

Miras Hukukunda İradî Mirasçılarının Konumunu Güçlendiren Yeni Gelişmeler

Prof. Dr. Rona SEROZAN*

Giriş

Son yıllarda Batı'da, miras hukukunda, yasa, yargı ve öğretî alanlarında karşılaşılan yenilikler yan yana getirildiğinde ortaya ilginç bir tablo çıkar. Bu ilginç tabloda da özellikle üç belirgin, kalın eğilim çizgisi göze çarpar.

İlginç eğilim çizgilerinden biri, ölüme bağılı tasarruflardaki geleneksel katı şekilciliğin (formalizmin) yumuşatılması doğrultusundadır. Böylece ölüme bağılı tasarrufların şekle aykırılıktan ötürü geçersizliğe mahkum edilmesi riski azaltılmakta ve buna bağılı olarak da, son aşamada, miras bırakanın istencine, onun ölüme bağılı tasarruflarına dayanan iradî mirasçılar, yasa koyucunun istencine ve bu arada soy ve evlilik bağına dayanan yasal mirasçılara yeğ tutulmuş olmaktadır.

Bilindiği gibi, ölüme bağılı tasarruflar için ne denli sıkı formaliteler öngörülürse, ölüme bağılı tasarruf düzenlemekten o denli sık kaçınılır ve böyle bir ölüme bağılı tasarruf her nasılsa düzenlenebilmişse, bu sefer de bu işlemin hükümsüz sayılması riski o denli artar. Her iki olgu da iradî mirasçılar zararına ama yasal mirasçılar yararına sonuç doğurur.

İşte özellikle el yazılı vasiyetnamede şekil kolaylıklarının giderek artırılması, vasiyetname dışı olguların (Externa'nın) tek başlarına ölüme bağılı tasarrufu hükümsüz sayılmaktan kurtarabilecek olan tamamlayıcı ve düzeltici yorum için yeterli görülmesi, miras bırakanın kazandırma lehdarını belirleme konusunda delegasyonda bulunma yasağının yumuşatılması, hep bir arada, miras hukukunun sıkı şekilciliğinin (formalizminin) iradî mirasçılar için yarattığı bu sakıncalı sonuçların geniş ölçüde önlenmesi anlamına gelir.

İradî mirasçılar yararına ve yasal mirasçılar zararına güncel eğilimlerden söz açılmışken, şekilcilik (formalizm) alanındaki hoşgörülü gelişmelerle yetinmek doğru olmaz. Saik hatası ile ahlaka aykırılık nedenleriyle iptal ko-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

nusundaki gelişmeler de göz ardı edilmemelidir.

Bilindiği gibi, şekle aykırılık nedeniyle iptalin uygulanma alanıyla birlikte, saik hatası nedeniyle iptalin ve ahlaka aykırılık nedeniyle iptalin de uygulanma alanı gitgide daraltılmaktadır. Şöyle ki saik hatasından ötürü iptal için, ya bu saik hatasının nitelikli (açık) olması şart koşulmakta (böyle Almanya'da) ya da miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufunu iptal etme konusundaki varsayıli istenci ayrıca ve özel olarak araştırılmaktadır. (Böyle İsviçre'de) Öte yandan, ahlaka aykırılık konusundaki değer yargısı ise anayasal değer yargılarına indirgenmiş durumdadır. Bunlar da son aşamada ölüme bağlı tasarrufları hükümsüzlükten kurtaran, dolayısıyla iradi mirasçılığa yarayan ve son aşamada da iradi mirasçılığı yasal mirasçılığın önüne geçiren önemli gelişmelerdir. Ama biz bu konuları, incelemenin çerçevesinin fazla genişleyeceği kaygısıyla, inceleme alanımızın dışında tutacağız.

İradi mirasçılıktan yana ikinci ve daha ilginç bir eğilim çizgisi de şudur: Ölüme bağlı kazandırma lehdarı olası iradi mirasçının genellikle "beklenen hak" sayılmayan hukuken korumasız yalın "mirası kazanma beklentisi" (basit umudu) miras bırakana ve üçüncü kişilere karşı gitgide pekiştirilip güçlendirilmektedir.

Ölüme bağlı kazandırma lehdarının, malvarlığını har vurup harman savuran miras bırakana karşı daha onun sağlığında yasa ötesinde miras sözleşmesinden dönme hakkına kavuşturulması, kendisine vasiyetnameyle kazandırma yapılacağı vaat edilen kişinin güveni boşa çıkarıldığında onun haksız zenginleşme ve tazminat istemleriyle donatılması ve iradi mirasçı adayının şekil eksikliğine yol açan noterden ve danışmandan tazminat isteyebilmesinin sağlanması hep bu doğrultudadır.

İradi mirasçıları güçlendiren bu eğilimleri körükleyen ekonomik ve sosyal dinamikler şöyle özetlenebilir: İnsanlarda ölüm yaşı gitgide yükselmekte ve yasal mirasçıların asıl büyük bölümünü oluşturan çocuklar miras bırakanın ölümünde çok ileri yaşlara ulaşmış olduklarından mirasa ihtiyaç duymamaktadırlar. Unutulmasın ki 1900'lerde 30 yaşında mirasçı olunurken, şimdilerde hani neredeyse 50 yaşında mirasçı olunmaktadır. Üstelik devletin gelişmiş sosyal sigorta ve emeklilik sistemi de yasal mirasa duyulan gereksinimi büyük ölçüde azaltmaktadır. Dahası: Sosyal devlet, yurttaşlarının sağlık, konut ve öğrenim gibi temel gereksinimlerini geniş ölçüde kendisi karşılamaktadır. Bu durumda yasal mirasçıları iradi mirasçılara karşı kollayıp kayırmamanın ve iradi mirasçıları yasal mirasçılar karşısında zayıf konumda tutmanın yeri ve gereği kalmamaktadır. Yasal mirasçılar arasında oldum olası özel bir

yer tutan yaşlı eş için bile, kendisine tüm bu sosyal edimlere ek olarak sağlanan "edinilmiş mallara katılma rejimi"nin kazanımları karşısında özel bir korumaya sağlanması artık gereksiz görülmektedir. Bütün bu etmenlere aile bağlarındaki belirgin gevşeme de (yabancılaştırma da) eklenebilir

İradi mirasçılığı yasal mirasçılığın önüne geçiren ilginç bir hukuksal etmen de şudur:

Yasal mirasçılığın önemli bir bölümünü oluşturan saklı paylı zorunlu mirasçılık, bir kere bireyin kişilik hakkını, mülkiyet hakkını ve irade özekliğini (miras bırakanın ölüme bağlı tasarruf serbestliğini) ciddi biçimde örselemektedir. Ama saklı paylı zorunlu mirasçılık, aynı zamanda, yıllar önce kapanmış olan sağılar arası işlem defterlerini yıllar sonra sırf tenkis davası uğruna yeniden açarak ve bu işlemleri bölümsel etkisizliğe ve tasfiyeye mahkum ederek, hukuksal istikrarı ve güveni de ağır biçimde sarsmaktadır.

