T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA

KÜRŞAD YAĞCI

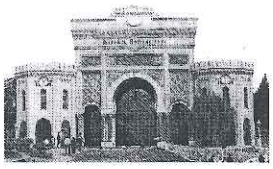
2502020163

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR

İSTANBUL 2009

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK** Anabilim Dalı **DOKTORA** programında kayıtlı **2502020163** numaralı **KÜRŞAD YAĞCI'NIN** hazırladığı **"CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA"** konulu Doktora Tezi ilgili **Tez Savunma Sınavı,** Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **08.12.2009 SALI** günü saat: **08.30'** **da** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin ...Kabul.....'ne* **OYBİRLİĞİ /~~OYÇOKLUĞUYLA~~** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR. RONA SEROZAN	Kabul	
PROF.DR. HASAN ERMAN	KABUL	
PROF.DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR	Kabul	
DOÇ.DR. GÜLÇİN ELÇİN GRASSİNGER	Kabul	
DOÇ.DR. BAKİ İLKAY ENGİN	Kabul	

Adres : Besim Ömerpaşa Caddesi Kaptan-ı Derya Sokağı 34452 Beyazıt / İSTANBUL
Tel: 0212 440 00 00 Fax: 0212 440 03 40
e-mail: sbe@istanbul.edu.tr

ÖNSÖZ

Miras Hukukunun önemli konularından biri de mirasçılıktan çıkarmadır. Yalnızca yakın aile bağına sahip mirasçılara tanınan saklı pay koruması karşısında, mirasçılıktan çıkarma bir denge unsurudur. Yakın aile bağına sahip mirasçılar, bu bağa layık olmadıklarını gösterdiklerinde, artık onlara daha fazla saklı pay koruması sağlamak yersizdir.

Türk Medeni Kanununun 510 vd maddelerinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarma kurumu, aslında hukuki yapısı ve amacı birbirinden çok farklı olan iki ana başlıktan oluşur: "Cezalandırıcı mirasçılıktan çıkarma" ve "koruyucu mirasçılıktan çıkarma". İncelememize konu olan cezalandırıcı mirasçılıktan çıkarmada mirasbırakan yaptığı ölüme bağlı tasarruf yoluyla, ya kendisine veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlediği için ya da kendisine veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlerini önemli ölçüde yerine getirmediği için, bu fiillerden birini işleyen saklı paylı mirasçısının saklı payını almasını engellemektedir. Tez konusu olarak cezai mirasçılıktan çıkarmaya seçmekteki nedenlerimden biri, son yarım yüzyılda Türk Hukukunda -gerek eski gerekse yeni Medeni Kanun döneminde- bu konuyla ilgili doktora veya daha üst düzeyde yeterli sayıda bilimsel eser ortaya konulmamış olmasıdır. Sürekli gelişen toplumsal hayatın, sıklıkla kaleme alınan konuların dahi yeniden değerlendirilmesini zorunlu kıldığını düşünürsek, mirasçılıktan çıkarma, kuşkusuz, artık incelenme ihtiyacı gösteren konular arasındadır. Nitekim yargı uygulaması da konuyla ilgili yeterli ve güncel bilimsel eser olmaması nedeniyle sıkıntı yaşamakta, hatta zaman zaman çok girift hal alan hukuki problemlerde doğru çözümlere ulaşamayabilmektedir.

Çalışmamızda İsviçre Hukukundaki durumu yansıtmaya çalıştık. Öte yandan 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe girecek olan Alman Medeni Kanununda yapılan kısmi reform çerçevesinde cezai mirasçılıktan çıkarma hükümlerinde yapılan değişikliği ve bu değişikliğin bizim hukukumuz bakımından etkisinin olup olmayacağına değinmeye çalıştık.

Çalışmamda bana katkıları olan arkadaşlarıma ve değerli Hocalarıma teşekkürü bir borç bilirim. Yine bu zorlu süreçte sabırlarını zorladığım ve buna rağmen ilgilerini ve anlayışlarını hiç eksik etmeyen eşime, anneme, babama, kardeşime ve anneanneme ne kadar çok teşekkür etsem, haklarını ödeyebilmem mümkün değildir.

Son olarak yoğun süreçte üniversitedeki sorumluluklarımı omuzlanarak bana zaman ve çalışma fırsatı kazandıran kürsü arkadaşlarıma, fikirlerinden çok istifade ettiğim Sayın Hocam Doç. Dr. Evgen Gülçin Elçin Grassinger'e ve bu tezin hazırlanmasında çok büyük katkıları olan Sayın Hocam Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir'e en içten teşekkürlerimi, saygı ve sevgilerimi sunarım.

İstanbul, 16 Ekim 2009

ÖZ

Bu çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Tezde araştırılan konu, Türk Medeni Kanunun 510-512nci maddelerinde düzenlenen cezai mirasçılıktan çıkarmadır. Bu çalışma altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde cezai mirasçılıktan çıkarmanın tarihsel gelişimi, saklı payla ve tasarruf özgürlüğüyle ilişkisi, benzer kurumlarla karşılaştırılması ve hukukun diğer alanlarında uygulanması açıklanmaktadır. İkinci bölümde, cezai mirasçılıktan çıkarmanın unsurları detaylı olarak incelenmiştir. Üçüncü bölümde cezai mirasçılıktan çıkarmanın sonuçları, dördüncü bölümde mirasbırakanın çıkarılan mirasçıyı affetmesi ve mirasbırakanın çıkarma tasarrufunu geri alması araştırılmıştır. Beşinci bölümde cezai mirasçılıktan çıkarmanın geçersizliği incelenmiştir. Altıncı bölümde cezai mirasçılıktan çıkarmanın miras paylarına ve tasarruf oranına etkisi açıklanmıştır.

ABSTRACT

This study has been prepared as a doctorate thesis at Istanbul University Social Sciences Institute. The topic that was researched in the thesis is the punitive exheredation under Turkish Civil Law in Article 510-512. This study is composed of six chapters. In the first section of our thesis the historical development of punitive exheredation, its relation with hereditary portion and freedom of disposition, comparison of the term with allied subjects and adhibition of punitive exheredation in the other fields of law are explained. In the second section elements of punitive exheredation are detailed examined. In the third section the consequences of punitive exheredation, in the fourth section forgiveness of the heir by the deceased person and withdrawal of punitive exheredation disposition are analyzed. In the fifth section invalidity of punitive exheredation is analyzed. In the sixth section the effects of punitive exheredation on hereditary portion and saving rate are expounded.

İÇİNDEKİLER

İÇ KAPAK I
TEZ ONAY SAYFASI II
ÖNSÖZ III
ÖZ V
ABSTRACT V
İÇİNDEKİLER VI
KISALTMALAR CETVELİ XIV

GİRİŞ 1

§ 1. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN MİRAS HUKUKUNDAKİ YERİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI VE HUKUKUN DİĞER ALANLARINDA UYGULANMASI 4
I. TARİHSEL GELİŞİM 6
II. TANIMI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ 9
III. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN MİRAS SİSTEMİNDEKİ YERİ ve İŞLEVİ 13
A. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA İLE SAKLI PAY ARASINDAKİ İLİŞKİ 16
1. Saklı Pay Kurumunun Amacı ve Yeni Eğilimlerin Değerlendirilmesi 19
2. Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Kurumunun Amacı 25
3. Ailesel Bağın Zayıfladığı Bütün Hallerin Cezai Çıkarma Kurumu Çatısı Altında Çözümlenememesi ve Yeni Kurumlara ya da Yapısal Değişikliklere Duyulan İhtiyaç 28
4. Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırmada Yapılan Değişikliklerin Hukukumuz Açısından Değerlendirilmesi 30
B. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN TASARRUF ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA YER ALIP ALMADIĞI 36
IV. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA HÜKÜMLERİNDE YORUM VE BOŞLUK DOLDURMA 36
V. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI 40
A. MİRASTAN UZAKLAŞTIRMA İLE KARŞILAŞTIRILMASI 40
B. MİRASTAN YOKSUNLUK İLE KARŞILAŞTIRILMASI 45
C. KORUYUCU MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA İLE KARŞILAŞTIRILMASI 49
D. MİRASTAN FERAGAT İLE KARŞILAŞTIRILMASI 56
E. MİRASIN REDDİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 58
VI. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA HÜKÜMLERİNİN HUKUKUN DİĞER ALANLARINDA UYGULANMASI 60
A. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN VE MİRAS HUKUKU NİTELİKLİ ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN TEK TARAFLI ORTADAN KALDIRILMASI BAKIMINDAN 60
B. EVLATLIK BAĞININ KALDIRILMASI (eMK m.258/I, c.2) BAKIMINDAN 65
C. BAĞIŞLAMANIN GERİ ALINMASI BAKIMINDAN BAKIMINDAN 67

D. SGK GEREĞİNCE ÖLEN SİGORTALININ HAK SAHİPLERİNE BAĞLANACAK GELİR VE AYLIKLAR İLE TTK TASARISI GEREĞİNCE ÖZEL HAYAT SİGORTASINDA LEHTARI DEĞİŞTİRME BAKIMINDAN 69

§ 2. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN UNSURLARI 73
I. MİRASTAN ÇIKARILAN KİŞİNİN SAKLI PAYLI MİRASÇI OLMASI 73
A. SAKLI PAYLI MİRASÇILAR 73
B. SAKLI PAYIN TAMAMEN YA DA KISMEN KALDIRILMASI 75
II. KANUNDA SAYILAN BİR CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA NEDENİNİN VARLIĞI 77
A. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA NEDENİ OLUŞTURAN FİİLLER 78
1. Mirasbırakana veya Onun Yakınlarından Birisine Karşı Bir Suç İşlenmesi 79
a. Suçun kendilerine karşı işlendiği kişinin "mirasbırakan veya onun yakınlarından birisi" olması 79
(1). Suçun mirasbırakana karşı işlenmiş olması 79
(2). Suçun yakına karşı işlenmiş olması 80
(a) Yakınlık bağı ve yakın kapsamına girebilecek kimseler 82
(b) "Aile üyeleri" için de "yakınlık bağı"nın aranıp aranmayacağı 84
(c) Fiilen ilişki yokluğu (Görüşmeme) ile yakınlık bağının ayrılması 87
(d) Ağırlık unsuru ile yakınlık bağının karşılaştırılması 87
b. Suç işlenmiş olması 89
(1). MK m.510/b.1 anlamında "suç" kavramının belirlenmesine ilişkin görüşler ve "kabahatlerin" mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturup oluşturamayacağı 90
(2). Suçun unsurlarının Ceza Hukuku normlarına göre belirlenmesi 93
(a) Tipiklik 94
(b) Maddi unsur (fiil) 95
(c) Manevi unsur (kast, taksir) 96
(d) Hukuka aykırılık 98
(3). Çıkarmaya konu suç bakımından Ceza Hukuku normlarının bağlayıcı olmadığı ve Medeni Hukuk kurallarının uygulandığı haller 101
(a) Suçun kovuşturulmuş olması ya da cezanın uygulanabilir olması gibi hallerin çıkarma için koşul olarak aranmaması 101
(b) Kusurluluk 103
(c) Birlikte kusurun ya da üçüncü kişilerin kusurunun etkisi 107
(4). Çıkarılanın kendisine karşı suç işlediği mirasbırakanı ya da mirasbırakanın yakınını tanımıyor olmasının etkisi 109
(5). Ceza Mahkemesinde suç hakkında verilen kararın, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davaya etkisi 111
(6). Türk Ceza Kanunun yer ve zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kuralların mirasçılıktan çıkarmaya etkisi 113
2. Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Ailesi Üyelerine Karşı Aile Hukukundan Doğan Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemiş Olması 118
a. Aile hukukundan doğan yükümlerin ihlal edildiği kişinin, mirasbırakan veya onun aile üyesi olması 118
(1). Mirasbırakana karşı 118
(2). Mirasbırakanın aile üyelerine karşı 119

(a) MK m.510/b.2 anlamında aile üyesi kapsamına girmesi muhtemel kimseler ve öğretinin konuya yaklaşımı 120
(b) MK m.510/b.2 anlamında aile üyesi kavramının belirlenmesi ve ölçütler 125
(i) Aile üyesi kavramının belirlenmesi 125
(ii) Ölçüt: Ailesel yakınlık bağının varlığı 127
(iii) "Aile üyesi" kavramının "yakın" kavramından ayrılması 129
b. İhlal edilen normun aile hukuku yükümü teşkil etmesi 130
(1). Aile "hukuku" yükümüne aykırılık 130
(2). Kanunda düzenlenmemiş olan ailesel ödevlerin yerine getirilmemesinin çıkarma nedeni oluşturup oluşturmayacağı 135
(3). Mirasbırakanın yakını olmayan bir üçüncü kişiye karşı mirasçının suç işlemesinin aile hukuku yükümü ihlali oluşturup oluşturmayacağı 138
c. Aile Hukukundan doğan yükümün yerine getirilmemesinde kusurluluk unsurunun aranıp aranmayacağı 140
d. Çıkarılanın kendisine karşı ihlalde bulunduğu mirasbırakanı ya da mirasbırakanın aile üyesini tanımıyor olmasının etkisi 142
e. Birlikte kusurun etkisi 143
B. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMAYA NEDEN OLAN FİİLİN "AĞIR/ÖNEMLİ ÖLÇÜDE" OLMASI 144
1. "Ağırlık" Unsurunun "Ağır Kusur" Kavramından Farkı 146
2. Ağırlık Unsurunun Belirlenmesinde Hâkimin Takdir Yetkisi 146
3. Aile Bağını Koparıcı Ağırlık Unsurunu Belirmeye Yarayan Temel Ölçütler 147
a. Fiilin aile bağını koparmış olması (Sübjektif ölçüt) 148
b. Fiilin aile bağını koparıcı güçte olması (Objektif ölçüt) 150
4. Aile Bağını Koparıcı Ağırlığı Belirlemeye Yarayan Alt Ölçütler 152
a. Mirasbırakan, çıkarılan ve/veya diğer zarar görenler arasındaki kişisel ilişkilerin türü ve derecesi 152
b. Sosyal statü, değer yargısı, ahlak anlayışı 154
c. Çıkarılanın kusurunun rolü 154
d. Birlikte kusurun ve üçüncü kişilerin kusurunun rolü 157
e. Çıkarılanın suç işlemedeki rolünün etkisi 159
f. Çıkarılanın kişisel durumunun etkisi 160
g. Fiilin yakın, aile üyesi ya da üçüncü bir kişi üzerinde bıraktığı etkinin ölçüt olup olmayacağı 160
5. Suçun Ağırlığının Belirlenmesinde Ceza Hukuku Ölçütlerinin Bağlayıcı Olmayışı 163
6. İspat Sorunu 164
C. ÖZEL OLARAK: CEZAİ ÇIKARMA AÇISINDAN SUÇ TİPLERİ İLE AİLE HUKUKU YÜKÜMÜ /YÜKÜMLÜLÜĞÜ TÜRLERİ 165
1. Suç Tiplerine Bakış 165
2. Aile Hukuku Yükümlerine ve Yükümlülüklerine Bakış 172
a. Anne ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkiden doğan yükümler ya da yükümlülükler 173
(1). Destekleme (Yardım etme), saygı, anlayış ve aile onurunu koruma 173
(2). Anne ve babanın bakım yükümü 181
(3). Velayet ilişkisinden doğan yükümler 183
(a) Eğitim 186

(b) Dini eğitim 188
(c) Söz dinleme ve ortak yaşam sürme 190
(4). Ana-baba ile ergin çocuklar arasındaki ilişkiyi sürdürme yükümü 192
(5). Üvey ana/baba ile üvey çocuk arasındaki ilişki 196
(6). Ahlaksız, kötü veya sefih yaşam sürmenin etkisi 198
b. Eşler arasındaki ilişkiden doğan yüküm ve yükümlülük ihlalleri 201
(1). Evlenmenin butlanına bilerek veya kusuruyla sebep olma 201
(2). Eşler arasındaki ilişkide evlilik birliğinden doğan yüküm ve yükümlülükler 202
(3). Evlilik birliğinden doğan yüküm ya da yükümlülük ihlallerinin olası sonuçları ve bunların mirasçılıktan çıkarma ile ilişkisi 207
(a) Boşanma nedenleri ve mirasçılıktan çıkarmadaki rolü 207
(i) Mirasçılıktan çıkarma açısından özel boşanma nedenlerine bakış210
(ii) Mirasçılıktan çıkarma açısından genel boşanma nedenine bakış: Evlilik birliğinin temelinden sarsılması 214
(b) Boşanma süreci ve mirasçılıktan çıkarma 217
(i) Boşanma davası sırasında mirasçılık durumu (MK m.181) ve mirasçılıktan çıkarma ile ilişkisi 217
(ii) Boşanma davasında mahkemenin vereceği kararların etkisi 225
(iii) Boşanma davası sırasında ve boşanmadan sonra ortaya çıkan yükümler ya da yükümlülükler 228
(c) Evlilik birliğini korumaya yönelik tedbirler ve özellikle ortak yaşama ara verilmesi 229
c. Aile üyelerinin nişanlıya karşı yükümleri ve nişanlılık ilişkisinden doğan yükümler 230
d. Evlilik dışı yaşam birlikteliği bakımından durum 231
e. Hısımlık ilişkisinden doğan yüküm ya da yükümlülükler 235
f. Mirasbırakanla aynı çatı altında yaşayan hizmetli, işçi vb. kimseler, koruma ve gözetme ilişkisi çerçevesindeki kişiler ile saklı paylı mirasçı arasındaki ilişkiden doğan yükümler 239
g. Aile hukuku yükümü ile bazı korunan hukuksal ya da moral değerlerin çatışması 240
III. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA İRADESİNİN VARLIĞI, SIHHATLİ OLMASI VE TEMSİL YASAĞI 242
IV. ŞEKLEN GEÇERLİ BİR CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA TASARRUFUNUN VARLIĞI VE ÇIKARMA NEDENİNİN TASARRUFTA GÖSTERİLMİŞ OLMASI 245
A. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN ŞEKLİ 246
B. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA NEDENİNİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFTA GÖSTERİLMİŞ OLMASI 249
1. Mirasçılıktan Çıkarma Nedeninin Somut Olarak Gösterilmesi 249
2. Ölüme Bağlı Tasarruf Dışındaki Olgu ve Belgelere veya Delillere Gönderme Yapılması 254
V. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA NEDENİNİN GERÇEKLEŞME ANI VE ÇIKARMANIN ŞARTA BAĞLANMASI 256
A. ÇIKARMA NEDENİ OLUŞTURAN FİİLİN HANGİ ANDA GERÇEKLEŞMESİ GEREKTİĞİ 256

1. Ölüme Bağlı Tasarruf Yapıldığı Anda Mirasçılıktan Çıkarma Nedeninin Gerçekleşmiş Olmasını Arayan Görüş ... 257
2. Henüz Gerçekleşmemiş Bulunan Çıkarma Nedeninin Gelecekte Gerçekleşmesi Şartına Bağlı Bir Mirasçılıktan Çıkarma Tasarrufu Yapılabileceği Görüşü ... 259
3. Yargı Uygulaması ... 262
B. ŞARTA BAĞLI CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA ... 262
1. Geciktirici Şarta Bağlı Mirasçılıktan Çıkarma ... 263
2. Bozucu Şarta Bağlı Mirasçılıktan Çıkarma ... 264

§ 3. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN SONUÇLARI ... 266
I. ÇIKARILANIN HUKUKİ DURUMU ... 266
A. TAM CEZAİ ÇIKARMANIN ETKİSİ ... 266
1. Miras Hakkının Ortadan Kalkması ve Buna Bağlı Sonuçlar ... 266
2. Mirasçılıktan Çıkarma Tasarrufunun Çıkarılana Yapılan Önceki Kazandırmalara Olan Etkisi ... 270
3. Tereke İle İlgili Bazı İşlemler Bakımından Çıkarılanın Durumu ... 275
a. Çıkarılanın terekenin korunması önlemlerini talep edip edemeyeceği ... 275
b. Mirasçılık belgesi (veraset ilamı) ve mirasçılıktan çıkarma ilişkisi ... 279
c. Çıkarılanın bilgi alma ve inceleme hakkının olup olmadığı ... 282
d. Çıkarılanın resmi defter tutulmasını talep edip edemeyeceği ... 283
4. Çıkarmanın Miras Hukuku Dışında Sonuç Doğurup Doğurmadığı ... 284
B. KISMÎ CEZAİ ÇIKARMANIN ETKİSİ ... 285
II. ÇIKARILANIN MİRAS PAYI ... 287

§ 4. AFFIN GERİ ALMANIN VE SONRAKİ SAĞLAR ARASI KAZANDIRMANIN CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMAYA ETKİSİ ... 290
I. AF ... 290
A. "AF" KAVRAMININ BELİRLENMESİ ... 290
1. Affı Gösteren İrade Açıklaması ... 291
2. Mirasbırakanın Çıkarmaya ve Affa Konu Olabilecek Olayı Biliyor Olması ... 292
3. Affın Aile Bağını Yeniden Kurmuş Olmasının Koşul Olarak Aranıp Aranmayacağı ... 294
B. "AF" KAVRAMININ BENZER DİĞER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ ... 295
1. Af ile Barışma (ve/veya Görüşme) Kavramlarının Ayırt Edilmesi ... 295
2. Af ile Olayın Yaralayıcı Etkisinin Zamanla Kaybolması Kavramlarının Ayırt Edilmesi ... 297
C. AFFIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE GERİ ALMA TASARRUFUNDAN AYIRT EDİLMESİ ... 297
D. AFFIN İSPATLANMASI ... 298
E. AFFA HUKUKİ SONUÇ BAĞLANIP BAĞLANAMAYACAĞI VE ÖĞRETİDEKİ TARTIŞMALAR ... 298
1. Mirasbırakanın Affının Hukuki Sonuçları Bakımından ... 299
a. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan önceki affin etkisi ... 299
b. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan sonraki affin etkisi ... 301
(1). Affın tüm mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırdığı görüşü ... 301

(2). Affın cezai mirasçılıktan çıkarmaya hiçbir etkisinin olmayacağı görüşü ... 302
(3). Affın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu tamamen ortadan kaldırmayıp çıkarma nedenini ortadan kaldırdığı görüşü ... 305
(4). Mirasçılıktan çıkarmaya kural olarak affın etki etmeyeceği, ancak istisnai bir takım hallerde etki edeceği görüşü ... 307
(5). Görüşlerin değerlendirilmesi ve düşüncemiz ... 308
c. Mirastan yoksunluk ve cezai mirasçılıktan çıkarma koşullarının aynı anda gerçekleştiği hallerde affın etkisi ... 311
2. Mirasbırakanın Yakını ya da Aile Üyesi Olan Kimselerin Affetmesinin Etkisi Bakımından ... 313
II. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN GERİ ALINMASI ... 314
A. VASİYETNAME ŞEKLİNDE YAPILAN ÇIKARMANIN GERİ ALINMASI ... 314
1. Mirasçılıktan Çıkarma Tasarrufundan Önce Düzenlenen Ölüme Bağlı Tasarrufta Yer Alan Affa Yönelik İrade Açıklamalarının Etkisi ... 314
2. Mirasçılıktan Çıkarmanın Geri Alınması ... 315
a. Çıkarmanın açık ya da örtülü olarak geri alınması ... 316
b. Çıkarmanın tamamen ya da kısmen geri alınması ... 318
c. Affetmeksizin geri alma ... 319
d. Geri alma tasarrufunun şekli ... 319
3. Geri Alma Tasarrufunun Geri Alınması ve Affin Etkisi ... 320
4. Geri Almanın Şarta Bağlanması ... 322
B. MİRAS SÖZLEŞMESİ ŞEKLİNDE YAPILAN ÇIKARMANIN ORTADAN KALDIRILMASI ... 324
1. Miras Sözleşmesinde Yer Alan Mirasçılıktan Çıkarmanın Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler ... 325
2. Çıkarmayı İçeren Miras Sözleşmesinin Çıkarılan İle ya da Üçüncü Bir Kişi İle Yapılması ... 326
a. Çıkarılanın miras sözleşmesinin karşı tarafı olması durumu ... 327
b. Mirasbırakanın bir üçüncü kişiyle yaptığı miras sözleşmesinde saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarması ... 327
III. SONRAKİ SAĞLARARASI KARŞILIKSIZ KAZANDIRMALARIN ETKİSİ ... 333

§ 5. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN GEÇERSİZLİĞİ ... 334
I. TENKİS DAVASI ... 334
A. TENKİS NEDENLERİ ... 336
B. TENKİS DAVASI ... 337
1. Davacılar ... 338
2. Davalılar ... 339
3. İspat Yükü ... 342
4. Hak Düşürücü Süreler ... 344
C. TENKİSİN SONUÇLARI ... 344
II. İPTAL DAVASI ... 346
A. İPTAL NEDENLERİ ... 346
B. İPTAL DAVASI ... 355
1. Davacılar ... 355
2. Davalılar ... 356
3. İspat Yükü ... 359

4. Hak Düşürücü Süreler 360
C. İPTALİN SONUÇLARI 360
D. TENKİS VE İPTAL DAVALARINI İLGİLENDİREN ORTAK BAZI KONULAR 362
III. YOKLUK, KESİN HÜKÜMSÜZLÜK VE KENDİLİĞİNDEN HÜKÜMSÜZLÜK (YÜRÜRLÜĞE GİRMEME) HALLERİ 364
IV. ÇIKARILANIN MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN GEÇERSİZLİĞİNİ DEF'İ OLARAK İLERİ SÜRMESİ 368

§ 6. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMADA MİRAS PAYLARININ VE TASARRUF ORANININ HESAPLANMASI 370
I. GEÇERLİ BİR CEZAİ ÇIKARMADA MİRAS PAYLARI VE TASARRUF ORANI 370
A. MİRASÇILIKTAN TAM ÇIKARMA DURUMUNDA 370
1. Mirasbırakanın, Çıkarılanın Miras Payına İlişkin Olarak Hiçbir Tasarrufta Bulunmamış Olması Durumunda 370
a. Çıkarılan altsoyun miras payı 376
b. Çıkarılan ana ya da babanın miras payı 377
c. Çıkarılan eşin miras payı 377
2. Mirasbırakanın, Çıkarılanın Miras Payının Tamamında Tasarrufta Bulunmuş Olması Halinde 378
a. Çıkarılanın saklı paylı altsoyu varsa 382
b. Çıkarılanın saklı paylı altsoyu yoksa 384
3. Özellik Arz Eden Durumlar 387
a. Çıkarılan kimse bulunduğu zümrenin tek mirasçısı ise eşin miras payının hesaplanması 387
(1). Mirasbırakan çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmamışsa 387
(2). Mirasbırakan çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmuşsa 392
b. Mirasbırakanın, mirasçılıktan tam çıkarılan mirasçının miras payının bir kısmında tasarrufta bulunmuş olması halinde 394
B. MİRASÇILIKTAN KISMİ ÇIKARMA DURUMUNDA 396
1. Mirasbırakanın, Kısmi Çıkarmaya Tabi Saklı Pay Üzerinde Başkaca Hiçbir Tasarrufta Bulunmamış Olması Halinde 397
2. Mirasbırakanın, Kısmi Çıkarmaya Tabi Saklı Pay Üzerinde Başkaca Bir Tasarrufta Bulunmuş Olması Halinde 398
a. Çıkarılanın, mirasbırakana göre saklı paylı altsoyu yoksa 400
b. Çıkarılanın, mirasbırakana göre saklı paylı altsoyu varsa 400
C. CEZAİ ÇIKARMANIN GEÇERLİLİK UNSURLARINI TAŞIYAN MİRASTAN UZAKLAŞTIRMA DURUMUNDA 401
II. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN TENKİSE UĞRAMASI DURUMUNDA MİRAS PAYLARININ VE TASARRUF ORANININ HESAPLANMASI 402
A. TAM MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN TENKİSİ DURUMUNDA 402
1. Mirasbırakanın, Çıkarılanın Miras Payında Başkaca Bir Tasarrufta Bulunmamış Olması Durumunda 403
2. Mirasbırakanın Çıkarılanın Miras Payında Tasarrufta Bulunmuş Olması Durumunda 410
a. Çıkarılanın saklı paylı altsoyu yoksa 410
b. Çıkarılanın saklı paylı altsoyu varsa 411

B. KISMİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN TENKİSİ DURUMUNDA 412
III. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN YOKLUĞU, KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VEYA KENDİLİĞİNDEN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ YA DA İPTALİ 414

SONUÇ VE ÖNERİLERİMİZ 419

KAYNAKÇA 445

ÖZGEÇMİŞ 457

KISALTMALAR CETVELİ

a	alt (eski, mülga) (Örneğin: aZGB, aBGB veya § a2333 gibi)
ABD	Ankara Barosu Dergisi
ABGB	Algemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya MK)
Abs.	Fıkra
Abt.	Abteilung (Bölüm)
aBVerG	Bundesverfassungsgericht (Alman Anayasa Mahkemesi)
AD	Adalet Dergisi
a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
a.g.t.	Adı geçen tez
a.g.y.	Adı geçen yer
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AppG	Appelationsgericht (İstinaf Mahkemesi)
Art.	Artikel
AS	Amtliche *Sammlung des Bundesrechts (İsviçre)*
Aufl.	Auflage
AÜEHFD	Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
b.	Bend
B.	Band
BBl	Bundes Bulletin
BD	Baro Dergisi; (…) Barosu Dergisi

bearb. Bearbeitet

BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)

BGBl Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich/ Deutschland/Schweiz (Resmi Gazete)

BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung

BGer (Schweizerisches) Bundesgericht

BGH Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)

BK 818 sayılı Borçlar Kanunu

BTHAE Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

c. Cümle

C. Cilt

CMK 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Corpus Corpus İçtihat Bankası

DEÜHFD Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Diss. Dissertation (Doktora tezi)

dn. Dip notu

E Esas

eMK Eski Medeni Kanun (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi)

erw. erweitet,

erw. Erwägung

ESK 1479 sayılı Esnaf ve Sigortalar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu (Mülga)

EÜHFD Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

f. Fıkra

FamErbRÄG Familien und Erbrechts Änderungsgesetz 2004 (Avusturya)

FamPra.ch Die Praxis Des Familienrechts

ff.	ve devamı
FF	Forum Familienrecht (Almanya)
Gen.	Genişletilmiş
Göz. Geç.	Gözden Geçirilmiş
Güncel.	Güncelleştirilmiş
HD	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	Herausgeber
HukukTürk	www.hukukturk.com (Online Karar Dergisi)
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İKİD	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜ	İstanbul Üniversitesi
K	Karar
Kazancı-MK	Kazancı İçtihat Programı (Medeni Kanunla ilgili kararlar)
Legal İH&SGHD	Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	Madde
MK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
N.	Paragraf Numarası
NJW	Neue juristische Wochenschrift (Almanya)
Nr.	Nummer, (Bend - Alman MK).
OR	BG über das Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Pra.	Praxis des Bundesgerichts (Basel 1912)

RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
SBD	Sosyal Bilimler Dergisi
SGK	5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
RG	Resmi Gazete
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSK	Sosyal Sigortalar Kurumu
StenBull	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StGB	(Schweizerisches) Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu (aynen alıntılarda)
TTK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Ü.	Üniversite(si)
überarb.	Überarbeitet
vb.	ve benzeri ve bunun gibi
vd.	ve devamı
vollst.	vollständig
Vor, Vorbem.	Vorbemerkung
vs.	ve saire
Yasa HD	Yasa Hukuk Dergisi

YD	Yargıtay Dergisi
Y.Dün.	Yargı Dünyası Dergisi
Yen.	Yenilenmiş
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
Y.	Yıl
y.y.	yayınevi yok
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Das schweizerische Zivilgesetzbuch
ZH	Zürich
Ziff.	Bend.
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
§	Paragraph

GİRİŞ

Günümüzde kanun koyucular miras sistemlerini oluştururken, üç farklı yöntemden birini seçmek durumundadır: Ya mirasbırakana tam bir tasarruf özgürlüğü tanınabilir (Roma Hukukunun ilk dönemlerindeki tasarruf özgürlüğü prensibi), ya mirasbırakana tereke üzerinde hiç bir tasarruf özgürlüğü tanınmaz ve miras tamamen yasal mirasçılara kalır (Cermen Hukukunun ilk dönemlerindeki kanuni intikal prensibi), ya da bu iki sistemin belirli bir uyum içinde bir arada yer aldığı bir düzenleme yapılabilir.

Almanya ve Avusturya gibi Türk Medeni Kanununa kaynak teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu da uyumlaştırma yöntemini benimsemiş ve tasarruf özgürlüğü sistemi ile zorunlu yasal miras hakkı (saklı pay) arasında başarılı bir şekilde göreceli bir denge kurmuştur. Bir yandan kanuni intikal prensibi (*Verfangenheitsprinzip*) ile aile birliğinin ve ailenin ekonomik geleceğinin korunması, diğer yandan tasarruf özgürlüğü ile mirasbırakana ölümünden sonraya da etkili olmak üzere hukuki işlemlerde bulunabilme imkânı sağlanmak istenmiştir. Bu düşüncenin sonucu olarak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü sınırlanmak zorundadır. Böylece mirasbırakan terekesinin ancak belli bir kısmında (tasarruf edilebilir kısmında) özgürce tasarruf edebilmektedir. Dokunulmaz olan diğer kısım (saklı pay) ise zorunlu olarak saklı paylı mirasçılara geçmektedir. Saklı pay koruması bütün mirasçılar için değil, sınırlı sayıda ve kanunun mirasbırakana ailesel yakınlık bağıyla bağlı olduğunu varsaydığı bazı yasal mirasçılar için söz konusudur.

Buna karşılık, saklı payların dokunulmazlığı da mutlak değildir. Kanunda öngörülen bazı hallerde (yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma, mirastan feragat, mirasın reddi hallerinde) miras hakkı ortadan kalkabileceği gibi, mirasçılıktan çıkarma halinde de miras hakkı ortadan kalkabilmektedir. Saklı payı ortadan kaldıran hallerden bir olan mirasçılıktan çıkarma iki türlü yapılabilmektedir. Bunlardan birisi Medeni Kanunumuzun 510 ila 512. maddelerinde (eMK m.457 vd.) düzenlenen cezai mirasçılıktan çıkarmadır (cezai ıskat). Diğeri ise 513. maddede (eMK 460) düzenlenen koruyucu mirasçılıktan çıkarmadır (ödemeden aciz sebebiyle ıskat). İncelememizin konusu, cezai mirasçılıktan çıkarma ile sınırlıdır.

Saklı pay korumasının gayesi (*ratio legis*), varsayılan yakın aile bağıdır. Cezai mirasçılıktan çıkarma kurumu sayesinde, mirasbırakana, yakın aile bağının gereklerine ay-

kırı davranan saklı paylı mirasçısını cezalandırma ve tereke dışına itebilme imkânı verilmiştir. Mirasçılıktan çıkarma yaptırımı, ancak kanunda sıkı koşullara bağlanmış bulunan sınırlı nedenlerin varlığını gerektirmektedir. Buna göre saklı paylı bir mirasçı ya mirasbırakana veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlemeli ya da mirasbırakana veya onun aile üyesi bir kimseye karşı aile hukukundan doğan yükümlerini veya yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemelidir (MK m.510, b.1ve 2).

Cezai mirasçılıktan çıkarma kurumu saklı payı ortadan kaldırmayı hedef alır. MK m.510 b.1 ve b.2 hükümlerinde aranan ağır koşullar, saklı pay ortadan kalkacağı için aranmaktadır. Zira yakın aile bağının, mirasçının basit bir takım aykırı davranışlarıyla hemen kolaylıkla ortadan kalkacağı kabul edilemez. Mirasçının aile bağına zarar veren davranışının belirli bir ağırlıkta olması gerekir. Eğer mirasbırakan her istediğinde kolaylıkla mirasçısını mirasın dışına itebilseydi, saklı pay korumasının bir anlamı kalmazdı.

Saklı paylı olmayan mirasçılar için ve saklı paylı mirasçıların saklı pay dışındaki miras payları için teknik anlamda bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna gerek yoktur. Zira mirasbırakan saklı pay dışında zaten her zaman dilediği gibi tasarruf edebilir. Bununla birlikte mirasçılıktan çıkarma, yalnızca saklı payı değil, tüm miras payını ortadan kaldırır. Zira kural olarak mirasbırakanın iradesi sadece saklı payı değil, tüm miras payını ortadan kaldırmaya yönelmiştir. Bunun içindir ki, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunan mirasbırakanın, tasarruf edilebilir kısmı ortadan kaldırmaya yönelik ayrı bir ölüme bağlı işlem yapması aranmaz. Hatta o kadar ki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda gösterilen mirasçılıktan çıkarma nedeninin geçerli olmadığı ya da tasarrufta bir çıkarma nedeninin gösterilmediği hallerde, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bütün sonuçlarıyla geçersizliğe uğramaz. Kanun koyucu geçersizliği çıkarılanın saklı payına inhisar ettirmiş ve mirasbırakanın tasarruf edilebilir kısımdaki iradesini ayakta tutmak istemiştir (MK m.512).

Geçerli bir mirasçılıktan çıkarma **nedeninin** bulunmadığı hallerde, çıkarılan mirasçıya tasarrufa itiraz etme ve tasarrufu saklı payı kapsamında geçersiz kıldırma (tenkis yoluyla iptal ettirme) hakkı tanınmıştır (MK m.512/III). Fakat şayet ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin bulunmaması, iradeyi sakatlayan hallerin varlığı, şekle aykırılık gibi durumlar söz konusu ise, bu kere çıkarma tasarrufu yalnızca saklı pay oranında değil, bütünüyle iptale tabi olacaktır (MK m.557). Keza ölüme bağlı tasarrufların kendili-

ğinden hükümsüz olduğu yokluk ve kesin hükümsüzlük vb. hallerde de mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, bir dava açmaya dahi gerek olmaksızın bütün sonuçlarıyla geçersiz sayılacaktır.

Kanun koyucu MK m.510–512 hükümlerinde "tam" cezai mirasçılıktan çıkarmayı düzenlemektedir. Bununla birlikte cezai mirasçılıktan çıkarmanın "kısmi" de olabileceği çoğunlukla kabul edilmektedir. Kısmi cezai mirasçılıktan çıkarmada mirasbırakan, çıkarılanı saklı payın bir kısmı dışında kalan tüm miras hakkından yoksun bırakmaktadır. Cezai çıkarma tam olduğunda çıkarılan, mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatını ve miras hakkını kazanamamış olur. Kısmi çıkarmada ise çıkarılan, mirasçılık sıfatını ve miras hakkını "azaltılmış olan saklı pay oranında" korumaya devam eder.

§ 1. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN MİRAS HUKUKUNDAKİ YERİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI VE HUKUKUN DİĞER ALANLARINDA UYGULANMASI

İncelemekte olduğumuz kurum, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 510–512 hükümlerinde, Türkçeleştirilen ifadesiyle, "mirasçılıktan çıkarma" şeklinde düzenlenmiştir. 743 sayılı Mülga Türk Kanunu Medenisinin 457 vd. hükümlerinde ise "mirastan ıskat" terimi kullanılmaktaydı[1]. Her iki terim arasında hukuken bir anlam farkı bulunmamaktadır[2].

"I.Sebepleri" başlıklı 510. maddenin birinci fıkrasından çıkarmanın "ölüme bağlı tasarruf şeklinde" yapılacağı ve "saklı paylı mirasçılar" için söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Birinci fıkranın birinci bendinde mirasçının "mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi"; ikinci bendinde ise "*mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi*", çıkarma nedenleri olarak sayılmıştır. İkinci bendde her ne kadar "aile hukukundan doğan yükümlülük" ifadesi kullanılmış ise de, hukuk tekniği açısından gerek aile hukukundan doğan yükümlerin gerekse yükümlülüklerin kast edilmiş olduğunda tereddüt etmemek gerekir. Yoksa kanunkoyucu burada yükümler ile yükümlülükler arasında bilinçli olarak bir ayrım yapmaktan yana tercih kullanmış değildir. Bilineceği üzere Medeni Kanunun aile hukuku bölümüne ilişkin hükümlerinin büyük çoğunluğu "yüküm" (vazife) niteliklidir.

---

1 Cezai mirasçılıktan çıkarma ifadesi için "cezai ıskat" terimi öğreti ve uygulamada kullanılmakta ve terminolojik açıdan böylece koruyucu mirasçılıktan çıkarma (aciz sebebiyle ıskat) ile ayırım ortaya konulmaktaydı. Örnek olarak bkz. Samim Gönensay/Kemalettin Birsen, **Miras Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, İÜ Yayınları, 1963, s.62 vd; Zahit İmre, **Türk Miras Hukuku**, Yen. 4. Bası, İstanbul, İÜ Yayınları, 1978, s.378 vd; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz, 1987, s.306 vd; Nuşin Ayiter/ Ahmet Kılıçoğlu, **Miras Hukuku**, Gen. 3. Bası, Ankara, Savaş, 1993, s.175; M. Kemal, Oğuzman, **Miras Hukuku**, Göz. Geç. 6.Bası, İstanbul, Filiz, 1995, s.209 vd. Cezai mirasçılıktan çıkarma için "olağan ıskat" terimini kullanan: Bülent Köprülü, **Miras Hukuku Dersleri**, Gen. Yen. 2. Bası, İstanbul, İÜ Yayını, 1985, s.281 vd.

2 Kanunda "mirasçılıktan çıkarma" terimi, hem "cezai mirasçılıktan çıkarma"yı, hem de "koruyucu mirasçılıktan çıkarma"yı ifade etmek üzere, üst kavram olarak geniş anlamda kullanıldığı gibi, dar anlamda yalnızca "cezai mirasçılıktan çıkarma"yı ifade etmek üzere de kullanılmaktadır. Buna karşılık "cezai mirasçılıktan çıkarma" (cezai ıskat) kavramına kanunda yer verilmemiştir. Öğretinin ortaya koyduğu bu kavram, kurumun niteliğini anlatmak için yerinde bir tercihtir.

Sözgelimi sadakat, bakma, anlayış gösterme, aile onurunu koruma, kişisel iletişim kurma gibi. Buna karşılık aile hukukundan doğan yükümlülükler de mevcuttur: Sözgelimi nafaka, tazminat borçları gibi. Yükümlülüklerden farklı olarak, yükümlerin yerine getirilmemesi kural olarak ifa davasına değil, kanunda öngörülen bir takım tedbirlerin alınmasına ya da sonuçların doğmasına yol açar. Sözgelimi velayetin kaldırılması veya boşanma gibi. Oysa bir yükümlülük olan nafaka borcunun ödenmemesi halinde ifa davası açılabilir.

"II. Hükümleri" başlıklı 511. maddede, geçerli bir mirasçılıktan çıkarmanın sonuçlarının ne olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, "*çıkarılan kimse, mirastan pay alamayacağı gibi; tenkis davası da açamaz*" (f.1). "*Mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi, mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına kalır*" (f.2). Mirasbırakan başka türlü bir tasarrufta bulunduğunda ise, *"çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir"* (f.3).

"III. İspat yükü" başlıklı 512. maddenin başlığı ile hükmün içeriği birbiriyle uyumsuzdur ve karışık bir şekilde kaleme alınmıştır. Maddenin içeriği, yalnızca ispat yükünü değil, aynı zamanda "şekil, itiraz, ispat yükü ve hükümsüzlük" durumlarını kapsamaktadır. Maddenin yalnızca ikinci fıkrası ispata ilişkindir: *"Mirasçılıktan çıkarılan kimse itiraz ederse, belirtilen sebebin varlığını ispat, çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına düşer"*. Buna karşılık birinci fıkrada mirasçılıktan çıkarmanın, geçerli bir çıkarma nedeni bulunmamasına dayanan ve metinde karşıt anlamıyla ifade edilmiş olan özel bir geçersizlik türü düzenlenmektedir: "*Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebini belirtmişse geçerlidir*". Bu fıkradan öncelikle çıkarma nedeninin tasarrufta gösterilmesinin zorunlu olduğu, aksi halde çıkarma tasarrufunun geçersizlik yaptırımına uğrayacağı anlaşılmaktadır. Geçersizlik ile ne kastedildiğini ise üçüncü fıkra anlatmaktadır: "*Sebebin varlığı ispat edilememiş veya çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmemişse tasarruf, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir*" (f.3, cümlenin ilk kısmı). Başka deyişle kullanılan "geçersizlik" terimine rağmen, kast olunan, geçerli bir çıkarma nedeninin

bulunmaması halinde tasarrufun "tenkis" yaptırımına maruz kalacağıdır[3]. Üçüncü fıkradaki cümlenin ikinci kısmında ise mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu tüm sonuçlarıyla ortadan kaldıran bir "iptal sebebi" öngörülmüştür: *"Ancak, mirasbırakan bu tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden yapmışsa, çıkarma geçersiz olur"*. Ekleyelim ki bu hüküm (MK m.512/III, ikinci kısım) hiç olmasaydı bile, MK m.557 vd. hükümlerinde düzenlenen genel olarak ölüme bağlı tasarrufların iptali nedenleri, mirasçılıktan çıkarma için de uygulanırdı ve uygulanmaktadır.

Hüküm başlığı, "sebepleri, hükümleri, ispat yükü" şeklindeki düzenleme yerine, "sebepleri, şekli, hükümleri ve hükümsüzlüğü" tarzında daha başarılı bir planın tercih edilmemiş olması nedeniyle eleştirilmiştir[4].

I. TARİHSEL GELİŞİM

Mirasçılıktan çıkarma kurumu, temellerini İslam Hukukundan alan Osmanlı miras sisteminde[5] mevcut değildi. Bu kurum, İsviçre'den iktibas edilen 17.2.1926 kabul tarihli mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile birlikte ilk kez Türk Hukukuna gir-

---

3 Tenkis için bkz. §5.I. Şimdilik belirtelim ki, geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin bulunmamasının yaptırımı, çıkarma tasarrufunun tüm sonuçlarıyla geçersiz kılınabilmesi değildir. Aksine, MK m.512/III gereğince, geçerli bir çıkarma nedeni bulunmuyorsa çıkarma tasarrufu saklı pay kapsamında geçersizliğe uğratılabilecektir. Çıkarılan, bu imkânı, açacağı bir dava yoluyla kullanabilecektir. Çıkarılanın açacağı bu dava, saklı payı aşkın kazandırmaların alelade tenkisi davasından teorik olarak farklıdır. Zira saklı paysızlaştırmaya yönelen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tenkis edilmesinin ön şartını, mirasçılıktan çıkarma nedeninin geçersiz olduğu yolundaki itiraz oluşturmaktadır (MK m.512/II). Bu sebeple aslında söz konusu dava ile "çıkarma tasarrufu" iptale uğramakta, fakat bu iptal, saklı pay oranı ile sınırlı olduğundan, tenkis niteliğine bürünmektedir. Eş deyişle "saklı paysızlaştırma" iptale uğramakta ve fakat iptalin sonucu tenkis niteliği taşımakta ve iptal davası değil tenkis davası hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple anılan davanın, "mirasçılıktan çıkarmanın iptaline dayanan tenkis davası" veya "mirasçılıktan çıkarmanın iptali sonucunu doğuran tenkis davası" olarak nitelenmesi daha isabetli olsa da, biz de öğretideki genel eğilimden ayrılmayarak bu davayı "tenkis davası" olarak niteleyeceğiz.

4 F. Bedîî Tongsir, **Türk Hukukunda Mirastan Iskat**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1956, s.19. Yazara göre, böylece iki kanuni unsur yani sebepler ve şekil birbirini izlemiş olurdu. Hükümsüzlük hali, yalnızca şekle özgü bir durum olmadığından bunların ayrı düzenlenmesi yerinde olurdu.

5 Türkiye'de Osmanlı Döneminde miras sisteminin kaynağını İslam hukuku oluşturmaktaydı. İslam Hukukundaki miras sistemine ilişkin temel kurallar, sanılanın aksine Mecelle'de değil, Kur'an-ı Kerim'de (2/180–182, 33/6; 4/11, 13; 4/7, 33, 176; 5/106) yer almaktadır. Fakat Sünni-Hanefi fıklı zamanla oldukça karmaşık düzenlemeler içeren kurallar geliştirmiştir. Böylece Osmanlı miras sisteminin, İslam Hukuku ile birebir örtüşmeyen kendine özgü bir sisteme dönüştüğü yönünde: Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2004, §1, N.6.

miştir[6]. 20. yüzyılda bir tarım toplumu özelliği gösteren ve geniş aile yapısının çok önemli olduğu Türkiye'de ve özellikle kırsal kesimlerde, saklı pay ve mirasçılıktan çıkarma kurumları, kültürümüzle ve sosyal yapımızla büyük oranda uyumluluk gösterdiğinden[7] bugüne kadar bir dirençle karşılaşmamıştır. Bununla birlikte, hukukumuzda ölüme bağlı tasarrufta bulunma ve özellikle mirasçılıktan çıkarma kurumlarına çok fazla müracaat edilmediği de bir gerçektir[8].

İsviçre'de mirasçılıktan çıkarma kurumunun gelişimi, mirastan yoksunluk kurumu ile birlikte izlenebilir. Mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk, İsviçre Medeni Kanunu açısından devrim niteliğinde bir yenilik sayılmazdı. Zira bu kurumlar, farklı kanton hukukları yeknesak hale getirilerek İsviçre Medeni Kanununa alınmıştı. Bazı kantonlar mirasçının miras hakkının kaldırılması bakımından gerek mirasçılıktan çıkarma gerekse mirastan yoksunluk kurumlarına yer vermekteyken, bazıları ise bu iki kurumdan yalnızca birisini benimsemişti[9]. Mirasçılıktan çıkarma kurumunun mirasbırakanı ve onun son arzularını korumakta yetersiz kaldığı noktada devreye mirastan yoksunluk kurumunun girerek boşluğu doldurması düşüncesi, her iki kurumun da kaynak İsviçre Medeni Kanununa alınmasında etkili olmuştur[10].

---

6 Tongsir, **a.g.t**, s.8; Hatemi, **a.g.e**, §1, N.9. Halk arasında "mirasçıyı red" veya "mirastan ıskat" sözleri kullanılmakta idi ise de, bunlar hukuk sistemi açısından bir şey ifade etmiyordu.

7 Buna rağmen toplumdaki erkek egemen yapı, özellikle İslam Hukukunun yozlaştırılarak uygulanması ile ortaya çıkan örfe bağlı olarak, kırsal kesimde miras paylaşımında kadınlara yönelik olumsuz bir ayrımcılığın varlığı herkesin malumudur. Bu durum, kırsal kesimde günümüzde dahi Medeni Kanunun sisteminin bütünüyle içselleştirilmediğini de ortaya koymaktadır.

8 Bu sonuç, konuyla ilgili Yargıtay kararlarının sayısının azlığından anlaşılmaktadır. Ancak toplumun zaman içerisindeki ekonomik ve kültürel gelişiminin bir sonucu olarak, son dönemde konuyla ilgili Yargıtay kararlarında bir artış olduğunu da eklemek gerekir.

9 Max Rohr, **Enterbung und Erbunwürdigkeit nach dem Rechte des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, Inaugural-Diss, Baalsdorf-Leipzig, A. Bachmann, 1914, s.1. Scwyz, Unterwalden ve Appenzell kantonlarında mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunması -örneğin mirasçı ataması- mümkün olmadığı gibi, böylelikle mirasçılıktan çıkarma da mümkün değildi. Diğer kantonlarda belirli, kanunda öngörülen nedenlerle ve ölüme bağlı tasarruf yoluyla mirasçılıktan çıkarma mümkündü. Bu kantonlarda mirasçılıktan çıkarma nedenleri farklı olabildiği gibi, bazı kantonlarda çıkarma nedenleri farklı zümredeki mirasçılara göre değişebilmekteydi. Bazılarında her mirasbırakana mirasçılıktan çıkarma hakkı verilirken, bazılarında ana, baba ve/veya üstsoy mirasçılıktan çıkarma hakkına sahipti. Bazı kantonal hukuklara göre mirasçılıktan çıkarmanın sonuçları çıkarılanın altsoyunu da etkilemekteyken, yani altsoy da mirasçı olamazken, bazı hukuklarda çıkarılan ölmüş gibi hesaplama yapılarak altsoy çıkarılanın yerini almaktaydı (**a.g.e**, s.3–4). Koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın tarihsel gelişimi açısından bkz. **a.g.e**, s.5.

10 Mirasçılıktan çıkarmadan farklı olarak, mirastan yoksunlukta bir mirasçı bazı ağır nitelikte hukuka aykırı fiilleri gerçekleştirdiğinde (örneğin mirasbırakanı öldürme, öldürmeye teşebbüs etme; mirasbırakanı bir daha ölüme bağlı tasarruf yapamaz hale getirme vb. hallerde) kendiliğinden ve

Mirasçılıktan çıkarma kurumunun tarihsel gelişimi incelenirken, bu sürece doğrudan etki eden "saklı pay" ve "tasarruf özgürlüğü" kurumlarının gelişimi üzerinde durulmadan geçilemez. Alman ve İsviçre Hukuklarında günümüzdeki modern eğilimler, mirasbırakana olabildiğince geniş bir özgürlük alanı sağlanması yönündedir. Buna rağmen Alman Hukukunda ve özellikle İsviçre Medeni Kanununda mirasbırakanın özgürlük alanı, saklı pay koruması ölçüsünde kısıtlanmıştır[11]. Bu kısıtlamanın sebepleri, kaynak İsviçre Medeni Kanununun yasalaştığı 20. yüzyıl İsviçresi'nin toplumsal yapısına ve değer yargılarına dayanır. İsviçre Medeni Kanununun yasalaşmasından önce Alman-İsviçre kantonlarında örf âdete dayanan geniş bir ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü anlayışı vardı. Fakat bu şekildeki tam bir tasarruf özgürlüğü anlayışı kanuna ithal edilemezdi. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, kantonların hepsinde tasarruf özgürlüğü düşüncesi kabul edilmiş değildi. Kantonlardaki farklı düzenlemelerin yeknesaklaştırılması zorunluydu[12].

Mirasçılar ve saklı paylı mirasçılar belirlenirken ailede kıskançlık ve husumete neden olacak bir düzenlemeden kaçınılmalıydı. Bir yandan bütün hayatı boyunca çalışarak malvarlığı elde etmiş bir kimsenin son arzularına onun yakınlarının saygı göstermesi gerekliliği, diğer yandan yakın aile bağına riayet eden çok yakın hısımları koruma ve mirasbırakanın kötü niyetli tasarruflarını engelleme düşüncesi dikkate alınmak zorundaydı. Sonuçta, geniş bir ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü yolunda kanuni düzenleme yapılamazdı. Böylece İsviçre kanun koyucusu, saklı pay ve tasarruf özgürlüğü arasında göreceli bir denge oluşturmayı başardı ve günümüzde de yürürlüğünü koruyan miras sistemi ortaya çıktı[13].

Göreceli denge sisteminde saklı paylı mirasçılara tanınan bu koruma mutlak değildi. Saklı pay korumasına layık olmayan mirasçılar, daha fazla terekeden yararlandırılmamalıydı. Böylece İsviçre kanun koyucusu çağına göre modern bir düzenlemeye imza atarak gerek mirasçılıktan çıkarma gerekse mirastan yoksunluk kurumlarını bir-

---

mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmasına gerek olmaksızın miras hakkını yitirmektedir. Mirastan yoksunluk bakımından da kantonlarda farklı düzenlemeler bulunmaktaydı. Bu konuda bkz. Rohr, **a.g.e**, s.5–6.

11 Bkz. §1.III.A.1.

12 Rohr, **a.g.e**, s.14.

13 Rohr, **a.g.e**, s.15–16.

birinin tamamlayıcısı olarak düzenledi. Her iki kurumun gerektirdiği yaptırımın nedenleri ve sonuçları kanunda düzenlenirken, kantonal hukuklardaki mevcut düzenlemeler uyumlaştırıldı ve böylece yeknesaklık sağlandı. Kanun koyucu mirasçılıktan çıkarma nedenlerini, yoksunluğa nispeten geniş kapsamlı olarak düzenlerken, mirasbırakanın iradesinin dışında kalan mirastan yoksunluk kurumunun nedenleri bakımından, "mirasbırakanın arzusuna uygun olacağı varsayılan" nedenlere kanunda yer vermiş ve bu nedenleri tam olarak ifade etmek suretiyle genişletici yorumların önünü kapamak istemiştir[14].

1906 yılında yasalaşan İsviçre Medeni Kanunu, günümüze dek mirasçılıktan çıkarma kurumunu istisnai ve açıklayıcı bir değişiklik dışında aynen korumuştur[15]. Türk Hukukunda mirasçılıktan çıkarma kurumu, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Medeni Kanununda da Türkçeleştirme ve küçük bir değişiklik dışında aynen korunmuştur[16].

II. TANIMI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ

Cezai mirasçılıktan çıkarma kavramı hakkında yapılan tanımları iki grupta ele almak mümkündür[17]. Birinci grup tanımlarda saklı paylı bir mirasçının "miras dışında bırakılması" ya da "miras hakkının ortadan kalkması" noktasından hareket edilmektedir[18].

---

14 Rohr, **a.g.e**, s.7.

15 İstisnai değişiklik, bizdeki MK m.510, b.1 hükmünü karşılayan ZGB 477, Abs.1, Ziff.1'de 26.6.1998 tarihli kanunla yapılmıştır (BBl **1996** I 1). Değişiklikle "***Verbrechen***" terimi yerine "***Straftat***" terimi kullanılmıştır. Konuyla ilgili olarak bkz ileride §2.II.A.1.b.

16 Yeni Medeni Kanunda, MK m.510, b.1'de yer alan "cürüm" sözcüğü, "suç" olarak değiştirilmişse de, anlam farklılığı bulunmamaktadır. Ancak miras hesaplamasında uygulamada Yargıtay'ın yanlış yorumu nedeniyle ortaya çıkan durumu düzeltmek amacıyla, İsviçre Medeni Kanunundan farklı olarak, yeni Medeni Kanunumuzun 511/II hükmünde daha açıklayıcı bir ifade tercih edilmiştir. Esasen bu değişiklik, İsviçre'den farklı bir düzenleme öngörmemekte, aksine Yargıtay'ın yol açtığı farklı uygulamayı önleme amacı gütmektedir. eMK m.458, c.2'de yer alan düzenlemeyi karşılayan yeni MK m.511/II hükmündeki değişiklikle ilgili olarak bkz ileride §6.1.A.1. Bu değişikliğin olumlu olduğu önünde: Rona Serozan, "Yeni Medeni Kanun'un Miras Hukuku Alanındaki Yeniliklerinin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul, Vedat, 2004, s.564.

17 Söz konusu ayrımı ortaya koyan: Tongsir, **a.g.t**, s.10.

18 Gönensay/Birsen'e göre: "Miras hakkından iskat, bir şahsın mahfuz hisseli bir mirasçısını ölüme bağlı bir tasarrufla mirasından hariç bırakmasıdır" (**a.g.e**, s.60).
İnan/Ertaş/Albaş'a göre mirasçılıktan çıkarma, "bir kişinin yasada sınırlı olarak belirtilen sebeplerin varlığı halinde, saklı pay sahibi mirasçısını ölüme bağlı bir tasarruf ile mirastan hariç bırakma hak ve yetkisidir". (Ali Naim İnan/ Şeref Ertaş/ Hakan Albaş, **Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku,** Geniş. Güncel. 7. Bası, Ankara, Seçkin, 2008, s.371).

Bu tanımlar, kısmi mirasçılıktan çıkarmaya yer vermediği ve saklı paylı olmayan mirasçıların miras dışında bırakılmalarından (alelade mirastan uzaklaştırmadan) ayırt edilmediği için haklı olarak eleştirilmiştir[19]. İkinci grup tanımlamalarda ise "saklı payın ortadan kaldırılması" düşüncesinden hareket edilmektedir[20].

Aslında her iki tanımlama çalışmalarında da varılan sonuç aynıdır: Saklı payı ortadan kaldırmayı hedef alan mirasçılıktan çıkarmanın tam olması durumunda kanun, çıkarılanın saklı pay dışında kalan miras payından da yoksun bırakılmasına yönelik mirasbırakanın varsayılan (farazi) iradesine değer atfetmektedir. Böylece kanunda

---

Oğuzman'a göre, "mahfuz hissenin temelini teşkil eden aile dayanışması fikrinin ağır şekilde zedelendiği hallerde, mahfuz hisseli mirasçıyı mirastan uzaklaştırma imkanı mirasbırakana tanınmıştır. Mirasbırakanın tek taraflı irade beyanı ile kullanabileceği bu imkan, mirastan ıskat olarak adlandırılmaktadır" (**a.g.e**, s.209).

19 Eleştirenler: A. Rıza Çubukgil, "Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri", **AÜHFD**, C.7, S.3–4, Ankara, 1950, s.442; Tongsir, **a.g.t**, s.10.

20 Çubukgil'e göre: "Mirastan ıskat müteveffanın, kanunun ıskat hakkında kabul ettiği sebeplerden birine müsteniden yapmış olduğu ölüme bağlı bir tasarrufu ile mahfuz hisseli mirasçısının mahfuz hissesini tenkis veya büsbütün ortadan kaldıran tek taraflı hukuki bir muamelesidir". (**Iskatın Sebepleri**, s.443). (Bu tanımda kısmi mirasçılıktan çıkarmaya yer verilmemiştir).
Tongsir' e göre: "Mirastan iskat, murisin, mahfuz hisseli bir mirasçısının mahfuz hissesini, kanunen muayyen sebeplerden birinin mevcudiyeti halinde, gerekli şekil ve şartlara uyarak, ölüme bağlı bir tasarrufla tamamen veya kısmen nez etmesidir". (**a.g.t**, s.11). Aynı tanımlamayı yapmakla birlikte kısmi mirasçılıktan çıkarmaya tanımda yer vermeyen: Tahir Çağa, **Türk – İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti**, İstanbul, y.y, 1950, s.85.
Köprülü'ye göre: Medeni Kanunumuz mirasçılıktan çıkarma kurumuna yer vermekle "(…) mirasbırakana, öngördüğü koşulların gerçekleşmesi durumunda, tek taraflı bir irade açıklamasıyla, saklı paylı mirasçılarının miras haklarını, saklı paylarını da kapsamak üzere kaldırmak ve sonuç olarak da, mirasçılıktan çıkarmak olanağını tanımıştır" (**a.g.e**, s.280). Bu tanımda kısmi mirasçılıktan çıkarma yer almamaktadır.
Bellwald'e göre: "Mirasçılıktan çıkarma, yasal mirasçılıktan çıkarma nedenlerinden birinin varlığı halinde, mirasbırakan tarafından bir mirasçının ölüme bağlı tasarruf yoluyla tamamen ya da kısmen saklı payının kaldırılmasıdır". (Friedrich Bellwald, **Die Enterbung im schweizerischen Recht**, Diss, Zürich, W Schneider, 1980, s.7–8). Başarılı bir tanım olmakla birlikte, bu tanımda mirasçılıktan çıkarmanın tam olması halinde sadece saklı payın değil, tüm miras payının ortadan kalkacağı ve mirasçılığın sona ereceği vurgusu eksiktir.
Serozan'a göre mirasçılıktan çıkarma, "saklı paylı yasal mirasçının bu payını yasada belirtilmiş özel çıkarma nedenlerine dayalı (gerekçeli) olarak tümüyle ya da bir bölümüyle ortadan kaldıran tek yanlı olumsuz nitelikte bir ölüme bağlı tasarruftur" (Rona Serozan/Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Gen. 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008, §4, N.183).
Baydar'a göre, "mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın saklı pay sahibi bir mirasçısının saklı payını, kanunda sınırlı sayıda belirtilen çıkarma sebeplerine dayanarak, ölüme bağlı bir tasarrufla ve gerekli şekil şartlarına da uymak suretiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırmasıdır" (Utku Baydar, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s.8).
Ayan'a göre, "cezalandırma amacıyla mirasçılıktan çıkarma (cezai ıskat), mirasbırakanın kanunla sınırlı şekilde öngördüğü davranışlardan birini kusurlu olarak gerçekleştiren kanuni mirasçının saklı payını yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla tamamen veya kısmen ortadan kaldırmasıdır" (Mehmet Ayan, **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Konya, Mimoza, 2007, s.146).

aranan ağır koşullar yalnızca saklı payın kaldırılması bakımından aranmakta, fakat tam mirasçılıktan çıkarmada yalnızca saklı pay değil, varsayılan irade gereğince, tüm miras payı ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık mirasçılıktan çıkarma kısmi olduğunda, saklı paylı mirasçı miras payının tasarruf edilenilir kısmından ve ayrıca saklı payının da bir kısmından mahrum bırakılmaktadır. Mirasçılıktan çıkarmanın saklı paya ve tasarruf edilebilir kısıma olan etkisi dikkate alındığında, mirasçılıktan çıkarmanın aslında iki ayrı bileşenden oluşan bir bütün olduğu görülecektir.

Bu bileşik yapıyı ortaya koymak adına şöyle bir tanımlama yapılabilir: Mirasçılıktan çıkarma, kanunda sayılan nedenlerden birinin varlığı halinde, mirasbırakanın tek taraflı iradesiyle ve ölüme bağlı tasarruf yoluyla, saklı paylı bir mirasçının saklı payını da kapsayacak bir şekilde miras payının tamamen ortadan kaldırılması ya da miras payının azaltılmış saklı pay dışında kalan kısmının ortadan kaldırılmasıdır.

O halde cezai mirasçılıktan çıkarmanın özelliklerini şöyle saptayabiliriz: Mirasçılıktan çıkarılan kişinin saklı paylı mirasçı olması gerekir. Mirasçılıktan çıkarma, "kanuni sebeplere bağlı" bir ölüme bağlı tasarruftur. Ancak kanunda sayılan nedenlerle (MK m.510) mirasçılıktan çıkarma mümkündür. Mirasçılıktan çıkarmanın saklı pay korumasına getirilen bir istisnai kurum niteliğine sahip olması, kanunda mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin sınırlı sayıda düzenlenmesine sebep olmuştur[21]. Aynı gerekçeyle, kıyas yoluyla yeni çıkarma nedenlerinin ortaya çıkarılması da mümkün değildir. Mirasbırakan saklı payı tamamen veya kısmen kaldırma iradesiyle hareket etmiş olmalıdır. Eğer irade saklı payın kaldırılmasına yönelmemişse, ortada teknik anlamda bir mirasçılıktan çıkarma söz konusu değildir[22]. Mirasçılıktan çıkarma hak ve yetkisi yalnızca mirasbırakana tanınmıştır. Başka deyişle bütün ölüme bağlı tasarruflarda geçerli olduğu üzere mirasçılıktan çıkarmada da temsil yasaktır. Mirasçılıktan çıkarma,

---

21 Tongsir, **a.g.t**, s.13; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.373; Baydar, **a.g.t**, s.12. *Baydar*, çıkarma nedenlerinin mümkün olduğu kadar dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır (**a.g.t**, s.12). Biz, mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin saklı pay ve mirasçılıktan çıkarma kurumlarının *ratio legis*'i dikkate alınmak suretiyle yorumlanması gerektiği kanısındayız. Başka deyişle aile bağına layık olmadığını gösteren mirasçıyı, dar yorum yöntemi ile daha fazla korumaya gerek olmadığı gibi, geniş yorum yöntemi ile dokunulmaz nitelikteki saklı pay hakkını, kanunun amaçlamadığı bir şekilde her durumda ortadan kaldırmak da isabetli olmaz. Bununla birlikte özellikle MK m.510/b.2 hükmünde yer alan çıkarma nedeninin, oldukça esnek karakterli ve geniş takdir yetkisi bırakan bir düzenleme olduğunu belirtelim.

22 Tongsir, **a.g.t**, s.12; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.306; Baydar, **a.g.t**, s.11.

mutlaka şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılmalıdır. Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın tek taraflı irade beyanına dayanan zorunlu tek taraflı[23], maddi anlamda ve olumsuz nitelikli[24] (herhangi bir kazandırma içermeyen, aksine mirasçılığı engelleyen) bir ölüme bağlı tasarruftur.

Mirasçılıktan yalnızca saklı paylı mirasçılar çıkarılabildiğine göre, çıkarma kurumunun saklı pay kurumu ile yakın bir ilişkisi vardır. Cezai mirasçılıktan çıkarma, aile bağının ağır şekilde zedelendiği hallerde[25] söz konusu olur (*ratio legis*). Yasal koşulları gerçekleştiği halde, mirasbırakan mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyip düzenlememekte özgürdür. Keza mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyen mirasbırakan, çıkarılan mirasçının miras payı üzerinde başkaları lehine tasarrufta bulunup bulunmamak konusunda da özgürdür. Cezai mirasçılıktan çıkarma, bir "yaptırım", "özel bir ceza" veya "Medeni Hukuk cezası" olarak nitelendirilmektedir[26]. Cezai çıkarma yalnızca saklı pay hakkının kaybına yol açan maddi bir yaptırım değil, aynı zamanda çıkarılan mirasçı için manevi (psikolojik, hatta bir bakıma onur kırıcılık özelliği taşyabilecek) bir yaptırımdır. Cezai mirasçılıktan çıkarma nispidir (kişiseldir). Bir saklı paylı mirasçının mirasçılıktan çıkarılması, onun altsoyunun mirastan veya saklı pay hakkından yararlanmasını engellemez. Mirasçılıktan çıkarma sonucunda mirasbırakan, başkaca saklı paylı mirasçılar bulunmasına rağmen, terekesi üzerinde daha geniş bir tasarruf imkânına kavuşur.

---

23 Miras sözleşmesinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, geçerlilik koşulları bakımından yine zorunlu tek taraflı bir tasarruf olduğu, buna karşılık çıkarılan pay üzerinde kazandırmada bulunmanın, kural olarak, miras sözleşmesinin iki taraflı içeiğne dâhil olabileceği düşüncesindeyiz. Bu konu ve görüşler hakkında bkz. §4.II.B.1 ve 2.

24 Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.183; O. Gökhan Antalya, **Miras Hukuku**, İstanbul, 2. Bası, Vedat, 2009, s.214; Baydar, **a.g.t**, s.8. Farklı bir değerlendirme için bkz ve karş. Paul Piotet, : **Schweizerisches Privatrecht, B.IV– Erbrecht, 1. Halbband,** 1. Auflage, Basel und Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn, 1978, s.414.

25 Aynı yönde Oğuzman, **a.g.e**, s.209. Ayrıca belirtelim ki, mirasçılıktan çıkarma, *de lege lata* olarak aile bağının derinden sarsılması ya da kopması (*Zerrüttungsprinzip*) dışında, kanunda açıkça ifade edilmiş olmasa da, cezalandırma amacı gereğince bir yönüyle de kusurluluk esasına (*Verschuldensprinzip*) dayanmaktadır.

26 Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.443; Köprülü, **a.g.e**, s.281; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.306; Oğuzman, **a.g.e**, s.210; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.371; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.186.

III. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN MİRAS SİSTEMİNDEKİ YERİ ve İŞLEVİ

İsviçre ve Türk miras sistemleri saklı pay ile tasarruf özgürlüğünün bir arada bulunduğu karma ya da göreceli bir denge sistemi niteliği taşımaktadır[27]. Bu göreceli denge sistemine rağmen yine de kanun koyucunun yasal mirasçılığı mı, yoksa tasarruf özgürlüğünü mü esas aldığı konusu gündemdeki yerini korumuştur[28]. Bir görüşe göre[29],

---

27 Saklı pay kurumunu benimseyen kanun koyucu, ne Roma Hukukunun mirasbırakana mutlak serbestlik tanıyan sistemini, ne de Cermen Hukukunun ilk devirlerinde benimsenen mutlak kan bağı esasına dayanan ve tasarruf özgürlüğünü dışlayan sistemini kabul etmiştir. Her iki sistemin avantajları ve dezavantajları hakkında bkz. Çağa, **a.g.e**, s.2. Roma Hukuku ve Cermen Hukuku, bütün devirlerinde saf haliyle uygulanmamış, zamanla ortalama bir çözüm bu sistemlerde de benimsenmiştir (**a.g.e**, s.3 ve dn.9'da anılanlar).
Alman Hukukunda saklı pay sisteminin ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü ile Aile Hukuku arasında bir denge kurduğu ve fakat yakın zamanda saklı pay ve tasarruf özgürlüğü karşıtlaşması yoğun şekilde tartışma konusu olduğu ve saklı paydan yana tavır sergileyen hâkim öğreti, yargı uygulamasına ve Saklı payı muhafaza etme yönünde karar veren Alman Anayasa mahkemesi kararına rağmen, daha ziyade hukuk politikası üzerinde değişiklik yönünde baskı oluştuğu yönünde: Stephanie Herzog, „Die Pflichtteilsentziehung im Lichte der neueren Rechtssprechung von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht", **FF** 2006/3, s.86.

28 Bu tartışma, "tavuk mu yumurtadan çıkar yoksa yumurta mı tavuktan çıkar" atasözündeki duruma benzetilmiştir: Jean Nicolas Druey, **Grundriss Des Erbrechts**, 5. Aufl., Bern, Stämpfli, 2002, §6, N.16.

29 Çağa, **a.g.e**, s.54, 61, 63 ve ayrıca bkz. s.52'de anılan yazarlar; Mustafa Dural/Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku**, **C.IV**, **Miras Hukuku**, Yen. 3. Bası, İstanbul, Filiz, 2006, s.7. *Çağa*, miras sistemimizin *sui generis* karma bir rejim olduğunu kabul etmekle birlikte, kanundaki asıl prensibin tasarruf özgürlüğü olduğu kanısındadır (**a.g.e**, s.64). Çünkü İsviçre Medeni Kanunu önceki tasarılarında mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü (tasarruf oranı) saptanmakta ve kalan kısmın mutlaka mirasçılara intikal edeceği kabul edilmekte iken, 1904 tarihli Tasarıda ve Kanunda esas alınan formül, saklı paylı mirasçıların saklı pay oranlarının belirlenmesi ve kalan kısmın tasarruf oranında yer alacağının kabul edilmesi olmuştur. Bu durum, saklı payın istisna olduğunun göstergesidir. Kantonal hukuktaki tarihi gelişim sürecine bakıldığında, kantonlar arasında bir birlik bulunmadığı, buna rağmen gittikçe tasarruf özgürlüğüne ağırlık veren bir sürecin yaşandığı konusunda bkz. Çağa, **a.g.e**, s.56.
Cermen hukukunun aileyi koruyucu anlayışının tarihsel gelişim sürecinde yumuşaması ve tasarruf özgürlüğünün sisteme zaman içerisinde alınması gerçekleri karşısında tasarruf özgürlüğü aleyhine bir tavır sergilemek, tarihsel gelişime de uygun olmayacaktır. Öte yandan liberal ekonomik hareketler sonucunda bireysel mülkiyet anlayışının gelişimi, mülkiyet hakkı sahibinin özgürce hareket etmesi anlayışının miras hukukunda da sonuç doğurmasını zorunlu kılar. Cermen hukukunun "aileye bağlı mülkiyet" ya da "aile mülkiyeti" anlayışı gereğince mallar aileye ait kabul ediliyordu. Oysa bireysel mülkiyetin ortaya çıkması ile aile mülkiyeti anlayışı terk edilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu da bireysel mülkiyet anlayışının ortaya çıktığı dönemde yasalaşmış ve bireysel mülkiyet anlayışını bünyesine almıştır. Malikin sağlığında istisnalar saklı kalmak üzere dilediği gibi tasarruflarda bulunabilmesi, Medeni Kanunda özgürlük prensibinin kural olması da miras hukukunda tasarruf özgürlüğünün prensip olduğunu gösterir: Çağa, **a.g.e**, s.56–59.
Nitekim saklı paylı mirasçıların tereke mallarından aynen yararlanma hakları, kanuni intikal prensibinin gerek miras gerekse aynî hak hükümleri dolayısıyla, Cermen Hukukunun aksine olarak, önemli ölçüde sınırlandırmaya uğramaktadır. Çoğu kere mirasçılar belirli bir eşya yerine para ile yetinmek zorunda kalmaktadırlar. Mirasbırakanın paylaştırma kuralı koyabilmesi, bu konuda mirasbırakana sınırsız bir imkân bahşetmektedir. Bu yönüyle İsviçre ve Türk Medeni Kanunları, saklı payın bir alacak hakkı

bireysel mülkiyet anlayışının miras hukukundaki uzantısı olarak, kanun koyucu İsviçre Medeni Kanununda tasarruf özgürlüğü prensibini esas almıştır[30]. 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanununda, saklı pay oranlarında azaltılmaya gidilmesi, yeni Medeni Kanunun tasarruf özgürlüğünü esas aldığı şeklinde yorumlanmıştır[31]. Karşı yöndeki çoğunluk görüşüne göre[32], Türk ve İsviçre Medeni Kanunları miras sistemindeki dengelemede, kural olarak kanuni intikal prensibini (*Verfangenheitsprinzip*) esas almıştır. Buna göre kanuni intikal asıl, ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü ise istisnadır[33].

---

olduğu ve mirasbırakanın mirasçılarını dilediği gibi belirlediği Roma Hukuku izlerini taşıyan Alman Hukuk sistemine yaklaşmıştır: Çağa, **a.g.e**, s.63.

30 Yasal mirasçıların sayısının ve kural olarak miras oranlarının azaltılarak çok dar bir çevre için (altsoy, ana, baba, eş) saklı pay koruması (zorunlu intikal) öngörülmesi ve bunlar dışında kalan yasal mirasçılara miras bırakma zorunluluğunun olmaması da tasarruf özgürlüğünün prensip olduğu görüşünün diğer bir gerekçesidir: Çağa, **a.g.e**, s.60. Diğer gerekçeler için bkz. **a.g.e**, s.60 vd. Yazar, yasal zümre sisteminin aslında Türkiye'de tam hazmedilemediğini, örneğin altsoy varken ana-babanın miras dışına itilmesinin bünyeye uygun olmadığını, ama bu sakıncaların tasarruf özgürlüğü prensibine ağırlık verilmesiyle giderilebileceğini savunur (**a.g.e**, s.62–63).

31 Dural/Öz, **Miras**, s.7; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.16. *Dural/Öz*, saklı payı düzenleyen 506'ncı maddenin gerekçesinde, tasarruf özgürlüğünü artırmaya yönelik eğilimlerin göz önüne alındığından söz edilmesini (www.tbmm.gov.tr) ve MK m.514/II hükmünün "*Mirasbırakanın üzerinde tasarruf etmediği kısım yasal mirasçılara kalır*" şeklinde düzenlenmesini dayanak noktası olarak göstermektedirler. Öte yandan saklı paylı mirasçıların sayısının az olması da, tasarruf özgürlüğünün asıl olduğunu gösterir. Saklı pay tasarruf özgürlüğünü hiçbir zaman kaldırmamakta, aksine kısıtlamaktadır. Kaldı ki saklı payı aşan kazandırmanın kendiliğinden hükümsüz olmayıp, ancak talep halinde tenkise uğraması da asıl olanın tasarruf özgürlüğü olduğunu gösterir.

32 Peter Tuor, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, Das Erbrecht, 1. Abt., Die Erben, 2. Aufl., Bern 1964, **Vorbem. Art.457**, N.4–5; Arnold Escher, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben (Art.457-536), 3. Aufl., Zürich, 1959, **Vorbem. Art.457**, N.2; Fikret Eren, **Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1973, s.8; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.40; Gubser, **a.g.e**, s.1; Hatemi, **a.g.e**, §1, N.3; İmre/Erman, **a.g.e**, s.5; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Miras Hukuku**, Gen. 2. Bası, Ankara, Turhan, 2007, s.11, 185; Ayan, **a.g.e**, s.136; Antalya, **Miras**, s.9.

33 Bu görüşün ilk gerekçesi, Medeni Kanunun miras kitabının yasal mirasçılarla başlamakta olması ve tasarruf özgürlüğü kısmının ise daha sonra gelmekte olmasıdır (Tuor, **Vorbem. Art.457**, N.5). Bu gerekçenin eleştirisi için bkz. Çağa, **a.g.e**, s.53 vd. (Yazar, Alman Medeni Kanununda tasarruf özgürlüğü ve iradi mirasçılık esas alınmasına rağmen; miras kitabının başında yine yasal mirasçılığın yer aldığını ve bunun bir gerekçe olamayacağını belirtir. Bkz. BGB §1922 vd). İkinci gerekçe olarak, 20. yüzyılın başlarında yasalaşan İsviçre Medeni Kanunu, bu dönemin sosyal, ekonomik ve ailesel ilişkilerine ait izleri taşımakta ve miras sistemi de bu nedenle aileyi esas almaktadır. O dönemin aile yapısını, ortak emek gücüne dayanan işlerle uğraşan ya da birlikte tarım yapan aile üyeleri oluşturmaktaydı. Aile, farklı kuşakların bir arada yaşadığı ve sayıca fazla akrabalardan oluşmaktaydı (geniş aile). Bu ekonomik yapı, ailenin üretim maddelerinin bir aile üyesi tarafından bireysel yaşamını sürdürmek üzere özgürce kullanılmasını engelliyor; bir yandan ölüme bağlı tasarruf özgürlüğüne, diğer yandan mirasçılıktan çıkarma olanaklarına büyük sınırlamalar getiriyordu (Gubser, **a.g.e**, s.2). Aileye üstünlük tanıyan bu anlayışın, Anayasadan kaynaklandığı da ileri sürülen gerekçeler arasındadır. Anayasaya göre, "*Aile, Türk toplumunun temelidir (...). Devlet, ailenin huzur ve refahını (...) sağlamak için gerekli tedbirleri alır (...)*" (AY m.41). "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. / Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir*" (AY m.35, f.1 ve 2). Bu bakış açısına göre, ölenin malvarlığının aile üyelerine geçmemesinden aile zarar görür. Ailenin toplumun temeli olmasının bir sonucu olarak, "aile

Kanımızca, saklı pay ile tasarruf özgürlüğü arasında göreceli bir denge oluşturan[34] ve **karma bir rejim** öngören İsviçre ve Türk miras sisteminin hangi esası kabul ettiği tartışması genelleyici bir yaklaşımla ele alınamaz[35]. Şu halde öncelikle terekenin dokunulmaz kısmı (saklı pay) ile tasarruf edilebilir kısım arasında bir ayrıma gidilmeli ve bu ayrımın sebebi düşünülerek yorum yapılmalıdır. Son yıllarda, tasarruf özgürlüğünün genişletilmesine yönelik eleştiriler doğrultusunda, kanunda kural olarak saklı pay oranlarında ve saklı paylı mirasçılarda azaltma yoluna gidilmesi, kanun koyucunun göreceli dengelemedeki tasarruf özgürlüğünün ağırlığını artırdığını göstermektedir. Ancak bu durum, *de lege lata* anlamda tüm miras sistemini etkileyen bir şekilde miras hukukumuzda tasarruf özgürlüğünün mutlak dayanak kabul edileceği anlamına gelmez[36]. Özellikle boşluk doldurma ve yorumda tasarruf özgürlüğünün her alanda mutlak anlamda uygulanacağının kabul edilmesi, *ratio legis* ile bağdaşmaz. Her bir konu için zorunlu yasal miras payı (saklı pay) ve tasarruf özgürlüğü arasında hangisinin korunacağı hususu, ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca varılabilir[37].

İncelemekte olduğumuz konu cezai mirasçılıktan çıkarmadır ve cezai çıkarma saklı payı ortadan kaldırmayı hedef alan bir kurumdur. O halde saklı pay ve mirasçılıktan çıkarma kurumlarının amacı dikkate alınmak gerekir. Aşağıda detaylarıyla açıklayacağımız üzere saklı paylı mirasçılar bakımından kanun koyucunun aileyi koruma dü-

---

içinde kazanılan servetin kural olarak yine aile içinde kalması doğaldır. Böylece aile üyeleri için ekonomik bir güvence yaratılmış olur (Hatemi, **a.g.e**, §1, N.3). Bu görüşün gerekçeleri konusunda detaylı bilgi için ayrıca bkz. Eren, **Tenkis**, s.8–17.

34 Çağa, **a.g.e**, s.54; Weimar, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Band III – Das Erbrecht, 1. Abt: Die Erben, Teilband 1, vollst. neu bearb, Bern, Stämpfli, 2000, **Vorbem. Art.470**, N.2–6; Kılıçoğlu, **Miras**, s.185, dn.155.

35 Zira örneğin mirasbırakanın amcası bakımından prensibin tasarruf özgürlüğü olduğu açıktır. Altsoyun saklı payı dışında kalan kısımda da prensip tasarruf özgürlüğüdür. Buna karşılık kanun koyucu saklı pay bakımından açıkça mirasçıları korumakta ve terekenin saklı paylar toplamı oranındaki kısmının mutlaka yakın aile üyesi olan bazı mirasçılara geçirilmesini öngörmektedir. Mirasçılar arasında kendilerine zorunlu olarak intikal yapılacak kimseler ile böyle bir zorunluluğu olmadığı kimseler ayırt edilirken de ailesel yakınlık (altsoy, ana-baba, eş) ön plandadır. Fakat bu kimselerin saklı payları dışındaki tasarruf edilebilir kısımda aileyi ya da yasal mirasçıyı koruyucu aynı tavır söz konusu değildir. Demek ki, bütüncül bir yorumla sağlıklı bir sonuca varılması imkânsızdır.

