamlı surette bir paralellik söz konusudur.

İradi mirasçılarının durumlarını güçlendirme eğilimi sonucu doktrinde yeni görüşler ortaya konmaktadır. Bu bakımdan, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf vaadinde

⁴⁸ Ergüne, s. 23. Kipp/Coing, s. 111.

⁴⁹ Ölüme bağlı tasarruf serbestisine ilişkin sınırlamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Arbek, Ö.: Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2013; Hrubesch-Millauer, s. 18 vd; Serozan/Engin, s. 257; İmre/Erman, s. 60. Kipp/Coing, s. 111.

⁵⁰ İmre/Erman, s. 60, 231; Kipp/Coing, s. 111.

⁵¹ Kipp/Coing, s. 233. Brox/Walker, s. 87.

⁵² Serozan/Engin, s. 259, 351, 356; Dural/Öz, s.131; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 9.

bulunarak kişilerden önemli menfaatler sağlaması ve sonra da ölüme bağlı tasarruf serbestisine dayanarak bu vaatlerini yerine getirmemesi bir güven ihlali olarak kabul edilmekte ve *culpa in contrahendo* kavramından türetilmiş olan *culpa in testando* kökenli bir tazminat alacağına dayanak oluşturmaktadır. Burada ölüme bağlı kazandırmada bulunulacağına ilişkin yaratılan güvenin boşa çıkması sonucu bir güven sorumluluğu söz konusu olmaktadır.⁵³ Mirasbırakan tarafından gerçekleştirileceğine ilişkin muhatapta güven oluşturulduktan sonra yapmaktan kaçınılan ölüme bağlı tasarruf bir vasiyetname değil de bir miras sözleşmesi ise burada *culpa in testando* sorumluluğuna başvurmaya gerek kalmamakta ve mirasbırakanın sözleşmenin kurulması aşamasındaki kusurlu davranışı sebebiyle *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olmaktadır.⁵⁴ TMK m. 546/II hükmüne uygun olarak, mirasbırakanın, miras sözleşmesini tek taraflı sona erdirmesine rağmen, bunu karşı tarafa bildirmemesi durumunda doğacak sorumlulukla ilgili olarak ileride yaptığımız değerlendirmeye burada atıfta bulunmakla yetiniyoruz.⁵⁵

⁵³ *Culpa in testando* sorumluluğu vasiyetnamenin geri alınması yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda da söz konusu olabilmektedir. Burada sorumluluğa yol açan vasiyetnamenin geri alınması değil, söz verilen tasarrufun geri alındığının muhataba bildirilmeyerek aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesidir. Bu sorumluluk ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisine aykırı düşmemekte ve bu serbestinin kötüye kullanıldığı hallerde devreye girmektedir. *Culpa in testando* kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Zankl, W.: "Culpa in testando bei Widerruf Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen", NZ 1995, s. 265; Misserre, R.: Die culpa in testando, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2002; Hirschlechner, A.; "Culpa in testando-Vertrauenshaftung des Erblassers", AJP 2017, s. 1174-1188; Atlan, H.: "Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 23, 2017, s. 267-294; İnce, N.: "Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa In Testando)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 2018, s.153-184; Serozan/Engin, s. 257, 258, 285, 337.

⁵⁴ Atlan, s. 283.

⁵⁵ Bkz. aşı. Bölüm III, II, C, 2, (cc).

E. Miras Sözleşmesinin Tarihsel Gelişimi

Miras sözleşmesi, geçmişten günümüze hukuk sistemlerinde şüphe ile yaklaşılan bir hukukî kurum olmuştur.⁵⁶ Miras sözleşmesinin ayırt edici özelliği olan bağlayıcılık Roma hukukuna yabancı bir kavramdır. Roma hukukunda mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufu ölümüne kadar her zaman geri alma olanağı esastı; bu sebeple de ölüme bağlı tasarrufun hukuken bağlayıcı olması kabul edilmemekteydi.⁵⁷ Bunun temelinde birden çok sebep yatmaktadır. Öncelikle, henüz mevcut olmayan bir hak olan miras hakkı üzerinde tasarruf edilmesi ve bu şekilde mirasbırakanın kendisini bağlayan bir sözleşme ile ölüme bağlı tasarruf serbestisini (*Testierfreiheit*) sınırlandırması ahlakî bulunmamıştır. Miras sözleşmesinin mirasbırakanı geleceğe yönelik olarak bağlaması nedeniyle, Roma hukukunda, bu sözleşme, kişilik hakkına ve ahlaka aykırılık gerekçesiyle kesin hükümsüz addedilmiştir.⁵⁸

⁵⁶ Huber, E.: System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. IV, Basel 1893, s. 662; Gross, W.: Die Erbverträge im schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1916, s. 1; Hagemann, M.: Die lebzeitige Ausrichtung eines Erbvertrages nach ZGB Art. 534, Diss. Basel 1942; Piconi, V.: “Der Erbvertrag in Theorie und Praxis”, ZBGR, 48, 1967, s. 257; Hrubesch-Millauer, s. 26; İmre/Erman, s. 182; Antalya, G.: Mirastan Feragat Sözleşmesi, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999, s. 17; Dural, s. 18; Christiansen, T.: Die erbvertragliche Bindungswirkung in der Rechtsprechung des 20. Jahrhunderts, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2004, s. 33 vd. Miras sözleşmesinin 17. yüzyıldan günümüze kadar bir hukuki işlem olarak gelişimini inceleyen detaylı bir eser için bkz. Ulrich, J.: Der Erbvertrag als Problem von Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2017. Yazar, miras sözleşmesine ilişkin doktrini 1800’lerin başından itibaren değerlendirmiştir. Bu bakımdan, miras sözleşmesi doktrininde ilk önemli fikirleri ortaya koyan *Johann Christian Hasse* (1828), *Georg Beseler* (1835), *Friedrich Carl von Savigny* (1840) ve *Gustav Hartmann* (1860)’a ait eserlerin orjinallerini incelemiş ve miras sözleşmesinin bir kurum olarak ortaya çıkış sürecine ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur. Çalışmamızın kapsamını aşan tarihsel bir inceleme olduğu için yalnızca atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁵⁷ Huber, s. 662; Gross, s. 1; Hagemann, s. 11; Piconi (ZBGR), s. 257; Kipp/Coing, s. 110; Hrubesch-Millauer, s. 26; Antalya (Feragat), s. 17; İmre/Erman, s. 182;

⁵⁸ Breitschmid, P./ Eitel, P./ Fankhauser, R./ Geiser, T./Rumo-Jungo, A.: Erbrecht, 2. Auflage, Basel 2012, s. 91; Druey, s. 127; İmre/Erman, s. 182; Kipp/Coing, s. 110; Antalya (Feragat), s. 17; Dural, s. 18.

Cermen hukukunda ise miras sözleşmesi kurumu, 16. yüzyıldan itibaren kabul edilmekte olup, miras sözleşmesine ilişkin ilk yasal düzenleme, 1746 yılında yapılmıştır.⁵⁹ Bu bakımdan miras sözleşmesinin kaynağı Cermen hukukudur.⁶⁰ Cermen örf ve adet hukukunda, miras sözleşmeleri, sonuçları ölümden sonra kuvvetlenen sağlararası iki taraflı işlemlerden türetilmiştir. *Serozan*, ölüme bağlı tasarrufların tarihsel kökeninin sağlararası işlem yoluyla gerçekleştirilen ölüme bağlı kazandırmalara dayandığını belirtmektedir.⁶¹

Günümüzde, Cermen hukukuna uygun olarak, Alman ve Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmesi herhangi bir sınırlama olmadan kabul edilmiştir. Alman Medenî Kanunu § 2274 vd. hükümlerinde, miras sözleşmesi düzenlenmektedir. Sözleşmenin her iki tarafı için de güvenli bir hukukî durum yaratan miras sözleşmeleri, bu niteliği itibariyle vasiyetnameden farklı bir ihtiyaca cevap vermektedir.

İsviçre hukukunda ise, miras sözleşmesi bir kurum olarak, ilk defa 19. yüzyılda, bazı kantonlarda kabul edilmiştir.⁶² Bazı kantonlar (Glarus) miras sözleşmesini tamamen yasaklarken, bazı kantonlar (Schwyz, Obwalden) ise böyle bir kurumu tanınamaktaydı. Öte yandan, diğer bazı kantonlar (Fribourg, Bern), miras sözleşmesinin yalnızca belirli kişiler arasında yapılmasına izin verirken, hiçbir sınırlamaya tabi tutmaksızın miras sözleşmesini kabul eden kantonlar da (Zürich,

⁵⁹ *Chursächsischen Decision* (1746) ve *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), bkz. Itschner, A. J.: Die Bindungen des Erblassers an den Erbvertrag, Basel 1974, s. 34; Stöcker, H. A.: Erbschutz zu Lebzeiten des Erblassers bei der Betriebsnachfolge in Familienunternehmen und Höfe, WM 1980, s. 485; Hrubesch-Millauer, s. 27.

⁶⁰ Huber, s. 120; Gross, s. 7; Lange/Kuchinke, s. 124; Büttiker, A.: Der Erbverzicht nach schweizerischem ZGB- mit besonderer Berücksichtigung des relativen Erbverzichts, Diss. Bern 1942, s. 5; Dural, s. 19; Antalya (Feragat), 19.

⁶¹ Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma, s. 45); Hrubesch-Millauer, s. 61.

⁶² Detaylı bilgi için bkz. Huber, s. 318; Gross, s. 9; Hrubesch-Millauer, s. 27.

Graubünden) mevcuttu. *Eugen Huber*, Zürih uygulamasını takip ederek miras sözleşmesini bir kurum olarak İsviçre Medeni Kanunu içeriğine dahil etmiştir. Daha sonra evlat edinme sözleşmesi (İMK m. 268/III), ölünceye kadar bakma sözleşmesi (İBK m. 522/I) ve ölüme bağlı bağışlamalarda (İBK m. 245/II) miras sözleşmesine ilişkin düzenlemeler söz konusu olmuştur. Bununla birlikte, miras sözleşmesi kanunda miras hukukundaki diğer birçok kurum gibi eksik düzenlenmiş ve birçok husus açık bırakılmıştır.⁶³

Çeşitli  lke hukuklarında miras sözleşmesine farklı yaklaşımlar sergilenmektedir.⁶⁴ İtalyan (İtalyan Medeni Kanunu m. 458, 679) ve Fransız (Fransız Medeni Kanunu m. 1130/2, 722, 791, 1600, 1389, 943) hukuklarında, Roma hukukunun etkisiyle, miras sözleşmesi kabul edilmemektedir. Avusturya hukukunda ise (Avusturya Medeni Kanunu m. 602, 1249 vd.), miras sözleşmesine sadece evli veya evlenmenin gerçekleşmesi şartıyla nişanlı çiftler arasında izin verilmektedir. Öte yandan, Fransız hukukunda *institution contractuelle* olarak isimlendirilen ve içerik olarak belirli kişiler arasında yapılabilen bir vasiyet sözleşmesine karşılık gelen bir kurumun (FMK m. 1082 vd.) düzenlenmiş olması, pratikte miras sözleşmesinin Fransa'da da ihtiyaç duyulan bir kurum olduğunu göstermektedir.⁶⁵

İsviçre hukukunda miras sözleşmesi, Türk hukukundaki gibi, olumlu miras sözleşmesi ve olumsuz miras sözleşmesi olarak iki farklı türü de kapsayan bir

⁶³ Piconi, s. 258. Eksik düzenlenen ve uygulamaya bırakılan hususlardan biri, çalışmamızın ana sorunsalını oluşturan miras sözleşmesinin bağlayıcılığı meselesidir. Bkz. aşa. Bölüm II.

⁶⁴ Kıta Avrupası  lkelerinin miras sözleşmesine yaklaşımları için bkz. Hrubesch-Millauer, s. 29.

⁶⁵ Druey, s. 127; Hrubesch-Millauer, s. 30.

kavramdır.⁶⁶ Alman hukukunda ise miras sözleşmesi kavram olarak mirastan feragat sözleşmesinden ayırt edilmiş ve mirastan feragat sözleşmesi, miras sözleşmesi kurumunun dışına çıkarılmıştır. Bunun sebebi, miras sözleşmesinin örf ve adet hukukundaki temelinin, terekenin veya bazı tereke değerlerinin ileride devrine ilişkin bir sözleşme olmasıdır. Bir başka deyişle, miras sözleşmesinin içeriğinin bağlayıcı şekilde yapılmış bir mirasçı atamadan veya vasiyetten oluştuğu fikri söz konusudur. Bu sebeple, bir mirasçı atama veya vasiyet içeriğini haiz olmayan mirastan feragat sözleşmesi miras sözleşmesi kurumunun dışında farklı bir sözleşme olarak kabul edilmiştir.⁶⁷

F. Miras Sözleşmesinin Tanımı

Miras sözleşmesi, bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olup, mirasbırakan ile karşı taraf arasında yapılan bir miras hukuku sözleşmesidir. Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmesi hem olumlu hem de olumsuz miras sözleşmesini kapsayan şekilde geniş anlamda anlaşıldığı için, buna uygun bir miras sözleşmesi tanımı, olumlu ve olumsuz miras sözleşmelerini kapsamalıdır. Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 527 hükmüne göre, mirasbırakan olumlu miras sözleşmesi ile, mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kimseye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girmektedir. TMK m. 528 hükmü ise olumsuz miras sözleşmesine ilişkin bir

⁶⁶ Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 6; ZK-Escher, Vor. zu Art 494 ff., N. 2; Piotet, s. 173.

⁶⁷ Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 6; ZK-Escher, Vor. zu Art 494 ff., N. 2; von Lübtow, s. 398; Muscheler, K.: Erbrecht, Band I, Mohr Siebeck Verlag, 2010 Tübingen, N. 2181; Antalya (Feragat), s. 21; Dural, s. 19; İmre/ Erman, s. 182; Oğuzman, K.: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 133.

düzenlemedir. Buna göre, mirasbırakan bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlayarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir.

Olumlu miras sözleşmesi, mirasbırakanın, sözleşmenin karşı tarafı veya bir üçüncü kişi lehine bir mirasçı atama veya belirli mal bırakma tasarrufunu bağlayıcı şekilde yaptığı ölüme bağlı tasarruf türüdür.⁶⁸ Kanunkoyucu, miras sözleşmesini düzenleyerek mirasbırakana terekesinin akıbetini bağlayıcı olarak belirleme imkanı sağlamaktadır.⁶⁹ Miras sözleşmesi kavramı, temel olarak (sınırlı sayım değil), mirasçı atama sözleşmesi (*Erbeinsetzungsvertrag*), belirli mal bırakma sözleşmesi (vasiyet sözleşmesi) (*Vermächtnisvertrag*), kanun tarafından anılmayan yükleme sözleşmesi (*Auflagevertrag*) ve mirastan feragat sözleşmesi (*Erbverzichtsvertrag*) türlerini kapsamaktadır.⁷⁰ Her ne kadar Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmesi, mirastan feragat sözleşmesini de kapsayacak şekilde geniş anlamda kabul edilmiş olsa da, miras sözleşmesi kavramından genellikle kastedilen dar anlamda miras sözleşmesi, yani olumlu miras sözleşmesidir.⁷¹ Biz de çalışmamızda, aksi belirtilmedikçe, olumlu miras sözleşmesi yerine miras sözleşmesi terimini kullanmış bulunmaktayız.

⁶⁸ Studhalter, P. in: Kostkiewicz, J. K./ Wolf, S./ Amstutz, M./ Fankhauser, R. (Hrg.): Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, 2016, Art. 494, N. 1.

⁶⁹ İmre/Erman, s. 181; Hrubesch-Millauer, S. in: Breitschmid, P./Jungo, A. (Hrsg.): CHK-Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, 2016, Art. 494, N. 1.

⁷⁰ Söz konusu miras sözleşmesi türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Hrubesch-Millauer, s. 34 vd.; CHK-Handkommentar/Hrubesch-Millauer, S.: Art. 494, N. 1; BernerKomm/Weimar, Vor. Art. 494, N. 2.

⁷¹ CHK-Handkommentar/ Hrubesch-Millauer, Art. 494, N. 1; İmre/Erman, s. 181; Dural/Öz, s. 100, yazarlara göre, yeni Medeni Kanun miras sözleşmesi terimi yerine olumlu miras sözleşmesi terimini gereksiz yere tercih etmiştir. Keza İsviçre Medeni Kanununda, olumlu miras sözleşmesi karşılığı olarak miras sözleşmesi terimi kullanılmaktadır.

Geniş anlamıyla miras sözleşmesi, iki veya çok taraflı bir sözleşme olarak, mirasbırakanın bağlayıcı şekilde, sözleşmenin karşı tarafı, tarafları ya da üçüncü bir kişi lehine bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufta bulunmasını veya müstakbel mirasçının mirastan feragatini sağlamaktadır.⁷² Burada miras sözleşmesi lehdarının saklı paylı mirasçı benzeri bir hukuki konumu vardır.⁷³

Miras sözleşmesi tek taraflı, iki veya çok taraflı, ivazlı veya ivazsız olabilir.⁷⁴ Bu bakımdan birçok türü olan miras sözleşmesi, mirasbırakana ihtiyaç duyduğu tereke planlamasını yapması için çeşitli olanakları, alternatifi olan vasiyetnameye kıyasla, üstün bir şekilde sağlamaktadır.⁷⁵

G. Miras Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Miras sözleşmesi, bir miras hukuku sözleşmesidir, yani iki taraflı bir hukuki işlemdir ve bağlayıcıdır. Miras sözleşmesi, bir sözleşme olması dolayısıyla iki taraflı bir hukukî işlemdir ve bağlayıcıdır. Bu sözleşmenin bir tarafı ölüme bağlı tasarrufta bulunmakla mirasbırakan olurken, diğer taraf ya bu ölüme bağlı tasarrufu yalnızca kabul etmekle yetinir, ya kendisi de bir ölüme bağlı tasarrufta bulunarak mirasbırakan olur, ya da bir sağlararası tasarrufta bulunur. Sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmede, lehine maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kişi olabileceği gibi, miras sözleşmesinin lehdarı üçüncü bir kişi de olabilir. Olumsuz miras

⁷² Breitschmid, P. in: Honsell, H. / Vogt, N. P. / Geiser, T.: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 3. Auflage, Basel 2007, Vor. Art. 494-497, N. 3; Druey, s. 125; Dural/Öz, s. 99.

⁷³ Breitschmid /Eitel /Fankhauser /Geiser /Rumo-Jungo, s. 91; Serozan/Engin, s. 259; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 9.

⁷⁴ Miras sözleşmesi türleri için bkz.

⁷⁵ Breitschmid/ Eitel/ Fankhauser/ Geiser/Rumo-Jungo, s. 91.

sözleşmesi söz konusu ise, sözleşmenin karşı tarafı, ileride doğacak miras hakkına ilişkin taleplerinden feragat eden muhtemel mirasçısıdır.

Miras sözleşmesi, evvelce de belirtildiği gibi, hukuki niteliği sebebiyle diğer şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olan vasiyetnameden birçok açıdan ayrılmaktadır. Aynı şekilde, bir miras hukuku sözleşmesi olması dolayısıyla borçlar hukuku sözleşmelerinden de farklıdır. Miras sözleşmesinin bu özel durumu sebebiyle hukukî niteliği hakkında birçok görüş ortaya konmuştur.

Bir görüş esasen miras sözleşmesinin gerçekten bir sözleşme teşkil edip etmediği konusu bakımından önem taşımaktadır. “Vasiyetname teorisi”

(*Testamentstheorie/Hartmannschen Theorie*) olarak adlandırılan ve *Hartmann* tarafından temsil edilen bu görüşe göre, miras sözleşmesi çift işlemden oluşmaktadır. Söz konusu işlemlerden biri, tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetname iken, diğer işlem yapılmış olan tek taraflı ölüme bağlı tasarrufu geri alma hakkından feragat sözleşmesi (*Widerrufsverzichtsvertrag*) olarak değerlendirilmektedir.⁷⁶ Miras sözleşmesini, geri alma hakkından feragat edilmiş bir vasiyetname olarak kabul eden bu görüş eleştirilmekte ve günümüzde reddedilmektedir;⁷⁷ çünkü miras sözleşmesinin bağlayıcı olmasının nedeni, vasiyetnameyi geri alma hakkından feragat edilmiş olması değil, miras sözleşmesinin bir sözleşme olmasıdır. Ekleme gerekir ki, geri alma hakkından feragat etmek vasiyetname kurumu ile çelişkilidir;

⁷⁶ ZK- Escher, Vor. Art 494, N. 8'den naklen: Hartmann, Gustav; Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten, Braunschweig 1860, s. 10.

⁷⁷ Henrici, H.: Ehevertrag und Erbvertrag, Beiträge zum Ehevertragsrecht, ZSR neue Folge 33, 1914, s. 1-66, 131-198, 249-333, s. 169; Gross, s. 18; Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 9; ZK- Escher, Vor. Art 494, N. 8; Itschner, s. 5; Speckert, s. 9; Hrubesch-Millauer, s. 71; Aynı yönde İsviçre Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 46 II 18.

zira vasiyetnamenin en önemli özelliği mirasbırakan tarafından ölümüne kadar her zaman geri alınabilmesidir. Miras sözleşmesinin ise en önemli ayırt edici özelliği tek taraflı olarak sona erdirilememesidir. *Hartmann* tarafından ortaya konan bu teorinin, bir benzerini *Stöcker* savunmaktadır; ancak bu görüş de miras sözleşmesini, bir vasiyetname ve bir borçlar hukuku sözleşmesinin birleşmesine dayandırmakta olduğundan, söz konusu görüşün de kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.⁷⁸

Günümüzde hakim olan görüş ise, miras sözleşmesinin gerçek anlamda bir sözleşme (*Vertragstheorie*) olduğunu kabul etmektedir.⁷⁹ Miras sözleşmesi, tek bir hukuki işlem (*einheitliches Rechtsgeschäft*) olup, sözleşmesel niteliği kabul edilmiş olan başlı başına bir kurumdur. Bu sözleşmeyi, ikinci tür şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetnameden ayıran en önemli husus onun sözleşmesel (akdi) niteliğidir. Bugün tartışmalı olan husus, sözleşmesel niteliği kabul gören bu hukuki işlemin sözleşme türlerinden hangisine dahil olduğu meselesidir. Doktrinde, miras sözleşmesinin *sui generis* veya hibrit bir sözleşme olduğuna ilişkin görüşler ileri

⁷⁸ Stöcker, s. 487. Söz konusu görüşün detaylı bir eleştirisi için bkz. Nolting, D.: Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 171, Duncker & Humblot, Diss. Passau 1993, s. 93; Reimann, W./Bengel, M./Mayer, J.: Testament und Erbvertrag, Carl Heymanns Verlag, 6. Auflage, Köln 2015, Vor. § 2274, N. 6.

⁷⁹ Bugün hakim olan bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Henrici, s. 169; Gross, s. 18; Hagemann, s. 33; Hohl, s. 87; Itschner, s. 5; Siebert, W.: Die Bindungswirkung des Erbvertrages, Ein Beitrag zur Gesetzesauslegung im Erbrecht, vor allem zu § 2289 BGB, in: Recht und Wirtschaft, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zu seinem 80. Geburtstag am 24. April 1958, Berlin 1958, s. 237-264, s. 245; Speckert, s. 9, 38; Tuor, Vor. zum Erbvertrag N. 9; ZK- Escher, Vor. Art. 494, N. 8 ve naklen Gauthier, s. 111; Beck, A.: Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1976, s. 56; Piotet, s. 175, 187; Schürmann, E.: Der Vermächtnisvertrag: nach Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Basel 1987, s. 6; Hohmann, K.: Rechtsfolgen von Störungen im Rahmen eines entgeltlichen Erbvertrags und Sicherung der Rechte der Vertragsparteien, Diss. Würzburg 1993, s. 232; BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 3; Grundler, s. 40; Vollmar, s. 25; Hrubesch-Millauer, s. 79; Kipp/Coing, s. 233; Brox/Walker, s. 56; von Lübtow, s. 398; Staudinger/Kanzleiter, Ein. zu §§ 2274, N. 3; MünchenerKomm/Musielak, Vor. § 2274, N. 2; Palandt/Weidlich, §1941, N. 2; Erman/Kappler, vor § 2274, N. 1; Muscheler, N. 2187; Lange, K. W.: Erbrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, Verlag C. H. Beck, München 2011, s. 126; Christiansen, s. 20; Ulrich, s. 454. İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde görüş açıklamıştır, bkz. BGE 46 II 18.

sürülmüş ise de,⁸⁰ bu sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin detaylı incelemelerin sayısı azdır.⁸¹ Öncelikle, miras sözleşmesinin isimli sözleşmeler (*Nominatverträge*) ve isimsiz sözleşmeler (*Innominatverträge*) ayırımıda nerede konumlandırılması gerektiğini belirlemek gerekir.⁸² Zira, miras sözleşmesini *sui generis* sözleşme olarak nitelendirebilmek için, bu sözleşmenin öncelikle isimsiz sözleşme olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.⁸³

TMK’da birçok maddede miras sözleşmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır; ancak bir sözleşmenin kanunda ismen belirtilmiş olması o sözleşmenin isimli bir sözleşme sayılabilmesi için yeterli değildir. Bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, bu sözleşmenin en azından esaslı unsurlarının (*essentialia negotii*) kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir.⁸⁴ Bu bakımdan, kanunda yalnızca ismen belirtilen; ancak esaslı unsurlarının düzenlenmediği isimsiz

⁸⁰ Miras sözleşmesini *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendiren yazarlar: Vollmar, s. 25 (yazar bu konuda kesin bir sonuca varmamış görünmektedir); Schlüter, W.: Erbrecht, 15. Auflage, München 2004, N. 250 ve Leipold, s. 195; Lange, s. 126. Miras sözleşmesinin hibrit bir sözleşme olduğu görüşündeki yazarlar: Grundler, s. 20; Serozan/Engin, s. 263; Druey, s. 126.

⁸¹ Miras sözleşmesinin bir sözleşme olarak hukuki niteliğini inceleyen az sayıdaki yazar için bkz. Vollmar, s. 24 vd.; Grundler, s. 20 vd.; Antalya (Feragat), s. 100 vd.; Hrubesch-Millauer, s. 71 vd.

⁸² Tartışmalar için bkz. Hrubesch-Millauer, s. 72.

⁸³ İsimli-isimsiz sözleşme ayrımı hakkında detaylı bilgi için bkz. Kuntalp, E. Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 1 vd.: “Unsurları ve bunların biraraya geliş tarzları kanunda açık olarak düzenlenmiş bulunan sözleşmeler “isimli”, unsurları yahut bunların biraraya geliş tarzı kanunen (ne Borçlar Kanunu ne de başka bir kanunda) düzenlenmemiş sözleşmeler “isimsiz” sözleşmelerdir (s. 3). İsimli sözleşmeler, geleneksel olarak içerdikleri unsurların kanunen düzenlenmiş tipik sözleşmelere ait olup olmamasına göre, kendine özgü (*sui generis*) ve karışık muhtevalı sözleşme (*gemischter Vertrag*) olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır (s. 13).” Karışık muhtevalı sözleşme ve *sui generis* sözleşme ayrımının hukuki sonuçlarına ilişkin, bkz. Gürzumar, O.B.: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukukun Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 1995, s. 20, dn. 126: “Eğer kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme, bileşik sözleşme değilse, yaratma ve kıyas yöntemine tabi olan bir sözleşmedir ve bunun karma veya kendine özgü bir sözleşme olması da büyük bir farklılık yaratmaz; belki, karma sözleşmelerin, kendine özgü sözleşmelere oranla, kıyasa daha elverişli olduğu söylenebilir, ama o kadar. Böylece de kanaatimce, kanunda düzenlenmemiş bir sözleşmenin, karma veya kendine özgü olarak nitelendirilmesi, bu sözleşmenin bir bileşik sözleşme olmadığını belirtmek için yapılan bir terminolojik tercihten öteye gitmemektedir.”

⁸⁴ Kuntalp, s. 4; Özdemir Oktay, S.: “İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHF, 1996, s. 264.

sözleşmeler (*benannte Innominatverträge*) ile isimli sözleşmelerin ayırt edilmesi gerekmektedir.⁸⁵ Miras sözleşmesi de bu bakımdan değerlendirilmelidir. TMK m. 527 (İMK m. 494) hükmü olumlu miras sözleşmesini düzenlemektedir ve bu hükümde mirasbırakanın, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malını karşı sözleşene veya üçüncü bir kişiye bırakma “yükümlülüğü” altına girdiği öngörülmüştür. Bu hükümde, yalnızca miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın üstlendiği “ölüme bağlı edim” belirlenmiştir. Ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesi bakımından esaslı unsur da budur. Miras sözleşmesi taraflarından her ikisinin de ölüme bağlı tasarrufta bulunarak mirasbırakan olması ya da miras sözleşmesinin ivazlı olması mümkündür ve hükümde açıkça düzenlenmeye ihtiyaç olan hususlar değildir. Öte yandan, miras sözleşmesinin, bazı hükümlerde (TMK m. 547, m. 548, olumsuz miras sözleşmesi bakımından m. 528, m. 530) ivazlı şekilde yapılabileceğine ilişkin ifadeler yer almaktadır.⁸⁶ Bütün bunlar dikkate alındığında, miras sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği görüşüne katılmaktayız.⁸⁷ Bu durumda, miras sözleşmesi, isimsiz sözleşmelerin bir alt kategorisi olan *sui generis* sözleşme de değildir. Eğer isimsiz sözleşme olmamakla birlikte, kendine özgü karakteri yüzünden *sui generis* olarak nitelendiriliyorsa,⁸⁸ bu da teknik anlamıyla kendine özgü niteliği işaret edemez. Buna

⁸⁵ Hrubesch-Millauer, s. 75.

⁸⁶ *Essentialia negotii* (esaslı unsur) her akit tipinde bulunması zorunlu olan unsurlar olup, bunlardan bir tanesinin yokluğu ya da bunlar üzerinde yapılacak bir değişiklik, o akit tipi kategorisinin uygulama alanı dışına çıkılmasına neden olmakta, somut sözleşmeyi isimli olmaktan çıkarıp isimsiz sözleşmeler kategorisine sokmaktadır. Esaslı unsurlar dışındaki diğer unsurlar (*naturalia negotii* (tabii unsurlar) ve *accidentalalia negotii* (tali unsurlar)) bakımından yapılan bir değişiklik ise sözleşmenin kategorisinde bir değişikliğe sebep olmamaktadır (Kuntalp, s. 93, 94). İvazlı miras sözleşmesini bu bakımdan değerlendirdiğimizde, ivazın miras sözleşmesinin esaslı unsuru olmadığını ve bu sebeple sözleşme tipini değiştirmediğini ve dolayısıyla sözleşmeyi isimsiz sözleşme kategorisine dahil etmediğini düşünmekteyiz.

⁸⁷ Hrubesch-Millauer, s. 76.

⁸⁸ Bu yönde bkz. Leipold, s. 195.

karşın, miras sözleşmesi için miras hukuku ve borçlar hukukunun kesişim alanında bulunduğundan dolayı melez (hibrit) sözleşme ya da çifte nitelikli sözleşme (*Doppelnatur*) nitelendirmesi yapmak bizce uygundur.⁸⁹ Ancak bu nitelendirmeyi yaparken karışık muhtevalı akit kavramına işaret etmediğimizi önemle belirtmek gerekmektedir. Keza, miras sözleşmesine ilişkin bu tür ifadeler kullanan yazarların da miras sözleşmesinin karışık muhtevalı akit olduğu iddiasında olmadıkları kanaatindeyiz. Örneğin, *Piotet*, ivazlı miras sözleşmesinin, bir yandan ölüme bağlı tasarruf, diğer yandan sağlararası hukuki işlem olması olayısıyla karma bir yapısı olduğuna işaret ederken, fikrimizce burada ivazlı miras sözleşmesinin karışık muhtevalı akit olduğunu kastetmemiştir.⁹⁰ Bir kavram kargaşasını bertaraf etmek için vurgulayalım ki, miras sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olmadığı görüşüne katıldığımız için, bize göre, bu sözleşmenin karışık muhtevalı akit de olamayacağı ortaya çıkmaktadır.⁹¹

⁸⁹ Aynı yönde bkz. Grundler, s. 20; Antalya, s. 118 (yazar fikir beyan etmeden, konu hakkındaki tartışmalara işaret etmekle yetinmiştir); Piotet, s. 187; Reimann/ Bengel/ Mayer, Vor. § 2274, N. 5; Erman/Kappler, Vor. § 2274, N. 1; Muscheler, N. 2187; Druey, s. 126: Yazar, miras sözleşmesini nitelendirirken, bir karışık muhtevalı akit türü olan “*Zwittervertrag*” (çift mahiyetli akit) kavramını anımsatan çift tipli anlamındaki “*Zwitter*” ifadesini kullanmaktadır; Serozan/Engin, s. 263: *Serozan*, miras sözleşmesini, “karışık ve karmaşık, çift doğallı (*hybrid-amorf*)” olarak tarif etmiş ve “arada, ortada yamuk durduğunu” belirtmiştir. Alman hukukunda, miras sözleşmesinin çifte niteliğe (*Doppelnatur*) sahip olduğu hakim görüş olarak kabul edilmektedir, bkz. Vollmar, s. 25; Muscheler, N. 2187; MünchenerKomm/Musielak, Vor. § 2274, N. 2; Staudinger/ Kanzleiter, Ein. zu §§ 2274 ff., N. 3; Palandt/Weidlich, §1941, N. 2; Erman/Kappler, vor § 2274, N. 1; Lange, s. 126; Christiansen, s. 20; Ulrich, s. 454.

⁹⁰ Piotet, s. 187: “*Als einheitliches Rechtsgeschäft ist der entgeltliche Erbvertrag also ein gemischtes, teils von Todes wegen, teils unter Lebenden.*” Aynı şekilde, Grundler ve Druey de miras sözleşmesini hibrit veya çift nitelikli olarak tarif ederken, bunun sebebinin, miras sözleşmesinin bir yandan ölüme bağlı tasarruf, diğer yandan bir sözleşme olması olarak ifade etmektedir; bkz. Grundler, s. 20; Druey, s. 126: “*Nicht nur in der Stellung innerhalb des Erbrechts ist der Erbvertrag ein Zwitter: Seinem Wesen nach ist er in zwei Rechtsgebieten beheimatet: dem Erb- und dem Obligationenrecht. Das erbrechtliche Element besteht in seiner Natura ls Verfügung von Todes wegen, das vertragliche darin, dass er eine Abmachung mit einer anderen Person darstellt.*”

⁹¹ Doktrinde karışık muhtevalı akit için “*gemischter Vertrag*” kavramının bir çevirisi olarak karma veya karışık sözleşme de denmektedir. Karma sözleşme terimini tercih eden yazarlara örnek olarak bkz. Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 69; Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 6.

H. Miras Sözleşmesinin Hukuki Sebebi (*Causa*)

Miras sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin değerlendireceğimiz bir başka husus, bu sözleşmenin hukuki sebebidir. Miras sözleşmesinin, ivazlı veya iki taraflı olması durumunda, tarafların karşılıklı edimleri arasında bir değiş tokuş ilişkisinin olduğunu kabul ederek, bu sözleşmeleri *synallagmatik* sözleşme olarak nitelendiren görüşe göre,⁹² ivazlı miras sözleşmesi ve iki taraflı miras sözleşmesi aynı zamanda, hukuki sebebe bağlı birer hukuki işlemdir (*kausales Rechtsgeschäft*).⁹³ Karşı görüş ise, miras sözleşmesinin hukuki sebepten soyut (*abstraktes Rechtsgeschäft*) bir hukuki işlem olduğunu savunmaktadır.⁹⁴

İvazlı miras sözleşmesinde, mirasbırakan taraf ölüme bağlı bir edim (*Leistung mortis causa*) üstlenirken, sözleşmenin karşı tarafı sağlararası edim (*Leistung inter vivos*) borcu altına girmektedir. Bu edim ve karşı edim arasında hukuki bağ kuran bir *synallagma* ilişkisi olabilir.⁹⁵ Hayatın olağan akışına uygun şekilde, kural olarak kimsenin herhangi bir amacı olmaksızın bir borç yüklenmesi beklenmez. Bu bakımdan, sağlararası ya da ölüme bağlı olması fark etmeksizin, kazandırıcı bir hukuki işlemin (*Zuwendungsgeschäft*) hukuki bir sebebinin olması gerekmektedir.⁹⁶

Miras sözleşmesi de kazandırıcı bir hukuki işlemdir.⁹⁷ *von Lübtow*, miras

⁹² Miras sözleşmesinin karşılıklı tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatik*) sözleşme kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışma için bkz. miras sözleşmesinin türleri aşağıda. Bölüm I, I, K, 2.

⁹³ Grundler, s. 66, 79; Vollmar, s. 270; Hrubesch-Millauer, s. 90.

⁹⁴ Staudinger/Dittmann, Vor. §2274, N. 5, 10; Muscheler, N. 2187.

⁹⁵ Hrubesch-Millauer, s. 87.

⁹⁶ Vollmar, s. 239; Hrubesch-Millauer, s. 87.

⁹⁷ Vollmar, genel olarak *causa* kavramına ilişkin bkz. s. 140, miras sözleşmesi bakımından *causa* için bkz. s. 239: “*Der Erbvertrag ist ein Zuwendungsgeschäft. Wie bereits ausgeführt, spricht nichts dagegen, erbrechtliche Zuwendungen nach den gleichen Kriterien wie die lebzeitigen Zuwendungen zu behandeln. Das bedeutet: Auch die erbvertraglichen Zuwendungen bedürfen einer causa. Wie lebzeitige Zuwendungen werden erbrechtliche Zuwendungen nicht um ihrer selbst willen errichtet, sondern*

sözleşmesinin hukuki sebebinin bu sözleşmeye içkin olduğunu savunmaktadır.⁹⁸ Bu görüşe göre, miras sözleşmesi, bir ölüme bağlı tasarruf olarak temelde mirasçı atama, vasiyet alacaklısı veya yükleme belirleme amacına hizmet etmektedir ve bu amacın miras sözleşmesinden ayrılması mümkün değildir.⁹⁹ Yazar, miras sözleşmesine, ölünceye kadar bakma gibi, başka bazı amaçlar da eklenebileceğini; ancak bunun miras sözleşmesi için kural olarak bir saikten (*Motiv*) ibaret olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁰ Öte yandan, miras sözleşmesinin tarafları, sağlararası edim ile ölüme bağlı tasarruf arasında bir koşul ilişkisi de kurmuş olabilirler. Bu durumda, yazara göre, miras sözleşmesine eklenmiş olan ivaz elde etme amacının yalnızca bir saikten ibaret olduğunu savunmak isabetli olmayacaktır.¹⁰¹

Vollmar, kazandırıcı bir hukuki işlem olarak, miras sözleşmesi bakımından *causa* meselesinin üzerinde durulmadığını belirterek, miras sözleşmesinin klasik üç tür

verfolgen einen Zweck. Nur wenn dieser erreicht wird, ist die erbrechtliche Zuwendung mit Rechtsgrund erfolgt. Aufgrund der einheitlichen Beurteilung aller Zuwendungen wird im folgenden zugrunde gelegt, dass auch der causa, ihrer Doppelnatur entsprechend, sowohl in ihrer final-zweckorientierten als auch in ihrer rechtfertigenden Funktion Bedeutung zukommt.” Aynı yönde bkz. Hrubesch-Millauer, s. 87.

⁹⁸ von Lübtow, s. 399. Aynı yönde bkz. Reimann/ Bengel/ Mayer, Vor. § 2274, N. 4: Yazarlar, miras sözleşmesini soyut bir sözleşme olarak nitelendirdikten sonra, miras sözleşmesinin hukuki sebebinin sözleşmeye içkin olması yönünden de von Lübtow’a katıldıklarını belirterek, miras sözleşmesinin bu yönüyle de hukuki sebebe bağlı olduğunu belirtmişlerdir.

⁹⁹ von Lübtow, s. 399: “*Der Erbvertrag wird bisweilen als abstraktes Geschäft bezeichnet. Jedoch hat die Unterscheidung zwischen abstrakt und kausal bei solchen Geschäften keinen Sinn, deren Inhalt bereits ihre Begründung enthält. Der Erbvertrag ist schon deshalb nicht von einem Rechtsgrund unabhängig, weil er keine außerhalb seiner liegenden Kausa haben kann. Sein Zweck ist schon ein für allemal festgelegt. Er dient stets Erbeinsetzung oder der Anordnung von Vermächtnissen oder Auflagen und trägt damit seinen Rechtsgrund in sich selbst. Es besteht gar keine Möglichkeit, den Rechtsgrund vom Erbvertrag zu unterscheiden oder gar abzulösen.*”

¹⁰⁰ von Lübtow, s. 399. Aynı yönde bkz. ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 7, 15; Hohl, s. 86 ve naklen: Gauthier, s. 109. Aksi yönde bkz. Grundler, J.: Willensmängel des Gegenkontrahenden beim entgeltlichen Erbvertrag, St. Galler Studien zum Privat, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 55, Bern 1998, s. 75 vd.; Vollmar, s. 242 vd.; Hrubesch-Millauer, s. 83. Hukuki sebep kavramından farklı olan saik, kişiyi hukuki işlem yapmaya sevk eden düşünce, duygu ve güdülerdir. Saik kural olarak, hukuki işlem bakımından önem taşımamaktadır. Bunun istisnası, ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetnamenin saik yanılması sebebiyle iptali ve sağlararası hukuki işlemler bakımından saik yanılmasının TBK m. 32 hükmüne göre, sözleşmenin temelinde yanılma oluşturması halidir. Kazandırıcı işlemin hukuki sebebi hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 183.

¹⁰¹ von Lübtow, s. 399.

causa ayırımına (*causa solvendi, causa credendi, causa donandi*) uymadığına, bu bakımdan atipik bir hukuki sebepten bahsetmek gerektiğine işaret etmektedir. Yazar, miras hukukundaki tipe bağlılık ilkesi (*Typenzwang*) sebebiyle, ivazlıxf miras sözleşmesinde, mirasbırakanın ivaz elde etme amacını, hukuki işlemin hukuki sebebi değil, salt bir saik olarak nitelendirmek yönündeki eğilimi eleştirmektedir. Sağlararası hukuki işlemlerden farklı olarak, ölüme bağlı tasarruflar hem şeklen hem de içerikleri bakımından sınırlandırılmıştır. Bu bakımdan, borçlar hukukundaki sözleşme serbestisinin miras hukukundaki karşılığı sayılabilecek olan ölüme bağlı tasarruf serbestisi, gerçekte, kanunda *numerus clausus* ilkesine tabi bir şekilde belirlenmiş olan şekli ve maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar arasında tercihte bulunmaktan ibaret bir serbesti sağladığından, sözleşme serbestisine kıyasla çok sınırlı bir hareket alanı tanımaktadır. Ancak, yazara göre, miras hukukunda geçerli olan bu tipe bağlılık ve *numerus clausus* ilkesi, miras sözleşmesinin farklı hukuki sebeplerinin olmasına engel teşkil etmemektedir.¹⁰²

Çoğunluk görüşüne göre, miras sözleşmesinin kendine özgü bir hukuki sebebi vardır ve bu hukuki sebep (*erbrechtliche causa*) hukuki işleme içkin (*immanent*) bulunmaktadır.¹⁰³ Miras hukukuna ilişkin kazandırmalara özgü bu hukuki sebep *mortis causa* olarak adlandırılmaktadır.¹⁰⁴ *Vollmar*, miras sözleşmesinin hukuki sebebini ölüm olarak açıklayan ve tüm ölüme bağlı tasarrufların tek bir hukuki

¹⁰² Vollmar, s. 250.

¹⁰³ von Lübtow, s. 399; Kipp/Coing, s. 235.

¹⁰⁴ Wolf/ Genna, s. 47: “Die «*causa mortis*» stellt die Rechtfertigung jedes Rechtserwerbs von Todes wegen mit Zuwendungscharakter (Erwerbscausa) dar. Sie bildet regelmässig - vorbehalten bleibt der Sonderfall, dass eine erbrechtliche Zuwendung gegen Gegenleistung erfolgt, wie es beim entgeltlichen Erbvertrag zutrifft – eine Unterart der «*causa donandi*» (Schenkungscausa) aus dem Schenkungsrecht (Art. 239 ff. OR). Aynı yönde bkz. Kipp/Coing, s. 235; Dural, s. 10, dn. 26; Serozan/Engin, s. 274; Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 10; Dural/Öz, s. 51; Öztan, s. 165.

sebebi olduğunu savunan bu görüşe katılmamaktadır. Yazara göre, *mortis causa* kavramı, miras sözleşmesinin hukuki sebebini açıklamamakta, yalnızca, onun bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu belirterek sağlararası hukuki işlemlerle arasındaki sınıra işaret etmektedir.¹⁰⁵ Yazara göre, miras sözleşmesinin, diğerkazandırıcı hukuki işlemlerde olduğu gibi, farklı hukuki sebepleri olabilir. Örneğın, miras sözleşmesi ile ölüme bağı tasarrufta bulunan mirasbırakan, karşı taraftan bir miktar para elde etmeyi ya da ölüncüye kadar kendisine bakılmasını sağlamayı amaçlayabilir. Yazar, mirasbırakanı ölüme bağı tasarrufta bulunmaya yönlendiren bu amaçların yalnızca birer saık olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığını belirtmektedir.¹⁰⁶ Zira, ivazlı miras sözleşmesinde mirasbırakanın elde etmeyi amaçladığı ivaz, sözleşmede tarafların irade beyanlarının içeriğine yansımalıdır. Yazar, bu sebeple, miras sözleşmesindeki mirasbırakanın ivaz elde etmekteki amacının, sözleşmenin hukuki sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuş ve bunu değış tokuş amacı (*Austauschzweck*) olarak nitelendirmiştir.¹⁰⁷ Öte yandan, sağlararası hukuki işlemlerden farklı olarak, miras sözleşmesinin farklı bir hukuki sebebının olması, içinde bulunduğı sözleşme karakterini değıştirmemektedir. Örneğın, mülkiyetin devrini amaçlayan satış sözleşmesi ile bağışlama sözleşmesinin hukuki sebepleri farklıdır ve bu fark söz konusu sözleşmelerin ait bulundukları

¹⁰⁵ Vollmar, s. 248.

¹⁰⁶ Vollmar, s. 249. Aynı yönde bkz. Grundler, s. 75 vd.; Hrubesch-Millauer, s. 83. Aksi yönde bkz. ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 7, 15; Hohl, s. 86 ve naklen: Gauthier, s. 109; von Lübtow, s. 399.

¹⁰⁷ Vollmar, s. 265: “Die Bildung der Zwecktypen wie Verpfändung und Vergütung liegt zugrunde, dass die Parteien eines entgeltlichen Erbvertrages den Hauptzweck des Vertrages, den beabsichtigten Austausch, regelmäßig zum Inhalt des Vertrages machen werden. Das beinhaltet zugleich, dass es unzutreffend ist, die Gegenleistung des Bedachten nur als Beweggrund für den Erbvertrag zu verstehen. Wenn das konkrete Gesamtverhalten der Erklärenden - Anordnung einer erbvertraglichen Zuwendung und Versprechen einer Gegenleistung in einem Akt – einem dieser erbvertraglichen Zwecktypen zugeordnet wird, bedeutet das vielmehr, dass der jeweilige typische Zweck auf den wahrscheinlich gewollten Zweck hinweist und dieser notwendig den Inhalt der Willenserklärung indiziert, voraus sich ergibt, dass der Austauschzweck Geschäftsinhalt ist.”

kategoriye değiştirmektedir.¹⁰⁸ *Vollmar*, ivazsız miras sözleşmesi bakımından da hukuki sebep kavramına değinmiştir. Yazara göre, mirasbırakanın, karşılığında iktisadi bir yarar sağlamadığı bir ölüme bağlı tasarrufta bulunurken de çeşitli amaçları bulunabilir. Örneğin, mirasbırakan, herhangi bir ivaz elde etmeyi amaçlamaksızın, eşinin, kendisinden sonra ölmesi ihtimalinde barınma ihtiyacını karşılamayı amaçlayabilir (*Versorgungszweck*). Özetlemek gerekirse, *Vollmar*, tüm ölüme bağlı tasarrufları aynı hukuki sebebe bağlayan çoğunluk görüşünü eleştirmekte, bunun yerine ölüme bağlı tasarrufların farklı hukuki sebepleri olabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmakta ve miras sözleşmesinin hukuki sebebe bağlı bir hukuki işlem olduğu sonucuna varmaktadır.¹⁰⁹

İvazlı miras sözleşmesinde, mirasbırakanın ölüme bağlı edimi (*Leistung mortis causa*), sözleşmenin karşı tarafının üstlenmiş olduğu sağlararası edimin (*Leistung inter vivos*) hukuki sebebini oluşturmaktadır. Aynı şekilde, sözleşmenin karşı tarafının borçlandığı sağlararası edim, mirasbırakanın ölüme bağlı ediminin hukuki sebebidir.¹¹⁰ Bu sebeple, ivazlı miras sözleşmesinin hukuki sebebini açıklamak için yalnızca ölüm olayına dayanmak yeterli olmamaktadır. İvazlı miras sözleşmesinde, tarafların ölüme bağlı edimi ve sağlararası edimi birbirinin hukuki sebebini oluşturmaktadır. Bu bakımdan, söz konusu edimler arasında bir değiş tokuş ilişkisi olduğu sonucuna varmak mümkündür. Bu ilişkinin teknik anlamda synallagma ilişkisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini ileride açıkladığımız için burada yalnızca ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz.¹¹¹

¹⁰⁸ *Vollmar*, s. 257.

¹⁰⁹ *Vollmar*, s. 271.

¹¹⁰ *Hrubesch-Millauer*, s. 88.

¹¹¹ İvazlı miras sözleşmesinde *synallagma* ilişkisine dair ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. Bölüm I, I, K, 2.

İ. Miras Sözleşmesi ile Lehdara Tanınan Hukuki Korumanın Niteliği

Lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kişinin mirasbırakanın ölümüne kadarki süreçte bir hakka sahip olup olmadığı hususunda fikir ayrılıkları mevcuttur. Alman hukukundaki hakim görüşe göre, lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kişinin ne bir hakkı, ne de bir beklenen hakkı mevcuttur. Bu görüşe göre, söz konusu kişinin sahip olduğu yalnızca fiilî bir iktisap ümididir.¹¹² Türk-İsviçre hukukunda ise, çoğunlukla, Alman hukukundan farklı olarak “fiili bir iktisap ümidi”nden değil, bir beklentiden bahsedilmektedir. Öte yandan, Serozan, Alman hukukundaki hakim görüşe katılarak, ölüme bağlı kazandırmaların, lehine kazandırmada bulunulan kişi bakımından mirasbırakanın ölümünden önce “ne dolaylı ne dolaysız ne tam ne beklenen hiçbir hakka kavuşturmadığını ve onu salt bir ‘umut’ ya da ‘beklenti’ ile avuttuğunu” belirtmektedir.¹¹³

Türk-İsviçre hukukunda, doktrinde kullanılan terimler arasında bir birlik sağlanamadığını belirtmek mümkündür; ancak bir terim birliği sağlanamasa da çoğunluk görüşü mirasçıların bir beklenen hakkının değil, yalnızca miras hakkına ilişkin bir beklentisinin olduğu yönündedir.¹¹⁴ “Beklenti” veya “bekleme durumu”

¹¹² Staudinger/Kanzleiter, Ein. §§ 2274 ff., N. 10; Erman/Kappler, Vor. § 2274, N. 1; Brox/Walker, s. 54, 87; Zimmermann, W.: Erbrecht, Erich Schmidt Verlag, 4. Auflage, Berlin 2013, s. 123; Frank, R./Helms, T.: Erbrecht, C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013, s. 170; Lange, s. 126; Muscheler, N. 2187; von Lübtow, s. 618 vd.: “*Vor dem Erbfall hat der künftige gesetzliche Erbe nach herrschender Ansicht jedoch nur eine jederzeit entziehbare tatsächliche Anwartschaft darauf, Erbe zu werden(...) Jedoch gibt es vor dem Erbfall noch kein Anwartschaftsrecht.*”; Muscheler, N. 2187: “*Der im Erbvertrag bedachte Erbe oder Vermächtnisnehmer erwirbt, wie beim Testament, vor dem Tod des Erblassers weder einen künftigen Anspruch noch eine rechtlich gesicherte Anwartschaft.*”

¹¹³ Serozan/ Engin, s. 288; Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 29, s. 63.

¹¹⁴ Antalya, s. 51; Serozan/Engin, s. 288; Kocayusufpaşaoğlu, miras sözleşmesi ile lehdarlara sağlanan bir bekleme durumu olduğunu belirtmektedir, s. 241. Dural, Türk-İsviçre hukukunda başkın olan görüşün, Alman hukukundaki baskın görüşün aksine, miras sözleşmesi ile lehine tasarruf yapılan kişinin beklenen hakkı olduğunu belirtmektedir (s. 26). Ancak, Dural, daha sonra, Öz ile yazdığı kitabında görüş değiştirerek, bir hukuki işlemin ölüme bağlı tasarruf sayılabilmesi için içermesi gereken

nun beklenen hak (*Anwartschaftsrecht*) ile özdeş olup olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. *Nomer*, miras açılmadan önce, mirasçılarının teknik anlamda bir beklentisi olmadığını savunmaktadır. *Nomer* “beklenti” terimini şu şekilde açıklamıştır: Beklenen hak, gelecekte kazanılması söz konusu olan hakkı ifade etmektedir. Hak sahibi olmayı bekleyen kişinin içinde bulunduğu hukuki durum için ise bekleme durumu veya beklenti ifadesi kullanılmaktadır.¹¹⁵ Bu durumda, *Nomer*’e göre, beklenti içerisinde olan kişinin bir beklenen hakkı olduğu sonucuna varmak mümkündür. *Antalya* ise, mirasbırakanın sağlığında, onun yasal mirasçılarının ve ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu kişilerin bir beklenen hakkının olmadığını, ancak onların mirasa ilişkin bekleme durumunda olduklarını belirtmektedir.¹¹⁶ Yazara göre, muhtemel mirasçının bekleme durumu, kanun ya da ölüme bağlı tasarrufla kurulmuş ve hukuk düzeni tarafından teminat altına alınmıştır. Bu bekleme durumu gelecekteki miras hakkını konu almaktadır ve mirasa ilişkin bekleme durumunun üzerinde, ancak hukuk düzeninin izin verdiği kadar tasarruf edilmesi mümkündür. Örneğin, miras payı üzerinde mirasın açılmasından önce mirasçı, mirasbırakanın rızasını alarak bekleme durumu üzerinde tasarruf edebilmektedir (TMK m. 678, İMK m. 636). Keza, mirasçı bir mirastan feragat sözleşmesi yaparak gelecekteki miras hakkına ilişkin bekleme durumu üzerinde tasarrufta bulunabilmektedir (TMK m. 528, İMK m. 495).¹¹⁷ Bu bakımdan, *Antalya*, beklenen hak ile bekleme durumunu birbirinden

unsurları sıralarken, lehine tasarrufta bulunan kişinin gerçek anlamda bir beklenen haktan yoksun bulunması gerektiğini ifade etmiştir (s. 51).

¹¹⁵ *Nomer*, H. N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 1.

¹¹⁶ *Antalya*, s. 51.

¹¹⁷ *Antalya*, s. 51.

ayırması, mirasçılarının, miras açılmadan önce bir beklenen hakkının olmadığını, ama onların miras hakkına ilişkin bir bekleme durumunda olduklarını ifade etmiştir.¹¹⁸

Mirasbırakan, saklı paylar dahil, tüm malvarlığı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir; ancak ölümünden sonra yaptığı tasarrufların saklı paya ilişkin kısımlarının tenkis edilmesi ihtimali vardır. Saklı paylı mirasçılar için getirilmiş olan tenkis imkanı ile mirasçılarının yalnızca saklı payları korunur. Mirasbırakan, malvarlığının saklı pay haricinde kalan kısmı bakımından tasarruf özgürlüğüne sahiptir. Miras sözleşmesi lehdarı bakımından TMK m. 527/II hükmüyle getirilen miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufların ve bağışlamaların iptali imkanı da, esasen bir tenkistir ve tenkis hükümleri burada kıyasen uygulanmaktadır. Bu bakımdan, TMK m. 527/II hükmüne uygun olarak, miras sözleşmesi yapan mirasbırakan malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilir; ancak tıpkı saklı paylı mirasçılarının sahip olduğu imkan gibi, miras sözleşmesi lehdarı da, mirasbırakanın yaptığı miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına ve bağışlamalarına karşı onun ölümünden sonra tenkis yoluna gidebilir. Bu imkan, miras payına ilişkindir, bir başka deyişle, mirasbırakan ölmeden önce terekesinin miktarının bilinebilmesi mümkün olmadığı gibi, bu miktara ilişkin muhtemel mirasçıya herhangi bir güvence de verilmemektedir. Bu durumda, muhtemel mirasçılarının miras payına ilişkin beklentilerinin yeterli bir güvenceye sahip olmadığı sonucuna varmak mümkündür. *Nomer*'e göre, tenkis davası ile muhtemel mirasçılara tanınan sınırlı koruma, mirasçılarının beklentilerini hukuki anlamda beklenti saymak için yeterli görülmemelidir.¹¹⁹

¹¹⁸ Antalya, s. 51.

¹¹⁹ Nomer, s. 131.

İsviçre hukukunda da, mirasbırakanın sağlığında, mirasçılarının hukuki durumu tarif edilirken “*Anwartschaft*”, “*erbrechtliche Anwartschaft*”, “*tatsächliche Anwartschaft*” ya da “*Erbanwartschaft*” şeklinde terimler kullanılmaktadır.¹²⁰ Escher, miras sözleşmesinin lehdara sağladığı bekleme durumunun, vasiyetname lehdarına veya saklı payı olmayan yasal mirasçılara kıyasla daha kuvvetli olduğunu belirtmektedir.¹²¹ Piotet, ölüme bağlı tasarruf lehdarının bir sübjektif hakka değil, yalnızca fiili bir beklentiye sahip olduğundan bahsetmektedir.¹²² Weimar, “*Anwartschaft*” terimini kullanmakla birlikte, bu terimi bir umut (*die Hoffnung oder tatsächliche Aussicht*) anlamında kullandığını ifade etmektedir.¹²³ Breitschmid, miras sözleşmesinin lehdara sağladığı hukuki durumu tarif ederken, bir beklenti sağlayıp sağlamadığının, bu kavramın tanımına bağlı olduğunu belirterek, her durumda, miras sözleşmesinin bağlayıcılığının lehdar için özel bir hukuki durum yarattığını ifade etmektedir.¹²⁴ Hrubesch-Millauer, mirasbırakanın lehdara, şu an için hiçbir hak sağlamadığını, yalnızca ona gelecekte mirasa çağrılmasına yönelik bir dayanak oluşturduğunu belirtmektedir.¹²⁵

¹²⁰ Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 11; ZK-Escher, Art 494, N. 5, 11; Druey, s. 97; Wolf, S./ Hrubesch-Millauer, S.: Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2017, s. 230, 242.

¹²¹ ZK-Escher, Art. 494, N. 5.

¹²² Piotet, s. 83: “*Die Verfügungen von Todes wegen, auch vertragliche, zeichnen sich dadurch aus, dass sie den Begünstigten kein Recht, weder auf Termin noch bedingtes, über das Vermögen des Erblassers zu dessen Lebzeiten gewähren. Subjektive Rechte entstehen erst beim Tode des Erblassers und vorausgesetzt, dass ihn der Vegünstigte überlebt. Bis dahin besitzt dieser bloß eine tatsächliche Anwartschaft und nicht ein subjektives Recht.*”

¹²³ BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 9.

¹²⁴ BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 4: “*Ob damit eine Anwartschaft geschaffen wird, hängt von der Definition dieses Begriffs ab (Angst-Weber, 15, 55 ff., 83 ff.; Schmid, 30 ff., Hrubesch-Millauer, Erbvertrag, § 6 Rz 518 ff.); der Schutz nach Art. 494 Abs. 3 als Folge der bindenden Wirkung von Todes wegen verschafft jedenfalls eine qualifizierte Rechtsstellung.*”

¹²⁵ Hrubesch-Millauer, s. 231: “*Ein Erbvertrag als Rechtsgeschäft von Todes wegen gibt dem darin Bedachten, dem Anwärter, kein gegenwärtiges Recht bzw. Forderungsrecht gegenüber dem Erblasser, sondern setzt die Grundlagen für eine künftige, irgendwann folgende erbrechtliche Berufung.*”

Sonuç olarak, gerek Türk-İsviçre gerek Alman hukukunda, miras açılmadan önce mirasçılarının hukuki durumunun sınırlı da olsa bir ölçüde korunduğu kabul edilmekte; ancak bunu beklenen hak olarak nitelendirmekten kaçınılmaktadır. Söz konusu çoğunluk görüşüne katılmakla birlikte, mirasçılarının sahip olduğu hukuki konumun alelade bir umut olarak nitelendirilmesini isabetli bulmadığımızı belirtmek istiyoruz. Miras açılmadan önce, muhtemel mirasçılarının gelecekteki miras payları üzerinde birtakım tasarruflarda bulunabildiği dikkate alındığında, burada yalnızca bir umut değil, hukuken belirli sınırlar içerisinde korunan ayrıcalıklı bir hukuki konumdan söz etmek gerekmektedir. Meseleyi çalışmamızın konusu üzerinden değerlendirecek olursak, miras sözleşmesi lehdarının, tıpkı saklı paylı mirasçı gibi, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufunu veya bağışlamasını tenkis ettirme imkanı karşısında, burada muhtemel mirasçılar bakımından bir hukuki koruma olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Esasen, miras sözleşmesi lehdarı, saklı paylı mirasçı gibi, bu tenkis imkanını mirasbırakanın ölümünden sonra kullanabilecektir. Yine de, söz konusu koruma, mirasbırakanın sağlığında yaptığı tasarruflarını da kapsayacak şekilde geniş bir imkan sağlamaktadır. Bu sayede, mirasbırakan miras sözleşmesi ile bağlanmakta ve miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına ve bağışlamalarına karşı ölümünden sonra itiraz yoluna gidilebilmektedir.¹²⁶ Hatta, mirasbırakanın bağışlama haricindeki diğer bazı sağlararası tasarrufları da, miras sözleşmesini dolanma amacı taşımaları durumunda sınırlanmaktadır.¹²⁷ Bu bakımdan, mirasbırakanın, miras sözleşmesi yaptıktan sonra, malvarlığı üzerinde eskisi gibi tasarruf edebileceğini düzenleyen TMK m. 527/I

¹²⁶ Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı hakkında detaylı bilgi için bkz.

¹²⁷ Miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlama dışındaki sağlararası tasarruflara ilişkin koruma için bkz. aşa. Bölüm II, II, 2.

hükmü, aynı hükmün devamında öngörülmüş olan “itiraz” imkanıyla büyük ölçüde sınırlandırılmış olmaktadır. Bu sebeplerle, miras açılmadan önce, muhtemel mirasçının herhangi bir hukuki koruma altında olmadığını ve yalnızca miras hakkına ilişkin umudu olduğunu savunmanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Miras açılmadan önce, muhtemel mirasçıların hukuki durumunun, beklenen hak olarak nitelendirilemese de, hukuken kanunda öngörülen birtakım mekanizmalarla, sınırlı da olsa, korunan bir beklenti olduğu kabul edilmelidir.

J. Miras Sözleşmesinin İçeriği

1. Genel Olarak

Alman hukukunda miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar, AMK § 2278 hükmünde, sınırlı şekilde, mirasçı atama sözleşmesi (*Erbeinsetzungsvertrag*), belirli mal bırakma (vasiyet) sözleşmesi (*Vermächtnisvertrag*) ve yükleme sözleşmesi (*Auflagevertrag*) olmak üzere sayılmaktadır. Söz konusu hükme göre, bunlar dışındaki maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar miras sözleşmesinde yer alabilmekte; ancak miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturmamaktadır.¹²⁸ Miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturabilecek olan bu üç tür maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf bağlayıcı olarak düzenlenebileceği gibi tek taraflı olarak da düzenlenebilmektedir. Bunun ayrımını yapmak, bağlanacak hukuki sonuçların belirlenmesi bakımından oldukça önemli olup bir yorum meselesi olarak ele alınmaktadır.¹²⁹

¹²⁸ Zimmermann, s. 118; Kipp/Coing, s. 233. Brox/Walker, s. 89. Lange/Kuchinke, s. 474; von Lübtow, s. 400; Lange, s. 133; Muscheler, N. 2204.

¹²⁹ Nolting, D., s. 93; Palandt/Edenhofer, § 2278, N. 2; MünchKomm/Musielak, § 2278, N. 3; Frank/Helms, s. 169. BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 12; Serozan/ Engin, s. 264;

Türk-İsviçre hukukunda ise, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar sınırlı şekilde sayılmamıştır. TMK 527/I (İMK m. 494/I) hükmünde düzenlenmiş olan miras sözleşmenin içeriği, mirasbırakanın sözleşmenin karşı tarafını ya da bir üçüncü kişiyi mirasçı atama veya bu kişilere belirli mal bırakma tasarruflarını içermektedir. Öte yandan, olumlu miras sözleşmesiyle iradi mirasçı atama ve belirli mal bırakma dışında diğer maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar da sözleşmenin bağlayıcı içeriğine konu olabilecektir. Türk-İsviçre hukukunda, söz konusu kanun hükmünün amaca göre yorumlanması sonucunda, bu sayımın, sınırlı sayı ilkesine (*numerus clausus*) tabi olmadığı, örnek mahiyetinde olduğu kabul edilmektedir.¹³⁰

Bir miras sözleşmesinin varlığını kabul etmek için içeriğinde en az bir bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf yer almalıdır.¹³¹ Eğer bu koşula uyulmuşsa, diğer tasarruflar bağlayıcı olmaksızın, bir başka deyişle tek taraflı olarak, miras sözleşmesinin içeriğinde düzenlenebilir ve vasiyetname hükmünde olurlar. TMK m. 527 (İMK m. 494) hükmünde miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriği olarak sayılan iradi mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarrufları ve TMK m. 528 (İMK m. 495) hükmünde mirastan feragat düzenlenmiştir; ancak bunların dışında diğer maddi anlamda ölüme

Staudinger/Kanzleiter, § 2278, N. 7; Eren (İptal Davası), s. 10; Frank/Helms, s. 169; Zimmermann, s. 118; Wolf/Genna, s. 375; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 3; Brox/Walker, s. 90. Lange/Kuchinke, s. 475; von Lübtow, s. 401.

¹³⁰ ZK-Escher, Vor. Art 494, N. 4; Piotet, s. 178; Itschner, s. 4; Hrubesch-Millauer, s. 45; İmre/Erman, s. 184.

¹³¹ ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 1; Hrubesch-Millauer, s. 44, 118; Zimmermann, s. 118; Brox/Walker, s. 91; Lange/Kuchinke, s. 474; von Lübtow, s. 400; Öztan, s. 243

bağlı tasarruflar, hukukî nitelikleri gereği tek taraflı yapılmak zorunda olmadıkça, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturabilmektedir.

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların bir kısmı zorunlu olarak yalnızca vasiyetname ile, diğer bir kısmı yine zorunlu olarak yalnızca miras sözleşmesiyle yapılabilirken, bir kısım maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf, hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi ile yapılabilmektedir.

2. Yalnızca Vasiyetname ile Yapılabilen Tasarruflar

Yalnızca vasiyetname ile düzenlenebilecek olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın tek taraflı irade beyanı ile kurulmakta ve bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadır. Bunlar mirasbırakanın dilediği zaman dönebileceği tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardır. Vasiyeti tenfiz memuru atama (TMK m. 550, İMK m. 517/I), mirasçılıktan çıkarma (TMK m. 510, İMK m. 477) ve miras hukukuna ilişkin olmamakla birlikte evlilik dışı çocuğu tanıma (TMK m. 295, İMK m. 260/III) tasarrufları hukuki nitelikleri gereği tek taraflı olarak yapılmak zorunda olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardır.¹³² Bu sebeple söz konusu maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmeleri halinde dahi vasiyetname hükmündedir.¹³³

¹³² ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 4; Hrubesch-Millauer, s. 46; Druey, s. 134; BGE 96 II 273; BGE 101 II 305.

¹³³ ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 4; Staudinger/Kanzleiter, § 2299, N. 1; Abt, D./ Weibel, T.: Praxiskommentar, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Auflage, Basel 2015, Vor. Art. 494, N. 44; Hrubesch-Millauer, s. 46; İmre/Erman, s. 184.

3. Yalnızca Miras Sözleşmesi ile Yapılabilen Tasarruflar

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan yalnızca mirastan feragatin (TMK m. 528, İMK m. 495)¹³⁴ sözleşme yoluyla yapılması zorunludur.¹³⁵

4. Hem Vasiyetname Hem Miras Sözleşmesi ile Yapılabilen Tasarruflar

Geriye kalan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar hem tek taraflı hem bağlayıcı şekilde yapılabilen tasarruflardır. Bunlara örnek olarak, mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarruflarının yanısıra, yükleme, vakıf kurma,¹³⁶ paylaştırma kuralı belirleme gibi diğer maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar sayılabilir. Bu tür iki şekilde de yapılabilen maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların bir miras sözleşmesi içerisinde yer alması durumunda, tek taraflı olarak mı yoksa bağlayıcı olarak mı düzenlendiklerini belirleme sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu husus kanunumuzda

¹³⁴ Mirastan feragat sözleşmesinin resmi vasiyetname şekline tabi olduğuna ilişkin Yargıtay İBK için bkz. Yargıtay İBK E. 1958/16 K. 1959/14 T. 11.02.1959.

¹³⁵ Ek olarak, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi (TBK m. 611, İBK m. 521)¹³⁵ ve yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalar (TBK m. 290, İBK m. 245) da yalnızca miras sözleşmesi yoluyla yapılabilen tasarruflar olarak zikredilebilir, bkz. Eren (İptal Davası), s. 9; Speckert, s. 18.

¹³⁶ TMK m. 102 hükmüne göre, vakıf kurma iradesi resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır. Bu hükme göre, vakıf bir vasiyetnameyle veya miras sözleşmesiyle kurulabilir; ancak şekli olarak miras sözleşmesi tercih edildiğinde vakıf kurma tasarrufu miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini de oluşturabilir mi? Vakıf kurma niteliği itibarıyla tek taraflı olarak düzenlenen bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmekle birlikte (ZK-Escher, Art. 493, N.3; Piotet, s. 176; İmre/Erman, s. 165; Hatemi, H.: Miras Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2018, s. 84; Öztan, s. 242; Kılıçoğlu, s.155), 2006 yılında İMK m. 81/1 hükmünde değişiklik yapılmış ve TMK m. 102 hükmü lafzına paralel olarak “vasiyetname” yerini “ölüme bağlı tasarruf” ifadesine bırakmıştır. İsviçre’deki bu değişiklikten sonra, ortaya atılan görüşler neticesinde vakıf kurma tasarrufunun mecburen tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olduğuna ilişkin görüş değişmiştir. Günümüzde bu tasarrufun hem tek taraflı hem de sözleşmesel olarak düzenlenebileceği kabul edilmektedir, bkz. BernerKomm/Weimar, Art. 493, N. 8; PraxisKomm/Grundmann, Vor. 494 ff., N. 44; Hrubesch-Millauer, s. 45; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s. 874; Serozan/Engin, s. 270, 394; Uyan, G.: “Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması”, İÜHFM 2007/2, s. 327-358. TMK m. 102 hükmünün eski kanundaki karşılığı olan m. 74 hükmü, mehzaz kanuna uygun olarak, ölüme bağlı tasarruf yerine “vasiyet yoluyla” vakıf kurulabileceği düzenlenmişti.

açıklığa kavuşturulmuş değildir. Dolayısıyla, miras sözleşmesinde herhangi bir bağlayıcı içerik olup olmadığı bir yorum meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁷ Yineleyelim ki, miras sözleşmesinde en az bir bağlayıcı, sözleşmesel niteliği haiz hüküm bulunmalıdır ki, ortada bir miras sözleşmesi olduğu kabul edilebilsin.¹³⁸

K. Miras Sözleşmesinin Türleri

Olumlu miras sözleşmesi ve olumsuz miras sözleşmesi ayrımını açıklamış bulunduğumuzdan burada o kısma atıf yapmakla yetiniyor ve yalnızca olumlu miras sözleşmesi türlerini inceliyoruz.¹³⁹

1. Tek Taraflı Miras Sözleşmesi - İki Taraflı Miras Sözleşmesi

Miras sözleşmesi, bir sözleşme olması dolayısıyla iki taraflı bir hukukî işlemdir; ancak her iki tarafın da miras sözleşmesiyle bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş olması gerekmemektedir. Bu bakımdan, ya her iki taraf da miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunmakta ya da bir taraf ölüme bağlı tasarrufta bulunurken, karşı taraf ya bu tasarrufu yalnızca kabul etmekte ya da bağlayıcı olmayan tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf veya ivazlı miras sözleşmesinde bir sağlararası tasarruf yapmakla yetinmektedir.¹⁴⁰ Tek taraflı miras

¹³⁷ Nolting, D., s. 93; Palandt/Edenhofer, §2278, N. 2; MünchKomm/Musielak, §2278, N. 3; Frank/Helms, s. 169. BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 12; Serozan/ Engin, s. 264; Staudinger/Kanzleiter, § 2278, N. 7; Eren (İptal Davası), s. 10; Frank/Helms, s. 169; Zimmermann, s. 118; Wolf/Genna, s. 375; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 3; Brox/Walker, s. 90. Lange/Kuchinke, s. 475; von Lübtow, s. 401.

¹³⁸ ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 1; Hrubesch-Millauer, s. 118; MünchKomm/Musielak, Vor. §2274, N. 5; Staudingers/Kanzleiter, Ein. § 2274 ff., N. 9, § 2299, N. 1; Öztan, s. 243; Zimmermann, s. 118; Brox/Walker, s. 91; Lange/Kuchinke, s. 474; von Lübtow, s. 400.

¹³⁹ Olumlu ve olumsuz miras sözleşmesi ayrımı için bkz. yuk. Bölüm I, I, F.

¹⁴⁰ ZK-Escher, Vor Art. 494, N. 13; Brox/Walker, s. 91; Hrubesch-Millauer, s. 43; Dural, s. 45; Dural/Öz, s. 101; İmre/Erman, s. 186; Oğuzman, sözleşme olması sonucu iki taraflı bir hukuki işlem

sözleşmesinin (*einseitiger Erbvertrag*), vasiyetname ile karıştırılmaması önemlidir.

Burada tek taraf bağlayıcı olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktadır; ancak

sözleşmenin karşı tarafının da bu bağlayıcı tasarrufu kabul etmesi gerekmektedir;

aksi takdirde bir sözleşmenin ve dolayısıyla bağlayıcılığın varlığından

bahsedemeyiz.¹⁴¹

İki taraflı miras sözleşmesinde (*zweiseitiger Erbvertrag*), her iki taraf da kendisini

bağlayan ölüme bağlı tasarruflarda bulunmaktadır ve bu tasarrufların bizzat bu

tarafkar lehine olması şart değildir. İki taraflı miras sözleşmesinin iki tarafı da

mirasbırakan olmaktadır. Bağlayıcı olmayan tek taraflı tasarruflar barındıran bir

miras sözleşmesinde, bu tasarruflar, sözleşmesini iki taraflı hale getirmez; zira bunlar

vasiyetname niteliği taşır ve yapan tarafından her zaman geri alınabilirler.¹⁴²

Genellikle, taraflar birbirleri lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunurlar, bu durumda

karşılıklı bir miras sözleşmesi (*gegenseitiger Erbvertrag*) söz konusu olmaktadır.¹⁴³

Öte yandan tarafların bağlayıcı ölüme bağlı tasarruflarının birbirleri lehine yapılmış

olan miras sözleşmesi bakımından yapılan bu ayrımın, sözleşme niteliğiyle karışıklığa yol açamaması bakımından, tek taraflı-iki taraflı miras sözleşmeleri yerine tek yönlü-iki yönlü miras sözleşmeleri şeklinde isimlendirmeyi tercih etmektedir (s. 133). Öte yandan, *Weimar*, tek taraflı miras sözleşmesinde, karşı tarafın ne sağlararası ne de ölüme bağlı hiçbir tasarrufta bulunmaması gerektiği görüşündedir, bkz. *BernerKomm/Weimar*, 14. Titel Einleitung, N. 11.

¹⁴¹ Brox/Walker, s. 91; Hrubesch-Millauer, s. 43.

¹⁴² Dural, s. 45; Dural/Öz, s. 101; ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 13: “*Gegenseitig wird der Erbvertrag erst, wenn der Gegenkontrahent ebenfalls vertraglich als Erblasser verfügt; gegenseitige Bedenkung der Kontrahenten kann, muss aber nicht stattfinden, da der Erbvertrag auch zugunsten Dritter möglich ist.*”

¹⁴³ Burada, bir görüşe göre, birbirinden bağımsız iki ayrı miras sözleşmesinin tek bir sözleşmede birleştirildiği (*eine Verbindung zweier selbständiger Erbverträge, Doppelgeschäft*) ve bu birleştirilen iki sözleşme arasında kural olarak bir bağıllık (*Abhängigkeit*) olduğu kabul edilmektedir; bkz. Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 11, ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 13, Dural, s. 46. Diğer bir görüş ise, karşılıklı miras sözleşmesinin tek bir hukuki işlemden oluştuğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre, iki ayrı miras sözleşmesi birleşmemekte, iki taraflı miras sözleşmesi tek bir işlem olarak iki tarafın bağlayıcı ölüme bağlı tasarrufundan oluşmaktadır, bkz. Hrubesch-Millauer, s. 90. İsviçre Federal Mahkemesi’nin görüşü bu yöndedir, bkz. BGE 46 II 16.

olması gerekli değildir. Yani miras sözleşmesindeki bağlayıcı ölüme bağlı tasarruflar bir üçüncü kişi lehine de yapılmış olabilir.¹⁴⁴

Karşılıklı miras sözleşmesinde, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, taraflardan birinin bağlayıcı ölüme bağlı tasarrufunun geçerliliğinin, diğer tarafın bağlayıcı ölüme bağlı tasarrufunun geçerliliğine bağlı olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁵ Ancak, burada “karşılıklı” ifadesi, söz konusu miras sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu anlamına gelmemektedir.¹⁴⁶ Karşılıklı miras sözleşmesinde, her iki taraf birbiri lehine bağlayıcı ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktadır; bu sözleşme borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak borç doğurmamaktadır. Ancak, burada miras sözleşmesi taraflarının ölüme bağlı edimleri birbiri ile bir değiş tokuş ilişkisi içerisinde yer almaktadır. Bu bakımdan, burada geniş anlamda ve borçlar hukuku özelliği taşımayan bir *synallagma* ilişkisi olduğunu belirtmek mümkündür.¹⁴⁷

Son olarak, birden fazla mirasbırakan veya birden fazla karşı tarafın olduğu miras sözleşmeleri çok taraflı miras sözleşmeleridir. Bu tür miras sözleşmeleri, bağlayıcı

¹⁴⁴ ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 13; Dural, s. 45; Dural/Öz, s. 101.

¹⁴⁵ Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda (AMK § 2298/1), karşılıklı miras sözleşmesi bakımından, tarafların birbiri lehine yaptığı bağlayıcı ölüme bağlı tasarruflar arasında bu bağlılığın olduğu ve dolayısıyla birinin geçersizliğinin diğerini de geçersiz hale getireceği yönünde bir karine açıkça düzenlenmiştir. Bunun aksini iddia eden, ispat yükü altındadır, bkz. Brox/Walker, s. 91. Türk-İsviçre hukukunda böyle açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, baskın olarak aynı görüş kabul edilmektedir, bkz. Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 11; ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 13 ve naklen Gauthier, s. 127; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 13; Hrubesch-Millauer, s. 43; Dural, s. 47; Yazar baskın görüşün aksi yönde olduğunu belirtmekle birlikte, aynı sonuca varmıştır.

¹⁴⁶ Henrici, s. 162; ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 13; Brox/Walker, s. 91; Dural, s. 45; İmre/Erman, s. 185.

¹⁴⁷ Hrubesch-Millauer, s. 90: Yazar, burada geniş anlamda tarafların yüklendikleri ölüme bağlı “edimlerin” bir değiş tokuş ilişkisi içerisinde olduğunu ve *synallagmatik* bir özellik gösterip göstermediğinin her bir somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazar, ivazlı miras sözleşmesine ilişkin savunduğu görüşe paralel olarak, karşılıklı sözleşmeler bakımından da geniş anlamda *synallagmatik* sözleşme nitelendirilmesi yapılabileceği görüşündedir.

ölüme bağılı tasarrufta bulunan taraf sayısına göre bir taraflı veya iki taraflı miras sözleşmesi niteliğı taşıyabilmektedir.¹⁴⁸

2. İvazlı Miras Sözleşmesi - İvazsız Miras Sözleşmesi

Miras sözleşmesinde mirasbırakanın yaptığı ölüme bağılı tasarrufa karşılık, sözleşmenin karşı tarafı da bir sağlararası tasarrufta bulunabilmektedir. Eğer sözleşmenin karşı tarafı bir sağlararası tasarrufta bulunmuş ise ivazlı (*entgeltlicher Erbvertrag*), bulunmamış ise ivazsız miras sözleşmesi (*unentgeltlicher Erbvertrag*) söz konusudur. Bu durumda, tek taraflı bir miras sözleşmesi ivazlı veya ivazsız olabilir. Tek taraflı ivazlı bir miras sözleşmesi, karşı taraf bir ölüme bağılı tasarrufta bulunmamış olduğundan tek taraflı, ancak bir sağlararası tasarrufta bulunduğundan ivazlıdır.

İvazlı miras sözleşmesinde, karşı tarafın sağlararası bir ivaz üstlenmesi söz konusudur. Ancak bu durum miras sözleşmesinin ölüme bağılı tasarruf olma niteliğini değiştirmemektedir; zira karşı taraftan sağlararası bir edim elde etmek, çoğunluk görüşüne göre, miras sözleşmesinin hukuki sebebini belirleyici bir unsur olmayıp, salt bir saik oluşturmaktadır.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Dural, s. 48; İmre/Erman, s. 188. Bu tanım, *Hrubesch-Millauer*'a göre tam olarak doğru değildir, yazara göre çok taraflı bir miras sözleşmesinin varlığı için en az üç kişinin bağlayıcı ölüme bağılı tasarrufta bulunmaları gerekmektedir (s. 44). Aynı yönde bkz. Staudinger/Kanzleiter, Ein. §§ 2274 ff., N. 21.

¹⁴⁹ ZK-Escher, Vor Art. 494, N. 7, 15 ve naklen Gauthier, s. 109, Hohl, s. 86; von Lübtow, s. 399.

İvazlı miras sözleşmesinin en yaygın örneği, karşı tarafın mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufu karşısında ona bir ivaz olarak ölünceye kadar bakmayı taahhüt etmiş olduğu sözleşmelerdir.¹⁵⁰ *Hatemi*, ölünceye kadar bakma ivazı dışında miras sözleşmesiyle başka ivazlı kazandırma yapılamayacağı görüşündedir. Yazara göre, ölünceye kadar bakma ivazı dışında sağlararası başka bir ivazın söz konusu olmasında sâlim bir hukuk duygusunu rahatsız eden nitelikler vardır.¹⁵¹ İvazlı miras sözleşmesi bakımından, böyle bir sınırlamanın gerektiği görüşüne katılmıyoruz. İvazlı miras sözleşmesi, ölünceye kadar bakma ivazı haricinde de, birçok ihtiyaca cevap verecek şekilde mirasbırakanın tereke planlamasında rol oynayabilir. Örneğin, mirasbırakan yüklü bir miktar paraya ihtiyaç duyabilir ve gelecekteki terekesini sağlığındaki bu ihtiyacı için sözleşme konusu yapmak isteyebilir. Hayatın olağan akışı gereği, mirasbırakanın, sağlığında bir fayda elde etmeksizin, miras sözleşmesi ile kendini bağlamak istemesi sıkça karşılaşılabilecek bir durum değildir. Miras sözleşmesinin, vasiyetnameye önemli bir alternatif oluşturmasının sebebi, özellikle ivazlı miras sözleşmesinin sağladığı bu imkan bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, ivazlı miras sözleşmesinin uygulama alanını yalnızca ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile sınırlandırmak, miras sözleşmesi kurumunun işlevselliğini zarar verecektir.

İvazlı miras sözleşmesinin, bir ölümüne bağlı tasarruf ile bir sağlararası hukuki işlemi biraraya getirmesi, hukuki niteliği bakımından ilginç bir durum yaratmakta ve

¹⁵⁰ Muscheler, N. 2218; Dural, s. 49; İmre/Erman, s. 186. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi için bkz. aşağı. Bölüm I, I, K, 2.

¹⁵¹ *Hatemi*, s. 106: *Hatemi*, ölünceye kadar bakma ivazı hariç olmak üzere ivazlı miras sözleşmesi yapılmasına karşı olduğu gibi, iki tarafın birbirini karşılıklı mirasçı veya vasiyet alacaklısı kıldığı miras sözleşmelerinin de kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir. Aksi halde, yazara göre, Türk hukukunda ortak vasiyetnamenin kabul edilmemesinin sebebini açıklamak mümkün olmayacaktır.

doktrinde tartışmalara sebep olmaktadır. İvazlı miras sözleşmesi, en sık görülen miras sözleşmesi türüdür; çünkü miras sözleşmesinin bağlayıcı niteliği en çok bu halde anlamlı hale gelmektedir. Mirasbırakanın, vasiyetname yerine bağlayıcı olan miras sözleşmesini tercih etmesi, yalnızca terekesini düzenleme değil, aynı zamanda sağlığında bir karşı edim elde etmesine olanak sağlamaktadır. Burada, evvelce de belirtildiği gibi, mirasbırakan gelecekteki terekesini sağlararası bir ivaz elde etmek için sözleşme konusu yapmaktadır.¹⁵² Günümüzde, ivazsız miras sözleşmesinin bağlayıcılığı sorgulanmakta ve bunların ölüme bağlı tasarruf niteliğinin, sözleşme niteliğine ağır bastığı kabul edilmektedir.¹⁵³

Bir görüş, ivazlı miras sözleşmesinin, tek taraflı bir miras sözleşmesi ve karşı tarafın sağlararası edim yüklendiği bir borçlar hukuku sözleşmesi olmak üzere iki farklı hukuki işlemden oluştuğunu savunmaktadır.¹⁵⁴ Söz konusu iki farklı hukuki işlemi

¹⁵² Henrici, s. 148.

¹⁵³ Örneğin, miras sözleşmesinde vasiyetnameden farklı olarak basit saik yanılmasının iptal nedeni olarak kabul edilmemesi görüşü hakim iken, bunun ivazsız miras sözleşmeleri için esnetilmesi gerektiğini savunan yazarlar vardır. İvazsız miras sözleşmesinde saik yanılmasının iptal nedeni olarak kabul edilebileceğine ilişkin görüş için bkz. BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 4; Eren (İptal Davası), s. 31; Raschein, R.: Die Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen, Diss. Bern 1954, s. 18; Brückner, C.: Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N. 2472: Brückner, miras sözleşmesinde mirasbırakanın elde edeceği bir karşı edim olmadığı durumda miras sözleşmesinin bağlayıcı olmasının uygun sayılamayacağını belirtmektedir. Hatta yazara göre miras sözleşmesi mirasbırakanı malvarlığının büyük bir bölümü bakımından bağlıyorsa, bunun ivazsız olması, İMK m. 27/II hükmüne de aykırı kabul edilmelidir. Saik yanılması hakkında bilgi için bkz. aşağı. Bölüm III, I, C, c, (aa).

¹⁵⁴ Greven, L.: Der Entgeltliche Erbvertrag, Diss. Bonn 1930, s. 1; Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 11; ZK- Escher, Vor. Art. 494, N. 7, 13, Art. 495, N. 4: “Auch beim entgeltlichen Erbverzicht (wie beim entgeltlichen Erbeinsetzungsvertrag) handelt es sich immer um ein erbrechtliches Rechtsgeschäft, nicht um einen gemischten Vertrag, der Erbverzicht und Gegenleistung unter Lebenden unausgeschieden enthalten würde. Vielmehr liegt eine Kombination zweier Verträge vor, des Erbverzichts und des Abfindungsgeschäftes unter Lebenden.” Escher, alıntılan bu sözlerinde, ivazlı mirastan feragat sözleşmesinin, karışık muhtevalı bir sözleşme olmadığını ve iki sözleşmenin birleşiminden oluştuğunu belirtmiştir; ancak “eine Kombination zweier Verträge” ifadesini kullanarak bir taraftan da kombine sözleşme kavramına işaret etmiş görünmektedir. Ancak, yazarın burada ivazlı mirastan feragat sözleşmesi için bir kombine sözleşme, dolayısıyla da bir karışık muhtevalı sözleşme nitelendirmesi yapmadığı kanaatindeyiz. Kombine sözleşme, bir tür karışık muhtevalı sözleşme olarak, tek bir sözleşmeden oluşmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Kuntalp, s. 106; Tandoğan, s. 71; Gümüş, s. 7. Karışık muhtevalı sözleşme kavramının içerisine bileşik sözleşmeleri de dahil ederek tek bir

içeren ivazlı miras sözleşmesi, bu görüşe göre, iki hukuki işlemden oluşan bir bileşik sözleşmedir (*Doppelgeschäft, zusammengesetzter Vertrag*).¹⁵⁵ Bu sözleşmeyle, mirasbırakan taraf bakımından bir ölüme bağlı tasarruf, sözleşmenin karşı tarafı için bir borçlar hukuku sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu görüş (*die Theorie des Doppelgeschäfts*), miras sözleşmesinin hukuki niteliğini çift işlem olarak açıklayan görüşün ivazlı miras sözleşmesi bakımından ortaya çıkan yansımasıdır. Miras sözleşmesinin hukuki niteliğinin, bir vasiyetname ve vasiyetnameden dönme hakkından feragat şeklinde iki işlemden oluştuğu yönündeki bu görüş (*Hartmannsche Theorie*) büyük ölçüde terk edilmiş bulunmaktadır.¹⁵⁶ Bu görüşün bir uzantısı olan ivazlı miras sözleşmesinin çift işlemden oluştuğu görüşüne katılmıyoruz.

Diğer bir görüş ise, miras sözleşmesinin tek bir hukuki işlem olduğu yönündeki hakim görüşe paralel olarak, ivazlı miras sözleşmesinin de, ölüme bağlı tasarruf

sözleşmenin varlığı şartını ihmal eden azınlık görüşü için bkz. Kuntalp, s. 43, dn. 23'te belirtilen yazarlar. Kombine sözleşme hakkında detaylı bilgi için bkz. Kuntalp, s. 135; Oktay Özdemir, s. 274.

¹⁵⁵ Bileşik sözleşme hakkında detaylı bilgi için bkz. BaslerKomm/Amstutz/Morin, OR Ein. Vor Art. 184 ff., N.12; Kramer, E. A.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband (1a), Die Entstehung der Obligation: Die Entstehung durch Vertrag: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Stämpfli Verlag, 1. Auflage, Bern 1991, OR Art. 20, N. 64; Schwenzer, s. 12; Gauch, P./ Schluep, W. R./ Schmid, J./ Emmenegger, S.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess Verlag, 10. Auflage, Zürich 2014, N. 253: “Von den erwähnten Innominatverträgen zu unterscheiden ist der “zusammengesetzte Vertrag”. Bei ihm handelt es sich in Wirklichkeit nicht um einen Vertrag, sondern um eine Vertragsverbindung: Mehrere (an sich selbständige) Verträge sind nach dem Willen der Parteien so miteinander verbunden, dass sie in ähnlicher Weise voneinander abhängen wie die Leistung und die Gegenleistung beim Austauschvertrag.” Bu tür sözleşmenin isimsiz sözleşmelerden ayırt edilmesi gerekmektedir. Burada gerçekte birden fazla sözleşme taraf iradeleriyle biraraya gelmekte ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki edim ve karşı edim arasındaki ilişkiye benzer şekilde birbirlerine bağlı bulunmaktadır. Kuntalp, E. Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 163 vd.: “Bileşik akitler, birden ziyade bağımsız aktin (isimli veya isimsiz), bu niteliklerine bir hanel gelmeksizin, tarafların iradeleriyle birbirlerine, birinin varlığı ve geçerliliği diğerine bağlı olacak şekilde bağlanmalarıdır. Bu bağlanma taraflar arasında örtülü veya açık olarak yapılan ve hukuki niteliği itibarıyla sui generis bir sözleşme olan bir anlaşma ile gerçekleştirilmektedir.”

¹⁵⁶ Miras sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz.

serbestisi içerisinde, ölüme bağlı tasarruf ile sağlararası hukuki işlemi biraraya getiren tek bir hukuki işlem (*einheitliches Rechtsgeschäft*) olduğunu savunmaktadır.¹⁵⁷ Bu görüşü kanun hükümlerinin lafzı da desteklemektedir.¹⁵⁸ Örneğin, TMK m. 548 (İMK m. 515) hükmü, mirasbırakandan önce ölen kişinin mirasçılarının, mirasbırakandan, “miras sözleşmesi uyarınca” elde ettiği zenginleşmeyi geri isteyebileceğini düzenlerken, birden fazla sözleşmeden bahsetmemektedir. Keza, TMK m. 547 (İMK m. 514) hükmü “miras sözleşmesi gereğince” sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan tarafa dönme hakkının tanındığını düzenlerken yine tek bir miras sözleşmesini kastetmektedir. Bu görüşe göre, ölüme bağlı edimi (*Leistung mortis causa*) ve sağlararası (*Leistung inter vivos*)

¹⁵⁷ Henrici, s. 167; Hohl, s. 87 ve naklen Gauthier, s. 111; Piotet, s. 187; Grundler, s. 41; Vollmar, s. 275; Hrubesch-Millauer, s. 79; Antalya (Feragat), s. 101: *Antalya*, ivazlı mirastan feragat sözleşmesi bakımından konuyu değerlendirmiş ve ivazlı mirastan feragat sözleşmesinin bir kombine sözleşme olduğu sonucuna varmıştır. Kombine sözleşme (*kombinierter Vertrag*), geniş anlamda karışık muhtevalı sözleşme çeşitlerinden olduğundan, yazarın bu görüşü dikkate alınarak, miras sözleşmesini tek bir sözleşme kabul ettiği anlaşılmaktadır. Ancak, yazar, “her iki sözleşme de kendine özgü vasıflarını değiştirmeden aynı sözleşme içinde kombine edilmiş bulunmaktadır” ifadesiyle bileşik sözleşmeye işaret eden bir açıklama yapmış ve bileşik sözleşmeye ilişkin “(*Doppelgeschäft, Vertragskoppelung, zusammengesetzter Vertrag*)” terimlerini kullanmış, sonrasında ise “kombine sözleşme, yeknesak bir sözleşme olarak bileşik sözleşmelerden tarafların iradesi ile ayrılır” demek suretiyle, ivazlı mirastan feragat sözleşmesinin sonuç itibarıyla tek bir sözleşme oluşturduğu görüşünde olduğunu düşündürmüştür. Detaylı bilgi için bkz. Antalya (Feragat), s. 101. Yazar, daha sonra, mirastan feragat sözleşmesi ile ivaz sözleşmesinin birinin diğerine veya her ikisinin diğerine şartlı olarak yeknesak bir sözleşme teşkil edecek şekilde bağlanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan, mirastan feragat sözleşmesinin içerisinde ivaz sözleşmesinin de düzenlenmiş olması tek başına şart ilişkisinin varlığına karine değildir. Sonuç olarak, mirastan feragat ile ivazın yeknesak bir işlemin unsurlarını oluşturması tarafların iradeleriyle mümkündür. Ayrıca, taraf iradelerinden ivaz olmaksızın mirastan feragat sözleşmesinin yapılmayacağı kabul edilebiliyorsa, ivaz sözleşmesinin geçersizliği halinde, mirastan feragat, ivaz sözleşmesinin geçerliliği şartına bağlanmış olmasa da, TBK m. 27/II hükmüne göre, mirastan feragat sözleşmesinin geçersizliğine sebep olur (Antalya (Feragat), s. 119 vd.).