İbreyi yasal mirasçılıktan iradi mirasçılığa doğru kaydıran hukuksal gelişmeleri göz önüne getirelim: Görülecektir ki bu hukuksal gelişmeler ölüme bağlı tasarrufların geleneksel sıkı şekilciliğinin törpülenmesinden, onların hükümsüzlük kaynaklarının kurutulmasından ve iradi mirasçıların zayıf konumunun güçlendirilmesinden ibaret değildir. Başkaca hukuksal gelişmeler daha vardır:

Eşle yarışan yasal zümre mirasçılarınun çevresinin ve zorunlu zümre mirasçılarınun saklı paylarının giderek daraltılması bu ek gelişmelerden biridir.

Evlât edinme olanaklarının geliştirilmesi ve evlatlığın mirasçılık alanında evlat edinmenin öz çocuğu konumuna getirilmesi. (Volladoption = Komple evlat edinme sistemi) ilginç ek gelişmelerin bir başkasıdır. Eklemeli ki yeni Türk MK komple evlat edinme sistemini benimsemekle bu akıma ayak uydurmakta geri kalmıştır.

Ortak çatı altında eylemli yaşam birlikteliğinin resmileştirilmesi ve mirasçılık hakkı sağlaması ek gelişmelerin en fazla göze batanıdır.

Dikkat edilirse, evlat edinmenin ve ortak çatı altında yaşam birlikteliğinin hukuken bir üst sınıfa terfi ettirilmesi sayesinde, fiili gönül bağlılıkları resmi ve kurumsal bağlılıklara düpedüz üstün tutulmuş olmaktadır. Gerçekten de kişinin soybağı ve evlilik bağı dışında sonradan benimseyip kendisine bağladığı bir yabancıнын ona mirasçı olabilmesi, son tahlilde, resmi ve kurumsal bağlılıklara dayanan yasal ve zorunlu mirasçılık düzeninin kişinin serbest istenciyle dolanılmasından başka bir şey değildir.

Kimi hukukçular tarafından "miras hukukunun altın kuralı" (goldene Regel) diye adlandırılan ve MK 560 II/647 III'ün miras bırakanın yasaca

saptanmış miras paylarını değiştiren tüm kazandırmalarına, yani onun yasal mirasçılar arasındaki eşitliği bozabilecek tüm kayırmalarına karşı adeta bir "vasiyet fobisi" ile kaleme alınmış olan yorum kurallarından da destek alan, "kuşkulu durumda yasal mirasçılığın iradi mirasçılığa yeğ tutulması gerektiği" yönündeki yazılı olmayan "favor heredum legitimorum yorum" kuralı, aslında Cermen hukukunun etkisi altında kalmış olan kimi İsviçre kantonlarıyla ilgili pek özel tarihsel gelişmelere ve rastlantılara dayanır. Sözüm ona altın değeri taşıyan, bu nedenle de "altın kural" diye adlandırılan bu kural bugün artık yasal mirasçılığın önceliğine ilişkin bağlayıcı bir kural olmaktan çoktan çıkmıştır. (Bk. Stagl, *Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten*, Berlin, 2003, s. 52 ve 65 i.s.)

Benim bu incelemede üstünde durmak istediğim "iradi mirasçılardan yana hukuksal gelişmeler", sırasıyla,

1) El yazılı vasiyetnamede sağlanan şekil kolaylıklarıdır. Bu bağlamda düzenleme yeri ve tarihi ile ilgili olarak sağlanan yeni kolaylıklardır.

2) Vasiyetname dışı olguların (Externa'nın) da bunların vasiyetname içinde herhangi bir şekli dayanağı bulunmasa bile, vasiyetnameyi yorumlamaya ve asıl önemlisi, etkisiz kalmaktan kurtarmaya yetmesidir.

3) Maddi anlamda kişiye sıkı biçimde bağlılık kuralındaki yani ölüme bağlı tasarrufu miras bırakanın bizzat belirleme zorunluluğundaki (başka bir deyişle, delegasyon yasağındaki) gevşemidir.

4) İradi mirasçının korumasız zayıf beklentisinin kendisine yasa ötesinde (praeter legem) sağlanan: a) sağlığında tasarruf serbestliğini kötüye kullanan miras bırakana karşı miras sözleşmesinden dönme hakkıyla, b) vasiyetnameyle kendisine bir kazandırmada bulunacağı sözünü verip de bu sözü tutmayan miras bırakana karşı "edim zenginleşmesi" (condictio ob rem) ve "culpa in testando tazminatı" istemleriyle ve c) ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğüne yol açan üçüncü kişilere (noterlere ve danışmanlara) karşı haksız fiil veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme tazminatı istemleriyle pekiştirilmesidir.

1) El yazılı vasiyetnamede düzenleme yerine ve tarihine yer verme koşuluyla ilgili gelişmeler

Bilindiği gibi, el yazılı vasiyetnamede düzenleme yerine yer verme koşulu önce İsviçre'de, daha sonra da bizde yasa koyucu tarafından açıkça kaldırılmıştır.

(Krş. MK 538 ile eski MK 485) Böylece el yazılı vasiyetnamenin en sık tökezlendiği iptal kaynaklarından biri kurutulmuştur.

Düzenleme tarihine gelince: Gerçi el yazılı vasiyetnamede düzenleme tarihine yer verme zorunluluğu ne İsviçre'de ne de bizde henüz ortadan kaldırılmış değildir. Yasada bu zorunluluk varlığını açıkça sürdürmektedir.

Yalnız şu nokta var: Bugün artık tarihin eksik bırakılması ya da yanlış yazılması halinde, tarihin varlığı ve doğruluğu ancak somut bir uyuşmazlığın çözümünde belirleyici bir rol oynadığında, örneğin vasiyetçinin ehliyetini saptama açısından veya birden fazla vasiyetname arasındaki tarih (öncelik) sırasını belirleme açısından önem taşıdığına, vasiyetnamenin gözden çıkarılamaz geçerlilik gereği sayılmaktadır. Ama bunun dışında, tarihin doğru olmasına aldırış edilmemektedir.