36 Karşı görüşte Dural/Öz, **Miras**, s.7.

37 Oğuzman, **a.g.e**, s.9. Yazara göre, "Bu fikirlerden hangisinin yerinde olduğunu söylemek zordur. Belki de, Medeni Kanunun aileyi himaye temayülü ile irade serbestisini mezcetmiş, bazı bakımlardan birisine bazı bakımlardan diğerine üstünlük tanımış olduğunu söylemek doğru olur. **Mühim olan, muayyen bir meselede kanunun hangi esasa üstünlük tanıdığını tayindir**". Karşı görüşte Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.62. Yazarlara göre, iradi mirasçılık ile yasal mirasçılık arasındaki çatışmada tutulacak yan, mirasçılıktan çıkarma da da etkili olur.

şüncesiyle hareket ettiği ve aileyi esas aldığı görülmektedir[38]. Başka deyişle zorunlu yasal miras hakkı (saklı pay), sınırlı sayıdaki yakın aile üyelerinden oluşan mirasçıların hakkıdır[39]. Onun içindir ki saklı payın ortadan kaldırılmasının sebebini, yakın aile bağlarına zarar veren davranışlar (MK m.510/b.1 ve 2) oluşturmakta ve her türlü davranış değil, kusurlu ve ağır olan davranışlar çıkarma nedeni kabul edilmektedir. Yine aynı gerekçeyle mirasçılıktan çıkarma kurumunun "**doğrudan** tasarruf özgürlüğünü genişleten bir araç" olarak görülmesini, *de lege lata* kabul edilemez olarak görmekteyiz. Mirasçılıktan çıkarma kurumu, saklı paylı mirasçı için bir yaptırımdır ve bu yaptırımın sonucunda **dolaylı olarak** tasarruf özgürlüğü genişleyebilmektedir. Ancak bu genişleme mutlak değildir[40].

A. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA İLE SAKLI PAY ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yukarıda da bahsedildiği üzere saklı pay, kanuni intikal prensibi ile tasarruf özgürlüğü prensibinin uyumlaştırılmasının bir ürünü olarak ortaya çıkan ortalama bir çözüm aracı olmuştur. Bir yandan mirasbırakanın malvarlığı üzerinde ölümünden sonraya etkili olmak üzere tasarruf etmesine olanak tanınmışken, diğer yandan bazı yakın yasal mirasçılara miras haklarının bir kısmı için dokunulmaz bir pay ayrılmıştır. Mirasbırakanın iradesi hilafına bile olsa, saklı pay, kanunda öngörülen mirasçılara geçmektedir[41].

---

38 Saklı paylı mirasçıların tayini bir hukuk politikası sorunudur: Weimar, **Vorbem. Art.470**, N.2–6.

39 Aynı yönde: Kılıçoğlu, **Miras**, s.186. Yazara göre, Türk ve İsviçre Hukukları bakımından kanun koyucu, saklı paylı mirasçıları belirlerken kan bağı, evlilik bağı ve evlatlık bağını esas almıştır. Kanımızca "hukuk politikası", yakın aile üyelerini korumaktır.

40 Hatta Medeni Kanuna göre, çıkarılan mirasçının saklı paylı altsoyu varsa, o kendi saklı payını isteyebilir (MK m.511/II). Bu hüküm, kanunun hala bir denge çabasını ısrarla sürdürdüğünün kanıtıdır. Zira çıkarılanın saklı payı ile çıkarılanın altsoyunun saklı payı aynı ise, tasarruf özgürlüğünün -üstelik de dolaylı olan- genişlemesi ortadan kalkmış olmaktadır. Ayrıca hatırlatalım ki, saklı payın kısıtlanmasına yönelik eğilimlere rağmen, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda (m.506) eşin saklı pay oranlarında azaltmaya gidilmemesi, tasarruf özgürlüğü aleyhine ve eşi (yani yakın aile üyesi olan bir yasal mirasçıyı) koruyucu bir amacı ortaya koyar.

41 Çağa, **a.g.e**, s.3; Weimar, **Vorbem. Art.470**, N.1; Peter Tuor/Bernhard Schnyder in Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 12. Aufl., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2002, s.580; Kılıçoğlu, **Miras**, s.185. "*Bu mahfuz hisselere, dokunulması mümkün olmamakla birlikte, Medeni Kanunumuz, kanunda açık olarak gösterilen bazı durumlarda, bunların kaldırılabileceğini de kabul etmekte olup, ıskat da bu hallerden birisi olarak* ***çatışan hakları dengeleyen bir müessese*** *olarak kanunda yerini almıştır*": HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687).

Saklı pay, kapsamı daraltılmış bir miras hakkıdır[42]. Kapsamın daraltılması, ilk olarak hakkın tanındığı kişiler bakımından kendisini gösterir. Saklı pay koruması, ancak yakın yasal mirasçılar (altsoy, ana, baba ve eş) için söz konusudur. Kapsamın daraltılması ikinci olarak miras payının azaltılmasında kendisini gösterir. **Kural olarak** saklı paylı mirasçılar, miras paylarının azaltılmış bir kısmında saklı pay hakkına sahip olurlar[43]. Mirasbırakan, saklı pay üzerinde tasarruf edemeyeceği için, saklı pay zorunlu bir miras hakkıdır ve saklı paylı mirasçılar zorunlu mirasçılardır[44]. Kapsamı daraltılmasına karşılık, saklı pay, dokunulmazlık zırhı ile birlikte kuvvetlendirilmiş yasal miras hakkı niteliği taşımaktadır.

Saklı payın karşısında mirasbırakanın terekede özgürce tasarruf edebileceği kısım yani "tasarruf edilebilir kısım" yer almaktadır ki bu orana "tasarruf oranı" (tasarruf nisabı) adı verilir. Tasarruf oranını, saklı paylar toplamının terekeden farkı oluşturur. Bununla birlikte mirasbırakanın saklı paylar toplamını aşacak şekilde ölüme bağlı kazandırmalarda bulunmasına bir engel bulunmamaktadır. Mirasbırakanın ölümünde mirasçılarını bekleyen ilk ihtimal, mirasbırakanın terekesinde hiç tasarruf etmemiş ya da tasarruf oranını aşmayacak şekilde (kısmen) tasarruf etmiş olmasıdır. Bu halde, saklı paylı mirasçı sadece saklı payını değil, saklı payını da kapsayan bir şekilde "yasal miras

---

42 Alman Hukukunda ise, saklı pay bir miras hakkı niteliğinde değildir. Sadece bu koruma kapsamına alınan yasal mirasçılara tanınan bir alacak hakkı (parasal talep) niteliği arz eder. Böylece mirasbırakanın iradi olarak terekesini bıraktığı kimseler, tereke üzerinde ayni hak sahibi olmakta, buna karşılık saklı pay sahibi kimseler, tereke üzerinde ayni hak elde eden bu kimselere karşı saklı pay kapsamında parasal bir talepte bulunmaktadırlar. BGB §2303/I hükmünde, saklı pay, miras payının **değerinin**" yarısı olarak nitelenmiştir. Oysa İsviçre ve Türk Hukuklarında saklı pay hakkı aynı zamanda ayni nitelikli bir miras hakkıdır. Dolayısıyla saklı paylı mirasçı, terekeden parasal bir talepte bulunmamakta, aksine elbirliği halinde mülkiyet hakkı sahibi olmakta ve tereke paylaşımına katılmaktadır.

43 Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.580. 4721 sayılı MK m.506 gereğince altsoyun saklı pay hakkı yasal miras hakkının yarısı ve ana-babanın saklı pay hakkı yasal miras hakkının dörtte biridir. Eşin birinci ve ikinci derece mirasçılar ile birlikte mirasçı olması halinde saklı pay hakkı, yasal miras hakkının tamamı, diğer hallerde dörtte üçü olmaktadır. Şu halde eşin birinci ve ikinci derece ile birlikte mirasçı olduğu haller, saklı payın, "kapsamı daraltılmış bir miras hakkı" olduğu kuralının istisnasını teşkil etmektedir.

44 Tongsir, **a.g.t**, s.1–2; Edith Nobs, **Die Grenzen der Verfügungsfreiheit des Erblassers nach ZGB**, Diss, Bern, 1948, s.7; Zahit İmre/Hasan Erman, **Miras Hukuku**, Göz. Geç. 6. Basım, İstanbul, Der, 2006, s.216; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.580; Baki İlkayEngin in Rona Serozan/Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Gen. 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008, §3, N.4; Baydar, **a.g.t**, s.4. Hatta Alman Hukukunda saklı pay sahibi mirasçıların zorunlu mirasçılık sıfatını daha iyi belirten bir şekilde "*Noterbe*" ifadesi kullanılmaktadır.

hakkını" elde eder. Meğer ki kanunda öngörülen sebeplerle (ölüm, yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma, feragat, red) mirasçı olamasın[45].

İkinci ihtimal ise, mirasbırakanın terekesinde kazandırmada bulunmuş olmasıdır. Bu durumda mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı kazandırma nedeniyle saklı payı zarar gören mirasçı, dilerse bu tasarrufa saygı gösterebilir. Bu durumda bugün için terk edildiği gözüken bir görüş[46], bu halde dahi saklı paylarında tasarrufta bulunulmuş olan mirasçıların mirasçılık sıfatının varlığını korumaya devam edeceğini savunmaktaydı[47]. Bugün bu görüş aşılmıştır. Buna göre[48] mirasbırakanın terekede tamamen tasarruf etmesi nedeniyle saklı payları ihlal edilen mirasçıların, muhtemel mirasçı konumunda olacağı miras açıldığı anda mirasçılık sıfatını kazanmayacağı, ancak açılacak tenkis davası neticesinde mahkemenin vereceği yenlik doğurucu tenkis kararı ile mirasçı olacakları kabul edilmektedir.

Saklı payı ihlal edilen mirasçı dilerse bu duruma sessiz kalmayıp, söz konusu ölüme bağlı ya da sağlararası kazandırmanın kendi saklı pay oranını aştığı ölçüde indirilmesini de isteyebilir. "Tenkis" adı verilen bu istemin geçerliliği, dava yoluyla ileri sürülmesine bağlıdır[49].

---

45 Kılıçoğlu, **Miras**, s.162.

46 Arnold Escher, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, Das Erbrecht, 2. Abt., Der Erbgang, (Art.537-640), 3. Aufl., Zürich, 1960, **Art.522**, N.3 vd; Tuor, **Art.470/471**, N.41, N.5 vd ve **Art.522** N.18; Nobs, **a.g.e**, s.44 vd; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.580; Bellwald, **a.g.e**, s.2.

47 Bu görüşe göre saklı payı ihlal edilse dahi, saklı paylı mirasçı mirasçılık sıfatını korumaya devam ettiğinden, tereke borçlarından da sorumlu tutulabiliyordu.

48 Tenkis kararına dek "sanal bir mirasçılık" durumu söz konusu olup, saklı payında tamamen tasarruf edilmiş bulunan mirasçının, bunun sonucu olarak miras ortaklığına katılamayacağı ve tereke borçlarından da sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Eğer tenkis davasına ilişkin hak düşürücü süre geçirilmiş ise, sürenin dolduğu tarihten itibaren artık saklı payı bütünüyle ihlal edilen saklı paylı mirasçı, kesin bir şekilde mirasçılık sıfatını yitirir. Bu görüşte Forni/Piatti, **Vor Art.522-533**, N.2; Piotet, **SPR IV/1**, s.378 vd; Druey, **a.g.e**, §6, N.12; Weimar, **Vorbem. Art.470**, N.22.

49 Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.595 vd; Bellwald, **a.g.e**, s.2–3. Saklı pay ihlal edilerek kendisine belirli bir mal bırakılan vasiyet alacaklısı, saklı paylı mirasçılardan vasiyete konu eşyanın kendisine verilmesini isterse, tenkis davası açma süresini kaçırmış olsalar bile, saklı paylı mirasçılar, tenkis def'inde bulunabilir (MK m.571/son; ZGB Art.533, Abs.3).
Önceden sağlararası veya ölüme bağlı kazandırma yoluyla kendisine düşen saklı pay değerini eden saklı paylı mirasçının, tenkis talep etmesi mümkün değildir. Zira saklı payı ihlal edilmiş değildir. (MK m.560/I). Bu konuda bkz. Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.581; Dainel Staehelin, in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007, **Art.470**, N.4; Weimar, **Vorbem. Art.470**, N.22; Druey, **a.g.e**, §6, N.12, 70.

1. Saklı Pay Kurumunun Amacı ve Yeni Eğilimlerin Değerlendirilmesi

Miras hukukunda mirasçılıktan çıkarmaya yer verilmesinin temel sebebini anlayabilmek için, öncelikle saklı payın kanunda düzenleniş nedenini anlamak gerekir.

Saklı pay kurumu ile bazı yasal mirasçılara kanundaki öngörülen –çoğunlukla azaltılmış– oranlarda miras paylarının mutlaka geçmesi (intikali) sağlanmak istenmiştir. Bunun sebebi ise, mirasbırakan ile söz konusu saklı paylı mirasçılar arasındaki "yakın aile bağları"[50] düşüncesidir[51]. Kanun koyucu, bütün mirasçılara değil, yalnızca yakın aile üyesi mirasçılara saklı pay koruması sağlarken, aile üyesi olmanın bir gereği ve doğal sonucu olarak sevgi, saygı, şefkat, bağlılık duygularının mevcut olduğunu **varsaymakta** ve bu kimselere, **mirasbırakanın iradesi aksi yönde olsa dahi** bir koruma getirmiş olmaktadır. Bu kimselerin ailesel olarak yakın bağlılık içerisinde olduğu varsayıldığı içindir ki, **mirasbırakana bu bağlara belirli ölçüde mutlaka riayet etme yükümü** getirilmiş olmakta ve bu varsayımın sonucu olarak terekenin dokunulmaz nitelikteki belirli bir kısmı (saklı paya tabi kısmı), söz konusu yakın aile üyesi kişilere (saklı paylı mirasçılara) mutlaka intikal ettirilmek istenmektedir. Böylece saklı pay

---

50 Ekleyelim ki miras hakkının "aile düşüncesine" (aslında aile mülkiyeti düşüncesine) dayandırılmasında önceleri dini ve ahlaki değerler dayanak noktası olmuştur. Fakat her şeyin bireyselleştirildiği liberalizasyon sürecinde bu değerler bir kenara itilmiş ve mülkiyet ile miras hakkı arasında bağlantı kurulmuştur. Hatta bu süreçte miras hakkı, mülkiyet hakkının içeriğine dâhil bir unsur olarak görülmüştür. Fakat bu düşüncede de zamanla "aile düşüncesi"nde yaşanan değişim sayesinde yumuşama olmuştur. Yeni aile düşüncesindeki dayanak aile üyelerine "yardım" (*Fürsorge*) düşüncesidir (Mirasın güvence fonksiyonu). Bu anlayış özellikle saklı pay kurumu için de dayanak olmuştur (Druey, **a.g.e**, §2, N.1–3).

51 Çağa, **a.g.e**, s.86; Köprülü, **a.g.e**, s.279; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.306, 355; İmre/Erman, **a.g.e**, s.5; Dural/Öz, **a.g.e**, s.198; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.188; Bilge Öztan, **Miras Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Turhan, 2007, s.118; Ayan, **a.g.e**, s.145. Kanunda saklı pay sistemine yer verilmesine neden olarak gösterilen, mirasbırakan ile yakınları arasındaki bu bağ, "sosyal, ekonomik ve özellikle ailevi" bir bağ olarak da ifade edilmiştir: İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.370–371. Aynı yönde 2.HD 2.2.1995 tarih ve 12296/1222 sayılı karardan: "*Mahfuz hisseli mirasçı miras bırakanı ağır bir şekilde zedeleyen ve ailevi ilişkilerin yokluğunu gösteren davranışlardan kaçınmak zorundadır (yeni MK m. 510 vd, 578 vd). Akrabalık durumu itibarı ile kanunen himaye altına alınan kimseler buna **layık oldukları** hayat boyu göstermelidirler. **Yakın aile bağları temelinden sarsılırsa kurumun sağladığı hak ve mükellefiyetler de ortadan kalkar**. Bu Medeni Kanunun başlangıcında yer alan (MK m.2, 3, 4) dürüstlük ve hakkaniyet kurallarının gereğidir*". (**HukukTürk**). Aynı yönde diğer bir karara göre "***Yakın kan hısımlığı ve aile münasebetlerinden doğan bağlar**, kanun koyucuya, kanuni mirasçılara miras hisselerinin belirli kısmı üzerinde, murisin iradesiyle bertaraf edilemeyen bir hak tanımaya zorlamıştır*": 2.HD 7.4.2003, 3441/4673 (**HukukTürk**).

kurumu sayesinde aile, dolayısıyla da toplum korunmuş olmaktadır[52] (AY m.41 ve 35).

Tarihi gelişim süreci içerisinde "kanda yakın olan, mirasçılıkta da yakındır" fikri[53] ve tarım ekonomisine bağlı, hısımlardan oluşan geniş aile yapısı, mirasa "aile malı" gözüyle bakılmasını ve mirasın nesilden nesile parçalanmadan aktarılmasını zorunlu kılmaktaydı. Eş deyişle iradi mirasçılık sistemi ikincil plandaydı. Bununla birlikte sanayi devrimi ve liberal ekonomik hayatın etkisi altında kentsel yaşam ve çekirdek aile modeline geçilmesi, mirası kan bağına bağlı bir olgu olmaktan çıkardı ve kanun koyucuları, miras ve saklı pay sistemini belirlemede **aile bağını** kabul etmeye zorladı. Eş deyişle kan bağının yerini aile bağı aldı. Nitekim mirasbırakana kan bağı bulunmayan eşe ve evlatlığa saklı pay tanınması, ailesel yakınlık bağına değer verme düşüncesinin bir sonucudur[54].

Mademki yakın aile üyeleri olan saklı paylı mirasçılar ile mirasbırakan arasında sevgi, saygı, şefkat gibi psikolojik öğelerden oluşan "yakın aile bağları" söz konusudur, o halde bu **yakın ailesel bağların gereği ve doğal sonucu olarak** miras malları, yakın aile içerisinde kalmalıdır. Mirasbırakanın saklı paya riayet etme yükümlülüğü karşısında saklı paylı mirasçılık hakkı tanınan aile üyelerinin ise mirasbırakana karşı bakım, gözetim yükümleri ve nafaka yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümler ve yükümlülükler de ailesel bağın bir sonucudur. Ailesel bağ gereği yüküm altına giren yakın aile üyelerine saklı pay koruması sağlanarak, aslında bir bakıma nimetler külfetler dengesi de sağlanmış olmaktadır[55]. Özellikle mirasbırakana kan bağı olmayan eşe

---

52 Tongsir, **a.g.t**, s.3; Hatemi, **a.g.e**, §1, N.3. Böylece saklı pay korumasına sahip bu kimseler, diğer yasal mirasçılara nazaran imtiyazlı bir statüye kavuşmaktadır.

53 Nitekim ünlü Alman atasözü bu prensibi çok iyi özetler: *"Wer mein Blut hat, ist mein Erbe"*.

54 Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.558 vd; Druey, **a.g.e**, §1, N.10 vd; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.14 vd; Serozan, **Yenilikler**, s.563 vd. Eşe saklı pay tanınmasının, insancıl ve çekirdek aileyi koruyucu düşüncelere dayandığı yönünde: 2.HD 12.12.1995, 11522/13538 (**Yasa HD** 1996/3, s.469–471). Sağ kalan eşin mirasçılığını reddeden kan bağına dayanan miras anlayışının en önemli gerekçesi, aile malının yabancıya gitmesini engellemekti. Oysa zaman içerisinde eşin, mirasbırakana olan ailesel yakınlığına üstünlük tanıyan görüş hâkim olmuştur. Her iki görüş için de bkz. Hasan Erman, **Sağ Kalan Eşin Miras Hakkı**, İstanbul, Beta, 1986, s.6 vd.

55 Rohr, **a.g.e**, s.10; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.578; aynı yönde 2.HD 2.2.1995, 12296/1222: Kararda aile hukuku ve miras hukukunda akrabalar arasında dayanışmayı ve akrabalık bağlarını kuvvetlendirmeyi sağlayan kurallar olduğu belirtilmektedir. Buna göre, eşlerin aile birliğinin ve çocukların geçimini sağlaması, çocukların eğitim masraflarının ana ve baba tarafından

saklı pay hakkı tanınmasında, eşin mirasbırakanın külfetlerine katlanması gerçeği önemli rol oynar. Böylelikle aile malvarlığı nesilden nesile parçalanmadan aktarılmış olur[56]. Öte yandan mirasbırakanın ardında bıraktığı ekonomik bağımsızlığını kazanamamış ya da yoksul yakın aile üyeleri de korunmuş olacaktır[57]. Eş deyişle saklı pay, aynı zamanda bir sosyal ve ekonomik güvence işlevi görmektedir.

Buna karşılık günümüzde yükselen eğilim[58], *de lege ferenda olarak* saklı pay kurumunun *ratio legis*'ini yitirdiği düşüncesindedir. Bu sebeple saklı pay kurumu daraltılmalı, hatta tamamen ortadan kaldırılmalı, mirasbırakana mümkün olduğu kadar çok tasarruf özgürlüğü sağlanmalıdır[59]. Bu eğilimler etkisini 4721 sayılı Türk Medeni Ka-

---

sağlanması, üstsoy, altsoy ve kardeşler arasındaki bakım nafakası, mirasbırakanın, saklı paylı mirasçıların saklı paylarını zedelememesi zorunluluğu gibi yükümlülükler vardır. Hısımların bu yükümlülüklerinden yararlananlara da verilmiş görevler vardır. Ana baba ve çocuk yekdiğerine karşı aile yararının gerektirdiği yardımlaşmaya ve çocuk, ana ve babasına riayete mecburdur. Saklı paylı mirasçı, mirasbırakanı **ağır bir şekilde zedeleyen ve ailevi ilişkilerin yokluğunu gösteren** davranışlardan kaçınmak zorundadır (**HukukTürk**).
Nafaka yükümlülüğüne bakıldığında, ilk planda bu yükümlülüğün ana-baba ile çocuklar arasında karşılıklı oluşu dikkati çeker. Bunlar aynı zamanda saklı paylı mirasçılardır. Kardeşler ve diğer hısımların nafaka yükümlülüğünün ise, daha ağır koşullara bağlandığı gözlemlenebilir. (Kardeşler için, refahta olma koşulu vardır. Diğer hısımlar için nafaka ödeme gücü olan kendilerinden daha yakın bir hısımın mevcut olmaması gerekir (MK m.364 vd). Nafaka vermesi zorlaştırılan kimselerin aynı zamanda saklı paylı mirasçı olmamaları, nimetler külfetler karşılaşmasında yine göreceli bir dengeyi ortaya koymaktadır.

56 Rohr, **a.g.e**, s.15–16; Piotet, **SPR IV/1**, s.417; Tongsir, **a.g.t**, s.5.

57 Rohr, **a.g.e**, s.15–16; Tongsir, **a.g.t**, s.5; Hatemi, **a.g.e**, §1, N.3; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.578. Miras, bir nevi sosyal güvence ya da ekonomik destekleme işlevi görmektedir.

58 Peter Breitschmid, in **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007, **Vor Art.467–536**, N.4 vd, 9 vd; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.23; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.7 ve **Yedek Mirasçılık**, s.19; Peter Breitschmid, "Standort und Zukunft des Erbrechts", **Successio: Zeitschrift für Erbrecht**, Schulthess, 2009, s.276 vd. *Serozan*'ın belirttiği üzere, *"2007'de yasalaşan Fransız reformu, miras bırakanın sırada önceliği olan altsoyunu dışlayıp, hayat arkadaşını, üvey çocuklarını ve yeğenlerini kayırma olanağını adamakıllı genişletmiştir. Bu uğurda üst soyun saklı payı kaldırılmış ve evvelce yasaklanmış olan miras sözleşmelerine de geniş yürürlük alanı tanınmıştır"*. (**a.g.y**). İspanya'da uygulanan "*mejora*" (*Aufbesserung; Bevorzugung*; iyileştirme; kayırma) sisteminde ise mirasbırakan, saklı paylı altsoyunun saklı payını yarıya indirerek, bu kısmı diğer altsoya kaydırabilmektedir. Anglo-Sakson Hukuk sisteminin temsilcisi olan İngiltere'de ise saklı pay kurumu tamamen kaldırılmış ve sadece asgari geçim düzeyinde ihtiyaç duyan yakın hısımlara bir alacak hakkı tanınmıştır. İsviçre Hukuku bakımından da terekenin çapını dikkate alan ve saklı payın tek bir çocukta toplanmasını engelleyen ve tüm yaşam sürecini değil, asgari yaşam düzeyini sağlayan bir saklı pay sistemi olması gerektiği, Alman Hukukundaki gibi parasal bir saklı pay talebinin sağlanmasının İsviçre Hukuku açısından da düşünülmesi gerektiği yolunda: Breitschmid, **Vor Art.467–536**, N.9, 10.

59 Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.13, 16 vd; Druey, **a.g.e**, §2, N.11, 12; Lange, **AcP**, 204 (2004), s.829 vd; Herzog, **FF** 2006/3, s.91. *Druey*, İsviçre Medeni Kanununu yasalaştıran kanun koyucunun miras anlayışının tutucu olduğunu, fakat tasarruf özgürlüğünü artırıcı sonraki değişikliklere bakıldığında, bunların kanun koyucunun 1906'daki anlayışının değiştiğini desteklediğini belirtir (**a.g.y**). Türk

nununda da göstermiş, saklı paylı mirasçı olan kimseler ile genel olarak saklı pay oranlarında azaltmaya gidilmiş ve tasarruf özgürlüğünü genişletmeye yönelik düzenlemeler yapılmıştır[60]. Yükselen bu eğilim, saklı pay kurumunun amacının günümüz gerçeklerine uygun olmadığına vurgu yapmaktadır. Çünkü saklı pay kurumunun koruduğu "aile" kavramı büyük değişim geçirmiştir. İsviçre ve Almanya'da eşcinsel hayat ortaklarına mirasçılık statüsü tanınması[61], resmi nikâha ya da salt kan bağına dayanan ailesel yakınlık bağı düşüncesinin gerçeklerle uyuşmadığının bir kanıtıdır. İnsanlar evlilikten ve çocuk sahibi olmaktan kaçınmaya başlamışlardır. Evlilik dışı ilişkiler yaygınlaşmakta, dul ve çocuklu kimselerin yaptığı evliliklerde (*Patchworkfamilie*) üvey çocukların aile ve miras statüleri güçlendirilmeye çalışılmakta, evlat edinme yaygınlaşmaktadır. Özetle kanundaki klasik anlamdaki "aile" anlayışı, gerçekliği yansıtmamaktadır[62]. Ölüm yaşının gittikçe yükselmesi karşısında, mirasbırakanın altsoyu,

---

Miras Hukukundaki benzer değişime işaret eden değerlendirme için bkz. Rona Serozan, "Miras Hukukunda İradi Mirasçıların Konumunu Güçlendiren Yeni Gelişmeler", **Aydın Aybay'a Armağan**, İstanbul, Vedat, 2004, s.283 vd; ayrıca 4721 sayılı Medeni Kanununda yapılan değişikliklerin olum ve olumsuz yanlarıyla değerlendirildiği bir inceleme için bkz. Serozan, **Yenilikler**, s.563 vd.

60 Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.13, 16; Druey, **a.g.e**, §2, N.12; Breitschmid, **Vor Art.467–536**, N.5. Öte yandan 4721 sayılı yeni Medeni Kanunda ölüme bağlı tasarrufa ilişkin katı şekil koşullarında yumuşatmaya gidilmesi (el yazılı vasiyetnamede düzenleme yeri koşulunun kaldırılması, bkz. MK m.538) ve öğretide yorum bakımından *favor testemanti* prensibine ağırlık verilmesi, tasarruf özgürlüğünü artırmaya yönelik eğilimi ortaya koymaktadır (Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.17, 18. Ayrıca bkz. Serozan, **Gelişmeler**, İstanbul, s.283 vd.

61 İsviçre'de 1.1.2007 tarihinde yürülüğe giren yasal düzenlemeyle, eşcinsel yaşam birlikteliğini nüfusa tescil ettiren eşcinsellere hukuki statü tanındı. Bkz. *Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG)"* (SR 211.231). ZGB Art. 462 hükmü ile miras hakkına kavuşan eşcinsel yaşam ortağı, ZGB Art.471, Ziff.3 hükmü ile de saklı pay koruması altına alındı. Alman Hukukunda 16.2.2001 tarihli benzer düzenleme için bkz. *"Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LpartG)"*, (BGBl. I S.266). Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.69–72.

62 Kanunda mirasçıların belirlenmesinde esas alınan "aile" kurumunun formel ve donuk bir belirleme olduğu, yani *de lege lata* mevcut sistemde mirasbırakan ile mirasçı arasında gerçekte yaşanan yakın ilişkilerin (*ein effektives gelebtes persönliches Naheverhältnis; Realbeziehung)* göz ardı edildiği; oysa aile hukukunun kanunda düzenlemesini bulan bu statik yapısının gevşetilmesi gerektiği yolunda: Druey, **a.g.e**, §5, N.9; Breitschmid, **Vor Art.467–536**, N.4; Gubser, **a.g.e**, s.57. Ayırca bkz. Lange, **AcP**, 204 (2004), s.829 vd; Herzog, **FF** 2006/3, s.91. Bu görüşler, *de lege ferenda* olarak; saklı payın koruma amacı olan yakın bağın bulunmadığı ilişkilerde saklı payın azaltılmasına yönelik düzenleme yapılması gerektiğini (*Pflichtteilsminderung*), hukuki statü tanınmayan evlilik dışı ilişkilerde ya da aynı evi uzun yıllardır paylaşan kimseler arasındaki dostluk ilişkilerinde, değişik saklı pay modellerinin uygulanabileceğini belirtmektedirler. Böylece saklı payın atipik ilişki biçimlerine göre esnetilebilir (*flexibel*) bir yapı kazanması gerektiğini savunurlar. Evlilik ilişkisi bakımından da miras ve saklı pay düzenlemelerinde, evlilik süresinin ve gerçekten birlikte yaşama durumunun var olup olmadığına bakılmadığı yolunda eleştiri: Breitschmid, **Vor Art.467–536**, N.8.

ekonomik bağımsızlıklarını kazandıktan çok sonra, sözgelimi kırk yaşın üstünde ve mirasa ihtiyaç duymadıkları bir anda saklı pay talebinde bulunmaktadırlar. Sosyal veya özel sigorta kurumlarının ya da emeklilik sistemlerinin yaygınlaşması, eşin mal rejimi kurumuyla korunmasının artırılması diğer gelişmelerdir. Böylece mirasın ekonomik güvence fonksiyonu da sorgulanır hale gelmiştir[63]. Ailesel bağ kavramının yerini gittikçe fiili yakınlık bağlarının alması ve mirasın güvence fonksiyonunun gerçeklerle bağdaşmamasından hareket eden bu eğilimler, sonuç olarak, mirasbırakanın kanunun belirleyeceği değil, kendisinin belirleyeceği kimselere mirasını bırakmasının (iradi mirasçılık sisteminin) önündeki engellerin mümkün olduğu kadar kaldırılmasını hedeflemektedir[64]. *Serozan*'ın deyişiyle, *"üstelik saklı paylı zorunlu mirasçılığı iradi mirasçılık karşısında gerileten bir başka olgu daha vardır: Saklı paylı zorunlu mirasçılık, bir yandan mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf serbestliğini ihlal ederken, bir yandan da yıllar önce gerçekleştirilmiş sağlar arası işlemlerin yıllar sonra tenkisine (bölümsel etkisizliğine) yol açmak suretiyle hukuksal kalıcılığı, kararlılığı ve güvenliği de şiddetli biçimde sarsmaktadır. / Bütün bu sosyal ve hukuksal olgular yasal mirasçılık-iradi mirasçılık tahteravallisinde iradi mirasçılığın ağırlığını artırmaktadır"*[65].

Konunun detayları başlı başına saklı pay kurumunun amacını, işlevini, gerekliliğini yeniden sorgulayan ayrı ve detaylı bir incelemeyi gerektirir. Şu kadarını söyleyelim ki, kanımızca aile kurumunun yapısının değişmesi, ailesel yakınlık bağı anlayışında ve buna bağlı olarak aile üyelerini oluşturan kişilerde değişimler meydana gelmesi, saklı pay kurumunu ortadan kaldırmaya yetmez. Kanun koyucular, çağın şartlarına göre saklı pay korumasının sınırlarını daraltabilir, korunan kimselerde azaltmaya ya da

---

Parantel sistemdeki aksayan noktalar ve eşitsizlikler ya da anne-babanın ekonomik sıkıntı içinde olmasına rağmen, birinci sıradaki zengin altsoya mirasın zorunlu olarak intikal etmesi gibi sorunlar eleştirilmektedir: Druey, **a.g.e**, §6, N.1 vd.

63 Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.14. Nitekim terekede ticaret ortaklığının ya da tarım topraklarının yer alması durumunda zorunlu saklı pay kurumu sebebiyle bu mal varlıklarının parçalandığı ve makro ekonomik kayıplarla karşılaşıldığı yönünde: Druey, **a.g.e**, §2, N.13 vd; Serozan, **a.g.y**. Buna karşılık Medeni Kanunda ve dieğr ilgili mevzuatta tarım topraklarının parçalanmasını engellemek amacıyla, aynen paylaşımı sınırlayan ya da tarım ile uğraşan mirasçıya özgüleme yapılmasını sağlayan düzenlemeler yer aldığına işaret edelim.

64 Breitschmid, **Zukunft**, s.279. Ayrıca bkz. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.23.

65 Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.189.

farklılaşmaya gidebilir[66]. Hatta koruma sisteminde de farklılıklar olabilir. Ancak her çağda birlikte yaşayan kimseler, birlikte yaşamanın getirdiği külfetlere katlandıkları gibi, bunun nimetlerinden de yararlanmalıdırlar. Sınırsız bir tasarruf özgürlüğü sağlamak her zaman için adil sonuçlar vermeyebilir[67]. Mirasbırakanın da aynı "birlikte kader paylaşmadan doğan yakınlık bağına" riayet etme (vefa) yükümü vardır. Üstelik kentsel dönüşümünü tamamlayamayan ve halkının büyük çoğunluğu ekonomik sıkıntılardan kurtulamayan ülkemizde, mirasın güvence fonksiyonu önemini korumaya devam etmektedir. Kaldı ki, hukukun, sağlıklı bir toplum yapısının gereği olarak sağlıklı aile yapısını korumadan yana "taraf" olması, -adeta önleyici ve koruyucu bir kolluk görevi gibi- yerinde bir tutumdur. Kanımızca çağdaş yorum metodunun gereği

---

66 Nitekim eşcinsel ilişkilere hukuki statü ve miras hakkı tanıyan sözgelimi İsviçre ve Almanya'da dahi bu statüye "evlilik" nitelemesi yapılmamış, "*Partnerschaft*" terimi kullanılmıştır. Öte yandan "ayrımcılığın önlenmesi" bakış açısıyla bu ilişki biçimine hukuki statü tanınması da, kanun koyucu nazarında "aile" kavramının terk edilmediğini ya da parçalanmadığını gösterir. Evlilik dışı yaşam ortaklığı (hayat arkadaşlığı; *concubinatus*) ilişkileri bakımından da yine "*Lebensgemeinschaft*" terimi kullanılmaktadır. İnsanın var olduğu günden bu yana varlığını koruyan aile kurumunun çağın şartlarına göre değişime uğraması mümkünse de, kanımızca korunması gereken ve bu bağa hukuki sonuç tanınan bir sosyal öğe olma niteliği, insan yaşamı sürdükçe sürecektir. Aynı yönde Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.2, 8.

67 *Druey*' e göre, İsviçre Medeni Kanununda etkili olan ve saklı pay kurumunun köklerinden birini oluşturan kanuni intikal prensibi (*Verfangheitsprinzip*), Germen sisteminden etkilenen İsviçre'deki Alman Kantonlarının etkisiyle kanuna alınmıştır. Bu anlayışın temelleri, tarihi süreçte din, ahlak ve kanunun statik mirasçılık anlayışına dayanır ve bu anlayış, mirası mirasbırakanın etki alanından uzak tutan bir anlayıştır (**a.g.e**, §4, 13–15). Kanuni intikal prensibinin karşısında yer alan tasarruf özgürlüğü prensibi (*Verfügungsfreiheitsprinzip*) ise terekeyi, mecazi anlamda mirasbırakanın devam eden mülkiyeti (*fortgesetztes Eigentum*) olarak görür (**a.g.e**, §4, N.16). Kanun koyucu, bu özgürlüğü, ölüme bağlı tasarrufları sıkı şekil şartlarına bağlamak, maddi anlamdaki ölüme bağlı tasarrufları *numerus clausus* olarak belirlemek yoluyla sınırlamaktadır. Öte yandan tasarruf özgürlüğü, hukuk çevrelerinde egemen olan "kötüye kullanma çekincesi" altında değerlendirilmekte ve bu çekince, ahlak anlayışına dayanan düşüncelerin merkezinde yer aldığı için, tasarruf özgürlüğünün önünde yer alan en önemli sınırlandırmalardan birini teşkil etmektedir (**a.g.e**, §4, N.17 vd). Tasarruf özgürlüğüne yönelik sınırlandırmaların gevşetilmesi ya da aksayan yönlerin giderilmesi gerekliliği bir kenara, kanımızca İsviçre kanun koyucusunun kanuni intikal sistemi ile tasarruf özgürlüğü arasında oluşturduğu göreceli denge sistemi oldukça başarılıdır. Yıllardır tartışmaların süre gittiği Almanya'da, Miras Hukukunda yapılan ve 1.1.2010 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişiklikler bile, yaklaşık bir asır önce kanunlaşan İsviçre Medeni Kanunundan daha öteye geçebilmiş değildir. Mülkiyet hakkının dahi aileyi koruyucu (sözgelimi aile konutu ya da nafaka hükümleri) ya da eşlerin ekonomik bağımsızlığını koruyucu (sözgelimi mal rejimleri hükümleri) düzenlemelerle sınırlanması karşısında, miras hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin de aileyi koruyucu ve ailesel yakınlık bağı ekseninde esnetilebilir yasal önlemler alınması yoluyla sınırlandırılması, bizce yanlış bir uygulama değildir. Doğrusu bizce İsviçre Kanun koyucusunun hakkının bugün için dahi teslim edilmesi gerekir. Türk Medeni Kanunu bakımından da 2001 değişikliği ile kanun koyucu denge sistemini benimseye devam ettiğini ortaya koymuştur. Öte yandan kanunda yapılacak bir reform yoluyla sınırsız tasarruf özgürlüğünün benimsenmesi ihtimalinde, meydana gelecek olumlu ve olumsuz sonuçların sosyal, psikolojik, ailesel ve ekonomik analizlerinin çok iyi yapılması gerekir. Biz ailesel bağı yok sayan bir miras anlayışının, en az tasarruf özgürlüğünü yok sayan bir anlayış kadar hukuki çözüm sağlamaya uzak olduğunu düşünüyoruz.

olarak kanunun *ratio legis'i* belirlenirken, Türkiye'nin günümüzdeki sosyal yapısının çekirdeğini oluşturan aile yapısı göz ardı edilemeyeceğine göre, saklı pay korumasının günümüz koşullarında büsbütün anlamını yitirdiği ve kaldırılması gerektiği sonucuna varılamaz.

2. Cezai Mirasçılıktan Çıkarma Kurumunun Amacı

Miras sistemimizde tasarruf özgürlüğünü sınırlandıran saklı payın koruması da sınırsız değildir. Mirasçılıktan çıkarma ya da mirastan yoksunluk koşulları gerçekleştiğinde, saklı pay koruması kalkmaktadır.

Mirasbırakan ile saklı paylı mirasçısı arasındaki aile hukukuna ve miras hukukuna temel teşkil eden ve kanun koyucu tarafından **varsayılan** aile bağının sarsılması ve hatta kopmuş olması halinde artık bu yasal korumanın sürmesinin bir gereği kalmaz. Çünkü **aile bağının kopması, saklı pay kurumuna temel teşkil eden gaye**yi de ortadan kaldırır. **Yakın aile bağının gereklerine uymak**, hem **mirasbırakan** hem de **yakın aile üyeleri için bir yükümdür**[68]. Yakın aile bağına zarar veren aile üyeleri, bu bağların neticesi olarak aile hukukundan ve miras hukukundan doğan haklarını kaybetme riski ile karşı karşıya kalırlar[69]. İşte yakın aile bağının gereklerine uygun olmayan davranışlar sergileyen yakın aile üyesinin (saklı paylı mirasçının), bu bağa verdiği zarar ciddi ölçüde ise, eş deyişle aile bağı derinden sarsılmış veya kopmuşsa, artık kanundaki varsayımın aksi bir durum ortaya çıkar[70]. Böylece mirasbırakanın saklı pay korumasına riayet yükümlülüğü kalkmakta ve mirasbırakan, terekenin intikalinin zo-

---

68 Nitekim aile hukukundan doğan birçok yükümün (yardım etme, saygı gösterme, nafaka ödeme vs.) kaynağı yakın aile bağlarını olduğu gibi, miras hukuku gereğince belirli bazı yakın aile üyesi olan mirasçılara terekenin dokunulmaz nitelikteki belirli bir kısmının mutlaka geçirilmesi zorunluluğunun kaynağı da yine yakın aile bağlarıdır. Aynı yönde 2.HD 2.2.1995, 12296/1222 (**HukukTürk**).

69 Nitekim MK m.365/III hükmünde bir hısımdan nafaka yükümlülüğünü yerine getirmesini beklemenin, hakkaniyete aykırı düşeceği hallerde, hâkimin nafaka yükümlülüğünü tamamen kaldırabileceği ya da miktarını indirebileceği düzenlenmektedir. İşte nafaka alacaklısının yakın aile bağına zarar veren davranışları, nafaka alacağının azalmasına veya ortadan kalkmasına yol açabilir. Miras Hukukunda da aile bağının gereklerine uymama, mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma ile yaptırıma bağlanmaktadır. Aynı yönde 2.HD 2.2.1995, 12296/1222 (**HukukTürk**). İsviçre Medeni Kanununda cezai çıkarma nedenlerinin gerçekleşmesi halinde yoksulluk nafakasını talep etme hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme bulunmaktadır (ZGB Art.125, Abs.3).

70 Bir evladın babasına karşı yakın bağlılık içinde olduğunu varsayan kanun koyucu, varsaydığı bağın ortadan kalkması halinde, evladı aile üyesi olmanın nimetlerinden yararlandırmaması doğaldır. Bunun miras hukukundaki karşılıklarından birisi de incelemekte olduğumuz mirasçılıktan çıkarmadır.

runlu olan kısmını, söz konusu mirasçısına intikal ettirme yükümlülüğünden kurtulmaktadır.

Miras hukuku açısından yaptırıma bağlanan nokta, mirasçının mirasbırakan ile olan aile bağına zarar vermesidir. Ancak, mirasbırakana olan yakın ailesel bağ, tamamen mirasbırakanın sübjektif değer yargılarına göre belirlenen ve keyfiliğe açık bir kavram değildir. Her türlü basit davranışlarla ya da geçici kırgınlıklarla ailesel bağ ortadan kalkmaz. Aile bağını derinden sarsacak nitelikte davranışlar gereklidir. Bu davranışlar ise ağır koşullara[71] bağlanmıştır[72]. Sonuç olarak mirasbırakan ile aile bağını derinden sarsmış ya da koparmış bir mirasçı, kanundaki koruyucu saklı pay düzenlemelerinden yararlandırılmaya layık değildir. İşte bu sebeple cezai mirasçılıktan çıkarma kurumuna kanunda yer verilmiştir[73]. Gerek cezai çıkarmada gerekse yoksunlukta kusurlu davra-

---

71 Aile bağının gereklerine uymayan davranışların ağır olmasının gerekliliği, aslında **saklı pay koruması kapsamında intikali zorunlu mirasın, yakın aile üyesi olan saklı paylı mirasçıların hakkı olması** düşüncesinin de bir sonucudur. Eş deyişle saklı pay hakkı kural olarak mirasbırakanın üzerinde özgürce tasarruf edebileceği ya da mirasçısına ihsanda bulunduğu bir hak değildir. İntikali zorunlu olan bu pay, mirasçının hakkı olduğu içindir ki, ancak mirasçılıktan çıkarma, yoksunluk gibi hallerde mirasçı bu hakkından yoksun bırakılabilmektedir. Daha açık deyişle, göreceli bir denge sistemi öngören İsviçre ve Türk kanun koyucularının, saklı pay kurumu varlığını sürdürdüğü sürece, saklı pay kapsamındaki miras hakkı bakımından mirasçıyı koruyan bir tavır sergilediği ve tasarruf özgürlüğü karşısında denge sisteminin bu kısmında saklı paylı yasal mirasçıları koruma saiki ile hareket ettiği sonucuna varılacaktır. Son dönemde 4721 sayılı Kanunun 506'ncı maddesi ile getirilen düzenlemede saklı pay oranlarının azaltılması, saklı pay korumasının kapsamının daraltıldığı ve kural olarak tasarruf özgürlüğünün artırıldığı şeklinde yorumlanabilir. Fakat bu değişikliklerden yola çıkılarak, kanun koyucunun artık denge sisteminden vazgeçerek tamamen tasarruf özgürlüğünü esas aldığı ve bu yeni eğilim gereğince **mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin daha esnek ve tasarruf özgürlüğünü artırıcı yönde (genişletici şekilde) yorumlanması gerektiği sonucuna varılamaz**. Kanunda saklı pay sistemi mevcut olduğu sürece, oranlar ne kadar azaltılırsa azaltılsın, o kısım mirasçının hakkı olmaya devam edecek ve ancak saklı paya layık olmamayı gösteren istisnai koşulların gerçekleşmesi halinde ortadan kaldırılabilecektir. İstisnai koşulların ağırlığı, saklı paylı mirasçının saklı pay kapsamındaki miras hakkı ortadan kalkacak olduğu içindir. İstisnai koşulların niteliği ise, her türlü davranışın yakın aile bağını koparmaya yetmeyeceği, kusurlu ve ciddi aykırılıkların şart olduğunu göstermektedir. Salt mirasbırakanın bakış açısı yeterli görülse ve ağır koşullar aranmasaydı, mirasçılıktan çıkarmanın tasarruf özgürlüğünü artırma amacı taşıdığı söylenebilirdi. Ancak mevcut kanun sisteminde bu tespit yerinde olmaz.

72 Örneğin davranışın kusurlu olması şarttır. Öte yandan ihlal ağır olmalıdır. Ağırlık sadece mirasbırakanın olayı algılamasına göre (sübjektif olarak) belirlenmez. Aynı zamanda bu algılama objektif açıdan da haklı görülebilmelidir. Ancak bu koşullarladır ki aile bağı kopmuş olur. Konu ileride ayrı bir bölümde ele alınmaktadır. §2.II.B.

73 Emil Stadler, **Die Enterbung im schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Diss, Zürich, 1910, s.14; Tuor, **Art.477**, N.6; Rohr, **a.g.e**, s.16; Piotet, **SPR IV/1**, s.417; Escher, **Art.477**, N.1, s.215 vd; Çağa, **a.g.e**, s.86; Tongsir, **a.g.t**, s.3, 4; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.306; Köprülü, **a.g.e**, s.279; Oğuzman, **a.g.e**, s.209; Dural/Öz, **a.g.e**, s.198; İmre/Erman, **a.g.e**, s.232; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.600–601; Aydın Aybay, **Miras Hukuku Dersleri**, Göz. Geç. 3. Baskı, Maltepe Ü. Yayınları, İstanbul, 2002, s.49–50; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.371; Öztan, **a.g.e**, s.118; Kılıçoğlu, **Miras**, s.163; Bellwald, **a.g.e**, s.4; Balthasar Bessenich, in **Basler Kommentar,**

nışlarıyla aile bağına ciddi derecede zarar veren saklı paylı mirasçının cezalandırılması düşüncesi temeldir. Aile bağlarını gereklerine uygun davranmayarak aile bağını derinden sarsan bir kimse, aile ilişkilerinin getirdiği menfaatlerden yararlanmayı ve böylelikle layık olmadığı terekeden kendisine miras intikal etmesini bekleyemez[74].

Mirasçılıktan çıkarma kurumu böylece saklı pay kurumunun dengeleyicisi olmakta ve saklı pay kurumu ancak gerekli olduğu takdirde ve ölçüde korunmaktadır. Sonuçta saklı pay kurumu, ailenin yararına daha iyi hizmet eden bir hale getirilmiş ve yumuşatılmış olmaktadır[75].

Buna karşılık saklı pay kurumunu, amacından uzaklaşmış, gereksiz ve tasarruf özgürlüğünün önünde bir engel olarak gören eğilimler[76], bu düşüncenin doğal sonucu olarak, cezai mirasçılıktan çıkarma kurumunu uygulanması oldukça güçleşmiş ve ağır

---

Zivilgesetzbuch II, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing-Lichtenhahn, 2007, **Art.477**, N.1, 4; Henri Deschenaux/Paul H. Steinauer, **Droit des successions**, 7. Aufl., Fribourg, 1993, s. 90; Gubser, **a.g.e**, s.3; Zarife Şenocak, "Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Ankara, BTHAE, 1998, s.421, 422; Baydar, **a.g.t**, s.4; Ayan, **a.g.e**, s.145; Antalya, **Miras**, s.214; Herzog, **FF** 2006/3, s.86.

Aile bağlarını koparan saklı paylı mirasçının saklı pay korumasından yararlanmamasının, ayrıca hakkaniyetin de gereği olduğu yönünde: İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.371.

"Saklı payın temel ilkesini oluşturan yakın ailesel ilişki ve bağlarda bazı durumlarda meydana gelen pek önemli sarsıntılar, kopmalar, ağır zedelenmeler sonucu kanun mirasbırakana saklı payını da ortadan kaldırmak imkânı tanımıştır. / Böyle bir durumda saklı paylı mirasçıların kanunun öngördüğü korunmaya ilişkin hükümlerinden yararlanmalarına gerek olmadığından, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü kısıtlamaya herhangi bir neden de kalmamıştır": Köprülü, **a.g.e**, s.279. "Ağır ve kınanması gereken ve aile ilişkilerini temelinden yıkmaya, çökertmeye yönelen bazı eylem ve davranışlarda bulunan saklı paylı mirasçılar", artık korunmaz (**a.g.e**, s.281). Saklı payın varlık nedeni mirasbırakanı mirasçılarına bağlayan hısımlık ilişkisidir. Mirasbırakanı ağır şekilde rencide eden (zedeleyen) ve ailevi hislerin yokluğunu gösteren davranışlar çıkarmayı gerektirir: İmre/Erman, **a.g.e**, s.234; aynı yönde: Nur Çakın, "Türk Hukukunda Mirastan Iskat İle ilgili Problemler – Mirastan Iskat", **ABD** 1974, S.3, s.523.

Temelinde aile hukukuna dayanan bağlılık olan saklı pay kurumu, "pay sahiplerinin bu bağlılığı bozucu davranışları halinde açık gerekçesini yitirmiş olur. Bu halde mirasbırakana serbestlik tanıma ve onu saklı pay sahibinin hakkını gözetme yükümünden kurtarmak doğru sayılır": Aybay, **a.g.e**, s.50. Onursuzca davranan bir mirasçı, saklı pay korumasından daha fazla yararlandırılmaz: Bellwald, **a.g.e**, s.3. Yukarıdaki temel düşünce mirastan yoksunluk kurumunun da altında yatan temel düşüncedir: Rohr, **a.g.e**, s.16.

74 Ekleyelim ki saklı paylı olmayan mirasçı için, böyle bir cezalandırmayı mirasbırakan her zaman yapabilir. Hatta aile bağı zarar görmese de saklı paylı olmayan mirasçılar mirasın dışına itilebilir. Zira onlar, yeterince yakın bir ailesel bağa sahip değillerdir. Öyleyse onları yakın aile bağına sahip mirasçılara özgü dokunulmazlık zırhından yararlandırmaya gerek yoktur. Mirastan yoksunlukta ise kanun koyucu mirasbırakanın yerine geçerek, onun farazi iradesi ile bir cezalandırma yapar. Yalnız bu cezalandırma, sadece saklı paylı mirasçılar için değil, tüm yasal veya atanmış mirasçılar, hatta vasiyet alacaklıları içindir (MK m.578).

75 Tongsir, **a.g.t**, s.3.

76 Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.23; Breitschmid, **Zukunft**, s.298.

koşullara bağlanmış bir kurum olarak ele almaktadır. Buna göre mirasçılıktan çıkarma daha kolaylaştırılmalı ve mirasçılıktan çıkarmada kusur prensibi (*Verschuldensprinzip*) terk edilmeli, yerini tamamen aile bağının kopması veya derinden sarsılma prensibine (*Zerrüttungsprinzip*) bırakmalıdır[77]. Bu eğilim, tasarruf özgürlüğünü genişletme aracı olarak görür. Kanımızca cezai mirasçılıktan çıkarma aile bağına layık olmadığını gösteren kimseye uygulanan bir medeni hukuk yaptırımı olduğu için, işin niteliği gereği, ancak kusurlu hareketler nazara alınmak durumundadır.

3. Ailesel Bağın Zayıfladığı Bütün Hallerin Cezai Çıkarma Kurumu Çatısı Altında Çözümlenememesi ve Yeni Kurumlara ya da Yapısal Değişikliklere Duyulan İhtiyaç

Cezai mirasçılıktan çıkarma kurumunu, miras hakkını ortadan kaldıran diğer kurumlardan ve daha özelde diğer mirasçılıktan çıkarma kurumlarından ayırt etmek gerekir. Daha açık deyişle, ailesel yakınlık bağı her zaman kusurlu olarak ortadan kalkmayabilir ve ailesel yakınlık bağının ortadan kaldırılmasının yegâne aracı cezai çıkarma kurumu değildir. Sözgelimi, yine aileyi koruyucu düşünceye hizmet eden koruyucu mirasçılıktan çıkarma (MK m.513) kurumu, borç ödemeden aciz haldeki altsoyun saklı payın yarısı için mirasçılıktan çıkarılmasını ve bu kısmın sonra gelen altsoya özgülenmesini düzenler. Fakat çıkarma tasarrufu için aciz belgesinin (İİK m.143) varlığının aranması ve alacaklıların çıkarmayı engellemek üzere bu belgeyi ölüm anından önce almayıp, ölümden sonraya bırakacak olmaları, koruyucu mirasçılıktan çıkarmayı Türk ve İsviçre Hukuklarında işlevsel olmayan, ölü bir düzenleme niteliğine hapsetmiştir[78]. Oysa Alman ve Avusturya Hukuklarında savurgan ya da önemli ölçüde borç yükü altında olan saklı paylı mirasçının, alsoyu geçim sıkıntısı riskiyle karşı karşıya ise, bu savurgan mirasçının saklı payının sınırlandırılması imkânı söz konusudur. Bu sistemler daha işlevsel olup, elbette kanunumuzdaki ölü düzenleme yerine bu sistemin tercih edilmesi, saklı pay kurumunun amacını daha başarılı olarak gerçekleştirmesini sağlar[79].

---

77 Breitschmid, **Zukunft**, s.298; Lange, **AcP**, 204 (2004), s.829 vd; Herzog, **FF** 2006/3, s.92.

78 Bkz. aşağıda §1.V.C.

79 Aciz belgesinin varlığı koşulunun aranması, böylelikle hükmü pratik açıdan uygulanamaz hale getirmektedir. Kanımızca, BGB §2338 ve ABGB §773 hükümlerinde yer alan savurganlık sebebiyle saklı payın sınırlandırılması kurumu, İspanyol mejora (kayırma) sisteminden de yararlanılmak suretiyle

Ailesel yakınlık bağını korumaya gerek kalmayan her bir durumu cezai mirasçılıktan çıkarma çatısı altında ele almaya imkân yoktur. Sözgelimi, boşanma halinde aile bağı kopar, ama mirasçılık sıfatı kanun gereği kaybedilmekte (MK m.181) ve ayrıca bir cezai çıkarma tasarrufu düzenlemeye gerek kalmamaktadır[80].

Yine ileride ele alınacak aile bağının kusura dayanmaksızın zayıfladığı hallerden birisi de "fiili ilişki yokluğu; bağlantıda olmama" (*Kontaktlosigkeit*) durumudur. Hiçbir kusur olmasa bile ve zorlayıcı bir neden olmaksızın, kendi istekleriyle, uzun zamandır ya da hiçbir zaman aralarında görüşme bulunmayan mirasbırakan ile saklı paylı mirasçı arasında fiilen yakın ailesel bağın varlığından söz etmek güçtür. Böyle bir ilişkide mirasbırakanın, aralarında fiilen aile bağı olmayan saklı paylı mirasçısına zorunlu olarak bir kısım miras payının intikal edecek olmasına seyirci kalması, saklı pay kurumunun amacına uygun düşmeyebilir. Cezai mirasçılıktan çıkarmada aranan kusurluluk ve önemli ölçüde aile hukuku yükümü ihlali şartları, sorunun cezai çıkarma içerisinde çözümünün güç olduğunu göstermektedir. Esasen ne bu sorunu cezai çıkarma kurumu bünyesine almak için zorlamaya ne de cezai çıkarma kurumunu amacından uzaklaşan bir şekilde esnetmeye gerek vardır. Bu soruna Avusturya Medeni Kanunundaki *Pflichtteilsminderung* (saklı payın azaltılması) modeli çözüm oluşturabilir

---

geliştirilerek hukukumuza alınabilir. *De lege ferenda* olarak önerimiz şöyledir: *"IV. Koruyucu Mirasçılıktan Çıkarma: MK m.513 – "Mirasbırakan, savurganlığı veya önemli ölçüde borçlanması nedeniyle, kendi altsoyunun geçimini tehlikeye atan saklı paylı mirasçısını, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak bu yarının, çıkarılanın altsoyuna mirasçı atama veya vasiyet yoluyla özgülenmesi şarttır. Bu yarı için, vasiyeti yerine getirme görevlisine, çıkarılanın altsoyunun talebi halinde, kendisine yıllık gelir ödenmesi şeklinde bir kazandırma yapılması da mümkündür (f.1). Mirasbırakan, savurgan ya da borç altında olmasa bile ekonomik durumu refahta olan saklı paylı mirasçısını, mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak çıkarmaya tabi payın geçim sıkıntısı yaşayan başka bir mirasçıya ya da mirasçılara özgülenmesi şarttır (f.2). Mirasbırakan tarafından tasarrufta açıkça gösterilen veya tasarruftan yorum yoluyla ya da yorumu destekleyen vasiyetname dışı olgularla kesin olarak anlaşılan koruyucu mirasçılıktan çıkarma nedenini, çıkarmadan yararlananlar ispat etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte miras açıldığı zaman hakkında borç ödemeden aciz belgesi bulunan saklı paylı mirasçının, savurgan veya önemli ölçüde borç yükü altında olduğu kabul edilir (f.3). Miras açıldığı anda lehlerine koruyucu çıkarma yoluyla kazandırma yapılan kimselerin geçim sıkıntısı ortadan kalkmışsa veya refah haldeki saklı paylı mirasçının, ekonomik durumunda önemli ölçüde güçleşme olmuşsa ya da borç ödemeden aciz belgesinin hükmü kalmamış veya bu borç tutarı çıkarılanın miras payının yarısını aşmıyorsa, koruyucu çıkarma tasarrufunun iptali istenebilir. Ayrıca mirasçılıktan çıkarmanın tenkisine ve ölüme bağlı tasarrufların genel iptal sebeplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (f.4)".*

80 Buna karşılık boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi durumunda mevcut yasal düzenlemenin yetersizliği ve *de lege ferenda* önerimiz için bkz. §2.II.C.2.b.(3).(b).(i).

(ABGB § 773a)[81]. Mirasbırakan ile saklı paylı mirasçısı arasında zorlayıcı bir neden olmaksızın ailesel yakınlık bağı kurulamadığında ve bu duruma mirasbırakan haksız yere ilişki kurmayı reddettiği için sebep olmadıkça, saklı payın yarı oranda azaltılması olanağı hukukumuzda da kabul edilebilir.

4. Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırmada Yapılan Değişikliklerin Hukukumuz Açısından Değerlendirilmesi

Alman Medeni Kanununda 2009 değişikliği öncesinde saklı paydan uzaklaştırma (*Pflichtteilsentziehung*)[82] nedenleri altsoy, eş ana ve baba için ayrı hükümlerde düzen-

---

81 Bu modelin İsviçre Hukuku açısından da kabul edilmesi gerektiği yolunda *de lege ferenda* benzer çözüm önerisi için bkz. Gubser, **a.g.e**, s.222 vd. Alman Hukuku bakımından aynı çözümü öneren: Herzog, **FF** 2006/3, s.94.
ABGB §773a gereğince, "Mirasbırakan ve saklı paylı mirasçı arasında hiçbir zaman bir ailede ya da hısımlık ilişkisinde alışılagelmiş yakınlık bağı oluşmamışsa, mirasbırakan onun saklı payını yarısı oranında azaltabilir (1). §771 ve §772 uygun olduğu ölçüde uygulanır (2). Mirasbırakan nedensiz yere kişisel ilişki kurmayı reddetmişse, saklı payı azaltma hakkı olmaz (3)". ABGB 773a hükmünün üçüncü fıkrası, 1.12.2000 tarihinde hükme eklenmiş (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl. I 135/2000) ve birinci fıkrada 1 Ocak 2004 tarihinde değişiklik yapılmıştır. (Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004, BGBl I 2004/58). Bkz. Peter Apathy in Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger, **Kurzkommentar zum ABGB**, 2. überarb. und erw. Aufl., Vienna, Springer-Wien, 2007, **§ 773a**, N.1 vd; Bernhard Eccher, **Bürgerliches Recht Band VI Erbrecht**, 3., aktualisierte Aufl., Vienna, Springer-Wien, 2008, § 11, N.11/23. Avusturya'da bu sorun daha çok evlilik dışı doğan çocuk ile babası veya boşanma sonrasında babadan velayeti alınan çocuk ile babası arasında gözlemlenmektedir (Eccher, **a.g.e**, § 11, N.11/23).
İkinci fıkrada gönderme yapılan §771 hükmü, "mirasçılıktan çıkarma" nedeninin geçerliliğinin mirasçılar tarafından ispatlanması gerektiğini düzenler. Türk ve İsviçre Hukuklarından farklı olarak, ABGB § 771 gereğince, mirasçılıktan çıkarma nedeni (*Enterbungsgrund*), ölüme bağlı tasarrufta açıkça gösterilebileceği gibi, -MK m.512/I ve ZGB Art.479 hükümlerinin aksine olarak- bu sebebin yorum yoluyla tasarruftan anlaşılması da yeterlidir. Bu neden açıkça tasarrufta gösterilsin veya yorum yoluyla anlaşılsın fark etmeksizin, nedenin geçerliliğini mirasçılar ispatlayacaklardır. Böylece indirgeme nedeninin tasarruftan yorum yoluyla anlaşılması yeterli olacaktır. Bkz. Eccher, **a.g.e**, § 11, N.11/25; Apathy, in **KBB § 773a**, N.2.
Gönderme yapılan §772 hükmü ise, mirasçılıktan çıkarmanın, ancak kanuni şekil şartlarına sahip açık bir geri alma (*Widerruf*) tasarrufu ile ortadan kaldırılabileceğine ilişkindir. Başka deyişle Avusturya Medeni Kanunu, mirasçılıktan çıkarmada açıkça af yolunu kapamıştır.

82 Saklı paylı mirasçının tereke malları üzerinde saklı payı oranında ayni bir hakkı söz konusu olmayıp, yalnızca, terekeyi kazanmış olanlara yani atanmış mirasçılara karşı yasal miras payının yarısı değerinde nakdi bir alacak hakları vardır; başka deyişle saklı paylı mirasçı tereke alacaklısı konumundadır. Mirasbırakan kural olarak saklı payı kaldıramaz. Ancak istisnaen bazı koşulların varlığı halinde saklı payın kaldırılması mümkün olmaktadır (BGB § 2333, 2338). Ancak Alman Medeni Kanununda bu durum için "mirasçılıktan çıkarma (Enterbung)" tabiri değil; "saklı paydan uzaklaştırma (Pflichtteilsentziehung)" terimi tercih edilmiştir. Zira alman hukukunda "mirasçılıktan çıkarma" terimini kullanmak, durumu ortaya koymak açısından yeterince belirgin bir kavram olmaz. Alman Hukukuna göre saklı pay (*Pflichtteil*), miras hakkı (*Erbrecht*) değildir. Öyleyse saklı payın ortadan kaldırılması (*Pflichtteilsentziehung*), mirasçılıktan çıkarma terimi ile ifade edilemez. İsviçre Medeni Kanunundan farklı olarak, alman hukukunda saklı payı sınırlanmış olan kimse, mirasçılıktan çıkmış olmaz; aksine o, mirasçılık konumunu korumaya devam eder.

lenmekteydi (aBGB § 2333–2335)[83]. Reform önerilerinde çoğunluk, kural olarak saklı pay sisteminin korunması ama tasarruf özgürlüğünü artırmak adına saklı pay sisteminde sınırlandırmaya gidilmesi gerektiği görüşündeydi[84]. Bu çerçevede saklı paydan uzaklaştırma nedenlerinin genişletilmesi önerildi. Saklı pay konusunda tartışmaların yoğunlaştığı ve reform sürecinin yaşandığı bu dönemde Alman Federal Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi saklı payın Anayasanın garantisi altında olduğuna karar verdi. Bu durum, saklı pay korumasının tasarruf özgürlüğünün önünde yer almaya devam ettiğini gösterdi ve Reform düşünceleri için önemli bir sınırlama teşkil etti[85].

---

83 aBGB § 2333' e göre altsoy saklı payından şu hallerde uzaklaştırılabilmekteydi: 1- Altsoy, mirasbırakanın, mirasbırakanın eşinin veya mirasbırakanın başka bir altsoyunun hayatına kast ederse, 2- Altsoy, mirasbırakana veya onun eşine karşı kasten bedensel zarar veren cismani davranışlarda bulunmaktan dolayı kendisini sorumlu kılarsa; bununla birlikte, eş söz konusu olduğu takdirde, altsoyun bu eşin de altsoyu bulunması gerekir, 3- Altsoy, mirasbırakana veya onun eşine karşı bir cürüm veya kasten ağır bir cünha işlemekten dolayı kendisini sorumlu kılarsa, 4- Altsoy, mirasbırakana karşı kanunen yükümlü olduğu bakma borcuna kötüniyetle karşı gelirse, 5- Altsoy, mirasbırakanın iradesine aykırı olarak onursuz veya ahlaksız bir yaşam sürerse (bununla birlikte mirasın açılması tarihinde altsoy onursuz veya ahlaksız hayat sürmeyi sürekli olarak bırakmış bulunursa, saklı payının kaldırılması hükümsüz olur - aBGB § 2336, f.4-). Baba veya ana hakkında saklı paydan uzaklaştırılması nedenleri, baba veya ananın mirasbırakana karşı yukarıda 1, 3 ve 4 altında düzenlenen davranışlardan biri ile kendini sorumlu kılmasıdır (aBGB § 2234). Yine aBGB § 2333 Nr.1–4 arasında sayılan davranışları gerçekleştiren eş de saklı paydan uzaklaştırılabilirdi (aBGB § 2335).
2009 tarihli Reform öncesindeki BGB'den ya da İsviçre'deki eski kantonal hukuklarda düzenlemiş olandan farklı olarak, İsviçre ve Türk Medeni Kanununda mirasçılıktan çıkarma nedenleri, bütün saklı paylı mirasçılar için aynıdır. Alman hukukundaki üstsoy için ayrı, altsoy için ayrı, eş için ayrı nedenler düzenlenmiş değildir. *Rohr*'a göre bu gruplanma aslında kendiliğinden oluşmaktadır. Şöyle ki, örneğin anne-babanın çocuğuna karşı yaptığı kötü bir davranış çıkarmayı gerektirecek kadar ağır olmazken; çocuğun anne-babasına karşı aynı harekette bulunması aile bağlarını koparacak derecede ağır bir davranış kabul edilebilir (**a.g.e**, s.21).

84 Bu yazarlar için bkz. Herzog, **FF** 2006/3, s.86, dn.4.

85 Alman Anayasa Mahkemesinin önüne gelen, 19.4.2005 tarih ve BvR 1644/00 numaralı davada karara konu olan olayda, bir çocuk annesini çok ağır derecede hırpalamış ve onu ölümle tehdit etmişti. Bu davranışları nedeniyle anne, oğlunu saklı paydan uzaklaştırdı. Fakat daha sonra çocuk annesini öldürdü. İlk derece mahkemesi, saklı paydan uzaklaştırma tasarrufunu geçersiz buldu. Çünkü bu olayın gerçekleştiği tarihte, çocuğun Ceza Hukuku açısından "cezalandırılabilme yeteneği" yoktu. Daha sonra çocuğun yasal danışmanının, saklı payın ödenmesi için dava açması karşısında, diğer mirasçılar Anayasaya aykırılık iddiasında bulundular. Sonunda, çocuğun cana kast niteliğindeki eylemi sebebiyle saklı paydan uzaklaştırılabilmesi için Ceza Hukuku anlamında kusurlu olmasının (cezalandırma yeteneğinin) gerekmediğine karar verildi.
Alman Anayasa Mahkemesinin önüne gelen 194.2005 tarih ve 1 BvR 188/3 numaralı davada karara konu olan olayda, saklı paylı mirasçı olan oğul, kendi çocuğu ile mirasbırakanı olan babasının (yani dede ile torunun) görüşmesini engellemekteydi. Mirasbırakan, ağır bir hastalık geçirdiği için yatırıldığı hastaneden taburcu edildiği ve kendisine bundan böyle her türlü üzüntünün yasaklandığı doktorlarca açıklandıktan sonra, mirasbırakanın oğlu, mirasbırakanın torununa yazdığı mektupların torununa ulaşmasını da engelledi ve bu yolla iletişimi de yasakladı. Bunun üzerine mirasbırakan, oğlunu, sağlık durumunun kötüleşmesine neden olduğu için saklı paydan uzaklaştırdı. Yerel Mahkeme, bu tasarrufu geçerli kabul etmedi. Çünkü -Türk ve İsviçre Hukukundan farklı olarak, Alman Medeni Kanununda (bakım ve destekleme yükümüne kötüniyetle aykırılık hariç (BGB § 2333, Nr.3)) bütün ailesel yüküm

Alman Hukukunda Reform öncesinde Alman Anayasa Mahkemesi kararının da etkisiyle saklı pay sisteminin korunması gerektiği, fakat saklı paydan uzaklaştırma nedenlerinin (aBGB § 2333 vd), tasarruf özgürlü ve saklı pay dengelemesini sağlamakta yetersiz kaldığı ve nedenlerin genişletilmesi gerektiği fikri savunulmuştur[86]. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, saklı paydan uzaklaştırma nedenlerinin dengeyi sağlamada yeterli olduğu ve bir alacak hakkı niteliği taşıyan saklı pay oranı dışında kalan kısımda mirasbırakana tanınan tasarruf özgürlüğünün yeterli olduğu sonucuna vardı. Anayasa Mahkemesi ayrıca saklı pay kurumun tarihi ve geleneksel temelleri olduğuna ve birçok hukuk sisteminde bu kuruma yer verildiğine işaret etti. Saklı pay kurumunun anayasal temelleri olduğuna değinilen kararda, saklı payın ortadan kaldırılmasının Anayasa değişikliği ile ancak mümkün olabileceği vurgulandı[87]. Kararda dayanılan diğer bir gerekçe de saklı pay kurumunun yakın aile bağının, dolayısıyla nimetler külfetler dengesinin ve mirasın ekonomik güvence fonksiyonun bir sonucu olduğu yolundaki genel ilkedir[88]. Başka bir deyişle, saklı payın, zaruret halinden (ekonomik sıkıntıyı giderme aracı olmaktan) bağımsız bir kavram olduğuna değindi. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, saklı paydan uzaklaştırma nedenlerinde kanun koyucunun amaca uygun olarak genişletici değişiklik yapabileceğini (*Gestaltungsspielraum*) ve böylece

---

ihlalleri saklı paydan uzaklaştırma nedeni olarak düzenlenmiş değildi. BGB 2333, Nr.2 hükmünde ise, kasten bedensel bir zarar vermek saklı paydan uzaklaştırma nedeniydi ve yerel mahkeme, bu olayda kasten bedensel zarar verme amacının olmadığına karar verdi. Anayasa Mahkemesi ise bu olayda en azından kasten bir bedensel zarar vermenin gerektiği yolundaki BGB § 2333, Nr.2 hükmünün Anayasaya uygunluğunu onayladı.

86 Dieter Leipold, **Münchener Kommentar zum Brügerlichen Gesetzbuch**, Bd.9, Erbrecht, §§ 1922-2335, §§ 27-35 BeurkG, 4. Aufl., München, Beck, 2004, Einl. Zum Erbrecht, N.28 vd; karş. Heinrich Lange, **Münchener Kommentar zum Brügerlichen Gesetzbuch**, Bd.9, Erbrecht, 4. Aufl., München, Beck, 2004, **§2303**, N.3-5. Kararsız: Ulrich Haas, in: **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 5, Erbrecht, Neubearb., Berlin, Sellier-de Gruyter, 2006, **§ 2303 vd**, N.14. Karşı görüşte Dieckmann, **Soergel**, **Vor § 2303**; Stephanie Herzog, **Die Pflichtteilsentziehung** - ein vernachlässigtes Institut**:** Kann eine Reform des Pflichtteilsentziehungsrechts dem Pflichtteilsrecht im neuen Jahrtausend zu Bestand verhelfen?, Bielefeld, Gieseking, 2003, s.310 vd.

87 Karşı görüşteki *Herzog*'a göre, tasarruf özgürlüğü de Anayasada korunan değerler arasındadır ve saklı pay kurumunda yapılacak değişiklikler Anayasaya aykırılık teşkil etmez (**FF** 2006/3, s.90).

88 Buna karşılık bu gerekçe, yakın ailesel bağın ve dayanışmanın saklı payla değil, tasarruf özgürlüğü yoluyla sağlanacağı şeklinde eleştirilmiştir. Buna göre dul ve çocuklu kimselerin evlenerek kurdukları yeni yuvada üvey çocuğun korunması bakımında saklı pay bir çözüm üretememektedir. Öte yandan yaşanan olaylar göstermiştir ki, tasarruf özgürlüğü mirasbırakan tarafından çoğunlukla evlilik dışı yaşam ortağını, üvey çocuğunu korumak adına yani yine günümüzdeki yeni ve değişik ailesel formları korumak adına kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında, arkaik aile yapısını esas almış, çağın gereklerini göz ardı etmiştir: Herzog, **FF** 2006/3, s.91.

altsoyun kesinlikle kabul edilemez nitelikteki bazı davranışlarının saklı paydan uzaklaştırma nedeni olması gerektiğine işaret etti. Ancak vahamet arz eden ve mirasbırakanı derinden sarsan olayların saklı paydan uzaklaştırma nedeni olması gerektiğine değinilirken, kusur prensibi ise yadsınmadı. Aksi halde saklı pay kurumu işlevini yitirirdi[89]. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, kusurun Ceza Hukukuna göre belirlenmeyeceğine ve doğal anlamda suç işleme niyetinin ya da kastının (*Vorsatz im natürlichen Sinne*) gerekli ve yeterli olduğuna karar verdi[90].

Yüksek Mahkeme ve öğreti BGB § 2333, Nr.1 ve 2 bakımından kanunda açıkça ifade edilmese de kasten bedensel zarar vermenin, mirasbırakan için ailesel yakınlığı sarsıcı olması gerektiğini kabul etmektedir. Benzer bir ağırlık unsuru Nr.3'te yer alan bakım ve destekleme yükümünün ihlali için de öğretide dile getirilmektedir (*verwerflichen Handlung*)[91]. Ayrıca belirtelim ki, onursuzca veya ahlaksızca yaşam sürme şeklindeki saklı paydan uzaklaştırma nedeni (aBGB § 2333, Nr.5), belirsiz, kişilik haklarına ve Anayasanın kişisel özgürlükleri koruyan hükmüne aykırı görülmekteydi[92]. Alman Anayasa Mahkemesinin verdiği karar, hâkim öğreti doğrultusunda ve saklı paydan yana bir karar olarak nitelenerek eleştirilmiştir[93].

Alman Miras Hukukunda 1 Ocak 2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere yapılan değişiklikle[94].gerçekleştirilen kısmi reform, Alman Anayasa Mahkemesinin verdiği saklı payın Anayasa ile garanti altında olduğu yolundaki kararın etkisi altında şekillenmiş ve bu değişiklik, tasarruf eğilimini artırmaya yönelik yeni eğilimi savunan yazarlarca, bir reform niteliğinde olmadığı yolunda eleştirilmiştir[95]. Kısmi reform açısından bu çalışmanın konusunu ilgilendiren en önemli husus, saklı paydan uzaklaştırma nedenlerinde yapılan değişikliktir. Bu değişiklikle BGB § 2333 hükmü şöyle düzenlenmiştir: *"Mirasbırakan şu hallerde altsoyunu mirasçılıktan çıkarabilir: (1) 1-Altsoy, mirasbırakanın, eşinin, diğer bir altsoyunun veya yakınının hayatına kast ederse, 2- birinci bendde sayılan kimselere karşı cürüm veya kasten ağır bir cünha işlenmesinden sorumlu ise, 3-Kendisine yüklenen yasal bakım (destekleme) yükümünü*

---

89 Karşı görüşte: Herzog, **FF** 2006/3, s.92.

90 Aynı yönde Herzog, **FF** 2006/3, s.91 ve **Pflichtteilsentziehung**, s.138, 349.

91 Karşı görüşte: Herzog, **FF** 2006/3, s.92. Yazara göre tıpkı kusur prensibinde olduğu gibi, bir de ağırlık unsurunun aranması tasarruf özgürlüğünü kısıtlar.

92 Herzog, **FF** 2006/3, s.92 ve **Pflichtteilsentziehung**, s.65 vd..

93 Herzog, **FF** 2006/3, s.95.

94 Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts (**BGBl** I, 3142).

95 Gerrit Langenfeld, "Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts - Inhalt und Praxisfolgen", **NJW**, Heft 43, 2009, s.3121 vd.

kötüniyetle yerine getirmezse veya 4-kasten işlediği bir suç nedeniyle en az bir yıl süreli ertelemesiz hürriyeti bağlayıcı ceza almışsa ve bundan dolayı onun terekeye katılması mirasbırakan için katlanılmaz bir halde ise. Söz konusu kasten işlenen ağır suç nedeniyle, altsoyun psikiyatrik tedavi merkezine veya bağımlılık tedavi merkezine yatırılması durumunda da aynısı geçerlidir. (2) Birinci fıkra hükmü uygun olduğu ölçüde eşin ve ana-babanın saklı paydan uzaklaştırılması bakımından da uygulanır".

Yapılan bu değişiklikle birinci ve ikinci bend bakımından saklı paylı mirasçının fiilinden zarar görenlerin çevresi eski düzenlemeye oranla genişletilmiştir. Bununla birlikte birinci benddeki ihlale konu fiil aynen korunmuştur. Eski aBGB 2333/I, Nr.2 hükmünde yer alan kasten bedensel zarar vermeye ilişkin düzenleme hükümden çıkarılmıştır. Eski aBGB 2333/I, Nr.3 hükmünde yer alan cürüm ve kasten işlenen ağır cünhalar, bu suçlardan zarar görenlerin çevresi genişletilerek Nr.2 bendinde muhafaza edilmiştir. Eski dördüncü yeni üçüncü benddeki düzenleme aynen korunmuştur ve Türk İsviçre Hukuklarından farklı olarak tüm aile hukuku ihlalleri değil, sadece bakım yükümünün kötüniyetle ihlali saklı paydan uzaklaştırma nedenidir. Hükme eklenen son fıkra ise daha önce bulunmayan bir düzenlemedir. Bu düzenlemede ertelemesiz bir yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılan veya bende belirtilen eş değer ceza tedbiri uygulanan mirasçının işlediği suçun katlanılmaz (ağır) olması aranmıştır. Buna karşılık suçtan zarar görenlerin çevresi diğer bendlerde olduğu gibi sınırlandırılmamıştır. Eski düzenlemenin son bendinde yer alan onursuzca veya ahlaksızca yaşam sürme nedeni (aBGB § 2333/I, Nr.5 ve 2336/IV) hükümden kaldırılmıştır. Gereksiz tekrardan ibaret olan aBGB 2334 ve 2335 hükümleri de yürürlükten kaldırılmış ve bu hükümler yerine daha kısa bir metin olan yeni BGB § 2333/II hükmü eklenmiştir.

BGB § 2336'da, saklı paydan uzaklaştırma tasarrufunun bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla düzenleneceği (f.1), uzaklaştırma nedeninin tasarrufun düzenlendiği anda mevcut olması ve tasarrufta gösterilmesi gerektiği (f.2, c.1) hükümleri aynen korunmuştur. Buna karşılık ikinci fıkraya yeni bir cümle eklenmiştir. Buna göre, yeni eklenen uzaklaştırma nedeni (Nr.4) için suçun saklı paydan uzaklaştırma tasarrufu düzenlendiği anda işlenmiş olması ve katlanılmazlık (ağırlık) koşulunun yine bu anda mevcut olması gerektiği ve her iki şartın da tasarrufta gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Üçüncü fıkradaki uzaklaştırma nedeninin, bundan yararlananlar tarafından ispatlanması gerektiği şartı aynen korunmuş ve aBGB § 2333, Nr.5'in ilgasına paralel olarak aBGB § 2336/son ilga edilmiştir. BGB § 2337 hükmünde düzenlenen affın saklı paydan uzaklaştırmayı hükümsüz kılacağına dair hüküm de muhafaza edilmiştir.

Alman Medeni Kanunu reform sonrasında da kazuistik yöntemini korumaya devam etmiştir. Bu yeni değişikliğe rağmen genel itibariyle Alman Medeni Kanunu, Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarının gerisindedir. Yalnızca son fıkra bakımından üçüncü kişilere yer verilmesi bir ihtimal bir ileri adım olarak görülebilir. Bununla birlikte tıpkı

reform öncesinde belirtildiği gibi[96], kanımızca reform sonrasında da Alman Hukukundaki saklı paydan uzaklaştırma nedenleri sayıca çok gözükmekte ise de, aslında içerik olarak pek geniş sayılmazlar. Alman Kanun koyucusunun kazuistik bir metot kullanmasına rağmen, saklı paydan uzaklaştırma nedenleri daha sınırlandırılmış niteliktedir veya -eskiye nazaran ilerleme olsa da- kural olarak daha kesin kalıplar şeklindedirler. Soyut metodu tercih eden Türk ve İsviçre Medeni Kanunun düzenlemesi daha başarılıdır. Çünkü bu metotla, çıkarma nedenlerini sosyal ihtiyaçlara ve gelişmelere göre ayarlamak imkânı söz konusu olmaktadır[97].

Bizde, Alman Hukukundan farklı olarak, çıkarma nedeninin gerçekleşip gerçekleşmediği takdir edilirken bir özelliğe dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu özellik aslında metotlar farklı da olsa, her iki hukuk sistemi arasında göreceli bir paralellik olarak – kanımızca- nitelendirilebilir. Şöyle ki, MK m.510'da düzenlenen çıkarma nedenleri mirasçılıktan çıkarılanın altsoy, ana-baba ya da eş olmasına göre, durumun gerektirdiği özellik uyarınca farklı ölçülerin uygulanması şeklinde bir takdir yetkisinin kullanılmasını zorunlu kılar. Zira farklı saklı paylı mirasçıların fiillerinin ağırlıkları değerlendirilirken, mirasbırakan ile olan farklı sevgi bağları uyarınca farklı sonuçlara varılabilir[98].

Alman Medeni Kanununda yapılan değişiklikle Türk Medeni Kanunundaki gibi saklı paydan uzaklaştırma nedenlerinin bütün saklı paylı mirasçılar için aynı olarak kabul edilmesi daha isabetli olmuştur. Fakat çıkarma nedenlerini iki esas halinde toparlayan ve nedenlerin içeriğini, kapsamını ve uygulamasını belirleme bakımından somut olaya göre hâkime takdir yetkisi bırakan Türk ve İsviçre Hukukları hala daha ilerici bir düzenlemeye sahiptirler[99].

---

96 Tongsir, **a.g.t**, s.21.

97 Tongsir, **a.g.t**, s.21 ve Tongsir, **Düşünceler**, s.252.

98 Aynı yönde Tongsir, **a.g.t**, s.21.

99 Reform öncesi aynı yönde: Tongsir, **Düşünceler**, s.252. Alman Medeni Kanunun kazuistik ve katı kalıplar şeklindeki her bir saklı paylı mirasçı için farklı çıkarma nedenleri benimseyen düzenlemesine nazaran İsviçre ve Türk Medeni Kanunun soyut, genel, kapsayıcı ve esnek metodunu başarılı bulan Tongsir'e göre, "mirasbırakana veya yakınlarına karşı ağır bir suç işleme" (b.1) nedenine eklenecek genişletici bir unsura gerek bulunmamaktadır: Tongsir, **Düşünceler**, s.252–253. Yazara göre, mirasçılıktan çıkarma kurumunun daha işlevsel hale getirilmesi, mirasçılıktan çıkarma nedenlerinde değişiklik ya da nedenlerin sayısını artırma tarzında yapılmak gerekmez. Bunun yerine saklı payda ve saklı paylı mirasçılarda azaltmaya gidilmesi yoluyla mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün artırılması yeterli olur.

B. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN TASARRUF ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA YER ALIP ALMADIĞI

Mirasçılıktan çıkarma kurumu, Medeni Kanunun miras hukuku kitabının, birinci kısmının ikinci bölümünün ikinci ayırımında "tasarruf özgürlüğü" başlığı altında düzenlenmiştir. Bir görüşe göre[100], mirasçılıktan çıkarma, tasarruf özgürlüğü içerisinde ortaya çıkan bir haktır. Karşı görüşe göre[101], ancak istisnai bir durum olarak saklı paylı mirasçıların saklı paylarını ortadan kaldıran mirasçılıktan çıkarma, tasarruf özgürlüğü kapsamında görülemez.

Kanımızca mirasçılıktan çıkarma, tasarruf özgürlüğünün ne tamamen içinde ne de tamamen dışında olarak görülebilir. Mirasbırakan, saklı paylı mirasçısını dilediği gibi mirasçılıktan çıkaramayacağı için, mirasçılıktan çıkarma, konusu itibariyle tasarruf özgürlüğü olarak görülemez[102]. Buna karşılık mirasbırakan, mirasçılıktan nedeni oluşturan fiili gerçekleştiren saklı paylı mirasçıyı, mirasçılıktan çıkarıp çıkarmamakta; eş deyişle bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyip düzenlememekte özgürdür[103]. Yine mirasbırakan, ihlalde bulunan saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkardıktan sonra, onun saklı payı üzerinde başkaları lehine tasarrufta bulunup bulunmamak konusunda da özgürdür.

IV. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA HÜKÜMLERİNDE YORUM VE BOŞLUK DOLDURMA

Kanunda öngörülen çıkarma nedenleri, mirastan yoksunluk kurumunun aksine yeter derecede belirlenmiş ve yoruma gerek bırakmayan düzenlemeler niteliğinde değillerdir. Özellikle MK m.510/b.2 hükmünde yer alan çıkarma nedeni yorum yoluyla genişletilmeye elverişlidir. Aile hukuku yükümlerinin kapsamına nelerin gireceği ve bunlardan hangilerinin mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabileceği bir yorum meselesi-

---

100 Rohr, **a.g.e**, s.11; Baydar, **a.g.t**, s.1.

101 Bellwald, **a.g.e**, s.5.

102 Nitekim çıkarılanın, mirasbırakana göre de saklı paylı mirasçı olan bir altsoyunun mevcut olması durumunda, bu kişinin kendisine ait saklı payı talep etme hakkına sahip olması da (MK m.511/III) cezai çıkarmanın konusu itibariyle tasarruf özgürlüğünü sağlama aracı olarak görülemeyeceğini destekler. Mirasçılıktan çıkarma konusunda sınırlandırmaya tabi tutulmuş bir tasarruf özgürlüğü olduğu görüşünde: Ömer Arberk, **Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi**, Ankara, Yetkin, 2007, s.43 ve 83 vd.

103 Escher, **Art.477**, N.2; Tuor, **Art.477**, N.4; Bessenich, **Art.477**, N.2; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 90.

dir. Öte yandan gerek suç gerekse aile hukuku yükümü ihlalinin "ağır" olması koşulu, ağırlık kavramının içini yorumla ve takdir yetkisi ile doldurmayı zorunlu kılar[104]. Yine mirasçılıktan çıkarmanın sonuçları bahsinde, eşin birlikte mirasçı olduğu zümredeki mirasçı, o zümrenin tek mirasçısı ise ve mirasçılıktan çıkarılırsa, eşin hangi zümre ile mirasçı olacağı konusunda kanun boşluğu bulunmaktadır. Mirasçılıktan çıkarma nedeni geçersiz olduğunda, çıkarılan yalnızca saklı payına kavuşur (MK m.512/III) ve mirasbırakanın çıkarılanın miras payı üzerinde başkaları lehine kazandırmada bulunmadığı durumlarda, bakiye miras payı diğer yasal mirasçılara geçer. Fakat çıkarılanın altsoyu hayatta ise, bu durumda nasıl hesaplama yapılacağı, yorum ya da kanun boşluğu noktasında bir değerlendirmede bulunma zorunluluğunu doğurmaktadır[105]. Her biri ilgili bahislerinde ele alınacak olan bu konular bakımından burada işaret etmek istediğimiz husus, miras sistemi açısından kabul edilecek görüşe göre yorum ya da boşluk doldurmada farklı sonuçlara ulaşılabileceğidir. *Serozan*'a göre, hangi fiillerin mirasçılıktan çıkarma nedeni sayılabileceği konusunda "*değer yargısı, geniş ölçüde saklı paylı mirasçılık ile mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarına dayanan iradi mirasçılık arasındaki çatışmada hangi tür mirasçılığa ağırlık verilmesi gerektiği yolundaki hukuk politikası tercihine bağlıdır*"[106]. Buna karşılık, biz, miras sistemimiz karma bir rejim öngördüğünden, genel ya da bütüncül bir çözüm tarzı yerine korunmak istenen amaca göre bir yorum ve boşluk doldurma metodunun tercih edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz[107]. Konu iki aşamada ele alınmalıdır:

---

104 Çıkarma nedenlerinin geniş yorumlanmasının, mirasçılıktan çıkarma kurumunun istisnai niteliğine aykırı düşeceği, mirasçıyı sürekli mirasbırakanın baskısı altında tutacağı, buna karşılık çıkarma nedenlerinin dar yorumlanmasının suçun ödüllendirilmesi anlamı taşıyacağı, o halde yorumun sınırlarının her somut olaya göre titizlikle çizilmesi gerektiği yolunda: Şener, **Miras Hak ve Payları**, Ankara, Seçkin, 1996, s.173; Baydar, **a.g.t**, s.31–32.

105 Gerek önceki gerekse yeni Medeni Kanunumuzda yer alan sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdiren çıkarma, yoksunluk, red, feragat gibi sebeplerin, mirasbırakanın serbestçe tasarruf edebileceği kısma etkisi konusunda, eş de dâhil olmak üzere tüm yasal mirasçılar için düzenleme getirilmiştir. Ancak bu genel düzenleme, her zaman –sözgelimi çıkarmada– eş için uygulanamamaktadır; zira tatmin edici olmayan sonuçlarla karşılaşılmaktadır. Bu sebeple bu hallerde kanun boşluğu söz konusudur: Hasan Petek, "Mirasçılık Sıfatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi", **DEÜHFD**, 2002/2, s.165 vd.

106 Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.186 ve §1, N.62.

107 "Önemli olan şudur ki, mahfuz hisseli mirasçıların miras hakları, kanunun tanıdığı imkanlar dışında tahdit edilemez. Fakat bunun haricinde daima tasarruf serbestisinin esas olduğu göz önünde tutulmalıdır. Kanunda açıklık bulunan konularda esasen mesele yoktur. Kanunun ruhunun araştırılması ve boş-

Birinci aşama, mirasçılıktan çıkarmanın "konu" itibariyle tasarruf özgürlüğü kapsamında yer almaması noktasıdır. Eş deyişle mirasçılıktan çıkarma için kanun, tasvip edilsin ya da edilmesin, *de lege lata* sıkı koşullara bağlı çıkarma nedenleri öngörmüştür[108]. Son zamanlarda Kara Avrupası'nda hâkim olan tasarruf özgürlüğünün önündeki engelleri aşma ya da zincirleri kırma, hatta saklı payı tamamen ortadan kaldırma düşünceleri, mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin daha esnek yorumlanması ve hatta mirasçılıktan çıkarma koşullarının hafifletilmesine yönelik kanun değişikliği yapılması düşüncelerini beraberinde getirmektedir[109]. Nitekim bu eğilim etkisini kısmen göstermiş ve İsviçre ve Türk kanun koyucuları, prensip olarak hem saklı paylı mirasçılar hem de saklı pay oranlarında azaltmaya gitmiştir. Ancak, mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin hafifletilmesi konusunda adım atılmadığı gibi, Türk ve İsviçre yargı uygulaması çıkarma nedenlerinin tespitinde oldukça sıkı bir tavır sergileye gelmiştir. Bu durumda şı değerlendirme yapılabilir. Tasarruf özgürlüğünü artırmaya yönelik saklı pay kurumunda yapılan değişikliklere rağmen, kanun koyucu tasarruf özgürlüğü ve saklı pay koruması arasındaki göreceli terazinin saklı pay kefesinde aileyi ve yakın aile üyesi mirasçıları korumaya devam etmektedir.

Esasen mirasçılıktan çıkarma kurumunun, saklı paydan kurtulma aracı olarak görülmesi kanımızca Türk İsviçre Hukukları açısından yerinde değildir. Zira mirasçılıktan çıkarmanın *ratio legis*'i, mirasbırakana tasarruf özgürlüğü sağlamak değil, saklı pay korumasına layık olmayan mirasçının dokunulmazlığına son vermektir. Saklı pay koruması kalktıktan sonra, mirasbırakan çıkarılanın miras payında tasarruflarda bulunma

---

lukların doldurulmasında ise, konunun hangi prensibin hakim olduğu alana girdiği tespit edilmelidir": Oğuzman, **a.g.e**, s.10.

108 Kanundaki bu sıkı koşullara eleştirel bakış açısıyla yaklaşan *Druey*'e göre kanunun bu tercihi, saklı pay kurumunun ne kadar çok ciddiye alındığının bir göstergesidir (**a.g.e**, §6, N.57).

109 Tüm bu eğilimlere rağmen Almanya'da Alman Anayasa Mahkemesi saklı pay, saklı paydan uzaklaştırma ve saklı paydan yoksunluk kurumlarının Anayasaya uygun olduğunu kabul etmiş ve saklı payın Anayasa ile garanti altına alınan dokunulamaz, koşula bağlanamaz bir hak olduğu sonucuna varmıştır (BVerG 19.4.2005, BvR 1644/00 ve BvR 188/03, NJW 2005, 1561).
Diğer yandan Alman Medeni Kanununun saklı paydan uzaklaştırma (*Pflichtteilsentziehung*) hükümlerinde (BGB §2333 vd) yapılan değişikliğin, büyük bir "açılım" getirmediği ve İsviçre Türk Medeni Kanunlarında zaten bir asıra yakındır var olan mirasçılıktan çıkarma kurallarındaki esnekliğe ancak 2010 yılı itibariyle –ve kısmen– gelebildiği ortadadır. Hatta Alman öğretisindeki tüm özgürlükçü akımlar karşısında bu değişiklik bir hayal kırıklığı olarak da görülebilir. Bütün bunlar, tüm karşı eğilimlere rağmen, en azından halkın iradesini yansıtan ve hukuk politikasını belirleyen kanun koyucuların saklı pay kurumunu korumayı sürdürmeye yönelik iradelerini ortaya koymaktadır.

özgürlüğüne kavuşursa da, bu mirasçılıktan çıkarmanın nedeni değil, sonucudur. Bu nedenle "tasarruf özgürlüğünün önünü açmak düşüncesine dayanan" genişletici yorum arayışları, dayandığı gerekçe itibariyle isabetli değildir. Kanımızca, çıkarma nedenleri bakımından genişletici yorumda dayanılması gereken nokta, tasarruf özgürlüğünün önünü açma düşüncesi değil, ailesel yakınlık bağını koruma gayesi olmalıdır. Zira mirasçılıktan çıkarma kurumu, "saklı pay korumasına layık olmama" olgusunu cezalandırdığına göre, kanunda açıklık olmayan hallerde, saklı pay korumasına layık olmadığını gösteren saklı paylı mirasçıyı koruyan bir yorum tarzı artık tercih edilmemelidir[110].

Öte yandan bizim de katıldığımız saklı pay kapsamında kanun koyucunun Medeni Kanunda yasal mirasçılığı esas aldığı ve koruduğu görüşü, çıkarma nedenlerinin mutlak bir şekilde dar yorumlanmasını gerektirmez. Daha açık deyişle, çıkarma nedenlerinin yorumlanmasında, *ratio legis* olan "yakın aile bağını koruma" düşüncesi temel alınacağına göre, bu korumaya layık olmadığını gösteren mirasçıyı, körü körüne korumaya devam ederek çıkarma nedenlerini -adeta Ceza Hukukundaki ünlü kanunilik prensibinde olduğu gibi- dar ve şekilci bir yoruma tabi tutup, mirası mirasçıya geçirmeye çalışmak da yerinde olmaz. Öyleyse ne yasal mirasçılık ne de iradi mirasçılık konusundaki seçilecek hukuk politikasının, bütüncül ve genel bir bakışla doğrudan mirasçılıktan çıkarma kurumunu etkilemesi mümkün değildir. Meğer ki saklı pay ve mirasçılıktan çıkarma sistemini kökten değiştiren bir reform gerçekleştirilsin!

Yorum ve boşluk doldurmanın rol oynayabileceği ikinci aşama ise, mirasçılıktan çıkarmanın hükümleri bahsidir. Başka deyişle geçerli bir mirasçılıktan çıkarmanın sonucunda, mirasbırakanın çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunabileceğine dair kanunda hüküm yer alsa da (MK m.511), boşluk bulunan bazı noktalar vardır. Eşin birlikte mirasçı olduğu zümredeki mirasçı, o zümrenin tek mirasçısı ise ve mirasçılıktan çıkarılırsa, eşin hangi zümre ile mirasçı olacağı konusundaki kanun boşluğu doldurulurken, eşin mi yoksa diğer yasal mirasçıların mı korunacağı, ya da çıkarılanın miras

---

[110] Sözgelimi, ileride inceleneceği üzere, mirasbırakanın aile üyesine karşı aile hukuku yükümlerini önemli ölçüde yerine getirmeyen mirasçı, mirasçılıktan çıkarılabilir (MK m.510, b.2). Burada aile üyesi kapsamına kimin girip kimin girmeyeceği belirlenirken, saklı payın da gayesi olan "yakın ailesel bağ" referans alınmalı ve ancak bu gerekçeye dayanmak suretiyle dar yorum yapıl**ma**malıdır.

payında tasarrufta bulunulmuşsa tasarruf özgürlüğüne mi öncelik tanınacağı soruları ile karşılaşılır. Karma rejim olan miras hukukumuzda bu kere mirasbırakanın tasarruf özgürlüğüne ağırlık verilmesi, son yıllardaki eğilime de uygun düşer. Çünkü saklı payı ortadan kaldırmak konusunda yakın aile üyesi mirasçıları koruyan sıkı politikanın yerini, çıkarmaya tabi miras payının akıbeti bakımından tasarruf özgürlüğü politikası almaktadır. Kanun koyucu, mirasçılıktan çıkarma yoluyla saklı pay korumasının kalktığı hallerde, bu payın mutlaka diğer mirasçılara geçirilmesi şeklinde bir düzenlemeyi kural olarak tercih etmemiş, aksine mirasbırakana tasarruf özgürlüğü imkânı vermiştir[111].

V. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Aşağıda mirasçılıktan çıkarma ile miras sistemi içerisinde mirasçılık hakkını ortadan kaldıran diğer kurumlar karşılaştırılacaktır. Miras sistemi dışında kalan ve miras hakkını kaldıran ya da azaltan diğer kurumlar, kendi ilgili oldukları alanlarda ayrı incelemeyi gerektirmektedir ve bu çalışmanın amaç ve kapsamını aşmaktadır[112].

A. MİRASTAN UZAKLAŞTIRMA İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Mirasçılıktan çıkarma yalnızca saklı paylı mirasçılar için ve saklı payı tamamen ya da kısmen ortadan kaldırma amacına hizmet eden bir kurumdur. Oysa mirastan uzaklaş-

---

111 Kuralın istisnasını çıkarılanın mirasbırakana göre saklı paylı mirasçı olan bir altsoyunun varlığı oluşturmakta ve söz konusu altsoy mirasçılıktan çıkarma halinde kendi saklı payını talep edebilmektedir (MK m.511/III). Şayet mirasbırakan tasarrufta bulunmazsa çıkarılanın miras payı, diğer yasal mirasçılara geçebilmektedir (MK m.511/II).

112 Gerçekten de ilgisi olan her türlü konunun burada karşılaştırılmalı olarak ele alınmasına olanak bulunmamaktadır. Örneğin mirasçılıktan çıkarma ile karşılaştırmaya müsait olan vatandaşlıktan çıkarmanın miras hakkının kaybına sebep olup olmayacağı sorunu, tamamen ayrı incelemeyi gerektiren bir konudur. Bu konuda bkz. İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.467 vd, özellikle s.470–471. Öte yandan karşılaştırmaya müsait diğer bir konu da mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde mal ortaklığını seçen eşlere tanınan, altsoyun saklı payını azaltabilme imkânıdır. Bu imkân, saklı payı ortadan kaldırma özelliği bakımından mirasçılıktan çıkarma ile karşılaştırılabilir. Fakat mirasçılıktan çıkarmadan farklı olarak eMK m.222'de getirilen imkân, evlilik kurumunun bir fer'i olan mal rejimi sözleşmesine ilişkin olup, doğrudan doğruya miras hukukuna dâhil değildi (Tongsir, **a.g.t**, s.18). Bu düzenleme ile ortaklık mallarının yalnızca 1/4'ü altsoy yararına saklı tutulmak ve öğretide kabul edildiği üzere MK m.2 hükmüne aykırı olmamak kaydıyla, eşlere altsoyun saklı payını bir dereceye kadar azaltabilme hakkı tanınmıştı. Bugün, eMK m.222'yi karşılayan MK m.276 hükmünde saklı payı azaltma imkânı bulunmamaktadır. Hatta MK m.276/son gereğince mal ortaklığı sözleşmesi ***altsoyun saklı paylarını zedeleyemez***. Fakat yeni MK m.506 hükmü ile altsoyun saklı pay oranı 3/4'ten 1/2'ye düşürüldüğü için, pratik olarak eski hükümden farklı bir sonuç getirilmiş değildir.

tırma (*exclusion*)[113], saklı paylı olmayan mirasçıların miras dışına itilmeleri veya saklı paylı mirasçıların miras paylarının tasarruf edilebilir kısmı bakımından mirasın dışında bırakılmaları amacına hizmet eden bir kurumdur. Mirasçılıktan çıkarmadan farklı olarak mirastan uzaklaştırma, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğüne dâhildir[114]. Mirastan uzaklaştırma bakımından, kanunun cezai mirasçılıktan çıkarma için aradığı koşullar aranmaz. Böyle bir tasarrufun mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birine ve daha da ötesi herhangi bir sebebe dayandırılması ve bu sebebin ölüme bağlı tasarrufta gösterilmesi gerekmez[115]. Mirasbırakan, bir mirasçılıktan çıkarma nedeni bulunsa da bu-

---

113 "Mirastan uzaklaştırma" kavramı yerine "*mirastan ihraç*" kavramı da kullanılmıştır. Fransız Hukukunda mirastan uzaklaştırma için "*exclusion de la succession*", mirasçılıktan çıkarma için "*exhérédation*" terimi kullanılmıştır.

114 *Piotet*, "geniş anlamda mirasçılıktan çıkarma" ile saklı paylı olmayan yasal mirasçıların mirastan uzaklaştırılmasını, "dar anlamda mirasçılıktan çıkarma" ile kanunun kastettiği teknik anlamıyla saklı paylı mirasçının mirasçılıktan çıkarılmasını anlamaktadır (**SPR IV/1**, s.415). *Piotet*'ye göre: "*Dar anlamda mirasçılıktan çıkarma, bir ölüme bağlı tasarruftur ki bununla mirasbırakan, olumlu tasarrufta bulunarak bir mirasçısını tamamen ya da kısmen saklı payından uzaklaştırmaktadır*". Olumlu tasarrufla kastedilen, çıkarmaya tabi miras payı üzerinde sonuçta bir başkasının, mirasbırakan iradesi gereği ya da kanun gereği hak sahibi olacak olmasıdır. Ez cümle, en son mirasçı olan Devlet'in de mirasın dışına itilmesine yönelik bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapılamaz (Piotet, **SPR IV/1**, s.414). Saklı paylı olmayan bir mirasçının mirastan uzaklaştırılmasını, "geniş anlamda mirasçılıktan çıkarma" (*Enterbung im weiteren Sinne*) olarak nitelendirenler de gerçek anlamıyla mirasçılıktan çıkarmanın, Medeni Kanunda düzenlendiği şekliyle "dar anlamda mirasçılıktan çıkarma" (*Enterbung im engeren Sinne*) olduğunu kabul ederler. Zira mirasçılıktan çıkarmada önemli olan mirasbırakan tarafından saklı payın ortadan kaldırılmasının amaçlanmasıdır: Piotet, **SPR IV/1**, s.414–415; Rohr, **a.g.e**, s.8; Nobs, **a.g.e**, s.22; Bellwald, **a.g.e**, s.4, dn.2.
Saklı paylı olmayan mirasçıların her zaman mirasçılıktan çıkarılabileceği yönünde: Arbek, **a.g.e**, s.83. Hukuk tekniği açısından saklı paylı olmayan mirasçılar için mirasçılıktan çıkarma teriminin kullanılması isabetli değildir. *Kılıçoğlu*'na göre "*Yasada, mirasçılıktan çıkarma, her ne kadar saklı paylı mirasçılar için getirilen bir düzenleme gibi görünüyorsa da saklı paylı olmayan mirasçılar için de mirasçılıktan çıkarma olanaklıdır. / Saklı paylı mirasçılar için bu düzenlemeyi getiren yasa koyucunun saklı paylı olmayan mirasçılar için bu kurumu öngörmemiş olması esasen mantıklı değildir*" (**Miras**, s.163). Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Çünkü kanunda bu yolda hüküm bulunmasa dahi mirasbırakanın tasarruf oranı kapsamında dilediği gibi tasarrufta bulunacağına dair hüküm bulunması, zaten "mirastan uzaklaştırma" kurumunu kendiliğinden ortaya koymaktadır. Öğretide kavram karışıklığına yol açmamak adına, saklı payı kapsamayan tüm miras dışı bırakmaları anlatmak üzere "mirastan uzaklaştırma" teriminin kullanılması, son derece yerindedir.

115 İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, Y ile Z 1975 yılında mal rejimi sözleşmesi yanı sıra yaptıkları miras sözleşmesi ile daha önce ölenin diğerinin mirasını alacağı ve sonraki tasarrufla aksine irade ortaya koyulmadıkça, diğer eşin de ölümünden sonra terekenin, her eşin yasal mirasçılarına yarı yarıya geçeceğini öngörmüşlerdi. Fakat Y, 1989 yılında yaptığı bir vasiyetname ile 1975 tarihli tasarrufa ek ve değişiklik yaptığını açıklamıştır. Y, eşi Z'yi yegâne mirasçı olarak atamış ve kendisinin ölümünden sonra miras kurallarıyla bağlı olmaksızın istediği gibi tasarruf edebileceğini belirtmiş ve "*mirasçılarımızın saklı pay hakkı yoktur, yani mirasçılıktan çıkarılmışlardır. Eşim hayatının son dönemini kendileriyle birlikte iyi geçirdiği kimselere ve değer verdiği arkadaşlarına tasarrufta bulunabilir.*" ifadesini kullanmıştır. Tasarrufta mirasçılıktan çıkarma ifadesi kullanılmış olmasına rağmen, aslında burada mirastan uzaklaştırma söz konusudur. Y uzaklaştırma nedeni olarak eşi açısından, kardeşleri tarafından eşine ağır derecede kabul edilemez davranışlarda bulunulmasını ve kendisi açısından hiçbir zaman kendisinin akraba olarak görülmemesini ve yeğenlerinin eşini bile tanımamalarını, bir ilişki kurulmamasını göstermiştir. Bu tasarrufa karşı yeğen X tarafından açılan iptal davasında dayanılan nedenlerden birisi de, Y'nin ileri

lunmasa da her zaman "mirasçılıktan uzaklaştırma" tasarrufunda bulunabilir[116]. Bununla birlikte mirastan uzaklaştırma da tıpkı mirasçılıktan çıkarma gibi ölüme bağlı tasarruf şekline uygun olarak yapılması gereken maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur.

Mirastan uzaklaştırma, saklı paylı mirasçılar ile saklı paylı olmayan mirasçıların durumu bakımından ayrı ayrı ele alınmak gerekir. Mirasbırakanın kardeşi, yeğeni veya büyük ana-büyük babası saklı paylı mirasçılar değillerdir. Bu durumda mirasbırakanın bu kimselerin mirastan pay almalarını engellemeye yönelik tasarrufu, "mirastan uzaklaştırma" niteliğindedir[117]. Saklı paylı mirasçıların mirastan uzaklaştırılmaları ise, ancak saklı payları dışındaki miras paylarını ortadan kaldıran bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla olur. Böyle bir tasarruf, mirasçılıktan çıkarma olmayıp, yine mirastan uzaklaştırma teşkil eder[118]. Mirasbırakanın, tasarrufunda, saklı paylı mirasçıların miras paylarını azaltarak saklı pay seviyesine indirmesi ya da saklı paylı mirasçıya yalnızca saklı payını bıraktığını belirtmesi, mirasçılıktan çıkarma niteliğinde değil, mirastan uzaklaştırma niteliğindedir[119].

---

sürdüğü sebeplerin, MK m.510 (ZGB Art.477) anlamında objektif ağırlık ölçütüne uymamasıdır. Mirasbırakan, sadece ihlalde bulunan mirasçıları değil, ihlali olmayanları da mirastan uzaklaştırmıştı. Öte yandan mirasbırakanın uzlaşmaz ve dediğim dedik, içe kapanık tutumları mirasçıların ilişki kurmasına olanak sağlamamaktadır (birlikte kusur). Mirasbırakanın sübjektif algısı abartılı olup, objektif olarak bu algı haklı görülemez. Buna karşılık mirastan uzaklaştırma için objektif ağırlık ölçütü aranmaz. Öte yandan olayda tasarrufu sakatlayan bir yanılma (hata) da bulunmamaktadır. (BGer 5A.698/2008).

116 Tongsir, **a.g.t**, s.14; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.307; Oğuzman, **a.g.e**, s.209; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.371; Kılıçoğlu, **Miras**, s.163; M. Fatih Ülkü,"Mirastan Iskat", **Bursa BD**, S.60, 1998/12, s.42–56, s.42. Mirasçılıktan doğrudan ve tamamen uzaklaştırılan saklı paylı olmayan bir mirasçının, söz konusu tasarrufu hükümsüz kılan bir sebep (yokluk, butlan, kendiliğinden hükümsüzlük, MK m.557 gereğince iptal) bulunmadıkça, mirasçı olabilmesini sağlayacak elinde başkaca bir hukuki imkânı yoktur: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.307; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199.

117 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.441, 447; Tuor, **Art.477**, N.1; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.306–307; İmre/Erman, **a.g.e**, s.232; Oğuzman, **a.g.e**, s.209; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.371; Weimar, **Art.477**, N.2; Çakın, **a.g.m**, s.523; Ülkü, **a.g.m**, s.42; Antalya, **Miras**, s.214.

118 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.441; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.307; Köprülü, **a.g.e**, s.280; İmre/Erman, **a.g.e**, s.232; Ülkü, **a.g.m**, s.42; Antalya, **Miras**, s.214.

119 Weimar, **Art. 477**, N.2; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 90; Bessenich, **Art.477**, N.5; İmre/Erman, **a.g.e**, s.232; Çakın, **a.g.m**, s.523. Fakat mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerlilik koşulları tam olmakla birlikte, mirasbırakan saklı paylı mirasçısının saklı payı ile yetinmesini arzu ediyorsa, bu durumda hem mirasçılıktan çıkarma hem de mirastan uzaklaştırma koşulları aynı anda gerçekleşmiş demektir. Zira çıkarılan bu ihtimalde saklı payını zaten elde etmektedir. Bu durumda çıkarılanın saklı paylı altsoyu da mevcutsa MK m.511/II hükmüne göre mi, yoksa genel halefiyet kurallarına göre mi bir miras paylaşımının yapılacağı sorunu ile karşılaşılır. Zira tüm geçerlilik koşullarını taşıyan çıkarma tasarrufunun bu halde geçersiz olacağı her halde kabul edilemez. MK m.511/II gereğince çıkarılanın miras payı, mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmamışsa, onun saklı paylı altsoyuna intikal eder.

Öte yandan mirastan uzaklaştırma, doğrudan (açıkça) veya dolaylı (zımni) olabilir[120]. Eğer mirasbırakan bir mirasçısının mirasından pay almasını istemediğini ölüme bağlı tasarrufunda açıkça belirtmişse, "**doğrudan mirastan uzaklaştırma**" söz konusudur. Doğrudan uzaklaştırma saklı paylı olmayan mirasçılar için söz konusu olabileceği gibi, saklı paylı mirasçıların saklı payları dışında kalan kısımda da söz konusu olabilir[121].

Buna karşılık mirasbırakan, bir mirasçısının mirasından pay almaması yönündeki iradesini ölüme bağlı tasarrufta açıkça belirtmemiş ve fakat terekenin tamamında başka kişi ya da kişiler lehine tasarrufta bulunmuşsa, bu durumda "**dolaylı mirastan uzaklaştırma**" (*Übergehung, Auslassung*) söz konusu olur[122]. Yani mirasbırakan, başkalarına ölüme bağlı tasarruf yoluyla kazandırmada bulunmak suretiyle yasal mirasçısına bir şey bırakmayabilir ya da onu ihmal edebilir, dikkate almayabilir. Saklı paylı olma-

---

Oysa genel halefiyet kuralı uygulandığında selef (çıkarılan) mirasçı iken, altsoy (halef) mirasçı olamaz. Bu konuyu özelliği gereği ileride ilgili bölümde ele almaktayız. Bkz. §6.1.C.
Oysa *Tongsir*'e göre, bir mirasçılıktan çıkarma nedeni var olsa, bu neden tasarrufta gösterilmiş ve "mirasçılıktan çıkarma" terimi bile kullanmış olsa, miras hakkının kaldırılması iradesi tasarruf oranı sınırları içerisine kaldığı takdirde, burada bir "mirasçılıktan çıkarma" değil, "mirastan uzaklaştırma" söz konusu olur (**a.g.t**, s.15). Aynı yöndeki *Weimar*'a göre, mirasbırakanın, saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkardığına dair tasarrufta bulunduktan sonra, sağlararası bir tasarruf ya da vasiyet yoluyla çıkarılana saklı pay miktarınca kazandırmada bulunması ve onun tenkis davası açmasını engellemesi durumunda, yine teknik anlamda bir mirasçılıktan çıkarmadan söz edilemez (**Art.477**, N.2). Buna karşılık *Tongsir* ve *Weimar*, bu tespitte bulunmakla birlikte, sonuçta mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin miras hesaplamasının mı yapılacağı (MK m.511/II), yoksa genel intikal kurallarının mı uygulanacağı noktasında sessiz kalmaktadırlar. Ayrıca ekleyelim ki, çıkarmadan sonra çıkarılana kazandırmada bulunulması, af iradesi olarak yorumlanabilir. Fakat affın mirasçılıktan çıkarmaya etkisinin ne olacağı ayrıca tartışmalı olup konu ileride ayrıca incelenmektedir. Bkz. §4.I.E.

120 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.440, dn.1; Oğuzman, **a.g.e**, s.209, dn.554a; karş. Piotet, **SPR IV/1**, s.415.

121 Örneğin mirasbırakan M'nin, ölümünde geride saklı payı bulunmayan mirasçısı yeğeni Y ile diğer yeğeni Ü hayattadır. M, Y'yi mirastan uzaklaştırdığını açıkça beyan etmiş ve ona ait miras payını, diğer yeğeni Ü'ye bırakmıştır. Bu durumda Ü, mirastan yoksunluk, feragat gibi bir sebeple mirasçı olamasa veya mirası reddetmiş olsa bile, Y yine de mirastan pay alamayacaktır. Böylece Y'nin miras payı diğer kanuni mirasçılara kalır. Olayda başkaca mirasçı olmadığına göre, en son Devlet bu miras payını elde edecektir (MK m.501). Zira aksi bir çözümü benimsemek, mirasbırakanın iradesine ters düşer. Burada **saklı paylı olmayan bir mirasçının doğrudan mirastan uzaklaştırılması** söz konusudur.
Buna karşılık M'nin, geride kalan yegâne mirasçılarından oğlu A'yı, saklı payı dışında kalan kısım için mirasın dışında bıraktığını açıkça tasarrufunda öngörmesi ve uzaklaştırılan kısmı, diğer oğlu B'ye bırakması söz konusu olsaydı, **saklı paylı bir mirasçının doğrudan mirastan uzaklaştırılması** söz konusu olurdu. B mirastan yoksunluk, feragat gibi nedenlerle mirasçı olamadığında ya da mirası reddettiğinde, A yine de saklı payı dışında başkaca bir şey talep edemeyecekti.

122 Weimar, **Art.477**, N.2; benzer şekilde 2.HD 20.2.1997, 1192/1853 (**HukukTürk**).

yan mirasçılar dolaylı olarak uzaklaştırılabildiği gibi saklı paylı mirasçılar da dolaylı olarak uzaklaştırılabilir[123].

Kanımızca mirastan uzaklaştırma tasarrufunun sonucunda mutlaka miras hakkının tamamen ortadan kalkması gerekmez. Mirastan uzaklaştırmanın sonucunda, mirasbırakanın ölümü anında bir mirasçı miras hakkını tamamen[124] kazanamayabileceği gibi kısmen[125] de kazanamayabilir[126]. Son olarak önemle belirtelim ki, dolaylı

---

123 *Serozan*, saklı paylı yasal mirasçının payının tümünün üçüncü kişilere kazandırılması durumunda "nedeni gösterilmemiş bir zımni ıskatın" söz konusu olduğunu belirtir. Yazara göre, böylece terekeden hiçbir şey alamayan mirasçının, tereke borçlarından sorumlu tutulmasının önüne geçilmiş olur. Fakat bu mirasçı sonradan tenkis talep ederse, tereke borçlarından sorumlu tutulmalıdır ((Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.184); ayrıca bkz. Piotet, **SPR IV/1**, s.379; Oğuzman, a.g.e, s.203.

124 Mirasbırakan M, yukarıdaki örnekte yeğeni Y'yi uzaklaştırdığını açıkça beyan etmediği halde, diğer yeğeni Ü'yü tüm terekesi için mirasçı olarak atamışsa, bu tasarrufun sonucu olarak Y'ye mirastan bir pay düşmeyecektir. Bu durumda **saklı paylı olmayan bir mirasçının dolaylı olarak mirastan uzaklaştırılması** söz konusu olacaktır. Bu ihtimalde, doğrudan uzaklaştırmadan farklı olarak, tüm tereke için tek başına mirasçı atanan Ü, yoksunluk, red gibi bir sebeple mirasçı sıfatına sahip olamadığında Y miras hakkını kazanır. Zira mirasbırakan açıkça onun mirasçı olmaması yönünde iradesini ortaya koymuş (doğudan uzaklaştırma tasarrufunda bulunmuş) değildir.
M, tüm mirasını oğullarından B'ye bıraktığını tasarrufunda belirttiği halde, diğer oğlu A'dan hiç söz etmemişse, bu durumda **saklı paylı bir mirasçının dolaylı olarak mirastan uzaklaştırılması** söz konusu olur. Fakat şayet B, yoksunluk, feragat gibi bir nedenle mirasçı olamamış ya da mirası reddetmişse, bu kere A mirasçı olabilecektir. Ayrıca belirtelim ki saklı paylı mirasçı olan A'nın saklı payını aşan bu uzaklaştırma tasarrufuna karşı her zaman tenkis davası açma hakkı vardır. Başka bir örnek verelim: Tek mirasçısı oğlu A olan mirasbırakan, terekesinin yarısı için B'yi mirasçı atar. Burada A'nın saklı payı zaten ½ olduğu için, kalan ½ oranındaki miras payı bakımından B'nin mirasçı atanması, A açısından bir "mirasçılıktan çıkarma" ya da "kısmi çıkarma" gibi bir durum arz etmez. Sadece A, ½ oranında *mirastan uzaklaştırılmış* olur: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.307; 2.HD 20.2.1997, 1192/1853 (**HukukTürk**).

125 Örneğin M'nin ölümünde geride kardeşleri K ve L mirasçı olarak kalmıştır. M yaptığı vasiyetnamede L'nin tüm mirasının dörtte üçünü almasını istediğini belirtmiştir ve K'nın payından ise hiç söz edilmemiştir. Ancak yapılan tasarruftan dolaylı olarak K'nin payının dörtte bir oranında azaltılmak istenildiği anlaşılmaktadır.

126 Aynı sonuç (tam ve kısmi olma), mirasçılıktan çıkarma bakımından dahi öğretide büyük bir çoğunlukla kabul edilmektedir. Kısmi çıkarmada da çıkarılan kişi mirasçı sıfatını korumaktadır. Bkz. §2.I.B.
Dolaylı uzaklaştırma bakımından, mirasbırakanın terekesinde hiçbir tasarrufta bulunmadığı bir hal söz konusu olmaz. Zira dolaylı uzaklaştırmada, işin mahiyeti gereği, mirasbırakan terekenin en azından bir kısmında başkaları lehine bir kazandırmada bulunmuş ve bu kazandırmaların sonucunda dolaylı olarak mirasçının miras payının en azından bir kısmı mutlaka azalmış demektir. Buna karşılık *Piotet*, mirasçılıktan çıkarmayı, geniş anlamdaki mirasçılıktan çıkarma (Enterbung *lato sensu*; çalışmamızda benimsediğimiz anlamda mirastan uzaklaştırma) ve dar anlamdaki mirasçılıktan çıkarma (Enterbung *stricto sensu*; MK m.510 vd. anlamında mirasçılıktan çıkarma) olarak ikiye ayırmaktadır. Yazara göre, ölüme bağlı tasarruf yoluyla başkalarına kazandırmada bulunulurken mirasçının kazandırma dışında bırakılması (*Übergehung*), geniş anlamdaki mirasçılıktan çıkarmadan (Enterbung *lato sensu*) farklı olduğu gibi, dar anlamdaki mirasçılıktan çıkarmadan da (Enterbung *stricto sensu*) farklıdır. Çünkü mirasbırakanın üçüncü kişiye kazandırmada bulunurken, mirasçısını kazandırma dışında bırakabilmesi (*Übergehung*), yalnızca üçüncü kişinin tüm mirası kazanması durumunda mümkündür (**SPR IV/1**, s.415). Aynı yönde Kılıçoğlu, **Miras**, s.161–162, 163; karş. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.184. *Kılıçoğlu*'na göre, mirasbırakan, ancak terekesinin tamamında tasarrufta bulunmuşsa, dolaylı uzaklaş-

mirastan uzaklaştırma mümkün iken, "dolaylı bir mirasçılıktan çıkarma" mümkün değildir[127].

B. MİRASTAN YOKSUNLUK İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Mirastan yoksunluk (*Erbunwürdigkeit, indignité*), kanunda sayılan belirli sebeplerin[128] varlığı halinde, bir mirasçının mirasçılık sıfatının kendiliğinden ortadan kalkması ya da lehine vasiyet yapılmış kişinin vasiyet alacağının kendiliğinden hükümsüzleşmesidir[129]. Mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarmayı "tamamlayan" bir kurumdur[130]/[131].

---

tırma mümkündür. Eğer mirasbırakan terekenin tamamında tasarrufta bulunmamışsa veya kısmen tasarrufta bulunmuşsa, yasal mirasçıların mirastan hiç pay almamaları, ancak "doğrudan mirastan uzaklaştırma" yolu ile sağlanabilir (**a.g.y**).
Bu tespitlere uyan örnekler bulunabilir. Fakat aksine örnekler de söz konusu olabilir. Mirasbırakan, terekenin tamamında tasarruf etmese de dolaylı uzaklaştırma söz konusu olabilir. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde yeğenleri A, B ve C hayattadır. M, tasarrufunda A'nın yalnızca 1/6 pay almasını arzu ettiğini, B'yi ise 2/3 oranında mirasçı atadığını belirtmiş, başkaca bir şey söylememiştir. A'ya normalde 1/3 miras payı düşecekti. Oysa tasarruf ile A, 1/6 oranında **doğrudan ve kısmen** mirastan uzaklaştırılmış olmaktadır. B'ye normalde 1/3 miras payı düşecekken, söz konusu tasarruf ile B lehine 1/3 oranında bir kazandırmada bulunulmuş olmaktadır. M, C'yi uzaklaştırdığını açıkça ifade etmiş değildir. Fakat A ve B'ye düşen miras payları 1/6+2/3=5/6'dır. Bu durumda terekenin **tamamında değil**, 5/6'sında tasarrufta bulunulmuştur. Buna göre C'ye 1/6 miras payı düşmektedir. Hiç tasarruf olmasaydı, C 1/3 miras payı alacaktı. O halde C, 1/6 oranında **dolaylı olarak ve kısmen** mirastan uzaklaştırılmış bulunmaktadır.

127 Mirasbırakan M'nin kızı K, M'nin eşi E'yi (annesini) öldürmeye teşebbüs ettiğinde, M'nin tüm terekesini bir derneğe bırakması, K'nin saklı payını talep etmesine engel olmayacaktır. Çıkarma iradesi tasarruftan açık ve kesin bir şekilde anlaşılmalıdır. O halde saklı paylı bir mirasçı ancak MK m.510 vd. hükümlerde aranan geçerlilik koşullarını taşıyan bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile miras dışı bırakılabilir. Karş. Kılıçoğlu, **Miras**, s.162.

128 MK m.578'e göre, mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler, mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler, mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler, mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar, mirasçı olamayacakları gibi, ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler.
Mirasbırakanın taksirle öldürülmesi mirastan yoksunluk nedeni olmaz: Escher, **Art.540**, N.8; Gubser, **a.g.e**, s.54.

129 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.445. Mirastan yoksunluk kurumunun tarihsel süreci ve *ratio legis*'i bakımından bkz. Rohr, **a.g.e**, s.11 vd, 16 vd, 32–42; ayrıca bkz. Escher, **Art.540**, N.1; Peter Peter Tuor/Vito Picenoni, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, Das Erbrecht, 2. Abt., Der Erbgang, Art.537-640 ZGB, 2. Aufl., Bern, Stämpfli, 1964, **Art.540/541**, N.1; Iwo Schwander, in **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing& Lichtenhahn, 2007, **Art.540**, N.1; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.471 vd; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §5, N.32 vd.

130 Rohr, **a.g.e**, s.5; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.445; Schwander, **Art.540**, N.4; Gubser, **a.g.e**, s.4; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.472; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §5, N.34; Daniel Abt, Bemerkungen, **AJP**, Zürich, Dicke, 2006, s.1141.

131 Ekleyelim ki, yoksunluğun bu "tamamlayıcı" özelliği mutlak değildir, ya da cezai çıkarma ile -deyim yerindeyse- tam bir simetri göstermez. Başka deyişle mirasbırakanın imkânı olsaydı cezai çıkarma

Mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs eden mirasçı kanun gereği mirastan yoksun olurken (MK m.578/b.1), bu fiil aynı zamanda bir mirasçılıktan çıkarma nedeni de (MK m.510/b.1) teşkil etmektedir[132]/[133]. MK m.578'de sayılan yoksunluk nedenlerinden mirasbırakanın kasten öldürülmesi veya tasarruf yapamaz hale getirilmesi ya da yeniden tasarrufta bulunulamayacak bir zamanda mevcut tasarrufun yok edilmesi hallerinde, zaten çoğunlukla mirasbırakanın iradesinden söz edilemez. Fakat öldürmeye teşebbüs ve iradeyi sakatlama hallerinde mirasbırakan, kanımızca, bu fiilleri işleyen saklı paylı mirasçısı için cezai mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyebilir. Bu durumda hem MK m.510 hem de MK m.578 koşulları aynı anda gerçekleşmiştir[134].

Her iki kurum arasında benzer noktalar bulunmaktadır. Öncelikle her iki kurumun da gayesi aynıdır; mirasbırakanın mirasını hak etmeyen kimselerin mirastan uzak kalması sağlanmak istenmiştir[135]. Her iki kurumda da kusurlu davranış cezalandırılmaktadır[136]. Her iki kurum açısından da fiil hukuka aykırı olmalıdır. Kusurluluğu ya da hukuka aykırılığı kaldıran haller, her iki kurum açısından da kanunun öngördüğü cezai sonu-

---

tasarrufu düzenleyebileceği her bir durum, o bu imkâna sahip olamadan ölünce, mirastan yoksunluk şemsiyesi altında karşılığını bulmayabilmektedir. Sözgelimi, saklı paylı mirasçının, ayırt etme gücünden yoksun olan veya ölüme bağlı tasarruf düzenleme yaşına erişemeden ölen mirasbırakana karşı cinsel saldırı veya işkence suçu işlemiş olması veya mirasbırakanın bir yakınını kasten öldürmesi halinde durum böyledir. Bunun gibi istisnai durumlarda söz konusu mirasçının terekeye katılıp mirastan pay alması dürüstlük kuralı gereğince kabul edilemez nitelikte ise, kanımızca *de lege lata* anlamda, MK m.1 yardımıyla gerçek olmayan boşluğun varlığı kabul edilerek, MK m.578 hükmünün "*numerus clausus*" ve genişletilemez yapısı aşılmak gerekir. Zira aile bağına layık olmadığını bundan daha kötü bir şekilde ortaya koyması oldukça güç olan böyle bir saklı paylı mirasçının, mirastan pay almasını engellemek gerektiğinde tereddüt edilemez ve MK m.510 koşulları gerçekleşmediği için bu kapsamda engellenemeyen mirasçılık, MK m.1 yardımıyla MK m.578 kapsamında mutlaka engellenmelidir.

132 Benzer şekilde bkz ve karş. BGer 5A.748/2008/bnm, Erw.7.4; karş. Abt, **AJP**, 2006, s.1142.

133 Bu olayda mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma yoluna başvurmasının "failin mirasçılığını önlemek açısından" pratik bir yararı olmasa da, mirasbırakanın tasarruf oranı üzerindeki etkisi bakımından kabul edilecek görüşe göre, farklı sonuçlara yol açabilir. Bkz ve karş. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314, dn.31; karş. Gubser, **a.g.e**, s.54. Karşı görüşte Hatemi, **a.g.e**, §9, N.41. Ayrıca bkz. §6.III.

134 Ayrıca bkz. §4.I.E.1.c.

135 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.445; Bessenich, **Art.477**, N.4; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §5, N.33; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.472; Abt, **AJP**, 2006, s.1141. *Çubukgil*'e göre, mirasbırakana karşı bu yasaklanan davranışlarda bulunan bir mirasçının, mirasbırakana gereken özeni gösterip gerekli yardımlarda bulunan mirasçılarla aynı oranda miras hakkı sahibi olması, bu sonuncu kimselerin menfaatlerini ihlal eder. Toplum da böyle kimselerin mükâfatlandırılmasını değil; cezalandırılmasını, mirastan hak almamasını arzu eder (**a.g.y**).

136 Rohr, **a.g.e**, s.16, 19. Fakat mirastan yoksunluk hallerinde fiillerin ayrıca kasten işlenmiş olması gereklidir (MK m.578).

cun gerçekleşmesini engeller[137]. Her iki kurum için de failin mahkeme kararıyla cezalandırılmış olması şart değildir. Gerek mirasçılıktan çıkarmada gerekse mirastan yoksunlukta saklı paylı mirasçı saklı payını kaybetmektedir[138]. Her iki kurum da "kan hısımlığına" değil, "mirasçılığa" son vermektedir[139]. Mirastan yoksunluk nedenleri bakımından kanun, mirasçılıktan çıkarmaya nazaran daha belirleyici ölçütler getirse de ve bu nedenler daha dar yoruma elverişli olsa da, her iki kurum açısından da cezalandırmaya gerekçe olan fiiller, sınırlı sayıda düzenlenmiştir[140]. Medeni Kanun mutlak bir mirasçılıktan çıkarma ya da mutlak bir mirastan yoksunluk öngörmüş değildir. Her iki kurum da belirli bir mirasbırakan ile olan ilişki bağlamında uygulama bulur. Babasının mirasında yoksun bırakılan ya da çıkarılan bir mirasçı, annesinin ya da babaannesinin de mirasından yoksun kalmış ya da çıkarılmış olmaz[141].

Yoksunluk ile çıkarma arasında farklı olan noktaları tespit edecek olursak, ilk olarak her iki kurumun, **uygulandıkları kişiler** bakımından farklılık vardır: Mirasçılıktan çıkarma yalnızca saklı paylı mirasçılar için uygulama alanı bulabilirken, mirastan yoksunluk, saklı paylı olsun olmasın bütün yasal mirasçılar, atanmış mirasçılar ve vasiyet alacaklıları için de uygulama alanı bulabilir[142]. Mirastan yoksunluk kamu hukuku ve özel hukuk karakteristiğini beraberce bünyesinde taşır. Ancak mirastan yoksunlukta **kamu hukuku karakteri** daha ağır basmaktadır. Zira yoksunluk, bir yanı ile moral değerleri, diğer yanı ile mirasbırakanı korumayı hedefler[143].

---

137 Rohr, **a.g.e**, s.20.

138 Çakın, **a.g.m**, s.523. Ancak mirasçılıktan kısmi çıkarmada mirasçılık sıfatının sürdüğüne işaret edelim. Mirastan kısmen yoksunluk *de lege lata* mümkün değildir.

139 Hatemi, **a.g.e**, §9, N.34.

140 Rohr, **a.g.e**, s.20–21; İmre/Erman, **a.g.e**, s.291; Dural/Öz, **a.g.e**, s.358; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.472.

141 Rohr, **a.g.e**, s.21. Elbette bu durum, bir somut olayda birden fazla mirastan yoksunluk ya da mirasçılıktan çıkarma nedeninin koşullarının oluşması halinde, fail-mirasçının diğer mirasbırakanların da mirasçılığını yitirmesine engel olmaz (**a.g.y**).

142 Rohr, **a.g.e**, s.5–6, 13; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.446; Oğuzman, **a.g.e**, s.265; İmre/Erman, **a.g.e**, s.291; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.472; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.37; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §5, N.34. Mirasbırakanın yakınlarına karşı kasten adam öldürme suçu işlenmesi ya da bu suça teşebbüs edilmesi, mirastan yoksunluk nedeni oluşturmaz: Tuor/Picenoni, **Art.540/541**, N.15; Escher, **Art.540**, N.7; Gubser, **a.g.e**, s.54. Bu nedenle, bu mirasçının mirasın dışında kalmasını sağlamak ancak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile mümkün olacaktır.

143 Rohr, **a.g.e**, s.14, 16–17.

Mirasçılıktan çıkarma ile mirastan yoksunluk **sebepleri arasında fark**lılıklar vardır. Her iki kurum için kanunda kabul edilen sebeplerin ağırlığı farklıdır. Mirastan yoksunluğu gerektiren fiiller ve buna bağlı olarak failin kusurluluğu, mirasçılıktan çıkarmaya göre daha kapsamlı ve şiddetli niteliktedir[144]. Cezai mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin oluşması için gerçekleşmesi gereken **fiilin, kendilerine karşı işlendiği çevre daha geniştir**. Şöyle ki, mirastan yoksunluk nedeni teşkil eden fiilin mirasbırakana karşı işlenmiş olması gerekirken, cezai mirasçılıktan çıkarma teşkil eden fiilin mirasbırakana veya yakınlarına veya aile üyelerine karşı işlenmiş olması gerekir[145]. Her iki kurum arasında **şekil şartları** bakımından da farklılık vardır. Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın çıkarma iradesini, ölüme bağlı bir tasarruf şeklinde ortaya koymasını gerektirir. Öte yandan maddi bir şart olarak cezai çıkarma tasarrufunda çıkarma sebebinin de yer alması gerekir. Oysa mirastan yoksunluk, kanunda sayılan bazı fiillerin işlenmesi neticesinde mirasbırakanın herhangi bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmasına, hatta herhangi bir irade açıklamasına gerek olmaksızın, kendiliğinden (*ipso iure*) gerçekleşir ve re'sen nazara alınır[146].

Mirastan yoksunluk **miras ehliyetini** ortadan kaldıran bir durumdur. Buna karşılık mirasçılıktan çıkarılan bir kimse, kural olarak miras ehliyetine sahiptir. Çıkarılan lehine daha önceden yapılan sağlararası ya da ölüme bağlı kazandırmalar, kendiliğinden hükümsüz olmaz[147]. Mirasçılıktan çıkarma, çoğunlukla kabul edildiği üzere, **tam veya kısmi** olabilirken, kanun gereği mirastan yoksunluk *de lege lata* daima tam olarak

---

144 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.446; Tongsir, **a.g.t**, s.16; Oğuzman, **a.g.e**, s.265; İmre/Erman, **a.g.e**, s.232–233, 291; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.472. Mirastan yoksunlukta fiil daima kusurlu iken, mirasçılıktan çıkarmanın bir türü olan koruyucu mirasçılıktan çıkarmada aciz haline yol açan fiilin kusura dayanması bir koşul değildir (Tongsir, **a.g.t**, s.16).

145 Tongsir, **a.g.t**, s.16; Dural/Öz, **a.g.e**, s.358; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.472. Ekleyelim ki, mirasçılıktan çıkarmanın diğer türü olan koruyucu mirasçılıktan çıkarma ile mirastan yoksunluk karşılaştırıldığında her iki kurum arasında amaç bakımından fark vardır. Mirasçılıktan çıkarma kurumu bütün olarak ele alınacak olursa, mirastan yoksunluktan farklı olarak sadece cezalandırma değil, aynı zamanda koruma gayesinin varlığı, her iki kurumun diğer bir farkı olarak gösterilebilir (**a.g.t**, s.15).

146 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.446; Piotet, **SPR IV/1**, s.415; Dural/Öz, **a.g.e**, s.358; İmre/Erman, **a.g.e**, s.291; Çakın, **a.g.m**, s.523; Ülkü, **a.g.m**, s.42; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.472; Abt, **AJP**, 2006, s.1144. *Abt*, hukuka ve ahlaka aykırı hareket eden mirasçıya karşı üç hukuki aracın bulunduğunu, bunların mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma ve geri alma olduğunu belirtir (**a.g.m**, s.1141).

147 Karş. Piotet, **SPR IV/1**, s.415–416; karş. Dural/Öz, **a.g.e**, s.315.
Mirasbırakanın mirastan yoksun olan kişiye yaptığı ölüme bağlı kazandırma (mirasçı atama veya vasiyet) hükümsüzdür. Yoksunluk halinde, lehine kazandırmada bulunulan kişinin, tıpkı o mirasbırakandan önce ölmüş gibi kazanma ehliyeti bulunmamaktadır.

gerçekleşir[148]. **Af halinde** mirastan yoksunluk ortadan kalkarken (MK m.578/son), mirasçılıktan çıkarmada bu konuda kanunda bir hüküm bulunmayıp, affın mümkün olup olmadığı ve mümkün görüldüğü takdirde sonuçları (çıkarmayı tamamen mi ortadan kaldıracağı yoksa tenkis hakkı (MK m.512) mı vereceği) tartışmalıdır[149].

Her iki kuruma kanunda **ayrı ayrı yer verilmiş olmasının hukuki amacı** (*ratio legis*), bu iki kurumun farklılığını daha iyi anlamamızı sağlar. Cezai mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birini teşkil edecek bir fiil işleyen mirasçının mirastan hak almasını engelleme imkânı, mirasbırakan için her zaman mevcuttur. Zira o, yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla söz konusu mirasçıyı mirasçılıktan çıkarabilir. Oysa mirastan yoksunluğu gerektiren fiillerden birinin işlenmesi halinde, bu fiil neticesinde mirasbırakan, ya zaten ölmüş olacağından ya da serbestçe iradesini kullanabilecek bir durumda bulunmadığından veya bu sebebi öğrenemediğinden ölüme bağlı bir tasarrufta bulunma imkânı yoktur[150].

C. KORUYUCU MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Mirasçılıktan çıkarmanın bir türü olan koruyucu mirasçılıktan çıkarma (aciz sebebiyle ıskat)[151], kanunda mirasçılıktan çıkarma başlığı altında ve cezai mirasçılıktan çıkarma

---

148 Tongsir, **a.g.t**, s.15; Dural/Öz, **a.g.e**, s.358; Baydar, **a.g.t**, s.14. Hatta koruyucu mirasçılıktan çıkarma *de lege lata* zorunlu olarak kısmidir. Bkz. §1.V.C.

149 Dural/Öz, **a.g.e**, s.358; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.473. Bkz. §4.I.E.

150 Rohr, **a.g.e**, s.32;–Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.446; Tongsir, **a.g.t**, s.16; İmre/Erman, **a.g.e**, s.290–291; Gubser, **a.g.e**, s.54. Bu nedenledir ki, kanun koyucu mirastan yoksunluğun uygulama alanına girecek kişileri, kendisine belirli mal bırakılan kişilere (vasiyet alacaklılarına) kadar genişletmiştir (Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.446). Bununla birlikte, istisnaen mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs halinde, mirasbırakanın faili mirasçılıktan çıkarma imkânı mevcut iken, bu durum aynı zamanda mirastan yoksunluk nedeni olarak düzenlenmiştir (Karş. Tongsir, **a.g.t**, s.16–17).

151 Koruyucu çıkarmanın kaynağı Roma Hukukundaki "*Exheredatio bonamente facta*" kurumudur. Bu kurum, Müşterek Hukukta ve Pandekt Hukukunda da varlığını sürdürmüş ve niteliği farklı olmakla birlikte Alman Medeni Kanununa "saklı payın sınırlandırılması" (*Pflichtteilsbeschränkung*) şeklinde alınmıştır (BGB §2338). İsviçre ve Türk Hukuklarındaki koruyucu çıkarmaya ilişkin hükümler ise Zürich Kantonu Medeni Kanununun 988'nci maddesinden alınmış olup, şartları oldukça farklılık arz eder. Bu konuda bkz. Jean Béguelin, **L'exhérédation d'un insolvable en droit suisse**, Neuchâtel, 1932, s.7 vd (İmre/Erman, **a.g.e**, s.243, dn.31'den naklen).
BGB §2338 hükmü bakımından **saklı paylı mirasçı olan altsoyun**, borç batağında olması veya savurganlığı sebebiyle **kendi halefi olan mirasçıların** (***Abkömlingen***) geçimini önemli ölçüde tehlikeye atması halinde, mirasbırakana altsoyunun saklı payını sınırlama ve saklı payı sınırlanan altsoyun haleflerine mirasçı atama veya vasiyet yoluyla özgüleme imkânı verilmiştir. Mirasbırakan, vasiyeti yerine getirme görevlisine, saklı paylı altsoyun haleflerinin talebi üzerine kendisine yıllık olarak gelir verilmesi şeklinde de bir tasarrufta bulunabilir.

hükümlerinden (MK m.510–512) sonra gelmek üzere 513. maddede düzenlenmiştir[152]. Koruyucu çıkarmada mirasbırakan, hakkında borç ödemeden aciz belgesi (İİK m.143) bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkararak, çıkarmaya tabi bu yarıyı çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına[153], onları ekonomik açıdan korumak amacıyla, özgülemektedir (MK m.513/I).

BGB §2338 hükmüne benzer bir düzenleme "*Enterbung in guter Absicht*" şeklinde adlandırılan ABGB §773 hükmünde yer almaktadır. Bu hükme göre de **saklı paylı mirasçının** saklı payın tamamını veya büyük bir kısmını aşırı borçlanma veya savurgan tutumu nedeniyle, kendisinin **çocuklarına** intikal edememesi riski varsa, mirasbırakan bu mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir ve ona düşen miras payını çıkardığı mirasçının çocuklarına bırakabilir. Bkz. Apathy, **KBB § 773**, N.1 vd; Bernhard Eccher, **a.g.e**, §11, N.11/11–12. Ayrıca BGB §2338 ile ABGB 773 hükümleri arasında da saklı payı sınırlanan mirasçı ile özgüleme yapılacak halefleri arasında kapsam bakımından farklılık vardır.

Alman ve Avusturya Medeni Kanunlarındaki düzenlemelerin aksine, MK m.513 ve ZGB Art.480 hükmünde, savurganlık ya da borç batağı sebebiyle sonraki neslin ekonomik geleceğini tehlikeye atma koşulları yerine, mirasbırakanın ölümü anında mirasçı aleyhinde borç ödemeden aciz belgesinin bulunması şartı aranmaktadır. Alman/Avusturya düzenlemesi ise İsviçre/Türk düzenlemesi arasında birçok fark bulunmakla birlikte, bu konular çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

152 Koruyucu mirasçılıktan çıkarma çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından, burada yalnızca koruyucu çıkarma ile cezai çıkarma arasındaki farklılıklara değinilecektir. Koruyucu mirasçılıktan çıkarma hakkında detaylı bilgi için bkz. Rohr, **a.g.e**, s.18–19, 30–32; Tongsir, **a.g.t**, s.82; F. Bediî Tongsir, "Mirastan Iskat ve Mahrumiyet Müesseseleri Hakkında Düşünceler", **MHAD**, S.2, N.2, İstanbul, Baha, 1958, s.258; Ferit H. Saymen, "Aciz Sebebi İle Mirastan Iskat", **İstanbul Barosu Mecmuası**, C.XIII, 1939, s.145 vd; Bellwald, **a.g.e**, s.116 vd; Köksal Kocaağa, "Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma (MK m.513)", **DEÜHFD**, C.7, S.1, İzmir, 2005, s.83–102; Escher, **Art.480**, N.1 vd; Piotet, **SPR IV/1**, s.431 vd; Bessenich,, **Art.480**, N.1; Druey, **a.g.e**, §6, N.63 vd; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.318 vd; İmre/Erman, **a.g.e**, s.243 vd; Şener, **YD**, s.95–98; Jean Guinand, Martin Stettler, Audrey Leuba, **Droit des successions** (art.457–640 CC), Genéve-Zürich-Bâle, Schulthess, 2005, N.193 vd; Dural/Öz, **a.g.e**, s.210 vd; Baydar, **a.g.t**, s.104 vd; Ayan, **a.g.e**, s.153 vd; Antalya, **Miras**, s.221 vd. Koruyucu mirasçılıktan çıkarmaya dair Medeni Kanundaki düzenlemenin, uygulama olanağı oldukça daraltılmış ve hukuken uygulanması güçleştirilmiş bir düzenleme niteliği taşıdığı yönünde: Tongsir, **Düşünceler**, s.249. Bu kurumun adalete aykırı olduğu, kanuna karşı hileyi teşvik ettiği yönünde: Saymen, **a.g.m**,146 vd. MK m.562/II hükmünün koruyucu çıkarmada uygulanması ile ilgili olarak ayrıca bkz. Cem Baygın, **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Ankara, Seçkin, 2005, s.177.

153 Özgüleme, mirasbırakanın ölümü anında henüz doğmamış olmakla beraber, anne rahminde cenin olarak bulunan çocuğa da yapılabilecektir. Elbette, cenin, sağ doğmak koşuluyla (MK m.582) mirasçı olur (M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku** (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yen. Göz. Geç. 9. Bası, İstanbul, Filiz, 2009, s.19; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku**, C. II, **Kişiler Hukuku**, Göz. Geç. Yen.9. Bası, İstanbul, Filiz, 2009, s.20). Büyük çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, bu kavram çıkarılanın altsoyu şeklinde geniş anlaşılmalıdır. Başka deyişle mirasın açılması anında ölmüş bulunan altsoyun çocuklarını da kapsayacak şekilde anlaşılmalı, sadece çıkarılan altsoyun çocuğuna inhisar ettirilmemelidir: Tuor, **Art.480**, N.13; Escher, **Art.480**, N.8; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.319; Dural/Öz, **a.g.e**, s.211; Baydar, **a.g.t**, s.108; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.87, 90. Ekleyelim ki, çıkarılanın birden fazla altsoyu varsa, aksine tasarruf olmadıkça, koruyucu çıkarmaya tabi pay bunlar arasında eşit olarak paylaştırılır. Evatlık ve altsoyunun da dâhil olduğu görüşünde: Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.87; Öztan, **a.g.e**, s.129. Farklı düşüncede, bkz. ve karş. Tongsir, **Düşünceler**, s.261; Saymen, **a.g.m**, s.148–149.

Bugün çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, mirasbırakanın ölümü anında doğmuş bulunan çocuklar, özgülenen payı kanuni ve atanmış mirasçılar gibi elde ederlerken, henüz doğmamış bulunan çocuklar için art mirasçı atama hükümlerinin (MK m.521–525) kıyasen uygulanması gerekir. Doğmuş çocuklar,

Koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın gayesi (*ratio legis*) de tıpkı cezai mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi saklı pay kurumunun gayesi ile yakın ilişki içerisindedir. Saklı pay korumasının sebebinin, kanunen varsayılan yakın ailesel bağ olduğuna ve bu bağ gereğince intikali zorunlu olan miras hakkının mutlaka saklı pay sahibi yakın aile üyelerine geçirilmesinin amaçlandığına değinmiştik. Borç ödemeden aciz durumda[154] bulunan saklı paylı mirasçı, miras payının tamamının alacaklıların eline geçmesi tehlikesi ile karşı karşıyadır. Böyle olunca da saklı pay koruması işlevini yitirmiş ve altsoyun çocukları korumasız bırakılmış olacaktır. Zira alacaklıların tazyikine maruz kalan ve ödeme güçsüzlüğü içerisine düşen çıkarılan-altsoyun kendi mal varlığı elden gittiği gibi, mirasbırakandan gelecek olan muhtemel miras hakkı da elden gidecektir. Bu durumda mirasbırakanın torunu olan aile üyelerinin (yani çıkarılan altsoyun doğmuş ve doğacak çocuklarının) ekonomik gelecekleri, ciddi bir tehlike altına girecektir. İşte bu halde saklı payın işlevini kısmen de olsa sağlamak üzere, kanun, koruyucu mirasçılıktan çıkarma kurumunu ihdas etmiştir. Korumanın kısmen oluşu, bir yandan aciz haldeki altsoyun çocuklarını korumak ama öte yandan alacaklıların çıkarlarını da gözetmek düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Böylece "koruyucu" mirasçılıktan çı-

---

art mirasçı olan doğacak çocuklara koruyucu çıkarmaya tabi miras payını devir ile yükümlü olurlar (MK m.521): Tuor, **Art.480**, N.10; Escher, **Art.480**, N.6; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.384; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.193. Kanun koyucunun doğmuş ve doğacak çocuklara özgüleme koşulunu aramasıyla, aile fideikomisi ve ikiden fazla dereceli fevkalade ikame yasağının dolaylı olarak delindiği yolunda: Serozan, **a.g.y**; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.93; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.182. Karşı görüş mirasçı atama hükümlerini yetersiz bulur ve kanun boşluğu olduğunu savunur: Saymen, **a.g.m**, s.156–157. Bugün için terk edilmiş diğer bir görüş hakkında açıklama için bkz. Baydar, **a.g.t**, s.109.

154 Aciz halinin "aciz belgesi" ile sabit olması bir koşuldur. Bir görüşe göre, aciz belgesinin tasarrufun yapıldığı anda bulunması şart değildir, ancak en geç mirasbırakanın ölümü anında bulunması zorunludur. Bu halde geciktirici şarta bağlı bir koruyucu çıkarma tasarrufunun söz konusu olacağından söz edilmektedir: Escher, **Art.480**, N.3; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.181; İmre/Erman, **a.g.e**, s.244; Antalya, **Miras**, s.223; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.88–89; Christian Gübeli, **Gläubigerschutz im Erbrecht**, Diss, Zürich, 1999, s.136; Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s.178. Federal Mahkeme, bir kararında aciz belgesinin bulunmadığı iddiasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturduğu savunmasını, kanunda aciz belgesinin varlığının geçerlilik unsuru olarak arandığı ve MK m.4 gereğince bu konuda bir takdir yetkisinin söz konusu olamayacağı gerekçeleriyle kabul etmemiş ve koruyucu çıkarmayı geçersiz kılmıştır (BGE 111 II 130 vd). Karşı görüşe göre aciz belgesinin tasarrufun düzenlenmesinden daha önce mevcut olması gerekir: Oğuzman, **a.g.e**, s.217; 2.HD 19.6.1967, 3554/3410 (Esat Şener, **Açıklamalı–İçtihatlı Türk Medeni Kanunu**, Göz. Geç. 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 1998, s.1165).

karmada -adı üstünde- çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarının[155] **korunması** düşüncesi temeldir[156]. Fakat bu koruma tüm saklı paylı aile üyesi mirasçılara getirilmiş değildir. Yalnızca altsoyun doğmuş ve doğacak çocukları ile sınırlı bir korumadır[157]. Zira yakın aile üyesi mirasçılar arasında kanun koyucu, herkesi değil, ekonomik korumaya en çok ihtiyaçları olduğunu *varsaydığı* kimseleri korumayı tercih etmiştir[158].

Gerek cezai gerekse koruyucu mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın iradesine bağlı olarak ve ölüme bağlı tasarruf şeklinde düzenlenmesi gereken tek taraflı bir tasarruftur. Kanunda açık hüküm olmamakla birlikte, koruyucu çıkarmada da çıkarma nedeninin tasarrufta gösterilmesi gerektiği savunulmaktadır[159]. Bununla birlikte, birçok farklı olduğu noktalar vardır. Cezai çıkarma tüm saklı paylı mirasçılar için söz konusu olabilirken, koruyucu çıkarma, yalnızca borç ödemeden aciz haldeki altsoy için söz konusu olur. Cezai çıkarmada, mirasbırakan dilerse saklı paylı mirasçıyı saklı payı da kapsayacak şekilde miras payının tamamı, dilerse saklı payının bir kısmı için mirasçı-

---

155 Tasarruf yapıldığı anda doğmuş ve doğacak çocukların mirasçı olup olmayacakları belli değildir. Hatta "doğacak çocukların", gerçekten doğup doğmayacakları ya da hayatta kalıp kalmayacakları da belirsizdir. Kanun koyucu onları muhtemel mirasçılar olarak nazara almaktadır.

156 Tongsir, **a.g.t**, s.3, 4; Piotet, **SPR IV/1**, s.417; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.180–181; İmre/Erman, **a.g.e**, s.244; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.30; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.84; Öztan, **a.g.e**, s.129. Nitekim MK m.513/II gereğince altsoyun miras açıldığı anda aciz durumundan kurtulması ya da borç miktarının, borçlu altsoyun miras payının yarısını aşmıyor olması durumunda koruyucu çıkarma iptal edilebilir. Zira korumanın gereği kalmamış, *ratio legis* ortadan kalkmıştır. Keza korunacak çocuk yoksa zaten koruyucu mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, özgülenecek kimsenin olmaması sebebiyle yürürlüğe girmez.
İsviçre'de ise tereke açıldığı zaman borç miktarının, borçlu altsoya intikal edecek olan miras payının dörtte birini aşmıyor olması halinde, koruyucu çıkarmanın iptaline imkân tanınmıştır (ZGB Art.480, Abs.2).

157 Altsoy kapsamına evlilik içi ya da dışı çocuklar, torunlar torun çocukları ile evlatlık ve altsoyu girer. Mirasbırakanın, sağ kalan eşini, ana, babasını koruyucu olarak mirasçılıktan çıkarması geçerli olmaz: Piotet, **SPR IV/1**, s.432; Gübeli, **a.g.e**, 136; Druey, **a.g.e**, §6, N.66; Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s.177.

158 Kanımızca koruyucu olarak mirasçılıktan çıkarılabilecek mirasçının yalnızca altsoy olarak düzenlenmesi eksikliktir. Örneğin mirasbırakanın ölümünde borç batağı içerisindeki anne karşısında annenin mirasbırakan ile müşterek altsoyunun da korunması yerinde olabilirdi.

159 Baydar, **a.g.t**, s.105; Çakın, **a.g.m**, s.532; İmre/Erman, **a.g.e**, s.244–245; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.94; Öztan, **a.g.e**, s.130. Bununla birlikte aciz belgesinin kapsadığı borç tutarının gösterilmesinin gerekip gerekmeyeceği tartışmalıdır. Bunun gerekli olduğu görüşünde: Tongsir, **a.g.t**, s.91; karşı görüşte Baydar, **a.g.t**, s.106.

lıktan çıkarabilir. Oysa koruyucu çıkarma, altsoyun saklı payının yarısını aşamaz[160]. Eş deyişle koruyucu çıkarma zorunlu olarak bir "kısmi çıkarma"dır. Cezai çıkarmada, mirasbırakan çıkarmaya tabi miras payı üzerinde isterse hiçbir tasarrufta bulunmayabileceği gibi isterse üçüncü kişiler lehine tasarrufta da bulunabilir. Oysa koruyucu çıkarmada, çıkarmaya tabi kısmın, çıkarılan altsoyun doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülenmesi şarttır[161].

Cezai çıkarma MK m.510 hükmündeki nedenlere dayanırken, koruyucu çıkarmanın nedeni, altsoyun borç ödemeden aciz halde bulunmasıdır. Bu bakımdan koruyucu çıkarma hükümleri, ailenin ekonomik olarak desteklenmesine hizmet eden **saklı pay kurumunun işlevini devam ettirici** bir nitelik taşımaktadır[162]. Oysa cezai çıkarmada, saklı paylı mirasçı öyle fiiller işlemiştir ki, artık kendisine kanunun tanıdığı **saklı pay korumasını devam ettirmenin** ve mirasbırakanın terekesinden bir kısmı zorunlu olarak ona intikal ettirmenin hiçbir anlamı kalmamıştır. Başka bir açıdan, cezai çıkarma, saklı paylı mirasçıya karşı kullanılan bir özel hukuk cezası iken koruyucu çıkarma

---

160 Koruyucu çıkarmanın, saklı payın yarısından daha az bir kısım için yapılması mümkündür: Tongsir, a.gt, s.92; Baydar, **a.g.t**, s.105.

161 Tongsir, **a.g.t**, s.4–5; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.85, 93; Petek, **a.g.m**, s.142, dn.6. Özgülemenin koşulsuz ve yüklemesiz olması gerektiği görüşünde: Escher, **Art.480**, N.5; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.385; Ayan, **a.g.e**, s.154; Baydar, **a.g.t**, s.106; Öztan, **a.g.e**, s.130. Kanun koyucu, koruyucu çıkarma tasarrufunda, çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarının, çıkarmaya tabi miras payını doğrudan intikal yoluyla kazanacaklarını değil, bu kişilere özgülemede bulunulmasını bir koşul olarak hükme bağlamıştır. Bununla birlikte koruyucu çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarının, özgüleme neticesinde tereke üzerinde edindikleri hak sahipliği mirasçılıktır: Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.193; Ülkü, **a.g.m**, s.51; Baydar, **a.g.t**, s.106, 107. *Saymen*' e göre cezai çıkarmada mirasbırakanın aksine bir tasarrufta bulunmamış olması halinde, çıkarılanın miras payının yasal mirasçılara geçeceği hükme bağlanmışken (MK m.511/II), koruyucu çıkarmada bu hükmün aksine olarak intikal için kanunda özgüleme şartı aranması izaha muhtaçtır (**a.g.m**, s.153). Öte yandan koruyucu çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarının mirasçılık haklarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu kimseler, bir görüşe göre "vasiyet yoluyla saklı paylı mirasçı" (Saymen, **a.g.m**, s.1559–160; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.96), diğer görüşe göre "saklı paylı mirasçı olmamakla birlikte saklı paylı mirasçı gibi tenkis davası açma hakkına sahip mirasçı" (Tongsir, **a.g.t**, s.99; Baydar, **a.g.t**, s.108; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.385, 386) niteliğindedirler.
Öğretide koruyucu çıkarma tasarrufu ile özgülemeye ilişkin tasarrufun, aynı şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufta yer alması gerektiği, zira özgülemenini koruyucu çıkarmanın bir şartı olduğu ifade edilmektedir: Saymen, **a.g.m**, s.154; Tongsir, **a.g.t**, s.96; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.94; Baydar, **a.g.t**, s.106.

162 Tongsir, **a.g.t**, s.5. Zira çıkarmaya tabi miras payı yine bir aile üyesine, yani altsoyun doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülenmektedir. Eğer mirasbırakan koruyucu mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmasa ve söz konusu özgülemeyi yapmasa, terekesinin bir kısmı alacaklılara gitmiş olacaktı.

cezalandırma değil, koruma amacı taşımaktadır[163]. Koruyucu çıkarma kusura dayanmazken[164], cezai çıkarma kusura dayanır.

Cezai çıkarmanın hüküm ve sonuçları kanunda düzenlendiği halde, koruyucu çıkarmanın hüküm ve sonuçları kanunda açıkça düzenlenmemiştir[165]. Tam cezai çıkarmada mirasçılık sıfatı ortadan kalkarken, zorunlu olarak kısmi nitelik taşıyan koruyucu çıkarmada, çıkarma neticesinde mirasçılık sıfatı kaybettirilmiş olmamakta, yalnızca saklı pay miktarında azalma meydana gelmektedir[166].

Cezai çıkarmada çıkarma nedeninin tasarrufta açık ve kesin olarak gösterilmediği ya da gösterilse bile geçerli ve yeterli olmadığı hallerde, tasarrufun çıkarılanın saklı payı oranında tenkis edileceği hükme bağlanmıştır (MK m.512). Oysa koruyucu çıkarmada, çıkarma nedeninin tasarrufta gösterilmemesi halinde ne olacağı konusunda bir hüküm yoktur. Öğretide MK m.512 hükmünün koruyucu çıkarmada da kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[167]. Keza koruyucu çıkarma tasarrufunda özgüle-

---

163 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.443–444; Oğuzman, **a.g.e**, s.210; İmre/Erman, **a.g.e**, s.233; Weimar, **Art.477**, N.3; Kılıçoğlu, **Miras**, s.172.

164 Aciz halinin, mirasçının kusuru sonucunda ortaya çıkmış olup olmaması veya savurganlığın ya da ekonomik bir felaketin bu duruma sebep olmuş olması koruyucu çıkarma bakımından fark yaratmaz: Saymen, **a.g.m**, s.150; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.89; Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s.178. Aciz hali kusurdan kaynaklanmış olsa dahi, aile bağını sarsıcı nitelikte kabul edilemeyeceği için cezai mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmayacağı görüşünde: Tongsir, **a.g.t**, s.5. Kanımızca bu kadar büyük bir genelleme yapılması yerinde değildir. Somut olayın koşullarına göre farklı sonuçlar ortaya çıkabilir. Örneğin kumar bağımlılığı nedeniyle aciz haline kendi kusuruyla düşen altsoy, salt acze düşmesi nedeniyle olmasa da, aciz haline düşmesinin bir sonucu olarak kendi çocuklarına karşı bakım, yetiştirme ve eğitim yükümlerini önemli yani aile bağını sarsıcı ölçüde ihlal etmesi (MK m.510/b.2) nedeniyle cezai olarak mirasçılıktan çıkarılabilir.

165 Bu nedenle cezai çıkarmaya ilişkin MK m.511 ve 512 hükümleri uygun olduğu ölçüde koruyucu çıkarma için de uygulanacaktır: Tongsir, **Düşünceler**, s.259; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.86.

166 Bunun sonucu olarak, koruyucu çıkarmada, çıkarılan, mirasçılığa bağlanan tüm haklara ve yükümlülüklere sahip olur ve tenkis davası, iptal davası veya koruyucu nitelikteki diğer davaları açabilir, terekeyi koruyucu tedbirlere başvurabilir, kendisine düşen payı devredebilir, paylaştırma davası açabilir. Koruyucu çıkarılan, buna karşılık aynı zamanda denkleştirme yükümlüsüdür ve tereke borçlarından da sorumludur: Saymen, **a.g.m**, s.158–159; Tongsir, **a.g.t**, s.98; Baydar, **a.g.t**, s.107. Koruyucu çıkarmada, çıkarılan ile onun altsoyunun saklı payları ikiye bölünerek, her birinin kendisine düşen pay oranında denkleştirme ile yükümlü olması gerekir: Saymen, **a.g.m**, s.159; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.95.

167 Tuor, **Art. 480**, N.19 vd; Marc Ickowicz, **De l'exhérédation ordinaire en droit suisse**, Diss, Genéve, 1930, s.68–69; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.320; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.182; Tongsir, **a.g.t**, s.103; Baydar, **a.g.t**, s.111; Öztan, **a.g.e**, s.123. Koruyucu çıkarmanın MK m.513/I hükmünde belirtilen geçerlilik nedenlerinin bulunmaması halinde, çıkarılanın tenkis davası açmaması durumunda, MK m.562/II hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle çıkarılanın alacaklıları tarafından –MK m.562/I şartları dairesinde– tenkis davası açılabileceği kabul edilmektedir: Gübeli, **a.g.e**, s.132 vd; Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s.177 vd.

menin yer almaması ya da özgülemenin kanunda aranan koşullara uygun yapılmaması da geçersizliğe yol açar[168].

Ölüme bağlı tasarrufların yokluğu, kesin hükümsüzlüğü ya da kanunun ifadesiyle "kendiliğinden hükümsüzlüğü" halleri ile iptale ilişkin hükümler (MK m.557 vd), koruyucu mirasçılıktan çıkarma hakkında da kural olarak uygulanır[169]. Buna karşılık cezai çıkarmadan farklı olarak, koruyucu çıkarmada özel bir iptal[170] nedenine yer verilmiştir. Koruyucu çıkarmada, miras açıldığı zaman borç ödemeden aciz belgesinin hükmü kalmamışsa[171] veya belgenin kapsadığı borç tutarı mirasçılıktan çıkarılanın miras payının yarısını aşmıyorsa, mirasçılıktan çıkarılanın istemi üzerine çıkarma iptal olunur (MK m.513/II). Oysa cezai çıkarmada, çıkarılanın miras payında özgüleme

---

168 Söz konusu geçersizliğin sonucunda tenkis davası açılabileceği önünde: Escher, **Art.480**, N.9; Tongsir, **a.g.t**, s.103; Oğuzman, **a.g.e**, s.217; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.97; Baydar, **a.g.t**, s.112; Öztan, **a.g.e**, s.123. Özgülemenin yapılacağı doğmuş ve doğacak çocuğun mevcut olmaması ya da özgülemenin başka kimselere yapılması da bu kapsamda görülmektedir.

169 Aynı yönde Tongsir, **a.g.t**, s.102; İmre/Erman, **a.g.e**, s.245; Dural/Öz, **a.g.e**, s.211; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.97; Baydar, **a.g.t**, s.110; Öztan, **a.g.e**, s.131. Bununla birlikte, cezai çıkarma tasarrufu bakımından çıkarılan mirasçının affına hukuki sonuç bağlanıp bağlanmayacağı tartışmalı iken, niteliği gereği koruyucu çıkarma tasarrufu bakımından aftan söz edilemez.

170 MK m.513/II hükmünü karşılayan mülga eMK m.460, c.3 hükmünde, miras açıldığı zaman borç ödemeden aciz belgesinin hükmünün kalmamış olması veya belgenin kapsadığı borç tutarının mirasçılıktan çıkarılanın miras payının yarısını aşmıyor olması durumunda çıkarılanın istemi ile çıkarmanın "keenlemyekün" olacağı ifadesine yer verilmişti. Bu ifade öğretide tartışmaya yol açmıştı. Fakat yeni MK m.513/II hükmünde açıkça "iptal" ifadesi kullanılmak suretiyle kanun koyucu bu belirsizliği iptal yönünde çözmüştür. Çıkarılanın istemi üzerine koruyucu çıkarmanın "yapılmamış sayılacağı" yönünde: Hatemi, **a.g.e**, §9, N.31. Buna karşılık öğretide MK m.513/II hükmünde yer alan sebebe dayanan iptali, çıkarılana saklı payını talep etme imkânı vermesi sebebiyle bir "tenkis davası" şeklinde görenler ve çıkarılanın alacaklılarına da dava hakkı tanıyanlar (MK m.562/II kıyasen) bulunmaktadır: Escher, **Art.480**, N.11; Tuor, **Art.480**, N.20; Tongsir, **a.g.t**, s.105; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.320; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.182; Öztan, **a.g.e**, s.131; karş. Şener, **YD**, s.98; Gübeli, **a.g.e**, s.137. Bu hükümdeki davanın bir "iptal davası" olduğu, çıkarmanın iptali üzerine çıkarılanın bütün miras payına kavuşacağı ve çıkarılanın alacaklılarına dava hakkı tanınamayacağı yönünde: Saymen, **a.g.m**, 164–165; Oğuzman, **a.g.e**, s.217; İmre/Erman, **a.g.e**, s.245; Dural/Öz, **a.g.e**, s.211; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.386; Antalya, **Miras**, s.224; Ayan, **a.g.e**, s.155; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.99–100. Buradaki davanın iptal davası olduğunu ifade etmekle birlikte, alacaklılara da iptal davası açma hakkının tanınması gerektiği görüşünde: Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s.182. MK m.513 hükmüne ilişkin Genel Gerekçede ve Madde Gerekçesinde, açıkça buradaki iptalin, MK m.557 vd. hükümlerindeki iptal davasına tabi tutulduğu ifade edilmiştir (www.tbmm.gov.tr).