Karışık muhtevalı sözleşmelerle, bileşik sözleşmelerin ayırt edilmesi önem arz etmektedir, detaylı bilgi için bkz. Kuntalp, s. 168; Tandoğan, s. 75. Karışık muhtevalı sözleşme tek bir akitten oluşmakta iken, bileşik sözleşmede birden fazla aktin niteliklerine bir halel gelmeksizin tarafların iradeleriyle birbirlerine bağlanmaları söz konusudur (Kuntalp, s. 163; Tandoğan, s. 176). Bunun sonucu olarak, sözleşmenin hangi kurallara tabi olduğu belirlenmektedir. Bileşik akitlerden her biri kendine özgü kurallara tabi iken, karışık muhtevalı akitte her bir asli edimin ait olduğu akit tipinin hükümlerine tabi olup olmayacağı, tabi olacak ise de söz konusu hükümlerin ne şekilde uygulanacağı tartışmalıdır (Kuntalp, s. 167). Taraflar arasında aynı ilişkinin karışık muhtevalı sözleşme veya bileşik sözleşmeden her ikisiyle de kurulmasının mümkün olması, bu iki tür sözleşmeyi birbirinden ayırmayı zorlaştırmaktadır (Kuntalp, s. 171).

¹⁵⁸ Grundler, s. 41; Hrubesch-Millauer, s. 80.

edimi bünyesinde birleştiren ivazlı miras sözleşmesi tek bir hukuki işlem oluşturmaktadır. Bu sözleşmenin, karşılıklı edimler içeren bir borçlar hukuku sözleşmesinden tek farkı, mirasbırakanın miras sözleşmesi yapmakla “ifada” bulunmuş olması ve bununla karşı tarafa ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan (mirasbırakanın ölümü) bir vadede, miktarı genellikle önceden belirlenemeyen bir malvarlığı bırakmasıdır.¹⁵⁹ Bir başka deyişle, miras sözleşmesinde, mirasbırakanın edimi, miras sözleşmesini imzalayarak ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş olmaktadır. Sonuç olarak, ivazlı miras sözleşmesini, ölüme bağlı edim ve sağlararası edim birleşiminden oluşan ve bu iki tür edimin ayrılmasının mümkün olmadığı bir sözleşme olarak kabul etmek gerekmektedir.¹⁶⁰ Biz de, ivazlı miras sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda bu görüşe katılmaktayız.

İvazlı miras sözleşmesinin tek bir hukuki işlemden oluştuğu görüşünün kabul edilmesi halinde, tartışılması gereken bir başka husus ortaya çıkmaktadır. İvazlı miras sözleşmesi içerisindeki, ölüme bağlı ve sağlararası olmak üzere, bu iki tür edim arasında bir karşılık (*synallagma*) ilişkisi olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir.¹⁶¹ *Synallagma* ilişkisinde, tarafların karşılıklı edimleri, tek bir hukuki

¹⁵⁹ Tuor, Art. 514, N. 2: “Die Leistungen der beiden Parteien stehen daher für die Regel in einer gewissen innerlichen Abhängigkeit zueinander, ähnlich den beiden Teilen eines gegenseitigen Vertrags, ohne das aber die vollen Kennzeichen eines solchen Vertrages vorliegen (es stehen nicht einander zwei obligatorische Verpflichtungen, OR 82 f., sondern nur eine solche einer schon erfüllten “Leistung” von Todes wegen.” Aynı yönde bkz. Greven, s. 37, 67; ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 15; Grundler, s. 61; Hrubesch-Millauer, s. 83; Brox/Walker, s. 92; İmre/Erman, s. 188; Oğuzman, s.131; Serozan (Dönme), s. 258.

¹⁶⁰ Grundler, s. 53: “Dies gilt jedoch m.E. dann nicht, wenn materiell untrennbar zusammengehörige Vertragselemente durch eine (künstliche) Aufspaltung in zwei (oder mehr) formell selbständige Rechtsgeschäfte je ein selbständiger Vertrag für Leistung und Gegenleistung konstruiert wird. Leistung und Gegenleistung beim entgeltlichen Erbvertrag gehören wie bei anderen Austauschverträgen i.d.R. materiell untrennbar zusammen; sie bilden die natürlichen Elemente des entgeltlichen Erbvertrages.”

¹⁶¹ *Synallagma* ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. BaslerKomm/Urs Leu, OR Art. 82, N. 1 vd.; Weber, R. H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband, Die Erfüllung der Obligation, Art 68-96 OR, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern 2005, Art. 82, N. 42 vd.; Buz, V.: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları,

işlemden kaynaklanmakta ve değiş tokuş ilişkisi (*Austauschverhältnis*, değişim/mübadele ilişkisi) içerisinde bulunmaktadır.¹⁶² Tek bir hukuki işlemin bulunup bulunmadığı konusunda ise belirleyici olan taraf iradeleridir.¹⁶³

İvazlı miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarruf ve sağlararası hukuki işlemi birleştiren hukuki yapısı içerisinde, hayatın olağan akışı dikkate alındığında, ölüme bağlı edim ile sağlararası edim arasında bir bağlılık olduğunu kabul etmek gerekmektedir.¹⁶⁴ Mirasbırakanın, ivazlı miras sözleşmesi yapmak için, terekesine ilişkin bir düzenleme ihtiyacı dışında, bir de sağlararası bir edim elde etme amacı vardır; aksi takdirde, mirasbırakanın ivazsız bir miras sözleşmesi ya da bir vasiyetname yapması yeterli olurdu.

Tartışılması gereken husus, ölüme bağlı edim ile sağlararası edim arasındaki bağlılığın nasıl bir ilişki çerçevesinde ortaya çıktığıdır. Bu bakımdan, çoğunluk görüşü, ivazlı miras sözleşmesinde biraraya gelmiş bulunan iki edim arasında teknik olarak bir *synallagma* ilişkisinin bulunmadığını savunmaktadır.¹⁶⁵ Miras sözleşmesi borç doğuran bir sözleşme olmadığı için, ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf, miras

Ankara 2014, s. 99. İvazlı miras sözleşmesinde *synallagma* ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Grundler, s. 56 vd.; Vollmar, s. 239 vd.; Hrubesch-Millauer, s. 83.

¹⁶² BaslerKomm/Urs Leu, OR Art. 82, N. 5.

¹⁶³ Konu hakkında İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 95 II 422, BGE 67 II 126.

¹⁶⁴ Henrici, s. 148; Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 11; Art. 514, N. 2; ZK-Escher, Art. 514, N. 1, 15; Hohl, s. 86; Itschner, s. 7; Piotet, s. 186; Speckert, s. 38; BaslerKomm/Breitschmid, Vor. 494-497, N. 7; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 18; Hrubesch-Millauer, s. 81. *Synallagma* bakımından, karşılıklı edimlerin birbiri ile bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunması belirleyicidir. Bu bakımdan, istisnai olarak, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler dışındaki bir sözleşmede de bir *synallagma*'dan söz etmek mümkün olabilmektedir. İvazlı miras sözleşmesinin buna bir örnek oluşturduğu ileri sürülmektedir, bkz. BernerKomm/Weber, Art. 82, N. 64; BaslerKomm/Urs Leu, OR Art. 82, N. 4.

¹⁶⁵ Henrici, s. 148; Tuor, Art. 514, N. 2; ZK-Escher, Art. 514, N. 1; Hohl, s. 86; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 18; Antalya (Feragat), s. 106, yazar, ivazlı mirastan feragat sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmadığı görüşündedir.

sözleşmesi yapmakla bir borç altına girmemektedir. Mirasbırakan yaptığı ölüme bağlı tasarruf ile borçlu hale gelmediği gibi, karşı taraf da bu bakımdan alacaklı niteliği taşımamaktadır.¹⁶⁶ Karşı tarafın, yapılan ölüme bağlı tasarruftan kaynaklanan hakkı bir alacak hakkı değil, miras hakkına ilişkin bir beklentidir.¹⁶⁷ Mirasbırakan miras sözleşmesi yapmakla bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş olmaktadır. Sözleşme lehdarı, mirasbırakan hayatta olduğu sürece bundan herhangi bir fayda sağlayamamaktadır.¹⁶⁸ Diğer yandan, ivaz borcu altına giren sözleşmenin karşı tarafı ise, sağlararası bir edim yüklenerek bir borç altına girmiştir. Sonuç olarak, ivazlı miras sözleşmesi, mirasbırakanın edimi bakımından bir ölüme bağlı tasarruf, karşı tarafın borcu açısından ise sağlararası bir tasarruf oluşturmaktadır. Bu sebeplerle, ivazlı miras sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere benzediği sonucuna varmak mümkündür. Ancak, mirasbırakan tarafın herhangi bir yükümlülük yüklenmiyor olması, bu sözleşmenin, teknik anlamda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmesine engel oluşturmaktadır. *Synallagma* ilişkisinin kabulünü zorlaştıran bir diğer sebep ise, ivazlı miras sözleşmesi yaparken tarafların, borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak, tek amacının, genellikle, edimlerin değiş tokuşu olmamasıdır.¹⁶⁹ Buna rağmen, söz konusu benzerlik sebebiyle, sağlararası tasarrufta bulunan tarafın, edimini ifa etmemesi hali için TBK

¹⁶⁶ Dural, s. 50; İmre/Erman, s. 188.

¹⁶⁷ Miras sözleşmesi lehdarının, miras sözleşmesi sonucu elde ettiği hukuki durumu hakkında bkz. yuk. Bölüm I, I, İ.

¹⁶⁸ Hrubesch-Millauer, s. 82.

¹⁶⁹ BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 18: *“Es sind meistens mehrere Gründe und Zwecke, die durch den Abschluss eines entgeltlichen Erbvertrags verwirklicht werden sollen. Um ein bloßes “Abkaufen”, ein scharf kalkuliertes Nehmen und Geben geht es fast nie. Wenn es aber doch einmal das Ziel des Erblassers sein sollte, seine Haut so teuer wie möglich zu verkaufen, und die Gegenpartei nicht mehr als nötig dafür bezahlen will, dann wäre ein solcher Vertrag ein in hohem Masse aleatorisches Geschäft, gegen dessen Risiken die Gegenpartei keinen Schutz verdient und auch nicht geschützt werden kann. Dies aus drei Gründen: Man kann nur darüber spekulieren, wie lange der Erblasser noch lebt und die Renten- oder Dienstleistungen der Gegenpartei in Anspruch zu nehmen berechtigt ist, welchen Wert der Nachlass bei der Eröffnung des Erbgangs haben und ob die Gegenpartei diesen Tag überhaupt erleben wird.”*, aynı yönde bkz. Hrubesch-Millauer, s. 84.

hükümlerine atıfta bulunulmuştur (TMK m. 547). Doktrindeki çoğunluk görüşü, ivazlı miras sözleşmesindeki ölüme bağlı ve sağlararası edimler arasında bir bağımlılık olduğu; ancak bunun teknik anlamda bir *synallagma* ilişkisi oluşturmadığı yönündedir.¹⁷⁰

Çoğunluk görüşünden farklı olarak, diğer bir görüş, ivazlı miras sözleşmesi bakımından bir *synallagma* ilişkisi olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁷¹ Bu görüşe göre, ivazlı miras sözleşmesi, hukuki sebebe bağlı bir sözleşmedir ve bu hukuki sebep mirasbırakan için karşı taraftan sağlararası edimi, karşı taraf bakımından ise mirasbırakandan ölüme bağlı edimi elde etmektir.¹⁷² Bu görüşe göre, ivazlı miras sözleşmesi bakımından hukuki sebebin ölüm olması mümkün değildir. Ölüm burada bir hukuki sebep değil, yapılan ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuç doğurması için adeta bir vadedir.¹⁷³ Bu görüşü savunan yazarlardan *Grundler*'e göre, TMK 527/II (İMK 494/3) hükmü ile miras sözleşmesi lehdarına, mirasbırakanın sağlığında yaptığı miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf veya bağışlamalarına karşı düzenlenen iptal imkanının, ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle kullanılabilmesi sebebiyle, tarafların edimleri

¹⁷⁰ Henrici, s. 148; Tuor, Art. 514, N. 2; ZK-Escher, Art. 514, N. 1; Hohl, s. 86; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 18; aksi yönde bkz. Grundler, s. 61; Vollmar, s. 270; Hrubesch-Millauer, s. 83, söz konusu yazarlar ivazlı miras sözleşmesinde *synallagma* ilişkisini kabul etmek gerektiğini savunmaktadır.

¹⁷¹ Grundler, s. 66, 79; Vollmar, s. 270; BaslerKomm/Breitschmid, Vor. 494-497, N. 7; Hrubesch-Millauer, s. 83.

¹⁷² Vollmar, s. 270; Hrubesch-Millauer, s. 88.

¹⁷³ Grundler, s. 67; Vollmar, s. 244; Hrubesch-Millauer, s. 88. Yazarlar, mirasbırakanın ölümünü, ivazlı miras sözleşmesi için hukuki sebep olarak nitelendirmemektedir, onun yerine ölümün sözleşme bakımından “*natürliche Voraussetzung*” veya “*eine Notwendigkeit des Eintritts*” veya “*eine Befristung*” oluşturduğunu ileri sürmektedir. Miras sözleşmesinde hukuki sebep (*causa*) hakkında detaylı bilgi için bkz. Vollmar, s. 140 vd. *Serozan*, ölüme bağlı tasarrufun ayırt edici özelliğinin “ölümün tarafların isteğine göre hukuki işlemin basit bir saik olmakla kalmayıp, işlemin belirleyicisi, zorunlu, asal ögesi, etkinlik gereği, hukuki şartı ya da hukuki sebebi olması” olarak belirtmektedir (Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 10). *Antalya*'ya göre, ölüm, ölüme bağlı tasarrufun hukuki şartıdır (*conditio iuris*) (s. 109).

arasındaki değiş tokuş ilişkisinde, mirasbırakan bir eksik borç (*unvollkommene Obligation*) üstlenirken, diğer taraf ise sözleşme özgürlüğünün sınırları çerçevesinde içeriğinin taraflarca serbestçe belirlenebileceğİ bir (tam) borç yüklenmektedir.¹⁷⁴ Söz konusu içerik serbestisi, borçlar hukukunun tanıdığı bir imkan olup, karşı tarafın sağlararası edimi bakımından geçerli olduğundan miras hukukunun *numerus clausus* ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.¹⁷⁵

İvazlı miras sözleşmesinde bir *synallagma* ilişkisi olduğunu kabul eden görüşe göre, ivazlı miras sözleşmesinde, karşı taraftan sağlararası edim elde etmenin yalnızca bir saik olduğu kabul edildiğİ takdirde, edimler arası bağılılığın sebebini açıklamak mümkün olmamaktadır.¹⁷⁶ Yine bu görüşe göre, mirasbırakanın miras sözleşmesi yapmakla edimini ifa etmiş olması, sözleşmenin niteliğİ gereğİ bir erken ifa yükümlülüğünün (*Vorleistungspflicht*) sonucudur ve bu durum sözleşmenin *synallagmatik* özelliğini engellememektedir.¹⁷⁷ Öte yandan, genellikle ivazlı miras sözleşmesinde, borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak, edimlerin içerikleri önceden belirlenebilir değildir. Mirasbırakanın yaşam süresince devam edecek sürekli bir edim söz konusu olduğunda, bu süre bilinmeyeceğİ için edimin içeriğİ de belirlenebilir değildir. Aynı şekilde, mirasbırakanın ölümü anında terekesinin içeriğİ de önceden belirlenebilir değildir. Bu bakımdan, miras sözleşmesinin rizikolu (*aleatorisch*) bir niteliğİ olduğunu belirtmek mümkündür.¹⁷⁸ Bu durum, öncelikle,

¹⁷⁴ Grundler, s. 61: “*Es liegt mithin zu Lebzeiten des Erblassers kein Austauschverhältnis zweier vollkommener Leistungsverpflichtungen, sondern lediglich ein Austauschverhältnis zwischen einer vollkommenen Leistungsverpflichtung (Gegenleistung inter vivos) und einer unvollkommenen Obligation (Art 494 Abs. 3 ZGB) vor.*” Eksik borç kavramı için bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B.I), N. 81.

¹⁷⁵ Grundler, s. 66; aynı yönde bkz. Vollmar, s. 248; Hrubesch-Millauer, s. 84.

¹⁷⁶ Grundler, s. 76; Hrubesch-Millauer, s. 83.

¹⁷⁷ Hrubesch-Millauer, s. 84.

¹⁷⁸ Grundler, s. 68; Hrubesch-Millauer, s. 85; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 495, N. 6.

mirasbırakanın malvarlığını ne şekilde değerlendirdiğiyle ilgili olmakla birlikte, ülkenin ekonomik durumu gibi dış etmenlere bağlı olarak da değişiklik göstermektedir. Bu durumda edimler arası bir eşitlikten söz etmek mümkün görünmemektedir; ancak buna rağmen, sözleşme özgürlüğü, taraflara, sözleşmenin içeriğini, TBK m. 26, 27, 28 (İBK m. 19, 20, 21) ve TMK m. 23 (İMK m. 27) hükümlerine aykırılık teşkil etmedikçe, istedikleri şekilde belirleme imkanı vermektedir. Bu bakımdan, tarafların üstlendikleri edimler arasında objektif olarak bir denge sağlanamamış gibi görünse de, çeşitli sebeplerden dolayı subjektif bir denge sağlanmış olabilir. Edimlerin arasındaki değer ilişkisi (*Wertverhältnis*), bir sözleşmenin *synallagmatik* olup olmadığını belirleme hususunda önem arz etmemektedir.¹⁷⁹

Miras sözleşmesinin hukuki sebebini incelerken açıklamış olduğumuz üzere, ivazlı miras sözleşmesinde, mirasbırakanın ölüme bağlı edimi (*Leistung mortis causa*), sözleşmenin karşı tarafının üstlenmiş olduğu sağlararası edimin (*Leistung inter vivos*) hukuki sebebini oluşturmaktadır. Aynı şekilde, sözleşmenin karşı tarafının borçlandığı sağlararası edim, mirasbırakanın ölüme bağlı ediminin hukuki sebebidir.¹⁸⁰ İvazlı miras sözleşmesinde, ölüme bağlı edim ve sağlararası edim arasında bir değiş tokuş ilişkisi vardır. Bu durumda, ivazlı miras sözleşmesinin teknik anlamda *synallagmatik* sözleşme olup olmadığı meselesi ortaya çıkmaktadır. Biz, ivazlı miras sözleşmesinin, *synallagmatik* bir borçlar hukuku sözleşmesinden ayırt edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. İvazlı miras sözleşmesinin, ölüme bağlı

¹⁷⁹ Grundler, s. 69; Hrubesch-Millauer, s. 85; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 495, N. 6; BernerKomm/Weber, Art. 82, N. 48;

¹⁸⁰ Hrubesch-Millauer, s. 88. Miras sözleşmesinin hukuki sebebine ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. Bölüm I, I, H.

tasarruf niteliğinden uzaklaştığını ve sözleşme niteliğinin ve dolayısıyla borçlar hukuku etkisinin ağır bastığını kabul etmek gerekmektedir; ancak yine de, ivazlı miras sözleşmesindeki edimler arası ilişkinin borçlar hukuku anlamında teknik bir terim olan *synallagma* ilişkisi olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü ivazlı miras sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme değildir. İvazlı miras sözleşmesi, sözleşmenin karşı tarafı bakımından bir borç doğururken, mirasbırakan teknik anlamda bir borç altına girmemekte, yalnızca miras sözleşmesi yapmakla ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş olmaktadır. Bu bakımdan, ivazlı miras sözleşmesinin, doktrinde ileri sürülen ve miras sözleşmesinin çifte niteliğine uygun olduğunu düşündüğümüz, kendine özgü bir *synallagma* veya borçlar hukuku karakteri taşımayan bir *synallagma* ilişkisi (*synallagmatischer Vertrag nicht obligatorischen Charakters/ synallagmatischer Zusammenhang ohne obligatorischen Charakter*)¹⁸¹ içerdiği sonucuna varmanın isabetli olduğu kanaatindeyiz.¹⁸² Keza, ivazlı miras sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere olan benzerliğinden yola çıkılarak, TMK m. 547 hükmünde borçlar hukuku kurallarına atıfta bulunulmuştur. Böyle bir atıf olmasaydı dahi, TMK m. 5 (İMK m. 7) hükmü gereği, Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağından ivazlı miras sözleşmesi bakımından tam iki

¹⁸¹ von Lübtow, s. 405 ve Soergel/Wolf, Vor. § 2274, N. 4'den naklen: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, Amtliche Ausgabe, Berlin, Leipzig 1888, s. 345.

¹⁸² İvazlı miras sözleşmesinin synallagmatik bir sözleşme olduğu görüşünü savunan Hrubesch-Millauer, konu hakkında vardığı sonucu açıklarken ivazlı miras sözleşmesinin geniş anlamda *synallagmatik* sözleşme (*synallagmatischer Vertrag im weiteren Sinne*) olduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan, kanaatimizce, söz konusu yazarın da aslında ivazlı miras sözleşmesini, *synallagmatik* borçlar hukuku sözleşmelerinden ayırt ettiği sonucuna varmak mümkündür.

tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin borçlar hukuku kuralları uygulama alanı bulacaktır.¹⁸³

3. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlendiğinde bu sözleşmeye “miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi”

(*Erbverpfündungsvertrag*) denmektedir. Söz konusu sözleşme hakkında, TMK m. 611/II hükmü gereği miras sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.¹⁸⁴

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi miras sözleşmesine bağlı olmaksızın da yapılabilmektedir, bu durumda söz konusu sözleşmeye “borçlar hukuku nitelikli veya alelade ölünceye kadar bakma sözleşmesi” (*obligationenrechtliche/gewöhnliche Verpfündungsvertrag*) denmektedir.¹⁸⁵ TBK m. 612 hükmüne göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, miras hukuku nitelikli olmasa dahi, miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmelidir.¹⁸⁶

4. Üçüncü Kişi Lehine Miras Sözleşmesi

Miras sözleşmesinde alışlagelmiş olan sözleşmenin karşı tarafının yapılan ölümle bağlı tasarrufun lehdarı olması halidir; ancak miras sözleşmesi ile yapılan ölümle

¹⁸³ İvazlı miras sözleşmesinin, Borçlar Kanunu’nun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından öngörmüş olduğu kuralların uygulama alanına girdiği hususlara ilişkin olarak bkz. aşırı yararlanma (aş. Bölüm III, I, C, 2, d), uyarılama (aş. Bölüm II, I, B, 5), borçlu temerrüdü (aş. Bölüm III, II, C, 2, b)

¹⁸⁴ Yargıtay 2. HD. 08.03.2005 17026/3505.

¹⁸⁵ Ölünceye kadar bakma sözleşmesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tunçomağ, K.: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Doktora Tezi, Ankara 1959. Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir, bkz. BaslerKomm/Urs Leu, OR Art. 82, N. 4.

¹⁸⁶ Yargıtay 2. HD. 27.04.1976 3105/3674.

bağlı tasarrufun bir üçüncü kişi lehine yapılması da mümkündür.¹⁸⁷ Miras sözleşmesi, yalnızca karşı taraf ya da yalnızca üçüncü kişi lehine yapılabileceği gibi, hem karşı taraf hem üçüncü kişi lehine de yapılabilmektedir.¹⁸⁸ Bu durumda miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan karşı tarafın üçüncü kişi lehine yapılan sözleşmeden kendisine ait bir menfaat sağlaması gerekli değildir; ancak genellikle sözleşmenin karşı tarafının da dolaylı bir menfaati söz konusu olmaktadır. Örneğin; bir babanın çocukları lehine yapılan bir ölüme bağlı tasarrufa ilişkin miras sözleşmesinin tarafı olması halinde olduğu gibi.¹⁸⁹

Üçüncü kişi lehine yapılan miras sözleşmesi, borçlar hukuku anlamında üçüncü kişi yararına sözleşmeden (TBK m. 129, İBK m. 112) teknik anlamda farklıdır.¹⁹⁰ Çünkü, miras sözleşmesi ile ne sözleşmenin karşı tarafı ne de üçüncü kişi lehine bir alacak hakkı doğmaktadır.¹⁹¹ Sözleşme lehdarı, mirasbırakanın ölümü halinde miras hakkına veya vasiyet alacağına ulaşacaktır. Bu sözleşme yapılırken üçüncü kişinin haberinin olması gerekli olmadığı gibi, mirasbırakanın sağlığında sözleşmenin ortadan kaldırılması durumunda da üçüncü kişinin bundan haberdar olması gerekmemektedir.¹⁹² Zira, mirasbırakan, üçüncü kişi lehine yapılan miras sözleşmesinde, üçüncü kişiye değil, sözleşmenin karşı tarafına karşı bağlıdır.

¹⁸⁷ Kipp/Coing, s. 233; Brox/Walker, s. 91.

¹⁸⁸ İmre/Erman, s. 187.

¹⁸⁹ ZK-Escher, Art. 494, N. 4.

¹⁹⁰ Detaylı bilgi için bkz. ZK-Escher, Art. 494, N. 4; Hrubesch-Millauer, s. 44; Eren (İptal Davası), s. 6; Kipp/Coing, s. 233; Brox/Walker, s. 91; von Lübtow, s. 403. Borçlar hukuku anlamında üçüncü kişi yararına sözleşme hakkında detaylı bilgi için bkz. Gauch, P./ Schluep, W. R./Schmid, J./ Emmenegger, S.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, 10. Auflage, Zürich 2014, N. 3872; Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 2017, s. 18; Eren, s. 1165; Tekinay, S. S./ Akman, S./ Burcuoğlu, H./ Altop, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 218; Oğuzman, M. K./ Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 788.

¹⁹¹ Brox/Walker, s. 91; von Lübtow, s. 4r03.

¹⁹² Wolf/Genna, s. 210; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 232.

L. Miras Sözleşmesinin Bazı Benzer Kurumlardan Ayırt Edilmesi

1. Vasiyetnameden Farkı

Miras sözleşmesini vasiyetnameden ayıran en önemli fark, bu iki kurum arasındaki hukukî nitelik farkıdır. Miras sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle bir sözleşme iken, vasiyetname varması gerekli olmayan bir irade beyanı ile gerçekleştirilen tek taraflı bir hukukî işlemdir. Bu hukukî nitelik farkı, miras sözleşmesini bağlayıcılığı yönünden vasiyetnameden ayırmaktadır. Vasiyetname tek taraflı bir hukukî işlem olmakla, karşı tarafın rızasını gerektirmeden her zaman mirasbırakan tarafından geri alınabilmektedir. Miras sözleşmesi ise hukukî niteliği itibariyle bir sözleşme olduğu için, mirasbırakan, kural olarak, bu sözleşmeyi tek taraflı bir irade açıklaması ile ortadan kaldıramaz; ancak bu kuralın istisnaları mevcuttur ve miras sözleşmesinin sona ermesine ilişkin son bölümde bu istisnaî haller açıklanmıştır.¹⁹³

Miras sözleşmesi ile vasiyetname arasındaki hukukî nitelik farkının sonucu olarak, bu iki tür ölüme bağlı tasarruf ehliyet ve şekil yönünden de farklılık göstermektedir. Vasiyetname yapmak için ayırt etme gücünün olması ve 15 yaşın doldurulması yeterli iken (TMK m. 502), miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf için kural olarak tam fiil ehliyeti gerekmektedir (TMK m. 503). Miras sözleşmesi tabî olduğu şekil yönünden de vasiyetnameden farklılık göstermektedir. Miras sözleşmesi, resmî vasiyetname şekline tabîdir ve vasiyetnameden farklı olarak el yazısıyla veya sözlü şekilde yapılamaz.¹⁹⁴

¹⁹³ Miras sözleşmesinin sona ermesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. aşağıda Bölüm III, II.

¹⁹⁴ Dural/Öz, s. 99; Öztan, s. 230; Serozan/ Engin, s. 207; Kılıçoğlu, s. 98.

Vasiyetname ile miras sözleşmesi arasındaki hukukî nitelik farkı, bu iki ölüme bağlı tasarrufun yorumlanmasında da fark yaratmaktadır.¹⁹⁵ Vasiyetname, tek taraflı bir hukukî işlem olduğu için burada mirasbırakanın iradesi hakimdir. Bu sebeple, vasiyetname yoruma ihtiyaç duyduğunda önemli olan objektif anlamı tespit etmek değil, sübjektif anlamı, yani mirasbırakanın ne kastettiğini belirlemektir. Miras sözleşmesi söz konusu olduğunda ise bir sözleşme olması dolayısıyla yorumlanırken güven ilkesi uygulanmaktadır.

Miras sözleşmesi ile vasiyetname arasındaki hukukî nitelik farkı bir kenara bırakılırsa, bu iki kurum aslında birbirine benzer işlevlere sahiptir. İkisi de birer ölüme bağlı tasarruf olmakla, mirasbırakanın ölümünden sonra terekesi üzerinde belirlemeler yapabilmesini sağlamaktadır. Bu durumda, elyazılı vasiyetnameye göre daha zahmetli ve masraflı olan miras sözleşmesi neden vasiyetname yapmak yerine tercih edilsin sorusunun cevabını aramak gerekmektedir. Bunun için de aynı amaca ulaşmaya çalışan bu iki hukukî kurumu birbirinden ayıran nokta üzerine yoğunlaşılmalıdır.

Vasiyetname tek taraflı ve istenildiği zaman mirasbırakan tarafından geri alınabilecek bir hukukî işlem olarak iradi mirasçılara, tıpkı kanuni mirasçılıkta olduğu gibi, miras hakkına ilişkin bir beklenti sağlamaktadır. Mirasbırakan yaptığı vasiyetnameyi sağlığında istediği zaman geri alabilmektedir. Mirasbırakanın vasiyetnamesiyle yaptığı ölüme bağlı tasarruf, ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle kesin hale gelmekte ve yine ilk bu anda yapılan ölüme bağlı tasarrufun başka bir

¹⁹⁵ Miras sözleşmesinin yorumuna ilişkin bkz. aşağıda. Bölüm II, I.

ölüme bağı tasarrufla sınırlanıp sınırlanmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, vasiyetname iradî mirasçılara veya vasiyet alacaklılarına herhangi bir güvence sağlayamaması yönünden miras sözleşmesinden farklılık göstermektedir. Yine bu sebeple, ivazlı miras sözleşmesinden farklı olarak, mirasbırakan henüz hayatta iken almak istediğı bir karşılığı vasiyetname ile elde edememektedir. Miras sözleşmesi, mirasbırakana, terekesine ilişkin düzenleme yapmanın yanısıra sağlığında da bir ivaz elde etmesine ve bu şekilde terekesini sağlığında değerlendirmesine olanak vermektedir.

Tüm bu sebeplerle, mirasbırakanın hangi şekli anlamda ölüme bağı tasarrufu tercih etmesi gerektiğini belirlemek güç olmamalıdır. Zira, miras sözleşmesi ile amaçlanana vasiyetname gerçekleştirememekte, vasiyetname ile ulaşmak istenen de miras sözleşmesinin niteliğine uymamaktadır. Mirasbırakanın iradesi dışında, yapılmak istenen maddi anlamda ölüme bağı tasarrufun niteliğı de bu belirleme bakımından önem taşımaktadır. Bazı maddi anlamda ölüme bağı tasarruflar yalnızca tek taraflı bir hukukî işlemle yapılabilecekken, bazıları da mutlaka bir sözleşme gerektirmektedir. Maddi anlamda ölüme bağı tasarrufların büyük bir kısmını ise iki şekilde de yapmak mümkündür.

2. Yerine Getirilmesi Bağışlayanın Ölümüne Bağlı

Bağışlamalardan Farkı (TBK m. 290/II; İMK m. 245/2)

Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamalar, bağışlayanın ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracak olan bağışlamalardır.¹⁹⁶ TBK m. 290/II hükmünde bu tür bağışlamalara “vasiyete ilişkin hükümler uygulanır” denmiştir. Doktrinde, bu ifadenin, mehzaz hüküm olan İBK m. 245/III hükmüne uygun şekilde, “ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümler” uygulanır şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.¹⁹⁷ Zira, bağışlamanın bir sözleşme olduğu dikkate alınır, burada uygulanacak olan miras sözleşmesine ilişkin hükümlerdir. Türk-İsviçre hukukunda, bu tür bir bağışlamanın söz konusu olabilmesi ve ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tabî tutulabilmesi için, kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümünde hayatta olması geciktirici şartının mevcudiyeti aranmamaktadır.¹⁹⁸ Bir başka deyişle, sadece bağışlayanın ölümü bir geciktirici vade olarak yeterli olmaktadır. Oysa ki Alman hukukunda, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tabî tutulması için AMK § 2301 hükmünde bağışlayanın ölmesi geciktirici vadesi ile yetinilmemekte ve

¹⁹⁶ Türk-İsviçre hukukunda, ölüme bağlı bağışlama terimi dar ve geniş olmak üzere iki anlam taşımaktadır. Dar anlamda ölüme bağlı bağışlama, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamayı (TBK m. 290/II) ifade etmektedir. Geniş anlamda ölüme bağlı bağışlama ise, bağışlayanın, sağlığında bağışlama taahhüdünü ifa ettiği; ancak tasarruf işlemi bağışlanan kişinin kendisinden önce ölmesi bozucu koşuluna bağladığı bağışlamalardır. Burada bozucu koşula bağlanmış olanın, bağışlama sözleşmesi mi yoksa tasarruf işlemi mi olduğu tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. Sirmen, L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992, s. 104 vd.; Gümüş, 215. TBK m. 292/I hükmünde düzenlenmiş bulunan bağışlayana dönme koşullu bu bağışlama, sağlararası bir hukuki işlem olarak Borçlar Kanunu’na tabidir. Miras sözleşmesi ile kıyaslanması ve farklılıklarının ortaya konması gereken ise dar anlamda ölüme bağlı bağışlama olan yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamalardır (TBK m. 290/II). Detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 126; Gümüş, s. 214; Tandoğan, s. 368.

¹⁹⁷ Tandoğan, s. 368; Gümüş, s. 214; Ertaş, Ş.: Ölüme Bağlı Tasarruftan Tenfizi Ölüme Bağlı Bağışlama ile Rücu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Özel Sayı, 2005, s. 51-56, s. 52; Eren (İptal Davası), s. 9; Dural/Öz, s. 51; Speckert, s. 18.

¹⁹⁸ Aksi yönde bkz. Hrubesch-Millauer, s. 57.

ayrıca kazandırma lehdarının bağışlayanın ölümünde hayatta olması geciktirici şartı da (*Überlebensbedingung*) aranmaktadır.¹⁹⁹ Bu farklı düzenleme, Alman hukukunda ölüme bağlı bağışlamayı ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tabî tutmak konusunda daha çekimser bir yaklaşım sergilendiğini ve sağlararası tasarrufla gerçekleştirilen ölüme bağlı kazandırmalarda söz konusu kazandırmanın kazandırma lehdarının şahsına sıkı sıkıya bağlı olması gerektiği anlayışının hakim olduğunu ortaya koymaktadır.²⁰⁰

TBK m. 290/II hükmünden yola çıkarak, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamayı, ölüme bağlı tasarruf ile özdeş mi kabul etmek gerekir, yoksa bu tür bağışlamalar sağlararası hukukî işlem olma niteliklerini korurlar mı? Bu konu tartışmalıdır.²⁰¹ Bu sorunun cevabına bağlı olarak, bu tür bağışlamaya ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin doğrudan doğruya mı yoksa kıyasen mi uygulanacağı belirlenecektir.²⁰² Burada söz konusu atfin altında yatan gerekçe, bu tür bağışlamaların birer kanuna karşı hile aracı olarak miras hukukunun sıkı rejiminden kaçma amacına yönelik kullanılması tehlikesine engel olma isteğidir.²⁰³ Öte yandan, asıl amacın atipik, kendine özgü nitelikler taşıyan bu tür bağışlamaları, menfaatler dengesine uygun şekilde bünyesine daha uygun olan miras hukuku hükümlerine tabî kılmak ve dolayısıyla borçlar hukuku kurallarının uygulanmasını dışlamak olduğu da söylenebilir. *Serozan*'a göre, bu amaca uygun olan, buradaki atfin kıyasen

¹⁹⁹ MünchKomm/Musielak, §2301, N. 4; Palandt/Weidlich, §2301, N. 3; Brox/Walker, s. 424; von Lübtow, s. 1221.

²⁰⁰ Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 60.

²⁰¹ İsviçre Federal Mahkemesi bu konuda görüş bildirmemiştir, bkz. BGE 89 II 87.

²⁰² Tandoğan, s. 368; Kocayusufpaşaoğlu, s. 126; Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 63.

²⁰³ Druey, s. 105, yazar, sağlararası tasarruf arkasına gizlenmiş ölüme bağlı tasarruf (*verdeckte Verfügungen von Todes wegen*) hallerini açıklamaktadır.

uygulamayı işaret etmesidir. Buna göre, ölüme bağlı tasarruf hükümleri “mekanik bir hüküm transferi” sonucu kavramsal olarak uygulanmamakta ve menfaatler durumu dikkate alınarak esnek şekilde bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanmaktadır.²⁰⁴

Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamaların hukukî niteliği hakkında farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, sağlararası hukuki işlem niteliğini kaybetmekte ve ölüme bağlı tasarruf haline gelmektedir.²⁰⁵ Bu sebeple, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin bütün hükümlerin bu tür bağışlamalara uygulanması gerekmektedir. Kanunkoyucu, iki taraflı ivazsız hukukî işlemlerde, bir sağlararası hukukî işlem mi, yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğu tartışmasını önlemek istemektedir.²⁰⁶ Burada hukukî sorunun kolaylaştırılması amaçlanmakta; ancak bu sebeple tarafların iradeleri hilafına işlemin hukukî niteliğinden ödün verilmektedir.²⁰⁷ İvazsız kazandırma terekeyi azaltmakta ve bu durum mirasçılara zarar vermektedir. Mirasbırakan söz konusu ivazsız kazandırmayı bir ölüme bağlı tasarruf ya da bağışlama yoluyla gerçekleştirebilmektedir. Bu sebeple, böyle bağışlamaları ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kurallara tabi tutarak mirasçılar güvenceye alınmış ve arzu edilen amaca ulaşılmış olmaktadır.²⁰⁸ Bu görüşe göre, sonuç olarak, karşı tarafın iradesi açık olarak anlaşılmıyorsa hukukî işlemin karineten bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmesi gerekmektedir.²⁰⁹

²⁰⁴ Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 67.

²⁰⁵ ZK- Escher, Ein. zum 14. Titel, N. 7; Piotet, s. 195; Gümüş, s. 215, dn. 1000’deki yazarlar; Tandoğan, s. 370’ten naklen, Guisan, s. 36 ve Piotet (JdT), s. 360; Itschner, s. 87; Ertaş, s. 53; BaslerKomm/Vogt/Vogt, OR Art. 245, N. 6.

²⁰⁶ Itschner, s. 87’den naklen, Piotet (JdT), s. 360.

²⁰⁷ Itschner, s. 87.

²⁰⁸ Itschner, s. 88.

²⁰⁹ Itschner, s. 89’dan naklen: Guisan, s. 40.

Diğer bir görüşe göre ise, bu tür bağışlamalar bir ölüme bağlı tasarruf değil, bir sağlararası tasarruftur.²¹⁰ Burada, bağışlanan kişi bağışlamanın gerçekleştirildiği anda hak sahibi olmakta; ancak bağışlama bağışlayanın ölümünden sonra ifa edilmektedir.²¹¹ Oysa ölüme bağlı tasarrufta, lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi, mirasbırakan henüz hayatta iken, miras hakkına ilişkin yalnızca bir beklenti kazanmaktadır. *Serozan*, bu görüşünü açıklarken, bu tür bağışlamaların ölüme bağlı tasarruf ile sağlararası tasarruf arasında ara bir kategoride yer aldığını belirtmekte ve bunlar için “sağlararası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırma” ifadesinin kullanılmasını uygun bulmaktadır. Buna göre, söz konusu hukukî işlemlerde kazandırmada bulunan kişi hayatta iken bir borç yüklenmekte ve lehine kazandırmada bulunan kişi de hukuken korunan bir beklenen hak kazanmaktadır. Kazandırmada bulunanın ölümü ile, lehine kazandırmada bulunan kişinin beklenen hakkı tam hakka dönüşmektedir. Burada ölüme bağlı kazandırmayı sağlararası hukukî işlem ile gerçekleştirmeyi sağlayan vade (ör. ölüm) ve şart (ör. kazandırmanın ölümü anında lehdarın sağ olması) kurumudur. Ölüm olgusu, ölüme bağlı tasarruflarda bir hukukî sebep iken, sağlararası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırmalarda tarafların iradesi ile belirlenmiş bir geciktirici vade, yani hukukî işlem için bir iradi tamamlayıcı olgudur. *Serozan*’a göre bu tür işlemler, amacı ölüme bağlı kazandırma olan sağlararası işlemlerdir.²¹²

²¹⁰ Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 20; Kocayusufpaşaoğlu, s. 126; Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 29; Gümüş, s. 214; Ertaş, s. 54.

²¹¹ Gümüş, s. 214; Ertaş, s. 54.

²¹² Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 29.

Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın, bir sağlararası tasarruf olarak mı yoksa bir ölüme bağlı tasarruf olarak mı kabul edileceği hususu uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Söz konusu bağışlama bir ölüme bağlı tasarruf kabul edilir ve dolayısıyla ölüme bağlı tasarruf hükümleri bu tür bağışlamalara doğrudan doğruya uygulanırsa, söz konusu hukukî işlemin geçerliliği, hüküm ve sonuçları ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hukukî rejime tabî olacaktır. Bu kabulün en önemli pratik sonucu, ölüme bağlı bağışlamada bulunan kişinin, hayatta iken, bağışlama konusu üzerinde, adeta onu vasiyet etmişçesine serbestçe tasarruf edebilmesidir. Bu durumda, *Serozan*'a göre lehdarın sahip olduğu, hukuken korunan bir beklenen hak değil, yalnızca bir hak kazanma umududur.²¹³

Diğer yandan, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın, ölüme bağlı tasarruf olmayıp, sağlararası tasarruf niteliğini koruduğunu ve ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin bu tür bağışlamaya kanunda yapılan atıf dolayısıyla kıyasen uygulanacağını kabul eden görüşe göre, bağışlayan henüz hayatta iken yaptığı bağışlama ile bağlı ve bağışlama lehdarı da hukuken korunan bir beklenen hakka sahiptir. *Serozan*'a göre bu görüş kabul edilirse, her ne kadar bu tür bağışlama asıl etkilerini bağışlayanın ölümünden sonra gösterecekse de, bağışlayanın sağlığında da ölüme bağlı tasarruflara yabancı olan birtakım ara etkiler ortaya koymaktadır. Söz konusu bağışlama vadeye bağlı bir sağlararası tasarruf olarak kabul edilirse, vadeye veya şarta bağlı tüm işlemlerde olduğu gibi, vadeye bağlı hak el değiştirebilmekte, cebri icra takibine, ihtiyatî tedbire ve tespit davasına konu olabilmektedir. Bu

²¹³ Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 63.

görüşün kabul edilmesinin en önemli pratik sonucu, bağışlayanın hayatta iken, bağışlama lehdarının vadeye bağlı hakkını zedeleyebilecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğünün olmasıdır. Bu yükümlülüğe aykırı davranışın yaptırımı, bağışlayanın ölümünden sonra küllî halefleri tarafından ödenmesi gerekecek olan tazminat borcudur.²¹⁴ Ayrıca, bu tür bağışlama sağlararası hukuki niteliği kabul edilirse, bağışlayanın sağlığında ölümüne bağlı bir alacak doğmuş olduğundan bu alacak onun mirasçılara geçecektir.²¹⁵

Serozan, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamanın sağlararası tasarruf olma özelliğini koruduğu görüşünün daha isabetli olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre, bu tür bağışlama atipik bir sağlararası tasarruftur ve diğer karma karakter taşıyan atipik işlemlerde olduğ u gibi, burada da hukukî işleme hangi hükümlerin uygulanacağı, her bir münferit uyumsuzlukta menfaatler durumuna en uygun düş en hükümlerin *a posteriori* şekilde saptanması ve tüme varım yöntemi ile kanunun farklı yerlerinden derlenmesi ile belirlenmelidir. Aksi halde, bu tür bağışlamalara ölüme bağlı tasarruf hükümleri doğrudan doğruya uygulanacak olursa, söz konusu hukukî işlemin kendine özgü niteliği göz ardı edilmiş ve anlamsız hatta sakıncalı şekilde miras hukuku alanına hasredilmiş olacaktır.²¹⁶ Biz de bu görüşe katılıyoruz.

²¹⁴ Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 65. Mındız, Emine; Klasik Dönem Roma Hukukunda Ölüme Bağlı Bağışlama (Donatio Mortis Causa) ve Türk Hukukundaki Görünümü, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 256.

²¹⁵ Tandoğan, s. 369.

²¹⁶ Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 65

M. Miras Sözleşmesinin Amacı ve Kanundaki Düzenleme

Miras sözleşmesinin amacı, onu vasiyetnameden ayıran niteliğinde ortaya çıkmaktadır. Mirasbırakan, tek taraflı bir hukukî işlem olduğu için yaptığı vasiyetnameden istediğinde dönebilirken, miras sözleşmesinden kural olarak dönememektedir. Bu bakımdan mirasbırakan ve karşı taraf bir sözleşme yapmakla kendilerini bağlamış olmaktadır. Bu bağlayıcı etki (*Bindungswirkung*) miras sözleşmesinin bir hukukî kurum olarak temel amacını oluşturmaktadır.²¹⁷

Miras sözleşmesinin sona ermesi bahsinde detaylı şekilde açıklanacağı üzere,²¹⁸ miras sözleşmesi ya tarafların anlaşarak miras sözleşmesine son verme sözleşmesi yapması ile ya da kanunda açıkça öngörülmüş olan bazı durumlarda tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilebilmektedir.

Öte yandan, miras sözleşmesi yapmış olmak mirasbırakanın tasarruf serbestisini ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, mirasbırakan, sağlığında ya da ölüme bağlı bir tasarrufla, miras sözleşmesi ile çelişen bir hukukî işlem yapabilecektir. Bu durumda miras sözleşmesinin mirasbırakanı bağlamasından ne anlamak gerektiği araştırılmalıdır.

Miras sözleşmesi ile lehine kazandırmada bulunulan kimseye mirasbırakanın yapmış olduğu miras sözleşmesi ile çelişen tasarrufuna, saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının ihlali durumunda başvurabilecekleri tenkis imkanına paralel şekilde, eğer

²¹⁷ ZK-Escher, Vor. 494 ff., N. 1; Leipold, s. 194.

²¹⁸ Bkz. aşağı. Bölüm III, II.

bu tasarruf bir bağışlama ya da bir ölüme bağlı tasarruf ise, “itiraz” imkanı tanınmıştır (TMK 527/II). Bu imkan mehzaz kanun İMK m. 494/III hükmüne uygun şekilde “iptal” olarak anlaşılmalıdır (*Anfechtbarkeit*)²¹⁹. Bu şekilde, mirasbırakanın kanunda öngörülen haller dışında, miras sözleşmesinden dolayı da olsa dönmesi engellenmek istenmiştir.²²⁰ Miras sözleşmesinin ayırt edici özelliği bu bağlayıcılığıdır ve bu sebeple de vasiyetname yerine tercih edilebilmektedir. Bu bakımdan miras sözleşmesinin amacının doğru anlaşılması uygulamada miras sözleşmesi yoluna gidilmesi ihtimalini artıracaktır.

Miras sözleşmesinin kabul edilmesinin bir diğer yararı ise, ülkemizde sıklıkla yapılan bir borçlar hukuku sözleşmesi olan ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakımından kendini göstermektedir.²²¹ TBK m. 611 vd. hükümlerinde, ölünceye kadar bakma sözleşmesi düzenlenmiştir. Buna göre, bir taraf karşı tarafa ölünceye kadar bakma borcu altına girmektedir ve buna karşılık ölünceye kadar bakılacak olan kişi karşı tarafa bazı mallarını devredebileceği gibi, onun lehine ölüme bağlı tasarrufta da bulunabilmektedir. Bu noktada, mirasbırakan kişinin ölünceye kadar bakma borçlusu kişi lehine bir vasiyetname yapması, o kişiye yeterli güvenceyi sağlamayacaktır. Zira, vasiyetname yapan mirasbırakan her zaman yaptığı vasiyetnameden dönme imkanına sahiptir.

²¹⁹ Itschner, s. 5.

²²⁰ MK 527/II hükmünde getirilmiş olan bu itiraz imkanı hükmün mehzaz karşılığı İMK m. 494/3’e uygun olarak iptal şeklinde anlaşılmalıdır. Gerekçede bu iptal davasına tenkis davasına ilişkin hükümlerin (MK 560) örneksemeyle uygulanacağı belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Dural/ Öz, s. 131; Dural, s. 166.

²²¹ İmre/Erman, s. 183.

1. Türk Hukukundaki Düzenleme

Miras sözleşmesi, Türk Medenî Kanunu'nun madde 503 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Miras sözleşmesi, doktrinde dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda miras sözleşmesi, yalnızca olumlu miras sözleşmesini ifade etmekte ve mirastan feragat sözleşmesi bunun dışında tutulmaktadır. Geniş anlamda miras sözleşmesi ise, hem olumlu miras sözleşmesini, hem de olumsuz miras sözleşmesini (mirastan feragat sözleşmesi) kapsamaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde miras sözleşmesi geniş, bazı hukuk sistemlerinde ise dar anlamda anlaşılmaktadır. Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmesi, mirastan feragat sözleşmesini de kapsayan geniş anlamıyla kabul edilmiştir.

Miras sözleşmesi hem bir sözleşme, hem de bir ölüme bağlı tasarruf olması sebebiyle çifte nitelik (*Doppelnatur*) göstermektedir. TMK'nın miras sözleşmesine ilişkin özel hükümlerinin yanısıra, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin genel kurallar ve miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kurallar uygulanmaktadır. Ayrıca vasiyetnameye ilişkin kurallar miras sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen miras sözleşmesine de uygulanacaktır.

Bunlara ek olarak, TMK m. 5 (İMK m. 7) hükmüne uygun olarak, Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, miras sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulmaktadır.

2. İsviçre Hukukundaki Düzenleme

TMK'daki sistematik mehzaz kanun İMK ile örtüşmektedir. Bu bakımdan miras sözleşmesine ilişkin hükümler, özel olarak miras sözleşmesi için düzenlenmiş olan hükümler ve bir ölüme bağlı tasarruf türü olması dolayısıyla miras sözleşmesine de uygulanan genel nitelikteki hükümler olmak üzere iki türdür. Öte yandan, miras sözleşmesinde düzenlenen maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümler de uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanısıra vasiyetnameye ilişkin İMK hükümleri miras sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmaktadır. Son olarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri miras sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulmaktadır. Miras sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulan hükümler, mehzaz İsviçre kanunlarına uygun olduğu için, bu çalışmada, TMK'daki düzenlemelerin yanısıra, ilgili İMK hükümleri ve bunlara ilişkin doktrindeki tartışmalar yer almaktadır. İsviçre hukukunda da miras sözleşmesi, mirastan feragat sözleşmesini de kapsayacak şekilde geniş anlamda kabul edilmektedir.

3. Alman Hukukundaki Düzenleme

Miras sözleşmesi Alman Medeni Kanunu'nda dar anlamıyla kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, Alman hukukunda miras sözleşmesi teriminden anlaşılan yalnızca olumlu miras sözleşmesidir, mirastan feragat sözleşmesi ayrı bir miras hukuku sözleşmesi olarak düzenlenmiştir.

Alman hukukundaki miras hukuku bakımından uygulama alanı bulan hükümler, sistematik açıdan, Türk-İsviçre hukuku hükümleriyle paralellik göstermekle birlikte, birebir örtüşmemektedir. Bu bakımdan, karşılaştırmalı olarak incelenirken yeri geldiğinde, Alman ve Türk-İsviçre hukukunun örtüşmediği noktalar açıklanmış ve Alman hukukuna ilişkin doktrin ve yargı kararlarından daha sınırlı şekilde yararlanılmıştır.

II. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE GEÇERLİLİĞİ

A. Tarafları

Miras sözleşmesi, bir sözleşme olması dolayısıyla iki (veya çok) taraflı bir hukuki işlemdir. Miras sözleşmesinin bir tarafı her zaman mirasbırakandır. Mirasbırakan miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraftır; dolayısıyla mirasbırakan olmadan miras sözleşmesi meydana gelmez.²²² Miras sözleşmesinde karşı taraf ise, miras sözleşmesinin lehdarı olabileceği gibi, üçüncü kişi lehine yapılan bir miras sözleşmesi söz konusuysa sözleşmenin karşı tarafı lehdar değil, yalnızca karşı sözleşendir. Bu üçüncü kişinin işleme katılması gerekmemekte ve hatta bu işlemde haberinin olmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir.²²³ Öte yandan, iki taraflı bir miras sözleşmesi söz konusuysa, bir başka deyişle, sözleşmenin her iki tarafı da ölüme bağlı tasarrufta bulunuyorsa, miras sözleşmesinin karşı tarafı aynı zamanda mirasbırakandır. ²²⁴ Miras sözleşmesi, her sözleşmede olduğu gibi, sözleşme taraflarının iradelerinin uyuşması sonucu kurulmaktadır. Mirasbırakan

²²² Druey, s. 133.

²²³ Dural, s. 31.

²²⁴ Druey, s. 133.

ölüme bağılı tasarrufla bulunma önerisinde (*Vertragsangebot*) bulunur ve karşı taraf da bu öneriyi kabul ederse (*Annahme*) miras sözleşmesi meydana gelecektir.²²⁵

İki taraflı miras sözleşmesinde her iki taraf da mirasbırakan iken, tek taraflı miras sözleşmesinde ölüme bağılı tasarrufla bulunan taraf mirasbırakan, karşı taraf ise, üçüncü kişi lehine miras sözleşmesi değılse, yapılan ölüme bağılı tasarruflun niteliğine göre genellikle iradî mirasçı (mirasçı atama söz konusu ise) ya da vasiyet alacaklısı (belirli mal bırakma söz konusu ise) olmaktadır.

B. Ehliyet

1. Genel Olarak

Miras sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, vasiyetnameden farklı olarak, ölüme bağılı tasarrufla bulunan taraf için tam fiil ehliyeti gerekmektedir (TMK m. 503). Vasiyetname yapmak için ise, 15 yaşını doldurmak ve ayırt etme gücüne sahip olmak yeterlidir (TMK m. 502). Bu gereklilik miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğı bakımından söz konusudur, yoksa miras sözleşmesi içerisindeki vasiyetname hükmündeki tasarruflar (yani miras sözleşmesinin tek taraflı içeriğı) bakımından vasiyetnameye ilişkin ehliyet şartlarının bulunması yeterli olacaktır. Ancak eklemek gerekir ki, vasiyetname hükmündeki bu tek taraflı tasarrufların hüküm doğurması mirasbırakan tarafından sözleşmenin tümünün hüküm doğurmasına bağlanmışsa, miras sözleşmesinin iptal edilmesi onların da iptali sonucunu doğuracaktır.²²⁶

²²⁵ Leipold, s. 195. Lange/Kuchinke, s. 478.

²²⁶ Tuor, Art. 468, N. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 140; Wolf/ Hrubesch- Millauer, s. 100.

Miras sözleşmesi yapma ehliyeti incelenirken miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf ile bulunmayan taraf arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Tam fiil ehliyeti ve temsil yasağı ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf bakımından söz konusu olmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan bizzat hak sahibi tarafından kullanılmak zorundadır.

Tasarruf ehliyetinin tasarrufun yapıldığı anda mevcut olması gerekmektedir. Tasarrufun yapıldığı anda ehliyetsiz olan kişi, sonradan ehliyet kazanırsa, yapmış olduğu tasarruf sağlıklı kazanmayacaktır. Keza, tasarrufun yapıldığı anda ehliyetli olan kişi, sonradan ehliyetsiz hale gelirse de bu durum tasarrufun geçerliliğini etkilemeyecektir.²²⁷

2. Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunan Tarafın Ehliyeti

İsviçre hukukunda, ehliyet şartı kısıtlı olmamak yönünden esnetilmiştir ve sınırlı ehliyetsiz kişilerin, yasal temsilcilerinin rızasını alarak, miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf olarak yer almasına izin verilmiştir (İMK m. 468/2). İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda, TMK m. 503 hükmüne göre, miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın tam fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bu da ayırt etme gücünü haiz olmak, ergin olmak ve kısıtlı bulunmamak halinde sağlanmaktadır. Evli kişiler ve kendilerine yasal danışman atanan kişilerin vasiyetname veya miras sözleşmesi yapması bakımından herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir.

²²⁷ Tuor, s. 97, N. 7; ZK-Escher, s. 118, N. 6; Raschein, s. 49; Kocayusufoğlu, s. 135.

Alman hukukunda da Türk hukukundaki gibi miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf olmak için tam fiil ehliyeti gerekmektedir; ancak evli ve nişanlı çiftler arasında yapılan miras sözleşmelerinde, yasal temsilcinin onayı mevcut ise, sınırlı ehliyetsiz kişinin de ölüme bağlı tasarrufta bulunmasına izin verilmektedir (AMK § 2275/2, 3).²²⁸

a. Ayırt Etme Gücü

Ayırt etme gücü, vasiyetname ve miras sözleşmesi bakımından ortak aranan şarttır. TMK m. 13 hükmünde, ayırt etme gücü, akla uygun biçimde davranmak olarak tanımlanmıştır. Ayırt etme gücü, kişinin yaptığı hukuki işlemin sebep ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olmasını ifade etmektedir.²²⁹ Tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi, ölüme bağlı tasarruflar bakımından da ayırt etme gücü nisbidir.²³⁰ Bu sebeple herkes için geçerli tek bir ayırt etme gücü kavramından bahsedilememekte ve bunun her bir hukuki işlem bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yaptığı anda ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir; ancak bunu mirasbırakanın ölümünden sonra geçmişe yönelik olarak tespit etmenin güçlüğü karşısında ayırt etme gücünün varlığı asıldır.²³¹

²²⁸ Kipp/Coing, s. 120; Brox/Walker, s. 59; Lange/Kuchinke, s. 345.

²²⁹ Ayırt etme gücü hakkında detaylı bilgi için bkz. Dural, M./ Ögüz, T.: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 54; Eren (İptal Davası), s. 20.

²³⁰ İmre/Erman, s. 63.

²³¹ İmre/Erman, s. 64.

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf yaparken ayırt etme gücünün bulunmadığını ispat yükü bunu iddia edene aittir.²³²

Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı ayırt etme gücünün mutlak surette bulunmadığı anlamına gelmemektedir.²³³ Her akıl hastalığının derecesi ve söz konusu edilen hukuki işlemi yaparken ortaya çıkan etkisi farklıdır. Akıl hastası kişi bazı dönemlerde tamamen sağlıklı da davranabilmektedir. Dolayısıyla akıl hastalığı ve akıl zayıflığı dolayısıyla kısıtlama kararı verilmiş ise de, bu kişi akıl hastalığının veya zayıflığının etkisi altında olmadığı bir dönemde bir vasiyetname yapabilmektedir. Zira vasiyetname yapmak için ayırt etme gücünün varlığı yeterli olmaktadır. Ancak bu kişi tam fiil ehliyeti gerekli olduğu için hakkındaki kısıtlama kararı dolayısıyla miras sözleşmesinde mirasbırakan taraf olamayacaktır. Ölümüne bağlı tasarrufta bulunmak şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için ne yasal ne de iradî temsil söz konusu olabilmektedir.

b. Ergin Olma

Miras sözleşmesinde ölümüne bağlı tasarrufta bulunan kişinin ergin olması gerekmektedir. Bunun sebebi miras sözleşmesinin bağlayıcı karakteridir.²³⁴ TMK m. 11 hükmü gereği, erginlik, onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar ve evlenme kişiyi

²³² İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunurken ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına ilişkin tam bir ispat mümkün değil ise, şüpheleri ortadan kaldıran büyük bir ihtimalin varlığı ispat bakımından yeterli kabul edilmelidir, bkz. BGE 91 II 327; BGE 74 II 205.

²³³ Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlanmış olan kişilerin ayırt etme gücünün bulunmaması ihtimalinin daha yüksek olması sebebiyle ispat yükünün yer değiştirmesi hakkında bkz. İmre/Erman, s. 65; İnan/Ertaş/Albaş, s. 167.

²³⁴ ZK-Escher, s. 126, N. 4; Speckert, s. 11; Raschein, s. 51; İnan/Ertaş/Albaş, s. 168.

ergin kılar. TMK m. 124/II hükmüne göre, hakim ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebebin varlığı halinde onaltı yaşını doldurmuş bir kişinin evlenmesine izin verebilir. Bu durumda evlenmesi için izin verilen kişi, henüz onsekiz yaşını doldurmasa da evlenmekle ergin olmaktadır. TMK m. 12 hükmüne göre de, onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir. Bu iki durumda, onsekiz yaşını doldurmadan ergin olan kişi miras sözleşmesinde mirasbırakan taraf olabilecektir.²³⁵

Vasiyetname bakımından TMK m. 502 hükmünde ise onbeş yaşın doldurulması yeterli görülmüştür. Bunun sebebi vasiyetnamenin tek taraflı ve istenildiği zaman dönülebilen bir hukuki işlem olmasıdır. Yani vasiyetname düzenleyen mirasbırakan son nefesine kadar istediği zaman yaptığı vasiyetnameyi tek taraflı olarak ortadan kaldıracaktır.²³⁶ Buna ek olarak, yaş şartını sağlamayan kişi yapmış olduğu vasiyetname ile malvarlıksal bir zarar tehlikesine de maruz kalmamaktadır; çünkü yapılan vasiyetname mirasbırakanın malvarlığı üzerinde değil, terekesi üzerinde hüküm ve sonuç doğuracaktır.²³⁷ Buna ek olarak, ölüme bağlı tasarrufta bulunma hem yasal hem de iradi temsile izin vermeyen şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve bu sebeple yaş sınırının düşük tutulması henüz ergin olmayan kişiye de ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkanı sağlaması bakımından isabetli olmuştur.²³⁸ Öte yandan, İsviçre'deki vasiyetname düzenleme yaşı bakımından durum farklıdır. İMK m. 467 hükmü, vasiyetname yapabilmek için de onsekiz yaşın doldurulmuş olmasını aramaktadır.

²³⁵ İmre/Erman, s. 68; İnan/Ertaş/Albaş, s. 168.

²³⁶ Eren (İptal Davası), s. 22; Kocayusufpaşaoğlu, s. 138; İnan/Ertaş/Albaş, s. 165.

²³⁷ Eren (İptal Davası), s. 22.

²³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 138; İnan/Ertaş/Albaş, s. 165.

c. Kısıtlı olmama

TMK m. 503 hükmünde, miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmanın yanısıra, kısıtlı bulunmamak gerektiği belirtilmiştir. Açıkça madde metninde düzenlenmiş bulunduğu için, ayırt etme gücü bulunan kısıtlılar bakımından eski kanun döneminde söz konusu olan tartışmanın bugün herhangi bir değeri kalmamıştır. Eski kanun döneminde madde metninde herhangi bir açıklık olmadığı için ayırt etme gücü olan kısıtlıların miras sözleşmesinde mirasbırakan taraf olup olamayacakları tartışmalı idi.²³⁹

Ayırt etme gücü bulunan kısıtlı bir kişi, kısıtlı olduğu için bir miras sözleşmesini kendisi yapamamakta ve ölüme bağlı tasarruflarda temsil yasağı bulunduğundan temsilci de kullanamamaktadır.²⁴⁰ TMK m. 503'ün mehz İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığı farklı düzenlenmiştir. İMK m. 468/II hükmüne göre, ayırt etme gücü bulunan kısıtlılar, yasal temsilcilerinin izni ile miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf olabilmektedir.²⁴¹

²³⁹ Bu tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 141; Eren (İptal Davası), s. 24; İnan/Ertas/Albaş, s. 167.

²⁴⁰ Tuor, Art. 468, N. 7; ZK-Escher, Art. 468, N. 4; Piotet, s. 216; Kocayusufpaşaoğlu, s. 140; Oğuzman, s. 118; Eren (İptal Davası), s. 24. Farklı görüş için bkz. Dural/Öz, s. 59. Yazarlar, tam fiil ehliyetine sahip olmayan kişinin, yasal temsilcisi aracılığıyla miras sözleşmesi yapamamasını, bu hakkın mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması ile açıklanması görüşüne katılmamaktadır. Buna göre, bu açıklamanın kabul edilebilmesi için miras sözleşmesi yapma hakkının doğmuş olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Oysa, yazarların görüşüne göre, miras sözleşmesi yapma hak ve fiil ehliyeti tam ehliyetli olmak ile kazanılmaktadır. Bu durumda küçük ya da kısıtlı için söz konusu hak doğmamış olup, mevcut olmayan bir hakkın değil yasal temsilci aracılığıyla, bizzat hak sahibi tarafından dahi kullanılması mümkün değildir.

²⁴¹ Detaylı açıklama için bkz. Wolf/Hrubesch- Millauer, s. 102.

Kısıtlı olmama şartı, miras sözleşmesinden farklı olarak, vasiyetname yapmak bakımından bulunmamaktadır. Bu bakımdan ayırt etme gücü bulunan kısıtlı kişinin yasal temsilcisinin rızasını almasına da gerek bulunmamaktadır.²⁴² Sınırlı ehliyetsiz kişinin yaptığı bir miras sözleşmesi, vasiyetname yapma ehliyeti bulunması şartıyla, çevirme (tahvil) yoluyla resmi vasiyetname olarak ayakta tutulabilecektir.

d. Temsil Yasağı

Sağlararası hukuki işlemler söz konusu olduğunda, kural olarak temsile izin verilmekteyken, ölüme bağlı tasarruflar bakımından durum farklıdır. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar bizzat hak sahibi tarafından kullanılmak zorundadır ve ölüme bağlı tasarrufta bulunmak bu haklardandır.²⁴³ Ölüme bağlı tasarruflarda temsil yasağı iki sebeple getirilmiştir: Öncelikle temsilci sehven veya kasten mirasbırakanın amacını hakkıyla anlayamaz veya anlasa bile bunu tam anlamıyla aksettiremez ise sonuç olarak mirasbırakanın isteğine uymayan bir ölüme bağlı tasarruf ortaya çıkacaktır. Ölüme bağlı tasarruflarda mirasbırakanın iradesinin önemi karşısında bu riske girilemeyeceği açıktır.

İkinci olarak, mirasbırakan ölüme bağlı tasarruflarda bulunarak yasal mirasçılık sisteminde değişiklikler yapmaktadır ve bu denli önemli bir hususta kararın bizzat kendisine ait olması ve bunun manevi sorumluluğunu da kendisinin üstlenmesi gerekmektedir.²⁴⁴ Öte yandan, yapılan her bir ölüme bağlı tasarruf mirasbırakanın

²⁴² Kocayusufoğlu, s. 139.

²⁴³ İmre/Erman, s. 61. Yargıtay HGK. 07.03.1951, 89/3.

²⁴⁴ ZK-Escher, Art. 467-469, N. 4; Eren (İptal Davası), s. 16; Moser, s. 243.

aile ilişkilerini derinden etkilediğinden, onun yakın aile çevresi kendilerini bu kadar yakından ve önemli ölçüde etkileyecek ölüme bağlı tasarrufa katlanmaları, tasarruf ancak bizzat ve doğrudan doğruya mirasbırakan tarafından yapılmışsa söz konusu olabilecektir.²⁴⁵

Son olarak, üçüncü kişiye mirasbırakan tarafından tanınan lehdarı belirleme yetkisi temsil yetkisi ile aynı sonuçları doğuracaktır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisi irade özerkliğinin bir yansımasıdır ve her temsil yetkisi, bu yetkiyi verenin irade özerkliğinin bir ölçüde kısıtlanması anlamına gelmektedir; zira temsil olunan temsil yetkisini verdiği konular bakımından tek irade sahibi olmaktan çıkmaktadır. Temsil olunanın bu konular bakımından bizzat hukuki işlem yapma yetkisi de devam etmektedir. Bu durum karşısında, üçüncü kişiye ölüme bağlı tasarruf yoluyla lehdarı belirleme yetkisi verilmesine ilişkin neden olumsuz bir yaklaşım sergilendiği ortaya çıkmaktadır. Mirasbırakan, ölümünden sonra üçüncü kişiye verdiği yetkiyi geri alma imkanından tamamen yoksun olacaktır. Keza mirasbırakanın ölümünden sonra üçüncü kişiye verdiği belirleme yetkisini bizzat kullanma imkanı da kalmamaktadır. Bu durum mirasbırakanın irade özerkliğinin aşırı ölçüde sınırlanması anlamına gelmektedir.²⁴⁶

Ölüme bağlı tasarruflarda temsil yasağı, Türk-İsviçre medeni kanunlarında açıkça düzenlenmemiştir. Alman Medeni Kanunu'nda ise temsil yasağı vasiyetname için § 2064, miras sözleşmesi için § 2274 hükümlerinde düzenlenmiştir.²⁴⁷ Temsil yasağı

²⁴⁵ Grossfeld, B.: "Höchstpersönlichkeit der Erbenbestimmung und Auswahlbefugnis Dritter", JZ 1968, s. 113-122, s. 118.

²⁴⁶ Grossfeld, s. 118 vd.

²⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. Kipp/Coing, s. 121. Brox/Walker, s. 59. Lange/Kuchinke, s. 345.

tasarrufta bulunma iradesinin oluşması ve beyanı safhalarında söz konusu olmaktadır. Yani mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunu bizzat düzenlemek (şekli anlamda) ve yaptığı ölüme bağlı tasarrufun içeriğini de (maddi anlamda) bizzat belirlemek zorundadır.²⁴⁸ Türk- İsviçre hukukunda, mirasbırakan, gerek mirasçı atama gerekse de vasiyet alacağı tasarrufunda şahsın ve eşyanın belirlenmesini üçüncü kişilerin takdirine bırakmamaktadır.²⁴⁹ Keza bu belirleme yetkisi vasiyeti tenfiz memuruna da verilememektedir.²⁵⁰

Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, AMK § 2151 hükmüne göre, vasiyet alacağı tasarrufunda, mirasbırakan belirli mal bırakma tasarrufu lehdarının belirli bir kişiler grubu içinden tayin edilmesini üçüncü bir kişiye bırakabilmektedir.²⁵¹ Mirasçı atama tasarrufu bakımından ise, kural, lehdarın mirasbırakan tarafından bizzat belirlenmesidir. Öte yandan, mahkeme kararları ile bu kurala birtakım istisnalar getirilmiştir. İmparatorluk mahkemesi, seçimin yapılacağı kişiler grubu bizzat mirasbırakan tarafından dar bir şekilde tespit olunmak ve üçüncü kişinin keyfi hareketini önlemek üzere seçime esas oluşturacak objektif yöntem yine mirasbırakanca gösterilmek kaydı ile, mirasçı atanacak kişinin belirlenmesinin üçüncü kişiye bırakabileceği görüşündedir.²⁵²

²⁴⁸ Grossfeld, s. 113.

²⁴⁹ Tuor, s. 95, N. 6; ZK-Escher, s. 116, N. 4; Moser, s. 243; Eren (İptal Davası), s. 17; Kocayusufpaşaoğlu, s. 149; BGE 56 II 351, BGE 68 II 155, BGE 81 II 28.

²⁵⁰ BGE 48 II 313, BGE 68 II 166, BGE 81 II 28. Karşı görüşe ilişkin Yargıtay H.G.K. 7/3/1951 tarih E. 2-89/K. 30. Kararda vasiyet alacaklısının kimler arasından seçileceği mirasbırakan tarafından açıkça gösterilmiştir. Vasiyeti tenfiz memuru mirasbırakanın bu belirlemesine göre seçim hakkını kullanmıştır.

²⁵¹ Kipp/Coing, s. 124; Kocayusufpaşaoğlu, s. 147.

²⁵² Reichsgericht 06.02.1939 tarihli kararı RG 159, 296. Detaylı bilgi için bkz. Brox/Walker, s. 62.

Alman Federal Mahkemesi ise bu görüşü biraz sertleştirerek üçüncü kişinin sadece keyfi davranışını değil, her türlü takdirini de bertaraf edecek şekilde, mirasbırakanın mirasçı atanacak kişinin seçileceği belirli bir kişiler grubunu belirlemekle kalmayıp, ayrıca seçime esas olacak objektif ölçütleri de üçüncü kişinin takdirine bırakmaksızın kimin söz konusu objektif ölçütlere uygun düştüğünü de tespit etmesini ve mirasçı olacak kişinin adının işaret edilmekle yetinilmesini mümkün kılacak açıklıkta belirlemiş olmasını aramıştır.²⁵³ Ancak Federal Mahkemenin bu görüşü, doktrinde, somut olay bakımından bir takdir yetkisine dayanan bir seçme mi (*Bestimmung*), yoksa bir mirasbırakanın belirlediği ölçütlere uygun bir tespit mi (*Bezeichnung*) olduğunu ayırmanın güçlüğü karşısında fazla bir pratik değer taşımadığı yönünde eleştirilmiştir.²⁵⁴ Sonuç olarak, Alman hukukunda da mirasçı atama bakımından asıl kural mirasbırakanın bizzat belirlemesi olmasına rağmen, uygulamada buna bazı istisnalar getirilmiştir.

Türk-İsviçre hukukunda, kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen, ölüme bağlı tasarruf lehdarının bizzat mirasbırakan tarafından belirlenmesi kuralı sert bir şekilde uygulanmaktadır. Eğer ölüme bağlı tasarruf lehdarının kesin olarak belirlenmesi mümkün değil ise, burada değerlendirilebilecek olan alternatif mirasbırakanın yükleme tasarrufuna yönelmesidir; zira yüklemde lehdarın kim olduğundan ziyade önemli olan amaçtır. Örneğin, bir yüklemeli tasarruf yaptığında mirasbırakan tasarruf lehdarını “mahallenin fakirleri” demek suretiyle belirli bir zümre olarak belirleyebilmekte ve bunlardan hangisinin lehdar olacağını belirleme işini mükellefe,

²⁵³ BGHZ 15, 199.

²⁵⁴ Kipp/Coing, s. 85; Kocayusufoğlu, s. 148; Brox/Walker, s. 61.

üçüncü kişiye yahut vasiyeti tenfiz memuruna bırakabilmektedir.²⁵⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, aynı sonuca ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurularak da varılabileceğini belirtmektedir.²⁵⁶ Öte yandan, yükleme veya vakıf kurma tasarruflarının söz konusu ihtiyacı tam olarak karşılamadığı da ortadadır.

Kocayusufpaşaoğlu, Türk-İsviçre hukukunda kuralın bu şekilde istisnasız uygulanmasını, isabetli olarak, eleştirmektedir. Yazara göre, mirasçı atama konusunda açık şekilde yasak getiren Alman hukukunda bile, bazı kayıt ve şartlar altında lehdar seçiminin üçüncü kişiye bırakılabileceği kabul edildiğine göre, açık bir yasak hükmü bulunmayan Türk-İsviçre hukukunda bu kadar katı bir tavır benimsenmemelidir. Yazar, iki koşulun varlığı halinde hem mirasçı ataması hem de vasiyet alacağı konusunda bu kurala istisna getirilmesi görüşündedir:²⁵⁷ **(1)** Mirasbırakanın bizzat üçüncü kişinin seçimini hangi objektif esaslara göre yapacağını ölüme bağlı tasarrufunda yeteri kadar belirtmişse: Böylece mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf lehdarını önceden belirlemesinin mümkün olmadığı hallerde, mirasbırakan tarafından bizzat belirlenmiş olan objektif esaslara göre bir belirleme yapılması mümkün olacak ve bu şekilde mirasbırakan kendi tasarrufuna ilişkin manevi sorumluluğu da başkasına yüklemiş sayılamayacaktır. **(2)** Seçilmesi öngörülen dar bir kişiler grubunun mirasbırakan tarafından bizzat gösterilmiş olması halinde: Bu dar kişiler grubunun kaç kişi olması gerektiğine ilişkin kesin bir sayı söylenememekte; ancak iki veya üç kişiden birinin seçilmesi söz konusu olduğunda bu koşul sağlanmış olmaktadır. Bu halde mirasbırakanın

²⁵⁵ Tuor, s. 96, N. 6; ZK-Escher, s. 117, N. 5; Moser, s. 243.

²⁵⁶ BGE 81, II, 22, 17.02.1955 tarihli karar; Tuor, Vor. zu Art. 467, N. 6; ZK-Escher, Vor. zu Art. 467-469, N. 5.

²⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 152.

kazandırma lehdarı hakkında açık bir fikri vardır ve üçüncü kişinin yaptığı seçimin objektif esaslara uygun olup olmadığı bakımından kontrol edilmesi mümkün olmaktadır.²⁵⁸ *Kocayusufoşaoğlu*'na göre bu iki koşulu birarada sağlamayan ve lehdarın belirlenmesini üçüncü bir kişiye bırakan ölüme bağı tasarruflar hükümsüz olacaktır. ²⁵⁹ Biz de temsil yasağının istisnasız olarak uygulanmasını, açık bir yasak hükmü bulunmaması ve bu bakımdan ortaya çıkan esneklik ihtiyacı karşısında, isabetli bulmuyoruz. Mirasbırakanın, seçime esas olacak objektif ölçütleri belirlemesi koşuluyla ve kişiler grubunu da makul ölçüde daraltması halinde, hayatın olağan akışında ortaya çıkması muhtemel olan lehdar seçiminin üçüncü kişiye bırakılması ihtiyacına cevap verecek bir uygulama geliştirilmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz.

3. Ölüme Bağı Tasarrufta Bulunmayan Tarafın Ehliyeti

Miras sözleşmesinde herhangi bir ölüme bağı tasarrufta bulunmayan karşı taraf bakımından genel ehliyet kuralları geçerli olup, bu taraf için şahsa sıkı sıkıya bağı bir hak da söz konusu olmadığından yasal ya da iradî temsil mümkündür.²⁶⁰

a. Sınırlı Ehliyetsiz Kişinin Durumu

Miras sözleşmesinde ölüme bağı tasarrufta bulunmayan taraf bakımından ivazlı ve ivazsız miras sözleşmesi ayrımı yapmak gerekmektedir. İvazsız miras sözleşmesinde

²⁵⁸ Grossfeld, s. 120.

²⁵⁹ *Kocayusufoşaoğlu*, s. 155.

²⁶⁰ Leipold, s. 196. Dural/Öz, s. 102. Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 104; Eren (İptal Davası), s. 26; Tuor, s. 103, N. 12; ZK-Escher, s. 128, N. 7; Raschein, s. 51. Kipp/Coing, s. 121; Lange/Kuchinke, s. 471.

sözleşmenin karşı tarafı yalnızca kendisine yapılan ölüme bağlı tasarrufu kabul edecek ve karşılığında herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceğine göre burada karşılıksız bir kazandırma söz konusu olacaktır.²⁶¹ Bu sebeple de sınırlı ehliyetsiz kişi bu kazandırmayı yasal temsilcisinin rızası olmadan kabul etme yetkisine sahiptir (TMK m. 16/II). Miras sözleşmesiyle vasiyet alacaklısı atanan kişi bakımından durum tartışmasız olarak böyleyken, mirasçı atanmış kişi için durum tartışmalıdır.²⁶²

Sınırlı ehliyetsiz kişi miras sözleşmesi ile mirasçı atandığında mirasbırakanın ölümüyle birlikte miras ortaklığına dahil olacak ve diğer yasal veya iradi mirasçılarla müteselsil olarak mirasbırakanın borçlarından da sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk sebebiyle ivazsız miras sözleşmesiyle mirasçı atanan sınırlı ehliyetsiz bakımından salt bir karşılıksız kazandırma olup olmadığı tartışmalıdır. Çoğunluk görüşü, sınırlı ehliyetsiz kişi mirasçı atanmış olsa bile burada karşılıksız kazandırma olduğunu savunmaktadır; zira iradi mirasçı atanan kişinin miras ortaklığına dahil olup borçlardan sorumlu hale gelmesine rağmen mirası reddetme imkanı söz konusudur. Sınırlı ehliyetsiz miras sözleşmesini yaptığı anda herhangi bir borç altına girmemektedir. Tereke borçlarından doğacak olan sorumluluk mirasbırakanın ölümüyle ortaya çıkacaktır ki burada da mirasçı atanan kişi mirası reddedebilecektir. Bu sebeple sınırlı ehliyetsiz kişi, ivazsız miras sözleşmesiyle mirasçı atandığında da bu kazandırmayı tek başına kabul etme yetkisi olduğu kabul edilmelidir.²⁶³

²⁶¹ Wolf/Genna, s. 190; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 104; Brox/Walker, s. 93; İmre/Erman, s. 189.

²⁶² Dural/Öz, s. 60.

²⁶³ Egger, A.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personenrecht, Band I, Einleitung, Zürich 1930, Art. 422, N. 15; BernerKomm/Weimar, Art. 468, N.15; Druey, s. 159; Wolf/ Genna, s. 191; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 467 N. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 142; Dural/ Öz, s. 60, 103; açıkça fikir beyan etmese de bu görüşe yakın olduğu görülüyor: Tuor, Art. 468, N. 12.

Karşı görüş ise, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin kabul edilen ivazsız miras sözleşmesinden haberdar olmayabileceğini ve bu sebeple de sınırlı ehliyetsizin mirasçı atanmış olması halinde, gerekli ise, mirasın reddi yoluna başvurma imkanı bulamama tehlikesinin olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle, sınırlı ehliyetsizin miras sözleşmesi ile mirasçı atanması salt karşılıksız bir kazandırma olarak kabul edilmemelidir.²⁶⁴

İvazlı miras sözleşmesinde ise, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf bir sağlararası tasarrufta bulunmuş, bir başka deyişle sağlararası bir borç altına girmiştir. Bu halde söz konusu olan miras sözleşmesi ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf bakımından artık karşılıksız bir kazandırma teşkil etmeyeceği için kişi sınırlı ehliyetsiz olması halinde bu sözleşmeyi ancak yasal temsilcisinin işleme katılması ile, yani ya işlemi bizzat yasal temsilcinin yapması ya da sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılmasına rıza göstermesi ile, yapabilecektir (TMK m. 16/I, m. 451).²⁶⁵ Sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızasını almadan yaptığı ivazlı miras sözleşmesi askıda hükümsüzdür.²⁶⁶ Buna ek olarak, TMK m. 463/b. 5 hükmü gereğince yasal temsilcinin rızasının yanısıra, sınırlı ehliyetsiz vesayet altında ise, vesayet ve denetim makamı olarak sulh ve asliye mahkemelerinin de rıza göstermesi gerekmektedir.

²⁶⁴ Piotet, IV/1 s. 216; ZK-Escher, Art. 468, N. 7. *Escher* şerhinin birinci ve ikinci baskılarında farklı görüşleri savunmuş, en nihayetinde oğlu tarafından yapılan 3. baskıda bu sonuca ulaşılmıştır. *Kocayusufoğlu, Escher*'in bu görüşüne katılmamaktadır. Zira, sınırlı ehliyetsiz için mirasın 3 aylık red süresi mirasbırakanın ölümü ve mirasçılık sıfatının kanuni temsilci tarafından öğrenilmesinden itibaren başlar ve bu sebeple de sınırlı ehliyetsiz bakımından bir tehlike söz konusu değildir, s. 143.

²⁶⁵ Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 104; ZK-Escher, s. 128; Piotet, s. 217; Eren (İptal Davası), s. 26; Kocayusufoğlu, s. 144; İmre/Erman, s. 189; Dural/Öz, s. 60.

²⁶⁶ ZK-Escher, Art. 468, N. 10; Tuor, Art. 468, N. 14.

Miras sözleşmenin bir tarafı sınırlı ehliyetsiz, karşı tarafı yasal temsilci ise sınırlı ehliyetsiz kişiye bir kayyım atanması gerekmektedir (TMK m. 426/ b.2).²⁶⁷

b. Tam Ehliyetsiz Kişinin Durumu

Ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf ayırt etme gücünü haiz değil, yani tam ehliyetsiz ise, ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti olmadığı gibi tek başına miras sözleşmesinin karşı tarafı da olamayacaktır. Bu duruma karşın her nasılsa bir miras sözleşmesinde karşı taraf olmuş ise bu miras sözleşmesi TMK m. 15 hükmü gereği kesin hükümsüzdür.²⁶⁸ Öte yandan, karşı tarafın tam ehliyetsiz olması sebebiyle kesin hükümsüz olan miras sözleşmesi, mirasbırakan açısından bir hükümsüzlük sebebi olmadığından, tahvil yoluyla resmi vasiyetname olarak ayakta tutulabilecektir.²⁶⁹

Tam ehliyetsizin yerine sözleşmeyi, genel kurallara göre, onun adına yasal temsilcisi yapabilmektedir. Tam ehliyetsiz vesayet altındaysa TMK m. 463/b. 5 uyarınca vesayet ve denetim makamı olarak sulh ve asliye mahkemelerinin izni gerekmektedir.²⁷⁰

²⁶⁷ Dural, Mustafa/ Öz, Turgut; Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2013, s. 103.

²⁶⁸ Kocayusufoşaoğlu, s. 146. ZK-Escher, Art. 468, N. 10.

²⁶⁹ Kocayusufoşaoğlu, s. 146.

²⁷⁰ Dural, s. 103; Dural/Öz, s. 59.

C. Şekil ve Saklama

Borçlar hukukundaki şekil serbestisine karşılık, ölüme bağlı tasarruflar bakımından şekil zorunluluğu söz konusudur. Bu zorunluluğun birçok faydası bulunmaktadır.²⁷¹ Bunlardan biri, şekil zorunluluğunun mirasbırakanı düşünmeye sevk edecek olmasıdır. Buna ek olarak, şekle bağlanması zorunlu olan ölüme bağlı tasarruf, bu sayede daha açık ve net bir biçimde ifade edilmek durumunda kalmaktadır. Ayrıca, ölüme bağlı tasarrufun ispatı bakımından çıkabilecek olası sorunlar şekil zorunluluğu sayesinde en az seviyeye indirilmiş olmaktadır. Keza, hüküm doğuracakları andan çok önce düzenlenen ölüme bağlı tasarruflar, şekil şartları sayesinde tahrif edilme tehlikesinden korunmaktadır. Diğer taraftan, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunu mümkün olduğunca ayakta tutmak adına, şekle aykırılık borçlar hukukundan farklı şekilde, bir kesin hükümsüzlük değil, iptal sebebi olarak kabul edilmiş ve bu sayede miras hukukunda egemen olan şekilcilik bir ölçüde yumuşatılmıştır.

Miras sözleşmesi resmî vasiyetnamenin şekline tabidir (TMK m. 545). Bu durumda, miras sözleşmesinin şekli bakımdan geçerliliği TMK m. 532 vd. hükümlerinde resmi vasiyetname için öngörülen şekil şartlarına tabidir. Öte yandan, miras sözleşmesi hukuki niteliği sebebiyle, resmî vasiyetname şekline tabi olmakla birlikte, bazı farklılıklar gerektirmektedir. Çalışmamızın kapsamını aşmamak adına burada yalnızca kısaca miras sözleşmesine özgü şekil şartları üzerinde durulmuştur.

²⁷¹ İmre/Erman, s. 69; Dural/Öz, s. 62.

Miras sözleşmesi kural olarak iki taraf arasında kurulmaktadır. Resmi vasiyetname şekline tabi olma şartı, yalnızca ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf için söz konusu olmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan karşı taraf bakımından, sağlararası bir ivaz borcu altına girse bile, genel hükümler geçerli olduğundan herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Keza, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf dilerse temsilci de kullanabilmektedir.

Miras sözleşmesi taraflarının, miras sözleşmesi yapmak için, aynı anda resmî memur (genellikle noter) önünde bulunmaları ve işlemde birlik (*unitas actus*) prensibine uygun olarak iradelerini birbiri ardına açıklamaları gerekmektedir (TMK m. 545/II). Sözleşmenin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafı, tam ehliyetsizse, onun yerine yasal temsilcisinin resmi memur önünde bulunması gerekmektedir. Keza, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf, sınırlı ehliyetsizse ve sağlararası ivaz borcu altına giriyorsa, onun ve yasal temsilcisinin aynı anda resmi memur önünde bulunmaları gerekmektedir.²⁷²

Ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın, düzenlenen miras sözleşmesini bizzat okuması, okuduğunu ve bunun son arzularına uygun olduğunu beyan etmesi gerekmektedir. Taraflar tanıklar önünde sözleşmeyi imzalayacak, bunu noterin imzası takip edecektir. Metnin içeriğinin tanıklara açıklanması gerekmemektedir.

Tanıkların resmî vasiyetnamede olduğu gibi burada da şerh vererek metni

²⁷² Sınırlı ehliyetsiz vesayet altında ise, sulh ve asliye mahkemelerinin izninin alınması gerekmektedir. *Dural/Öz*, bu iznin miras sözleşmesi yapıldıktan sonra alınması gerektiğini, çünkü mahkemelerin miras sözleşmesinin içeriğini bilmeden izin verip vermemeye karar veremeyeceklerini haklı olarak ileri sürmektedir. Sulh ve asliye mahkemeleri izin verene kadar miras sözleşmesi geçerlilik kazanmamaktadır (s. 108).

imzalamaları gerekmektedir (TMK m. 534). Buna göre, tanıkların taraf iradelerinin önlerinde gerçekleştiğini ve ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafı ya da iki taraflı bir miras sözleşmesi ise tarafları buna ehil gördüklerini beyan ederek imzalamaları gerekmektedir.

Kanun hükmünün lafzı karşısında tartışılan bir husus, miras sözleşmesinin resmi vasiyetname şekillerinden hangisi ile düzenlenebileceğidir.²⁷³ Bir görüş, miras sözleşmesinin yalnızca okuma yazma bilenler hakkındaki resmi vasiyetname şekline (TMK m. 533, 534) uygun düzenlenebileceğini ileri sürmektedir.²⁷⁴ Bu görüşün dayandığı nokta, TMK m. 545/II hükmüdür. Buna göre, sözleşme tarafları, arzularını resmi memura aynı zamanda bildirir ve düzenlenen sözleşmeyi memurun ve iki tanığın önünde imzalar. Buna karşılık, hakim görüş miras sözleşmesinin TMK m. 535 hükmüne uygun olarak, mirasbırakan tarafından okunmaksızın ve imzalanmaksızın da düzenlenebileceğini savunmaktadır.²⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi de sonradan bu görüşü kabul etmiştir.²⁷⁶ Bu görüşe göre, ilgili kanun hükmünde yalnızca resmi vasiyetname şekli denmek suretiyle bu iki yol arasında hiçbir ayırım yapılmamıştır. Hükümde yer alan aynı anda irade beyanı ve imza kuralı ancak ölüme bağlı tasarrufta bulunan kimsenin imza atmaya muktedir olduğu durumlar için geçerlidir.²⁷⁷ Aksi halde, resmi vasiyetnamenin mirasbırakan

²⁷³ Eren (İptal Davası), s. 84.

²⁷⁴ Homberger, A.: Die Verpfändungsverträge im schweizerischen Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 87. Heft, Bern 1918, s. 100; BGE 46 II 14. İsviçre Federal Mahkemesi daha sonra görüş değiştirmiştir.

²⁷⁵ ZK-Escher, s. 433, N. 6; Tuor, s. 355, N. 11; Speckert, s. 14; Büttiker, s. 83; Eren (İptal Davası), s. 85; Dural/Öz, s. 108.

²⁷⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, önceden iki tarafın da miras sözleşmesini imzalamasının şart olduğuna karar vermekteydi, bkz. BGE 46 II 14. Daha sonra Federal Mahkeme, miras sözleşmesinin, resmi vasiyetnamenin okuma yazma bilmeyenler için öngörülen ikinci şekilde de yapılabileceğine hükmetmiştir, bkz. BGE 66 II 99.

²⁷⁷ Speckert, s. 14; Raschein, s. 41; BGE 76 II 277.

tarafından bizzat okunamaz ve imzalanamaz olduğu hale ilişkin TMK m. 535 hükmünde düzenlenen resmi şekle uygun olarak miras sözleşmesinin düzenlenmesi gerekmektedir.

Şekil hususunda, ivazlı miras sözleşmesi bakımından bir tartışma söz konusudur. Bir görüş, ivazlı miras sözleşmesi içerisinde biraraya gelmiş olan sağlararası edimin de resmi şekilde yapılmış olan miras sözleşmesinin içerisinde düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. İvazlı miras sözleşmesinin tek bir işlemten oluştuğu görüşü kabul edildiğinde, söz konusu sözleşmenin içeriğinde yer alan her iki tür edim için de resmi şekil şartının varlığı kabul edilmelidir.²⁷⁸ Biz de, ivazlı miras sözleşmesinin tek bir işlemten oluştuğu görüşüne katıldığımız için resmi şeklin sağlararası edimi de kapsaması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer bir görüş, sağlararası edimin şekle tabi olmayan bir borçlar hukuku sözleşmesiyle düzenlenebileceğini ileri sürmektedir.²⁷⁹ Özellikle, miras sözleşmesinin çift işlemten oluştuğu görüşünü savunan yazarların bu yönde görüş belirtmeleri akla uygundur. Bu görüşe göre, sağlararası edimin, miras sözleşmesiyle aynı belgede düzenlenmesi gerekmemektedir. Miras sözleşmesi, ivazlı veya ivazsız olması fark etmeksizin resmi şekle tabi tutulmuştur ve bu resmi şeklin, özellikle de ivazlı miras sözleşmesinin tek bir hukuki işlemten oluştuğu görüşü kabul edilirse, sağlararası edim borcunu da kapsayacak şekilde yerine getirilmesi gerekir.²⁸⁰

²⁷⁸ Grundler, s. 52; Hrubesch-Millauer, s.