Dahası var: Tarihin eksikliğinde ve yanlışlığında, salt vasiyetname dışı olgulara (Externa'ya), yani tanık ifadelerine ve benzeri kanıtlara dayanılarak tarihin sonradan tamamlanmasına ve düzeltilmesine de pekala başvurulabilmektedir. Bu gelişme, aynı zamanda ölüme bağlı tasarrufları hükümsüzlükten kurtarma alanında, şekilci "ima (dayanak) kuramına" (Andeutungstheorie) açık bir reddiye anlamına gelir.

Bk. Yargıtay 2. HD'nin YKD 1991, 535'te yayımlanmış olan 10. 5. 1990 tarihli kararı ve Yargıtay HGBK'nun İKİD 1990, 7135'te yayımlanmış olan 17. 1. 1990 tarihli kararı.

İlginçtir ki el yazılı vasiyetnamede düzenleme tarihine yer verme koşuluyla ilgili bu ikili esnek yaklaşım 1996'nın başında İsviçre'de ZGB 520a kuralının yasal kalıplarına da dökülmüştür.

Bir başka ilginç saptama: Bu esnek yaklaşım ciddiye alınacak olursa, açıkça el yazılı vasiyetnamenin zorunlu bir ögesi olmaktan çıkarılan düzenleme yerinden sonra, artık düzenleme tarihi de fiilen (de facto) el yazılı vasiyetnamenin zorunlu ögesi olmaktan çıkarılmış olacaktır.

2) Ölüme bağlı tasarrufu hükümsüzlükten kurtarabilecek tamamlayıcı yorumda vasiyetname içinde ima edilmemiş olan vasiyetname dışı olguların da dikkate alınabilmesi

Bilindiği gibi, miras bırakanın varsayılabilecek istencine dayanan tamamlayıcı yorumun onun ölüme bağlı tasarrufunu hükümsüzlükten kurtarıcı bir işlevi vardır. Gerçekten de böyle bir yorum, en başta, miras bırakanın eğer hataya düşmeseydi ve koşulların değişeceğini kestirebilseydi ne isteyeceğini

ortaya çıkarmakla, hatalı ölüme bağlı tasarrufu iptalden kurtarabilir. Ama böyle bir tamamlayıcı, düzeltici, kurtarıcı yorum, hata dışında, özellikle imkansızlık ve hukuka aykırılık alanında da hükümsüzlüğü aşmaya yardımcı olabilir.

Gelgelelim, bu yorumun önüne ikide birde, ölüme bağlı tasarrufların şekle bağlılığı kuralı ve ima kuramı çıkarılır.

Ölüme bağlı tasarruflardaki şekilciliği abartan ima ya da dayanak kuramına (Aedeutungstheorie'ye) göre, salt vasiyetname dışı olgulara (Externa'ya), yani miras bırakanın kazandırmadan yararlanan kişiyle (lehdarla) kişisel ilişkilerine, onun yaşam çevresine, yaşam alışkanlıklarına, ruh ve gönül aleminin tezahürlerine, yaptığı açıklamalara dayanılarak kendisinin ölüme bağlı tasarrufunu yorumlamak ve bu arada değiştirip düzeltmek, bu sayede de iptalden kurtarmak doğru değildir.

Hatta vasiyetnamede yer alan tereddütsüz bir ifadeye vasiyetname dışı olgulara dayanılarak yorum yoluyla değişik bir anlam vermeye kalkışmak bile doğru olmaz. (Eindeutigkeitsregel) Ne vasiyetnamede herhangi bir dayanağı (tutamağı) bulunmayan, şu ya da bu şekilde ima edilmiş olmayan bir isteğin varsayılması ne de yeterince sarih beyanların yorumlanıp tamamlanması söz konusu olamaz. Aksi halde ölüme bağlı tasarrufun şekil kuralları dolanmış olur.

Sarahat kuralıyla ilgili İsv. FM içtihatları için bk. BGE 83 II 439; BGE 115 II 324; BGE 120 II 184; BGE 124 III 416

İma kuramıyla ilgili İsv. FM içtihatları için bk. BGE 108 II 396, BGE 109 II 406; BGE 124 II 412; BGE 125 II 39.

Bk. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, s. 322; Oğuzman, *Miras Hukuku*, s. 171; Dural/Öz, *Miras Hukuku*, s. 211 i.s.; Weimar, *Berner Kommentar'da Einleitung N 78*.

Şu var ki bu formalist "ima (dayanak) kuramı" (Aedeutungstheorie) ve "açık seçiklik kuralı" (Eindeutigkeitsregel) Batıda gerileme halindedir. Bu gerilemenin teknik hukuksal nedenleri şöyle sıralanabilir:

a. "Sarih sözler yorumlanamaz" kuralı, Roma hukuku kalıntısı abartılı bir şekilcilik ürünüdür; günümüzde savunulamaz. Çünkü en sarih (açık) gözüken irade beyanları bile kendi başlarına anlam taşımazlar. Onların yansıtıkları istenç (irade) yine de yorum yoluyla bulunabilir. Bu bağlamda, bir ifadenin sarih olup olmadığı da ancak yorum yoluyla saptanabilecektir. Gerçekten de vasiyetçinin beyanları ancak kendisinin özel konumu ve tasarımları

(Externa) dikkate alınarak "sarih" veya "kaypak" bulunabilir ve öz istenciyle örtüştürülebilir. Sonra, kaypak gözüken sözcüklerin yorumlanabilirken, kaypak gözükmeyen sözcüklerin yorumlanamaması ölüme bağlı tasarrufu kaleme alan özenli ve özensiz vasiyetçiler arasında haksız ayrımcılık yapmak olur.

Asıl önemlisi: Amaç vasiyetçinin gerçek istencini saptamak olunca, beyanın şekle bağlılığı asla yorumun yadsınmasına yol açmamalıdır. Şekil kuralı, olsa olsa, iradenin şekle bağlı olarak açıklanmasını zorunlu kılabilir. Ama şekil kuralı yorumu asla yasaklayamaz.

Bk. Kramer, *OR 18 N 52 i.s.*; Druey, *Grundriss des Erbrechts*, § 12 N 12; Gauch/Schlupe, *Schw. OR, N 1221*; Weimar, *Einleitung vor ZGB 467 N 69*.

b. "İma kuramına" (Aedeutungstheorie'ye) gelince: Bu kuram "sarahat kuralı" (Eindeutigkeitsregel) kadar ileri gitmese, yorumu tümüyle yasaklamayıp, onu sadece şekil kuralıyla sınırlandırmakla yetinse ve yalnızca yorum için miras bırakanın iradesinin vasiyetnamenin içeriğinde bir "imasının", (ipucunun, tutamağının, dayanağının) bulunması gerektiğini, belge dışı olguların (Externa'nın) ancak bu koşulla yoruma dayanarak olabileceğini savlasa bile, yine de savunulamaz. Bu kuram da aynen "sarahat kuralı" gibi, şekil sorunlarıyla yorum sorunlarını birbirine karıştırmaktadır.