171 Öğretide alacaklıların, mirasbırakanın sağlığında, mirasçıya karşı borç ödemeden aciz belgesi alıp, koruyucu çıkarma tasarrufunun geçerliliğini engelleyebileceklerine ve mirasbırakanın ölümünden sonra harekete geçeceklerine işaret edilerek, bu hükmün uygulamada bu nedenle yararsız kalabileceğine işaret edilmektedir: Saymen, **a.g.m**, s.145 vd; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.319; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.181; İmre/Erman, **a.g.e**, s.244; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.193; Kocaağa, **Aciz Sebebiyle Çıkarma**, s.89.

yapılması ya da tasarrufta bulunulması şart olmadığı gibi, bu durum tenkise veya iptale yol açmaz[172].

D. MİRASTAN FERAGAT İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Mirastan feragat (MK m.528–530), feragat edenle mirasbırakan arasında yapılan olumsuz bir miras sözleşmesi (feragat sözleşmesi) ile sağlanırken, mirasçılıktan çıkarma vasiyetname veya miras sözleşmesi yolu ile yapılabilir[173]. Mirastan feragatin bir miras sözleşmesi şeklinde yapılmasının doğası gereği olarak, feragat eden saklı paylı mirasçının feragate rıza göstermesi gerekir. Oysa mirasçılıktan çıkarmada, çıkarılan kişinin rızası aranmaz, hatta çıkarılanın rızası hilafına gerçekleşir. Bunun içindir ki çoğunlukla kabul edilen görüşe göre[174], mirasçılıktan çıkarma miras sözleşmesi şeklinde yapılsa bile geçerlilik koşulları açısından zorunlu tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruftur. Oysa mirastan feragat iki taraflı bir ölüme bağlı tasarruftur; yani sözleşmedir.

Mirasçılıktan çıkarma gibi, mirastan feragat de tam ya da kısmi olabilir[175]. Mirasçılıktan tam çıkarmada, çıkarılan, mirasçı sıfatını yitirdiğinden tereke borçlarından sorum-

---

172 *Hatemi*, MK m.513/II hükmünde yer alan iptal sebebini "işlem temelinin çökmesine" benzetir. Oysa cezai çıkarmada böyle bir hüküm bulunmaz. Yazara göre bu hüküm, kıyasen cezai çıkarma için de uygulanabilir. Çünkü cezai çıkarmada, mirasbırakan, aleyhine çıkarma tasarrufu düzenlediği mirasçısını sonradan affetmişse, bu durumda mirasçılıktan çıkarma işleminin temelinden çöktüğü kabul edilebilir. Yazar ayrıca "hata" (MK m.557/b.2) veya kıyasen MK m.578/son hükümlerinden de yararlanılabileceğini kabul eder. (**a.g.e**, §9, N.48). Ayrıca bkz. §4.I.E.b.1.

173 Tongsir, **a.g.t**, s.16; Çakın, **a.g.m**, s.524; Ülkü, **a.g.m**, s.42; Levent Bıçakçı, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı, 1999, s.12. Mirastan feragat sözleşmesini, iki taraflı mirasçılıktan çıkarma olarak nitelendiren görüş için bkz. O. Gökhan Antalya, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul, Alkım, 1999, s.54.

174 Bu konu ve farklı görüşler için bkz. §4.II.B.1 ve 2.

175 Tongsir, **a.g.t**, s.17; Dural/Öz, **a.g.e**, s.192; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.195; İnan/Ertaş/Albaş, s.270; Bıçakçı, **a.g.e**, s.48; Baydar, **a.g.t**, s.16; Hakan Albaş, "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar", **DEÜHFD**, Ünan Normanlıoğlu'na Armağan, C.9, Özel Sayı, İzmir, 2007, s.537. Feragat anında, feragat eden mirasçı, mirasçılık sıfatını değil, miras konusundaki "beklentisini" yitirmektedir. Bu nedenle MK m.528/II hükmündeki "feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder" şeklindeki ifadenin isabetsiz olduğu yönünde: Albaş, **a.g.m**, s.537. Yazarın da belirttiği üzere, *"doktrinde hâkim olan görüşe göre, beklenen hak kavramı ile beklenti birbirinden farklı kavramlardır. Beklenen hak, gelecekte kazanılması söz konusu olan haktır. Beklenti ise, hak sahibi olmayı bekleyen kişinin hukuki durumunu ifade etmek için kullanılmaktadır. Beklenti, beklenen haktan ayrı bir haktır"*(**a.g.y**, dn.7). Bu tespit yerinde ise de, kanun koyucunun, feragat halinde mirasçılık sıfatının mirasbırakanın ölümü anında yitirileceğini ya da kazanılmamış sayılacağını kast ettiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Esasen mirasçılıktan çıkarmada da durum aynıdır. Bu hususta bkz. BGE 116 II 39. Mirasçı, tasarruf düzenlendiği anda değil, mirasın açılması anında mirasçılık sıfatını kaybetmiş veya kazanamamış olmaktadır. İleride inceleneceği üzere, pratik açıdan sorun daha çok mirasbırakanın

lu olmaz. Tamamen mirastan feragat eden kimse de tereke borçlarından sorumlu değildir[176].

Mirasçılıktan çıkarma, saklı paylı mirasçılar için söz konusu olurken, mirastan feragat gerek saklı paylı gerekse saklı paylı olmayan mirasçılar ile atanmış mirasçılar için söz konusu olabilir. Bununla birlikte çoğu kere mirastan feragat sözleşmesi saklı payı ortadan kaldırmaya yönelir. Zira saklı pay dışında zaten mirasbırakan her zaman için tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Mirastan feragat sözleşmesi ile mirasçılıktan çıkarma nedenleri veya başkaca bir neden aranmaksızın saklı pay ortadan kaldırılmaktadır[177]. Mirasçılıktan çıkarma cezalandırma amacı taşıdığı halde, mirastan feragatte böyle bir amaç söz konusu olamaz[178]. Mirastan feragat, karşılıksız (ivazlı) veya karşı edime bağlı (ivazlı) yapılabilir. Mirasçılıktan çıkarmanın karşılık sağlanarak yapılması ise kural olarak mümkün görülemezse de bu konuda ileride inceleneceği üzere tartışma bulunmaktadır[179]. Mirasçılıktan çıkarma, kişisel olduğundan, mirasçılıktan çıkarı-

---

ölümünden sonra çıkarılan kişiye tanınan tenkis veya iptal davası açmak suretiyle muhtemel mirasçılığını kesin mirasçılığa dönüştürebilmek olanağı karşısında, kanunun mirasçılara tanıdığı tereke önlemlerine başvurma ya da mirasçılık belgesi isteme imkânlarından çıkarılanın da yararlanabilip yararlanamayacağı noktasında toplanmaktadır. Bkz. §3.I.A.1 ve §3.I.A.3.

176 Tongsir, **a.g.t**, s.17; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.200; Bıçakçı, **a.g.e**, s.53; Baydar, **a.g.t**, s.16. Bununla birlikte: *"mirasın açılması anında tereke, borçları karşılayamıyorsa ve borçlar mirasçılar tarafından da ödenmiyorsa, feragat eden ve mirasçıları, alacaklılara karşı feragat için ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan almış oldukları karşılıktan, mirasın açılması anındaki zenginleşmeleri tutarında sorumludurlar"* (MK m.530).

177 Tongsir, **a.g.t**, s.16–17; Oğuzman, **a.g.e**, s.165; İnan/Ertaş/Albaş, s.269; Baydar, **a.g.t**, s.16; ayrıca bkz. Albaş, **a.g.m**, s.536.

178 Tongsir, **a.g.t**, s.17; Antalya, **Feragat**, s.54.

179 Bkz ve karş. Tongsir, **a.g.t**, s.17; Antalya, **Feragat**, s.54; Baydar, **a.g.t**, s.17.

İvazın mirasbırakan tarafından çıkarılana verilmesi durumunda muvazaa koşullarının varlığı araştırılmak gerekir. Öte yandan muvazaa söz konusu olmasa bile mirastan feragat sözleşmesinin unsurları var ise bu durumda tahvil yoluyla mirastan feragat hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir. Eğer mirasbırakanın üçüncü kişi ile yaptığı bir miras sözleşmesinde, mirasbırakan tarafından bir saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarmak için ivaz alınmışsa, bu durumda ahlaka aykırılık gereğince tasarrufun geçersizliği söz konusu olabilir. Şöyle ki, mirasçılıktan çıkarma koşulları gerçekleştikten sonra ve çıkarma koşulları mevcut iken ivaz karşılığında çıkarma tasarrufu düzenlendiğinde, kanımızca, çıkarma koşulları gerçekleşmiş olsa dahi mirasçılıktan çıkarmanın iki taraflı bir ölüme bağlı işleme (çıkarma tasarrufunda bulunmanın taahhüt edildiği ve hatta tasarrufu geri alma hakkından feragat edildiği bir sözleşmeye) konu olmasına cevaz verilemez. Zira mirasbırakan, çıkarma koşulları olsa bile çıkarma tasarrufu düzenleyip düzenlememekte serbest olduğu gibi, sonradan tek taraflı olarak düzenlediği bir çıkarma tasarrufunu geri alabilir. Şu halde hem taahhüt altına girme hem de bunu para karşılığında yapma, mirasçılıktan çıkarmanın *ratio legis*'i ile bağdaşmaz. Öte yandan bir an için ahlaka aykırılık koşullarının mevcut olmadığı kabul edilse dahi, çıkarma tasarrufunun "para karşılığında" yapılması çıkarmanın ağırlığı unsurunu ortadan kaldıran bir durum olarak görülebilir ve tenkis koşulları ortaya çıkabilir. Herhalde hayatın olağan akışı içerisinde, para karşılığında çıkarma tasarrufu düzenleyen

lanın altsoyunun miras hakları çıkarmadan olumsuz yönde etkilenmez. Oysa mirastan feragat, bir karşılık sağlanarak yapılmışsa, aksi kararlaştırılmadıkça, feragat eden mirasçının altsoyu için de sonuç doğurur (MK m.528/III)[180]. Mirastan karşılıksız feragatte ise, bir görüşe göre[181], aksi kararlaştırılmadıkça, altsoy feragatten etkilenmezken, diğer görüşe göre[182] karşılıksız feragatte altsoyun feragatten etkileneceği kararlaştırılamaz.

E. MİRASIN REDDİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarruf yoluyla gerçekleştirilirken, mirasın reddi, mirasçı tarafından ve mirasın açılmasından sonra ancak yetkili ve görevli mahkemeye yöneltilecek tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleştirilir[183]. Gerek mirasçılıktan çıkarma gerekse mirasın reddi tek taraflı birer hukuki işlem olup, kabule bağlı değildirler[184]. Mirasçılıktan çıkarmada temsil caiz değilken, red beyanında bulunma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı için temsilci aracılığıyla yapılabilir[185]. Mirasçılıktan çıkarma, sadece saklı paylı mirasçıların saklı payları hak-

---

mirasbırakanın, bu tasarrufunun geçerli olduğunu kabul etmek için makul bir izahat gerekecektir. Ekelyelim ki, çoğunluk görüşünün aksine oalrak biz, çıkarma tasarrufunun değil de çıkarılanın miras payı üzerinde tasarruf etmenin karşılıklı edim ilişkisine konu olabileceğini (iki taraflı tasarrufa konu olabileceğini) düşünmekteyiz. Ancak bu konular ileride detayıyla ele alınacağından daha fazla detaya girmekten kaçınıyoruz. Bkz. ileride §4.II.B.

180 Tongsir, **a.g.t**, s.17; Oğuzman, **a.g.e**, s.166, 234; İmre/Erman, **a.g.e**, s.187 vd, 230–231; Antalya, **Feragat**, s.54; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.409–411; Dural/Öz, **a.g.e**, s.265–266; Seozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.203; Bıçakçı, **a.g.e**, s.53 vd; Baydar, **a.g.t**, s.17–18; Cem Baygın, "Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması", **EÜHFD**, C.12, S.3–4, 2008, s.178. Karşılık sağlanarak yapılan feragatte, feragat edenin miras payı bütünüyle tasarruf oranına eklenir. Buna karşılık feragat için verilen karşılık (ivaz), tasarruf oranı hesaplamasında terekeye eklenecek değerler arasında yer alır (MK m.565/b.2).

181 Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.409–411; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.146; İmre/Erman, **a.g.e**, s.231; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.205. Bu sonucun MK m.528/III hükmünün karşıt yorumundan (mefhumu muhalifinden) çıktığı kabul edilir. İsviçre'deki düzenleme ise biraz daha farklıdır: Bkz. ZGB Art.495.

182 Oğuzman, **a.g.e**, s.166; Dural/Öz, **a.g.e**, s.193; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.272; Albaş, **a.g.m**, s.539–540. Bu görüşe göre, feragat edenin altsoyu feragatten etkilenmeyeceği için miras paylaşımı ve tasarruf oranının, mirasçılıktan çıkarma gibi hesaplanması gerekir. Böylece altsoy, MK m.511/III hükmünde düzenlenen imkândan kıyasen yararlanarak, saklı payını talep edebilecektir. Karşı görüşte olmasına rağmen, bu konuda aynı görüşte: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.411. Hesaplamanın mirasın reddinde olduğu gibi yapılması gerektiği görüşünde: Çağa, **a.g.e**, s.144 vd. Buradaki farklı görüşlere değinmeden ivazsız feragatte altsoyun etkilenmeyeceğini belirten: Baygın, **Tasarruf Nisabı**, s.178.

183 Tongsir, **a.g.t**, s.18; Oğuzman, **a.g.e**, s.289; Dural/Öz, **a.g.e**, s.398; Ülkü, **a.g.m**, s.42; İlhan Helvacı, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi**, İstanbul, Filiz, 2002, s.9; Baydar, **a.g.t**, s.15.

184 Helvacı, **a.g.e**, s.11; Baydar, **a.g.t**, s.15.

185 Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.604; Oğuzman, **a.g.e**, s.289; Dural/Öz, **a.g.e**, s.398; Ayan, **a.g.e**, s.221; Helvacı, **a.g.e**, s.68.

kında söz konusu olurken, mirasın reddi, yasal ya da atanmış mirasçılar için söz konusu olur (MK m.605). Vasiyet alacaklıları da vasiyeti reddedebilir (MK m.616). Mirasçılıktan çıkarmada saklı payın ortadan kaldırılması söz konusu iken, mirasın reddinde mirasın ya da vasiyetin kabul edilmemesi söz konusudur[186].

Mirasçılıktan çıkarmanın, çoğunlukla[187] kısmi olabileceği kabul edilmekte ve hatta koruyucu mirasçılıktan çıkarma zorunlu bir şekilde kısmi olarak gerçekleştirilmektedir. Oysa terekede yer alan bazı malların reddi ve bazılarının kabulü şeklindeki bir mirasın kısmi reddi mümkün değildir. Buna karşılık belirli bir miras payı oranının reddinin caiz olduğu savunulmaktadır[188]. Mirasçılıktan çıkarma, kural olarak şarta bağlanabilirken, mirasın reddinin kayıtsız şartsız yapılması gerekir (MK m.609/II)[189]. Mirasın reddi de, mirasçılıktan çıkarma gibi şahsi olup, altsoya etki etmez (MK m.611/I)[190]. Mirası reddeden kimse de, mirasçılıktan tam çıkarılan kimse de tereke borçlarından sorumlu olmaktan kurtulur. Mirasçılıktan çıkarma halinde çıkarılan var kabul edilerek tasarruf oranı hesaplanırken, mirasın reddinde reddeden mirasçı ölmüş gibi hesaplama yapılır, yani reddeden saklı paylı mirasçı hesapta nazara alınmaz[191].

Lehine tasarruf yapılmış bulunan yasal ya da atanmış mirasçı, mirası reddetmiş olsa bile lehine yapılmış tasarrufun yerine getirilmesini isteyebilir (MK m.519/son). Kural olarak, çıkarılan da çıkarma tasarrufundan önce ya da sonra lehine yapılan vasiyetin yerine getirilmesini isteyebilir. Ancak çıkarılana yapılan ölüme bağlı kazandırmanın, çıkarma tasarrufundan önce ya da sonra yapılmış olmasına göre, farklı sonuçları olabilir[192].

---

186 Tongsir, **a.g.t**, s.18; İmre/Erman, **a.g.e**, s.336; Helvacı, **a.g.e**, s.9–10; Baydar, **a.g.t**, s.15.

187 Bkz §2.I.B.

188 Belirli miras payı oranının reddi şeklindeki kısmi reddin mümkün olması gerektiği görüşünde: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.605; Oğuzman, **a.g.e**, s.289; Helvacı, **a.g.e**, s.67. Aksi yönde: Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.249; Tongsir, **a.g.t**, s.18; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.240; Ayan, **a.g.e**, s.221; Baydar, **a.g.t**, s.15–16.

189 Tongsir, **a.g.t**, s.18; Dural/Öz, **a.g.e**, s.399. Yazarlara göre, bu kuralın istisnasını, sonra gelen mirasçı lehine redde ilişkin imkân (MK m.614) oluşturur. Ayrıca resmi tasfiye talebinin sonuçsuz kalması geciktirici şartına bağlı olarak mirasın reddedilebileceği yolunda: Helvacı, **a.g.e**, s.64.

190 Dural/Öz, **a.g.e**, s.406; Helvacı, **a.g.e**, s.144; Baydar, **a.g.t**, s.16.

191 Helvacı, **a.g.e**, s.174 vd; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.407; Dural/Öz, **a.g.e**, s.263–265; Baydar, **a.g.t**, s.16; Baygın, **Tasarruf Nisabı**, s.176.

192 Özellikle sonraki kazandırma ile önceki çıkarma tasarrufunun geri alınmış olup olmayacağı kazandırmaya ilişkin tasarrufun yorumu meselesidir. Bu konuda bkz. §4.II.A.2.

VI. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA HÜKÜMLERİNİN HUKUKUN DİĞER ALANLARINDA UYGULANMASI

Cezai mirasçılıktan çıkarma hükümleri (MK m.510–512), saklı paylı bir mirasçının mirasın kısmen veya tamamen dışına itilmesi dışında da uygulama alanına sahiptir. Uygulama alanı içerisinde Miras Hukukunda miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması yer almaktadır. Aile Hukukunda mülga Medeni Kanunda yer alan evlatlık bağının ortadan kaldırılması konusunda da mirasçılıktan çıkarma nedenlerine gönderme yapılmıştı. Borçlar Hukuku alanına geldiğimizde, bağışlamanın geri alınması ve Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tek taraflı olarak ortadan kaldırılması bakımından yine cezai çıkarma hükümlerinin rol oynadığını görürüz. Son olarak Sosyal Güvenlik Hukukunda da cezai çıkarma hükümleri önem taşımaktadır. Her biri kendi alanında ayrı incelemeyi gerektiren bu konulara, burada ilgili olduğu ölçüde kısaca değineceğiz.

A. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN VE MİRAS HUKUKU NİTELİKLİ ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN TEK TARAFLI ORTADAN KALDIRILMASI BAKIMINDAN

MK m.546/II gereğince[193], "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 kaldırabilir". Anılan hü-

---

193 Anılan hükmü karşılayan eMK m.493/II, c.1'de çeviri hatası olarak "mahrumiyet" terimi kullanılmıştı: Mustafa Dural, **Miras Sözleşmeleri**, İstanbul, İ.Ü Fakülteler Matbaası, 1980, s.230; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.244; Oğuzman, **a.g.e**, s.183. Yeni MK m.546/II hükmünde açıkça mirasçılıktan çıkarma ifadesi kullanılmıştır. Mülga Medeni Kanun döneminde, hükümde "mahrumiyet" teriminin kullanılmasını isabetli bulan karşı görüş için bkz. Şakir Berki, **Miras Hukuku**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1975, s.88. *Berki*'ye göre, yoksunluk sebebi, miras sözleşmesi lehtarının mirasa hak kazanmasına engeldir. Fakat miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması üzerine sadece bu sonuç elde edilmekle kalmamakta, karşılık (ivaz) verilmişse onun iadesi de sağlanmaktadır. Öte yandan çıkarma nedeni sadece saklı paylı mirasçılar için söz konusu olabilir. Saklı paylı olmayan bir mirasçının yoksunluk nedeniyle mirasçı olamaması halinde, karşılık edimin (ivazın) geri alınması mümkün değildir. Buna karşılık çoğunluk görüşü, karşılık sağlanarak yapılan miras sözleşmesinde, karşı tarafın verdiği edimi (ivazı), sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabileceğini savunmaktadır: Dural, **a.g.e**, s.246; Oğuzman, **a.g.e**, s.183. Kaldı ki, mirastan yoksunluk halinde miras sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir (MK m.578/I). Ayrıca bkz. Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Göz. Geç. 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2007, s.312; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.115; Ömer Çınar, "Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı İle Sona Erdirilmesi", **İstanbul Ticaret Ü. SBD**, Y.6, S.12, Güz 2007/2, s.222.

kümde, miras sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi[194] bakımından mirasçılıktan çıkarma nedenlerine gönderme yapılmıştır. Mirasbırakan miras sözleşmesini kural olarak tek taraflı ortadan kaldırma hakkına sahip olmadığından[195], miras sözleşmesi ile mirasçı atanan veya belirli mal vasiyeti alacaklısı olan kişilerin durumu, böylece, saklı paylı mirasçıların mirasçılıktan çıkarılması ile benzerlik göstermektedir[196]. Bu benzerlik nedeniyle kanun koyucu, sözleşmenin karşı tarafının mirasçılıktan çıkarma nedeni sayılacak bir davranışı söz konusu olunca, mirasbırakana miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkı tanımıştır[197]. Miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla gerçekleştirilmek zorundadır[198]. Miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğu

---

194 Miras sözleşmesinin karşılıklı veya tek taraflı olmasına göre farklı değerlendirmeler yapılan ve çalışmamızı aşan bu konuda, "geri alma" veya "dönme" terimi yerine kanunda kullanılan "tek taraflı ortadan kaldırma" terimine sadık kalmayı tercih ediyoruz.

195 Miras sözleşmesi, kural olarak, tarafların yazılı anlaşmasıyla ortadan kaldırılabilir (MK m.546/I).

196 Böylece istisnai olarak tanınan tek taraflı ortadan kaldırma hakkıyla adeta miras sözleşmesi ile lehine kazandırma yapılan kimsenin "bir tür sözleşmeden doğan saklı paya sahip olduğu" ve mirasçılıktan çıkarma ile paralellik kurulduğu yönünde: Dural, **a.g.e**, s.231; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.115. Mirasbırakan saklı paya riayet etmek zorunda olduğu gibi, miras sözleşmesi ile de bağlıdır. Ta ki çıkarma nedeni oluşturan bir davranışla, saklı paylı mirasçı ya da miras sözleşmesi yoluyla lehine kazandırma yapılan kişi bu mirasa veya kazandırmaya layık olmadıklarını göstersinler (*ratio legis*).

197 Dural, **a.g.e**, s.230–231; Bellwald, **a.g.e**, s.72; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.371; Weimar, **Art.477**, N.2; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.183; Çınar, **a.g.m**, s.223.

198 *"Tek taraflı ortadan kaldırma, vasiyetnameler için kanunda öngörülen şekillerden biriyle yapılır"* (MK m.546/son). Buna karşılık tek taraflı ortadan kaldırma, miras sözleşmesinin tek taraflı içeriğini oluşturacak şekilde de yapılabilir. Dural, **a.g.e**, s.240; İmre/Erman, **a.g.e**, s.179; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.371. Miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma, bozucu yenilik doğuran bir hak olmakla birlikte, beyanın ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılacak olmasının getirdiği özellik gereğince, mirasbırakanın ölümünden önce, bu beyanı karşı tarafa iletmesi gerekmez. Beyanın ölümden sonra karşı tarafa varması yeterlidir. Buna karşılık bu düzenleme, karşılık sağlanarak yapılan miras sözleşmeleri bakımından eleştirilmiştir. *"Çünkü mirasbırakan ivazı sağlığında elde etmekte ve bunu, miras sözleşmesinden dönmesine rağmen alıkoyabilmekte iken, ivazı ödeyen kimse ise durumu onun ölümünden sonra öğreneceği için, ancak bundan sonra harekete geçebilecektir. Bu bakımdan, kanunda yazılı olmamakla beraber, mirasbırakanın vasiyetname ile açıkladığı dönme iradesini karşı tarafa bildirmesinin doğru olacağı doktrinde haklı olarak teklif edilmektedir"*: Dural/Öz, **a.g.e**, s.118. Bu görüşler için ayrıca bkz. Dural, **a.g.e**, s.241 vd. Tek taraflı ortadan kaldırmanın, vasiyetname şeklinde yapılması şartının, karşılıklı miras sözleşmeleri bakımından uygulanmaması gerektiği yönünde: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.313 ve özellikle 469 vd; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.255.
"Mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birine dayanarak miras sözleşmesinden dönülebilmesi için, miras sözleşmesi yaparken bulunması gereken şartların dönme iradesini ortaya koyarken de bulunması gerekir. Yani, mirasbırakanın ergin olması, ayırt etme gücüne sahip olması ve kısıtlı olmaması gerekir": Çınar, **a.g.m**, s.224. Öte yandan tek taraflı ortadan kaldırma beyanı, tıpkı çıkarmada olduğu gibi, temsil yoluyla yapılamaz, bizzat mirasbırakan tarafından gerçekleştirilmesi gerekir: Dural, **a.g.e**, s.232–233; Dural/Öz, **a.g.e**, s.117.
Miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılmasının, tamamen ya da kısmen yapılabileceği yönünde: Bellwald, **a.g.e**, s.72. Tek taraflı ortadan kaldırma hakkından baştan feragat, mirasbırakanın kişisel özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırlayacağından geçersizdir: Escher, **Art.513**, N.10; Dural, **a.g.e**, s.235.

için, mirasbırakana ait olup, o bu hakkını kullanmadan ölmüşse, mirasçılar kullanamaz. Meğer ki mirastan yoksunluk sebebi bulunsun (MK m.578)[199]. Öğretide[200] mirasbırakanın, MK m.512/I hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, ölüme bağlı tasarrufunu tek taraflı ortadan kaldırma nedenini açıkça göstermesi gerektiği savunulmaktadır.

Çıkarma nedeninin, lehine miras sözleşmesi yoluyla kazandırmada bulunulan kimsenin şahsında gerçekleşmesi aranır[201]. Çıkarma nedeninin gerçekleşmesi gereken an, Eski Medeni Kanundan farklı olarak yeni MK m.546/II'de "miras sözleşmesi yapılmasından sonra" sonra şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur[202]. MK m.510 hükmünde yer alan cezai çıkarma nedenlerinin, mirasbırakana, yakına veya aile üyesine karşı işlenmesi gerekmektedir. Buna karşılık MK m.546/II hükmünde "mirasbırakana karşı" ifadesinin kullanılması, öğretide tartışmalara yol açmıştır. Bir görüş[203], yalnızca

---

199 Dural/Öz, **a.g.e**, s.117.

200 Dural, **a.g.e**, s.241 vd; Dural/Öz, **a.g.e**, s.118–119; İmre/Erman, **a.g.e**, s.179. Çünkü hâkim, ancak bu halde itiraz halinde ileri sürülen sebebin, mirasçılıktan çıkarma nedeni olup olmayacağına karar verebilecektir. Kaldı ki, saklı paylı mirasçılar ile miras sözleşmesi yoluyla lehine kazandırmada bulunulan kişi arasında kurulan paralellik de bu çözümü haklı kılar. Ayrıca mirasbırakanın ölümünden sonra ortaya çıkacak tartışmaların önüne geçilmiş olur (Dural/Öz, **a.g.y**).

201 Bu sözleşmenin karşı tarafı olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir. Lehine kazandırma yapılan kimse, üçüncü kişi ise, çıkarma nedeninin sözleşmenin karşı tarafında gerçekleşmiş olması, tek taraflı ortadan kaldırma hakkı vermez. Üçüncü kişi yararına yapılan miras sözleşmesinde, karşı tarafın mirasbırakandan önce ölmesi de tek taraflı ortadan kaldırma hakkını ortadan kaldırmaz: Tuor, **Art.513**, N.21; Escher, **Art.513**, N.8, 9; Dural, **a.g.e**, s.233–234; Dural/Öz, **a.g.e**, s.116; Çınar, **a.g.m**, s.223–224.

202 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Madde Gerekçesi (www.tbmm.gov.tr). Miras sözleşmesinden önce mevcut olan ve mirasbırakan tarafından da vakıf olunan çıkarma nedenine rağmen, miras sözleşmesi yapılması halinde, bu durumun af iradesi olarak yorumlanacağı ve tek taraflı ortadan kaldırma hakkını bertaraf edeceği, buna karşılık mirasbırakan, miras sözleşmesi yaptığı anda söz konusu durumu bilmiyor idi ise, hata veya hile hükümleri gereğince sözleşmenin iptal edilebileceği (MK m.504 ve 557/b.2) görüşünde: Dural, **a.g.e**, s.234–235; Dural/Öz, **a.g.e**, s.116; Çınar, **a.g.m**, s.224.

203 Escher, **Art.513**, N.8; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.312; Çınar, **a.g.m**, s.223. *Piotet*, yakına ya da aile üyesine karşı işlenen fiillerin de tek taraflı ortadan kaldırma hakkı vermesinin, yalnızca karşılıksız miras sözleşmeleri bakımından *de lege ferenda* olarak savunulabileceğini belirtir (**a.g.e**, s.123). Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma bakımından bu görüşte: Alpaslan Akartepe, **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat, 2005, s.123, dn.590. *Çınar* ve *Akartepe*'ye göre, öğretideki mevcut tartışmaya rağmen, kanun koyucunun, yeni 4721 sayılı Medeni Kanunun MK m.546/II hükmünde "mirasbırakana karşı" ifadesini korumayı sürdürmesi karşısında hükmün dar yorumlanması ve yakınlara ya da aile üyelerine karşı gerçekleştirilen kötü davranışların miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırmaya hak vermeyeceği kabul edilmelidir (**a.g.y**). Kanımızca Türkiye'de kanunların hazırlanış süreci dikkate alındığında, kanun koyucunun bilinçli olarak söz konusu terimi kullandığı kolaylıkla kabul edilemez. Kaldı ki kanun koyucu, bu konuda kesin bir tavır sergilemek istememiş, konuyu yine öğretiye bırakmış da olabilir. Yeni Medeni Kanunun Gerekçesinde de, "mirasçılıktan çıkarma" teriminin bilinçli olarak seçildiği yolunda bir açıklık yoktur. Pekâlâ, yalnızca hükümde Türkçeleştirme yapılarak, konunun detaylarına girilmek istenmemiş de olabilir. Oysa

mirasbırakana karşı işlenen fiillerin tek taraflı ortadan kaldırma hakkı vereceğini savunur. Zira tek taraflı ortadan kaldırma hakkı sözleşmeye dayandığına göre sadece sözleşmenin tarafı olan mirasbırakana karşı yapılan fiiller tek taraflı ortadan kaldırma hakkı verir. Karşı görüş ise[204] yakına veya aile üyesine karşı işlenen fiillerin de tek taraflı ortadan kaldırma hakkı vermesi gerektiğini savunur. Çünkü bir yabancı olan miras sözleşmesinin karşı tarafını veya lehtarını, yakın aile üyesi olan yasal mirasçılardan daha fazla korumanın gereği yoktur[205]. Bu görüştekilere göre, MK m.510/b.1 hükmü, suçu işleyen kazandırma lehtarının, mirasbırakanın mirasçısı olması ya da olmaması fark etmeksizin, mirasbırakana tek taraflı ortadan kaldırma hakkı verirken, MK m.510/b.2 hükmünün tek taraflı ortadan kaldırma hakkı verebilmesi için, kazandırma lehtarının mirasbırakanın aile üyesi olması gerekir[206]. Zira aile üyesi olmayan kimsenin aile hukuku yükümünü ihlalinden söz edilemeyecektir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının, kendi ölümünden sonra hüküm doğurmak üzere bakım borçlusuna miras sözleşmesi yoluyla ölüme bağlı kazandırmada durumunda, "miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinden" söz edilir[207] ve bu durumda kural olarak miras hukukuna ilişkin sona erme sebepleri uygulanır[208]/[209]. İşte sözleşme yapıldıktan sonra, bakım borçlusunun (ölüme

---

Gerekçede, eski Medeni Kanunda hüküm değişikliğine gidilen konularda Gerekçede açıklama yapıldığı gözlemlenebilir. Nitekim MK m.546/II hükmünün Gerekçesinde, mirasbırakana karşı gerçekleştirilen ve tek taraflı ortadan kaldırma nedeni oluşturan fiillerin, **miras sözleşmesi düzenlendikten sonra yapılması** zorunluluğunun getirildiği açıkça belirtilmiştir (MK Gerekçe: www.tbmm.gov.tr).

204 Tuor, **Art.513**, N.22; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.243; İmre/Erman, **a.g.e**, s.179–180.

205 Bu tartışmaların detayları, çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bu farklı görüşler ve gerekçeleri için bkz. Dural, **a.g.e**, s.235–238. Öte yandan koruyucu çıkarmaya ilişkin hükmün kıyas yoluyla miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bu tartışmalar ve gerekçeleri için bkz. Dural, **a.g.e**, s.238–239.

206 Dural, **a.g.e**, s.239–240.

207 Kenan Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1959, s.28; Akartepe, **a.g.e**, s.21; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yen. 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2007, s.894; Ayşenur Şahin, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Hükümleri", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C.2, İstanbul, Vedat, 2009, s.1449–1450; Eraslan Özkaya, **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin, 2007, s.28; Mustafa Dündar, **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s.33. Bakım borçlusunun, kendisine yaşam süresi boyunca bakması karşılığında bakım alacaklısı karşı edimini mirasçı atama şeklindeki bir ölüme bağlı tasarruf ile yerine getirmektedir. Böylece sağlararası nitelikli ölünceye kadar bakma edimi ile ölüme bağlı nitelikli mirasçı atama tasarrufu, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bu türünde bir araya gelmektedir.

208 Tunçomağ, **a.g.e**, s.29; Akartepe, **a.g.e**, s.21; Yavuz, **a.g.e**, 894; Dündar, **a.g.e**, s.33. MK m.511/c. son gereğince, *"borçlu alacaklı tarafından mirasçı nasbolunmuş ise bu akit hakkında* ***miras mukavelesi***

bağlı kazandırma lehtarının), bakım alacaklısına (mirasbırakana) karşı MK m.546 atfı gereğince MK m.510 hükmünde belirtilen mirasçılıktan çıkarmayı gerektiren davranışlarda bulunması durumunda, bakım alacaklısı olan mirasbırakan, tek taraflı olarak sözleşmeyi ortadan kaldırabilecektir[210]. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin sözleşme karakteri, maddi anlamda olumlu miras sözleşmesi niteliğinde yapılmasını zorunlu kılar[211]. Bunun içindir ki, miras sözleşmesi bakımından MK m.546 hükmünde tanınan imkân burada da uygulanmaktadır. Böylece mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf şekillerinden birisiyle miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırabilecektir[212]. Miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması çerçevesinde cezai çıkarma nedenlerinin uygulanması hakkında yukarıda yapılan tüm açıklamalar ve mevcut tartışmalar burada da aynen geçerlidir[213].

***hükümleri** uygulanır"*. Sözgelimi MK m.504, 546–548, 572–574 hükümleri, Borçlar Hukuku kurallarına göre öncelikle uygulanır. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakımından, BK m.511, c.son hükmünde sözü geçen "mirasçı atama" ifadesini teknik bir terim olarak almamak gerekir. Mirasçı atama dışında bakım borçlusuna başka türlü ölüme bağlı kazandırmaların da yapılması mümkün kabul edilmektedir: Tunçomağ, **a.g.e**, s.29; Akartepe, **a.g.e**, s.22.
Ayrıca belirtelim ki, MK m.512, c.1 gereğince ölünceye kadar bakma sözleşmesi, mirasçı atamayı (miras sözleşmesi yoluyla ölüme bağlı kazandırmada bulunmayı) içermese dahi, miras sözleşmesi şeklinde yapılmak gerekir.

209 BK m.517 hükmünde, gerek bakım alacaklısına, gerekse bakım borçlusuna ölünceye kadar bakma sözleşmesinin devamının çekilmez, imkânsız ya da aşırı güçlük yaratan bir hale gelmesi durumunda, haklı nedenle sözleşmeyi tek taraflı ortadan kaldırma hakkı tanınmıştır (**İBK** 15.3.1940, 36/59 (**RG** N.4506); Yavuz, **a.g.e**, 902). Bununla birlikte anılan bu hüküm, Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde kural olarak Miras Hukuku kurallarından sonra uygulanır. Fakat MK m.547 gereğince sağlararası edimi talep etme hakkına sahip olan taraf için sözleşmeyi sona erdirme Borçlar Hukuku kurallarına tabidir. MK m.547 hükmünde yapılan atfı sadece BK m.106 olarak anlamamak, BK m.517'de tanınan imkânların da varlığını kapsayacak şekilde anılan atfı geniş yorumlamak gerekir: Tunçomağ, **a.g.e**, s.134–135; Akartepe, **a.g.e**, s.122; Dündar, **a.g.e**, s.118–119.

210 Tunçomağ, **a.g.e**, s.135 vd; Akartepe, **a.g.e**, s.123; Şahin, **a.g.m**, s.1464–1465; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.378.

211 Tunçomağ, **a.g.e**, s.123; Akartepe, **a.g.e**, s.21.

212 Tunçomağ, **a.g.e**, s.29; Akartepe, **a.g.e**, s.124.

213 Ölünceye kadar bakma sözleşmesi konusunda monografik eser veren yazarlar, MK m.546/II hükmünde, çıkarmayı gerektiren davranışların "mirasbırakana karşı işlenmiş olması" şartının arandığını ve MK m.510/b.1–2 gereğince hükmün, yakınları ve aile üyelerini de kapsayacak şekilde yorumlanamayacağını kabul ederler: Tunçomağ, **a.g.e**, s.135–136; Akartepe, **a.g.e**, s.123. Anılan yazarlara göre, çıkarma nedeni oluşturacak davranışların, yakına veya aile üyesine karşı işlenmiş olması halinde, bakım alacaklısı (mirasbırakan), **BK m.517 gereğince** sözleşmeden dönebilir.

B. EVLATLIK BAĞININ KALDIRILMASI (eMK m.258/I, c.2) BAKIMINDAN

Eski Medeni Kanun döneminde[214] evlat edinene, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan davranışlarda bulunan evlatlık ile arasındaki evlatlık bağını kaldırabilme imkânı verilmişti[215]. 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda bu imkân kanuna alınmamıştır[216]. Bununla birlikte Yargıtay, 4722 sayılı Yürürlük Kanunu m.1/I gereğince 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki kurulmuş evlatlık bağının, eMK m.258/I, c.2 hükmünün uygulanması suretiyle kaldırılabileceğini kabul etmektedir.

Böylece çıkarma nedenleri ile Yargıtay uygulaması doğrultusunda, Eski Medeni Kanun döneminde kurulan evlatlık bağının evlat edinen tarafından kaldırılması nedeni arasında bir paralellik vardır[217]. Eski Medeni Kanun döneminde ve yukarıda bahsedilen Yargıtay uygulaması sonucunda yeni Medeni Kanun döneminde de mirasçılıktan çıkarma nedenlerini konu edinen kararların çoğunluğunu oluşturan uyuşmazlıkların

---

214 Mülga MK m.258/I, c.2 gereğince, "evlatlık rabıtası, (…) mirasından mahrum bırakacak bir hal hüdusunda evlatlık edinen kimsenin talebi üzerine, hâkim tarafından dahi refedilir". Madde metninde geçen "mahrumiyet" ifadesinin çeviri hatası olduğu ve "mirasçılıktan çıkarma" şeklinde anlaşılması gerektiği savunuluyordu: İmre, **a.g.e**, s.384; M. Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz, 2001, s.266; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, 1990, s.476, dn.64; 2.HD 2.7.1985, 4483/6252 (**HukukTürk**).

215 MK m.258/I, c.2 gereğince, *"evlatlık rabıtası, muhik sebeplere istinat halinde evlatlığın (...) talebi üzerine, hâkim tarafından dahi refedilir"*. Böylece, evlatlık haklı sebeplerle evlatlık bağının kaldırılmasını talep edebiliyorken, evlat edinen daha ağır koşullar altında, yani mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin varlığı şartıyla aynı imkândan yararlanabiliyordu: Tekinay, **a.g.e**, s.476.

Ayrıca belirtelim ki, evlatlık bağının kaldırılmasına olanak sağlayan eMK m.258/I, c.2 dışında, eMK m.257/I, c.3 hükmü sayesinde, evlat edinene, evlat edinme sözleşmesinde evlatlığın miras hakkının veya yalnızca saklı payının engellenmesine yönelik düzenleme yapılabilme olanağı da sağlanmıştı (Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.447, dn.9; A. Rıza Çubukgil, "Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri", **AÜHFD**, C.8, S.3–4, Ankara, 1951, s.599). Ancak eski düzenlemenin bu üçüncü bendi, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 314'üncü maddesi kapsamına alınmamıştır. Böylece günümüzde evlatlığın miras hakkı, mirasbırakan tarafından evlatlık sözleşmesine konulacak miras hakkını engelleyici hükümler yoluyla bertaraf edilemeyecektir.

216 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku**, C. III, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz, 2005, s.505; Baydar, **a.g.t**, s.20.

217 Baydar, **a.g.t**, s.20; 2.HD 5205/6022, 6.5.2002 (**HukukTürk**). Bu kararın karşı oy yazısına göre ise, *"Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 4722 Sayılı Kanunun 2. maddesine göre Türk Medeni Kanununun kamu düzeni ve genel ahlakı sağlayamaya yönelik kuralları haklarında ayrık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. /Öte yandan evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına dair 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 258. maddesi yeni Medeni Kanuna alınmamış bunun yerine hiçbir hüküm de getirilmemiştir. /Bu hale göre **yeni kanun eldeki davalara da uygulanması gerektiğinden** yasal dayanağı kalmayan davanın bu nedenle reddi gerekir"*.

bir kısmının evlatlık bağının kaldırılmasına ilişkin olduğu görülür[218]/[219]. Öğretide çoğunlukla[220] ve haklı olarak kabul edildiği üzere, hükümler arasında kurulan bu paralellik, cezai çıkarma nedenleri[221] (MK m.510/b.1–2) yönünden olup[222], koruyucu çıkarma nedeni (MK m.513) evlatlık ilişkisinin niteliği gereği evlatlık bağının kaldırılması sebebi oluşturamaz.

Evlatlığın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile miras hakkından tamamen veya kısmen yoksun bırakılması mümkündür. Bu halde evlatlık, yalnızca mirasçılık sıfatını tamamen veya kısmen kaybederse de evlat edinene olan soy bağı varlığını korur. Oysa evlatlığın kaldırılması kısmen olamayacağı gibi, bağın kaldırılması halinde yalnızca mirasçılık hakkı değil, soybağı ortadan kalkmış olur[223]. Mirasçılıktan çıkarma bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla gerçekleştirilirken, evlatlık bağının kaldırılması dava yoluyla olur[224].

---

218 Çoğunluğu oluşturan diğer grup ise aşağıdaki başlık altında incelenecek olan bağışlamanın geri alınmasıyla ilgili (BK m.244/b.1–2) kararlardır.

219 Böylece mirasçılıktan çıkarma, kendi mecrası olan ölüme bağlı tasarruf yoluyla miras hakkının ortadan kaldırılması dışında, diğer alanlarda daha yaygın bir uygulamaya sahiptir. Bu kararlarda ilgili olunan kurumun özelliklerinin çıkarma nedenlerinin yorumuna da etki ettiği gözlemlenmektedir. Örneğin evlatlık bağının kaldırılmasında, mirasbırakanın derinden sarsılmış olması kadar, evlatlık bağının kaldırılmasının yaratacağı olumsuz sonuçlar dikkate alınmakta ve ağırlık değerlendirmesi, adeta evlatlık bağının kaldırılmasını haklı kılacak kadar ağır olup olmama şeklinde, daha çok objektif bir bakış açısıyla ele alınmaktadır. Bu kararlar, çalışmamızın ilgili bölümlerinde değerlendirildiğinden, bu bölümde detaya girmekten kaçınıyoruz.

220 Tongsir, **a.g.t**, s.7 ve **Düşünceler**, s.261; Oğuzman/Dural, **a.g.e**, 266; Tekinay, **a.g.e**, s.477; Baydar, **a.g.t**, s.21.

221 Evlatlık bağının kaldırılmasına ilişkin kararların büyük çoğunluğu, MK m.510/b.2 hükmünde düzenlenen aile hukukundan doğan yükümlerin ağır ihlali olgusuna dayanır: 2.HD 21.5.1985, 4734/4925; 2.HD 2.2.1995, 12296/1222; 2.HD 14.1.1997, 12392/389; 2.HD 30.5.1997, 4478/6165; 2.HD 3.6.1997, 4428/6340; 2.HD 28.9.2000, 9224/11151; 2.HD 14.11.2000, 10081/14141; HGK 30.5.2001, 2–448/453; 2.HD 23.5.2002, 5928/6885; 2.HD 28.1.2002, 85/608; HGK 20.3.2002, 2–189/201; HGK 15.5.2002, 2–333/397 (**HukukTürk**).

222 Ana-babaya ait haklar ve yükümler, evlat edinmenin sonucu olarak evlat edinene geçer. Buna karşılık evlatlık da, çocuğun ana-babaya karşı olan haklarına ve yükümlüklerine sahip olacaktır. O halde, bu yükümlerden olmak üzere, ana-babaya saygı ve manevi destek göstermek, doğal olarak evlatlıktan da beklenecektir. Bu sebeple anılan yükümleri yerine getirmeyen evlatlık, evlatlıktan çıkarılabilmekteydi. Evlatlık bağının kaldırılması sebeplerinin, mirasçılıktan çıkarma sebepleri ile aynı olmasının nedeninin, evlatlığın artık bir aile üyesi sayılması olduğu kabul ediliyordu: Çakın, **a.g.m**, s.533–534.

223 İmre, **a.g.e**, s.384.

224 7.12.1955 tarih ve 11/24 İBK gereğince evlat edinen kişinin evlatlık bağının kaldırılması hakkında açtığı davanın yürüdüğü sırada ölümü halinde, mirasçılarının davayı izleme ve sonuçlandırmaya yetkileri vardır (**RG** N.9229). Bu hak sadece evlat edinene tanınmış olup gerek kanuni gerekse hukuki halefleri böyle bir dava açamazlar. Onlar ancak evlat edinenin sağlığında açtığı davaya devam edebilirler: 2.HD 2.6.1980, 4198/4505 (**HukukTürk**); İmre, **a.g.e**, s.384–385.

C. BAĞIŞLAMANIN GERİ ALINMASI BAKIMINDAN BAKIMINDAN

BK m.244/b.1–2 hükümlerinde düzenlenen bağışlamadan rücu (bağışlamanın geri alınması)[225] nedenleri[226] ve BK m.245/I, b.1 gereğince bağışlama taahhüdünden rücu nedeni[227] mirasçılıktan çıkarma nedenleri ile paraleldir[228]. Yukarıda sözü geçen miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması ve evlatlık bağının kaldırılmasına ilişkin hükümlerden farklı olarak, kanun koyucu, bağışlamanın geri alınmasında, çıkarma nedenlerine gönderme yapmakla yetinmemiş, çıkarma nedenlerini hükümde açıkça

---

225 Bağışlamanın tek taraflı sözleşme olması niteliği gereğince "bağışlamadan dönme" değil, "bağışlamanın geri alınması" terimini tercih ediyoruz. Aynı yönde olmak üzere ve konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.126 vd. Elbette çalışmamızdaki başka eserlerden yapılan aynen alıntılarda kullanılan farklı terimlere sadık kalacağız.

226 BK m.244 gereğince,"bağışlayan, aşağıdaki hallerden biri vukuunda elden yaptığı bağışlamadan veya tenfiz ettiği taahhüdünden rücu ve bağışlananın elinde halen ne kalmış ise onun iadesini dava edebilir. 1- Bağışlanan, bağışlayana yahut yakınlarından birine karşı ağır bir cürum irtikâp ederse. 2- Bağışlanan, bağışlayana veya ailesi için kanunen mükellef olduğu vazifelere karşı ehemmiyetli bir suretle riayetsizlikte bulunmuş ise (…)". TBMM Adalet Komisyonunun kabul ettiği 22.1.2008 tarihli, 1–499/21 sayılı Borçlar Kanunu Tasarısının 295'nci maddesi de içerik olarak aynı hükümleri içermektedir: "Bağışlayan, aşağıdaki durumlardan biri gerçekleşmişse, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir: 1. Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse. 2. Bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa (…)".

227 BK m.245/I, b.1 gereğince "Bağışlamayı taahhüt eden kimse, aşağıdaki hallerde taahhüdünden rücu ve tenfizinden imtina edebilir. 1-Elden bağışlanan bir malın istirdadını talebe salahiyet veren sebeplerden biri varsa (…)". Böylece bağışlama taahhüdünün geri alınması bakımından, elden bağışlamanın ya da ifa edilen bağışlama taahhüdünün geri alınmasına ilişkin BK m.244/b.1–3 hükümlerine gönderme yapılmış olup, gönderme yapılan hükümler arasında b.1 ve b.2 mirasçılıktan çıkarma nedeni teşkil etmektedir. Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 296/I, b.1 hükmü de içerik olarak aynıdır: "Bağışlama sözü veren, aşağıdaki durumlarda sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir: 1. Elden bağışlanılan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa (…)". Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu da aynı düzenlemelere yer vermiştir (OR Art.249, Ziff.1–2 ve Art.250, Abs.1, Ziff.1).

228 Ülkü, **a.g.m**, s.53, dn.9; Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.378; Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yen. 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2004, s.167; Weimar, **Art.477**, N.4; Baydar, **a.g.t**, s.22; M. Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.1, İstanbul, Vedat, 2008, s.302; HGK 30.9.1964, 2–1027/601 (**AD** 1965, s.930); HGK 14.5.1976, 2–772/2065;1.HD 5.10.2005, 9758/10438; 1.HD 28.3.2005, 3357/3643; 1.HD 11.3.2004, 1670/2671; 2.HD 10.5.2004, 5159/6038; 1.HD, 30.1.2001, 15621/886; 1.HD 29.06.1998, 7717/8237; 2.HD 21.3.1985, 2422/2744 (**HukukTürk**). *Gümüş*, hâkim öğretinin (bu görüştekiler için bkz. **a.g.y**, dn.1536), BK m.244 hükmünü, bağışlananın bağışlayana karşı kendisine yönelik ivazsız kazandırması nedeniyle, şükran-minnet duyma yükümünün bir sonucu olarak gördüğünü belirtir. Bununla birlikte yazara göre, *"bağışlayanın doğrudan saikini bağışlananı minnetli kılmanın oluşturmadığı hallerde (örneğin bağışlamanın bağışlayan için kazanç getirici ivazlı sözleşmelerin gelecekte bağışlanılanla yapılmasını kolaylaştırmak için yapıldığı halde) BK m.244 uygulama bulmamalıdır"*(**a.g.y**).
Zina sebebiyle boşanmaya hükmedildikten sonra bir yıllık süre içinde, aldatılan eşin, hediye ettiği ziynet eşyalarına ilişkin ifa edilmiş bağışlamayı geri alabileceği yönünde: 4.HD 3.2.2003, 14963/1168 (**Kazancı-MK**).

ifade etmiştir[229]. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, *"bağıştan dönme koşulları ile mirastan ıskat koşullarının bir arada incelenmesi zorunluluğu vardır. Basit olayları bağıştan dönme nedeni kabul etmek, bağıştan yararlanan kişiyi, bağışlayanın baskısı altında tutmak sonucunu doğurur. Aksine bir düşünce yasa koyucunun BK m.244 ve eMK m. 457 (yeni 510) hükümleri ile izlediği amaca aykırı olur; hak duygularını zedeler ve irade serbestisini de büyük ölçüde kısıtlamış olur. Bu nedenle; olayların nitelikleri, kapsamı ve özellikle önem dereceleri gözetilerek delillerin değerlendirilmesi gerekir"*[230]. Görüldüğü üzere, mirasçılıktan çıkarma ile karşılaştırıldığında, sözleşme niteliği gereğince, bağışlamanın geri alınmasında ağırlık unsuru, yani Yargıtay'ın deyimiyle "basit olayların bağışlamanın geri alınması sebebi sayılmaması gerekliliği", mirasbırakanın bakış açısından daha çok, "irade serbestisinin sınırlanmaması" gerekliliğine dayandırılmış, ancak MK m.510 hükmünün amacına da atıf yapılmak suretiyle, fiilin mirasbırakanı sübjektif açıdan derinden sarsması ve bu sarsılmanın objektif açıdan haklı görülmesi anlamındaki ağırlık unsuru da dikkate alınmıştır[231].

Bağışlamanın geri alınması için, çıkarma nedeninin bağışlamadan sonra gerçekleşmiş olması gerektiği kabul edilmektedir[232]. Ağır bir suç işlemeye dayanan geri alma nedeni bakımından, tıpkı cezai mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi, suçun unsurlarının

---

229 Bu sebeple koruyucu çıkarma nedeninin, BK m.244 hükmünün açıklığı karşısında bağışlamanın geri alınması sebebi oluşturamayacağı yönünde: Baydar, **a.g.t**, s.22. Bununla birlikte bağışlama taahhüdü bakımından borç ödemeden aciz duruma düşmek veya iflasın ilan edilmesi, bağışlama taahhüdünün kendiliğinden (*ex lege*) sona erme hali olarak kanunda düzenlenmiştir (BK m.245/II). Hükümde iptal kelimesinin kullanılması isabetli değildir: Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.376; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gen. 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2007, s.205.

230 2.HD 17.10.1994, 10102/12611 (**HukukTürk**); aynı yönde 14.HD 7732/7470, 19.11.1996; 1.HD 29.06.1998, 7717/8237; 1.HD, 30.1.2001, 15621/886 (**HukukTürk**).

231 Hükümde, suçun bağışlayana karşı "minnetsizlik oluşturacak ağırlıkta olması" şartının arandığı görüşünde: Gümüş, **a.g.e**, s.303. Kanımızca "minnetsizlik oluşturmak" ifadesi, ağırlık unsurunu açıklamak için yeterli değildir ve Yargıtay'ın aradığı "basit olayların dönme (geri alma) sebebi oluşturamayacağı, zira irade serbestisinin baskı altına alınmış olacağı" ölçütü karşısında yanıltıcıdır. Aynı yönde Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.378.

232 Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.378; Aral, **a.g.e**, s.204; Zevkliler, **a.g.e**, s.167. Bağışlamanın geri alınmasının, bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu görüşünde: Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.376; Yavuz, **a.g.e**, s.250; Zevkliler, **a.g.e**, s.166. Elden bağışlamanın ya da ifa edilmiş bağışlama taahhüdünün geri alınmasının, borç ifayla sona erdiği için, kurucu yenilik doğuran bir hak olduğu görüşünde: Gümüş, **a.g.e**, s.302–303.
"Bağıştan dönme (rücu), kurulmuş olan bir sözleşmeyi **sonradan ortaya çıkan sebeplere göre sona erdiren** yenilik doğurucu bir hak olduğundan bağışlanan ancak dönme (rücu) anında elinde kalan miktarı vermekle yükümlüdür": 1.HD, 30.1.2001, 15621/886 (**HukukTürk**).

oluşması yeterli görülmekte, sözgelimi mahkûmiyet ya da kovuşturulabilir olma vb. koşulların gerçekleşmiş olması aranmamaktadır[233].

Cezai mirasçılıktan çıkarma şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla gerçekleştirilirken, bağışlamanın geri alınması, şekle tabi olmayan, bununla beraber varması gerekli bir irade beyanıyla gerçekleştirilir[234]. Mirasçılıktan çıkarma herhangi bir süreye tabi değilken, bağışlamanın geri alınması hakkı bir yıllık süreye tabi olup, bu süre, geri alma sebebinin, yani konumuz açısından mirasçılıktan çıkarma nedeninin öğrenildiği andan itibaren işlemeye başlar (BK m.246/I)[235].

D. SGK GEREĞİNCE ÖLEN SİGORTALININ HAK SAHİPLERİNE BAĞLANACAK GELİR VE AYLIKLAR İLE TTK TASARISI GEREĞİNCE ÖZEL HAYAT SİGORTASINDA LEHTARI DEĞİŞTİRME BAKIMINDAN

31.5.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile birlikte Türkiye'de Sosyal Güvenlik Mevzuatında büyük ölçüde yeknesaklığa gidilmiştir. SGK m.56 gereğince *"(Değişik birinci fıkra: 17.4.2008–5754/m.36) Ölen sigortalının hak sahiplerinden; a) Kendisinden aylık bağlanacak sigortalıyı veya gelir ya da aylık bağlanmış olan sigortalıyı kasten öldürdüğü veya öldürmeye teşebbüs etti-*

---

233 Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.378; Aral, **a.g.e**, s.204; Zevkliler, **a.g.e**, s.167. Mirasçılıktan çıkarma açısından bu konuya ileride detayıyla değineceğiz, bkz. §2.II.A.1.b.(3).(a).
Affın mirasçılıktan çıkarma nedenine dayanan bağışlamanın geri alınması hakkını ortadan kaldıracağı görüşünde: Gümüş, **a.g.e**, s.305. Cezai çıkarma açısından af konusundaki tartışmalar için bkz. §4.I.E. Birlikte kusur bağışlamanın geri alınması hakkını ortadan kaldırabilir. Bkz. Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.380.

234 Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.376; Baydar, **a.g.t**, s.22. Ayrıca bağışlamanın geri alınması için dava açılması kanuni bir koşul değilse de, bağışlanan şey eğer taşınmaz ise MK m.1025 gereğince tapu kaydının düzeltilmesi davası yoluyla iade sağlanabilir.

235 Hüküm başlığı zamanaşımı olmasına rağmen, sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu yönünde: Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.377; Aral, **a.g.e**, s.205; Yavuz, **a.g.e**, s.250; Gümüş, **a.g.e**, s.307. Zina sebebiyle boşanmada, bağışlamanın geri alınması süresinin boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren başlayacağı yönünde: 4.HD 3.2.2003, 14963/1168 (**Kazancı-MK**). Boşanma başka nedene dayalı ise ve sadakatsizlik sonradan öğrenilmişse, sürenin sadakatsizliğin öğrenildiği tarihten başlayacağı yönünde: HGK 9.10.1991, 2–375/468 (**Kazancı-MK**). BK m.244/b.2 hükmü bakımından eşler arasında ağır ailesel yüküm ihlalinin varlığı yeterli olup, ayrıca boşanma kararı alınması gerekmez. Böyle olunca da boşanma kararının kesinleşmesi, BK m.246/I açısından sürenin başlangıcını tayinde bir rol oynamaz. Aksi yöndeki yargı uygulaması isabetli değildir: Gümüş, **a.g.e**, s.304, dn.1558.
Bağışlayan bağışlama nedenini öğrendikten itibaren bir yıllık süre dolmadan öldüğü takdirde, bağışlayanın mirasçıları, bu sürenin sonuna kadar geri alma hakkını kullanabilirler (BK m.246/II). Buna karşılık bağışlanan, bağışlayanı hukuka aykırı olarak ve kasten öldürürse veya bağışlayanın geri alma hakkını kullanmasını engellerse, mirasçılar geri alma sebebini öğrendikten sonra bir yıl içinde bağışlamayı geri alabilirler (BK m.246/III). Mirastan yoksunluğun kendiliğinden gerçekleşmesinden farklı olarak BK m.246/III'te, mirasçıların geri alma beyanında bulunması gerekmektedir: Tandoğan, **a.g.e**, I/1, s.383.

ği veya bu Kanun gereğince sürekli iş göremez hale veya malûl duruma getirdiği, b) Kendisinden aylık bağlanacak sigortalıya veya gelir ya da aylık bağlanmamış olan sigortalıya veya hak sahibine karşı ağır bir suç işlediği veya bunlara karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi nedeniyle ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarıldıkları, hususunda kesinleşmiş yargı kararı bulunan kişilere gelir veya aylık ödenmez. Ödenmiş bulunan gelir ve aylıklar, 96ncı madde hükümlerine göre geri alınır"[236]. Görüleceği üzere SGK m.56/a bendinde mirastan yoksunlukla, SGK m.56/b bendinde ise mirasçılıktan çıkarma ile "büyük ölçüde" paralellik kurulmuş ve adı geçen hallerde Kurumdan gelir ve aylık bağlanamayacağı, bağlanmış bulunanların ise geri alınacağı düzenlenmiştir.

SGK m.56/b bendinde yalnızca cezai mirasçılıktan çıkarma hükümleri açık bir biçimde kaleme alınmıştır. Buna göre sigortalının ölümü üzerine kendisine gelir veya aylık bağlanacak olan "hak sahibi" kişi tarafından fiil gerçekleştirilmelidir. Burada "hak sahibi", sigortalının çocuklarını, eşini veya ana-babasını ifade eder[237]. İşte kendisine gelir veya aylık bağlanacak hak sahibi tarafından, *"kendisinden aylık bağlanacak sigortalıya veya gelir ya da aylık bağlanmamış olan sigortalıya veya* (diğer bir) *hak*

---

236 SGK öncesi dönemde, Sosyal Güvenlik Mevzuatı yeknesak değildi. Mülga 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 77/a bendinde dul ve yetim aylığının kesilmesi nedeni olarak mirastan yoksunluk ile paralellik kurulmuşken, m.77/b bendinde cezai mirasçılıktan çıkarma ile paralellik kurulmuştu. Düzenleme yeni SGK m.56 hükmü ile benzerlik taşıyordu. Buna karşılık, Mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda ve 1479 sayılı Esnaf ve Sigortalar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununda (Bağ-Kur) bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Mülga 506 sayılı SSK bakımından sigortalıyı kasten ve haksız yere öldüren ya da öldürmeye teşebbüs edenlerin hak sahibi olamayacağına ilişkin 23.12.1981 sayılı Genelge bulunmaktaydı. Bu düzenleme tüm mirastan yoksunluk hallerini kapsamadığı için eleştirilmekteydi. O dönemde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.6.2005 tarih ve 10–364/390 sayılı kararıyla (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları), hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesinden de yararlanarak 5434 sayılı ESK m.77 hükmündeki düzenlemenin 506 sayılı SSK m.68 hükmü ile bağlanan ölüm aylığına hak kazanma bakımından da uygulanacağına içtihat etmişti. Bu konu hakkında bkz. Hakan Keser, "*5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan Iskatın ve Sigortalının Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Olan Ölüm Aylığına Etkisi*", ***Legal İH&SGHD***, 2008/3, S.19, s.1039 vd. O dönemde, ESK m.77'de yer alan, istisnai ve olumsuz nitelik taşıyan ve bu nedenle hak kaybına da yol açtığı için dar yorumlanması gereken bu hükmün, açık düzenleme içermeyen SSK ve Bağ-Kur mevzuatı bakımından kıyasen uygulanamayacağı görüşünde: Baydar, **a.g.t**, s.23. Yeni SGK mevzuatı, uygulamadaki tüm bu sıkıntıları ortadan kaldırarak tüm çalışanlar bakımından yeknesaklığı sağlayarak, gelir ve aylık bağlanamayacak haller başlığı altında m.56 hükmünde konuyu düzenlemiştir.

237 SGK m.3/b.7 (Değişik: 17.4.2008–5754/m.1) gereğince hak sahibi, "sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını ifade eder".

sahibine karşı ağır bir suç işlenmesi", gelir ve aylık bağlamama nedeni olarak kabul edilmiştir. Başka deyişle suç, MK m.510/b.1 hükmünden farklı olarak sigortalıya veya onun aylık ya da gelir bağlanacak olan **çocuğuna, eşine, ana veya babasına** karşı işlenmiş olmalıdır. Oysa MK m.510/b.1 hükmünde mirasbırakana veya **yakınlarına** karşı ağır bir suç işlenmesi, cezai çıkarma nedenidir[238]. Buna karşılık aile hukuku ihlalini düzenleyen MK m.510/b.2 ile SGK m.56/b bendinin ikinci kısmı uyumludur.

Çıkarma nedenleri dışında, SGK m.56/b hükmünde aranan diğer bir koşul da mahkemece ölenin hak sahibi (saklı paylı mirasçısı) hakkında kesinleşmiş bir mirasçılıktan çıkarma kararının varlığıdır. Başka deyişle, ölenin hak sahibi (saklı paylı mirasçı), aleyhindeki mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçerli değilse, gelir ve aylıktan yoksun bırakılamaz. Son olarak ekleyelim ki, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçerli olmakla birlikte, çıkarma nedeni teşkil eden suç, mirasbırakanın, SGK m.3/b.7 gereğince "hak sahibi" olarak tanımlanan aile üyesi olmayan bir yakına karşı işlenmiş olması halinde, yine gelir veya aylık bağlanmasına engel oluşturmayacaktır. Meğer ki, suç, aile üyesi olmayan bir yakına veya bir üçüncü kişiye karşı işlenmiş olsa bile, bu durum aynı zamanda MK m.510/b.2 gereğince doğrudan mirasbırakana veya onun aile üyesine karşı ağır bir aile hukuku yükümü ihlali teşkil etsin[239].

Son olarak **özel hayat sigortaları** bakımından bir hususa daha kısaca değinelim. Yürürlükteki 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun hayat sigortalarına ilişkin hükümlerinde[240] yer almamakla birlikte, TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen 11.1.2008 komisyon kabul tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 1493/IV hükmü gereğince *"Sigorta ettiren, değiştirme hakkından vazgeçtiğini sigorta poliçesine yaz-*

---

238 SGK m.56/b'de kendilerine karşı ağır suçun işleneceği "hak sahipleri", böylece MK m.510/b.1 hükmündeki "yakınlardan" oldukça dardır.

239 Bu sonuncu durumu ileride detaylı olarak ele almaktayız: §2.II.A.2.b.(3). Mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkardığı mirasçısının kendisinden daha önce ölmesi durumunda, koşulları varsa mirasbırakanın, çıkardığı bu mirasçısının ölüm aylığına hak kazanacağı konusunda tereddüt yoktur: Keser, **a.g.m**, s.1042.

240 6762 sayılı TTK m.1328/II gereğince,"sigortadan faydalanan kimse hayatı üzerine sigorta yapılmış olanı öldürmüş veya onun öldürülmesinde her hangi bir şekilde suç ortaklığı etmiş bulunduğu takdirde sigorta bedelinden mahrum kalır ve bu bedel ölenin mirasçılarına ait olur". Görüldüğü üzere bu hüküm daha çok mirastan yoksunluk kurumu ile paraleldir. TBMM'de Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen 23. Dönem, 2. Yasama yılı, 96 sıra sayılı 11.1.2008 komisyon kabul tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 1504'ncü maddesinde gerek sigorta ettiren gerekse lehtar tarafından bu fiilerin gerçekleşmesi ayrı ayrı fıkralarda düzenlenmiş ve yürürlüktekine benzer bir metin kaleme alınmıştır (www.tbmm.gov.tr).

dırmakla beraber sigorta poliçesini lehdara teslim etmişse, o kişiyi değiştiremez. Duraksama hâlinde, sigorta ettirenin lehdarı değiştirme hakkını saklı tuttuğu kabul edilir. Sigorta ettirenin lehdarı değiştirme hakkından açıkça vazgeçtiği ve sigorta poliçesinin lehdara verildiği hâllerde bile, ***mirasçılıktan çıkarma veya hibeden rücu*** *hâlleri gerçekleşmiş yahut ilgililer arasında o kişinin lehdar olarak atanmasına ilişkin sebep ortadan kalkmış ise, lehdar değiştirilebilir".* Görüleceği üzere Tasarıda, 4721 sayılı MK m.510 ve 814 sayılı BK m.244 hükümlerine gönderme yapılmaktadır. Hayat sigortalarında lehtarı değiştirme hakkından vazgeçerek, poliçeyi lehtara teslim eden sigorta ettirene, kural olarak lehtarı değiştirme hakkı verilmemiştir. Fakat istisnai olağanüstü sebeplerin varlığı halinde ve bu sebepler kapsamında mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin gerçekleşmiş olması halinde, sigorta ettirene istisnaen lehtarı değiştirme hakkı tanınmaktadır.

§ 2. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN UNSURLARI

Geçerli bir cezai mirasçılıktan çıkarmadan söz edebilmek için öncelikle saklı paylı bir mirasçının varlığı ve bu kimsenin kanunda sayılan mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan davranışlarda bulunması (MK m.510) gerekir. Söz konusu davranışlar, hukuka aykırı olmalı ve saklı paylı mirasçı kusurlu olmalıdır. Fiilin sübjektif ve objektif açıdan ağır (aile bağını koparıcı ya da derinden sarsıcı) nitelikte olması gerekir. Bu koşullar gerçekleştiğinde, ayrıca mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma iradesine sahip olması ve çıkarmanın ölüme bağlı tasarruf şekillerinden birisine uyulmak suretiyle yapılması gerekir. Söz konusu tasarrufta çıkarma nedeninin kesin bir şekilde gösterilmiş olması zorunludur.

I. MİRASTAN ÇIKARILAN KİŞİNİN SAKLI PAYLI MİRASÇI OLMASI

A. SAKLI PAYLI MİRASÇILAR

Mirasçılıktan çıkarılan kişinin öncelikle kanunun miras hakkı tanıdığı[1] bir kişi olması gerekir[2]/[3]. Bunların mirasçı olmaları mirasbırakanın iradesine bağlı değildir (MK m.495–501). Oysa mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın iradesi ile gerçekleşir[4].

---

1 Önce gelen tabakada bir mirasçının varlığı, sonra gelenin mirasçılığını engeller (MK m.495–497). Mirasçı olamayan kimse, saklı pay sahibi de olamayacağına göre, bu kimse için mirasçılıktan çıkarma söz konusu olmaz. Bu kural, mirasbırakanın hangi tabakada olursa olsun, muhtemel saklı paylı mirasçısı için mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemesini engellemez. Örneğin oğlu hayatta olan mirasbırakan, torununu mirasçılıktan çıkardığına dair bir tasarruf yapabilir. Mirasbırakanın ölümünde oğlu hayatta ise, torun için yapılan çıkarma tasarrufu hüküm doğurmaz. Zira torun mirasçı dahi değildir. Ancak, oğul mirasbırakandan önce ölseydi, mirasçılıktan çıkarma torun için hükümlerini doğurabilirdi.
Evlatlık ve altsoyu, evlat edinene kan hısımı gibi mirasçı olursa da (MK m.500/I), evlat edinen ve hısımları evlatlığa mirasçı olamazlar (MK m.500/II). Bu sebeple de evlatlığın, evlat edineni veya onun hısımlarını mirasçılıktan çıkarmasından söz edilemez (Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.599).

2 Çağa, **a.g.e**, s.65; Kılıçoğlu, **Miras**, s.39. Alman Hukukundan (BGB §2303) farklı olarak, İsviçre ve Türk Hukuklarında saklı pay, çoğunlukla azaltılmış ve dokunulmaz bir **miras hakkı**dır. Oysa Alman Hukukunda, mirasbırakan, kimin mirasçı olacağını özgürce kendisi belirleyebilir (iradi mirasçılık sistemi) ve iradi mirasçılara karşı, kanundaki yasal mirasçılardan saklı pay sahibi olanların yalnızca saklı payları oranında bir alacak talepleri olabilir. Başka deyişle Alman Hukukunda saklı pay, alacak hakkıdır, yoksa ayni niteliği (miras hakkı niteliği) yoktur.

3 Mirasbırakanın ölümünden önce mirasçının miras hakkı söz konusu değildir. Miras, mirasbırakanın ölümü anında mirasçıya intikal eder (kanuni intikal). Bununla birlikte, muhtemel mirasçıların mirasbırakanın **ölümünden önceki** durumları, "bekleme durumu" veya "beklenti" kavramlarıyla açıklanmaktadır. Bu durum "beklenen hak" kavramından da farklıdır. Bu konuda bkz. Antalya, **Miras**, s.43

Mirasçıların tümü değil, yalnızca saklı payı olanlar mirasçılıktan çıkarılabilir. Medeni Kanuna göre, mirasbırakanın altsoyu, ana ve babası ile eşi, saklı paylı mirasçıdırlar (MK m.505/I)[5]/[6]. Altsoy kapsamına mirasbırakanın kendisine soybağı ile bağlı olan evlilik içi veya evlilik dışı çocukları, torunları, torunlarının çocukları vs. girer. Bunun dışında evlatlık ve mirasbırakanın evlatlığının çocuğu da bu kapsamda yer alır[7].

Saklı paylı olmayan mirasçıların mirasçılıktan çıkarılmaları söz konusu olamayacağı gibi, saklı paylı mirasçıların saklı payları dışındaki miras payları kısmından uzaklaştırılmaları da mirasçılıktan çıkarma niteliğinde değildir[8]. Miras hakkına sahip olmayan vasiyet alacaklılarının ve miras hakkına sahip olsa bile saklı pay hakları olmadığı için atanmış mirasçıların mirasçılıktan çıkarılmaları söz konusu değildir[9].

---

vd. Kanuni veya iradi mirasçının mirasın açılmasından önceki miras hakkı, ortadan kaldırılamaz veya geri alınamaz bir tasarruf olmadığından "beklenen hak" söz konusu değildir. Onların bu durumu beklenti niteliği taşımaktadır. Öte yandan gelecekteki miras hakkı devredilemeyen, haczedilemeyen ve mirasçılara intikal edemeyen bir haktır.

4 Kılıçoğlu, **Miras**, s.39.

5 MK m.505/I' de "kardeşler" ifadesi, 04.05.2007 tarih ve 5650 sayılı Kanunun 1. maddesi ile madde metninden çıkarılmıştır (**RG** 10.05.2007, N.26518). Kardeşlerin saklı paylı mirasçı olarak kabul edilip edilmeyecekleri, İsviçre Medeni Kanunu yasalaşırken tartışmalara yol açmıştır. Bazı kantonlar tasarruf özgürlüğünün kısıtlanmaması yönünde kardeşlere saklı pay tanınmasına karşıydı. Detaylar için bkz. Rohr, **a.g.e**, s.23–24. Sonunda kardeşlerin saklı paylı mirasçı olduğu kural olarak kabul edildi; ancak kantonlara kardeşleri saklı paylı mirasçı statüsünden çıkarma ya da kardeş çocuklarını da saklı paylı mirasçı statüsüne kavuşturma yetkisi tanındı (Tongsir, **a.g.t**, s.23). Ancak İsviçre Medeni Kanununda yapılan değişiklikler sonucunda bugün kardeşlerin saklı payı bulunmamaktadır (ZGB Art.471).

6 İsviçre'de ve Almanya'da nüfusa tescil edilen eşcinsel yaşam ortaklıklarına hukuki statü tanınmıştır. İsviçre'de bu kimselere miras ve saklı pay hakları tanınarak (PartG Art.1 vd; ZGB Art.462 ve 471), mirasçılıkları "eş" ile aynı statüye bağlanmıştır (Staehelin, **Art.462**, N.1, 2). Alman Hukukundaki düzenleme de benzer doğrultudadır (LPartG §10). Buna karşılık evlilik dışı yaşam birlikteliği (*uneheliche Lebenspartnerschaft; nicht eheliche Lebensgemeinschaft*) yaşayan aynı ya da farklı cinsteki kimselerin miras hakkı bulunmamaktadır. Hukukumuzda ise eşcinsel yaşam ortaklarının ya da evlilik dışı birliktelik yaşayan aynı ya da farklı cinsten kimselerin miras ya da saklı pay hakları yoktur.

7 Çocuğun babaya mirasçı olabilmesi için, evlilik içinde doğum, babalık hükmü, tanıma ya da sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulması gerekir. Anneyle soybağı ise doğumla kurulmuş olur. MK m.500/I, c.1 gereğince "*Evlatlık ve altsoyu, evlat edinene **kan hısımı gibi** mirasçı olurlar*". Evlatlığın "altsoy" kapsamında yer almadığı, ama evlatlığın kanun hükmü icabı kural olarak altsoy gibi mirasçı olacağı yönünde: Tongsir, **a.g.t**, s.23.

8 Escher, **Art.477** N.2; Tuor, **Art.477**, N.1; Piotet, **SPR IV/1**, s.388 vd; Nobs, **a.g.e**, s.22; Alexander Beck, **Grundriss des schweizerischen Erbrechts**, 2. Aufl., Bern, Stämpfli, 1976, s.70 vd; Köprülü, **a.g.e**, s.280; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.306; Oğuzman, **a.g.e**, s.209; İmre/Erman, **a.g.e**, s.232; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.4; Çakın, **a.g.m**, s.523; BGE 64 II 339; HGK 15.06.1968, 2–1117/461 (Hilmi Yazıcı/ Hasan Atasoy, **Şahıs Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı 1952–1970**, Ankara, 1970, s.883–885); Kılıçoğlu, **Miras**, s.39; Mirastan uzaklaştırma için bkz. §1.V.A.

9 Bunlar hakkında mirastan yoksunluk söz konusu olabileceği gibi vasiyetin geri alınması ve miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması ile ilgili özel hükümler söz konusudur (MK m.542–549):

Birden fazla saklı paylı mirasçının aynı nedenle mirasçılıktan çıkarılması mümkündür. Mirasbırakan cezai çıkarmayı gerektiren davranışlarda bulunan mirasçılarından birini veya tamamını çıkarmakta özgürdür[10]. Buna karşılık mirasbırakan, Devleti de içerecek bir şekilde bütün mirasçılarını mirasçılıktan uzaklaştıramaz.

B. SAKLI PAYIN TAMAMEN YA DA KISMEN KALDIRILMASI

Kanun koyucu, -koruyucu mirasçılıktan çıkarma kurumu bir kenara bırakılacak olursa- Medeni Kanunda, 'mirasçılık sıfatı kaybettirilmeksizin saklı payın azaltılmasına (kısmi mirasçılıktan çıkarmaya) ilişkin olarak bir hükme yer vermemiştir.

Azınlıkta kalan görüşe göre[11], kanun mirasçılıktan çıkarmanın mirasçılık sıfatını kaldıracağı hükmüne yer verdiğine göre, kısmi çıkarmanın varlığını kabul etmek doğru olmaz. Çünkü kısmi çıkarma kabul edilecek olursa, çıkarılanın mirasçılık sıfatı süreceğine göre, çıkarmanın saiki olan "ceza" gerçekleşmiş olmayacaktır.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız büyük bir çoğunlukça kabul edilen görüşe göre[12], cezai mirasçılıktan çıkarma saklı payın tamamı için söz konusu olabileceği gibi, bir

---

Kılıçoğlu, **Miras**, s.160–161; Berki, **a.g.e**, s.41; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.447. Mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasçı atadığı kişinin miras hakkını MK m.546/II hükmü gereğince tek taraflı olarak ortadan kaldırabilir. Miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması nedeni, mirasçı atanan kimsenin, miras sözleşmesinden sonra mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan davranışlarda bulunmasıdır. Ancak, bu imkân teknik anlamda mirasçılıktan çıkarma niteliğinde değil, aksine mirasçılıktan çıkarma hükümlerinin, miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılmasının gerekçesi olarak uygulanması niteliğindedir. Zira atanmış mirasçının saklı pay hakkı bulunmamaktadır. Kaldı ki söz konusu madde miras sözleşmesi ile vasiyet bırakma halinde de uygulanmaktadır. Vasiyet alacaklısının miras hakkı dahi yoktur. Kanımızca cezai çıkarmanın konusunun saklı payın ortadan kaldırılması veya miras sözleşmesi ile atanmış mirasçının mirasçılığının kaldırılması olarak nitelenmesi isabetli değildir. Bu niteleme için bkz. Bessenich, **Art.477**, N.2; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.371–372. İster miras sözleşmesi yoluyla ister vasiyet ister atama tasarrufu düzenlenmiş olsun, MK m.546/II hükmü miras sözleşmesinin kaldırılması bakımından mirasçılıktan çıkarma nedenlerine yalnızca gönderme yapmaktadır.

10 Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.61.

11 Berki, **a.g.e**, s.43. Oysa yazar, kısmi affı mümkün görmektedir.

12 Escher, **Art.477**, N.2; Tuor, **Art.477**, N.4; Rohr, **a.g.e**, s.52; Nobs, **a.g.e**, s.23; Ickowicz, **a.g.e**, s.41 vd, 85; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.442; A. Rıza Çubukgil, **L'Exhérédation Ordinaire En Droit Suisse**, Diss, Fribourg, 1949, s.72 vd; Piotet, **SPR IV/1**, s.414; Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.61; Tongsir, **a.g.t**, s.12; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.306; Köprülü, **a.g.e**, s.281; Oğuzman, **a.g.e**, s.209; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601; Bellwald, **a.g.e**, s.6, 7–8; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199; İmre/Erman, **a.g.e**, s.237; Bessenich, **Art.477**, N.5; Gubser, **a.g.e**, s.3, 144; Şenocak, **a.g.m**, s.421; Çakın, **a.g.m**, s.527; Ülkü, **a.g.m**, s.42; Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.169; Schüpbach, **a.g.m**, s.223 (Bessenich, **Art.477**, N.5'den naklen); Öztan, **a.g.e**, s.118; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.183; Ayan, **a.g.e**, s.146; Antalya, **Miras**, s.214. *Gubser*, tam mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmak varken, kısmi çıkarmada bulunulması durumunda, mirasçılıktan çıkarma için aranan "sübjektif ağırlık ölçütünün" gerçekleşmeme ihtimalinin varlığına işaret etmektedir

kısmı için de söz konusu olabilir. Zira Kanun saklı payın tamamından çıkarmaya cevaz veriyorsa, "çoğun içinde azı da vardır" ilkesi gereği, saklı payın bir kısmından çıkarma da mümkündür. Nitekim mirasbırakan, mirasçısının kendisine karşı gerçekleştirdiği davranışı ağır bulmasına rağmen, söz konusu mirasçının saklı payının tamamından yoksun bırakılmayı hak etmediği kanaatinde olabilir. Bu durumda mirasbırakan saklı payın yalnızca kısmen ortadan kaldırılması düşüncesiyle hareket etmektedir[13]. Öte yandan kanunda saklı payın bölünmesini engelleyen bir hüküm mevcut değildir[14].

Tam cezai mirasçılıktan çıkarma, sadece saklı payı ortadan kaldırmakla kalmaz, tüm miras payını ortadan kaldırır[15]. Kısmi cezai mirasçılıktan çıkarmada ise, saklı payın çıkarılana bırakılan kısmı dışında kalan kısım çıkarmaya tabi olmaktadır[16]. Kural olarak kısmi mirasçılıktan çıkarmada da, çıkarılan, saklı payının en azından bir kısmından yoksun bırakılır. Ancak kısmi çıkarma tasarrufu da tıpkı tam çıkarmada olduğu gibi, mirasçının saklı payı dışında kalan tasarruf edilebilir kısmını da bertaraf etmektedir. Aksi halde basit bir matematik hesapla anlaşılabileceği üzere, saklı pay ortadan kalmış olmazdı ve yalnızca *alelade mirastan kısmen uzaklaştırma* söz konusu olurdu[17].

(**a.g.e**, s.144, dn.585). Oysa bu durumun kısmi çıkarma ile ilgisi yoktur, kısmi çıkarma halinde fiilin, mirasbırakan tarafından tam olarak ağır bulunması gerekir.
MK m. 511/I hükmündeki cümleye "tamamen veya kısmen" ifadesinin eklenmesiyle konunun açıklığa kavuşacağı görüşünde: Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.604. Kısmi çıkarmada öğretide varılan sonuçlara, kanunda yer verilmek suretiyle konunun netliğe kavuşturulması gerektiği görüşünde: Tongsir, **Düşünceler**, s.255. Buna karşılık yazar, tezinde öğretinin kısmi çıkarmayı kabul etmesi karşısında, bu kurumun kanunda düzenlenmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır: Tongsir, **a.g.t**, s.82.

13 Bellwald, **a.g.e**, s.6.

14 Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.603. Hatta koruyucu çıkarma bakımından kanun koyucu saklı payın bölünerek yarısının çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülenmesine cevaz vermiştir.

15 Piotet, **SPR IV/1**, s.388; İmre/Erman, **a.g.e**, s.232; Berki, **a.g.e**, s.44; Oğuzman, **a.g.e**, s.209; Köprülü, **a.g.e**, s.280.

16 Saklı paylı mirasçının sadece saklı payı ile yetinmesini veya saklı paylı mirasçının miras payının tasarruf edilebilir kısmının ortadan kaldırılmasını öngören bir ölüme bağlı tasarruf, tasarruf saklı payı ortadan kaldırmadığı için, kısmi mirasçılıktan çıkarma niteliği taşımaz. Böyle bir tasarruf, kural olarak mirastan uzaklaştırma niteliğindedir: Escher, **Art. 477**, N.2; Tuor, **Art. 477**, N.1; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.306; Oğuzman, **a.g.e**, s.209; Weimar, **Art. 477**, N.2; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 90; Bessenich, **Art.477**, N.5; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199.