²⁷⁹ Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 11; Art. 514, N. 7; ZK-Escher, Vor. Art 494, N. 7, 13, Art. 495, N. 4, Art 514, N. 2.

²⁸⁰ İvazlı miras sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. yuk. Bölüm I, I, K, 2.

Şekil hususunda değinilmesi gereken bir diğer nokta da tahvildir (çevirme). Şekil yönünden sakat bir miras sözleşmesinin, somut olay bakımından tahvilin şartları mevcut ise, tahvil yoluyla resmî vasiyetname olarak ayakta tutulması mümkündür.²⁸¹ Bu bakımdan resmî vasiyetnamenin bütün şekil şartları mevcut olmalı ve mirasbırakan tarafın miras sözleşmesinin geçersizliğini bilmesi halinde resmî vasiyetname yapacak olması gerekmektedir.²⁸²

Miras sözleşmesinin saklanması ilişkin, resmî vasiyetnamelerden farklı olarak kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kural olarak miras sözleşmelerini saklama yükümlülüğü olmamakla birlikte, noterlerin re'sen düzenledikleri senetlerin asıllarını saklama zorunlulukları (NK m. 84/II) olduğundan pratikte miras sözleşmesinin saklanması söz konusudur. Miras sözleşmesinin noter tarafından saklanması bir geçerlilik şartı olmadığından, noterin saklamayı ihmal etmiş olması miras sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.²⁸³

Miras sözleşmesinin, sözleşme niteliği gereği lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulunun bunu bilmesi ve elinde resmî bir suret bulunması sebebiyle, resmî vasiyetnamelerden farklı olarak, kural olarak hakime tevdi ve açılması (TMK m. 595) söz konusu değildir. Bu kuralın istisnasını üçüncü kişi yararına yapılan miras sözleşmeleri ve miras sözleşmesinde bağlayıcı içeriğe dahil olmayan vasiyetname hükmündeki tasarruflar bulunması halleri oluşturmaktadır. Bu iki halde miras

²⁸¹ Kipp/Coing, s. 233; Dural/Öz, s. 106.

²⁸² Bu konuda bkz. 2. HD 25.06.1973, 934/ 534; 2. HD 05.05.1972, 2899/2815.

²⁸³ Dural/Öz, s. 109.

sözleşmesinin TMK m. 595 hükmüne uygun olarak tevdi ve açılması gerekmektedir.²⁸⁴



²⁸⁴ Dural/Öz; s. 109.

BÖLÜM II

MİRAS SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICILIĞI

I. MİRAS SÖZLEŞMESİNDEKİ BAĞLAYICI TASARRUFLARIN TESPİTİ AMACIYLA MİRAS SÖZLEŞMESİNİN YORUMU

A. Genel Olarak Yorum Kavramı

Hukuki işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin izin verdiği sınırlar içerisinde, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamasından oluşan hukuki bir olgudur.²⁸⁵ Hukuki işlemin varlığı için belirli bir hukuki sonuca yönelmiş irade beyanı gerekmektedir. İrade beyanı, dayanağını irade özerkliğinden almakta ve hukuki işlemin kurucu unsurunu oluşturmaktadır.²⁸⁶ Yorum yoluyla irade beyanının gerçek anlamı ve içeriği tespit edilmektedir.²⁸⁷ Bu belirlemenin yapılabilmesi için, irade teorisi, beyan teorisi ve güven teorisi olmak üzere çeşitli yorum teorileri geliştirilmiştir.²⁸⁸

²⁸⁵ von Tuhr/Peter, s. 143; Bucher, s. 40; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 118; Eren, s. 119; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar), s. 92; Kılıçoğlu (Borçlar), s. 26.

²⁸⁶ İrade beyanı kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N.: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s. 22 vd.

²⁸⁷ Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 88; BernerKomm/Weimar, Ein. 14. Titel Einleitung, N. 56; Wolf/Genna, s. 397. Kipp/Coing, s. 139.

²⁸⁸ Yorum teorilerine ilişkin detaylı açıklama için bkz. Bucher, s. 122; Köhler, s. 126; Schwenger, s. 195; Kocayusufpaşaoğlu (Hata), s. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 71; Eren, s. 149; Oğuzman, M. K./ Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 70.

1. İrade Teorisi

İrade teorisine (*Willenstheorie*) göre, irade beyanının yorumunda beyan sahibinin gerçek iradesi esas alınmalıdır. Beyan ile iç irade arasında bir uyumsuzluk söz konusu ise, iç irade dikkate alınmalı ve irade beyanının anlamı buna göre tespit edilmelidir. Bu durumda, irade teorisi kişinin iç dünyasına ait psişik bir olguya belirleyici bir işlev tanımaktadır. Dolayısıyla, bu teori uygulandığında yalnızca beyan sahibinin menfaati göz önüne alınmakta, irade beyanının muhatabı ise dikkate alınmamaktadır. Sonuç olarak, irade teorisi ihtiyaç duyulan hukuki güvenlikle bağdaşmamaktadır; zira, muhatabın, beyan sahibinin gerçek iradesini her zaman bilmesi fiilen mümkün değildir.²⁸⁹ Bu sebeple, hukuki işlemlerin yorumunda TBK m. 19/1 (İBK m. 18/1) hükmü ile esasen kabul edilmiş olan normatif ilke irade teorisi olmakla birlikte, özellikle iki taraflı hukuki işlemlerde bu teori, olayların ezici çoğunluğunda taraf iradelerini belirlemek mümkün olmadığı için yetersiz kalmaktadır.

Tümüyle irade teorisinin uygulama alanı bulduğu en temel örnek vasiyetnamedir. Tek taraflı varması gerekli olmayan bir hukuki işlem olan vasiyetname, irade teorisine göre yorumlanmaktadır; çünkü burada, miras hukukunun özel niteliği gereği, önemli olan irade sahibi mirasbırakanın gerçek iradesini tespit etmektir.²⁹⁰

²⁸⁹ Eren, s. 149.

²⁹⁰ ZK-Escher, Ein. Art. 467, N. 14; Tuor, Vor. Art. 481, N. 15; Piconi, s. 29; Piotet, s. 207; Schwenger, s. 196; İmre/Erman, s. 115; Kocayusufpaşaoğlu, s. 321; Ergüne, s. 17. Yargı kararları için bkz. BGE 120 II 184; 5C. 183/2003; Yargıtay HGK., E. 1990/2-346, K. 1990/586, T. 21.11.1990; Yargıtay 2. HD., E. 2001/5921, K. 2001/7312, T. 10.05.2001.

2. Beyan Teorisi

İrade teorisine karşı savunulan bir diğer yorum teorisi ise beyan teorisi (Erklärungstheorie).²⁹¹ Beyan teorisine göre, irade beyanının anlamı, beyan sahibinin iç iradesine göre değil, beyana göre tespit edilmelidir. Beyan teorisi, sübjektif ve objektif beyan teorisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sübjektif beyan teorisinde, beyan muhatabının kişisel durumuna göre beyana verdiği anlam esas alınmakta iken, objektif beyan teorisine göre ise üçüncü kişinin beyana vereceği objektif anlam tespit edilmektedir.²⁹² Bu bakımdan, sübjektif beyan teorisi, irade teorisinin muhatabı koruyan bir başka görünümünden ibarettir.²⁹³ Objektif beyan teorisi ise beyan sahibini ve beyan muhatabını dikkate almaması bakımından yeterli bir çözüm getirmemekte ve bu sebeple de kabul edilmemektedir.²⁹⁴

3. Güven Teorisi

Diğer bir yorum teorisi ise irade teorisi ve beyan teorisinin uzlaştırılmış hali olan güven teorisidir (Vertraunstheorie).²⁹⁵ Güven teorisi, TMK m. 2 hükmünde

²⁹¹ Picenoni, s. 19.

²⁹² Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar), s. 140; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 72; Eren, s. 151.

²⁹³ Kocayusufpaşaoğlu (Hata), s. 7.

²⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu (Hata), s. 7; Picenoni, s. 23; Eren, s. 152.

²⁹⁵ Klasik güven teorisine göre, irade beyanı yorumlanırken, somut olaydaki muhatabın sübjektif durumuna göre değil, benzer çevrede söz konusu irade beyanına muhatap olabilecek makul ve dürüst bir kişinin dürüstlük kuralı çerçevesinde ona vereceği anlam esas alınmaktadır. Bu sebeple, klasik güven teorisi, somut olaydaki muhatabın yerine makul ve dürüst bir üçüncü kişi (*vernünftiger und korrekter Mensch*) koyarak tamamen objektif bir teori oluşturmaktadır; detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 153. Beyan sahibinin korunmaya değer menfaatlerini gözardı ettiği gerekçesiyle teori bu haliyle eleştirilmiş ve yeni bir güven teorisi savunulmuştur. Buna göre, makul ve dürüst üçüncü kişi yerine makul ve dürüst muhatap esas alınarak irade beyanı yorumlanmıştır. Yeni güven teorisi, hem muhatabın hem de beyan sahibinin haklı menfaatlerini eşit şekilde korumayı hedefleyerek hukuki güven ve istikrarı sağlamayı amaçlamaktadır. Türk-İsviçre hukukunda hakim olarak, yeni güven teorisi kabul edilmektedir, bkz. Bucher, s. 104; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 211; Kocayusufpaşaoğlu (Hata), s. 9; Eren, s. 154; Oğuzman/Öz (C.I), s. 71.

düzenlenen dürüstlük kuralına dayanmaktadır.²⁹⁶ Bu teoriye göre, irade beyanının yorumunda makul ve dürüst muhatap esas alınmakta ve onun dürüstlük kuralına uygun olarak irade beyanına vereceği anlam araştırılmaktadır. Bu sayede, güven teorisi, iki taraflı hukuki işlemde tarafların çatışan menfaatleri arasında bir denge sağlamak ve işlem güvenliğini (*Verkehrssicherheit*) tesis etmektedir.²⁹⁷ Bu bakımdan, Türk-İsviçre hukukunda iki taraflı hukuki işlemler bakımından doktrin ve yargı kararlarında kabul edilen görüş güven teorisidir.²⁹⁸

Eklemek gerekir ki, güven teorisi, irade teorisini tamamen saf dışı bırakmamakta, tam tersine işlem güvenliğini sağlamak amacıyla onu tamamlamaktadır. Asıl olan beyan sahibinin iç iradesidir; ancak bu iç iradeyi tespit etmek her zaman mümkün olmamakta ve bu noktada güven teorisi devreye girmektedir. Somut olayda, taraflar birbirlerini doğru şekilde anlamışlar ise, güven teorisi uygulanmayacaktır.²⁹⁹ TBK m. 19/I (İBK m. 18/1) hükmü ve TMK m. 504/II hükümleri, tarafların birbirinin gerçek iradelerini fiilen anlamaları halinde yanlış beyana itibar edilmeyeceğine ilişkin Roma

²⁹⁶ von Tuhr/Peter, s. 287; Bucher, s. 122; Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 205a; Schwenzer, s. 198.

²⁹⁷ Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 211.

²⁹⁸ von Tuhr/ Peter, s. 287; Kocayusufpaşaoğlu (Hata), s. 7; Piconi, s. 19; mahkeme kararları için bkz. BGE 125 III 305; BGE 117 II 273; BGE 135 III 295; BGE 136 III 186; BGE 138 III 659. Alman hukukunda sözleşmelerin yorumunun dürüstlük kuralına göre yapılacağı AMK § 157 hükmünde açıkça düzenlenmiştir; detaylı bilgi için bkz. Leenen, s. 151.

²⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu (Hata), s. 10; Schwenzer, s. 197; Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 214: “In solchen Fällen, in denen feststeht, dass der Empfänger den Erklärenden tatsächlich richtig verstanden hat, ist für die Beteiligten ohne Weiteres der erklärte wirkliche (und vom Empfänger tatsächlich erkannte) Wille massgeblich. Dieser einleuchtende Grundsatz hat seinen positiv-rechtlichen Niederschlag in Art. 18 Abs. 1 gefunden, der zwar nur auf Verträge Bezug nimmt, auf die einzelne Willenserklärung aber sinngemäss zur Anwendung kommt. (...) Für die Anwendung des Vertrauensprinzips bleibt kein Raum, wenn feststeht, dass der Empfänger die Erklärung tatsächlich so verstanden hat, wie sie vom Erklärenden gemeint war.” Mahkeme kararı için bkz. BGE 105 II 16: “Hat der Kläger das Fernschreiben der Beklagten vom 18. Januar 1974 so verstanden, wie es gemeint war, so ist der Vertrag nach dem Gesagten zustande gekommen; für eine Auslegung der beidseitigen Willenserklärungen nach Treu und Glauben besteht diesfalls von vornherein kein Raum mehr.”; BGE 115 II 323; BGE 123 III 16; BGE 127 III 248; BGE 137 III 145.

hukukundan günümüze kadar gelen bu ilkenin (*falsa demonstratio non nocet, die falsche Bezeichnung schadet nicht*) yansımalarıdır.³⁰⁰

B. Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumlanması

Her irade beyanının olduğu gibi, ölüme bağlı tasarrufların da yorumlanması gerekmektedir. Hatta yorum meselesinin en önemli olduğu hukuki işlem türünün ölüme bağlı tasarruflar olduğunu ileri sürmek mümkündür.³⁰¹ Bunun en önemli nedeni, ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakanın miras açıldığında artık hayatta olmamasıdır. Ayrıca vasiyetnamelerde bir muhatap yoktur ve mirasbırakan, özellikle elyazısıyla yapılan vasiyetnamede, kendi sözcükleriyle ölüme bağlı tasarrufunu ifade etmektedir.³⁰² Bunlar ölüme bağlı tasarrufların yorumunu hem güçleştirmekte hem de önemli hale getirmektedir. TMK m. 5 (İMK m. 7) hükmü gereği, borçlar hukuku alanında geçerli olan genel yorum kuralları, miras hukukuna özgü nitelikler gözetilmek suretiyle, ölüme bağlı tasarruflar bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.³⁰³ Bu bakımdan, çalışmada ölüme bağlı tasarruflara ve özellikle de miras sözleşmesine özgü esaslar açıklanmıştır.

Vasiyetname ve miras sözleşmesi arasındaki hukuki nitelik farkının bir diğer sonucu da yorum meselesinde ortaya çıkmaktadır. Vasiyetname tek taraflı varması gerekli olmayan bir hukuki işlem olduğu için yorumunda irade teorisi uygulanırken, miras

³⁰⁰ Leenen, s. 141; Eren, s. 157.

³⁰¹ Druey, s. 153.

³⁰² Druey, s. 153.

³⁰³ Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s. 863; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 88; Wolf/Genna, s. 397; Hrubesch-Millauer, s. 99; Ergüne, s. 14.

sözleşmesinin yorumunda güven teorisi uygulanmaktadır.³⁰⁴ Keza bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş olmakla birlikte, tek taraflı olan tasarruflar da irade teorisine göre yorumlanmaktadır.³⁰⁵

Bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmekle birlikte tek taraflı vasiyetname hükmündeki tasarrufları, sözleşmesel tasarruflardan ayırt etmek bunlara bağlanacak hukuki sonuçların belirlenmesi yönünden önemli bir yorum meselesi olarak incelenmelidir.

1. Miras Sözleşmesindeki Tek Taraflı Tasarrufları Ayırt Etme

a. Sorunun Tespiti

Bir miras sözleşmesinde, miras sözleşmesinin varlık sebebi olan bağlayıcı en az bir tasarrufun yanısıra, vasiyetname hükmünde olan tek taraflı tasarruflar da mevcut olabilmektedir. Türk-İsviçre (TMK m. 527, İMK m. 494) hukukunda miras sözleşmesi tanımı yapılırken içeriğinin bir mirasçı atama ya da belirli mal bırakma tasarrufu olacağı belirtilmekle beraber bu sayım sınırlı değil iken,³⁰⁶ Alman hukukunda miras sözleşmesi metni içerisinde düzenlenmesi mümkün olan tek taraflı ölüme bağlı tasarruflarla, iki taraflı ölüme bağlı tasarruflar arasında açık bir ayırım yapılmaktadır. AMK § 2278/II hükmüne göre, mirasçı atama, belirli mal bırakma ve yükleme tasarrufları haricindeki ölüme bağlı tasarruflar miras sözleşmesinin

³⁰⁴ Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 88; Wolf/Genna, s. 397.

³⁰⁵ Vasiyetnamenin yorumuna ilişkin detaylı bilgi için bkz: Ergüne, M. S.: Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011. BGE 131 III 106; BGE 124 III 414; BGE 120 II 187; BGE 103 II 88; BGE 100 II 440; BGer 5A_114/2008, 07.08.2008.

³⁰⁶ Wolf/ Hrubesch-Millauer, s. 230.

bağlayıcı içeriğini oluşturamamaktadır. Bu sayılanların dışında bir ölüme bağlı tasarruf miras sözleşmesi içeriğinde düzenlenmiş olsa dahi vasiyetname hükmündedir (AMK § 2299). Miras sözleşmesi, sözleşmenin taraflarının tek tarafı ölüme bağlı tasarruflarını düzenledikleri bir metin olabilir; ancak bu metne miras sözleşmesi diyebilmek için gerekli olan en az bir tasarrufun iki tarafı yani bağlayıcı olmasıdır.³⁰⁷

Bu şekilde vasiyetname hükmünde olan ölüme bağlı tasarruflara vasiyetnamelere ilişkin hükümler uygulanmaktadır; yani bunlar bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmelerine rağmen her zaman bunlardan dönülmesi mümkündür.³⁰⁸ AMK § 2278/II hükmünde yapılan bu belirleme, AMK § 2299/I hükmünde düzenlenen miras sözleşmesinin bağlayıcılığı ve § 2302 hükmüyle korunan tasarruf serbestisi arasındaki sınırı çizmek amacıyla getirilmiştir.³⁰⁹ Bu durumda AMK § 2278/II hükmüne göre, her bir miras sözleşmesi mirasçı atama, belirli mal bırakma veya yükleme tasarruflarından en az birini içermesi gerekmektedir. AMK §§ 2278/II ve 2299/I hükümleri birlikte değerlendirildiğinde yalnızca mirasçı atama, belirli mal bırakma ve yükleme tasarrufları sözleşmesel olarak düzenlenebilmekte; ancak bu tasarrufları dahi tek tarafı olarak yapmak mümkün olmaktadır. Yani bir mirasçı atama tasarrufu, miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş olmakla birlikte tek tarafı olarak vasiyetname hükmünde düzenlenmiş olabilir.

³⁰⁷ ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 1; Hrubesch-Millauer, s. 118; Öztan, s. 243; Zimmermann, s. 118; Brox/Walker, s. 91; Lange/Kuchinke, s. 474; von Lübtow, s. 400.

³⁰⁸ MünchKomm/Musielak, §2278, N. 3; Siebert, s. 238.

³⁰⁹ Nolting, D., s. 92.

Hem miras sözleşmesi hem de vasiyetnameyle yapılabilen ölüme bağlı tasarruflar, Türk-İsviçre hukukunda kanunda açıkça ve sınırlı olarak sayılmayan (buna karşın Alman hukukunda mirasçı atama, belirli mal bırakma ve yükleme olarak sayılan) tasarruflar bakımından bir ayırım yapmak gerekmektedir. Bu tasarruflar bir miras sözleşmesinin içerisinde düzenlenmekle birlikte hem tek taraflı, hem de sözleşmesel olarak yapılabilir.³¹⁰ Türk-İsviçre hukukunda da mirasçı atama, belirli mal bırakma gibi hukuki nitelikleri gereği tek taraflı veya iki taraflı yapılmak zorunda olmayan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar hem vasiyetname hem de miras sözleşmesiyle düzenlenebilmektedir. Bunun sonucunda bu tür tasarrufların bir miras sözleşmesi içeriğinde düzenlenmesi durumunda bunların tek taraflı mı yoksa sözleşmesel mi olduklarının tespiti büyük önem taşımaktadır.

Bu tür ölüme bağlı tasarruflar bakımından tek taraflı mı iki taraflı mı olduklarını belirlemek için miras sözleşmesinin yorumu yoluna başvurmak gerekmektedir.³¹¹ Yorum yapılırken kullanılacak ölçütler bakımından doktrin ve uygulamada farklı görüşler savunulmuştur.³¹²

³¹⁰ MünchKomm/Musielak, §2278, N. 3; Siebert, s. 238.

³¹¹ Nolting, D., s. 93; Palandt/Edenhofer, §2278, N. 2; MünchKomm/Musielak, §2278, N. 3; Frank/Helms, s. 169. BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 12; Serozan/ Engin, s. 264; Staudinger/Kanzleiter, § 2278, N. 7; Eren (İptal Davası), s. 10; Frank/Helms, s. 169; Zimmermann, s. 118; Wolf/Genna, s. 375; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 3; Brox/Walker, s. 90. Lange/Kuchinke, s. 475; von Lübtow, s. 401.

³¹² BGE 70 II 7; BGE 105 II 253; BGE 118 II 282; BGE 133 III 406; doktrindeki farklı görüşler için bkz. Eren (İptal Davası), s. 10; BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 12; Hrubesch-Millauer, s. 117; Wolf/Genna, s. 375; BernerKomm/Weimar, Vor. 494, N. 8, 10; Frank/Helms, s. 169; Zimmermann, s. 120.

b. Önerilen Yorum Ölçütleri

Yapılmış olan miras sözleşmesinin içeriğinde yer alan maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarrufun, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olup olmadığını anlamak için taraf iradelerini incelemek gerekmektedir. Eğer miras sözleşmesinde, ilgili hükmün bağlayıcı olup olmadığı belirtilmişse, burada yoruma ihtiyaç yoktur; ancak sözleşmede taraf iradeleri açık şekilde anlaşılamıyorsa bu durumda sözleşmenin yorumlanması (*Vertragsauslegung*) gerekmektedir. Bu noktada tek tarafın ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu miras sözleşmelerinde dahi, bir sözleşme söz konusu olduğu için, yalnızca mirasbırakanın iradesi dikkate alınarak yorum yapılamaz. Miras sözleşmesi taraflarının her birinin iradesi aynı şekilde dikkate alınmalıdır.³¹³

Miras sözleşmesinde yer alan ve bağlayıcı şekilde de yapılması mümkün olan tasarruflar tek taraflı olarak yapılıyorsa, bunun açıkça belirtilmesi tavsiye edilmektedir. Aksi takdirde, tek taraflı olarak yapılmak istenen bir ölüme bağlı tasarrufun yanlış anlama sonucu bağlayıcı bir tasarruf olarak kabul edilmesi riski söz konusu olabilecektir.³¹⁴ Öte yandan, bu belirlemenin açıkça yapılmadığı hallerde nasıl bir yol izleneceği belirlenmesi gereken önemli bir konudur. Bu noktada miras sözleşmesinin yorumlanması söz konusu olacaktır ve yorum ölçütleri konusunda da farklı görüşler savunulmaktadır.

³¹³ MünchKomm/Musielak, § 2278, N. 3.

³¹⁴ BaslerKomm/Breitschmidt, Vor Art. 494-497, N. 11; Piconi, s. 261.

Hakim görüş, bağlayıcı veya tek taraflı yapılması mümkün olan bir ölüme bağlı tasarrufun sadece bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş olmasının bağlayıcı olduğu yönünde kesin bir sonuca varmaya yeterli olmadığını ileri sürmektedir.³¹⁵ Buna göre, böyle bir tasarrufun bir miras sözleşmesi metni içerisinde düzenlenmiş olması bağlayıcı olduğu yönünde yalnızca önemli bir ipucu (*nur ein- allerdings wichtiges- Indiz*) sağlamaktadır; ancak kesin bir sonuca varabilmek için bu ipucunun başka unsurlarla desteklenmesi gerekmektedir.³¹⁶

i. Bağlantı Ölçütü

İsviçre Federal Mahkemesi verdiği çeşitli kararlarda, miras sözleşmesinin bağlayıcı tasarrufların yanı sıra, bağlayıcı olmayan tek taraflı tasarruflar da içerebileceğine hükmetmiştir.³¹⁷ Federal Mahkeme, ilk olarak bağlantı ölçütünü dikkate almış, sonradan ise menfaat ölçütüne ağırlık vermiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, sözleşmesel bir tasarruf tesadüfen bir sözleşme metni içerisinde yer almamakta ve içeriksel olarak da bağlantılı olmak zorundadır. Federal Mahkeme, eğer miras sözleşmesinde yer alan bir hükmün sözleşmenin geneliyle içeriksel bir bağlantısı yok ise ve söz konusu hüküm tesadüfen o sözleşmede yer almış ise, ortada tek taraflı, bağlayıcı olmayan, vasiyetname hükmünde bir tasarruf olduğu sonucuna varmıştır.³¹⁸

³¹⁵ Brox/Walker, s. 90; von Lübtow, s. 401.

³¹⁶ BaslerKomm/ Breitschmidt, Vor Art. 494-497, N. 12. Karşı görüş, ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 1.

³¹⁷ BGE 46 II 11; BGE 105 II 253; BGE 133 III 406.

³¹⁸ BGE 70 II 7; BGE 118 II 282.

2007 yılında verdiği bir kararda, Federal Mahkeme, bağlayıcı tasarruflarla tek taraflı tasarrufları birbirinden ayırt etmek için, ilk olarak tarafların irade beyanlarının lafzen dikkate alınması ve bu yoldan kesin bir sonuca ulaşlamıyorsa tarafların menfaat dengesine göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³¹⁹ Bu bakımdan Federal Mahkeme, önceliği taraf iradelerinin araştırılmasına vermekle birlikte, sonraki adımda menfaat ölçütünü kullanmıştır. Bu ölçüte göre, miras sözleşmesi karşı tarafın lehine bir tasarruf içeriyorsa, burada söz konusu tasarrufun bağlayıcı olduğu sonucuna varılmaktadır. Öte yandan, miras sözleşmesi bir üçüncü kişi lehine yapılıyorsa, burada lehdar üçüncü kişinin sözleşmenin karşı tarafıyla yakınlığı dikkate alınmaktadır. Miras sözleşmesi lehdarı, sözleşmenin karşı tarafının bir akrabası ya da bir yakını ise, söz konusu tasarrufun bağlayıcı olduğu; aksi halde ise tasarrufun tek taraflı olduğu kabul edilmektedir.

ii. Menfaat Ölçütü

Doktrinde savunulan ölçütlerden biri, Federal Mahkeme'nin görüşüne uygun olarak menfaat ölçütüdür (*Interessentheorie*).³²⁰ Menfaat ölçütüne göre, miras sözleşmesi hükmünün bağlayıcı olup olmadığının tespiti için tarafların bağlayıcılıkta menfaatlerinin olup olmadığına bakılmalıdır. Buna göre, hükmün bağlayıcılığında

³¹⁹ BGE 133 III 406.

³²⁰ BaslerKomm/Breitschmid, Vor Art. 494-497, N. 12; Picenoni (ZBGR), s. 261; MünchKomm/Musielak, §2278, N. 3; Nolting, D., s. 91; Reimann/ Bengel/ Mayer, §2278, N. 10; Staudinger/ Kanzleiter, § 2278, N. 9; Kipp/ Coing, s. 150; Brox/Walker, s. 90. Lange/Kuchinke, s. 476; von Lübtow, s. 401; Muscheler, N. 2207

taraf menfaati söz konusu ise o hükmün bağlayıcı olduğu sonucuna varılmaktadır.³²¹

Dikkate alınacak menfaat bakımından farklı tespitler söz konusudur.

Bu ölçüte göre, miras sözleşmesi taraflarının menfaatleri değil, daha ziyade miras sözleşmesiyle lehine tasarrufta bulunulan kişinin menfaatinin göz önüne alınması gerektiği savunulmaktadır.³²² Miras sözleşmesi lehdarının menfaati, o tasarrufun tek taraflı mı yoksa sözleşmesel mi olduğunu ortaya koymaktadır. Söz konusu bu menfaat mirasbırakanda bir yetki kaybı olarak karşılık bulmaktadır. Miras sözleşmesi lehdarının menfaatinin, mirasbırakanın yetki kaybıyla güvence altına alınması kararlaştırılmışsa ortada bağlayıcı bir tasarruf vardır.³²³ Buna göre, sözleşmesel bir tasarruftan bahsedebilmek için mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünden bir ölçüde vazgeçmiş ve bu şekilde bazı yetki kayıplarını istemiş olması gerekmektedir.³²⁴

Bu ölçüte göre, miras sözleşmesi tarafları lehine yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufların bağlayıcı oldukları yönünde aksi ispat edilebilir bir karine bulunmaktadır.³²⁵ Zira sözleşmenin karşı tarafı lehine yapılmış bir ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcılığında kesin olarak o tarafın menfaati söz konusudur. Miras

³²¹ BaslerKomm/Breitschmidt, Vor Art. 494-497, N. 12; Piconi (ZBGR), s. 261; Itschner, s. 77'den naklen, Knapp, C.: Les clauses conventionnelles et les clauses unilatérales des pactes successoraux, in: Zum Schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor, Zürich 1946, s. 201-239, s. 217. Aynı yönde, MünchKomm/Musielak, §2278, N. 3; von Lübtow, s. 401; Erman/Schmidt, §2278, N. 2 f.; Nolting, D., s. 91 vd.; Reimann/Bengel/Mayer, § 2278, N. 6; Staudinger/Kanzleiter, § 2278, N. 9; Kipp/Coing, s. 158; Zimmermann, s. 120; MünchKomm-Musielak, § 2278 N. 4; Frank/Helms, s. 169.

³²² Nolting, D., s. 100.

³²³ Nolting, D., s. 102.

³²⁴ Nolting, D., s. 102, Kipp/Coing, s. 233. Brox/Walker, s. 87.

³²⁵ Bkz. BGH NJW 1958, s. 498; BGH NJW 1961, s. 120; BGH NJW 1989, s. 2885; Coing, H.: "Wie ist die bindende Wirkung von Erbverträgen zu ermitteln?", NJW 1958, s. 689-692, s. 690; Kipp/Coing, Erbrecht §39 IV; MünchKomm/Musielak, § 2278, N. 4; Brox/Walker, s. 90; Schlüter, N. 258; Piotet, s. 179; Reimann/Bengel/Mayer, § 2278, N. 6; von Lübtow, s. 401.

sözleşmesinin bir hükmü karşı tarafın menfaatinin oluşturuyor ise taraflar arası karşılıklı bağlayıcılığa ihtiyaç vardır. Bu karşılıklı bağlayıcılık genellikle ivazlı miras sözleşmesi ile sağlanabilecektir.³²⁶ İvazlı miras sözleşmesinde, mirasbırakanın mirasçı ataması veya belirli mal bırakmasına karşılık, karşı taraf da bir sağlararası edim borcu altına girmekte; ancak sağlararası edim borcu altına giren taraf mirasbırakanın kendisine ne kadarlık bir tereke veya vasiyet alacağı bırakacağını sözleşmenin kurulma anında öngörememektedir. Bu sebeple de borçlandığı edim konusunda dikkatli olmalıdır.³²⁷

Eğer üçüncü kişi lehine yapılmış bir tasarruf söz konusu ise, bu tasarrufun bağlayıcı olmasında yine taraf menfaatinin olup olmadığı araştırılmalıdır.³²⁸ Genellikle evli çiftler arasında yapılan miras sözleşmelerinde bağlayıcı hükümler mevcut olmaktadır; zira bu tür sözleşmelerde çocuklar veya başka akrabalar artmırasçı (*Nacherben*) olarak belirlenmektedir ve bu durumlarda sözleşmenin bağlayıcı olmasında tarafların menfaati vardır. Menfaat ölçütüne göre, mirasbırakan sözleşmenin karşı tarafı olan eşin bir akrabası lehine miras sözleşmesi yapmış ise bununla karşı tarafın bağlayıcılık konusunda menfaati olduğu için bağlı olacaktır. Buna karşın, mirasbırakan kendi akrabası lehine bir miras sözleşmesi yaptığında bunda sözleşmenin karşı tarafı olan diğer eşin herhangi bir menfaati olmadığı için bu hüküm bağlayıcı değildir.³²⁹

³²⁶ MünchKomm/Musielak, §2278, N. 4.

³²⁷ Itschner, s. 79.

³²⁸ Piotet, s. 179; Reimann/Bengel/Mayer, § 2278, N. 6; Hrubesch- Millauer, Erbvertrag, N. 270; BGE 133 III 406, s. 1450. *von Lübtow*, miras sözleşmesinin yalnızca üçüncü kişi yararına yapılmış olması halinde miras sözleşmesinin bağlayıcı olduğu sonucuna varmaktadır (s. 401).

³²⁹ Piotet, s. 179; Reimann/Bengel/Mayer, §2278, N. 6; Hrubesch- Millauer, s. 148; Staudinger/Kanzleiter, § 2278, N. 10; Zimmermann, s. 120; von Lübtow, s. 402; BGE 133 III 406.

Sözleşmeye dahil kişilerin mirasbırakanın bağlanması hususundaki menfaatlerinin genellikle birbirinden farklı olması, sözleşme taraflarının her zaman mirasbırakanın bağlanmasını istedikleri anlamına gelmemektedir. Bu noktada daha ziyade sorulması gereken, bağlayıcılıkta herhangi birinin menfaatinin olup olmadığı, varsa da bunun kimin menfaatine olduğu ve bu menfaat sahibinin miras sözleşmesi taraflarıyla olan ilişkisidir.³³⁰ Sözleşmenin karşı tarafının tasarrufa ilişkin menfaati ne kadar güçlüyse, bağlayıcı bir tasarrufun varlığını kabul imkanı da o kadar artmaktadır. İlk olarak, sözleşmenin karşı tarafının iradesi araştırılmalıdır. Bu bakımdan sözleşmenin karşı tarafına kararlaştırılmış bir ivaz karşılığında bir kazandırma yapılması taraflarca istenmiş bir bağlayıcılığa işaret etmektedir.³³¹

Türk hukukunda da menfaat ölçütünü destekleyen yazarlar mevcuttur. Buna göre, menfaat ölçütü iki taraflı sözleşmesel bir hukukî işlem olan miras sözleşmesinin bünyesine daha uygun düşmektedir.³³² Karşı taraf lehine yapılan miras sözleşmesinde, ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcılığında karşı tarafın menfaati zaten vardır. Üçüncü kişi lehine yapılan sözleşmelerde ise sözleşmenin karşı tarafının üçüncü kişiye yapılan kazandırmada kendi çıkarı ve güveni söz konusuysa, yapılan bu kazandırma miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olacaktır.³³³

³³⁰ MünchKomm- Musielak, § 2278, N. 3; Reimann/Bengel/Mayer, § 2278, N. 6. Alman hukukunda konuya ilişkin bazı mahkeme kararları: RGZ 116, 321/ BGHZ 26, 204/ BGH vom 12. Oktober 1960/ BayObLG vom 29. Juni, 1961/ BGH vom 18. Dezember 1969/ BGHZ 106, 359/ BayObLG vom 21. Dezember 1992/ BayObLG vom 6. November 1995.

³³¹ Lange/Kuchinke, s. 476.

³³² Eren (İptal Davası), s. 11.

³³³ Serozan/Engin, s. 264.

iii. Karine Getirilmesi Önerisi

Miras sözleşmesinin yorumlanması konusunda, vasiyetname hükmündeki bir tasarruf ile bağlayıcı bir tasarrufun yorumlanması farklılık gerektirdiği için daha ilk aşamada aşılması gereken bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, bir görüş, henüz yorum aşamasında karşılaşılan bu sorunu ancak kanunda olmayan bir karine getirerek aşmanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir.³³⁴ Bu görüşe göre, yargı kararlarında esas alınan ve doktrindeki hakim görüşü oluşturan menfaat ölçütü söz konusu sorunu çözmekte yeterli olamamakta ve bu sebeple başka bir çözüm yolu bulunması gerekmektedir.³³⁵ Bu görüşe göre, TMK m. 6 (İMK m. 8) hükmü bir çıkış noktası oluşturabilmektedir. Bu hüküm bir uyuşmazlıkta, aksi düzenlenmiş olmadıkça, hangi tarafın ispat yükü altında olduğunu düzenlemektedir. Buna göre, ispat yükü ispatlanmak istenen olgudan kendi yararına hak çıkartacak olan taraftadır. İspat yükü bakımından taraflara kolaylık sağlayan hukukî kurum ise karine kurumudur.³³⁶ Söz konusu görüşe göre, bağlayıcı tasarruflar ile tek taraflı tasarrufları birbirinden ayırmak konusunda da bu kurumdan yararlanmak mümkündür.³³⁷

Hakim görüşe göre, miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan bir tasarrufun, sırf bu nedenle, bağlayıcı bir tasarruf olduğu sonucuna varılamaz.³³⁸ Bu konuda yalnızca *Escher*, kanunda yer almayan bir karinenin varlığını savunmaktadır ve bir

³³⁴ ZK-Escher, Vor. Art. 494 ff., N. 1; Hrubesch-Millauer, s. 161; Hrubesch-Millauer, S.: “Erbvertrag; vertragmässige, bindende Verfügungen 5A_161/2010”, Successio, 4/2011, s. 330.

³³⁵ Hrubesch-Millauer, s. 155.

³³⁶ Hrubesch-Millauer, s. 155. Karine kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Karakaş, F.T.: “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, AÜHFD, Cilt 62, Sayı 3, 2013, s. 729-759.

³³⁷ Hrubesch-Millauer, s. 155.

³³⁸ BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 12; Staudinger/Kanzleiter, § 2278, N. 7; MünchKomm/Musielak, §2278, N. 3.

miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan tasarrufun karineten bağlayıcı yani sözleşmesel bir tasarruf olduğunu kabul etmektedir.³³⁹ 1974 tarihli eserinde, *Itschner*, karine ve yorum kuralı ayrımı yapmaksızın *Escher*'e katıldığını belirtmektedir.³⁴⁰ Keza, daha sonra, 1985 tarihli eserinde *Claus Nolting* de, miras sözleşmesi içerisindeki bir tasarrufun tek taraflı olduğunun kabul edilebilmesi için bunun açıkça belirtilmesi gerektiğini, aksi halde tasarruf için seçilen türün miras sözleşmesi olması karşısında, bağlayıcı etkinin taraflarca istendiği anlamına geldiğini savunmuş ve bu konuda bir karine yerine yorum kuralı getirerek aynı sonuca varmıştır.³⁴¹ Bir miras sözleşmesi yapılması ister istemez sözleşmenin karşı tarafı nezdinde bir güven ve beklenti oluşturmaktadır. Yapılan miras sözleşmesinin içeriğine göre, sözleşme aile içerisinde olumlu veya olumsuz etki oluşturmakta ve bu dolaylı da olsa mirasbırakanı etkilemektedir. Dolayısıyla bir miras sözleşmesi yapan mirasbırakan, vasiyetname yapan mirasbırakan kadar serbestçe hareket etmeye devam edememektedir. Burada mirasbırakanın vasiyetname yerine miras sözleşmesi gerçekleştirme tercihinde bulunması bağlanma iradesi gösterdiğine işaretir. Özellikle iki veya çok taraflı miras sözleşmelerinde ve ivazlı miras sözleşmelerinde oluşan güven unsuru ve *synallagmatik* yapı,³⁴² miras sözleşmesinin şekil olarak seçilmesine neden oluşturmaktadır.³⁴³

³³⁹ ZK-Escher, Vor. Art. 494 N. 1.

³⁴⁰ Itschner, s. 79. *Knapp*, şüphe halinde tek taraflı tasarruf yönünde yorum yapılması gerektiğini belirterek farklı bir görüş savunmaktadır. Itschner, s. 79'dan naklen.

³⁴¹ Nolting, C.: Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, Zugleich ein Beitrag zu der Auslegung von Erbverträgen, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Band 106, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1985, s. 62.

³⁴² ZK- Escher, Vor. Art. 494, N. 13; Tuor, Vor. Art. 494, N. 11; Dural, s. 47; BGE 46 II 16: İki taraflı veya ivazlı miras sözleşmesi teknik anlamda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme değildir; ancak yine de taraflar arasında mevcut olan ilişki karşılık (*synallagma*) ilişkisine çok benzediği için bir tarafın tasarrufundaki geçersizlik, diğer tarafın tasarrufunu da geçersiz hale getirecektir. Keza bu benzerlik neticesinde, ivazlı miras sözleşmeleri bakımından sağlararası tasarrufta bulunan tarafın borcunu yerine getirmemesi hali için TBK tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme hükümlerine atıfta bulunulmuştur (TMK m. 547).

³⁴³ Nolting, C., s. 61.

Hrubesch-Millauer tarafından 2008 tarihli eserinde savunulan karine getirilmesi gerektiği yönündeki bu görüş, ilk olarak *Escher* tarafından ileri sürülen görüşün detaylandırılmış halidir. Yazara göre, miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen tek taraflı tasarruflarla sözleşmesel tasarrufları birbirinden ayırt etmek için bir karine getirilmesi gerekmektedir. Buna göre, sözleşmesel olarak düzenlenmesi mümkün olan bir tasarruf, bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş ise ve söz konusu bu tasarrufun, sözleşmesel veya tek taraflı bir tasarruf olup olmadığı açık değilse, bu tasarrufun sözleşmesel ve bağlayıcı olarak düzenlenmek istendiği karineten kabul edilmelidir.³⁴⁴ Burada karinenin sözleşmesel tasarruf yönünde olmasının temel sebebi, ölüme bağlı tasarruf olarak seçilen şeklin miras sözleşmesi olmasıdır.³⁴⁵

Hrubesch-Millauer, miras sözleşmesinin şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olarak seçilmiş olmasının tek başına bağlayıcılık etkisinin taraflarca istendiğinin işareti olduğunu belirtmektedir.³⁴⁶ Sözleşmenin doğası gereği bağlayıcı bir karakteri olduğu anlaşılmaktadır.³⁴⁷ Bir hukukî kurum olarak sözleşmeden anlaşılan birbirine uygun irade beyanlarının karşılıklı olarak açıklanması ve bunun sonucu olarak da bağlayıcı etkisi olan bir hukukî işlem gerçekleştirilmesidir. Birbirine uygun irade beyanının yanısıra şekil koşulu gibi diğer önkoşullar da gerçekleştirilirse sözleşme geçerli olarak kurulmakta ve sözleşme tarafları bu sözleşmeyle bağlanmış

³⁴⁴ Hrubesch-Millauer'a göre şöyle bir karineye ihtiyaç vardır: "Werden vertragsmässig zulässige Verfügungen von Todes wegen in einen Erbvertrag aufgenommen und ist unklar, ob diese vertragsmässig oder einseitig sind, so wird vermutet, dass diese vertragsmässig und bindend gewollt sind." (s. 159)

³⁴⁵ Hrubesch-Millauer, s. 161.

³⁴⁶ Hrubesch-Millauer, s. 159.

³⁴⁷ Hrubesch-Millauer, s. 161; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 1; Tuor/ Schnyder/Schmid/Jungo, s. 807; Druey, s. 125.

olmaktadır. TMK m. 545 (İMK m. 512) hükmü uyarınca miras sözleşmesi resmi şekilde yapılmak zorundadır ve bu resmi şekil içerisinde yalnızca mirasbırakanın değil, sözleşmenin iki tarafının da birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekmektedir. Miras sözleşmesi için aranan bu resmi şekil zorunluluğu birçok formalite içermektedir ve bu sayede sözleşme taraflarının sözleşme metninde en az bir bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf olduğunu fark etmeleri sağlanmış olmaktadır. Bu durum yalnızca mirasbırakan için değil, sözleşmenin karşı tarafı için de geçerlidir; zira sözleşmenin iki tarafı da sözleşmeyi imzalamakla aktif katılım sağlamak zorundadır. Öte yandan, her zaman tek taraflı olarak geri alınabilen ya da değiştirilebilen ve hiç kimsenin haberdar olmasını gerektirmeyen vasiyetnameden farklı olarak, miras sözleşmesi varlığı, içeriği ve amaçlarıyla sözleşmenin karşı tarafının bilgisi dahilindedir.³⁴⁸

Bir karine getirilmesi durumunda karinenin lehine olduğu taraf ispat yükünden kurtulmuş veya ispat yükü hafifletilmiş olurken, diğer tarafın durumu bunun sonucunda zorlaşmış olmaktadır. Bu bakımdan, karine belirlenirken hangi tarafın menfaatinin üstün tutulması gerektiğine dikkat etmek gerekmektedir. *Hrubesch-Millauer*'a göre, bağlayıcı tasarruflarla tek taraflı tasarrufları birbirinden ayırt ederken kullanılması önerilen karinede ise, sözleşme taraflarından biri tercih edilmiş olmamaktadır. Zira karine bağlayıcılık yönündedir ve sözleşmenin hangi tarafının bağlayıcılıktan yararlanacağı duruma göre farklılık gösterebilmektedir.³⁴⁹ Bir durumda bağlayıcılığın varlığının kabul edilmesi mirasbırakan bakımından yarar

³⁴⁸ Hrubesch-Millauer, s. 161.

³⁴⁹ Hrubesch-Millauer, s. 162.

sağlayacakken, bir başka durumda sözleşmenin karşı tarafı bakımından yarar sağlayacaktır.

Bu görüşe göre, söz konusu sorunun çözümünde, bir karineden yararlanılabilecek olması, hukukî durumu açıklığa kavuşturmakta, güvenin korunmasını ve hukukî işlem güvenliğini sağlamaktadır. Öte yandan, tasarrufun tek taraflı olması bakımından yararı bulunan taraf, bağlayıcılık yönündeki bu karineyi tarafların gerçek iradelerine uymaması durumunda her zaman çürütebilecektir.³⁵⁰ *Hrubesch-Millauer*, doktrin ve yargı kararlarında genellikle kullanılan ölçüt olan menfaat kavramının belirsizliği, sözleşmenin kurulduğu andaki taraf iradelerini tespit etmenin zorluğu ve gerçek hayatta karşımıza çıkabilecek durumların çeşitliliği karşısında bu ölçütün yeterli açıklığı sağlayamadığı ve hatta pek çok sorunu da beraberinde getirdiğini belirterek bir karineden yararlanmanın bu sorunları çözeceğini belirtmektedir.³⁵¹

Hrubesch-Millauer'a göre, tasarrufun bağlayıcı kabul edilmesi yönündeki önerilen bu karine kanuni bir karine olarak sınıflandırılabilir. Kanuni karineler her zaman ilk bakışta fark edilmeyebilir; ancak kanun hükmünün yorumlanması suretiyle anlaşılabilir. Öte yandan, kanuni karinelerin asıl kaynağı kanun olmakla birlikte, kanuni karinelerin illa kanunda düzenlenmiş olmaları da gerekmemektedir. Kanunda boşluk olması da söz konusu olabilmektedir. Bu durumda hakim gerekli şartların sağlanması halinde kanunkoyucu olsaydı nasıl karar verecek idiyse, ona göre genel

³⁵⁰ *Hrubesch-Millauer*, s. 162.

³⁵¹ *Hrubesch-Millauer*, s. 167.

ve soyut bir kural belirleyip önüne gelen somut olaya uygulayacaktır (TMK m. 1/II, İMK m. 1/II).³⁵²

Miras sözleşmesinin, İsviçre Medenî Kanunu'nda düzenlendiği hükümler incelendiğinde, *Hrubesch-Millauer* tarafından önerilen karineye ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmadığı görülmektedir. Yazara göre, yalnızca İMK m. 494/I hükmü, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle “yükümlülük altına girdiğini” belirtmekle sözleşmeselliğe ve bağlayıcılığa işaret etmektedir. Ancak, miras sözleşmesinin içerisinde tek bir sözleşmesel tasarruf bulunması, diğer hükümlerin tek taraflı tasarruf olmasına rağmen, metnin tamamına miras sözleşmesi denmesi sonucunu doğurduğundan bu madde tek başına sorunu çözmeye yeterli değildir. Yazara göre, kanunkoyucu bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen tasarrufların tek tek değerlendirildiğinde bağlayıcı mı, tek taraflı mı olduğunu tespit etme sorununun farkında değildir ve dolayısıyla bu mesele kanunda düzenlenmemiştir. Buradan yola çıkılarak kanunda söz konusu mesele bakımından bir boşluk olduğu tespit edilmektedir.³⁵³

Hrubesch-Millauer'a göre, kanundaki bu boşluk bilinçsiz ve gerçek bir boşluktur; yani kanun koyucu böyle bir meselenin varlığının farkında olmadığı için kanun içerisinde düzenlenmesi gereken bu meseleyi cevapsız bırakmıştır.³⁵⁴ Bu tür bir boşluğun tespiti karşısında da İMK m. 1/II hükmünün uygulanması devreye

³⁵² Hrubesch-Millauer, s. 170.

³⁵³ Nolting, C., s. 54; Hrubesch-Millauer, s. 172.

³⁵⁴ Hrubesch-Millauer, s. 173.

girmektedir.³⁵⁵ Yani boşluk ilk olarak örf-adet hukuku ile doldurulmaya çalışılacak, bu mümkün olmadığı takdirde de hakim kanun koyucu gibi hareket ederek genel ve soyut bir kural koyarak boşluğu dolduracaktır. Somut mesele hakkında herhangi bir örf-adet kuralı olmadığının tespiti karşısında hakimın İMK m. 1/II hükmüne uygun şekilde hukuk yaratması ve yarattığı bu soyut ve genel kuralı somut olaya uygulaması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda hakim somut olay adaletini ön planda tutmamakta ve kanun koyucu gibi davranarak soyut ve genel bir kural yaratmaktadır.³⁵⁶

Doktrin ve yargı kararlarında hakim görüş olarak uygulanan somut olay adaletini ön planda tutmayı öngören ve İMK m. 4 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gereken menfaat ölçütü ile tarafların özgür iradelerini araştırma ilkesi, İMK m. 1/2 hükmü çerçevesinde, bir kanun boşluğunun varlığı kabul edilerek, boşluk doldurma yoluyla genel ve soyut nitelikte bir kanuni karine yaratma yönteminden tamamen farklı bir metoddur. *Hrubesch-Millauer*'a göre, somut mesele bakımından söz konusu olan boşluk türüne uygulanması gereken doktrin ve yargı kararlarındaki eğilimin aksine İMK m.4 hükmü değil, İMK m. 1/2 hükmüdür. Yazara göre, bu durum karşısında bağlayıcılık yönünde bir karine getirilmesi yeni ve metodolojik bakımından doğru bir çözüm yolu olacaktır.³⁵⁷

³⁵⁵ Bir kanun hükmünü kıyasen uygulama olanağının kanun boşluğunu engellediği ve bu olanak bulunduğunda TMK m. 1/ II hükmünün uygulanmayacağına ilişkin bkz. Gürzumar, O.B.; “Türk Medenî Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan’dan Ayrı Bası, Sayı 2004/1, İstanbul 2006, s. 158.

³⁵⁶ Hrubesch-Millauer, s. 175.

³⁵⁷ Hrubesch-Millauer, s. 175.

iv. Karine Yerine Yorum Kuralı Getirilmesi

Karineye yakın olan bir başka kurum ise yorum kuralıdır (*Auslegungsregel*). Bazı yazarlar da tek taraflı tasarrufları sözleşmesel tasarruflardan ayırmak için bir yorum kuralı getirilmesini önermektedir.³⁵⁸ Bu görüşe göre, taraf menfaatleri mevcut olmayan irade beyanlarının tamamlanması için kullanılamaz. Menfaat ölçütü birçok yorum ölçütünden yalnızca biridir buna öncelik vermek için haklı bir neden söz konusu değildir.³⁵⁹

Yorum kuralı, belirsizlik halinde, bir irade beyanının ne şekilde anlaşılması gerektiğini, tarafların nasıl bir içerik arzu ettiklerini ortaya koymaktadır. Doktrin ve içtihatlar, daha önce yansıtıldığı üzere, yeterince hukukî kesinlik ve güvenlik sağlayamayan menfaat ölçütünü uygulamaktadır.³⁶⁰ Bu bakımdan bir yorum kuralı getirilmesi de tartışmaya değer bir başka öneri oluşturmaktadır.

Kanunda açıkça yazmayan bir genel yorum kuralının içtihatlar yoluyla geliştirilmesi halinde taraf iradelerinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin bir prensip tespit edilmektedir. Bu yöntemin benimsenmesi halinde, tarafların gerçek iradelerini tespit etmek mümkün olmadığında, mahkeme tarafların farazi iradelerini tespiti uğraşacaktır. Bunu yaparken de mahkemenin irade muhatabının sözleşmenin kurulması anında ve o şartlar altında güven ilkesi gereğince anlamakta haklı olduğu

³⁵⁸ Nolting, C., s. 49 vd. *Hrubesch-Millauer* da bir yorum kuralı getirilmesinin, karine getirilmesine alternatif oluşturup oluşturmayacağını tespit etmek istemekte; ancak yaptığı inceleme sonucunda karine yolunun tercih edilmesinin daha isabetli olduğu sonucuna varmaktadır, s. 176.

³⁵⁹ Nolting, C., s. 23 vd.

³⁶⁰ *Hrubesch-Millauer*, s. 156.

anlamı ortaya koyması gerekmektedir.³⁶¹ Tarafların gerçek iradelerinin tespiti mümkün ise, İBK m. 18/1 hükmü uygulanacak ve farazi irade tespiti aşamasına geçilmeyecektir.³⁶² Bu noktada, miras sözleşmesi içerisinde yer alan bir ölüme bağlı tasarrufun tek taraflı veya iki ya da çok taraflı olduğu tespit edilemiyorsa, şüphe halinde, bu tasarrufun sözleşmesel bir tasarruf olduğunun kabul edileceğini belirten bir yorum kuralı getirilmesi mümkün görünmektedir.³⁶³ Yorum kuralının bağlayıcılık lehinde getirilmiş olması yine miras sözleşmesinin şekli anlamda seçilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.³⁶⁴

Bu yorum kuralının uygulanabilmesinin önkoşulu, tarafların gerçek iradelerini saptamanın mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla, ilk aşamada tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerekmektedir, ki bu da ortada tek taraflı veya sözleşmesel tasarruf olması bakımından farklı şekillenmektedir. Söz konusu olan tek taraflı bir tasarruf ise, yalnızca mirasbırakanın gerçek iradesi araştırılırken, sözleşmesel bir tasarruf olması halinde sözleşmenin tüm taraflarının gerçek iradelerinin araştırılması gerekmektedir. Bu ayrımı yapmak amacıyla çıkılan bir yolda, henüz birinci basamağı geçerken, söz konusu belirlemeyi yapmak nasıl mümkün olacaktır?³⁶⁵ Buradaki tek çözüm, tasarrufların tümü için tek taraflı tasarruflardaki gibi mirasbırakanın iradesini esas alıp, sözleşmenin karşı tarafının iradesini dikkate almamak olacaktır; ki söz konusu tasarrufun sözleşmesel olması halinde, bunu yapmak niteliğine uygun

³⁶¹ Hrubesch-Millauer, s. 177.

³⁶² Hrubesch-Millauer, s. 178.

³⁶³ Hrubesch-Millauer'a göre şöyle bir yorum kuralı getirilebilir (s. 178): "*Erbvertragliche Verfügungen von Todes wegen, welche einseitig oder zwei- bzw. Mehrseitig sein können, sind im Zweifel in einem Erbvertrag als vertragsmässig getroffen anzusehen.*"

³⁶⁴ Hrubesch-Millauer, s. 179.

³⁶⁵ Hrubesch-Millauer, s. 178.

düşmeyecektir.³⁶⁶ Yorum kuralının karine karşısındaki zayıf yönü de budur. Bu bakımdan *Hrubesch-Millauer*'a göre bir miras sözleşmesi içerisindeki tek taraflı tasarruflarla, çift taraflı tasarrufları ayırt etmenin en güvenceli yolu önerdiği karineyi uygulamaktır; zira yorum kuralı mevcut sorunu çözmeye yetmemektedir.³⁶⁷

Yorum kuralı, ancak tarafların gerçek iradelerinin belirlenmesi gereken birinci aşamada şüphe götürmeyen bir sonuca ulaşılamazsa ikinci aşamada devreye girmektedir. Karinenin kabul edilmesi durumunda ise ilk aşamada sorun çözülmektedir. Bu bakımdan da yorum kuralı ve karine birbirinden ayrılmaktadır.³⁶⁸

Bu durumda, bir yorum kuralı getirmenin menfaat ölçütüne kıyasla herhangi bir üstünlüğü bulunmamaktadır, zira getirilen yorum kuralı ikinci aşamada devreye girebilecekken, daha birinci aşamada söz konusu tasarrufun tek taraflı mı, sözleşmesel mi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, daha bu aşamada çözülmek istenen sorunla karşı karşıya kalınmaktadır. Bu sebeple, önerilen karine yorum kuralına göre daha üstün tutulmalıdır.³⁶⁹

Bir miras sözleşmesi içerisindeki her bir tasarrufun tek taraflı mı, yoksa sözleşmesel mi olup olmadığını tespit etmek o tasarrufa uygulanacak hükümleri belirlemeye yaramaktadır. Bu ayrım neticesinde, söz konusu tasarrufun tek taraflı olarak

³⁶⁶ Hrubesch-Millauer, s. 178. Karşı görüş için bkz. BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 62. *Weimar*, miras sözleşmesi lehdarının, miras açılmadan önce, mirasçı olacağına dair yalnızca bir umudu olduğunu ve bu sebeple miras sözleşmesinde, bir sözleşme olmasına rağmen, karşı tarafın korunmaya değer bir menfaati bulunmadığını belirterek, miras sözleşmesinin de vasiyetname ile aynı şekilde irade prensibine göre yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Miras sözleşmesinin yorumuna ilişkin bkz.

³⁶⁷ Hrubesch-Millauer, s. 178.

³⁶⁸ Hrubesch-Millauer, s. 180.

³⁶⁹ Hrubesch-Millauer, s. 182.

değiştirilip değiştirilemeyeceğinin ve tasarruftan dönülüp dönülemeyeceğinin belirlenmesinin yanısıra, kullanılacak yorum teorisi de bu ayrıma göre tespit edilmektedir. Sözleşmesel bir tasarruf güven teorisine uygun yorumlanmaktayken, tek taraflı bir tasarruf irade teorisine göre yorumlanmaktadır.

c. Önerilen Ölçütlerin Değerlendirilmesi

Miras sözleşmesinin yorumlanması noktasında, vasiyetname hükmündeki bir tasarruf ile bağlayıcı bir tasarrufun yorumu farklı ilkelere tabi olduğu için daha ilk aşamada aşılması gereken bir problem ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, bir görüş, henüz yorum aşamasında karşılaşılan bu problemi ancak kanunda olmayan bir karine getirerek aşmanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir.³⁷⁰

Taraf iradelerini belirleme açısından, vasiyetname tek taraflı bir hukukî işlem olduğu için burada tek önemli olan mirasbırakanın iradesidir. Miras sözleşmesinde yer alan tek taraflı tasarruflar bakımından da vasiyetname için geçerli olan yorum kuralları geçerlidir.³⁷¹ Bu bakımdan bir ölüme bağlı tasarruf hükmünün yorumlanabilmesi için öncelikle o hükmün bağlayıcı olup olmadığının araştırılması ve sonucunda hangi teoriye göre yorumlanacağını belirlemek gerekmektedir.³⁷²

Escher kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan tasarrufun karineten bağlayıcı olduğunu savunmaktadır.

³⁷⁰ ZK-Escher, Vor. Art. 494 ff., N. 1; Hrubesch-Millauer, s. 161; Kipp/Coing, s. 155.

³⁷¹ Itschner, s. 80.

³⁷² Hrubesch-Millauer, s. 119.

Burada bağlayıcı bir tasarruf mu, yoksa tek taraflı bir tasarruf mu olduğu hususu bir yorum meselesidir ve sözleşmede düzenlenmiş olan hüküm yalnızca tesadüfen sözleşmenin içerisine alınmamış olsa gerektir. Bu bakımdan İsviçre Federal Mahkemesi kararına³⁷³ işaret eden *Escher*, tasarrufun sözleşmenin içeriğiyle bağdaşması halinde tesadüfen o sözleşmede düzenlenmemiş olduğu ve bu sebeple de bağlayıcı olduğu sonucuna varılması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, bir sözleşmenin içeriğine dahil edilmiş olan ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı olması istenmiyorsa bunun açıkça anlaşılması gerekmektedir.³⁷⁴ Aynı şekilde, miras sözleşmelerinde hakim olan güven prensibi de aynı sonuca götürmektedir.³⁷⁵

Menfaat ölçütüne alternatif bir çözüm yolu aranması, menfaat kavramının belirsiz olmasına dayandırılmaktadır.³⁷⁶ Miras sözleşmesi taraflarının tasarrufun bağlayıcılığına olan menfaatlerini somutlaştırmak oldukça zordur. Keza, sözleşme taraflarının sözleşme kurulduğu andaki iradelerini saptamak da aynı şekilde zordur. Bu durumda, iradelerin yorumu bakımından yardımcı olabilecek olan, saptanan ya da saptanabilir durumda olan taraf menfaatleridir. Buna ek olarak, menfaat kavramının içeriği ne doktrin ne de içtihatlar tarafından doldurulmuştur. Yalnızca bazı koşulları sağlayan somut olaylara ilişkin hayat tecrübelerine uygun şekilde birtakım genellemeler yapılabilir.³⁷⁷

³⁷³ BGE 70 II 11.

³⁷⁴ ZK-Escher, Vor. Art. 494, N. 1.

³⁷⁵ Itschner, s. 79, dipnot. 14.

³⁷⁶ Hrubesch-Millauer, s. 148; Nolting, C., s. 38.

³⁷⁷ Hrubesch-Millauer, s. 148.

Öte yandan, sözleşmenin taraflarının karşı sözleşenin menfaatinden haberdar olmasının gerekip gerekmediği meselesi üzerinde çok fazla durulmamıştır.³⁷⁸ Taraf menfaatinin karşı sözleşen tarafından bilinmesi ya da en azından bilinebilir olması gerekli midir? Kural olarak tarafların birbirlerinin gerçek iradelerinden haberdar olarak sözleşmeyi kurmuş olmaları beklenmektedir. Eğer karşı sözleşenin iradesi, yani bağlayıcılık bakımından menfaati olup olmadığı, sözleşme kurulurken bilinmiyor ya da bilinebilir değilse, sonradan yapılan yorumda da tarafların gerçek iradelerini gerektiği kadar dikkate almak mümkün olmayacaktır.³⁷⁹

Doktrin ve mahkeme kararlarının, üzerinde durmalarına rağmen çözemedikleri bir konu ise, menfaat ölçütü uygulanırken sözleşme taraflarından hangisinin menfaatine öncelik verileceği hususudur. Miras sözleşmesi taraflarının birbirinden farklı ve birbiriyle çatışan menfaatlerinin nasıl dengeleneceği önemli bir noktadır, zira çok az durumda sözleşme taraflarının menfaatleri aynı yöndedir. Birçok halde maddi menfaatten ziyade aile ilişkilerinin de devreye girmesi, hangi tarafın menfaatinin ağır basması gerektiğini belirlemeyi zorlaştırmaktadır. Bu tür durumlarda, miras sözleşmesinin niteliği, taraf menfaatlerinin birbirine üstün tutulmasına imkan vermemektedir.³⁸⁰

Yargı kararları ve doktrin bir miras sözleşmesi içerisinde yer alan tasarrufun karineten sözleşmesel bir tasarruf olarak kabul edilmesini temel olarak reddetmekte ve bu belirlemeyi yaparken menfaat ölçütünü kullanmaktadır. Buna karşın, yorumun

³⁷⁸ Nolting, C., s. 23 vd; Staudinger/Kanzleiter, § 2278 N. 10; Hrubesch-Millauer, s. 149.

³⁷⁹ Hrubesch-Millauer, s. 149.

³⁸⁰ Hrubesch-Millauer, s. 149.

ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin bir görüş birliği söz konusu değildir. Üzerinde anlaşmaya varılan tek nokta, taraf iradelerinin araştırılması gereken anın sözleşmenin kurulma anı olmasıdır.

Hakim görüşe göre, yorum konusunda tarafların yapılan tasarrufun bağlayıcı olmasına ilişkin menfaatleri dikkate alınmalıdır. Bu menfaat ölçütü yargı kararlarıyla somutlaştırılmak istenmektedir. Bu menfaat, maddi, akrabalık ilişkilerine dayanan ya da manevi bir menfaat olabilmekte ve her bir somut olayda farklı değerlendirme gerektirmektedir. Hayat tecrübeleri menfaat kavramını somutlaştırmaktadır. Menfaat kavramının geniş yorumlanması ve serbestçe yorum yapılabilmesi somut olay adaletinin (*Einzelfallgerechtigkeit*) önemli ölçüde dikkate alınabilmesine imkan vermektedir. Bu bakımdan, genel geçer, önceden belirlenmiş katı bir yorum kuralı veya bir karine yoluyla sonuca ulaşma çoğunlukla reddedilmektedir. Öte yandan, açıklandığı üzere bir karine getirmenin menfaat kavramının belirsizliğinin yol açtığı problemleri ortadan kaldıracak hukukî belirlilik ve hukukî güvenlik sağlayacağı görüşü de söz konusudur.³⁸¹

Hakim görüş olan menfaat ölçütünün somut olay adaletini sağlamak yönünden faydası bulunduğu düşünülebilir ise de, bu ölçüt konuyu hakimın takdirine bıraktığı ve hukuki belirsizliğe yol açtığı için kanunda bir boşluk olduğu görüşüne biz de katılıyoruz. Bu boşluğun bağlayıcılık yönünde bir adi karineyle doldurulması fikri, karinenin her zaman çürütülebileceği de dikkate alınırsa, makul görünmektedir. Miras sözleşmesi içerisindeki tek taraflı tasarruflar ile sözleşmesel tasarrufları

³⁸¹ ZK-Escher, Vor Art. 494, N. 1; Itschner, s. 80; Hrubesch-Millauer, s. 167.

birbirinden ayırmak büyük öneme sahiptir. Bu belirleme neticesinde söz konusu tasarrufa vasiyetname hükümleri veya miras sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Bu bakımdan böylesi önemli bir tespit konusunda kanunun sessiz kalması karşısında doktrin ve yargı kararlarının bir ölçüt geliştirmesi gereği ortaya çıkmış ve hakim olarak kabul edilen menfaat ölçütü olmuştur. Ancak bu ölçüte ilişkin çekinceler de isabetli görülmelidir. Bu bakımdan, hukuki belirliliğin sağlanması bakımından en emin yol kanunkoyucunun bu sorun bakımından bir karara varması ve yerinde bulması halinde kanunda miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan tasarrufların, aksi ispat edilmedikçe, bağlayıcı oldukları yönünde bir karine getirmesi yerinde olacaktır. Ekleme gerekir ki, niteliği gereği tek taraflı olmak zorunda olan tasarruflar, örneğin vasiyeti tenfiz görevlisi atama gibi, bu tartışmaların dışındadır. Zira tartışma konusu olan tasarruflar hem vasiyetname ile hem de miras sözleşmesiyle düzenlenebilecek olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardır.

2. Vasiyetnamenin Yorumu

Miras hukukunun kendine özgü özellikleri, vasiyetnamenin yorumunda, borçlar hukukunda esas olan güven teorisinden ayrılmayı gerektirmektedir. Vasiyetname, tek taraflı varması gerekli olmayan bir hukuki işlem olduğu ve dolayısıyla güveninin korunması gereken bir muhatap bulunmadığı için, burada güven teorisi uygulanmamakta ve vasiyetname irade teorisine göre yorumlanmaktadır.³⁸²

³⁸² ZK-Escher, Ein. Art. 467, N. 14; Tuor, Vor. Art. 481, N. 15; Piconi, s. 29; Piotet, s. 207; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s. 863; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 55 ff.; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 4; Kocayusufoğlu, s. 321; İmre/Erman, s. 115; Ergüne, s. 17. İlgili mahkeme kararları için bkz. BGE 75 II 284; BGE 109 II 406; BGE 120 II 184; 5C. 183/2003; Yargıtay HGK., E. 1990/2-346, K. 1990/586, T. 21.11.1990; Yargıtay 2. HD., E. 2001/5921, K. 2001/7312, T. 10.05.2001.

Mirasbırakanın şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf türü olan vasiyetname yapması, irade özerkliğinin ve tasarruf serbestisinin bir görünümüdür. Bu bakımdan, vasiyetnamenin yorumunda, önemli olan mirasbırakanın gerçek iradesinin tespit edilmesidir; bir başka deyişle, mirasbırakanın yaptığı tasarrufun makul ve mantıklı olması gerekmektedir.³⁸³

Vasiyetnamenin yorumu, mirasbırakanın gerçek iradesi anlaşılamadığı takdirde söz konusu olmaktadır. Vasiyetnamenin yorumlanmasında ilk olarak yapılan tasarrufun lafzından yola çıkılmaktadır. Vasiyetname lafzının açık olduğu durumda, bundan başka yöne sapılması kabul edilmemektedir.³⁸⁴ İrade beyanının açık olması, irade beyanında bulunanın gerçek iradesinin objektif esaslara göre tespit edilen lafzından farklı olmaması anlamına gelmektedir. Bu durumda, her irade beyanı az ya da çok yoruma ihtiyaç duymaktadır; çünkü bir irade beyanının açık olup olmadığının tespiti de belli ölçüde yorum yapmayı gerektirmektedir.³⁸⁵

Vasiyetnamenin lafzı açık değilse ve yapılan tasarruf birden fazla anlama gelecek şekilde anlaşılabiliriyorsa, ikinci aşamada, vasiyetname metni dışındaki unsurlar da (*Externa*) yorum konusunda dikkate alınmaktadır.³⁸⁶ Ancak vasiyetname metninde,

³⁸³ Wolf/Hrubesch-Millaue, s. 89; Wolf/Genna, s. 399; Kipp/Coing, s. 138. BGE 124 III 106; BGER 5A_644/2015 24.11.2015.

³⁸⁴ BGE 124 III 414; BGE 115 II 323; BGE 109 II 403; BGE 100 II 440; BGE 83 II 427; Wolf/Genna, s. 399; Druey, s. 155; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 68-70. Kipp/Coing, s. 136; İmre/Erman, s. 114. Roma hukukundan günümüze kadar gelen ilkeye göre, irade beyanının anlamı tespit edilebiliyorsa, yoruma başvurulmamaktadır (*in claris non fit interpretatio*).

³⁸⁵ Piconi, s. 74.

³⁸⁶ Yargıtay HGK. 07.12.1966 2/738-309; BGE 53 II 211; BGE 55 I 169; BGE 86 II 423; BGE 88 II 67; BGE 88 II 67; BGE 86 II 423; BGE 70 II 13; BGE 69 II 382; BGE 64 II 187; BGE 104 II 337; BGE 103 II 88; BGE 93 II 163; BGE 73 II 211; BGE 131 III 106; BGE 124 III 406; BGE 79 II 36; Escher, Art. 511 N. 4; Tuor, Art. 511 N. 23; Wolf/Hrubesch-Millaue, s. 89; Wolf/Genna, s. 400; Druey, s. 156; BernerKomm/Weimar, Vor. Art. 467, N. 71; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469 N. 24; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s. 864; İmre/Erman, s. 117.

bu vasiyetname dışındaki unsurların en azından dayanağı yer almalıdır

(*Andeutungstheorie*). Örneğin; mektuplar, günlükler, vasiyetname taslakları, tanıkların ifadeleri gibi.³⁸⁷ Vasiyetname dışındaki bu unsurlar vasiyetname metnini tamamlayamaz ya da onun yerine geçemez; bunlar yalnızca mirasbırakanın gerçek iradesinin tespit edilmesine hizmet etmektedir.³⁸⁸

Vasiyetnamenin yorumlanmasında *favor testamenti* ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre, bir vasiyetnamenin iki şekilde yorumlanması mümkün ise, bunlardan vasiyetnameyi ayakta tutacak olan yorum seçilmeli, böylece mirasbırakanın iradesi mümkün olduğunca gerçekleştirilmelidir.³⁸⁹ *Favor testament* ilkesi, kanunda genel bir kural olarak düzenlenmemekle beraber, birçok TMK hükmünde bu ilkenin yansımasını görmek mümkündür. TMK m. 504/II, m. 515/II, m. 577/II, m. 583/II hükümleri buna örnektir. Örneğin, TMK m. 504/II hükmüne göre, mirasbırakanın kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık olarak yanılması halinde, mirasbırakanın gerçek arzusu kesin olarak tespit edilebiliyorsa, ölüme bağlı tasarruf bu arzuya göre düzeltilmektedir.³⁹⁰

³⁸⁷ BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 66; Wolf/Genna, s. 400. Vasiyetnamenin yorumunda dikkate alınabilecek dış etkiler bakımından yalnızca şekle bağlı delillerin dikkate alınması gerektiğine ve bu sebeple tanık ifadelerinin göz önüne alınmaması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. İmre/Erman, s. 117.

³⁸⁸ BGE 79 II 36; BGE 101 II 31; BGE 104 II 337; BGE 109 II 403; BGE 124 III 406; BGE 131 III 106; Wolf/Genna, s. 400'den naklen: OGerZH 11.01.2008 Nr. NL070137.

³⁸⁹ İmre/Erman, s. 113. Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 90; Wolf/Genna, s. 401; Druey, s. 158; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 93; Kipp/Coing, s. 137. BGE 124 III 414; BGE 109 II 403; BGE 101 II 34; BGE 98 II 73; BGE 89 II 185.

³⁹⁰ Yargıtay HGK. 21.11.1990 2-346/586.

3. Miras Sözleşmesinin Yorumu

a. Güven Teorisinin Uygulanması

Miras sözleşmesi içerisindeki bağlayıcı tasarruflar, TBK m. 19/I gereği, tarafların gerçek iradelerini tespit etmenin mümkün olmaması halinde, vasiyetnameden farklı olarak, güven teorisine göre yorumlanmaktadır.³⁹¹ Bu bakımdan, tasarruf muhatabının mirasbırakanın irade beyanını ne şekilde anlaması gerektiği, güven teorisine göre belirlenmektedir. Burada belirleyici olan, hukuki işlemin bir muhatabının olmasıdır.³⁹² Bağlayıcı tasarrufu makul bir muhatap dürüstlük kuralına göre ne şekilde anlayacak ise, somut olaydaki muhatap da o şekilde anlamalıdır.³⁹³ Miras sözleşmesi içerisindeki tek taraflı tasarruflar bakımından, herhangi bir muhatap söz konusu olmadığı için, bunlar, vasiyetnamenin tabi olduğu irade teorisine göre yorumlanmaktadır.³⁹⁴

³⁹¹ Hrubesch-Millauer, s. 101; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 90; Wolf/Genna, s. 401; Druey, s. 154; Giacometti, L.: Die Nacherbeneinsetzung als Verfügungsart im Erbvertrag sowie ihre Beschränkung in personeller und materialer Hinsicht, Diss. Zürich 1972, s. 45; İsviçre Federal Mahkemesi'nin miras sözleşmesinin yorumunda güven teorisinin uygulanacağına hükmettiği kararlar için bkz. BGE 127 III 529; BGE 133 III 406; BGer 5C.91/2000; BGer 5C.56/2005; BGer 5C.109/2004; BGer 2C_242/2014. Aksi yönde bkz. BernerKomm/Weimar, Vor. Art. 467, N. 62. BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. Bazı yazarlar, miras sözleşmesinin ivazlı veya karşılıklı olması durumunda, güven teorisine göre yorumlanması gerektiğini savunmaktadır, bkz. Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s. 863; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 4: Söz konusu yazarlar, en azından ivazlı miras sözleşmesi bakımından bu sonuca varılması gerektiğini savunmaktadır. Fikrimizce, miras sözleşmesinin hukuki niteliği, ivazlı veya ivazsız olması fark etmeksizin, güven teorisine uygun olarak yorumlanmasını gerektirmektedir. Aksi yönde görüş için BernerKomm/Weimar, Vor. Art. 467, N. 61: Yazar, miras sözleşmesinin yorumunda da irade teorisinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

³⁹² Hrubesch-Millauer, s. 101: *“Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind grundsätzlich nach dem vertrauensprinzip auszulegen, wenn kein übereinstimmender, wirklicher Wille festgestellt werden konnte, da auch die Privatautonomie des Erklärungsempfängers als Vertragspartei Berücksichtigung finden muss.”*

³⁹³ BGer 5C.109/2004, 16.07.2004; BGE 133 III 406; BGE 99 II 382. Wolf/ Genna, IV/1, s. 401; Druey, s. 154; BK- Weimar, N. 16 ff., Vor. Art. 467.

³⁹⁴ Hrubesch-Millauer, s. 102; Açık olmamakla birlikte bu yönde bkz. BGer 5C.109/2004.

Sözleşmenin yorumu meselesi, ancak sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra gündeme gelebilir.³⁹⁵ Sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır; ancak sözleşmenin içeriği konusunda bazı hallerde tarafların tereddütleri olabilmektedir. Bu durumda ortaya çıkan bir yorum uyuşmazlığında, taraflardan birinin talebi üzerine hakimin sözleşmenin içeriğini yorum yoluyla belirlemesi gerekmektedir. Sözleşme yorumlanırken, tarafların birbirine uygun gerçek veya farazi iradelerinin tespiti ve buna göre sözleşmenin içeriği belirlenmektedir.³⁹⁶ Öncelikle, TBK m. 19/I gereği, tarafların gerçek iradelerinin (*wirklicher Wille*) tespit edilmesi amaçlanmaktadır (*subjektive Auslegung*).³⁹⁷ Ancak, bazı durumlarda tarafların gerçek iradelerinin tespiti mümkün olmaz ve bu durumda, tarafların farazi iradelerine (*mutmasslicher Wille*) göre sözleşmenin içeriği belirlenmek durumundadır (*objektivierte/normative Auslegung*). Bu durumda, sözleşmenin yorumu güven teorisine göre yapılacaktır.³⁹⁸

Miras sözleşmesi yorumlanırken, tarafların irade beyanları asli yorum aracı olarak ele alınırken, tamamlayıcı araçlar olarak sözleşme dışı unsurların (*Externa*) dikkate alınması da gerekli olmaktadır.³⁹⁹ Miras sözleşmesinin yorumu bakımından dış unsurlardan yararlanma, vasiyetnameye kıyasla daha sınırlı olmakta ve bu bakımdan ancak güven teorisine uygun şekilde dikkate alınmaktadır.⁴⁰⁰ Asli yorum araçları, tamamlayıcı yorum araçlarına kıyasla önceliğe sahiptir. Tamamlayıcı araçlara

³⁹⁵ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 1197; Schwenger, s. 265; Eren, s. 484.

³⁹⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 1200; Eren, s. 487.

³⁹⁷ BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 18, N. 7.

³⁹⁸ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 1201; Schwenger, s. 266; Eren, s. 487; BGE 121 III 118; BGE 130 III 66; BGE 132 III 268; BGE 133 III 406; BGE 135 III 410; BGE 137 III 145; BGE 138 III 659.

³⁹⁹ Hrubesch-Millauer, s. 110; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 27.

⁴⁰⁰ Ergüne, s. 64, dn. 149.

genellikle, irade beyanları yeterince açık olmadığında başvurulmaktadır; ancak aslında lafız açık olsa dahi, tamamlayıcı yorum araçlarına yardımcı olması amacıyla yine de başvurulması gerekmektedir. Bu bakımdan, doktrindeki hakim görüş, sözleşme dışı unsurlara başvurulmasını sınırlandıran açıklık teorisini (*Eindeutigkeitstheorie*) reddetmektedir.⁴⁰¹ Bu teoriye göre, lafız açık olduğu müddetçe, yoruma yer yoktur. Bu teori, gerçek iradeyi esas alan TBK m. 19/I hükmüne aykırılık teşkil etmekte ve yorum faaliyetini haksız yere sınırlandırmaktadır.⁴⁰² Kaldı ki, lafzın açık olup olmadığı bile ancak yorum yoluyla tespit edilebilir.

b. Miras Sözleşmesinin Yorumu Bakımından İma Teorisinin (*Andeutungstheorie*) Değerlendirilmesi

Şekil şartına tabi sözleşmelerin yorumlanması konusunda, hakim görüş, diğer sözleşmelerle farklı bir yöntemin gerekmediği yönündedir.⁴⁰³ Miras sözleşmesi de şekle tabi bir sözleşme olduğu için yorum konusunu da bu açıdan değerlendirmek gerekmektedir. Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, şekle bağlı sözleşmeler bakımından da, tarafların gerçek veya farazi iradeleri belirlenirken, irade beyanının şekle tabi

⁴⁰¹ Piconi, s. 73; Müller, C.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, 1. Auflage, Bern 2018, Art. 18 OR, N. 178; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 68; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 26; Druey, s. 155; Hrubesch-Millauer, s. 104; Eren, s. 490. İsviçre Federal Mahkemesi, açıklık teorisini uygulayarak, yorum faaliyetini sınırlandırmaktadır, bkz. BGE 120 II 182; BGE 100 II 440; BGE 115 II 323; BGE 120 II 182; BGE 125 III 35. Federal Mahkeme, sözleşmeler bakımından bu görüşünü değiştirmiş görünmektedir, bkz. BGE 127 III 444 (Söz konusu karar metni Fransızca olduğundan BaslerKomm/Breitschmid, Art 469, N. 26'dan naklen aktarılmıştır).

⁴⁰² BernerKomm/Müller, Art. 18 OR, N. 178; Eren, s. 490.

⁴⁰³ Schwenzer, s. 268; BGE 127 III 248; BGE 122 III 361.

olarak ortaya çıktığı halinden bağımsız bir yorum yapılması gerekmektedir.⁴⁰⁴

Dolayısıyla, eskiden yaygın olarak kabul edilmekte olan ima teorisinin günümüzde terk edilmiş olduğunu belirtmek mümkündür.⁴⁰⁵ İma teorisine göre, sözleşmenin yorumu, sözleşmenin içeriğinde en azından ima edilmiş sayılabilecek hususlarla sınırlıdır. Bu teori, sözleşmenin yorumu ile şekle bağlılık hususlarını karıştırdığına yönelik haklı eleştiriler almaktadır.⁴⁰⁶ Sözleşmenin yorumu ile şekli birbirinden ayrı değerlendirilmesi gereken meselelerdir. İlk olarak, sözleşme, şekle tabi olmayan diğer sözleşmelerle aynı şekilde yorumlanmalıdır. Bundan sonra şekle aykırılık olup olmadığı değerlendirilmelidir.⁴⁰⁷ Yorum yoluyla sözleşmenin tespit edilen içeriğinin şekil şartlarına uygun şekilde beyan edilip edilmediğinin tespiti gerekmektedir. Bu bakımdan, sözleşmede taraf iradelerinin yorumu ile şekil şartını birarada değerlendiren ima teorisinin, en azından sağlararası hukuki işlemler bakımından reddedilmesi gerekmektedir.⁴⁰⁸

İma teorisinin sağlararası hukuki işlemler bakımından uygulama alanı bulmayacağı çoğunluk tarafından kabul edilmekte iken, durum ölüme bağlı tasarruflar bakımından tartışmalıdır.⁴⁰⁹ Miras sözleşmesi bakımından, söz konusu teorisinin uygulanmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekirse, sınırlı bir uygulama alanı tanımak isabetli olacaktır.⁴¹⁰ İma teorisinin, sözleşmenin yorumu ve şekil meselesini

⁴⁰⁴ Schwenzer, s. 268.

⁴⁰⁵ Schwenzer, s. 268; Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Emmeneger (B. I), N. 1245; BGE 127 III 529.

⁴⁰⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger (B. I), N. 1245; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s. 864; Hrubesch-Millauer, s. 105; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 24.

⁴⁰⁷ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger (B. I), N. 1245; Hrubesch-Millauer, s. 105.

⁴⁰⁸ Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Emmeneger (B. I), N. 1247.

⁴⁰⁹ İma teorisinin ölüme bağlı tasarruflar bakımından değerlendirilmesi hakkında bkz. Tuor, Vor. Art. 481, N. 12; ZK-Escher, Ein. Art. 467, N. 13; Piconi, s. 46; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 71 Tuor/ Schnyder/Schmid/Jungo, s. 864; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 24.

⁴¹⁰ Vasiyetname bakımından ima teorisinin uygulanması hakkında detaylı bilgi için bkz. Ergüne, s. 44: Yazar, ima teorisini eleştiren görüşlerin, vasiyetnamenin yorumunda, ima teorisinin terk edilmesini

karıştırmasının sonucu olarak, sözleşmenin yorumunu isabetli olmayan bir şekilde sınırlandırmaktadır. Halbuki, miras sözleşmesi diğer sözleşmeler gibi yorumlanmalı ve yorum sonucu ortaya çıkarılan içerik bakımından şekil şartının yerine getirilmiş olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. İma teorisi, miras sözleşmesinin yorumlanmasından sonra, bu yorum sonucunu şekil şartı bakımından değerlendirirken sınırlı şekilde uygulama alanı bulabilecektir. Bu bakımdan, söz konusu teorisinin, bir yorum yöntemi olarak değil, yorum sonucunda ulaşılan içeriğin miras sözleşmesi bakımından gerekli şekil şartı çerçevesinde sınırlandırılması noktasında devreye girmesi gerektiğine ilişkin görüşe katılmaktayız.⁴¹¹ Aksi takdirde, miras sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartı bertaraf edilerek, miras sözleşmesinde ima dahi edilmemiş bir içeriğin, yorum yoluyla sözleşmeye eklenmesi sonucu doğacaktır.⁴¹²

İsviçre Federal Mahkemesi, ima teorisini, vasiyetnamenin yorumu bakımından kabul etmektedir.⁴¹³ Yargıtay'ın görüşünün de bu yönde olduğunu belirtmek

haklı çıkacak önemde olmadığını ve bu teorisinin vasiyetnamelerin yorumunda önemli bir işleve sahip olduğunu belirtmektedir. Buna göre, yazar, şekle tabi irade beyanlarının yorumunda, beyanın içeriğinde en azından ima edilmek suretiyle yer almış olan bir iradenin, hiç açığa vurulmamış olandan daha farklı ele alınması gerektiğini savunmaktadır (s. 47).

⁴¹¹ Hrubesch-Millauer, s. 107, 108: “Das Auslegungsergebnis muss formgerecht niedergelegt bzw. Angedeutet sein. Die Andeutungstheorie beantwortet damit die Frage, ob ein wirklicher oder hypothetischer Wille, welcher im Streitfall durch Auslegung ermittelt wurde, formgerecht erklärt wurde. (...) Wird die Andeutungstheorie- wie hier vertreten- nicht im Zusammenhang mit dem Auslegungsprozess, sondern lediglich auf die Formfrage bezogen gesehen, so ist die Andeutungstheorie zu bejahen.”

⁴¹² BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 72; Hrubesch-Millauer, s. 108: “Eine Verneinung der Andeutungstheorie (in Bezug auf die Formfrage) würde dazu führen, dass im Ergebnis Verfügungen von Todes wegen formlos möglich wären und die Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften in das Brließen des Erblassers bzw. der Vertragsparteien gestellt wäre.”

⁴¹³ BGE 69 II 383; BGE 83 II 435; BGE 115 II 325; BGE 120 II 184; BGE 131 III 108.

mümkündür.⁴¹⁴ Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi, miras sözleşmesinin yorumu bakımından ima teorisinin uygulanmayacağına hükmetmiştir.⁴¹⁵

c. Miras Sözleşmesinde Boşluk

Yapılan yorum sonucunda, tarafların gerçek veya farazi iradelerine göre bir sonuca varılamaması halinde, bir sözleşme boşluğu (*Vertragslücke*) olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴¹⁶ Bu durumda, sözleşmenin yorumlanması ile sözleşmenin tamamlanması arasındaki sınır oldukça belirsizdir.⁴¹⁷ Bu konuda şöyle bir ayrım yapmak mümkündür: Sözleşmenin içeriği hakkındaki yorum uyumsuzluğu, miras sözleşmesi taraflarının farazi iradelerine göre çözüme kavuşturulabiliyorsa, ortada bir yorum sorunu vardır ve bunun güven teorisine göre değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda, bir sözleşme boşluğu söz konusu değildir. Bir sözleşme boşluğu, tarafların sözleşme içerisinde düzenlemeleri gereken bir hususu isteyerek veya istemeyerek düzenlememiş veya eksik düzenlemiş olmaları halinde söz konusu olmakta ve bu durumda sözleşmenin tamamlanması (*Ergänzung des Vertrags*) gerekmektedir.⁴¹⁸ Tarafların sözleşmede düzenledikleri bir hususun, tüm sözleşmeyi geçersiz hale getirmeksizin, geçersiz olması da sözleşme boşluğu

⁴¹⁴ Yargıtay HGK, E. 1990/2-346, K. 1990/586, T. 21.11.1990.

⁴¹⁵ BGE 127 III 529; BGE 133 II 406: “Die sog. Andeutungstheorie hat das Bundesgericht für die Auslegung von Erbverträgen aufgegeben.”

⁴¹⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 1202; Eren, s. 488, 494.

⁴¹⁷ Piotet, s. 210; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 1202; Schwenzer, s. 266: “Nur theoretisch lässt sich von der Vertragsauslegung die Vertragsergänzung unterscheiden. Bei Letzterer geht es nicht darum zu ermitteln, was die Parteien vereinbart haben, sondern darum, dass die vertragliche Regelung lückenhaft geblieben ist und deshalb ergänzt werden muss. In der Praxis gehen jedoch Vertragsauslegung und Vertragsergänzung ineinander über.”

⁴¹⁸ BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 18, N. 61; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 1248; Schwenzer, s. 269.

yaratabilmektedir.⁴¹⁹ Sonuç olarak sözleşme boşluğunun tespiti için, öncelikle sözleşmenin yorumlanması ve sözleşmenin içeriğiyle ilgili uyumsuzluğun yorum yoluyla giderilememiş olması gerekmektedir. Hukuki işlemlerde boşluğun tamamlanması, bir yorum yöntemi değil, bir boşluk doldurma faaliyetidir; ancak buna rağmen, tamamlayıcı yorum (*ergänzende Auslegung*) olarak nitelendirilmektedir.⁴²⁰

Ölüme bağlı tasarruflar bakımından, boşluk doldurma faaliyeti vasiyetnameler bakımından incelenmiş ve sınırlı hallerde buna izin verilmiştir.⁴²¹ Bu bakımdan, vurgulamak gerekir ki, vasiyetnamede boşluk doldurulmasının mümkün olması için, boşluğun bilinçsiz olması gerekmektedir. Aksi takdirde, mirasbırakan bir konuyu bilinçli olarak düzenlemediği halde, bu yolla vasiyetnameye müdahale edilemeyecektir.⁴²²

Miras sözleşmesinde, bir sözleşme boşluğunun tespiti halinde, sözleşmenin tamamlanmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. Bir sözleşme boşluğu olması halinde, hakim bu boşluğu (*gerichtliche Vertragsergänzung*), sözleşme taraflarının, söz konusu sözleşme boşluğunu bilselerdi veya öngörebilselerdi, farazi iradelerinin ne yönde olacağını belirlemek

⁴¹⁹ BernerKomm/Müller, Art. 18, N. 457; Schwenzer, s. 269.

⁴²⁰ Piotet, s. 209: Yazar, haklı olarak, söz konusu nitelendirmenin kurumun niteliğiyle çeliştiğini ifade etmektedir.

⁴²¹ Vasiyetname bakımından tamamlayıcı yorum hakkında detaylı bilgi için bkz. Ergüne, s. 223 vd.; Hrubesch-Millauer, s. 111. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 56 II 254; BGE 100 II 98; BGE 89 II 437; BGE 124 III 414.

⁴²² Ergüne, s. 223.

suretiyle dolduracaktır.⁴²³ Vasiyetnamede boşluk olması durumunda, düzenleyici hukuk kurallarından önce, mirasbırakanın iradesine öncelik verilmesi gereğine uygun olarak, mirasbırakanın farazi iradesini araştırmayı gerektiren tamamlayıcı yorum yoluna başvurmak gerekmektedir.⁴²⁴ Buna paralel olarak, miras sözleşmesinde boşluk olması durumunda da, düzenleyici hukuk kurallarına nazaran tamamlayıcı yoruma öncelik verilmesi gerekmektedir.⁴²⁵

Ölüme bağlı tasarrufların yapıldıkları an ile hüküm ve sonuçlarını doğurdıkları an arasında uzun bir zaman dilimi söz konusu olmaktadır. Bu uzun süre zarfında, miras sözleşmesi taraflarının hesaba katmadıkları değişiklikler olabilmekte ve bu değişiklikler sebebiyle düzenlenmesi gereken bir husus hiç düzenlenmemiş ya da eksik düzenlenmiş olabilmektedir. Bu durumda, ölüme bağlı tasarruflar bakımından, boşluk doldurmaya izin verilmesi gerekmektedir.⁴²⁶ Öte yandan, ölüme bağlı tasarrufta bulunma şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması, boşluk doldurma faaliyetine temkinli yaklaşılmasını gerektirmektedir. Bu sebeple, vasiyetnamede olduğu gibi, miras sözleşmesinde de boşluk doldurma sınırlı hallerde başvurulabilecek bir hukuki kurum olarak kabul edilmelidir.⁴²⁷ Bu bakımdan, ölüme bağlı tasarrufların yorumunda olduğu gibi, boşluk doldurma bakımından da ima teorisi uygulama alanı bulmaktadır; ancak bu teorinin asıl olarak şekil şartına ilişkin olduğu

⁴²³ Hakimin sözleşme boşluğunu doldurma faaliyetine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Gauch/Schluep/Schmid/Emmeneger (B. I), N. 1256; Schwenger, s. 270; Köhler, s. 134; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar), s. 338; Eren, 493.

⁴²⁴ Miras sözleşmesi içerisindeki vasiyetname hükmünde tek taraflı bir tasarrufta boşluk olması durumunda, farazi iradesi araştırılacak olan yalnızca mirasbırakandır, bkz. Hrubesch-Millaue, s. 110; Ergüne, s. 227.

⁴²⁵ Hrubesch-Millaue, s. 112.