İlginçtir, sarahat kuralına karşı çıkan Weimar (Einleitung vor ZGB 467 N 69), ima kuramına pekala sahip çıkmaktadır. (Einleitung vor ZGB 467 N 71 i.s)

c. Salt vasiyetname dışı olgulara dayanarak yorum yapma, hele bu yorum yapan bir yargıç olursa, hiç de ölüme bağlı tasarrufun şekle bağlılığı ile izlenen amacı gölgeleme ve şekil kuralını dolanma anlamına gelmez. Kaldı ki bilinçsizce yapılmış olan bir yanlışlığın (hatanın) düzeltilmesi, zihni kayıt, latife beyanı ve muvazaa gibi bilinçli saptırmalardan ayrımlı olarak, şekle bağlılıkla izlenen amaçlara hiç de ters düşmez. Hatada kınanabilecek bir istenç ve bilinç yoktur ki! Nitekim "falsa demonstratio non nocet" (yanlış nitelendirme, yani beyan hatası işleme zarar vermez) ilkesi ve bu yöndeki MK 504 II kuralı doğrudan doğruya bu hukuksal olguya dayanır.

d. İma (dayanak) kuramının çözümleri hukuksal güvenliğe (istikrara) aykırı düşecek boyutlarda bir rastlantısallık sakıncasını bünyelerinde taşırlar. Gerçekten de vasiyetçinin gerçek iradesini gösteren ipucunun yeterliliği ve güvenilirliği geniş ölçüde takdire bağlıdır. Acaba bir noktalama işareti mi, bir harf mi, bir sözcük mü, yoksa bir tümce mi vasiyetçinin iradesini sezdirmeye, anıştırmaya (imaya) yetecektir?

Kaldı ki ayrıntılı ve uzun boylu yazan titiz vasiyetçilerin vasiyetnamele-ri iradenin şöyle ya da böyle yeterli ve güvenilir sayılan herhangi bir tutama-ğı yakalanarak düzeltilebilip kurtarılabilirken, az ve öz yazanların vasiyetna-melerinde böyle bir hayali ipucu bile bulunamayacağı için, bu kişilerin ölü-me bağı tasarrufları iptale mahkum sayılacaktır. Buysa hukuksal çözümler-de haksız rastlantıya daha da geniş ölçüde yol açar.

e. Üstelik ima kuramının en sadık yandaşları bile, BK 20 II kuralı ışığın-da tümel hükümsüzlüğü bölümsel hükümsüzlüğe indirgeyebilmek ve değişik kurallar ışığında da hükümsüzlüğü “çevirme” (Konversiyon) yoluyla büsbütün aşabilmek için gerekli varsayıli (farazi) iradeyi araştırırken, vasiyetname-de herhangi bir şekli tutamak aramayı hiç düşünmemektedirler.

f. Ölüme bağı kazandırmanın konusunu, tutarını ve lehdarını miras bı-rakanın daha baştan ölüme bağı tasarrufunda bizzat şekle bağı olarak belir-lemeyip, bu konudaki kararını başkalarına bırakabilmesi (yetki delegasyonu) yönünde gitgide genişleyen hoşgörü (Bk. ileride 3), imasız (dayanaksız) yo-rum müdahalelerini kabul alanında da benzer bir hoşgörüü ister istemez be-raberinde getirir.

g. Yasanın sayısı yirmiye yakın yorum kurallarının hiçbirinde vasiyetna-mede herhangi bir ima (dayanak, tutamak, ipucu) yorumun ön koşulu olarak öngörölmüş değildir.

Bu arada özellikle hatanın düzeltilip aşılmasında önemli bir görev üstlen-miş olan MK 504 II kuralında ima kuramına ilişkin hiçbir imaya rastlanmaz.

h. Ölüme bağı tasarrufu bozabilmek (irade bozukluğuna dayanabil-mek)) için herhangi bir vasiyetname içi olguya dayanmak gerekmediğine gö-re, ölüme bağı tasarrufu kurtarabilmek için mutlaka bir vasiyetname içi olgu avcılığına çıkmak, özellikle vasiyetnameyi elden geldiğince geçersizlikten kurtarıcı “favor testamenti” ilkesi ışığında tutarlı sayılmaz. Batırmak için aranmayan, kurtarmak için hiç mi hiç aranmamalıdır.

i. Geleceğe ilişkin yanılılarda, yani koşulların beklenmedik biçimde de-ğişmesinde, örneğin baştan kestirilemeyen olağanüstü değer değişikliklerin-de vasiyetnamelerde dayanak aramaksızın yorum (uyarlama) yoluyla vasiyet-nameyi iptalden kurtarma konusunda genelde “ima” koşuluna pek aldırılmaz. Buna karşılık, geçmiş ve şimdiki zamana ilişkin yanılılarda mutlaka miras bırakanın varsayıli istencinin bir tutamağı aranır.

Oysa gelecek zamana ilişkin tahminlerin yanlışlığında (örneğin aşağıda-ki örnek c’de) gösterilen hoşgörünün geçmiş ve şimdiki zamana ilişkin yanıl-

gılarda, örneğin baştan bilinmeyen olağanüstü değer farkında (ayrıca bk. aşa-ğıda örnek b) esirgenmesi hiç de inandırıcı sayılamaz. Birinde tanınanı öbü-ründe tanımamak doğru olmaz. Çünkü bu iki tür saik hatası arasındaki (lojik değil de salt kronolojik) ayırım, bir hukuksal rejim ayırımını gerektirmeyecek ölçüde siliktir.

j. Vasiyetnamenin düzenleme tarihine ilişkin yanlışlığın ve eksikliğin bi-le salt vasiyetname dışı olgulara dayanılarak tamamlanması yolundaki yeni eğilimler de hatanın imasız yorumla düzeltilmesi alanında benzer bir yakla-şımı haklı kılar.

k. Vasiyetname dışı (şekilsiz) affetme etkinliğiyle vasiyetname içi (şek-li) ıskatın sanki şekli bir geri alma vasiyetnamesiyle geri alınmışçasına etki-sini yitirmiş sayılması veya hiç değilse, ıskatın dayanağının (sebebinin) orta-dan kalkmış sayılması da vasiyetname üzerinde sırf “Externa”ya dayanılarak oynanabileceğini ve onun değişen koşullara uyarlanabileceğini gösterir.