17 Buna karşılık mirasbırakanın sadece saklı payı ortadan kaldıran maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf yapması, elbette mümkündür: Piotet, **SPR IV/1**, s.388; Oğuzman, **a.g.e**, s.209. Ancak bu tasarruf mirasçılıktan çıkarma niteliğinde değildir. Bununla birlikte böyle bir tasarruf, aynı zamanda mirasçılıktan çıkarmanın geçerlilik koşullarını taşıyorsa, bu tasarrufa genel halefiyet kurallarının mı yoksa mirasçılık-

II. KANUNDA SAYILAN BİR CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA NEDENİNİN VARLIĞI

Mirasçılıktan çıkarılma ancak kanunda öngörülen nedenlere dayanılarak gerçekleştirilebilir. Kanunun cezai çıkarma için ağır koşullar ve sınırlamalar aramasının nedeni, saklı pay kapsamında mirasçıların korunmasından ve mirasçılıktan çıkarmanın ağır bir yaptırım olmasından kaynaklanmaktadır[18].

Cezai mirasçılıktan çıkarma nedenleri, bugün kaynak İsviçre Medeni Kanununa[19] uygun olarak Medeni Kanunumuzun 510'uncu maddesinde iki kategori halinde düzenlenmektedir. Çıkarmanın geçerli olabilmesi için bu iki nedenden birinin gerçekleşmiş olması aranır. Mirasbırakan ile saklı paylı mirasçı arasındaki aile bağlarının kopması, çıkarmaya yol açan davranışın bu iki benddeki düzenlemeden birisinin kapsamına girmesi şartıyla hukuken anlam kazanır. Birinci çıkarma nedeni mirasbırakana veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlenmesidir. İkinci çıkarma nedeni ise, mirasbırakana veya aile üyesi kişilere karşı aile hukukundan doğan bir yükümün önemli ölçüde yerine getirilmemesidir. Medeni Kanunumuzdaki mirasçılıktan çıkarma nedenleri, bütün saklı paylı mirasçılar için aynı olmak üzere ve sınırlı sayıda (*numerus clausus*) düzen-

---

tan çıkarma hükümlerinin mi (MK m.511, 512) uygulanacağı sorunuyla karşılaşılır. Bu konu için bkz. §6.I.C.

18 Weimar, **Art.480**, N.1–5; Kılıçoğlu, **Miras**, s.40, 164. Mirasbırakanın ölümünden sonra saklı paylı mirasçı miras hakkından yoksun bırakılmakta ve onuru kırılmakta, böylece maddi olduğu kadar manevi bir yaptırım da söz konusu olmaktadır (Kılıçoğlu, **a.g.y**).

19 Kaynak İsviçre Medeni Kanununda yer alan ve hukukumuzda da benimsenen çıkarma nedenleri, uzun tartışmalardan sonra birçok farklı neden arasında bir sınırlamaya gidilerek kanunlaştırılmıştır. İsviçre Medeni Kanununun 1895 tarihli tasarısında dört adet çıkarma nedeni öngörülmüştü. Daha sonra 13 Haziran 1907 tarihli Ständerat oturumunda çıkarma nedenleri esnek nitelik gösteren iki bende indirgenmiştir. Tasarıdaki diğer çıkarma nedenleri "ahlaksız yaşam sürmek" ve "mirasbırakanın silah, tehdit ya da zorlama yoluyla bir ölüme bağlı tasarruf yapmasını ya da bir tasarrufu geri almasını sağlamak ya da engellemek" şeklindeydi. Ancak ahlaksız yaşam sürmek, belirsiz ve diğer mirasçılar tarafından kötüye kullanmalara müsait bir kavram oldukları gerekçesiyle kaynak kanuna alınmadı. Tasarıdaki dördüncü bendin çıkarılması ise, bu bendde yer alan nedenin aynı zamanda mirastan yoksunluk nedeni olarak düzenlenmesi (ZGB Art.540; MK m.578) gerekçesiyle oldu (Eugen Huber, **Schweizerisches Civilgesetzbuch - Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements**, 2. Ausgabe, B.1, Einleitung, Personen- und Familien- und Erbrecht, Bern 1914, s.390; Rohr, **a.g.e**, s.25). Tasarıdaki suç işleme nedenini düzenleyen birinci bende ilişkin olarak farklı önergeler verildi. Birinci grup önergede, genişletici bir tarzda, yalnızca mirasbırakana veya yakınlarına karşı işlenen suçlar için değil, genel olarak herkese karşı suç işlenmesi halinde bunun bir mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturması savunuluyordu (StenBull, StR 1906/182, Schulthess; Rohr, **a.g.e**, s.26). Buna karşılık diğer önergede ise, daha sınırlayıcı bir tarzda, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturması için ceza mahkemesinden mahkûmiyet kararı alınmış olması koşulu getirilmek isteniyordu. Ancak bu iki önerge de dikkate alınmadı (Rohr, **a.g.e**, s.25–26).

lenmiştir. Buna karşılık çıkarma nedenleri, kapsam bakımından geniş ve esnek nitelik taşımaktadırlar. Kanunda genel nitelikte ifade edilmiş bulunan çıkarma nedenleri, yoruma ve her somut olay bakımından hâkimin takdir yetkisine geniş ölçüde açıktır[20].

Cezai çıkarmaya konu fiilden hangi mirasbırakan etkilenirse, çıkarılan yalnızca o mirasbırakanın terekesinden bir hak elde edemez. Yoksa işlediği fiili ya da kötü davranışı sonucunda, saklı paylı mirasçı, diğer aile üyelerinin de mirasından çıkarılmış olmaz. Sözgelimi babasının mirasçılığından çıkarılmış olan bir mirasçı, annesinin ya da babaannesinin de mirasçılığından da çıkmış olmaz. Elbette birden fazla mirasbırakan olması durumunda ve fiilin birden fazla mirasbırakanı etkilemesi durumunda, koşulları varsa, aynı somut olay nedeniyle mirasçı birden fazla mirasçılıktan çıkarılabilir. Bu tasarrufların her biri ayrı ve bağımsızdır[21]. Ayrıca, geçerli bir cezai çıkarmadan söz edebilmek için, çıkarmaya neden olan fiilin doğrudan ya da dolaylı olarak mirasbırakanı etkilemesi gerekmektedir[22].

A. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA NEDENİ OLUŞTURAN FİİLLER

Aşağıda suça konu fiil işlemeyi ve aile hukuku yükümüne aykırı davranışları, "çıkarma nedeni oluşturan fiiller" başlığı altında inceleyeceğiz[23]. Her iki çıkarma nedeni için ortak olan "ağırlık/önemli ölçüde olma" unsurunu ise, fiillerden bağımsız olarak ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz[24].

---

20 Piotet, **SPR IV/1**, s.417–418; Rohr, **a.g.e**, s.20–21; Tongsir, **a.g.t**, s.20; İmre/Erman, **a.g.e**, s.236; Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.173; Ülkü, **a.g.m**, s.42, 43; Baydar, **a.g.t**, s.25. Sınırlı olarak sayılan bu iki çıkarma nedeni dışında bir nedene dayanılması mümkün görülmemektedir. Mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin kıyasen dahi genişletilemeyeceği görüşünde: Rohr, **a.g.e**, s.20.

21 Rohr, **a.g.e**, s.21. Mirastan yoksunluk açısından da aynı durum geçerlidir.

22 Rohr, **a.g.e**, s.23.

23 Önemle belirtelim ki çalışmamızda mirasçılıktan çıkarma konusu oluşturan fiillerin unsurları incelenirken, özellikli bir durum olmadıkça her bir unsur için yargı kararına konu olan örnek olaylara tekrar tekrar atıf verilmekten kaçınılmıştır. Bunun yerine suç ve aile hukuku yükümü tiplerini ayrıca ele aldığımız aşağıdaki §2.II.C numaralı özel bölümde geniş şekilde yargı kararına konu olmuş örnek olaylara yer verilmiştir.

24 Buna karşılık öğretide, MK m.510 hükmünün her iki bendinde düzenlenen çıkarma nedenleri arasında bir ayrıma gidilmeksizin, fiillerin bazı unsurlarının bir arada incelendiği görülmektedir. Bkz. Rohr, **a.g.e**, s.23; Bellwald, **a.g.e**, s.9 vd; Piotet, **SPR IV/1**, s.418 vd; Gubser, **a.g.e**, s.22 vd; Çakın, **a.g.m**, s.524. Gerek "hukuka aykırılık" unsuru gerekse "kusurluluk" unsuru her iki bendi de kapsayacak şekilde topluca ele alınmaktadır. Biz bu sistematiğin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü suç işleme (b.1) ile aile hukuku yükümlerini yerine getirmeme (b.2), niteliği ve unsurları gereği birbirinden çok farklı konulardır.

Konuları incelemeye başlamadan önce burada ortak bir noktaya değinmek gerekir. Gerek birinci bend gerekse ikinci bend gereğince mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan fiil ya da davranış, çıkarılan saklı paylı mirasçı tarafından gerçekleştirilmelidir[25]. Buna karşılık çıkarılanın, suçu ya da aile hukukundan doğan yüküm ihlalini tek başına ve bizzat gerçekleştirmesi şart değildir. Aykırı fiil ya da davranış, iştirak halinde, azmettiren olarak ya da yardımcı kişi sıfatıyla da gerçekleştirilmiş olabilir[26].

1. Mirasbırakana veya Onun Yakınlarından Birisine Karşı Bir Suç İşlenmesi

a. Suçun kendilerine karşı işlendiği kişinin "mirasbırakan veya onun yakınlarından birisi" olması

Fiilin mirasbırakana veya yakınlarına karşı işlenmiş olması gerekir. Bununla birlikte, suçun mirasbırakana karşı işlenmiş olmasıyla, mirasbırakanın yakınlarından birisine karşı işlenmiş olması arasında Kanunda öngörülen sonuç (yaptırım) bakımından bir fark bulunmamaktadır[27].

(1). Suçun mirasbırakana karşı işlenmiş olması

Suça konu fiil, mirasbırakanın kişilik haklarına ya da vücut bütünlüğüne karşı işlenmiş olabilir. Bu durumda mirasbırakan kendisine karşı işlenen fiil nedeniyle mirasçılıktan çıkarmada bulunabilecektir. Mirasbırakanın malvarlığına yapılan ve suç teşkil eden bir saldırı da mirasçılıktan çıkarma için yeterli olabilir[28].

---

25 Buna karşılık bir kararda, mirasçının alacaklılarının, mirasçının borcunu ödememesi sebebiyle mirasbırakanın evini kurşunlamaları karşısında, mirasçının bu duruma neden olduğu için aile hukukundan doğan yükümü ihlal ettiği sonucuna varılmıştır: 2.HD 10.5.2004, 5159/6038 (**HukukTürk**). BK m.244/b.1–2 ve MK m.510 hükümlerinin bir arada incelendiği diğer bir kararda ise, çocuğun babaya hakaret etmesi dışında, ayrıca çocuğun eşinin ve altsoyunun (torunların) da hakarette bulunmasına vurgu yapılmıştır: 1.HD 28.3.2005, 3357/3643 (**HukukTürk**). Kararın bu kısmı, ancak çocuğun, babaya karşı, eşinin ve altsoyunun (torunların) hakarette bulunmasını engellememesinin bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturacağı şeklinde yerinde görülebilir.

26 Escher, **Art.477**, N.14; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.477 vd; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Şenocak, **a.g.m**, s.421.

27 İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374.

28 İmre/Erman, **a.g.e**, s.234; Çakın, **a.g.m**, s.525; BGE 73 II 213. Buna karşılık ilginç bir olayda 2. Hukuk Dairesi, "murisin büyük paylı ortak olduğu şirket işlerini tedvir eden füruun, **ayrı hükmî şahsiyeti olan o şirketin** bazı paralarını zimmetine geçirmiş olmasını, bu paraların muris tarafından ödenmesini", mirasbırakana karşı işlenmiş bir suç olarak görmemiş, aksine o şirketin tüzel kişiliğine karşı işlenmiş bir suç olarak kabul etmiş ve böylece bu suçun MK m.510/b.1 hükmünün kapsamına girmeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay, söz konusu fiilin ve hatta zimmete geçen paraları mirasbırakanın ödemek zorunda kalmasının, hiç değilse MK m.510/b.2 kapsamına girip girmeyeceği durumunu ise değerlendir-

(2). Suçun yakına karşı işlenmiş olması

Suça konu fiilin, mirasbırakanın yakını olan kişilere[29] karşı işlenmiş olması durumunda da mirasçılıktan çıkarma mümkündür. Kanunun açık hükmü karşısında, yakın olmayan kimselere karşı suç işlenmiş olması, mirasbırakan işlenen suç nedeniyle derinden yaralanmış olsa dahi, **kural olarak** mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılmayacaktır[30].

Yakınlara karşı ağır bir suç işlenmesinin mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturması (MK m.510/b.1); mirasbırakanla aralarında sevgiye, korumaya, dostluğa, şefkate dayanan duygusal bağı olan bu kişilerin (yakınların), suç oluşturan fiillerle derinden yaralanmasının, mirasbırakanı da derinden yaralayacağı fikrine dayanır (*ratio legis*). Mirasbırakan bu kişilerin maruz kaldığı fiillerden, fiil kendisine karşı işlenmişçesine etkilenecektir[31].

Son olarak belirtelim ki, öğretide[32] MK m.510/b.1 kapsamından suçun yakınlara karşı işlenmiş olması şartının çıkarılması ve yakın olmayanlara yani üçüncü kişilere karşı

---

memiştir: 2.HD 13.5.1996, 4486/4986 (**HukukTürk**). (2. HD'nin bozma kararına karşı yerel mahkeme direnmiş, ancak Hukuk Genel Kurulu 21.5.1997, 2–161/445 sayılı kararıyla (**HukukTürk**), davacı-çıkarılanın altsoyuna husumet yöneltilmediği gerekçesiyle, direnme kararının diğer yönler incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiştir). Kaldı ki bu olayda, mirasbırakanın şirketin büyük ortağı olması sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunun ona karşı da işlenmiş olup olmamasının ayrıca değerlendirilmesi gerekirdi. Bu konuda ayrıca bkz. §2.II.A.2.b.(3).

29 "Yakın" kavramı, İsviçre Medeni Kanununun müzakereleri sırasında yoğun tartışmalara yol açmış ve eleştirilere uğramıştır. Tasarı görüşmeleri sırasındaki bir eleştiriye göre, bu kavramın hukuki bir anlamı yoktur ve kanun metninde böyle kelimelere yer verilmesi, kanun hükümlerinin açık olması gerekliliğine uygun düşmez: Thélin, StenBull StR 1905. Karşı görüş ise somut olayda adaletsiz sonuçların önüne geçilmesi için ve hâkime geniş takdir yetkisi bırakılarak çıkarma kurumunun amacını gerçekleştirmesinin daha iyi sağlanması için, anne, baba, çocuk vs. gibi kavramlar yerine esnek olan "yakın" kavramının kullanılmasının yerinde olduğunu savunmuştur. Nitekim çıkarmayı gerektirecek fiil, mirasbırakana veya aile üyelerinden birisine karşı değil de örneğin mirasbırakanın çok sevdiği bir dostuna, arkadaşına karşı işlendiğinde de, mirasbırakan, bu fiil sanki kendisine veya aile üyelerinden birisine karşı işlenmişçesine üzülebilir: Huber, **Erläuterungen I**, s.389; ayrıca bkz. Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.451.

30 Escher, **Art.477**, N.15; Tuor, **Art.477**, N.14, 24; Bessenich, **Art.477**, N.10; Druey, **a.g.e** §6, N.59; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.175; Erhard Schweri, **Leitfaden für Ihr Testament**, 5. Aufl, Zürich 1982, s.113; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.311; Köprülü, **a.g.e**, s.283; Weimar, **Art.477**, N.9; İmre/Erman, **a.g.e**, s.234–235; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 91; Gubser, **a.g.e**, s.59, 210; Öztan, **a.g.e**, s.120; BGE 106 II 304 Erw.2. Kural böyle olmakla beraber, yakın olmayana karşı işlenen suçun – koşullar gerçekleştiği takdirde- MK m.510/b.2 anlamında ağır bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturması durumunda, mirasçılıktan çıkarmanın ikinci bende göre haklı olabileceği kanısındayız. Konunun tartışılması, aile hukuku yükümü bahsini ilgilendirdiğinden bu konuyu orada ayrıca incelemekteyiz: §2.II.A.2.b.(3).

31 Gubser, **a.g.e**, s.55; Ickowicz, **a.g.e**, s.55; farklı görüşte Piotet, **SPR IV/1**, s.422.

32 Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601–602; Gubser, **a.g.e**, s.211. *Gubser*, *de lege ferenda* olarak, MK m.510/b.1 gereğince suçun mirasbırakanın yakınlarına karşı işlenmesi şartının hükümden çıkarılmasını önermektedir (**a.g.y**). Çünkü mirasçının işlediği -mirasbırakanı derinden

işlenen suçların da ağır kabul edilebildiği ölçüde mirasçılıktan çıkarma nedeni sayılması yolunda *de lege ferenda* bir öneri ileri sürülmüştür. Fakat bu öneri sonucunda kanunda yapılmak istenen değişiklik ile varılmak istenen sonucun ne denli başarıyla sağlanacağı üzerinde düşünmek gerekir[33].

Öte yandan Alman Medeni Kanununda 1.9.2009 tarihli Kanunla 1.1.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere yapılan değişiklikle[34], BGB §2333, Abs.1 hükmüne yeni bir bend eklenmiştir. BGB § 2333, Abs.1, Nr.4 gereğince kasten işlediği bir suç sebebiyle en az bir yıl süreli ertelemesiz ceza mahkûmiyeti alan veya bu suç nedeniyle akıl hastanesine veya bağımlılık tedavi merkezine kaldırılan altsoyun (veya Abs.2

---

yaralayan- suç, üçüncü kişilere karşı işlendiğinde, mirasçılıktan çıkarma için MK m.510/b.2 hükmüne göre mirasbırakana karşı ayrıca bir ailesel yüküm ihlalinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Böyle bir ihlal söz konusu değilse, mirasbırakan derinden yaralanmış olsa da geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunamayacaktır. Oysa örneğin Avusturya Hukukunda (AGBG §768, Nr.3), **herhangi bir kimseye karşı** kasten adam öldürme suçunu işleyerek ömür boyu ya da yirmi yıl süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya çarptırılan altsoyun, mirasçılıktan çıkarılabileceği düzenlenmektedir. Hükümde "kasten adam öldürme suçu", "failin altsoy olması" ve "ömür boyu ya da 20 yıllık hürriyeti bağlayıcı ceza" koşulları aranmıştır. Ayrıca bkz. Gubser, **a.g.e**, s.197.

Bu düzenlemeyi, kaynak İsviçre Hukuku bakımından ele alan *Gubser*, şu tespitlerde bulunmuştur: AGBG §768, Nr.3 hükmünde ceza alt sınırı olarak 20 yıllık bir sürenin koşul olarak aranması yerinde değildir. Ayrıca çıkarmaya tabi kişiyi altsoy ile sınırlamak da mirasçılıktan çıkarma sistemi ile bağdaşmaz (**a.g.y**). Buraya kadar yapılan tespitlerin Türk Medeni Kanunu bakımından da yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Bununla birlikte *Gubser*, üçüncü kişiye karşı işlenen her türlü suçun, çıkarma nedeni olmasının, MK m.510/b.1 kapsamını çok genişleteceğini belirterek, bir sınırlama getirilmesi önerisinde bulunmuştur. Bu öneriye göre vahamet arz etmeyen bazı suçları ayıklamak gerekir. O halde üçüncü kişiye karşı işlenen ve mirasbırakanı derinden yaralamak suretiyle aile bağını derinden sarsan örneğin 3 yıl ve daha fazla süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya tabi suçların, *de lege ferenda* mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak kanunda hükme bağlanması yerinde olur (**a.g.y**).

Buna karşılık benzer öneriler, İsviçre Medeni Kanununun Tasarı görüşmeleri sırasında da ortaya atılmıştı. *Thélin* ve *Schulthess* tarafından savunulan belirli süreli veya yüz kızartıcı (terzil edici) cezalarla mahkûm olmak şeklinde, suçlarda sınırlandırmaya gidilmesi yönündeki teklifler kabul edilmemiştir (Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.449'dan).

33 Kanımızca mirasbırakan ve yakınlar için de mahkûmiyet kararı aranması, mahkûmiyet kararı olmayan birçok olayın cezai çıkarma kapsamı dışında bırakılmasına veya ikinci bend gereğince suçun ayrıca aile hukuku yükümü ihlali kapsamına sokulmaya çalışılmasına neden olur. Bu sebeple, mevcut yasal düzenlemeden geri adım niteliği taşır. Üstelik ikinci bendin koşullarının ispatlanmaya çalışılacak olması, mahkemelerin iş yükü bakımından da bir rahatlama getirmez. Ceza alt sınırının altında kalan suçlar bakımından yine MK m.510/b.2 koşullarının oluşması her zaman mümkündür. Buna karşılık anılan öneri, üçüncü kişilere karşı işlenen suçlar bakımından ceza alt sınırını aşan mahkûmiyet kararının varlığı durumunda, ayrıca ikinci bend gereğince bu suçların mirasbırakana karşı önemli ölçüde bir aile hukuku yükümü ihlali teşkil etmesi koşulu aranmaksızın cezai çıkarma nedeni oluşmuş olacaktır. Elbette ağırlık koşulu yine aranacaktır. Anılan öneri, üçüncü kişilere karşı işlenen suçlar için, mevcut düzenlemeye göre ileri bir adım olarak görülebilir. Ceza alt sınırının altında kalan mahkûmiyet kararları ve mahkûmiyet kararı bulunmayan suçlar bakımından ise yine ikinci bend koşullarının gerçekleşmesi aranacaktır. Bununla birlikte üçüncü kişilere karşı işlenen suçlarda, saklı paylı mirasçı için vahamet arz eden bir mahkûmiyet kararı söz konusu ise, kanımızca bu durum mirasbırakanı derinden sarsabilme niteliğine daha çok sahiptir.

34 Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, §1, Nr.22 (BGBl 2009 I 3143).

gereğince diğer bir saklı paylı mirasçının), terekeye katılmasının mirasbırakan açısından katlanılmaz olması (*Unzumutbarkeit*), saklı paydan uzaklaştırma nedeni olarak düzenlenmiştir[35].

Kanımızca *de lege ferenda* olarak, MK m.510/b.1 hükmünde yer alan mirasbırakana veya yakınlarına karşı ağır suç işlenmesine ilişkin düzenleme muhafaza edilmek kaydıyla, anılan bende yeni bir ilave yapılabilir: *"veya üçüncü kişilere karşı kasten işlediği ağır bir suç sebebiyle hakkında en az -sözgelimi- bir yıl süreli ertelemesiz hürriyeti bağlayıcı cezaya ya da ceza yerine tedbir uygulanmasına karar verilmişse"*[36].

(a) Yakınlık bağı ve yakın kapsamına girebilecek kimseler

Yakınlık[37], "aile" ya da "hısım" kavramlarının aksine, hukuken belirlenmiş bir ilişki türü olmayıp, ruhsal ve gerçekte yaşanan bir ilişkide (*Realbeziehung*) ortaya çıkan

---

35 Bu düzenleme ile birlikte aynı zamanda mirasbırakanı veya eşini veya altsoyunu veya yakınlarını öldürmeye teşebbüs eden (Nr.1) ve birinci bendde sayılan bu kimselere karşı bir "cürüm" (*Verbrechen*) veya kasten ağır bir cünha" (*ein schweres vorsätzliches Vergehen*) işleyen (Nr.2) altsoyun saklı paydan uzaklaştırılması nedenleri, varlığını sürdürmektedir. BGB § 2333, Abs.2 gereğince birinci fıkrada altsoy için düzenlenen nedenler, ana-babanın ve eşin saklı paydan uzaklaştırılmasında da uygulanacaktır. BGB § 2336, Nr.2'nin birinci cümlesinde, saklı paydan uzaklaştırma nedeninin tasarruf düzenlendiği anda mevcut olması ve tasarrufta gösterilmiş olması şartı aranmaktadır. BGB § 2336, Nr.2'ye 24.9.2009 tarihli değişiklikle eklenen cümleye göre, BGB § 2333, Abs.1, Nr.4 gereğince saklı paydan uzaklaştırma için, tasarrufun düzenlenmesi sırasında suça konu fiil işlenmiş olmalı ve kabul edilemezlik (*Unzumutbarkeit*) unsuru bu anda mevcut olmalıdır (BGBl 2009/I, Nr.63, s.3143).

36 Bu önerimiz, takdir yetkisini kullanan hâkimin elini biraz daha kolaylaştırmak ve cezai çıkarma tasarrufunu ayakta tutmaya yöneliktir. Bu öneri kural olarak üçüncü kişiye karşı işlenen suçların mirasbırakanı derinden sarsma olasılığının az olduğuna, ancak mahkûmiyet kararı ile aleniyet kazanmış suçun, mirasbırakanı, özellikle de bulunduğu sosyal ortamdaki tepkiler karşısında sarsabileceği düşüncesine dayanır ve bir denge kurar. Zira üçüncü kişilere karşı işlenen her türlü suçu madde kapsamına almak, hükmü oldukça genişletmek ve belirsizleştirmek, hâkimin geniş takdir yetkisini biraz daha ölçütsüzleştirmek olur. Oysa bir sınırlama yapılması denge kurmak adına gereklidir. Kaldı ki hakkında mahkûmiyet kararı olmayan fiiller bakımından veya ceza alt sınırının altında kalan suçlar açısından, yine ikinci bend şartlarının varlığı halinde cezai çıkarma geçerli olabilecektir.

37 Yakın" kavramı, Medeni Kanunun ve Borçlar Kanunun başka maddelerinde de kullanılmaktadır. İsviçre Borçlar Kanununda (OR Art.30) ve İsviçre Medeni Kanununda (ZGB Art.107/Ziff.4), tehdidi (korkutmayı) düzenleyen hükümde, tehdide maruz kalan kimseler arasında "yakınlar" (*eine ihm nahe verbundene Person*) da sayılmıştır. Türk kanun koyucusu, ZGB Art.107, Ziff.4 hükmünü karşılayan MK m.151 hükmünde "yakınlar" terimini kullanmışken; 818 sayılı BK m.30 hükmünde bu terimi daraltarak "yakın akrabasından biri" şeklinde maddeyi düzenlemiştir. Buna karşılık 2009 tarihli TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 38/I hükmünde "yakın akrabalarından biri" terimi yerine kaynak kanuna uygun olarak "yakın" kavramına yer verilmektedir. İsviçre Hukukunda (ZGB Art.125, Abs.3, Ziff.3 hükmünde), yoksulluk nafakası talep eden eşin, nafaka yükümlüsü eşe ya da "onun bir yakınına" karşı ağır bir suç işlemiş olması, nafaka yükümlülüğünün kaldırılması veya azaltılması nedeni olarak düzenlenmiştir. Bağışlamanın geri alınmasını düzenleyen İsviçre (OR Art.249 Ziff.1) ve Türk Borçlar Kanununda (BK m.244), bağışlanılana veya "onun yakınlarından birine" karşı ağır suç işlenmesi bağışlamadan rücu nedeni olarak sayılmıştır.

psikolojik bir kavramdır[38]. Mirasbırakan ile yakın arasındaki bu fiili bağ, kısaca "yakınlık bağı" olarak adlandırılabilir. "Yakınlık bağı", her somut olay bakımından hâkimin takdirine göre belirlenebilecek "göreceli ve esnek" bir kavramdır[39]. Nitekim mağdur ile mirasbırakan arasında her somut olaya göre değişkenlik gösterebilecek bu psikolojik bağın, kanun maddesinde yeter derecede belirlenmek suretiyle saptanması mümkün değildir. Bu nedenle hâkimin bu konuda takdir yetkisine sahip olması, işin doğası gereğidir[40].

Mağdurun, mirasbırakanın yakını olup olmadığı tespit edilirken, mirasbırakanın, işlenen fiilden etkilenen kimseye (mağdura) karşı duyduğu muhabbet, şefkat, sevgi, saygı, takdir ya da bağlılık gibi duyguları ve bu duyguların ne ölçüde yoğun olduğu önem taşır[41]. Aralarındaki ilişkinin niteliği gereği, bir kişiye karşı işlenen fiilden ötürü, mirasbırakan o fiil sanki kendisine karşı işlenmiş gibi etkileniyor ise, bu kişi MK 510/b.1 anlamında bir **yakın**'dır[42].

---

38 Druey, **a.g.e**, §6, N.58; Şenocak, **a.g.m**, s.423; Bellwald, **a.g.e**, s.23–24; Gubser, **a.g.e**, s.58; Baydar, **a.g.t**, s.33. *Druey*, Mirasçılığın ve saklı paylı mirasçılığın belirlenmesinde kanun koyucunun statik ve formel bir aile anlayışını kabul etmesini eleştiren yazar, cezai çıkarmada kanun koyucunun fiili ilişkiyi esas almış olduğu gerçeğini bu kere kabullenir (**a.g.y**).

39 Rohr, **a.g.e**, s.26; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.450–451; Tongsir, **a.g.t**, s.20, 27; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.311; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; İmre/Erman, **a.g.e**, s.234–235; Bessenich, **Art.477**, N.10; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.175, 177; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Çakın, **a.g.m**, s.525; Gubser, **a.g.e**, s.58.

40 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.451; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.177.

41 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.451, 452; İmre/Erman, **a.g.e**, s.234–235; Şener, **YD**, s.89; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.177; Gubser, **a.g.e**, s.58.
Yakınlık için duygusal bir bağlılığın yetmeyip, aynı zamanda "kişisel veya sosyal bir ilişkinin" bulunması gerektiği yolunda: Çağa, **a.g.e**, s.86; Baydar, **a.g.t**, s.33. Buna göre, yalnızca bir sanatçıya ya da sporcuya duyulan hayranlık sebebiyle, bu kimseyle birlikte üzülüp birlikte sevinmek, yakınlık kapsamında görülemez. Gerçekten bir sanatçıya ya da sporcuya duyulan duygusal bağlılık, "fan", "hayran kitlesi", "sempatizan", "sever" gibi kavramlarla adlandırılmakta olup, "yakın" kavramından ve yakınlık bağından farklıdır. Fakat yakınlık bağını tanımlamak için mutlaka kişisel veya sosyal ilişkinin bulunması şartını aramak da isabetli olmaz. Hayatta, kişisel iletişimin olmadığı ama yakınlığın bulunduğu istisnai örneklerle karşılaşılabilir.

42 Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Tuor, **Art.477**, N.27; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.451; Tongsir, **a.g.t**, s.27; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.311; Escher, **Art.477**, N.15, 17; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Weimar, **Art.477**, N.8; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.177; Dural/Öz, **a.g.e**, s.201; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Antalya, **Miras**, s.216.
Escher' göre, "aile üyelerinin" aksine "yakın" olmak için bir saygı, bağlılık ilişkisi (*Pietätsverhältnis*) yeterlidir. (**Art.477**, N.15). *Oğuzman*'ın E. Mardin'e atfen ifade ettiği üzere, "*Bir kimsenin yakını, sevincini ve kederini paylaştığı kimseler olarak da tarif edilebilir. Merhum Hocam Ord. Prof. Ebül'ulâ Mardin' in deyimi ile 'meserreti ile mesrur, elemi ile müteellim olduğu kimseler' bir şahsın yakınıdır*" (**a.g.e**, s.211 ve orada dn.561).

Öğretide çoğunlukla[43] yakın kavramına girmesi muhtemel olan kişiler, geniş kapsamlı olarak şu şekilde belirtilmektedir: Altsoy, evlatlık, eş, ana-baba, kan ve civar hısımları, kayın hısımlar, nişanlı, üvey ana ve baba, sütanne, dadı ve lalalar, mirasbırakanı koruyan veya mirasbırakanın koruduğu kişiler (hami ve mahmular), mirasbırakanın kendisine özel bir sevgi ve/veya derin bir saygı beslediği kimseler, samimi ve candan birbirine bağlı arkadaşlar, dostlar, uzun zamandan beri birlikte yaşayan bekâr arkadaşlar, öğretmen, mürebbiye, iş ortağı, evlilik dışı olarak birlikte yaşanılan kişi, imam nikâhlı eş, çok yakın askerlik arkadaşı vs…[44]

(b) "Aile üyeleri" için de "yakınlık bağı"nın aranıp aranmayacağı

Yakınlık bağının, psikolojik bir öğe olması, her somut olay ve kişi bakımından, bu bağın varlığının araştırılmasını gerektirir. Bununla birlikte, ikinci çıkarma nedeni olan aile hukuku yükümüne aykırılıkta (MK m.510/b.2), aykırılığa maruz kalan kişiler arasında kanun, mirasbırakanın "aile üyesi" kavramına yer vermiştir. Bend metninde ayrıca bir duygusal bağın varlığının aranacağına dair bir açıklık da yoktur. Bu durumda kanunun acaba aile üyeleri bakımından bu yakınlık bağını faraziye ya da karine olarak mı ele aldığı, yoksa ayrıca aile üyeleri için de bir ailesel yakınlık bağının aranması mı gerekeceği sorunu ile karşılaşılır. Bu sorun, aynı zamanda birinci bend kapsamındaki

---

43 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.451; İmre/Erman, **a.g.e**, s.234–235; Bessenich, **Art.477**, N.10; Kılıçoğlu, **Miras**, s.165; Ülkü, **a.g.m**, s.45. *Gubser*, "öğretmen"in de "yakın" olabileceği görüşünü, eski zamanlardan kalma bir anı olan bu ilişkinin artık günümüzde geçerli olmadığı yönünde eleştirmektedir (**a.g.e**, s.57, dn.238).
"Yakın" kavramına ayrıca işçi, çırak ve hizmetlide olduğu gibi bir sözleşmesel ilişki nedeniyle birlikte yaşayanların da (yeni MK m.367) gireceği yönünde: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.451. Ticari bağlılık ilişkisinin de yakın kapsamında yer alacağı yolunda: Kılıçoğlu, **Miras**, s.165. Karşı görüşteki *Schweri*, yalnızca altsoy, kardeşler, eş ile anne-babayı açıkça yakın kapsamında saymaktadır (**a.g.e**, s.113).

44 *Bellwald*'e göre, yalnızca terminolojik açıdan değil, aynı zamanda kanunda ifade edilen farklı kişi grupları (*Personengruppe*) ve onların hukuki yerleri dikkate alındığında; bir tarafta yakınlar (*nahe verbundene Person*) ile diğer tarafta aile hukuku yükümlerini yerine getirme zorunluluğu olan ve böyle bir zorunluluğu olmayan aile üyeleri (*Angehörigen*) arasında açıkça ve anlaşılabilir bir fark vardır. Bir aile üyesinin mirasbırakana karşı, "yakın"dan farklı olarak, aile bağlarının ya da aileye aidiyetin bir sonucu olarak daha sıkı bir yakınlıktan (*enger naher Verbundenheit*) kaynaklanan hukuki yükümleri vardır. Buna karşılık, yakınlık (*nahe Verbundenheit*) bir aidiyet ilişkisi (*Angehörigkeitsverhältnis*) içermez. Meğer ki –yakın olan kişinin sonradan mirasbırakanın oğlu veya kızıyla evlenmesinde olduğu gibi- ailesel durumda bir değişiklik olsun. Yakın kavramının belirlenmesinde, hısımlıktan ve kayın hısımlığından bağımsız ve daha geniş olarak mirasbırakan ile arkadaşlık ilişkisi içerisinde bulunan herkes nazara alınabilir. Bununla birlikte basit bir arkadaşlık bağı, çok yakın bir ilişki olarak görülemez (**a.g.e**, s.24, 25).

yakınlar kavramında yer alabilecek olan aile üyelerinin, "kendiliğinden yakın olduklarını" faraziye ya da karine olarak kabul edip etmeme noktasında da tereddüt uyandırmaktadır. Öğretide aile üyesinin, kan hısımı olup olmamasına göre, hatta hısımların mirasbırakana olan kanuni yakınlık derecesine göre farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre[45] yakın hısımlar (ana-baba, altsoy, eş ve kardeşler), **kural olarak** yakın kimseler olup, bunların yakın kabul edilmesi asıl olduğundan, bu durumun aksini, iddia eden kimse ispat etmelidir. Buna karşılık uzak hısımların ve arkadaşların yakın olup olmadıkları ise, bu kişilerin mirasbırakan ile olan özel ilişkilerine ya da yakınlık derecelerine bakılarak belirlenmelidir[46]. Benzer yöndeki diğer bir görüş[47] ise, "kural olarak yakın kabul edilenlerin" kapsamını genişleterek eş, kan ve sıhrî hısımların (ayıca nişanlının) kural olarak "yakın" kabul edileceğini savunmaktadır.

Karşı görüşe göre[48], hiçbir hısım doğrudan yakın kavramı kapsamında görülemez. Çünkü yakınlık için aileden biri olmak zorunluluğu yoktur. Öyleyse herkes için bu bağın var olup olmadığı araştırılmalıdır[49]. O halde göreceli olan "yakın" kavramının

---

45 Rohr, **a.g.e**, s.26–27; Escher, **Art.477**, N.15; Stadler, **a.g.e**, s.23; Tuor, **Art.477**, N.23; Tongsir, **a.g.t**, s.27; Çakın, **a.g.m**, s.526. *Tongsir*'e göre, mirasbırakanın *"sevgilisi (ahlaka ve hukuka aykırı olmamak kaydıyla), uzun zamandan beri birlikte yaşadığı ve merbut bulunduğu hizmetçi, uşak, ahçı, bahçıvan, şoför, seyis ... "* vb. kimseler ile vesayet altındaki kimse de yakın kavramına dâhildir (**a.g.t**, s.27).

46 Örneğin yıllardır haber alınmayan ya da ülke ile bağlarını koparmış olan amcayı, mirasbırakanın yakını olarak görmek oldukça güçtür. Buna karşılık akraba olmasa da, mirasbırakan ile çok yakın ilişkiler içinde bulunan arkadaş, mirasbırakan için yakın kategorisinde yer alabilecektir.

47 Piotet, **SPR IV/1**, s.420; açık olmamakla birlikte benzer şekilde Dural/Öz, **a.g.e**, s.201.
Dural/Öz'e göre: "Bunun kapsamına hiç kuşkusuz mirasbırakanın eşi, kan ve sıhrî hısımları girecektir. Ancak mirasbırakanla aralarında hısımlık bağı bulunmayan kişiler de, eğer mirasbırakan bunlara karşı işlenen suçtan etkilenmişse, onun yakını sayılırlar. Mirasbırakanın nişanlısı, evlat edinmeden yetiştirdiği kişiler ya da içtikleri suyun ayrı gitmediği arkadaşları gibi".
Piotet, mirasbırakanın aile üyelerini (*Angehörigen*) mirasbırakan ile sıkı yakınlık bağı olan kişiler olarak nitelendirmektedir. Kural olarak "*Angehörige*" kapsamına eş, hısımlar, kayın hısımları ve candan arkadaşlar girecektir. *Piotet*, birinci bend (ZGB Art.477, Ziff.1; MK m.510/b.1) kapsamında yakınları "*Angehörige*" olarak nitelerken; ikinci bend (ZGB Art.477, Ziff.2; MK m.510/b.2) bakımından "*Angehörige*" kapsamını sınırlandırmaktadır. *Piotet* anılan ikinci bendde, aile hukukundan doğan yükümün ihlali bakımından mirasbırakanın ailesinde yer alan üyelerden söz etmektedir (**a.g.y**).

48 Gubser, **a.g.e**, s.57.

49 *Gubser*' e göre yakınların tüketici bir şekilde listesini vermek olanaksızdır. Bazen hısım olarak çok yakın kimselerle gerçekte bir yakınlık bağı bulunmayabilir ya da var olan bağ kopmuş olabilir. Böylesi bir kimseye karşı suç işlenmesi halinde, kural olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu mümkün değildir. Zira bu durumda mirasçılıktan çıkarmaya cevaz vermek bu kurumun amacı ve anlamıyla bağdaşmaz. Bütün aile üyelerinin kural olarak yakın kabul edilmesi, aile kavramı yüz yıl önceki aile kavramı ile aynı içeriğe sahip olmadığından ve o dönemdeki ortak yaşam bugün söz konusu olmadığından anlamlı olmaz. İsviçre Medeni Kanununun yasalaştığı dönemde var olan ekonomik zorunluluklar aile tablosunu günümüzden farklı olarak şekillendirmekteydi. Tarım ekonomisine bağlı olarak ortak yaşayan geniş aile

belirlenmesinde mirasbırakan ile mağdur kişi arasındaki somut yaşanan ilişkinin niteliğine bakılmak gerekir; yoksa akrabalık derecesine değil.

Kanımızca, Türk toplumunun genel sosyal yapısı dikkate alınarak altsoy, evlatlık, eş, nişanlı, ana-baba, kardeşler için yakınlığın bir karine olduğu, aksini iddia edenin ispatlaması gerektiği kabul edilmelidir. Diğer kan hısımları bakımından yakınlığın karine olarak kabul edilip edilmeyeceği, somut olaya göre değişir. Kayın hısımları için de Türk toplumunun bakışı esas alınmak gerekir. Buna göre, dar kayın hısımlığı çevresine (kayınvalide, kayın peder, kayın birader) ve mirasbırakanla aynı evde yaşayan üvey çocuğa, Tük toplumunda önem verildiği gözlemlenebilir. Bu çevre için de yakınlığın karine olarak kabul edilip edilmeyeceği somut olaya göre belirlenmelidir[50]. Bu belirleme yapılırken "uzun süredir aynı çatı altında yaşama veya sık sık görüşüyor olma" dayanak oluşturabilir[51]. Bu sonuncu durumda mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerliliğini ispatlamak zorunda olan çıkarmada yararı bulunan mirasçılar, yakınlık bağını ispatlamak zorunda kalacaklardır. Oysa karine işleseydi, ispat yükü çıkarılanda olmak gerekecekti. Hısımlar dışında kalan diğer kişilerden yine uzun süredir aynı çatı altında yaşayanlar için de (sütanne, dost, sevgili, uzun süredir ortak yaşayan arkadaş), kanımızca bir yakınlık bağının var olduğu karine sayılmak gerekir. Fakat aynı çatı altında yaşama olgusu söz konusu değilse karine söz konusu olmaz ve yakınlık bağının ispatlanması gerekir.

---

tablosu ve bu tablodaki yükümler ağı, bugün için değişmiştir. Günümüzde, artık hısımların kendiliğinden yakın kabul edilmesi mümkün değildir. Mirasbırakanın yakını olan kimseyi belirlemek için çekirdek aile ve gerçekten kişisel yakın ilişkiler temel alınabilir. Yoksa yakın kavramını kanunda düzenlenen aile ya da hısım kavramları ile açıklamak yerinde olmaz (**a.g.e**, s.57).

50 Her ne kadar Türkiye'de de "aile" kurumundaki sosyal dönüşüm, çekirdek aile modeline doğru olmuşsa da, batı ile doğu arasındaki uçurum, kırsaldan kentlere göç olgusu, özellikle Türk halkının duygusal yapısı ve sıcak ilişkilerden örülü kültürel anlayışı, Anadolu insanının derinden ailesel bağlılıkları ve sıcak bir Akdeniz ülkesi olma özellikleri dikkate alınmak gerekir. Bu özellikler, İsviçre ve Almanya ile olan farkımızı ortaya koymaktadır.

51 Sözgelimi uzun yıllardır mirasbırakanın evinde yaşayan büyükanne için somut olaydaki görecelilik bize yakınlığın burada karine sayılması gerektiğini söylemektedir. Fakat mirasbırakanın ancak birkaç kez tatilde denk gelerek tanıyabildiği ve duygusal bir bağ kurmadığı amcası ya da kayınvalidesi bakımından karine işlemeyecektir. Belki mirasbırakan hiç görüşmeseler de amcasına büyük bir sevgi ve bağlılık duyuyor olabilir. Ancak somut olgu ve emareler, aksi yönde olduğu için (görüşme sıklığı olmayışı, uzaklık, tanıdıklık ve ilgi, yaşam çevresi farklılığı gibi) bu kez karine işlemez.

(c) Fiilen ilişki yokluğu (Görüşmeme) ile yakınlık bağının ayrılması

Öğretide[52] haklı olarak kabul gördüğü üzere, mirasbırakanla aralarındaki yakınlık (ya da ailesel sevgi bağı) kopmuş olan bir hısım, sırf hısım olduğu için "yakın" kapsamına girmez. Bu durumu anlatmak üzere verilen örneklerde, "mirasbırakan ile akrabası veya aile üyesi arasında fiili ilişkinin olmaması, uzun süredir görüşülmemesi, hiç görüşülmemesi" gibi olguların, yakınlık bağının yokluğu ile açıklandığı görülmektedir[53]. Gerçekten de fiili ilişki yokluğu ya da azlığı yakınlık bağının bulunmadığının çok güçlü bir göstergesi olabilir. Bununla birlikte, kanımızca, görüşme sıklığı ya da bağlantı halinde olma, yakınlık bağını *ipso iure* belirleyen bir unsurmuş gibi görülemez. Uzun süredir görüşmeme, fiili bir ilişkinin olmadığını gösterebilirse de, duygusal yakınlık bağının her durumda koptuğu anlamına gelmez[54].

(d) Ağırlık unsuru ile yakınlık bağının karşılaştırılması

"Yakınlık bağı" ile "mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan suçun ağır olması unsuru", birbirleriyle ilişkili konular ise de, bunların birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Mirasbırakanın yakınlık duyguları, fiilin ağırlığının belirlenmesinde sübjektif ağırlık ölçütünü (mirasbırakanın fiilden ötürü derinden yaralanışını) ortaya çıkaracaktır. Bu bakımdan bir neden-sonuç ilişkisi vardır. Buna rağmen somut olayın diğer etkenleri objektif ağırlık ölçütünün gerçekleşmesine yani ortalama insan bakışıyla "mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmasını haklı görmeye" engel olabilir. Bu durumda işlenen fiil, yakınlık bağı olmadığından değil, objektif olarak ağır olmadığından mirasçılıktan çıkarma haklı olamamıştır[55].

---

52 Tongsir, **a.g.t**, s.28; Dural/Öz, **a.g.e**, s.201; Gubser, **a.g.e**, s.58.

53 Örneğin, kızını, o kendisinin istemediği bir kişiyle evlendiği için, haksız yere evinden kovan ve kızıyla uzun zamandır görüşmeyen bir babanın, kovduğu kızını sonradan oğlunun öldürmesi karşısında, mirasçılıktan çıkarmaya –yukarıdaki görüş kabul edilecek olursa- cevaz verilemeyecektir. Benzer örnek için bkz. Gubser, **a.g.e**, s.58–59.

54 Örneğin işçi olarak çalışmak üzere Almanya'ya gitmiş olan babasını çok nadir olarak gören ya da onu fotoğraflarından tanıyan ve özlem duyan bir çocuk için babası kesinlikle ona yakındır. Ancak aynı olayda annesi çocuğa babasından söz etmemiş olsaydı ve çocuk bu duygular içerisinde olmasaydı ya da kendilerini ziyarete gelmediği için nefret duysaydı, baba ile yakınlık bağının kopmuş olduğundan söz edebilirdik. Çocuğu nefrete iten duygunun altında aslında derin bir özlem yatmakta idi ise, vardığımız yargının tam tersini de söyleyebilirdik. O halde görüşmek ya da görüşmemek **bir ölçüt olarak yakınlığı belirleyen bir "mutlak"lığa sahip değildir.**

55 Sübjektif ve objektif ağırlık ölçütü için bkz. §2.II.B.3.

Bununla birlikte yakınlık bağının derecesi, suçun ağırlığının yani aile bağlarını koparıcı etkisinin derecesini artırıp azaltmada çok önemli bir etkendir. Doğal olarak, bir kimse mirasbırakana ne kadar yakınsa, mirasbırakan bu kimseye karşı işlenen suçtan o kadar çok üzüntü duyar ve duyulan üzüntünün boyutu sübjektif ağırlık ölçütünü ortaya koyar[56]. Bununla birlikte ağırlık unsuru belirleyen tek etken yakınlık bağının derecesi değildir. Örneğin mirasbırakanın birlikte kusuru da, yakınlık bağı çok kuvvetli olmasına rağmen, objektif ağırlık ölçütünün gerçekleşmesini engelleyebilir[57].

Bu konuda son olarak mirasbırakan ile aile bağı kopmuş bir kimseye karşı suç işleyen saklı paylı mirasçının mirasçılıktan çıkarılıp çıkarılamayacağına değinmek gerekir. Mirasbırakanın kendilerine karşı suç işlenmesinden üzüntü duymadığı ya da etkilenmediği bir kişinin "yakın" olmayacağını ifade etmiştik. Nitekim öğretide kabul edilen görüşe göre[58], eğer mirasbırakan ile herhangi bir aile üyesi arasındaki aile bağı kopmuş ise, artık bu kişi mirasbırakanın yakını olamaz. Bu nedenle de mirasbırakan, bu kimseye karşı ağır suç işleyen saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkaramaz[59]. Bununla birlikte karşılaşılan bazı somut olaylarda bu durumu tespit etmek oldukça güç olmakta ve kanunda yer verilen bu "psikolojik öğe"ye öğretide yüklenen anlam, hakkaniyet duygumuzu zedeleyebilmektedir. Burada aile bağının kopması ile yakınlık bağının kopmasının aynı şeyler olup olmadığının ya da daha önce mirasçılıktan çıkarılan kişinin, yakınlıktan da mı çıkmış olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Yakın-

---

56 Weimar, **Art.477**, N.12; Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Bessenich, **Art.477**, N.6; Gubser, **a.g.e**, s.59. Mirasbırakana karşı gerçekleştirilen bir davranış ile onun bir yakınına karşı gerçekleştirilen davranışın ağırlığının farklı değerlendirileceği yolunda: Bessenich, **a.g.y**.

57 Aynı yönde Gubser, **a.g.e**, s.59. Birlikte kusurun etkisi için bkz. §2.II.B.4.d.

58 Tongsir, **a.g.t**, s.28. Ayrıca bkz. §2.II.A.2.a.(2).(b).(ii).

59 Örneğin mirasbırakan M, kendisini yaraladığı için oğlu A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. Bir süre sonra M'nin diğer oğlu B, çıkan bir olayda A'yı öldürür. Öğretiye göre bu durumda M, B'yi mirasçılıktan çıkartamaz. Çünkü M'nin A ile aralarındaki aile bağı zaten kopmuştur. A, artık M'nin yakını değildir.
Bir başka örneğe göre, mirasbırakan olan baba M, oğlu A'yı öldürmek üzere B'yi teşvik etmektedir. Bu durumda kardeşini öldüren B, mirasçılıktan çıkarılamayacaktır. Zira bu görüşe göre M, oğlu A'nın ölmesini istediğine göre artık M ile A arasındaki aile bağı zaten kopmuştur. O halde A, artık M'nin yakını değildir ve M, bu ölümden etkilenmeyecektir. Ancak bu yargı her zaman için geçerli olmayabilir. Nitekim ülkemizde yaşanan töre cinayetlerinde, namus bahanesiyle öldürülen çocuklar, çoğu kere sevgi bağı bulunmasına rağmen, toplumsal baskı ve yanlış inançların sonucu olarak öldürülmektedir. Bu örnekte katil oğulun mirasçılıktan çıkarılamamasının aslında daha basit bir gerekçesi vardır: Mirasbırakan azmettiren sıfatıyla suçun işlenmesine katılmıştır. Öyleyse bu hareket, mirasçılıktan çıkarma açısından da mirasçıyı aile bağını koparmaya iten bir birlikte kusur teşkil eder. Böylece objektif ağırlık unsuru gerçekleşmemiş olur. Nitekim bu örnek, öğretide "birlikte kusur" başlığı altında da değerlendirilmektedir. Bkz. §2.II.A.1.b.(3).(c).

lık bağının derecesi, suçun ağırlık derecesini etkileyen bir unsur ise de, bu neden-sonuç ilişkisinin mutlak olup olmadığının ortaya koyulması gerekir. Örneğin M'nin kızı K, eşi L'yi aldatır ve boşanma ile biten bu ağır durum karşısında M, kızını mirasçılıktan çıkarır. Bir süre sonra M'nin oğlu A, olayı duyar ve kardeşi K'yı öldürür. Belki M, söz konusu utanç verici olay nedeniyle asla kızıyla bir daha bir araya gelmeyecek ve onu asla affetmeyecekti. Fakat K sonuçta M'nin kızıdır ve derinden yaralansa, bir daha onu görmek istemese de bir baba kızının öldürülmesi karşısında derin acı duyar. Bu örnekteki gibi öyle olaylarla karşılaşabiliriz ki, aile bağının kopması ile yakınlık duygusunun farklı değerlendirilmesi haklı olmaktadır. Gerçekten M'nin K ile aile bağı kopmuştur. Buradaki kopuş, mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılacak bir ağırlıkta olabilir de! Ama K'ya karşı M, bir baba olarak yüreğinin derinliklerinde derin bir acı ile beraber evlat sevgisi duyacaktır. Öyleyse hukuk öğretisi, bu örnek olayda "aile bağı koptuğu için", kızının ölümü karşısında babanın içinin dahi sızlamaması gerektiği, zira kızın yakın olmadığı gibi tuhaf bir sonucu mu kabul etmelidir? Kanımızca aile bağı kopmuş da olsa, bu olayda K, M'nin "yakını" olarak kalmaya devam edecektir[60].

b. Suç işlenmiş olması

İsviçre Medeni Kanunu iktibas edilirken "*schwere Verbrechen/délit grave*" terimi[61], 743 sayılı eski Medeni Kanun döneminde "ağır cürüm" şeklinde tercüme edilmiştir. 26.6.1998 tarihinde İsviçre Medeni Kanununda yapılan değişiklikle 477. maddesinin 1. bendindeki "*Verbrechen*" terimi, "*Straftat*" olarak değiştirilmiştir[62]. Bu değişiklikle, İsviçre Medeni Kanununun İsviçre Ceza Kanununa ve bugünkü Ceza Hukuku termi-

---

60 Yakınlık bağı, aynı zamanda MK m.510/b.2'de sözü edilen aile üyelerinin kimler olduğunun, dolayısıyla da aile bağının belirlenmesinde rol oynayabilir. Bu durum mirasbırakanın aile üyesi olan kimseye karşı aile hukukundan doğan yükümün yerine getirilmemesi başlığında ayrıca ele alınmaktadır. Bkz ileride §2.II.A.2.a.(2).(ii) ve (iii).

61 İsviçre Ceza Kanunu Tasarısında suçlar bakımından öncelikle üçlü bir ayırım yapılmıştı: *Übertretungen* (kabahat), *Vergehen* (cünha) ve *Verbrechen* (cinayet). Ancak daha sonra Ceza Kanunu tasarısında *Vergehen* (cünha) elimine edildi ve geriye iki suç türü kaldı: *Übertretungen* ve *Verbrechen*. Böylece *Vergehen* kapsamında yer alan hukuka aykırı fiillerden bazıları, *Verbrechen* kapsamına girmiş oldu. İsviçre Medeni Kanunu tasarısında yer alan "ağır suç (*schweres Verbrechen*)" kavramı, İsviçre Ceza Kanunu tasarısına uygun olarak seçilmişti. Bkz. StenBull StR 1906 (16) 179; Rohr, **a.g.e**, s.26; Nobs, **a.g.e**, s.24; Tuor, **Art.477**, N.23; Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601; Bellwald, **a.g.e**, s.18; Gubser, **a.g.e**, s.51, dn.206; BGE 76 II 265, 269.

62 Tartışma yapılmaksızın kabul edilen 26.6.1998 tarihli bu değişiklik, 1.1.2000 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. (AS **1999** 1118 1144; BBl **1996** I 1).

nolojisine uyumu sağlanmıştır[63]. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yasalaşırken, mirasçılıktan çıkarma nedenlerini düzenleyen maddede dilin sadeleştirilmesi dışında esaslı bir değişiklik yapılmamıştır. 510. maddenin birinci bendindeki "ağır cürüm" terimi "ağır suç" olarak değiştirilmiştir[64].

(1) MK m.510/b.1 anlamında "suç" kavramının belirlenmesine ilişkin görüşler ve "kabahatlerin" mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturup oluşturamayacağı

İsviçre Medeni Kanununun oluşum sürecini esas alan azınlıktaki bir görüş[65], İsviçre Medeni Kanununda mirasçılıktan çıkarmayı düzenleyen maddenin birinci bendinde, "cürüm" ifadesinin önüne ağır sıfatının eklenmesiyle (*schwere Verbrechen*), cünhaların (*Vergehen*) mirasçılıktan çıkarma nedeni olmaktan dışlanmak istendiğini savunmaktaydı. Zira İsviçre Ceza Kanunu Tasarı görüşmeleri sırasında *Verbrechen* (cürüm) ve *Vergehen* (cünha) ayırımı ortadan kalkınca, cünhaları da içerir bir şekilde bütün *Verbrechen*'lerin, mirasçılıktan çıkarma için haklı birer neden oluşturması kabul edilemezdi.

Buna karşılık ZGB Art.477, Abs.1, Ziff.1 hükmünde gerçekleşen 26.6.1998 tarihli değişiklik öncesinde ve değişiklik sonrasında İsviçre'de çoğunlukça kabul edildiği üzere, maddedeki "ağır" kavramı, cürümleri cünhalardan ayırmaya yarayan bir araç

---

63 Gubser, **a.g.e**, s.51; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601.

64 Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Gen. 2.Bası, Ankara, Turhan, 2004, s.308. Belirtelim ki "ağır cürüm" veya "ağır suç" kavramları Medeni Hukuk terminolojisinde kullanılmakla birlikte, Ceza Hukuku terminolojisinde böyle bir sınıflandırma biçimi söz konusu değildir. Ceza Hukukunda suçlar, sözgelimi korunan hukuksal değere, hareketin şekline, neticenin ortaya çıkış biçimine göre vb. değişik yönlerden tasnif edilmekle birlikte, hafif suç/ağır suç gibi bir ayırım Ceza Hukukuna yabancıdır.

65 Escher, **Art.477**, N.13; Tuor, **Art.477**, N.23; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.449; Bellwald, **a.g.e**, s.18; *Bellwald*' e göre ceza mevzuatında kabahatler arasında sayılan bir fiil Medeni Hukuk anlamında "ağır bir suç" olarak görülemez. Ayrıca Ceza Kanunu anlamında *Vergehen* olarak nitelenen bir *Delit*'i, aZGB Art.477 Ziff.1'de düzenlenen *Verbrechen* anlamında kabul etmek doğru olmaz. İsviçre Ceza Kanunu, İsviçre Medeni Kanunundan otuz yıl sonra kanunlaştığı (ve Medeni Kanun Tasarısında, Ceza Kanunu Tasarısının önceki halinde var olan üçlü ayrıma göre *Verbrechen* kavramı esas alındığı, fakat sonradan Ceza Kanunu Tasarısında *Vergehen* kategorisi kaldırılarak, bazı *Vergehen*'ler de *Verbrechen* olarak düzenlendiği ve Medeni Kanun koyucusunun bu sonraki değişikliği değil, önceki anlamda saf haliyle *Verbrechen* kavramını Medeni Kanundaki çıkarma nedeni olarak kabul ettiği içindir ki, Ceza Hukuku kavramı olan *Verbrechen* Medeni Hukuk için ölçü değildir. İsviçre Ceza Kanunun Fransızca metninde *délit* kavramı, *Vergehen* anlamında kullanılmıştır ve İtalyanca metindeki *reato* kavramı, *Verbrechen*, *Vergehen* ve *Übertretung* türlerinin üst kavramı olarak kullanılmıştır. Ancak bir fiilin Medeni Kanunda mirasçılıktan çıkarma için öngörülen "*ein schweres Verbrechen* (ağır bir suç)" olup olmadığı, Medeni Hukuk bakış açısıyla değerlendirilir: Bellwald, **a.g.e**, s.18–19; karş. BGE 73 II 213.

veya bir Ceza Hukuku terimi değil, Medeni Hukuk terimidir ve suça konu fiilin ağırlığı, Medeni Hukuk bakış açısıyla belirlenir[66]. Nitekim maddede 26.6.1998 tarihinde yapılan değişiklik ile "*Verbrechen*" teriminin yerine "*Straftat*" terimi kullanılması redaksiyondan öte bir anlam taşımamaktadır. Başka deyişle kanunun anlamında ya da yorumunda bir değişiklik olmamıştır. Bu nedenle İsviçre'deki değişiklik öncesindeki çoğunluk görüşü ve yargı uygulaması günümüzde de geçerlidir[67]. Böylece bugün İsviçre'de gelinen nokta gerek *Verbrechen* (cürüm) gerekse *Vergehen* (cünha) niteliğinde olsun, Ceza Kanununda *Straftat* niteliğinde tanımlanan fiilin mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabileceği yönündedir[68].

Bununla birlikte kabahatlerin (*Übertretungen*) mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturup oluşturamayacağı tartışmalıdır. Öğretideki çoğunluk görüşüne[69] ve İsviçre Federal

---

66 Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601; Gubser, **a.g.e**, s.52. Ayrıca bkz. ileride §2.II.B.1. *Öztan*'a göre, *"5237 nolu Türk Ceza Kanunu "ağır suç" kavramına yer vermemiştir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nun 510/I maddesindeki, "ağır suç" kavramından Türk Ceza Kanunu'ndaki "suç" kavramını anlamak gerekir"* (**a.g.e**, s.119). Bu görüş isabetli değildir. Çünkü MK m.510/b.1 hükmünde yer alan "ağır" ifadesi tamamen bir Medeni Hukuk terimi olup, Ceza Hukuku ile ilgili değildir. Zaten Ceza Kanununda "ağır suç" kavramı kullanılmış olsaydı dahi, Medeni Kanun açısından yine bunun bir önemi olmayacaktı: Cezası az olan bir suç mirasçılıktan çıkarma nedeni olabilecek ağırlıkta olacak iken, cezası yüksek olan bir suç somut olaya göre mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturacak ağırlıkta olmayabilecekti. MK m.510/b.1'deki suçun ağırlığı aile ilişkilerine suçun etkisini ifade eder.

67 Gubser, **a.g.e**, s.51–52; Bessenich, **Art.477**, N.4; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 90; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.172, dn.269.

68 Gubser, **a.g.e**, s.52; Bessenich, **Art.477**, N.4; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 90; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.172, dn.269.

69 Tuor, **Art.477**, N.23; Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Tongsir, **a.g.t**, s.24; Bellwald, **a.g.e**, s.18–19; İmre/Erman, **a.g.e**, s.234; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.177; Şener, **YD**, s.87–88; Köprülü, **a.g.e**, s.282; Oğuzman, **a.g.e**, s.210; Çakın, **a.g.m**, s.525; Schweri, **a.g.e**, s.112; *de lege lata* olarak Gubser, **a.g.e**, s.37, 51.
Kabahatlerin mirasçılıktan çıkarma anlamında ağır suç "genellikle" teşkil etmeyeceği yolunda: Kılıçoğlu, **Miras**, s.165. Yine İsviçre Federal Konsey Raporuna *(Botschaft des Bundesrats)* göre, kabahatler, mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak işin başından beri dikkate alınmamaktadır: Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995, s.115. *Oğuzman*'a göre, "*cürümlerde kasıt aranması, kabahatlerde kastın şart olmaması, (e)MK m.457/bend 1'deki cürüm sözünü Ceza Kanunu anlamında cürüm olarak kabul etmeyi haklı gösterebilir. Kaldı ki, kanun cürümün dahi ağır olmasını aramıştır*" (**a.g.e**, s.210). *Köprülü*, eski MK m.457/b.1 hükmünün metninde yer alan "cürüm" teriminin, "genel olarak suç" anlamında kullanılmış olduğunu kabul etmekle birlikte, kasta dayanan bir nitelikte olması sonucu, Ceza Hukukunda düzenlenen kabahatlerin "cürüm" kapsamına girmeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre Medeni Kanunda cürümün ağırlığının öngörülmüş olması da, bu görüşü doğrulamaktadır (**a.g.e**, s.282).
Gubser, (**a.g.e**, Lösungssätze, s.209'da), yürürlükteki düzenlemeye göre kabahatlerin mirasçılıktan çıkarma nedeni olamayacağını belirtmekle birlikte bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Yazara göre, önemli olan mirasbırakanın yaşanan olaya ilişkin algılamasıdır (sübjektif ağırlık). *De lege ferenda* olarak bu ölçütleri sağlamaya eğer kabahatler de yetiyorsa, bunlar da çıkarma nedeni olabilmelidir. Böylece ya-

Mahkemesine[70] göre, birinci bende göre mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturacak fiilin, Ceza Hukuku anlamında *suç* teşkil eden bir fiil (*Straftat*) niteliğinde olması koşuldur. "Kabahat" sayılan fiiller (*Übertretungen*), mirasçılıktan çıkarma nedeni olamazlar. Buna karşılık eski Türk Ceza Kanunu döneminde kabahatlerin bir suç türü gibi Ceza Kanununda yer alıyor olmasından esinlenen eski bir görüş[71], eMK m.457/b.1'de yer alan "cürüm" sözcüğünün, "genel olarak suç" anlamına kullanılmış olduğunu savunmaktaydı. Bu görüşe göre kabahatler de, koşulları varsa, birinci bend kapsamında mirasçılıktan çıkarmayı gerektiren fiillerden sayılabilir. Buna karşılık gerek 4721 sayılı MK m.510/b.1 gerekse Kabahatler Kanunu ile yapılan değişiklikten

---

zar, çıkarma nedeninin sınırlandırılmış olmasına karşı çıkmaktadır. Aynı yönde *Bessenich*'e göre, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün "suç" ile sınırlanması ve kabahatlerin birinci bend kapsamında görülmemesi, haksız gözükmektedir (**Art.477**, N.2).

70 BGE 73 II 208 (213'te kabahatlerin mirasçılıktan çıkarma nedeni olmayacağı çok kesin bir dille ifade edilmemiş; "kabahatlerin çok nadiren ağır suç kapsamında görülebileceği" ifadesine yer verilmiştir); BGE 76 II 265.

71 Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.309. Yazara göre, "(…) Ceza hukuku alanında bile, pozitif-teknik hukuk açısından cürümlerle kabahatler arasında bir mahiyet farkı bulunmadığı, sadece belirli bir toplumun belirli bir tarih devresinde, cürüm sayılan fiiller kadar toplumsal düzeni sarsmayacakları düşüncesi ile bazı fiilleri "kabahat" adı altında daha hafif suçlar olarak düzenlediği kabul olunmaktadır. Toplum düzeni üzerindeki etkiyi esas alan bu kriterin Miras Hukukunda bir rol oynayamayacağı açıktır. Şu halde, hâkimin MK m.457/b.1'i uygularken, "ağır cürümden" mirasbırakanla ıskat edilen mirasçı arasındaki aile bağlarını kesinlikle koparacak güçte görülen ve Ceza Hukuku mevzuatına göre (ister cürüm, ister kabahat teşkil etsin) suç sayılan her çeşit hukuka aykırı fiili anlaması doğru olacaktır". Aynı görüşte Ülkü, **a.g.m**, s.44.

Kocayusufpaşaoğlu'nun verdiği örnek ve değerlendirmesi şöyledir: "Müstakbel mirasçı, mirasbırakanın canı gibi sevdiği, üzerine titrediği, bütün şefkat duygularını bağladığı (at, köpek vs. gibi) bir hayvanına devamlı işkenceler yapar, ona, öldürmeden ve değerini azaltacak bir sakatlığa maruz bırakmadan büyük acılar çektirirse, bu hareket (eski) TCK 521'de (yeni TCK m.151/II'de) düzenlenen başkasının hayvanını öldürmek, işe yaramayacak hale sokmak, değerini azaltmak **cürümlerini** meydana getirmez. Olaya aynı kanunun bir kabahat olarak düzenlediği hayvanlara kötü muamele ile ilgili (eski) TCK 577 (yeni 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m.14 ve m.28 k bendi) uygulanmalıdır. Hâkim fikre nazaran, (eski) MK 457/b.1'deki (yeni MK m.510/b.1'deki) ıskat sebebi gerçekleşmemiştir. Oysaki (bahis konusu davranışın, (eski) MK 457/b.2'deki (yeni MK m.510/b.2'deki) ıskat sebebini gerçekleştirmiş sayılabilip sayılamayacağı yolundaki çözümü güç bir soruyu cevaplandırmaya lüzum kalmaksızın), bu gibi hareketlerin, yerine göre (daima olayın özel şartlarını göz önünde tutmak gerekecektir), mirasbırakanla ilgili mirasçı arasındaki yakın ve samimi aile ilişkilerini kökünden kopartabilecek şiddet ve nitelikte **Miras Hukuku anlamında** ağır bir cürüm teşkil edebilecekleri kabul olunmalıdır".

Yine azınlık görüşünde olan diğer bir yazara göre: " (…) Önemli olan suçun aile bağlarında yarattığı etki olduğuna göre, bir kabahat de mirasbırakan ile mirasçı arasındaki aile bağlarını zedeleyebilir": Ülkü, **a.g.m**, s.44. Yazarın verdiği örneğe göre, "bir babanın 15 yaşın altındaki bir çocuğun başkası tarafından dilencilikte kullanılmasına izin vermesi", eski TCK m.545 gereğince kabahat teşkil etmekteydi. Yazar, bu durumun MK m.510/b.1 kapsamında bir çıkarma nedeni sayılması gerektiğini savunmaktaydı. Bununla birlikte yeni TCK m.229 gereğince çocuklara dilencilik yaptırılması artık suç olarak düzenlendiğinden bu örneğin dayanağı kalmamıştır. Buna karşılık yazara göre, " (…) genel olarak tüm kabahatler elbette MK m.510, b.2 anlamında aile hukuku yükümlülüğü ihlali oluşturabilir. Ancak b.2 kapsamına girmeyen kabahatler de söz konusu olabilir" (**a.g.m**, s.53, dn.16).

sonra dahi öğretide[72] kabahatlerin, MK m.510/b.1 kapsamına girebileceği savunulmaktadır.

Kabahatlerin suç olmaktan çıkartılarak, ayrı kanunda düzenlenmesi, cezaların idari para cezası niteliğinde olması karşısında[73], kanımızca, azınlık görüşüne katılmaya artık imkân kalmamıştır. Zira MK m.510/b.1 hükmünde "suç" oluşturan fiillere atıf yapılmıştır. Mirasçılıktan çıkarmaya yol açan "suçun" kapsamı, türü, tipi, niteliği ve unsurları, Ceza Kanunları uyarınca belirlenir. Ceza Kanunumuzda da bu tür ayırımlar (cürüm, cünha vs.) kalmadığına ve kabahatler suç kapsamında yer almadığına göre[74], kabahatlerin MK m.510/b.1 anlamında çıkarma nedeni oluşturması mümkün değildir[75]/[76].

(2) Suçun unsurlarının Ceza Hukuku normlarına göre belirlenmesi

MK m.510/b.1 hükmünde "suç işleme" koşul olarak arandığına göre işlenen fiilin, suçun unsurlarını taşıyor olması zorunludur. Bir fiilin suç olup olmadığının tespitinde

---

72 Ayan, **a.g.e**, s.147, dn.27; Antalya, **Miras**, s.215.

73 Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporunun Genel Gerekçesinde belirtildiği üzere "***Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin*** *bir sonucu olarak; çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idarî yaptırımlar öngörülmektedir. Başka bir deyişle, bu fiiller,* ***"idarî suçlar"*** *olarak tanımlanmaktadırlar. Bu fiiller karşılığında, genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörülmektedir. Ancak, bu parasal yaptırım, bir Ceza Hukuku yaptırımı olan "adlî para cezası" değil; idarî yaptırım olarak* ***"idarî para cezası"*** *niteliği taşımaktadır*" (www.tbmm.gov.tr).

74 Ayrıca bkz ve karş. Gubser, **a.g.e**, s.37; BGE II 265, 269. Bir an için, Türkiye'deki Ceza Hukuku reformunun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yasalaşmasından daha sonra gerçekleştiği ve böylece aslında Medeni Kanunun, eski Ceza Kanunundaki düzenlemeye atıf yaptığı ve eski düzenlemede de kabahatlerin hafif suç türü olarak düzenlendiği düşünülebilir. Ancak bu düşünceye şu gerekçelerle itiraz edebiliriz: Birincisi eski Ceza Kanunu döneminde de suçlar ve kabahatlerin farklı olduğu kabul ediliyordu ve o dönemdeki öğretinin çoğunluğu kabahatlerin çıkarma nedeni oluşturmaya yetecek ağırlıkta olmamaları sebebiyle, kanun koyucunun hiçbir zaman kabahatleri çıkarma nedeni olarak düşünmediğini ifade ediyordu. İkincisi ise, yeni Medeni Kanun, "suç" olgusuna gönderme yapmakta, şimdi gönderme yapılan kavramın içerisinde "kabahatler" artık yer almamaktadır. Böylece tarihi değil, çağdaş yorum metodunun gereği olarak da kabahatler MK m.510/b.1 kapsamında değildir.

75 Elbette kabahat olarak nitelenen fiil, aile hukuku yükümü ihlali teşkil ediyor ve bu ihlal ağır görülebiliyorsa ikinci bende göre mirasçılıktan çıkarmada bulunulmasına bir engel yoktur.

76 Bir an için kabahatlerin, MK m.510/b.1 kapsamında olduğu düşünülse bile, vehamet arz etmediği için suç kapsamından da çıkarılan ve artık adli yargı kararı gerekmeksizin, idari organlarca verilen idari para cezalarına tabi olan bu fiillerin, mirasbırakanı derinden yaralaması oldukça güç gözükmektedir. Bir an için mirasbırakanı derinden sarsacak bir kabahat düşünülse bile, bu fiil çok yüksek bir olasılıkla zaten MK m.510/b.2 kapsamında bir aile hukuku yükümü ihlali potasında yer alacaktır.

elbette Ceza Hukukunun normları uygulanmak gerekir[77]. Suç kavramı en basit şekliyle, "ceza normunun yasakladığı, tipe uygun kasten veya taksirle gerçekleştirilen hukuka aykırı haksız bir hareket" şeklinde tanımlanabilir[78]. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için; 1-Tipiklik (Fiilin kanunda belirlenen suç kalıbına uygun olması), 2-Maddi Unsur: Fiil (Hareket – Netice – Nedensellik Bağı), 3-Manevi Unsur (Kast ve Taksir), 4- Hukuka aykırılık şeklinde yapısal unsurların gerçekleşmiş olması zorunludur.

(a) Tipiklik

Türk Ceza Kanunlarınca suç olarak tanımlanmayan fiiller, MK m.510/b.1 hükmünün kapsamına girmezler. Kınanan bir davranış pozitif hukuka aykırı olmakla birlikte Ceza Hukukuna aykırı olmayabilir. Bir borç ilişkisine aykırılık veya tazminat borcunun ödenmemesi Ceza Hukukuna aykırılık teşkil etmez[79]. Hukuka aykırı olmakla birlikte suç teşkil etmeyen bir fiil, birinci bendin kapsamında yer almaz[80]. Mirasçının işlediği fiilin, birinci bend kapsamında mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilmesi için, öncelikle bu fiilin Ceza Kanunlarında suç olarak tanımlanması (tipik olması) gerekir.

---

77 Aynı yönde Ayan, **a.g.e**, s.147. Açık olmamakla birlikte farklı yönde karş. Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.173. Ayrıca değinelim ki, 4721 sayılı MK m.510 hükmüne ilişkin Madde Gerekçesinde *"Mirasçılıktan çıkarılanın işlediği suçun ağır suç oluşturup oluşturmadığına hukuk hâkimi, Ceza Hukukunun buna ilişkin kararlarıyla bağlı olmaksızın karar verecektir"* ifadesi yer almaktadır (www.tbmm.gov.tr). Bu cümle yanlış anlaşılmaya müsaittir. Hukuk hâkimi, suçun oluşup oluşmadığını değil, aksine suçun ağır olup olmadığını Ceza Hukuku kurallarıyla bağlı olmaksızın tespit edecektir. Yoksa Ceza Hukuku kuralları uygulanmaksızın suçun unsurlarının var olup olmadığının tespit edilmesi zaten mümkün değildir. Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin yargılamada suçun ağırlığını belirleyen – örneğin cezayı arttırıp indiren- Ceza Hukuku kuralları uygulanmayacak; suçun ailesel yakınlık bağına yaptığı etki, ağırlık unsurunu ortaya koyacaktır. Konuya aşağıda detayıyla değineceğiz. Nitekim *"suç oluşturan eylemlerle ilgili olarak yemin teklif edilemeyeceğine (HUMK m.352)"* dair kararında Yargıtay, MK m.510, b.1 (ve eMK m.258) uygulaması bakımından da suçun var olup olmadığını, Ceza Hukuku kurallarının belirleyeceğini teyit etmektedir: 2.HD 17.5.1999, 3421/5223 (**HukukTürk**).

78 Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3.Bası, Turhan, Ankara 2007, s.377; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5.Bası, Beta, İstanbul, s.201. Ayrıca bkz. Ferhat Erçin, **Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi** (BK m.53. madde), Der, İstanbul, 2000, s.14 vd. Suçtan, işlendiği tarihteki yürürlükte olan Ceza Hukuku kurallarına aykırı ve kamusal bir yaptırıma (cezaya) tabi her türlü hukuka aykırı ve kusurlu fiil anlaşılmak gerektiği yönünde: Weimar, **Art.477**, N.5.

79 Gubser, **a.g.e**, s.23; BGE 52 II 113, 115. Örneğin, bir oğulun babasına, kusurlu olarak neden olduğu bir otomobil kazasında öldürdüğü inek nedeniyle bir tazminat borcu bulunmaktadır. Oğul, hukuka aykırı hareket etmiştir elbette, ama o bu borcu ödemese de, borç ödenmediği için mirasçılıktan çıkarılamaz. Buna karşılık ticari rekabet sırasında ya da iş ilişkisi sebebiyle işlenen bir suç cezai çıkarmaya yol açabilir: Escher, **Art.477**, N.19.

80 Bununla birlikte söz konusu hukuka aykırılık aynı zamanda bir aile hukuku yükümüne uymama niteliğinde ise ikinci bend kapsamında yer alabilir: Gubser, **a.g.e**, s.23. Karş. BGE 106 II 304, 308.

Tipiklik, suç sayılan fiilin ceza normundaki soyut tasviridir. Eğer işlenmiş olan fiil, Ceza Kanununda belirlenen suç tanımına uygun ise, fiilin tipik olduğu kabul edilir[81].

(b) Maddi unsur (fiil)

Suçun maddi unsuru denilince, ilk olarak ceza normunda yasaklanan "fiil" anlaşılır. Ceza Hukuku anlamında fiil, insanın dış dünyaya yansıyan icraî veya ihmali[82] bir davranışının bulunmasını gerektirir. Bu icrai veya ihmali davranış (hareket) ile dış dünyada bir değişiklik doğmakta (netice) ve bu ilişkinin kurulabilmesi için ise, hareket ile netice arasında bir bağ kurulması (nedensellik bağı) gerekmektedir[83].

Suç, kural olarak icra hareketleri tamamlanmış bir fiil ile işlenir. Fakat Türk Ceza Kanunu "suça teşebbüs" olgusunu da cezalandırma kapsamına almıştır[84]. Failin işlemek istediği suçun icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin meydana gelmemesi nedeniyle yarıda kalmasına "suça teşebbüs" denir[85]. Başka deyişle teşebbüs, suçun özel bir oluşum biçimidir. Fakat teşebbüsten sorumlu tutulmak için, failin yalnızca suç işleme iradesinin varlığının veya suçun icrası için devam etmemiş olan hazırlık

---

81 Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e**, s.385.

82 İhmali davranışla suç işleme ile Medeni Hukuk anlamındaki "ihmal" kavramları birbirinden farklıdır. Örneğin bir hemşirenin yaşaması için ilaç verilmesi gereken bir hastaya ilaç vermeyerek onun ölümüne sebep olması halinde ihmali bir davranış söz konusudur. Medeni Hukuk kavramı olan ihmal ise, failin iradesiyle ilgilidir. Yeri gelmişken belirtelim ki, failin Ceza Hukuku anlamındaki suçu işlemeye yönelik iradesinin bir biçimi olan "taksir" ile Medeni Hukuk anlamındaki "ihmal" kavramları da birebir örtüşmemektedir. Fakat bu konuların ayrıntıları, çalışmamızın kapsamını aşmaktadır.

83 Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e**, s.388; Centel/Zafer/Yenerer-Çakmut, **a.g.e**, s.228. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi** (Hareket-Netice-Sebebiyet Alakası), İstanbul 1955. Ekleyelim ki Ceza Hukuku uyarınca bir suçun oluşumu için gerekli olan nedensellik bağı ile Medeni Hukuk açısından haksız fiilin oluşumu için aranan nedensellik bağı farklı olabilir. Nitekim bu yönde: Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Göz. Geç. 9. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s.792–793. Haksız fiilde uygun nedensellik bağı için bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Göz. Geç. 7. Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat, 2009, s.519; S. Sulhi Tekinay /Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yen. Göz. Geç. Gen. 7. Baskı, İstanbul, Filiz, 1993, s.566 vd; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.87 vd.

84 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca tam ve eksik teşebbüs ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Eski Ceza Kanunu döneminde tam teşebbüs ve eksik teşebbüs ayrımı yapılmaktaydı. Bunun da çıkarma kurumuna yansımaları bulunmaktaydı. Bir görüşe göre tam teşebbüs, mirasçılıktan çıkarma sebebini oluşturma bakımından yeterli idi: Açık olmamakla birlikte Berki, **a.g.e**, s.42. Diğer bir görüşe göre suçun tam veya eksik teşebbüs aşamasında kalmış olmasının bir önemi yoktu: Köprülü, **a.g.e**, s.282; Şener, **YD**, s.88. Ayrıca bkz. eski TCK m. 61, 62.

85 Bu durumda, suç teşkil eden fiile ilişkin "netice" alt unsuru gerçekleşmediği halde, kanunda bu konuda açık hüküm bulunduğu için (TCK m.35–36), yine de faile ceza verilmektedir (Centel/Zafer/Yenerer-Çakmut, **a.g.e**, s.445; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e**, s.720). Bu niteliği ile teşebbüs cezalandırılabilirlik alanını genişleten bir kurumdur.

hareketlerinin (TCK m.36) bir önemi yoktur[86]; suça konu bir fiilin icra hareketlerine başlanmış olması gerekir. Şu halde suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması (TCK m.35)[87], mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmak için yeterli olabilir[88]. Çünkü gayeye ulaşılamamış olsa bile teşebbüste icra başlangıcı söz konusudur. Örneğin mirasbırakanı zehirlemeye kalkışarak onun çorbasına zehir atmak böyledir. Mirasbırakan çorbayı içip ölmese bile MK m.510/b.1 gereğince mirasçılıktan çıkarma haklı olabilir[89].

Saklı paylı mirasçının çıkarma nedeni oluşturan suça konu fiili işlemede belirli bir role sahip olması mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliği için aranan bir koşul değildir. Başka deyişle mirasçının fiili bizzat işlemiş olması (*Täterschaft*) (TCK m.37)[90] bir koşul olarak aranmaz[91]. Mirasçının, fiile azmettiren (*Anstiftung*) (TCK m.38) ya da yardımcı kişi (*Gehilfenschaft*) (TCK m.39) sıfatıyla katılmış olması da mirasçılıktan çıkarmaya yeter.

(c) Manevi unsur (kast, taksir)

Suçun manevi unsuru ile bir suçun kasten ya da taksirle işlenmiş olması anlatılmak istenir. Suç kural olarak kasten[92] işlenir (TCK m.21/I). Buna karşılık "*taksirle*[93] *işle-*

---

86 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.447.

87 TCK m.35/I gereğince, "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur".

88 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.447; Tuor, **Art.477**, N.23; Tongsir, **a.g.t**, s.24; Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.62; Bellwald, **a.g.e**, s.22; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.309, dn.9; Weimar, **Art.477**, N.5; İmre/Erman, **a.g.e**, s.233; Gubser, **a.g.e**, s.24; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Çakın, **a.g.m**, s.525; Ülkü, **a.g.m**, s.44; Antalya, **Miras**, s.215; teşebbüsün aile bağlarını ihlal ettiği oranda çıkarma sebebi olacağı kaydı ile Escher, **Art.477**, N.13, 14.

89 Berki, **a.g.e**, s.42. Aynı fiil, mirastan yoksunluk nedenidir (MK m.578/I, b.1).

90 Çıkarma nedeni oluşturan suçu, saklı paylı mirasçı fail sıfatıyla; tek başına işleyebileceği gibi, iştirak halinde de işlemiş olabilir (TCK m.37/I). Mirasçı, fiili bizzat gerçekleştirmemekle birlikte, suçun işlenmesinde bir başkasını aracı olarak da kullanmış olabilir (TCK m.37/II).

91 Stadler, **a.g.e**, s.18; Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Ickowicz, **a.g.e**, s.44; Tongsir, **a.g.t**, s.24; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.309, dn.9; Şener, **YD**, s.88; Bellwald, **a.g.e**, s.22; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.602; Weimar, **Art.477**, N.5; Bessenich, **Art.477**, N.11; Gubser, **a.g.e**, s.24; Schüpbach, **a.g.m**, s.216 (Bessenich, **Art.477**, N.11'den naklen); Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 91; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Çakın, **a.g.m**, s.525; Ülkü, **a.g.m**, s.44; Öztan, **a.g.e**, s.119; Ayan, **a.g.e**, s.147; Baydar, **a.g.t**, s.28.
"Çok kızdığı kocasını sakat bırakacak şekilde dövmesi için oğlunu teşvik eden kadın da, MK 510/b.1 kapsamında mirasçılıktan çıkarılabilir" (Dural/Öz, **a.g.y**). Mirasçının fiili işlemedeki rolü, mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsurunu etkileyen bir rol oynayabilir. Bkz. ileride §2.II.B.4.e.