⁴²⁶ Piotet, s. 209; Tuor/ Schnyder/Schmid/Jungo, s. 865; Hrubesch-Millaue, s. 113; Wolf/Genna, s. 402; Wolf/Hrubesch-Millaue, s. 91; Druey, s. 157; Ergüne, s. 223 (vasiyetname bakımından incelenmiştir);

⁴²⁷ Hrubesch-Millaue, s. 113.

unutulmamalıdır. Sonuç olarak, boşluk doldurma, en azından, miras sözleşmesinde ima edilmiş bir dayanağa sahip olmalıdır.⁴²⁸ Eklemek gerekir ki, boşluk doldurmanın, miras sözleşmesi taraflarının sözleşmeyle ulaşmak istedikleri amaca uygun olması gerekmektedir.⁴²⁹

d. *Favor Negotii* İlkesi

Favor negotii ilkesine göre, bir hukuki işlemin geçersizliği değil, geçerli olması tercih edilmektedir.⁴³⁰ Bir hukuki işlemin geçerliliğini sağlamaya yönelik yorum metodu *favor negotii*, vasiyetnamede *favor testamenti*, miras sözleşmesinde *favor contractus* ya da *favor pacti successoralis* şeklinde isimlendirilmektedir. Bu yorum kuralından anlaşılması gereken, bir hukuki işlemin iki şekilde de yorumlanması mümkün ise, hukuki işlemin geçerli olduğu şekildeki yorumun tercih edilmesidir. Bu kural aynı zamanda, bir hukuki işlemin kesin geçersizlik veya iptal edilebilirlik yaptırımlarından ikisine de tabi olabilecek şekilde yorumlamak mümkün ise, burada da iptal edilebilirliğin tercih edilmesi anlamına gelmektedir.⁴³¹ Keza, kısmi hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27/II (İBK m. 20/II) hükmü de bu yönde bir düzenlemedir. TMK m. 5 (İMK m. 7) hükmü uyarınca TBK m. 27/II hükmü

⁴²⁸ Ergüne, s. 229; Hrubesch-Millauer, s. 113.

⁴²⁹ Hrubesch-Millauer, s. 113; Druey, s. 157.

⁴³⁰ Tuor, Vor. zum dritten Abschnitt, N. 16; Piotet, s. 211; Schwenger, s. 267; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 90; BGE 93 II 228; BGE 96 II 297; BGE 120 II 35; BGE 116 II 117; BGE 117 II 609; BGE 124 II 414; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 2: “Grundsätzlich ist der Aufrechterhaltung des Testaments oder Erbvertrags bzw. seiner Auslegung in einem Sinne, welcher den Bestand der Anordnung ermöglicht, der Vorzug zu geben, wenn sich ergibt, (a) dass der Erblasser eine Anordnung von Todes wegen treffen wollte, und (b) sich deren Inhalt feststellen lässt. – Es gilt das Prinzip *magis valeat quam pereat*, dass «reparieren» vor «kassieren» bzw. Auslegung vor Anfechtung geht; sog. *favor testamenti*.”

⁴³¹ Piotet, s. 211.

vasiyetname ve miras sözleşmesinde kıyasen uygulanacaktır.⁴³² Buna göre, kural kısmi hükümsüzlük olmakla birlikte, geçersiz olan ölüme bağlı tasarruf diğer ölüme bağlı tasarruflarla sıkı bir bağlantı içerisindeyse, onların da geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır.

İşlem lehine yorum ilkesine (*favor negotii*) uygun şekilde, tarafların miras sözleşmesi olarak nitelendirmediği bir sözleşme hükmü içerik olarak bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarruf oluşturuyorsa ve miras sözleşmesinin şekil şartına da uyularak yapılmışsa bir miras sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014 tarihli kararında, eşlerin mal rejimi sözleşmesi içerisindeki bir hükümle birbirlerini mirasçı atadıkları tasarruf, mal rejimi sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş olmasına rağmen, tarafların yanlışlıkla ya da gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınması gerektiğini düzenleyen TBK m. 19/1 hükmüne uygun olarak, miras sözleşmesinin şekli şartları da yerine getirilmiş olduğundan, miras sözleşmesi olarak nitelendirmiş ve bu hükmün sözleşme tarafları arasında bağlayıcı olduğuna hükmetmiştir.⁴³³

4. Miras Sözleşmesinin Tahvili

Alman Medeni Kanunu §140 hükmünde, tahvil (dönüştürme, *Konversion*, *Umwandlung*, *Umdeutung*) açık şekilde düzenlenmiştir. Türk-İsviçre hukukunda ise açık bir hüküm olmamasına rağmen, yargı kararları ve doktrinde bu hukuki kurum

⁴³² Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s. 865; Ergüne, s. 81.

⁴³³ Yargıtay HGK E. 2013/8-1077 K. 2014/664 T. 14.05.2014.

kabul edilmektedir.⁴³⁴ Miras hukukunda tahvil kurumu, *favor testamenti* ilkesinin de bir sonucu olarak uygulama alanı bulmaktadır.⁴³⁵

Bir hukuki işlemin tahvil yoluyla ayakta tutulabilmesi için, bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Taraflarca yapılmak istenen hukuki işlem tabi olduğu şekle uyulmadığı için şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olmaktadır. Geçersiz hukuki işlemin, tahvil edilecek olan diğer bir hukuki işlemin geçerlilik koşullarını sağlaması gerekmektedir.⁴³⁶ Hukuki işlemin taraflarının geçerli olmayan işlemlerini, geçerlilik koşulları gerçekleştirilmiş olan hukuki işleme dönüştürmek konusunda farazi iradeleri olduğu kabul edilebilmelidir. Bu bakımdan da dönüştürülecek olan hukuki işlem, geçersiz olan hukuki işlem ile aynı ya da benzer amaçlara hizmet ediyor olmalıdır.⁴³⁷ Bu koşullar da dikkate alındığında, şekle aykırılık dolayısıyla geçersiz olan bir miras sözleşmesi, geçerlilik şartlarını taşıyorsa resmi vasiyetname olarak ayakta tutulabilmektedir. Keza, şekle aykırılık dolayısıyla geçersiz olan bir ölüme bağlı tasarruf, şekli şartlarını taşıdığı bir sağlararası hukuki işleme dönüştürülebilmektedir.⁴³⁸

⁴³⁴ BGE 93 II 223; BGE 5C.53/2006; BGE 126 III 182; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 92; Wolf/Genna, s. 404; Piotet, s. 212; BernerKomm/Weimar, Vor. Art. 467, N. 83; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s. 865; Druey, s. 159.

⁴³⁵ Ergüne, s. 246; BGE 75 II 81; BGE 89 II 437.

⁴³⁶ Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 92; Wolf/Genna, s. 404.

⁴³⁷ Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 92; Wolf/Genna, s. 404.

⁴³⁸ Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 92; Wolf/Genna, s. 404, BGE 93 II 228; BGE 96 II 297. Vasiyetnamenin tahvili hakkında detaylı bilgi için bkz. Ergüne, s. 245.

5. Miras Sözleşmesinin Uyarlanması (*clausula rebus sic stantibus*, *Vertragsanpassung*)

Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen önemli değişiklikler, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını gerektirebilir.⁴³⁹ Sözleşmenin uyarlanması genellikle sözleşmede boşluk doldurmanın gerektiği durumlardan kabul edilmektedir.⁴⁴⁰ Bu durum özellikle sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde gündeme gelmektedir; zira bu sözleşmelerde ifa uzun bir süreye yayılmıştır.⁴⁴¹ Aynı durum, miras sözleşmesi bakımından da söz konusudur. Öncelikle, miras sözleşmesinin kurulması ve hüküm doğurması anı arasında çok uzun yıllar söz konusu olabilmektedir. Ayrıca, ivazlı miras sözleşmesinde, karşı tarafın üstlendiği sağlararası edim, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde olduğu gibi, genellikle sürekli bir edimdir. Bu sebeplerle, miras sözleşmesi bakımından sözleşmenin uyarlanması ihtiyacı doğacağı açıktır. Ancak miras sözleşmesinin, ölüme bağlı tasarruf niteliği, uyarlama imkanının kabul edilip edilmemesi konusunda bir değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır.

Gerek doktrinde gerek mahkeme kararlarında, miras sözleşmesinde uyarlama imkanı olup olmadığı üzerinde pek fazla durulmamıştır. *Piotet* ve *Breitschmid*, uyarlamanın miras sözleşmesi bakımından hangi koşullar altında kabul edilebileceğini incelemeksizin, bu imkanı kabul etmiş görünmektedir.⁴⁴² *Grundler*, uyarlama imkanını, mirasbırakanın ölümünden sonrası için vasiyetname bakımından kabul

⁴³⁹ Uyarlama hakkında detaylı bilgi için bkz. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 325; Eren, s. 499. Uyarlama ve yanılma kurumlarının uygulama alanlarının kesişim gösterebileceğine ilişkin bkz. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 1282a.

⁴⁴⁰ Schwenger, s. 273.

⁴⁴¹ Eren, s. 499.

⁴⁴² *Piotet*, s. 189; *BaslerKomm/Breitschmid*, Art. 469, N. 12.

etmektedir.⁴⁴³ Yazar, miras sözleşmesi bakımından konuyu değerlendirdiğinde, karşı edim söz konusu olmamasına rağmen, uyarlama imkanını, ivazsız miras sözleşmesi bakımından kabul etmiş, buna karşılık ivazlı miras sözleşmesi bakımından tereddütleri olduğunu belirtmiştir. Halbuki, uyarlama sonradan gerçekleşen değişiklikler sonucu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arası dengenin önemli ölçüde bozulması halinde devreye girmekte ve bu bakımdan asıl uygulama alanını karşılıklı sözleşmeler oluşturmaktadır. ⁴⁴⁴ Yazara göre, ivazlı miras sözleşmesinin rizikolu niteliği gereği, baştan itibaren mirasbırakanın ölüme bağlı edimi ile karşı tarafın sağlararası edimi arasında bir denge söz konusu değildir.⁴⁴⁵ Yazar, edimler arası dengenin söz konusu olmamasına rağmen, karşılıklı edimlerin süreç içerisinde meydana gelen değer değişimlerinin dikkate alınması suretiyle bu eksikliğin giderilebileceğini düşünmekte ve sonuç itibarıyla sıkı koşullara tabi tutulmak kaydıyla ivazlı miras sözleşmesi bakımından da uyarlama kurumunu kabul etmektedir.⁴⁴⁶

Konu hakkında görüş belirtmiş bir diğer yazar olan *Hrubesch-Millauer* ise, miras sözleşmesi bakımından uyarlama imkanını reddetmektedir. ⁴⁴⁷ Yazara göre, miras sözleşmesi yapmakla sözleşmenin iki tarafı da risk almayı kabul etmektedir. Miras sözleşmesinin kurulması ile mirasın açılması arasındaki süre uzadıkça da bu risk artmaktadır. Sözleşme taraflarının bu uzun süre zarfında koşulların değişeceğini hesaba katmaları gerekmektedir. Bu durumda, ivazlı veya ivazsız, tek taraflı veya iki

⁴⁴³ Grundler, s. 142.

⁴⁴⁴ Eren, s. 504; Hrubesch-Millauer, s. 349.

⁴⁴⁵ Grundler, s. 145: “*die fehlende objektive Äquivalenz ab initio*”

⁴⁴⁶ Grundler, s. 146.

⁴⁴⁷ Hrubesch-Millauer, s. 350 vd.

tarafli fark etmeksizin geçerlidir. Kaldi ki, yazara göre, karşılıksız sözleşmeler bakımından uyarlamanın oldukça tartışmalı olması karşısında, miras sözleşmesinin bu imkandan faydalanabileceği sonucuna varmak isabetli değildir. Çünkü miras sözleşmesi, ivazlı olsa dahi, mirasbırakanın bir edim borcu altına girmediği, aksine miras sözleşmesi yapmakla ifade bulunmuş olduğu bir sözleşmedir.⁴⁴⁸ Bu bakımdan, yazar miras sözleşmesinin uyarlanmasını kabul etmemekte ve söz konusu ihtiyacı karşılamak amacıyla, başka bazı kurumlardan yararlanılabileceğini belirtmektedir. Bu bakımdan, TBK m. 136 (İBK m. 119) hükmü uyarınca sonraki kusursuz imkansızlığa dayanarak sözleşmenin sona erdirilebileceğini ifade etmektedir.⁴⁴⁹ Bunun yanı sıra, yazara göre, çok benzer bir kurum olmakla birlikte, daha sıkı şartlara sahip olması yönünden, miras sözleşmesinin tamamlanması suretiyle de edimler arası dengesizliğin giderilmesi mümkündür.⁴⁵⁰

Fikrimizce, ivazlı ve karşılıklı miras sözleşmelerine özgü olmak üzere, sözleşmenin uyarlanması imkanının sınırlı şekilde kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sözleşmelerin, özellikle ivazlı miras sözleşmesinin, *synallagmatik* niteliklerini kabul edip, uyarlama imkanı tanımamak isabetli görünmemektedir. *Synallagma* ilişkisi, bize göre, miras hukuku sözleşmesi olduğu gerçeği ihmal edilmeden niteliğine uygun düştüğü ölçüde kabul edilebilirse, aynı şekilde, sözleşmenin uyarlanması imkanı da sınırlı şekilde kabul edilebilmelidir.⁴⁵¹ Kaldi ki, sözleşmenin tamamlanması da farklı bir sonuç doğurmayacaktır. Sözleşmenin tamamlanmasında olduğu gibi uyarlamanın da miras sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde sınırlı bir uygulama alanı

⁴⁴⁸ Hrubesch-Millauer, s. 354.

⁴⁴⁹ Sonraki kusursuz imkansızlık hakkında detaylı bilgi için bkz. aşağı. Bölüm III, II, C, 2, b, (dd).

⁴⁵⁰ Hrubesch-Millauer, s. 355.

⁴⁵¹ Miras sözleşmesinde *synallagma* ilişkisi için bkz. yuk. Bölüm I, I, K, 2.

bulabileceği sonucuna varılabilir. Bu bakımdan, miras sözleşmesinin uyarlanması imkanının, sonradan ortaya çıkan bir değişiklik sonucu, sözleşmenin rizikolu niteliğine rağmen, tarafların sağlararası ve ölüme bağlı edimleri arasında, taraflarca öngörülemezlikte ve önemde bir dengesizliğe sebep olması halinde kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

II. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICILIĞININ SONUÇLARI

Miras sözleşmesi, vasiyetnameden bağlayıcılığı sebebiyle ayrılmaktadır ve bu bağlayıcılık birçok açıdan kendini göstermektedir. “Bağlayıcılık (*Bindung*)” ifadesi kanun hükmünde kullanılmamış, onun yerine “yükümlülük (*Verpflichtung*)” terimi tercih edilmiştir; ancak bu terimlerin aynı anlamda kullanıldığı kabul edilmektedir.⁴⁵² TMK m. 527/I (İMK m. 494/I) hükmüne göre, mirasbırakan miras sözleşmesiyle sözleşmenin karşı tarafına veya üçüncü kişiye miras veya vasiyet bırakmak yükümlülüğü altına girmektedir.

Kanunun bu lafzına rağmen, “yükümlülük” teriminin teknik anlamda kullanılmadığı tartışmasız olarak kabul edilmektedir.⁴⁵³ Miras sözleşmesi ile sözleşme lehdarı bir alacak hakkı kazanmamakta, doğrudan doğruya iradi mirasçı ya da vasiyet alacaklısı olmaktadır. Bir başka deyişle, burada bir borçlandırıcı işlem veya bir tasarruf işlemi de söz konusu değildir.⁴⁵⁴ Mirasbırakan yalnızca bir ölüme bağlı tasarrufta

⁴⁵² “*Bindung*”, “*Verpflichtung*” ve “*Gebundheit*” terimlerinin birbirinin yerine kullanılması hakkında bkz: Hrubesch-Millauer, s. 184; ZK-Escher, Art. 494, N 7; Tuor, Art. 494, N. 1.

⁴⁵³ ZK-Escher, Art. 494, N. 2; Beck, s. 57; Itschner, s. 3; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 229; Serozan/Engin, s. 350; Brox/Walker, s. 87; Hrubesch-Millauer, s. 184

⁴⁵⁴ ZK-Escher, Art. 494, N. 1; Tuor, Art. 514 ZGB, N 2; Itschner, s. 3; BernerKomm/Weimar, Vor. Art. 494, N. 3; Serozan/ Engin, s. 260; İmre/Erman, s. 188.

bulunmaktadır. Bu sebeple ilgili hükümde belirtilmek istenen, mirasbırakanın miras sözleşmesi yapmakla bağlanmış olmasıdır.⁴⁵⁵

Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı konusunda yöneltilmesi gereken en önemli soru, mirasbırakanın miras sözleşmesi yaptıktan sonra malvarlığı üzerinde dilediği gibi özgürce tasarruf edip edemeyeceğidir. Mirasbırakan, miras sözleşmesi yaptıktan sonra, malvarlığını harcayabilir ya da bağışlayabilir mi, ya da sözleşmeye aykırı başka ölüme bağlı tasarruflarda bulunabilir mi? Karşı taraf (veya miras sözleşmesi lehdarı üçüncü kişi) mirasbırakanın malvarlığını hayatta iken koruyacağına ve ölümünden sonra da kendisine bırakacağına güvenebilir mi ve bu bakımdan yapılan miras sözleşmesinin ivazlı olması bir fark yaratır mı?

Öncelikle belirtilmesi gereken, miras sözleşmesinin bağlayıcılığının miras sözleşmesi içerisinde yer alan tek taraflı tasarruflar bakımından söz konusu olmadığıdır, onlar vasiyetname hükmündedir. Bu bakımdan bir miras sözleşmesi içerisindeki farklı hükümlerin bağlayıcı olup olmadığını belirlemeye ilişkin aktarılan ölçütlerin önemi daha iyi ortaya çıkmaktadır.⁴⁵⁶

Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı TMK m. 527/II (İMK m. 494/3) hükmünde düzenlenmiştir. TMK m. 527/II (İMK m. 494/II) hükmüne göre, miras sözleşmesinin varlığına rağmen mirasbırakan malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir. Bu bakımdan mirasbırakan miras sözleşmesine rağmen malvarlığı unsurlarını

⁴⁵⁵ Tuor, Art. 494, N.1; ZK-Escher, Art 494, N. 2; Piotet, s. 173; Dural, s. 141.

⁴⁵⁶ Miras sözleşmesi içerisindeki tek taraflı tasarrufları ayırt etmek için getirilen ölçütler için bkz. yuk. Bölüm II, I B, 1, b.

devredebilmekte veya tüketebilmektedir. Bu durum karşısında miras sözleşmesi lehdarı, mirasbırakanın sağlığında yaptığı tasarruflara karşı, kural olarak, korunmamaktadır. Bu kuralın istisnası, hemen cümlenin devamında düzenlenmektedir. Buna göre, mirasbırakanın miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına karşı “itiraz” imkanı tanınmıştır. TMK hükmünde “itiraz” olarak nitelendirilen bu hak mehz İMK m. 494/3 hükmünde “*Anfechtung* (iptal)” olarak düzenlenmektedir. Bu sebeple, doktrinde, TMK hükmündeki “itiraz” terimini de buna uygun şekilde “iptal” olarak anlamak gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁵⁷

Miras sözleşmesi lehdarının durumu, saklı paylı mirasçılarının durumuna paralel olarak düzenlenmiştir. Saklı paylı mirasçılarının varlığı nasıl mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü engellemiyorsa, miras sözleşmesinin varlığı da aynı şekilde engellememektedir. Saklı paylı mirasçılıkta bunun sınırı, saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının ihlal edilmesi durumundaki tenkis imkanıdır. Miras sözleşmesinde ise bu sınır, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarrufların iptalidir. Burada bir diğer ortak nokta, saklı paylı mirasçı bakımından tenkis imkanının, miras sözleşmesi lehdarı bakımından ise iptal imkanının ilk olarak mirasbırakanın ölümünden sonrası için söz konusu olmasıdır.⁴⁵⁸

Eklemek gerekir ki, mirasbırakanın ölümünden sonra miras sözleşmesi lehdarına tanınmış olan iptal hakkı, kanun hükmünde, mirasbırakanın tüm sağlararası tasarruflarına karşı değil, yalnızca miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalarına

⁴⁵⁷ Dural, s. 146.

⁴⁵⁸ Piotet, s. 180; Hrubesch-Millauer, s. 255.

karşı getirilmiş olan bir korumadır. Bu durumda, mirasbırakanın TMK m. 527/II hükmünde sağlığında malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf etmesi kuralı, cümlenin devamında getirilmiş olan iptal hakkı ile önemli ölçüde sınırlanmış olmaktadır. Bu bakımdan mirasbırakan tasarruf serbestisine sahip olmakla birlikte, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf ve bağışlamaları yönünden, bunların ölümünden sonra iptal edilmesi riski ile karşı karşıyadır.

A. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmamanın Anlamı

TMK m. 527/II hükmü, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına ve bağışlamalarına karşı iptal imkanı getirmektedir; ancak bu “bağdaşmama”dan (*Unvereinbarkeit*) ne anlaşılması gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. Bu hükümle tanınan iptal hakkı, iptal edilecek tasarrufun miras sözleşmesiyle bağdaşmaması şartına bağlı olduğuna göre, bu kavramın anlamını incelemek gerekmektedir.

1. Ölüme Bağlı Tasarrufların Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmaması

Bağdaşmamanın anlamı tespit edilirken, ölüme bağlı tasarruflar için yapılacak değerlendirme, bağışlamalara kıyasla, daha kolaydır; zira bağışlamalara getirilecek sınır mirasbırakanın sağlararası tasarruf serbestisini ilgilendirmekte ve mirasbırakanın malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Genel olarak, miras sözleşmesi lehdarının miras sözleşmesi sonucu ulaşması gereken hukukî kazanım değişirse, elde etmesi gereken hak azalırsa,

kısıtlanırsa veya zorlaştırılırsa miras sözleşmesi ile diğer ölüme bağlı tasarruf arasında bağdaşmama söz konusu olacaktır.⁴⁵⁹ Bağdaşmazlık olup olmadığını tespit etmek her zaman kolay değildir. Bağdaşmazlık için, yapılan iki ölüme bağlı tasarruf arasında bir çatışma olması aranmamaktadır. Miras sözleşmesi ile lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulanın hukukî durumuna zarar veren herhangi bir ölüme bağlı tasarruf bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁴⁶⁰ Miras sözleşmesinin kapsamını daraltacak, ona zarar verecek, onu sınırlandıracak veya değiştirecek her tür ölüme bağlı tasarruf miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruftur. Kural olarak, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf, miras sözleşmesi lehdarını ekonomik olarak olumsuz etkilemekte, maddi açıdan onu dezavantajlı konuma düşürmektedir.

Buna ek olarak, maddi açıdan miras sözleşmesi lehdarına olumsuz bir etkisi olmayan ölüme bağlı tasarruf, yalnızca lehdarın hukukî konumuna zarar veriyorsa, yine bağdaşmayan tasarruf söz konusu olmaktadır.⁴⁶¹ Miras sözleşmesiyle iradi mirasçı atanmış birinin daha sonra yapılan bir ölüme bağlı tasarrufla aynı miktar üzerinde vasiyet alacaklısı atanması durumu böyledir.⁴⁶² Bu örnekte, sözleşme lehdarının elde edeceği miktar aynı olduğu için ekonomik bir zarar mevcut değildir; ancak lehdar iradi mirasçı olmaktan çıkıp vasiyet alacaklısı haline geldiği için dezavantajlı bir hukuki konuma düşmektedir. Aynı örnekte, miras sözleşmesi lehdarı atanmış mirasçı daha sonradan yapılan bir ölüme bağlı tasarrufla daha yüksek bir miktar üzerinde

⁴⁵⁹ Schlüter, N. 274.

⁴⁶⁰ Hrubesch- Millauer, s. 192.

⁴⁶¹ Soergel/Siebert, § 2289, N.1, 2; Reimann/Bengel/Mayer; § 2289, N. 3; Erman/Kappler, § 2289, N. 2; Brox/Walker, s. 96; von Lübtow, s. 419; Hrubesch- Millauer, s. 192.

⁴⁶² Hrubesch- Millauer, s. 193.

vasiyet alacaklısı atanmış da olabilir. Bu durumda, ekonomik bir zarar değil, aksine bir yarar mevcuttur; ancak yine de hukuki konumu zarar gördüğü için bu halde de iptal hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.⁴⁶³ Sonuç olarak, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan bir başka ölüme bağlı tasarruf söz konusu olduğunda, bağdaşmazlık ekonomik olabileceği gibi hukukî nitelik itibariyle de söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan, TMK m. 527/II hükmünün, miras sözleşmesi lehdarının sadece ekonomik çıkarlarını değil, aynı zamanda hukuki konumunu da korumaktadır.

Öte yandan, miras sözleşmesi lehdarı, bu korumadan faydalanıp faydalanmamakta özgürdür; yani istemezse miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufu iptal ettirmeyebilir. Somut olayda, hukukî konumu itibariyle dezavantajlı hale gelen miras sözleşmesi lehdarı, ekonomik olarak daha iyi bir konuma ulaştığı için miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufun iptalini istemeyebilir.⁴⁶⁴

Son olarak, miras sözleşmesi lehdarını hem ekonomik hem de hukukî olarak daha iyi bir konuma getiren bir başka ölüme bağlı tasarrufun TMK m. 527/II hükmüne dayanılarak iptal edilip edilemeyeceğine değinmek gerekmektedir. Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı, hem sözleşmeden dönülememesini hem de sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilememesini gerektirmektedir. Bu durumda, her ne kadar lehdarı daha iyi bir ekonomik ve hukuki konuma getirse de, böyle bir ölüme bağlı tasarrufun da istenirse iptal ettirilebileceğini savunmak gerekmektedir.⁴⁶⁵ Ancak eklemek gerekir ki, hayatın olağan akışına uygun olarak, miras sözleşmesi lehdarı

⁴⁶³ Hrubesch- Millauer, s. 193.

⁴⁶⁴ Hrubesch- Millauer, s. 194.

⁴⁶⁵ Hrubesch- Millauer, s. 194.

kendisini her açıdan daha avantajlı hale getiren ölüme bağlı tasarrufu iptal ettirmeyecektir.

İki ölüme bağlı tasarruf arasında bağdaşmazlık olup olmadığının tespiti mirasın açıldığı ana (*Zeitpunkt des Erbfalls*) göre yapılmaktadır. Zira, mirasbırakanın ölümünden önce başka bir değişiklik daha yapma ihtimali bulunmakta ve bu sebeple mirasın açılmasından önce kesin bir belirleme yapabilmek mümkün olmamaktadır.⁴⁶⁶

2. Bağışlamaların Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmaması

Miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalar bakımından bağdaşmamadan ne anlaşılması gerektiği oldukça tartışmalıdır. Bir başka deyişle, bir bağışlayanın miras sözleşmesine aykırı olduğunun tespiti bakımından miras sözleşmesinin ve yapılan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun türüne göre farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Halbuki, TMK m. 527/II (İMK m. 494/3) hükmünde, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ile bağışlamalar arasında herhangi bir ayrım yapılmadığı gibi, miras sözleşmesinin veya maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun türü bakımından da herhangi bir ayrım düzenlenmemiştir. Buna rağmen, hakim görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi, miras sözleşmesi yapmış olan mirasbırakanın malvarlığı üzerinde eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceği kuralına öncelik tanıyarak miras sözleşmesinin bağlayıcılığını sınırlayan bir yaklaşım benimsemiştir. Buna göre:⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Soergel/Siebert, §2289, N. 6; Hrubesch- Millauer, s. 194.

⁴⁶⁷ Bu hususlar ayrı bir başlık altında detaylı olarak incelenmiştir, bkz. aşağı. Bölüm II, C.

- **İvazsız miras sözleşmesi:**

- **Mirasçı Atama:**

- **Kural:** İvazsız miras sözleşmesiyle mirasçı atanması durumunda, yapılan bağışlama miras sözleşmesine aykırılık teşkil etmemektedir.
 - **İstisnalar:**
 - Mirasbırakanın aksi yönde taahhütte bulunması
 - Mirasbırakanın sağlararası tasarruf serbestisini kötüye kullanarak sözleşme lehdarına zarar verme amacı (*Schädigungsabsicht*) ile miras sözleşmesinin içeriğini boşaltması, sözleşmeyi işlevsiz hale getirmesi (*Aushöhlungsschutz gegen missbräuchliche Umgehung*)

- **Vasiyet:** İvazsız miras sözleşmesiyle belirli mal bırakılması durumunda, yapılan bağışlama kural olarak miras sözleşmesi ile bağdaşmamaktadır.

- **İvazlı miras sözleşmesi**

- Mirasçı atama veya vasiyet fark etmeksizin, yapılan bağışlama kural olarak miras sözleşmesi ile bağdaşmamaktadır.

Eklemek gerekir ki, doktrindeki hakim görüş ve Federal Mahkemenin yaklaşımının yansıtıldığı bu özette “kural olarak” ifadesinin kullanılmasının sebebi, miras sözleşmesine aykırılık (*Erbvertragswidrigkeit*) meselesinde genel olarak kabul edilen kuralların her bir somut olay bakımından değerlendirilmeye ihtiyaç duymasıdır. Zira,

miras sözleşmesinde, her bir somut olay bakımından taraflar arasındaki menfaat dengesi farklı bir sonuca ulaşmayı gerektirebilir.⁴⁶⁸

Son olarak, TMK m. 527/II (İMK m. 494/III) hükmünün amacı en ufak bir bağışlamayı dahi iptal ettirmek değildir. Alışıl gelmiş hediyeler hükmünün amacı dikkate alındığında, bu kapsama dahil edilmemektedir. Bunların dahil edilmesi pratik olarak da mantıklı ve mümkün olmayacaktır. Alışıl gelmiş hediyein kapsamı her somut olayda mirasbırakanın ekonomik durumu ve hayat standardı dikkate alınarak belirlenecektir.⁴⁶⁹

B. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Ölüme Bağlı Tasarruflar

1. Sonradan Yapılan Bir Vasiyetnamenin Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmaması

Hakim görüşe göre, miras sözleşmesi kendisinden sonra yapılan bir vasiyetname ile bağdaşmazsa, bu durumda önceki miras sözleşmesi lehdarı TMK m. 527/II hükmüne uygun olarak, sonradan yapılan vasiyetnameyi, miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı ölçüde iptal ettirebilmektedir.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Piotet, s. 181; Wolf/Genna, s. 381; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 9.

⁴⁶⁹ BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 18.

⁴⁷⁰ Tuor, Art. 494, N. 16; ZK-Escher, Art. 494, N. 9; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 12; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494 N. 10. Alman hukukunda bu konuda açık hüküm vardır. AMK § 2289/I hükmünün ikinci cümlesine göre, miras sözleşmesi lehdarının miras sözleşmesinden doğacak hakkı ile bağdaşmadığı takdirde, sonradan yapılmış olan vasiyetnamenin ortadan kalkacağı düzenlenmiştir, bkz. von Lübtow, s. 421; Zimmermann, s. 121; Leipold, s. 204.

Mirasbırakanın miras sözleşmesi yaptıktan sonra bununla bağdaşmayan bir vasiyetname yapması yasaklanmamıştır ve yaparsa da bu vasiyetname geçersiz değildir. Ancak, bundan zarar gören miras sözleşmesi lehdarı TMK m. 527/II hükmüne göre, vasiyetnamenin miras sözleşmesiyle bağdaşmayan kısmını iptal ettirme hakkına sahiptir.⁴⁷¹

2. Sonradan Yapılan Bir Miras Sözleşmesinin Önceden Yapılan

Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmaması

Bu durumda sonra yapılan miras sözleşmesi TMK m. 527/II hükmünün uygulama alanına girmekte ve bağdaşmadığı ölçüde iptal edilebilmektedir. Önce yapılan miras sözleşmesi ise varlığını sürdürecektir.⁴⁷²

Ekleme gerekir ki, birbiriyle bağdaşmayan iki miras sözleşmesi bakımından önceki miras sözleşmesi lehdarının, sonraki miras sözleşmesini iptal ettirmesi, bu iki miras sözleşmesindeki karşı tarafın aynı kişi olmadığı durumda söz konusu olacaktır.

Yapılan iki miras sözleşmesinin de tarafları aynı kişiler ise, ikinci miras sözleşmesi, ilk miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı konularda onun yerine geçecektir. Bu halde önceki miras sözleşmesi tarafların anlaşması ile sona erdirilmiş olacaktır.⁴⁷³ TMK m. 546/I (İMK m. 513/I) hükmüne göre, miras sözleşmesi tarafların yazılı anlaşmasıyla her zaman ortadan kaldırılabilir. Hükümde belirtilen koşullar sağlandığında,

⁴⁷¹ Hrubesch- Millauer, s. 187.

⁴⁷² Tuor, Art. 494, N. 16; ZK-Escher, Art. 494, N. 9; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 12; Wolf/Genna, s. 382.

⁴⁷³ Beck, s. 61; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 12, Art. 513, N. 3; Wolf/Genna, s. 382; Dural, s. 148; Hrubesch-Millauer, s. 190.

ikinci yapılan miras sözleşmesi ilkini zımni bir şekilde ortadan kaldırmakta ve bağdaşmadığı konularda onun yerine geçmektedir.⁴⁷⁴

Eklemek gerekir ki, miras sözleşmesiyle bir mirasçı atama tasarrufu yapılmış ise, bununla bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufun da mantıken bir mirasçı atama olması gerekmektedir. Mirasçı atama ile lehbara kazandırılan yalnızca terekenin kesirli bir oranıdır ve bunun tereke karşılığı mirasbırakanın ölümünde belli olacaktır. Benzer şekilde miras sözleşmesiyle düzenlenen vasiyetin konusu cins borcu ise, bu kural olarak, tedarik vasiyeti anlamına geleceğinden herhangi bir kazandırmayla bağdaşmaması söz konusu olmamaktadır.⁴⁷⁵ Diğer yandan, miras sözleşmesiyle konusu parça borcu olan bir vasiyet yapılmış ise, bundan sonra yapılan mirasçı atama tasarrufunun iptaline gerek yoktur. Zira vasiyet alacaklısı atanmış mirasçıdan vasiyet alacağını talep edebilecektir.⁴⁷⁶

C. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Sağlararası Tasarruflar

TMK m. 527/II hükmünde miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufların yanısıra, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan bağışlamalara karşı da iptal hakkı tanınmıştır.⁴⁷⁷ TMK m. 527/II hükmünde belirtildiği üzere, mirasbırakan miras sözleşmesine rağmen malvarlığı üzerinde eskisi gibi serbestçe tasarruf

⁴⁷⁴ Beck, s. 61; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 12, Art. 513, N. 3; Wolf/Genna, s. 382; Dural, s. 148; Hrubesch- Millauer, s. 190.

⁴⁷⁵ Serozan/Engin, s. 352. TMK m. 517/III hükmünde, vasiyet olunan malın terekede bulunmaması haline ilişkin bir karine konmuştur. Buna göre, mirasbırakanın aksini istediği ispat edilmedikçe, vasiyet konusu mal terekede bulunmuyorsa, vasiyet borçlusu borcundan kurtulmaktadır. Mirasbırakanın aksini istediği ispat edilirse, bir tedarik vasiyetinden söz edilecektir. Detaylı bilgi için bkz. İmre/Erman, s. 133; Dural/Öz, s. 146.

⁴⁷⁶ BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 14.

⁴⁷⁷ Burada “bağışlama” yı, sağlararası ivazsız kazandırma olarak anlamak gerektiğine ilişkin, Dural/Öz, s. 127. Aynı yönde, İsviçre miras hukuku hükümlerine ilişkin değişiklik tasarısı m. 494/3.

edebilmektedir. Bu kuralın istisnası olarak, aynı cümlenin devamında, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamaları belirlenmiştir. Bağışlama dışındaki sağlararası tasarruflarda mirasbırakan, kural olarak, tamamen özgürdür.⁴⁷⁸ Bağışlamaların durumu, bir yanda mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğünün korumasındaki menfaati, diğer yanda miras sözleşmesi lehdarının miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalarına karşı korunmaktaki menfaati bakımından değerlendirilmelidir.

1. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Bağışlamalar

TMK m. 527/II (İMK m. 494/III) hükmü miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamaların iptal edilebileceğini düzenleyerek, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarının yanısıra sağlararası tasarrufları bakımından da sınırlama getirmiştir. TMK m. 527/II (AMK § 2286, İMK m. 494/II) hükmünün ilk cümlesi ise mirasbırakanın sağlığında tasarruf serbestisinin devam ettiğini belirtmektedir. Bu kural karşısında bağışlamaların da ölüme bağlı tasarruflar gibi iptal edilebileceğine ilişkin istisna getiren hükmün nasıl anlaşılması gerektiği incelenmesi gereken bir konudur.

Hüküm, ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalar arasında herhangi bir ayırım yapmadan, miras sözleşmesiyle bağdaşmamaları durumunda her iki tür tasarrufun da iptal edilebileceği düzenlenmektedir. Mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına karşı iptal imkanı getirmişken, aynı sonuca

⁴⁷⁸ Bağışlama dışındaki sağlararası tasarrufların miras sözleşmesiyle bağdaşmamasına ilişkin bkz. aşağı. Bölüm II, C, 2.

bağışlama yoluyla ulaşılmasının engellenmesi hükmün amacına da uygun görünmektedir. Aksi halde, mirasbırakan, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalar yaparak miras sözleşmesini ortadan kaldıracabilecek ve miras sözleşmesinin bağlayıcılığını işlevsiz bir hale getirebilecektir.⁴⁷⁹ Hükmün açık lafzına rağmen mirasbırakanın bağışlamalarına ilişkin getirilen bu sınırlamanın ne şekilde anlaşılması gerektiği doktrin ve yargı kararlarında tartışılmış ve değişik görüşler savunulmuştur.⁴⁸⁰

a. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü

İsviçre Federal Mahkemesi, mirasbırakanın bağışlamaları konusunda getirilen sınırlamayı farklı şekilde yorumlamış, bu konuda çeşitli kararlarında farklı görüşler benimsemiştir. Ancak, genel olarak, Federal Mahkemenin mirasbırakanın bağışlamaları konusunda kanunda getirilmiş olan iptal imkanını sınırlı şekilde yorumlama taraftarı olduğu sonucuna varılması mümkündür.⁴⁸¹

(1) Federal Mahkeme konuya ilişkin 1936 tarihli ilk kararında, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamanın kanunun lafzına uygun şekilde iptal edilebileceğine hükmetmiştir.⁴⁸² Federal Mahkeme İMK m. 494/III hükmünün, Almanya'daki

⁴⁷⁹ Kipp/Coing, s. 244; Dural/Öz, s. 127.

⁴⁸⁰ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufpaşaoğlu, s. 247; Piotet, s. 180; Druey, s. 136; Hrubesch-Millauer, s. 232; BaslerKomm/ Breitschmid, Art.494, N. 11; BernerKomm/ Weimar, Art. 494, N. 15; Dural/Öz, s. 129. Konu hakkında İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüş belirttiği önemli kararlar için bkz. BGE 62 II 134; BGE 70 II 261; BGE 140 III 193; BGE 128 III 314; BGer 5C.71/2001.

⁴⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesi ilgili kararlarına ilişkin detaylı inceleme için bkz: Hrubesch-Millauer, S.: "Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag- eine methodische Betrachtung", Successio, 3/2008, s. 205; Hrubesch-Millauer, S.: "Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag", Successio, 1/2015, s. 55.

⁴⁸² BGE 62 II 134.

düzenlemeye göre daha sınırlayıcı olduğunu belirtmiştir. AMK § 2287 hükmü bağışlamaların iptali için bir başka şart daha gerektirmektedir. Bu hükme göre, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlama tasarrufu, ancak mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı taşıyorsa iptal edilebilmektedir. Başka bir deyişle, bağışlamanın iptal edilebilmesi mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı taşıyarak bir bağışlama yapmış olması şartına bağlı bulunmaktadır. İsviçre hukukunda ise böyle bir şart aranmadan iptal imkanı getirilmiştir. Adet üzerine verilen hediyeler ise bu kapsamın dışında tutulmuştur.

(2) Federal Mahkeme 1944 tarihli sonraki kararında görüşünü değiştirmiştir.⁴⁸³ İMK m. 494/II hükmüne göre miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın malvarlığı üzerinde sağlararası tasarrufta bulunma özgürlüğü devam etmektedir. Bu sağlararası tasarruflardan yalnızca bağışlamalar, fıkra 3 hükmüne göre, miras sözleşmesi ile bağdaşmadıkları takdirde iptal yaptırımını ile karşılaşmaktadır. Hangi şartlar altında bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayacağı konusunda ise kanun sessizdir, bu sebeple yorum yöntemiyle bu mesele açıklığa kavuşturulmalıdır. Federal Mahkemeye göre, mirasbırakan, yalnızca, miras sözleşmesine ek bir borçlar hukuku sözleşmesiyle, herhangi bir bağışlama yapmama ya da belirli bir eşyaya yönelik bağışlama yapmama yükümlülüğü altına girmiş ise, söz konusu bağışlama iptal edilebilecektir. Aksi halde, bu hüküm her durumda mirasbırakanın bağışlamasını iptal ettirme imkanı vermemektedir.

⁴⁸³ BGE 70 II 261.

(3) Federal Mahkeme, 2001 yılında verdiği kararda ise, önceki kararına paralel şekilde, İMK m. 494/III hükmünün, miras sözleşmesinden sonra yapılan bütün bağışlamaların iptal edilebileceği anlamına gelmediğini belirtmektedir.⁴⁸⁴ Miras sözleşmesinde aksine bir belirlemede bulunulmadıkça, mirasbırakanın yaptığı bağışlamalar kural olarak iptal edilememektedir. Federal Mahkemeye göre, yalnızca hakkın kötüye kullanılması (İMK m. 2/II) anlamı taşıyan ve miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı ile yapılan bağışlamaların iptal edilmesi mümkündür. Buna ek olarak, taraflar sözleşmesel olarak tasarruf kısıtlamaları belirleyebilirler. Bu bakımdan, Mahkeme, somut olayda açık bir tasarruf kısıtlaması düzenlenmediği ve yorum yoluyla örtülü olarak da böyle bir kısıtlamanın olmadığı sonucuna varmıştır.

(4) 2014 yılında verdiği bir başka kararda Federal Mahkeme, 2001 yılında verdiği karara atıfta bulunarak orada sıraladığı koşulları tekrarlamıştır.⁴⁸⁵ Mahkeme, miras sözleşmesinden sonra yapılan her bağışlamanın iptal edilemeyeceğini belirtmiştir. Kural olarak bağışlamalar miras sözleşmesiyle çelişmemektedir; ancak tarafların aksini miras sözleşmesinde açık veya örtülü olarak düzenleyebilme imkanı bulunmaktadır. Böyle bir belirleme yoksa, bağışlama, ancak mirasbırakan bağışlama ile açıkça miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin içini boşaltmayı (*Aushöhlung*) amaçlamışsa, ki bu hakkın kötüye kullanılması demektir, ya da sözleşmenin karşı tarafına zarar vermeyi amaçlıyorsa iptal edilebilecektir. Mirasbırakanın bu amacının kanıtlanması gerekmektedir ve bağışlamayı iptal ettirmek isteyen kişiler bu konuda ispat yükü altındadır. Zarar verme amacı

⁴⁸⁴ Söz konusu karar Fransızca olduğu için Hrubesch-Millaue, (Die (Un-)Vereinbarkeit), s. 208'den naklen aktarılmıştır, BGer 5C.71/2001.

⁴⁸⁵ BGE 140 III 193.

bakımından burada İMK m. 527 bent 4 hükmü kıyasen uygulanacaktır. Bu da mirasbırakanın miras sözleşmesini etkisiz kılma amacının açık olmasını gerektirmektedir. Zarar verme amacı sübjektif bir kriterdir. Bunu belirlerken başka unsurlardan faydanılması gerekmektedir. Örneğin, bağışlamanın büyüklüğü, zamanı, miras sözleşmesinin ivazlı olup olmadığı gibi unsurlar bu bakımdan dikkate alınmaktadır. Burada mahkeme, sağlararası tasarrufların tenkisine ilişkin İMK m. 527 bent 4 hükmünden farklı olarak olası kastı (*dolus eventualis- Eventualvorsatz*) yeterli görmemektedir.⁴⁸⁶

Federal Mahkeme, somut olayda bahse konu olan miras sözleşmesinde açık ya da örtülü bir bağışlama yasağı mevcut olmadığını tespit etmiştir. Bu sebeple, kararda Mahkeme daha ziyade zarar verme amacı olup olmadığına odaklanmıştır. Bu bakımdan İMK m. 527 fıkra 4 hükmünün kıyasen uygulanması söz konusudur. Federal Mahkeme, yapılan bağışlamanın büyüklüğüne ve yapıldığı zamana ilişkin olarak bazı unsurların şüphe uyandırdığına; ancak bağışlamanın iptaline hükmedilmesi için zarar verme amacına ilişkin olası kastın yeterli olmadığına hükmetmiştir.

Bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı iddiasıyla iptali için açılan davanın tenkis davasına benzediğine (*der Herabsetzungsklage nachgebildete Klage*) işaret edilmesine, İMK m. 527 bent 4 hükmünün kıyasen uygulanmasına ve bu hükmün doğrudan uygulanmasında olası kastın yeterli kabul edilmesine rağmen,

⁴⁸⁶ BGE 128 III 314: Bu kararda Federal Mahkeme, sağlararası tasarrufların tenkis edilmesi için, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı kazandırmalar bakımından olası kastın varlığını yeterli kabul etmiştir.

bağışlamanın iptaline kıyasen uygulanırken olası kastın yeterli kabul edilmemesi miras sözleşmesinin bağlayıcılığını sınırlandırması bakımından eleştirilmektedir.⁴⁸⁷

b. Alman Hukukundaki Durum ve Alman Federal Mahkemesi'nin Görüşü

Alman hukukunda, AMK § 2286 hükmü ile mirasbırakanın miras sözleşmesi yapmış olmasına karşın sağlararası tasarrufta bulunma serbestisinin devam ettiği düzenlendikten sonra, § 2287 hükmünde açık olarak, Türk-İsviçre hukukundan farklı şekilde, mirasbırakanın bağışlama yaparken miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastının arandığı belirtilmiştir. Hükümde, mirasbırakan bağışlamada bulunurken, miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı ile hareket etmiş ise, mirasın açılmasından sonra, lehdarın, bağışlanandan bağışlama konusunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iadesini isteyebileceğini düzenlenmiştir.⁴⁸⁸ Dikkat edilirse, burada miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlama geçersiz değildir, yalnızca etkisi ortadan kaldırılmak istenmiştir.⁴⁸⁹ AMK §§ 2287 ve 2288 hükümleri miras sözleşmesi lehdarı için yalnızca sınırlı bir koruma getirmektedir. Bu

⁴⁸⁷ BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 17; Hrubesch- Millauer, N. 450; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 236; Hrubesch-Millauer, “Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag”, Successio, 1/2015, s. 55-62. Hrubesch-Millauer, hükmün doğrudan uygulanmasında yeterli kabul edilen olası kastın, kıyasen uygulanması söz konusu olduğunda yeterli kabul edilmemesini eleştirmektedir. Yazara göre, aksine kıyasen uygulanan bu halde olası kastın yeterli kabul edilmesi gerekmektedir. Zira burada mirasbırakan aktif bir şekilde bir miras sözleşmesi yapmaktadır. Bu bakımdan, mirasbırakan bu sözleşmenin bağlayıcı olduğunun ve ölüme bağı tasarruflarla veya sağlararası bağışlamalarla miras sözleşmesinin içini boşaltamayacağının bilincinde olmalıdır. Bu sebeple, yazara göre, mirasbırakanın yapmış olduğu miras sözleşmesiyle bağdaşmayacağını öngörebildiğı ve hatta öngörmek zorunda olduğu her durumda zarar verme amacının olduğu kabul edilmelidir.

⁴⁸⁸ AMK § 2287: “Den Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen. (1) Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. (2) Die Verjährungsfrist des Anspruchs beginnt mit dem Erbfall.”

⁴⁸⁹ von Lübtow, s. 437; Frank/Helms, s. 174; Leipold, s. 204.

koruma sözleşme lehdarına borçlar hukuku kaynaklı birtakım talep yetkileri sağlamaktadır.⁴⁹⁰ AMK §§ 2287 ve 2288 hükümlerine ilişkin Federal Mahkeme kararları zaman içerisinde farklılık göstermiştir.⁴⁹¹ Mahkemeye göre, mirasbırakanın yaptığı bağışlamadan hayatta iken herhangi bir çıkarı (*ein lebzeitiges Eigeninteresse*) söz konusu değilse ve tek amacı bağışlananın miras sözleşmesi lehdarı aleyhine yarar sağlaması ise mirasbırakanın bu bağışlamayı miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastıyla yaptığı kabul edilebilecektir.⁴⁹² Mahkeme, başlarda, zarar verme kastının varlığını kabul etmek bakımından oldukça sıkı bir yaklaşım sergilemiştir. Bunun sonucu olarak, AMK § 2287 hükmünün uygulama alanı oldukça daraltılmış ve Mahkeme §§ 134 ve 138 hükümlerine dayanarak miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamaların emredici hukuk kurallarına aykırılık veya ahlaka aykırılık sebebiyle kesin geçersiz (*nichtig*) olduklarına hükmetmiştir.⁴⁹³ Burada, mirasbırakan miras sözleşmesiyle oluşan bağlayıcılığı hukuka ve ahlaka aykırı biçimde dolanmakta (*die Bindung in einer gesetz- und sittenwidrigen Weise zu umgehen*) ve miras sözleşmesinin içini boşaltmayı (*Aushöhlung des Erbvertrages*) amaçlamaktadır. Mahkemenin bu içtihatı doktrinde “*die Rechtsprechung zur Aushöhlungsichtigkeit*” olarak anılmaktadır.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ Leipold, s. 204.

⁴⁹¹ Detaylar için bkz. Kipp/Coing, s. 244; Zimmermann, s. 123; von Lübtow, s. 431; Frank/Helms, s. 174; Leipold, s. 205; Reimann/Bengel/Mayer, § 2287, N. 4. Alman Federal Mahkeme kararlarında, 20. yüzyılın başından günümüze kadar, miras sözleşmesinin bağlayıcılığının ne şekilde değerlendirildiğini detaylı olarak inceleyen bir eser için bkz. Christiansen, T.: Die erbvertragliche Bindungswirkung in der Rechtsprechung des 20. Jahrhunderts, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2004. Bazı karar örnekleri için bkz. BGHZ 18, 67; BGHZ 59, 343; BGH 31, 13; BGH 116, 167; BGH 83, 44; BGH 66, 8; BGH 124, 35; BGH WM 73, 680; OGHZ 2, 160; BGH NJW 1953, 501; BGHZ 97, 188; BGHZ 83, 44; BGH NJW 78, 423; BGHZ 26, 274; BGH NJW 64, 547; BGH NJW 60, 524; BGHZ 31, 13; BGH NJW-RR 2012, 207.

⁴⁹² Kipp/Coing, s. 246; Zimmermann, s. 124; Leipold, s. 207.

⁴⁹³ BGH NJW 1971, 188; BGH NJW 1968, 2052.

⁴⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. Reubold, L.: Die Aushöhlung des Erbvertrags und des bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testaments, Diss., Frankfurt am Main 1970; Benkö, M.: Zur Aushöhlungbindender Verfügungen von Todes wegen, Diss. Köln 1974; Soergel/Wolf, §2287, N. 3; Leipold, s. 207; Christiansen, s. 149 vd.

Daha sonra, Mahkeme, bu içtihatından 1965 yılında verdiği bir kararla ayrılmış ve miras sözleşmesi lehdarına özel hükümler vasıtasıyla koruma sağlamaya öncelik vermiştir.⁴⁹⁵ Söz konusu mahkeme kararıyla zarar verme kastı yeniden tanımlanarak AMK § 2287 hükmünün uygulanması için aranan kriterlerini yumuşatmıştır.⁴⁹⁶ Bu bakımdan, yapılan bağışlamanın tek amacının (*der eigentlich leitende Beweggrund*) miras sözleşmesi lehdarına zarar vermek olması aranmaktan vazgeçilmiş ve mirasbırakanın bağışlamayı yapmakta dikkate değer bir menfaati olmamasını (*ein beachtenswertes lebzeitiges Eigeninteresse*) hükmün uygulanması için gerekli olan zarar verme kastı bakımından yeterli kabul etmiştir.⁴⁹⁷ Böyle bir menfaat, bağışlama karşılığında kişinin karşı taraftan ölünceye kadar bakma edimi elde etmesi durumunda ya da ahlaki bir görevin yerine getirilmesinde mevcuttur.⁴⁹⁸ Belirli mal bırakma tasarrufu lehdarına sağlanan koruma ise (AMK § 2288) zarar verme kastı bakımından daha sıkıdır ve mirasbırakanın vasiyet konusu üzerinde tasarruf etmekten başka bir yolla menfaatine ulaşamıyor olması gerekmektedir.⁴⁹⁹

Karma bağışlama bakımından Federal Mahkeme, AMK § 2325 hükmündeki fiili karineden yararlanarak, § 516 hükmüne uygun şekilde, edim ve karşı edim

⁴⁹⁵ BGHZ 59, 343; Federal Mahkemenin süregelen içtihatı için “*Die Rechtsprechung der Aushöhlungslosigkeit*” şeklinde bahsedilmektedir.

⁴⁹⁶ BGH FamRZ 1960, 145; 1961, 72: Alman Federal Mahkemesi önceki kararlarında zarar verme kastının bağışlamadaki tek amaç olması gerekliliğini sıkı bir şekilde aramaktaydı. Bu durumda da AMK § 2287 hükmünün uygulaması oldukça sınırlı olmaktadır. Federal Mahkeme daha sonra bu uygulamasını değiştirmiştir: BGHZ 59, 343; BGHZ 66, 8.

⁴⁹⁷ BGHZ 83, 46; BGHZ 77, 264; BGHZ 59, 343; BGHZ 66, 8; BGH FamRZ 1998, 427; OLG Köln ZEV 2000, 106. BGH 83, 44; BGH 82, 274; BGH NJW 1980, 2307; OLG München NJW-RR 1987, 1484; OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1621; OLG Köln ZEV 2000, 317; OLG Köln FamRZ 1992, 607; BGH NJW-RR 2012, 207; Frank/Helms, s. 175; Leipold, s. 207.

⁴⁹⁸ Frank/Helms, s. 175; Leipold, s. 207; BGH NJW 1982, 43; OLG München NJW- RR 1987, 1484; OLG Köln ZEV 2000, 317; BGH ZEV 2012, 37.

⁴⁹⁹ Frank/Helms, s. 179; Leipold, s. 208.

arasındaki orantısızlığı bağışlamanın varlığı bakımından karine kabul etmektedir.⁵⁰⁰ Söz konusu hüküm, yalnızca bağışlamalar bakımından geçerlidir, mirasbırakanın malvarlığı değerini ivazlı olarak devretmesi halinde miras sözleşmesi lehdarı korunmamaktadır. Bu durumda, miras sözleşmesi lehdarı malvarlığı yerine geçen ivaz üzerinde, mirasın açıldığı anda terekede kaldığı kadarıyla, hak sahibi olacaktır.⁵⁰¹

AMK § 2288/I hükmüne göre, miras sözleşmesi ile bir vasiyet alacağı belirlenmiş olması durumunda, mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarı vasiyet alacaklısına zarar vermek amacıyla vasiyet alacağı konusu eşyaya zarar vermesi veya onu ortadan kaldırması durumunda (fiili tasarruf-*tatsächliche Verfügungen*), mirasçının vasiyet alacağını ifa edemediği miktar kadar ikame değer eşyanın yerine geçecektir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, mirasbırakanın, miras sözleşmesi lehdarı vasiyet alacaklısına zarar verme amacıyla vasiyet konusu eşya üzerinde, ivazlı veya ivazsız, tasarrufta bulunma veya onu bir yük ile yüklemesi (hukuki tasarruf-*rechtliche Verfügungen*) halleri düzenlenmiştir. Bu hallerde vasiyet borçlusu mirasçı ya elden çıkarılmış bulunan vasiyet konusu eşyayı tedarik edecek ya da eşya üzerindeki yükü kaldıracaktır. Bu hususta tedarik vasiyetine ilişkin AMK § 2170/2 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Vasiyet borçlusu mirasçı, vasiyet konusu eşyayı tedarik edemezse ya da üzerindeki yükü kaldıramazsa, miras sözleşmesi lehdarına eşyanın değerini veya yük sonucu uğradığı değer kaybını (*Wertminderung*) ödemesi gerekmektedir. Eşyayı tedarik etmek veya üzerindeki yükü kaldırmak orantısız büyüklükte bir

⁵⁰⁰ BGH WM 73, 680; Zimmermann, s. 124; Frank/Helms, s. 176.

⁵⁰¹ Zimmermann, s. 124; von Lübtow, s. 431; BGH NJW 1986, 1755; OLG Köln ZEV 2000, 106.

masrafa sebep olacak ise vasiyet borçlusu mirasçı eşyanın değerini ya da değer kaybını ödemek suretiyle borcundan kurtulabilecektir.⁵⁰²

Görüldüğü gibi vasiyet alacaklısı iradi mirasçıya kıyasla daha fazla korunmaktadır. Zira, iradi mirasçı AMK § 2287 hükmü ile yalnızca zarar verme kastı ile yapılan bağışlamalara karşı korunurken, AMK § 2288 hükmü vasiyet alacaklısına zarar verme amacıyla yapılan her tür fiili veya hukuki tasarrufa karşı vasiyet alacaklısına talep yetkisi tanımaktadır. Gerçekte bu durum iradi mirasçıların malvarlığı değerlerinin zarar görmesinde ya da yok olmasında herhangi bir tazminat talepleri söz konusu olamayacağı için doğal bir sonuçtur. Düşünülebilecek tek olasılık iradi mirasçının zararını yasal mirasçıya tazmin ettirmesi olabilir ki bu da yasal ve iradi mirasçılar arasında haksızlığa sebep olacaktır. Mirasçıların mirasa çağrılma sebepleri böyle bir fark yaratılması için dayanak oluşturmamaktadır.⁵⁰³

Miras sözleşmesi ile yapılan bir belirli mal bırakma tasarrufu söz konusu olduğunda, bununla bağdaşmayan bir bağışlama yapılırsa ve söz konusu vasiyet tedarik vasiyeti (*Verschaffungsvermächtnis*) değil ise, AMK §§ 2279/I ve 2169 hükümlerine göre, parça vasiyeti (*Stückvermächtnis*) terekede bulunmadığı için geçersiz olacaktır.⁵⁰⁴

AMK § 2288/II hükmünün ikinci cümlesine göre, eğer mirasbırakan tarafından vasiyet konusu eşya üzerinde yapılan tasarruf ya da eşya üzerine yüklenen yük bağışlama niteliği taşıyorsa, vasiyet alacaklısı, vasiyet borçlusu mirasçılardan elde

⁵⁰² Kipp/Coing, s. 246; von Lübtow, s. 439.

⁵⁰³ Kipp/Coing, s. 247.

⁵⁰⁴ von Lübtow, s. 439; Leipold, s. 207.

edemediği miktardaki zararını, bağışlanandan AMK § 2287 hükmüne göre sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep yetkisine sahiptir.

Eklemek gerekir ki, AMK § 2288/II hükmü ikinci cümlesi § 2287 hükmüne yaptığı atıf ile mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı ile yaptığı bağışlamalar bakımından iradi mirasçı ve vasiyet alacaklısını eşit şekilde korumaya almaktadır. Yükleme içeren miras sözleşmesi lehdarı bakımından ise herhangi bir koruma hükmü getirilmemiştir.⁵⁰⁵

AMK §§ 2287 ve 2288 hükümleri miras sözleşmesiyle devre dışı bırakılamamaktadır, bu yönde bir hüküm ahlaka aykırılık dolayısıyla kesin geçersiz olacaktır. Ancak miras sözleşmesi lehdarının mirasbırakanın yaptığı bağışlamayı onaylaması ve AMK § 2287 hükmü ile kendisine tanınan haktan, AMK § 2348 hükmüne uygun olarak resmi şekilde, vazgeçmesi mümkündür.⁵⁰⁶

AMK § 2287 hükmü, tenkise tabi bağışlamalardan farklı şekilde, burada bağışlamalar bakımından herhangi bir süre sınırı koymamaktadır. Burada miras sözleşmesi lehdarı bakımından bir tehlike söz konusudur. Bağışlanan, bağışlamanın mirasbırakanın daha önceden yapmış olduğu miras sözleşmesi ile bağdaşmadığını bilmiyorsa, iyiniyetli sebepsiz zenginleşen olduğu için talep anında elinde kalanı vererek iade yükümlülüğünden kurtulabilecektir (AMK § 818/3). Bağışlama ve mirasın açılması arasında yılların geçmiş olduğu bir durumda, bağışlananın elinde kalan önemli bir miktar olmayabileceği için miras sözleşmesi lehdarına önemli bir

⁵⁰⁵ Kipp/Coing, s. 247.

⁵⁰⁶ Kipp/Coing, s. 247; Zimmermann, s. 124; Frank/Helms, s. 178; Leipold, s. 208; BGHZ 108, 252.

koruma sağlanamamış olmaktadır. Zira AMK § 2287 hükmü ile miras sözleşmesi lehdarına tanınan talep hakkı ilk olarak mirasın açıldığı anda kullanılabilir. Bu durumda, iradi mirasçının mirasbırakan henüz hayatta iken, bağışlanan kişiye karşı bir tespit davası (*Feststellungsklage*) açması konusunda menfaati olduğu kabul edilmelidir. Tespit davası sayesinde, bağışlanan AMK § 818/4 hükmüne uygun olarak iyiniyetli olmayan sebepsiz zenginleşen ile aynı şekilde sorumlu tutulabilecektir (AMK § 819/1).⁵⁰⁷ Bir görüşe göre, mirasın açılması ile birlikte bağışlanandan bağışlama konusu eşyanın mülkiyetini talep edecek olan iradi mirasçı, eğer eşya bir taşınmaz ise, bunu AMK § 883 hükmüne göre tapu kütüğüne şerh ettirerek güvence altına alabilecektir.⁵⁰⁸

Öte yandan, AMK § 2287/II hükmüne göre, tanınmış olan sebepsiz zenginleşme talebi için mirasın açıldığı andan itibaren üç yıllık bir zamanaşımı süresi mevcuttur. Bu süre, miras sözleşmesi lehdarının bağışlamadan haberdar olmasına bağlı olmaksızın işlemektedir.⁵⁰⁹

AMK §§ 2287 ve 2288 hükümlerinin sağladığı özel korumanın yanısıra, miras sözleşmesi lehdarı genel hükümlere dayanılarak da korunabilmektedir. AMK §§ 2287 ve 2288 hükümleri ne kadar dar yorumlanacak olursa, genel hükümlerin sağladığı korumanın anlamı da o kadar önemli olacaktır. Bu bakımdan AMK § 826 hükmüne dayanmak mümkündür.⁵¹⁰ Söz konusu hükme göre, bir başkasına ahlaka

⁵⁰⁷ Frank/Helms, s. 178.

⁵⁰⁸ Frank/Helms, s. 179. Karşı görüş için bkz. BGHZ 12, 115.

⁵⁰⁹ Zimmermann, s. 125; von Lübtow, s. 438; Leipold, s. 206.

⁵¹⁰ Kipp/Coing, s. 248; von Lübtow, s. 431. Karşı görüş için bkz. Zimmermann, s. 123; Leipold, s. 205; MünchKomm/Musielak, § 2286, N. 5; BGHZ 108, 73; BGH NJW 1991, 1952;

aykırı şekilde ve kasıtlı zarar veren kişi bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bir başka genel hüküm olan AMK § 138 hükmü de somut olaya göre istisnai olarak uygulama imkanı bulabilmektedir.⁵¹¹ Bu hükme göre, ahlaka aykırı olarak yapılan hukuki işlem kesin hükümsüzdür.

Son olarak, AMK § 137 hükmündeki yasak karşısında, taraflar lehdarı korumak amacıyla miras sözleşmesine ek olarak yalnızca bir borçlar hukuku sözleşmesi yaparak mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruflarda bulunmasına engel olabilmektedir. Bunun aksine bir tasarrufta bulunulması halinde miras sözleşmesi lehdarının mirasbırakandan bir tazminat alacağı doğacaktır.⁵¹²

c. Doktrindeki Görüşler

TMK m. 527/II, İMK m. 494/II ve AMK § 2286 hükümleri, mirasbırakanın sağlığında malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğini belirtmekte; ancak bu hükmün hemen ardından TMK m.527/II, İMK m. 494/III ve AMK § 2287/I hükümleri ile ana kuralın istisnası olarak mirasbırakanın miras sözleşmesinden doğan yükümlülüğü ile bağdaşmayan bağışlamalarının iptal edilmesi imkanı düzenlenmektedir. Kural mirasbırakanın sağlararası tasarruf serbestisinin devam

⁵¹¹ Kipp/Coing, s. 247; Zimmermann, s. 123; von Lübtow, s. 432; Leipold, s. 205; BGH NJW 1991, 1952.

⁵¹² Kipp/Coing, s. 249; Zimmermann, 123; von Lübtow, s. 430; Leipold, s. 209; BGHZ 12, 115; BGHZ 59, 343; BGHZ 31, 13. İsviçre hukuku bakımından, bağışlama yapmama taahhüdünde bulunulması durumunda, miras sözleşmesi lehdarının, miras sözleşmesine aykırı bağışlamayı iptal ettiremeyeceğini, yalnızca tazminat alacağı doğacağına ilişkin hakim görüşten ayrılan bir yaklaşım için bkz. BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 16; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22a.

etmesi yönünde olduğu halde, bağışlamalar bakımından getirilmiş bu istisnanın nasıl anlaşılması gerektiği önemlidir.

Miras sözleşmesi gerçek bir sözleşme olduğu halde, etkileri yalnızca miras hukuku alanına özgüdür. Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı miras hukuku anlamında bir bağlayıcılıktır. Mirasbırakanın son nefesine kadar tasarruf özgürlüğüne sahip olması ise miras hukukunun temel prensiplerinden biridir (*Freiheit des Erblassers bis zum letzten Atemzug*). Bu prensip gereğince, yargı kararları ve doktrin miras sözleşmesi yapmış olmanın, mirasbırakanın sağlararası tasarruf serbestisini bağışlamalar bakımından sınırlandırması konusunda oldukça çekingen bir tutum sergilemektedir.

Türk-İsviçre hukukunda, TMK 527/II ve İMK m. 494/III hükümlerinin açık lafzına rağmen, yargı kararları ve doktrindeki eğilim miras sözleşmesiyle bağdaşmayan her bağışlamayı iptal etmeme yönündedir. Bu sebeple, kanun hükmünde bulunmayan birtakım ek şartların varlığını arama yoluna gidilmiştir. İptal hakkı, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar bakımından kanunda düzenlendiği şekilde kabul edilmekte; ancak aynı düzenlemede yer alan bağışlamaların iptali konusunda, kanunda herhangi bir ayrım söz konusu olmamasına rağmen, farklı görüşler savunulmaktadır.⁵¹³

Bu konunun tartışmalı olmasının en önemli sebebi, TMK m. 527/II hükmünün ilk cümlesinde mirasbırakanın malvarlığı üzerinde eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Aynı hükmün bir sonraki cümlesinde

⁵¹³ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufpaşaoğlu, s. 247; Piotet, s. 180; Druey, s. 136; Hrubesch- Millauer, s. 232.

bağışlamalara yönelik sınırlandırma getirilmiş olması, ilk cümledeki serbestiyle çelişki içerisinde görünmektedir. Diğer bir sebep ise, miras hukukunda kural olarak mirasbırakanın sağlararası tasarruf serbestisinin kısıtlanmaması prensibidir. Bu sebeplerle konu oldukça tartışmalı bir hale gelmiş ve yukarıda değinildiği gibi birbirinden farklı görüşleri benimseyen yargı kararları ortaya çıkmıştır.

Alman hukukunda, miras sözleşmesine aykırı bağışlamanın ortadan kaldırılabilmesi için kanunda ayrı bir koşul olarak mirasbırakanın zarar verme kastı ile hareket etmesi aranmakta iken, Türk-İsviçre hukukunda böyle bir şart kanun hükümlerinde yer almamaktadır. Buna rağmen, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına uygun şekilde, doktrindeki çoğunluk görüşü de bağışlamaların iptali konusunda çekingen bir tutum sergilemekte ve bu hükmü dar yorumlamak için kanunda yer almayan bazı ek koşulların varlığını aramaktadır. Doktrindeki çoğunluk görüşü, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalar bakımından mirasçı atama ve belirli mal bırakma (vasiyet) tasarrufları arasında bir ayırım yapmaktadır.⁵¹⁴

Federal Mahkemenin yaklaşımından ayrılan bir görüş ise, TMK m. 527/2 (İMK m. 494/III) hükmünün amaca göre yorumlanması gerektiğini ve bu bakımdan doktrin ve yargı kararlarında ek koşulların aranmasının isabetli olmadığını savunmaktadır.⁵¹⁵

⁵¹⁴ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufoğlu, s. 247.

⁵¹⁵ Bu yönde bkz. Hrubesch-Millauer, s. 220; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 17; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22a; Eitel P./Elmiger F.: Die Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit nach Art. 494 Abs. 3 ZGB, in: Bommer Felix/Berti Stephen V. (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011: 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich 2011, s. 257. Farklı yorum yöntemlerine göre konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Hrubesch- Millauer, s. 220 vd.: İMK m. 494/III hükmü **lafzen yorumlandığında** (*sprachlich-grammatikalische Auslegung*) burada bahsedilen yükümlülük, miras sözleşmesinden doğan mirasbırakana ait yükümlülüktür ve madde metninden bu yükümlülüğün doğması için ayrı bir sözleşme yapılması gerektiği anlaşılmamaktadır. Tek başına miras sözleşmesi yapmakla bu yükümlülük mirasbırakan bakımından doğmaktadır. Hükümde ölüme bağlı tasarruflar ve

Bu görüş, isabetli olarak, miras sözleşmesinin amacının ve TMK m. 527/II hükmünün birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Miras sözleşmesini hukukî bir kurum olarak vasiyetnameden ayıran özelliği bağlayıcılığıdır. Bir miras sözleşmesi yapmaya karar veren kişi kural olarak miras sözleşmesinin bu bağlayıcı etkisini de arzu etmektedir ya da en azından bu özelliğin farkında olmak zorundadır. Bu durum yalnızca mirasbırakan için değil, sözleşmenin karşı tarafı için de geçerlidir. Zira sözleşmenin karşı tarafı da imza atmak suretiyle sözleşmeye aktif şekilde katılmakta ve sözleşmeyle bağlanmaktadır. TMK m. 527/II (İMK m. 494/III) hükmü olmasa idi, bir başka deyişle, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalara izin verilse idi, miras sözleşmesinin amacına ulaşmak mümkün olmayacak idi. Zira bu durumda

bağışlamalar arasında iptal edilebilirlikleri bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Keza mirasçı atama veya belirli mal bırakma tasarrufu içeren miras sözleşmeleri de aynı düzenlemeye tabi tutulmuş olmaktadır. **Tarihsel yorum yöntemine (*historische Auslegung*) göre** ise miras sözleşmesinin bağlayıcılığı baştan beridir bu kurumun kabul edilmesindeki amaçtır ve bu sebeple de miras sözleşmesi yapmakla mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufları bakımından kısıtlanması anlaşılmaktadır. Öte yandan, mirasbırakanın bir sağlararası tasarruf olan bağışlamaların miras sözleşmesi yaptıktan sonra kısıtlanıp kısıtlanmayacağı başka bir soru olarak değerlendirilmiştir. 1895 tarihli tasarı metinde 492. maddede ivazlı bir miras sözleşmesi yapıldıktan sonra mirasbırakanın gelecekteki tereke değerini önemli ölçüde azaltan bağışlamalarının iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Bundan beş sene sonraki tasarı metinde ise bu hüküm kaldırılmış, m. 516/2 hükmünde mirasbırakanın malvarlığı üzerindeki tasarruf serbestisinin devam ettiği hükme bağlanmıştır. Sonraki fıkra da ise iptal edilebilirlik yalnızca miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar bakımından getirilmiş, bağışlamalardan bahsedilmemiştir. 1902 yılındaki komisyonda bu farklılık tartışma konusu olmuştur ve mirasbırakanın miras sözleşmesi yaptıktan sonra bağışlama yapabilmesi temel olarak yasaklanmamakla birlikte, ivazlı miras sözleşmesi söz konusu olduğunda bağışlama kısıtlaması getirilmesi gerektiği öne sürülmüştür. 1904 tarihli tasarıda m. 498/3 hükmü, bugünkü m. 494/3 hükmü halini almıştır ve 1906 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **Sistematik yorum yönteminde (*systematische Auslegung*)**, ilişki içerisindeki normlar birbirleriyle çelişecek şekilde anlaşılmamalı ve bir normdan birden fazla anlam çıkarılabilecek olması durumunda çelişkili yorumlardan kaçınılmalıdır. İMK m. 494 hükmünde birinci ve üçüncü fıkra da kullanılan “yükümlülük” terimi dikkate alındığında, bundan mirasbırakanın miras sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafını ya da bir üçüncü kişiyi mirasçı ataması ya da ona belirli mal bırakması anlaşılmaktadır. Bu iki fıkra da kullanılan “yükümlülük” teriminin farklı yorumlanması söz konusu olmamalıdır. Bu durumda da bu yükümlülük terimini ilk seferinde miras hukukuna ilişkin bir yükümlülük olarak anlarken, ikinci kullanımında borçlar hukuku anlamında bir yükümlülük olarak yorumlamak kabul edilmemelidir. Keza, fıkra 2 ve 3 hükümleri de birbirine sıkı şekilde bağlıdır; zira fıkra 2 kuralı ifade ederken, fıkra 3 bu kuralın istisnasını getirmektedir. **Amaçsal yorum yöntemine (*teleologische Auslegung*) göre**, bir norm kanunkoyucunun belirli bir düzenleme ihtiyacına karşılık bulduğu cevabı ifade eder ve kural olarak belirli menfaatlerin korunmasını amaçlar ve buna göre, bağışlamalar da aynı ölüme bağlı tasarruflar gibi, miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle bağdaşmadıkları takdirde iptal edilebilmelidir.

mirasbırakan yaptığı tasarruflarla miras sözleşmesini kısmen veya tamamen ortadan kaldıracak, içini boşaltabilecek ve bu şekilde miras sözleşmesinin vasiyetnameden bir farkı kalmayacaktı. Bu sebeple, söz konusu hüküm miras sözleşmesinin bağlayıcılığını koruma bakımından önemli bir işleve sahiptir.⁵¹⁶

Amaçsal yorum yapıldığında, konusu mirasçı atama ve belirli mal bırakma olan miras sözleşmeleri arasında ayırım yapmak için bir neden bulunmamaktadır.⁵¹⁷ Keza, ivazlı ve ivazsız miras sözleşmesi arasında da bir ayırım yapılmamalıdır. Söz konusu ayırımlar madde metninde yer almamaktadır ve bu yüzden doktrin ve Federal Mahkemenin bağışlamaların iptal edilmesi imkanını daraltmak için ekledikleri koşullar olarak kabul edilmelidir.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Hrubesch-Millauer, s. 220; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 17; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22a; Eitel/Elmiger, s. 257.

⁵¹⁷ Hrubesch- Millauer, s. 230. Yazar, cins vasiyeti ve parça vasiyeti arasında da bir ayırım yapılmaması gerektiğini savunmaktadır. İMK m. 484/III ve m. 494/III (TMK m. 517/III ile TMK m. 527/II) arasında bir çelişki yoktur; aksine bu iki hüküm birbirini tamamlamaktadır. İMK m. 484/III (TMK m. 517/III) hükmü bir karine getirmektedir. Buna göre, vasiyet borçlusu vasiyet konusu olan belirli eşya terekede bulunmaz ise ve mirasbırakanın iradesinden aksi anlaşılmazsa ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar. Bu maddede bahsedilen vasiyet konusu eşya parça borcudur ve bu parça borcu bağışlandığı zaman artık vasiyet borçlusunun yükümlülüğü ortadan kalkar. Vasiyet konusu cins borcu olduğunda bu hüküm uygulanmaz; zira bu halde vasiyet konusu eşya her zaman tedarik edilebilecek durumdadır (tedarik vasiyeti). İMK m. 494/III (TMK m. 527/II) hükmü ise miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamaların iptal edilebileceğini düzenlemekle, ilk bakışta konusu parça borcu olan eşya bakımından çelişkiye düşmüş gibi gözükmemektedir. İMK m. 484/III ile kabul edilen konusu parça borcu olan vasiyet alacağının terekede bulunmaması durumunda borcun ortadan kalkacağı kuralı, yalnızca aksi anlaşılmadıkça geçerlidir. Tasarruftan aksinin anlaşılması için tarafların açık irade beyanlarına ihtiyaç duyulmaz, örtülü şekilde anlaşılması da yeterlidir. Bu durumda, tarafların miras sözleşmesi yapma tercihleri tek başına aksinin anlaşılmasına yeterli olacaktır. Ancak tarafların miras sözleşmesi yapmalarına rağmen aksini beyan ettikleri hallerde bu durum geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla bir miras sözleşmesi söz konusu olduğunda, tarafların bu tercihleri tek başına, aksi açıkça belirtilmiş olmadıkça, tasarruftan aksinin anlaşılması anlamına gelecek ve İMK m. 484/III hükmü miras sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Konusu parça borcu olan bir vasiyet alacağı söz konusu olduğunda, miras açıldığında, vasiyet konusu eşya terekede bulunmuyorsa vasiyet borçlusu borcundan kurtulmaz. Bu durumda vasiyet borçlusunun borcunu en azından ikame değer (*Surrogat*) üzerinden yerine getirmesi gerekir. Dolayısıyla bu iki hükmün birbiriyle çelişmediği, aksine birbirini tamamladığı kabul edilmelidir.

⁵¹⁸ Hrubesch- Millauer, s. 230.

Fikrimizce, miras sözleşmesinin bir kurum olarak kabul edilmesi, onun bağlayıcı niteliğine dayanmaktadır ve bu sebeple, kanun hükmünde yer almayan ek şartların getirilmesiyle miras sözleşmesinin bağlayıcılığının zayıflatılması, bu kurumun amacına ters düşmektedir. Bu bakımdan, biz de doktrindeki çoğunluk görüşü ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasından ayrılarak, bu ikinci görüşe katılmaktayız. Buna göre, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan bağışlamanın iptal edilmesi için mirasbırakanın ek olarak bağışlama yapmama taahhüdünde bulunmasını gerekli görmek hem miras sözleşmesinin amacına hem de ilgili kanun hükmünün lafzına aykırıdır. Keza, ileride incelemiş bulunduğumuz İsviçre Medeni Kanunu miras hükümlerine ilişkin değişiklik tasarısında da bu görüşe paralel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Tasarının gerekçesinde, hükmün kanunlaşması durumunda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadının geçerliliğini yitireceği belirtilmiştir.⁵¹⁹

Ancak yine de, doktrindeki çoğunluk görüşü diyebileceğimiz ilk görüşe göre yapılan ayrımları değerlendirmek açısından, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalar bakımından mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarrufları arasında yapılan ayrım incelenmiştir. ⁵²⁰

⁵¹⁹ Tasarının gerekçesinde, söz konusu hükme ilişkin yapılmak istenen değişikliğin hakim görüşe uygun olduğu belirtilmekte ve bu bakımdan bizim de yararlanmış olduğumuz iki esere atıfta bulunmaktadır; ancak bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla, hakim ya da en azından çoğunluk olarak nitelendirebileceğimiz görüş, İsviçre Federal Mahkemesi içtihatıyla uyumludur. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, yeni sayılabilecek bu görüşü savunan yazarlar şunlardır: Bu yönde bkz. Hrubesch-Millaue, s. 220; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 17; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22a; Eitel/Elmiger, s. 257. Çok net bir şekilde ifade edilmemiş olmakla birlikte, bağlayıcılığın ek bir bağışlama yapmama taahhüdünden değil, miras sözleşmesinin kendisinden kaynaklandığını belirten yazarlar: Piotet, s. 180; Druey, s. 135.

⁵²⁰ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufpaşaoğlu, s. 247.

(aa) Mirasçı Atanması Halinde

Doktrinde, miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış ise iradi mirasçının elde edeceği mirasın içeriği miras sözleşmesi kurulurken henüz belli olmadığı için mirasbırakanın sağlığında yaptığı hukukî işlemler malvarlığını ve dolayısıyla ölümden sonra terekesini azaltsa da bu durumun miras sözleşmesinin bağlayıcılığına aykırılık teşkil etmediği savunulmaktadır.⁵²¹

Bu görüşe göre, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan kişinin TMK m. 527/II hükmüne dayanarak iptal yoluna gitmesi ancak mirasbırakanın ayrıca malvarlığını sağlararası tasarruflarla azaltmama borcu altına girmesi halinde söz konusu olabilmektedir.⁵²²

Bu taahhüt ölüme bağlı tasarruf niteliği taşımamaktadır. Bu sebeple de ölüme bağlı tasarruf şekline uyulması gerekmez, hatta somut olayın hal ve şartlarından bu yönde örtülü bir taahhüdün olduğu sonucuna varılabilmektedir.⁵²³ Öte yandan, Federal

Mahkemenin görüşünden ayrılan bir diğer görüş, sağlararası hukuki işlem niteliğindeki böyle bir ek taahhütte bulunulması halinde, buna aykırılığın miras hukukuna özgü bir iptal hakkı olarak düzenlenmiş bulunan TMK m. 527/II hükmünden yararlanma imkanı vermediğini, yalnızca tazminat talebi doğuracağını savunmaktadır.⁵²⁴ Böyle bir taahhüt, mirasbırakanın sağlığında malvarlığının önemli bir bölümünü kapsayacak, onu her yönden bağlayacak ve elinden varlığını sürdürmesi için gerekli tüm iktisadî araçları alacak nitelikte olamaz; aksi halde

⁵²¹ BK-Tuor, Art. 494 N. 27; ZK-Escher, Art. 494 N. 11a; Wolf/Genna, s. 380; Dural/Öz, s. 613.

⁵²² BGE 70 II 255; BGer 5C.71/2001.

⁵²³ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Druey, s. 136; Kocayusufoğlu, s. 248, Öztan, s. 250.

⁵²⁴ BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 16; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22a.

kişiliğin korunmasına ilişkin TMK m. 23 (İMK m. 27) hükmüne aykırı olacaktır.⁵²⁵

Bu bakımdan, şüphe halinde, söz konusu taahhüdün bu kurala göre yorumlanması gerekmektedir.⁵²⁶

Miras sözleşmesine ek böyle bir taahhüdün bulunmadığı durumlarda, mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarına zarar verme amacı olup olmadığına bakılmalıdır. Söz konusu durumda, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmaların tenkise tabi olduğunu öngören TMK m. 565/b.4 (İMK m. 527/b. 4) hükmü buraya kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına da uygun şekilde, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle atadığı mirasçıyı zarara uğratmak için yaptığı açık olan ivazsız kazandırmalara karşı TMK m. 565/b.4 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu dava açılabilir. ⁵²⁷

Keza, genel hükümlerden yola çıkılarak da aynı sonuca varılabilmektedir.

Mirasbırakanın, miras sözleşmesine aykırı bir bağışlamada bulunması hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa veya ahlaka aykırı olarak zarar verme kastı içeriyorsa (TBK m. 49/II, İBK m. 41/II) miras sözleşmesi lehdarının bunu yine iptal ettirme hakkı olduğu kabul edilmektedir.⁵²⁸ Mirasçı atama tasarrufu içeren miras sözleşmesi ivazlı ise, mirasbırakanın hakkını kötüye kullanması veya zarar verme kastı ile hareket etmesi olasılığı ivazsız miras sözleşmesine kıyasla daha yüksektir.⁵²⁹ İvazlı

⁵²⁵ Wolf/Genna, s. 381; Hrubesch-Millauer, s. 241; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 234; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494 N. 6; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 8; Dural, s. 160; Öztan, s. 250.

⁵²⁶ Dural, s. 160.

⁵²⁷ Tuor, Art. 494, N. 18; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Piotet, s. 181; Dural, s. 160; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248; Öztan, s. 251; Dural/Öz, s. 130.

⁵²⁸ Wolf/Genna, s. 381.

⁵²⁹ BGer 5C.71/2001; BGE 140 III 193: “Als Indizien, die im Rahmen der Beurteilung der Schädigungsabsicht eine Rolle spielen können, kommen beispielsweise die Erheblichkeit der

bir miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış ise, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle atanmış mirasçıya zarar verme amacıyla yaptığı bağışlamalar, doğrudan TMK m. 527/II kapsamına girerek iptal edilebilecektir.⁵³⁰

(bb) Belirli Mal Bırakılması Halinde

Miras sözleşmesiyle parça vasiyeti (*Speziesvermächtnis*) yapılmış ise, miras sözleşmesinin ivazlı veya ivazsız olması fark etmeksizin, mirasbırakanın söz konusu malı bağışlamasının miras sözleşmesine aykırılık oluşturduğu kabul edilmekte ve TMK m. 527/II hükmüne dayanılarak bağışlama iptal ettirilebilmektedir.⁵³¹ Burada sözleşme lehdarı vasiyet alacaklısı, kendisine vasiyet edilen tereke değerinin fiktif olarak kendisine özgülendiğini düşünmekte haklıdır.⁵³² Mirasbırakan belirli bir malını (parça vasiyeti) miras sözleşmesi lehdarına vasiyet ettikten sonra, aynı malı sağlığında bir başka kişiye bağışlaması miras sözleşmesine aykırı olacaktır. Burada mirasçı atama tasarrufundan farklı olarak, mirasbırakanın ayrıca bağışlamamaya ilişkin bir taahhütte bulunması gerekmemektedir; zira belirli malın miras sözleşmesiyle vasiyet edilmesi durumunda bu taahhüt kendiliğinden mevcuttur.⁵³³ Mirasbırakanın, korunmaya değer bir menfaati olmaksızın, böyle bir bağışlamada bulunması dürüstlük kuralına da aykırılık oluşturmaktadır.⁵³⁴ Dürüstlük kuralı,

Schenkungen und die zeitlichen Umstände derselben in Frage. Ebenso darf berücksichtigt werden, ob der Erbvertrag entgeltlich oder unentgeltlich ist.”; Piotet, s. 181; Wolf/Genna, s. 381; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 12; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22.

⁵³⁰ Dural, s. 161; Dural/Öz, s. 130; Öztan, s. 251; Piotet, s. 181; Wolf/Genna, s. 381.

⁵³¹ BK-Tuor, Art. 494 N. 18; ZK-Escher, Art. 494 N. 11a; Wolf/Genna, s. 382.

⁵³² Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Piotet, s. 180; Druey, s. 136; Hrubesch-Millauer, s. 232.

⁵³³ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Piotet, s. 181; Dural, s.163; Kocayusufoğlu, s. 249.

⁵³⁴ Tuor, Art. 494, N. 18; Beck, s. 58; Schürmann, s. 71.

mirasbırakanı parça vasiyetine uygun davranma ve vasiyet konusu mal üzerinde ivazsız tasarrufta bulunmama yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bağışlanan vasiyet konusu mal bağışlanan kişinin elinden çıkmış ise, vasiyet alacaklısı ikame değere ilişkin talep hakkına sahiptir.⁵³⁵

Parça vasiyetinden farklı olarak, cins vasiyetinde (*Gattungsvermächtnis*) mirasbırakanın vasiyet konusu üzerinde tasarrufta bulunmama yükümlülüğü kural olarak söz konusu değildir. Bunun istisnası ise mirasbırakanın hakkını kötüye kullanması ve miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı ile hareket etmesidir. Burada ivazlı ve ivazsız miras sözleşmesi arasında ayırım yapmak gerekmektedir. İvazlı miras sözleşmesinde miras sözleşmesine aykırılık olması ihtimali ivazsız miras sözleşmesine kıyasla daha yüksektir. Zira bu halde mirasbırakanın hakkını kötüye kullanması veya zarar verme kastı ile hareket etmesi olasılığı daha yüksektir.⁵³⁶ Miras sözleşmesinin ivazlı olması sözleşmenin karşı tarafının güveninin korunmaya değer olduğunu göstermekte ve bu sebeple TMK m. 527/II hükmüne göre iptal ettirme imkanı söz konusu olmaktadır.⁵³⁷

d. Miras Sözleşmesine Bağışlama Yasağı Konması

Mirasbırakan, miras sözleşmesine ek olarak herhangi bir bağışlamada bulunmayacağına ya da belirli bir malını bağışlamayacağına dair bir taahhütte bulunabilmektedir. Bu taahhüt miras sözleşmesinin içerisinde düzenlenebilmekte;

⁵³⁵ Wolf/Genna, s. 382.

⁵³⁶ Piotet, s. 382; Wolf/Genna, s. 382.

⁵³⁷ Wolf/Genna, s. 382.

ancak niteliği itibariyle bu bir sağlararası tasarruf oluşturduğundan miras sözleşmesi şekline tabi olmamaktadır.⁵³⁸ Mirasbırakan bağışlama yapmama taahhüdünde bulunmuş ise, burada TMK m. 1010 ( MK m. 960, AMK ř 883) hükmüne uygun olarak tapu kütüğüne şerh verilebilecek bir tasarruf kısıtlaması mevcuttur.⁵³⁹ Böyle bir taahhüdün TMK m. 23 ( MK m. 27) hükmü sınırları çerçevesinde gerçeleştirilmesi gerekmektedir.⁵⁴⁰ Mirasbırakan böyle bir taahhütte bulunduğunda, miras sözleşmesi lehdarı, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalarına karşı daha fazla korunmuş olmaktadır.

Türk- sviçre hukukundaki çoğunluk görüşü, TMK m. 527/II ( MK m. 494/3) hükmünde sözü edilen mirasbırakanın “miras sözleşmesindeki yükümlülüğü”n n ek olarak bağışlama yapmamaya yönelik bir taahhütte bulunulması durumunda söz konusu olacağını kabul etmektedir.⁵⁴¹ Bu bakımdan, mirasbırakan, miras sözleşmesine rağmen bağışlamada bulunmuş ise, bunun miras sözleşmesine aykırı olması için miras sözleşmesinde bağışlamama taahhüdünün yer alması gerekmektedir. Ancak bu görüşe göre de mirasbırakanın sahip olduğu tasarruf özgürlüğünün bir sınırı vardır; örneğin miras sözleşmesinin kasten i inin boşaltılmasına, mirasbırakanın hakkını kötüye kullanması anlamına gelecek bağışlamalar yapmasına izin verilmemelidir.⁵⁴² Karşı görüş ise miras sözleşmesinde genel bir sözleşme hukuku ilkesi olan *pacta sunt servanda* ilkesinin geçerli olması

⁵³⁸ Hrubesch-Millauer, s. 243; Druey, s. 136; Lange/Kuchinke, s. 479.

⁵³⁹ Piotet, s. 180; Druey, s. 136; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494 N. 6; Leipold, s. 209.

⁵⁴⁰ Hrubesch-Millauer, s. 241; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 234; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494 N. 6, Wolf/Genna, s. 381.

⁵⁴¹ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248,  ztan, s. 250; BGE 70 II 255; BGer 5C.71/2001.

⁵⁴² Piotet, s. 180; Druey, s. 136; Hrubesch-Millauer, s. 232.

gerektiğine dayanarak herhangi bir bağışlama yasağına gerek olmaksızın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan her bağışlamanın iptal edilebileceğini belirtmektedir.⁵⁴³ Biz de bu ikinci görüşe katılmaktayız. Mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamada bulunması durumunda, miras sözleşmesi lehdarının TMK m. 527/II hükmü uyarınca sahip olduğu iptal hakkı, ayrı bir taahhüde değil, miras sözleşmesine dayanmaktadır.

2. Miras Sözleşmesi ile Bağdaşmayan Bağışlama Dışındaki Sağlararası Tasarruflar

Türk-İsviçre hukukunda, vasiyet alacağı bakımından miras sözleşmesi lehdarına mirasbırakanın fiili ve hukuki tasarruflarına karşı koruma sağlayan Alman hukukundan (AMK § 2288) farklı olarak, TMK m. 527/II ve İMK m. 494/3 hükmünde ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası tasarruflardan sadece bağışlamalar düzenlenmiştir. Bu bakımdan kural olarak, miras sözleşmesi lehdarı, mirasbırakanın bağışlama dışındaki sağlararası tasarruflarına karşı korunmamaktadır.

Mirasbırakanın sağlığında malvarlığını ivazlı bir şekilde dağıtması ve miras açıldığında bu ivazın terekede bulunmaması ya da mirasbırakanın malvarlığı değerleri üzerinde kırıp dökmek ya da israf etmek gibi fiili tasarruflarda bulunması halinde, bir başka deyişle mirasbırakanın miras sözleşmesinin içeri boşaltması (*Aushöhlung des Erbvertrages*) halinde, miras sözleşmesi lehdarının korunup korunamayacağı hakkında kanunda herhangi bir hüküm mevcut değildir. Eğer korunmayacağı sonucuna varılırsa, miras sözleşmesinin bir sözleşme olmasının

⁵⁴³ Piotet, s. 180; Druey, s. 135; Hrubesch-Millauer, s. 220; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 17; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22a; Eitel/Elmiger, s. 257.

sonucu olarak bağlayıcı olmasının, bunu tek taraflı olarak sona erdirememesi dışında bir anlamı kalmamakta ve mirasbırakan miras sözleşmesinin bağlayıcılığını rahatlıkla dolanabilmektedir.⁵⁴⁴

Türk-İsviçre hukukunda mirasbırakanın bağışlama dışındaki sağlararası tasarrufları yönünden, dürüstlük kuralı ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir.⁵⁴⁵ Diğer bir yol ise, mirasbırakanın yaptığı hukuki ya da fiili tasarrufun ahlaka aykırı olarak zarar verme kastı içermesi halidir (TBK m. 49/II, İBK m. 41/II).⁵⁴⁶ İvazlı bir miras sözleşmesi söz konusu ise, doktrindeki hakim görüş, TMK m. 547 (İMK m. 514) hükmünün burada kıyasen uygulanabileceğini ve buna dayanarak miras sözleşmesi lehdarının da, tıpkı mirasbırakan gibi, sözleşmeden dönebileceğini savunmaktadır.⁵⁴⁷ Ayrıca, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmaların tenkise tabi olduğunu öngören TMK m. 565/b.4 (İMK m. 527/b. 4) hükmü de burada kıyasen uygulama alanı bulmaktadır.⁵⁴⁸

Bağışlama dışındaki sağlararası tasarruflar bakımından bir değerlendirme yapılırken, doktrinde yine, miras sözleşmesi ile mirasçı atanması ve belirli mal bırakılması tasarrufları arasında ayırım yapılmaktadır.

⁵⁴⁴ Dural, s. 183; Dural/Öz, s. 132.

⁵⁴⁵ Tuor, Art 494, N. 30; Piotet, s. 181.

⁵⁴⁶ Wolf/Genna, s. 381.

⁵⁴⁷ Tuor, Art 494, N. 28; ZK-Escher, Art 494, N.13; Dural, s. 201; Kocayusufpaşaoğlu, s. 253; Beck, s. 59; Piotet, s. 188. Detaylı bilgi için bkz. aşağı. Bölüm III, II, C, 2, b, (ff).