Krş. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 317/18; Tuor/Schnyder/Schmid, Rumo – Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, s. § 66 IV 61, s. 602

l. Kaybolan ve bulunamayan bir vasiyetname de pekala salt vasiyetname dışı olgularla, örneğin fotokopilerle, tanık ifadeleriyle ihya edilebilmekte de-ğil midir?

Özetle, miras bırakanın ölüme bağı tasarrufunu açıklayıcı ve tamamlayıcı yoruma tabi tutmak, özel olarak, ölüme bağı tasarrufu miras bırakanın varsayıli istenci doğrultusunda düzeltip etkisiz kalmaktan kurtarmak ve de-ğiştirip uyarlamak için, ne miras bırakanın beyanının müphem ve muğlak (karanlık) olması şart koşulmalı ne de miras bırakanın istencinin vasiyetna-me içinde bir ipucunun bulunması (istencin ima edilmesi) şart koşulmalıdır. Ölüme bağı tasarrufun yorumunun miras bırakanın istencinden başka kayıt ve koşulu olamaz.

Burada savunulan görüş doğrultusunda veya bu görüşe yakın düşünce-ler için bk. Engin, Yedek Mirasçılık, s. 51 i.s. ve s. 188; Brox, Erbrecht, N 195 i.s.; Leipold, Erbrecht, N 394 i.s.; Harder/Kroppenberg, Erbrecht, N 195 i.s.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, N. 327 i.s.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jung Das Schweizerische ZGB, 12. Auflage, 2002, s. 617; Druey, Grundriss des Erbrechts, § 12 N 1-17, s. 153 i.s.; Breitschmid, Basler Kommen-tar da ZGB 469 N 24-27; Breitschmid, SJZ 92, 87 N 10/11; Kramer, OR 18 N 52 i.s.; N 93; N 260 i.s., N 260 i.s.; Jäggi/Gauch, OR 18 N 479; Riemer, recht 2003, s. 39 i.s.; Stagl, Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Tes-tamenten, Berlin, 2003, s. 45 i.s.; İsv FM, BGE 127 III 529

Bu açıklamalar ışığında, aşağıda anılan üç örnekte de ölüme bağlı tasarrufu düzeltip kurtarabilecek yorum yolu açıktır. Örneklerin tümünde Darüşşafaka mirasçı olacaktır. Yoksa yasal mirasçılar değil!

a. Miras bırakan Darüşşafaka diye yazacak yerde, dalgınlıkla Darülaceze diye yazmıştır. MK 504 II (yanlış adlandırma işleme zarar vermez) kuralı bu olguya hiç duraksamasız doğrudan doğruya uygulanır.

b. Miras bırakan, annesine yardım eden Darülaceze olduğunu sanmıştır; oysa aslında annesine yardım eden Darüşşafaka'dır. Vasiyetçinin bu yanlışlığı da tamamlayıcı ve düzeltici yorum yoluyla düzeltilir. Değişik bir bakış açısından şöyle de denebilir: MK 504 II kuralı geçmişe ilişkin bu saik hatasına da dolaylı (örneksemeli) yoldan uygulanır.

c. Hayırsever miras bırakan, dağıtılacağını ve malvarlığının Darüşşafaka'ya aktarılacağını hesaba katmadığı Darülaceze'ye vasiyet kazandırmasında bulunmuştur. İmkansızlık ve saik hatası nedeniyle hükümsüz sayılacak olan Darülaceze yararına vasiyet tamamlayıcı ve düzeltici yorum yoluyla Darüşşafaka yararına vasiyet olarak ayakta tutulabilir. Böylece MK 504 II kuralı gelecek zamana ilişkin bu saik -öngörü- hatasına (koşulların değişmeyeceği konusundaki yanlışlığa) da uygulanmış olur.

Görülüyor ki MK 504 II kuralı bu yeni yaklaşımda adeta bir genel onanım ve düzeltim kuralına dönüştürülmüş olmaktadır.

Örnekleri sürdürebiliriz: Ölüme bağlı kazandırma konusunun değerinde ki olağanüstü değişikliği, kazandırma lehdarının erken ölümünü, yeni bir yasal mirasçının doğumunu ya da vasiyet edilen malın devrini önceden hesaba katmama da pekala aynı yönde çözüme bağlanabilir. Saik (öngörü) hatası nedeniyle ya da yasanın özel yorum kuralları yüzünden hükümsüz sayılabilecek olan tüm ölüme bağlı tasarruflar, yorum yoluyla değişen koşullara uyarlanarak veya yerlerine başka ölüme bağlı tasarruflar (ikameli ölüme bağlı kazandırmalar, tedarik ve kaim değer vasiyetleri) konarak pekala etkisiz kalmaktan kurtarılabilirler. Yeter ki vasiyetname dışı olgular (sözler, yazılar, fiili ilişkiler) bu konuda inandırıcı, güvenilir, sağlam, MK 504 II'nin deyimiyile "kesin" ipuçları versinler.

Tipik bir örnek de şudur: Ölüme bağlı kazandırma yararlanıcısı, miras bırakanın hiç beklemediği erken bir tarihte ölmüş, miras bırakan ise bundan haberi olmamıştır. Bu durumda, yararlanıcıya özgülenmiş olan miras, yasanın açık kuralları (MK 548/580/581 gereği, miras bırakanın ölümünde onun yasal mirasçılara kalmaz da, kendisinin büyük bir olasılıkla yasal mirasçılara yeğ tutacağı kişiler olarak, erken ölmüş olan yararlanıcının (lehdarın)

yakınlarına bırakılır. Bunu,yani MK 548/580/581 kurallarının iradi mirasçı yararına kazandırmayı düşüren çözümünü aşmayı sağlayan yol da tamamlayıcı yorum yoluyla yedek mirasçılığı varsaymak olur.

Yedek mirasçılık varsayımının tamamlayıcı yorum yoluyla böylesine geliştirilmesinin iradi mirasçılık - yasal mirasçılık tahterevallisinde iradi mirasçılığa belirgin ağırlık kazandıracağı açıktır.

Miras bırakanın kazandırmanın lehdarına ilişkin sihirli (kurtarıcı) varsayıllı yedek mirasçılık istencine benzeyen sihirli (kurtarıcı) bir varsayıllı istenç de kazandırmanın konusunda söz konusu olabilir. Şöyle ki miras bırakanın vasiyet ettiği malı sonradan başkasına devretmesi ve bu yüzden vasiyetin MK 517 III gereği kadük olması durumunda, devredilen bu malın vasiyet alacaklısı için "tedarik" edilmesine, bu olamayacaksa, hiç değilse malın parasal karşılığının (kaim değerinin) vasiyet alacaklısına ödenmesine çalışılabilir. Bunu sağlamanın yolu da tamamlayıcı yorum yoluyla, ilk seçenekte bir "tedarik vasiyetinin", ikinci seçenekte de bir "kaim değer vasiyetinin" varlığını kabul etmek olur. Dikkat edilirse, bu varsayımlar da tıpkı yedek mirasçılık varsayımı gibi, iradi mirasçıdan yana bir çözümü beraberinde getirir.