92 TCK m.21/I gereğince, "suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir". "Olası kast" için bkz. TCK m.21/II.

nen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır" (TCK m.22/I). Ceza Hukukunda, suçun manevi unsuru (kast, taksir) ile kusurluluk kavramlarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Geleneksel Ceza Hukuku öğretisinde[94], kusurluluk ve suçun manevi unsuru kavramları aynı anlamda kullanılmış, her iki kavramın da, bir suçu işleyen fail ile fiil arasındaki psikolojik bağı ifade ettiği belirtilmiştir. Buna göre kast ve taksir kavramları da fail ile fiili arasındaki manevi/psikolojik bağın "şekillerini" ifade eder. Daha açık deyişle kast ve taksir birer kusurluluk şeklidir. Buna karşılık yeni Türk Ceza Kanunu sistemine de egemen olan yeni anlayışa göre, suçun manevi unsurunun tespitinde, kanuni tipe uygun fiili gerçekleştiren failin kişisel özellikleri dikkate alınmaksızın bu fiil hakkında, fiilin haksızlığına ilişkin bir değer yargısında bulunulur. Bu yargıdan farklı olarak kusurluluk tespitinde ise, işlenen fiil dolayısıyla bir insan olarak failin hangi şartlarda sorumlu tutulabileceği irdelenir. Diğer bir deyişle kusurun konusunu, gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan dolayı failin kınanabilip kınanamayacağı oluşturmaktadır. Buna göre, ceza sorumluluğunun doğması için failin ayrıca bu fiilden dolayı kınanabilmesi de gerekir. Bu görüş çerçevesinde kast ve taksir birer kusur şekli olarak değil, fiilin ifade ettiği haksızlığın bir unsuru veya diğer bir deyişle birer haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olarak ele alınmaktadır. Ancak kast veya taksir ile işlenen haksızlık, sonraki safhadaki kusur yargısının, yani işlediği haksızlık nedeniyle fail hakkında yapılan değer yargısının zeminini oluşturmaktadır[95].

Şu halde Türk Ceza Kanunu sistemine de hâkim olan görüşe göre, kusurluluk değerlendirmesi, failin cezalandırılması ile ilgili olup, suçun manevi unsuru kapsamının dışında kalmaktadır. Mirasçılıktan çıkarma açısından hâkimi ceza normlarıyla bağlı kılan husus, fiilin suç oluşturup oluşturmadığı meselesi olduğuna göre, bu durumda fiilin kast ya da taksir ile işlenmesi (manevi unsur) bakımından hâkim Ceza Hukuku kurallarıyla bağlıdır. Ancak failin cezalandırılması bakımından önem taşıyan kusurlu-

---

93 Ceza hukukunda taksir, failin, suç tanımına uygun hukuka aykırı bir fiile iradi bir hareketle sebebiyet vermesi, ancak ortaya çıkan neticeyi öngörmemiş (bilinçsiz taksir) ya da öngörse bile istememiş (bilinçli taksir) olmasıdır. Taksirin varlığından söz edebilmek için ise neticenin mutlaka "öngörülebilir" olması gerekir (Bkz. Centel/Zafer/Yenerer-Çakmut, **a.g.e**, s.394). Ayrıca bkz. TCK m.22.

94 Centel/Zafer/Yenerer-Çakmut, **a.g.e**, s.342–343; Kayıhan İçel/Füsun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Mahmutoğlu/Yener Ünver, 2.Bası, **İçel Suç Teorisi**, Beta, 2000, s.198; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2007, s.339.

95 Koca/Üzülmez, **a.g.e**, s.256–258; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e**, s.595–596; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2006, s.344.

luk değerlendirmesine ilişkin ceza normları, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davaya bakan hâkim için bağlayıcı olmayacaktır. Fakat elbette kusurluluğu belirleyen ceza normları, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davaya bakan adli hâkimin, olaya ilişkin kusurluluk ve ağırlık tespitinde –bağlayıcı olmamakla birlikte– rol oynayabilir.

(d) Hukuka aykırılık

Mirasçılıktan çıkarma nedeni olan fiilin hukuka aykırı olması şarttır[96]. Hukuka aykırılık, işlenen bir fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi ve bu fiilin yalnızca Ceza Hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma içerisinde olması demektir[97]. İşlenen fiilin suç oluşturabilmesi için, kanundaki suç tanımına uygun (tipik) olsa bile, ayrıca hukuka aykırı da bulunması gerekir. Hukuken bu fiilin gerçekleştirilmesine izin verilmiş olan hallerde, yani hukuka uygunluk nedenleri söz konusuysa, suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemiş demektir[98]. İhmali davranışlarla işlenen bir fiilin suç oluşturması için, hukuken failin ortaya çıkan sonuca engel olma yükümü bulunmalıdır[99].

Ceza Kanununda düzenlenen hukuka aykırılık bağını ortadan kaldıran unsurlar, Ceza Hukukuna göre fiilin suç niteliğini ortadan kaldıracağından, bu halde MK m.510/b.1 kapsamında bir çıkarma nedeni gerçekleşmiş olmaz. Meşru savunma[100] (TCK 25/I),

---

96 Tuor, **Art.477**, N.5, 6; Escher, **Art.477**, N.6, 7; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.452; Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.310; Bellwald, **a.g.e**, s.9, 15; Ickowicz, **a.g.e**, s.45; Berki, **a.g.e**, s.42; Köprülü, **a.g.e**, s.283; Bessenich, **Art.477**, N.6; Gubser, **a.g.e**, s.22; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Kılıçoğlu, **Miras**, s.165.

97 Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e**, s.523. Aynı yönde Escher, **Art.477**, N.7. Aynı yönde Oğuzman/Öz, **a.g.e**, s.494; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s.476; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.544 vd.

98 Örneğin meşru savunma sırasında saldırganı öldüren kimse açısından kanundaki adam öldürme suçunun tanımına uygun bir fiil gerçekleşmiş olsa bile, hukuka aykırılık unsuru eksik olduğundan suç oluşmaz. Karş. Erçin, **a.g.e**, s.17. Ticari yaşamda mirasbırakanla rekabete giren mirasçının mirasbırakanı rekabet neticesinde zarara uğratmış olması, mirasçılıktan çıkarmayı gerektirmez. Çünkü böyle bir fiil hem hukuka aykırı hem de tipik değildir. Bkz ve karş. İmre/Erman, **a.g.e**, s.234; BGE 52 II 114. Buna karşılık sözleşme ile kararlaştırılan rekabet etmeme yasağına aykırı davranılması ya da haksız rekabette bulunulması hallerinde, hukuka aykırılık unsuru mevcuttur. Fakat anılan fiiller, kanundaki suç tanımına uygun tipikliği gerçekleştirmedikçe, MK m.510/b.1 kapsamına da giremezler.

99 Karş. Erçin, **a.g.e**, s.17.

100 Örneğin kendisine saldıran babasını yaralayan çocuk, meşru savunmada bulunduğu için -yasal sınırı aşmadıkça- mirasçılıktan çıkarılamaz.

hakkın kullanılması[101] ve ilgilinin rızası[102] (TCK m.26), kanunun hükmü veya amirin emri[103] (TCK m.24/I ve II) suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran hallerdir[104]. Zorunluluk halinin[105] (TCK m.25/II), suçun oluşmasını engelleyen bir durum olduğu yoksa failin cezalandırılma ehliyetini ortadan kaldıran bir hal mi olduğu, Ceza Hukukunda tartışmalıdır[106]. Suçun unsurlarını ortadan kaldıran hata hali söz konusu ise[107], kanımızca MK m.510/b.1 gereğince yine mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşmaz.

---

101 Bellwald, **a.g.e**, s.15. Örneğin çocuğun yetiştirilmesi sırasında ana-babaya riayet yükümü, bazen çocuğun arzusuna aykırı olan kısıtlamalar içerse de, çocuğa zarar verilmedikçe ve çocuğun yararına ise hukuka aykırı olmayacaktır.

102 Eğer rıza, hukuka aykırılık bağını ortadan kaldırmaya elverişli değilse ve rıza gösterilen fiil, suç niteliğinde ise, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir. Meğer ki hukuka aykırı da olsa, zarar görenin rızası, aile bağlarını kopartıcı etkiyi (ağırlık unsurunu) kaldırmış ya da azaltmış olsun.

103 Güvenlik görevlisi olan mirasbırakanın bir yakını, sınırda kaçakçılık yaparken suçüstü yakalanan mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını, o kaçmak istediği sırada silahla ateş ederek yaralamış olsa, bu fiil mirasçılıktan çıkarmayı gerektirmez. Zira saklı paylı mirasçı yasal görevini yerine getirmektedir.

104 Öğretide, mirasçılıktan çıkarma incelenirken, hukuka aykırılığı kaldıran haller, genel olarak mirasçılıktan çıkarma nedeninin ortadan kalkması anlamında ve Medeni Hukuk bakış açısıyla ele alınmaktadır. Bkz ve karş. Tuor, **Art.477**, N.15–16; Escher, **Art.477**, N.5–6–7; Nobs, **a.g.e**, s.24–25; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.452; Tongsir, **a.g.t**, s.24; Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.63; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.310; Berki, **a.g.e**, s.42; Oğuzman, **a.g.e**, s.210; Köprülü, **a.g.e**, s.283; Şener, **YD**, s.88; Dural/Öz, **a.g.e**, s.201; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Bellwald, **a.g.e**, s.15; Çakın, **a.g.m**, s.524; Ülkü, **a.g.m**, s.44; Öztan, **a.g.e**, s.119; Kılıçoğlu, **Miras**, s.165; Antalya, **Miras**, s.215; Ayan, **a.g.e**, s.147. Karş. BGE 76 II 269–270.

105 Örneğin bir vapurun batması sonucu denize düşen kişilerden birisi mirasbırakanın yakını diğeri ise saklı paylı mirasçı olsun. Deniz yüzeyindeki bir tahta parçası yalnızca bir kişiyi taşıyabildiği için, saklı paylı mirasçı bu tahtaya tutunarak uzaklaşsa ve mirasbırakanın yakını da boğulsa, mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını yakınının ölümüne sebep olduğu için mirasçılıktan çıkarması haklı olmaz.

106 Bu tartışma, zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin olarak, Ceza Hukuku öğretisinde savunulan farklı görüşlerden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, öğretide kimi yazarlar, zorunluluk halinin "hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk hali" ve "kusurluluğu etkileyen zorunluluk hali" olarak iki yönünün bulunduğunu belirtmektedirler. Bununla birlikte bu görüş, eski Ceza Kanunu sistematiğinden gelen bir anlayışla, bugünkü Türk Ceza Kanununda düzenlenişi itibariyle zorunluluk halinin, bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunmaktadır. Bu görüşte: Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 9.Bası, Seçkin, Ankara, 2006, s.162; Centel/Zafer/Yenerer-Çakmut, **a.g.e**, s.311. Buna karşılık diğer görüş ise, kanunda düzenlenen zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi değil, ancak kusurluluğu etkileyen bir hal olduğunu ileri sürmektedir: Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2008, s.266; Özgenç, **a.g.e**, s.374; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e**, s.641. TCK m.25/II'nin Madde Gerekçesinde ise, zorunluluk halinin "kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden" olduğu açıkça belirtilmektedir. Benzer şekilde CMK m.223/II, b gereğince "yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması" halinde **beraat kararı** verileceği düzenlenmişken, CMK m.223/III, c gereğince yüklenen suçun zorunluluk halinin etkisiyle işlenmesi halinde failin "kusurunun bulunmaması dolayısıyla **ceza verilmesine yer olmadığı**" kararı verilir. Şu halde kanun koyucu, bu tartışmadaki tercihini, zorunluluk halinin, kusuru etkileyen bir mazeret sebebi olduğu yönünde açıkça ortaya koymuştur. Buna karşılık Medeni Hukukta, zorunluluk hali, haksız fiiller bakımından hukuka aykırılığı kaldıran bir hal olarak kabul edilmekte ve hüküm, yalnızca kendisinin veya bir başkasının malına veya şahsına yönelik saldırıdan kendisini veya o kişiyi kurtarmak amacıyla, üçüncü kişinin yine yalnızca malına verilen zararları içermektedir (BK m.52). Özel hukukta haksız fiil

Türk Ceza Hukukunda gerçekleştirilen reform sonucunda 26.9.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki hukuka aykırılığı kaldıran haller ile Medeni Hukuktaki hukuka aykırılığı kaldıran haller, -zorunluluk haline ilişkin tartışmayı istisna edecek olursak- büyük oranda paralel hale getirilmiştir[108]. Kanımızca, bu paralelleşmeye rağmen, suçun unsuru olan hukuka aykırılığı kaldıran haller, Ceza Hukukundaki düzenlemeler esas alınarak belirlenmelidir. Medeni hukuk bakış açısıyla suçun varlığı ya da yokluğu konusunda yapılacak hukuki değerlendirme, -zorunluluk haline ilişkin olarak yukarıda görüldüğü üzere- isabetli olmayacaktır. Ekleyelim ki Ceza Hukuku bakımından hukuka aykırılığı kaldıran bir hal olarak kabul edilmeyen bir durum, suçun oluşmasını engellemezse de mirasçılıktan çıkarma için aranan kusurluluk ve "ağırlık" unsurlarını azaltan bir sebep oluşturabilir[109].

Hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması durumunda (örneğin meşru savunma ya da kamusal yetki kullanımı esnasında orantısız güç kullanılması halinde), öncelikle bu sınırın ne şekilde aşıldığı belirlenmeli ve bu durumun bir suç oluşturup oluşturmadığı (TCK m.27) tespit edilmelidir[110]. Şayet hukuka uygunluk nedeni sınırını aşan fiil, suç

---

sorumluluğu açısından zorunluluk hali ile ilgili olarak bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e**, s.507; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s.487 vd; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.569 vd.
Zorunluluk halinin suçun oluşmasına engel olduğu kabul ediliyorsa, mirasçılıktan çıkarma açısından ağırlık değerlendirmesine gerek kalmaz; aksi durumun kabulü halinde ise, zorunluluk hali ağırlık unsurunu ortadan kaldıran bir rol oynayabilir.

107 TCK m.30/I gereğince, "fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır". 29.6.2005 tarih, 5377 sayılı Kanunla eklenen TCK m.30/son gereğince ise, "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz". Bu hükümde öngörülen hal, suçun oluşumunu engelleyen bir durum olarak nazara alındığı takdirde, suç oluşmayacağı için, hukuk hâkimini bağlar. Fakat meselenin detayları çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Kusurluluğu kaldıran hata hali ise TCK m.30/II hükmünde düzenlenmiştir.

108 Türk Ceza Kanununun Genel Gerekçesinde bu paralelleşirmenin sebebi söyle ifade edilir: "Hukuka uygunluk nedenleri olup değişik Yargıtay kararlarında da kabul edilmiş bulunan rıza, hakkın, meslekî hakların kullanılması gibi nedenlerin Kanunda yer almamış bulunması önemli bir noksanlık sayılmalıdır" (www.tbmm.gov.tr). Haksız fiil sorumluluğu bakımından hukuka aykırılığı kaldıran haller için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e**, s.500 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s.485 vd; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.549 vd.

109 Nitekim zorunluluk hali, kural olarak mirasçılıktan çıkarma için aranan kusurluluk ve fiilin ağır olması koşullarını ortadan kaldırması sebebiyle, mirasçılıktan çıkarmayı yine haklı kılmayacaktır.

110 Buna göre hukuka uygunluk nedeninin sınırı kasten aşılmışsa, kişi kasten işlediği tipik suçtan dolayı sorumlu olur. Ancak sınırın aşılması taksir suretiyle olmuşsa, bu fiilin cezalandırılabilmesi için, fiilin taksirli şeklinin kanunda suç olarak tanımlanması gerekir. Eğer sınır mücbir sebeple aşılmışsa faile ceza verilmez.

teşkil ediyor ve somut olay koşullarına göre ağır kabul edilebiliyorsa mirasçılıktan çıkarma haklı olabilir.

(3). Çıkarmaya konu suç bakımından Ceza Hukuku normlarının bağlayıcı olmadığı ve Medeni Hukuk kurallarının uygulandığı haller

Mirasçılıktan çıkarma yaptırımının uygulanabilmesi için, Ceza Kanunlarında suç olarak tanımlanan bir fiilin işlenmesi yeterli olup, bu fiilin suç olduğunun ceza mahkemesince tespit edilmesi gerekmez[111].

(a) Suçun kovuşturulmuş olması ya da cezanın uygulanabilir olması gibi hallerin çıkarma için koşul olarak aranmaması

Mirasçılıktan çıkarma yaptırımının uygulanabilmesi için, fiilin Ceza Kanunlarında suç olarak tanımlanması yeterlidir. İşlenen fiilin suç olma özelliği devam etmekle birlikte, etkin pişmanlık, şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla mahkemece ceza verilmesi uygun görülmüyorsa, CMK m.223/IV gereğince "**ceza verilmesine yer olmadığına**" karar verilir. Türk Ceza Kanununda değişik suç tipleri bakımından düzenlenen bu haller, mirasçılıktan çıkarma açısından bağlayıcı değildir.

Mirasçılıktan çıkarma için, bu fiil dolayısıyla failin cezalandırılmış olması (fail hakkında bir mahkûmiyet kararı verilmiş olması), hatta fail aleyhinde kovuşturmaya geçilmiş olması (ceza kovuşturması yapılmış olması) aranmaz[112]. Ceza davasının zama-

---

111 ZGB Art.125, Abs.3, Ziff.3 hükmünde düzenlenen yoksulluk nafakasının kaldırılması halleri bakımından savunulan bir görüş, nafaka alacaklısı eş tarafından işlenen fiilin suç olduğunun ceza mahkemesince tespit edilmesini aramaktadır: Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, **Kommentar zum neuen Scheidungsrecht**, Zürich, Schulthess, 1999, **Art.125**, N.114 (Bessenich, **Art.477**, N.11'den naklen). Bu görüş, kanuna açıkça aykırıdır; aynı yönde Bessenich, **a.g.y**. İsviçre Medeni Kanununa göre boşanma sonrasında eşe tanınan yoksulluk nafakası talep etme hakkı, nafaka yükümlüsü eşe veya onun yakınlarına karşı ağır suç işlenmesi halinde kaldırılabilmektedir (ZGB Art.125 Abs.3, Ziff.3, bu hüküm MK m.510/b.1 (ZGB Art477, Ziff.1) hükmüne paraleldir). Benzer bir düzenleme Türk Hukukunda bulunmamakla birlikte, hısımlar arasındaki yardım nafakasına ilişkin MK m.365/III hükmünün kıyasen uygulanmasıyla bu açık kapatılabilir.

112 Rohr, **a.g.e**, s.20; Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Ickowicz, **a.g.e**, s.44; Tongsir, **a.g.t**, s.24; Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.62; Bellwald, **a.g.e**, s.22; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.308; Oğuzman, **a.g.e**, s.210; Köprülü, **a.g.e**, s.282; Weimar, **Art.477**, N.5; Gubser, **a.g.e**, s.24; İmre/Erman, **a.g.e**, s.233; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Öztan, **a.g.e**, s.119; Çakın, **a.g.m**, s.525; Kılıçoğlu, **Miras**, s.165; Ayan, **a.g.e**, s.147; Antalya, **Miras**, s.215. Ayrıca bkz. BGE 73 II 208, 214.
TCK m.223/VIII gereğince, "Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın

naşımına uğraması (TCK m.66), mahkûmiyet kararı alınmış olup da ceza zamanaşımı (TCK m.68) veya failin bulunamamış olması, genel veya özel af (TCK m.65) nedenleriyle cezanın tamamen veya kısmen uygulanamamış olması ya da cezanın ertelenmiş olması da mirasçılıktan çıkarmaya engel değildir[113]. Öğretide ayrıca soruşturmanın sonuçsuz kalması[114], takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyetin yapılmamış olması[115] veya şikâyetin geri alınması[116] hallerinin de mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir.

Mirasçılıktan çıkarma açısından önemli olan, suçun Ceza Hukuku bakımından sonuçları değil, doğrudan doğruya suçun kendisidir[117]. O halde suçun var olup olmadığı Ceza Hukukuna göre belirlenecekse de suçun sonuçları ve bu çerçevede suçun aile bağlarını sarsması derecesi, Medeni Hukuk açısından ele alınmalıdır.

---

henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir".

113 Tuor, **Art.477**, N.23; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.448; Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Tongsir, **a.g.t**, s.24; Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.62; Bellwald, **a.g.e**, s.22, dn.3; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.308; Oğuzman, **a.g.e**, s.210; Köprülü, **a.g.e**, s.282; Şener, **YD**, s.88; Weimar, **Art.477**, N.5; Bessenich, **Art.477**, N.11; Gubser, **a.g.e**, s.24; Schüpbach, **a.g.m**, s.216 (Bessenich, **Art.477**, N.11'den naklen); Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 91; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; Gubser, **a.g.e**, s.24; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Öztan, **a.g.e**, s.119; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.41; Ayan, **a.g.e**, s.147; Antalya, **Miras**, s.215. 1.HD 11.3.2004, 1670/2671 (**HukukTürk**). "*Babasını veya onun bir yakınını tokatlayarak, ona ağır sözler sarf eden bir çocuk genel af ile cezadan kurtulsa bile Özel Hukuk cezasından kurtulamaz*" (Hatemi, **a.g.y**). Çünkü burada af yetkisi mirasbırakana aittir.

114 İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374. Babasını döven oğul hakkında savcılığın takipsizlik kararı vermesine rağmen, bu davranış bir mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak görülerek, nafaka yükümlülüğünü kaldıran bir hal olarak değerlendirilmiş ve yerel mahkemenin olaya ilişkin tanık dinletmemesi, yerel mahkeme kararının bozulması nedenleri arasında yer almıştır: 2.HD 2.2.1995, 12296/1222 (**HukukTürk**).

115 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.448; Tongsir, **a.g.t**, s.24; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.308; Şener, **YD**, s.88; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200.

116 Şener, **YD**, s.88. Keza 5271 sayılı CMK m. 253 vd. gereğince, bu hükümde sayılan suçlar bakımından şüpheli ile mağdur kişilerin uzlaştırılması imkânı getirilmiştir. Uzlaşma da mirasçılıktan çıkarmayı kural olarak engellemeyecektir. Buna karşılık mirasbırakanın, mirasçısı hakkındaki şikâyetini geri alması ya da uzlaştırmaya gitmesi, onu affettiği ya da mirasçılıktan çıkarmadaki ağırlık unsurunu ortadan kaldırdığı için geçerli bir çıkarma nedenin mevcut olmadığı şeklinde yorumlanabilir. Bununla birlikte şikâyetin geri alınması ya da uzlaştırmaya gidilmesi, mutlaka af ya da çıkarma nedenin mevcut olmaması demek değildir. Olabilir ki mirasbırakanın gönlü, mirasçısının hapis cezası almasına ya da kamusal yaptırımlara uğramasına razı olmamıştır. Fakat mirasçısıyla bir daha görüşmeyi de, kopan aile bağını yeniden kurmayı da asla istememektedir. Fakat bu son ihtimalde, mirasbırakanın çıkarma tasarrufunda bu durumu açıklığa kavuşturması ve böylece çıkarma tasarrufunun geçerliliğine ilişkin tereddütleri bertaraf etmesi yerinde olur.

117 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.448.

(b) Kusurluluk

Mirasçılıktan çıkarılan kişinin, suçu kusurlu bir irade ile işlemesi mirasçılıktan çıkarmanın koşuludur[118]. Ancak kusurluluk değerlendirilirken, hukuk hâkimi, kural olarak ceza hukuku normlarıyla bağlı değildir. Yukarıda suçun manevi unsuru konusu incelenirken, kast ve taksirin yeni Ceza Hukuku anlayışına göre, kusurluluktan ayrıldığına değinmiştik. Bu durumda mirasçılıktan çıkarma davasına bakan adli yargı hâkimi, Ceza Hukukunun kast ve taksire ilişkin normlarıyla, bunlar suçun unsuru olduğu için, bağlıdır[119]. Bununla birlikte kast ve taksir, aynı zamanda kusurluluk değerlendirmesi bakımından da rol oynar ve failin suç işlemeye yönelik iradesinin veya suç işlemedeki istencinin (motivasyonunun) yoğunluğunu ve düzeyini belirlemede de etkendir[120]. İşte suç işlemeye yönelik iradenin yoğunluluğu ve bu durumun mirasçılıktan çıkarmaya etkisi noktasında artık hukuk hâkimi ceza hukuku normlarıyla bağlı değildir ve medeni hukuk ilkelerine göre hareket edecektir[121].

---

118 Escher, **Art.477**, N.6; Tuor, **Art.477**, N.15; Bellwald, **a.g.e**, s.9; Bessenich, **Art.477**, N.6; Druey, **a.g.e** §6, N.62; Nobs, **a.g.e**, s.25; Stadler, **a.g.e**, s.17; Rohr, **a.g.e**, s.20; Gubser, **a.g.e**, s.25; Piotet, **SPR IV/1**, s.419; Schüpbach, **a.g.m**, s.223 (Bessenich, **Art.477**, N.5'den naklen); Çakın, **a.g.m**, s.524; BGE 106 II 304, 306.

119 Fakat mirasçılıktan çıkarma davasına bakan adli yargı hâkimi, kast veya taksirin mevcut olup olmadığını Medeni Hukuk ilkelerine göre belirleyemez. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, kast ya da taksir, suçun manevi unsurudurlar. Öğretide manevi unsur ile kusurluluk arasında bir ayırıma gitmeksizin, genel olarak kusur konusunda Ceza Hukuku ilkelerinin değil, Medeni Hukuk ilkelerinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir: Stadler, **a.g.e**, s.18; Bellwald, **a.g.e**, s.10; Gubser, **a.g.e**, s.25. Kanımızca suçun manevi unsuru olan suç işlemeye yönelik iradenin niteliği (kast, taksir ayırımları), Medeni Hukukun kusurluluk türlerine göre (kast, ağır ihmal, hafif ihmal) belirlenemez. Haksız fiil başka, suç başkadır. Yalnızca Ceza Hukuku uyarınca "suç" niteliği taşıyan fiilin mirasbırakana veya yakınlarına karşı saklı paylı bir mirasçı tarafından işlenmesi durumunda, Ceza Hukukunun konusu olan suça Miras Hukuku bakımından bir sonuç bağlanmıştır. O halde, suçun manevi unsurunun var olup olmadığı Medeni Hukuk bakış açısıyla yorumlanamaz. Örneğin hukuk hâkimi, kasten işlenmesi halinde suç teşkil edecek bir fiilin, taksirle işlenmesi halinde de suçun oluşacağına ve bu durumun MK m.510/b.1 gereğince mirasçılıktan çıkarma nedeni teşkil edeceğine hükmedemez.

120 Başka deyişle "kast" ve "taksir" suçun gerçekleşme biçimidir. Kusurluluk ve kusurun yoğunluğu, ancak cezalandırma yeteneği bakımından önem taşımaktadır. Hatta ceza mahkemesi kasten işlenen suçu sabit gördüğü halde kusur değerlendirmesi sonucunda somut olaydaki farklı koşulları da değerlendirmek suretiyle "cezalandırmaya yer olmadığına" karar verebilmektedir. Ceza Hukukunun kusurluluğa ilişkin normları elbette mirasçılıktan çıkarmanın ağırlık unsurunun belirlenmesinde hâkime yol gösterici bir rol oynayabilir ve bu ayrı bir konudur.

121 Medeni Hukukta kusur kavramı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e**, s.484; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s.492 vd; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.529 vd.
Suçun manevi unsuru ile kusurluluk arasında Ceza Hukukunda ortaya çıkan bu yeni ayırım, mirasçılıktan çıkarma konusunu da böylece etkilemiş olmaktadır. Ceza Kanunlarının suçun unsurunun dışında tuttuğu konularda, hukuk hâkiminin ceza normlarına uyma zorunluluğu yoktur. Esasen Ceza Hukuku ve Medeni Hukukta, işlenen fiil karşısında korunan hukuksal değerlerin birebir örtüşmemesi, kusurluluk konusunda farklı değerlendirme yapılmasını zorunlu kılar. Ceza Hukukunda kınanan eylem bakımından

Kusurluluğa ilişkin olarak mirasçılıktan çıkarma davasına bakan adli yargı hâkiminin ceza normlarıyla bağlı olmaması, özellikle kusurluluğu kaldıran ya da cezayı artırıp azaltan haller ile bağlı olmama şeklinde kendini gösterir. Ceza Kanununa göre, faile yüklenen suçla bağlantılı olarak kusur yeteneğinin bulunmaması, yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi[122], meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi halleri[123], kusurluluğu kaldıran hallerdir. Bu hallerde suçun unsurları oluşmuştur fakat kusurun bulunmaması dolayısıyla fail cezalandırılmaz (CMK m.223/III). Bu hallerin çoğu, Medeni Hukuk anlamında da kusurluluğu kaldıran haller ise de birebir örtüşmezler. Sözgelimi hâkim, Ceza Hukukuna göre kusur yeteneğini kaldıran sağır ve dilsizlik halini somut olayın koşullarına göre, mirasçılıktan çıkarma açısından kusurluluğu kaldıran bir hal olarak görmeyebilir[124].

Ceza Hukukunun "kusur yeteneğinin bulunmaması" kavramı ile Medeni Hukukun "ayırt etme gücünün bulunmaması" kavramı[125] da birebir örtüşmez. Kanundaki suç

---

kamu hukuku karakteristiği ağır basmaktadır. Oysa mirasçılıktan çıkarmada aile korunmak istenmektedir.

122 TCK m.28 gereğince "karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır".

123 TCK m.30/II gereğince "bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. /Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır". Görüleceği üzere bu hal, Ceza Hukuku uyarınca kusur sorumluluğunu kaldırmakta ama suçun oluşmasını engellememektedir. Bu sebeple, mirasçılıktan çıkarma açısından bağlayıcı değildir. Bununla birlikte bu haller, mirasçılıktan çıkarmadaki ağırlık unsurunu etkileyen bir rol oynayabilir.

124 Kusur değerlendirmesi Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta farklıdır. Ceza Hukukunda "sübjektif kusur" kavramı geçerli iken, Medeni Hukukta "objektif kusur" kavramı geçerlidir. *"Bu yönden Medeni Hukuktaki kusur ölçüsü, Ceza Hukukuna oranla daha sert ve katıdır. Gerçekten, objektif kusur teorisi içinde sorumluluk hukukunda zarar verenin bir davranışı, onun sübjektif yetenek ve kişiliğinden soyutlanarak kusur sayılırken, Ceza Hukukunda kusur, failin sübjektif durum ve yetenekleri göz önünde tutularak belirlenir"*: Eren, **Borçlar Hukuku**, s.712, ayrıca bkz 530–531. Ekleyelim ki, biz mirasçılıktan çıkarma açısından aile bağına zarar vermeye yönelik iradenin varlığını özellikle aradığımızdan, mirasçılıktan çıkarmadaki kusur unsuru, adeta Ceza Hukukundaki sübjektif teoriye yaklaşmış olmaktadır.

125 Aynı yönde karş. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.792. Ayrıca bkz. Medeni Hukukta kusur ile ilgili olarak ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e**, s.531; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s.496 vd; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.533. Akla uygun biçimde davranma yeteneğine sahip olma (ayırt etme) gücünün var olup olmadığı, daima belirli bir hukuki olay bakımından değerlendirilir. Bir kişinin gerçekleşen fiilden bağımsız olarak ayırt etme gücünün var olup olmadığı önemli değildir. O halde ayırt etme gücü göreceli

tanımına uygun hukuka aykırı hareketi yapan kişinin, kural olarak kusurlu davranma yeteneğine sahip olduğu kabul edilir. Ancak kanun koyucu bu varsayımın istisnalarını bizzat kanunda düzenlemiştir. Yaş küçüklüğü (TCK m.31), akıl hastalığı (TCK m.32) veya sağır ve dilsizlik hali (TCK m.33) ya da geçici bir nedenle veya irade dışı alkol ve uyuşturucu alınması (TCK m.34), Ceza Hukuku uyarınca kusur yeteneğini kaldıran hallerdir.

Medeni Kanunda ayırt etme gücünü kaldıran haller, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebepler (örneğin uyuşturucu madde etkisi altında olma, hipnoz, narkoz, yüksek ateş vb.) olarak sayılmıştır (MK m.13). Mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna maruz kalan saklı paylı mirasçı, mirasbırakana veya yakınlarına karşı çıkarmayı gerektiren fiili işlediği anda bu gibi sebeplerle ayırt etme gücünden yoksun ise, kusuru söz konusu olamayacağı için mirasçılıktan çıkarılamaz[126]. Zira failin sorumluluk ehliyeti bulunmamaktadır.

Mirasçılıktan çıkarılan kişinin tam olarak hukuki işlem ehliyetine sahip olması aranmaz. Çıkarılan, hareketinin sonuçlarını biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, artık ayrıca onun ergin olması ya da kısıtlı olmaması birer koşul değildir[127]. Ayırt etme gücüne sahip bulunan küçüklerin ya da kısıtlıların, kural olarak mirasçılıktan çıkarılmalarına

---

bir kavramdır: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e**, s.48 vd; Dural/Öğüz, **a.g.e**, s.56; Bellwald, **a.g.e**, s.13; Gubser, **a.g.e**, s.27. Ayrıca bkz.

126 Tuor, **Art.477**, N.5, 6; Escher, **Art.477**, N.6, 7; Tongsir, **a.g.t**, s.25; Piotet, **SPR IV/1**, s.419; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.310; Köprülü, **a.g.e**, s.283; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Dural/Öz, **a.g.e**, s.201; Şener, **YD**, s.84; Bellwald, **a.g.e**, s.12; Gubser, **a.g.e**, s.28; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Çakın, **a.g.m**, s.524; Öztan, **a.g.e**, s.119. Ayırt etme gücü olmayan kişinin, hem hukuki işlem ehliyeti hem de haksız fiilden sorumlu olma ehliyeti yoktur. Yaş, gelişim evresi, yetiştirme ve eğitim, ayırt etme gücünün gelişimini olumlu ya da olumsuz yönde etkileyebilir.
TCK m.34 uyarınca: "Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez (f.1). İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz (f.2)". BK m.54/II hükmünde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Öğretide BK m.54/II hükmündeki düşüncenin MK m.510/b.1 bakımından da **kıyasen** uygulanması gerektiği; yani ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden saklı paylı mirasçının, bu duruma kendi kusuru ile düşmediğini ispat edememesi durumunda, mirasçılıktan çıkartılabilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.310; Köprülü, **a.g.e**, s.283, dn.302; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Dural/Öz, **a.g.e**, s.201; Öztan, **a.g.e**, s.119; Şener, **YD**, s.84 ve **Miras Hak ve Payları**, s.167.

127 Piotet, **SPR IV/1**, s.419; Şener, **YD**, s.84.

bir engel yoksa da[128], ayırt etme gücüne sahip küçüklerin mirasçılıktan çıkarılması, çok istisnai hallerde haklı görülebilir[129].

Kusurluluk bahsinde mirasçılıktan çıkarma açısından özellik arz eden bir konu da, mirasçının suç işlemeye yönelik kusurlu iradeye sahip olmasının gerekli ve yeterli mi sayılacağı, yoksa ayrıca kusurlu irade kapsamına ayrıca aile bağını koparma iradesinin de mündemiç olmasının aranıp aranmayacağıdır. Ceza Hukuku açısından kural olarak failin aile bağına zarar verme iradesiyle hareket etmesi, suçun unsurları açısından ya da kusurluluk açısından bir koşul değildir[130]. Fakat kanımızca mirasçılıktan çıkarmanın haklı olması için, suç işlemeye yönelik kusurlu iradenin aynı zamanda aile bağlarını koparmaya yönelik bir iradeyi de içermesi gerekir[131]. Çünkü kanun koyucu, suçun ancak belirli bir kimse (mirasçı) tarafından belirli kimselere (mirasbırakana veya yakınlarına) karşı işlenmesini ve böylece üstün bir korunan hukuksal değerin (aile birliğinin) ayrıca ihlal edilmesini koşul olarak aramaktadır. Öyleyse, miras hakkına sahip bir mirasçının saklı payının elinden alınmak suretiyle cezalandırılabilmesi için, korunan hukuksal değer olan aile birliğine zarar verme iradesiyle (bilinci ya da öngörüsüyle) hareket etmiş olması gerekir[132]. Bu nedenledir ki, herhangi bir kimseye karşı değil, ancak mirasbırakana ya da yakınlarına karşı işlenen suçlar için mirasçılıktan çıkarma

---

128 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.453; Tongsir, **a.g.t**, s.25; Bellwald, **a.g.e**, s.14.

129 Stadler, **a.g.e**, s.18; Bellwald, **a.g.e**, s.14; Gubser, **a.g.e**, s.28. Ayırt etme gücüne sahip küçükler nadiren anne-baba tarafından mirasçılıktan çıkarılabilir. Çünkü küçüğün çıkarmaya neden olan fiilinde çoğunlukla çocuk yetiştirme ve eğitim gibi konularda anne babanın ihmali, başka deyişle birlikte kusuru, mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsurunu ortadan kaldırabilir. Birlikte kusur kavramı mirasçılıktan çıkarmanın ağırlığını azaltan bir etken olarak aşağıda ayrıca incelenmektedir.

130 Bazen bir suçun, sözgelimi kasten adam öldürme suçunun aile üyelerine karşı işlenmesi, cezayı artıran bir haldir. Bazen de tam tersine, sözgelimi hırsızlık suçunda cezayı kaldıran bir haldir. Fakat bunlar dışında fiilin aile bağına zarar verme iradesiyle işlenmesi kural olarak ölçü olmaz. Elbette aileyi korumak için Ceza Kanununda yer alan suçlar da vardır, fakat bu suçlar bakımından dahi aranan irade, aile bağına zarar verme değil, kanunda öngörülen hukuka aykırı sonucu gerçekleştirmeye yönelik iradedir. Başka deyişle Ceza Kanunu kural olarak saikle ilgilenmez.

131 Suçu işleyen mirasçının "aile bağlarını koparma iradesi" ile hareket etmesi gerektiği yönünde: Bellwald, **a.g.e**, s.11. Benzer şekilde bkz ve karş. Gubser, **a.g.e**, s.25; Piotet, **SPR IV/1**, s.419.

132 Bir mirasçı, davranışıyla, mirasbırakanın veya yakınlarına zarar vermek istemiş, onları mağdur etme niyeti ile hareket etmişse ya da en azından bu sonucu öngörmesi gerekiyorsa ve böylece hareketinin olası sonuçları hakkında bilinç sahibi ise, kast söz konusu olur (Gubser, **a.g.e**, s.25; Piotet, **SPR IV/1**, s.419). Saklı paylı mirasçı suçu sadece aile bağlarını koparmak maksadıyla (kastıyla) işlemiş olabilir. Ancak aile bağlarını koparma iradesinin kast niteliğinde olması ya da suçun sırf aile bağlarını koparmak için bilerek ve isteyerek işlenmesi koşul değildir. Mirasçının, işlediği suç neticesinde aile bağlarının zarar göreceğini bilmesi ya da bu sonucu öngörmesi gerekli idiyse aile bağına zarar verme iradesi mevcuttur.

yaptırımı öngörülmüştür. Ancak hemen ekleyelim ki, saklı paylı mirasçının, **suçu bizzat mirasbırakana ya da onun yakınlarına karşı işlemesi durumunda**, o bu suçu işlerken, zaten aile bağlarını derinden sarsacağını, mirasbırakanın bu fiil nedeniyle derinden yaralanacağını en azından öngörmektedir[133]. Bu sebeple mirasbırakana ya da yakınlarına karşı suç işleyen mirasçı, mirasbırakanı ya da yakınlık ilişkisini biliyor ya da tanıyorsa, kanımızca **karine** olarak aile bağlarını sarsmaya yönelik iradeye sahip olduğu kabul edilmek gerekir[134].

(c) Birlikte kusurun ya da üçüncü kişilerin kusurunun etkisi

Saklı paylı mirasçının mirasçılıktan çıkarmaya neden olacak fiili işlemesinde suçtan zarar gören mirasbırakanın veya yakın kimselerin ya da üçüncü kişilerin de kusuru varsa, "birlikte kusurluluk" söz konusu olur[135]. Önemle vurgulayalım ki bir Medeni Hukuk kavramı olan "birlikte kusur", Ceza Hukukunda kullanılan bir kavram değildir. MK m.510/b.1 kapsamında suçun unsurlarının mevcut olup olmadığı değerlendirilirken, suçun oluşumunu engelleyen haller bakımından ceza normları uygulanır. Öyleyse bu noktadaki değerlendirme tamamen ceza normlarına göre yapılmak gerekir. Bu sebeple, suçun unsurlarının oluşmasını engelleyen haller bakımından birlikte kusur kavramını kullanmamayı tercih ediyoruz[136]. Fakat suçun unsurları dışında kalan hususlar-

---

133 Benzer yönde: Escher, **Art.477**, N.6; Gubser, **a.g.e**, s.25; Bellwald, **a.g.e**, s.11. *Bellwald*'e göre mirasçı, ya ailesel ilişkiyi hedef alarak bozar ya da en azından yaptığı aile bağlarını zedeleyici hareket nedeniyle ailesel ilişkinin bozulmasına katlanmaya razıdır (**a.g.y**).

134 Aksi halde yargılamaya konu olan her olayda, çıkarılan mirasçının yapacağı savunmalardan birisi de "kaldı ki, suçu işlediğim kabul edilse bile bunun aile bağına zarar vereceğini bilmiyordum ve bu sonucu öngörmem de benden beklenemezdi" şeklinde olur. Bu durumda çıkarma nedenin geçerliliğini ispatlamakla yükümlü olan çıkarmadan yararlanan mirasçıların, bu savunmanın aksini ispatlamaları gerekir ki, bu da neredeyse MK m.510/b.1 hükmünü uygulanamaz hale getirir. Buna karşılık, gerçekten de mirasçının işlediği suç neticesinde aile bağının kopacağını haklı olarak öngöremediği çok istisnai hallerde, ona karinenin aksini ispatlama şansı tanımak gerekir.

135 Birlikte kusur, *"mağdurun, makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olması"* olarak tanımlanmıştır: Oğuzman/Öz, **a.g.e**, s.579; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s.594 vd; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.542 vd, 544. Yazarlar, birlikte kusur kavramının hukuk tekniği anlamında kusur kavramı ile örtüşmediğini belirtmektedirler. Fakat bu terimi, öğretide ve yargı uygulamasında yerleştiği için ve bu konudaki tartışmalar saklı kalmak kaydıyla, biz de kullanacağız.

136 Elbette suçun unsurlarının oluşmasını, sözgelimi ceza normları uyarınca tipiklik unsurunu engelleyen bir durum varsa, artık kusurluluk ya da ağırlık değerlendirmesine gerek kalmaz ve MK m.510/b.1 anlamında mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşmaz.

da, bu çerçevede kusurluluk değerlendirmesinde birlikte kusur rol oynayabilir[137]. Birlikte kusur, nedensellik bağını kesebileceği gibi, kusuru kaldıran ya da azaltan bir rol oynayabilir[138]. Fiilin işlenmesi ile birlikte kusur arasında nedensellik bağı olmalıdır[139]. Birlikte kusurun varlığı her somut olayda hâkim tarafından takdir edilecektir[140]. Birlikte kusur, mirasçılıktan çıkarma açısından nedensellik bağını veya kusurluluğu kaldıran bir rol oynamıyorsa, bu kere mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsuru kapsamında[141] ele alınmak gerekir[142].

Suçtan zarar görmemekle birlikte, suçun işlenmesine etki eden üçüncü kişilerin davranışları da kusur unsurunu ya da nedensellik bağını kaldırabilir. Bu kapsamda

---

137 Hatta Ceza Hukukuna özgü bir takım kurallar, kusurluluğu ve cezayı ortadan kaldıran haller şeklinde cezalandırmaya ilişkin sonuçlar doğururken, aynı durumlar için Medeni Hukuk bakış açısıyla, birlikte kusur değerlendirmesi yapılabilir. Bu değerlendirmede hâkim, ceza normlarıyla bağlı değildir. Örneğin MK m.510/b.1 bakımından birlikte kusur, mirasbırakanın yakınına karşı işlenen fiilde, mirasbırakanın da rolünün olması (TCK m.38, 39) şeklinde ortaya çıkmış olabilir (Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.453). Keza TCK m.28 gereğince kusuru kaldıran bir hal olan suçun mirasbırakanın veya üçüncü bir kişinin cebri, zorlaması ve tehdidi altında işlenmiş olması halinde, Ceza Hukukuna paralel bir şekilde Medeni Hukuk açısından da kusurluluğun kalktığı sonucuna varılabilir. Haksız tahrik altında işlenen suç bakımından da aynı durum geçerlidir (TCK m.29). Öte yandan ceza normlarının değerlendirmeye almadığı başkaca durumlar da dikkate alınabilir. Örneğin kötü yetiştirme koşullarının suç işlemede etkili olması, o suç tipi bakımından kusurluluk değerlendirmesinde dikkate alınsın ya da alınmasın, mirasçılıktan çıkarma açısından failin kusurluluğuna etki eden bir durum olarak dikkate alınabilir.

138 Oğuzman/Öz, **a.g.e**, s.580; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s.594 vd; karş. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.542 vd, 735 vd.

139 İmre, **a.g.e**, s.385. Aynı durum aile hukuku yükümünün ihlali nedenine dayanan mirasçılıktan çıkarmadaki birlikte kusurda da geçerlidir. Eğer birlikte kusur olmasaydı, saklı paylı mirasçı böyle bir fiili işlemeyecek idi ise birlikte kusurun cezai mirasçılıktan çıkarmayı geçersiz kılacağı yönünde: İmre, **a.g.y**. Bize göre, birlikte kusurun fiile etki etmiş olması, nedensellik bağı açısından yeterlidir.

140 Tuor, **Art.477**, N.18; Escher, **Art.477**, N.6; İmre, **a.g.e**, s.385; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.310.

141 Bkz. Piotet, **SPR IV/1**, s.419–420; Escher, **Art.477**, N.6; Tuor, **Art.477**, N.18; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.453–454; Ickowicz, **a.g.e**, s.48; Nobs, **a.g.e**, s.25; Bessenich, **Art.477**, N.6; Tongsir, **a.g.t**, s.25; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.310; İmre, **a.g.e**, s.385; Dural/Öz, **a.g.e**, s.201; Gubser, **a.g.e**, s.28. Ayrıca bkz ileride §2.II.B.4.d.

142 Örneğin muhafazakâr bir düşünce yapısına sahip olan baba, bir erkek arkadaşı ile birliktelik yaşayan kızını yaralaması veya öldürmesi için oğlunu teşvik etsin. Babanın, kızına karşı gerçekleştirdiği fiil nedeniyle oğlunu mirasçılıktan çıkarması geçerli kabul edilmeyecektir: Escher, **Art.477**, N.6; Tuor, **Art.477**, N.18; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.453–454; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.310. Çünkü bu örnekte ailesel bağın sarsılmasından söz edilemez. Aksine erkek çocuğun gayesi babasının arzusunu yerine getirerek onu memnun etmektir: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.454. Çocuğun suçu işlemesine ana babanın çocuğu kötü yetiştirmesi ve eğitmesi sebep olmuşsa, ana ya da baba çocuğu mirasçılıktan çıkaramamalıdır: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.310. Bu örneklerde varılan sonuçlar, somut olay koşulları saklı kalmak kaydıyla, yerinde görülebilir. Bize göre, bu örneklerde suçun oluşup oluşmadığı ve oluşmuşsa birlikte kusurun ağırlığı kaldırıp kaldırmayacağı ayrı ayrı incelenmek ve kesin yargılarla değil, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmek gerekir.
Oğuzman, mirasbırakanın faili suçu işlemeye teşvik ettiği hallerde, artık bu suça dayanarak mirasçılıktan çıkarmaya başvuramaması gerektiğini, dürüstlük kuralına (MK m.2) dayandırmaktadır (**a.g.e**, s.211).

mirasbırakanın yakınlarının veya aile üyelerinin ya da mirasbırakana tamamen yabancı olan kimselerin davranışları ile suçun işlenmesine etki etmeleri, yine Medeni Hukuka göre yapılacak kusur araştırmasında dikkate alınmak gerekir.

(4). Çıkarılanın kendisine karşı suç işlediği mirasbırakanı ya da mirasbırakanın yakınını tanımıyor olmasının etkisi

Mirasçının, kendisine karşı suç işlediği kişinin, kendi mirasbırakanı veya mirasbırakanının bir yakını olduğunu bilmemesi durumu da öğretide tartışmaya yol açmış bir konudur[143]. Meseleyi mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü sınırlandırmama noktasından ele alan bir görüşe göre[144], mirasçılıktan çıkarılan kişinin, kendisine karşı ağır bir suç işlediği kişi ile mirasbırakan arasındaki "yakınlık bağını" bilmesi şart değildir. Mirasçılıktan çıkarma kurumu, kendi hareketinin sonucu olarak aile bağını koparan saklı paylı mirasçının, işlediği bu suç karşısında, mirasbırakanın artık saklı pay zincirinin bağlayıcılığından kurtulması temeline dayanır[145]. Öyleyse, çıkarılan, kendisine karşı suç işlediği kimsenin, *mirasbırakanın yakını olduğunu* bilse de bilmese de onun bu davranışı, mirasbırakanın üzerinde yaratılan etki bakımından değerlendirilmek gerekir. Bu fiil karşısında mirasbırakanın sübjektif algısına, yani aile bağının **mirasbırakan açısından** kopup kopmadığına değer verilmek gerekir[146]. Öte yandan

---

143 *Bellwald*, meseleyi, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünden yana mı yoksa mirasçıyı korumaktan yana mı tavır sergileneceği noktasından ele alarak, bu görüşlere göre bir neticeye varılacağını belirtmektedir. Yazara göre, mirasçılıktan çıkarma kurumu ağır bir suç işleyen mirasçıya karşı bir Medeni Hukuk cezası olarak kabul edilecek olursa, mirasçı ancak söz konusu yakınlık ilişkisini biliyorsa mirasçılıktan çıkarılabilir. Eğer, aksine, mirasçılıktan çıkarma mirasbırakanın saklı pay sınırlamasından birinci derecede kurtuluş yolu (saklı pay zincirinin kırılması) olarak kabul edilecek olursa, yakınlık ilişkisinden haberdar olmak bir koşul olmayacaktır (**a.g.e**, s.25–26). Biz, kanun koyucunun saklı pay koruması kapsamında mirasçıyı koruduğu ve bu korumanın sebebinin varsayılan aile bağı olduğu görüşünde olduğumuzu ifade etmiştik. O nedenle bu tartışmada tasarruf özgürlüğünü artırma gerekçesiyle hareket edilmesi, bize göre hukuki dayanaktan yoksundur.

144 Stadler, **a.g.e**, s.33, 39; Bellwald, **a.g.e**, s.25 (Yazar, aile hukuku yükümü ihlali (MK 510/b.2) bakımından aksi görüştedir); Şener, **YD**, s.89; Ülkü, **a.g.m**, s.45; Gubser, **a.g.e**, s.62. Farklı gerekçelerle İmre/Erman, **a.g.e**, s.235, dn.10; Baydar, **a.g.t**, s.34.

145 Bu tespite katılmamıza imkân yoktur. Kanun koyucu yakın aile üyesi olan mirasçılar için saklı pay korumasını, yani bu kimselere saklı paylarının kanunen intikalini zorunlu kılmıştır. Ancak mirasçılıktan çıkarma ve yoksunluk gibi hallerde aile bağına layık olmadığını gösteren mirasçının saklı pay korumasından yararlandırılmaması gerekir. Çıkarma tasarrufu sonucunda mirasbırakanın çıkarılanın payı üzerinde (eğer altsoy yoksa) özgürce tasarrufta bulunabilmesi, bir sonuçtur. Yoksa çıkarmanın *ratio legis*'i içerisinde tasarruf özgürlüğünü sağlama gayesi yoktur. Cezai çıkarmanın gayesine ilişkin olarak bkz. §1.A.1.

146 "Mirasçının Medeni Hukuk açısından "ağır bir cürüm" sayılan fiili (ağır hakaret, emniyeti suiistimal vs.) kusurlu olarak işlemesi yeterli olup, onun ayrıca bu fiili ile kendisini mirasbırakana bağlayan aile

Medeni Kanun, böyle bir ayrım yapmadığı gibi, fiili işleyen saklı paylı mirasçının yakınlık bağını bilip bilmediğini tespit etmek de çok güçtür, hatta çoğu kere imkânsızdır[147]. Kaldı ki, mirasçılıktan çıkarma kurumu yalnızca mirasçıyı cezalandırmaya hizmet etmez, aynı zamanda mirasbırakana mirasçının işlediği suç karşısında tepki gösterebilmesini sağlayan bir araçtır. Mirasbırakanın yakınına karşı suç işlendiğinde ve aile bağı koptuğunda, koşullar gerçekleşmiş olur. Bundan sonra artık mirasbırakan daha fazla, suçlu mirasçı karşısında saklı pay sınırlamasına uymak zorunluluğunda değildir. Eğer suçlu mirasçının bir de mağdurun mirasbırakanın yakını olduğunu bilmesi koşulu aranacak olursa, bu mirasbırakan için haksız bir sınırlama demek olur[148]. Mirasçılıktan çıkarmada daha çok fiilin sübjektif etkisi, yani mirasbırakandaki psikolojik etki ve aile bağına verilen zarar dikkate alınmalıdır. Buna karşılık fail-mirasçının fiili işlerken sahip olduğu niyet ya da saik, ikinci planda dikkate alınmalıdır. Ayrıca, fail-mirasçının fiili işlerken mağdur-yakın ile mirasbırakan arasındaki yakınlık ilişkisini bilerek ve bu bağa zarar vermek iradesiyle (kasten ya da ihmal suretiyle) hareket etmesi, fiilin ağırlığı bahsinde her zaman incelenebilir[149].

Bizim de katıldığımız görüşe göre[150], mirasçılıktan çıkarmadaki gaye, aile bağını koparak saklı pay korumasına layık olmadığını gösteren mirasçıyı cezalandırmaktır.

---

ilişkilerinin temelinden sarsılacağını önceden bilebilir veya görebilir olması zorunlu değildir. O, kusurlu olarak işlediği fiilin, aile bağlarını koparıcı sonuçlarına (bu sonuçları tahmin etmemiş olsa veya tahmin edemez durumda bulunsa bile) katlanmak zorundadır": Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.311; aynı yönde Çakın, **a.g.m**, s.526; Baydar, **a.g.t**, s.34.

147 İmre/Erman, **a.g.e**, s.235, dn.10; Şener, **YD**, s.89 ve **Miras Hak ve Payları**, s.172.

148 Bu görüş neredeyse sadece sonuca bakarak, fiil nedeniyle mirasçılıktan çıkarmaya gidilmesine olanak sağlamaktadır. Kanunun ruhu, cezalandırıcı yapısı gereği, aile bağlarına sadece zarar veren bir fiilin varlığını değil, aynı zamanda zarar verme konusunda bir iradenin de varlığını -işin doğası gereği- aramaktadır. Aksi düşünülseydi, öncelikle MK m.510/b.1'de sadece mirasbırakana veya yakınlarına karşı suç işlenmesi koşulu değil, mirasbırakanı derinden yaralamak koşulu ile "herhangi bir kimseye karşı" suç işlenmesi de, hatta sadece haksız fiil işlenmesi de mirasçılıktan çıkarma nedeni sayılırdı. Kanun, *de lege lata* olarak, özellikle mirasbırakana ya da yakına karşı suç işlenmesini ararken, aile bağını koparmaya yönelik bir iradenin varlığını esas almaktadır.

149 Gubser, **a.g.e**, s.61–62; benzer şekilde karş. Stadler, **a.g.e**, s.39. Bu görüştekilere göre, fail-mirasçının iradesinin ikinci planda değerlendirilmesi gerekliliği, "mirasçılıktan çıkarma nedeninin ağır olması" unsuru çevresindeki bir ölçüt belirleme çabasıdır. Ancak bize göre, failin aile bağını koparıcı iradesinin varlığı, *de lege lata* olarak kanunun *ratio legis'i* gereği, bir unsurdur. Bu unsur yoksa ayrıca fiilin ağır olup olmadığını tayin etmeye gerek kalmayacaktır. Bu unsur gerçekleşmek kaydıyla, elbette aile bağını koparma iradesinin şiddeti (kast ya da ihmal ya da öngörebilme vs.) ağırlık unsurunu azaltan ya da artıran bir rol oynayabilir. Ancak bu ayrı bir konu olup kendi bahsinde incelenmek gerekir.

150 Escher, **Art.477**, N.15, s.223; Ickowicz, **a.g.e**, s.47; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.453; Piotet, **SPR IV/1**, s.421; Tongsir, **a.g.t**, s.28; Weimar, **Art.477**, N.8; Bessenich, **Art.477**, N.10.

Öyleyse mesele, mirasçının aile bağını sarsmaya yönelik irade ile hareket etmiş olması gerekliliği açısından ele alınmak gerekir. Mirasbırakanı tanımayan[151] ya da kendisine karşı suçun işlendiği kişinin mirasbırakanın yakını olduğunu bilmeyen mirasçının, velev ki kasten suç işlese dahi, aile bağlarını koparmaya yönelik iradesinden bahsedilemez. Bu kişi, elbette Ceza Hukuku gereğince gereken yaptırıma uğrayabilir. Fakat mirasçılıktan çıkarma nedeni gerçekleşmediğinden mirasçılıktan çıkarma yaptırımı uygulanamaz. Çünkü fiili işleyen saklı paylı mirasçı açısından, mağdur her bakımdan mirasbırakana yabancıdır ve o, mirasbırakan ile mağdur arasındaki yakınlık bağından habersizdir. Şayet çıkarılan, bu yakınlık bağını bilseydi belki de o kimseye karşı suça konu fiili işlemekten kaçınacaktı[152]. Kaldı ki mirasbırakanın, olay nedeniyle derinden sarsılmış olması (sübjektif ağırlık ölçütü), cezai çıkarmanın tek unsuruymuş gibi nazara alınamaz[153].

(5). Ceza Mahkemesinde suç hakkında verilen kararın, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davaya etkisi

MK m.510/b.1 gereğince mirasçının suç işlemiş olmasının yeterli olduğunu, ayrıca bir mahkûmiyet kararının gerekmediğini belirtmiştik. Bununla birlikte şayet söz konusu fiil, bir ceza mahkemesinde yargılamaya konu olmuşsa, verilen kararın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davaya bakan mahkemeyi bağlayıp bağlamayacağı ya da ne ölçüde bağlayacağı sorunuyla karşılaşılır. Hemen belirtelim ki, ceza mahkemesince verilen beraat ya da mahkûmiyet kararları, konumuz açısından önem taşır[154].

---

151 Aynı zamanda mirasbırakanın kim olduğunu bilmemek de aynı noktada çözüme kavuşturulması gereken bir sorundur. Örneğin bebekliğinde anne ve babası boşanıp da velayeti anneye verildiği için babasını bir daha hiç görmeyen çocuğun, tesadüfen karşılaştıkları bir anda çıkan bir tartışmada babasını kasten bıçaklayarak yaralamasında olduğu gibi. Bu örnekte, yaralama suçu kasten işlenmişse de aile bağlarını koparma iradesi söz konusu değildir.

152 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.453. Yazarın ifadesiyle "*bazen en tehlikeli cani bile ailesine karşı evlatların en iyisi olabilir*". Yakınların kimler olduğu noktasında bir ayırıma gitmeksizin sorunu bütün yakınlar bakımından ve ispat noktasında ele alan *Çubukgil*'e göre, saklı paylı mirasçının mirasbırakan ile mağdur arasındaki yakınlık bağını bilip bilmediği hususunda tereddüt olduğunda, bu yakınlık bağını bilmediğini iddia eden mirasçının bilmediğini ispatlaması gerekir (**Iskatın Sebepleri**, 1950/3–4, s.453). Özellikle yakın aile üyeleri, hısımlar ve aile içinde tanınan ya da sıkça görüşülen dostlar vs. bakımından bizce de bu yönde bir karine kabul edilmelidir. Fakat bazen somut olay koşulları karinenin işlememesini haklı kılabilir. Sözgelimi aile üyelerinin dahi tanımadığı, mirasbırakanın pek de bilinmeyen bir arkadaşı bakımından, artık karinenin varlığını kabul etmemek gerekir.

153 Benzer yönde: Tongsir, **a.g.t**, s.28.

154 Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun

Ayrıca bu noktada, suç konusunda ceza mahkemesi tarafından verilen kararın hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağına ilişkin BK m.53 hükmündeki esasların[155], MK m.510/b.1 bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı meselesi özellik arz eder. Kanımızca BK m.53 hükmü, cezai mirasçılıktan çıkarmanın birinci bendi bakımından **suçun unsurlarının tayininde** uygulanamaz. Zira kanun koyucu, MK m.510/b.1'de açıkça "suç"tan söz etmiş; yani **suç işlenmesi**ni aramıştır. O halde adli mahkemece, suçun unsurlarının var olup olmadığı Ceza Hukukuna göre belirlenecektir. Oysa BK m.53 hükmü suçun varlığını tespite yarayan bir madde olmayıp, haksız fiilin varlığını tespit eder ve çoğunlukla tazminat davalarında uygulanır[156].

---

sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde beraat kararı verilir (CMK m.223/II). Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir. Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur (CMK m.223/V-VI).
Kusuru kaldıran haller ya da şahsi cezasızlık, etkin pişmanlık gibi haller sebebiyle "ceza verilmesine yer olmadığı" kararının ya da zamanaşımı vs. nedenlerle verilen *düşme kararı*nın mirasçılıktan çıkarma açısından bağlayıcı olmadığına yukarıda değinmiştik (Bkz. CMK m.223). Bkz. §2.II.A.1.b.(3).(a).

155 BK m.53 hükmünde, fiilin aynı zamanda bir suç teşkil etmesi halinde, haksız fiil nedeniyle açılan tazminat davasında aynı fiile ilişkin ceza mahkemesinin verdiği kararın adli mahkemeyi bağlayıp bağlamayacağı düzenlenmektedir. Buna göre ceza mahkemesi beraat kararı vermişse, bu karar adli mahkemeyi bağlamaz. Eğer ceza mahkemesinde mahkûmiyet kararı verilmişse, adli mahkeme bu karardaki kusuru kaldıran hallere, kusura, kusurun derecesine ve zarara ilişkin değerlendirmelerle bağlı değildir. BK m.53 gereğince, hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir (f.1). Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz (f.2). TBMM Adalet Komisyonunun kabul ettiği Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 74'ncü maddesi de benzer şekildedir (www.tbmm.gov.tr).

156 Kaldı ki tazminat davası bakımından dahi, ceza mahkemesi olayla ilgili gerek beraat ve gerekse mahkûmiyet kararı vermiş olsun, en azından söz konusu kararda yer **alan faile ve suça konu fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğine** (maddi vakıaya) dair tespitlerin, hukuk mahkemesini bağlaması gerektiği, buna mukabil fiilin suç niteliği taşımadığı veya illiyet bağının bulunmadığı yolundaki kararlar bakımından bağlayıcılığın olamayacağı öğretide ve yargı uygulamasında çoğunlukla kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e**, s.549–550; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s.7711 vd, özellikle 714, 715; Ferhat Erçin, **a.g.e**, s.50 vd; HGK 8.10.1986, 4–369/841 (**YKD** 1989/4, s.460–464). Ceza mahkemesince verilen beraat kararının, cezai mirasçılıktan çıkarma davasına bakan hakimi de bağlayacağı yolunda: Bessenich, **Art.477**, N.11; Weimar, **Art.477**, N.18.
Ceza mahkemesince verilen beraat ya da mahkûmiyet kararının hukuk hâkimini bağlamayacağı, sadece kusur değil, hukuka aykırılık, fiil ve illiyet bağı ile ilgili değerlendirmelerle de hukuk hâkiminin bağlı olmayacağı, zira Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta sorumluluk yapısının çok farklı olduğu görüşünde: Eren, **Borçlar Hukuku**, s.791–793. Her iki görüşteki yazarlar, ceza davasının hukuk hâkimi için bekletici mesele olmayacağını, ayrıca BK m.53 bakımından sanığın delil yetersizliğinden beraat etmesi halinde, bu kararın tazminat davasına bakan hâkimi bağlamayacağını kabul etmektedirler. Nitekim mirasçılıktan çıkarma davasına bakan hukuk hâkimini de bağlamayacağı görüşünde: Rohr, **a.g.e**, s.20; Weimar, **Art.477**, N.5. Bu değerlendirmelerin bugün için yeniden ele alınması gerekir. Zira yeni CMK

Ceza Mahkemesinde Türk Ceza Kanununa da yansıyan yeni Ceza Hukuku anlayışına göre "kast" ve "taksir" kavramları ile failin suçu işlemedeki kusurluluğu birbirinden ayrılması, bu konu bakımından da özellik arz etmektedir. Buna göre kanımızca ceza mahkemesinin maddi vakıaya (suçun işlenip işlenmediğine), failin kim olduğuna, suç tipine ve bu kapsamda **tipik**liği belirleyen "kasten işlenme" ya da "taksirle işlenme" hususlarına dair verdiği karar, mirasçılıktan çıkarma davasına bakan hukuk hâkimini bağlayacaktır. Zira MK m.510/b.1 hükmünün açıkça "suç"tan söz etmektedir. Ceza mahkemesince suçun kasten ya da taksirle işlendiğine dair değerlendirme ise, suçun tipikliğini belirleyen bir unsurdur. Bu sebeple MK m.510/b.1 hükmünün, BK m.53 hükmüne **bu açıdan** bir istisna oluşturduğunu kabul etmek gerekir[157]. Buna karşılık, "kusurun derecesi, yoğunluğu, kusurlu fiilin kınanabilirliğini artıran ya da azaltan haller vb.", **suçun unsuru kapsamında yer almadığından** hukuk hâkimini bağlamayacaktır[158]. Zira MK m.510/b.1 hükmü açısından cezalandırılabilir olma değil, suç işlemiş olma bir koşuldur. Bu gerekçelerle BK m.53 hükmünün MK m.5 atfı gereğince Medeni Hukukun diğer alanlarında da uygulanacağı yönündeki düşünceye[159] çekincesiz bir şekilde katılabilmemiz mümkün değildir.

(6). Türk Ceza Kanunun yer ve zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kuralların mirasçılıktan çıkarmaya etkisi

TCK m. 8–19. hükümlerinde, bu kanunun **yer bakımından uygulama** kuralları düzenlenmektedir. Bu konuda mirasçılıktan çıkarma açısından, bir Türk vatandaşının yabancı bir ülkede suç işlemesi ve/veya işlediği suç nedeniyle mahkûmiyet alması durumları özellik arz eder. Kanımızca Türk Mahkemesindeki mirasçılıktan çıkarmaya

---

m.223 gereğince "delil yetersizliğinden beraat" şeklinde bir ceza mahkemesi hükmü söz konusu değildir.

157 Aksi halde ceza mahkemesinde kasten adam yaralama suçunun işlendiği kararı söz konusu iken, hukuk hâkiminin taksirle adam yaralama suçunun işlendiğini sabit görmesi gibi garabet arz eden sonuçlarla karşılaşılabilir.

158 Fakat bu konuda ceza mahkemesince yapılan tespitler elbette takdiri delil niteliğinde görülebilir ve mirasçılıktan çıkarmaya özgü ağırlık değerlendirmesinde artırıcı ya da azaltıcı bir rol oynayabilir.

159 Bu görüş için bkz. Erçin, **a.g.e**, s.67 ve orada dn.256'da anılanlar. Yargıtay da, görüşümüzün aksine olarak, mirasçılıktan çıkarma hükümlerini eMK m.258 bağlamında ele aldığı bir kararında, BK m.53 hükmünü olaya uygulamış ve hukuk hâkiminin, BK m.53 gereğince ceza mahkemesinin maddi olayların tespitine ilişkin hükmüyle bağlı olduğu sonucuna varmıştır (2.HD 14.11.2000, 10081/14141, **HukukTürk**). Bu karardaki tespite ek olarak, kanımızca hukuk hâkimi, yalnızca maddi olaylara ilişkin tespitle değil, suçun unsurlarıyla ve bu bağlamda tipiklik açısından kast ya da taksir nitelemesi ile hatta suçun oluşmasını engelleyici hukuka uygunluk hallerine ilişkin tespitlerle de bağlıdır.

ilişkin yargılamada hukuk hâkimi, mirasçılıktan çıkarmaya konu suçu yabancı bir ülkede işleyen Türk vatandaşı mirasçının bu fiilinin, Türk Hukukuna göre de suç oluşturup oluşturmadığına karar verirken, Türk Ceza Kanunlarını uygulayacaktır. Türk Ceza Kanunları uyarınca suç oluşturmayan bir fiil, yabancı ülke hukukuna göre suç olarak kabul edilse bile MK m.510/b.1 hükmünde aranan "suç işleme" koşulu gerçekleşmiş olmaz. Zira Türk Medeni Kanunu, hükümde ayrıca ifade edilmesine gerek olmaksızın, elbette Türk Ceza Kanunlarına göre suç oluşturan fiillere gönderme yapmaktadır. TCK m.8–19 hükümlerindeki kurallar, kişinin Türkiye'de yeniden ceza yargılamasına tabi tutulması ve Türkiye'deki cezalandırmaya ilişkin kurallardır. Ayrıca failin Türkiye'de bulunması, suçun kovuşturulabilir olması (yani suçun zamanaşımına uğramamış olması ya da af söz konusu olmaması vs.), aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezaları için şikâyet koşulu ve şikâyet süresi gibi ek bir takım kıstaslar aranmaktadır. Hatta TCK m.14 kapsamındaki "*vahamet arz etmeyen suçlar*" bakımından yeniden yargılama dahi yapılmayabilmektedir. İşte bütün bu saydığımız yeniden ceza yargılaması yapılmasına ya da yapılmamasına ilişkin kurallarla[160], hukuk hâkimi bağlı değildir. Zira nerede işlenirse işlensin, mirasbırakanın veya yakınlarının mağdur olduğu bir fiilin, **Türk Ceza Kanunlarına göre suç** olarak tanımlanması MK m.510, b.1 açısından gerekli ve yeterlidir. Ayrıca kişinin Türkiye'de bulunması, suçun kovuşturulabilir ol-

---

160 TCK m.11/I gereğince bir Türk vatandaşı, Türk Ceza Kanununun 13'üncü maddesinde yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye'de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır. TCK m.11 Gerekçesine göre, "*Buna karşılık, yurt dışında işlediği suçtan dolayı Türk vatandaşı hakkında yabancı ülkede mahkûmiyet veya beraat kararının verilmiş olması hâlinde,* - TCK m.13'de belirtilen istisnalar saklı kalmak kaydıyla- *artık Türkiye'de yeniden yargılama yapılamayacaktır*" (www.tbmm.gov.tr).
TCK m.13 hükmünde sayılan suçların yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk Kanunlarının uygulanacağı ve birinci maddenin a ve b bendinde yer alan suçlardan dolayı yabancı mahkemede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile Türkiye'de yargılama yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık diğer bendlerdeki suçlarda yabancı ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmişse Türkiye'de yargılama yapılamayacaktır. Bu suçlarda ayrıca yargılamanın, Adalet Bakanının talebine bağlı olacağı da düzenlenmektedir.
TCK m.11/II hükmünde ise yabancı ülkede işlenen suçun aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirmesi halinde, yargılama yapılması, zarar görenin veya yabancı hükümetin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Ayrıca TCK m.14 hükmünde ise soruşturma konusu suçun yer aldığı kanun maddesinde hapis cezası ile adlî para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmış ise soruşturma veya kovuşturma açılmaz. TCK m.14 Gerekçesine göre "*hapis ve adli para cezasından birinin uygulanması hâkimin takdirine bağlı bulunan seçimlik cezalı fiiller,* ***genellikle vahamet arz etmeyen suçlardan oldukları-dan****, yabancı ülkede işlenmeleri hâlinde soruşturma veya kovuşturma koşulunun gerçekleşmemiş sayılacağı maddede belirtilmiştir*" (www.tbmm.gov.tr).

ması, şikâyette bulunulması vs. koşullar mirasçılıktan çıkarma açısından önem arz etmez.

Mirasçının mirasbırakana veya yakınlarına karşı yabancı ülkede işlediği suç nedeniyle **yabancı mahkemece bir hüküm verilmiş** olabilir. Bu hüküm, fiilin suç teşkil etmediği ya da suç teşkil ettiği yolunda olabilir. TCK m.13 hükmündeki istisnalar saklı kalmak kaydıyla, yabancı mahkemece hüküm verilen hallerde Türkiye'de yeniden bir ceza yargılaması yapılmayacaktır. Bu durumda yabancı mahkemece verilen kararın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davaya bakan Türk hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağı sorunuyla karşılaşılır[161]. Hemen belirtelim ki, mirasçılıktan çıkarma açısından tartışma konusu yapılabilecek konu, yabancı mahkeme kararının bir suçun mevcut olup olmadığı noktasındaki kısmıdır[162]. Yabancı mahkemenin suçun varlığı ya da yokluğu konusunda vermiş olduğu kararın Türk hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağını ise Türk Ceza Kanunları belirler. Şu halde, Tük Ceza Kanununa göre Türkiye'de yeniden yargılama yapılması durumunda, sorun yoktur. Zira Türk ceza mahkemesinin vereceği karar, hukuk hâkimi açısından değerlendirilebilecektir. Buna karşılık eğer yabancı mahkemece verilen karar bakımından Türkiye'de yeniden yargılama yapılmasına gerek olmayan bir hal (TCK m.14, TCK m.17) söz konusu ise, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davada Türk hukuk hâkimi, kanımızca, yabancı mahkemenin failin kim olduğu ve fiilin işlenip işlenmediğine ilişkin kararıyla bağlıdır. Buna karşılık suçun diğer unsurları olan hukuka aykırılık ve tipiklik değerlendirmesiyle ise bağlı olmamalıdır. Eğer tipiklik ve hukuka aykırılık noktasında iki ülke düzenlemeleri paralel ise sorun yoktur. Ancak olabilir ki, bazen yabancı mahkeme kararındaki fiil, o ülke mevzuatına göre hukuka aykırı kabul edilirken, Türk Kanunlarına göre hukuka aykırı değildir. Ya da Türk mevzuatı açısından hukuka uygunluk nedeni söz konusudur. Başka deyişle hukuk hâkimi, **Türk Ceza Kanunları uyarınca suç teşkil etmeyen bir fiili**, sırf yer bakımından uygulama kuralları gereğince Türkiye'de yeniden yargılama

---

161 Yabancı ülkede işlenip de yargılama konusu olan ya da henüz yargılanmamış olan fiilin, MK m.510/b.2 kapsamında aile hukukundan doğan yükümün önemli ölçüde ihlali niteliği taşıması halinde, bu fiilin MK m.510/b.1 kapsamında çıkarma koşulunu gerçekleştirmiş olup olmadığı önemini büyük ölçüde yitirir.

162 Yoksa hukuk hâkimi, -ister Türk isterse yabancı ceza mahkemesince verilmiş olsun- cezalandırmaya, infaza ya da bu kararın sonuçlarına ilişkin kurallarla bağlı değildir.

yapılmayacağı gerekçesiyle, yabancı ceza mahkemesi kararı doğrultusunda suç olarak niteleyemez. Öte yandan Türk kamu düzenine aykırı olan bir kararla da (TCK m.17) hukuk hâkimi bağlı olamaz. Bu durumda yabancı mahkemece fiilin işlenmediğine karar verilmişse (beraat kararı) ya da fiilin işlendiğine karar vermişse (suçun mevcut olduğu kararı), Türkiye'de yeniden yargılama yapılmayacak olan hallerde anılan karar kamu düzenimize aykırı değilse, hukuk hâkimi kanımızca suçun varlığı ya da yokluğu noktasında bu kararla bağlı olmalıdır[163]/[164].

---

163 Buna karşılık Türkiye'de yeniden yargılama yapılmasını gerektiren bir hal mevcut olmakla birlikte, kişinin Türkiye'de bulunmaması sebebiyle yargılama yapılamıyorsa, hukuk hâkiminin yabancı mahkeme kararındaki fiil ve faile ilişkin değerlendirmeyle de bağlı olmaması gerektiği düşünülebilir. Konunun detayları ayrı bir incelemeyi gerektirmektedir.

164 TCK m.17 gereğince, "(…) mahkeme, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, **Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi hâlinde**, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine **Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına** karar verir". TCK m.17 Gerekçesine göre: "Özellikle her ülkedeki mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarının kapsamının farklı olması çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Nitekim bazı ülkelerde hak yoksunluklarına ayrıca hükmedilmediğinden, bunlar mahkeme kararında belirtilmezler. Bu durum da göstermektedir ki, hak yoksunlukları bakımından yabancı ülke hukukunun esas alınması ülke içinde yeknesak ve adil bir uygulamaya imkân vermemektedir. İşte bu nedenlerledir ki, madde metninde, eşitlik ilkesi gereği olarak, yabancı bir mahkeme tarafından hükmedilmiş olan cezaların, doğurduğu hak yoksunlukları bakımından ülkemiz hukukunun dikkate alınması kabul edilmiştir". Haktan yoksunluk konusu TCK m.53 hükmünde düzenlenmektedir. Seçme-seçilme ve sair siyasi hakların kullanılmasının ya da velayet, vesayet ve kayyımlık yetkisinin mahkûmiyet süresince kaybı gibi haller, bu madde kapsamında yer alır.
Bu maddede yer alan haktan yoksunluğu gerektiren hallerin TCK m.53 hükmünde belirtilenler ile mi sınırlı olduğu, yoksa örneğin mirastan yoksunluk gibi sonuçların da TCK m.17 çerçevesinde mi düşünüleceği konusu da ayrı bir incelemeyi gerektiren ve üzerinde düşünülmesi gereken konulardır. Keza yabancı mahkemece kararına konu bu suçun, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin davaya bakan Türk hukuk hâkimi bakımından, fail ve fiil konularında bağlayıcı olabilmesi için, TCK m.17 hükmündeki prosedürün izlenmiş olmasının gerekip gerekmeyeceği de yukarıda bahsettiğimiz düşünülmesi gereken konuya bağlı diğer bir husustur. Mirasçılıktan çıkarma bakımından vasiyetname düzenlenmesi, bu tasarrufun geçerli olmadığının dava yoluyla mahkemeye taşınması, fiilin ağırlığının hukuk mahkemesince ayrıca takdir edilmesi gibi kendine özgü kurallar söz konusudur. Dolayısıyla miras hakkının mirasçılıktan çıkarma nedeniyle kaybedilecek olması, yabancı mahkemenin suça ilişkin kararının doğrudan bir sonucu değildir. Bu sebeple mirasçılıktan çıkarmanın TCK m.17 kapsamındaki "haktan yoksunluk" halleri ile bir ilgisi olmadığı kanısındayız.
Her ne kadar mirasçılıktan çıkarma ile ilgili bir olay olmasa da, sonuçları mirasçılıktan çıkarma bakımından da düşündürücü olabilecek bir karara değinmek istiyoruz. Karara konu olan bir olayda, bir çocuk Türk Mahkemesinde verasetin iptali davası açmıştı. Zira çocuğun annesi (mirasbırakan), çocuğun babası (yani mirasbırakanın eşi) tarafından kasten öldürülmüştü. Bu durum Almanya'nın Heidelberg Bölge Mahkemesi'nin kararıyla sabitti ve baba hüküm giymişti. Bu durumda babanın mirastan yoksun olması (MK m.578) gerekmekteydi; oysa Türkiye'deki Sulh Mahkemesi, babanın da mirasçı olarak gösterildiği bir veraset senedi düzenlemişti. Yargıtay'ın yerel mahkemenin kararını bozma nedenleri arasında, Heidelberg Bölge Mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararının yalnızca hüküm fıkrasının tercüme ettirilmiş olması da yer almaktaydı. Zira öldürme fiilinin ne sebeple işlenmiş olduğu anlaşılmamaktaydı; fiil kazaen veya zorunlu savunma gibi hallerle de işlenmiş olabilirdi –ki bu haller varsa mirastan yoksunluk haklı olmazdı: 2.HD 8.12.1999 tarih, 11478/13525 ve 1151/667 sayılı kararlar (**HukukTürk**).

Türk Ceza Kanunlarının **zaman bakımından uygulanmasına** ilişkin genel prensip, hiç kimsenin işlendiği zaman yürürlükteki mevzuata göre suç sayılmayan bir fiil nedeniyle ceza alamayacağıdır ve işlendiği zaman suç sayılan bir fiilin sonradan suç olmaktan çıkartılması halinde de yine faile ceza verilemeyeceğidir (TCK m.7). Mirasçılıktan çıkarma açısından önem arz eden nokta, çıkarma tasarrufunda gösterilen fiilin, suç niteliğini sonradan yitirmesi ya da suç niteliğini sonradan kazanması hallerinde, geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin var olup olmayacağıdır.

Bu konu aslında mirasçılıktan çıkarma koşullarının hangi anda gerçekleşmesinin koşul olarak arandığının tespiti ile de yakından ilgilidir. Tartışmalı olan bu konu ileride ayrıca ele alınmaktadır[165]. Biz, çoğunluk görüşünün aksine olarak, mirasçılıktan çıkarma koşullarının, tasarruf gerçekleştiği anda mevcut olmasını değil, aksine en geç mirasbırakanın ölüm anında varlık kazanmış olmasını gerekli ve yeterli görüyoruz. Bu sebeple tasarrufta gösterilmesi gereken fiiller, suç niteliğinde iken, mirasbırakanın ölümü anında suç niteliğini kaybetmişlerse, kanımızca MK m.510/b.1 gereğince çıkarma koşulu ortadan kalkmış olur. Hatta mirasbırakanın bu fiil nedeniyle derinden sarsılmış olması da sonucu değiştirmez[166]. Buna karşılık tasarrufta gösterilen sebepler, suç niteliği taşımıyor iken, mirasbırakanın en geç ölümü anında suç niteliği kazanmışlarsa, fiilin sübjektif ve objektif olarak ağırlık koşulunun gerçekleşmiş olması kaydıyla, MK m.510/b.1 hükmünün aradığı koşul gerçekleşmiş demektir.

Anılan karara **karşı oy** yazısında ise, yeni TCK m.11 (eski m.5/I) ve TCK m.17 (eski m.8) hükümlerine dayanıldı. Zira çoğunluğun bozma kararına esas teşkil eden gerekçe, yabancı mahkeme kararının eksik tercüme ettirilmiş olmasıydı. Demek ki tercümede eksiklik olmasaydı, Yargıtay, yabancı mahkeme kararındaki suça ilişkin tespiti kabul edecekti. Oysa Eski TCK m.5/I gereğince yeniden yargılama yapılmasını gerektiren bir hal söz konusuydu. Eski TCK m.8 gereğince ise yabancı mahkeme kararının bir haktan yoksunluğu gerektirdiği (mirastan yoksunluğa yol açtığı) gerekçesiyle, Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine yabancı mahkeme kararının sonuçlarının Türkiye'de de geçerli olacağına dair Türk mahkemesinde de karar alınması gerekliydi. (Fakat bu noktada bir mevzuat değişikliğine de değinmemiz gerekir: Eski TCK m.8 hükmünde, yeni düzenlemeden farklı olarak, "*bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması*" koşulu yer almamaktaydı).

165 Bu konu ve farklı görüşler için bkz. §2.V.A.1-3.

166 Fiil suç niteliğini kaybetmekle birlikte aile hukukundan doğan yüküm ihlali niteliği taşıyorsa, bu yükümün önemli ölçüde ihlal edilmiş olması koşuluyla MK m.510/b.2 gereğince mirasçılıktan çıkarma elbette mümkündür.

2. Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Ailesi Üyelerine Karşı Aile Hukukundan Doğan Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemiş Olması

Aile içerisindeki yakınlığı veya konumu bakımından, mirasbırakan ile mirasçı arasındaki ilişkinin türüne göre farklı özelliklere sahip bulunan aile hukukundan doğan karşılıklı haklar ve yükümler vardır[167]. Ailesel bütünlüğe karşı yükümlerini ağır derecede ihlal eden ve aile bağına zarar veren bir aile bireyi, kanunun öngördüğü yaptırımlara maruz kalır. Bu yaptırımlardan biri de miras hukukunda MK m.510/b.2 düzenlemesi ile ortaya çıkmaktadır. Böylece, MK m.510/b.2 hükmü, aile bağını koruma amacına uyulmamasının, eş deyişle aile hukukundan doğan yükümlerin önemli ölçüde yerine getirilmemesinin yaptırımını oluşturmakta, ailesel bağı ağır derecede zedeleyen aile bireyinin saklı pay zırhını ortadan kaldırma imkânı doğmaktadır[168].

a. Aile hukukundan doğan yükümlerin ihlal edildiği kişinin, mirasbırakan veya onun aile üyesi olması

İkinci mirasçılıktan çıkarma nedeni, aile hukukundan doğan yükümlerin önemli ölçüde ihlali olduğuna göre, kendisine karşı yükümün ihlal edildiği kimse, mirasbırakan veya mirasbırakanın aile üyesi olacaktır[169].