⁵⁴⁸ Tuor, Art. 494, N. 18; ZK-Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248.

a. Mirasçı Atanması Halinde

İradi mirasçı atandığında, onun payına düşecek tereke bölümü miras sözleşmesinin kurulduğu andaki değil, mirasın açıldığı andaki içeriğe sahiptir. Bu bakımdan, mirasbırakan sağlığında bir malını ivazlı olarak devrederse, bu ivaz devredilen malın yerine geçmektedir. Kural olarak, atanmış mirasçı satılan mal yerine geçen paranın mirasbırakan tarafından harcanması riskine katlanmak zorundadır.⁵⁴⁹ Bu durumda da miras sözleşmesi kurulduktan sonra mirasbırakanın ölümüne kadarki süreçte, yani mirasbırakanın sağlığında tasarruf özgürlüğünü kısıtlamak, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, söz konusu olmamaktadır.⁵⁵⁰

Burada sözleşmenin ivazlı olup olmaması önem arz etmektedir. İvazsız sözleşmelerde, sözleşme lehdarı bağdaşmayan sağlararası tasarruflara karşı korunmamaktayken, ivazlı bir miras sözleşmesinde, ivaz sağlararası bir edim olarak ifa edilmiş olduğunda, iradi mirasçının korunması gerekmektedir. Doktrindeki hakim görüş burada bir kanun boşluğu olduğunu iddia etmekte ve TMK m. 547 (İMK m. 514) hükmünün kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır.⁵⁵¹ Bir başka deyişle, sözleşmenin karşı tarafının da sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir.

⁵⁴⁹ Tuor, Art. 494, N. 22; ZK-Escher, Art. 494, N.11b; Itschner, s. 141; Beck, s. 58; Kocayusufpaşaoğlu, s. 251; Ayiter, N.: Miras Hukuku, Savaş Yayınları, 3. Bası, Ankara 1993, s. 95; Oğuzman, s. 156; Dural/Öz, s. 132.

⁵⁵⁰ Tuor, Art. 494, N. 21; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 10; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 233; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 3; Frank/Helms, s. 170; Zimmermann, s. 123.

⁵⁵¹ Tuor, Art 494, N. 28; ZK-Escher, Art 494, N.12; Dural, s. 201; Kocayusufpaşaoğlu, s. 253; Serozan/Engin, s. 354; Beck, s. 59; Piotet, s. 188.

Bir görüşe göre, mirasbırakanın sağlığında yaptığı ivazlı tasarruflara karşı harekete geçme imkanı, saklı paylı mirasçılara tanınan himayenin sınırını aşmamalıdır.⁵⁵²

Burada tenkise ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekmektedir ve bu durumda da mirasbırakanın sağlığında yaptığı ivazlı tasarruflara karşı kural olarak birşey yapılamamaktadır. Bunun istisnası TMK m. 565/b. 4 (İMK m. 527/b. 4) hükmüdür; buna göre, mirasbırakanın, miras sözleşmesini etkisiz kılmayı ve miras sözleşmesiyle mirasçı atanan kişiye zarar vermeyi amaçlaması halinde, burada yapılan sağlararası tasarrufun iptali gündeme gelebilmektedir. Örneğin, mirasbırakan bağışlama yapmak yerine iptal edilmesi ihtimaline karşılık gerçekte yaptığı bağışlamayı ivazlı bir sağlararası tasarrufun arkasına gizlemişse, bir başka deyişle, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf ve bağışlama yapma yasağını başka bir sağlararası tasarruf yaparak dolanmış, kanuna karşı hile yoluna gitmişse, buna izin verilmemelidir.⁵⁵³ Keza, israf ve fiilî tasarruf hallerinde, miras sözleşmesi lehdarının sözleşmeyi aldatmaya dayanarak iptal edebileceği⁵⁵⁴ ya da TMK m. 2/II hükmüyle düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılabileceği⁵⁵⁵ de diğer görüşlerdir.

b. Belirli Mal Bırakılması Halinde

Miras sözleşmesi ile belirli mal bırakma tasarrufunda bulunulması halinde, bunun konusunun cins borcu veya parça borcu olmasına göre ayırım yapmak gerekmektedir.

⁵⁵² Kocayusufpaşaoğlu, s. 252; Itschner, s. 153; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 5.

⁵⁵³ ZK-Escher, Art 494, N. 11b; Itschner, s. 141; Kocayusufpaşaoğlu, s. 251.

⁵⁵⁴ Itschner, s. 161; Piotet, s. 189.

⁵⁵⁵ Tuor, Art 494, N.30; aksi yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 251: Yazara göre, miras sözleşmesiyle atanan mirasçıya, mirasbırakanın ivazlı sağlararası tasarruflarına karşı tanınan koruma, saklı paylı mirasçılara tanınan korumadan fazla olmamalıdır; Itschner, s. 153.

Cins vasiyeti söz konusu ise, borç konusunun elden çıkarılması vasiyetin ifasını engellememektedir. Parça vasiyetinde ise, TMK m. 517/III hükmü uyarınca vasiyet konusu eşya terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, vasiyet borcu sona ermektedir.⁵⁵⁶ Bu bakımdan, miras sözleşmesinde tarafların ne şekilde anlaştıkları önem taşımaktadır. İvazlı bir miras sözleşmesiyle vasiyette bulunulmuşsa, tasarruftan aksinin anlaşıldığı kabul edilecek ve vasiyet edilen eşyanın yerine ikame değer geçmesi taraf iradelerine uygun olacaktır. İvazsız bir miras sözleşmesi söz konusuysa, tasarruftan aksinin anlaşıldığı iddia edilemeyecek ve vasiyet borcu TMK m. 517/III hükmüne uygun olarak düşecektir.⁵⁵⁷

Öte yandan, karşı görüş burada ivazlı ve ivazsız miras sözleşmesi arasında ayırım yapılmasına karşı çıkmakta ve miras sözleşmesiyle bağdaşmayan her tür tasarrufun sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğini savunmaktadır.⁵⁵⁸ Bu görüşün kabulü halinde, miras sözleşmesi ile vasiyet alacağı edinen kişi saklı paylı mirasçılara kıyasla daha fazla korunmuş olur; zira saklı paylı mirasçılar bakımından yalnızca ivazsız bazı sağlararası tasarruflara karşı tenkise gitmek mümkündür. Bu görüşe göre, vasiyet alacaklısı, ivaz karşılığı malı mirasbırakandan devralan kişiye karşı iptal davası açarak malı elinden alacaktır. Bu durumda kendisine karşı açılmış iptal davası karşısında ivazlı olarak almış olduğu malı geri vermek zorunda kalan davalının mal için mirasbırakana ödemiş olduğu ivazı kimden alacağı belirsizdir, zira mirasbırakan ölmüştür. *Kocayusufpaşaoğlu*, bu halde, davalının bedeli mirasçılardan alması

⁵⁵⁶ Tuor, Art. 494, N.13; ZK-Escher, Art. 494, N.12; Itschner, s. 146; Kocayusufpaşaoğlu, s. 252; Ayiter, s. 99; Dural, s. 191.

⁵⁵⁷ Tuor, Art. 494, N. 23; ZK-Escher, Art. 494, N 12.

⁵⁵⁸ Hrubesch-Millaue, s. 203'ten naklen: Gauthier, s. 52.

gerektiğini belirtmektedir.⁵⁵⁹ *Oğuzman* ise vasiyet konusunun ivazlı sağlararası tasarrufla devredilmesi halinde borcun ikame değer üzerinden devam etmeyeceğini ve imkansızlık sebebiyle sona ereceğini ileri sürmektedir.⁵⁶⁰

Yine bir görüş, miras sözleşmesi ile yapılan vasiyet tasarrufunun, söz konusu eşyanın devredilmiş veya yok edilmiş olması fark etmeksizin, ayakta kalması gerektiğini belirtmektedir. Miras sözleşmesi ile vasiyet bırakılması, TMK m. 517/III (İMK m. 484/3) hükmünde sözü edilen aksinin anlaşılmasına imkan vermektedir, bu sebeple de vasiyet borcunun devam ettiği sonucuna varmak gerekir. Bu durumda artık ifası mümkün olmayan vasiyet alacağının yerine kusurlu imkansızlık sebebiyle borcun ifa edilememesine ilişkin hükümler uyarınca tazminat geçmektedir.⁵⁶¹ Bu görüş, vasiyet konusunun ivazlı devrinin her durumda mirasbırakanın kusuruna dayandığını kabul etmesi yönünden eleştirilmektedir.⁵⁶² Diğer bir görüş ise, mirasbırakanın vasiyet alacaklısında vasiyet konusu üzerinde sağlararası tasarrufta bulunmayacağı güvenini yaratmış olması durumunda dürüstlük kuralından yararlanma imkanı doğduğunu belirtmektedir.⁵⁶³

D. Miras Sözleşmesi Lehdarının İptal Hakkı

Alman hukukunda AMK §§ 2287 ve 2288 hükümlerinde getirilmiş olan sebepsiz zenginleşme talebine karşılık, Türk-İsviçre hukukunda bağdaşmayan tasarrufun iptali

⁵⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 253.

⁵⁶⁰ Oğuzman, s. 156.

⁵⁶¹ Piotet, s. 182.

⁵⁶² Dural, s.194.

⁵⁶³ Itschner, s.147.

imkanı getirilmiştir. TMK m. 527/II hükmünde “itiraz” terimi kullanılmaktaysa da bunu mehzaz kanuna (İMK m. 494/III) uygun şekilde “iptal” olarak anlamak gerekmektedir. Bu iptal davası miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalara karşı açılmaktadır. Miras sözleşmesi lehdarının bu davayı miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf lehdarı ya da bağışlanana karşı açması gerekmektedir.⁵⁶⁴

İptal davasının niteliği kanunda açık değildir. Türk-İsviçre hukukunda burada tenkis hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir.⁵⁶⁵ Zira, miras sözleşmesi ile mirasçı veya vasiyet alacaklısı atanan kişinin durumu saklı paylı mirasçının durumuna benzetilmektedir. Bu sebeple, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalar, miras sözleşmesi lehdarının hakkını ihlal ettiği oranda tenkis (*Reduktion im Umfang ihrer Unvereinbarkeit*) edilmektedir.⁵⁶⁶ Burada kendine özgü bir “tenkis ve iade” davası açılacaktır.⁵⁶⁷ Bağışlananın iyiniyetli olması kendisine karşı iptal davası açılmasını engellememekte; ancak geri verme borcunun kapsamı bakımından belirleyici olmaktadır (TMK m. 566/I).⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ Dural, s. 168; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 20; Hrubesch-Millauer, s. 234.

⁵⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 250; Hrubesch-Millauer, s. 234; Druey, s. 140; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 13; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 235; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 18; Wolf/Genna, s. 378; Öztan, s. 250.

⁵⁶⁶ Tuor, Art. 494, N.11; ZK-Escher, Art. 494, N. 10; Piotet, s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, s. 250; Oğuzman, s. 156; Dural/Öz, s. 131; Hrubesch-Millauer, s. 235.

⁵⁶⁷ Tuor, Art. 494, N.11; ZK-Escher, Art. 494, N. 10; Piotet, s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, s. 250; Oğuzman, s. 156; Ayiter, s. 99; Hrubesch-Millauer, s. 235.

⁵⁶⁸ Serozan/Engin, s. 350; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22c.

⁵⁶⁹ Dural, s. 171; Dural/Öz, s. 131; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 20.

1. İptal Hakkının Doğması

TMK m. 527/II hükmü değerlendirildiğinde, buradaki iptal imkanının mirasbırakanın ölümünden sonrası için getirildiği anlaşılmaktadır. Bir ölüme bağlı tasarruf olarak miras sözleşmesi, lehdar için mirasbırakanın sağlığında herhangi bir hak tanımamaktadır. Türk-İsviçre hukukuna göre, lehdar yalnızca miras hakkına ilişkin bir beklenti içerisindedir. Bu sebeple de mirasbırakan hayatta iken ondan herhangi bir talepte bulunmak mümkün değildir. Miras sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını malvarlığı değil, tereke üzerinde doğurduğundan mirasbırakanın esas olarak sağlararası tasarruf özgürlüğü devam etmektedir.

Bir tasarruf mirasın açıldığı andan önce terekeyi etkilememektedir. Bu durumda da terekenin zarar görüp görmediği miras açıldıktan sonra ortaya çıkmaktadır. Bu durumda miras sözleşmesi yapmakla ortaya çıkan bağlayıcılık miras hukuku anlamında bir bağlayıcılıktır ve mirasbırakan öldüğünde ardında bıraktığı tereke ile sınırlıdır.⁵⁶⁹ Bu sonuca varmak pratik açıdan da uygun olacaktır. Zira, ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalar miras sözleşmesi lehdarından genellikle saklı tutulacağı için mirasbırakan hayatta iken iptal imkanını kullanmak mümkün olmayacaktır. Kural olarak, miras sözleşmesi lehdarı mirasbırakanın sağlığında bu tür hukukî işlemlerden haberdar olmamaktadır.⁵⁷⁰

⁵⁶⁹ Staudinger/Kanzleiter, Ein. §§ 2274 ff., N. 9; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 10; Serozan (Ölüme Bağlı Kazandırma), s. 29. Dural, s. 8. Kocayusufpaşaoğlu, s. 126. Serozan/ Engin, s. 216; Öztan, s. 168. Brox/Walker, s. 5. Lange/Kuchinke, s. 477; Homberger, s. 132.

⁵⁷⁰ Hrubesch-Millauer, s. 232.

Öte yandan, iptal hakkının doğduğu an bakımından tenkise ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirildiğinde de aynı sonuca ulaşılmaktadır. Tenkis saklı paylı mirasçının saklı payının ihlal edilmesi durumunda başvurabileceği bir yoldur. Buna sadece saklı payı ihlal edilen mirasçı başvurabilmekte ve ilk olarak mirasbırakanın ölümünden sonra tenkis davası açmak mümkün olmaktadır. Miras sözleşmesi lehdarının durumu birçok açıdan saklı paylı mirasçının durumuna benzerlik göstermektedir. Bu sebeple de iptal davasının açılması anı bakımından da tenkise ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalı ve böylece iptal davasının da ilk olarak mirasbırakanın ölümünden sonra açılabilmesi sonucuna varılmalıdır.⁵⁷¹

2. İptal Hakkının Kullanılması (İptal Davası)

TMK m. 527/II hükmünde düzenlendiği kabul edilen iptal davasına, tenkis davasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır.⁵⁷² Tenkis davasında tenkis edilmesi söz konusu olan tasarrufun mirasbırakanın tasarruf oranını aştığı miktar kadarı tenkis edilirken, burada tasarrufun miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı ölçüde bir daraltmaya gidilmektedir.

⁵⁷¹ Hrubesch-Millauer, s. 227; Wolf/Genna, s. 384.

⁵⁷² Hrubesch-Millauer, s. 235; Kocayusufpaşaoğlu, s. 250. Raschein, s. 55: Yazar bu davayı geçersizlik sebebiyle açılan TMK 557-559 hükümleri arasında düzenlenen iptal davasına benzetmektedir. Buna göre, miras sözleşmesinden sonra yapılan vasiyetname hukuka aykırılık sebebiyle TMK 557/b.3 hükmüne dayanılarak iptal edilebilir. Bu görüş, söz konusu vasiyetnamenin kanuna aykırı olması sebebiyle değil, yalnızca önceden yapılmış bulunan miras sözleşmesine aykırı olması sebebiyle iptal edilebilir olmasından dolayı eleştiriye açıktır.

Tenkise ilişkin TMK m. 560 (İMK m. 522) hükmü, miras sözleşmesi lehdarının miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalara yönelik iptal davası açması durumunda kıyasen uygulanmaktadır. Bu şekilde TMK m. 527/II hükmünde öngörülen iptal imkanı, TMK m. 560 sayesinde somutlaştırılmış olmakta ve bağdaşmayan tasarruf iptalinin bütün bir tasarrufu ortadan kaldırmak olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bunun yerine iptal edilecek olan kısım o tasarrufun yalnızca miras sözleşmesi ile bağdaşmayan kısmıdır.⁵⁷³

Yalnızca bir tane miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruf değil, birden fazla miras sözleşmesini etkileyen ölüme bağlı tasarruf ya da bağışlama söz konusu olabilmektedir. Bu durumda miras sözleşmesi lehdarının, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflara veya bağışlamalara ilişkin olarak bu kazandırmaların muhatabı olan kişilere tek tek iptal davası açması gerekmektedir. Tenkisteki sıralamaya burada ihtiyaç yoktur, zira burada miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarrufların hepsinin tek tek ortadan kaldırılması gerekmekte ve bu sebeple tenkiste sıraya ilişkin TMK m. 561, 563, 570 (İMK m. 523, 525, 532) hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olmamaktadır.⁵⁷⁴

Tenkiste uygulanan hak düşürücü sürelerle ilişkin TMK m. 571 (İMK m. 533) hükmü burada kıyasen uygulanmaktadır.⁵⁷⁵ Buna göre, tenkis davası açma hakkı mirasçıların saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl (*relative Frist*) ve her halde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda

⁵⁷³ Hrubesch- Millauer, s. 237.

⁵⁷⁴ Hrubesch- Millauer, s. 237

⁵⁷⁵ Hrubesch- Millauer, s. 237; Wolf/ Hrubesch- Millauer, s. 235.

mirasın açılması üzerinden on yıl (*absolute Frist*) geçmekle düşmektedir. Aynı şekilde bu bir ve on yıllık süreler miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruflara karşı açılan iptal davasında da kıyasen uygulanmaktadır. Burada bir yıllık süre miras sözleşmesi lehdarının iptal davası açma sebebini öğrendiği andan itibaren, on yıllık süre ise kural olarak mirasbırakanın ölümüyle başlamaktadır. Üçüncü kişi lehine yapılmış bir miras sözleşmesi varsa ve söz konusu üçüncü kişinin miras sözleşmesi içeriğinden, hatta miras sözleşmesinin varlığından haberi yoksa, sürenin başlangıcı mirasın resmen açılışı anında (*der Zeitpunkt der amtlichen Eröffnung*) olacaktır.⁵⁷⁶ Bir iptal davası açıp açmama kararı miras sözleşmesi lehdarının takdirindedir ve sözleşme lehdarı bu hakkından mirasbırakanın sağlığında veya ölümünden sonra feragat edebilecektir.⁵⁷⁷

a. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Ölüme Bağlı Tasarruflar

Doktrin ve yargı kararlarında TMK m. 527/II hükmünde öngörülen miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufların iptal edilmesi imkanı temel olarak tenkis davasına benzetilerek değerlendirilmektedir. Buna göre, dava miras sözleşmesiyle atanan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruf lehdarına karşı açılacaktır.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ Hrubesch-Millauer, s. 241.

⁵⁷⁷ Hrubesch-Millauer, 241.

⁵⁷⁸ Tuor, Art. 494, N. 19; ZK-Escher, Art. 494, N. 10; Hrubesch-Millauer, s. 234.

b. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Bağışlamalar

Miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamaların iptal edilmesi bakımından farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre, burada iptal davası bağışlanana karşı açılacaktır.⁵⁷⁹ Miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamanın iptali imkanı kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. Burada bağışlanana karşı iptal davası açılmaktadır ve mirasçılara karşı bir tazminat davası açılması da söz konusu olamaz.⁵⁸⁰ Bu görüşe göre, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ile bağışlamalar arasında ayırım yapmayı haklı gösterecek bir sebep bulunmamaktadır.

İptal imkanının, mirasbırakanın miras sözleşmesine değil de, ek olarak bağışlama yapmama taahhüdüne dayandıran görüşe göre ise, bağışlama yasağının ihlalinden mirasbırakanın sağlığında haberdar olan miras sözleşmesi lehdarı, mirasbırakana, haberdar olmayan lehdar ise mirasçılara karşı tazminat davası açacaktır.⁵⁸¹

Miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bir bağışlama söz konusu olduğunda bunun iptal edilmesi hususunda tenkise ilişkin TMK 560-571 (İMK m. 522-533) hükümlerinin ne ölçüde uygulanabileceği de tartışmalıdır. Bu bakımdan tenkis davasına ilişkin düzenlemelerin bütünüyle kıyasen uygulanabileceği⁵⁸² ya da yalnızca şekil ve zamanaşımı süreleri bakımından kısmen kıyasen uygulanabileceği⁵⁸³ kabul edilmekte; ancak özellikle TMK 565/b.3 (İMK m. 527/b.3) hükmünde bulunan süre

⁵⁷⁹ ZK-Escher, Art.494, N.11b; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 14.

⁵⁸⁰ Hrubesch- Millauer, s. 236.

⁵⁸¹ Tuor, Art. 494, N. 20.

⁵⁸² BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494 ZGB, N. 15.

⁵⁸³ Tuor, Art. 494, N. 19; Angst-Weber, K.: Die Rechtsstellung der Erben vor Eintritt des Erbfalls, Diss. Zürich 1984, s. 65; BGE 70 II 265 E. 2d.

sınırlamasının uygulanması reddedilmektedir.⁵⁸⁴ Miras sözleşmesinin yapılması ile mirasın açılması arasında genellikle uzun bir süre olduğu dikkate alınır, miras sözleşmesinin bağlayıcılığının bir anlam taşıması bakımından bu görüş isabetlidir.

c. Geri Verme Borcu ve Davanın Hukuki Niteliği

TMK m. 566/I (İMK m. 528/I) hükmüne uygun şekilde gerçekleştirilen iptal imkanının başarısı sınırlı olacaktır; zira bağışlanan kişiye oldukça önemli kolaylıklar getirilmesi söz konusudur. TMK m. 566 hükmüne göre, kendisine tenkise tabi kazandırmada bulunulan kişi iyiniyetli ise, sadece mirasın geçmesi anında kazandırmadan elinde kalanı geri vermekle yükümlü olmaktadır. İyiniyetli değilse, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere (TMK m. 995) göre sorumlu olacaktır. Bağışlanan kişi lehine yapılan bağışlamanın miras sözleşmesine zarar verdiğini bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa iyiniyetlidir. Buna karşılık, bağışlanan bağışlamanın yapıldığı anda veya sonradan bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa iyiniyetli değildir.

İptal davası, bir yenilik doğuran davadır (*Gestaltungsklage*) ve bu sebeple de bağışlamanın iadesini sağlamak için bir eda davası (*Leistungsklage-Rückerstattungsklage*) ile bağlantılı açılmalıdır.⁵⁸⁵ Bu eda davasını açabilmek için

⁵⁸⁴ Angst-Weber, s. 65; Hrubesch- Millauer, s. 238. TMK 565/b.3 ile İMK m. 527/b.3 hükümleri arasında tenkise tabi bağışlamaların kapsamı konusunda fark vardır. TMK 565/b.3 hükmünde mirasbırakanın ölümünden bir yıl önceki bağışlamalar denmişken, İMK m. 527/b.3 hükmünde mirasbırakanın ölümünden beş yıl önceki bağışlamalar tenkise tabi tutulmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi, İMK m. 527/b. 3 hükmünün miras sözleşmelerine aykırı bağışlamalar yönünden kıyasen uygulanmayacağına hükmetmiştir: BGE 70 II 265.

⁵⁸⁵ Hrubesch- Millauer, s. 239; PraxisKomm Erbrecht/ Hrubesch- Millauer, Vor. Art. 522, N. 10.

kabul edilebilir bir iptal talebinin olması ve bu davanın iptalden itibaren 10 yıl içerisinde açılması gerekmektedir (TBK m. 146, İBK m. 127).

III. DEĞERLENDİRME

Miras sözleşmesini vasiyetnameden ayıran özelliği bağlayıcılığıdır ve bu bağlayıcılığı sağlamak adına tanınan iptal imkanının yalnızca ölüme bağlı tasarruflar için getirildiğini iddia etmek TMK m. 527/II (İMK m. 494/3) hükmünün hem lafzına hem de amacına aykırı görülmelidir. Bağışlamalar yoluyla da mirasbırakan ölüme bağlı tasarruflarla yapmak istediklerini gerçekleştirebilecekken, yalnızca ölüme bağlı tasarrufları kısıtlamak ve bağışlamaların serbest olduğunu savunmak isabetli olmayacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve doktrindeki çoğunluk görüşünün aksine, bağışlamaların kısıtlanabilmesi için miras sözleşmesine ek ayrı bir borçlar hukuku sözleşmesine ihtiyaç olduğu fikri bizce yerinde değildir. Kanaatimizce, TMK m. 527/II hükmünde geçen “yükümlülük” ifadesi böyle ek bir taahhüdü kastetmemektedir. Zira, hükümde, mirasbırakanın “miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına” itiraz edilebileceği düzenlenirken ölüme bağlı tasarruflar ile bağışlamaları “veya” bağlacı ile biraraya getirmekte ve bu şekilde aralarında herhangi bir ayrım yapmamaktadır. Bu bakımdan ölüme bağlı tasarruflarla bağdaşmayan “miras sözleşmesindeki yükümlülüğü” ne ise, aynı “yükümlülük” bağışlamalar bakımından da söz konusu olmalıdır. Açıklanan sebeplerle, burada kastedilen “yükümlülük” ek

bir bağışlama yapmama taahhüdünden değil, miras sözleşmesinden kaynaklanan ve dolayısıyla dar ve teknik anlamda kullanılmayan bir “yükümlülük”tür. Aynı yükümlülük, TMK m. 527/I hükmünde de geçmektedir. Bu hükme göre, mirasbırakan miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kişiye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girmektedir. Hükmün ikinci fıkrasındaki “yükümlülük” ile ilk fıkrasındaki “yükümlülük” ifadelerinin aynı anlamda kullanıldıkları görüşüne katılmaktayız. Sonuç olarak, ek bir taahhüde gerek olmadan tarafların miras sözleşmesi yapmayı tercih etmeleri, tek başına miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamaların iptalini sağlamaya yeterli olmalıdır.

Diğer yandan, bahsi geçen yaklaşımın ulaştığı, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan, miras sözleşmesinin ivazlı olup olmadığına, miras sözleşmesiyle yapılan tasarrufun niteliğine (mirasçı atama veya vasiyet) bakmaksızın, her tür bağışlamanın iptal edilebileceği sonucuna katılmamaktayız. Bu bakımdan, bağışlama yapmamaya ilişkin ek yükümlülük aranmasını bir tarafa bırakırsak, hakim görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması bizce isabetlidir. Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı meselesinde bir karara varmak, mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğünü korumadaki menfaati ile miras sözleşmesi lehdarının miras sözleşmesinin bağlayıcılığındaki menfaati arasında bir tercih yapmayı gerektirmektedir.

Fikrimizce, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından bir insan hakkı olarak kabul edilen ve bir mutlak hak olan mülkiyet hakkı bu menfaat çatışmasında üstün gelmelidir. Bu bakımdan mülkiyet hakkının bir uzantısı olan tasarruf özgürlüğü, miras sözleşmesinin mutlak bağlayıcılığına tercih edilmelidir. Bu

bakımdan, her tür bağışlamanın miras sözleşmesine aykırılık sebebiyle iptal edilebileceği sonucuna ulaşan görüşe ancak kısmen katılabiliyoruz. Gerçekten bu iki görüşün anlaşılamadığı husus, ivazsız miras sözleşmesinde mirasçı atanması halidir. Diğer hallerin tümünde, her iki görüş de miras sözleşmesi lehdarına iptal hakkı tanımaktadır. Bu durumda, bütün bu tartışmaların odak noktası ivazsız miras sözleşmesiyle atanan iradi mirasçının, mirasbırakanın bağışlamalarına karşı korunup korunmayacağı meselesidir. Bu koruma için ek bir taahhütte bulunulması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Miras sözleşmesi lehdarının bağışlamalara karşı korunmasına dayanak oluşturan yine miras sözleşmesidir. Ancak, bu fikri savunmanın doğal sonucu, mirasbırakanın her bağışlamasının iptal riskiyle karşılaşması olacaktır. Zira, her bağışlama bir miktar terekeyi azalttığı için, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan lehdar her durumda, bağışlamadan zarar görmüş olacaktır. Miras sözleşmesinin bağlayıcılığına atfedilen öneme sonuna kadar katılmakla birlikte, bu sonucun ortaya çıkmasına da izin verilmemelidir kanaatindeyiz. Bu sebeple, ivazsız miras sözleşmesiyle mirasçı atanması durumunda, bağışlamaların iptal edilebilmesi için ek bir taahhüt değil ama zarar verme kastı aranması doğru bir sınırlama teşkil edebilecektir. Mevcut durumda hükümde bu konuda bir düzenleme olmaması karşısında, Alman hukukundaki çözümün tercih edilerek bağışlamaların iptal edilebilmesi için zarar verme kastı aranması koşulunun kanun hükmüne ilave edilmesi düşünülmelidir. Ekleme gerekir ki, böyle bir ilave olmasa dahi doktrindeki hakim görüş ve yargı kararlarının genel hükümlerden yola çıkarak vardığı sonuç bizce isabetlidir. Bu bakımdan, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü karşısında miras sözleşmesinin bağlayıcılığı, ivazsız miras sözleşmesi ile mirasçı atanması hali bakımından sınırlıdır. Kanaatimizce, bu sınırın sebebi, miras sözleşmesinin eksik

bağlayıcılığından ziyade, mirasçı atama tasarrufunun lehdara sağladığı beklentinin ancak mirasın açılması ile belirlenebilir bir miktara kavuşmasıdır. İvazsız miras sözleşmesi ile mirasçı atanması hali dışındaki tüm ihtimallerde, miras sözleşmesi lehdarının bağışlamalara iptal imkanı sayesinde korunması gerek miras sözleşmesinin amacına gerekse de ilgili hükme uygun düşmektedir.

Sağlararası tasarruf özgürlüğünü hiçbir şekilde sınırlandırmamak gerekseydi, Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmesinin kabul edilmemesi gerekirdi. Halbuki miras sözleşmesi bir kurum olarak kabul edilmiş ve kanunda düzenlenmiştir. Miras sözleşmesi ahlaki açıdan, insan onuru açısından ve etik olarak kuşkulu bir kurum değildir.⁵⁸⁶ Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü tamamen ortadan kaldırılmış değildir. Türk-İsviçre hukuku mirasbırakana miras sözleşmesinin bağlayıcılığından kurtulması için ölümüne kadar bazı imkanlar sunmaktadır. Çalışmamızın son bölümünde bu hususlar incelenmiştir.⁵⁸⁷

Miras sözleşmesiyle mirasbırakanın ölüme bağlı ve sağlararası tasarruf özgürlüğü bir ölçüde sınırlandırılmaktadır; ancak mirasbırakanın sağlığında tasarruf özgürlüğüne müdahale oldukça azdır. TMK m. 527/II (İMK m. 494/III) hükmü, mirasbırakanın sağlığında miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufta bulunmasını veya bağışlama yapmasını engellememektedir. Bu hükmün kapsamına giren tasarruflar, yalnızca mirasbırakanın ölümünden sonra iptal edilme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bağışlama dışındaki sağlararası tasarruflar ise zaten bu madde kapsamına alınmamıştır.

⁵⁸⁶ BGer 5C.72/2004.

⁵⁸⁷ Miras sözleşmesinin sona erme halleri için bkz. aşağı. Bölüm III, II.

Öte yandan, mirasbırakanın tasarruf serbestisini sağlığında yaptığı belirlemelerle sınırlandırma imkanı bulunmaktadır. Bu tür tasarruf serbestisi sınırlamalarının, miras sözleşmesinin getirdiği tasarruf sınırlamalarından açık şekilde ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu açıklığı sağlamak amacıyla, bunlar, borçlar hukukuna ilişkin tasarruf sınırlamaları (*obligationenrechtliche Verfügungsbeschränkungen*) veya borçlar hukukuna ilişkin ek belirlemeler (*obligationenrechtliche Zusatzvereinbarungen*) şeklinde ifade edilmektedir. Bunların mirasbırakanın sağlığında ihlal edilmeleri mümkündür ve bunlara karşı mirasbırakanın ölümünü beklemek gerekmez, sağlığında harekete geçmek mümkündür. Bu şekilde bağışlama yasağı belirlenmesi halinde, bunun TMK m. 1010 (İMK m. 960) hükmüne uygun şekilde tapu kütüğüne şerh verilmesi de söz konusu olabilmektedir.⁵⁸⁸

Müstakbel mirasçı veya vasiyet alacaklısı miras beklentisine ilişkin böylece ek bir güvence elde etmiş olmaktadır. Hayatın olağan akışına uygun olarak, mirasbırakan bağışlama yasağı koymaya yalnızca ivazlı miras sözleşmesinde razı olacaktır. Bir karşı edim olmadığı müddetçe, mirasbırakan miras sözleşmesinin bağlayıcılığını bu şekilde artırmak istemeyecektir. Öte yandan, bu ek taahhüt, özellikle sağlararası edim borcu yüklenen sözleşmenin karşı tarafı için önemli bir güvence sağlamaktadır.⁵⁸⁹

Son olarak belirtmek gerekir ki, miras sözleşmesi lehdarı için aslında en büyük güvence, TMK m. 572 (İMK m. 534) hükmüyle düzenlenen mirasbırakanın sağlığında malvarlığını miras sözleşmesiyle atadığı mirasçıya devretmesi (*anzipierte Erbfolge*)

⁵⁸⁸ Druey, s. 136; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494 N. 6; Piotet, s. 180; Leipold, s. 209.

⁵⁸⁹ Hrubesch- Millauer, 244; Angst-Weber, s. 62.

halinde sağlanmış olacaktır. Ancak çalışmamızın kapsamını aşacağından söz konusu olanağa yalnızca işaret etmekle yetiniyoruz.

IV. İSVİÇRE MİRAS HUKUKU HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN TASARIDA MİRAS SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİK

İsviçre’de Medeni Kanununun miras hukuku hükümlerine ilişkin değişiklik tasarısı, 29 Ağustos 2018 tarihinde kabul edilmiştir. Değişiklik ihtiyacının temel amacı, miras hukuku hükümlerinin günümüzün değişen toplumsal hayatına uyum sağlamasını sağlamaktır. Gerekçede bu toplumsal değişiklikler, ortalama yaşam süresinin artması, özel hayatta evliliğin önemini her geçen gün yitirerek yeni aile formlarının gelişmesi olarak belirtilmiştir. Bu amaçla hazırlanan miras hukuku değişiklik tasarısının temel noktası, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf serbestisini genişletmek amacıyla saklı pay miktarlarının azaltılması olmuştur. Bu amaçla, anne ve baba saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmış, eş (veya kayıtlı birliktelikteki partner⁵⁹⁰) ve altsoyun saklı pay oranları düşürülmüştür. Saklı pay oranlarının yüksek olması sebebiyle, mirasbırakanın malvarlığı üzerindeki tasarruf serbestisi kısıtlıdır. Bunun sonucu olarak, mirasbırakan, gerçek hayat ilişkilerini, tereke planlamasına dilediğince yansıtamamaktadır. Tasarının kanunlaşması sonucu, mirasbırakan, genişletilmiş tasarruf oranı üzerinde, dilediği kişiler lehine ölümüne bağlı tasarrufta bulunma imkanı bulacaktır. Bu özellikle, yeni toplumsal yaşamın gerçeği olan fiili partnerlerin (*faktische Lebenspartnerschaft*) ve onların çocuklarının oluşturduğu

⁵⁹⁰ İsviçre hukukunda, aynı cinsiyetten çiftler için *Partnerschaftsgesetz (PartG)* ile kayıtlı birliktelik kurumu öngörülmüş ve m. 31/1 hükmü ile miras hukuku bakımından evli çiftlerle aynı hükümlere tabi tutulmuştur.

farklı aile yapıları bakımından yarar sağlayacaktır. Bilindiği üzere, şu anki kanun hükümlerine göre, evlilik veya kayıtlı birliktelik dışındaki çiftler birbirinin yasal mirasçısı değildir. Keza, günümüzde sıklıkla karşılaşılan birbirine eklenmiş ailelerde (*Patchworkfamilie*) eşin veya kayıtlı birliktelikteki partnerin çocuğu lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkanı genişlemiş olacaktır.

Çalışmamızın konusu bakımından, tasarının İMK m. 494/3 hükmüne ilişkin öngördüğü değişikliği incelemek gerekmektedir. İMK m. 494/3 hükmünde, TMK m. 527/II hükmü ile aynı düzenleme yer almakta ve buna göre, mirasbırakanın, miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına karşı iptal yoluna gidilmesi mümkündür. Tasarı hükmün bu fıkra yerine, öngördüğü yeni düzenleme ise bazı değişiklikler içermektedir.⁵⁹¹ Buna göre, mirasbırakanın, miras sözleşmesinden doğan yükümlülükleriyle bağdaşmayan, miras sözleşmesiyle yapılan kazandırmayı azaltan ve miras sözleşmesinde saklı tutulmayan ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmalar, olağan hediyelerin dışında iptal edilebilmektedir.

Tasarı hüküm, kanun hükmünden farklı olarak, bağışlama yerine sağlararası kazandırma terimini kullanmıştır. Gerekçede, bu terimden sağlararası karşılıksız kazandırmaların kastedildiği belirtilmektedir. Bu bakımdan, iptal kapsamına mal rejimi sözleşmesine (*Ehevertrag*, kayıtlı birliktelik bakımından *Vermögensvertrag*)

⁵⁹¹ Tasarı m. 494/ 3 hükmü: “*Verfügungen von Todes wegen und Zuwendungen unter Lebenden, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke, unterliegen jedoch der Anfechtung, soweit sie:*

1. mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, namentlich wenn sie die erbvertraglichen Begünstigungen schmälern; und

2. im Erbvertrag nicht vorbehalten worden sind.” (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/5905.pdf>)

dayanan kazandırmaların da dahil edilmek istendiği için bağışlama terimine göre daha kapsayıcı olan kazandırma teriminin tercih edildiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan, tenkiste sırayı düzenleyen İMK m. 532 hükmünde kullanılan terim ile birlik sağlanmıştır.⁵⁹² Fikrimizce, yapılmak istenen değişiklik, miras sözleşmesi lehdarının iptal hakkını genişletmesi bakımından isabetli olmuştur.

Tasarı hükmünde yer alan bir diğer ve fikrimizce asıl önemli olan değişiklik ise, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufların ve sağlararası ivazsız kazandırmaların, miras sözleşmesinde saklı tutulmaması halinde, iptal edilebileceğinin düzenlenmesidir. Miras sözleşmesinde saklı tutma olanağı, her zaman kabul edilmekle birlikte, şu anki kanun hükmünde yer almamaktadır. Mirasbırakanın sağlararası tasarruf serbestisi lehine, miras sözleşmesinin bağlayıcılığını sınırlama yönünde kararlar veren İsviçre Federal Mahkemesi, mirasbırakanın yaptığı bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmadığını, ancak mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı olması veya miras sözleşmesine ek olarak bağışlama yapmamaya ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesi yapmış olması hallerinde kabul etmektedir. Tasarı hükmünde ise, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarrufta bulunma hakkının saklı tutulmamış olması halinde iptal imkanı tanınmış bulunduğundan, kural olarak terekeyi azaltan her ölüme bağlı ve sağlararası ivazsız tasarrufun miras sözleşmesi ile bağdaşmadığı sonucuna varılabilecektir. Bu bakımdan, Federal Mahkemenin şu anki içtihatına göre,

⁵⁹² Gerekçede açıkça belirtilen “karşılıksız” ifadesi, hükümde yer almamaktadır. “Karşılıksız” ifadesi, tenkiste sıraya ilişkin İMK m. 532 ve tenkise tabi sağlararası kazandırmaların düzenlendiği İMK m. 527 hükmünde de kullanılmamıştır. İMK m. 527 hükmünün bizdeki karşılığı TMK m. 565’te ise “karşılıksız” ifadesi yer almaktadır. Tenkise tabi olduğu öngörülen sağlararası tasarrufların karşılıksız olduğu anlaşıldığından, tekrar belirtme ihtiyacı duyulmamış olması mantıklıdır.

mirasbırakanın zarar verme kastı bir tarafa bırakılırsa, iptal hakkının doğması için ek bir yükümlülük üstlenilmesine ihtiyaç var iken, tasarı hükmün kanunlaşması durumunda, iptal hakkının miras sözleşmesinin kendisinden doğduğu kabul edilmiş olmakta ve iptal hakkının bertaraf edilmesi için aksinin taraflarca miras sözleşmesinde saklı tutulması gerektiği belirtilmektedir. Gerekçede belirtildiği gibi, tasarı hükmün kanunlaşması halinde, miras sözleşmesinin bağlayıcılığını sınırlandıran Federal Mahkeme içtihatının geçerliliğini yitirmesi sonucunu doğuracaktır.⁵⁹³ Bu bakımdan, kural olarak, olağan hediyeleri aşan ivazsız sağlararası kazandırmalar, kural olarak, iptal edilebilecektir.

Çalışmamızda yansıtmayı amaçladığımız, Federal Mahkemenin, günümüze kadar farklı aşamalardan geçerek oluşturmuş olduğu içtihatının geçersizliğine yol açacak söz konusu tasarı hükmün, miras sözleşmesinin bağlayıcılığını kuvvetlendirmesi bakımından isabetli olduğunu düşünüyoruz. Federal Mahkemenin, bağışlamaların miras sözleşmesiyle bağdaşmadığının kabul edilmesi için, ölüme bağlı tasarruf şekli olarak miras sözleşmesinin tercih edilmiş olmasını yeterli görmeyerek, ayrıca mirasbırakanın bağışlama yapmama yükümlülüğü altına girmesini gerekli görmesi haklı olarak eleştirilmektedir. Kanun hükmünden ek bir yükümlülük gerektiğine ilişkin bir anlam çıkmamasına rağmen, Federal Mahkeme, mirasbırakanın malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğinin düzenlendiği İMK m. 494/2 hükmünü esas alıp fıkra 3 hükmünü göz ardı ederek, mirasbırakanın sağlararası tasarruf serbestisini

⁵⁹³ Gerekçe (*Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht)*), s. 5884: “Demgegenüber setzt gemäss Rechtsprechung des Bundes- gerichts die «Unvereinbarkeit» und daherige Anfechtbarkeit von Schenkungen [...] eine besondere obligatorische Verpflichtung des Erblassers, solche zu unterlassen, voraus». Diese Rechtsprechung wird mit der vorliegenden Revision ihre Gültigkeit verlieren: Schenkungen, die über Gelegenheitsgeschenke hinausgehen, sollen grundsätzlich anfechtbar werden.” (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/5813.pdf>)

mümkün olduğunca korumak için oluşturmuş olduğu bu içtihat ile miras sözleşmesinin bağlayıcılığını önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Miras sözleşmesinin, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalarda bulunmasına engel olan bağlayıcılığı, miras sözleşmesinin hukuki niteliğine dayanmakta ve miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalar arasında herhangi bir ayırım yapmayan İMK m. 494/3 hükmü ile düzenlenmektedir. Buna rağmen, miras sözleşmesinin bağlayıcılığını, mirasbırakanın bağışlamaları karşısında önemli ölçüde zayıflatacak şekilde, Federal Mahkeme tarafından ek bir bağışlama yapmama yükümlülüğü aranması miras sözleşmesi kurumunun amacı ve kanun hükmünün lafzıyla bağdaşmamaktadır. Bu sebeple, tasarı hükmün miras sözleşmesinin amacı bakımından isabetli bir düzenleme getirdiği kanaatindeyiz. Ancak, mirasbırakanın bağışlamalarının miras sözleşmesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı belirlenirken, ivazsız miras sözleşmesi bakımından yapılması gereken mirasçı atama ve vasiyet alacağı ayırımının önem taşıdığını düşünüyoruz. Söz konusu ayırım, mirasçı atama tasarrufunun niteliğinin bir sonucudur. Mirasçı atanmış miras sözleşmesi lehdarı, mirasın açılması ile ortaya çıkan tereke miktarı üzerinde hak sahibi olduğundan, vasiyet alacaklısı olarak belirlenen sözleşme lehdarına kıyasla daha sınırlı şekilde korunmaktadır. Bu bakımdan, kanun hükmüne, ivazsız miras sözleşmesiyle mirasçı atanması halinde, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamanın iptal edilebilmesi için mirasbırakanın zarar verme kastı aranmasına ilişkin bir düzenleme getirilmesinin doğru olacağını düşünüyoruz

BÖLÜM III

MİRAS SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SONA ERMESİ

I. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Genel Olarak

Miras sözleşmesi bünyesinde bir geçersizlik sebebi taşıdığı durumlarda kural olarak kendiliğinden geçersiz olmamakta ve iptal edilebilirlik (*Ungültigkeit*) yaptırımına tabi bulunmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufun iptal sebepleri TMK m. 557 hükmünde sayılmaktadır. Söz konusu sebeplere dayanarak, miras sözleşmesinin geçersiz olması için bir iptal davası (*Ungültigkeitsklage*) açılması gerekmektedir. Kimsenin iptal davası açmaması durumunda miras sözleşmesi geçerli olmaya devam edecektir.⁵⁹⁴

Yalnızca çok sınırlı hallerde ölüme bağlı tasarrufun kesin hükümsüzlüğü söz konusu olabilmektedir. Bu haller kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bir başka deyişle, ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğü bakımından kural iptal edilebilirlik, istisna ise kesin hükümsüzlük yaptırımıdır.⁵⁹⁵ Bu haller; ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesinin (*animus testandi*) bulunmaması durumunda söz konusu olmaktadır.⁵⁹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrinin bir kısmı İMK m. 519 hükmünde sayılan iptal edilebilirlik sebeplerinin uç örneklerini de kesin geçersizlik içerisine dahil

⁵⁹⁴ Wolf/Hrubesch-Millauer; s. 249, Wolf/Genna, s. 405.

⁵⁹⁵ Wolf/Genna, s. 406.

⁵⁹⁶ Wolf/Hrubesch-Millauer; s. 250, Wolf/Genna, s. 408, farklı görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 348; Dural, s. 296; Piotet, s. 269. Söz konusu yazarlar, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesinin olmaması durumunda yokluk yaptırımının söz konusu olduğunu savunmaktadır.

etmektedir.⁵⁹⁷ Mesela mirasbırakanın dikkat çeker ölçüde (*extreme*) ehliyetsizliği, çok vahim bir hukuka veya ahlaka aykırılık durumu, yine vahim bir şekilde aykırılık durumunda kesin hükümsüzlük gündeme gelebilmektedir.⁵⁹⁸ Bu hallerde bir tespit davası ile söz konusu miras sözleşmesinin kesin geçersiz olduğu tespiti yapılabilecektir. Bu davanın iptal davasından farkı herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmaksızın istenildiği zaman açılabilmesi ve açılmış başka bir dava söz konusu ise hakim tarafından re'sen gözetilmesidir.⁵⁹⁹

Kesin hükümsüzlüğün tespiti geçmişe etkilidir (*ex tunc*) ve bu yüzden kesin hükümsüz bir miras sözleşmesi hiçbir hüküm ve sonuç doğurmamaktadır.⁶⁰⁰ Uygulamada iptal edilebilirlik ile kesin hükümsüzlük hallerini birbirinden ayırt etmek sorunlara yol açabilmektedir; zira İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre kanunda iptal edilebilirlik olarak sayılan hallerin vahim olduğu durumlarda iptal edilebilirlik değil, kesin hükümsüzlük söz konusu olmaktadır.⁶⁰¹ Bu durumda dava açmak isteyenlere terditli dava açmaları tavsiye olunmaktadır.⁶⁰² Bir başka deyişle, kesin hükümsüzlük söz konusu ise tespiti, kesin hükümsüzlük bulunmamaktaysa miras sözleşmesinin iptal edilmesi şeklinde bir taleple mahkemeye gitmek yerinde

⁵⁹⁷ BGE 129 III 580; BaslerKomm/Forni/Piatti, Art. 519, N.4.

⁵⁹⁸ BGE 129 III 580; BaslerKomm/Forni/Piatti, Art. 519, N.4.

⁵⁹⁹ BGE 90 II 476, 480, E. 2; Wolf/Genna, s. 406; PraxisKomm/Abt, Art. 519, N. 2; Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/Rumo-Jungo, s. 136.

⁶⁰⁰ PraxisKomm/Abt, Art. 519, N. 14.

⁶⁰¹ BGE 40 II 190; BGE 56 II 351; BGE 61 II 276; BGE 88 II 67; BGE 89 II 437; BGE 101 II 217; BGE 103 II 176; BGE 129 III 580; BGE 5A_715/2009Piotet, s. 269; BaslerKomm/KForni/Piatti, Art. 519 ff., N. 4; Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/Rumo-Jungo, s. 136; Wolf/Genna, s. 407; BernerKomm/Weimar, Art. 467, N. 25; Basler/Breitschmidt, Art. 467 f. N. 19; PraxisKomm/Abt, Art. 519, N. 5; Yazar, Federal Mahkeme'nin bu uygulamasını, söz konusu sebepler kanunda açıkça iptal edilebilirlik sebepleri olarak düzenlendikleri için ve belirsizlik yarattığı için eleştirmektedir.

⁶⁰² Wolf/ Genna, s. 406; Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/Rumo-Jungo, s. 137.

olacaktır. Bu bakımdan da iptal davası için söz konusu olan hak düşürücü sürelerle uyulması gerekmektedir.

TMK m. 557 (İMK m. 519) hükmünde sayılan iptal edilebilirlik sebeplerinin büyük bir kısmı borçlar hukukuna ilişkin bir hukuki işlemde söz konusu olsa, kesin geçersizlik sebebi oluşturacak sebeplerdir; ancak aile hukukunda olduğu gibi miras hukukunun da kendine özgü taşıdığı özellikleri sebebiyle hükümsüzlüğe ilişkin getirilen düzenleme farklı olmuştur. Miras hukukunda mirasbırakanın iradesine olabildiğince önem vermek, yaptığı hukuki işlemi de mümkün olabildiğince ayakta tutmaya çalışmak (*favor negotii*) ön plandadır. Bu sebeple de borçlar hukukundaki kesin hükümsüzlük sebepleri, miras hukukunda kural olarak iptal edilebilirlik sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁰³

TMK m. 557 (İMK m. 519) hükmünde hükümsüzlük sebepleri arasında imkansızlık, muvazaa ve aşırı yararlanma sayılmış değildir. *Kılıçoğlu*, bu maddede sayılmayan TBK'daki diğer hükümsüzlük nedenlerinin de ölüme bağlı tasarruflar bakımından uygulama alanı bulacağını belirtmektedir.⁶⁰⁴ *İnan/Ertaş/Albaş*, burada TMK m. 5 hükmündeki genel atıf sonucu TBK'nın ilgili hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁶⁰⁵ Bu bakımdan, yazarlara göre, TMK m. 557'deki hükümsüzlük sebepleri sınırlı olarak sayılmamıştır. Gabin ve muvazaa hukuki nitelikleri gereği yalnızca miras sözleşmesi bakımından söz konusu olabilmektedir.⁶⁰⁶ İmkansızlığın

⁶⁰³ Borçlar hukukundaki hükümsüzlük sistemine ilişkin detaylı bilgiler için bkz: Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2010, s. 578; Oğuzman/Öz, s. 176; Eren, s. 331.

⁶⁰⁴ Kılıçoğlu, s. 196.

⁶⁰⁵ İnan/Ertaş/Albaş, s. 287.

⁶⁰⁶ Miras sözleşmesinde aşırı yararlanma için bkz. aşağı. Bölüm III, I, C, 2, d; muvazaa için bkz. aşağı. Bölüm III, I, C, 1, b, (aa).

ise ölüme bağı tasarrufu doğal olarak hükümsüz hale getireceğı kabul edildiğı için bu konuda bir hüküm getirmeye ihtiyaç duyulmamıştır.⁶⁰⁷

B. Hükümsüzlüğün İleri Sürölme Anı Açısından Yapılan Ayrım

Miras sözleşmesinde hükümsüzlüğün ileri sürölme vakti bakımından ikili bir ayrım yapmak gerekmektedir. Bir kısım hükümsüzlük nedeni, mirasbırakanın ölümünden sonra ilgililerce ileri sürölünebilecek iken, diğere bir kısım hükümsüzlük sebebi ise bizzat mirasbırakan tarafından sağığında ileri sürölünebilmektedir (TMK m. 504).

Mirasbırakanın ölümünden sonra ilgililerce ileri sürölünecek olan hükümsüzlük nedenleri vasiyetnamelerden büyük farklılık göstermemektedir. Bu bakımdan da kanunun düzenlemesinde vasiyetnameler esas alınmış ve miras sözleşmeleri bakımından özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bunun sonucu olarak da hükümsüzlük söz konusu olduğunda vasiyetname ve miras sözleşmesi bakımından bir birlik sağılanmış olmaktadır.

Diğere yandan, bizzat mirasbırakan tarafından miras sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ileri sürölmesi konusunda miras sözleşmesine özgü durumlar söz konusu olmaktadır. Mirasbırakan yaptığı vasiyetnameyi sağığında her zaman geri alabilmektedir, bu sebeple, irade bozuklukları dışında, vasiyetnamenin iptaline mirasbırakanın sağığında ihtiyaç bulunmamaktadır. Vasiyetnameden farklı olarak, miras sözleşmesi, bir sözleşme olması dolayısıyla, vasiyetnamelerde söz konusu

⁶⁰⁷ İnan/Ertaş/Albaş, s. 287.

olamayacak muvazaa, gabin gibi diğer bazı hükümsüzlük nedenlerini de bünyesinde barındırabilmektedir. Miras sözleşmesi için özellik arz eden mirasbırakanın miras sözleşmesini sağlığında iptal etmesidir; zira bu nedenlerin mirasbırakanın ölümünden sonra ortaya çıkması halinde ya durum vasiyetnamedekinden farklı değildir ya da gabinde olduğu gibi hükümsüzlük sebebi mirasbırakanın ölümünden sonra ortadan kalkmaktadır.⁶⁰⁸

C. Hükümsüzlük Halleri

Ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğüne ilişkin bütün haller TMK m. 557 (İMK m. 519) düzenlenmiş değildir. Bu hüküm ölüme bağlı tasarrufların iptaline yol açan sebepleri sıralamaktadır. Burada sayılanlar dışında, öyle bazı durumlar ortaya çıkabilir ki, ölüme bağlı tasarruf **(1)** ya baştan itibaren hükümsüzdür (kesin hükümsüzlük) **(2)** ya da sonradan meydana gelen bazı olgular sebebiyle tasarruf hükümsüz kalmıştır (kendiliğinden hükümsüz kalma).⁶⁰⁹

Bu hallerde süreye bağlı bir iptal davası açmaya gerek yoktur; ancak herhangi bir süreye tabi olmayan bir olumsuz tespit davası açılabilmektedir. Söz konusu davada alınan mahkeme hükmü yenilik doğuran bir hüküm değil, açıklayıcı bir hükümdür.⁶¹⁰

⁶⁰⁸ Dural, s. 267.

⁶⁰⁹ Kocayusufoğlu, s. 349.

⁶¹⁰ Tuor, Vor. Art. 519-521, N. 7-12; ZK-Escher, Vor. Art. 519-521, N. 2; Raschein, s. 84; BGE 91 II 268; BGE 90 II 480; BGE 89 II 184; BGE 81 II 27; Kocayusufoğlu, s. 349'dan naklen: Piotet (JdT), s. 162; Kocayusufoğlu, s. 349; PraxisKomm/Abt, Art. 519, N. 9.

1. Kesin Hükümsüzlük Halleri

a. Genel Olarak

Kanunda ölüme bağlı tasarrufun kesin hükümsüz olacağı haller belirtilmemiştir; ancak doktrin ve yargı kararlarında bazı hallerde kesin hükümsüzlük olduğu sonucuna varılmaktadır.⁶¹¹

(1) Beyan iradesinin olmaması halinde (*fehlender Erklärungs-wille*)⁶¹² (Örn. bir ölüme bağlı tasarruf taslağı) (2) Fiil iradesinin olmaması (*fehlender Handlungswille*)⁶¹³ (Örn. fiziksel zorlama altında yapılan bir vasiyetname, tahrif edilmiş bir vasiyetname (*gefälschtes Testament*) ya da sahte bir miras sözleşmesi (*simulierter Erbvertrag*)) (3) Hukuki işlem iradesinin olmaması (*fehlender Verfügungswille/Akten ohne animus testandi*)⁶¹⁴ (Örn. tavsiye ya da istekten ibaret olan beyan açıklamaları) (4) Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf lehdarını belirlemeyi üçüncü bir kişiye bırakması hali ⁶¹⁵ (5) Tipe bağlılık ilkesine uymayan tasarruflar (*Verstoß gegen das Prinzip des numerus clausus (Typenzwang)*)⁶¹⁶ (6) İmkansızlık⁶¹⁷ (Örn. varolmayan eşya ya da hak üzerinde ölüme bağlı tasarrufta

⁶¹¹ Detaylı bilgi için bkz. Beck, s. 96; Wolf/Genna, s. 407; Druey, s. 167; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 42.

⁶¹² BGE 78 II 348; BGE 101 II 211; ZK-Escher, Art. 520, N. 1; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 45.

⁶¹³ Tuor, Art. 469, N. 9: Yazar bu durumda kesin hükümsüzlüğün söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bazı yazarlar ise, söz konusu durumda bir yokluk (*Nichtbestehens*) halinin bulunduğu görüşündedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 348; Dural, s. 296; Piotet; s. 266, 269.

⁶¹⁴ BGE 90 II 476; Mirasbırakanda *animus testandi* tespit edilebildiği durumlarda, kesin hükümsüzlüğün söz konusu olmayacağına ilişkin bkz. BGE 113 II 270. Kocayusufpaşaoğlu, s. 348; Dural, s. 296; Piotet; s. 266, 269. Yazarlar bu sayılan hallerde yokluk (*Nichtbestehens*) yaptırımının söz konusu olduğunu savunmaktadır.

⁶¹⁵ Temsil yasağına ilişkin bkz. yuk. Bölüm I, II, B, 2, d.; Druey, s. 168; Wolf/Genna, s. 408; İmre/Erman, s. 229.

⁶¹⁶ BGE 94 II 88; Piotet, s. 271; Druey, s. 168; Wolf/Genna, s. 408.

⁶¹⁷ BGE 90 II 476; PraxisKomm/Abt, Art. 519, N. 8.

bulunulması, çelişkili tasarruflar)⁶¹⁸ (7) Kasten yapılan irade bozuklukları (Muvazaa, zihni kayıt, latife beyanı)⁶¹⁹

b. Miras Sözleşmesine Özgü Kesin Hükümsüzlük Halleri

(aa) Muvazaa

Bir hükümsüzlük nedeni olarak muvazaa hukukî niteliği sebebiyle yalnızca miras sözleşmesinde söz konusu olabilmektedir. Miras hukukunda muvazaaya ilişkin özel bir hüküm yoktur ve bunun sonucu olarak burada konuya ilişkin TBK genel hükümleri (TBK m. 19/I, İBK m. 18/I) uygulanmaktadır.⁶²⁰ Muvazaalı miras sözleşmesinin yaptırımı kesin hükümsüzlüktür.⁶²¹ Bu yüzden, bu geçersizlik sebebi her zaman ileri sürülebilmektedir ve dava açılmasına da gerek bulunmamaktadır. Bu halde yalnızca tespit davası söz konusu olabilmektedir.

(bb) Zihni Kayıt

Zihni kayıt altında yapılan vasiyetname kesin hükümsüzken,⁶²² miras sözleşmesinde durum tartışmalıdır. Bir görüş, karşı tarafın güvenini korumak gerektiğini belirterek mirasbırakanın zihni kayıtlı yaptığı miras sözleşmesinin geçerli olduğunu

⁶¹⁸ BGer 5C.95/2006.

⁶¹⁹ Kasten yapılan irade bozuklukları hakkında detaylı bilgi için bkz. von Tuhr/Peter, s. 290; Kocayusufoğlu (Borçlar), s. 345; Eren, s. 346; Oğuzman, s. 127; Schwenger, s. 227.

⁶²⁰ BGE 72 II 154; Wolf/Genna, s. 409;

⁶²¹ Tuor, Art. 469, N. 10; ZK-Escher, Art. 469, N. 4; Piotet, s. 218, 266; Piconi, s. 99; Hohl, s. 136; Wolf/Genna, s. 408; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 47; İnan/Ertaş/Albaş, s. 287; İmre/Erman, s. 216; BGE 72 II 154; BGer 5C.202/2006 E. 4.4.2.

⁶²² BGE 72 II 154; İmre/Erman, s. 215.

savunmaktadır.⁶²³ Bu görüşe göre, zihni kayıt altında yapılan miras sözleşmesinde, gerçekte istenmeyen; ancak dış dünyaya yansıyan irade, dürüstlük kuralı gereği, hüküm ve sonuç doğuracaktır. Karşı görüş ise, zihni kayıt halinde miras sözleşmesinin kesin hükümsüz olması gerektiğini belirtmektedir.⁶²⁴ Ancak bu ikinci görüş, isabetli olarak, mirasbırakana zihni kayıtla yaptığı bir hukuki işlemin hükümsüzlüğü imkanını tanıyacağından dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁶²⁵

(cc) Latife Beyanı (Ciddi Olmayan Beyanlar)

Ciddi olmayan bir beyanda bulunulmuş ise vasiyetname kesin hükümsüz iken,⁶²⁶ miras sözleşmesinde, mirasbırakanın beyanında ciddi olduğunu sanan ve böyle sanmakta dürüstlük kuralı gereğince haklı olan karşı tarafın bu güveninin korunması gerekmektedir.⁶²⁷ Bu bakımdan söz konusu durumda, miras sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan, bu durumda mirasbırakan sağlığında veya mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçılarının yanılmaya dayanarak iptal yoluna gidebilecektir.⁶²⁸

⁶²³ Piconi, s. 61; Raschein, s. 61; Tuor, Art. 469, N. 11; Kocayusufpaşaoğlu, s. 350; Wolf/Genna, s. 408; BernerKomm/Weimar, 14. Titel Einleitung, N. 52; İmre/Erman, s. 215.

⁶²⁴ ZK-Escher, Art. 469, N. 4.

⁶²⁵ Piconi, s. 61; Raschein, s. 61; Tuor, Art. 469, N. 11; Kocayusufpaşaoğlu, s. 350.

⁶²⁶ BGE 56 II 246; BGE 88 II 67.

⁶²⁷ Raschein, s. 62; Kocayusufpaşaoğlu, s. 351; İmre/Erman, s. 216.

⁶²⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 351.

Eklemek gerekir ki, miras sözleşmesi resmi vasiyetname şekline tabi olduğu için zihni kayıt ve latife beyanı halleri miras sözleşmesi bakımından pratik değer taşımayan ihtimallerdir.⁶²⁹

2. İptal Edilebilirlik

a. Ehliyetsizlik

Ehliyetsizliğin sonuçları miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan ve bulunmayan tarafı bakımından ayrı ayrı incelenmektedir.

(aa) Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunanın Ehliyetsizliği

Ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın ehliyetsizliği durumunda, bu kişinin hala hayatta olup olmaması önem taşımaktadır. Mirasbırakanın ölümünden sonra ehliyetsizliğinin ileri sürülmesi halinde TMK m. 557/ b.1 (İMK m. 519/I/b.1) uygulanmakta ve ilgili kişiler TMK m. 559 hükmünde belirlenmiş olan süreler içerisinde iptal davası açabilmektedir.

Mirasbırakanın, henüz hayatta iken, miras sözleşmesi yaptığı sırada ehliyetsiz olduğunu ileri sürüp süremeyeceği hususunda kanunda açık bir hüküm yer almamaktadır. Doktrinde, TMK m. 504 hükmünden hareketle, irade sakatlığı hallerinde mirasbırakana sağlığında iptal hakkı tanındığına göre, daha ağır bir geçersizlik hali olan ehliyetsizlikte bu maddenin evleviyetle uygulanması gerektiği

⁶²⁹ Picenoni, s. 99, dp. 14.

kabul edilmektedir.⁶³⁰ İrade sakatlıklarından farklı olarak ehliyetsizlik durumunda TMK m. 504 hükmünde yer alan bir yıllık süre burada uygulanmamakta, yani mirasbırakanın bir yıl hareketsiz kalması sebebiyle yaptığı tasarruf sağlıklı kazanmamaktadır.⁶³¹ Mirasbırakan, ölümüne kadar bir süreye bağlı olmaksızın, ehliyetsizlik sebebine dayanarak miras sözleşmesinin iptalini ileri sürebilmektedir.⁶³² Öte yandan, mirasbırakanın sağlığında ne şekilde iptal beyanında bulunması gerektiği irade sakatlıklarında olduğu gibi burada da tartışmalıdır.⁶³³ Ancak hakim görüşe göre, burada vasiyetname şekline uyulmasının yanısıra TBK m. 39 (İBK m. 31) hükmünün kıyasen uygulanması sonucu irade beyanının sözleşmenin karşı tarafına varması gerekmektedir.⁶³⁴

(bb) Ölümüne Bağlı Tasarrufta Bulunmayan Tarafın Ehliyetsizliği

Miras sözleşmesinde ölümüne bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın ehliyetsizliği genel kurallara tabi bulunmaktadır. Bu durumda ölümüne bağlı tasarrufta bulunmayan taraf tam ehliyetsiz ise, miras sözleşmesi TMK m. 15 hükmü gereğince kesin hükümsüz olacaktır. Ölümüne bağlı tasarrufta bulunmayan taraf sınırlı ehliyetsizse ve yasal temsilcisinin rızasını almadan ivazlı bir miras sözleşmesi yapmışsa söz konusu miras sözleşmesi askıda hükümsüz olmaktadır. Yasal temsilci TMK m. 451/II hükmüne göre verilen süre içerisinde icazet verirse, miras sözleşmesi baştan itibaren geçerli

⁶³⁰ ZK-Escher, Art. 468, N. 9; Tuor, Art. 469, N. 16; Piotet, s. 280; Dural/Öz, s. 105; Kocayusufpaşaoğlu, s. 145; Wolf/Genna, s. 429; İmre/Erman, s. 194.

⁶³¹ ZK-Escher, Art. 468, N. 9; Tuor, Art. 469, N. 16; Piotet, s. 280; Dural/Öz, s. 105; Kocayusufpaşaoğlu, s. 145; Wolf/Genna, s. 429; İmre/Erman, s. 194.

⁶³² Dural/Öz, s. 105; Kocayusufpaşaoğlu, s. 145.

⁶³³ Tartışmalar için bkz. Tuor, Art. 469, N. 19; ZK-Escher, Art. 469, N. 18; Druey, s. 138; BernerKomm/Weimar, Art 469, N. 32; Wolf/Genna, s. 423.

⁶³⁴ Tuor, Art. 469, N. 19; ZK-Escher, Art. 469, N. 18; BernerKomm/Weimar, Art 469, N. 32; Wolf/Genna, s. 423; BGE 99 II 382.

olmaktadır; ancak yasal temsilci icazet vermezse (veya susarsa) miras sözleşmesi yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz olmaktadır.⁶³⁵ Bu durumda mirasbırakan bir ivaz almış ise, bunu TMK m. 452 hükmüne göre geri verme borcu altına girmektedir. Karşı taraf ise henüz birşey almamış olduğundan geri verme borcu da bulunmamaktadır.

Mirasbırakanın ehliyetsizliğinin bir iptal sebebi, karşı tarafın ehliyetsizliğinin ise kesin hükümsüzlük oluşturması *Piotet* tarafından miras sözleşmesinin bütünlüğüne ve taraflar arası eşitliğe aykırı bulunmuştur.⁶³⁶ Karşı tarafın ehliyetsizliği durumunda iptal yerine kesin hükümsüzlüğün söz konusu olması, onun mirasbırakana kıyasla daha fazla korunması sonucunu doğurmaktadır. Bu görüşe göre, karşı tarafın ehliyetsiz olması hali bakımından da kesin hükümsüzlük değil, bir iptal hakkının söz konusu olduğu kabul edilmelidir.⁶³⁷

b. Şekil Eksikliği

TMK m. 557/b. 4 hükmü uyarınca kanunda öngörülen şekle uygun yapılmayan ölüme bağlı tasarruf iptal edilebilmektedir. Miras sözleşmesi, TMK m. 545 hükmü gereği resmi vasiyetname şekline tabi bulunmaktadır. Bu durumda, miras sözleşmesinin şekli bakımından geçerliliği TMK m. 532 vd. hükümlerinde resmi vasiyetname için öngörülen şekil şartlarına tabidir. Öte yandan, hukuki nitelik farkı sebebiyle, miras sözleşmesi ile resmi vasiyetname arasında şekil yönünden

⁶³⁵ ZK-Escher, Art. 468, N. 10; BernerKomm/Weimar, Art. 468, N. 23, Wolf/Genna, s. 193; Dural/Öz, s. 105.

⁶³⁶ *Piotet*, s. 283.

⁶³⁷ *Piotet*, s. 283.

kaçınılmaz birtakım farklılıklar mevcuttur. Miras sözleşmesinin şekli koşullarına uyulmadığı takdirde iptal yaptırımı ile karşı karşıya kalınacaktır. Öte yandan, çok vahim bir şekil eksikliği bulunması durumunda, örneğin mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesi anlaşılamayacak durumdaysa, ortada bir iptal edilebilirlik değil, bir kesin hükümsüzlük sebebi olduğu kabul edilmelidir.⁶³⁸ Zira bu halde ortada ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesi söz konusu değildir.

Eklemek gerekir ki, bir iptal edilebilirlik sebebi olan şekil eksikliği kural olarak hakim tarafından re'sen gözetilmemektedir. Ancak şekil eksikliği dışında kalan başka bir iptal sebebine dayanılarak söz konusu ölüme bağlı tasarrufa ilişkin açılmış bir iptal davası varsa, hakim bu davada ileri sürülmemiş olan şekil eksikliğini re'sen gözetebilmekte ve iptal kararını buna dayandırabilmektedir.⁶³⁹ Buna göre, şekil eksikliğinin hakim tarafından re'sen dikkate alınabileceği durum yalnızca iptal davası açılmış olması durumudur. Örneğin, bir tenkis davası açıldığında, bu davada hakim şekle aykırılığı re'sen gözetemeyecektir.⁶⁴⁰

TMK m. 504 hükmü ile yalnızca irade bozuklukları bakımından getirilmiş olan mirasbırakanın hayattayken tasarrufunu iptal etmesi imkanının ehliyetsizlik ve hukuka veya ahlaka aykırılık hallerinde olduğu gibi şekle uyulmaması halinde de uygulanmaktadır.⁶⁴¹ Hükümde tasarrufun sağlık kazanması sonucunu doğuran bir yıllık hak düşürücü süre burada söz konusu değildir.

⁶³⁸ Wolf/ Genna, s. 427; BaslerKomm/Forni/Piatti, Art. 519, N. 23.

⁶³⁹ Yargıtay HGK 14.10.1995 tarih ve 1227/D-2, K. 629 sayılı karar.

⁶⁴⁰ Yargıtay 2. HD 7.5.1965 tarih E. 2419, K. 2440 sayılı karar

⁶⁴¹ Piotet, s. 280; Wolf/Genna, s. 429; İmre/Erman, s. 193.

c. İrade Sakatlıkları

TMK m. 504 hükmünde irade sakatlıkları⁶⁴² sebebiyle miras açılmadan önce iptal imkanı özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Burada önem arz eden, mirasbırakanın henüz hayatta iken irade sakatlıklarına dayanarak yaptığı ölüme bağlı tasarrufu iptal edip edemeyeceğidir. Söz konusu hükümde, miras sözleşmesi ve vasiyetname ayrımı yapılmadan “ölüme bağlı tasarrufların” iptali hükmüne bağlanmıştır. Hükmün İsviçre Medeni Kanunu’ndaki karşılığı olan m. 469’da ise, TMK m. 504’ten farklı olarak, “ölüme bağlı tasarruf” (*Verfügung von Todes wegen*) terimi değil, “tasarruf” (*Verfügung*) terimi kullanılmıştır. Bu farklılığın, çeviriden kaynaklı bir farklılık olup olmadığını belirlemek için hükmün gerekçesinden yararlanmak mümkündür. TMK m. 504 hükmünün gerekçesinde, hükmün vasiyetnamenin yanısıra miras sözleşmesi bakımından da uygulanacağı açıkça ortaya konmuş bulunmaktadır.⁶⁴³ Keza, Yargıtay da eski kanun döneminde, bugünkü m.

⁶⁴² TBK m. 30 vd. hükümlerinde düzenlenen yanıltma, aldatma ve korkutma hallerinin üst başlığı olarak “irade bozukluğu” terimi kullanılırken, TMK m. 504 hükmünde “irade sakatlığı” terimi kullanılmaktadır. Bu bakımdan TBK ve TMK arasında terminoloji birliği sağlanması yerinde olacaktır.

⁶⁴³ TMK m. 504 hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “Yürürlükteki Kanunun 451 inci maddesini karşılamaktadır. Yürürlükteki Kanunun 451 inci maddesinin kenar başlığı “Batıl tasarruflar” şeklindedir. Durum, İsviçre Medenî Kanununda da böyledir. Fakat madde incelendiği zaman, genel olarak ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğünü genel olarak düzenlemenin söz konusu olmadığı, sadece irade sakatlığı hâlinde, miras bırakanın yanıltıldığını veya aldatıldığını öğrenmesinden ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulmasından sonraki davranışına göre, ölüme bağlı tasarrufun (akibetinin) düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu tarihten itibaren bir yıl içinde, mirasbırakan tasarruftan dönmediği takdirde, tasarruf geçerlilik kazanacaktır. Mirasbırakanın sakat irade beyanı ile yaptığı vasiyetnameden, bir yıllık hak düşürücü süre içinde dönmemiş olması halinde, ölümünden sonra artık onun mirasçıları iptal davası açma hakkına sahip değildir. Miras sözleşmeleri açısından ise, mirasbırakan artık bir yıllık sürenin geçmesiyle, sözleşmeden tek taraflı olarak dönemeyeceği gibi, ölümünden sonra mirasçıları da ölüme bağlı tasarrufu iptal ettiremeyeceklerdir. Maddenin düzenlediği asıl konu dikkate alınarak kenar başlık “İrade sakatlığı” tarzında ifade edilmiştir.” (<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1>)

504 hükmüne karşılık gelen m. 451 hükmünün miras sözleşmesi için de uygulanacağına hükmetmiştir.⁶⁴⁴

TMK m. 504 (İMK m. 469) hükmüne göre, mirasbırakan irade sakatlığına dayanarak yaptığı ölüme bağlı tasarrufu sağlığında iptal edebilmektedir (*Selbstanfechtung*).

Mirasbırakanın yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinden kurtulduğu tarihten itibaren bir yıl içerisinde ölüme bağlı tasarrufu iptal etmesi gerekmektedir. Aksi halde yaptığı ölüme bağlı tasarruf sağlık kazanmaktadır (*Konvaleszenz/Heilung*). Bu sağlık kazanan tasarruf için de artık mirasbırakanın

ölümünden sonra dahi bir iptal davası açılmamaktadır.⁶⁴⁵ Söz konusu bir yıllık süre zamanaşımı değil, hak düşürücü süredir; dolayısıyla durması ve kesilmesi söz konusu olmamaktadır. Mirasbırakan bir yıllık süre geçmeden ölürse, tasarruf sağlık kazanmamış olduğundan mirasbırakanın ölümünden sonra TMK m. 557/b. 2 (İMK m. 519/I/b. 2) hükmüne göre iptal davası açılabilecektir.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ Yargıtay 2. HD. E. 1980/8932 K. 1980/9323 T. 16.12.1980: “Dava, mirastan feragat sözleşmesinin, iradeyi sakatlayan (fesada uğratan) sebepler yüzünden iptaline ilişkin olup, davayı mirastan feragat eden Cemile açmıştır. Öyle ise uyumsuzluk MK’nın 451. maddesinin (TMK m. 504) kapsamına girmektedir. O halde anlaşmazlığın bu madde ve onun tamamlayıcısı niteliğinde bulunan BK’nın 23 (TBK m. 30) ve sonraki maddeleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Bu bakımdan davacı vekilinin davayı MK’nın 499. maddesinin (TMK m. 557) kapsamı içinde görmesi ve bundan sonuçlar çıkarmaya çalışması yanlıştır. Çünkü MK’nın 499. maddesi, ölenin ölüme bağlı tasarruflarının iptali ile ilgili sebepleri içermekte olup, metne dahil olduğu tartışmasız olan kenar başlıkta da buna açıkça işaret olunmuştur.” Yargıtay 2. HD. E. 1984/5635 K. 1984/5826 T. 21.6.1984: “MK’nın 5. maddesine göre, Borçlar Kanununda sözleşmelerin yapılmasına ve bozulmasına ve şartlarına ilişkin hükümlerine dair kuralları Medeni Hukuk ilişkilerinde de uygulanır. Ayrıca MK’nın 451/2 maddesinde de (TMK m. 504) özel hüküm vardır (burada neden ikinci fıkraya atıfta bulunulduğu anlaşılamamıştır). O halde iradeyi fesada uğratan sebepler varsa (BK 23-30 ve MK 451) (TBK m. 30-38 ve TMK 504) miras mukavelesi iptal olunabilir. MK’nın 499. maddesinde (TMK m. 557) yer alan ve ölüme bağlı tasarrufların iptaline ilişkin bulunan sebeplerden dolayı iptal davasını sadece ölümden sonra mirasçılar ve öteki ilgililer açabilir. Oysa olayda miras mukavelesinin tarafları sağdır. Hal böyle olunca MK’nın 499. maddesinin uygulanması düşünülemez.” (Koyu renkte yazılanlar tarafımızca eklenmiştir).

⁶⁴⁵ Tuor, Art. 469, N. 31; ZK-Escher, Art. 469, N. 23; Raschein, s. 65; Eren (İptal Davası), s. 92; Kocayusufpaşaoğlu, s. 332; Wolf/Genna, s. 422; BernerKomm/Weimar, Art. 469, N. 30.

⁶⁴⁶ ZK- Escher, Art. 469, N. 23; Eren (İptal Davası), s. 93; Beck, s. 100; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 255; İmre/Erman, s. 193.

Mirasbırakanın sağığında söz konusu bir yıllık sürenin içerisinde, yaptığı ölüme bağı tasarrufu iptal etmek istemesi halinde nasıl bir yol izlemesi gerektiğı değerlendirilmelidir. İptal edilecek ölüme bağı tasarruf bir vasiyetname ise, TMK m. 542 (İMK m. 509) hükmüne göre mirasbırakanın bunu vasiyetname şekillerinden birine uyarak geri alması gerekmektedir. Miras sözleşmesi bakımından ise durum tartışmalıdır. İrade sakatlıkları bakımından, çalışmamızda, yalnızca miras sözleşmesi bakımından özellik arz eden hususlar üzerinde durulmuş ve bu sebeple genel açıklamalardan kaçınılmıştır.

(aa) Yanılma (Hata) (TMK m. 504, 557/b. 2, İMK m. 469, m. 519/b. 2)

Yanılma konusunda miras sözleşmesi bakımından önem arz eden husus, basit saik yanılmasıdır. Vasiyetname bakımından basit saik yanılması, tasarruf ile yanılma arasında illiyet bağı bulunması koşuluyla, bir iptal sebebi sayılmaktadır.⁶⁴⁷ İlliyet bağına ek olarak, İsviçre Federal Mahkemesi, vasiyetnamenin basit saik yanılması sebebiyle iptal edilebilmesi için, mirasbırakanın gerçek durumu bilse idi, ölüme bağı tasarrufunu bizzat iptal edeceğine dair ispat da aramaktadır.⁶⁴⁸ Mirasbırakan bilseydi de vasiyetnameyi ayakta tutmayı tercih edecek idiyse, vasiyetname basit saik yanılmasına dayanılarak iptal edilemez. Vasiyetnamenin tek taraflı hukuki niteliğı sebebiyle irade prensibine tam anlamıyla yürürlük tanınmaktadır ve bu sebeple

⁶⁴⁷ Tuor, Art. 469, N. 21; ZK-Escher, Art. 469, N. 6; Kocayusufpaşaoğlu, s. 328.

⁶⁴⁸ BGE 75 II 284; BGE 94 II 139; BGE 119 II 208 (söz konusu karar metni Fransızca olup, Druey, s. 161'den naklen aktarılmıştır). İsviçre Federal Mahkemesi'nin, söz konusu uygulaması irade prensibine ve favor testamenti ilkesine uygundur. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Druey, s. 161; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 6. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu uygulamasına ilişkin eleştirel bir yaklaşım için bkz. ZK-Escher, Art. 469, N. 7; Raschein, s. 25.

yanılmanın esaslı olup olmadığına bakılmaksızın her tür yanılma, basit saik yanılmaları da dahil olmak üzere, vasiyetnamenin iptaline sebep olabilmektedir.⁶⁴⁹

Mirasın açılmasından önce irade sakatlığı sebebiyle ölüme bağlı tasarrufun iptali bakımından vasiyetname ve miras sözleşmesi ayrımı yapmayan TMK m. 504 hükmü, vasiyetname ve miras sözleşmesinin hukuki nitelik farkı karşısında, vasiyetnamede olduğu gibi, basit saik yanılmasının miras sözleşmesi için de bir iptal sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda tartışmalara sebep olmaktadır.⁶⁵⁰ Konunun miras sözleşmesinin hukuki niteliği gereği tabi olduğu güven prensibi açısından incelenmesi gerekmektedir.

Miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın irade sakatlığı bakımından herhangi bir tartışmaya gerek olmaksızın TBK hükümleri uygulanacaktır.⁶⁵¹ Tartışmaya sebebiyet veren, miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafı, yani mirasbırakandır; çünkü miras sözleşmesi, bu taraf bakımından, sözleşme olmasının yanı sıra, ayrıca bir ölüme bağlı tasarruftur. Keza, miras sözleşmesinin içerisinde düzenlenen tek taraflı vasiyetname hükmündeki tasarruflar bakımından da herhangi bir tartışma yoktur, bunlar vasiyetnameye ilişkin kurallara tabi olmaktadır.

⁶⁴⁹ Tuor, s. 107, N. 7; ZK-Escher, s. 133, N. 3; Moser, s. 19; Piconi, s. 47; Raschein, s. 17; Welti, M.: Willensmängel bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern 1928, s. 18; Kocayusufpaşaoğlu, s. 329.

⁶⁵⁰ Saik yanılması (*Motivirrtum*) hakkında detaylı bilgi için bkz. von Tuhr/Peter, s. 300; Schwenger, s. 283; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar), 393; Eren, s. 379; Oğuzman, s. 99.

⁶⁵¹ Tuor, Art. 469, N. 2, 3, 7, 12, 21, 23; ZK-Escher, Art. 469, N. 2, 6, 18; Eren (İptal Davası), s. 27.

Türk-İsviçre hukukunda hakim görüş olarak nitelendirilebilecek görüş, TMK m. 504 (İMK m. 469) hükmünün hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir.⁶⁵² İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşü de bu yöndedir.⁶⁵³ Federal Mahkeme, bu görüşünü ehliyet hükümleri bakımından vasiyetname (TMK m. 502, İMK m. 467) ve miras sözleşmesi (TMK m. 503, İMK m. 468) için farklı hükümler getirilmesi karşısında, irade sakatlığı konusunda vasiyetname ve miras sözleşmesi açısından bir ayrım yapılmadan tek bir hüküm öngörülmüş olmasına dayandırmaktadır.⁶⁵⁴ Bu görüşü savunan yazarlardan *Escher*, İMK m. 469 hükmünde “ölüme bağlı tasarruf (*Verfügung von Todes wegen*)” yerine “tasarruflar (*Verfügungen*)” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen,

⁶⁵² Welti, s. 46; Müller, G.: Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Zürich 1929, s. 34; Büttiker, s. 137; Tuor, Art. 469, N. 2; ZK-Escher Art. 469, N. 2, 18; Picononi, s. 97; Moser, s. 24; Kocayusufpaşaoğlu, s. 333. Karşı görüş için bkz. Piotet, s. 219; Hohl, s. 130; Schürmann, s. 95; Grundler, s. 105 (yazar bu görüşü yalnızca ivazlı miras sözleşmesi bakımından kabul etmektedir), Hrubesch-Millauer, s. 324.

⁶⁵³ İsviçre Federal Mahkemesi, hakim görüşüne uygun olarak İMK m. 469 hükmünün miras sözleşmesine de uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Bu bakımdan, Federal Mahkeme, *Piotet* tarafından savunulan karşı görüşü katılmadığını açıkça belirtmiştir. Söz konusu karar için bkz. BGE 99 II 382: “Nach herrschender Auffassung beziehen sich diese Regeln auch auf Erbverträge, jedenfalls soweit es sich um Willensmängel des auf seinen Tod hin Verfügenden handelt (ESCHER und TUOR, je N. 2 zu Art. 469 ZGB; PICENONI, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, S. 96, je mit Zitaten; vgl. auch BGE 53 II 102, 72 II 156 ff., 75 II 284 Erw. 3). Eine abweichende Auffassung vertritt PIOTET in seinem Beitrag zur Festgabe für W. Schönenberger: Les vices de la volonté dans le pacte successoral, S. 329 ff., insbes. S. 335/36. Dieser Autor ist der Meinung, Art. 469 ZGB sei nur auf das Testament zugeschnitten, wogegen sich die Anfechtung eines Erbvertrages wegen Willensmängeln ausschliesslich nach den - gemäss Art. 7 ZGB anwendbaren - Regeln des Obligationenrechtes richte, und zwar auch insoweit, als es sich um Willensmängel des künftigen Erblassers handle. So beachtlich die von PIOTET angeführten Gründe auch sind und so befriedigend die praktischen Ergebnisse, zu denen er gelangt, erscheinen mögen, kann doch nicht darüber hinweggesehen werden, dass Art. 469 ZGB nach seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung nicht nur auf Testamente, sondern auch auf Erbverträge anwendbar ist. Die Art. 467 und 468 ZGB regeln die Verfügungsfähigkeit für die Errichtung von Testamenten und den Abschluss von Erbverträgen. Wenn sich die unmittelbar darauf folgende Bestimmung nur auf Testamente bezöge, müsste dies aus ihrem Wortlaut hervorgehen. Das ist indessen nicht der Fall, spricht doch Art. 469 ZGB ganz allgemein von Verfügungen (“dispositions”, “disposizioni”). Auch Art. 519 ZGB, der die Ungültigerklärung von Verfügungen von Todes wegen regelt und der mit Art. 469 ZGB inhaltlich eng zusammenhängt, gilt sowohl für Testamente wie für Erbverträge (BGE 53 II 102, 72 II 156). Der Auffassung von PIOTET kann deshalb nicht zugestimmt werden.”

⁶⁵⁴ Aynı yönde bkz. Tuor, Art. 469, N. 2. Aksi görüşte bkz. Piotet, s. 221, dn. 16: *Piotet*, ehliyet bakımından böyle ayrı ayrı hükümler getirilmiş olmasını, gerek vasiyetname gerekse de miras sözleşmesi bakımından ehliyet hususunun özellik arz etmesine bağlamaktadır. Oysa, yazara göre, miras sözleşmesinde irade sakatlığı söz konusu olması durumunda herhangi bir özellik yoktur ve bu bakımdan borçlar hukuku genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

“vasiyetname” yerine bu terimin tercih edilmesinin, söz konusu hükmün miras sözleşmesini de kapsamına aldığını gösterdiği fikrindedir.⁶⁵⁵ Yazar, miras sözleşmesinde bir irade sakatlığı söz konusu olması ve mirasbırakanın bunu sağlığında iptal ettirmek istemesi halinde, İMK m. 469/2 (TMK m. 504/I) hükmünün mirasbırakanın nasıl bir yol izlemesi gerektiği konusunda sessiz kaldığını ifade etmektedir.⁶⁵⁶ Ancak, yazara göre, kanunun bu konudaki sessizliği, söz konusu hükmün miras sözleşmesi bakımından uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Aksi halde, mirasbırakan hayatta iken, irade sakatlığına dayanarak sözleşmenin iptali borçlar hukuku hükümlerine tabi iken, mirasın açılmasından sonra İMK m. 519 (TMK m. 557/b.2) hükmüne tabi olacaktır ki, bu sonuca varmanın mantıklı bir açıklaması bulunmamaktadır.⁶⁵⁷

Bir görüşe göre, miras sözleşmesinin TMK m. 504 (İMK m. 469) hükmünün uygulama alanına girdiği kabul edildikten sonra, bu uygulamanın basit saik yanılması bakımından da vasiyetnamede yanılmayla aynı sınırlar çerçevesinde kabul edilmesi gerekir. Bu sebeple, bu görüşü savunan yazarlara göre, basit saik yanılması miras sözleşmesi için de bir iptal sebebi teşkil etmelidir.⁶⁵⁸ Bu görüş miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarruf olma niteliğini ön planda tutmakta ve karşı tarafın güvenini koruma ihtiyacını ihmal etmektedir. Vasiyetname ile miras sözleşmesi arasındaki hukuki nitelik farkı, kanaatimizce, söz konusu hükmün her iki ölüme bağlı

⁶⁵⁵ ZK-Escher, Art. 469, N. 2; aynı yönde Tuor, Art. 469, N. 2; Müller, s. 23; Raschein, s. 20; Piconi, s. 97.

⁶⁵⁶ ZK-Escher, Art. 469, N. 18.

⁶⁵⁷ ZK-Escher, Art. 469, N. 18.

⁶⁵⁸ ZK-Escher, Art. 469, N. 2, 19; Tuor, Art. 469, N. 2, 23.

tasarruf bakımından da ayırım yapılmaksızın aynı şekilde uygulanmasına engel olmaktadır. Bu sebeple, söz konusu görüşe katılmıyoruz.

Karşı görüşe göre ise, miras sözleşmesi, hukuki niteliği gereği, vasiyetname ile aynı kurallara tabi olmamalıdır.⁶⁵⁹ Bu görüşe göre, miras sözleşmesinde, güven prensibi hakim olduğundan, basit saik yanılması burada bir iptal sebebi olarak kabul edilmemeli, yani miras sözleşmesinin sözleşme niteliği üstün gelmelidir. Bu görüşü savunanlar arasında, söz konusu hükmün, miras sözleşmesi bakımından hiçbir şekilde uygulanmasının mümkün olmadığını savunan yazarlar da mevcuttur.⁶⁶⁰ İsviçre doktrininde bir görüş, İMK m. 469 (TMK m. 504) hükmünün yalnızca vasiyetnameler bakımından uygulama alanı bulduğunu, miras sözleşmesinin mirasbırakanın sağlığında iptal edilebilmesi için ise bu hükmün uygulanamayacağını savunmaktadır.⁶⁶¹ Bu görüşe göre, miras sözleşmesinin irade sakatlığı sebebiyle hükümsüzlüğüne ilişkin olarak, İMK m. 7 gereği, İBK m. 23 (TBK m. 30) hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, İMK m. 469 hükmü, basit saik yanılması da dahil olmak üzere, her tür yanılmayı, tasarrufun iptali için yeterli kabul etmektedir. Bu bakımdan, hukuki niteliği farklı olan vasiyetname ve miras sözleşmesi bakımından ayırım yapılmamış olması isabetli değildir ve söz

⁶⁵⁹ Piconi, s. 96; Piotet, s. 220, 281; Itschner, s. 134, 166; Hohl, s. 130; Hrubesch-Millauer, s. 325; Müller, s. 23; Kocayusufpaşaoğlu, s. 330; Oğuzman, s. 102; Dural, s. 271; Dural/Öz, s. 227. İvazsız miras sözleşmesinde saik yanılmasının iptal nedeni olarak kabul edilebileceğine ilişkin görüş için bkz. BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 4; Eren (İptal Davası), s. 31. Raschein, s. 18. Söz konusu yazarlar, ivazlı ve ivazsız miras sözleşmeleri arasında bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, ivazsız ya da yapılan ölüme bağlı tasarruf karşısında çok az değerinde bir ivaz söz konusu olduğunda vasiyetnamelerde olduğu gibi her çeşit yanılmanın iptal sebebi olabileceğini savunmaktadır. İvazlı miras sözleşmesinde ise, bu görüşe göre, mirasbırakan ancak esaslı saik yanılmasına dayanarak miras sözleşmesini iptal ettirebilmelidir.

⁶⁶⁰ İsviçre Federal Mahkemesi bu görüşe katılmadığını açıkça belirtmiştir, bkz. BGE 99 II 382.

⁶⁶¹ Piotet, s. 219; Hohl, s. 130; Schürmann, s. 95; Grundler, s. 105 (yazar bu görüşü yalnızca ivazlı miras sözleşmesi bakımından kabul etmektedir), Hrubesch-Millauer, s. 324.

konusu hükmün yalnızca vasiyetnameler için getirilmiş olduğunu kabul etmek gerekmektedir.⁶⁶² Öte yandan, miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf bakımından İBK m. 23 vd. hükümlerinin uygulanması karşısında, mirasbırakan tarafa İMK m. 469 hükmünün uygulanması, haklı sebebi olmayan eşitsiz bir durum yaratmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlardan *Piotet*'nin, İMK m. 469 hükmünün miras sözleşmesine kıyasen uygulamanın bir ihtimal olabileceğini belirtmekte; ancak bunun yerine söz konusu hükmün miras sözleşmesi bakımından hiç uygulanmayacağını kabul etmenin daha isabetli ve kolay bir yol olduğunu savunmaktadır.⁶⁶³ Fikrimizce, söz konusu görüş, TMK m. 504'ün karşılığı olan mehzaz hüküm İMK m. 469'da "ölüme bağlı tasarruf (*Verfügung von Todes wegen*)" yerine "tasarruflar (*Verfügungen*)" ifadesinin kullanılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, hükmün lafzından, gerekçesinden, Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasından ve doktrindeki hakim görüşten yola çıkarak, miras sözleşmesinin de TMK m. 504 hükmünün uygulama alanına girdiğini; ancak bu uygulamanın miras sözleşmesinin hukuki niteliği gereği vasiyetname ile aynı olmayacağını kabul etmek gerekmektedir. Bu sebeple, TMK m. 504 hükmünün miras sözleşmesi bakımından uygulanmaması gerektiğini savunan söz konusu görüşe katılmıyoruz.

⁶⁶² *Piotet*, s. 220;

⁶⁶³ *Piotet*, s. 220.

i. Saik Yanılmasını Mirasbırakan İçin İptal Sebebi Olarak Kabul Eden Görüş

Birinci görüşü savunan yazarlar, kanunun vasiyetname ve miras sözleşmesi arasında herhangi bir ayrıma gitmemiş olmasına dayanmaktadır.⁶⁶⁴ Bu yazarlar, miras sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olmasından hareket etmektedir. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından, vasiyetnamede olduğu gibi mirasbırakanın iradesi önem taşımaktadır, keza madde metninde kullanılan “tasarruf” terimi miras sözleşmelerini de kapsar şekilde kullanılmaktadır.