Şu noktayı özel bir vurguya eklemeli: Sarahat kuralının ve ima kuramının sınırlamalarından kurtarılmış tamamlayıcı yorumun sadece iradi mirasçılardan yana çözümlere yol açabileceği sanılmamalıdır. Bu yeni yaklaşım, ender de olsa, yerine göre, pekala yasal mirasçılardan yana, onlar arasında hakça bir paylaşımın aracı da olabilir.

F. Almanya'da gerçekleşen bir olay: Miras bırakan 1968'de dönemin Demokratik Alman Cumhuriyeti'nde kalan tüm varlığını bir vasiyetname düzenleyip, orada yaşayan iki oğluna bırakmış ve Batı'ya, F. Almanya'ya göçmüş olan kızını nasıl olsa Doğu'da kalmış olan mallarından yararlanamayacağı için vasiyetnamesinde hiç anmamıştır. Miras bırakan 1995'de, iki Almanya birleştikten sonra öldüğünde, kızı, miras bırakanın varsayıllı iradesine dayanan tamamlayıcı yorum yoluyla, onun Doğu'daki mallarına erkek kardeşiyle eşit oranda sahip çıkabilecektir.

Benzer bir olay bizde de gerçekleşebilir: Kıbrıs'ta umulmadık bir siyasal gelişme, oradaki taşınmazlara ve bu arada miras bırakanın ölüme bağlı kazandırmalarına konu oluşturmuş olan Kıbrıs'taki bir taşınmaza birdenbire olağanüstü bir değer kazandırmış olabilir. İşte o zaman da hakça bir paylaşımı sağlamak üzere, miras bırakanın varsayıllı iradesine dayanılarak tamamlayıcı yoruma (uyarlamaya) gitmek gerekebilir.

Şöyle ki Kıbrıs'taki taşınmaz kendisine açıkça vasiyet edilmiş olan kişi, bu

taşınmaz üzerinde, salt Türkiye'deki mütevazı varlık ile yetindirilmiş olan öteki mirasçılara (vasiyet ile paylaşım kuralı arasında tereddüt edildiğinde paylaşım kuralını varsayan yorum kuralından tümüyle bağımsız olarak) mirasçılar arasında hakça dengeyi sağlayacak bir pay vermek zorunda bırakılabilir.

Her iki olayda da miras bırakanın varsayıli istencini saptayabilmek için mutlaka ölüme bağlı tasarrufta bir tutamak, bir dayanak (ima noktası) bulunmasının gerekmediğini bir kez daha vurgulayalım.

Şunu da eklemeli: "İptalden önce kurtarıcı yorum" ilkesi, ölüme bağlı tasarrufun yalnız hata ve imkansızlık yüzünden kadük olmasını önlemekle kalmaz; aynı zamanda bu tasarrufun hukuka ve ahlaka aykırılık yüzünden kadük olmasını da önleyebilir.

Örnek: "Ölümünden sonra malım hayat arkadaşımın veya ortak kızımın olsun" dileğinin belirsizlik yüzünden hukuka aykırılığı, "birlikte mirasçılık" veya "yedek mirasçılık" varsayımıyla aşılabilir. Bunun gibi, metres kazandırmasının olası ahlaka aykırılığı da metresin okuyan muhtaç çocuğu yedek mirasçı sayılarak aşılabilir.

Yerine getirilmesi imkansız bir yüklemenin (mükellefiyetin) yararlanıcı ilgililer yararına tamamlayıcı ve uyarlayıcı yorum yoluyla iptalden kurtarılmasına da sıkça rastlanır.

Açıklamaları toparlamak gerekirse, şunlar söylenebilir: "İma kuramı" ve bu kuramın yandaşı "sarhat kuralı", hukuksal kararlılığa ve güvenliğe hizmet etmez; olsa olsa, genel olarak, yasal mirasçılarının çıkarına hizmet eder; iradi mirasçılarının (atama, vasiyet ve yükleme lehdarlarının) çıkarına ise ters düşer. Bu kuramı ve kuralı ölüme bağlı tasarrufların şekle bağlılığına dayandırmak da doğru değildir. Böyle bir tutum şekil sorunsalı ile yorum sorunsalını birbirine karıştırma anlamına gelir. Şekil kuralı ölüme bağlı tasarrufun nasıl düzenleneceğini saptar; yoksa nasıl yorumlanacağını değil! Vasiyetname dışı olgular, şekli açıklarını kapatma konusunda nasıl devreye sokulabiliyorlarsa, ölüme bağlı tasarruflara geçerlilik kazandırabilecek yorumda da öylesine dikkate alınabilirler.

Vasiyetname dışı olguların ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında dikkate alınması sırasında gözetilecek biricik sınır, vasiyetname dışından getirilecek olan kanıtların inandırıcılığıdır; güvenilirliğidir; sağlamlığıdır; MK 504 II kuralının söylemiyle "kesinliğidir"; yoksa "şekle bağlılığı" değildir.

Unutulmasın ki ölüme bağlı tasarruflara özgü sıkı şekilciliğin en son amacı, miras bırakanın gerçek istencinin çarpıtılmasını önlemektir. Yorum

konusunda savunulan bu yaklaşım, miras bırakanın gerçek istencine çarpıtılmaksızın geçerlilik kazandırmayı amaçladığı ölçüde bu en son yasal amaçla yüzde yüz örtüşür. İşte bu yeni akım da yasal mirasçılara karşı iradi mirasçılarının konumunu güçlendirir.

Kaldı ki şekil kuralları, miras bırakanın ölümüne bağlı son dileklerine geçerlilik kazandırma kaygısı karşısıyla her zaman geri çekilmek zorundadırlar. Miras bırakanın ölümüne bağlı son dileklerine geçerlilik kazandırabilme uğruna (favor testamenti) tüm yorum yollarını tüketmek her hukukçunun boyunun borcudur.