(1) Mirasbırakana karşı

Mirasbırakanın aile üyesi olan saklı paylı bir mirasçının, mirasbırakana karşı aile hukukundan doğan bir yükümünü ihlal etmesi durumunda ihlalin doğrudan doğruya mirasbırakana karşı gerçekleştirilmesi söz konusu olur.

Yükümlülük ihlalinin, mirasbırakana karşı doğrudan gerçekleştirilmesi olgusu ile mirasbırakanın yakınlarına karşı suç işlenmesi ya da aile üyelerine karşı kötü davranışlarda bulunulması halinde mirasbırakanın bu olay nedeniyle derinden sarsılması (ağırlık unsurunun gerçekleşmesi) olgusunu birbiriyle karıştırmamak gerekir. Mirasçılıktan çıkarma için, mirasbırakanın bu kişilere karşı işlenen suç ya da aile hukuku yükümü ihlali sebebiyle derin bir üzüntü duyması yeterlidir. Yoksa fiilin aynı zamanda

---

167 Stadler, **a.g.e**, s.39; Bellwald, **a.g.e**, s.26.

168 Stadler, **a.g.e**, s.40; Rohr, **a.g.e**, s.17; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.454–455; Ickowicz, **a.g.e**, s.50; Gubser, **a.g.e**, s.63.

169 Dural/Öz, **a.g.e**, s.201; Piotet, **SPR IV/1**, s.419.

mirasbırakana karşı da işlenmiş olması gerekmez. Bununla birlikte bazen "yakınlara" ya da "aile üyelerine" karşı gerçekleştirilen davranışlar, aynı zamanda mirasbırakana karşı da işlenmiş olabilir. Bu durum, yakına karşı işlenen suçun ya da aile üyesine karşı yükümün ihlalinin, aynı zamanda doğrudan doğruya mirasbırakana karşı bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturması halinde karşımıza çıkar[170].

(2) Mirasbırakanın aile üyelerine karşı

Bir aile içerisinde her bireyin birbirlerine karşı aile hukukundan doğan hakları ve yükümleri vardır. MK m.510/b.2 gereğince, mirasbırakana karşı aile hukukundan doğan yükümlerin yerine getirilmemesinden başka, ayrıca mirasbırakanın aile üyesi bir kimseye karşı yükümlerin yerine getirilmemesi de, diğer koşulların varlığı halinde, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bir aile üyesine karşı gerçekleşen ihlal, aynı zamanda mirasbırakana karşı da bir ihlal teşkil edebilir. Ancak bu durum mirasçılıktan çıkarma için koşul değildir. Mirasbırakan, kendi aile üyesine, yine kendi saklı paylı mirasçısı tarafından gerçekleştirilen bir aile hukuku yükümü ihlali nedeniyle derinden sarsılmışsa mirasçılıktan çıkarma haklı olur[171]. Bu durumda ihlal mirasbırakanı doğrudan değil, dolayısıyla ilgilendirmektedir[172]. Bunun için, ihlale maruz kalan kişinin, mirasbırakanın aile üyesi olması ve mirasbırakan ile bu kişi arasında ailesel yakınlık bağının bulunması gerekir[173].

Aşağıda öncelikle MK m.510/b.2 anlamında aile üyesi kapsamına girme **ihtimali** olan (potansiyel) kimseler ele alınacak, daha sonra mirasçılıktan çıkarma anlamında aile üyesi olmak için gerekli olan ölçüte ayrı bir başlık altında değinilecektir.

---

170 Weimar, **Art.477**, N.8. Sözgelimi mirasbırakan M'nin oğlu A'nın, kız kardeşi B'ye karşı cinsel saldırıda bulunması durumunda, bir yandan MK m.510/b.1 anlamında mirasbırakanın yakınına (mirasbırakana değil!) karşı bir suç işlenmiş ve yine b.2 anlamında mirasbırakanın aile üyesine karşı bir yüküm ihlal edilmiş durumda iken; diğer yandan MK m.510/b.2 anlamında oğul A, mirasbırakan M'ye karşı aile onurunu koruma yükümlülüğünü de ihlal etmiştir. Öyleyse aynı fiil hem mirasbırakana karşı doğrudan hem de onun yakınına (aynı zamanda aile üyesine) karşı dolaylı olarak işlenmiştir. Ancak mirasbırakanın bu fiil nedeniyle sarsılmış olması aranacaktır. Yoksa yakının ya da aile üyesinin sarsılmış olması tek başına yeterli olmayacaktır. Ancak bu konu ileride "çıkarmaya yol açan fiilin ağır olması unsuru" incelenirken değerlendirilmektedir.

171 Aynı yönde Stadler, **a.g.e**, s.29; Bellwald, **a.g.e**, s.30; Gubser, **a.g.e**, s.99. Ayrıca bkz ve karş. Weimar, **Art.477**, N.10; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Ülkü, **a.g.m**, s.45.

172 Stadler, **a.g.e**, s.47; Ickowicz, **a.g.e**, s.51; Bellwald, **a.g.e**, s.30; Gubser, **a.g.e**, s.99.

173 Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Gubser, **a.g.e**, s.99.

(a) MK m.510/b.2 anlamında aile üyesi kapsamına girmesi muhtemel kimseler ve öğretinin konuya yaklaşımı

Mirasbırakanın yakın ve uzak kan hısımları, evlatlığı, eşi, nişanlısı, kayın hısımları, üvey evladı vs. kimselerin, MK m.510/b.2 anlamında aile üyeleri olup olmayacakları ve bu konuda nasıl bir ölçütün belirleyici olacağı öğretide tartışmalıdır. Kural olarak, mirasbırakanın aile üyesinin, aynı zamanda, çıkarılan mirasçının da aile üyesi olması gerekir. Aksi halde çıkarılanın ihlal edebileceği bir aile hukuku yükümünden söz edilemezdi.

Öğretide[174] büyük çoğunlukla kabul edildiği üzere, mirasbırakanın kan bağıyla bağlı olduğu **yakın kan hısımları** (altsoyu, ana-babası, kardeşleri) ile kan hısımları dışında kalan ve yapay nesep bağıyla bağlı olan **evlatlığı**, kural olarak, MK m.510/b.2 anlamında "aile üyesi" kavramına dâhildir[175]. Büyük ana-büyükbabalar ile amcalar, halalar, teyzeler, dayılar ve bunların altsoyu, **uzak kan hısımları**dır. Öğretide[176] uzak kan hısımlarının, mirasbırakan ile aralarında bir **yakınlık ya da bağlılık ilişkisinin bulunması halinde**, aile üyesi kavramına dâhil olacakları savunulmaktadır. Diğer bir görüşe göre ise[177], uzak kan hısımlarından mirasbırakan ile **birlikte yaşayanlar** aile üyesi kabul edilebilir.

Mirasbırakanın eşi, mirasbırakanın aile üyesidir[178]. Bir görüşe göre[179] eşler, boşandıktan sonra dahi -somut olay koşullarına bağlı olarak- mirasçılıktan çıkarma hukuku anlamında aile üyesi sıfatlarını sürdürebilirler[180].

---

174 Tuor, **Art.477**, N.27; Escher, **Art.477**, N.17; Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Stadler, **a.g.e**, s.31; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.455; Tongsir, **a.g.t**, s.29; Ickowicz, **a.g.e**, s.52; Köprülü, **a.g.e**, s.284; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.173; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203; Bellwald, **a.g.e**, s.31; Bessenich, **Art.477**, N.12; Gubser, **a.g.e**, s.99; Ayan, **a.g.e**, s.147; Öztan, **a.g.e**, s.121; Antalya, **Miras**, s.216 (Yazar genel olarak kan hısımlarını aile kapsamında görür); HGK 15.06.1968, 1117/462 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.885). *Öztan*, aile kavramına mirasbırakana kan bağıyla bağlı olan kişilerin gireceğini belirtmekte ise de, bunlar dışında kalanlar için yorum yapmamaktadır (**a.g.y**).

175 "Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısıyla belli olur (f.1). Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır (f.2)" (MK m.17).

176 Escher, **Art.477**, N.17; Bessenich, **Art.477**, N.12; Gubser, **a.g.e**, s.100. Ayrıca bkz. Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Tongsir, **a.g.t**, s.29; Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.173.

177 Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Tongsir, **a.g.t**, s.29.

178 Tuor, **Art.477**, N.27; Escher, **Art.477**, N.17; Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Stadler, **a.g.e**, s.31; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.455; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.177; Köprülü, **a.g.e**, s.284; Kocayusufpaşaoğlu,

Nişanlının aile üyesi olup olmayacağı tartışmalıdır. Genellikle, aile üyesi kavramını kan hısımları ve eş olarak görenler[181], nişanlının aile üyesi olup olmayacağı konusunda sessiz kalmaktadırlar. Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre[182] nişanlı aile üyesi kabul edilmek gerekir. Nitekim Medeni Kanunun aile hukukuna ilişkin hükümlerinde nişanlanmaya yer verilmiştir. Böylece eşler arasındaki yükümlerin ya da yükümlülüklerin kıyasen uygulanması ve doğrudan nişanlanmadan doğan yükümler çerçevesinde nişanlıların da birbirlerine karşı aile hukuku yükümlerinin ya da yükümlülüklerinin var olduğu kabul etmek gerekir. Mirasbırakanın nişanlısı veya saklı paylı mirasçının nişanlısı ya da mirasbırakanın diğer bir aile üyesinin nişanlısı bu kapsamda görülmek gerekir[183].

---

a.g.e, s.314; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203; Bellwald, **a.g.e**, s.31; Gubser, **a.g.e**, s.100; Ayan, **a.g.e**, s.148; Antalya, **Miras**, s.216; HGK 15.06.1968, 1117/462 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.885).

179 Bellwald, **a.g.e**, s.34; Gubser, **a.g.e**, s.100.
Gerçi boşanan eşlerin birbirlerine karşı sevgi bağını yitirmeleri çoğu olayda olağan bir sonuçtur. Bununla birlikte eşler boşandıktan sonra da birbirleriyle çok iyi bir diyalog ya da arkadaşlık bağı kurabilirler. Kaldı ki eşlerin, ortak çocuklarının bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesi ya da çocuğun geleceği ile ilgili karar alma konularında birbirlerine yardımcı ve destek olmaları, aile hukukundan doğan bir yükümdür. Böylelikle boşanmaya rağmen, eşler arasında yakınlık bağı varlığını sürdürüyor ya da kopan yakınlık bağı aralarında yeniden oluşmuş olabilir. İşte bu durumda, örneğin eşlerin sona eren evliliklerinden olma ortak çocuklarının, boşanılan eşe (anneye) karşı bir aile hukuku yükümünü önemli ölçüde ihlal etmesi halinde, mirasbırakan-eşin (babanın), çocuğunu mirasçılıktan çıkarıp çıkaramayacağı konusunda değerlendirme yapmak için mirasçılıktan çıkarmanın *ratio legis*'ine başvurulmalıdır. Her ne kadar kanun hükmü açıkça "aile üyesi" sıfatından söz ediyorsa da, bir çocuğun annesine karşı yaptığı kötü davranışların, babayı derinden yaralaması durumunda, bir nevi sona eren aile üyeliği sıfatının devam eden etkisi, istisnaen somut olay koşulları bağlamında kabul edilebilir. Sonuçta bu örnekte bir çocuğun annesine karşı davranışları nedeniyle, çocuğun saklı pay korumasına layık olmadığı sonucuna varmamıza yol açabilir. Ekleyelim ki annenin, bu fiilleri nedeniyle koşulları varsa çocuğu kendi mirasçılığından çıkarabileceğinde tereddüt yoktur.

180 Diğer yandan, boşanma dışında bir eşin ölümü halinde de aynı sonucu kabul etmek gerekir. Eşlerden birinin ölümü halinde kişiliğe bağlı olarak, ölen eşin artık aile üyesi sıfatının da sona ereceğini kabul ettiğimizde, yukarıda boşanma durumuna ilişkin söylediklerimizle benzer bir durum ortaya çıkar. Yani örneğin bir çocuğun, annesini ölümünden sonra rencide edecek, hatırasına saygısızlık teşkil edecek ağır bir yüküm ihlalinde bulunması durumunda, babaya aile üyesi sıfatının sona erdiği gerekçesiyle mirasçılıktan çıkarma hakkı vermemek hakkaniyete uygun bir çözüm olmazdı.

181 Örnek olarak bkz. Tongsir, **a.g.t**, s.29; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Antalya, **Miras**, s.216; Ayan, **a.g.e**, s.148.

182 Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203. *Dural/Öz*'e göre, MK 510/b.2'nin kapsamını kayın hısımlarını da aile kapsamına dâhil eden yazarlar kadar "(…) *geniş tutmak kanunun amacına ters düşer. Bu bakımdan aile kavramını eş, kan hısımları ve evlatlık ile sınırlamak, fakat özelliği gereği nişanlıyı da dâhil etmek buna karşılık kayın hısımlarını MK 510/b.1'in kapsamına girecek kişiler arasında saymak daha doğru olur*" (**a.g.e**, s.203).

183 Saklı paylı mirasçının, mirasbırakanın nişanlısına karşı gerçekleştirdiği ağır nitelikteki kötü söz ve davranışlar, çıkarma konusu olabilir. Öte yandan mirasbırakan-babanın, nişanlısını aldatan ya da onu kandırdıktan sonra yarı yolda bırakıp terk eden oğlunu diğer koşullar varsa mirasçılıktan çıkarabilmesi gerekir. Ayrıca bkz ileride §2.II.C.2.c.

Kayın hısımlığı, evlenmenin kurulmasıyla birlikte bir eşin, diğer eşin kan hısımlarıyla olan ve kanun gereği kurulan hukuki ilişkidir[184]. Öğretide kayın hısımların (mirasbırakanın eşinin ana-babası, kardeşleri ya da diğer uzak hısımlarının) aile üyesi kavramına dâhil olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş[185], aile üyesi kavramının çok fazla genişletilmemesi gerektiğini ve bu anlamda kayın hısımlarının aile üyesi olamayacağını belirtmekte ise de, bunun hukuki dayanağını açıkça ortaya koymamaktadırlar[186]. Buna karşılık katıldığımız diğer görüş[187], kayın hısımlarını da aile üyeleri kapsamına dâhil eder. Kayın hısımlar aile üyesi kabul edilmezse, bu kişilere karşı aile hukukundan doğan yükümün ağır ihlalinden bahsedilemeyeceğinden mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşmamış olur. Oysa kayın hısımları aile kapsamından dışlamak için kanunda bir dayanak yoktur[188]. Öte yandan kayın hısımlarına karşı yüküm ihlalinden söz edilememesi, somut olaylarda hakkaniyete aykırı birçok sonuç ortaya çıkarabilir ki böylece, mirasçılıktan çıkarma kurumunun amacına uygun yorum yapılmamış olur[189]. Aile bağının gereklerine uygun hareket etme yükümü kayın hısımları için de söz konusu olabilir.

---

184 "Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz" (MK m.18/I ve II).

185 Tuor, **Art.477**, N.27; Rohr, **a.g.e**, s.30; Tongsir, **a.g.t**, s.29; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s.92; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203; Antalya, **Miras**, s.216; Ayan, **a.g.e**, s.148. *Tongsir*'e göre, aile kavramını hısım kavramından daha dar almak, yani uzak hısımları da kapsayacak şekilde genişletmemek gerekir. Aile kavramının belirlenmesinde mirasbırakanın sübjektif durumunu da dikkate alınmalıdır; örneğin köyde aynı çatı altında ortak bir şekilde yaşayanlar için aile kavramı daha geniştir (**a.g.t**, s.29).

186 Açık bir gerekçe belirtilmediği konusunda aynı fikirde: Gubser, **a.g.e**, s.100.

187 Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Ickowicz, **a.g.e**, s.52; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.35, 40 vd; Nobs, **a.g.e**, s.26; Bellwald, **a.g.e**, s.33; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314; Weimar, **Art.477**, N.10; Bessenich, **Art.477**, N.12; Gubser, **a.g.e**, s.100–101; açık olmamakla birlikte Escher, **Art.477**, N.17. Buna karşılık *Stadler*, yalnızca altsoyun eşini (gelin ya da damat), aile üyesi kapsamında görmektedir. (**a.g.e**, s.32).

188 Piotet, **SPR IV/1**, s.420 vd; Gubser, **a.g.e**, s.101; Bessenich, **Art.477**, N.12.
MK m.510/b.2 hükmünde ve kaynak kanunun (ZGB Art.477, Ziff.2) Almanca ve Fransızca metinlerinde aile üyeleri konusunda bir ayrım ya da sınırlandırma yapılmış değildir.

189 Bessenich, **Art.477**, N.12; Gubser, **a.g.e**, s.101. Kayın hısımlar ile mirasbırakan arasında yeterli yakınlık ve bağlılık olmayacağı, sanırız ki karşı görüşün temelinde yatan saiktir. Bununla birlikte bu konuda önyargılı hareket ederek genel bir dışlama yapmak yerine, kendilerine karşı yapılan kötü davranışların somut olayda mirasbırakanı derinden yaralayacak olup olmamasına göre hareket etmek daha isabetli ve amaca da uygun çözüm olur. Gerçi mirasçının miras hakkının korunması ve bu hakkı kısıtlayan hükümlerin dar yorumlanması gerektiği bir an için düşünülse bile, miras hakkına layık olmadığını gösteren mirasçının daha fazla korunması, saklı pay ve mirasçılıktan çıkarma kurumlarının *ratio legis*'i ile de bağdaşmaz. Öte yandan aile üyeleri arasında daha en başından kanunda yeri olmadığı halde ayrımlara gitmek, somut olaylarda adalet ve hakkaniyet duygumuzu zedeleyebilir.

Mirasbırakan ile aralarında üveylik ilişkisi bulunan kimselerin de, mirasçılıktan çıkarma kurumu bakımından aile üyesi kabul edilip edilmeyeceklerinin ortaya koyulması gerekir[190]. Öğretide kayın hısımlarının aile üyesi olamayacağını kabul eden ve kapsamı sadece kan hısımları, eş ve evlatlık ile sınırlayan görüş[191], üveylik ilişkisi bulunan kimselerin aile üyesi kapsamına girip girmeyecekleri konusunda açık bir görüş ortaya koymuş değildir. Bununla birlikte aile kapsamını dar tutmaya çalıştıkları göz önüne alınacak olursa, üvey hısımların aile kapsamına girmeyeceği görüşünde oldukları söylenebilir. Biz mirasbırakan ile üveylik ilişkisi olan kimselerin doğrudan doğruya aile üyesi kapsamına girmeyeceği görüşüne katılmıyoruz. Aksine özellikle bir aile atmosferi içerisinde aynı çatı altında yaşama halinde ya da bir bakım gözetim ilişkisi söz konusu olduğunda ve aralarında "yakınlık/bağlılık" söz konusuysa, üveylik ilişkisi bulunan kimseler de aile üyesi kapsamında yer alabilir[192]. Özellikle üvey ana/babanın, velayeti kendisine bırakılan eşe, üvey çocuğun[193] bakımı konusunda yardımcı olmakla kanunen yükümlü olması karşısında (MK m.338) üvey ana, baba ve çocuğun aile üyesi olduğunun kabulü gerekir[194].

Örneğin eşinin annesine ağır hakaretler savuran, eşiyle ortak yaşadıkları konuttan kayın validesini kovan, onunla görüşmeyen bir koca karşısında eşin ya da bu evlilikte dünyaya gelen çocuğun ya da kocanın babasının mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyemeyecek olması, bize hukuken korunmaya değer bir görüş gibi gelmemektedir. Yeter ki mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık koşulu gerçekleşsin.

190 Üveylik ilişkisi kapsamında mirasbırakanın kendi üvey anası, babası, kardeşi yer alabileceği gibi, eşinin kendi evliliklerinden önce dünyaya getirdiği çocuk (üvey çocuk) ya da eşinin üvey annesi, babası ya da kardeşi de bu kapsamda yer alabilir. Medeni Kanunda kayın hısımları MK m.18 hükmünde tanımlandığı halde, üveylik ilişkisi bakımından MK m.338 hükmündeki düzenleme, üvey ana/babalar ve üvey çocuklar arasındaki ilişki ile sınırlıdır. Öte yandan bu hüküm, aile hukuku yükümleri açısından da dar kapsamlı bir düzenleme içermektedir.
Üvey ana/baba ile üvey çocuk arasındaki ilişkinin kayın hısımlığı kapsamında olduğu yönünde: Bellwald, **a.g.e**, s.35.

191 Bkz. yukarıda kayın hısımları bakımından olumsuz görüşte olan yazarlar.

192 Aynı yönde: Piotet, **SPR IV/1**, s.420.

193 Yeri gelmişken sıklıkla karıştırılan "yarım kan kardeş" kavramı ile "üvey kardeş" kavramlarının farklı olduğunu hatırlatalım. Yarım kan hısımı kardeşlerin yalnızca anneleri ya da yalnızca babaları bir olduğu halde; üvey kardeşlerin ne anneleri ne de babaları birdir. Şu halde A'nın daha önceki evlilikten olma B adlı oğlu ile E'nin daha önceki evlilikten olma kızı K; ebeveynleri A ile E evlenince üvey kardeş olurlar. A ile E'nin evliliği sırasında C adında bir çocuk dünyaya gelse; C hem B'nin hem de K'nin yarım kan kardeşidir.

194 Üvey ana/baba ile üvey çocuk arasında ailesel ilişkinin varlığını kabul etme noktasında aynı fikirde: Gubser, **a.g.e**, s.108. Bu kişiler arasında karşılıklı aile hukuku yükümü oluşup oluşmayacağı hakkında bkz. ileride §2.II.C.2.a.(5). Üvey çocuklara karşı ağır hakareti çıkarma nedeni gören bir karar dolaylı olarak üvey çocuğu aile üyesi görmektedir: 2.HD 21.3.1985, 2422/2744 (**HukukTürk**).

Resmi nikâh olmaksızın mirasbırakan ile "**evlilik dışı yaşam birlikteliği**"[195] sürdüren kimsenin, mirasçılıktan çıkarma kurumu açısından aile üyesi olarak görülüp görülemeyeceği tartışmaya açık bir konudur. Evlilik dışı yaşam birliktelikleri hukuken tanınmamakta ve yalnızca genel hükümler çerçevesinde korunmaktadır. Günümüzde birçok kan hısımına hatta çocuklarına nazaran daha sıkı bir yakınlık içerisinde aynı çatı altında fiilen bir aile gibi yaşayan evlilik dışı yaşam ortaklarına gittikçe daha sık rastlanmaktadır. Kanımızca özelliği gereği, **yakınlık/bağlılık ilişkisinin varlığı** koşuluyla MK m.510/b.2 kapsamında **evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimselerin** de aile üyesi olarak görülebileceklerini, fakat bunlara karşı ancak Aile Hukukunda yer alan yükümlerden bu ilişki yapısına uygulanabilir nitelikte olanların ihlal edilmesi halinde durumun mirasçılıktan çıkarma açısından önem kazanacağını belirtmekle yetinelim[196].

Son olarak **mirasbırakan ile aynı çatı altında yaşayan hizmetli, işçi vb. kimselere** değinelim[197]. Kural olarak mirasbırakan ile bu kişiler arasında duygusal bir bağlılıktan çok az söz edilebilir. O halde bir konakta çalışan ve yaşayan hizmetli, bahçıvan vs. kimselerin her zaman için MK m.510/b.2 anlamında aile üyesi sayılması bize de güç gözükmektedir. Bununla birlikte hayatta öyle ilişkilerle karşılaşılabilir ki, sıradan bir

---

195 Evlilik dışı yaşam birlikteliği (*concubinatus*; *uneheliche Lebensgemeinschaft*) kavramı ile bir başkasıyla evli olmaksızın, fiilen aile bağının var olduğu, evlilik benzeri ilişki niteliğinde, geçici ve gayri ciddi olmaksızın ya da salt cinsel amaçlı beraberlik niteliği taşımaksızın birliktelik sürmeyi anlatmak istemekteyiz. Evli olan kişilerin ayrıca bir başkasıyla kısa ya da uzun süreli birliktelikler yaşamasını ya da halk arasında metres hayatı sürme, dost tutma kavramlarını, evlilik dışı yaşam birlikteliği kavramından hariç tutuyoruz. Öğretide bu ayrımı sağlamak üzere bir takın ölçütler getirilmiştir. Buna göre evlilik dışı yaşam birlikteliği için, fiziksel bir ilişkinin varlığı, müşterek hayat (birlikte oturma), beraberliğin üçüncü şahıslarca bilinmesi, süreklilik unsurları kural olarak aranmaktadır. Deyim yerindeyse evlenmenin resmi şekil şartı dışında kalan unsurlar mevcut olmalıdır. Bu konuda bkz. M. Argun Köteli, **Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler**, Kazancı, İstanbul, 1991, s.99 vd, 109 vd. Konunun detayları çalışmamızın amacı ve kapsamı dışındadır.

196 Konu özelliği gereği ileride ayrıca incelenecektir §2.II.C.2.d. Görüşümüz çerçevesinde evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimsenin MK m.510/b.2 anlamında aile üyesi kabul edilmesi, yalnızca mirasçılıktan çıkarma açısından önemi haiz olup, bununla Aile Hukukuna, vatandaşlığa ya da miras hakkı kazanma gibi başkaca neticelere varmayı elbette amaçlamıyoruz.

197 Medeni Kanunun aile hukuku başlıklı ikinci kitabının, hısımlık başlıklı ikinci kısmının, aile başlıklı ikinci bölümünün, ikinci ayrımında "Ev Düzeni" başlığını taşıyan 367. maddesinde *aile halinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluk*tan söz edilmektedir. Nitekim ikinci fıkrada işçilik veya çıraklık sözleşmesi ya da benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi çerçevesinde mirasbırakanla birlikte ev halkı olarak bir arada yaşayan kişilerden söz edilmiştir. Günümüzün değişen aile yapısı çerçevesinde ve toplumuzun genel ekonomik durumu düşünüldüğünde, aslında "ev halkı" sayılacak hizmetli, işçi ya da çıraklar ile karşılaşmak nadir bir durumdur. Zengin ve toplu yaşayan ailelerde, elbette hizmetliler çalıştırılmaya devam etmektedir.

hısıma göre söz konusu kişiler mirasbırakana daha yakın ve bağlı olabilirler. Hatta en kötü anlarda bu kişilerin desteği, mirasbırakanı hayata bağlamış olabilir[198]. Hükümde ayrıca koruma ve gözetme ilişkisi çerçevesinde aynı çatı altında yaşayanlardan söz edilmiştir[199]. Kanımızca aşağıda belirteceğimiz üzere **yakınlık veya bağlılık koşulu varsa**, bu kişilerin de mirasçılıktan çıkarma açısından aile üyesi olarak kabul edilmeleri gerekir.

(b) MK m.510/b.2 anlamında aile üyesi kavramının belirlenmesi ve ölçütler

Yukarıda sayılan aile üyesi kapsamında görülebilecek kimseler, mirasçılıktan çıkarma açısından "kanun gereği aile üyesi" olarak nitelenemez. Bunun için aile üyesi kavramına mirasçılıktan çıkarma bakımından yüklenen anlamın tespit edilmesi ve bir başka bir ölçütün ortaya koyulması gerekmektedir.

(i) Aile üyesi kavramının belirlenmesi

Yukarıda MK m.510/b.2 anlamında aile üyesi kapsamına girmesi muhtemel kimseler olarak kan hısımlarını, evlatlığı, eşi, nişanlıyı, kayın hısımlarını, üvey evladı, mirasbırakan ile aynı çatı altında yaşayan işçi, hizmetçi vs. kimseleri ve öğretinin bütün bu gruplar hakkındaki olumlu ya da olumsuz düşüncelerini incelemiş bulunuyoruz. Aile kavramı belirlenirken, en başında bazı kimseleri dâhil edip bazılarını dışlamak, kanımızca yerinde değildir. Burada kimlerin "mirasbırakanın aile üyesi" olacağı konusu, "mirasçılıktan çıkarma kurumu" açısından tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda kanunda açıkça aile kavramı içerisinde gösterilen çocuk ile baba arasında

---

198 Örneğin geçmiş yıllarda özel bir televizyon kanalında yayınlanan "Asmalı Konak" ya da "Bir İstanbul Masalı" adlı dizilerde, uzun yıllar boyunca konağın sahibi olan aileye hizmet eden, karı koca hizmetli olan karakterler, ev halkı ile çok yakın bir sevgi ve saygı bağlılığı içerisindedirler. Hatta hizmetlilerin çocukları ile konağın sahibi olan ailenin çocukları bir arada büyümüşler ve duygusal bağlılıklar yaşamışlardır. Dizi boyunca yaşanan acı olaylarda bu karakterlerin birbirlerine karşı, sıradan hizmetli–işveren ilişkisi dışında bir bağa sahip oldukları açıkça gözlemlenebilir.

199 Örneğin kocası kendisini terk eden ve ana-babası hayatta olmayan bir kadın, çocuklarını büyütürken, kendisine en zor anlarda yardım eden ve manevi annelik yapan bir kadını ailesinden bir parça gibi görmüş ve uzun yıllar bu kimseyle birlikte ve aynı çatı altında yaşamış olabilir. Bu örneklerimizdeki hizmetçiye ya da manevi anneye karşı, saklı paylı bir mirasçı eğer bir suç işlerse, bu durum MK m.510/b.1 gereği mirasçılıktan çıkarma nedeni sayılacaktır. Oysa bu kimselere karşı onur kırıcı veya küçük düşürücü, ağır saygısızlık teşkil eden davranışlar ya da sözlerde bulunulması halinde bu durum "bir aile hukuku yükümü ihlalinden söz edilemeyeceği için" bir mirasçılıktan çıkarma nedeni teşkil etmeyecektir. Kanımızca bu dengesiz sonuç kabul edilemez. Üstelik kanun bu kimseleri ev düzeni başlıklı maddede "aile hukuku" bölümünde ve "ev halkı" olarak nitelemiştir.

hiçbir yakınlık bağı kalmamışsa, **kural olarak** mirasçılıktan çıkarma açısından aile üyesi kavramından söz edilememektedir[200].

O halde MK m.510/b.2 hükmünde ifade edilen "aile üyesi" kavramının, mirasçılıktan çıkarma kurumunun *ratio legis*'i kapsamında yorumlanması gerekir. Yoksa salt kan bağı ya da aynı çatı altında yaşayıp yaşamama vb. olgular, tek başına veri oluşturmaz. Mirasbırakana yaşatılan bir acı, bazen saklı paylı bir mirasçının artık o saklı payı ve hatta miras payını hak etmediğini gösterir. Bazen mirasbırakanın acısı, ona çok yakın olan bir kimsenin başına gelen bir davranıştır. Şu halde mirasbırakanın aile üyesi kavramının belirlenmesinde işte bu "acı" çok önemli rol oynayacaktır. Mirasçılıktan çıkarma için mirasbırakanın olaya atfettiği anlam büyük önem taşıdığına göre, aile üyesi kavramı belirlenirken somut olaylarda adil ve hakkaniyete uygun sonuca ulaşmamızı sağlayacak bir ölçüt kullanılması gerekecektir. Bu ölçüt, aşağıda inceleyeceğimiz üzere "yakınlık ya da bağlılık ölçütü" olarak adlandırılabilir[201]. O halde hâkimin bu noktada takdiri büyük rol oynayacaktır[202].

Aile üyesi kavramı, aralarında aile hukuku yükümü söz konusu olan kişiler olarak ifade edilebilirse de, bu tespit, mirasçılıktan çıkarma açısından aile üyesi kavramının ortaya konulmasında her zaman için yeterli olmayabilir[203]. Yukarıda incelendiği üze-

---

200 Oysa aile hukuku ya da daha ötesi Medeni Hukuk, Özel Hukuk, hatta Ceza Hukuku gibi hukukun başka başka alanlarında bir baba-çocuk ilişkisine aralarında birçok hukuki sonuç bağlanmış olabilir. Anılan kişiler, kimi kez aile, kimi kez hısım, kimi kez veli ya da küçük kimi kez salt baba ve çocuk olarak nitelendirilmiş ve uygulanacak hukuk normuna göre değişik şekillendirmelere ve koşullara tabi tutulmuş olabilirler. Tüm bunlar mirasçılıktan çıkarma için aranan "mirasbırakanın aile üyesi olma" kavramı bakımından tek başına bir anlam ifade etmemektedir.
Buna karşılık, ailesel yakınlık bağının kopması ile "yakın" olmaktan çıkma her zaman üst üste örtüşmez. Bu istisnai durum için bkz. §2.II.A.2.a.(2).(b).(iii).

201 Aynı yönde Tuor, **Art.477**, N.27; Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Ickowicz, **a.g.e**, s.52; Nobs, **a.g.e**, s.26; Gubser, **a.g.e**, s.101. Ayrıca bkz ve karş. Bellwald, **a.g.e**, s.32.

202 Tongsir, **a.g.t**, s.20, 29; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314; Çakın, **a.g.m**, s.527.

203 *Bellwald*, birbirlerine karşı aile hukukundan doğan yükümlerin söz konusu olduğu herkesin aile üyesi olduğunu belirtir (**a.g.e**, s.34). Aynı yönde Nobs, **a.g.e**, s.26. Buna karşılık aile üyesi kavramını, aile hukuku yükümü bağlamında açıklamaya çalışan *Nobs*, buna rağmen, altsoyun eşini (gelin, damat) de aile üyesi olarak saydığı için (**a.g.y**), görüşü ile çelişkiye düştüğü yolunda eleştirilmiştir: Bellwald (**a.g.y**). *Bellwald*'e göre, aralarında aile hukuku yükümü olmayanlar (örneğin üvey ana-baba ya da üvey kardeş gibi) aile üyesi değildir. Biz söz konusu kişiler arasında hiçbir ailesel yüküm olmadığı tespitine katılmıyoruz. Konuyla ilgili bkz.§2.II.C.2.a.(5). Bu durumda üvey babasına karşı saygısızca veya onuru kırıcı davranışlarda bulunduğu için öz annesinin evliliğini sona erdirme aşamasına getiren kızını, anne, hiçbir koşulda mirasçılıktan çıkaramayacak mıdır? Üvey baba aile üyesi mi değildir? Aile üyesidir de kendisine karşı üvey kızının aile hukuku yükümü mü yoktur? Yoksa her iki durum da mı söz konusu değildir? Görüleceği üzere *Bellwald*'in bu tespiti sorunu çözmeye yeterli değildir.

re, bazı uzak hısımlar bakımından aile hukuku yükümlerinin söz konusu olup olmayacağı ya da hangi yükümlerin söz konusu olacağı tartışmalıdır. Hatta aile hukuku kendi içerisinde sayısız yüküm ve ilişki türünü düzenlerken bir yeknesaklık içerisinde değildir. Yükümlülüklerin türüne göre sorumlu olanlar değişmektedir. Her bir ilişki, ailesel yükümlere ve hatta yükümlülüklere kendi özelliğini yansıtmaktadır.

(ii) Ölçüt: Ailesel yakınlık bağının varlığı

Yakınlık ya da bağlılık ilişkisi, gerçekten de hısım, kayın hısımı, eş, evlatlık, nişanlı, üveylik ilişkisi bulunan kimse, hatta MK m.367 hükmünde anılan işçi, çırak vs. kimse olarak sayılanlardan hangilerinin MK m.510/b.2 anlamında "aile üyesi" sayılacağını belirlemekte kullanılacak ölçüt olacaktır[204]/[205].

Yakınlığı anlatmak için kullanılan tanım, bu kez aile üyeleri için aranan yakınlık bağı ya da bağlılık ölçütünü anlatmak üzere kullanılmıştır: Buna göre, **aile üyeleri** (*Angehörigen*), mirasçılıktan çıkarılan tarafından gerçekleştirilen ailesel yüküm ihlaline maruz kalan ve bunun sonucunda mirasbırakanın bu fiil kendisine karşı yapılmışçasına etkilendiği, mirasbırakan ile aralarında ailesel bir bağ olan kimselerdir[206]. Aralarında ailesel ilişki olmayıp, yalnızca yakınlık ilişkisi olan kimseler, sözgelimi samimi arkadaşlar, aile üyesi değillerdir. Hatta duygusal ailevi yakınlık bağı kalmamış olmak kaydıyla, mirasbırakanın oğlu dahi, MK m.510/b.2 anlamında aile üyesi kapsamında yer almayabilir. Örneğin kendisini ağır derecede yaralayan oğlu A ile bütün ilişkisini kesen ve onu mirasçılıktan çıkaran babanın, diğer oğlu B'nin A'ya olan ba-

---

204 Tuor, **Art.477**, N.27; Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Stadler, **a.g.e**, s.31; Nobs, **a.g.e**, s.26; Ickowicz, **a.g.e**, s.52; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.40; Bellwald, **a.g.e**, s.31–32; Gubser, **a.g.e**, s.101. "*«Aile» kelimesi, sırf yakın irs ilişkisine yönelen bir deyim olarak kanunda yer almamış, daha geniş kapsamlı olmak üzere metne konmuştur*": 2.HD 30.3.1976, 2467/2802 (**HukukTürk**).

205 Hemen belirtelim ki mirasbırakan ile aile üyesi arasında yakınlık ve bağlılık ilişkisinin bulunması gerekliliği başka, yakın kavramı başkadır. Yakın kavramının aile üyesi kavramından farkına yukarıda değinmiştik. §2.II.A.2.a.(2).(b).(iii). Burada yakınlık ya da bağlılık ilişkisi, yakınlığı belirlemede değil, MK m.510/b.2 kapsamında aile üyesi kavramının belirlenmesinde rol oynayacaktır. Hatırlatalım ki aile üyeleri için de yakınlık bağının aranıp aranmayacağı konusuna yukarıda MK m.510/b.1 kapsamında mirasbırakanın yakını olan kimseye karşı suç işlenmesi bahsinde değinmiştik §2.II.A.1.a.(2).(b).

206 Stadler, **a.g.e**, s.31; Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Bellwald, **a.g.e**, s.32.

kım ve yardım yükümünü yerine getirmemesini bahane ederek B'yi mirasçılığından çıkarması haklı görülmeyebilir[207].

Yukarıda MK m.510/b.1 (mirasbırakana veya yakınlarına karşı ağır bir suç işleme) bahsinde aile üyeleri için de yakınlık bağının aranacağına değindikten sonra orada belirli karinelerinden söz etmiştik[208]. Bu karinelerin burada aile hukuku yükümü ihlali bakımından aile üyesinin tespitinde de uygulanacağı kanaatindeyiz. Buna göre mirasbırakanın yakın kan hısımları olan altsoy, ana-baba, kardeşler, eş, evlatlık ve nişanlı için, bunlar ile mirasbırakan arasında bir yakınlık bağı olduğu bir karinedir[209]. Buna karşılık uzak kan hısımları ile dar kayın hısımları çevresi (kayın valide-kayın peder-kayın birader) ve üvey çocuk için yakınlık bağının olup olmadığı görecelidir, yani somut olaya göre değişir. Bu sonuncu kimselerin "uzun süredir aynı çatı altında yaşıyor veya sık sık görüşüyor olmaları", bize karinenin işleyeceğini gösterir[210]. Karine işlemediği takdirde artık, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan yararlanan mirasçı-

---

207 Piotet, **SPR IV/1**, s.420. Bu örneğe katılmakla birlikte, yukarıda mirasbırakanın yakınına karşı suç işlenmiş olması bahsinde belirttiğimiz üzere, her zaman cezai çıkarma için aranan ağırlık unsurunun gerçekleşmiş olması, yakınlık bağının da kopmasını beraberinde getirmez. Bkz. §2.II.A.1.a.(2).(d). Öyle olaylar yaşanabilir ki, bazen ağırlık unsurunun gerçekleşmesi başka, mirasbırakanın yakını olmaya devam etmek başkadır. Öte yandan yakınlık bağı, aile bağını koparıcı ağırlık unsurunun belirlenmesinde rol oynarsa da, ağırlığı belirleyen tek etken değildir. Yine, kişisel iletişimin kopmuş olmasının, yakınlık bağının ve aile bağının koptuğunun bir göstergesi olabileceğini, bununla birlikte mutlak belirleyici bir ölçüt olmadığını hatırlatalım. Bazen sıra dışı öyle olaylarla karşılaşılabilir ki, kişisel iletişimin kesilmesi, hatta aile üyesinin mirasçılıktan çıkarılmış olması, mutlaka yakınlık bağının da koptuğu anlamına gelmez. Örneğin, yukarıda "yakınlık" konusu anlatılırken, mirasçılıktan çıkardığı kızını, sonradan öldüren oğlunu mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarabileceği görüşünde olduğumuzu ifade etmiştik. Zira kişisel iletişim kesilse ve yakınlık bağı zayıflamış olsa da bir babanın evladına karşı derin hissi bir yakınlık bağı olduğu bu somut olayda inkâr edilemez. Oysa yakınlık bağının derecesi, her ihlal bakımından aynı boyutta mirasbırakanın derinden sarsılmasına neden olmayabilir. İşte *Piotet*'nin yukarıda verdiği örnekte, mirasçılıktan çıkardığı altsoyuna karşı, diğer altsoyun bir aile hukuku yükümünü ihlal etmesi, yakınlık bağı zayıf olduğu için, mirasbırakanda, cinayet örneğinde söz konusu olan o derin infiali uyandırmayacaktır. Böylece yükümü ihlal eden mirasçıya karşı aile bağını koparıcı bir ağırlıktan söz edilemeyecektir. Dikkat edilirse bir örnekte cinayet varken farklı sonuca varmakta iken, aile hukuku yükümü ihlali örneğinde farklı sonuca varıyoruz. Bu da somut olayın koşullarının ne derece önem taşıdığını ve en başta kesin yargılarla hareket edilemeyeceğini bir kez daha ortaya koyuyor.

208 Bu konuda bkz. §2.II.A.1.a.(2).(b).

209 Bkz ve karş. Stadler, **a.g.e**, s.31. Yazar, altsoyun, üstsoyun, eşlerin ve kardeşlerin aile üyesi olduğu konusunda yasal bir karinenin olduğu, buna karşılık aile bağı şiddetli şekilde sarsılmış ya da kopmuşsa artık bu karinenin işlemeyeceğini, haklı olarak, kabul etmektedir. Farklı görüşteki *Bessenich* ise bu kimseleri kesin aile üyesi olarak niteler (**Art.477**, N.12).

210 Aynı yönde Bessenich, **Art.477**, N.12. Örneğin uzun süredir mirasbırakanın evinde yaşayan hala için yakınlığın burada karine sayılması gerekir. Fakat mirasbırakanın ancak birkaç kez tatilde denk gelerek tanıyabildiği ve duygusal bir bağ kurmadığı dayısı bakımından aynı karine işlemez.

lar, söz konusu hısımın mirasbırakan ile yakınlık bağı bulunan bir aile üyesi olduğunu ispatlamak zorunda kalacaklardır.

Buna karşılık uzak kayın hısımları ile üvey çocuk dışında kalan diğer üvey hısımlar, ev halkı olarak bir arada yaşayan hizmetli, işçi vs. kimseler ile koruma ve gözetme ilişkisi içinde mirasbırakan ile beraber aynı çatı altında yaşayanlar için, kanımızca yakınlık bağının varlığını mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan kişiler ispatlamak zorundadır (MK m.6; 512/II).

(iii) "Aile üyesi" kavramının "yakın" kavramından ayrılması

Çıkarmayı gerektirecek hareket bakımından, MK m.510/b.1 kapsamında bir suçun mirasbırakanın yakınlarına karşı işlenmiş olması aranırken, ikinci bendde aile hukukundan doğan bir yükümün mirasbırakanın aile üyelerine karşı işlenmiş olmasına yer verilmiştir[211]. Genel olarak öğretide[212] belirtildiği üzere, "aile", "yakın" kavramından daha dar bir kavramdır. Çünkü aile kapsamına girecekler arasında kan hısımları, eş, evlatlık, nişanlı, bir görüşe göre kayın hısımları, üvey çocuk ve azınlıkta kalan bir görüşe göre aynı çatı altında yaşayan hizmetli vs. kimseler dâhil edildiği halde, yakın kavramına girebilecek kimseler bunlarla sınırlı değildir. "Yakın" kavramının içine ayrıca, mirasbırakanın kendisine özel bir sevgi, bağlılık, saygı duyduğu aileden olmayan diğer kimseler (çok yakın arkadaş, dost vs.) girebilir[213].

---

211 *Weimar*'a göre, MK m.510/b.1'de yakınlardan söz edilirken, MK m.510/b.2'de aile üyesinden söz edilmesi ve böylece her iki bend arasında böyle bir fark yaratılması yerinde olmamıştır (**Art.477**, N.10). Kanımızca ikinci bendde de yakınlar tabirine yer verilmesi isabetsiz olurdu. Çünkü aile üyesi dışında kalan kişilere karşı aile hukuku yükümü ihlali söz konusu olamayacağından, böylesine bir düzenleme çelişki yaratırdı. Öte yandan aynı derin acıyı duyduğu halde çok yakını olan bir dostuna karşı suç işlendiğinde eli kolu bağlı olan, buna karşı aile üyesine karşı işlendiğinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemesine izin verilen mirasbırakan için bu sonuç da çelişki yaratırdı.
De lege ferenda bir çözüm önerisi olarak, ikinci bend düzenlenirken "mirasbırakana ve aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlerin veya mirasbırakanın yakınlarına karşı kişilik haklarının önemli ölçüde ihlal edilmesi" şeklindeki davranışların mirasçılıktan çıkarma nedeni olacağı yönündeki bir düzenleme daha yerinde olabilir. Ya da yakınlar için aile hukukundan doğan saygı ve anlayış yükümünün kıyasen uygulanacağı veya aile hukukundan doğan yüküm ihlallerinin uygun olduğu ölçüde (kıyasen) yakınlar için de uygulanacağı hükme bağlanabilir.

212 Stadler, **a.g.e**, s.29; Tuor, **Art.477**, N.27; Escher, **Art.477**, N.15, 17; Rohr, **a.g.e**, s.30; Ickowicz, **a.g.e**, s.52; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.451; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Bessenich, **Art.477**, N.12; Gubser, **a.g.e**, s.103; Schüpbach, **a.g.m**, s.217(Bessenich, **Art.477**, N.12'den naklen).

213 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.451; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314. *Çubukgil*'e göre, "hısım" kavramı MK m.17 ve 18'e göre "kayın hısımlarını" kapsar; oysa "aile" kavramı bunların dışında ayrıca "aynı çatı altında yaşayanları" da kapsar. "Yakın" kavramı ise, yukarıdaki iki kavramdan daha kapsamlı

b. İhlal edilen normun aile hukuku yükümü teşkil etmesi

MK m.510/b.2 gereğince, mirasbırakana ya da onun aile üyesi bir kimseye karşı gerçekleştirilen kötü davranışın, bir aile hukuku yükümüne aykırılık oluşturması gerekmektedir. Toplumsal yaşamın çekirdeği olan aile, özellikle Medeni Kanun tarafından düzenlenmiş ve aile üyelerinin hangi haklara ve yükümlere sahip oldukları belirlenmiş, böylece aile kurumu koruma altına alınmıştır. Aile Hukuku yükümü ihlali oluşturabilecek fiillerin çevresi ve kapsamı düşünülecek olursa, MK m.510/b.2 hükmü, MK m.510/b.1 hükmüne nazaran daha genel bir nitelik taşır[214]/[215]. Alman Medeni Kanununda ise tüm Aile Hukukundan doğan yükümlerin değil, bakım (destekleme) yükümünün (*Unterhaltspflicht*) kötüniyetli olarak (böswillig) ihlal edilmesi, saklı paydan uzaklaştırma nedeni olarak kabul edilmiştir (BGB §2333, Abs.1, Nr.3)[216]. Bu yönüyle İsviçre ve Türk Hukukunun, Alman Hukukundan daha ilerici bir düzenlemeye sahip olduğu söylenebilir.

(1). Aile "hukuku" yükümüne aykırılık

Mirasbırakanın aile üyesi olan bir kişiye karşı yapılan bir davranışın mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilmesi için öncelikle ihlale maruz kalan kişinin mirasbırakanın aile üyesi olması ve kendisine karşı saklı paylı mirasçının yerine ge-

---

olup, aile ve hısım kavramları dışında ayrıca mirasbırakanın "kendilerine sevgi, saygı ve hürmet besledikleri kişileri" de içermektedir. Başka bir deyişle aile kavramı hısım ve yakın kavramları arasında yer almaktadır (**Iskatın Sebepleri**, s.455).

214 İmre/Erman, **a.g.e**, s.235. Bu kadar genel kapsamlı olması nedeniyle, İsviçre Medeni Kanununun hazırlık çalışmalarında bu bend tartışmalara yol açmıştır. Özellikle keyfi gerekçelerle mirasçılıktan çıkarmaya yol açılmış olacağı düşüncesiyle bu bendin çıkarılması önerilmiştir (StenBull StR 1906/140 Schulthess; Rohr, **a.g.e**, s.27). Ancak birçok İsviçre kantonunda söz konusu çıkarma nedeni yaygın olarak uygulanmaktaydı. Söz konusu ikinci bendin kanun hükmüne alınmaması, bu kantonları göz ardı etmek olacağından, bu bendin kanunlaşması gerektiği fikri ağır basmıştır (StenBull StR 1906/182; Rohr, **a.g.e**, s.27).

215 Bazen mirasbırakana ya da yakınına karşı işlenen bir suç, aynı zamanda aile hukuku yükümü ihlali oluşturabilir. Bu durumda her iki bende göre de mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşmuş olur. Bazen de mirasbırakan ya da yakınları dışında kalan üçüncü kişilere karşı suç işlenmesi, birinci bende göre mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmazsa da, tartışmalı olmakla birlikte, bu fiilin doğrudan doğruya mirasbırakana karşı bir aile hukuku yükümü ihlali niteliğinde görülebilmesi, somut olay koşullarına göre, mümkün olabilir. Bu sonuncu durumu aşağıda ayrıca incelemekteyiz: Bkz. §2.II.A.2.b.(3).

216 Alman Medeni Kanununda 24.9.2009 tarihli ve 1.1.2010 yürürlük tarihli değişiklik öncesinde bakım yükümünün kötü niyetli olarak ihlali altsoy için 4. bendde düzenlenmekte ve diğer saklı paylı mirasçıların saklı paydan uzaklaştırma nedenleri bakımından aynı yüküm ihlali takip eden maddelerde yine düzenlenmekteydi (bkz. aBGB §2333–2335). 24.9.2009 tarihli değişiklik sırasında bu bendde maddi anlamda bir yenileme yapılmamış, bu neden aynen korunmakla yetinilmiştir. (BGBl 2009/I, Nr.63, s.3143).

tirmesi gereken bir aile hukuku yükümü[217] söz konusu olmalıdır. Eğer böyle bir yüküm yoksa bunun ihlalinden de söz edilemez[218]. Öte yandan mirasçının ailesel yüküme (veya yükümlülüğe) aykırılık oluşturan bir davranışının varlığı gerekir[219]. Bununla birlikte mirasbırakanın aile üyelerine karşı gerçekleştirilen ihlallerde, söz konusu davranışın ayrıca mirasbırakana karşı da bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturuyor olması koşul olarak aranmaz[220].

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, kural olarak hukuka aykırılık unsurunu da kendi içerisinde barındırmaktadır[221]. Başka deyişle ihlal teşkil eden fiilin, ailesel yükümün ihlali niteliğinde olması ve bu ihlalin hukuka aykırı olması gerekir[222]. Ancak kanundan **doğan her türlü yüküm ihlali değil, aile hukukuna ilişkin yüküm ihlali** bu bendin kapsamında yer almaktadır[223].

---

217 Aile Hukukundan doğan haklar ve yükümler yalnızca Medeni Kanunun Aile Hukuku Kitabında düzenlenenlerden ibaret değildir. Anayasa'da yer alan temel ilkeler, AY m.90 gereğince iç hukukun parçası haline gelen Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler, Ailenin Korunması Kanunu ve diğer ilgili mevzuat da Aile Hukukunun kaynakları arasında olup, mirasçılıktan çıkarma bakımından ailesel yüküm ihlalinin unsurlarının belirlenmesinde dikkate alınmak gerekir. Nitekim İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve diğer birçok uluslar arası anlaşmalar, mirasçılıktan çıkarma davasına bakan adli yargı hâkimi açısından da bağlayıcıdır. Çocuk hakları açısından uluslar arası anlaşmalar için bkz. Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, Gen. 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2005, §6, N.5 vd. Şu halde özellikle ihlalin "ağır/önemli ölçüde" olup olmadığı değerlendirmesi sırasında hâkim, genel ahlak veya örf –adet kurallarını veya kendi sübjektif değer yargısını dikkate alıp, uluslar arası anlaşmalarla belirlenen evrensel insan hakları kurallarına aykırı kararlar veremez. Evrensel hukuk kuralları ile toplumsal genel değer yargıları karşıtlaşmasında hâkim hukuku uygulamak zorundadır.

218 Piotet, **SPR IV/1**, s.420; Bellwald, **a.g.e**, s.47; Gubser, **a.g.e**, s.103.

219 Eğer iddia edilen davranışlar, ihlal niteliği taşımıyorsa, aile hukukuna aykırılıktan söz edilemez: 2.HD 26.6.1987 4622/5628 (Şener, **TMK I**, s.866); 2.HD 27.1.1986, 231/537 (Şener, **TMK I**, s.867); 2.HD 13.1.1986, 1131/26 (Şener, **TMK I**, s.867–868).

220 Bellwald, **a.g.e**, s.30; Gubser, **a.g.e**, s.103. Örneğin gelinine karşı evlilik birliğinden doğan yükümünü önemli ölçüde ihlal eden oğlunu, mirasbırakan (baba), bu fiil nedeniyle derinden sarsılmışsa, mirasçılıktan çıkarabilir. Bu örnekte evlilik birliğinden doğan yüküm mirasbırakana karşı değil, mirasbırakanın aile üyesi olan saklı paylı mirasçının eşine karşıdır. Ancak, kanunun aradığı aile hukukuna aykırılık unsuru geçekleşmiştir (Gubser, **a.g.y**).

221 Bununla birlikte bazen, mirasbırakana karşı olan aile hukukundan doğan yüküm ile bir başka aile üyesine karşı olan aile hukukundan doğan haklar ve yükümler arasında bir çatışma yaşanabilir. Bu durumda mirasçının hukuka aykırı bir davranışı ya da bir hakkını kötüye kullanması söz konusu değildir. Fakat korunan hukuksal değerler arasında bir çatışma yaşanmaktadır. İşte bu durumda mirasçılıktan çıkarmanın caiz görülüp görülmeyeceği özellik arz eder. Bu kouyla ilgili olarak bkz. §2.II.C.2.g.

222 Bessenich, **Art.477**, N.13; Gubser, **a.g.e**, s.63; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.173, 176; BGE 106 II 304, 306.

223 Aynı yönde: Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Bellwald, **a.g.e**, s.15; Gubser, **a.g.e**, s.22.

Hâkim ölüme bağlı tasarrufta mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak gösterilen davranışın bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturup oluşturmadığını somut olayın koşullarına göre takdir edecektir[224]. Bugün çoğunlukla kabul edildiği üzere, çıkarılanın fiili pozitif hukuka aykırı olmak zorundadır. Yoksa salt ahlak kurallarına aykırılık ya da mirasbırakanın arzusuna veya aile örf ve geleneklerine uygun hareket etmeme niteliğindeki davranışlar mirasçılıktan çıkarma için yeterli değildir[225]. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, fiilin "kişisel özgürlük alanı" içerisinde mi kaldığının, yoksa gerçekten bir "aile hukuku yükümüne aykırılık" mı oluşturduğunun ayrımını yapmak zorundadır[226]. Bir aile hukuku yükümüne aykırılığın söz konusu olup olmadığı belirlenirken, Anayasanın ve iç hukukun parçası olan Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası antlaşmaların kişi özgürlüğünü koruyucu hükümleri, MK m.4, MK m.23/II, dikkate alınmalıdır[227]. Kanımızca **örf-adet hukuku** haline gelmiş kurallar da, evrensel ve Anayasal Hukuk ilkeleri ile çatışmadıkça, Aile Hukuku yükümünün varlığı, kapsamı veya niteliği konusunda ya da yorum ve boşluk doldurmada belirleyici olabilir.

Mirasbırakanın onaylamadığı bir kişi ile evlenmek (evlenen mirasçının reşit olduğu farz ediliyor)[228], mirasbırakanın karşı çıktığı bir politik görüşü, öğrenim dalını, mesleği ya da dini inancı seçmek, ergin çocuğun üstsoyu ile ortak aile konutunda yaşamak istememesi, ***hukuka aykırı*** **birer fiil olmadıklarından**, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmazlar[229]. Yine bir mirasçının düzensiz, gayriciddî vb. tarzda yaşam

---

224 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.460; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.42; benzer şekilde Ülkü, **a.g.m**, s.45.

225 Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.458–459; Tongsir, **a.g.t**, s.31; Gubser, **a.g.e**, s.23, 24; Baydar, **a.g.t**, s.35.

226 Druey, **a.g.e**, §, N.60; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.42. Bir çocuğun kendi özgürlük alanında kalan bir konuda söz dinleme yükümü bulunmamaktadır.

227 Hatemi, **a.g.e**, §9, N.43; 2.HD 9.3.1982, 757/2149 (**YKD** 1982/9, s.1245).

228 Evlatlığın, evlat edinenlerin istemediği bir kişi ile evlenmek üzere evden kaçması bir aile hukuku yükümü ihlali değildir. Olayda başkası ile evlenmek isteyen evlatlık, evlat edinenlerin, aile malları bölünmesin diye kendisini sütkardeşi ile evlenmeye zorlaması sebebiyle evden kaçmıştır (MK m.510/b.2 – eMK m.258): HGK 20.3.2002, 2–189/201 (**HukukTürk**). Bu sonuncu halde evlatlığın evlenme konusunda baskı altına alınması, hiç tereddütsüz birlikte kusur teşkil eder. Dolayısıyla kararda ailesel yüküm ihlalinin varlığı sonucuna varılsaydı dahi, birlikte kusurun varlığı bu ihlalin ağırlığını engelleyecekti.

229 Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Escher, **Art.477**, N.7; Tuor, **Art.477**, N.16; Rohr, **a.g.e**, s.30; Stadler, **a.g.e**, s.54 vd; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.464; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.313; Druey, **a.g.e**, §, N.60; Gubser, **a.g.e**, s.23–24; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.186. Ergin olan çocuğunu –ki bu çocuk evli ya da bekâr olabilir- kendisi ile beraber aynı konutta yaşamadığı için mirasçılıktan çıkarmak isteyen anne ya da baba haklı bir nedene dayanmış olmaz. Aksini kabul etmek, evli olan çocuk için aile

sürmekte olması, savurganlık ya da aşırı derecede borçlanma[230], tek başına –ayrıca bir aile hukuku yükümüne aykırılık olmadıkça– mirasçılıktan çıkarma hakkı vermez[231].

Bir mirasçının **yasal bir hakkını kullanması** da hukuka aykırılık bağı olmadığından mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılmaz. Bir mirasçının, mirasbırakana veya aile üyesine karşı tanıklıkta bulunması ya da davanın tarafı kendi aile üyesi olduğu için tanıklıktan çekilme hakkını kullanması, mirasbırakana mirasçılıktan çıkarma hakkı vermez[232]. Diğer taraftan mirasbırakan ya da aile üyesi aleyhinde hukuk davası açmak ya da icra takibinde bulunmak da, kural olarak, bir hakkın kullanılması ve hak arama özgürlüğü

---

konutunu eşlerin seçeceği kuralına uymadığı gibi, gerek evli gerekse bekâr çocuk açısından kişilik haklarının ve özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğururdu: Şener, **YD**, s.94 ve **Miras Hak ve Payları**, s.178.

230 Karara konu olan bir olayda, "miras bırakanın çocuklarından H.'(nin) aşırı şekilde borçlandığı, bu borç sebebiyledе alacaklıların murisi ölümle tehdit ettikleri, evini kurşunladıkları **davacının (H'nin) kusurlu davranışı sonucu bu durumun doğduğu** anlaşılmaktadır. Çocuklarda ailenin huzur ve bütünlüğünü korumak birbirlerine karşı yardım ve saygı göstermek zorundadırlar. (…) Iskat yerindedir": 2.HD 10.5.2004, 5159/6038 (**HukukTürk**). Olayda mirasçının savurgan olduğu varsayılsa bile, alacaklıların, mirasbırakanın evini kurşunlamalarının mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturması hemen kolaylıkla kabul edilemez. Zira çıkarılan, bu fiili gerçekleştirmiş değildir. Hatta alacaklıların böyle bir davranışta bulunacağını düşünmemiş bile olabilir. Hayatın olağan akışına göre de alacaklıların borç ödenmediği için, evi kurşunlamaları normal bir durum değildir. Şu halde aşırı borçlanma neticesinde bu sonucun doğmuş olması, tek başına bir yüküm ihlali oluşturmaz. Öte yandan "ailenin huzur ve bütünlüğünü korumak", üst kavramdır. MK m.322 hükmüne göre aile bireylerinin yardım, saygı, anlayış ve aile onurunu koruma yükümlerini ihlal etmek suretiyle ailenin huzur ve bütünlüğünü bozmuş olmaları gerekir. Kararda mirasçının hangi yükümü ve nasıl ihlal etmiş olduğu açık değildir. Kaldı ki fiili gerçekleştiren kişi mirasçı dahi değildir. Bu bakımdan borç ödenmediği için evin kurşunlanmasında mirasçının nasıl bir kusurunun olduğu karardan açıkça anlaşılamamaktadır. Eğer tehlikeli insanlardan (tefecilerden) borç almak ve bunu süreklilik haline getirerek, mirasbırakanın ve ailesinin huzur ve güvenliğini tehlikeye atmak söz konusu ise -ihlal ağır kabul edilebildiği ölçüde- karar belki yerinde görülebilir. Ancak durum böyle değilse, burada mirasçılıktan çıkarmayı kabul etmek adeta mirasçıyı kusursuz sorumlu tutmak olur.

231 Bellwald, **a.g.e**, s.46; Gubser, **a.g.e**, s.24; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.602.

232 Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.602; Druey, **a.g.e**, §6, N.60; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.186; Antalya, **Miras**, s.216; BGE 72 II 338.
Buna karşılık *Çubukgil*, tanıklıktan çekilme hakkının kullanılmamasını, "somut olayın koşullarına göre" mirasçılıktan çıkarma açısından hâkimin takdir edeceğini ifade etmektedir (**Iskatın Sebepleri**, s.466). Yine diğer bir görüşe göre, tanıklıktan çekilme hakkını kullanmayan mirasçının mirasçılıktan çıkarılması gerekir: Şener, **YD**, s.93 ve **Miras Hak ve Payları**, s.176. Yazara göre, "*çekilme hakkı, aile bağlarını sarsmamak ve özellikle insan vicdanını kanun eliyle baskı altında bulundurmamak için öngörülmüştür*". İnsan yaradılışı icabı yakınlarının ceza almasını istemeyeceği için tanıklıktan çekilme hakkı tanınmışken, mirasçının bu hakkı kullanmayarak mirasbırakan aleyhinde tanıklık yapması, mirasbırakan açısından "haksız bir davranış" oluşturur. Taraflar arasındaki ilişki normal olsaydı çekilme hakkı kullanılırdı, bu hak kullanılmadığına göre aile bağları zaten kopmuştur.
Kanımızca bu görüş kendi içerisinde ciddi çelişkiler barındırmaktadır. Bir kere tanıklıktan çekilmeme hukuka aykırılık unsurunu barındırmadığından, bir suç ya da bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturamaz. Kaldı ki, kanun tanıklıktan çekilme konusunda bir yükümlülük yüklememiş, çekilmeyi ihtiyari kılmıştır.

kapsamında kaldığından mirasçılıktan çıkarma hakkı vermez[233]. Meğer ki hukuki dayanaktan yoksun olduğunu bildiği halde hukuk davaları açılması veya icra takiplerinde bulunulması ya da bu hakların karşı tarafı taciz etme amacıyla kullanılması hallerinde olabileceği gibi, aile hukukundan doğan saygı, özen ya da aile onurunu koruma yükümleri önemli ölçüde ihlal edilmiş olsun[234]. Nitekim yasal hakların kullanılması da dürüstlük kurallarına uygun olmalıdır. Mirasbırakana veya aile üyesi bir kimseye zarar vermek maksadıyla yasal hak kullanılması hukuken korunmaz (MK m.2).

Bir yasal hak kullanımı olan boşanma davası açmak veya anlaşmalı boşanma talebinde bulunmak da, kural olarak mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılmaz. "Boşanmamak", ne diğer eş karşısında ne de boşanma sebebiyle acı çekecek olan ergin olmayan çocuklar karşısında, hukuki bir zorunluluktur. Meğer ki boşanma davası açan eş yersiz, haksız veya gerçek dışı suçlamalarda bulunarak ağır bir aile hukuku yükümü ihlaline yol açsın[235]. Mirasbırakanın kısıtlanması talebinde bulunmak da kural olarak çıkarmayı haklı kılmaz. Meğer ki bu durum mirasbırakana karşı haksız ve ağır derecede onur kırıcı bir davranış teşkil etsin[236].

---

233 Mirasçı olan kız çocuğunun, öğrenimini yurt dışında yapmış olması ve nafaka borcunu ödemeyen mirasbırakan baba hakkında icra kovuşturmasında bulunması, kişisel bir kusur ve babaya karşı saygısız bir davranış olarak nitelendirilemez: 2.HD 9.3.1982, 757/2149 (**YKD** 1982/9, s.1245; **ABD** 1982/2, s.266). Aynı yönde 1.HD 30.1.2001, 15621/886 (**HukukTürk**); 2.HD 12.1.1973, 7352/151 (Şener, **YD**, s.94 dn.54'ten).

234 Babanın yaşlılığını ileri sürerek vesayet altına alınmasını isteyen çocuğun, bunu babasını korumak için değil, kendi miras hakkının açıkça tehlikeye girdiğini belirterek yapması ve bu dava sırasında tanıkların davayla ilgisi olmayan, mirasbırakan-babanın iş yerinde fuhuş yaptırdığı vs.gibi hakaret dolu iddialara ses çıkarmayıp, bu iddiaları zımnen kabullenmesi, Anayasa'dan doğan yasal hak kullanımı niteliğinde görülemez: 2.HD 19.6.1987, 2–604/539 (**HukukTürk**).

235 Weimar, **Art.477**, N.7; Şener, **YD**, s.94 ve orada dn.53: 2.HD 12.1.1973, 7352/151. Öte yandan açılan davanın boşanma gerekçesi ispat edilemediği için reddedilmesi çıkarmaya yol açmaz.

236 Rohr, **a.g.t**, s.30. Yazara göre, örneğin mirasbırakan asılsız iddialar ve gerçeğe aykırı açılan davalar yoluyla huzurevine gönderilmişse, en azından saygı yükümü ağır derecede ihlal edilmiş demektir.
Bir Yargıtay kararına göre, "davada hasmın ehliyetsizliğini ileri sürmek mümkündür. Ne var ki (…) kendisine yarar sağlamadığı halde başkasına zarar verecek savunma, **dürüstlük kuralına uymayacağı için** geçersiz olduğu gibi (M.K. 2), art niyet söz konusu ise bunun doğuracağı sonuçlara da katlanılması zorunludur. / (Mirasbırakan), sağlığında mirasçılıktan çıkardığı torunu hakkında (müdahalenin önlenmesi) için dava açmış, yargılama sırasında davalı, davacının fizik yapısına sataştıktan sonra, irade bozukluğu içinde olduğunu ileri sürerek tıbbi müşahede altına alınmasını, ehliyetinin tespit edilmesini istemiştir. İlk bakışta usul hukuku açısından bu iddiada yadırganacak bir yön bulunmadığı söylenebilir. Oysa işin derinliğine inilirse, hiçte uygun bir savunma olmadığı ortaya çıkar. Şöyle ki: İstek yerinde bulunursa davacı, artık duruşmalara katılamayacak, onu, vasisi temsil edecek. İstek kabul edilmezse, davacı doğrudan doğruya veya vekili aracılığı ile davasını yürütecektir. Duruşmada ister kanun, isterse akdi temsilci bulunsun, hakkın ve savunmanın özü değişmez. Öyle ise, davacının vesayet altına alınma-

Ticari hayatın gereklerine veya sözleşmeye aykırı olmayan davranışlar ya da işlemler neticesinde mirasbırakan veya aile üyesi zarar görmüş olsa bile ortada bir hukuka aykırılık olmadığından, bu davranışlar da kural olarak cezai çıkarmaya konu olamazlar[237]. Sözleşmeye aykırılık ya da ticari iş ilişkisi kapsamındaki hukuka aykırılıklar ise, kural olarak, birer ailesel yükümün ihlali niteliği taşımazlar. Bununla birlikte eğer bir sözleşmeye aykırılık niteliği taşıyan davranış ya da işlem, somut olayın koşullarına göre, aynı zamanda önemli ölçüde bir aile hukuku yükümünün ihlali niteliğinde ise mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir[238].

Son olarak belirtelim ki hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin varlığı halinde[239], aile hukukundan doğan yükümlülüğe aykırılık söz konusu olmayacağından, bu durumda mirasçılıktan çıkarma da haklı olmaz.

(2). Kanunda düzenlenmemiş olan ailesel ödevlerin yerine getirilmemesinin çıkarma nedeni oluşturup oluşturmayacağı

Aile Hukukunun kaynaklarından doğmayan ya da "geniş anlamıyla kanunda düzenlenmemiş" olan ahlaki ya da moral değerler çerçevesi içerisinde kalmış bir ailesel ödevin[240], gerek mirasbırakana gerekse onun aile üyelerine karşı yerine getirilmemiş

---

sını sağlamak davalıya bir yarar temin etmez. Hal böyle olunca, bu tür bir iddia dürüstlük ilkesi ile bağdaşamaz. Görülüyor ki sırf usul yönünden bu davranış hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır": 2.HD 30.3.1976, 2467/2802 (**HukukTürk**).

237 Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.602; Druey, **a.g.e**, §6, N.59; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.375; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.186. Ticaret hayatı kurallarına uygun olarak mirasbırakan ile rekabet etmek çıkarma nedeni olamaz: BGE 52 II 114. Kardeşlerle ortak iş yapmamanın çıkarma sebebi olmayacağı yönünde: 2.HD 13.5.1996, 4486/4986 (**HukukTürk**).

238 Aynı yönde Gubser, **a.g.e**, s.23. Aile bağlarının iş ilişkisinin gerektirdiği rekabeti engellemeyeceği, ancak iş ahlakının gereklerine aykırı düşecek şekilde ölçüsüz fiillerde bulunulması durumunda ailesel karşılıklı saygı yükümünün ihlal edilmesi sonucunun doğabileceği yönünde: BGE 55 II 164, 166. Bir kocanın spekülasyon sonucu borsada para kaybetmesini, mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak görmeyen İsviçre Federal Mahkemesinin, kararında dayandığı gerekçe şöyledir: Kadın, aile servetinin ve drahomasının kaybolmasını önleyebilecek iken bu durumu önlememesi kendisinin de bu işte sorumlu olduğunu gösterir. Kaldı ki kocanın borsa işlemleri, kötü sonuçlar verdiği gibi gayet iyi sonuçlar da verebilirdi. Eğer koca ağır bir ihmal ile hareket etmiş, mesleğini icradan vazgeçip hayatını kazanmak için kendini borsa oyunlarına vermiş olsaydı, o zaman aile hukuku yükümüne aykırılıktan söz edilebilirdi (BGE 53 II 283).

239 Zorunlu savunma (meşru müdafaa; *Notwehr*), zorda kalma (ıztırar hali; *Notstand*), kuvvet kullanma (*Selbsthilfe*) (MK m.52); zarar görenin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızası, fiilin kamusal yetkiye dayanarak (kanunun emri veya görev gereği) işlenmesi, özel hukuktan kaynaklanan hak ve yetki kullanımı halleri (MK m.24) bu kapsamdadır.

240 Kavram karışıklığını önlemek üzere, kanunda aileye ilişkin olarak düzenlenen uyulması zorunlu davranışlar için "aile hukuku yükümü"; buna karşılık ahlaki, dini, etik, moral ya da geleneğe bağlı olarak ailece uyulması beklenen davranışlar için ise "ailesel ödevler" terimini tercih edeceğiz. Önmele

olmasının ikinci bende göre mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır. İsviçre Medeni Kanunun tasarı görüşmelerinde, ailesel ödevlerin madde metnine alınmasına sıcak bakılmamıştır[241]. Nitekim bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre[242], aile hukukundan doğmayan ya da aile hukuku yükümü niteliği kazanmamış bulunan, ahlaki veya dini kaynaklı ya da geleneklere dayalı ailesel ödevlerin ihlali, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturamaz. Çünkü yalnızca ahlak kurallarına, din kurallarına ya da geleneklere aykırı olup da hukuken bir yaptırıma bağlanmamış olan davranışlar için hukuka aykırılık bağı bulunmamaktadır[243]. Kanun koyucu aile

---

belirtelim ki, zaman zaman öğretide kullanılan "aile hukukundan doğan ödevler" kavramını asla kast etmiyoruz. Zira "aile hukukundan doğan ödevler" MK m.510/b.2 kapsamında olup, biz bu çalışmamızda "aile hukukundan doğan ödevler" yerine yeknesaklığı sağlamak için genel olarak "aile hukukundan doğan yükümler" nitelemesini tercih ettik.

241 Görüşmelerde tartışmalara yol açan "savurgan ve ahlaka aykırı yaşam sürme" ve "ahlaka ya da moral değerlere aykırı davranışlar" şeklindeki kavramların, belirsiz olmaları nedeniyle kanun hükmüne alınmalarının uygun olmayacağı sonucuna varılmış ve ahlak kurallarına aykırılık ikinci bend kapsamına dâhil edilmek istenmemiştir: StenBull, StR (1906) s.149 (Votum Schulthess) ve s.184 (Votum Calonder); bu sürece değinen Ickowicz, **a.g.e**, s.38 vd; Gubser, **a.g.e**, s.65; Bessenich, **Art.477**, N.13.
İsviçre Medeni Kanununun söz konusu maddesinin Fransızca metninde "kanunen yükümlü olunan davranışları yerine getirmeme" (*devoirs que la loi lui inspire*) terimi kullanılmaktadır. Bu terimden yola çıkarak, kanunen yasaklanmayan türdeki ailesel ödevlere aykırı davranışların, ZGB Art.477 Ziff.2 (MK m.510/b.2) kapsamında değerlendirilmesine olanak olmadığı yönünde: Escher, **Art.477**, N.16; Bessenich, **Art.477**, N.13. Farklı görüşteki *Gubser* ise açıkça kanundan doğan yükümlerden söz edilmiş olmasının ahlaki ödevlerin madde kapsamından dışlandığı anlamına gelmeyeceğini savunarak, bu durumun gerekçe olarak gösterilmesine karşı çıkmaktadır (**a.g.e**, s.66, dn.272). Bununla birlikte yazar, kanuni dayanağı bulunmayan salt ailesel ödevlerin çıkarma nedeni oluşturmaya yetmeyeceği görüşündedir.
Söz konusu mirasçılıktan çıkarma nedeni mülga Medeni Kanun döneminde "kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifa etmeme" şeklinde Türkçeye çevrilerek kanuna girmişti (eMK m.457/b.2). İktibas sırasında madde İsviçre Medeni Kanununun Fransızca metninden tercüme edilmişti. Almanca metindeki ifade ise biraz daha farklı idi. İsviçre'de olduğu gibi, Türk Hukuku bakımından da o dönemde yazarlar, burada kaynak kanunun Almanca metninde daha başarılı ifade edildiği üzere bir aile hukuku yükümüne aykırılığın söz konusu olduğunu kabul etmekte idiler. Bkz. İmre, **a.g.e**, s.382; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.312; Oğuzman, **a.g.e**, s.211, dn.564; Köprülü, **a.g.e**, s.284. "Kanunen mükellef olunan" sözü, ZGB Art.477 Ziff.2 hükmünün Fransızca metninde de vardır, fakat Almanca metin daha açıktır: "*wenn er gegenüber dem Erblasser oder einem von dessen Angehörigen die ihm* ***obliegenden familienrechtlichen Pflichten*** *schwer verletzt hat*".

242 Escher, **Art.477**, N.16; Piotet, **SPR IV/1**, s.418;Tongsir, **a.g.t**, s.31; Ickowicz, **a.g.e**, s.38 vd; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.458–459; Druey, **a.g.e**, §6, N.60; Weimar, **Art.477**, N.7; Ülkü, **a.g.m**, s.45; Bessenich, **Art.477**, N.13, 108; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.176; Antalya, **Miras**, s.216; BGE 106 II 304 Erw. 3a.

243 Örneğin, Medeni Kanunda kimlerin kimlere karşı nafaka ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. MK m.364 gereğince: «*Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür* (f.1). *Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır* (f.2)». Eğer bir kardeş refah içerisinde ise, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan kardeşine nafaka ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık yoksulluğa düşecek olan kimse, kardeş değil de yeğen olsaydı, yeğene karşı amcanın aile hukukundan doğan bir nafaka yükümlülüğünün söz konusu olmadığından bahsedecektik. Oysaki ahlak kuralları ekonomik olarak refahta bulunan

hukukuna gönderme yaparak, sayıca çok fazla olan ve değişkenlik gösteren ailesel ödevleri dışlamayı ve ihlal edilecek yükümlerin sınırını çizmeyi amaçlamıştır. Ailesel ödevlerin yere, zamana ve kişilere göre değişkenlik gösterebilen göreceli niteliklerine bağlı olarak, mahkeme kararlarında karşılaşılabilecek tutarsız ya da çelişkili sonuçlar önlenmek istenmiştir. Böylece hâkimin takdir yetkisi de daraltılmıştır. Kaldı ki Medeni Kanundaki aile hukukundan doğan yükümlerin kapsamının genişliği ve esnek yapısı, çoğu ailesel ödevlerin yorum yoluyla aile hukukuna aykırılık olarak görülmesine müsaittir[244].

Karşı görüştekilere göre[245], aile hukuku yükümleri sadece kanunda düzenlenen hükümlerden oluşmaz. Aynı zamanda etik, ahlaki, moral ya da gelenek yoluyla da ortaya çıkmış olabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli iki kararında[246] ailesel ödevlerin yerine getirilmemesinin ikinci bend kapsamında mirasçılıktan çıkarma nedeni kabul edilip kabul edilmeyeceği tartışmasına bir açıklık getirmemişti. Federal Mahkeme, daha yeni tarihli kararında[247] ise, ahlaka, moral değerlere aykırı davranışlarda bulunan mirasçının mirasçılıktan çıkarma yaptırımına maruz bırakılması için gerekli olan hukuka aykırılık unsurunun eksik olduğu sonucuna varmıştır. Karara göre ailesel ödevlerin yerine geti-

---

amcanın yoksulluğa düşmüş olan yeğenine yardımda bulunmasını buyurur. Şayet amca refahta olmasına rağmen yoksul yeğenine yardım etmezse, ahlaki yaptırım dışında amcaya uygulanabilecek hukuki bir yaptırım bulunmamaktadır. Çünkü kanun nafaka yükümlüsü olan kişiler arasında amca-yeğen ilişkisini hükmün kapsamına almamıştır. Bu örneğimizde bir aile hukukundan doğan yükümlülük ihlali söz konusu değildir. Bkz. Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.458–459.

244 Nitekim *Gubser*'e göre, ahlaki ödevlerin yerine getirilmemesi, doğrudan değil, dolaylı olarak mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir. Şöyle ki, söz konusu ailesel ödev ihlalleri, aile hukukundan doğan ve kanunda düzenlenen destekleme ve saygı yükümüne aykırılık (ZGB Art.272) kapsamına girebildiği ölçüde, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir (**a.g.e**, s.66, 211). Ayrıca bkz. BGE II 265, 271 vd.
Ahlak kuralı çerçevesinde kalan ailesel ödevlerin maddi bir yaptırımı olmayıp, sadece ayıplanma, toplum tarafından kınanma gibi manevi yaptırımları vardır. Ancak hukuk maddi yaptırımı olmayan ve ahlak kuralı, örf adet kuralı niteliğindeki kurallara da zaman zaman hukuken değer atfedebilmekte ve böylece bu sosyal kuralları sonuç itibariyle maddi bir yaptırıma bağlayabilmektedir. Bu, ahlak kuralının gönderme yoluyla hukuk kuralı haline dönüştürülmesinde kendini göstermekte veya bazen, örneğin sadakat yükümünün kapsamının belirlenmesinde olacağı gibi, yorum yaparken ya da hâkimin takdir yetkisini kullanması sırasında ortaya çıkabilmektedir.

245 Nobs, **a.g.e**, s.27; Bellwald, **a.g.e**, s.28.

246 BGE 48 II 434, 437; BGE 55 II 164, 165.

247 BGE 106 II 304, 306 vd.

rilmemesinin ancak kanuna ve bu kapsamda aile hukukuna aykırı olması halinde, gereken hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olur[248].

(3). Mirasbırakanın yakını olmayan bir üçüncü kişiye karşı mirasçının suç işlemesinin aile hukuku yükümü ihlali oluşturup oluşturmayacağı

Yukarıda[249] kanunun açık hükmü (MK m.510/b.1) karşısında, yakın olmayan kimselere karşı suç işlenmiş olmasının **kural olarak** mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılmayacağını belirtmiştik. Gerçekten şayet fiil, mirasbırakan veya onun yakınları dışında kalan kişilere karşı işlenmişse, fiil ne kadar ağır olursa olsun, *de lege lata* mirasçılıktan çıkarma nedeni gerçekleşmiş olmaz. Ancak bu kural, mutlak değildir. Kanımızca somut olayın koşullarına göre, yakın olmayan kimseye karşı işlenen bir suç, doğrudan doğruya mirasbırakana veya doğrudan doğruya mirasbırakanın aile üyesine karşı bir ailesel yükümün ağır ihlali (MK m.510/b.2) niteliği taşıyabilir[250]. Elbette bu durumda işlenen suçun, *de lege lata*, aile hukukundan doğan bir yükümü ihlal etmesi ve bu ihla-

---

248 BGE 76 II 265, 271. Federal Mahkeme, bu kararında ailesel bir ödevin yerine getirilmemiş olmasının da aile birliğini ağır derecede yaralayabileceğini ya da aile bağını tamamen koparabileceğini kabul etmiştir. Ancak, aile bağını kopartan ailesel ödev ihlalinin, ahlak kurallarına ya da genel davranış kurallarına aykırılık niteliğinde olması gerekçesiyle değil, **aile hukukundan kaynaklanan destekleme ve saygı yükümüne aykırılık** (ZGB Art.272) oluşturması gerekçesiyle, mirasçılıktan çıkarma nedeninin gerçekleştiğini kabul etmiştir. Böylece yalnızca ailesel ödev ihlali, ikinci bend kapsamında görülmemiş, ancak ZGB Art.272 şemsiyesi altında bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin oluşabileceği benimsenmiştir.
Aksi yöndeki bir karar için bkz. Basel İstinaf Mahkemesi, 6 Aralık 1968, SJZ 65 (69), s.62 (Gubser, **a.g.e**, s.65 ve 267'den naklen). Basel İstinaf Mahkemesi, kararında, Federal Mahkeme kararına (BGE 76 II 265) atıfta bulunarak; sadece aile hukukundan doğan yükümlere aykırı davranışların değil, aynı zamanda moral nitelikteki ailesel ödevlere aykırılıkların da çıkarma nedeni olabileceği ve böyle bir aykırılığın aile birliği dışında uzun yıllara dayanan ilişkilere sahip aile üyeleri tarafından da işlenebileceğine karar vermiştir. *Gubser*'in de belirttiği üzere İstinaf Mahkemesi, bu kararında, atıf yaptığı Federal Mahkeme kararında yapılan ayrımlara ve sınırlandırmaya dikkat etmemiş ve kararı doğru bir şekilde anlamamıştır (**a.g.e**, s.211).

249 Buna karşılık yukarıda *de lege ferenda* olarak üçüncü kişilere karşı suç işleme durumunda BGB § 2333/I, Nr.4'de düzenlenen imkâna benzer bir imkânın, MK m.510/b.1 hükmüne yapılacak ilave ile hukukumuz için de düşünülebileceğini, böylece üçüncü kişilere karşı işlenen suçların ağır olması durumunda ayrıca bir de b.2 kapsamında aile hukuku yükümü ihlalinin ispatlanması zorunluluğunun önüne geçilebileceğini belirtmiştik. Bu konuda bkz. §2.II.A.1.a.(2).

250 Escher, **Art.477**, N.15, s.223; Gubser, **a.g.e**, s.60; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601–602; 2.HD 11.2.1974, 777/832 (**ABD** 1974/3, s.583; **HukukTürk**). Karş. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.186.

lin ağır (önemli ölçüde) olması koşulları aranacaktır. Bu koşullar gerçekleştiği takdirde, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ikinci bend gereğince geçerli olacaktır.