Sistematik açıdan değerlendirildiğinde, ehliyet bakımından miras sözleşmesi ve vasiyetname ayrı ayrı düzenlenirken, burada ayrı bir düzenleme olmaması sebebiyle iki tür ölüme bağlı tasarrufun aynı hükümle düzenlendiği sonucu çıkmaktadır. Bu görüşe göre, vasiyetnamede iptal sebebi olarak kabul edilen basit saik yanılması miras sözleşmesi için de bir iptal sebebi olarak kabul edilmelidir.

Son olarak, bu görüş kabul edildiği takdirde, miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafı ile bulunmayan tarafı bakımından farklı hükümler uygulanacak, basit saik yanılması sebebiyle mirasbırakan sözleşmeyi iptal edebilecek iken, karşı taraf bakımından borçlar hukuku kuralları geçerli olduğu için basit saik yanılması iptal sebebi teşkil etmeyecektir.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴ Tuor, Art. 469, N. 2, 3, 23; ZK-Escher, Art. 469, N. 2, 19; Welte, s. 38, 54; İmre/Erman, s. 210; Raschein, s. 18, 64; BernerKomm/Weimar, Art. 469, N. 22; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 4: *Raschein, Weimar* ve *Breitschmid*, burada ivazlı ve ivazsız miras sözleşmesi arasında ayırım yapmakta ve sadece ivazlı miras sözleşmesi bakımından karşı tarafın korunmaya değer bir menfaati bulunduğunu kabul etmektedir.

⁶⁶⁵ Tuor, Art. 469, N. 2, 3, 23; ZK-Escher, Art. 469, N. 2, 6. Eren (İptal Davası), s. 38.

ii. Saik Yanılmasını Mirasbırakan İçin İptal Sebebi Olarak Kabul

Etmeyen Görüş

Doktrindeki hakim görüş⁶⁶⁶ ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşü,⁶⁶⁷ miras sözleşmesinin hukuki niteliğinin vasiyetnameyle aynı kurallara tabi olmasını engellediği yönündedir. Bu yazarlara göre, kanun hükmünde vasiyetname ile miras sözleşmesi arasında bir ayrıma gidilmemesi, her ikisinin de aynı kurallara tabi

⁶⁶⁶ Müller, s. 24, 34; Piconi, s. 96; Piotet, s. 220, 281; Itschner, s. 134, 166; Hohl, s. 130; Hrubesch-Millauer, s. 325; Kocayusufpaşaoğlu, s. 330; Dural, s. 271; Wolf/Genna, s. 420; Dural/Öz, s. 227.

⁶⁶⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, geçmişte miras sözleşmesi ile vasiyetname arasında basit saik yanılması bakımından herhangi bir ayrım yapmayan bir yaklaşım sergilese de, sonraki kararlarında doktrindeki hakim görüşe katılarak, basit saik yanılmasını, miras sözleşmesinin iptali için yeterli kabul etmemiştir. Konuya ilişkin bazı İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz.:

(1) BGE 67 II 13: *“Was die übrigen Anfechtungsgründe des Irrtums und der absichtlichen Täuschung anbelangt, glaubt die Klägerin, ihrer Substanziierungspflicht genügt zu haben, weil im Erbrecht, im Unterschied zur Geltendmachung von Willensmängeln bei Verkehrsgeschäften, jeder beliebig geartete Irrtumstatbestand genügt. Richtig ist, dass der Irrtum kein wesentlicher im Sinne von Art. 24 OR zu sein braucht. Er muss nicht, wie nach Art. 24 Ziff. 4 OR, einen bestimmten, eine notwendige Grundlage des Geschäftes bildenden Sachverhalt betreffen, sondern kann sich auch auf einen blossen Beweggrund und demgemäss sowohl auf gegenwärtige Umstände wie erst in der Zukunft erwartete Ereignisse beziehen.”* Federal Mahkeme, 1941 yılında vermiş olduğu söz konusu kararda, basit saik yanılması bakımından vasiyetname ve miras sözleşmesi bakımından herhangi bir ayrım yapmamıştır.

(2) BGE 75 II 284: *“Bei Verfügungen von Todes wegen richtet sich die Auslegung, wie allgemein anerkannt ist, nach dem wirklichen Willen des Erblassers. Die bei Rechtsgeschäften unter Lebenden massgebende Vertrauensheorie spielt hierbei keine Rolle. Dementsprechend ist auch für die Anfechtung wegen Irrtums die wirkliche Auffassung des Erblassers zu berücksichtigen; der Irrtum braucht kein wesentlicher im Sinne der Art. 23 ff. OR zu sein, insbesondere ein Motivirrtum kein Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Ziff. 4 OR. Vielmehr fällt jeder Motivirrtum in Betracht, sofern er für die Verfügung von bestimmendem Einfluss war. Das ergibt sich aus der weiten Fassung der Art. 469 und 519 ZGB und entspricht bewährter Lehre. Und wie zur Auslegung auch ausserhalb des Testamentes oder Erbvertrages liegende Momente herangezogen werden können, soweit sie dazu dienen, den Sinn der in gesetzlicher Form getroffenen Verfügungen klarzustellen (BGE 64 II 187, 69 II 382, 70 II 13), so sind auch zur Ermittlung der Beweggründe ausserhalb der Urkunde liegende Umstände zu beachten (BGE 72 II 233 Erw. 4).”* 1949 yılında verilmiş olan Federal Mahkeme Kararından alıntılanan kısımda, Federal Mahkeme, basit saik yanılması bakımından miras sözleşmesini, vasiyetnameden ayrı tutmamış ve her ikisi yönünden de basit saik yanılmasını ölüme bağlı tasarrufun iptali için yeterli kabul etmiştir.

(3) BGE 99 II 382: *“Art. 469 ZGB findet auch auf Erbverträge Anwendung. Ein Motivirrtum beim Abschluss eines Erbvertrages ist nur dann beachtlich, wenn er sich auf einen Sachverhalt bezieht, den der Erblasser nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage des Vertrages im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR betrachtet hat.”* İsviçre Federal Mahkemesi, 1973 yılına ilişkin bu kararda, İMK m. 469 (TMK m. 504) hükmünün miras sözleşmesi için de uygulanacağına; ancak İBK m. 24 (TMK m. 32) hükmüne uygun olarak, saik yanılmasının miras sözleşmesi için ancak esaslı yanılma teşkil etmesi halinde iptale sebep olabileceğine hükmetmiştir. Aksi yönde bir görüş bkz. İmre/Erman, s. 210, dp. 11.

tutulmasını zorunlu kılmamaktadır. Söz konusu kanun hükmü her çeşit yanılmanın iptal sebebi olarak kabul edileceğini belirtmemektedir. Buna rağmen vasiyetnamelerde her tür yanılmanın iptal nedeni olarak kabul edilmesi vasiyetnamede irade prensibinin uygulanması sonucudur. Buradan yola çıkıldığında, miras sözleşmesi için de aynı şekilde hukuki niteliğine en uygun düşen çözüm benimsenmelidir.

Borçlar hukukunda, saik yanılması, bir esaslı yanılma niteliği taşımadıkça, iptal sebebi olarak kabul edilmemektedir; bunun sebebi borçlar hukukunda sözleşmenin karşı tarafının güveninin korunmasıdır. TMK m. 5 hükmüne göre, TBK'nın genel nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Miras sözleşmesinin de hukuki niteliği gereği bir karşı taraf vardır ve bu karşı tarafın güveninin korunması gerektiğinden, vasiyetnameden farklı olarak, miras sözleşmesinde irade prensibi değil, güven prensibi geçerlidir. Bunun sonucunda, miras sözleşmesinde mirasbırakanın veya onun ölümünden sonra ilgililerin basit bir saik yanılmasına dayanarak sözleşmeyi iptal etmeleri kabul edilemez ve miras sözleşmesi bakımından, TMK m. 5 hükmü gereği, TBK hükümleri kıyasen uygulanır. TMK m. 504 için geçerli olan bu esas, TMK 557/b. 2 (İMK m. 519/b. 2) hükmü uyarınca mirasbırakanın ölümünden sonra açılacak olan iptal davaları için de geçerlidir.⁶⁶⁸ Miras sözleşmesinde mirasbırakan taraf, tıpkı sözleşmenin karşı tarafı gibi, borçlar hukuku hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucu, esaslı yanılma niteliğinde olmayan saik yanılmalarında miras sözleşmesini iptal edememelidir. Miras sözleşmesinde, sözleşmenin iki tarafı için farklı hükümlerin uygulanmasını

⁶⁶⁸ Piconi, s. 98.

haklı gösterecek bir sebep bulunmamaktadır. Özellikle ivazlı miras sözleşmesi söz konusu olduğunda miras sözleşmesinin karşı tarafı aleyhine olan eşitsizlik daha da belirgin hale gelecektir.⁶⁶⁹ İvazlı bir miras sözleşmesinde sağlararası ivaz borcu altına girmiş olan taraf bakımından TBK genel hükümleri uygulanacağından basit saik yanılmasına dayanma imkanı yok iken, mirasbırakana basit saik yanılmasına dayanarak iptal hakkı tanımak kabul edilemez bir sonuç doğuracaktır.⁶⁷⁰

(bb) Aldatma (Hile)

Yanılma konusundaki tartışma, aynı sebepten dolayı aldatma konusunda da iki farklı görüşe sebep olmaktadır. Miras sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olması dolayısıyla vasiyetnamelerdeki gibi burada da irade prensibinin uygulanacağı ve dolayısıyla saik yanılmasının da bir iptal nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşe göre, kanun hükmünde ayrıca aldatmadan söz edilmiş olması gereksizdir, zira aldatma bir yanılmaya sebep olduğu için, aldatma durumunda da, üçüncü kişinin aldatması da dahil olmak üzere, saik yanılmasına dayanmak mümkün olacaktır.⁶⁷¹

Miras sözleşmelerinin sözleşme niteliğini ön planda tutan baskın görüşe göre ise, saik yanılmaları, esaslı yanılmaya dönüşmediği sürece, bir iptal nedeni olarak kabul edilmemesi gerektiği için kanun hükmünde aldatmadan bahsedilmiş olması isabetlidir. Zira, bu sayede aldatma söz konusu olduğunda, aldatma sonucu düşülen

⁶⁶⁹ Kocayusufoğlu, s. 330.

⁶⁷⁰ Piotet, s. 220.

⁶⁷¹ ZK-Escher, Art. 469, N. 10; Tuor, Art. 469, N.25; Welti, s. 57.

yanılma esaslı olmasa dahi mirasbırakan miras sözleşmesini aldatmaya dayanarak iptal edebilme imkanına sahip olmaktadır.⁶⁷² Üçüncü kişinin aldatması durumunda yine TBK genel hükümleri uygulanacaktır; yani üçüncü kişinin aldatması ancak karşı tarafça biliniyorsa iptal nedeni olarak kabul edilecek, aksi halde mirasbırakan üçüncü kişiden sadece tazminat isteyebilecektir.⁶⁷³

(cc) Korkutma (İkrah)

Yanılma ve aldatmadaki tartışma burada da mevcuttur. Bazı yazarlar miras sözleşmesinin yapılması konusunda etkili olmak şartı ile, korkutmanın esaslı olup olmamasına bakmaksızın her tür korkutmayı iptal nedeni olarak sayarken,⁶⁷⁴ karşı görüşü oluşturan yazarlar irade sakatlıkları halinde miras sözleşmesine TBK genel hükümleri uygulamak gerektiğini ileri sürdüğünden burada da korkutmanın iptal nedeni sayılması için esaslı olması gerektiğini iddia etmektedir.⁶⁷⁵ Tehdit kimin tarafından yapılırsa yapılsın ölüme bağlı tasarrufun iptali sonucunu doğurmaktadır.⁶⁷⁶ Yine üçüncü kişinin korkutması durumunda bundan haberi olmayan karşı taraf, iptal durumunda tazminat isteyebilecektir.⁶⁷⁷

⁶⁷² Piconi, s. 100; Piotet, s. 220, 281; Hohl, s. 134; Raschein, s. 28; Kocayusufpaşaoğlu, s. 331; Dural, s. 275.

⁶⁷³ Piconi, s. 98; Raschein, s. 28; Kocayusufpaşaoğlu, s. 330; Dural, s. 271.

⁶⁷⁴ ZK-Escher, Art. 469, N.12a; Tuor, Art. 469, N. 26.

⁶⁷⁵ Piconi, s. 99; Raschein, s. 31; Kocayusufpaşaoğlu, s. 332.

⁶⁷⁶ Eren (İptal Davası), s. 44.

⁶⁷⁷ Piconi, s. 51; Hohl, s. 135; Itschner, s. 139, Kocayusufpaşaoğlu, s. 332; Dural, s. 278.

(dd) Zorlama (Cebir)

TMK m. 504/I hükmünde korkutmanın yanında zorlamadan da bahsedilmektedir. Zorlama maddi ve manevi zorlama olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Bu maddede düzenlenmiş bulunan zorlama manevi zorlamadır; zira ancak manevi zorlama iptal edilebilirlik nedeni oluşturur.⁶⁷⁸ Maddi zorlama ise fiziki bir zorlamadır. Bu sebeple maddi zorlama söz konusu ise kesin hükümsüzlük mevcuttur.⁶⁷⁹ Örneğin üçüncü bir kişinin, mirasbırakanın elini tutarak yaptırdığı bir ölüme bağlı tasarrufun yaptırımını iptal edilebilirlik değil, kesin hükümsüzlük olmalıdır. Öte yandan, bir görüş, maddi zorlama her ne kadar bir irade sakatlığı hali olmasa da kanunkoyucunun ölüme bağlı tasarruflarda tek bir hükümsüzlük hali tanımak istediği için söz konusu kanun hükmünden hem manevi hem de maddi zorlamanın anlaşılması gerektiğini savunmaktadır.⁶⁸⁰ Ancak ölüme bağlı tasarrufların kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğuran tek durum maddi zorlama değildir.

d. Aşırı Yararlanma (Gabin)

TBK m. 28/I (İBK m. 21) hükmünde düzenlenmiş olan aşırı yararlanmanın (*Übervorteilung*) objektif unsuru, sözleşme taraflarının edimleri arasındaki açık oransızlıktır. Sübjektif unsur ise, aşırı yararlanma sonucu zarar gören taraf bakımından, diğer taraf karşısındaki zayıf durumudur. Diğer sübjektif unsur ise, aşırı

⁶⁷⁸ Eren (İptal Davası), s. 45.

⁶⁷⁹ Wolf/Genna, s. 421; Druey, s. 168; BGE 72 II 154; BGE 98 II 73; farklı görüş için bkz, Welti, s. 62; Eren (İptal Davası), s. 45.

⁶⁸⁰ Welti, s. 62.

yararlanma sonucu karşı tarafa zarar veren kişinin, zarar görenin zayıf durumunu bilmesi ve bu durumdan yararlanmak istemesidir.⁶⁸¹ Aşırı yararlanma kurumunun uygulama alanı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerle sınırlıdır; ancak bu durum diğer sözleşmeler bakımından da kıyasen uygulanabilmesine engel oluşturmamaktadır.⁶⁸²

Tek taraflı hukuki niteliği gereği, aşırı yararlanmanın, vasiyetnamelerde söz konusu olması mümkün değildir. Keza, ivazsız veya tek taraflı miras sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak, ivazlı veya karşılıklı miras sözleşmeleri bakımından aşırı yararlanmanın söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır.⁶⁸³ Doktrin ve yargı kararlarında, söz konusu mesele üzerinde pek durulmamıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla *Piotet*, *Grundler*, *Breitschmid*, *Hrubesch-Millauer* ve *İnan/Ertaş/Albaş* aşırı yararlanmanın ivazlı miras sözleşmesi bakımından söz konusu olabileceğini kabul etmektedir.⁶⁸⁴

Miras sözleşmesinin rizikolu niteliği gereği, tarafların yüklendikleri edimin miktarı, genellikle, önceden belli değildir. Mirasbırakanın ölüme bağlı “edimi” mirasın açılmasıyla belli olacak, karşı tarafın sağlararası ediminin miktarı ise genellikle mirasbırakanın yaşam süresine göre değişecektir. Bu sebeplerle, miras sözleşmesi taraflarının edimleri arasında bir denge tutturmak en baştan mümkün değildir. Miras

⁶⁸¹ Aşırı yararlanma hakkında detaylı bilgi için bkz. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 730.

⁶⁸² Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 735.

⁶⁸³ Tartışmalar için bkz. Hatemi, H.: “Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir Mi?”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 189-195; Hrubesch-Millauer, s. 333.

⁶⁸⁴ Piotet, s. 221; Grundler, s. 215; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 469, N. 17; Hrubesch-Millauer, s. 333; İnan/Ertaş/Albaş, s. 287.

sözleşmesinin yalnızca ekonomik bir çıkar sağlamak amacıyla yapılmaması, genellikle aile ilişkilerine dayanması karşısında edimler arası objektif bir dengenin sağlanması sözleşmenin niteliği bakımından da gerekli değildir.⁶⁸⁵ Bu bakımdan, aşırı yararlanmanın objektif unsuru olan edimler arası açık oransızlık miras sözleşmesi bakımından mevcut değildir.

Aşırı yararlanmanın, sübjektif unsurlarından, zarar görenin karşı tarafa göre zayıf durumda olması miras sözleşmesi bakımından da gerçekleşebilecek bir unsurdur.

Ancak diğer sübjektif unsur olan zarar verenin zayıf durumundan yararlanma kastının, edimler arası baştan itibaren bir denge olmaması dolayısıyla mümkün olup olamayacağı şüphelidir.⁶⁸⁶

Bu bakımdan, aşırı yararlanma hükümlerinin miras sözleşmesi bakımından ancak kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁶⁸⁷ Örneğin, ivazlı miras sözleşmesinde, sözleşmenin karşı tarafının mirasbırakanın ekonomik olarak zor durumda olduğunu bilmesi mümkündür. Bu örneğin, zor olsa da, tersi de mümkündür; bir başka deyişle, mirasbırakan da karşı tarafın zayıf durumundan yararlanıyor olabilir.⁶⁸⁸ Sonuç olarak, miras sözleşmesinde aşırı yararlanmanın söz konusu olması istisnai bir durum olmakla birlikte imkansız da değildir. Bu sebeple, bu kurumun ivazlı miras sözleşmesi bakımından kıyasen uygulanmasının kabul edilmesi gerekmektedir. Mesele karşılıklı miras sözleşmesi bakımından doktrinde değerlendirilmemiştir. Kanaatimizce, iki tarafın birbiri lehine bağlayıcı ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu

⁶⁸⁵ Hrubesch-Millauer, s. 334.

⁶⁸⁶ Hrubesch-Millauer, s. 335.

⁶⁸⁷ Hrubesch-Millauer, s. 335; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B. I), N. 735;

⁶⁸⁸ Örnekler için bkz. Hrubesch-Millauer, s. 336, dn. 982.

karşılıklı miras sözleşmesi bakımından da aşırı yararlanma kıyasen uygulama alanı bulmaktadır. Ancak, burada, her iki tarafın “edimi” de ölüme bağlı olduğu için, aşırı yararlanmanın uygulanma şartları çok daha istisnai olarak gerçekleşebilecektir. Sağlararası bir edim olmaksızın karşı tarafın ölümü halinde hüküm doğuracak bir kazandırma bakımından, kimin önce öleceğinin de kural olarak önceden bilenemeyeceği düşünülürse, böyle bir durumun gerçekleşme ihtimali oldukça düşüktür.

e. Hukuka veya Ahlaka Aykırılık

(aa) Genel Olarak

Ölüme bağlı tasarrufun içeriği veya tasarrufa bağlanan yükleme veya şart hukuka veya ahlaka aykırı ise burada hükümsüzlük söz konusu olacaktır; ancak bu hükümsüzlüğün bir iptal edilebilirlik mi, yoksa bir kesin hükümsüzlük mü teşkil ettiği tartışmalıdır. TMK 557/b. 3 hükmünün açık ifadesine göre hukuka veya ahlaka aykırılık ölüme bağlı tasarruflar bakımından bir iptal sebebidir. Baskın görüş de kanun hükmünün lafzına bağlı olarak burada bir kesin hükümsüzlük değil, iptal edilebilirlik olduğunu savunmaktadır.⁶⁸⁹

Diğer bazı yazarlar ise, hukuka ve ahlaka aykırılığı kesin hükümsüzlük sebebi sayan genel hükmün kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle buna üstünlük tanınması gerektiğini savunmaktadır.⁶⁹⁰ *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre, hukuka veya ahlaka

⁶⁸⁹ Tuor, Art. 519-521; ZK-Escher, Art. 519-521, N. 2, Art. 482, N. 30; Hohl, s. 156; Raschein, s. 52; Eren (İptal Davası), s. 47, 51, 129; BaslerKomm/Forni/Piatti, Art. 519/520, N. 21.

⁶⁹⁰ Piotet, s. 90, 270, 293; Kocayusufpaşaoğlu, s. 336; Hatemi, H.: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, özellikle BK. 65 kuralı, İstanbul 1976, s. 134; Dural, s. 290. Hatemi, s. 228, dp. 21, yazar

aykırı ölüme bağı tasarrufların iptal ettirilmedikçe geçerli sayılması hukuk düzenimizin temelinde yatan değer hükümleri ile çatışmaktadır. Ölüme bağı tasarruflar bakımından, evlenmenin butlanında olduğı gibi, tasarrufu mahkemenin butlan kararına kadar geçerli bir tasarruf gibi ayakta tutmayı haklı gösterecek kamusal bir yarar da söz konusu değildir. Yazara göre, hukuka veya ahlaka aykırı bir ölüme bağı tasarrufun iptal ettirilmediğı için TMK 557/b. 3 hükmüne dayanılarak geçerli kabul edilmesi TMK 2/II anlamında bir norm suistimali oluşturacaktır. Buna göre, ortada gerçek olmayan bir boşluk vardır ve hakim bu keskin hükümsüzlük yaptırımını ile doldurması gerekmektedir.⁶⁹¹

Alman hukukunda, bu konuda ölüme bağı tasarruflara ilişkin özel bir hüküm getirilmemiştir ve bu haller borçlar hukukuna ilişkin genel kural uygulanarak keskin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmaktadır.⁶⁹²

Bir başka nokta ise, kısmi geçersizliğin ölüme bağı tasarruflar bakımından uygulanıp uygulanamayacağıdır. TBK m. 27/2 hükmüne göre, sözleşmenin içerdığı hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılmadıkça, diğer hükümlerin geçerliliğini etkilememektedir. Bir miras sözleşmesinde birden fazla tasarruf söz konusu olabilmektedir. Bunlardan sadece bir kısmı hukuka veya ahlaka aykırı ise burada TBK m. 27/2 hükmü uygulanmalıdır ve yalnızca mirasbırakan ilgili tasarrufun hükümsüz olacağını bilse idi, diğer tasarrufları da yapmayacak idiyse miras

burada ölüme bağı tasarrufla kurulan vakfın hukuka veya ahlaka aykırı olması durumunu değerlendirmiş ve burada iptal edilebilirlik değil, keskin hükümsüzlük olduğu sonucuna varmıştır.

⁶⁹¹ Kocayusufoaşaoğlu, s. 336.

⁶⁹² Kipp/Coing, s. 112; Brox/ Walker, Rn. 258.

sözleşmesi tümüyle iptal olmalıdır.⁶⁹³ Aksi halde, kısmi geçersizlik söz konusu olmalıdır. İptal davasının ölüme bağlı tasarrufun tümüne veya bir kısmına ilişkin olabileceğini düzenleyen TMK m. 558/II hükmü de aynı sonucu yansıtmaktadır.

TMK m. 504 hükmü ile yalnızca irade bozuklukları bakımından getirilmiş olan mirasbırakanın hayattayken tasarrufunu iptal etmesi imkanının ehliyetsizlik halinde uygulanacağı kabul edildiği gibi hukuka veya ahlaka aykırılık durumunda da uygulama alanı bulmaktadır.⁶⁹⁴ Bir başka deyişle, hukuka veya ahlaka aykırılığa dayanarak mirasbırakan sağlığında yaptığı miras sözleşmesini iptal edebilmektedir. Hükümde tasarrufun sağlık kazanması sonucunu doğuran bir yıllık hak düşürücü süre, yalnızca irade sakatlıkları bakımından söz konusudur. Ehliyetsizlik veya hukuka ve ahlaka aykırılık durumunda bir yıl sessiz kalınırsa tasarruf sağlık kazanmamaktadır. Mirasbırakan sağlığında süreye tabi olmaksızın iptal beyanında bulunmaz ise, tasarruftaki hukuka veya ahlaka aykırılık mirasbırakanın ölümünden sonra TMK m. 557/b. 3 hükmüne dayanılarak iptal davasına konu olabilecektir.

(bb) Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramları

Ölüme bağlı tasarrufların hukuka veya ahlaka aykırılığına ilişkin TMK m. 515/II (İMK m. 482/2) ve m. 557/b. 3 (İMK m. 519/1/b. 3) hükümleri, TBK m. 27/I (İBK m. 20/1) hükmünün özel bir uygulamasını oluşturmakta; ancak miras hukukunun kendine özgü niteliği gereği burada kesin hükümsüzlük değil, iptal edilebilirlik söz konusu olmaktadır. TMK m. 5 hükmüne uygun olarak, ölüme bağlı tasarrufların

⁶⁹³ Eren (İptal Davası), s. 62.

⁶⁹⁴ Piotet, s. 280; Wolf/Genna, s. 429.

hukuka ve ahlaka aykırılığına bünyesine uygun düştüğü ölçüde TBK'nın ilgili hükümleri uygulanmaktadır.

Hukuka aykırılık miras sözleşmesinin içeriğinin emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması halinde söz konusu olur. Aynı kural miras sözleşmesi içinde düzenlenen bir tasarrufa ilişkin koşul ve yüklemeler bakımından da geçerlidir. Ahlaka aykırılık, tasarrufun veya koşul ve yüklemenin konusunun veya amacının ahlaka aykırı olması veya lehdarı bir fiile zorlaması halinde söz konusu olur.⁶⁹⁵ Bir kişiyi din değiştirmeye ya da evlenmeye veya evlenmemeye zorlamak gibi haller kişilik hakkını ihlal etmenin yanısıra ahlaka da aykırıdır.

Ahlaka aykırılık mutlak bir şekilde tanımlanamaz, ahlak kavramı zaman içerisinde değişiklik göstermektedir. Bu durumda yapılan ölüme bağlı tasarrufun ahlaka uygunluğunu, tasarrufun yapıldığı zamana göre mi, yoksa hakimın karar vereceği ana göre mi belirlemek gerektiği değerlendirilmelidir. Bir süre önce ahlaka aykırı sayılan bir durum bugün değerlendirildiğinde ahlaka aykırı kabul edilmeyebilir. Alman hukukundaki hakim görüşe göre, bu değerlendirme yapılırken tasarrufun yapıldığı an değil, hakimın karar vereceği an dikkate alınmalıdır.⁶⁹⁶ Hakimın, karar vereceği anda geçerli olan ahlak anlayışından ayrılması düşünülemeyecektir.⁶⁹⁷

Öte yandan, bir başka tartışma da ahlaka aykırılığa ilişkin bir değerlendirme yapılırken hangi andaki fiili ilişkilerin dikkate alınması gerektiğine ilişkindir.

⁶⁹⁵ Eren (İptal Davası), s. 58; Wolf/Genna, s. 425.

⁶⁹⁶ BGH NJW 1983 674; BGH NJW 1984 2150.

⁶⁹⁷ Kocayusufoğlu, s. 337.

Örneğin, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufu yaptığı sırada evlidir ve bir başkasıyla ilişkisi vardır ve ilişkisi olan kişi lehine, durumu ona da haber vererek, ölüme bağlı kazandırmada bulunmuştur. Daha sonra mirasbırakan boşanmış ve halihazırda ilişki yaşadığı kişiyle evlenmiş ve sonrasında hayatını kaybetmiştir. Ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda sevgili lehine olan ölüme bağlı kazandırma, mirasbırakanın ölümü anında sağ kalan eş lehinedir. Bu durumda hangi andaki fiili ilişkinin dikkate alınması gerektiği önem taşır. Alman hukukundaki çoğunluk görüşüne göre, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı andaki fiili ilişkiler değerlendirilmeli ve yukarıdaki örnekte sevgili lehine yapılan ölüme bağlı tasarruf ahlaka aykırılık sebebiyle iptal edilmelidir. Bu görüşe göre, aynı şekilde, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı sırada ahlaka aykırı olmayan bir ölüme bağlı kazandırma miras açıldığında ahlaka aykırı hale gelse bile bu durum tasarrufun geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu halde böyle bir tasarrufa dayanarak hak iddia eden kişiye hakkın kötüye kullanıldığı itirazı yapılabilmektedir.⁶⁹⁸ *Kocayusufpaşaoğlu* ise azınlık olan karşı görüşü savunmakta ve ahlaka aykırılık değerlendirmesinin mirasın açıldığı an dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁹⁹ Yazara göre, hiç değilse, mirasbırakanın ölümünden sonra karar vermek söz konusu ise hüküm anı dikkate alınmalıdır. Miras sözleşmesinin mirasbırakan henüz hayatta iken ahlaka aykırılık sebebiyle hükümsüzlüğü ileri sürülürse, burada ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı andaki fiili ilişkiler esas alınmalıdır.

Eklemek gerekir ki, sevgili lehine yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufların ahlaka aykırılığı gerçek hayattaki görülme sıklığı sebebiyle önemli bir konudur ve

⁶⁹⁸ BGHZ 53 369, 377; BGHZ 20 71 73; BGH NJW 1973 1645.

⁶⁹⁹ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 338, dn. 42

geçmişten günümüze farklı görüşlerin ortaya atılmasına sebep olmuştur.⁷⁰⁰ Bu konuda geçmişte yapılan değerlendirmeler günümüz koşullarında büyük ölçüde geçerliliklerini yitirmiştir. Konunun önemi özellikle taraflardan biri ya da her ikisi de evli ise söz konusudur. Zira, günümüz ahlaka aykırılık telakkilerine göre iki bekar insanın ilişkisi normal karşılanacaktır.⁷⁰¹

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, bir ölüme bağlı kazandırmanın ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüz sayılması için, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun yapılmasına yol açan saikin ahlaka aykırı olması yeterli değildir.⁷⁰² Buna ek olarak, bizzatihi ölüme bağlı tasarrufun ahlaka aykırı bir nitelik taşıması gerekmektedir. Bu durumda, sevgili lehine yapılan herhangi bir ölüme bağlı kazandırma değil, sadece kazandırma lehdarını evliliğini ortadan kaldırıp kendisi ile evlenmesi için veya evlilik kurumuna aykırı düşen ilişkilerini devam ettirmek için yapılan kazandırmalar hükümsüz olmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin gerekli gördüğü bir diğer şart ise, kazandırma lehdarının, ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği tarihten önce veya sonra söz konusu tasarruf ile lehine yapılan kazandırmanın mevcudiyetinden ve esaslı şartlarından haberdar olmasıdır.⁷⁰³ Zira, ancak kazandırma lehdarı bundan haberdar olursa, kazandırma, lehdarın davranışını etkilemeye elverişli olacaktır. Kazandırma lehdarının ölüme bağlı tasarrufun içeriğini tam olarak bilmesi gerekmemektedir. Lehdarın yapılan ölüme bağlı tasarrufta iyi bir yeri olduğunu, lehine önemli bir

⁷⁰⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Lange/Kuchinke, s. 829.

⁷⁰¹ Aynı yönde, İmre, Z.: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Ahlaka Aykırılık Sebebi İle İptali Konusunda İsviçre Mahkeme İçtihatlarında Görülen Gelişme Ve Temayüller”, MHAD yeni seri, Yıl 1, Sayı 1, s. 138-148, s. 146. Günümüzde birçok Avrupa ülkesinde evlenmeden karı-koca hayatı yaşanan duygusal ilişkilerde birtakım haklara sahip olunmak amacıyla “kayıtlı birliktelik” (*eingetragene Lebenspartnerschaft*) olarak adlandırılan kurum hukuki bir nitelik kazanmıştır.

⁷⁰² BGE 73 II 15; BGE 85 II 378; BGE 93 II 165; BGE 109 II 15; Wolf/Genna, s. 426; BaslerKomm/Forni/Piatti, Art. 519/520, N. 21.

⁷⁰³ BGE 73 II 15; BGE 85 II 378; BGE 93 II 161; BaslerKomm/Forni/Piatti, Art. 519/520, N. 21.

kazandırma yapıldığını bilmesi yeterlidir; zira bu bilgi, mirasbırakanla evlilik dışı ilişkilerinin devamına ilişkin kararını etkilemeye elverişlidir.⁷⁰⁴

(cc) Hukuka veya Ahlaka Aykırı Koşul ve Yüklemeler

TMK m. 515/II (İMK m. 482/II) hükmüne göre, hukuka veya ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler ilişkin bulundukları tasarrufu geçersiz kılmaktadır.⁷⁰⁵ Borçlar hukukundan (TBK m. 176) farklı olarak, burada geçersizliğin türü kesin geçersizlik değil, iptal edilebilirliktir. Maddenin eski halindeki (EMK m. 462) ifade bugünkü kadar net olmadığı için hukuka veya ahlaka aykırılık halinde yalnızca koşul veya yüklemenin iptal edileceği görüşünü savunmak mümkün olabilirdi. Zira bazı durumlarda ölüme bağlı tasarrufun önemsiz bir koşul veya yükleme sebebiyle iptal edilmesi istenmeyen bir sonuç olabilmektedir. Bu sebeple bazı hukuk sistemleri hukuka aykırı koşul ve yüklemeleri yazılmamış saymayı tercih etmiştir.⁷⁰⁶ Bu çözüm özellikle yüklemeler için daha uygun görünmektedir. Zira yükleme, koşuldan farklı olarak, ilişkin bulunduğu tasarrufun kaderine bağlı değildir. Bu sebeple de yüklemenin bağlı bulunduğu tasarruftan farklı bir muameleye tabi tutulması mümkün olmalıdır.⁷⁰⁷ Keza durum Alman hukukunda böyledir. AMK § 2195 hükmüne göre, mirasbırakan, söz konusu yükleme olmadan da aynı tasarrufu yapacak idiyse, yalnızca yükleme hükümsüz olmakta ve asıl tasarruf geçerliliğini korumaktadır.

⁷⁰⁴ BaslerKomm/Forni/Piatti, Art. 519, 520, N. 21; BGE 109 II 15; BGE 73 II 15, BGE 93 II 161; Kocayusufoğlu, s. 335'ten naklen Piotet (JdT), s. 203.

⁷⁰⁵ Hukuka ve ahlaka aykırı olan koşul ve yüklemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. İmre/Erman, s. 137; İmre, s. 142; Sirmen, s. 124.

⁷⁰⁶ Roma hukukunda hukuka veya ahlaka aykırı koşula bağlanarak yapılan işlemlerde yalnızca koşul geçersiz, işlem geçerlidir. Bu sistemler hakkında bkz. Raschein, s. 57; İmre/Erman, s. 138;

⁷⁰⁷ Eren (İptal Davası), s. 48

Alman hukukundaki bu düzenlemeden yola çıkan bir görüş, Türk-İsviçre hukukunda da aynı uygulamanın yapılabileceğini savunmaktadır.⁷⁰⁸ Buna göre, Türk-İsviçre hukukundaki ilgili hüküm yorumlanmalı ve mirasbırakanın iradesi ön planda tutularak doğrudan hukuka veya ahlaka aykırı yüklemenin ilgili bulunduğu tasarrufu geçersiz hale getirdiği kabul edilmemelidir. Bu konuda bir sonuca varmak için mirasbırakanın iradesi dikkate alınmalıdır. Mirasbırakan, yüklemenin geçersizliğinin bağlı bulunduğu tasarrufu da geçersiz kılacağını bilseydi, tasarrufunu böyle bir yüklemeye bağlamayacak idiyse, yalnızca yüklemenin hükümsüz olması ve ilişkin bulunduğu tasarrufun geçerliliğini koruması gerektiği kabul edilmelidir. Buna karşın, mirasbırakanın söz konusu yükleme olmadan ilişkin olduğu tasarrufu da yapmayacağı anlaşılıyorsa, burada yükleme ile birlikte ilişkin olduğu tasarrufun da geçersiz olması gerekmektedir.

Karşı görüş ise, Türk-İsviçre hukukundaki ilgili maddenin yorumlayıcı değil, emredici olduğunu savunmaktadır.⁷⁰⁹ Buna göre, maddenin uygulamasında mirasbırakanın iradesi esas alınamayacaktır. Yükleme ne kadar önemsiz olursa olsun ahlaka aykırılığı bütün tasarrufun iptaline sebep olmaktadır. Öte yandan, yüklemenin bağlı bulunduğu tasarrufu ayakta tutmak için yükleme bakımından mirasbırakanın yanılmaya dayanma imkanı bulunmaktadır.⁷¹⁰ Mirasbırakan yüklemeyi belirlerken bunun hukuka veya ahlaka uygun olduğu konusunda yanıldığını ispat ederse tasarrufa dokunulmaksızın yalnızca yükleme iptal edilebilecektir.⁷¹¹

⁷⁰⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz: BernerKomm/Weimar, Art. 482, N.82.

⁷⁰⁹ İmre/Erman, s. 138; ZK-Escher, Art. 482, N. 30.

⁷¹⁰ Tuor, Art. 482, N. 27b; ZK-Escher, Art. 482, N. 30; Raschein, s. 58.

⁷¹¹ Tuor, Art. 482, N. 27b; ZK-Escher, Art. 482, N. 30.

Öte yandan, mirasbırakanın bu konudaki iradesini açık bir şekilde düzenlemiş olması da mümkündür. Mirasbırakan tasarrufuna bağladığı koşul ve yüklemenin hüküm ifade etmesini bunların hukuka veya ahlaka aykırı olmaması şartına bağlayabilmektedir. Bu şekilde mirasbırakan koşul veya yüklemesinin hukuka veya ahlaka aykırı olması durumunda yalnızca bunların geçersiz olup, bunların bağlı bulundukları tasarrufu ayakta tutmayı sağlayabilmektedir. ⁷¹²

Hukuka veya ahlaka aykırı koşul ve yüklemelerden farklı olarak, TMK m. 515 hükmünün son fıkrasına göre, anlamsız ve rahatsız edici koşul ve yüklemeler yok farz edilmektedir. Bir başka deyişle, yapılan ölüme bağlı tasarruf, söz konusu koşul ve yükleme olmaksızın geçerli kabul edilmektedir. ⁷¹³

f. İptalin İleri Sürülmesi

İptalin ileri sürülmesini, mirasın açılmasından önce ve mirasın açılmasından sonra olmak üzere ikiye ayırmak suretiyle incelemek gerekmektedir. Mirasın açılmasından önce yalnızca miras sözleşmesinin tarafları miras sözleşmesinin iptalini isteyebilmektedir. Ancak mirasın açılmasından sonra, ilgili diğer kişiler (tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçılar ve lehine vasiyet yapılan ilgililer) de miras sözleşmesinin iptalini talep ve dava edebilmektedir. ⁷¹⁴

⁷¹² Tuor, Art. 482, N. 27.

⁷¹³ Anlamsız ve rahatsız edici koşul ve yüklemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. İmre/Erman, s. 139.

⁷¹⁴ İmre/Erman, s. 217.

(aa) Mirasın Açılmasından Önce İptalin İleri Sürülmesi

TMK m. 504/I hükmü iptalin mirasbırakanın sağlığında ileri sürülmesi halini sadece irade sakatlıkları bakımından düzenlemektedir. Ancak hakim görüş, bir yıllık hak düşürücü süre hariç olmak üzere, bu hükmün diğer geçersizlik sebepleri olan ehliyetsizlik, hukuka veya ahlaka aykırılık ve şekil eksikliği hallerinde de uygulanacağını kabul etmektedir. Bu halde, mirasbırakan iptal beyanında bulunurken vasiyetname şekillerinden birine uymak ve beyanını sözleşmenin karşı tarafına iletme zorundadır.

(bb) Mirasın Açılmasından Sonra İptalin İleri Sürülmesi (İptal Davası)

Ölüme bağlı tasarruflar mirasın açılmasıyla hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Bu aşamada tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçılar veya vasiyet alacaklıları iptal sebeplerinden birini bünyesinde barındıran ölüme bağlı tasarrufa ilişkin iptal davası açabilmektedir (TMK m. 558, İMK m. 519). Mirasçılar içerisine yasal mirasçıların yanısıra iradi mirasçılar da dahildir. Mirasbırakanın ve mirasçıların borçluları iptal davası açamamaktadır. Keza vasiyeti yerine getirme görevlisi de ölüme bağlı tasarrufun iptalini dava edememektedir.⁷¹⁵ İptal davasında davalılar, iptal edilmesi söz konusu olan tasarruftan doğrudan mirasa ilişkin bir menfaat sağlayanlardır.

⁷¹⁵ Yargıtay İBK. 07.12.1955, 16/25.

TMK m. 559 hükmüne göre iptal davası açma hakkı, davacının tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde vasiyetnamelerde açılma tarihinden, diğer tasarruflarda mirasın geçmesinden itibaren iyiniyetli davalılara karşı on yıl, iyiniyetli olmayan davalılara karşı yirmi yıl geçmekle düşmektedir. Davalı kişi, ölüme bağlı tasarrufa ilişkin iptal sebebini biliyor ya da bilmesi gerekiyor ise iyiniyetli değildir. Söz konusu süreler hak düşürücü süredir.⁷¹⁶ Bir başka deyişle, bu süreler içerisinde iptal davası açılmaz ise dava açma hakkı düşecek ve ölüme bağlı tasarruf geçerliliğini koruyacaktır. Hükümsüzlük, m. 559 hükmünün son fıkrasına göre, def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilmektedir (iptal def'i). İptal def'ini ileri sürmek için söz konusu ölüme bağlı tasarrufa konu olan tereke eşyasına zilyet olmak gerekmektedir.⁷¹⁷

İptal davası sonucunda, geçmişe etkili ve yenilik doğuran bir karar verilmektedir. İptal kararı ile, iptal edilen ölüme bağlı tasarruf, baştan itibaren hükümsüz hale gelmekte ve iptal davası sonunda davacı lehine yeni bir hukuki durum meydana getirilmektedir.⁷¹⁸ İptal kararı, usul hukukundaki genel prensipten farklı olarak, yalnızca dava tarafları (*inter partes*) bakımından etkilidir.⁷¹⁹ İptal kararının yalnızca dava tarafları bakımından etkili olduğunun kabulü, iptal edilen ölüme bağlı tasarrufun, kısmen dahi olsa, bir ölçüde mirasbırakanın arzusuna uygun olarak ayakta

⁷¹⁶ Eski kanun metninde m. 501 hükmündeki “müruruzaman” ifadesi, sürelerin hukuki niteliği konusunda tereddüt oluşturmaktaydı. Yeni kanun metninde bu konu açıklığa kavuşturulmuştur.

⁷¹⁷ Yargıtay 2. HD. 17.04.1947, 5474/2163; BGE 86 II 451; BGE 58 II 404.

⁷¹⁸ Wolf/Genna, s. 431; İmre/Erman, s. 224.

⁷¹⁹ Yargıtay İBK. 07.02.1955, 16/25; Yargıtay 2. HD. 22.11.1990, 5170/11447; Yargıtay 2. HD. 08.07.1948, 3128/4173; BGE 57 II 152; BGE 78 II 183; BGE 31 II 33; BGE 91 II 327, BDK-Forni/Piatti, Art. 519/520, N. 30; Wolf/Genna, s. 431.

tutulması sonucunu doğurmaktadır. Zira, aleyhine iptal davası açılmamış olan ölüme bağlı tasarruf lehdarları bakımından ölüme bağlı tasarruf geçerliliğini sürdürmektedir.⁷²⁰ Keza, burada iptal kararının herkes bakımından etkili olmasını zorunlu kılacak bir kamu yararı söz konusu değildir.⁷²¹

İptal kararı, bazı durumlarda vasiyetname veya miras sözleşmesinin tamamına ilişkin iken, bazı durumlarda yalnızca vasiyetname veya miras sözleşmesi içerisinde yer alan belirli bir tasarrufa ilişkin olmaktadır. Yalnız belirli bir tasarrufun mu, yoksa tüm vasiyetname veya miras sözleşmesinin mi iptal edileceği konusu iptal sebebinin niteliğine ve irade beyanının yorumuna bağlıdır.⁷²² İptal sebebi bulunan tasarruf ile diğer tasarruflar arasında yakın bir bağıllık varsa, başka bir deyişle, iptal olacak tasarruf bulunmadığı takdirde diğer tasarrufların da yapılmayacağı anlaşılırsa, tasarruflarının tümünün iptali gerekmektedir. Böyle bir yakın bağıllık söz konusu değilse, sadece iptal sebebi bulunan tasarruf iptal edilmekte, diğer tasarruflar geçerliliğini korumaktadır.⁷²³

II. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Mirasbırakanın miras sözleşmesinin bağlayıcılığından kurtulması için miras sözleşmesini sona erdirmesi gerekmektedir. Vasiyetname yapan mirasbırakan, bundan istediği zaman dönebilirken, miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın miras sözleşmesinden dönmesi kural olarak mümkün değildir. Miras sözleşmesi yalnızca

⁷²⁰ İmre/Erman, s. 226.

⁷²¹ İmre/Erman, s. 226.

⁷²² İmre/Erman, s. 225.

⁷²³ İmre/Erman, s. 225.

kanunda belirtilen imkanlar dahilinde sona erdirilebilmekte ve bu şekilde bağlayıcılığın kurtulmak mümkün olmaktadır. Miras sözleşmesinin yapılması ile mirasbırakanın ölümü arasında genellikle uzun zaman bulunması, miras sözleşmesinin bağlayıcılığını taraflar ve özellikle mirasbırakan tarafından daha da zorlaştırmaktadır. Söz konusu süreçte, mirasbırakan ile sözleşmenin karşı tarafı veya lehdar üçüncü kişi arasındaki kişisel ilişkiler değişebilir veya miras sözleşmesi konusu olan malvarlığı değerlerinde önemli farklılıklar ortaya çıkabilmektedir.⁷²⁴ Bunun sonucu olarak, miras sözleşmesi zaman içerisinde mirasbırakanın iradesini yansıtmaktan uzaklaşmaktadır. Halbuki mirasbırakanın iradesine uygun olarak son isteklerinin gerçekleşmesini sağlamak miras hukukunun temel amaçlarından biridir.⁷²⁵ Miras hukukunun bu amacı ile miras sözleşmesinin bağlayıcılığı arasında söz konusu olan menfaat çatışmasına yönelik bir denge sağlamak gerekmektedir.⁷²⁶

Miras sözleşmesinin bağlayıcılığının sınırları, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan veya iptal sebebi taşıyan tasarrufların iptali imkanının yanısıra, kanunda miras sözleşmesinin sona ermesinin mümkün kılındığı durumlardır. Bunları miras sözleşmesinin kanun gereği kendiliğinden sona erdiği haller, miras sözleşmesine tarafların anlaşmasıyla son verilmesi ve miras sözleşmesinden dönmenin mümkün olduğu sınırlı haller olarak saymak mümkündür.

⁷²⁴ Hrubesch-Millauer, s. 255.

⁷²⁵ Weigold, H.: Aufhebung und Änderung letztwilliger Verfügungen, Diss. Zürich 1969, s. 116.

⁷²⁶ Hrubesch-Millauer, s. 256.

A. Miras Sözleşmesinin Kendiliğinden Sona Ermesi (Kanun Gereği)

1. Miras Sözleşmesi Lehdarının Mirasbırakandan Önce Ölmesi

Miras sözleşmesi lehdarının mirasbırakandan önce ölmesi halinde TMK m. 548/I (İMK m. 515/I) hükmü uyarınca miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkmaktadır.⁷²⁷ Bu kural emredici değildir, aksi kararlaştırılabilmektedir.⁷²⁸ Söz konusu hüküm yasal mirasçılıktaki mirasbırakan öldüğünde hayatta olma kuralının (TMK m. 580/I, İMK m. 542) bir tekrarıdır.

Miras sözleşmesi ile iradi mirasçı atanan kişinin mirasbırakandan önce ölümünde yasal mirasçılıktan farklı olarak halefiyet ilkesi uygulanmamaktadır. Bunu tekrarlayan TMK m. 548, aynı zamanda miras sözleşmesi ivazlı ise mirasbırakanın elde etmiş olduğu ivazın akıbetini de düzenlemektedir. TMK m. 548/II hükmüne göre, mirasbırakandan önce ölen kişinin mirasçıları, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, mirasbırakandan elde etmiş olduğu ölüm tarihindeki zenginleşmenin iadesini isteyebilmektedir. Bir başka deyişle, ivazlı miras sözleşmesinde, karşı taraf ivaz borcunu sağlığında yerine getirmiş ise, mirasçıları bu ivazın iadesini sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri isteyebilmektedir.⁷²⁹ Karşı taraf, ivazı yerine getiremeden ölmüş ise, artık mirasbırakanın bunu isteme hakkı ortadan kalkmaktadır. Burada mirasbırakanın iade borcunun kapsamı karşı tarafın ölümü anında elinde

⁷²⁷ Wolf/Genna, s. 392; İmre/Erman, s. 194.

⁷²⁸ ZK-Escher, Art. 515, N. 2; Hohl, s. 9; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 515, N. 1.

⁷²⁹ ZK-Escher, Art. 515, N. 3; Tuor, Art. 515, N.5; Piotet, s. 189; Kocayusufpaşaoğlu, s. 242; Oğuzman, s. 211; Wolf/Genna, s. 393; İmre/Erman, s. 194; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 515, N. 2.

kalan zenginleşmedir. İvazın geri verilmesine ilişkin bu hüküm emredici değildir, aksi kararlaştırılabilmektedir.⁷³⁰

Miras sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğuran durum, miras sözleşmesi lehdarının ölmesidir. Yani üçüncü kişi yararına yapılmış olan miras sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafının değil, lehdar üçüncü kişinin ölümü bu sonucu doğuracaktır. Son olarak, miras sözleşmesinde, miras sözleşmesi lehdarına yapılmış tasarruflar dışında başkası lehine yapılmış tasarruflar ya da tek taraflı tasarruflar mevcutsa, tasarrufların ya da mirasbırakanın iradesinden, biri olmadan diğerinin de yapılmayacağı anlaşılmadıkça, miras sözleşmesi onlar bakımından varlığını sürdürecektir.⁷³¹

2. Evlenmenin Sona Ermesi

TMK m. 181/I (İMK m. 154/III) hükmüne göre boşanan eşler, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, boşanmadan önce yapılmış olan bir ölüme bağlı tasarruf ile kendilerine sağlanmış olan hakları kaybetmektedir.⁷³² Hükümde yalnızca boşanmadan bahsedilmesine rağmen evlenmenin mutlak veya nisbi butlan ile sona ermesi durumunda da aynı sonuca varılmaktadır. Bu hüküm emredici değildir, taraflar aksini kararlaştırabilmektedir. Bu kararlaştırma açık olabilir ya da mirasbırakanın boşanma halinde dahi miras sözleşmesi yapacağı anlaşıyor ise

⁷³⁰ BaslerKomm/Breitschmid, Art. 515, N. 2.

⁷³¹ Dural, s. 206.

⁷³² Yargıtay 2. HD. 21.06.1984, 5635/5824.

örtülü olarak kararlaştırıldığı kabul edilebilmekte ve miras sözleşmesi geçerliliğini korumaktadır.⁷³³

Boşanma veya iptal halinde eşlerin yalnızca birbirleri lehine yaptıkları miras sözleşmesi değil, üçüncü kişi lehine yaptıkları miras sözleşmesi de sona ermektedir. Öte yandan, lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulan üçüncü kişi, eşin bir yakını değil ise yorum sonucu, mirasbırakanın boşanma halinde dahi söz konusu miras sözleşmesini yapacağı anlaşılıyorsa miras sözleşmesi sona ermemektedir.⁷³⁴

Miras sözleşmesinin ivazlı olması halinde boşanma veya iptalden önce yerine getirilen ivaz borcunun akıbetine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple burada MK m. 548/II hükmü kıyasen uygulanarak iade talep edilebilecektir.⁷³⁵

Nişanın bozulması halinde yapılmış olan miras sözleşmesine ne olacağı kanunda düzenlenmiş değildir. Bu durumda iki imkan söz konusu olabilmektedir. İlk olarak miras sözleşmesinin nişanlanmanın evlenme ile sonuçlanacağı bozucu şartına bağlı olarak yapıldığı kabul edilip, bu şart gerçekleşmediği için miras sözleşmesinin sona erdiği kabul edilebilir. İkinci olarak ise, miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunan nişanlının bunu nişanlısıyla evleneceğini düşünerek yapmış olduğundan yola çıkılarak, nişanın bozulması halinde burada temel yanılması niteliğinde bir saik yanılması olduğu için miras sözleşmesinin iptal edilebileceği sonucuna varılabilir.⁷³⁶

⁷³³ Dural, s. 209.

⁷³⁴ Kipp/Coing, s. 160; Brox/ Walker, s. 104.

⁷³⁵ Beck, s. 63.

⁷³⁶ Dural, s. 211.

Alman hukukunda ise nişanlılar eşler ile aynı hükümlere tabi tutulmuştur (AMK § 2279/2).

3. Mirastan Yoksunluk Sebeplerinden Birinin Varlığı Halinde

TMK m. 578 (İMK m. 540) hükmü gereğince mirastan yoksunluk sebebi mevcut ise bu kişiler ölüme bağı tasarrufla da herhangi bir hak edinmemekte ve önceden yapılmış olan miras sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. İvazlı miras sözleşmesinde mirasbırakanın miras sözleşmesi uyarınca elde ettiğı zenginleşmenin iadesine ilişkin TMK m. 548/II hükmü kıyasen uygulanmaktadır.⁷³⁷

4. Bozucu Şartın Gerçekleşmesi ya da Geciktirici Şartın Gerçekleşmemesi

Miras sözleşmesinin bu şekilde kendiliğinden sona ermesi için mirasbırakan hayatta iken bozucu şartın gerçekleşmesi ya da mirasbırakan hayatta iken geciktirici şartın gerçekleşmemesi gerekmektedir.⁷³⁸

⁷³⁷ ZK-Escher, Art. 513, N. 1; Tuor, Art. 513, N. 9; Piotet, s. 189; Kocayusufpaşaoğlu, s. 349; Oğuzman, s. 210; İmre/Erman, s. 195.

⁷³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 349; Oğuzman, s. 211.

B. Miras Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması ile Sona Ermesi (Miras Sözleşmesine Son Verme Sözleşmesi) (İkale)

(aa) Genel Olarak

Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiş olmakla birlikte, irade serbestisi ilkesine uygun olarak taraflar yaptıkları sözleşmeyi yine bir sözleşme ile ortadan kaldırebilmektedir. Bu sözleşme ikale, bozma sözleşmesi ya da sözleşmeyi ortadan kaldırma sözleşmesi (*Aufhebungsvertrag, contrarius actus*) olarak isimlendirilmektedir.⁷³⁹ TMK m. 546/I (İMK m. 513/I) hükmü uyarınca miras sözleşmesi, tarafların yazılı anlaşması ile her zaman ortadan kaldırılabilir. Burada söz konusu olan miras sözleşmesine son verme sözleşmesidir (*Aufhebungsvertrag*). Miras sözleşmesi bir sözleşme olduğu için tarafların bunu tek taraflı olarak ortadan kaldırebilmeleri kural olarak mümkün olmamakta, bu ancak iki tarafın da anlaşmasıyla, yani yine bir sözleşme ile yapılabilmektedir. Taraflar bu sözleşmeyle daha önce yapmış oldukları miras sözleşmesini tamamen veya kısmen ortadan kaldırebilmektedir. Mirasbırakan veya karşı taraf TMK m. 23/II (İMK m. 27/II) hükmü uyarınca bu haklarından önceden vazgeçmemektedir.

(bb) Hukuki Niteliği

Alman hukukunda, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin (AMK § 2290) yanısıra, AMK § 2291 hükmü uyarınca miras sözleşmesinin bir vasiyet alacağı ya da

⁷³⁹ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 3111; Bucher, s. 390; Larenz, K.: Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil, Band I, Verlag C. H. Beck, 14. Auflage, München 1987, s. 272; Oğuzman/Öz (C. II), s. 410; Eren, s. 1284.

yükleme içerdği durumlarda mirasbırakana bu miras sözleşmesini bir vasiyetname ile, karşı tarafın onayını (*Zustimmung*) almak koşuluyla, sona erdirmeye imkanı tanınmaktadır. Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmesini bu yoldan sona erdirmeye yine gerçek anlamda bir sözleşme ile gerçekleşmektedir.⁷⁴⁰ TMK m. 546/I (İMK m. 513/I) hükmü miras sözleşmesinin tarafların yazılı anlaşmasıyla her zaman ortadan kaldırılabileceğini düzenlemektedir. Bu sözleşmenin hukuki niteliğinin bir sağlararası hukuki işlem veya bir ölüme bağlı tasarruf olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.⁷⁴¹

Doktrindeki çoğunluk görüşü, bu sözleşmenin bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu savunmaktadır.⁷⁴² Zira bu sözleşme hüküm ve sonuçlarını mirasbırakanın ölümünden sonra doğurmaktadır. Bu ana kadar taraflar anlaşarak her zaman bu sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Bu görüşün bir diğere dayanağı da ilgili kanun maddesinin “Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekilleri (*Die Verfügungsformen*)” başlıklı dördüncü ayırımda düzenlenmiş olmasıdır.⁷⁴³ Bu görüşe göre, söz konusu sözleşme bir ölüme bağlı tasarruf olduğu için, burada mirasbırakan bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı bir

⁷⁴⁰ Hohl, s. 5; Wolf/Genna, s. 385; Hrubesch-Millauer, s. 258.

⁷⁴¹ Bu tartışmalar için bkz. Tuor, Art. 513, N.15; ZK-Escher, Art. 513, N.4; Speckert, s. 36; Piotet, s. 262; Hohl, s. 6; Gross, s. 107; Hrubesch-Millauer, s. 258; Kocayusufpaşaoğlu, s. 242, dn. 4; Dural/Öz, s. 117.

⁷⁴² Tuor, Art. 513, N.15; ZK-Escher, Art. 513, N.4; Speckert, s. 36; Piotet, s. 262; Hohl, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, s. 242, dn. 4; Dural/Öz, s. 117. *Henrici*, miras sözleşmesine son vermenin ortak vasiyetname yapma yasağının bir istisnası olduğunu öne sürmektedir (Henrici, s. 176). *Speckert* ise bu görüşe, olumlu bir tasarruf içermeyen bir işlemin vasiyetname olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürerek karşı çıkmaktadır (Speckert, 138). Biz *Dural/Öz* gibi iki görüşe de katılmamaktayız (Dural/Öz, s. 117). Öncelikle, miras sözleşmesine son vermenin yine bir sözleşme ile yapılmasına karşı çıkan ve bu işlemin bir ortak vasiyetname olduğunu savunan görüşe katılmıyoruz; çünkü TMK m. 546/I hükmünde düzenlenen “tarafların anlaşması” ifadesinden bir sözleşme değil de ortak vasiyetname sonucuna varmak için geçerli bir sebep bulunmadığı kanaatindeyiz. Öte yandan, vasiyetnamenin içeriğinde mutlaka bir olumlu tasarruf olması gerektiğini ifade eden görüşe de katılmamaktayız. Vasiyetnameden yeni bir vasiyetname yaparak dönmeyi düzenleyen TMK m. 542/I hükmü de bu görüşün doğru olmadığını göstermektedir.

⁷⁴³ Hohl, s. 6.

hakkın kullanımı mevcut olup temsilci kullanılamamaktadır.⁷⁴⁴ Miras sözleşmesi tek taraflı ise, ölüme bağlı tasarrufta bulunmamış olan taraf bakımından temsil mümkündür. Yine miras sözleşmesi iki taraflı olmakla birlikte taraflardan yalnızca biri kendi tasarrufu bakımından miras sözleşmesine son vermekte ise, sadece kabul beyanında bulunacak karşı taraf bakımından temsil söz konusu olabilmektedir, zira yalnızca ölüme bağlı tasarrufta bulunan bakımından temsil yasağı bulunmaktadır. Öte yandan, iki taraflı bir miras sözleşmesinde iki taraf da ölüme bağlı tasarrufunu sona erdirmek istiyorsa, sona erdirmeye sözleşmesini iki taraf da bizzat yapmalıdır.⁷⁴⁵

Karşı görüş ise, bu sözleşmenin bir ölüme bağlı tasarruf olmayıp bir sağlararası hukuki işlem olduğunu savunmaktadır.⁷⁴⁶ Bu görüşe göre, öncelikle söz konusu hukuki işlem, ölüme bağlı tasarruf kavramının tanımına uymamaktadır. Miras sözleşmesi ve vasiyetname şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar da tasarrufun içeriğini oluşturmaktadır. Bu tanımlamaya göre, ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın terekesi üzerinde ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuracak hukuki işlemlerdir. Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin, bir ölüme bağlı tasarruf olması için hukuki niteliğı gereğı bir miras sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi gerekmektedir. Bahsi geçen sözleşme hüküm ve sonuçlarının mirasbırakanın ölümünden sonra doğurmaktadır; ancak TMK m. 546/I (İMK m. 513/I) hükmü uyarınca burada TMK m. 545 hükmünde miras sözleşmesi için aranan resmi vasiyetname şekli aranmamakta, tarafların yazılı bir sözleşme yapmaları yeterli

⁷⁴⁴ Hohl, s. 11; İmre/Erman, s. 190; Dural/Öz, s. 117.

⁷⁴⁵ Tuor, Art 468, N. 12; ZK-Escher, Art. 468, N. 7; Hohl, s. 7.

⁷⁴⁶ Gross, s. 107; Hrubesch-Millauer, s. 258.

kabul edilmektedir. Bu hükme dayanılarak söz konusu sözleşmenin bir miras sözleşmesi olmayıp, bir sağlararası hukuki işlem olduğu savunulmaktadır.⁷⁴⁷

Biz bu hususta miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olduğu çoğunluk görüşüne katılmaktayız. Kanun hükmünde yazılı şeklin yeterli kabul edilmesi, sözleşmenin hukuki niteliği yönünden belirleyici değildir, yalnızca kolaylaştırılmış bir şekil zorunluluğu söz konusudur. Öte yandan, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin olumlu anlamda bir ölüme bağlı tasarruf içermiyor olması, onun bir ölüme bağlı tasarruf olmadığı anlamına gelmemektedir. Vasiyetnameden yine bir vasiyetname ile dönmenin (TMK m. 542/I) kanunda düzenlenmiş olması karşısında, ölüme bağlı tasarrufların yalnızca olumlu tasarruflarla sınırlı olmadığını kabul etmek gerekmektedir.

Belirtilmesi gerekir ki, yazılı şekil, miras sözleşmesinin yalnızca sona erdirilmesi halinde yeterlidir. Bir başka deyişle, yazılı şekle uyarak miras sözleşmesini değiştirmek mümkün değildir. Miras sözleşmesinde değişiklik yapmak için resmi şekilde yapılmış yeni bir miras sözleşmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Buna ek olarak, söz konusu sözleşme aynı taraflar arasında yapılan ikinci bir miras sözleşmesinin içerisine de dahil edilebilmektedir.⁷⁴⁸ Bu halde yeni bir miras sözleşmesi söz konusu olduğu için resmi vasiyetname şekline uyulması gerekmektedir. Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir sağlararası tasarruf olduğunu savunan görüşe göre, son verme sözleşmesi ikinci bir miras sözleşmesi içeriğine dahil edilmiş olsa da sağlararası tasarruf olma özelliğini korumakta, miras sözleşmesi bir sağlararası

⁷⁴⁷ Hrubesch-Millauer, s. 260.

⁷⁴⁸ Hrubesch-Millauer, s. 260.

tasarruf ile birleşmiş olmaktadır. Zira, miras sözleşmesi, bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan tasarrufların yanısıra sağlararası tasarruflar da içerebilmektedir.⁷⁴⁹

Miras sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesi imkanı yalnızca sözleşme taraflarına tanınmaktadır. Miras sözleşmesi lehdarı bir üçüncü kişi ise bu üçüncü kişinin miras sözleşmesinin sona ermesi bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.⁷⁵⁰

(cc) İçeriği

Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin söz konusu miras sözleşmesinin tamamını sona erdirmesi gerekmekte, sona erdirme kısmi de olabilmektedir.⁷⁵¹ Bu sözleşmenin ivazlı olarak yapılmasına da bir engel bulunmamaktadır.

Son verilen miras sözleşmesi mirasçı atama veya belirli mal bırakma tasarrufunu içermekteyse, kısmi sona erdirme, bu tasarrufların miktarının azaltılması (*Reduktion*) şeklinde de gerçekleşebilmektedir.⁷⁵² Öte yandan, miktarın artırılması isteniyorsa, bu artık bir son verme sözleşmesi değil, yeni bir miras sözleşmesi teşkil edeceği için miras sözleşmesi şekline tabi olacaktır.

⁷⁴⁹ Hrubesch-Millauer, s. 260.

⁷⁵⁰ İmre/Erman, s. 190; Dural/Öz, s. 117.

⁷⁵¹ Tuor, Art. 513, N. 16; ZK-Escher, Art. 513, N. 2; Piotet, s. 262; Gross, s. 114; Hohl, s. 33; Hrubesch-Millauer, s. 261.

⁷⁵² Tuor, Art. 513, N. 16; Piotet, s. 262; Gross, s. 115; Büttiker, s. 131; Piconi, s. 115; Hohl, s. 26; Hrubesch-Millauer, s. 261.

Miras sözleşmesini sona erdirmeye sözleşmesinin bir şarta bağlanıp bağlanamayacağı ve bunun sözleşmenin şekil şartına etkisi değerlendirilmelidir. Kural olarak sağlararası hukuki işlemler ve ölüme bağlı tasarruflar şarta bağlanabilmektedir. Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin de, hukuki nitelik olarak bir ölüme bağlı tasarruf ya da sağlararası hukuki işlem olmasından bağımsız olarak, şarta bağlanabileceğini kabul etmek gerekmektedir.⁷⁵³ Öte yandan, miras sözleşmesini sona erdirmeye sözleşmesinin şarta bağlanması halinde, miras sözleşmesinin sona erip ermeyeceği hususu gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan bir olaya bağlanmış olduğundan burada artık yalnızca bir sona erdirmeye sözleşmesi değil, daha ziyade miras sözleşmesine ilişkin bir değişiklik yer almaktadır. Bu sözleşmenin şarta bağlanması miras sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılmasından farklı bir sonuç doğurmamaktadır. Bu sebeple, bu sözleşme şarta bağlanmak istenirse artık bir miras sözleşmesi şeklinde yapılması, yani resmi vasiyetname şekline uyulması gerekmektedir.⁷⁵⁴

Son olarak, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde, tarafların mirasbırakanın miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldıracabileceğine ilişkin bir belirleme yapabileceği de ileri sürülmektedir.⁷⁵⁵ Halbuki böyle bir belirlemeyi tarafların şekil bakımından kolaylaştırılmış olan miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde yapmalarına izin vermemek gerekmektedir.⁷⁵⁶ Aksi halde, miras sözleşmesine son

⁷⁵³ Hohl, s. 27; Hrubesch-Millauer, s. 262.

⁷⁵⁴ Hrubesch-Millauer, s. 263; Karşı görüş için bkz. Hohl, s. 27. Yazar, koşulun bağımsız bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olmamasından yola çıkarak, yazılı şeklin koşula bağlanan miras sözleşmesine son verme sözleşmesi bakımından da yeterli olduğunu savunmaktadır. Biz bu görüşe katılmıyoruz.

⁷⁵⁵ Gross, s. 116.

⁷⁵⁶ Hrubesch-Millauer, s. 263.

verme sözleşmesinin şarta bağlanması durumunda olduğu gibi, kolaylaştırılmış şekil, miras sözleşmesinin içeriğini değiştirmek amaçlı kötüye kullanılmış olacaktır. Geri alma hakkının saklı tutulması, tartışmalı olmakla birlikte, ancak miras sözleşmesinin içerisinde ve miras sözleşmesi şekline uyulmak suretiyle kabul edilmelidir.

(dd) Şartları

i. Tarafların hayatta olması

Miras sözleşmesinin tarafların anlaşması ile sona ermesi aynı taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile mümkün olmaktadır. Bu durumda miras sözleşmesi taraflarının hayatta olmaları gerekmektedir.⁷⁵⁷ Ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf öldüğünde, zaten miras sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Miras sözleşmesinde mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin (üçüncü kişi lehine miras sözleşmesinde üçüncü kişi lehdar) önce ölmesi halinde ise TMK m. 548/I (İMK m. 515/I) hükmü uyarınca miras sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir.⁷⁵⁸

⁷⁵⁷ Tuor, Art. 513, N. 12; ZK-Escher, Art. 513, N. 3; Gross, s. 108; Moser, s. 70; Speckert, s. 36; Hohl, s. 8.

⁷⁵⁸ Bu kural emredici olmadığından, mirasbırakan miras sözleşmesinin karşı tarafının kendisinden önce ölmesi ihtimaline karşılık bir yedek mirasçı atayarak miras sözleşmesini ayakta tutmak istemiş olabilir. Bu durumda yine yedek mirasçı miras sözleşmesinin tarafı olmadığı için onunla miras sözleşmesini sona erdirmeye sözleşmesi yapılamamaktadır. Bu halde, miras sözleşmesinin sona ermesi ancak yedek mirasçı ile yapılacak bir mirastan feragat sözleşmesi ile mümkün olabilecektir (ZK-Escher, Art. 495, N. 5; Hrubesch-Millauer, s. 272). Bir diğer ihtimal ise, üçüncü kişi lehdarın mirasbırakandan önce ölmesi durumunda, miras sözleşmesinde yerine bir yedek mirasçı atanmış olması halidir. Bu durumda, miras sözleşmesi lehdarı yerine yedek mirasçı geçecek ve sözleşme ayakta kalacaktır; ancak sözleşmenin tarafları hala hayatta olduklarından, sözleşmeyi sona erdirmeye imkanları devam etmektedir. Üçüncü kişi lehdar gibi, üçüncü kişi yerine geçen yedek lehdarın da, tarafların sözleşmeyi sona erdirmeleri hususunda onay vermesi gerekmemektedir. Bunun gerekçesi, üçüncü kişi lehine yapılan miras sözleşmesinin borçlar hukuku anlamında üçüncü kişi yararına sözleşme teşkil etmemesidir.

Üçüncü kişi lehine yapılan miras sözleşmesinin sona ermesi için miras sözleşmesi lehdarının değil, sözleşmenin karşı tarafının sona erdirme sözleşmesi yapması gerekmektedir. Bu noktada, üçüncü kişi lehdarın miras sözleşmesinin sona ermesine ilişkin rızasının alınması gerekmemektedir. Üçüncü kişi lehine yapılan bir miras sözleşmesinde, sözleşmenin karşı tarafı mirasbırakandan önce ölürse, bu durumda artık miras sözleşmesini bir sözleşme ile sona erdirme imkanı ortadan kalkmaktadır.⁷⁵⁹ Durum böyle olmakla birlikte, mirasbırakan, lehine tasarrufta bulunulan üçüncü kişi ile mirastan feragat sözleşmesi yaparak aynı sonuca ulaşabilecektir.⁷⁶⁰

ii. Ehliyet

Çoğunluk görüşüne göre, miras sözleşmesini tarafların anlaşmasıyla sona erdirme bir ölüme bağlı tasarruf olup sözleşme niteliği taşıması gerektiğinden miras sözleşmesine ilişkin ehliyet kurallarına tabidir, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan karşı taraf için ise genel ehliyet kuralları uygulanmaktadır. Öte yandan, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin sağlararası bir tasarruf olduğunu savunan görüş dahi ehliyet bakımından miras sözleşmesi yapma ehliyeti ile aynı şartlara sahip olunması gerektiğini ileri sürmektedir.⁷⁶¹ Zira, miras sözleşmesine son verme sözleşmesi, en az miras sözleşmesinin kendisi kadar, önem arz eden bir hukuki işlemdir.

⁷⁵⁹ Tuor, Art. 513, N. 14.

⁷⁶⁰ ZK-Escher, Art. 513, N.3; Dural, s. 217; Beck, s. 61; Hohl, s. 10; Hrubesch-Millauer, s. 273.

⁷⁶¹ Hrubesch-Millauer, s. 280.

Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu savunan bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre, bu sözleşmenin ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf bakımından bizzat yapılması gerekmektedir.⁷⁶² Sözleşmenin karşı tarafı ise genel hükümlere uygun olarak temsilci kullanabilmektedir. Öte yandan, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir sağlararası tasarruf olduğunu savunan görüşe göre de, son verme sözleşmesi, miras sözleşmesinin kendisi kadar önemli bir hukuki işlem olduğundan, mirasbırakanın miras sözleşmesine son verme sözleşmesini bizzat yapması gerekmektedir.⁷⁶³

iii. Şekil

(aaa) Yazılı Şekil Şartı

Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından iki farklı görüş söz konusu olduğundan, sözleşmenin tabi olduğu şekil şartlarını da buna göre değerlendirmek gerekmektedir. Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir sağlararası tasarruf olduğunu savunan görüş dikkate alınırsa, sağlararası hukuki işlemler bakımından kural şekil serbestisidir. TBK m. 12/I (İBK m. 11/1) hükmüne göre, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Ortadan kaldırılacak sözleşme özel bir şekil şartına tabi olsa dahi bozma sözleşmesi kural olarak bir şekil şartına bağlı değildir.⁷⁶⁴ Keza, TBK m. 132 (İBK m. 115) hükmüne göre, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle

⁷⁶² Tuor, Art. 513, N. 15; ZK-Escher, Art. 513, N. 4, Piotet, s. 262, Moser, s. 69; Büttiker, s. 128; Hohl, s. 6.

⁷⁶³ Hrubesch-Millauer, s. 280.

⁷⁶⁴ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 3104, 3111; von Tuhr, A./ Escher, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Auflage, Zürich 1974, s. 165.

bağlı tutulmuş olsa bile, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları İbra sözleşmesiyle borç tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.⁷⁶⁵ Kural bu olmakla birlikte, kanun (TMK m. 546/I, İMK m. 513/1) burada özel bir şekil şartı olarak yazılı şekil şartını öngörmüştür. Bu nedenle, söz konusu halde bir istisna olduğu ve bu nedenle genel kurallardan farklılaştığı kabul edilmektedir.⁷⁶⁶

Çoğunluğu oluşturan bizim de katıldığımız görüş ise, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu kabul etmektedir. Bu bakımdan, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir miras sözleşmesi teşkil edip, onun şekline tabi olması gerekmektedir. Ancak, TMK m. 546/I (İMK m. 513/1) hükmü gereği miras sözleşmesine son verme sözleşmesi için yazılı şekil gerekli ve yeterli kabul edilmiştir. Burada mirasbırakan miras sözleşmesinden farklı olarak bir yükümlülük altına girmediği için resmi şekil aranmamıştır.⁷⁶⁷ Taraflar yine de isterlerse bu sözleşmeyi miras sözleşmesi şekline uygun olarak yapabilmektedir. Bu şekil kurallarına uyulmaması durumunda, miras sözleşmesine son verme sözleşmesi TMK m. 557/b.4 hükmü uyarınca iptal edilebilir.⁷⁶⁸

Adi yazılı şekil, söz konusu sözleşmenin yalnızca miras sözleşmesini sona erdirmekten ibaret olması halinde yeterlidir; yani aynı taraflar arasında

⁷⁶⁵ İbra sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Larenz (B. I), s. 267; von Tuhr/Escher, s. 173; Bucher, s. 398; Schwenger, s. 415; BaslerKomm/Gabriel, OR Art. 115, N. 2; Oğuzman/Öz (C.II), s. 414; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 985; Kılıçoğlu (Borçlar), s. 578; Gümüş, M. A.: İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015. İbra dar anlamdaki borcu sona erdiren bir sebeptir. İbra sözleşmesinin sözleşme ilişkisindeki borçların tamamını sona erdirmesi de mümkündür; ancak geniş anlamda borç ilişkisi için ikale sözleşmesi yapmak gerekmektedir (Eren, s. 1296).

⁷⁶⁶ Hrubesch-Millauer, s. 273.

⁷⁶⁷ Dural/Öz, s. 118. Karşı görüş: Gross, s. 121; Büttiker, s. 127; Hohl, s. 21. Yazarlar kolaylaştırılmış şeklin yeterli sayılmasını eleştirmektedir.

⁷⁶⁸ Hohl, s. 22; Dural/Öz, s. 118.

gerçekleştirilen bu sözleşme ile sona erdirmenin yanısıra başka tasarruflarda da bulunulması halinde yeni bir miras sözleşmesinin varlığı söz konusu olmakta ve bu da resmi şekli gerektirmektedir.⁷⁶⁹ Yine miras sözleşmesini sona erdirmek yerine değiştiren bir sözleşme söz konusu ise burada da yeni bir miras sözleşmesi söz konusu olacağı için, değişiklik ikincil noktalara ilişkin olmadıkça (TBK m. 13), resmi şekle uymak zorunludur.⁷⁷⁰

Eklemek gerekir ki, miras sözleşmesine, son vermeden hiç bahsetmeyen; ancak aynı taraflar arasında yapılan ve miras sözleşmesi ile bağdaşmayan yeni bir miras sözleşmesi ile de son vermek mümkündür.⁷⁷¹ Bu halde bir miras sözleşmesine son verme sözleşmesi değil, yeni bir miras sözleşmesi söz konusudur ve dolayısıyla resmi şekle uyulması gerekmektedir.

Son olarak, doktrinde, miras sözleşmesi belgesinin karşı taraf ile birlikte hareket etmek suretiyle yok edilmesini (*die gemeinsame Vernichtung der Erbvertragsurkunde*) de miras sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesi kapsamında kabul eden yazarlar mevcuttur.⁷⁷² TMK m. 546/I (İMK m. 513/1) hükmünün açık şekilde yazılı şekli emretmesi karşısında, fikrimizce bu görüşün kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.⁷⁷³ Tarafların miras sözleşmesine son

⁷⁶⁹ Gross, s. 111; Speckert, s. 36; Büttiker, s. 130, Hohl, s. 21.

⁷⁷⁰ ZK-Escher, Art. 513, N.5; Speckert, s. 36; Oğuzman, s. 221, dn. 465; Berki, s. 86, dn. 138; Gönensay, S./ Birsen, K.: Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1963, s. 122; Hrubesch-Millaue, s. 273; İmre/Erman, s. 190; Dural/Öz, s. 118.

⁷⁷¹ Tuor, Art. 513, N. 18; ZK-Escher, Art. 513, N. 4; Piotet, s. 262; Hohl, s. 25; Beck, s. 61; Oğuzman, s. 221, dn. 465; Wolf/Genna, s. 386; BernerKomm/Weimar, Art. 513, N. 3; Dural/Öz, s. 118.

⁷⁷² Tuor, Art. 513, N. 8; ZK-Escher, Art. 513, N. 1; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s. 614.

⁷⁷³ Bu görüşün kabulü halinde doğabilecek sıkıntılara ilişkin olarak bkz. Hrubesch-Millaue, s. 274. Yazar özellikle, kısmi bir son verme söz konusu olduğunda, daha da fazla problemin ortaya çıkacağına işaret etmektedir. Bu bakımdan bu görüşün, yalnızca tam son verme amaçlanıyorsa, kabul

verme iradelerinin (*animus revocandi*) son verme sözleşmesinden anlaşılıyor olması gerekmektedir. Bu konudaki bir belirsizlik durumunda sözleşmenin yorumlanması gerekmektedir. Bu yorum sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin, bu mümkün olmazsa en azından farazi iradelerinin belirlenmesi amacı taşımaktadır.

(bba) İmza

Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde, iki tarafın imzasının da gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Söz konusu husus, yine miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin tartışmalı hukuki niteliğine bağlı olarak çözüme kavuşturulabilmektedir. Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu savunan çoğunluk görüşü, TBK m. 14/I (İBK m. 13/1) hükmünden farklı olarak, borç altına girmemelerine rağmen, sözleşmeyi her iki tarafın da imzalaması gerektiğini, sözleşmenin ölüme bağlı tasarruf niteliğinin bunu gerektirdiğini savunmaktadır.⁷⁷⁴ Nitekim, TMK m. 545 (İMK m. 512) hükmü, miras sözleşmesinin şeklini düzenlerken sözleşmenin taraflarının sözleşmeyi imzalamaları gerektiğini öngörmüştür.

Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir sağlararası hukuki işlem olduğunu ileri süren görüşe göre ise, TBK m. 14/I (İBK m. 13/1) hükmü uygulanmalıdır. Buna göre, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin

edilebileceğini belirtmektedir, ki bu halde de, miras sözleşmesi belgesinin tüm kopyalarının ortadan kaldırılması gerekmektedir. Aksi halde, ispat sorunları gündeme gelecektir.

⁷⁷⁴ Tuor, Art. 513, N. 17; ZK-Escher, Art. 513, N. 4; Speckert, s. 36; Piotet, s. 262; Moser, s. 69; Hohl, s. 24; Dural/Öz, s. 118. Sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın imzasının yeterli sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışmalar için bkz: Druey, s. 130; BGE 104 II 344.

imzalarının bulunması zorunludur. Bu bakımdan bir sözleşmeden herhangi bir yükümlülük altına girmeyip, yalnızca yarar sağlayan sözleşme tarafının sözleşmeyi imzalaması gerekmemektedir.⁷⁷⁵ Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin hangi tarafa yükümlülük yüklediği ve hangi tarafa yüklenmediği belirlenirken miras sözleşmesinin farklı türlerine göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. İvazsız bir miras sözleşmesi söz konusu ise, burada miras sözleşmesine son verme sözleşmesi ile, miras sözleşmesi lehdarı mirasa ilişkin beklentisini kaybetmekte ve buna karşılık mirasbırakan miras sözleşmesi sebebiyle karşı karşıya kaldığı tasarruf özgürlüğü sınırlamasından kurtulmaktadır. Bu durumda, ivazsız miras sözleşmesine son verme sözleşmesinden yalnızca yarar sağlayan taraf mirasbırakan iken, sözleşmenin karşı tarafı mirasa ilişkin beklentisini kaybetmektedir. Sonuç olarak, ivazsız miras sözleşmesine son verme sözleşmesinden yalnızca yarar sağlayan taraf olan mirasbırakanın sözleşmede imzasının bulunması zorunlu değildir.⁷⁷⁶ İvazlı miras sözleşmesine son verme sözleşmesi söz konusu ise, miras sözleşmesi lehdarı yine miras beklentisini kaybetmekte, aynı zamanda da sağlararası edim borcundan kurtulmaktadır. Mirasbırakan ise miras sözleşmesinin sebep olduğu tasarruf kısıtlamasından kurtulacak; ancak diğer yandan da karşı taraftan sağlayacağı ivazı kaybetmiş olacaktır. Bu durumda, ivazlı miras sözleşmesine son verme sözleşmesi yapmakla, mirasbırakan ve sözleşme lehdarı karşı taraf yalnızca bir yarar

⁷⁷⁵ BGE 104 II 341, söz konusu karar metni Fransızca olup, Hrubesch-Millauer, s. 275'ten naklen aktarılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ivazsız mirastan feragat sözleşmesine ilişkin olarak 1978 yılında verdiği bu kararda, mirastan feragat sözleşmesine son verme sözleşmesinde, yalnızca yükümlülük altına giren tarafın imzalaması gerektiğine hükmetmiştir. Bu durumda, mirastan feragat sözleşmesinde imzalaması gereken taraf mirasbırakandır. İsviçre Federal Mahkemesi bu kararıyla miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde tarafların imzalarının gerekip gerekmediği konusunda karar verirken, İBK m. 13 hükmünü uygulamıştır: *“Wird ein Erbverzichtsvertrag ohne Bedingung und ohne Gegenleistung aufgehoben, so besteht kein Grund, von den Bestimmungen über die Schriftform abzuweichen: es genügt, dass der Aufhebungsvertrag die Unterschrift derjenigen Person trägt, die durch ihn verpflichtet wird, d. h. des Erblassers.”*

⁷⁷⁶ Hrubesch-Millauer, s. 278.

sağlamamakta, aynı zamanda da bazı haklarından vazgeçmektedir. Bu sebeple ivazlı miras sözleşmesine son verme sözleşmesini her iki tarafın da imzalaması gerekmektedir.⁷⁷⁷

Miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde imza konusundaki tartışmada önemli olan nokta, bu sözleşmeye TBK m. 14/I hükmünün uygulanıp uygulanmayacağıdır. Miras sözleşmesi hem bir sözleşme, hem de bir ölüme bağlı tasarruf olması sebebiyle çifte nitelik göstermektedir. Ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesi, TMK'daki ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tabidir. Diğer yandan, bir sözleşme olan miras sözleşmesi, TMK m. 5 (İMK m. 7) hükmüne uygun olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine niteliğine uygun düştüğü ölçüde tabîdir. Bu bakımdan, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu kabul eden, bizim de katıldığımız, çoğunluk görüşüne göre, miras sözleşmesine son verme sözleşmesine, TBK genel hükümlerine kıyasla, özel hüküm teşkil edeceğinden ilk olarak TMK'daki ölüme bağlı tasarruf hükümleri uygulanacak, burada uygulanacak herhangi bir hüküm bulunmadığı takdirde niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK genel hükümleri uygulanacaktır. Fikrimizce, miras sözleşmesine son verme sözleşmesini bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul ettikten sonra, imza konusunda TMK m. 545 hükmüne, TBK m. 14 hükmüne kıyasla, öncelik tanınması gerekmektedir. Bu bakımdan, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde sözleşmenin her iki tarafının da imzasının bulunması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız.

⁷⁷⁷ Hrubesch-Millaue, s. 278.

(ee) Sonuçları

Miras sözleşmesine son verme sözleşmesi tüm miras sözleşmesini kapsayabileceği gibi, yalnızca bazı tasarrufları kapsayacak ya da tasarrufların miktarını azaltacak şekilde kısmi de olabilmektedir. Kısmi bir son verme söz konusu ise, yalnızca son vermenin kapsadığı tasarruflar sona ermekte, diğer tasarruflar ise geçerliliklerini korumaktadır.⁷⁷⁸ Belirtmek gerekir ki, kısmi sona ermede son verilmek istenen tasarruflar ile geri kalan tasarruflar arasında, geri kalanların tek başlarına geçerli olmalarına imkan vermeyecek ölçüde bir bağ olmamalıdır; aksi halde onların da geçersiz olmaları gerekmektedir.⁷⁷⁹ Tüm miras sözleşmesini kapsayan bir son verme sözleşmesi var ise, miras sözleşmesi bütün olarak sona ermektedir.

i. Tam Son Verme Sözleşmesi

Tam sona ermede (*vollständige Aufhebung*) miras sözleşmesinin tümüyle ortadan kalkacağını belirtmek sorunları çözmemektedir. Miras sözleşmesinde tek taraflı tasarruflar veya başkası lehine tasarruflar da söz konusu olabilmektedir. Miras sözleşmesinin tam bir son verme tasarrufuyla ortadan kaldırılması halinde bu tasarrufların akıbeti tartışmalıdır. İsviçre hukukunda çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, tam sona erme tek taraflı tasarruflar da dahil olmak üzere tüm miras sözleşmesini ortadan kaldırmaktadır.⁷⁸⁰ AMK § 2299/3 hükmü de,

⁷⁷⁸ Piotet, s. 262.

⁷⁷⁹ Hohl, s. 33'ten naklen: Knapp, s. 232 ve Öztrak, İ.: La révocation des pactes successoraux en droit suisse, Diss. Neuchâtel 1957, s. 49; Dural/Öz, s. 118.

⁷⁸⁰ ZK-Escher, Art. 513, N. 3; Piotet, s. 263; Hohl, s. 34; Gross, s. 117; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 4.

mirasbırakanın iradesinden aksi anlaşılmadıkça, tek taraflı tasarrufların da tam son verme sözleşmesi ile ortadan kalkacağını belirtmektedir. Öte yandan bu bir adi karineden ibarettir ve mirasbırakanın iradesinin aksi yönde olduğu ispat edilerek çürütülebilmektedir.⁷⁸¹ Öte yandan, tek taraflı tasarrufların sözleşmedeki bağlayıcı tasarruflarla arasında bir bağıllık söz konusu ise tek taraflı tasarruflar da sona ermektedir.⁷⁸²

Sonucu itibariyle bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, yalnızca miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde açık şekilde, tek taraflı tasarrufların da sona erdirilmek istendiği anlaşıyorsa, tek taraflı tasarrufların sona ereceğini savunmaktadır.⁷⁸³ Bu görüşe göre, vasiyetnameden dönmek için söz konusu olan seçenekler (TMK m. 542, m. 543, m. 544; İMK m. 509-511) ile miras sözleşmesini sona erdirmek için öngörülen yollar (TMK m. 546; İMK m. 513), kanunda birbirinden farklı şekilde düzenlenmektedir. Bu bakımdan, söz konusu görüşe göre, vasiyetnameden dönülmesi için aranan şekil şartları miras sözleşmesine son verme sözleşmesi ile karşılanmış olmamaktadır.⁷⁸⁴ Biz şekil şartının sağlanmadığı görüşüne katılmıyoruz. Fikrimizce, vasiyetnameden TMK m. 543 hükmüne uygun olarak yok etme suretiyle dönmek dahi mümkün iken, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin, miras sözleşmesi içeriğinde yer alan vasiyetname hükmündeki tek taraflı tasarrufları sona erdirmek için gerekli olan şekil şartını karşıladığı kabul edilmelidir.⁷⁸⁵ Burada tartışılması gereken, miras sözleşmesine son verme

⁷⁸¹ Hohl, s. 34'ten naklen: Knapp, s. 231; Öztrak, s. 51.

⁷⁸² Hohl, s. 34; Hrubesch-Millauer, s. 265; Dural/Öz, s. 119.

⁷⁸³ Hrubesch-Millauer, s. 265.

⁷⁸⁴ Hohl, s. 35'ten naklen: Knapp, s. 232; Hrubesch-Millauer, s. 265.

⁷⁸⁵ Aynı yönde bkz. Hohl, s. 35'ten naklen: Öztrak, s. 52; Hohl, s. 35; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 509-511, N. 6.

sözleşmesiyle ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağını tespit edildiği tek taraflı tasarruflar bakımından mirasbırakanın bir dönme iradesinin (*animus revocandi, eine Widerrufs- oder Aufhebungsabsicht*) mevcut olup olmadığıdır. Şekil şartının yerine getirildiği kabul edilse dahi, mirasbırakanın tek taraflı tasarruftan dönme iradesi açık şekilde anlaşılmadıkça, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin söz konusu tek taraflı tasarrufu da sona erdirmeyeceği kabul edilmelidir.⁷⁸⁶ Fikrimizce, miras sözleşmesine tam olarak son vermeyi amaçlayan bir sözleşme yapıldığında, bundan aksi açıkça anlaşılmadıkça, tek taraflı tasarruflara da son verilmek istendiği anlaşılmamaktadır. Bu bakımdan, miras sözleşmesine son verme sözleşmesi, tek başına, mirasbırakanın vasiyetname hükmündeki tek taraflı tasarruflarını da ortadan kaldırmak yönünde bir iradesi (*animus revocandi*) olduğu anlamına gelmemektedir. Tek taraflı tasarruflarının da sona ermesini isteyen mirasbırakan, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde bunu açıkça belirtmelidir. Bu takdirde, mirasbırakanın tek taraflı tasarruflarına yönelik dönme iradesi açıkça ortaya konmuş olacağından, sona erme sözleşmesi, vasiyetname hükmündeki tasarruflardan dönmeyi de içermektedir.

Son olarak değinilmesi gereken husus, miras sözleşmesi içerisinde bulunan sağlararası tasarrufların tam son verme sözleşmesinden ne şekilde etkileneceğidir.

Miras sözleşmesi içerisinde bulunan her bir tasarrufun kural olarak birbirinden bağımsız olduğu ilkesine ivazlı miras sözleşmesi bakımından istisna getirmek

⁷⁸⁶ Hrubesch-Millauer, s. 267, 268. Yazar, miras sözleşmesinde yer alan tek taraflı tasarrufların son verme sözleşmesinden, aksi açıkça anlaşılmadıkça, etkilenmeyeceğini savunmaktadır. Buna rağmen, söz konusu son verme sözleşmesini tam son verme sözleşmesi olarak nitelendirmenin mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, yazar, son verme sözleşmesinden etkilenmeyen tek taraflı tasarrufların varlığının, haklı olarak, tam sona ermeden bahsetmeye engel olmayacağı görüşündedir. Zira, geriye yalnızca tek taraflı tasarruflar kalmış ise, artık bir miras sözleşmesinin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bir miras sözleşmesi olması için en az bir bağlayıcı tasarrufun bulunması gerekmektedir.

gerekmektedir. İvazlı miras sözleşmesinde, kural olarak, mirasbırakan sözleşmenin karşı tarafı ya da üçüncü kişi lehine bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmasının nedeni, sözleşmenin karşı tarafından elde edeceği ivazdır. Bu sebeple de, ivazlı miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen ölüme bağlı tasarruflar ve bunlara karşılık ivaz oluşturan sağlararası tasarruflar arasında bir bağıllık olduğu ve birinin sona ermesi durumunda diğersinin de sona ermesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu bakımdan, sözleşme taraflarının aksine bir belirlemeleri bulunmadıkça, miras sözleşmesine tam son verme sözleşmesiyle ortadan kaldırılan ölüme bağlı tasarruflarla birlikte bunların karşılığı bulunan sağlararası tasarrufların da sona erdiği kabul edilmelidir.⁷⁸⁷ Son verme sözleşmesine kadar yerine getirilmiş sağlararası edimler söz konusu ise, bunların sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iadesi sağlanabilecektir. Kısmi son verme sözleşmesi bakımından da aynı durum geçerlidir.

ii. Kısmi Son Verme Sözleşmesi

Kısmi sona ermede (*Teilaufhebung*), yalnızca miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde belirtilen sözleşmesel tasarruflar ortadan kaldırılmaktadır. Bu kuralın tek istisnası, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinde belirtilmemesine rağmen, son verilen sözleşmesel tasarruflarla sıkı bir bağıllık içinde bulunan bir diğer sözleşmesel tasarrufa da son verildiğinin kabul edilmesidir.⁷⁸⁸ Tasarruflar arasında sıkı bir bağıllık bulunup bulunmadığına dair şüphe bulunması halinde, karineten

⁷⁸⁷ Hrubesch-Millauer, s. 267.