Ne yazık ki Türk öğretisi bu çağdaş akıma ayak uydurmuş sayılamaz. Bk. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 322; Oğuzman Miras Hukuku, s. 171; Dural/Öz, Miras Hukuku, s. 211 i.s.İsviçre'de de kiami yazarlar formalist yaklaşımlarıyla düzeltici ve tamamlayıcı yorum alerjisini sürdürmektedirler. (Bk. örneğin Weimar, Einleitung zu den Verfügungen von Todes wegen, N 79-82)

3) Ölüme bağlı tasarrufu miras bırakanın bizzat belirleme zorunluluğunun gevşetilmesi

El yazılı vasiyetnamedeki sıkı şekilciliğin yumuşatılmasına koşut bir gelişme de maddi anlamda kişiye sıkı biçimde bağlılık kuralındaki gevşemedir. Bilindiği gibi, ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkının salt kişiye bağlı hak oluşturma özelliği biçimsel dar kapsamdan (formelle Höchstpersönlichkeit), yani temsil yasağından ibaret değildir. Kişiye bağlılık özelliğinin bir de maddesel boyutu vardır. (Materielle Höchstpersönlichkeit)

Şöyle ki ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi, bu tasarrufun ileride yaşama geçirilmesi konusundaki kararını bir yabancıya, bu arada kendisine güvendiği bir vekile bırakamaz. Ölüme bağlı bir tasarrufun hüküm doğurması üçüncü kişinin bu tasarrufu uygun görmesi gibi "salt iradi" bir şarta da bağlanamaz. Bu arada, ölüme bağlı kazandırmada bulunan kişi, kazandırmanın türünü, tutarını ve yararlanıcısını seçme yetkisini başkasına devredemez. Miras bırakan için kazandırmanın gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini, hangi değerlerin kazandırılacağını bizzat belirleme zorunluluğu vardır.

Tıpkı temsil yasağına aykırılıkta olduğu gibi, delegasyon yasağına aykırılıkta da ölüme bağlı kazandırma hükümsüz kalır.

Ölüme bağlı tasarrufta kişiye bağlılığın bu maddesel boyutu, eski ve yerleşik deyimle "maddi anlamda münhasıran şahsa bağlılık kuralı" olarak bilinir. Gerçi bu ilke bizde Alman hukukundaki gibi (§ 2065 BGB) açık bir yasa

kuralına bağlanmış değildir. Ama ilkede dile gelen “yetki delegasyonu yasağı” belirli bir yasa kuralından türetilmese bile, doğrudan doğruya ölüme bağlı tasarrufun öğelerinden ve özelliklerinden türetilerek benimsenir (Bk. Weimar, Einleitung zu den Verfügungen von Todes wegen, N 34).

Maddesel anlamda kişiye sıkı biçimde bağlılık kuralının yararı miras bırakanın irade özerkliğini, başka bir deyişle, onun ölüme bağlı tasarruf serbestliğini yabancıların keyfi müdahalesine karşı korumasıdır.

Ayrıca, bu kuralın “tüm varlığım onu en fazla hak edene kalsın” dileğine geçit vermemekle, dolaylı yoldan, yasal mirasçılar arasında yasanın gözettiği eşitlik ilkesini korumaya ve büyük varlıkların tek elde toplanmasını (tekelleşmeyi) önlemeye yaradığı da söylenir.

Aslına bakılırsa, maddesel anlamda kişiye sıkı biçimde bağlılık ilkesini (delegasyon yasağını) taşıyan gerekçeler biçimsel anlamda kişiye sıkı biçimde bağlılık ilkesini (temsil yasağını) taşıyan gerekçelerle örtüşür. Her iki ilke de miras bırakanın irade özerkliğini, son aşamada da yasal mirasçıların parasal çıkarını korurlar.

Yalnız madalyonun bir de öteki yüzü vardır: Gittikçe uzayan yaşam süresi boyunca, ekonomik ve sosyal koşullar beklenmedik biçimde değişmekte, miras bırakan da bu değişimi önceden kestirebilecek kadar uzak görüşlü olamamaktadır. Böyle olunca, miras bırakan için, hangi olasılı gelişmede hangi olasılı mirasçısının ileride kazandırmasını hak eden bir mirasçı olacağı konusundaki kararı onun güvendiği bir yakınına bırakma gereksinimi ortaya çıkar.

Bu gereksinime yanıt vermek üzere, yetki delegasyonu yasağı gittikçe yumuşatılmaktadır. Bir kere, ikinci sınıf, küçük “vasiyet” kazandırması yararlanıcısının belirlenmesi yetkisinin delegasyonuna genelde göz yumulmaktadır. Yeter ki bu yetki devri herhangi bir irade bozukluğu ve ahlaka aykırılık ile gölgelenmiş olmasın.

Bk. Yargıtay HGK'nun Yargıtay İçtihatlar Külliyyatı Cilt 7, No. 62'de yayımlanmış olan 7.3.1951 tarihli ve E 2-89/K 30 sayılı kararı.

Sonra, birinci sınıf, büyük “külli halef mirasçı atama” (mirasçı nasbı) kazandırması bakımından da, seçim ve karar konusunda koşullar ve ölçütler miras bırakan tarafından saptandıktan ve böylelikle yabancıların takdir yetkisini pür duygusallıkla ve keyfi olarak kullanmasına kapılar kapalı tutulduktan sonra yetki devrine göz yumulmaktadır. Bu sayede miras bırakan varlığını, henüz yeteneklerini kestiremediği tek “layık halefe” bırakmak üzere liyakat

konusunda yargısına güvendiği bir yakınına pekala görevlendirebilecektir.

Unutulmasın ki yürürlükteki hukukumuzda göre, miras bırakan mirasçı atama kazandırmasını dilediği yüklemelere (mükellefiyetlere) ve koşullara (şartlara), hatta iradi koşullara ve kura sonucuna bile bağlayabilmektedir.

Dahası var: Hukukumuzda, miras bırakanın ölüm sonrasına hükmetme alanını genişleten ikameli kazandırmalara ve seçimlik vasiyetlere de yer verilmektedir. Öte yandan, miras bırakanın varsayıli istencine dayanan tamamlayıcı yorum yoluyla onun ölüme bağlı tasarrufunu değişen koşullara uyarlama yolu da gitgide genişleyen bir kapsamda açık tutulmaktadır.

Miras bırakanın istencine böylesine geniş kapsamlı bir hareket alanının tanındığı bir hukuk düzeninde, miras bırakanın, kendisine ve yargısına güvendiği belirli bir kişiyi, belirli sınırlar içinde (keyfilik sınırına dek), kazandırmasının yararlanıcısını (lehdarını) seçip atama konusunda yetkili kılması ni yasaklamak doğrusu pek tutarlı gözükmemektedir.

Kaldı ki yasal mirasçıların parasal çıkarını koruma gereksinimi de giderek gerilemektedir. Eğer miras bırakanın irade özerkliği keyfi yabancı müdahalelere karşı korunacaksa, onun irade özerkliği yasal mirasçıların paragözlüğüne karşı da korunmalıdır.

Sonuç olarak: Miras bırakanın sağduyusuna ve sağlıklı kararına güvendiği üçüncü kişiye yetki devrini içeren ölüme bağlı kazandırma her durumda hükümsüzlüğe mahkum edilemez.

Bu hükümsüzlüğün türü genelde temsil yasağına aykırılıkta olduğu gibi, butlan olarak kabul edilir. Ama temsil yasağına aykırılıkta olsun, delegasyon aykırılığına aykırılıkta olsun, hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilebilirlik yaptırımını “favor testamenti” ilkesine ve amaca daha uygun bir yaptırım olsa gerektir.

Bir kez daha vurgulayalım: Yetki devrinin hükümsüz sayılmaması için, en başta bu yetki devrinde irade bozukluğu ve ahlaka aykırılık söz konusu olmamalıdır. Ayrıca yetki devri makul nedenlere dayanmalı ve yetkiyi devralan üçüncü kişinin takdirini salt kendi kafasına göre (keyfi biçimde) kullanmasını engelleyecek koşullar ve ölçütler içermelidir.

Bk. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, s. 152 i.s.; Schaefer, Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung, Bern, 1973; Breitschmid, FS Hausheer, s. 477 i.s.; Druey, Grundriss des Erbrechts, § 8 N 23-30; s. 100/101; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische ZGB, § 64 I, s. 570.

Evvelce ikinci sınıf (küçük) vasiyet (belirli mal bırakma) kazandırmasını

da bile kazandırma yararlanıcısını (lehdarı) seçme hakkının üçüncü kişiye delegasyonunu olanaksız bulan İsviçre FM'ni eleştirmiş olan İsviçre öğretisi, bu Mahkemenin 100 II 98 kararında yüz seksen derecelik bir rota değişikliği yapmasını memnunlukla karşılamıştır. (Bk. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, *Das Schweizerische ZGB, Zürich, 2002, § 64 I, s. 570.*)

4) Ölüme bağlı kazandırma lehdarının mirasa kavuşma umudunun pekiştirilmesi

Miras bırakanın istencine dayanan iradi mirasçılık, sadece ölüme bağlı tasarruflarda şekilciliğin değişik açılardan yumuşatılmasıyla ve böylece iradi mirasçının ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğü yüzünden kazandırmaya kavuşamaması riskinin düşürülmesiyle güçlendirilmekle kalmaz. İradi mirasçılık aynı zamanda ölüme bağlı kazandırma yararlanıcısının hukukten korumasız yalın (basit) beklentisinin (umudunun) miras bırakana ve üçüncü kişilere karşı yasa ötesinde (praeter legem) pekiştirilmesiyle de güçlendirilir.

Dikkat edilirse, bu ilginç gelişmede, iradi mirasçıların güçlendirilmeleri ön planda ve doğrudan doğruya miras bırakana ve üçüncü kişilere karşıdır; yasal mirasçılar karşısındaki güçlenme ise sadece arka plandadır ve dolaylıdır.

a. Bir kere, sağlar arası edime kavuştuktan sonra har vurup harman savuran miras bırakana karşı, yasa (MK 527) gereği ancak onun ölümünden sonra itiraz (tenkis) yoluna başvuru mümkün ve onun ölümünden önce eli kolu bağlı sayılan ölüme bağlı kazandırma lehdarı iradi mirasçıya, yasa ötesinde (boşluk doldurma yoluyla) olumlu ve ivazlı miras sözleşmesinden dönme hakkı ve böylece sağlar arası edimini kurtarma hakkı tanınır.

Bu görüş çerçevesinde, ölüme bağlı kazandırmaya kavuşacağı umuduyla sağlar arası bir edimde bulunmuş olan kişi, eğer miras bırakan miras sözleşmesindeki yüküm eksikliğini fırsat bilip, kendisini istismar ederse ve onun miras bırakanın ölümünden sonra beklentisine kavuşmasını, malını mülkünü çevreye sorumsuzca dağıtmak suretiyle ciddi biçimde tehlikeye sokarsa, daha miras bırakanın sağlığında miras sözleşmesinden dönebilir. Yasa ötesinde, boşluk doldurma yoluyla tanınan bu dönme hakkının mantıksal temeli, miras bırakanın edim yükümünden bağımsız "davranış yükümüne aykırılığı" olsa gerektir.

Bk. Druey, *Grundriss des Erbrechts, § 10 N 21, s. 131 ile § 10 N 41, s. 137 ve orada anılan, Tuor, Escher ve Piotet. Ayrıca bk. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 336 i.s.*

b. Sonra, vasiyetnameyle bir ölüme bağlı kazandırmaya kavuşturulacağı

umudu içinde ve miras bırakanın bu konuda yarattığı güvene kurtarmak miras bırakana birtakım edimlerde bulunan kişiye de bu edimlerini yaptırdığı masraflar re edim zenginleşmesi istemi (condictio ob rem) ve ayrıca yaptığı masraflar yüzünden uğradığı güven zararından ötürü zarar giderim istemi (culpa in testando tazminatı) sağlanır. Ölüme bağlı tasarruflarda bulunup bulunmama, onu geri alıp almama taahhütlerinin kesin hükümsüzlüğü konusundaki geleneksel anlayış (krş. § 2302 BGB) karşısında düpedüz şaşırıcı ve çarpıcı bir gelişme-dir bu.

Bk. *Miserre, Die culpa in testando, Bielefeld, 2002, s. 53 i.s. ve s. 213 i.s.*
c. Nihayet, özensiz, savruk tutumuyla ölüme bağlı kazandırmanın iptali-ne ve böylece lehdarın beklentisinin boşa çıkmasına yol açan üçüncü kişiye (notere veya danışmana) karşı da kazandırmaya kavuşamayan iradi mirasçı adayını yararına bir haksız fiil tazminatı, hatta "üçüncü kişiyi (burada lehdarı) koruyucu etkili sözleşme" tazminatı istemi sunulur.

Bu ikinci kurguda, vasiyetçi ile danışman arasındaki vekalet sözleşmesi, aynı zamanda, edimle doğrudan ilgili ölüme bağlı kazandırma yararlanıcısı yararına oluşturulmuş, "onu koruyucu etkili bir sözleşme" sayılır.

Bk. *Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 2002, N 278*

* * *

Görünen odur ki tarihsel gelişmenin dalgaları en dayanıklı yasal kâhplarını ve en köklü dogmaları bile yerlerinden koparıp önlerine katmakta, beraberlerinde sürüklemektedirler.