⁷⁸⁸ Hohl, s. 33; Hrubesch-Millauer, s. 268.

bunların birbirinden bağımsız olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun aksini iddia eden ispat yükü altındadır.⁷⁸⁹

Kısmi sona ermede, kural olarak, tek taraflı tasarruflar sona erme sözleşmesinden etkilenmemektedir.⁷⁹⁰ Bunun istisnası, yine sona erdirilen sözleşmesel tasarruflarla sıkı bağılılık içerisinde olan tek taraflı tasarruflardır. Bunların da sona erdirilen sözleşmesel tasarruflarla birlikte ortadan kaldırılmış olduklarının kabul edilmesi gerekmektedir.⁷⁹¹ Ayrıca, mirasbırakanın iradesinin belirli bir tek taraflı tasarrufu da sona erdirmek yönünde olduğu anlaşılmaktaysa, yine söz konusu tek taraflı tasarrufa da son verildiği kabul edilmelidir.⁷⁹²

Son olarak, miras sözleşmesine kısmi son verme sözleşmesi ile, yalnızca tek taraflı tasarruflar ortadan kaldırılmak istenirse, bunun mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.⁷⁹³ Burada belirleyici olan nokta yine mirasbırakanın tek taraflı tasarrufundan dönme iradesinin (*animus revocandi*) bulunup bulunmadığıdır. Miras sözleşmesine son verme sözleşmesi ile yalnızca vasiyetname hükmündeki tasarruflara son verilmesi ancak söz konusu tasarrufun tek taraflı mı yoksa sözleşmesel mi olduğu konusunda şüpheyi düşülmesi halinde söz konusu olabilecektir. Zira, vasiyetname hükmündeki bu tasarrufları, mirasbırakan tek başına vasiyetnameden dönme şekillerine uygun olarak ortadan kaldırabilecekken,

⁷⁸⁹ BGE 43 II 586; Hohl, s. 33; Hrubesch-Millauer, s. 268.

⁷⁹⁰ Gross, s. 117; Hohl, s. 35'ten naklen: Öztrak, s. 51.

⁷⁹¹ Hohl, s. 35'ten naklen: Knapp, s. 232.

⁷⁹² Hohl, s. 35'ten naklen: Öztrak, s. 52; Hrubesch-Millauer, s. 269.

⁷⁹³ Hohl, kanunda bu yönde yasaklayıcı bir hüküm olmadığına göre, miras sözleşmesine son verme sözleşmesiyle yalnızca mirasbırakanın tek taraflı tasarruflarının sona erdirilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir (s. 36).

sözleşmenin karşı tarafının katılımına da ihtiyaç duyulan miras sözleşmesine son verme sözleşmesini tercih etmesinin herhangi bir anlamı bulunmamaktadır.⁷⁹⁴ Bu bakımdan, miras sözleşmesi içerisinde yer alan tasarrufların tek taraflı ya da sözleşmesel olmaları bakımından yapılacak ayrımın ne kadar önemli olduğu bir kez daha görülmektedir.

(ff) Son Verme Sözleşmesine Son Verme

Miras sözleşmesine son verme sözleşmesine son verilebileceğine (*Aufhebung des Aufhebungsvertrages*) ilişkin kanunda bir hüküm yoktur; ancak diğer sözleşmelerde olduğu gibi miras sözleşmesine son verme sözleşmesine de yine bir sözleşme ile son vermek mümkündür.⁷⁹⁵ Son verme sözleşmesini ortadan kaldırmak için yapılan ikinci son verme sözleşmesi de bir ölüme bağlı tasarruf olduğundan ehliyet ve temsil bakımından miras sözleşmesinin tabi olduğu kurallar uygulanmaktadır.⁷⁹⁶ Şekil bakımından ise durum tartışmalıdır. İkinci son verme sözleşmesinden sonra, ilk

⁷⁹⁴ Hrubesch-Millauer, s. 269.

⁷⁹⁵ ZK-Escher, Art. 513, N. 5, 6; Gross, s. 120; Piotet, s. 262; Hohl, s. 37; Hrubesch-Millauer, s. 281. *Dural*, ikinci son verme sözleşmesini, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinden cayma olarak nitelendirmiştir (s. 223). Biz sözleşmeyi tek taraflı sona erdirme anlamına gelen cayma terimini kullanmayı uygun bulmuyoruz. Burada her sözleşme bakımından mümkün olan sözleşmeyi taraf iradeleriyle sona erdirme anlamına gelen “ikale” terimini kullanmak gerekmektedir. *Buz*’a göre, tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşme ilişkisini sona erdiren yenilik doğuran hakka ilişkin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da birçok maddede (ör. taksitle satışa ilişkin m. 18, tüketici kredilerine ilişkin m. 24 gibi) geçen “cayma” tabiri, aslında sözleşmeden dönme hakkı yerine kullanılmıştır. Tüketici hukukunda, dönme hakkı yerine, “cayma” dan bahsedilmesinin tek haklı dayanağı, tüketicilere tanınan cayma hakkının bir sebebe dayanmak zorunda olmamasıdır. Zira, sözleşmeden dönme hakkının kullanımı mutlaka bir sebebe dayanmalıdır (s. 70, 80). *Serozan*’a göre, cayma hakkı (*Rückrufsrecht*), borçlandırıci işleme ilişkisi bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemini doğrudan etkileyen bir türüdür. Yazar, bu ayrım bakımından Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 58 hükmünde yayın sözleşmesine ilişkin olarak tanınan cayma hakkını örnek göstermektedir (Dönme, s. 137). *Buz*, sözleşmeden dönmenin sadece borçlandırıci işleme değil, tasarruf işlemini de geçersiz hale getirdiğini savunarak, dönme ile cayma arasında yaratılmak istenen bu ayrıma katılmadığını belirtmektedir (s. 80, dn. 75). Sözleşmeden dönmenin borçlandırıci işleme ve tasarruf işlemine etkisine ilişkin tartışmalar için bkz. Serozan (Dönme), s. 59 vd.

⁷⁹⁶ Aksi yönde bkz. Hrubesch-Millauer, s. 258.

yapılan miras sözleşmesinin yeniden geçerlilik kazanması söz konusu olabileceğinden, bu sözleşmenin şeklinin geçerlilik kazanan miras sözleşmesi şekline mi, yoksa miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin şekline mi tabi olması gerektiği açık değildir.⁷⁹⁷

Miras sözleşmesine son verme sözleşmesi, sözleşme taraflarının uyuşan iradeleri sonucu ortadan kaldırıldığında, miras sözleşmesinin yeniden geçerlilik kazanıp kazanmayacağı, kazanırsa bunun ne ölçüde olacağı farklı ihtimallere göre değerlendirilmelidir.⁷⁹⁸

Bir görüşe göre, her iki son verme sözleşmesi de yalnızca son verme iradesini içermekte ve başka herhangi bir ölüme bağlı tasarruf düzenlenmemekte ise, miras sözleşmesinin halen bir belge olarak varlığını sürdürmesi halinde, söz konusu miras sözleşmesi olduğu gibi yeniden geçerlilik kazanmaktadır.⁷⁹⁹ Burada miras sözleşmesinin canlanması, miras sözleşmesine ilişkin belgenin mevcudiyetine bağlanmıştır ki bu sebeple söz konusu görüş eleştirilmektedir.⁸⁰⁰ Diğer bir görüşe göre, miras sözleşmesinin geçerliliği, bu belgenin fiziki varlığına bağlanmamalı, bu belirleme yapılırken ikinci son verme sözleşmesinin, miras sözleşmesini canlandırmaya muktedir bir araç olup olmadığı değerlendirilmelidir.⁸⁰¹ İlk yapılan

⁷⁹⁷ Bu tartışmalar için bkz. Gross, s. 120; Weigold, s. 32; Öztrak, s. 53; Hohl, s. 37; Dural, s. 224; ZK-Escher, Art. 513, N. 6; Piotet, s. 263; Hrubesch-Millaue, s. 285.

⁷⁹⁸ Hohl, s. 37'den naklen: Öztrak, s. 54; Weigold, s. 72; yazarlar bu değerlendirmeyi vasiyetnameler bakımından yapmıştır. *Hohl*, ortaya konan bu sonuçlardan, miras sözleşmesi bakımından da kıyasen yararlanılabileceğini belirtmiştir (s. 37). *Hrubesch-Millaue*, *Hohl* tarafından yapılan değerlendirmenin kısmen kabul edilebileceğini ve bu görüşün tamamlanmaya ihtiyacı olduğunu öne sürmüştür (s. 281).

⁷⁹⁹ ZK-Escher, Art. 513, N. 6; Gross, s. 120; Hohl, s. 38.

⁸⁰⁰ Hrubesch-Millaue, s. 283.

⁸⁰¹ Piotet, s. 263; Hrubesch-Millaue, s. 283. Kaldı ki, son verme sözleşmesi için yazılı şekil yeterli kabul edildiğinden, resmi şekle uyularak yapılmış olan miras sözleşmesi belgesi çoğunlukla fiziki varlığını korumaktadır.

son verme sözleşmesi, miras sözleşmesini kesin olarak (*definitiv*) ortadan kaldırmıştır. Söz konusu hukuki sonuç, miras sözleşmesinin fiziken varlığına bağlı olmaksızın gerçekleşmektedir. Bu görüşe göre, miras sözleşmesine son verme sözleşmesiyle ortadan kaldırılmış bulunan miras sözleşmesinin tekrar geçerlilik kazanması, ancak üç şartın birlikte varlığı halinde mümkündür.⁸⁰² Öncelikle, miras sözleşmesi taraflarının, miras sözleşmesinin canlanmasına yönelik iradeleri olduğu tespit edilebilmelidir. İkinci olarak, miras sözleşmesi taraflarının ilk miras sözleşmesinin yeniden geçerlilik kazanmasına ilişkin iradelerinin miras sözleşmesinin tabi olduğu resmi şekle uygun olarak ifade edilmiş olması gerekmektedir. Bu bakımdan, son verme sözleşmesi için yeterli kabul edilen yazılı şekil burada ilk miras sözleşmesinin canlanmasını sağlamak için yeterli olmayacaktır. Son olarak, yeniden geçerlilik kazanması istenen ilk miras sözleşmesinin içeriği en azından yeniden ortaya konabilecek olmalıdır.

Fikrimizce, ikinci görüşün temeli, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir sağlararası tasarruf olarak kabul edilmesine dayanmaktadır. Bu bakımdan, ilk yapılan miras sözleşmesine son verme sözleşmesi bir sağlararası tasarruf olarak hemen hüküm ve sonuç doğurarak miras sözleşmesini kesin olarak ortadan kaldırmıştır. Çoğunluk görüşüne uygun şekilde, miras sözleşmesine son verme sözleşmesinin bir sağlararası hukuki işlem değil, bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu kabul ettiğimizden, ikinci görüşü tam olarak katılmamaktayız. Ancak, ilk görüşü de olduğu gibi kabul etmek bize göre mümkün değildir. Bize göre, ikinci bir son verme sözleşmesi, ilk

⁸⁰² Hrubesch-Millauer, s. 284. Yazar tarafından aranılan bu üç şart şu şekilde ifade edilmektedir: (1) *Wille zur Wiederherstellung* (2) *Form des Erbvertrages* (3) *Zumindest rekonstruierbarer Inhalt des ursprünglich bestehenden, aber aufgehobenen Erbvertrages*.

yapılan miras sözleşmesinin yeniden geçerlilik kazandığına ilişkin yalnızca bir karine teşkil etmeli ve taraf iradelerinin bu yönde olmadığına ispatlanmasıyla ilk yapılan miras sözleşmesi geçerlilik kazanmamalıdır. Öte yandan, ilk miras sözleşmesinin yeniden geçerli olmasına sebep olacak ikinci son verme sözleşmesinin miras sözleşmesi şekline uygun olarak resmi şekilde yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu bakımdan, ilk miras sözleşmesinin şekli varlığını koruduğu ve bu sebeple de ikinci son verme sözleşmesinin, herhangi bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf içermemesi koşuluyla, resmi şekilde yapılmasına gerek olmadığı yönündeki görüşe katılmamaktayız.⁸⁰³

İlk yapılan son verme sözleşmesi, son verme iradesinden başka birtakım ölüme bağlı tasarruflar içermekteyse, ikinci son verme sözleşmesinin yalnızca son verme iradesini içerdiği bir ihtimalde, bu ikinci son verme sözleşmesi bir miras sözleşmesine son verme sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Zira, ilk son verme sözleşmesi yalnızca bir son verme sözleşmesi olmayıp, başka ölüme bağlı tasarruflar da içerdiğinden aslında yeni bir miras sözleşmesi niteliği taşımaktadır.⁸⁰⁴ Bu durumda, ilk miras sözleşmesinin geçerlilik kazanıp kazanmayacağını belirlemek bakımından genel geçer bir kural koymak mümkün görünmemektedir. Her bir somut olayın koşulları ve tarafların iradelerinin incelenmesi gerekmektedir.⁸⁰⁵ Bu noktada

⁸⁰³ Resmi şekli gerekli görmeyen yazarlar; Gross (miras sözleşmesinin resmen saklanması şartıyla, s. 120), Weigold (s. 32), Öztürk (s. 53), Hohl (s. 37), Dural, (s. 224). Aksi yönde bkz. *Escher*, yazılı şeklin ilk miras sözleşmesini canlandırmaya yetip yetmeyeceği konusunda tereddüt ettiğini belirterek bu halde tarafların yeni bir miras sözleşmesi yapmalarını tavsiye etmektedir (Art. 513, N. 6); Piotet, s. 263; Hrubesch-Millauer, yazar yazılı şekilde yapılmış olan ikinci son verme sözleşmesinin ilk miras sözleşmesini canlandırmak bakımından yeterli olmayacağını, ilk miras sözleşmesinin yeniden geçerli olması isteniyorsa, ikinci son verme sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiğini savunmaktadır (s. 285).

⁸⁰⁴ Hohl, s. 39; Hrubesch-Millauer, s. 284.

⁸⁰⁵ Hohl, s. 39.

yapılacak yorum bakımından güven teorisi uygulanmaktadır.⁸⁰⁶ Yorum yoluyla bir sonuca ulaşılamaması halinde, miras sözleşmesinin geçerlilik kazanmayacağı ve yasal mirasçılık hükümlerinin devreye gireceği karineten (*eine Vermutung zugunsten des Nicht-Wiederauflebens*) kabul edilmelidir.⁸⁰⁷ Tarafların, ikinci son verme sözleşmesiyle miras sözleşmesini canlandırmak istemeleri halinde, bu iradelerini ikinci son verme sözleşmesinde açıkça belirtmeleri tavsiye edilmektedir. Bu durumda, miras sözleşmesinin yeniden geçerlilik kazandığını iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekmektedir.⁸⁰⁸ Öte yandan, ikinci son verme sözleşmesinin ilk miras sözleşmesini yeniden canlandırabilmesi için miras sözleşmesi şekline uygun olarak resmi şekilde yapılması gerektiği görüşümüzü tekrarlıyoruz.⁸⁰⁹

İkinci son verme sözleşmesinin yalnızca son verme iradesi değil, buna ek olarak maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar da içermesi ihtimalinde, söz konusu sözleşme artık yalnızca bir son verme sözleşmesi değil, aynı zamanda yeni bir miras sözleşmesi olduğundan resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Bu durumda, ilk son verme sözleşmesi, yalnızca sona erdirme iradesi de içerse ya da başka maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar da içerse, ortadan kalkacaktır.⁸¹⁰ İlk yapılan miras sözleşmesinin bu durumdan nasıl etkileneceği ise değerlendirilmelidir. Burada da önceki ihtimalde olduğu gibi, her somut olay ayrı değerlendirilmeli ve taraf iradeleri yorumlanmalıdır. Tarafların ikinci yaptıkları son verme sözleşmesinde, düzenlemiş

⁸⁰⁶ Piconi, s. 121.

⁸⁰⁷ Gross, s. 118; Hohl, s. 39; Dural, s. 225; Hrubesch-Millauer, s. 284. Yazar, ilk miras sözleşmesinin yeniden geçerlilik kazanmadığına ilişkin böyle bir karinenin ilk ihtimalde kabul edilmeyip, burada kabul edilmiş olmasını eleştirmektedir. Bizim öne sürdüğümüz görüşe göre, ilk ihtimalde, tersi yönde bir karinenin olması gerekmektedir.

⁸⁰⁸ Hohl, s. 39.

⁸⁰⁹ Aynı yönde bkz. Piotet, s. 263; Hrubesch-Millauer, s. 285. Aksi yönde bkz. Weigold, s. 32; Öztrak, s. 53; Hohl, s. 37; Dural, s. 224.

⁸¹⁰ Hohl, s. 40.

oldukları maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ile ilk miras sözleşmesinde yer alan ölüme bağlı tasarrufların birlikte varlıklarını sürdürmek istedikleri doğrudan kabul edilmemelidir. Burada bunun aksine bir karine olduğu sonucuna varmak mümkündür.⁸¹¹ Ancak taraf iradelerinden açıkça ya da yorum yolu ile aksi anlaşılabilecektir. Eğer ikinci son verme sözleşmesinde yer alan ölüme bağlı tasarruflar ile ilk yapılan miras sözleşmesindeki ölüme bağlı tasarruflar birbiri ile çelişmiyor ise, söz konusu iki sözleşmenin birlikte geçerli oldukları sonucuna ulaşılacaktır.⁸¹² İkinci son verme sözleşmesi, bu ihtimalde, resmi şekle uygun olarak yapıldığından, ilk miras sözleşmesinin yeniden geçerlilik kazanmasını sağlayabilecektir.⁸¹³

Sonuç olarak, ikinci miras sözleşmesine son verme sözleşmesi ile ilk miras sözleşmesinin yeniden geçerli olması isteniyorsa, ikinci miras sözleşmesini resmi şekilde yapmak yerine, yeni bir miras sözleşmesi yapmak taraflar bakımından tartışmaları bertaraf etmesi açısından en güvenli yol olacaktır.⁸¹⁴ Alman hukukunda bu konu kanunda açık şekilde düzenlenmiş bulunduğundan, Türk-İsviçre hukukunda söz konusu olan şekle ilişkin tartışmalar bertaraf edilmiş bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu § 2290/4 hükmüne göre, miras sözleşmesine bir sözleşmeyle son verme durumunda yapılacak olan sözleşmenin miras sözleşmesi şekline uyularak yapılması gerekmektedir. Bu sebeple, miras sözleşmesine son verme sözleşmesini ortadan kaldırmayı amaçlayan ikinci son verme sözleşmesi için de resmi şekil arandığı kabul edilmektedir.

⁸¹¹ Hohl, s. 40; Hrubesch-Millauer, s. 285.

⁸¹² Hohl, s. 40.

⁸¹³ Hrubesch-Millauer, s. 285.

⁸¹⁴ ZK- Escher, Art. 513, N. 6; Hrubesch-Millauer, s. 285.

C. Miras Sözleşmesini Taraflardan Birinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirmesi

1. Genel olarak

Miras sözleşmesinin taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona ermesi istisnai bir durumdur; zira bir sözleşme olması dolayısıyla taraflar kural olarak tek taraflı şekilde miras sözleşmesini sona erdirememektedir. Bu sebeple miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkının yalnızca kanunda belirtilen hallerle sınırlı olduğunu vurgulamak gerekmektedir.⁸¹⁵ TMK m. 546/II ve m. 547 (İMK m. 513, 514) hükümleri, miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırmanın mümkün olduğu iki hali düzenlemektedir. Mevzuat İMK m. 513/II hükmüne uygun olarak TMK m. 546/II hükmünde “miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen, doktrinde bu iki imkan sıklıkla kanundan doğan miras sözleşmesinden dönme hakkı olarak nitelendirilmektedir.⁸¹⁶ İsviçre hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmaya imkan veren TMK m. 546/II ve TMK m. 547 hükümlerine paralel olan AMK §§ 2294 ve 2295 hükümleri “dönme (*Rücktritt*)” terimini kullanmaktadır. Fikrimizce, kanunun mirasbırakan tarafa,⁸¹⁷ söz konusu iki halde tanıdığı, miras sözleşmesini tek taraflı sona erdirmeye hakkı aynı kapsamda

⁸¹⁵ İmre/Erman, s. 191; Dural/Öz, s. 119.

⁸¹⁶ Dural, s. 230; Dural/Öz, s. 119; İmre/Erman, s. 190; Serozan, s. 348; Serozan, mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkını, davranış yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle miras sözleşmesinden dönme hakkı olarak nitelendirmektedir (Serozan (Dönme), s. 312). İsviçre doktrininde söz konusu hak tek taraflı ortadan kaldırma (*Einseitige Aufhebung*) olarak kullanılmaktadır, bkz. *Piotet*, genel kabul gören bu nitelendirmeden farklı olarak “geri alma (*Widerruf*)” ifadesini kullanmaktadır (s. 177).

⁸¹⁷ MK m. 547 hükmünün kıyasen miras sözleşmesinin karşı tarafına da dönme hakkı tanıdığına ilişkin çoğunluk görüşü bir kenara bırakılırsa, kanunda düzenlenen miras sözleşmesini tek taraflı sona erdirmeye hakkı asıl olarak mirasbırakan tarafa tanınmaktadır.

değerlendirilmemelidir. TMK m. 546/II uyarınca miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, mirasbırakana karşı miras sözleşmesinden sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan bir davranışta bulunduğu ortaya çıkar ise, mirasbırakan miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırılabilmektedir. Bu imkanı mirasbırakanın kanundan doğan miras sözleşmesinden “dönme hakkı”⁸¹⁸ olarak nitelendirmek yerine ilgili kanun hükmünün lafzına ve İsviçre doktrinine bağlı kalarak “tek taraflı ortadan kaldırma hakkı (*Einseitige Aufhebung*)”⁸¹⁹ olarak nitelendirmeyi doğru bulmaktayız. Öte

⁸¹⁸ Dönme hakkı (*Rücktritt*), teknik olarak, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü bir sözleşmeyi geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) sona erdirmeye şeklidir (Buz, s. 83). Dönme hakkı, iradi ve kanuni olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Taraflar, yaptıkları sözleşmede dönme hakkını saklı tutarlarsa burada iradi dönme hakkı söz konusudur (Larenz (B. I), s. 273, 403; Bucher, s. 393; Serozan (Dönme), s. 193; Buz, s. 77; Eren, s. 1286). Cayma parası ve dönme cezası bu kapsamdadır. Kanuni dönme hakkı ise, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından borçlu temerrüdü halinde TBK m. 125 hükmü uyarınca tanınan seçimlik haklardan biri olarak düzenlenmiştir. Öte yandan, Bucher, İBK m. 107-109 (TMK m. 123-125) hükümlerinin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere de uygulanması görüşündedir (s. 340, dn. 48). Keza, örnek olarak, TBK m. 110 hükmünde alacaklı temerrüdü halinde borçluya tanınan dönme hakkı ve TBK m. 98/II hükmü uyarınca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için düzenlenen borçlunun ifa güçsüzlüğü halinde de alacaklıya dönme hakkı tanınmaktadır. Serozan, dönme yoluyla çözülebileceği kuşkuyla olan sözleşmeler bakımından detaylı bir inceleme yapmıştır. Bu bakımdan, yazara göre, ikiden az ya da ikiden çok kişiye borç yükleyen sözleşmeler de bu kapsamdadır. Her sözleşmede her iki taraf da mutlaka asli edim yükümlülüğü altına girmektedir. Örneğin bağışlama sözleşmesinde, yalnızca tek bir taraf asli edim yükümlülüğü yüklenmektedir. Diğer bir ihtimalde ise, sözleşme taraflarının birinin asli edim yükümlülüğü altına girmesine karşılık, diğer taraf sözleşmenin sona ermesiyle muaccel olacak bir tasfiye veya masrafları ödeme yükümlülüğü (tali edim yükümlülüğü) altına girmektedir. Bu halde de eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur. Borçlar Kanunumuz dönme hakkını sözleşmenin karşılıklı (*synallagmatik*) olmasına bağlamaktadır. Bu bakımdan tek tarafa borç yükleyen ya da eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından dönme hakkı hem gerekli değildir hem de kanunda düzenlenmemiştir (Serozan (Dönme), s. 153)). Miras sözleşmesi bakımından, mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesini tek taraflı sona erdirmeye hakkını, teknik anlamda “dönme hakkı” olarak nitelendirmek ivazsız bir miras sözleşmesi söz konusu olduğunda isabetli olmayacaktır. İvazlı miras sözleşmesinde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere olan benzerliği sebebiyle, dönme hakkı söz konusu olabilirken, ivazsız miras sözleşmesi bakımından dönme hakkından bahsedilmesine kuşku ile yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple, AMK’nın ilgili hükümlerinde ve Türk doktrininde (TMK m. 546/II hükmünde “dönme hakkı” olarak nitelendirilmemiş olmasına rağmen, mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesinden dönme olarak kabul gören TMK m. 546/II (İMK m. 513/2) hükmünü maddenin lafzına ve İsviçre doktrinine uygun şekilde, ivazsız miras sözleşmesini de kapsamaya açısından, “tek taraflı ortadan kaldırma hakkı” olarak isimlendirmeyi daha uygun bulmaktayız. Bu nitelendirmenin, mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırma hakkını, bir sonraki maddede (TMK m. 547) düzenlenmiş bulunan ve yalnızca ivazlı miras sözleşmeleri bakımından uygulanma olanağı bulunan miras sözleşmesinden dönme hakkından ayırt etmek bakımından da daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Edim ilişkisine göre sözleşme türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. von Tuhr/Peter, s. 149; Bucher, s. 100; Larenz (B. I), s. 202; Schwenger, s. 10; Eren, s. 210; Oğuzman/Öz (C. I), s. 43; Buz, s. 96.

⁸¹⁹ ZK-Escher, Art. 513, N. 7;

yandan, TMK m. 547 hükmünde ise, ivazlı miras sözleşmesinde, sözleşme gereğince sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan tarafın (mirasbırakan), bu edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya güvenceye bağlanmaması halinde sözleşmeden dönebileceği düzenlenmektedir. Burada ivazlı miras sözleşmesinin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere olan benzerliğinden hareket edilerek, borçlar hukuku kurallarına atıfta bulunulmuştur. Burada TBK'nın tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, ivazlı miras sözleşmesine uygulanacaktır. Bu bakımdan, mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması hakkından farklı olarak, burada teknik anlamda bir dönme hakkının söz konusu olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Miras sözleşmesinin diğer sona erme şekilleri bütün sözleşmeler bakımından geçerli olan hallerdir; ancak TMK m. 546/II (İMK m. 513/II) hükmünde miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, mirasbırakana karşı miras sözleşmesinin yapılmasından sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu ortaya çıkarsa, mirasbırakanın miras sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme miras hukukuna özgü bir imkandır. Miras sözleşmesinde, kişisel ve ailevi ilişkiler ön plandadır ve dolayısıyla yapılan hukuki işlemin borçlar hukuku alanında olduğu gibi yalnızca ekonomik bir anlamı yoktur.⁸²⁰

⁸²⁰ Hohl, s. 41.

Kanunda düzenlenmiş olan bu iki hal dışında, tarafların anlaşması sonucu mirasbırakan miras sözleşmesinde dönme hakkını saklı tutabilmektedir. Söz konusu durumda, iradi bir dönme hakkı söz konusu olmaktadır. Alman hukukunda AMK § 2293 hükmünde dönme hakkının saklı tutulabileceği (*Rücktrittsvorbehalt*) açıkça düzenlenmişken, Türk-İsviçre hukukunda bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan, hukukumuz açısından miras sözleşmesinde dönme hakkının saklı tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır.⁸²¹

2. Kanundan Doğan Tek Taraflı Ortadan Kaldırma Hakkı

a. Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinden Birinin Varlığı Halinde Ortadan Kaldırma

TMK m. 546/II (İMK m. 513/II) hükmüne göre, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, mirasbırakana karşı miras sözleşmesinin yapılmasından sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu ortaya çıkarsa, mirasbırakan, miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırmaktadır.⁸²² TMK m. 546/III hükmü uyarınca tek taraflı ortadan kaldırma vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden biriyle yapılmaktadır. Mirastan yoksunluk hallerinden farklı olarak burada miras sözleşmesi kendiliğinden sona

⁸²¹ Dönme hakkının saklı tutulmasına ilişkin bkz. aşağı. Bölüm III, II, D. Tartışmalar için bkz. Hrubesch-Millauer, s. 416; Hrubesch-Millauer, S.: “Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag- ein Widerspruch?”, Successio, 1/2010, s. 5; Nolting, C., s. 95; Nolting, D., s. 51; Reimann/ Bengel/ Mayer, §2278, N. 14; Wolf/Genna, s. 393.

⁸²² Alman hukukunda mirasçılıktan çıkarma, Türk-İsviçre hukukundan farklı şekilde düzenlenmiştir. AMK § 1938 hükmü ile düzenlenen “*Enterbung*”, Türk-İsviçre hukukundaki mirastan uzaklaştırma kavramına denk gelirken, § 2333 hükmündeki “*Entziehung des Pflichtteils*”, mirasçılıktan çıkarma kurumuna denk gelmektedir; ancak mirasçılıktan çıkarma sebepleri bakımından da farklılıklar söz konusudur. Detaylı bilgi için bkz. Brox/Walker, s. 162, 320; Zimmermann, s. 205, 251; Leipold, s. 354. Miras sözleşmesinin mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanılarak tek taraflı ortadan kaldırılmasına ilişkin, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, AMK § 2294 hükmünde “dönme” terimi kullanılmıştır.

ermemekte, sona ermesi için mirasbırakanın miras sözleşmesini ortadan kaldırması gerekmektedir.⁸²³ Bu bakımından saklı paylı mirasçılarının durumu ile bir paralellik kurulmuş bulunmaktadır.⁸²⁴ Mirasbırakan sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı olmasına rağmen bu hakkını kullanmayabilir; ancak bu hakkından miras sözleşmesi yaparken kapsamlı ve genel olarak feragat etmesi TMK m. 23/II (İMK m. 27/2) hükmüne aykırılık oluşturacağından geçersizdir.⁸²⁵

Mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesini ortadan kaldırma hakkı, hakim görüşüne göre, yalnızca olumlu miras sözleşmesi bakımından mümkün ve gereklidir.⁸²⁶ Bunun sebebi, öncelikle, TMK m. 546/II (İMK m. 513/2) hükmünde söz konusu tek taraflı ortadan kaldırma imkanının açıkça “miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, miras bırakana karşı miras sözleşmesinin yapılmasından sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu ortaya çıkarsa” söz konusu olmasıdır. Hükümde, açık şekilde olumlu miras sözleşmesinden bahsedilmektedir. Buna ek olarak, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu niteliği itibarıyla mirasçının tereke üzerinde hak iddia etmesine engel olduğundan olumlu miras sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulmaya daha müsaittir.⁸²⁷ Öte yandan, ivazlı bir mirastan feragat sözleşmesinde (*Erbauskauf*) mirasbırakanın sağlararası ivaz borcunu yerine getirmiş olması halinde, feragat eden mirasçının, mirasçılıktan çıkarmaya sebep olacak bir davranışta bulunması

⁸²³ Hohl, s. 142; İmre/Erman, s. 191.

⁸²⁴ Tuor, Art. 513, N. 20; ZK-Escher, Art. 513, N. 7; Kocayusufpaşaoğlu, s. 243; Piotet, s. 416; Hohl, s. 42; Dural/Öz, s. 120; Hrubesch-Millauer, s. 286.

⁸²⁵ ZK-Escher, Art. 513, N. 10; Speckert, s. 37; Hohl, s. 45; Hrubesch-Millauer, s. 286.

⁸²⁶ Büttiker, s. 133; Tuor, Art. 513, N. 28; Hohl, s. 68; Piotet, s. 260; Hrubesch-Millauer, s. 286 ve naklen: *Gauthier*, ivazlı mirastan feragat sözleşmesi bakımından bu görüşe katılmamaktadır (s. 126).

⁸²⁷ Mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak mirastan feragat sözleşmesinden dönmenin mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. *Gauthier*, s. 126; *Öztrak*, s. 60; Hohl, s. 68; Hrubesch-Millauer, s. 287.

durumunda, mirasbırakanın zaten mirasçı olmayacak olan feragat edene ödediği ivazı geri almasını sağlayacak bir imkan bulunmamaktadır.⁸²⁸ Bu durumda, mirastan ivazlı feragat edilmesi durumunda, feragat eden mirasçının mirasçılıktan çıkarmaya sebep olan bir davranışta bulunması ihtimaline karşı, mirasbırakanın, mirastan feragat sözleşmesinde bu duruma ilişkin bozucu koşul koyması (*Dahinfallen des Erbverzichts bei Eintreten eines Enterbungsgrundes*) tavsiye edilmektedir.⁸²⁹

Mirasçılıktan çıkarmaya sebep olan davranışın, miras sözleşmesi lehdarı tarafından gerçekleştirilmiş olması aranmaktadır. Yani üçüncü kişi yararına yapılan miras sözleşmesinde, mirasçılıktan çıkarma sebebini, miras sözleşmesinin karşı tarafı değil, lehine tarafta bulunulan üçüncü kişinin (*die bedachte Drittperson*) gerçekleştirmiş olması gerekmektedir.⁸³⁰

TMK m. 546/II hükmü uyarınca mirastan çıkarma sebebini miras sözleşmesinin yapılmasından sonra ortaya çıkması gerekmektedir. Aksi halde, miras sözleşmesinin yapılmasından önce bir çıkarma sebebi var ve mirasbırakan da bunu biliyor ise ve buna rağmen miras sözleşmesi yapmış ise, bu af anlamına geleceğinden ve mirasbırakanın olaya önem vermediğini gösterdiğinden mirasbırakana sözleşmeyi tek taraflı ortadan kaldırma hakkı vermemektedir.⁸³¹ Mirasçılıktan çıkarma sebebi, miras sözleşmesinden önce gerçekleşmiş olmasına rağmen, mirasbırakan irade

⁸²⁸ Büttiker, s. 133; Escher, Art. 495, N. 11; Hohl, s. 68. Ek olarak, mirasbırakan geleceğe ilişkin beklentisinde yanılmaya dayanarak iptal hakkını da kullanamayacaktır; zira mirasbırakanın sağlararası edim üstlenmesi bir sağlararası hukuki işlem olduğundan saik yanılması esaslı yanılma sayılmayıp iptal sebebi teşkil etmemektedir (Tuor, Art. 495, N. 11).

⁸²⁹ Hohl, s. 69'dan naklen: Öztrak, s. 60; Hrubesch-Millauer, s. 287.

⁸³⁰ Tuor, Art. 513, N. 21; ZK-Escher, Art. 513, N. 9; Piotet, s. 260; Hohl, s. 45; Kocayusufpaşaoğlu, s. 243; Dural/Öz, s. 120; Hrubesch-Millauer, s. 287.

⁸³¹ Tuor, Art. 513, N. 21; ZK-Escher, Art. 513, N.8; Dural/Öz, s. 120.

sakatlığı sebebiyle miras sözleşmesi yapmış ise, iradesi sakatlanan ve önceden var olan sebebi sonradan öğrenen mirasbırakanın sağlığında TMK m. 504 hükmüne dayanarak yanılma veya aldatma sebebiyle miras sözleşmesini iptal etmesi söz konusu olabilmektedir. Keza, miras açıldıktan sonra mirasçıların yanılma veya aldatma sebebiyle TMK m. 557/b.2 hükmü uyarınca iptal davası açmaları da mümkündür.⁸³²

(aa) Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Miras Sözleşmesine Uygulanması

Mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin miras sözleşmesi lehdarı bakımından nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin bazı noktalar açık değildir. TMK m. 546/II hükmünde “mirasbırakana karşı” mirastan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunulmasından bahsettiği için, mirasbırakanın yakınlarına karşı yapılan bir davranışın miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmak için yeterli olup olmadığı tartışmalıdır.⁸³³ Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin TMK m. 510 (İMK m. 477) hükmünde sayılan sebepler, mirasçının “mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine” (1. bent) karşı ağır bir suç işlemesi veya “mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı” (2. bent) aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi şeklindedir. Buna karşılık, TMK m. 546/II hükmünde, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin açıkça

⁸³² Tuor, Art. 513, N. 21; ZK-Escher, Art. 513, N.8; Piotet, s. 260; Hohl, s. 46; Speckert, s. 37; Beck, s. 61; Dural/Öz, s. 120.

⁸³³ Bu tartışmalar için bkz. Gross, s. 125; Moser, s. 71; Tuor, Art. 513, N. 22; ZK-Escher, Art. 513, N. 8; Piotet, s. 260; Gauthier, s. 90; Beck, s. 63; Hohl, s. 52; BernerKomm/Weimar, Art. 513, N.9; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 10; Hrubesch-Millauer, s. 288; Dural, s. 236; Dural/Öz, s. 121.

“mirasbırakana karşı” mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunması gereğinin belirtilmesi karşısında, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin TMK m. 510 hükmünün miras sözleşmesi bakımından ne şekilde uygulanacağı değerlendirilmelidir.

Bir görüş, miras sözleşmesinin bir sözleşme olmasından yola çıkarak ilgili hükümde “mirasbırakana karşı” denmesinin bilinçli olduğunu ve bu sebeple de mirasbırakana karşı değil de mirasbırakanın yakınlarına veya aile üyelerine karşı gerçekleştirilen bir çıkarma sebebinin miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkı vermeyeceğini ileri sürmektedir.⁸³⁴ Bu görüşe göre, miras sözleşmesi lehdarının hakkı bir sözleşmeye dayandığı için, yalnızca sözleşmenin diğer tarafı olan mirasbırakana karşı gerçekleştirilen sebeplerin sözleşmeyi tek taraflı ortadan kaldırma hakkı vermesi gerekmektedir. Ayrıca kanuni mirasçılıkta mirasbırakanın yakınlarına ve aile üyelerine karşı beklenen sadakatin iradi mirasçılıkta beklenmesi de mümkün değildir.⁸³⁵ Keza, saklı paylı mirasçılar mirasbırakanın iradesinden bağımsız olarak kanun tarafından belirlenmiş bulundukları için, mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin daha geniş tutulması mirasbırakanın açısından uygun görünmektedir. Buna karşılık, miras sözleşmesinde, mirasbırakan, kendi iradesine göre belirlemeler yaptığından, miras sözleşmesi lehdarı ile saklı paylı mirasçı benzer durumda olsalar dahi, tamamen aynı hükümlere tabi olmaları beklenmemelidir.⁸³⁶ Tüm bu nedenlerle mirasçılıktan çıkarma sebeplerine dayanarak miras sözleşmesini

⁸³⁴ Gross, s. 125; Moser, s. 71; ZK-Escher, Art. 513, N. 8; Piotet, s. 260; Hohl, s. 55 ve naklen Öztrak, s. 76; Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 312; Tunçomağ, s. 135; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 10; Wolf/Genna, s. 390; Hrubesch-Millauer, s. 288.

⁸³⁵ Serozan (Dönme), s. 312.

⁸³⁶ Hrubesch-Millauer, s. 288.

ortadan kaldırma hakkının dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır.⁸³⁷ Miras sözleşmesinden mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak tek taraflı ortadan kaldırma imkanının, sözleşme hukukuna yabancı ve miras hukukuna özgü bir imkan olması, dar yorumlanması gerektiği görüşünü desteklemektedir. Öte yandan, mirasbırakanın yakınlarına veya aile üyelerine karşı yapılan bir davranışın, sözleşenler arasındaki güven ilişkisini temelden sarsması, miras sözleşmesinin güven temelini çökertici ağırlık taşıdığı, somut olayda bu davranışın aynı zamanda mirasbırakana da yönelmiş sayılabileceği durumlarda mirasbırakanın buna dayanarak sözleşmeyi tek taraflı olarak ortadan kaldırma olanağı olduğu kabul edilmelidir.⁸³⁸

Diğer bir görüşe göre ise, TMK m. 546/II hükmünde “mirasbırakana karşı” denmiş olması sözleşmeyi tek taraflı ortadan kaldırma hakkının sınırlandırılması anlamına gelmemektedir.⁸³⁹ Bu sebeple yalnızca mirasbırakana karşı değil, yakınlarına veya aile üyelerine karşı gerçekleştirilen bir çıkarma sebebi de mirasbırakana bu hakkı sağlamaktadır. Bu görüşe göre, maddede “mirasbırakana karşı” denmesinin sebebi hükme açıklık kazandırma amacından ibarettir, yoksa sözleşmeyi tek taraflı ortadan kaldırma hakkını sınırlandırmayı amaçlamamaktadır.⁸⁴⁰ Öte yandan, birçok yerde saklı paylı mirasçılarla kurulmuş olan paralellliği, burada miras sözleşmesi lehdarı lehine sonuç doğuracak şekilde bozmayı gerektirecek haklı bir sebep de bulunmamaktadır. Bu hükmün mirasbırakanın sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını sınırlandıracak şekilde anlaşılması durumunda miras sözleşmesi lehdarı saklı paylı

⁸³⁷ ZK-Escher, Art. 513, N. 8; Piotet, s. 260; Hohl, s. 53; Serozan (Dönme), s. 312.

⁸³⁸ Serozan (Dönme), s. 312.

⁸³⁹ Tuor, Art. 513, N. 22; Speckert, s. 37; Hohl, s. 54’ten naklen Gauthier, s. 90, Beck, s. 62; Kocayusufoğlu, s. 243 dn. 5; Oğuzman, s. 222; Dural, s. 238; BernerKomm/Weimar, Art. 513, N. 9; İmre/Erman, s. 192.

⁸⁴⁰ Tuor, Art. 513, N. 22.

mirasçılara kıyasla daha fazla korunmuş olacaktır ki bunu haklı gösterecek bir sebep söz konusu değildir.⁸⁴¹ Son olarak, bu görüşteki yazarlar, mirasbırakanın yakınlarına veya aile üyelerine karşı yapılan bir davranışın, sözleşenler arasındaki güven ilişkisine temelden zarar vereceğinden, bu davranışın aynı zamanda mirasbırakana yönelmiş sayılacağını savunmaktadır.⁸⁴² Bu sebeple, bu görüşe göre, söz konusu hükmün amaca uygun olarak yorumlanması sonucu miras sözleşmesini ortadan kaldırma hakkını sınırlamadığı sonucuna varılması gerekmektedir.

Fikrimizce, mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin, miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmaya imkan veren TMK m. 546/II hükmü bakımından dar yorumlanarak uygulanması ve bu sebeple madde lafzına uygun şekilde yalnızca mirasbırakana karşı gerçekleştirilen bir davranış olduğunda devreye girmesi daha isabetlidir. Miras sözleşmesinin sözleşme niteliği bu halde ön planda tutulmalı ve miras hukukuna özgü bir sözleşmeyi tek taraflı sona erdirme hali olan söz konusu hüküm bir istisna teşkil ettiğinden mirasbırakanın bu hakkının kapsamını genişletecek şekilde yorumlanmamalıdır. Kaldı ki, mirasbırakanın yakınına veya aile üyelerine karşı yapılan bir davranışın, sözleşenler arasındaki güven ilişkisini temelden sarsması sonucu aynı zamanda mirasbırakana yönelmiş sayılacağı durumlar bir istisna teşkil etmemekte ve mirasbırakana karşı yapılmış kabul edilebildiğinden hükmün kapsamına girmektedir. Bizce söz konusu hükümde açıkça “mirasbırakana karşı” ifadesinin kullanılmış olması bir rastlantı değil, aksine miras sözleşmesini tek taraflı

⁸⁴¹ Hohl, s. 54’ten naklen: Gauthier, s. 91; Öztrak, s. 78. *Öztrak*, söz konusu tartışmaları bertaraf etmek için, mirasbırakanın, yakınlarına veya aile üyelerine karşı gerçekleştirilen mirasçılıktan çıkarma sebebi olan bir davranışın, miras sözleşmesinde, bozucu koşul (*Resolutivbedingung*) olarak düzenlenmesini tavsiye etmektedir. *Hohl*, sözleşmeye böyle bir bozucu koşul konmasını, miras sözleşmesinin karşılıklı güven esasına dayanan niteliğine uygun bulmadığı için eleştirmektedir (s.56).

⁸⁴² Hohl, s. 54’ten naklen: Gauthier, s. 91; Öztrak, s. 78.

ortadan kaldırma imkanının sınırlarını çizen bir düzenleme oluşturmaktadır.

Üstünde durulması gereken bir diğer husus ise, koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın (TMK m. 513, İMK m. 480, *exhereditio bona mente*) miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmak için geçerli bir sebep teşkil edip etmeyeceğidir.⁸⁴³ Bazı yazarlar koruyucu mirasçılıktan çıkarma halinde kusur aranmadığı için bunun miras sözleşmesini ortadan kaldırma sebebi teşkil etmesine karşı çıkmaktadır.⁸⁴⁴ Hükmün İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığında (İMK m. 513/2) açıkça “*sich dem Erblasser gegenüber eines Verhaltens schuldig macht*” ifadesi kullanılmaktadır ve buna göre, koruyucu mirasçılıktan çıkarma durumunda mirasçının mirasbırakana karşı herhangi bir kusurlu davranışı söz konusu olmadığı için koruyucu mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırmasına sebep teşkil etmemektedir.⁸⁴⁵ Öte yandan, hükmün TMK'daki karşılığında (m. 546/II) böyle açık bir ifade yer almamakta, yalnızca “mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranış”tan bahsedilmektedir. Koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın, miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmak için bir sebep oluşturmadığı görüşü, borç ödemedi aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin TMK m. 513 (İMK m. 480) hükmünün saklı pay temeline dayanan bir mantığı olduğu ve bu sebeple bu hükmün

⁸⁴³ Alman hukukunda, AMK § 2289/2 hükmünde § 2338 hükmüne yapılan atıf sonucu, miras sözleşmesi lehdarının mirasbırakanın altsoyu olması durumunda, mirasbırakanın m. 2338 hükmüne uygun şekilde saklı payını sınırlandırmasına izin verilmektedir. Söz konusu hükümde saklı payın sınırlandırılması olarak yer alan düzenleme, Türk-İsviçre hukukundaki koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın paralelinde bir kural getirmektedir. Bu bakımdan, miras sözleşmesi yapan mirasbırakan, söz konusu hükme dayanarak, aynı zamanda altsoyu olan miras sözleşmesi lehdarının sözleşmeden doğan hakkını koruma amacıyla sınırlandırabilmektedir.

⁸⁴⁴ ZK-Escher, Art. 513, N. 8; Piotet, s. 260; Dural, s. 238; Hrubesch-Millauer, s. 290; *İmre/Erman*, koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın kanundaki şartları sebebiyle miras sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulamayacağını belirterek, ayrıca buna gerek de olmadığını ifade etmektedir. Zira, yazarlar, koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın, Türk-İsviçre hukukunda uygulama alanı olmadığını ve buna ilişkin hükümlerin adeta ölü hükümler olduğunu savunmaktadır (s. 192).

⁸⁴⁵ ZK-Escher, Art. 513, N. 8; Piotet, s. 260.

miras sözleşmesi lehdarı bakımından hem lafzen hem de uygulanma koşulları bakımından uygulanması mümkün görünmemektedir.⁸⁴⁶ Son olarak, miras sözleşmesini bu sebeple tek taraflı ortadan kaldırmanın mümkün kılınmasına yönelik bir ihtiyaçtan da söz edilemez; zira miras sözleşmesi taraflarının borç ödemedenden aciz durumunda miras sözleşmesini bir sözleşme ile ortadan kaldırmaları ya da sözleşmeye bu konuda bir bozucu koşul eklemeleri mümkündür.⁸⁴⁷

Diğer bazı yazarlar ise, koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın da miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁸⁴⁸ Bu görüşe göre, saklı paylı mirasçı ile miras sözleşmesi lehdarı⁸⁴⁹ arasında kurulan paralelliğin bozulması için haklı bir sebep mevcut değildir. Ayrıca koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın bir ortadan kaldırma sebebi kabul edilmemesi, alacaklılara yarayacaktır ve böyle bir durumun yaratılmasının da haklı bir sebebi yoktur.⁸⁵⁰

Biz koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın, miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmaya sebep olmayacağı görüşünü savunuyoruz. Mirasçılıktan çıkarmanın,

⁸⁴⁶ Hrubesch-Millauer, s. 290.

⁸⁴⁷ Hrubesch-Millauer, s. 290.

⁸⁴⁸ Hohl, s. 71 ve naklen: Öztrak, s. 72; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N.10; Hohl, s. 71'den naklen: *Gauthier*, bu konuda mirasçı atama sözleşmesi ve vasiyet sözleşmesi arasında bir ayrıma gitmekte ve koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın miras sözleşmesinden dönme sebebi olmasını yalnızca mirasçı atama sözleşmesi bakımından kabul etmektedir (s. 92). Zira, yazara göre, saklı paylı mirasçı ile miras sözleşmesi lehdarı arasındaki benzerlik yalnızca mirasçı atama sözleşmesi söz konusu olduğunda mevcuttur (s. 93). *Hohl*, yazarın yaptığı bu ayrımı geçerli bir sebebi olmadığını belirterek eleştirmektedir (s. 71). Öte yandan, koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın miras sözleşmesini sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmesi durumunda, mirasbırakanın aynı zamanda da altsoyu olan miras sözleşmesi lehdarının saklı payının yarısı için mi, yoksa miras sözleşmesinde düzenlenen miktarın yarısı için mi mirastan çıkarılacağı tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bkz. *Gauthier*, s. 92 ve naklen *Öztrak*, s. 73; *Hohl*, s. 72.

⁸⁴⁹ Koruyu mirasçılıktan çıkarma hükmünün burada uygulanabilmesi için, miras sözleşmesi lehdarının, TMK m. 513 (İMK m. 480) aynı zamanda mirasbırakanın altsoyu olması gerekmektedir. Bu durum, AMK § 2289/2 hükmünde açıkça belirtilmiştir: "*Ist der Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Erblassers ...*"

⁸⁵⁰ *Hohl*, s. 71 ve naklen *Öztrak*, s. 72; *Gauthier*, s. 92.

miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmak için bir sebep oluşturması, hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme olan miras sözleşmesi bakımından miras hukukuna özgü bir imkandır. Bu sebeple, bu imkanın uygulama alanının dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Mirasçılıktan çıkarmanın miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma imkanı sağlaması, miras sözleşmesi lehdarının, mirasbırakana karşı, kusurlu bir davranışına dayanmaktadır.⁸⁵¹ Kaldı ki, bu görüşü savunan yazarların öne sürdüğü sebepler, aksi görüşteki yazarların sebeplerine göre daha ikna edici gözükmemektedir. Gerçekten de koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmak için bir sebep oluşturması, yalnızca aksinin alacaklıya yarayan bir sonuç doğuracak olması bakımından mantıklı kabul edilebilir; ancak miras sözleşmesi lehdarının borç ödemediği aciz belgesi bulunması durumunda, miras sözleşmesine tarafların anlaşmasıyla son verilmesi imkanı her zaman söz konusudur ve bu imkan kanımızca ihtiyacı karşılamaktadır. Bunun karşısında, TMK m. 513 (İMK m. 480) hükmünün, miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma sebebi oluşturmasına ilişkin söz konusu iki maddede de (TMK m. 513, m. 546/II) herhangi bir yönlendirme söz konusu değildir. Mehaz kanunda (İMK m. 513/2) açıkça mirasbırakana karşı kusurlu bir davranıştan bahsedilmektedir. Kaldı ki, TMK m. 546/II hükmünde de, mehaz kanundaki kadar açık olmasa da, miras sözleşmesi lehdarının, mirasbırakana karşı mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışından söz edilmektedir. Bu bakımdan, koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın, miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma imkanı vermediği kanaatindeyiz. Aksinin kabul edilebilmesi için, bizce, bu yönde bir hükmün Alman Medeni Kanunu

⁸⁵¹ *Serozan*, mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesini tek taraflı sona erdirmeye imkanının mirasçının sadakatsizliğine, bir başka deyişle, güven ilkesinden (TMK m. 2/I) kaynaklanan davranış yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir (Dönme, s. 312).

§ 2289/2 hükmünde olduğu gibi, açık şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

(bb) Ehliyet ve Şekil

Mirasçılıktan çıkarma sebeplerine dayanarak miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkı, TMK m. 546/III (İMK m. 513/3) hükmüne uygun şekilde, vasiyetnameler için kanunda öngörülen şekillerden biriyle (mirastan çıkarmaya ilişkin vasiyetname, *Enterbungstestament*) kullanılmaktadır.⁸⁵² Söz konusu mirastan çıkarmaya ilişkin tasarrufun, bir miras sözleşmesi içerisinde vasiyetname hükmünde düzenlenmesi de mümkündür, zira miras sözleşmesi de resmi şekle tabidir.⁸⁵³ Bir vasiyetname ile kullanılacak olan miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkı, şekli olarak bir ölüme bağlı tasarruf olduğundan, kişiye sıkı sıkıya bağlı olup (*ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft*), ehliyet ve şekil şartları bakımından da vasiyetname hükümlerine tabidir.⁸⁵⁴ Miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkı, bir yönüyle vasiyetname ile kullanıldığı için ölüme bağlı tasarruf, diğer yönüyle bir bozucu yenilik doğuran bir haktır (*Gestaltungsrecht*). Vasiyetname niteliği gereği, varması gerekli olmayan bir irade açıklaması olması ve kullanıldıktan sonra geri alınabilmesi, yenilik doğuran hakların varması gerekli ve geri alınamayan haklar olmasının istisnasını oluşturmaktadır.⁸⁵⁵ Öte yandan, belirtmek gerekir ki, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul

⁸⁵² Mirastan yoksunluk halinde, mirastan hak elde edememe sonucunun doğması için, mirasbırakanın herhangi bir hukuki işlem yapmasına gerek yoktur. Mirastan yoksunluk, sebepler ortaya çıktığında, kanun gereği kendiliğinden (*ipso iure*) devreye girmektedir. Mirasçılıktan çıkarma halinde ise, yoksunluktan farklı olarak mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunması gerekmektedir.

⁸⁵³ Gross, s. 122; Hohl, s. 66; Hrubesch-Millauer, s. 290.

⁸⁵⁴ Hohl, s. 66.

⁸⁵⁵ Yenilik doğuran hakların özellikleri için bkz. Buz, V.: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 55 vd.; Eren, s. 61; Serozan (Dönme), s. 43.

edilebilmektedir; ancak miras hukuku niteliği ağır bastığından, yenilik doğuran hakların birçok özelliğine uymamaktadır.⁸⁵⁶

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkını, temsile izin verilmediğinden, sağlığında ve bizzat kullanması gerekmektedir.⁸⁵⁷ Öte yandan, mirasbırakan sağlığında yanılma veya aldatma sebebiyle miras sözleşmesini ortadan kaldırmadan ölmüş ise, mirasçıları TMK m. 557 hükmüne dayanarak yanılma veya aldatma sebebiyle miras sözleşmesini iptal ettirebilecektir.

Mirasbırakanın miras sözleşmesini ortadan kaldırması için önce bir miras sözleşmesi yapmış olması gerektiğinden ve miras sözleşmeleri için ergin olmak arandığından mirasbırakan her durumda reşit olacaktır. Bu bakımdan miras sözleşmesi yapma ehliyeti ile bunu ortadan kaldırma ehliyeti arasındaki fark, miras sözleşmesi yaptıktan sonra kısıtlanan kişiler bakımından görülecektir. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlı bir kişi miras sözleşmesi yapamazken, vasiyetname yapabilecek durumda oldukları için, miras sözleşmesi yaptıktan sonra kısıtlanması halinde miras sözleşmesini ortadan kaldırabilecektir.⁸⁵⁸ Miras sözleşmesi yaptıktan sonra tam ehliyetsiz duruma gelen kişiler bakımından ise bu imkan söz konusu değildir.

Miras sözleşmesini, mirasçılıktan çıkarma sebeplerine dayanarak tek taraflı olarak ortadan kaldırabilmek için TMK m. 512/I (İMK 479/I) hükmüne uygun olarak

⁸⁵⁶ Buz (YDH), s. 52. Mirasçılıktan çıkarma, yenilik doğuran hakların genel özelliklerinden farklı olarak, varması gerekli olmayan ve serbestçe geri alınabilen bir ölüme bağlı tasarruftur.

⁸⁵⁷ Hohl, s. 44; Dural/Öz, s. 120.

⁸⁵⁸ Dural/Öz, s. 122.

mirasçılıktan çıkarma sebebinin belirtilmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin TMK m. 512/I hükmü mirasçılıktan çıkarmanın mirasbırakanın çıkarma sebebinin belirtmesi halinde geçerli olduğunu düzenlemektedir. Bir görüş, mirasçılıktan çıkarma sebebinin daha sonrasında hakim tarafından denetlenebilmesi için, miras sözleşmesinin ortadan kaldırılması halinde de sebebin belirtilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸⁵⁹ Karşı görüş ise, miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmak için, mirastan çıkarma sebebinin belirtilmesinin gerekli olmadığını savunmaktadır.⁸⁶⁰ Öncelikle, TMK m. 546 (İMK m. 513) hükmünde, mirasçılıktan çıkarma sebebinin gösterilmesi gerektiğini düzenleyen TMK m. 512 (İMK m. 479) hükmüne atıf yapılmamıştır. İkinci olarak, mirasçılıktan çıkarma sebebi konusunda ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta, çıkarmaya ilişkin ölüme bağlı tasarrufta mirasbırakan mirasçılıktan çıkarma sebebinin açıkça belirtmiş olsa dahi, bu sebebin gerçekliğinin hakim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, çıkarma sebebinin gösterilmesinin önemli bir işlevi yoktur; ancak mirasbırakanın miras sözleşmesini sona erdirmeye iradesinin açık şekilde tespit edilebiliyor olması lazımdır.⁸⁶¹ Biz mirastan çıkarma sebebinin daha sonradan yaşanacak tartışmaları bir ölçüde bertaraf etmesi açısından belirtilmesini tavsiye etmekte birlikte, bunun miras

⁸⁵⁹ Gross, s. 130; ZK-Escher, Art. 513, N. 10; Piotet, s. 261; Hohl, s. 64 ve naklen: Öztrak, s. 85; Speckert, s. 37; Wolf/Genna, s. 390; İmre/Erman, s. 192; Dural/Öz, s. 122. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yönde verdiği bir karar için bkz. BGE 64 II 337: "*Vielmehr muss in der letztwilligen Verfügung der Wille zum Ausdruck gebracht sein, den Erbvertrag aus dem besondern Grunde des Art. 513 aufzuheben. Eine Redewendung, die auf den Erbvertrag Bezug nimmt und ausdrücklich von seiner Aufhebung spricht, ist aber nicht vorgeschrieben. Es genügt auch, wenn sich mittelbar aus dem Inhalt der Verfügung ergibt, dass die dem erbvertraglich Bedachten eingeräumte Begünstigung mit Rücksicht auf sein dem Erblasser gegenüber erwiesenes Verhalten widerrufen sein soll. Dies trifft vorliegend zu. Die Testatorin verweist auf das ehebrecherische Verhältnis ihres Mannes, der nicht mehr bestreitet, dass er mit seinem Verhalten einen Enterbungsgrund geschaffen hat.*"

⁸⁶⁰ Tuor, Art. 513, N. 26; Beck, s. 61; Serozan (Dönme), s. 507; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 10; Hrubesch-Millauer, s. 291. BernerKomm/Weimar, Art. 513, N. 13, yazar, sebebin gösterilmesinin kolaylık sağlaması bakımından tavsiye etmekte; ancak bunun, İMK m. 479/1 hükmünden farklı olarak, bir geçerlilik şartı olmadığını belirtmektedir. Alman hukukunda da sebebin gösterilmesi aranmaz, bkz. Lange/Kuchinke, s. 556; Erman § 2294, N. 21.

⁸⁶¹ BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 10; bu yönde bkz. BGE 64 II 337.

sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmak bakımından bir geçerlilik şartı olmadığı görüşüne katılıyoruz.⁸⁶²

(cc) Ortadan Kaldırma Beyanının Karşı Tarafa Bildirilmesi

Diğer bir önemli tartışma noktası ise, miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırma hakkının bir vasiyetname ile kullanılmasının sonucu olarak karşı tarafa varması gerekmezken, miras sözleşmesinin sözleşme niteliğinin bu irade beyanının karşı tarafa bildirilmesini (*Mitteilung*) gerektirmesi meselesi bakımından ortaya çıkmaktadır.⁸⁶³ Özellikle, ivazlı veya iki taraflı bir miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması söz konusu ise, bundan karşı tarafın haberdar olması daha büyük önem taşımaktadır.⁸⁶⁴ İvazlı bir miras sözleşmesinde, mirasbırakan ivazı sağlığında elde edeceği için, mirasbırakanın miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırdığını karşı tarafa bildirmesi gerekmediği kabul edilirse, mirasbırakan sözleşmeye son vermesine rağmen karşı taraftan edindiği ivazı alıkoyabilmekte ve karşı taraf miras sözleşmesinin sona erdirildiğinden mirasın açılmasıyla haberdar olacağı için, ilk olarak o zaman harekete geçerek ifa etmiş bulunduğu edimin iadesi için sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd., İBK m. 62 vd.) başvurabilmektedir.⁸⁶⁵

⁸⁶² Aynı yönde bkz. BernerKomm/Weimar, Art. 513, N. 13.

⁸⁶³ Tartışmalar için bkz. Piotet, s. 260; Dural, s. 241; Serozan (Dönme), s. 313; Hrubesch-Millauer, s. 291; Wolf-Genna, s. 390; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 9.

⁸⁶⁴ BGE 99 II 382; Piotet, s. 260; Schürmann, s. 89; Wolf-Genna, s. 390; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 9, yazar yalnızca ivazlı miras sözleşmesi sözkonusu olduğunda dönmenin karşı tarafa bildirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

⁸⁶⁵ Dural, s. 241, Dural/Öz, s. 122; Hrubesch-Millauer, s. 291.

Bir görüş, mirasçılıktan çıkarma sebeplerine dayanarak miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılmasında, sadece ivazsız miras sözleşmeleri bakımından vasiyetname şekline uyulması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁶⁶ Bu hakkın kullanılmasında vasiyetname şeklinin aranmasının nedeni, mirasbırakanın bunu ölümüne kadar saklı tutması ve ölümünden sonra bu tasarrufun belgelenebilmesi ihtiyacıdır. Mirasbırakanın bu ihtiyacı sadece ivazsız miras sözleşmeleri bakımından anlamlıdır; çünkü ivazlı miras sözleşmelerinde durum farklıdır. Mirasbırakanın, sağlararası ivaz üstlenmiş olan karşı tarafı, mirasın açılmasıyla elde etmeyi beklediği haklardan yıllarca gizli kalacak bir tasarrufla mahrum etmekte hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bir görüş, söz konusu hükümde bir örtülü kanun boşluğu olduğunu ve amaca uygun şekilde sınırlandırılması gerektiğini savunmakta ve ivazlı miras sözleşmesini ortadan kaldırmaya ilişkin irade beyanının, aynen TMK m. 547 (İMK m. 514) hükmü çerçevesinde olduğu gibi, şekle bağlı olmadığı ve muhataba varması gerektiği sonucuna varmaktadır.⁸⁶⁷

Miras sözleşmesinin ivazlı olması halinde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere benzediği göz ardı edilemez bir husustur ve bu durumda da mirasçılıktan çıkarma

⁸⁶⁶ Serozan (Dönme), s. 313; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 9.

⁸⁶⁷ Piotet, s. 260; Serozan (Dönme), s. 313, 469; Serozan, s. 349. Serozan, TMK m. 546 hükmü bakımından bir örtülü kanun boşluğu olduğunu ve mutlaka “ereksel bir indirgeme”ye (amaca uygun sınırlama, teleolojik redüksiyon, *teleologische Reduktion*) gidilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, ivazlı miras sözleşmesinde ölüme kadar gizli tutulamayacak bir dönme söz konusu olduğu için bunun karşı tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, ivazlı miras sözleşmesinden dönme söz konusu olduğunda bunun vasiyetname şeklinde gerçekleştirilmesi gerekli değildir. İvazlı miras sözleşmelerinde, karşı tarafın miras sözleşmesinin sona erdirildiğinden ilk olarak mirasın açılmasıyla haberinin olması kabul edilemez sonuçlar doğurmaktadır ve bu bakımdan kanunda bir boşluk (*eine Gesetzeslücke*) olduğu savunulmaktadır (Piotet, s. 260). Piotet’in tavsiyesi, ivazlı miras sözleşmesini geri alan vasiyetnamenin yanında veya bu vasiyetnamenin yerine karşı tarafa geri alma konusunda bildirimde bulunulmasıdır. Örtülü boşluk ve amaca uygun sınırlama hakkında detaylı bilgi için bkz. Larenz, K.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag, 6. Auflage, München 1991, s. 391; Kramer, E. A.: Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern 2005, s. 162; Kırca, Ç.: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologisches Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, Cilt: 50, Sayı:1, s. 91-120, s. 98.

sebebine dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, “dönme hakkı” olarak nitelendirilerek, borçlar hukukunda dönmeye ilişkin kurallar uyarınca, varması gerekli ve şekle bağlı olmayan bir irade beyanı ile kullanılabileceğini kabul etmek olası görünmektedir. Buna rağmen, kanunun açık lafzı karşısında, ivazlı ve ivazsız miras sözleşmesi arasında böyle bir ayrıma gitmek kanaatimizce mümkün değildir. Ayrıca, kanun hükmünün, mehzaz hükme de uygun şekilde, dönme teriminden kaçındığı ve bu bakımdan bir sonraki madde olan TMK m. 547 hükmünde dönme hakkı olarak düzenlenen imkandan ayrı tuttuğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple, burada, mirasçılıktan çıkarma sebebiyle miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması imkanının, miras hukukuna özgü bir hak olarak mirasbırakan tarafa tanındığını görmekteyiz. Bu bakımdan, sözleşmeler hukukuna yabancı olan böyle bir imkanın, kanunda, miras hukuku sözleşmesi olması dolayısıyla ayrıksı durumunun gerektirmesi sonucu miras sözleşmesi bakımından kabul edildiğini ve bu sebeple, miras sözleşmesi ivazlı olsa dahi, teknik anlamda dönme hakkından ayrı konumlandırılması gerektiğini düşünüyoruz. Öte yandan, miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması vasiyetname şekline tabi olsa da, karşı tarafa bu hakkın kullanıldığına ilişkin bir bildirim yapılması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Karşı tarafa yapılacak olan bu bildirim, Alman hukukundaki açık düzenlemeden (AMK § 2296/2) farklı olarak, katıldığımız görüşe göre, herhangi bir şekle bağlı değildir.⁸⁶⁸ Ancak, miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmaya ilişkin irade beyanı ile karşı tarafa yapılacak bildirim birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bu hakkın kullanılması açık olarak vasiyetname şekline tabi tutulmuştur. Söz konusu hakkın kullanıldığına ilişkin bildirim ise herhangi bir şekle tabi değildir. Söz konusu bildirim, hukuki işlem

⁸⁶⁸ BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 9, Hrubesch-Millauer, s. 292.

benzeri (*rechtsgeschäftsähnlich*), karşı tarafa varması gerekli (*empfangsbedürftig*) ve şekle tabi olmayan bir irade beyanıdır.⁸⁶⁹

Alman hukuku da bu görüşe paralel olarak, AMK § 2294 hükmüyle düzenlenen mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak dönmenin, AMK § 2296/2 hükmü ile, sözleşmenin karşı tarafına resmi şekilde açıklanacak bir irade beyanı ile gerçekleştirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Ancak mirasçılıktan çıkarma sebebiyle miras sözleşmesinin sona erdirilmesi imkanı, ilgili maddede açıkça “dönme” olarak nitelendirilmektedir.

Diğer bir görüş ise, mirasbırakanın miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırdığını yalnızca ivazlı miras sözleşmesinde değil, ivazsız miras sözleşmesinde de karşı tarafa bildirmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸⁷⁰ Bu görüşe göre, ivazsız miras sözleşmesinde de karşı tarafın mirasbırakanın miras sözleşmesini ortadan kaldırdığından ilk olarak mirasın açılmasıyla haberdar olması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.⁸⁷¹ Burada sözleşme tarafları arasında olması gereken bağlılığa (sadakate) aykırı bir davranış söz konusu olduğundan, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir koruma yükümlülüğünün ihlaline dayanılarak tazminat talebinde bulunmak kanaatimizce mümkün olabilmelidir. Gerçekten, doktrinde tespit edebildiğimiz kadarıyla üzerinde durulmamış olmakla birlikte, mirasbırakanın sözleşmeyi (velev ki mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden biri gerçekleştiği için) sona erdirdiğini karşı tarafa bildirmemesi, sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin

⁸⁶⁹ BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 9.

⁸⁷⁰ Hrubesch-Millauer, s. 291.

⁸⁷¹ Hrubesch-Millauer, s. 291.

ihlâli sebebiyle mirasbırakanın borca aykırılıktan doğan sorumluluğuna yol açabilmelidir. Bir başka ifadeyle, *culpa in testando* sorumluluğu, bir sözleşme niteliğini haiz olmayan vasiyetnameler bakımından kabul edildiğine göre; sözleşme öncesi, sözleşme sırasında ve sözleşme sonrasında koruma yükümlülüklerinin ihlali durumunda devreye giren borca aykırılık sorumluluğu, gerçek bir sözleşme olan miras sözleşmesi bakımından öncelikle kabul edilebilmelidir. Gerçi miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması vasiyetname ile gerçekleştiğinden, ortadan kaldırmaya ilişkin irade beyanı hüküm ve sonuçlarını, ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle birlikte doğurur ve bu nedenle, henüz hüküm ve sonuç doğurmayan bir irade beyanına ilişkin yapılması gereken bildirimin ihmal edilmesinin, sözleşmesel bir sorumluluk doğurmaya elverişli olup olmadığı tartışılabilir. Ancak, miras sözleşmesinin karşı tarafa bildirilmeksizin sona erdirilmesi halinde, burada bir tür *culpa post pactum perfectum* sorumluluğunun doğacağını kabul etmeye de herhangi bir engel yoktur.

Fikrimizce, bu noktada miras sözleşmesinin sözleşme niteliği ön planda tutulmalı ve karşı tarafın sözleşmenin sona erdirildiğini bilmekteki menfaati korunmalıdır.

Burada, miras sözleşmesini, ivazlı ya da ivazsız olması fark etmeksizin, kanuna uygun şekilde tek taraflı ortadan kaldırmanın vasiyetname yoluyla gerçekleştirilmesi ve bunun yanında karşı tarafa da miras sözleşmesinin mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanılarak tek taraflı olarak ortadan kaldırıldığına ilişkin şekle tabi olmayan bir bildirim (mirasçılıktan çıkarma bildirimi, *Enterbungs-Mitteilung*) yapılması gerektiği

görüşüne katılmaktayız.⁸⁷² Bu bakımdan, AMK § 2296/2 hükmü, miras sözleşmesinin niteliğine uygun bir düzenlemedir.

Öte yandan, mirasbırakanın karşı tarafa mirasçılıktan çıkarma bildiriminde bulunmaması, vasiyetname şekline uygun olarak yapılmış olan miras sözleşmesinden dönmenin geçerliliğini etkilememektedir.⁸⁷³ Bu halde, ivazlı bir miras sözleşmesi söz konusu ise, sağlararası edimini ifa etmiş olan karşı taraf, bunun iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir.⁸⁷⁴ Son olarak, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldırmasına rağmen, bildirimde bulunmaması ve bu sebeple karşı tarafın üstlendiği sağlararası edimi ifaya devam etmesi halinde, mirasbırakanın bu ifayı kabul etmesinin örtülü bir af şeklinde yorumlanması da kanaatimizce mümkün görünmektedir.

⁸⁷² Hrubesch-Millauer, s. 291; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 9. Öte yandan, karşı tarafa, mirasçılıktan çıkarma bildiriminde bulunulması, ancak vasiyetname şekline uygun olarak miras sözleşmesinin ortadan kaldırılmaması durumunda, TMK m. 546/3 (İMK m. 513/3) hükmündeki şekil şartına uymayan bu bildirimin miras sözleşmesine son verme sözleşmesine tahvili ihtimali reddedilmelidir. Çünkü miras sözleşmesine tarafların anlaşmasıyla son verilmesi, gerçek anlamda bir sözleşme ile olmaktadır ve mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak sözleşmenin tek taraflı ortadan kaldırıldığına karşı tarafa bildirilmesi halinde, karşı tarafın iradesinin de miras sözleşmesinin son bulmasına ilişkin olduğu varsayılacaktır. Ayrıca, karşı tarafa sözlü ya da yazılı şekilde yapılan bildirim, miras sözleşmesine son verme sözleşmesine ilişkin TMK m. 546/1 (İMK 513/1) hükmünde aranan tarafların imzasını da kapsayan yazılı şekil şartını da sağlamayacaktır (Hrubesch-Millauer, s. 291, karşı görüş için bkz. BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 9).

⁸⁷³ BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 9. Bkz. Dipnot 795, burada dürüstlük kuralının ihlaline dayanarak bir tazminat talebi gerçekleştirilebileceği gibi, *culpa in testando* şeklinde ortaya çıkan bir güven sorumluluğuna da başvurulabileceği kanaatindeyiz.

⁸⁷⁴ BaslerKomm/Breitschmid, Art. 513, N. 9; Hrubesch-Millauer, s. 291; Dural, s. 246; Oğuzman, s. 183. Mirasçılıktan çıkarma kısmi ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacak geri ödeme de buna uygun olarak kısmi olacaktır.

(dd) Sonuçları

Miras sözleşmesinin, mirasçılıktan çıkarma sebeplerine dayanılarak ortadan kaldırılması bir vasiyetname ile gerçekleştirildiği için, bir ölüme bağlı tasarruf niteliği taşıyarak hüküm ve sonuçlarını ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle doğuracaktır.⁸⁷⁵ Diğer sona erme nedenlerinde olduğu gibi mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanılarak miras sözleşmesinin tek taraflı olarak ortadan kaldırılması halinde de, sona eren bağlayıcı tasarruflar yerine yasal mirasçılık hükümleri veya mirasbırakan başka bir ölüme bağlı tasarruf yapmış ise o geçmektedir. Dönmenin miras sözleşmesine etkisi incelenirken mirasçılıktan çıkarmanın tam veya kısmi olmasına göre ayırım yapmak gerekmektedir. Mirasçılıktan çıkarmanın tam veya kısmi olması ile kastedilen miras sözleşmesi lehdarının miras sözleşmesinden kaynaklanan mirasa ilişkin beklentisinden tam veya kısmen uzaklaştırılmasıdır.⁸⁷⁶

Tam mirasçılıktan çıkarma halinde, mirasçılıktan çıkarma sebebini bünyesinde barındıran miras sözleşmesi lehdarı lehine yapılmış olan sözleşmesel veya tek taraflı tüm tasarruflar ortadan kalkmaktadır. Bu durumda, miras sözleşmesi yalnızca mirasçılıktan çıkarma sebebini gerçekleştiren lehdar lehine tasarruflar içeriyorsa, artık konusuz kalmakta ve sona ermektedir.⁸⁷⁷

Öte yandan, miras sözleşmesinde başka kişiler lehine bağlayıcı olan ya da olmayan tasarruflar da mevcut olabilmektedir. Bu durumda, mirasbırakanın iradesinden

⁸⁷⁵ Hrubesch-Millauer, s. 292.

⁸⁷⁶ Hrubesch-Millauer, s. 291; Dural, s. 244; Hohl, s. 75.

⁸⁷⁷ ZK-Escher, Art. 513, N. 12; Hohl, s. 73; Dural/Öz, s. 123.

dönülen tasarruflar ile bunlar arasında biri olmadan diğerrinin yapılmayacağı şeklinde sıkı bir bağıllık olduğu anlaşılmadıkça, bunlar dönmeden etkilenmeyerek geçerliliklerini korumaktadırlar.⁸⁷⁸

Miras sözleşmesi, ivazlı veya iki taraflı ise, mirasbırakanın ölümüne bağı tasarrufuyla karşı tarafın sağlararası ya da ölümüne bağı tasarrufu arasında bağıllık/bağımlılık (*Abhängigkeit*) olduğu karineten kabul edilmektedir. Bu sebeple, karşılıklı ölümüne bağı tasarruflardan birinin veya sağlararası tasarrufa karşılık yapılan ölümüne bağı tasarrufun sona ermesi, karşılığını oluşturan diğerr tasarrufu da (*Gegenleistung*, sağlararası veya ölümüne bağı) sona erdirmektedir. Ancak tarafların aksini kararlaştırması mümkündür.⁸⁷⁹

Miras sözleşmesi tek taraflı ve ivazsız ise, diğerr bağılayıcı ya da tek taraflı tasarruflar geçerliliklerini korumaktadır, meğerr ki sona eren tasarruflarla sıkı bir bağıllıkları olsun. Miras sözleşmesi iki taraflı veya ivazlı ise, kural olarak, bunlar arasında bağıllık söz konusu olduğundan, karşı tarafın da mirasbırakan lehine yaptığı tasarruflar sona ermektedir. Çıkarmaya konu tasarruf ve onun karşılığını oluşturan ölümüne bağı veya sağlararası tasarruf haricindeki bağılayıcı veya tek taraflı tasarruflar, çıkarmaya konu tasarrufla sıkı bağıllık içinde olmamak kaydıyla geçerli olmaya devam etmektedir.⁸⁸⁰

⁸⁷⁸ Gross, s. 126; Tuor, Art. 513, N. 24; ZK-Escher, Art. 513; Hohl, s.73 ve naklen: Knapp, s. 233 ve Öztrak, s. 88; Dural/Öz, s. 123.

⁸⁷⁹ Henrici, s. 162; Gross, s. 128; Tuor, Vor. zum Erbvertrag, N. 11; Piotet, s. 261; Hohl, s.76 ve naklen Öztrak, s. 89; Dural/Öz, s. 123; Hrubesch-Millauer, s. 292.

⁸⁸⁰ Piotet, s. 261; Hohl, s. 75 ve naklen: Knapp, s. 233 ve Öztrak, s. 88.

Eklemek gerekir ki, iki taraflı bir miras sözleşmesinde tarafların üçüncü kişi yararına miras sözleşmesi yaptıkları hallerde, söz konusu üçüncü kişi taraflardan hangisine karşı çıkarma nedenini gerçekleştirmiş ise, yalnızca o tarafın tasarrufları sona ermektedir. Burada miras sözleşmesi taraflarının tasarrufları arasında bağlılık olmadığı kural olduğundan, tarafların iradelerinden aksi anlaşılmadıkça, diğer tarafın üçüncü kişi lehine yaptığı tasarruflar kural olarak geçerliliklerini korumaktadır.⁸⁸¹

(ee) Mirasçılıktan Çıkarmanın Geri Alınması

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebeplerine dayanarak miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırması, vasiyetname yapmak suretiyle gerçekleştirildiğinden, kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, mirasbırakan bunu istediği zaman geri alabilecektir (*Wiederruf des Enterbungstestaments*).⁸⁸² Öte yandan, miras sözleşmesinin tek taraflı olarak ortadan kaldırılması, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanımı sonucu gerçekleşmektedir ve kural olarak yenilik doğuran haklar geri alınamamaktadır.⁸⁸³ Ancak miras sözleşmesinin çifte niteliğine paralel şekilde, miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkı da bir taraftan bir vasiyetname, diğer taraftan ise yenilik doğuran bir hakkın kullanılması

⁸⁸¹ Gross, s. 128; Hohl, s. 76 ve naklen: Knapp, s. 234.

⁸⁸² ZK-Escher, Art. 513, N. 12; Serozan/Engin, s. 403.

⁸⁸³ Yenilik doğuran haklar, kural olarak, kullanılmalarıyla birlikte tükenmektedir. Bunun temel sebebi, yenilik doğuran hak muhatabının hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkan hukuki durumun kesin olup olmadığını bilmeye ilişkin korunmaya değer menfaattir. Buna karşılık, muhatabın korunması gereken bir menfaati olmadığı durumlarda bu kuralın amaca uygun bir yorum yapılmak suretiyle esnetilebileceği kabul edilmektedir (Buz (YDH), s. 443 vd.; Gauch/Schluep/Schmidt/ Emmenegger (B. I), N. 157). Miras sözleşmesinin mirasbırakan tarafından mirasçılıktan çıkarma sebeplerine dayanılarak tek taraflı şekilde ortadan kaldırılmasının geri alınması, söz konusu bozucu yenilik doğuran hakkın muhatabı olan miras sözleşmesi lehdarının yararına olacaktır. Bu bakımdan, muhatabın yenilik doğuran hakkın kullanıldıktan sonra geri alınmasına izin vermemeyi haklı kılan korunması gereken bir menfaati söz konusu değildir. Bu bakımdan, miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılmasına yönelik kullanılan bozucu yenilik doğuran hakkın geri alınabilmesinin, yenilik doğuran hakların kullanıldıktan sonra geri alınmasına izin verilen hallerden biri olduğu kanısındayız.

niteliğindedir. Bu çifte niteliği sebebiyle, miras sözleşmesini, mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanılarak ortadan kaldırma hakkı, yenilik doğuran hakların kullanıldıktan sonra geri alınamaması ilkesine bir istisna oluşturmaktadır.⁸⁸⁴ Mirasçılıktan çıkarma kısmi olabileceği gibi geri alma da kısmi olarak gerçekleştirilebilmektedir.⁸⁸⁵

Mirasçılıktan çıkarma, vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin TMK m. 542-544 (İMK m. 509-511) hükümlerinde öngörülen şekle uyulmak suretiyle geri alınacaktır; ancak bu halde, yalnızca mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin vasiyetnameye son verilmektedir. Buna ek olarak, miras sözleşmesinin tekrar geçerlilik kazanması istenirse, geri almanın miras sözleşmesi şekline uyulmak suretiyle yapılması gerekmektedir. Ancak hukuki olarak olması gereken bu durum, maddi gerçeklikle örtüşmemektedir. Zira, mirasbırakan, karşı tarafa mirasçılıktan çıkarma bildiriminde bulunmadan bir vasiyetname düzenleyerek miras sözleşmesine tek taraflı olarak son verebilmektedir. Yine aynı şekilde, karşı tarafın hiç haberi olmadan, yaptığı bu mirasçılıktan çıkarma vasiyetnamesini geri alabilmektedir. Bu durumda, karşı taraf, miras sözleşmesine tek taraflı son verildiğini de, daha sonra bu tasarrufun geri alındığını da bilmediği için, onun yönünden hukuki durumunda bir değişiklik söz konusu değildir. Bu bakımdan, miras sözleşmesinin tekrar geçerlilik kazanması (*Wiederherstellung*) için resmi şekil şartını sağlaması gerektiği ilkesi, söz konusu durumda gerçeğe pek uygun olmayacaktır.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ Hohl, s. 79'dan naklen: Öztrak, s. 91.

⁸⁸⁵ Hohl, s. 79.

⁸⁸⁶ Hrubesch-Millauer, s. 293.

(ff) Affin Mirasçılıktan Çıkarmaya Etkisi

TMK 578/II (İMK m. 540/2) hükmünde, mirastan yoksunluğun, mirasbırakanın affıyla (*Verzeihung*) ortadan kalkacağı düzenlenmiştir; buna karşılık mirasçılıktan çıkarma bakımından böyle bir hüküm mevcut değildir.⁸⁸⁷ Mirasbırakanın affı hukuki niteliği itibariyle bir duygu açıklaması olduğundan, bizzat gerçekleştirilmesi gerekmekte ve geçerliliği herhangi bir şekle bağlı bulunmamaktadır. Mirasbırakanın affı açık bir beyanla yapılabileceği gibi, bu yönde bir iradeyi gösteren davranışlardan da anlaşılabilmektedir. Mirasbırakanın af sırasında ayırt etme gücü bulunması gerekli ve yeterlidir.⁸⁸⁸ Mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin vasiyetnamesini geri almak yerine, mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunan kişiyi affederek aynı sonuca ulaşmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Bir görüş, affin mirastan yoksunlukta düzenlenip mirasçılıktan çıkarma halinde düzenlenmemesinin bir kanun boşluğu değil, olumsuz bir çözüm olduğunu savunmaktadır. Buna göre, affin mirasçılıktan çıkarma üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Mirastan yoksunluktan farklı olarak, mirasçılıktan çıkarma kanun hükmünden değil, mirasbırakanın vasiyetname şekline tabi bir irade beyanından kaynaklanmalıdır. Bu sebeple, mirastan yoksunluktan farklı olarak, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun şekil şartlarına uyulmuş bir ölüme bağlı tasarrufla geri alınması

⁸⁸⁷ Alman hukukunda, AMK § 2337 hükmü ile, affin mirasçılıktan çıkarma bakımından mümkün olduğu düzenlenmiştir. Öte yandan, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, mirastan yoksunluk sebepleri, AMK § 2339 hükmünün aksini işaret eden lafzına rağmen, kendiliğinden mirastan yoksunluk sonucunu doğurmamaktadır. AMK § 2340 hükmüne göre, mirastan yoksunluk sebebi olduğu iddiasıyla, bundan yararlanacak olan kişiler tarafından, iptal davası (*Anfechtung des Erbschaftserwerbs*) açılması gerekmektedir, detaylı bilgi için bkz. Brox/Walker, s. 163; Leipold, s. 255; Zimmermann, s. 205)

⁸⁸⁸ Mirastan yoksunluğun mirasbırakanın affıyla ortadan kalkması hakkında detaylı bilgi için bkz. Serozan/Engin, s. 478; İmre/Erman, s. 314.

gerekmekte ve mirasbırakanın affının mirasçılıktan çıkarmayı ortadan kaldırması mümkün olmamalıdır.⁸⁸⁹ Karşı görüş ise, mirastan yoksunluk halindeki af hükmünün mirasçılıktan çıkarma bakımından kıyasen uygulanabileceğini ve affın mirasçılıktan çıkarılana TMK m. 512/III hükmüne göre tenkis davası açma hakkı tanıyarak saklı payını talep etme imkanı vereceğini savunmaktadır.⁸⁹⁰ Bu görüşe göre, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkardığı kişiyi affetmesi, kopmuş aile bağlarının yeniden kurulduğunu göstermektedir ve mirastan yoksunluk sebepleri, mirasçılıktan çıkarma sebeplerine kıyasla daha ağır halleri kapsamaktadır. Bu durumda, yoksunluk bakımından affın kabul edilmesi, mirasçılıktan çıkarma bakımından evleviyetle kabul edilmelidir.⁸⁹¹ Mirasbırakanın affı ile mirasçılıktan çıkarmanın mümkün olmadığını savunan yazarlar, mirasçılıktan çıkarmanın geri alınması ile mirasbırakanın affını karıştırmaktadır. Mirasbırakanın affı, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu, şekle tabi olmayan bir geri alma yolu değildir. Mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eden davranışını affetmesi, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerlilik şartını (*die Gültigkeitsvoraussetzungen*) ortadan kaldırmaktadır.⁸⁹²

⁸⁸⁹ Gross, s. 123; ZK-Escher, Art. 477, N. 10; Beck, s. 73; Hohl, s. 82; İmre/ Erman, s. 253; Oğuzman, s. 216; Hrubesch-Millauer, s. 294; aynı yönde bkz. BGE 55 II 164; BGE 73 II 208, İsviçre Federal Mahkemesine göre, mirasbırakanın mirastan çıkardığı kişiyi manevi açıdan affetmesine rağmen, çıkarma sebebine ilişkin olarak maddi yaptırımının geçerli kalmasını istemesi mümkündür. Bu sebeple, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırmak isteyen mirasbırakanın buna ilişkin şekil şartına uyarak geri alma tasarrufunda bulunması gerekmektedir. Bunu yapmadığına göre, mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerliliğini korumak istediği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, mirasbırakanın affı, mirastan yoksunlukla bir tutulmamalı ve mirasçılıktan çıkarmayı ortadan kaldırmamalıdır.

⁸⁹⁰ Tuor, Art. 477, N. 19; Piotet, s. 424; Druey, s. 69; Kocayusufpaşaoğlu, s. 318; Dural/Öz, s. 216; BaslerKomm/Bessenich, Art. 477, N. 9; BernerKomm/Weimar, Art. 477, N. 22; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo; s. 844; Wolf/Genna, s. 470.

⁸⁹¹ Tuor, Art. 477, N. 19b, Piotet, s. 424.

⁸⁹² Piotet, s. 424.

Fikrimizce, mirasbırakanın affı ile mirasçılıktan çıkarmanın ortadan kalkacağı ve affedilen mirasçının tenkis davası yoluyla saklı payını elde edebileceğine ilişkin görüş daha isabetlidir. Ancak, bu görüşü miras sözleşmesi bakımından değerlendirdiğimizde, dikkate alınması gereken husus ortadan kaldırılan miras sözleşmesinin, mirasbırakanın affı ile yeniden geçerlilik kazanıp kazanamayacağıdır. Mirasbırakan mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak miras sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirdiğini karşı tarafa bildirmediği, karşı taraf bundan haberdar olmayacaktır. Bu bakımdan, mirasçılıktan çıkarmanın geri alınmasında olduğu gibi, miras sözleşmesinin sona erdiğini bilmeyen taraf açısından kendi hukuki durumunda herhangi bir değişiklik söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan da mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarmaya dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldırdıktan sonra karşı tarafı affetse, o bundan yine haberdar olmayacaktır. Sonuç olarak, miras sözleşmesinin, mirasbırakanın affından sonra, tekrar geçerlilik kazanması için gereken resmi şekil şartını aramak, söz konusu durumda gerçekçi olmayacaktır.⁸⁹³

b. Sağlararası İvaz Borcunun Yerine Getirilmemesi Sebebiyle Dönme

TMK 547 (İMK m. 514) hükmüne göre, miras sözleşmesi gereğince sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan taraf, bu edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya güvenceye bağlanmaması halinde borçlar hukuku kuralları

⁸⁹³ Mirasçılıktan çıkarmanın geri alınması bakımından aynı yönde Hrubesch-Millauer, s. 293.

uyarınca sözleşmeden dönebilmektedir.⁸⁹⁴⁸⁹⁵ Söz konusu hüküm, hem olumlu hem de olumsuz miras sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Olumlu miras sözleşmesinde, sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan taraf mirasbırakan iken, mirastan feragat sözleşmesinde bu taraf feragat edendir. Ancak, çalışmamızın sınırları içerisinde kalmak amacıyla, burada miras sözleşmesinden dönme hakkı, yalnızca olumlu miras sözleşmesi bakımından incelenmiştir. Miras sözleşmesinde, sağlararası edim olarak, genellikle, sürekli bir edim teşkil eden ölünceye kadar bakma yükümlülüğü belirlenirken, bundan başka, bir para borcu, borçtan kurtarma ya da bir yapmama veya katlanma edimi de öngörülebilmektedir.⁸⁹⁶ Hakim görüş, bu hükümde atıf yapılan borçlar hukuku kurallarının karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin TBK m. 123 vd. (İBK m. 107 vd.) hükümlerine yapıldığını kabul etmektedir.⁸⁹⁷

⁸⁹⁴ Miras sözleşmesinde, yapılan sözleşmesel ölüme bağlı tasarrufun hüküm ifade etmesi, sağlararası ivazın yerine getirilmesi şartına bağlanmış olabilmektedir. Bu durumda sağlararası edim yerine getirilmeyince şart gerçekleşmemiş olacak ve dolayısıyla miras sözleşmesi hüküm ifade etmeyeceği için sağlararası ivaz alacaklısının miras sözleşmesinden dönmeye gerek kalmayacaktır (ZK-Escher, Art 514, N. 6; Dural, s. 248; Soergel/Siebert, § 2295 N. 4). Öte yandan, TMK 547 hükmü ile sağlararası ivazın yerine getirilmemesi durumunda dönme hakkı düzenlenmeseydi, mirasbırakanın bu halde saik yanılmasına dayanarak TMK m. 504 hükmüne göre sözleşmeden dönebileceği savunulmaktadır (Tuor, Art. 514, N.4; Beck, s. 63; Brox/Walker, s. 92.). Ancak, miras sözleşmesi bakımından, vasiyetnameden farklı olarak güven prensibi geçerli olduğu için, borçlar hukuku kurallarına uygun olarak, saik yanılması bir temel yanılması teşkil etmedikçe, sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı vermemektedir. Bu sebeple, ivazın sözleşmenin olmazsa olmaz unsurlarından biri olmadığı durumlarda, miras sözleşmesini sona erdirmeye imkanı olması için TMK m. 547 hükmüne ihtiyaç bulunmaktadır (Dural, s. 249).

⁸⁹⁵ Üçüncü kişi lehine miras sözleşmesinde, lehdar üçüncü kişi, sözleşmenin tarafı olmadığı için sağlararası edimin ifası bakımından da herhangi bir etkiye sahip değildir.

⁸⁹⁶ Miras sözleşmesinden dönme hakkı taniyan ancak yalnızca sürekli edim (*wiederkehrende Leistung*) üstlenilmesine ilişkin düzenleme getiren Alman Medeni Kanunu § 2295 hükmünden farklı olarak, Türk-İsviçre hukukunda (TMK m. 547, İMK m. 514) sürekli veya ani edim olması fark etmeksizin, her tür sağlararası edim borcuna yönelik bir hüküm getirilmiştir (Tuor, Art. 514, N. 6; ZK-Escher, Art. 514, N. 2).

⁸⁹⁷ Tuor, Art. 514, N.2; ZK-Escher, Art 514, N.1; Speckert, s. 38; Hohl, s. 86 ve naklen Gauthier, s. 111; Kocayusufpaşaoğlu, s. 244; Serozan/Engin, s. 265, 349; Kılıçoğlu, s. 137; Brox/Walker, s. 92; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 514, N. 1, 3, 4.

Bu hüküm yalnızca ivazlı miras sözleşmesine ilişkin bir düzenleme getirmekle, ivazlı miras sözleşmesinin edimlerin değiş tokuşunu hedefleyen bir sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır. Mirasbırakan tarafın ölüme bağlı tasarrufuna karşılık karşı taraf sağlararası edim borcu üstlenmiştir ve taraf iradeleri bu iki tasarruf arasında birinin geçersizliği diğerinin geçersizliğine sebep olacak şekilde hukuki bir bağıllık olması yönündedir.⁸⁹⁸ Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, ivazlı miras sözleşmesi borçlar hukuku anlamında tam iki tarafa borç yükleyen (*ein vollkommen zweiseitiger Vertrag, ein synallagmatischer Vertrag*) bir sözleşme değildir; çünkü mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu borç doğuran bir hukuki işlem değildir. Buna ek olarak, mirasbırakan tarafın, ölüm anındaki terekesinin durumu ve çoğunlukla sağlararası sürekli edim yüklenmiş (ölünceye kadar bakma gibi) karşı tarafın da mirasbırakanın yaşam süresini önceden bilmek mümkün olmadığı için ediminin kapsamı önceden belirlenememektedir. Bu sebeple, karşılıklı yapılan bu tasarruflar arasında maddi açıdan bir eşitlik sağlamak zorunlu olmadığı gibi gerçekçi de değildir.⁸⁹⁹ Sonuç olarak, teknik anlamda tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Ancak, ivazlı miras sözleşmesi, mirasbırakan açısından borç doğurmasa dahi, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunmasının sebebi kural olarak karşı taraftan sağlararası edim elde etmektir. Keza, miras sözleşmesinin sağlararası edim yüklenen karşı tarafı da, mirasbırakandan bir ölüme bağlı tasarruf elde etmek için borç altına girmektedir. Bu bakımdan, her ne kadar karşılıklı borç doğmasa dahi, ivazlı miras sözleşmesinin tam

⁸⁹⁸ ZK-Escher, Art. 514, N. 1; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 514, N.1; Hrubesch-Millauer, s. 295: “Der Erbvertrag mit Gegenleistung ist ein Vertrag abzielend auf einen Leistungsaustausch: Die Leistung inter vivos und die Leistung mortis causa stehen in enger Mittel-Zweck-Relation und sind rechtlich miteinander vernüpft.”

⁸⁹⁹ Hrubesch-Millauer, s. 295.

iki tarafa borç yükleyen sözleşmeye olan benzerliğini yok sayarak hukuki sonuçlara varmak, ilişkinin dinamiklerine uygun olmayacağı gibi isabetli de olmayacaktır.

Kanunkoyucu da ivazlı miras sözleşmelerinin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere olan benzerliğini dikkate almış ve TMK m. 547 (İMK m. 514) hükmünü bu benzerlikten yola çıkarak düzenlemiştir.⁹⁰⁰ Bu bakımdan, miras sözleşmesinin bir yandan ölüme bağlı tasarruf, diğer yandan sözleşme olmasının getirdiği çifte niteliği uygulanacak hükümler noktasında belirleyici olmaktadır.

Ayrıca, miras sözleşmesi ile yapılan ölüme bağlı tasarrufa karşılık üstlenilen sağlararası tasarrufun aynı belge içerisinde düzenlenmiş olması şart değildir, ayrı bir borç sözleşmesi ile de düzenlenmiş olabilir. Burada önemli olan, söz konusu sağlararası tasarrufun miras sözleşmesinin, sözleşmesel içeriğini oluşturan ölüme bağlı tasarrufa karşılık geldiğini, aralarında amaçsal bir bağ olduğunu tespit edebilmektir.⁹⁰¹

Son olarak, miras sözleşmesinden kısmen dönülmesi de mümkündür. Reddetme yetkisine rağmen kısmi ifa kabul edilmiş ise, temerrüt sebebiyle dönme hakkı yalnızca ifa edilmeyen kısım için kullanılabilir. Ancak, dönme hakkı sahibi kısmi ifayı geri kalanın da derhal ifa edileceği ümidi ile kabul etmiş ve bu gerçekleşmediği için kısmi ifa tamamen anlamsız hale gelmiş ise miras sözleşmesinden tamamen dönmek mümkündür.⁹⁰²

⁹⁰⁰ Serozan/Engin, s. 349. İvazlı miras sözleşmesinin geniş anlamda synallagmatik sözleşme olarak kabul edilebileceğine ilişkin bkz. Hrubesch-Millauer, s. 78, 295.

⁹⁰¹ Tuor, Art. 514, N. 7; ZK-Escher, Art. 514, N. 2; Beck, s. 62.

⁹⁰² Hohl, s. 90.

(aa) Borçlunun Temerrüdüne İlişkin Borçlar Kanunu

Hükümleri

TMK m. 547 hükmünde miras sözleşmesinden borçlar hukuku kuralları uyarınca dönüleceği düzenlenmiş ve söz konusu atıf TBK m. 117 vd. hükümlerine (İBK m. 102 vd.) yapılmıştır.⁹⁰³ Kanunumuzda borçlunun temerrüdüne (*Schuldnerverzug*) ilişkin bir tanım söz konusu değildir, bunun yerine TBK m. 117 hükmü, temerrüdün şartlarını düzenlemektedir. Borçlunun borçlandığı edimi, sözleşmeye aykırı şekilde, geç ifa etmesi halinde borçlunun temerrüdü söz konusu olmaktadır.⁹⁰⁴ Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için öncelikle edimin ifası mümkün olmalıdır.⁹⁰⁵ Edim, borçlunun kusuru ile imkansız hale gelirse, borçlu TBK m. 112 (İBK m. 97) hükmüne göre ifa etmeme sebebiyle tazminat ödemekle yükümlüdür.⁹⁰⁶

⁹⁰³ Bu başlık altında yapılacak açıklamalar çalışma konumuzun kapsamını aşmamak amacıyla sınırlı tutulmuş, asıl olarak Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin miras sözleşmesi bakımından uygulanması değerlendirildiğinden, burada yalnızca genel bilgiler vermekle yetinilmiştir.

⁹⁰⁴ von Tuhr/ Escher, s. 135; Bucher, s. 356; Weber, R. H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art 97-109 OR, Stämpfli Verlag, 1. Auflage, Bern 2000, Art. 102, N. 4; Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger (B. II), s. 2656; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 911; Eren, s. 1113; Oğuzman/Öz (C.II), s. 283; Serozan (İfa), s. 159.

⁹⁰⁵ von Tuhr/Escher, s. 135; Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger (B. II), s. 2929; Bucher, s. 356; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 911. Çoğunluk görüşü, sözleşmenin kurulmasından önceki imkansızlıktan farklı şekilde, sonraki sübjektif imkansızlığı, kusurlu sonraki imkansızlık kabul ederek TBK m. 112 hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır, bkz. von Tuhr/Escher, s. 94; BernerKomm/Weber, Art. 97, N. 121; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 97, N. 13; Schwenzer, s. 461; İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir, bkz. BGE 135 III 212; BGer 4A_189/2012. Diğer bir görüş ise, sonraki sübjektif imkansızlık halinde bir imkansızlık değil, temerrüt olduğunu savunmaktadır, bkz. Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger (B. II), N. 2533, 2575; Eren, s. 1061. Kusurlu imkansızlık ve temerrüt farkı bakımından bkz. Eren, s. 1113: Kusurlu imkansızlıkta, ifa kesin olarak imkansız hale gelmişken, temerrütte ifa mümkündür; ancak borca aykırı olarak gecikmiştir. Bu bakımdan, kusurlu imkansızlık borçlu temerrüdünü engellemektedir. Buna ek olarak, kusurlu imkansızlıkta borçlunun kusurlu olması gerekirken, temerrüt bakımından kusur şart değildir.

⁹⁰⁶ Kusurlu sonraki imkansızlık hakkında detaylı bilgi için bkz. von Tuhr/Escher, s. 96; Larenz (B. I), s. 305; Bucher, s. 418; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. II), s. 2526; Schwenzer, s. 463; BernerKomm/Weber, Art. 96, N. 98; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 97, N. 7; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 904; Serozan (İfa), s. 146; Eren, s. 1058; Oğuzman/Öz (C.II), s. 293; Aksoy, H.C.: Impossibility in Modern Private Law - A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law, Springer-Verlag, Cham - Heidelberg - New York - Dordrecht - London 2014, s. 72.

Kusursuz imkansızlık halinde ise, TBK m. 136 (İBK m. 119) hükmü uyarınca borç sona ermektedir.⁹⁰⁷

Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekmemektedir.⁹⁰⁸ Kusurun varlığı yalnızca borçlunun temerrüdünün tazminat borcu doğurması bakımından gerekmektedir. Temerrüdün gerçekleşmesi için, muaccel bir borcun (*Fälligkeit*), borçlu tarafından ifa edilmemesi, kural olarak, yeterli değildir. TBK m. 117/I (İBK m. 102/1) hükmü gereği, ihtar gerek olmayan bir hal söz konusu olmadıkça, borçlunun temerrüde düşmesi için, alacaklının ihtarında bulunması gerekmektedir. İhtar (*Mahnung*), tek taraflı, hukuki işlem benzeri, şekle bağlı olmayan ve varması gerekli bir irade açıklamasıdır. Bununla, alacaklı, borçluyu borçlandığı edimi ifaya davet etmektedir.^{909 910} TBK m. 117/II (İBK m. 102/2) hükmünde düzenlenen hallerde, temerrüdün gerçekleşmesi için ihtar gerek bulunmamaktadır. Borcun ifası için belirli vade (*bestimmter Verfalltag*) belirlenmiş olması halinde, borçlu bu vadede ifade bulunmazsa, ihtar gerekmez, temerrüde düşmektedir. Söz konusu belirli vade taraflarca kararlaştırılabileceği gibi, yapılan sözleşmede belirli vadeyi bildirimde bulunmak suretiyle tespit yetkisi taraflardan birine tanınmış olabilir.

⁹⁰⁷ Kusursuz sonraki imkansızlık için bkz. von Tuhr/Escher, s. 131; Schwenger, s. 461; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 119, N. 8; Aksoy, s. 79. Bazı hallerde, borçlu kusurlu olmasa bile, imkansızlıktan sorumlu olabilir, bu sebeple, “kusursuz sonraki imkansızlık” yerine, “borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık” ifadesini kullanmak daha doğru olur (Oğuzman/Öz (C.II), s. 427; Eren, s. 1327).

⁹⁰⁸ von Tuhr/Escher, s. 141, Bucher, s. 356; Gauch/Schlupe/Schmid/ Emmenegger (B. II), N. 2661; BaslerKomm/Wiegand, OR Vor. zu Art. 102-109, N. 2; BernerKomm/Weber, Art. 102, N. 37; Eren, s. 1113; Serozan (İfa), 160.

⁹⁰⁹ von Tuhr/Escher, s. 136; Bucher, s. 356; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2660; BaslerKomm/Wiegand, OR Art.102, N. 5; Schwenger, s. 469; Eren, s. 1116.

⁹¹⁰ İhtarın hukuki sonuçlarını doğurması için hangi anın esas alınması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüş, ihtarın borçlunun hakimiyet alanına ulaştığı anda sonuç doğurduğunu savunmaktadır (Eren, s. 1117). Diğer bir görüş ise, borçluya ifa için uygun bir tepki zamanı (*eine angemessene Reaktionszeit*) tanınması gerektiğini ve ancak bu süreden sonra temerrüdün gerçekleşeceğini belirtmektedir (von Tuhr/Escher, s. 138; Gauch/Schlupe/Schmid/ Emmenegger (B. II), N. 2660; BaslerKomm/Wiegand, OR Art.102, N. 8; Buz, s. 102.)

Bunlara ek olarak, borçlu, borç muaccel olmadan önce, alacaklıya, borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmişse (*antizipierter Vertragsbruch*), burada da artık ihtara gerek olmaksızın, borçlu temerrüdü gerçekleşir.⁹¹¹ Bunlar dışında, alacaklı, edimi kabul etmeye hazır olmalı, alacaklı temerrüdü söz konusu olmamalıdır.⁹¹² Son olarak, borçlunun ödemezlik def'ine ilişkin TBK m. 97 ve 98 hükümlerine göre, borçlandığı edimi ifadan kaçınma hakkı olmamalıdır.⁹¹³ Borçlunun temerrüdüne ilişkin bu genel şartlara ek olarak, TBK m. 123 vd. (İBK m. 107 vd.) hükümlerinde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçim hakkını kullanabilmesi için bazı ek şartlar düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, alacaklının seçim hakkını (*Wahlrecht des Gläubigers*) kullanabilmesi için, borçlunun temerrüde düşmesinden başka, alacaklının borçluya uygun bir ek süre vermiş olması (*Nachfristsetzung*) veya uygun bir sürenin belirlenmesini hakimden istemesi gerekmektedir. Bu şekilde, borçlu tarafa, temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulmak için son bir imkan daha verilmiş olmaktadır.⁹¹⁴ Alacaklı makul bir ek süre tayin ederek, borçluya, sözleşme konusu edimi o ana kadar doğmuş gecikme zararı ile birlikte belirli bir süre içerisinde ifaya davet etmektedir. Ek süre tayini, hukuki işlem benzeri, şekle tabi olmayan ve varması gerekli bir irade açıklamasıdır.⁹¹⁵ TBK m. 124 (İBK m. 108) hükmünde, ek süre verilmesine gerek olmayan haller düzenlenmiştir. Bunlar, borçlunun durum ve tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağının anlaşıldığı,

⁹¹¹ von Tuhr/Escher, s. 141, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 918; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2722; BaslerKomm/Wiegand, OR Art.102, N. 11; Buz, s. 103; Eren, s. 1120.

⁹¹² von Tuhr/Escher, s. 142; Bucher, s. 356; Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger (B. II), N. 2664; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 102, N. 12.

⁹¹³ von Tuhr/Escher, s. 136; BernerKomm/Weber, Art. 82, N. 212; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 102, N. 12; Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger (B. II), N. 2665.

⁹¹⁴ Detaylı bilgi için bkz. von Tuhr/Escher, s. 148; Bucher, s. 367; Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger (B. II), N. 3013; Eren, s. 1134; BaslerKomm/Wiegand, OR Art.107, N. 6; Schwenger, s. 474.

⁹¹⁵ Bucher, s. 367; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 107, N. 7; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 946; Buz, s. 107; Schwenger, s. 474.

borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifasının alacaklı için yararsız kaldığı, borcun ifasının belirli bir zamanda veya belirli bir süre içerisinde gerçekleşmemesi üzerinde ifanın artık kabul edilmeyeceğinin (kesin vadeli işlemler, *Fixgeschäften*) sözleşmeden anlaşıldığı hallerdir.⁹¹⁶

Borçlu belirlenmiş olan ek sürede borcunu ifa etmez veya ek süre verilmesine gerekmeyen haller söz konusu ise, alacaklı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için TMK m. 125 (İBK m. 109) hükmünde öngörülmüş olan seçimlik haklara sahip olacaktır. Söz konusu hükme göre, bu seçimlik haklardan ilki, alacaklının borcun ifasını ve gecikme tazminatı (*Erfüllung und Ersatz des Verzugsschadens*) talep hakkıdır. Bu hak, temerrüdün genel sonuçlarından olduğundan, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için getirilmiş özel bir imkan değildir. Alacaklı herhangi bir beyanda bulunmadığı takdirde, aynen ifa ile gecikme tazminatı talep ettiği karineten kabul edilmektedir. Alacaklının, bu ilk hakkı değil, diğer iki seçimlik haktan birini tercih etmek istemesi halinde, ek sürenin sonunda, aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini borçluya derhal bildirmesi gerekmektedir. Alacaklı, bir yenilik doğuran hakkın kullanımı olan vazgeçme beyanı (*Verzichtserklärung*) ile, aynen ifayı talep hakkını kaybetmektedir.⁹¹⁷

Alacaklının ikinci seçimlik hakkı, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek müsbet zararın tazminini (*Verzicht auf Erfüllung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung*) taleptir. Alacaklının bu hakkı kullanması, sözleşmenin içeriğini değiştirmektedir.

⁹¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. von Tuhr/ Escher, s. 150; Bucher, s. 369; Serozan (İfa), s. 168; Oğuzman/Öz (C.II), s. 387; Eren, s. 1136; Schwenger, s. 475; kesin vadeli işlemlere ilişkin bkz. BGE 96 II 47, BGE 49 II 220.

⁹¹⁷ von Tuhr/Escher, s. 154; Bucher, s. 372; Eren, s. 1139; Schwenger, s. 476.

Borçlunun ifa konusunu oluşturan asli edim yükümlülüğü, tazminata, yani tali edim yükümlülüğüne dönüşmektedir. Borçlu bu durumda, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararı (müsbet zarar, *positive Interesse*) tazmin etme yükümlülüğü altına girmektedir. Müsbet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya olan menfaatine ilişkindir. Bir başka deyişle, alacaklının malvarlığının mevcut durumu ile borçlunun borcunu vaktinde ifa etseydi içinde bulunacağı durum arasındaki fark müsbet zararı ortaya koymaktadır.⁹¹⁸ Müsbet zararın tazmini, temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından olduğundan, borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederse tazmin yükümlülüğünden kurtulacaktır.⁹¹⁹ Alacaklının aynen ifadan vazgeçip müsbet zararının tazminini istemesi halinde, içeriği değişmekle birlikte sözleşme ortadan kalkmadığı için, alacaklının kendi edimini ifa etmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Söz konusu mesele müsbet zararın hesaplanmasına ilişkin bir husus olup bu konuda doktrinde temel olarak iki teori bulunmaktadır. Mübadele teorisine (*Austauschtheorie*) göre, alacaklının müsbet zararının tazminini talep etmesi halinde, kendi edimini ifa yükümlülüğü devam etmektedir. Fark teorisine (*Differenztheorie*) göre ise, alacaklı kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulmakta ve bunun yerine kendi ediminin değeri ile müsbet zararı arasındaki farkı tazminat olarak talep etmesi gerekmektedir.⁹²⁰

⁹¹⁸ von Tuhr/Escher, s. 154; Bucher, s. 342; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2772; BaslerKomm/Wiegand, OR Art.107, N. 17; Schwenger, s. 477; BGE 123 III; BGE 120 II 296; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 962; Oğuzman/Öz (C.II), s. 393; Eren, s. 1141; Buz, s. 109.

⁹¹⁹ von Tuhr/Escher, s. 154; Bucher, s. 379; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2768; BaslerKomm/Wiegand, OR Art.107, N. 16; Schwenger, s. 476; Buz, s. 109; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 962; Oğuzman/Öz (C. II), s. 393; Eren, s. 1143.

⁹²⁰ Söz konusu teorilere ilişkin detaylı bilgi için bkz. von Tuhr/Escher, s. 155; Bucher, s. 380; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2778; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 107, N. 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 869; Eren, s. 1141; Buz, s. 109; Oğuzman/Öz (C. II), 394.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından, borçlunun temerrüdü halinde, alacaklıya tanınan son seçimlik hak ise, sözleşmeden dönme ve menfi tazminat isteme hakkıdır.⁹²¹ Dönme hakkı borçlunun kusuruna bağlı değildir; ancak borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederek menfi tazminat ödemekten kurtulabilir. Dönmenin amacı, sözleşme hiç yapılmamış olsa idi, alacaklının malvarlığı durumu nasıl olacaktı ise, o durumu sağlamaktır. Menfi zarar, alacaklının söz konusu sözleşmeyi hiç yapmamış olma hakkındaki menfaatine yöneliktir. Bu zarar, alacaklının, sözleşmeden döndükten sonraki malvarlığı durumu ile söz konusu sözleşmeyi hiç yapmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durum arasındaki farkı ifade etmektedir.⁹²² Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, dönülen sözleşme şekle bağlı olsa dahi, herhangi bir şekle tabi değildir.⁹²³ Dönme, hukuki niteliği bakımından yenilik doğuran bir haktır.⁹²⁴ TBK m. 135/III hükmünde, dönmenin sonucu olarak, henüz ifa edilmemiş asli edim yükümlülüklerinin sona ermesi ve daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi düzenlenmektedir. Dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisi meselesine ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamakta ve bu husus doktrinde önemli tartışmalara konu olmaktadır.⁹²⁵ Öte yandan, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi talebinin (*Rückforderung der bereits erfolgten*

⁹²¹ von Tuhr/Escher, s. 156; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 109, N. 1. Sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Serozan (Dönme), s. 229 vd.; Buz, s. 117 vd.

⁹²² Sözleşmeden dönmenin bozucu yenilik doğuran hak mı, değiştirici yenilik doğuran hak mı olduğuna ilişkin doktrindeki tartışmalar için bkz. von Tuhr/Peter, s. 86; Bucher, s. 342; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 109, N. 8; Oğuzman/Öz (C. II), s. 401; Buz, s. 241; Eren, s. 1147.

⁹²³ Serozan (Dönme), s. 468;

⁹²⁴ Larenz (B. I), s. 403; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 962; Buz, s. 74; Serozan (Dönme), s. 43; Serozan (İfa), s. 173; Eren, s. 1144; Oğuzman/Öz (C.II), s. 396.

⁹²⁵ Dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisi bakımından ortaya konan teoriler, klasik dönme teorisi, kanuni borç ilişkisi teorisi, aynı etkili dönme teorisi ve dönüşüm teorisi olarak isimlendirilmektedir. Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch/Schluep/Schmidt/ Emmenegger (B. II), N. 3118; Buz, s. 117 vd.

Leistungen) hukuki dayanağı ve kapsamı da kanunda düzenlenmiş olmadığından, dönmeye ilişkin doktrindeki bir diğer önemli tartışma konusunu oluşturmaktadır.⁹²⁶

Dönme beyanında bulunacak kişi, ifasında temerrüde düşülen edimin alacaklısıdır. Dönme hakkının bir temsilci vasıtasıyla kullanılması mümkündür; ancak yetkisiz bir temsilcinin dönme hakkını kullanmasına icazet veremeyecektir. Çünkü sözleşmeden dönme bir yenilik doğuran hak olduğu için, yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkacak hukuki durumun kesinlik taşıması gerektiğinden, askı durumunun kabul edilmesi mümkün değildir.⁹²⁷ Sözleşmeden dönme hakkı, sadece alacaklıya külli halef olan kişiye geçebilir; ancak miras sözleşmesinden dönme hakkı, aynı zamanda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için külli halef mirasçılara dahi geçemez.⁹²⁸ Dönme bildirimi, yenilik doğuran bir hakkın kullanımı söz konusu olduğu için şarta bağlanamayacağı gibi, kuşkuya sebep olmayacak açık bir biçimde gerçekleştirilmelidir.⁹²⁹ Aynı şekilde, dönme bildirimi, hukuki niteliği gereği, muhatap için hukuki kesinlik sağlaması açısından, kural olarak geri alınamazken, muhatabın çıkarı dönme bildiriminin geri alınmasından yana ise, bu ilkeye istisna getirilebilecektir.⁹³⁰

⁹²⁶ Dönme sonucu, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi talebinin hukuki dayanağı ve kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Buz, s. 161 vd.

⁹²⁷ Serozan (Dönme), s. 453; Buz, s. 285.

⁹²⁸ Serozan (Dönme), s. 452; Dural/Öz, s. 124.

⁹²⁹ Serozan (Dönme), s. 461.

⁹³⁰ Serozan (Dönme), s. 464; Buz (YDH), s. 443 vd.; Gauch/Schluep/Schmidt/ Emmenegger (B. I), N. 157.

(bb) Borçlunun Temerrüdüne İlişkin Borçlar Kanunu
Hükümlerinin Miras Sözleşmesine Uygulanması

TMK m. 547 (İMK m. 514) hükmünde miras sözleşmesinden borçlar hukuku kuralları uyarınca dönüleceği düzenlenmiş olduğundan, Borçlar Kanunu'nun borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerinin miras sözleşmesine kıyasen uygulamasının ne şekilde olacağı değerlendirilmesi gereken bir konudur. Miras sözleşmesi bakımından dönme hakkı öngörüldüğüne göre, kanunkoyucu tarafından, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için düzenlenmiş bulunan hükümlere atıf yapılmaktadır. Bu bakımdan, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde, şu koşulların sağlanması gerekmektedir: **(1)** Edimin ifası mümkün olmalıdır (*Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit*). **(2)** Edim muaccel olmalıdır (*Fälligkeit der Forderung*). **(3)** Mirasbırakan, sözleşmenin karşı tarafına ihtarda bulunmuş olmalıdır. **(4)** Mirasbırakan karşı tarafa uygun bir ek süre vermiş olmalıdır. **(5)** İfa etmeme borca aykırı olmalıdır (*Pflichtwidrigkeit der Nichtleistung*).

TMK m. 547 (İMK m. 514) hükmünün yalnızca dönme hakkını ifade etmesi karşısında, mirasbırakanın, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedeki alacaklının sahip olduğu diğer seçimlik haklardan faydalanmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş, söz konusu hükmün lafzına sadık kalınması gerektiğini ifade ederek, mirasbırakanın yalnızca dönme hakkının olduğunu savunmaktadır.⁹³¹ Escher, miras sözleşmesinin gerçek anlamda bir tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmadığına işaret ederek, kıyasen bir uygulamanın söz konusu olduğunu ve bu

⁹³¹ ZK-Escher, Art. 514, N. 10; Beck, s. 63; BernerKomm/Weimar, Art. 514, N. 8.

sebeple söz konusu hükmün geniş yorumlanmasında tereddüt ettiğini belirtmektedir. Yazar, ek süre tanınmasına rağmen gerçekleştirilmeyen ifanın, dönme hakkının kullanılması yerine, aynen ifa ve gecikme tazminatının talep edilebileceğini belirtmektedir. Bu bakımdan, aynen ifayı, temerrüdün genel sonucu olduğu için kabul ederken, mirasbırakanın, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini istemesini reddetmektedir.⁹³² Diğer bir görüş ise, mirasbırakanın dönme hakkı dışındaki diğer seçimlik haklardan birini de tercih edebileceğini iddia etmektedir.⁹³³ Bu görüşe göre, eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 122 hükmünde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede borçlu temerrüdünde, alacaklı için tanınan hak, bugünkü kanundan farklı olarak, yalnızca sözleşmeden dönme hakkıydı ve daha sonra söz konusu hükümde yapılan değişiklik miras sözleşmesinden dönmeye ilişkin hükme yansıtılmadı.⁹³⁴ Biz de, mirasbırakanın, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeye benzetilmesi sonucu, TMK m. 547 hükmünde yapılan atfın, alacaklının borçlunun temerrüdü halinde sahip olduğu her üç seçimlik hakkı da kapsadığı fikrindeyiz. Bu bakımdan, mirasbırakanın, sözleşmenin karşı tarafının üstlendiği sağlararası edim bakımından temerrüde düşmesi halinde, TBK m. 125 (İBK m. 107) hükmünde öngörülen üç seçimlik haktan birine başvurması mümkün kabul edilmelidir.⁹³⁵ Söz konusu seçimlik haklar şöyledir: (1) aynen ifa ve gecikme tazminatı (2) aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini (3) sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini.

⁹³² ZK-Escher, Art. 514, N. 10; aynı yönde bkz. BernerKomm/Weimar, Art. 514, N. 7: “*Staat den Rücktritt zu erklären, kann der Gläubiger nach Art. 103 ff. jederzeit Erfüllung, Verzugsinsen und gegebenenfalls Schadenersatz verlangen.*”

⁹³³ Hagemann, s. 55; Tuor, Art. 514, N. 11; Hohl, s. 110; Hrubesch-Millauer, s. 298 ve naklen: Gauthier, s. 114; Piotet, s. 187; Schürmann, s. 99; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 514, N. 4; Kocayusufpaşaoğlu, s. 245; Serozan (Dönme), s. 259; Dural, s. 259; Dural/Öz, s. 126.

⁹³⁴ Tuor, Art. 514, N. 11; Hrubesch-Millauer, s. 298’den naklen: Gauthier, s. 114.

⁹³⁵ Tuor, Art. 514, N. 11; Piotet, s. 187; Hohl, s. 110; Kocayusufpaşaoğlu, s. 245; Serozan (Dönme), s. 259; Dural, s. 259; Dural/Öz, s. 126; Hrubesch-Millauer, s. 299; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 514, N. 4; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 150. Karşı görüş için bkz. ZK-Escher, Art. 514, N. 10; Beck, s. 63; BernerKomm/Weimar, Art. 514, N. 7, 8.

Belirtmek gerekir ki, miras sözleşmesinin yalnızca finansal bir alışveriş üzerine kurulmadığı ve daha ziyade yakın ve ailevi ilişkilere dayandığı dikkate alındığında, mirasbırakanın bu üç seçimlik hak arasında en az sorun yaratacak olan sözleşmeden dönme seçeneğini tercih etmesi daha kuvvetli bir ihtimaldir.⁹³⁶ Bu bakımdan, çalışmamızda, sözleşmeden dönme hakkı üzerine yoğunlaşmak gereği duymuş bulunmaktayız.

(cc) Mirasbırakanın Miras Sözleşmesinden Dönme Hakkı

Dönme, yenilik doğuran bir hakkın kullanıldığı, tek taraflı, şekle bağlı olmayan ve varması gerekli bir hukuki işlemdir.⁹³⁷ Bu bakımdan, sıkı şekil şartları öngörmüş olan miras hukuku için bir istisna oluşturmaktadır.⁹³⁸ Öte yandan, *Hohl*, miras sözleşmesinden dönme hakkının bir ölüme bağlı tasarruf ile kullanıldığını ileri sürmektedir.⁹³⁹ Yazara göre, borçlar hukuku hükümlerine yapılan atıf sebebiyle, dönme hakkı herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kullanılabilir; ancak bu durum dönmenin hukuki niteliğinin ölüme bağlı tasarruf olmasına engel teşkil etmemektedir. Yazara göre, mirasbırakanın miras sözleşmesinden dönme hakkını kullanması, ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Fikrimizce, miras sözleşmesinden dönme bir ölüme bağlı tasarruf değildir; çünkü TMK m. 547 hükmünde, mirasbırakanın sözleşmeden borçlar hukuku kuralları uyarınca dönebileceği düzenlenmiştir. Bu durumu, bir önceki hükümde düzenlenen, mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak, miras sözleşmesini tek

⁹³⁶ Hohl, s. 121; Hrubesch-Millauer, s. 299.

⁹³⁷ Tuor, Art 514, N.11; ZK-Escher, Art. 514, N. 3; Hrubesch-Millauer, s. 299; Druey, s. 130.

⁹³⁸ ZK-Escher, Art. 514, N. 3; Hrubesch-Millauer, s. 299.

⁹³⁹ Hohl, s. 92, aynı yönde bkz. Dural, s. 249.

tarafı ortadan kaldırma hakkından ayırmak gerekmektedir. TMK m. 546/III hükmünde, miras sözleşmesinin vasiyetname şekline uyularak ortadan kaldırılacağı düzenlenirken, m. 547 hükmünde borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönüleceği düzenlenmiştir. Bu durumda, m. 547 hükmü ile öngörülmüş olan miras sözleşmesinden dönme hakkının bir ölüme bağlı tasarruf şeklinde kullanılması gerektiği görüşüne katılmıyoruz.

Mirasbırakanın dönme hakkını kullanması ile sözleşmenin her iki tarafı da miras sözleşmesiyle bağlı olmaktan kurtulmaktadır (*die Lösung vom Vertrag*) ve sözleşme ilişkisi bir tasfiye ilişkisine (*Liquidationsverhältnis*) dönüşmektedir. Dönme hakkının kullanılması geçmişe etkili (*ex tunc*) sonuç doğurmaktadır.⁹⁴⁰ Bu hakkın kullanılmasıyla, tarafların üstlendikleri edimler sona ererken, daha önce ifa edilmiş bulunan edimler bakımından iade talebi (*Anspruch auf Rückerstattung der erbrachten Leistungen*) doğmaktadır.

Dönme sonucu, daha önce ifa edilmiş edimlerin hangi hukuki dayanağa göre iadesinin isteneceği doktrinde tartışmalıdır.⁹⁴¹ Klasik dönme görüşünü savunan yazarlar, taşınır devrinde hukuki sebepten soyutluk ilkesini⁹⁴² esas alarak, sözleşme

⁹⁴⁰ Hohl, s. 89, 113; Hrubesch-Millauer, s. 299; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 514, N. 2; PraxisKomm/Grundmann, Art. 514, N. 13; CHK-Handkommentar/ Hrubesch-Millauer, Art. 514, N. 2; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 151, söz konusu yazarlar, iade talebinin hukuki dayanağı bakımından, dönme görüşünü benimsemiş olmalarına rağmen, dönmenin geriye etkili sonuç doğurduğunu ifade etmektedir. Bu durumda, “geriye etkili sonuç doğurma” bakımından ne anlaşıldığı noktasında bir farklılık olduğunu tahmin etmekteyiz. Aksi yönde bkz. BernerKomm/Weimar, Art. 514, N.9, yazar dönüşüm teorisini esas alarak, sözleşme ilişkisinin geriye etkili olarak ortadan kalkmadığını belirtmektedir.

⁹⁴¹ Doktrindeki tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Buz, s. 161 vd.; Serozan (Dönme), s. 78 vd.

⁹⁴² Önceden devredilmiş aynı hakkın geçerliliğinin, onun hukuki sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemin dönme ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasından etkilenip etkilenmeyeceğine ilişkin yapılan ayırımın temelini oluşturan hukuki sebepten soyutluk ve hukuki sebebe bağlılık ilkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. von Tuhr/Peter, s. 194; Larenz (B. I), s. 571; Schwenzler, s. 18; Eren, s. 170 vd.; Leenen, s. 36.

ilişkisinden doğan ifa edilmiş edimlerin dönme ile hukuki sebebinin ortadan kalkmış bulunduğunu ve bunların iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine (*Bereicherungsanspruch*) uygun şekilde istenmesi gerektiğini iddia etmektedir.⁹⁴³ Diğer yandan, klasik dönme teorisini, hukuki sebebe bağlılık ilkesini kabul etmek suretiyle yeniden yorumlayan aynı etkili dönme teorisine göre, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığında, sözleşmeden doğan mülkiyetin devri de geçersiz olacaktır ve bu durumda iade talebi, taşınır eşya için istihkak, taşınmaz eşya için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak, iş görme edimi söz konusuysa sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirilecektir.⁹⁴⁴ Dönmenin geçmişe etkili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırdığı kabul edilen klasik dönme ve aynı etkili dönme görüşlerinden farklı olarak, dönüşüm teorisine (*Umwandlungstheorie*) göre, dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermemekte ve içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine (*ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis, Liquidationsverhältnis*) dönüşmektedir.⁹⁴⁵ Bu sebeple, içerik değiştiren sözleşmeden iade yükümlülüğü doğmaktadır.⁹⁴⁶ ⁹⁴⁷ Dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisine ve dolayısıyla iadenin hukuki dayanağına ilişkin görüşlere, çalışmamızın kapsamını aşacağından yalnızca değinmekle yetinerek, meselenin tartışmalı olduğuna işaret

⁹⁴³ von Tuhr/Escher, s. 155; von Tuhr/Peter, s. 493.

⁹⁴⁴ Buz, s. 171, dn. 193 ve 194' te belirtilen yazarlar.

⁹⁴⁵ Dönüşüm teorisinin, klasik dönme teorisine üstün tutulması gerektiğine ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Serozan (Dönme), s. 78 vd. Dönüşüm teorisinin, dönme ile ortaya çıkan sorunların çözümünde yetersiz kaldığına ilişkin bkz. Buz, s. 164 vd.

⁹⁴⁶ Larenz (B. I), s. 403; Bucher, s. 377; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B.I), N. 1570, (B. II), N. 2806; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 109, N. 6; Schwenzer, s. 478; Serozan (Dönme); Eren, s. 1146. İsviçre Federal Mahkemesi, 1988 yılında verdiği karar ile dönüşüm teorisini kabul etmiştir, bkz. BGE 114 II 158. Alman hukukunda, mülkiyetin devrinin hukuki sebepten soyut kabul edilmesinin etkisiyle, hakim görüş dönüşüm teorisidir, bkz. Staudinger/Kaiser, Vor. zu §§ 346 ff., N. 17, 55; MünchKomm/Gaier, Vor. §346, N. 8, 35.

⁹⁴⁷ Bu teoriye göre de aslında dönmenin geriye etkili (*ex tunc*) olduğunu söyleyen yazarlar mevcuttur, zira burada sözleşme kurulmadan önceki duruma (*status quo ante*) ulaşmak hedeflenmektedir. Buradaki geçmişe etki, sözleşmenin hiç yapılmamış gibi ortadan kalkmasına yönelik değil, sözleşmenin içeriğinin değişmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Aksi halde, dönme hakkının fesihten farkı kalmayacaktır (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B.I) N. 1567, 1571; Eren, s. 1146).

etmek istiyoruz. Miras sözleşmesinin, dönme hakkının kullanılmasıyla sona ermesi durumunda, borçlar hukuku alanında yapılan bu tartışmalar ışığında bir çözüm getirmek gerekmektedir. Ancak, miras sözleşmesi bakımından, doktrinde, bu meselenin üzerinde pek durulmamıştır.

Miras sözleşmesi, dönme hakkının kullanılmasıyla geçmişe etkili olarak sona ermektedir ve bunun sonucu olarak hem mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu, hem de karşı tarafın sağlararası edim yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Eğer miras sözleşmesiyle sağlararası edim yükümlülüğü altına girmiş olan taraf, üstlendiği edimlerin bir kısmını ifa etmiş bulunuyorsa, bir iade talebi söz konusu olacaktır.⁹⁴⁸ *Hrubesch-Millauer*, miras sözleşmesinden dönme hakkının kullanılmasıyla ortaya çıkacak iade talebinin, dönüşüm teorisine uygun olarak, sözleşmeye dayandığını belirtmektedir.⁹⁴⁹ Mirasbırakan, miras sözleşmesinden dönme hakkının yanı sıra, karşı tarafın kusuru söz konusu ise, menfi zararının (*negatives Vertragsinteresse*) tazminini de talep edebilmektedir.⁹⁵⁰

Miras sözleşmesi içerisinde vasiyetname hükmünde düzenlenmiş bulunan tek taraflı ölüme bağlı tasarrufların dönmeden etkilenmediğini kabul etmek gerekmektedir. Tek

⁹⁴⁸ Miras hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesine (*Erbverpfändungsvertrag*) ilişkin değerlendirmeler için bkz. Hohl, s. 121; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 514, N. 3. Bu hallerde borçlanılan ölüncüye kadar bakma edimi olup, bunun ancak değerinin iadesi söz konusu olabilecektir. TBK m. 616 (İBK m. 526) hükmünde, borç konusu sürekli edim olduğu için “dönme” değil, “fesih” hakkı tanınmıştır.

⁹⁴⁹ *Hrubesch-Millauer*, s. 300: “*Da der Rücktritt den Vertrag in ein vertragliches Abwicklungsverhältnis umwandelt, ist die Rückleistung dementsprechend vertraglicher Natur und läuft nicht nach den Regeln der Vindication ab.*” BernerKomm/Weimar, Art. 514, N. 10, yazar, iade talebinin hukuki niteliğine değinmeksizin, bu talebe ilişkin zamanaşımı süresi bakımından sözleşmelere ilişkin on yıllık sürenin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu süre muacceliyetten, bir başka deyişle dönme bildiriminin hüküm doğurduğu andan itibaren başlamaktadır.

⁹⁵⁰ BernerKomm/Weimar, Art. 514, N. 10; *Hrubesch-Millauer*, s. 300; *Wolf/Hrubesch-Millauer*, s. 151;

tarafı tasarrufları sona erdirmek için, TMK m. 542-544 (İMK m. 509-511) hükümlerine uyulması gerekmektedir. Bu sebeple, borçlar hukuku kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen şekle tabi olmayan bir dönme beyanı, tek tarafı tasarrufların sona ermesi için gerekli şekil şartını karşılamamaktadır.⁹⁵¹ Buna ek olarak, miras sözleşmesi içerisinde yer alan tek tarafı tasarrufların, dönme hakkının tanınmasına sebep olan, bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf ile sağlararası tasarruf arasındaki karşılıklı ilişki ile bir bağı bulunmamaktadır, meğer ki tek tarafı tasarruf söz konusu sözleşmesel hükümlerle sıkı bir bağıllık (*Abhängigkeitsverhältnis*) içerisinde bulunsun.⁹⁵²

Dönme hakkının geri alınması ve böylelikle miras sözleşmesinin yeniden geçerli hale getirilmesi, sözleşmenin karşı tarafı dönmenin geri alınması konusunda hemfikir olsa dahi, kabul edilmemektedir.⁹⁵³ Bu sebeple, taraflar miras sözleşmesini korumak istiyorlarsa, aynı içeriğe sahip yeni bir miras sözleşmesi yapmaları gerekmektedir.⁹⁵⁴

(dd) Borcun Temerrüt Dışındaki İfa Edilmeme Halleri

TMK m. 547 hükmü, miras sözleşmesi ile üstlenilen sağlararası edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya güvenceye bağlanmaması halini düzenlemektedir. Söz konusu hükümde “sağlararası edimin sözleşmeye uygun olarak

⁹⁵¹ Hrubesch-Millauer, s. 300.

⁹⁵² ZK-Escher, Art 514, N. 8; Hohl, s. 114; Hrubesch-Millauer, s. 300.

⁹⁵³ Hrubesch-Millauer, s. 300; PraxisKomm/Grundmann, Art. 514, N. 7; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 151; Hohl, s. 127: Dönmenin bir ölüme bağlı tasarruf olduğu görüşünü savunan *Hohl*'e göre bile, dönme hakkının kullanıldıktan sonra geri alınmasının mümkün olup olmadığı belirlenirken, dönmenin borçlar hukuku yönüne ağırlık verilmeli ve dönmenin geri alınamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır.

⁹⁵⁴ Hrubesch-Millauer, s. 300; PraxisKomm/Grundmann, Art. 514, N. 7; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 151; Hohl, s. 127.

yerine getirilmemesi” halinde yapılan borçlar hukuku atfı ile kastedilen içeriğe, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesini düzenleyen TBK m. 112 hükmünün de dahil olduğu sonucu çıkmaktadır.⁹⁵⁵ Bu durumda, miras sözleşmesi bakımından, borçlunun temerrüdü dışındaki diğer borcun ifa edilmemesi hallerini de incelemek gerekmektedir. Bu durumda, tartışılması gereken diğer haller: **(1)** sözleşmenin kurulmasından sonraki sübjektif imkansızlık (*nachträgliche subjektive Unmöglichkeit*) (ör. ölünceye kadar bakma edimi yüklenmiş olan karşı tarafın başka bir ülkeye taşınmak zorunda kalması)⁹⁵⁶ **(2)** sözleşmenin kurulmasından sonraki objektif imkansızlık (*nachträgliche objektive Unmöglichkeit*) **(3)** borcun gereği gibi ifa edilmemesi (TBK m. 112, İBK m. 97/1, *eine nicht gehörige Erfüllung*).

Sözleşmenin kurulmasından sonraki kusurlu imkansızlık, sübjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmeye konu edim yalnızca borçlu tarafından ifa edilemiyorsa sübjektif, hiç kimse tarafından ifa edilemiyorsa objektif imkansızlık söz konusudur.⁹⁵⁷ Sonraki sübjektif imkansızlık bakımından, çoğunluk görüşü, kusurlu sonraki imkansızlık (TBK m. 112, İBK m. 97) hükmünün uygulanması gerektiğini, diğer bir görüş ise borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁹⁵⁸

⁹⁵⁵ Tuor, Art. 514, N. 8, 11-13; Hrubesch-Millauer, s. 302; Serozan (Dönme), s. 259; Serozan/Engin, s. 349. Sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin (asli ve tali edim yükümlülükleri) veya yan yükümlülüklerin (koruma yükümlülükleri) ihlal edilmesi durumunda sözleşme ihlal edilmiş olmaktadır. Sözleşmenin ihlali, sözleşmenin kurulmasından sonraki kusurlu imkansızlık, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve temerrüt hallerinde söz konusu olmaktadır. TBK m. 112 hükmünde düzenlenen borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, sonraki kusurlu imkansızlık ve sözleşmenin müspet ihlali hallerini kapsamaktadır. Bahsi geçen ayrımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Schwenzer, s. 445 vd.

⁹⁵⁶ Hrubesch-Millauer, s. 301.

⁹⁵⁷ von Tuhr/Escher, s. 94; Bucher, s. 248; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 97, N.10; Oğuzman/Öz (C.II), s. 297.

⁹⁵⁸ Çoğunluk görüşünü savunan yazarlar: von Tuhr/Escher, s. 94; BernerKomm/Weber, Art. 97, N. 121; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 97, N. 13; Schwenzer, s. 461. Burada borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan yazarlar: Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger (B. II),

Çoğunluk görüşü, sonraki sübjektif ve objektif imkansızlık hallerini aynı sonuca bağlayarak, bu durumlarda, borcun hiç ifa edilememesinin (*Nichterfüllung*) sonucu olarak, TBK m. 112 hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünün yerine müspet zararın tazmini talebi geçmektedir.⁹⁵⁹ Söz konusu maddenin lafzında, yalnızca müspet zararın tazminini talep hakkı tanındığı anlaşılmaktadır; ancak hakim görüşe göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m.125/II (İBK m. 107/2) hükmünün burada kıyasen uygulanarak alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının da tanınması gerektiğini savunmaktadır.⁹⁶⁰ Bu görüşe göre, sözleşmeden doğan edimin, borçlunun kusurlu imkansızlığı sebebiyle ifa edilememesi halinde, alacaklıya tanınan imkanların, borçlunun temerrüdünde alacaklıya tanınan imkanlardan daha sınırlı olması kabul edilemez bir durum yaratmaktadır. Ayrıca, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde, TBK m. 136/I (İBK m. 119/1) hükmü gereği borcun sona erdiği de göz önüne alınırsa, bu durumda, alacaklıya dönme hakkının tanınması gerektiği sonucuna varılmalıdır.⁹⁶¹

Temerrüt ve sonraki kusurlu imkansızlık dışında, sözleşmenin ihlaline sebep olan bir diğer hal ise borcun gereği gibi ifa edilmemesidir. Bu ihlal türüne, doktrinde

N. 2533, 2575; Eren, s. 1061. Bu yazarlar, sonraki sübjektif imkansızlık yerine, “borçlunun güçsüzlüğü” (*Unvermögen des Schuldner*) nitelendirmesinin daha doğru olduğu görüşündedir.

⁹⁵⁹ BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 97, N. 13; Schwenger, s. 463; Aksoy, s. 83.

⁹⁶⁰ Bucher, s. 339; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2587; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 97, N. 58; BernerKomm/Weber, Art. 97, N. 118; Schwenger, s. 465; Hrubesch-Millauer, s. 302; Serozan (Dönme), s. 267 vd.; Aksoy, s. 84.

⁹⁶¹ Schwenger, s. 465. Öte yandan, alacaklı dönme hakkını nadiren tercih edecektir. Zira, müspet zararın fark teorisine göre hesaplanması durumunda, dönme ve menfi tazminat talebinden daha dezavantajlı bir duruma gelmeyecektir. Bu durumda, dönme hakkı, alacaklı bakımından, kendi edimini ifa etmiş olması ve bunun iadesini sağlamak istemesi durumunda mantıklı bir tercih olacaktır, bkz. Bucher, s. 339; Schwenger, s. 465.

“sözleşmenin müspet ihlali” (*die positive Vertragsverletzung*) de denmektedir.⁹⁶²

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, yine TBK m. 112 (İBK m. 97) hükmü uygulanacaktır. Buna göre, sonraki kusurlu imkansızlıkta olduğu gibi, burada da alacaklının müspet zararını talep etme veya sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur.

Bu durumda, sonraki kusurlu imkansızlık veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde, TBK m. 112 hükmü uygulanacaktır. Buna göre, mirasbırakan ya sözleşmeden dönecek ve o ana kadar karşı tarafın yerine getirmiş olduğu sağlararası edimleri iade edecek ya da miras sözleşmesini ayakta tutmayı tercih ederek müspet zararını talep edecektir. Mirasbırakanın müspet zararı talep etmesi halinde, sağlararası edim yükümlülüğü altına giren taraf, örneğin ölünceye kadar bakma edimi söz konusu ise, bunun bir başkası tarafından yerine getirilmesini karşılayacaktır. Bu halde, sözleşme ayakta tutulduğu için, mirasbırakan miras sözleşmesiyle bağlı olmaya devam edecektir.⁹⁶³

Borçlunun sorumlu olmadığı (kusursuz) sonraki imkansızlık bakımından, TBK m. 136 (İBK m. 119) hükmüne göre borç sona erecektir. İvazlı miras sözleşmesi bakımından TMK m. 547 hükmü ile borçlar hukuku kurallarına yapılan atfın içeriğine TBK m. 136’da düzenlenen sonraki kusursuz imkansızlığın da dahil

⁹⁶² Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2533; Serozan (İfa), s. 181; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 972; Schwenger, s. 480. Sözleşmenin müspet ihlali, kötü ifa (*Schlechterfüllung*) ve yan yükümlülüklerin ihlali (*Verletzungvertraglicher Nebenpflichten*) olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Öte yandan, doktrinde, Türk-İsviçre hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak, TBK m. 112 hükmünde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinin açık şekilde düzenlenmiş olması karşısında, “sözleşmenin müspet ihlali” kurumuna ihtiyaç olmadığını savunan yazarlar da mevcuttur, bkz. von Tuhr/Escher, s. 107; Oğuzman/Öz (C.II), s. 306; Eren, s. 1067. Sözleşmenin müspet ihlali kurumu, sözleşmenin ihlali hallerinin temerrüt ve imkansızlık olmak üzere iki kategoride düzenlenmiş bulunduğu Alman hukukunda, üçüncü bir kategoriye ihtiyaç duyulması sonucu kabul edilmiştir, bkz. von Tuhr/Escher, s. 107; Larenz (B. I), s. 366.

⁹⁶³ Hrubesch-Millauer, s. 303.

edilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, borçlar hukukunda borcun ifa edilmemesine ilişkin alacaklıya tanınan imkanların hepsinin miras sözleşmesi bakımından kıyasen uygulanabilir olduğu sonucuna varılmaktadır.⁹⁶⁴ TBK m. 136 hükmünde düzenlenen kusursuz imkansızlık sonucu borç sona erecek ve kural olarak, kusurlu imkansızlıktan farklı olarak borçlunun tazmin borcu olmayacaktır.⁹⁶⁵ Sonuç olarak, tarafların edim yükümlülükleri sona erecek, daha önceden ifa edilmiş edimlere ilişkin iade talebi doğacaktır. Bu bakımdan, mirasbırakan miras sözleşmesiyle bağlı olmaktan kurtulmaktadır.

Miras sözleşmesinden doğan edimlerden daha önceden ifa edilmiş olanlar var ise, mirasbırakanın bunları sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermesi gerekmektedir (TBK m. 136/II). Bu bakımdan iade kapsamının TBK m. 79 hükmüne tabi olması bakımından doktrinde tereddütler söz konusudur; zira söz konusu hükme göre, borçlunun, iyiniyetli olması halinde, iade yükümlülüğü talep anında elinde olanla sınırlandırılmıştır. Bu bakımdan, bir görüş, söz konusu iade talebinin hukuki dayanağının, dönme hakkının kullanılmasıyla doğan iade yükümlülüğünde olduğu gibi, sözleşme ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁶⁶ İade talebinin tabi olacağı

⁹⁶⁴ Hrubesch-Millauer, s. 303.

⁹⁶⁵ Aksoy, s. 79. TBK m. 136/3 hükmüne göre, borçlu ifanın imkansızlaştığını gecikmeksizin alacaklıya bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları tazminle yükümlüdür. 2012 tarihli Türk Borçlar Kanununa eklenmiş bulunan bu son fıkra, önemli bir değişiklik olmakla birlikte, dürüstlük kuralından kaynaklandığı için, eski kanun döneminde borçlunun alacaklıya ifanın imkansızlaştığını bildirmesi ve zararın artmamasına ilişkin gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Keza, İsviçre Borçlar Kanununda açık bir hüküm olmamasına rağmen durum böyledir, bunlar, dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler olarak kabul edilmektedir. Bildirim ve önlem alma yükümlülüklerine uymamanın yaptırımı, bu nedenle ortaya çıkan zararın tazminidir. Bu bakımdan, TBK m. 136/III hükmünde düzenlenen söz konusu gereklilikler, birer külfet değil, yükümlülüktür. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2540; BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 119, N. 12; Aksoy, s. 85; Altınok Ormancı, P.: Zararı Azaltma Külfeti, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 237 vd.

⁹⁶⁶ BaslerKomm/Wiegand, OR Art. 119, N. 18; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2545; Hrubesch-Millauer, s. 304.

zamanaşımı süresi bakımından durum tartışmalıdır. Bir görüş, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 82'ye tabi olduğunu savunmaktadır.⁹⁶⁷ Bu durumda, iade talebine ilişkin hak sahibi, iade hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren iki yılın ve her halde sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle iade talebi zamanaşımına uğrayacaktır. Diğer bir görüşe göre ise, iade talebi sözleşmenin ihlaline dayanmaktadır ve bu sebeple sözleşmelere ilişkin on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.⁹⁶⁸

(ee) TMK m. 547 Hükmünün Uygulanma Şartları

TMK m. 547 hükmü ile atıf yapılan borçlar hukuku imkanlarının miras sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulabilmesi için, öncelikle bir ivazlı miras sözleşmesi olması ve sözleşme taraflarının hayatta olması gerekmektedir. Mirasbırakan taraf öldüğünde, miras sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır.⁹⁶⁹

⁹⁶⁷ von Tuhr/Escher, s. 134; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 1011.

⁹⁶⁸ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (B. II), N. 2546; Hrubesch-Millauer, s. 304. Bucher, s. 422: Yazar, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını kabul etmekle birlikte, TBK m. 79/II (İBK m. 64/2) hükmü uyarınca sebepsiz zenginleşenin zenginleşmeyi elden çıkarırken ileride vermek zorunda kalma ihtimalini hesaba katması gerektiğini ve bu bakımdan zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir, aynı yönde bkz. Eren, s. 1330.

⁹⁶⁹ Miras sözleşmesinden dönme hakkının mirasbırakanın ölümüyle son bulduğunda, mirasbırakan öldüğüne ve mirasçılara da dönme hakkı tanınmadığına göre, karşı tarafın borçlandığı sağlararası ivazı yerine getirmemiş olması halinde ne olacağı tartışılmalıdır. Bu durumda sağlararası ivaz borçlusu hem bu ivazı yerine getirmeyecek, hem de miras sözleşmesi ortadan kaldırılamadığı için miras sözleşmesi sonucu miras payına kavuşacaktır. Böyle bir sonucun doğmasına izin verilmemelidir. İvazlı miras sözleşmesi ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasındaki benzerlikten hareketle mirasbırakanın mirasçılara bu durumda TBK m. 97 (İBK m. 82) hükmüne uygun olarak ödemezlik def'i ileri sürme imkanı verilebileceği savunulmaktadır. Söz konusu maddede, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından geçerli olan aynı anda ifa kuralı (*Zug um Zug Prinzip*) düzenlenmektedir. Külli halef mirasçılar, mirasbırakan öldüğünde, mirasbırakanın karşı taraftan olan alacak hakkına (ivazı isteme) da halef olacaklardır. Bu çözüme göre, sağlararası ivaz borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş olan taraf, mirasbırakan öldüğü için mirasbırakanın mirasçılardan miras

Miras sözleşmesinin karşı tarafının, mirasbırakandan önce ölmesi durumunda, TMK m. 548 hükmü uyarınca, taraflar böyle bir durum için yedek mirasçı öngörmemişler ise, miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkmaktadır.

Öte yandan, miras sözleşmesinden dönme hakkı, borçlar hukuku kuralları uyarınca gerçekleşecek olduğundan, sağlararası bir hukuki işlem olmasına rağmen, burada miras sözleşmesinin sona ermesi sonucu doğduğu için, miras sözleşmesi yapılması kadar önemli bir hukuki işlem kabul edilerek kişiye sıkı sıkıya bir hak olarak değerlendirilmekte ve bu yüzden bizzat mirasbırakan tarafından kullanılması gerekmektedir. Aynı durum, borçlu temerrüdü haricindeki ifa etmeme hallerinde kullanılacak diğer haklar bakımından da geçerlidir.⁹⁷⁰

Son olarak, yine miras sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuran dönme hakkının kullanılmasının, miras sözleşmesinin yapılması kadar önem arz ettiğinin kabulü sonucunda, bu hakların kullanılması bakımından miras sözleşmesi yapma ehliyetinin bulunması gerekmektedir.⁹⁷¹

sözleşmesinden kaynaklanan hakkını istediğinde, mirasçılar önce ifa etme yükümü altında olmamaları koşuluyla, ödemezlik def'ini ileri sürerek, sağlararası ivaz yerine getirilmedikçe miras sözleşmesinin gereğini yerine getirmekten kaçınabileceklerdir (Dural, s. 251; Dural/Öz, s. 124). Yazarın bu görüşü, miras sözleşmesi lehdarının bir mirasçı değil, bir vasiyet alacaklısı olduğu durum bakımından uygulama alanı bulabilecektir. Lehine vasiyet yapılan kişi, külli halef olan mirasçılardan farklı olarak, yalnızca kendilerine vasiyet edilen eşyaya ilişkin mirasçılara karşı bir alacak hakkı elde ederler. Miras sözleşmesi ile vasiyet yerine bir mirasçı atama tasarrufu yapılmışsa, atanmış mirasçı, yasal mirasçı gibi, mirasbırakanın külli halefidir.

⁹⁷⁰ Hrubesch-Millaue, s. 305. *Hohl*, miras sözleşmesinden dönme hakkının hukuki niteliğinin ölümle bağlı tasarruf olduğu gerekçesine dayanarak aynı sonuca ulaşmıştır (s. 92); aynı yönde Dural, s. 253.

⁹⁷¹ Hrubesch-Millaue, s. 306. Farklı yönde, bkz. Dural, s. 253; Dural/Öz, s. 125: Sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin rızası olmadan miras sözleşmesinden dönebilmelidir. Zira sınırlı ehliyetsiz miras sözleşmesinden dönmekle bir borç altına girmemekte, aksine yapmış olduğu miras sözleşmesini sona erdirmekle tasarruf serbestisi elde etmektedir. Sınırlı ehliyetsiz kişinin, reşit olması gerekmektedir; zira kişi reşit olmadan miras sözleşmesi yapamayacağı için miras sözleşmesinden dönmesi de söz konusu olmayacaktır. Ancak dönme sonucu, sınırlı ehliyetsiz mirasbırakan, önceden ifa edilmiş edimleri iade yükümlülüğü altına girecek ise, yasal temsilcinin işleme katılması gerekmektedir.

(ff) TMK m. 547 Hükümünün Karşı Taraf Bakımından Kıyasen Uygulanması

Mirasbırakanın, TMK m. 527/II hükmüne uygun olarak, sağlararası tasarruf serbestisinin devam etmesi, özellikle ivazlı miras sözleşmesinde, karşı taraf için riskli bir durum teşkil etmektedir. TMK m. 527/II hükmü ile tanınmış olan iptal imkanı, doktrin ve yargı kararlarının, ek bazı unsurların bulunması şartını aramaları sonucu oldukça daraltılmış ve karşı tarafın menfaatini mirasbırakana karşı korumak konusunda yetersiz kalmış bulunmaktadır. Aynı zamanda, bu sınırlı da olsa bir koruma sağlayan iptal hakkı, ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle kullanılabilecektir, yani mirasın açılmasından önce herhangi bir koruma sağlamamaktadır.⁹⁷² Bu bakımdan, doktrindeki çoğunluk görüşü, TMK m. 547 ile mirasbırakana sağlanmış olan dönme hakkının, kıyasen, miras sözleşmesinin karşı tarafına da tanınması gerektiğini savunmaktadır.⁹⁷³ Bu şekilde, ivazlı miras sözleşmesi yaptıktan sonra, buna uygun davranmayan mirasbırakana karşı, sözleşmenin karşı tarafına ek bir

⁹⁷² Tuor, Art. 494, N. 29; ZK-Escher, Art. 514, N. 11; Hohl, s. 95. Yazarlar, sözleşmenin karşı tarafının mirası reddetmesi ve ifa ettiği edimlerin, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca, iadesini talep etmesinin de, miras sözleşmesine rağmen, almış bulunduğu ivaz dahil bütün malvarlığını yok etmiş olan mirasbırakana karşı, yeterli bir çözüm sağlamayacağını belirtmektedir. Serozan/Engin, s. 350; Hrubesch-Millauer, s. 306. Farklı gerekçeyle aynı yönde bkz. BernerKomm/Weimar, Vor. vor Art. 494, N.33, yazar, miras sözleşmesinin karşı tarafının, mirasbırakandan önce ölmesi durumunda, ölen kişinin mirasçılarının, ölümden önce ifa edilmiş olan edimleri, mirasbırakandan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceğine ilişkin TMK m. 548 (İMK m. 515) hükmünden farklı olarak, mirasın reddinin, ifa edilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak iadesini talep hakkı sağlamadığı görüşündedir.

⁹⁷³ Doktrinde, söz konusu hükmün, sözleşmenin karşı tarafı için kıyasen uygulanması gerektiğini savunan yazarların, bu kıyasen uygulamayı yalnızca dönme hakkı bakımından mı, yoksa tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya tanınan her üç seçimlik hak bakımından da mı kabul ettikleri anlaşılmamaktadır. Henrici, s. 166; Gross, s. 92; Tuor, Art. 494, N. 28, Art. 514, N. 3; ZK-Escher, Art. 494, N. 13, Art. 514, N. 11; Piconi, s. 117; Beck, s. 59; Piotet, s. 188; Hohl, s. 94 ve naklen Gauthier, s. 116; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 13; Druey, s. 137; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 7; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 234; Kocayusufpaşaoğlu, s. 254; Serozan/Engin, s. 354; Dural, s. 201. Aksi yönde bkz. BernerKomm/Weimar, Vor. vor Art. 494, N. 33; Hrubesch-Millauer, s. 308.

imkan daha tanınmış olmaktadır. *Serozan*'a göre, ivazlı miras sözleşmesinde, mirasbırakanın malvarlığını israf etmesi ya da birtakım fiilî tasarruflar ile yok etmesi sonucu miras sözleşmesi lehdarının çıkarını zedelediği hallerde, mirasbırakanın sağlığında herhangi bir edim yükümlülüğü bulunmadığına göre, bu dönme hakkının dayanağı, mirasbırakanın edim yükümlülüğünden bağımsız davranış yükümlülüğüne aykırılığıdır.⁹⁷⁴

Öte yandan, bu hakkın, sözleşmenin karşı tarafına sağlanması bazı açılardan sorunlu olacaktır. Öncelikle, mirasbırakan miras sözleşmesi yapmakla ifada bulunmuş olduğundan, temerrüde düşmesi teknik olarak mümkün değildir.⁹⁷⁵ Buna rağmen, mirasbırakanın dürüstlük kuralına aykırı şekilde terekesini azaltması, temerrüt benzeri bir karakter taşımaktadır. Ayrıca, borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakımından, TBK m. 617 (İBK m. 527) hükmü uyarınca, sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle, sözleşmenin devamının çekilmez hale gelmesi durumu için, sözleşmenin her iki tarafına da önel vermeksizin fesih hakkı tanınmıştır. Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi için taraflara tanınmış olan bu imkanın, miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakımından tanınmamasının geçerli bir açıklaması yoktur.⁹⁷⁶ Ancak önemle belirtmek gerekir ki, karşı tarafa tanınan kıyasen dönme hakkı, mirasbırakanın malvarlığını makul sayılamayacak şekilde israf etmesi (*Verschwendung*), tamamını ya da büyük bir kısmını yok etmesi (*Aufzehren*) durumunda tanınabilecek bir imkan olarak kabul edilmeli ve mirasbırakanın miras

⁹⁷⁴ Serozan/Engin, s. 354.

⁹⁷⁵ ZK-Escher, Art. 494, N. 13; Hohl, s. 95; Hrubesch-Millauer, s. 308.

⁹⁷⁶ Homberger, s. 180; ZK-Escher, Art. 514, N. 11; Hohl, s. 96.

sözleşmesiyle bağdaşmayan her tür sağlararası tasarrufuna karşı kullanılabilecek bir hak olarak görülmemelidir.⁹⁷⁷

Karşı görüş ise, söz konusu hükmün, lafzında da açıkça belirtilmiş olduğu üzere, yalnızca sağlararası edimlerin ifa edilmemesi bakımından uygulanabilir olduğunu savunmaktadır.⁹⁷⁸ Mirasbırakan, miras sözleşmesi yapmakla ifayı gerçekleştirmiş olmaktadır ve bu bakımdan söz konusu hükümde atıfta bulunulan borçlar hukuku kurallarının, sağlararası bir edim üstlenmemiş mirasbırakan bakımından uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca, bu görüşe göre, mirasçının miras hakkına ilişkin beklentisi, mirasbırakanın sağlararası tasarruflarından etkilenmemektedir. Bu bakımdan, mirasbırakanın malvarlığını israf ettiği sonucuna varmak da mümkün değildir; çünkü mirasbırakanın terekesinin değeri ölümüyle ortaya çıkacaktır, miras sözleşmesinin yapıldığı anda bunun bilinmesi mümkün değildir. Tereke miktarı, mirasbırakanın tasarruflarından bağımsız olarak önceden bilinmesi mümkün olmayan faktörlere bağlı olarak değişmektedir.⁹⁷⁹

Biz, TMK m. 547 hükmünün kıyasen uygulanması ve böylelikle sözleşmenin karşı tarafına da dönme hakkı tanımak gerektiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmaktayız. Doktrin ve yargı kararlarındaki, mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğünü korumak adına, TMK m. 527/II hükmündeki iptal imkanını

⁹⁷⁷ Hrubesch-Millauer, s. 307'den naklen Gauthier, 120.

⁹⁷⁸ Hrubesch-Millauer, s. 308. Aynı yazar, 2017 yılında *Wolf* ile birlikte yazdığı kitabında, bu karşı görüşünden bahsetmemekte, yalnızca kıyasen uygulamayı kabul eden hakim görüşü belirtmekle yetinmektedir (Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 234).

⁹⁷⁹ Hrubesch-Millauer, s. 308: “*Das Zulassen von Art. 514 ZGB auf die Vertragspartei eines positiven Erbvertrages würde darüber hinaus klar gegen den Wortlaut des Artikels verstossen, welcher lediglich die nicht-vertragsgemässe Erfüllung von Leistungen unter Lebenden regelt und keine allfällige nicht-vertragsgemässe Erfüllung von Leistungen von Todes wegen zum Gegenstand hat.*”

sınırlandırma eğilimi karşısında, özellikle ivazlı miras sözleşmesi bakımından karşı tarafın daha fazla korunmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Mirasbırakanın terekeyi adeta yok etme sonucunu doğuracak hukuki veya fiili tasarruflarına karşı, sağlararası edim borcu üstlenen sözleşmenin karşı tarafının, mirasbırakanın ölümünü beklemek zorunda kalmaksızın harekete geçmekte korunmaya değer bir menfaati olduğu kanısındayız.

Son olarak, miras sözleşmesinde, miras sözleşmesi taraflarının sözleşmeden dönme haklarını saklı tutmaları ya da karşı tarafa kendisini mirasbırakanın malvarlığını makul olmayan şekilde israf etmesi durumunda koruyabilmesi imkanı tanıyan bozucu bir koşul (*Resolutivbedingung*) belirlenmesi isabetli olacaktır. Bu şekilde, ivazlı miras sözleşmesinde karşı taraf, mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğüne karşı en emin şekilde korunmuş olacak ve TMK m. 547 hükmüne başvurmasına gerek kalmaksızın miras sözleşmesinin bağlayıcılığından kurtulmuş olacaktır.⁹⁸⁰

D. Mirasbırakanın Dönme Hakkını Saklı Tutması

Mirasbırakanın miras sözleşmesinde dönme hakkını (*Rücktrittsvorbehalt*) ya da değişiklik yapma hakkını (*Änderungsvorbehalt*) saklı tutup tutamayacağı tartışmalıdır.⁹⁸¹ Miras sözleşmesinin ayırt edici karakteri olan bağlayıcılığa aykırı bir

⁹⁸⁰ ZK-Escher, Art. 494, N. 13; Hohl, s. 97.

⁹⁸¹ Tartışmalar için bkz. Hrubesch-Millauer, s. 416; Hrubesch-Millauer, S.: “Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag- ein Widerspruch?”, Successio, 1/2010, s. 5; Nolting, C., s. 95; Nolting, D., s. 51; Reimann/ Bengel/ Mayer, §2278, N. 14; Wolf/Genna, s. 393. Genel olarak sözleşmeden dönme hakkının, sözleşmede saklı tutulmasına ilişkin bkz. Larenz (B.I), s. 412.

görünümde olan dönmenin ya da değişikliğin saklı tutulması acaba gerçekte de miras sözleşmesini, miras sözleşmesi olmaktan çıkarır mı?

Alman hukukundan farklı olarak dönme hakkının saklı tutulması konusunda Türk-İsviçre hukukunda bir hüküm bulunmamaktadır. Alman hukukunda dönme hakkının saklı tutulmasına AMK § 2293 hükmünde açıkça izin verilmektedir.⁹⁸² İsviçre Medenî Kanun tasarısı sırasında 1895 tarihinde m. 437/ 1 olarak, 1900 tarihinde de m. 525/ 1 olarak düzenlenen dönme ve değişiklik hakkının saklı tutulması imkanı, bir sebep gösterilmeksizin kanunlaşan metinden çıkarılmıştır.⁹⁸³

Doktrinde bir görüş, miras sözleşmesinde dönme ya da değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasını reddetmektedir.⁹⁸⁴ Buna göre, miras sözleşmesinde böyle bir imkan tanınması miras sözleşmesini adeta bir vasiyetname haline getirmektedir. Bir diğer görüş ise, dönme hakkının sınırsız olarak tanındığı Alman hukukundan farklı olarak, Türk-İsviçre hukukunda yalnızca süreye veya şarta bağlı dönme hakkının miras sözleşmesinde saklı tutulabileceğini kabul etmektedir.⁹⁸⁵ Bu görüşe göre, sınırsız olarak dönme hakkının saklı tutulması geçersiz kabul edilmelidir. Karşı görüş ise, miras sözleşmesinin kurulma anı ile mirasın açılma anı arasındaki uzun süreçte mirasbırakanın iradesinin değişebileceğini ve bu değişime göre mirasbırakanın sözleşmeden dönme ya da sözleşmeyi değiştirme hakkını saklı tutabilmesi

⁹⁸² Detaylı bilgi için bkz. Nolting, D.: Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 171, Duncker & Humblot, Diss. Passau 1993; MünchenerKomm/Musielak, §§ 2278, 2293; Staudinger/ Kanzleiter, §§ 2278, 2293.

⁹⁸³ Bu sürece ilişkin detaylı bilgi için: Hrubesch-Millauer, s. 418.

⁹⁸⁴ ZK-Escher, Art. 514, N. 7; Hohl, s. 89; Wolf/Genna, s. 395.

⁹⁸⁵ Dural/Öz, s. 119.

gerektiğini savunmaktadır.⁹⁸⁶ Aksi halde, miras sözleşmesi yaparak bu kadar uzun süre kanunun izin verdiği sınırlı haller hariç olmak üzere bağlayıcılığından kurtulamamak miras sözleşmesi yapmak konusunda caydırıcı olacaktır. Mirasbırakan için bu imkanı kabul etmemek, miras hukukunun en çok önem verdiği mirasbırakanın iradesine, süreç içerisinde meydana gelebilecek değişikliklere kendisini uydurması konusunda esneklik tanımamak ve sonuç itibarıyla de mirasbırakanın iradesine uygun olmayan bir miras sözleşmesiyle bağlı olarak ölmesine izin vermek demek olacaktır.⁹⁸⁷ Bu görüşe göre, dönme ve değişiklik hakkının saklı tutulmasına izin verilmesi gerektiğinin en büyük dayanağı miras hukukundaki tasarruf serbestisidir. Bu tasarruf serbestisi sayesinde mirasbırakan malvarlığının ölümünden sonraki akıbetine karar verebilmektedir. Miras hukukunda ölüme bağlı tasarruflar bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerlidir; ancak yan belirlmeler (*Nebenbestimmungen*) konusunda mirasbırakan serbesttir. Bu sebeple de bu hakların saklı tutulmasına ilişkin miras sözleşmesinde bir hüküm getirilmesi tıpkı bir ölüme bağlı tasarrufun koşula bağlanması durumunda olduğu gibi sınırlı sayı ilkesine aykırı değildir.⁹⁸⁸ Ayrıca, mirasbırakanın tasarruf serbestisini kötüye kullanması olasılığına karşı sözleşmenin karşı tarafının da sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması önerilmektedir.⁹⁸⁹

⁹⁸⁶ Hrubesch-Millauer, s. 435; Hrubesch-Millauer (Vorbehaltsklauseln), s. 5. PraxisKomm/Grundmann, Vor. 494 ff., N. 7; İmre/Erman, s. 191. Yargıtay 2. HD. E. 1989/9067 K. 1990/2434 T. 02.03.1990. Söz konusu Yargıtay kararında tarafların dönme hakkını saklı tutması imkanı kabul edilmiş görünmektedir.

⁹⁸⁷ Breitschmid, P.: “Das Erbrecht des 19. Und 21. Jahrhundert- der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit”, Successio, 1/2017, s. 19.

⁹⁸⁸ Hrubesch-Millauer (Vorbehaltsklauseln), s. 9.

⁹⁸⁹ Serozan/Engin, s. 288.

Bizce miras sözleşmesinde dönme ve değişiklik yapma hakkı tanınmasına izin veren görüş kabul edilmelidir. Saklı tutulan bu hususlar uygulanmaya konmadan, aynen koşula bağlanmış bir ölüme bağlı tasarrufta olduğu gibi, miras sözleşmesi bağlayıcı olmayı sürdürmektedir.⁹⁹⁰ Miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturan bir ölüme bağlı tasarrufun koşula bağlanmasına izin verildiğine göre, dönme veya değişiklik hakkının saklı tutulmasına da izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Burada tereddüt oluşturan tek mesele, hiçbir sebep göstermeksizin dönme veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasıdır. Zira, miras sözleşmesinde belirtilen hallerde dönme veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasının koşula bağlanan bir ölüme bağlı tasarruftan farkı bulunmamaktadır. Sebep gösterilmeden dönme ve değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasına izin verilip verilmemesi hususunda, irade özerkliği çerçevesinde sebep gösterilmeden de dönme veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulabileceği kanaatindeyiz.

⁹⁹⁰ Hrubesch-Millauer (Vorbehaltsklauseln), s. 10.

SONUÇ

Miras sözleşmesini, bir diğer şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olan vasiyetnameden ayıran onun bağlayıcılığıdır. Miras sözleşmesi ile bir ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakan, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf veya bağışlamalarının ölümünden sonra iptal edilme ihtimali olduğunu bilmelidir. Miras sözleşmesinde söz konusu olan bu tasarruf kısıtlaması miras hukukuna özgüdür.

Miras sözleşmesinin hüküm ve sonuçları değerlendirilirken, özellikle sözleşmesel bağlayıcılığın mirasbırakanın tasarruf serbestisi üzerindeki etkisi incelenmiştir. Bu bakımdan, ilk olarak, bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan ve hem tek taraflı hem de iki taraflı olarak yapılabilecek olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların bağlayıcı olup olmadıkları araştırılmalıdır. Fikrimizce doktrindeki hakim görüş tarafından benimsenen ve mahkeme kararlarında da uygulanan menfaat ölçütü birçok açıdan isabetli görünmekle birlikte, menfaat kavramının bünyesindeki belirsizlik yüzünden sorunu çözme konusunda tam olarak yeterli olamamaktadır. Menfaat ölçütü bakımından yapılan değerlendirme, birtakım genellemeler ve olay şablonlarına götürmekten öte bir sonuç vermemektedir. Bu açıdan, bu hususta karine getirilmesi görüşüne katılarak, miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen bu tür ölüme bağlı tasarrufların bağlayıcı oldukları yönünde adî/çürütülebilir bir karinenin kanunkoyucu tarafından kanuna alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı meselesinde bir karara varmak, mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğünü korumaktaki menfaati ile miras sözleşmesi lehdarının miras sözleşmesinin bağlayıcılığındaki menfaati arasında bir tercih yapmayı gerektirmektedir. Fikrimizce, Anayasa ve AİHS bakımından bir insan hakkı olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, bu menfaat çatışmasında üstün tutulmalıdır. Bu yönden mülkiyet hakkının bir uzantısı olan tasarruf özgürlüğü, miras sözleşmesinin mutlak bağlayıcılığına tercih edilmelidir düşüncesindeyiz. Bunun için, her tür bağışlamanın miras sözleşmesine aykırılık sebebiyle iptal edilebileceği sonucuna ulaşan görüşe katılmıyoruz. Mevcut durumda, kanunda yeterince belirlilik olmaması karşısında, Alman hukukundaki çözümün tercih edilerek, bağışlamaların iptal edilebilmesi için zarar verme kastı aranmasının kanun hükmüne ilave edilmesi tasarlanabilir. Ayrıca belirtelim ki, böyle bir ilave olmasa dahi doktrindeki hakim görüş ve yargı kararlarının genel hükümlerden yola çıkarak aynı sonuca varması bizce isabetlidir.

Mirasbırakanın miras sözleşmesinden kaynaklanan bağlayıcılıktan kurtulması çok sınırlı hallerde söz konusu olabilmektedir. Bu doğrultuda, miras sözleşmesi yaparken dikkatli olmak ve hukukun sağladığı olanaklardan doğru şekilde gereğince yararlanmak uygun olur. Mirasbırakanın miras sözleşmesinden dönme hakkını saklı tutmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu imkanın miras sözleşmesinin toplum tarafından kabul görmesine katkı sağlayacak bir araç olduğu görüşündeyiz. Genellikle, miras sözleşmesinin yapıldığı an ile ölüm olayının gerçekleşme anı arasında uzunca bir zaman geçmektedir; bu durumda hayatın akışında meydana gelen değişiklikler sebebiyle mirasbırakanın yaptığı miras sözleşmesi artık iradesine uygun

olmayabilir. Halbuki miras hukukunun temel amaçlarından biri de, mirasbırakana iradesine uygun tasarruflarda bulunma imkanı vermektir. Ancak, olumlu miras sözleşmesi söz konusu olduğunda, miras hukukunun bu temel amacı ile miras sözleşmesinin karşı tarafının sözleşmenin bağlayıcı sayılmasındaki menfaatleri çelişmektedir. Bu açıdan, kanunda düzenlenmemiş bir imkan olan miras sözleşmesinden dönme hakkı veya onda değişiklik yapma hakkının saklı tutulması imkanının kabulü, miras sözleşmesinin mirasbırakanın iradesine uygunluğu yönünden ihtiyaç duyulan esnekliği sağlamış olacaktır kanaatindeyiz.

Miras sözleşmesinin hem sözleşme hem de ölüme bağlı tasarruf olma özelliği sonucu, birçok açıdan borçlar hukuku ve miras hukuku alanları arasında tercih yapmak durumunda kalınmakta ve bir menfaat dengesi bu şekilde sağlanmaya çalışılmaktadır. Fikrimizce, miras sözleşmesinin sözleşme niteliği birçok tartışma alanında üstün tutulmalıdır. Zira, bu niteliğiyle, miras sözleşmesi vasiyetnameden ayrılmakta ve ayrı bir kurum olarak varlığını sürdürmektedir. Ölüme bağlı tasarruf olma özelliği de, sözleşme yönü bizce ağır bassa da, asla ihmal edilmemelidir. Aksi takdirde, miras sözleşmesinin temel amacını oluşturan ölüme bağlı tasarrufta bulunma ayırt edici özelliğinden uzaklaşmış olacaktır. Bir borçlandırııcı ya da bir tasarruf işlemi olmayan miras sözleşmesine borçlar hukuku sözleşmelerine yapılan muameleyi yapmak, bu kurumun amacına ters düşmektedir. Bu yönden, fikrimizce, menfaat dengesi iyi değerlendirilerek, her somut tartışma bakımından miras sözleşmesinin hangi yönünün üstün gelmesi gerektiğine ayrı ayrı karar verilmelidir. Miras sözleşmesinin sözleşme ve ölüme bağlı tasarruf yönlerini kesin ve katı biçimde birbirinden ayırmak mümkün değildir. Hukukçu olmanın zorluğu ama aynı

zamanda da bu meslekten duyulan keyif, bu tür karmaşık hukuki kurumların derinlemesine incelenmesinde ortaya çıkmakta ve duyulmaktadır.



KAYNAKÇA*

Abt, D./Weibel, T. (Hrsg.): Praxiskommentar, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Auflage, Basel 2015.
(PraxisKomm/yazar)

Aksoy, H.C.: Impossibility in Modern Private Law - A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law, Springer-Verlag, Cham - Heidelberg - New York - Dordrecht - London 2014.

Altınok Ormanlı, P.: Zararı Azaltma Külfeti, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

Arbek, Ö.: Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2013.

Angst-Weber, K.: Die Rechtsstellung der Erben vor Eintritt des Erbfalls, Diss. Zürich 1984.

Antalya, G.: Mirastan Feragat Sözleşmesi, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999. (Feragat)

Antalya, G.: Miras Hukuku, Legal Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2015.

* Birden fazla eserinden yararlanan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

Atlan, H.: "Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 23, 2017, s. 267-294.

Ayiter, N.: Miras Hukuku, Savaş Yayınları, 3. Bası, Ankara 1993.

Battes, R.: "Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts- Ziele, Dogmatik und praktische Auswirkungen des § 2302 BGB-", AcP 178, 1978.

Beck, A.: Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1976.

Benkö, M.: Zur Aushöhlungsbindender Verfügungen von Todes wegen, Diss. Köln 1974.

Breitschmid, P.: "Das Erbrecht des 19. Und 21. Jahrhundert- der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit", Successio, 1/2017, s. 10-23.

Breitschmid, P./ Eitel, P./ Fankhauser, R./ Geiser, T./Rumo-Jungo, A.: Erbrecht, 2. Auflage, Basel 2012.

Brox, H./ Walker, W. D.: Erbrecht, 25. Auflage, München 2012.

Brückner, C.: Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.

Bucher, E.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.

Buz, V.: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
(YDH)

Buz, V.: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Büttiker, A.: Der Erbverzicht nach schweizerischem ZGB- mit besonderer Berücksichtigung des relativen Erbverzichtes, Diss. Bern 1942.

Christiansen, T.: Die erbvertragliche Bindungswirkung in der Rechtsprechung des 20. Jahrhunderts, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2004.

Coing, H.: “Wie ist die bindende Wirkung von Erbverträgen zu ermitteln?”, NJW 1958, S. 689-692.

Druey, J. N.: Grundriss des Erbrechts, Stämpfli Verlag, 5. Auflage, Bern 2002.

Dural, M.: Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

Dural, M.: “İsviçre-Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler”, MHAD, yeni seri, yıl 3 No. 4, İstanbul 1969, s. 165-173. (Ortak Vasiyetname)

Dural, M./ Öz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 11. Bası, İstanbul, 2017.

Dural, M./ Ögüz, T.: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.

Egger, A.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personenrecht, Band I, Einleitung, Zürich 1930. (ZK-Egger)

Eitel P./Elmiger F.: Die Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit nach Art. 494 Abs. 3 ZGB, in: Bommer Felix/Berti Stephen V. (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011: 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich 2011.

Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017.

Eren, F.: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966. (İptal Davası)

Ergüne, M. S.: Vasiyetnamenin Yorumu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Erman: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Band 2, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2014. (Erman/yazar)

Ertas, Ş.: “Ölüme Bağlı Tasarruftan Tenfizi Ölüme Bağlı Bağışlama ile Rücu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Özel Sayı, 2005, s. 51-56.

Escher, A.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III, Das Erbrecht, Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zürich 1959. (ZK-Escher)

Frank, R./ Helms, T.: Erbrecht, C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013.

Gauch, P./ Schluep, W. R./ Schmid, J./ Emmenegger, S.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess Verlag, 10. Auflage, Zürich 2014.

Gauch, P./ Schluep, W. R./Schmid, J./ Emmenegger, S.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, 10. Auflage, Zürich 2014.

Gemalmaz, H. B.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2008.

Giacometti, L.: Die Nacherbeneinsetzung als Verfügungsart im Erbvertrag sowie ihre Beschränkung in personeller und materialler Hinsicht, Diss. Zürich 1972.

Gönensay, S./ Birsen, K.: Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1963.

Greven, L.: Der Entgeltliche Erbvertrag, Diss. Bonn 1930.

Gross, W.: Die Erbverträge im schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1916.

Grossfeld, B.: “Höchstpersönlichkeit der Erbenbestimmung und Auswahlbefugnis Dritter”, JZ 1968, s. 113-122.

Grundler, J.: Willensmängel des Gegenkontrahenden beim entgeltlichen Erbvertrag, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 55, Bern 1998.

Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Gümüş, M. A.: İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015.

Gürzumar, O. B.: “Türk Medenî Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan’dan Ayrı Bası, Sayı 2004/1, İstanbul 2006.

Gürzumar, O. B.: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 1995.

Hagemann, M.: Die lebzeitige Ausrichtung eines Erbvertrages nach ZGB Art. 534, Diss. Basel 1942.

Harder, M.: Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Berlin 1968.

Hartmann, G.: Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten, Braunschweig 1860.

Hatemi, H.: Miras Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2018.

Hatemi, H.: Hukuka ve ahlaka aykırılık kavramı ve sonuçları, özellikle BK. 65 kuralı, İstanbul 1976. (Hukuka ve ahlaka aykırılık)

Hatemi, H.: “Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir Mi?”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 189-195. (Gabin)

Hausheer, H.: “Grenzfragen des Erbrechts und ihre Reflexwirkung auf das Grundbuch”, ZBGR 52/1971, s. 257-272.

Henrici, H.: Ehevertrag und Erbvertrag, Beiträge zum Ehevertragsrecht, ZSR neue Folge 33, 1914, s. 1-66, 131-198, 249-333.

Hirschlehner, A.: “Culpa in testando-Vertrauenshaftung des Erblassers”, AJP, 2017, s. 1174-1188.

Hohl, M.: Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen, Zürich 1974.

Hohmann, K.: Rechtsfolgen von Störungen im Rahmen eines entgeltlichen Erbvertrags und Sicherung der Rechte der Vertragsparteien, Diss. Würzburg 1993.

Homberger, A.: Die Verpfändungsverträge im schweizerischen Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 87. Heft, Bern 1918.

Honsell H./Vogt N. P./Geiser T. (Hrsg.): Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, Basel 2015. (BaslerKomm/yazar)

Honsell H./Vogt N. P./Geiser T. (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 6. Auflage, Basel 2015. (BaslerKomm/yazar)

Hrubesch-Millauer, S.: “Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag- eine methodische Betrachtung”, Successio, 3/2008, s. 205. (Die (Un-) Vereinbarkeit)

Hrubesch-Millauer, S.: “Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag”, Successio, 1/2015, s. 55. (Die Vereinbarkeit)

Hrubesch-Millauer, S.: “Erbvertrag; vertragmässige, bindende Verfügungen 5A_161/2010”, Successio, 4/2011, s. 325. (Bindende Verfügungen)

Hrubesch-Millauer, S.: “Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag- ein Widerspruch?”, Successio, 1/2010, s. 5. (Vorbehaltsklauseln)

Hrubesch-Millauer, S.: Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Dike Verlag, Zürich 2008.

Hrubesch-Millauer, S. (Breitschmid, P./Jungo, A. (Hrsg.)): CHK-Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, 2016.

Huber, E.: System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel 1893.

İmre, Z.: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Ahlaka Aykırılık Sebebi İle İptali Konusunda İsviçre Mahkeme İçtihatlarında Görülen Gelişme Ve Temayüller”, MHAD yeni seri, Yıl 1, Sayı 1, 1967, s. 138-148.

İmre, Z./ Erman, H.: Miras Hukuku, Der Yayınları, Gözden geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2017.

İnan, A. N./Ertas, Ş./ Albas, H.: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Bilge Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2015.

İnce, N.: “Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa in Testando)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 2018, s. 153-184.

Itchner, A. J.: Die Bindungen des Erblassers an den Erbvertrag, Basel 1974.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht §§ 2265-2302 (Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag), Sellier-de Gruyter Verlag, Berlin 2014. (Staudinger/yazar)

Kaneti, S.: “Türk Miras Hukukunun Anayasal Temelleri”, İÜHFM, Cilt: LIV, Sayı: 1-4, 1994, s. 237- 244.

Karakaş, F.T.: “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, AÜHFD, Cilt: 62, Sayı 3, 2013, s. 729-759.

Kaulbach, A.-M. C.: Gestaltungsfreiheit im Erbrecht, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2012.

Kipp, T./Coing, H.: Erbrecht, ein Lehrbuch, Mohr Siebeck Verlag, 14. Auflage, Tübingen 1990.

Kılıçoğlu A. M.: Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2018.

Kılıçoğlu, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 22. Bası, Ankara, 2018. (Borçlar)

Kırca, Ç.: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, 2001, Cilt: 50, Sayı:1, s. 91-120.

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 2017. (Borçlar)

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 1987.

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968. (Hata)

Köhler, H.: BGB Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, 39. Auflage, München 2015.

Kostkiewicz, J. K./ Wolf, S./ Amstutz, M./ Frankhauser, R. (Hrsg.): Orell Füssli
Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, 2016. (Orell Füssli/yazar)

Kramer, E. A.: Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern 2005.

Kramer, E. A.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das
Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband (1a), Die Entstehung der
Obligation: Die Entstehung durch Vertrag: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR,
Stämpfli Verlag, 1. Auflage, Bern 1991. (BernerKomm/Kramer)

Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,
Ankara 2013.

Lange, H./ Kuchinke, K.: Erbrecht, 5. Auflage, München 2001.

Lange, K. W.: Erbrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, Verlag C. H. Beck,
München 2011.

Larenz, K.: Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil, Band I, Verlag C. H. Beck,
14. Auflage, München 1987.

Larenz, K.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag, 6. Auflage,
München 1991. (Larenz, Methodenlehre)

Leenen, D.: BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, De Gruyter Verlag, 2. Auflage, Berlin 2015.

Leipold, D.: Erbrecht, Mohr Siebeck Verlag, 20. Auflage, Tübingen 2014.

Miserre, R.: Die culpa in testando, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld 2002.

Mındız, E.: Klasik Dönem Roma Hukukunda Ölümüne Bağlı Bağışlama (*Donatio Mortis Causa*) ve Türk Hukukundaki Görünümü, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2013.

Moser, W.: Über die Abgrenzung der Rechtsgeschäfte von Todes wegen von den Rechtsgeschäften unter Lebenden, Diss. Bern 1926.

Muscheler, K.: Erbrecht, Band I, Mohr Siebeck Verlag, 2010 Tübingen.

Müller, C.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, 1. Auflage, Bern 2018. (BernerKomm/Müller)

Müller, G.: Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Zürich 1929.

Nolting, C.: Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, Zugleich ein Beitrag zu der Auslegung von Erbverträgen, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Band 106, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld 1985.

Nolting, D.: Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 171, Duncker & Humblot, Diss. Passau 1993.

Nomer, H. N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul 2002.

Oğuzman, K.: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 1995.

Oğuzman, M. K./ Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, 15. Baskı, İstanbul 2017.

Oğuzman, M. K./ Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, 13. Baskı, İstanbul 2017.

Özdemir Oktay, S.: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHFM, 1996, s. 263-296.

Öztan, B.: Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2017.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 75. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2016. (Palandt/yazar)

Picenoni, V.: “Der Erbvertrag in Theorie und Praxis”, ZBGR, 48, 1967, s. 257. (Picenoni, ZBGR)

Picenoni, V.: Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Polygraphischer Verlag, Zürich 1955.

Piotet, P.: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1978.

Raschein, R.: Die Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen, Diss. Bern 1954.

Reimann, W./Bengel, M./Mayer, J.: Testament und Erbvertrag, Carl Heymanns Verlag, 6. Auflage, Köln 2015.

Reubold, L.: Die Aushöhlung des Erbvertrags und des bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testaments, Diss., Frankfurt am Main 1970.

Rousseau, J.J.: İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Say Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2016.

Säcker F. J./Rixecker R./Oetker H. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, Band 9, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013. (MünchenerKomm/yazar)

Schlüter, W.: Erbrecht, 15. Auflage, München 2004.

Schürmann, E.: Der Vermächtnisvertrag: nach Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Basel 1987.

Schwenzer, I.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Stämpfli Verlag, Bern 2012.

Serozan, R.: Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979. (Ölüme Bağlı Kazandırma)

Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2007. (Dönme)

Serozan, R./ Engin, B. İ.: Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Ankara 2018.

Serozan, R.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Cilt III, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 2016. (İfa)

Serozan, R.: “Miras Hukukunda İradi Mirasçılarının Konumunu Güçlendiren Yeni Gelişmeler”, Aydın Aybay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 283 vd. (Yeni Gelişmeler)

Serozan, R.: “Wohin steuert das Erbrecht?”, Successio, 2014/1, s. 4 vd. (Successio)

Serozan, R.: “Sağlar Arası İşlem Eliyle Ölüme Bağlı Kazandırma: Karma İşleme Karma Rejim”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 1015. (Karma)

Siebert, W.: Die Bindungswirkung des Erbvertrages, Ein Beitrag zur Gesetzauslegung im Erbrecht, vor allem zu § 2289 BGB, in: Recht und Wirtschaft, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zu seinem 80. Geburtstag am 24. April 1958, Berlin 1958, s. 237-264.

Sirmen, L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992.

Soergel, H. T. /Siebert, W. (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht 3, Band 23, Kohlhammer Kommentar, 13. Auflage, Stuttgart 2002.

Speckert, T.: Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag, Juris-Verlag, Zürich 1951.

Stöcker, H. A.: “Erbenschutz zu Lebzeiten des Erblassers bei der Betriebsnachfolge in Familienunternehmen und Höfe”, WM 1980, s. 482-495.

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Tekinay, S. S./ Akman, S./ Burcuoğlu, H./ Altop, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tuor, P. / Schnyder, B./ Schmid, J. / Jungo, A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess Verlag, 14. Auflage, Zürich 2015.

Tuor, P.: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, die Erben, Art 457-536 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie, 2. Auflage, Bern 1952.

Tunçomağ, K.: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Doktora Tezi, Ankara 1959.

Ulrich, J.: Der Erbvertrag als Problem von Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2017.

Uyan, G.: “Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması”, İÜHFM 2007/2, S. 327-358.

Vollmar, M.: Der entgeltliche Erbvertrag- Konstruktion und Rechtsfolge, Studien zur Rechtswissenschaft, Band 100, Hamburg 2002.

von Lübtow, U.: Erbrecht, 1. Halbband, Berlin 1971.

von Tuhr, A./ Peter, H.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Schultess Polygraphischer Verlag, 3. Auflage, Zürich 1979.

von Tuhr, A./ Escher, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Schultess Polygraphischer Verlag, 3. Auflage, Zürich 1974.

Weber, R. H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art 97-109 OR, Stämpfli Verlag, 1. Auflage, Bern 2000. (BernerKomm/Weber)

Weber, R. H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband; Die Erfüllung der Obligation, Art 68-96 OR, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern 2005. (BernerKomm/Weber)

Weigold, H.: Aufhebung und Änderung letztwilliger Verfügungen, Diss. Zürich 1969.

Weimar, P.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, Art. 457-516 ZGB, Stämpfli Verlag, 1. Auflage, Bern 2009. (BernerKomm/Weimar)

Welti, M.: Willensmängel bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern 1928.

Wolf, S. (Hrsg.) / Genna, G. S.: Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erster Teilband, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2012.

Wolf, S./ Hrubesch-Millauer, S.: Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2017.

Zankl, W.: “Culpa in testando bei Widerruf Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen”, NZ 1995, s. 265.

Zimmermann, W.: Erbrecht, Erich Schmidt Verlag, 4. Auflage, Berlin 2013.

İnternet Kaynakları:

İsviçre Medeni Hukuk Tasarısı:

<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/5905.pdf>

Türk Medeni Kanunu Gerekçesi:

<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1>