Karşı yöndeki bir görüşe göre[251], yakın olmayan bir kimseye karşı işlenen kötü davranış, çoğu kere, mirasbırakana yönelik -onu üzen/rencide eden- bir hareket olarak görülemez. Yazara göre, aile ilişkisinin yalnızca doğrudan zarar gördüğü haller dikkate alınmalıdır. Sözgelimi dolandırıcı veya katil bir oğula sahip olmak, her ne kadar anababaya acı verse de ve onların yüzünü karartsa da, çoğu kez bu nedene dayanarak, çocuğa, mirasbırakana karşı aile hukukundan doğan bir yükümlülüğe uymadığı yolunda bir isnatta bulunulamaz. Hele mirasçı işlediği bu suçların ortaya çıkmayacağını zannetmiş idiyse, mirasbırakana karşı aile hukuku yükümü ihlalinden hiç söz edilemez.

Kanımızca, elbette "sırf dolandırıcı veya katil bir oğula sahip olmak", cezai çıkarmanın diğer unsurları olmaksızın tek başına mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmaya yetmez. Ancak çıkarmaya konu somut olayda diğer koşullar da varsa, yakın olmayan üçüncü kişileri dolandırmak ya da öldürmek mirasbırakana karşı aile hukuku yükümü ihlali oluşturabilir[252]. Örneğin yakın olmayan bir kıza karşı tecavüz suçunu işleyen mirasçının, mirasbırakanın aile onurunu koruma yükümüne aykırı davranmış olmayacağını kabul etmek[253], bize hukuken korunması gereken bir düşünce gibi gözükme-

---

251 Weimar, **Art.477**, N.9; Druey, **a.g.e**, §6, N.59.

252 Elbette mirasçının suçlu olması, mirasçılıktan çıkarmayı tek başına sağlamaya yetmez. Bu, mirasbırakanın kendisine ya da yakınına karşı işlenen suçlar için de böyledir. Yakın olmayan kişilere karşı suç işlendiğinde, sanki suçlu bir mirasçıya sahip olmanın, tek başına mirasçılıktan çıkarmaya konu olacağı zehabı uyandırılması doğru değildir. **Buradaki sorun mirasçının, "sıfatı" ile ilgili değil, bilakis "işlediği fiilin niteliği ve etkileri" ile ilgilidir.** Bir Yargıtay kararında, evlatlığın otuz kez uyuşturucu kullanmak ve satmaktan mahkûm olması karşısında, aile onurunu koruma yükümünün ihlal edildiği kabul edilmiştir: HGK 30.5.2001, 2–448/453 (**HukukTürk**). Buna karşılık başka bir kararda "*murisin büyük paylı ortak olduğu şirket işlerini tedvir eden füruun, **ayrı hükmî şahsiyeti olan o şirketin** bazı paralarını zimmetine geçirmiş olmasını, bu paraların muris tarafından ödenmesini*", mirasbırakana karşı değil de şirketin tüzel kişiliğine karşı işlenmiş bir suç olarak gören 2. Hukuk Dairesi, söz konusu fiilin ve hatta zimmete geçen paraları mirasbırakanın ödemek zorunda kalmasının, hiç değilse MK m.510/b.2 kapsamına girip girmeyeceği durumunu değerlendirmemiştir: 2.HD 13.5.1996, 4486/4986 (**HukukTürk**).

253 *Öztan*, (**a.g.e**, s.120'de) verdiği örnekte, mirasbırakanın oğlunun üçüncü bir kişinin ırzına geçmesi durumunda, üçüncü kişi mirasbırakanın yakını olmadığı için, mirasbırakan babanın oğlunu mirasçılıktan çıkaramayacağı sonucuna varması, hemen kolaylıkla kabul edilemez. Çünkü ırza geçme, onur kırıcı ve gayet ağır bir davranıştır. Somut olayın özelliklerine göre bu çirkin ve ahlaksızca hareket, mirasbırakanın aile onurunu zedeleme noktasında **doğrudan mirasbırakana karşı** bir ailesel yüküm

mektedir. Suç üçüncü bir kişiye karşı işlense de bu fiil mirasbırakana ya da aile üyesine karşı aile hukuku yükümü ihlalini dolaylı olarak değil doğrudan oluşturur. Bize göre, anılan bu durumlarda "ağır suç işleme" değil, "aile hukuku yükümünün önemli ölçüde yerine getirilmemesi" nedenine dayanan bir mirasçılıktan çıkarma pekâlâ söz konusu olabilir. Kaldı ki üçüncü kişiye karşı işlediği utanç verici suç yoluyla aile bağına layık olmadığını gösteren bir mirasçıyı, saklı pay korumasından yararlandırmak ve mirasın ona kanunen intikalini engelleyememek, kanunun amacına açıkça aykırı olur[254].

c. Aile Hukukundan doğan yükümün yerine getirilmemesinde kusurluluk unsurunun aranıp aranmayacağı

Aile hukukunda da tartışmalı olan kusurluluk kavramının içeriğinin tayin edilmesi meselesi, bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır[255]. Mirasçılıktan çıkarma bakımından

---

ihlali oluşturabilir. Ve mirasbırakanın olaydan etkilenmesine göre, mirasbırakanın yapacağı mirasçılıktan çıkarma tasarrufu MK m.510/b.2 gereğince haklı bulunabilir.
Söz konusu suç, **aile üyesine karşı olan yükümlülüğe de aykırılık oluşturabilir**. Suçu işleyen mirasçının eşi (gelin), mirasbırakanın uzak (sıhri) hısımı olarak MK m.510/b.2'de belirtilen "aile üyesi" kapsamında kabul edilecek olursa, mirasçının (oğulun), bir üçüncü kişinin ırzına geçmesi, eşine (mirasbırakanın gelinine) karşı sadakat, aile onurunu koruma ve saygı yükümlerinin tek tek ihlali sonucunu doğurur. Bu durumda da "mirasbırakanın aile üyesine karşı bir yüküm ihlali", mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturur. Nitekim böyle bir olay, aynı soyadı taşıyan, belirli bir toplumsal çevrede yaşayan tüm aile bireylerini etkileyecektir.

254 Başka bir örnek daha verelim: Bir hâkim, oğlunun dolandırıcılık suçundan mahkûm olması ve durumun basına yansıması üzerine büyük bir utanç yaşadığında, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu birinci bende göre olamaz. Çünkü dolandırılan ne mirasbırakandır ne de onun bir yakını. Fakat bu fiil, onur kırıcı bir davranış olarak mirasbırakana karşı aile yükümü ihlali oluşturabilir. Bir hâkim, oğlunun dolandırıcılık suçu işlemesi yüzünden kalp krizi geçirerek ölse ve hâkimin babası da bu olay nedeniyle derin bir üzüntü yaşadığı sırada bir vasiyetname kaleme alarak torununu mirasçılıktan çıkarsa, bu kez mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın aile üyesine karşı onur kırıcı bir davranış (yakın olmayan kimseyi dolandırma) nedenine bağlı bir aile yükümü ihlali teşkil eder. Örneğimizde dedenin de hâkim olduğunu varsayarsak, olayın hem mirasbırakana hem de aile üyesine karşı aile hukuku yükümü ihlali oluşturması da söz konusu olabilir.

255 Her bir aile hukuku yükümü açısından kusur aranıp aranmayacağı ve aranacaksa bunun türünün ne olması gerektiği başlı başına ayrı bir inceleme konusu olabilir. Ancak şu kadarını belirtelim ki haksız fiil kurumunun bir unsuru olan kusur türleri (kast, ağır ihmal, hafif ihmal), aile hukukunun yapısı ile birebir örtüşmemektedir. Son yıllarda gerek Aile Hukukunda gerekse Miras Hukukunda "kusur prensibinin" (*Verschuldensprinzip*) terk edilmesi ve bunun yerine "sarsılma prensibinin" (*Zerrüttungsprinzip*) kabul edilmesi giderek taraftar toplamaktadır. Kanımızca Türk Hukuku açısından bu görüş, ancak *de lege ferenda* olarak savunulabilir. Sözgelimi boşanma nedenlerinde ya da aile hukuku yükümü ihlallerinde veya saklı pay hakkının ortadan kaldırılmasında kanun koyucunun kusur prensibinden vazgeçmediği açıktır. O halde, sarsılma prensibinin kabul edilmesi, ancak Medeni Kanunun Aile Hukuku ve Miras Hukuku bölümlerinde yapılacak, reform niteliği taşıyan köklü ve kurumlar arasında birbiriyle tezat oluşturmamaya özen gösterilecek uyumlu bir değişiklikle sağlanabilir. Buna karşılık biz cezai çıkarma kurumu açısından kusur kavramından vazgeçilmesinin yerinde olmayacağı, bunun yerine saklı payı ortadan kaldıran farklı modellerin (koruyucu çıkarmanın işlevinin ve kapsamının artırılması,

burada bizi ilgilendiren nokta, aile hukuku yükümüne aykırılığın varlığı için, aile hukukunda kusurluluk şartı aranmasa bile, mirasçılıktan çıkarma yaptırımını uygulayabilmek için, kusurluluğun bir şart olarak aranıp aranmayacağıdır. Zira kanun metninde kusurluluk terimine yer verilmemiş, yalnızca ailesel yüküm ihlali ve bunun önemli ölçüde olması unsurlarına yer verilmiştir[256]. Türk ve İsviçre Hukuklarında yürürlükteki cezai mirasçılıktan çıkarma kurumunun yapısına bakıldığında, aile bağına zarar veren mirasçının, onun kusurlu bir hareketinin bu neticeye yol açması halinde, saklı pay korumasından daha fazla yararlandırılmaması gerektiği düşüncesi esastır. Nitekim mirasçılıktan çıkarmanın ceza niteliği taşıması, karşıt anlamıyla, cezalandırma gerekmeyen hallerde saklı pay kapsamında kanuni intikalin zorunlu olduğunu ve bu kapsamda mirasın mirasçının hakkı olduğunu ortaya koyar. Öyleyse yüküm ihlali bakımından, aile hukuku öğretisinde ister kusur aransın isterse aranmasın, bundan bağımsız olarak miras hukuku kapsamında -kanunun *ratio legis*'i çerçevesinde soruna bakıldığında- bu kişiye bir "yaptırım" uygulanacak ve saklı pay hakkı mirasçının elinden alınacaksa, *de lege lata* mutlaka yüküm ihlali kusurlu olmalıdır[257]. Meğer ki miras sisteminde ve mirasçılıktan çıkarmada köklü bir değişiklik olsun.

---

mirasbırakan ile mirasçı arasında fiili yakınlık bağının hiç oluşmamış olması durumuna özgü olarak saklı payda indirme modelinin (*Pflichtteilsminderung*) benimsenmesi şeklinde yapılacak düzenlemelerin daha isabetli olacağı kanısındayız.

256 Üstelik kanun koyucu, eMK 457/b.2 hükmünde kullandığı "büyük bir kusur irtikâp etme" terimini de terk etmiştir. Bu durum ilk bakışta, artık ikinci bend bakımından kusurluluk unsurunun aranmayacağı ve ihlalin önemli ölçüde olmasının çıkarma için yeterli olacağı şeklinde yorumlanmaya müsaittir.

257 Escher, **Art.477**, N.18; Tuor, **Art.477**, N.28; Piotet, **SPR IV/1**, s.419; Nobs, **a.g.e**, s.27 vd; Beck, **a.g.e**, s.72; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.454, 460; Köprülü, **a.g.e**, s.284; İmre/Erman, **a.g.e**, s.236–237; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.312; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.177; Druey, **a.g.e**, §6, N.62; Gubser, **a.g.e**, s.63; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.173, 176; Bessenich, **Art.477**, N.13; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s.92; Schüpbach, **a.g.m**, s.217 (Bessenich, **Art.477**, N.6'dan naklen); Ayan, **a.g.e**, s.148; Ülkü, **a.g.m**, s.45; Çakın, **a.g.m**, s.526; Baydar, **a.g.t**, s.43; BGE 106 II 304, 306; 76 II 265, 271; 72 II 338, 344; 2.HD 30.3.1976, 2467/2802 (**HukukTürk**). Mirasçılıktan çıkarma, *"kusur ilkesine dayanmakta ve saklı paylı mirasçının aile hukukuna ilişkin ödevlerden kaçınmasının, onları ağır bir şekilde ihlal etmesinin bir yaptırımı (müeyyidesi) niteliğini taşımaktadır"*: Köprülü, **a.g.e**, s.284.
Öğretide ayrıca mirasçılıktan çıkarmaya yol açan aile hukuku yükümü ihlalinin "ağır kusur" ile işlenmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Ağır kusur ifadesini kullananlar: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.454, 460; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.312; Çakın, **a.g.m**, s.526.

Burada kusurdan kastedilen, aile hukukunda o ihlal için bir unsur olarak kusurun aranıp aranmadığına bakılmaksızın, mirasçının aile bağını koparıcı bir irade, öngörü, bilinç ya da farkındalık ile hareket edip etmediğidir[258].

Aile hukukundan doğan yüküm bilerek ve isteyerek yerine getirilmemiş (kasten) olabileceği gibi, gereken dikkati ve özeni göstermeme tarzındaki bir davranışla (ihmal yoluyla) da yerine getirilmemiş olabilir[259]. Birinci çıkarma nedeninden biraz daha farklı olarak, aile bağına zarar verme iradesi burada kural olarak zaten işin doğası gereği mevcuttur. Yani örneğin eşine veya çocuğuna karşı nafaka yükümünü yerine getirmeyen ya da eşine fiziksel şiddet uygulayan bir kocanın aile bağlarını sarsıcı bir iradeye sahip olduğu yadsınamaz[260].

Son olarak ekleyelim ki, kusurluluk unsurunun gerçekleşebilmesi ve ihlalden ötürü saklı paylı mirasçının sorumlu tutulabilmesi için, ihlal sırasında saklı paylı mirasçının ayırt etme gücüne sahip olması gerekir[261].

d. Çıkarılanın kendisine karşı ihlalde bulunduğu mirasbırakanı ya da mirasbırakanın aile üyesini tanımıyor olmasının etkisi

Bir saklı paylı mirasçının, aile hukukundan doğan bir yükümü yerine getirmediği için mirasçılıktan çıkarılabilmesi için, öncelikle yerine getirmesi gereken bir aile hukuku yükümünün olduğunu bilmesi gerekir. Bunun doğal sonucu olarak, mirasçılıktan çıkarılmak istenen mirasçının, kendisine karşı yapılması gereken bir davranışı yapmadığı ya da yapılmaması gereken bir davranışı yaptığı kişinin, mirasbırakan ya da

---

258 Keza suç işlemeye dayanan mirasçılıktan çıkarma nedeni incelenirken, orada da failin suç işlemeye yönelik kusurlu iradesine mündemiç bir aile bağlarını koparıcı iradenin (bilincin, farkındalığın) daha var olması gerektiğinden söz etmiştik §2.II.A.1.b.(3).(b).

259 *Çubukgil*, aile hukuku yükümünün bilerek ve isteyerek (kasten) ihlal edilmiş olmasını aramaktadır (**Iskatın Sebepleri**, s.467, 464). Sanırız ki bundan anlaşılması gereken, ihlalin kasten ya da ağır ihmal suretiyle işlenmesinin gerekli olduğudur. Hafif ihmal niteliğindeki ihlaller, ikinci bend kapsamında değerlendirilmiyor gözükmektedir. Kanımızca, kusurun türleri ancak fiilin objektif ağırlığı bahsinde rol oynar. Yoksa "hafif ihmal varsa, mirasçılıktan çıkarma mutlaka geçersiz olur" sonucuna varmak isabetli olmaz.

260 Meğer ki aşağıda ele alınacağı üzere, mirasçı, kendisine karşı kötü bir davranışta bulunduğu mirasbırakanı ya da aile üyesini tanımıyor olsun.

261 Ayırt etme gücüne MK m.510/b.1 incelenirken değinildiğinden, oraya gönderme yapmakla yetiniyoruz. Bkz. §2.II.A.1.b.(3).(b). Kusur değerlendirilmesi yapılırken, normal bir insan ile manik depresyon geçiren bir insanın ihlaldeki istenç ve bilinç düzeyi ayrı ayrı değerlendirilmek gerekir (Druey, **a.g.e**, §6, N.62).

mirasbırakanın bir aile üyesi olduğunu bilmesi gerekir[262]. Aksi halde, mirasçılıktan çıkarma için aranan kusurluluk unsuru gerçekleşmez[263].

Son olarak belirtelim ki, kanımızca mirasçılıktan çıkarma yaptırımının uygulanabilmesi için, mirasçının, kendisine karşı yüküm ihlalinde bulunduğu kişinin, mirasbırakanın aile üyesi olduğunu bilmesi gerekmekle birlikte, ayrıca bir de mirasbırakan ile aile üyesi arasındaki yakınlık bağını biliyor olmasının ispatlanması gerekmez[264].

e. Birlikte kusurun etkisi

Mirasçının, mirasbırakana ya da onun aile üyesine karşı aile hukukundan doğan yükümünü yerine getirmemesinde suçtan zarar gören mirasbırakanın veya aile üyesinin ya da üçüncü kişilerin birlikte kusuru etkili olmuş olabilir. Eğer birlikte kusur, nedensellik bağını kesecek derecede ise, bu durumda mirasçı bu fiilinden sorumlu tutulamaz. Ancak eğer birlikte kusur, nedensellik bağını kesmemekle birlikte, mirasçının ihlalde bulunmasına etki ediyorsa, bu durum objektif ağırlık ölçütünün belirlenmesinde azaltıcı bir rol oynayabilir[265]. Kanımızca ihlalden doğrudan doğruya zarar görme-

---

262 Stadler, **a.g.e**, s.48; Piotet, **SPR IV/1**, s.421; Ickowicz, **a.g.e**, s.51; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.463; Bellwald, **a.g.e**, s.29; Gubser, **a.g.e**, s.105. *Bellwald*, mirasbırakanın yakınına karşı ağır bir suç işlenmiş olunması halinde, yakınlığın bilinmesini koşul olarak görmezken, burada farklı bir sonuç benimsemiştir (**a.g.y**). Karşı görüşte: Baydar, **a.g.t**, s.39.

263 Örneğin, mirasbırakan M'nin, evlilik içinde dünyaya gelen bir oğlu A ve evlilik dışı ilişkisinden doğan bir kızı B vardır. M, evlilik dışı kızı K'yı tanımıştır, ancak bu durum, A'dan saklanmıştır. Ekonomik sıkıntıya düşen K'ya, ana-baba veya varsa altsoyu gücü yetmediği için yardım edememektedir. Ekonomik durumu iyi olan A, bir kız kardeşe sahip olduğundan habersizdir. Şu halde A, bu yükümü yerine getirmemekte kusurlu değildir ve mirasbırakan, kızı K'ya yardım etmediği gerekçesiyle oğlu A'yı mirasçılıktan çıkaramaz. Karş. Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.464. Buna karşılık K, nafaka davası açmış olsaydı, A'nın bu durumdan haberi olacağından, nafakaya hükmedilmesi halinde bu borcu ödememesi kusurlu bir yükümlülük ihlali olabilecekti. Fakat bu son durumda da mirasçılıktan çıkarma için ağırlık unsurunun gerçekleşmesi elbette aranacaktır.

264 Aile üyesine karşı yükümünü ihlal eden saklı paylı mirasçının, bu ihlalinin sonucunda aile bağının kopabileceğini kural olarak öngörmesi gerekir. Ayrıca yakınlık bağına vakıf olma, koşul olarak aransaydı, aksini ispatı son derece güç olan bu durumu bilmediğini, çıkarılan mirasçı her uyuşmazlıkta ileri sürebilirdi.

265 Birlikte kusurun ağırlık unsurunun belirlenmesine olan etkisi için bkz. §2.II.B.4.d. Ayrıca bkz. Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.467; karş. Ayan, **a.g.e**, s.148.

yen üçüncü kişilerin[266] kusurları ya da etki eden davranışları da nedensellik bağını ya da kusuru kaldırabilir veya ağırlık unsurunu azaltan bir rol oynayabilir.

B. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMAYA NEDEN OLAN FİİLİN "AĞIR/ÖNEMLİ ÖLÇÜDE" OLMASI

Suç oluşturan ya da kusurlu olarak bir aile hukuku yükümü oluşturan fiilin mirasçılıktan çıkarma nedeni olabilmesi için ayrıca bu fiilin "ağır" olması gerekir. Eğer fiil suç oluşturmuyor ya da bir aile hukuku yükümü teşkil etmiyorsa ağırlık değerlendirmesine gerek kalmaz[267]. Önemsiz kötü davranışlar, ağır bir yaptırım olan mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılmaz. Sadece genel olarak bir olayın (ihlalin) varlığı yetmemekte, söz konusu olayın aile bağının kopmasına etki etmesi aranmaktadır[268].

Aile bağını koparıcı ya da sarsıcı etki, ağırlık unsuru olarak adlandırılmaktadır. Kanunda bu sarsıcı ya da koparıcı etki, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan suçun "ağır" olması (b.1) ya da aile hukukundan doğan yükümün yerine getirilmemesinin "önemli ölçüde" olması[269] (b.2) şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte "ağırlık" ve "önemli ölçüde olma" terimleri arasında hukuken bir anlam farkı bulunmamaktadır.

---

266 Sözgelimi mirasbırakana karşı ailesel yükümü ihlal eden mirasçının bu ihlaline, mirasbırakanın eşi, oğlu veya kardeşi ya da yakın dostu ve hatta hiç tanımadığı bir üçüncü kişi etki etmiş olabilir. Bu sayılanlar ihlalden zarar gören kişiler değil, fiil bakımından üçüncü kişilerdir.

267 Kural olarak evden ayrılan bir çocuğun kişisel özgürlük alanına giren davranışları (evlenme, boşanma, din değiştirme, meslek seçme, aileden farklı bir hayat tarzı belirleme) kişilik hakkı kapsamında korunduğundan, burada aile hukuku yükümüne aykırılıktan söz edilemez. O nedenle ağırlık değerlendirmesine gerek kalmaz: Escher, **Art.477**, N.7; Tuor, **Art.477**, N.16; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.313. Ancak öğretide bu fiillere ağırlık konusunda değinildiği görülmektedir. Örnek olarak bkz ve karş: Gubser, **a.g.e**, s.41; Bellwald, **a.g.e**, s.20. Yine bu doğrultuda: "*Mirasbırakanın çocuğunun, onun istemediği bir kimse ile evlenmesi ya da ona aykırı bir siyasi görüşe sahip olması, objektif olarak aile bağını koparacak nitelikte fiiller değildir*": Dural/Öz, **a.g.e**, s.202; aynı yönde; Çakın, **a.g.m**, s.527. Biz ancak söz konusu fiillerin hukuka aykırı olmaları halinde, ayrıca ağır olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

268 Beat Brühlmeier, **Die Wirkung beim Ausscheiden einer erbteilsbeanspruchenden Person auf die Berechnung des Pflichtteils und der verfügbaren Quote,** Diss., Fribourg, 1945, s.66; Nobs, a.g.e, s.24; Bellwald, a.g.e, s.19, 27; Şener, YD, s.91. *"Basit olaylar ıskat sebebi sayıldığı takdirde, mirasçı mirasbırakanın baskısı altında tutulmuş olur ki, bu durum insan kişiliğini olumsuz şekilde etkiler. Buna karşılık, aşırı hoşgörü ile olaylara bakılırsa bu defa mirasbırakan arzuladığı saygıdan, yardımdan yoksun bırakılmış olur":* 2.HD 12.1.1973, 7352/151 (Şener, YD, s.91, dn.40 dan). *"Iskat sebebi olabilmesi için, aile hukukundan doğan görevin ihlali kusurlu olmalıdır. Ancak aile hukukundan doğan her görevin kusurlu ihlali de mirastan çıkarma sebebi oluşturmaz. Mirasçılıktan çıkarma için görevin önemli ölçüde (ağır) ihlal edilmiş olması gerekir":* Dural/Öz, a.g.e, s.202. Aynı yönde 2.HD 23.5.2002, 5928/6885 (**HukukTürk**); 2.HD 28.1.2002, 85/608 (HukukTürk).

269 İncelemekte olduğumuz mirasçılıktan çıkarma nedeni, Mülga 743 sayılı MK m.457/b.2 hükmünde "*Murisine veya ailesine karşı **kanunen mükellef olduğu vazifeleri** ifada **büyük bir kusur** irtikap eylerse*" ifadesiyle düzenlenmişti. Buna karşılık yeni 4721 sayılı MK m.510/b.2 hükmünde, "*Mirasçı,*

Saklı paylı mirasçı kanunda öngörülen ve aile bağlarını koparacağı varsayılan sebeplerden birini gerçekleştirmiş olsa bile, mirasbırakan bu mirasçıyı mirasçılıktan çıkarıp çıkarmamakta serbesttir. Hemen belirtelim ki bu tasarruf özgürlüğünü kullanıp kullanmama, fiilin ağır olması ya da olmamasını belirleyici bir faktör değildir[270]. Öte yandan mirasçılıktan çıkarmanın tam ya da kısmi oluşu da, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü ile ilgilidir. Ancak mirasbırakanın kısmi çıkarmada bulunması, fiilin ağırlığının tam çıkarmaya nazaran daha az olduğunu ve bu sebeple geçerli bir çıkarma nedeninin bulunmadığı anlamına gelmez[271]. Öte yandan kısmi çıkarma halinde, fiilin tam çıkarmaya nazaran daha az ağır olmasının yeterli olacağı şeklinde bir yorum da mümkün değildir. Kısmi çıkarmada da ağırlık unsuru, tam çıkarmada ile aynı ölçüde olmalıdır. Diğer deyişle ağırlık unsuru her zaman tam olmalıdır. Ayrıca fiilin ağırlığını değerlendiren hâkim, bu değerlendirme sonucunda, çıkarmanın kısmen geçerli olduğu sonucuna da varamaz[272]. Fiil ya ağırdır ya da değildir.

---

mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı ***aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde*** *yerine getirmemişse*" şeklinde kaleme alınan madde metni, eski metne nazaran daha isabetli olmuştur. Çünkü eski metindeki "büyük bir kusur" ifadesi, öğretide sıklıkla kullanılan "ağır kusur" terimi ile karıştırılmaya müsaitti. Bu değişiklikle, aslında eski Medeni Kanun döneminde de ileri sürülen, "büyük bir kusur irtikap etmek" ifadesiyle aile hukuku yükümü ihlalinin ağır (önemli ölçüde) olmasının anlatılmak istendiği görüşü, böylece, açıkça yeni kanun metnine girmiş oldu. Bu kavram kargaşası ve öğretideki görüşler ile ilgili olarak ileride bkz. §2.II.B.1.

270 *Dural/Öz*, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma nedeninin varlığına rağmen, mirasbırakanın çıkarma tasarrufunda bulunup bulunmama özgürlüğünü, kanun koyucunun aile bağının kopup kopmadığı noktasında objektif bir değerlendirmeyi değil, mirasbırakanın sübjektif değerlendirmesini esas aldığı ifadesi ile açıklamaktadır (**a.g.e**, s.199). Bu ifade aslında çıkarmanın yoksunluktan farkını ortaya koymaktadır. Ancak, aile bağlarının kopması olgusu, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunup bulunmaması arzusundan farklı bir durumdur. Başka deyişle, mirasbırakan bu tasarrufta bulunmasa dahi aile bağları kopmuş olabilir. Fakat şayet o çıkarma tasarrufunda bulunmazsa elbette aile bağının kopmuş olması olgusu bir anlam ifade etmeyecektir.

271 Buna karşılık *Gubser*, mirasbırakanın, tam mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmak yerine kısmi mirasçılıktan çıkarmada bulunması durumunda, onun bu seçiminin, mirasçılıktan çıkarmanın geçerlilik unsurlarından olan sübjektif ağırlık ölçütünün gerçekleşmediğini gösteren bir durum olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Zira hâkim, takdir yetkisini kullanırken, somut olayın tüm koşullarını değerlendirmek zorundadır ve bunun sonucunda kısmi mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bakımından sübjektif ağırlık unsurunun gerçekleşmediği sonucuna varabilir (**a.g.e**, s.144, dn.585). Yazar, buna rağmen, kural olarak, kısmi mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlenebileceği görüşündedir.

272 Weimar, **Art.477**, N.11, ayrıca bkz. N.17.

1. "Ağırlık" Unsurunun "Ağır Kusur" Kavramından Farkı

Öğretide bazı yazarlar ve Yargıtay tarafından[273] ağırlık unsuru açıklanırken sıklıkla ağır kusur kavramına başvurulmaktadır. Oysa fiilin ağır olması ile fiilin aile bağlarını sarsacak ya da koparacak kadar ağır bir etki içermesi kastedilir. Buna karşılık "ağır kusur" tabiri, özellikle klasik haksız fiil kurumunda sıklıkla kullanılan bir kavram olup, kusur unsurunun türünü ifade eder. Bu terimle kastedilmek istenen aslında "kast" ve "ağır ihmal"dir. Kusurun ağırlığı, mirasçılıktan çıkarmaya yol açan fiilin ağırlığını (aile bağını koparıcı etkisini) belirlemede rol[274] oynamakta ise de, bu durum, her iki kavramın eş anlamlı olması demek değildir[275]. Kusurun ağırlığı, aile bağlarını koparıcı nitelikteki fiilin ağırlığını belirlemede kullanılan ölçütlerden yalnızca birisidir.

2. Ağırlık Unsurunun Belirlenmesinde Hâkimin Takdir Yetkisi

"Ağırlık"/"önemli ölçüde olma" olma ya da eş deyişle "aile bağlarının kopması" terimi, somut ve tartışmasız bir kavram olmayıp, aksine muğlâk ve esnek niteliktedir[276]. Bunun sonucu olarak da ağırlığın belirlenmesinde somut olayın koşullarına göre hâkime takdir yetkisi tanınmıştır[277].

Ağırlık unsurunun belirlenmesinin hâkimin takdir yetkisine bağlı olması, benzer olaylarda farklı sonuçlara varılmasına neden olabilecektir[278]. Çelişkili sonuçların en aza

---

273 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.460; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.312; Çakın, **a.g.m**, s.526; Şenocak, **a.g.m**, s.424; 2.HD 3.6.1997, 4428/6340 (**HukukTürk**); 2.HD 14.1.1997, 12392/389 (**HukukTürk**); 2.HD 6.4.1993, 1756/3330 (**HukukTürk**); 2.HD 15.01.1968, 5592/180 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.891). Öğreti her ne kadar kusurun ağırlığı terimini olmazsa olmaz bir unsur olarak kullansa da, kusurun ağırlığını belirlemeyi yine aile bağlarını koparmaya bağlayarak sonuç itibariyle doğru çözüme ulaşmaktadır.

274 Kusurluluk, mirasçılıktan çıkarma bakımından farklı noktalarda rol oynamaktadır. Kusurluluk, bir yandan *de lege lata* mirasçılıktan çıkarmanın bizatihi unsurudur. Diğer yandan aile bağını koparıcı etki bakımından önemli bir etkendir.

275 Aynı yönde Baydar, **a.g.t**, s.40.

276 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.449; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199.

277 Escher, **Art.477**, N.5, 8 ve N.13; Tuor, **Art.477**, N.12, 13, 17, 23; Rohr, **a.g.e**, s.26 ve 27; Nobs, **a.g.e**, s.25; Tongsir, **a.g.t**, s.26; Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Weimar, **Art.477**, N.13; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.308; Oğuzman, **a.g.e**, s.211 ve 212; Köprülü, **a.g.e**, s.282; İmre/Erman, **a.g.e**, s.234; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.373; Ülkü, **a.g.m**, s.44; Bellwald, **a.g.e**, s.20; BGE 73 II 213 vd. MK m.510 hükmü, ağırlık unsuru bakımından hâkime geniş takdir yetkisi bırakıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir: Weimar, **Art.477**, N.13; Piotet, **SPR IV/1**, s.422.

278 Rohr, **a.g.e**, s.27–28; aynı yönde Hatemi, **a.g.e**, §9, N.42.

indirilmesi için, hâkim, somut olayın tüm koşullarını mirasçılıktan çıkarmayı ispatlamaya yarayan delilleri -çıkarılanı aklayan ya da fiilin ağırlığını azaltan koşulları- dikkate almakla yükümlüdür[279]. Somut olay koşulları takdir edilirken de, aşağıdaki inceleyeceğimiz, yüz yılı aşkın öğreti ve yargı uygulamalarının sonucunda ortaya çıkarılan ölçütler dikkate alınmak zorundadır[280].

3. Aile Bağını Koparıcı Ağırlık Unsurunu Belirmeye Yarayan Temel Ölçütler

Bir fiilin mirasçılıktan çıkarmayı gerektirip gerektirmeyeceği her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Kanun fiilin ağırlığını koşul olarak ararken, herhangi bir somut ölçüt koymaktan kaçınmaktadır. Bu nedenledir ki, ağırlığın tespiti için gerekli kıstaslar bulma, aşağıda görüleceği üzere, öğreti ve yargı kararlarıyla şekillendirilmektedir[281]. Ağırlık unsuru incelenirken esas olan, fiilin mirasbırakan ile fiili işleyen mirasçı arasındaki aile bağına yaptığı etkinin tespit edilmesidir.

Aile bağını koparıcı ağırlık unsurunun belirlenmesinde iki temel ölçüt ortaya koyulmuştur: Bunlardan ilki, fiilin somut olayda aile bağını koparmış olmasıdır (sübjektif ölçüt). İkincisi ise fiilin aile bağını koparacak güçte görülmesidir (objektif ölçüt). Olayda her iki ölçütün de gerçekleşmiş olması zorunludur. O halde fiilin ağır olup olmadığını takdir edecek olan hâkim, fiilin somut olayda aile bağlarını gerçekten koparıp koparmadığını ve fiilin aile bağlarını koparacak nitelikte olup olmadığını takdir etmek zorundadır. Ancak her iki ölçütün de bir arada varlığı halinde, birinci çıkarma

---

279 Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Gubser, **a.g.e**, s.35. Burada bir noktaya dikkat etmek gerekir. İyi bir aile yapısı ve yetiştirme koşulu içerisinde bir davranış ağır sayılabilirken, kötü bir aile yapısında ve yetiştirme koşulunda aynı davranış çıkarma nedeni oluşturmaya yetmeyebilir. Burada sonuçlar farklı olsa bile gerçekte bir çelişki yoktur. Mirasçının ihlale konu davranışı ya da suça konu fiili, her iki olayda aynı olsa bile, kötü yetiştirme koşullarının etkisi, bir olayda çıkarmanın haklı, diğerinde ise haklı olmadığı sonucuna varmayı zorunlu kılabilir.

280 Ağırlık unsurunun belirlenmesinde her zaman Batı'da varılan sonuçların, bizim kültürümüz açısından yerinde olmayabileceği ve bu gibi konularda objektif ölçütler ortaya koymanın kolay olmadığı görüşünde: Hatemi, **a.g.e**, §9, N.43.

281 Ağırlığın belirlenmesinde kanunun buyurduğu ölçütün, eğer bir fiil için, mirasçılıktan çıkarma uygun (makul) bir ceza olarak görülebiliyorsa, sonuç olarak bu fiilin "ağır" kabul edilmesi olduğu yönünde: Weimar, **Art.477**, N.11, ayrıca bkz. N.17. Yazar, bu ifadesiyle aslında sorunun çözümüne yarayacak bir şey söylemiş değildir. Zaten mesele, "mirasçılıktan çıkarmayı makul kılacak" ağırlığın, hangi ölçütlerle belirleneceği noktasında toplanmaktadır.

nedenine göre suç işleme "ağır" ve ikinci çıkarma nedenine göre aile hukuku yükümüne aykırılık "önemli ölçüde" kabul edilir[282].

a. *Fiilin aile bağını koparmış olması (Sübjektif ölçüt)*

Suçun ya da aile hukuku yükümü ihlalinin yaşanan somut olayda aile bağını ciddi olarak sarsmış olması, yani aile bağını koparmış olması, fiilin ağırlığını belirleyen sübjektif ölçüttür. "Bağın kopması" soyut ve psikolojik bir öğedir; somut olarak ilişkilerin kesilmesi demek değildir. İlişki kesilmişse bu bağın koptuğuna bir emaredir[283]. Ama ilişki sürdüğü halde de sevgi ve bağlılık duyguları tamamen çökmüş olabilir. Bu anlamda aile bağı kavramı, görüşmelerin ya da insani iletişimin sürmesinden çok psikolojik sevgi, saygı, bağlılık, şefkat gibi duyguları ifade eder[284]. Buna karşılık mirasbırakan ile mirasçı arasında, kişisel iletişim kesilmemekle kalmamış, bir de mutluluk ve sevgi içerisinde sürmekte ise, bu kez de aile bağının koptuğundan söz etmek güç olur[285].

---

282 Tuor, **Art.477**, N.12; Piotet, **SPR IV/1**, s.421 vd; Bellwald, **a.g.e**, s.16, 19 ve 27; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.175 vd; Beck, **a.g.e**, s.73; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.309 ve 313; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200 ve 202; İnan/Ertaş/Albaş, s.370–371, 373; Şenocak, **a.g.m**, s.422–423; Antalya, **Miras**, s.217; Çakın, **a.g.m**, s.524; Baydar, **a.g.t**, s.30, 40; Gubser, **a.g.e**, s.36; BGE 76 II 264, 272; 106 II 304 vd; ayrıca bkz. ve karş. Weimar, **Art.477**, N.11; açık olmamakla birlikte Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.174. "*Bir olayın objektif olarak aile bağlarını derinden sarstığı kabul edilebilir bir durumsa (tief zu verletzen) ve mirasbırakan bu durumun varlığını mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmak suretiyle desteklemişse; artık aile bağlarının derinden sarsıldığını kabul etmek gerekir* (Pra. 18 240 (88): Bellwald, **a.g.e**, s.19, dn.2'den naklen). Karş. BGE 55 II 167.

283 Mirasçılıktan çıkarmaya yol açan davranışlar sonucunda aile bağı kopmuş ya da ağır derecede sarsılmış olmalıdır. Bu durum, aslında tüm ilişkinin kesilmesi ya da birlikte yaşamaya son verilmesi şeklinde gerçekleştiğinde kendini açıkça gösterir. Ancak mutlaka bu şekilde davranılmış olması gerekmez.

284 Eşiyle yaşamaya devam ettiği halde kendisini bir zamanlar aldattığı için onu asla affetmeyen bir kadın için aslında aile bağı kopmuştur. Bu olaydan sonra uzun yıllarca beraber yaşanması tek başına aile bağının kopmadığına delil oluşturmaz. Belki de kadın annelik içgüdüsüyle, belki toplumsal baskıdan çekindiği için, belki yalnız kalmak korkusuyla, belki ailesi sahip çıkmadığı için, belki de ekonomik geleceğinden endişe duyduğu için tüm bu maruz kaldığı sıkıntılara katlanmaktadır. Ya da eşinden eziyet gören veya defalarca aldatılan eşin, aynı evde yaşamaya devam etmesi, yaşadığı olaydan ağır olarak etkilenmediği anlamına gelmez. Aksini söylemek mağdur eşe boşanma davası açma yükümlülüğü yüklemek olurdu ki, zaten boşanma halinde mirasçılıktan çıkarmaya gerek kalmazdı. Yine birlikte yaşadıkları evde yaşlı babasına sürekli şiddet uygulayan çocuğu mirasından dışlamak için, babanın evi terk etmiş olması ya da bir daha asla çocuğu ile konuşmaması koşul değildir. Belki babanın gidecek yeri yoktur.

285 Örneğin aldatılan eş örneğimizde, sonradan eşler geçmişteki kötü günleri unutmuşlar ve mağdur olan eşi derinden yaralayan yaralar sarılmış, ilişki düzelmişse, kopan bağ tamir edilmiştir. Elbette kopan bağın tamir edilip edilmediği ya da ne derecede tamir edildiği de somut olayın, ilişki biçiminin ve diğer psikolojik öğelerin değerlendirilmesine bağlıdır ki, bu iş hâkime düşmektedir.

Burada çıkarmaya konu davranışın mirasbırakan üzerinde bıraktığı etki araştırılmaktadır. Aile bağının yaşanan olayda fiilen kopması bakımından mirasbırakanın psikolojik algısı ya da etkilenmesi esas alınacaktır[286]. Aile bağının kopması, mirasbırakan ile fail-mirasçı arasındaki karşılıklı iletişimin kesilmesi anlamında değil, **mirasbırakan açısından aile bağının kopması** anlamında kullanılmaktadır. Öte yandan, mirasbırakana karşı işlenilen kötü davranış nedeniyle, mirasbırakan dışındaki aile üyelerinin de mirasçı ile bağlarını koparmış olmaları da, mirasçılıktan çıkarma için bir geçerlilik şartı değildir. Gerçi fiil, mirasbırakanda yaratılan etkiye bağlı olarak, ailesel ilişkide ağır ve olumsuz etki ve sonuçlar meydana getirmiş olabilir. Fakat fail-mirasçı açısından aile bağının kopmuş olup olmadığının sübjektif ağırlık değerlendirmesinde bir önemi yoktur.

Maruz kalınan fiilin sarsıcı boyutu, mirasbırakanın çıkarılana karşı içinde taşıdığı sevgi, saygı, şefkat vb. duygularla örülü aile bağını ağır derecede tahrip etmiş ve böylelikle mirasbırakan derinden yaralanmış ya da sarsılmış olmalıdır. Geçici kırgınlıklar, dargınlıklar ya da kızgınlıklar değil, derinden yaralanmış ya da sarsılmış olma önem taşımaktadır[287]. İşte mirasbırakanın bu psikolojik etkilenmesi, mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılacak sübjektif anlamdaki ağırlığı ortaya koymaktadır[288].

---

286 Yoksa eşini aldatan kocanın, karısını yürekten seviyor olması ve asla ayrılığı düşünmüyor, hatta aklından bile geçirmiyor olmasının, sübjektif unsur bakımından (fiilen kopma sonucu bakımından) hiçbir değeri yoktur. Aldatan eşin psikolojisi, niyeti, ilişkiyi sürdürme kararlığı, ancak objektif ağırlık değerlendirmesinde –bir ihtimal– rol oynayabilir.

287 Örneğin, mirasbırakanın oğlu, mirasbırakanın çok yakın bir arkadaşını dolandırmıştır. Mirasbırakanın bu olaydan ötürü duyduğu rahatsızlık, özellikle onu derinden üzen ölçüde değilse veya bu olay nedeniyle mirasbırakanın oğluna karşı olan aile bağı derinden sarsılmamış veya kopmamışsa, bu durumda mirasçılıktan çıkarma haklı olmaz (Gubser, **a.g.e**, s.29–30).

288 Tuor, **Art.477**, N.23–25; Escher, **Art.477**, N.13–14; Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Rohr, **a.g.e**, s.27; Nobs, **a.g.e**, s.24 vd; Beck, **a.g.e**, s.71 vd; Stadler, **a.g.e**, s.19,37, 45; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.460 (yazar, fiilden çok, fiilin sonuçlarına yani mirasbırakan üzerinde bıraktığı etkiye bakılması gerektiğini belirtir); Brühlmeier, **a.g.e**, s.66; Tongsir, **a.g.t**, s.26; Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.62; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.308; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Köprülü, **a.g.e**, s.282 Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.175; Bellwald, **a.g.e**, s.19, 20 ve 32; İmre/Erman, **a.g.e**, s.234; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.373; Şenocak, **a.g.m**, s.422; Ülkü, **a.g.m**, s.44; Gubser, **a.g.e**, s.29, 31; Antalya, **Miras**, s.215, 217; Ayan, **a.g.e**, s.147; BGE 73 II 213; BGE 76 II 269; YHGK 15.06.1968, 2–1117/462 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.885); karş. Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601–602. Mirasbırakanın *olaydan sübjektif etkilenmesi bir kararda şöyle dile getirilmiştir: "(Mirasbırakanın) gururu kırılmış, ömrünün tükendiği bir dönemde kendisinden özen beklediği kişi eliyle aşırı derecede incitilmiş, böylece haklı bir hayal ve gönül kırgınlığına düşmüştür*": 2.HD 30.3.1976, 2467/2802 (**HukukTürk**).

Bununla birlikte mirasçılıktan çıkarmaya yol açan fiilin süreklilik arz etmesi ya da fiilin aile bağını koparan etkisinin süreklilik göstermesi şart değildir[289]. Öte yandan ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan mirasbırakan, fiilin yaşandığı anda ya da fiili öğrendiği anda, fiil nedeniyle derinden sarsılmamış ise, mirasbırakanın bu fiil nedeniyle ileriki bir zaman diliminde derinden sarsılmış olduğu, kural olarak, artık kabul edilemez. Meğer ki mirasbırakan, somut olayı bütün koşulları, özellikleri ve sonuçlarıyla kavrayamamış ya da kavrasa bile, fiilin bazı sonuçları sonradan ortaya çıkmış olsun[290].

b. Fiilin aile bağını koparıcı güçte olması (Objektif ölçüt)

Eğer mirasçılıktan çıkarma için sadece sübjektif olarak mirasbırakanın algısına değer verilseydi, salt mirasbırakanın olaya yüklediği anlam esas alınarak, her türlü olay mirasçılıktan çıkarma nedeni kabul edilebilirdi ve böylece mirasçılıktan çıkarma kurumu büyük ölçüde kendi yapısından ve amacından uzaklaşmış, hatta kötüye kullanmaya açık bir hale gelmiş olurdu[291]. Bu sonuçlar, objektif ağırlık ölçütü kullanılmak suretiyle engellenebilir.

Şu halde, suçun ya da aile hukuku yükümü ihlalinin ağır olup olmadığına karar verecek olan hâkimin, mirasbırakan üzerindeki etkinin ağır olduğuna kanaat getirmesi yeterli değildir. Ayrıca hâkim, fiilin aile bağlarını koparıcı nitelikte olup olmadığını (objektif ölçüt) takdir etmelidir. Öyleyse hâkim, yalnızca somut olayın mirasbırakan üzerindeki etkisi ile yetinmeyecek ve ortalama insanların bakış açısını ve aile ilişkisini dikkate alarak, somut olayın aile bağını koparıcı nitelik taşıyıp taşımadığına karar verecektir[292].

---

289 Gubser, **a.g.e**, s.30–31. Örneğin, somut olay koşulları saklı kalmak kaydıyla, bir evladın yaşlı babasını bir kere dövmüş olması mirasçılıktan çıkarma için yeterlidir. Babanın maruz kaldığı fiziksel şiddetin süreklilik arz etmesi gerekmez.

290 Fiilin ve sonuçlarının kavranması gerekliliğine değinmemekle birlikte, benzer yönde: Stadler, **a.g.e**, s.19; Gubser, **a.g.e**, s.30. Örneğin babasından habersizce aldığı paraları, kumarda kaybeden oğlunun bu davranışına kızsa da, bu olaydan derinden etkilenmeyen baba, borçlarını ödeyemez duruma düşüp de iki yıl sonra iflas ettiğinde, fiilin sonuçları iki yıl sonra gerçekleşmiş olur. İflas olayına derinden üzülen baba, diğer koşullar da varsa, kanımızca, oğlunu mirasçılıktan çıkarabilmelidir.

291 Gubser, **a.g.e**, s.30.

292 Escher, **Art.477**, N.8; Tuor, **Art.477**, N.17; Ickowicz, **a.g.e**, s.44; Schweri, **a.g.e**, s.112; Stadler, **a.g.e**, s.37; Bellwald, **a.g.e**, s.20; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; Gubser, **a.g.e**, s.30; Weimar, **Art.477**, N.13; Şenocak, **a.g.m**, s.422–423.

Kanımızca objektif ölçüte göre aile bağının kopması, mirasbırakanın veya aile üyesinin bakış açısı dikkate alınmaksızın ve somut olayın tüm diğer unsurları (ailenin yaşam düzeni, sosyal statüsü, kusurluluk, niyet ve diğer psikolojik ve sosyal etkenler vs.) dikkate alınmaksızın bağımsız bir değerlendirme yapılamaz. Şayet "ortalama insan", mirasbırakanın yerinde olsaydı yaşanan kötü olay nedeniyle mirasbırakanın derinden sarsılmasını haklı görebilecek idi ise, fiilin aile bağlarını koparıcı nitelikte olduğu sonucuna varılmak gerekir. Yoksa somut olayın koşullarından bağımsız olarak genel bir toplumsal yargı ile veya hâkimin kendi içsel değer yargılarıyla hareket edilmemelidir[293]. Bu nedenle, hâkim sıra itibariyle öncelikle mirasbırakanın sübjektif etkilenişinin ağır olup olmadığını, daha sonra bu etkilenişin somut olayın tüm özellikleri dikka-

---

[293] Başka bir anlatımla somut olaydan bağımsız bir objektif değerlendirme yapılmaz; deyim yerindeyse, sübjektif öğeler bağlamında objektif bir değerlendirme söz konusudur. Aynı yönde, Gubser, **a.g.e**, s.84; Bellwald, **a.g.e**, s.32, dn.1; karş. Dural/Öz, **a.g.e**, s.202. *Dural/Öz*'ün verdiği örneğe göre, bir kimse, eşinin zina yapmasından hiç etkilenmemekte, hatta evlilik dışı ilişkinin varlığını bilmesine rağmen ses çıkartmamaktadır. Bu durumda hem aile hukukundan doğan sadakat yükümüne aykırılığın oluştuğundan, **hem de sadakat yükümünün objektif ölçüt gereği önemli ölçüde (ağır) ihlalinden söz edilebilir.** Bununla birlikte sübjektif ölçüt gerçekleşmemiş; yani somut olayda fiilen aile bağı kopmamıştır. Bu somut olay bakımından yapılacak zinaya dayanan bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu haklı olmayacaktır (**a.g.y**). Kanımızca bu değerlendirmede objektif ağırlık ölçütü tespit edilirken, genel toplumsal yargı anlaşyışıyla hareket edilmiştir. Oysa bizce hâkim, eşi zina yapan kimsenin bulunduğu psikolojik ve sosyal konumu temel alarak objektif bir ağırlık değerlendirmesi yapmalıdır. Başka deyişle bize göre, sübjektif olarak ağır bulunmayan bir eylemin objektif olarak ağır bulunması -hukuk tekniği anlamında- "imkânsızdır". Zira mirasbırakan olay nedeniyle derinden etkilenmemiştir ki, etkilenmenin haklılığını değerlendirebilelim.
MK m.510 hükmü ile paralel düzenlemeye yer veren BK m.244/ b.1–2 hükmünün uygulandığı yargı kararlarında, olayın niteliklerinin, kapsamının ve "özellikle vahamet derecesinin" gözetilerek ağırlık değerlendirilmesi yapılması gerektiği yönünde: 1.HD 5.10.2005, 9758/10438 (**HukukTürk**); 2.HD 21.3.1985, 2422/2744 (**HukukTürk**); 2.HD 22.12.1975, 9323/9539 (**HukukTürk**)..
Yine benzer bir kararda ailesel yüküm ihlalinin "ehemmiyetli surette" olması gerektiğine vurgu yapan 2.HD, 17.4.2002 tarih, 4200/4921 sayılı kararında, somut olayda oğluna iki adettaşınmazını bağışlayan anne, bu cömertliğine karşılık, oğlunun kendi rızası olmaksızın iki ineğini sattığını ve parasını kendisine vermediğini, kendi haberi olmaksızın ev eşyalarını alarak evini boşalttığını ve taşındığını, ağır hakaretlerde bulunduğunu iddia etmiştir. Buna karşılık Yargıtay, bir yandan ihlalin vahim olması gerektiğini belirtmiş, ama diğer yandan da davacının ailesel yüküm ihlalini ispatlayamadığına karar vermiştir (**Kazancı**-MK). Eğer bu olaylar ispatlanamamışsa, zaten ağırlık değerlendirmesine gerek yoktur. Eğer bu olaylar sabit ise, ergin kimsenin evden ayrılmasında hukuka aykırılık olmasa bile, diğer davranışları MK m.322 hükmünden doğan saygı yükümünün ihlali niteliğindedir. Şu halde ağırlık değerlendirmesi yapılması gerekir. Yargıtay ise ağırlık değerlendirmesinde, sübjektif ölçütü (annenin bu olay karşısındaki yaralanışını) hiç dikkate almamış, yalnızca objektif bir ağırlık değerlendirmesi yapmış ve onu da yanlış yapmıştır. Zira genel bir bakış açısıyla, toplumun genel düşüncelerine göre bir ağırlık değerlendirmesi yapılmaz. Yargıtay hâkimleri, o annenin yerinde olsalardı, bu olaylar sebebiyle, annenin ağır yaralanmasını haklı görürler miydi, buna bakılmak gerekirdi. Gelgelelim kararda annenin yaşadığı üzüntü konusunda hiçbir veri yoktur. Değerlendirme ise, diğer karar metinlerinde de aynen yer alan birbirinin aynı cümlelerden oluşmaktadır.

te alındığında objektif olarak da haklı görülüp görülemeyeceğine karar vermelidir[294] Öyleyse objektif ölçüt, sübjektif ölçütün tamamlayıcısı niteliktedir; yoksa sübjektif ölçütten tamamen bağımsız ve ayrı bir kıstas olarak değerlendirilmemek gerekir.

4. Aile Bağını Koparıcı Ağırlığı Belirlemeye Yarayan Alt Ölçütler

Aslında yukarıda belirtilen ağırlık unsurunu belirleyen iki temel ölçüt (sübjektif ve objektif ağırlık) değerlendirilirken, bu başlıkta belirttiğimiz alt ölçütler dikkate alınmak gerekir. Somut olayda ağırlık unsurunun mevcut olup olmadığını araştırmakla yükümlü olan hâkime, gerek sübjektif olarak mirasbırakanın olaydan etkilenişinin, gerekse objektif açıdan bu etkilenmenin haklı görülüp görülemeyeceğinin tespiti açısından, burada incelemekte olduğumuz alt ölçütler yol gösterici olacaktır. Başka deyişle alt ölçütler, temel ölçütlerin (sübjektif ve objektif ağırlığın) tespitinde rol oynarlar. Fakat temel ölçütlerin aksine, bütün alt ölçütlerin gerçekleşmiş olması şart değildir.

a. Mirasbırakan, çıkarılan ve/veya diğer zarar görenler arasındaki kişisel ilişkilerin türü ve derecesi

Aile hukuku yükümünün yerine getirilmemesinin önemli ölçüde olup olmadığının belirlenmesinde mirasbırakan ile çıkarılan arasındaki ailesel ilişkinin türü, derecesi, özellikleri ve yoğunluğu önem taşır. Mirasbırakan, kural olarak, daha yakın bir hısımına göre, uzak bir hısımı ile daha az sıkı bir aile bağı içerisindedir[295]. Bunun aksi de mümkün olabilir. Yine doğrudan mirasbırakana karşı yöneltilen bir fiil, mirasbırakanın bir hısımına yöneltilen fiile göre mirasbırakanı, kural olarak, daha çok etkiler[296]. Bir aileye üye kişiler arasında görüşme olup olmaması[297], ilişkinin süreklilik

---

294 Nitekim öğretide de, çıkarmaya konu olayın aile bağlarını koparıp koparmadığının saptanmasında, fiilin objektif ölçüte göre ağırlığından daha çok, sübjektif ölçüte göre ağırlığına (mirasbırakanın fiili algılayışına) önem verilmesi gerektiği kabul edilmektedir: Escher, **Art.477**, N.8; Ickowicz, **a.g.e**, s.44; Schweri, **a.g.e**, s.112; Stadler, **a.g.e**, s.37; Tuor, **Art.477**, N.17; Bellwald, **a.g.e**, s.20; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; Gubser, **a.g.e**, s.29, 37.

295 Nitekim bizzat kanun koyucu dahi, aile hukuku yükümlerini belirlerken, yakın ve uzak hısımlar arasında varsaydığı bir bağlılık ölçütüne göre yükümlüler çevresini ya da yükümün koşullarını farklı olarak düzenlemektedir. Örneğin yeğenin nafaka yükümlülüğü yok iken, altsoyun nafaka yükümlülüğü bulunmaktadır. Kardeşin nafaka yükümlülüğü ise refah durumunda olmasına bağlanmıştır. Ayrıca bkz. Escher, **Art.477**, N.6, 16, 19, 22; Tuor, **Art.477**, N.18; Stadler, **a.g.e**, s.18; Piotet, **SPR IV/1**, s.422.

296 Escher, **Art.477**, N.6, 16, 19, 22; Tuor, **Art.477**, N.18; Stadler, **a.g.e**, s.18; Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Gubser, **a.g.e**, s.32.

arz edip etmemesi, aile bireyleri arasındaki yakınlığın (bağlılığın) derecesi, gerek çıkarmaya konu hukuka aykırı davranışın türü ve yoğunluğu, gerekse bu davranışın yaratacağı etki ve sonuçlar açısından farklı farklı değerlendirilecektir[298]/[299].

Son olarak belirtelim ki, geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin varlığı için, kural olarak, mirasbırakanın mutlaka fiili gerçekleştiren saklı paylı mirasçıyla görüşmeyi kesmiş olması bir koşul değildir[300]. Meğer ki ihlalden sonra dahi ihlalde bulunan mirasçıyla görüşmeye devam etmek, somut olayın tüm koşulları birlikte değerlendirildiğinde mirasçılıktan çıkarmanın ağırlık unsurunu ortadan kaldırıyor olsun.

---

297 *Gubser*, fiilen aile üyeleri arasında görüşme olmamasına neden olan kişinin mirasçı olması halinde, mirasçılıktan çıkarmanın koşullarının gerçekleşebileceğinden söz etmekte ise de, bu konu "ağırlık" bahsinden ziyade bir aile hukuku yükümü ihlalinin varlığı ile ilgilidir (**a.g.e**, s.32).

298 Stadler, **a.g.e**, s.48; Escher, **Art.477**, N.8; Weimar, **Art.477**, N.12; Bellwald, **a.g.e**, s.27; Gubser, **a.g.e**, s.32. Örneğin, mirasbırakanın düşünceli ve saygılı bir birlikteliği paylaştığı ilişkideki kaba bir davranış, sıradan bir ilişkideki kaba bir davranıştan daha farklı değerlendirilmek gerekir.

299 *Gubser*, fiili anlamda ailesel ilişkinin kurulmamış olmasının, gerek mirasbırakanın gerekse mirasçının karşılıklı ilgisizliğinden ya da birbirlerinden ayrı yaşam sürmesinden kaynaklanıyor olması halinde, mirasçının işlediği fiilin mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturacak ağırlıkta olamayacağı görüşündedir. Yazar, kanun gereğince fiili bir ailesel ilişki yürütülüp yürütülmediğine bakılmaksızın, mirasbırakanın ölümü ile miras kendiliğinden mirasçıya intikal ettiği halde (*Verfangenheitsprinzip*), bunun tam aksine olarak, mirasçılıktan çıkarmada ailesel ilişki yürütülüp yürütülmediğinin (görüşmenin) önem taşımasını eleştirmektedir. Zira fiilen ailesel ilişkinin kurulmamış ya da devam etmiyor olması, mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsurunun gerçekleşmesini engelleyebilecektir. Yazara göre, fiilen kurulmamış ya da hiç oluşmamış bir ailesel ilişkide, hatta bunda mirasçının hiçbir kusuru olmasa bile, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün sınırlanması (eş deyişle bu görüş çerçevesinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerli olamaması) hakkaniyete uygun değildir (**a.g.e**, s.33).
Gubser, çözüm olarak Avusturya Medeni Kanununda yer alan *Pflichtteilsminderung* (saklı payın azaltılması) sisteminin (ABGB §773a), bazı değişikliklerle İsviçre Hukukuna alınmasını *de lege ferenda* önermektedir (bkz, **a.g.e**, s.222 vd). Biz de bu çıkarma modelinin hukukumuza alınması gerektiğini savunmuştuk. Bu konudaki değerlendirmelerimiz için bkz. §1.III.A.3 ve ayrıca bkz. §2.II.C.2.a.(4).
Bununla birlikte *Gubser*'in yürürlükteki hukuk açısından savunduğu görüşe bütünüyle katılamıyoruz. Zira bu görüşün en temel aksayan yönü, "fiilen bir ilişki yoksa mirasçılıktan çıkarma da haksızdır" sonucuna otomatik olarak varmasıdır. Örneğin bir babanın küçük yaşta evden ayrılan ve uzun yıllardır hiç görüşmedikleri oğlu, kardeşini öldürdüğünde, mirasbırakan babanın evlat acısıyla ağır derecede sarsılması, fiilen görüşmemeye rağmen bir gerçektir. Bu acı, objektif olarak da ağır görülebilir. Babası ile hiç görüşmese de kardeşini öldüren bir çocuk, bununla ailesel bağa nasıl ağır bir zarar verdiğini en azından öngörmektedir. Suç işlenmiştir. Çıkarmanın bütün koşulları vardır. Belki bazı durumlarda işin niteliği gereği ihlal oluşmayabilir. Örneğin saygı yükümü, zaten arada saygıyı gerektirecek ve ihlale uğrayacak ilişki mevcut olmadığından ihlal edilemez. Ama pekâlâ bir çocuğun aşırı derecede kötü bir davranışı hiç görüşmediği babasının onurunu kırma ile sonuçlanabilir. Burada bir konuyu daha ayırt etmek gerekir: Eğer çocuk babasını hiç tanımıyorsa, bu durumda çocuğun aile bağlarını koparma iradesinden (arzu, bilinç veya en azından öngörüsünden) söz edilemeyeceği için kanımızca mirasçılıktan çıkarmayı gerektiren bir unsur (aile bağını koparıcı irade ya da kusur) eksikliği nedeniyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufu haklı olmaz. Bu ise ayrı bir konudur. Zira hiç görüşmüyor olma ile birbirlerini hiç tanımıyor olma farklı olgulardır.

300 Weimar, **Art.477**, N.11. Görüşmeyi sürdürme (iletişim) ile af olgusunun farklılığına ileride değinilmektedir. §4.I.B.1.

b. Sosyal statü, değer yargısı, ahlak anlayışı

Aile yükümü ihlalinin ağırlığının saptanmasında aradaki ailesel ilişkinin özelliği ve niteliği önem taşır. Yine fiili işleyen mirasçının ve mağdur olan mirasbırakanın ya da onun başkaca bir aile üyesinin karakteri, toplumsal düzeyleri ve toplum içerisindeki yerleri, yaşantıları, özellikleri, kişisel geçmişleri önem taşır[301]. Mirasbırakanın veya yakınların/aile üyelerinin yaşanan somut olay karşısındaki ahlak anlayışları, gelenekleri, bakış açıları, düşünce yapıları, ilkeleri vb. hesaba katılmak zorundadır.

Özellikle mirasbırakan ile mirasçı arasındaki ilişkinin niteliği çok önemlidir[302]. Hakaret, saygısızlık, küfür gibi kötü söz ve davranışlar bakımından mirasbırakanın ve çıkarılanın bulunduğu sosyal çevre, fiilin ağırlığının çok ya da az olduğunun saptanmasında dikkate alınmalıdır. Hâkim fiilin hangi koşullar altında, nasıl ve kime karşı işlendiğini göz önünde bulundurmak zorundadır[303].

c. Çıkarılanın kusurunun rolü

Kusur[304], fiilin ağırlığını belirlemede rol oynar. Bu bakımdan kusurun derecesi, mirasçılıktan çıkarmaya konu fiilin ağırlığını artıran ya da azaltan bir etkendir[305]. Mirasçı-

---

301 Karara konu olan bir olayda torununu mirasçılıktan çıkaran dedenin, eski bir bakan olması, ölümüne kadar aktif politikayı sürdürmüş ve köşe yazarlığı yapmış olması ihlalin ağırlığının belirlenmesinde rol oynamıştır. Özellikle torunun dedesinin akli maluliyeti olduğu gerekçesiyle kısıtlanmasını talep etmesinin basına yansıması, karardaki sosyal statü değerlendirmesini ön plana çıkarmıştır: 2.HD 30.3.1976, 2467/2802 (**HukukTürk**). Federal Mahkeme bir kararında mirasçının dolandırma teşebbüsü karşısında fiili (sübjektif olarak) ağır bulan mirasbırakanın içinde bulunduğu zayıf ya da mütevazı ekonomik durumu, ağırlık unsurunu belirlemede (objektif) bir ölçüt olarak kullanmıştır: BGE 73 II 208.

302 Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Escher, **Art.477**, N.8; Tuor, **Art.477**, N.18, 26; Ickowicz, **a.g.e**, s.51; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.450, 462; Bellwald, **a.g.e**, s.27; Bessenich, **Art.477**, N.13; Weimar, **Art.477**, N.12 vd; Gubser, **a.g.e**, s.32; BGE 48 II 1922, s.434. Sözgelimi, eğer bir ailede karşılıklı hakaret ve saygısızlık içeren söz ve davranışlar, olağan bir yaşam tarzı niteliğinde ise, sosyal statü mirasçılıktan çıkarmanın ağırlığını azaltan bir rol oynar. Böyle bir aile yapısında hakaret veya saygısızlık nedeniyle mirasçılıktan çıkarmaya başvurmanın dürüstlük kuralına aykırı olacağı görüşünde: Baydar, **a.g.t**, s.40, dn.94.

303 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.460.

304 Birinci mirasçılıktan çıkarma nedeninde fiilin *kasten* ya da *taksir*le işlenmesi hallerinin suçun manevi unsurunu oluşturduğuna, failin ceza sorumluluğunu tayin eden kusurluluk öğesinin ise, yeni eğilime göre, suçun unsuru olmaktan çıkarıldığına değinmiştik. Suçun varlığı için kastın gerektiği hallerde kasıt yoksa ya da taksirli suçlarda taksir söz konusu değilse, zaten artık fiilin objektif açıdan aile bağını koparıcı ağırlıkta olup olmadığını tartışmamıza gerek kalmaz. İkinci çıkarma nedeninde kusur araştırması yapılıp yapılmayacağı ise aile hukukuna göre her bir yüküm açısından ayrıca tartışılması gereken bir konu olmakla birlikte, miras hukuku açısından mirasçılıktan çıkarma yaptırımı uygulanacaksa, ihlalin kusurlu olması aranacaktır.

lıktan çıkarmaya konu fiili gerçekleştiren mirasçının, fiili işlerken güttüğü amaç, niyet ya da düşünce, aile bağlarını koparıcı ağırlığın belirlenmesinde rol oynar[306]. Aile bağına zarar veren fiili işlemeye yönelik iradedeki istenç (motivasyon) ne kadar yüksekse, ağırlığın belirlenmesinde o kadar çok rol oynar. Olayda mirasçının *ağır kusurunun* varlığı, kendiliğinden aile bağlarını koparıcı ağırlığın varlığı anlamına gelmeyeceği gibi, kusurun ihmal boyutunda olması da kendiliğinden aile bağlarını koparıcı ağırlığın söz konusu olmadığı değerlendirmesine hak sağlamaz. Her somut olay kendi koşulları içinde değerlendirilir.

MK m.510/b.1 açısından, suçu işlemedeki kusurlu iradenin yoğunluk düzeyinin, aile bağlarını koparıcı ağırlığı belirlemesi dışında, mirasçılıktan çıkarma açısından özellikli bir iradenin varlığı daha söz konusudur[307]. Bu özellikli irade, suç işlenirken aile bağını sarsma amacı ya da öngörüsü veya farkındalığı ile hareket etmek olarak nitelenebilir. İşte aile bağlarına zarar verici iradenin şiddeti veya derecesi de elbette ayrıca rol oynayan bir etken olacaktır[308]. Mirasçılıktan çıkarma açısından, suç işlemedeki iradeye, aile bağına zarar verme iradesi de mündemiç olmalıdır.

Mirasçılıktan çıkarma hukuku öğretisindeki baskın görüşe göre[309], MK m.510/b.1 hükmünde suç işlenmiş olması arandığına göre fiili işlemedeki kusurlu iradenin kasten

---

305 Örneğin ihmal neticesinde bir aile hukuku yükümünün yerine getirilmemesi durumunda bir ihlal vardır. Ancak somut olaya göre ihmalin hafif olması, bizi ihlalin mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılacak ağırlıkta olmaması sonucuna götürebilir.

306 Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Stadler, **a.g.e**, s.46; Tuor, **Art.477**, N.23–25; Escher, **Art.477**, N.13–14; Brühlmeier, **a.g.e**, s.66; Nobs, **a.g.e**, s.24; Beck, **a.g.e**, s.71 vd; Tongsir, **a.g.t**, s.26; Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.62; Bellwald, **a.g.e**, s.19; Köprülü, **a.g.e**, s.282; Gubser, **a.g.e**, s.34; Weimar, **Art.477**, N.12; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.373. Aynı yöndeki bir Yargıtay kararında, mirasçının kötü tutumlarını **inatla** sürdürmesine ve **sırf üzüntü vermek için** "hatıra değeri" taşıyan mirasbırakana ait eşyayı alıkoymasına vurgu yapılmıştır: 2.HD 30.3.1976, 2467/2802 (**HukukTürk**).

307 Bkz. §2.II.A.1.b.(3).(b).

308 Fail, sırf mirasbırakana veya onun yakınına karşı bir acı yaşatmak iradesi ile hareket etmişse, aile bağlarını kopartma kastından söz edilecektir. Fail-mirasçının aile bağını kopartmayı hedef alan bir niyeti (kastı) olmamakla birlikte, dikkatli ve özenli hareket etseydi, aile bağını koparacak davranıştan kaçınabilecek idi ise, ihmal suretiyle aile bağı zarar görmüş olur.

309 Berki, **a.g.e**, s.42; Köprülü, **a.g.e**, s.283, dn.302; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200–201; Kılıçoğlu, **Miras**, s.165; Öztan, **a.g.e**, s.120. *Berki*'ye göre, örneğin saklı paylı mirasçı, kastı olmaksızın mirasbırakanın eşini veya annesini öldürmüşse, bu fiil çıkarma sebebi teşkil etmez (**a.g.e**, s.42).
Kural olarak mirasçılıktan çıkarmayı gerektiren fiil kasıtlı olarak işlenmiş olması gerektiği yönünde: Piotet, **SPR IV/1**, s.419. Ancak istisnai hallerde mirasçılıktan çıkarma için, bir kusur türü olarak ihmalin yeterli olacağı görüşünde: Bellwald, **a.g.e**, s.11. Mirasçılıktan çıkarma için "*ağır kusurun*" varlığını

işlenmiş olması gerekir. MK m.510/b.1 kapsamında kastın koşul olduğunu savunanlar arasında, taksir ile işlenen suçların mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmayacağını ifade edenler de bulunmaktadır[310]. Bir başka görüşe göre ise[311] taksir şayet bilinçli ise mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılabilir. Kanımızca Ceza Kanununa göre taksirle işlenen suçlar da MK m.510/b.1 kapsamında mirasçılıktan çıkarmaya konu olabilir ve somut olayın koşullarına göre ağırlık unsurunu gerçekleştirebilir. Ağırlık unsuru, yalnızca failin kusurlu iradesinin türüne veya derecesine göre belirlenmediği için, tüm somut olay koşulları değerlendirilmeden peşin bir yargıya varmak isabetli olmaz.

MK m.510/b.2 açısından, aile hukuku yükümüne aykırı davranışta bulunan mirasçının, bu davranışta bulunurken sahip olduğu hukuka aykırı iradenin derecesi de, elbette

---

arayan *Tongsir*, ağır kusurun objektif olarak değil, sübjektif olarak takdir olunacağını ifade eder (**a.g.t**, s.20).

310 Kılıçoğlu, **Miras**, s.165; Öztan, **a.g.e**, s.120; benzer şekilde Hatemi, **a.g.e**, §9, N.41. Öztan, (**a.g.y**) verdiği örnekte, saklı paylı mirasçının kendi kullandığı otomobili ile yaptığı kazada mirasbırakanın en sevdiği torununun ölümüne neden olması halinde, saklı paylı mirasçının bu kazada kastı söz konusu olmadığı için, mirasçılıktan çıkarılamayacağı sonucuna varmıştır. (Benzer örnek ve değerlendirme için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.y**). Bu çözüm kanımızca hemen kolaylıkla kabul edilemez. Örneğin aşırı sürat, alkollü olma gibi durumlarda sorun özellik taşıyabilir. Yeni Ceza Kanununda trafik kazaları için bilinçli taksir hali bakımından ağırlaştırıcı bir düzenlemeye gidilmiştir. Öte yandan MK m.510/b.2 gereğince de aile hukuku yükümü ihlali somut olayda araştırılmak gerekir.
Örneğin, küçük torunun emniyet kemerinin bağlı olup olmaması, otomobilin arkasında oturuyor olup olmaması ve özellikle trafik kazalarının yoğun olduğu Türkiye'de bu konudaki özensizliğin ve dikkatsizliğin faturasının ölüm ya da sakat kalma gibi hayati önem taşıyan sonuçlar doğurması karşısında "trafik kazaları mirasçılıktan çıkarma nedeni olmaz" görüşü, bize isabetli gelmemektedir. Kanun, 510. maddede kusurun türünden bahsetmemiştir. Bu nedenle "kast halinde çıkarma caiz, taksir halinde caiz değil" demek için yeterli veri yoktur. Eğer mesele, kusurun derecesinin mirasbırakan üzerinde bıraktığı etki (ağırlık) bağlamında ele alınacaksa, o halde trafik kazasındaki dikkatsizliğin, **kasıt söz konusu olmadığı gerekçesiyle mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmayacağına değil**, **mirasbırakan açısından aile bağlarını koparıcı nitelikte bir ağırlık söz konusu olmadığı için** mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmayacağına bakmak gerekir. Diğer taraftan, 90 km hız sınırlamasının olduğu bir karayolunda keyfi bir şekilde 150 km hızla gittiği için ölümlü kazaya sebebiyet veren bir saklı paylı mirasçıyı ıskat edememek, bize makul, adil, vicdani bir düşünce tarzı gibi gelmemektedir.
Türkiye'ye özgü benzer örnekleri artırabiliriz: Oğlunun düğününde havaya ateş açan babanın tüfeğinden çıkan kurşunlardan biri sekerek küçük kızının ölümüne neden olduğunda, babanın aslında kızını öldürmek gibi bir kastı yoktur. Bu durumda yukarıdaki görüşe katılacak olursak, ölen kızın annesi kocasını mirasından çıkaramayacaktır. Adaletsiz sonuçları önlemek için peşin hükümlü hukuki yorumlardan kaçınmak, somut olayın özelliklerini ön plana çıkarmak gerekir. Ayrıca değinelim ki, birlikte kusurun varlığı halinde farklı çözüme varmak gerekir. Örneğin trafik kazası örneğinde, mirasbırakanın kendisi de aynı otomobilde ise ve oğlunun hız yapmasına ses çıkarmamışsa, kazadan sağ kurtulduktan sonra bu nedene dayanarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunması karşısında, birlikte kusur olgusu, mirasçılıktan çıkarmanın geçersizliğine yol açabilir. Keza ikinci örnekte baba havaya ateş ederken anne de, halay çekmeye devam ediyor ve havaya ateş açılmasına ses çıkarmıyorsa, durum aynıdır.

311 Bellwald, **a.g.e**, s.11; Piotet, **SPR IV/1**, s.419; Gubser, **a.g.e**, s.26; Baydar, **a.g.t**, s.26–27.

ihlalin önemli ölçüde olup olmaması (yani aile bağını temelinden sarsıcı ya da koparıcı ağırlıkta olup olmaması) değerlendirmesinde rol oynayacaktır[312].

d. Birlikte kusurun ve üçüncü kişilerin kusurunun rolü

Gerek fiilden zarar gören mirasbırakanın gerekse mirasbırakanın yakınının veya bir aile üyesinin ya da suçun kendisine karşı işlendiği bir üçüncü kişinin, mirasçı tarafından işlenen suça etki eden ve nedensellik bağını kesmeyen birlikte kusurları[313], fiilin ağırlığının tespitinde rol oynar ve birlikte kusurun aile bağını koparıcı ağırlığı ne ölçüde etkilediğini hâkim takdir eder[314]. Ayrıca, birlikte kusur ile suçun işlenmesi ya da aile yükümünün ihlali arasında nedensellik bağı bulunmak gerekir[315].

Somut olayın koşullarına bakıldığında mirasçının gerek suç işleme, gerekse aile hukuku yükümlerini yerine getirmeme şeklindeki davranışlarında mirasbırakanın birlikte kusuru söz konusu ise, bu durum, aile bağlarını koparıcı ağırlığın etkisini azaltan bir rol oynar[316]. Zira birlikte kusuru bulunan mirasbırakanı etkileyen fiilin ağırlığı "kural olarak" daha azdır ve bu koşullar altında yine "kural olarak" mirasçılıktan çıkarma haklı olmaz[317]. Mirasbırakanın suçun işlenmesine asli fail olarak, azmettiren ya da

---

312 Aile hukuku yükümü ihlallerinin büyük çoğunluğunda ihlalin niteliği gereği **aile bağlarının sarsılması ya da kopması bilinci**, failin iradesinde zaten mündemiçtir. Bkz. §2.II.A.2.c.

313 Örneğin, imkânı olduğu halde sırf nefret duyguları ile nafaka borcunun ödenmemesinde, kusur derecesi kasttır. Mirasçı, aile bağının kopuşunu bilerek isteyerek gerçekleştirmektedir. Örneğin başkalarını dolandıran, uyuşturucu ticaretine karışan bir kimse, belki savcı olan babasının onurunu kasten kırmak maksadıyla hareket etmiyordur. Fakat en azından bu davranışları ortaya çıktığında aile onurunun ağır bir şekilde zedelenmiş olacağı bilincine sahiptir. Bu bilinç, aile bağının kopmaması için gereken özen ve dikkati göstermeme biçiminde ortaya çıkmaktadır.
Eğer Medeni Hukuk terimi olarak birlikte kusur, nedensellik bağını kesecek düzeyde ise, ceza normlarına göre de suçun unsurlarının oluşmamış olabilir. Fakat bu durumu Ceza Hukuku kuralları belirler.

314 Bessenich, **Art.477**, N.6; Gubser, **a.g.e**, s.31; Bellwald, **a.g.e**, s.14; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.310; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.177.

315 Baydar, **a.g.t**, s.27.

316 Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Bessenich, **Art.477**, N.6, 13; Bellwald, **a.g.e**, s.14; Ickowicz, **a.g.e**, s.48; Weimar, **Art.477**, N.14; Schüpbach, **a.g.m**, s.217 (Bessenich, **Art.477**, N.6'dan naklen); Antalya, **Miras**, s.216; Baydar, **a.g.t**, s.27, 40.

317 Öğretide bazen, birlikte kusur halinde doğrudan sonuca varılarak, mirasçılıktan çıkarmanın caiz olmayacağı ifade edilmektedir: Bu yönde bkz. Escher, **Art.477**, N.6; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.462; Oğuzman, **a.g.e**, s.212. Ancak bu konuda ihtiyatlı olmak gerekir. Zira istisnai hallerde söz konusu olacak olsa bile, birlikte kusurun varlığına rağmen, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu haklı görülebilir. Örneğin failin hareketinin ağırlığı karşısında, birlikte kusurun rolünün çok küçük olduğu bir olayda, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun caiz olmaması sonucuna otomatik olarak ulaşmak adalet duygumuzu rahatsız edebilir. Hakaret, sövme ve kötü davranışların, karşılıklı olarak olağan davranış tarzında

yardımcı kişi sıfatıyla katıldığı hallerde, mirasçılıktan çıkarmaya izin verilemeyeceği kabul edilmektedir[318]. Her ne kadar bir Medeni Hukuk kavramı olan "birlikte kusur" şeklinde nitelenmese de ceza normları uyarınca kusuru kaldıran ya da cezada indirim sebebi olan bazı hallerin varlığı mirasçılıktan çıkarmanın ağırlık unsurunu azaltan bir rol oyanayabilir. Örneğin suçun haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi (haksız tahrik) altında işlenmesi (TCK m.29) veya cebir, şiddet, tehdit ve korkutma altında (TCK m.28) suçun işlenmiş olmasında durum böyledir.

Mirasbırakanın, özellikle bakım-gözetim-yetiştirme yükümlerine aykırı davranması veya çocuğa kötü örnek oluşturması, önemli ölçüde ise, bu durum mirasçılıktan çıkarmanın haklı olmadığı noktasında çok güçlü bir rol oynar[319]. Bununla birlikte sıra

---

süregittiği bir ailede birlikte kusurun ağırlık unsurunu azaltacağı yönünde: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.460. Bu durum birlikte kusur teşkil etsin ya da etmesin, aile içi sosyal ilişkilerin düzeyi her zaman ağırlık değerlendirmesinde dikkate alınır. Bir Yargıtay kararına göre, eşlerin birlikte kusuru ile bir huzursuzluk doğmuş ve boşanma davası açılmış olması çıkarma nedeni oluşturmaz: HGK 30.09.1964, 2–1027/601 (**AD** 1965, s.930). Ayrıca bkz. HGK 15.5.2002, 2–333/397 (**HukukTürk**). Aksi yöndeki bir Yargıtay kararına göre *"(k)üfür karşılıklı olsa bile yasal yükümlülüklerin ağır kusur oluşturacak şekilde zedelenmesi sonucunu doğurur (eMK m.258 – yeni MK m.510)*": 2.HD 17.5.1999, 3421/5223 (**HukukTürk**). *Baydar*, bu karardan yola çıkarak mirasbırakanın birlikte kusuru karşısında, mirasçının davranışının daha fazla kınanması gerektiği hallerde mirasçılıktan çıkarmanın haklı olabileceğini belirtir (**a.g.t**, s.27–28). Bu ifadeye katılmakta isek de, anılan kararda birlikte kusur değerlendirmesi yapılmadığı gibi, karşılıklı küfürleşmeye rağmen, neden yalnızca bir taraf için ağır yüküm ihlali sonucuna varıldığı kararda açıklanmamıştır.

318 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.460; Tongsir, **a.g.t**, s.24; Baydar, **a.g.t**, s.28. Mirasbırakanın suça katılmış olması halinde, dürüstlük kuralının da mirasçılıktan çıkarmaya engel olacağı yönünde: Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Baydar, **a.g.t**, s.28.

319 Baba, oğluna kötü örnek olmuş, çocuk yetişme koşulları aile içinde uygulanan fiziksel ya da psikolojik şiddetten olumsuz etkilenmişse, babanın birlikte kusurundan söz edilir. Anne babanın çocuğu yetiştirmek yükümünü ihlali (MK m.340), çocuğun anne babasının sözünü dinlemek, aileyi terk etmemek yükümlerinin ihlaline (MK m.339) sebep olmuşsa, çocuğun mirasçılıktan çıkarılması, birlikte kusurun ağırlığı nedeniyle oldukça güçleşmiştir (Örnek Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.463'den alınmıştır).
Çocuk yetişme psikolojisi içerisinde kendisine kötü örnek olan babasını izlemişse, mirasbırakan olan babanın büyük tasarruf özgürlüğünü daha fazla korumanın dayanağı kalmamıştır: Bessenich, **Art.477**, N.13.
"Farz edelim ki; iki kardeşten veya karı, kocadan biri uzun süren bir hastalığa tutulmuş, diğeri (…) onun yardımına koşmamış ve gerek şahsen gerekse bir doktorun müdahalesini temin suretiyle yapabileceği müzaheretten istinkâf etmiş, bilahare de bu vaziyetin tamamen aksi hadis olmuştur. Bu defa kendisine yardım yapılmayan kardeş veya karı, koca da öbürüne yardım ve müzaherette bulunmaktan kaçınmıştır. Böyle bir halde hiç biri diğeri aleyhine karşılıklı olarak yerine getirmedikleri ailevi vazife ve mükellefiyetleri ıskat sebebi olarak ileri süremez. Zira bu vaziyette her birinin diğerine karşı yapmayı esirgediği yardım ve müzaheretten kendisine karşı yapılmamış olmasından rencide olduğunu iddia eylemeye hakkı yoktur": Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.463.
Haksız yere çocuğunu evden kovan baba, sonradan ekonomik olarak zor duruma düştüğünde, ona yardım etmeyen çocuğunu mirasçılıktan çıkaramamalıdır: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.463. *Çubukgil*'e göre, "*çocuk kanunun kendisine tahmil ettiği mükellefiyetleri yerine getirmemiş ve aile vazifelerini ifasında bir **kusur** işlemiştir. Fakat bu ailevi vazifelerin yerine getirilmemesine ana ve*

dışı sayılabilecek birlikte kusurlar da dikkate alınsaydı, pratik açıdan mirasçılıktan çıkarma olanaksız hale gelirdi. Çünkü mirasçının her bir hukuka aykırı davranışı, aslında temellerini çocukluk evresinde psikolojisinin şekillenmesinde, yetişme koşullarında ve sosyalleşme sürecinde bulur[320].

Mirasçının fiili kendilerine karşı işlediği *mirasbırakanın yakını veya aile üyesi olan kimselerin birlikte kusuru* da işlenen suçun veya aile hukuku yükümü ihlalinin ağırlığını, kural olarak, azaltabilir[321]. Keza üçüncü kişiye karşı işlenen suçun, bir aile hukuku yükümü ihlali teşkil etmesi halinde, *mirasbırakana yabancı olan bu kişinin kusuru veya etkili davranışları* da fiilin ağırlığını azaltabilir.

Suçtan veya aile hukuku yükümü ihlalinden doğrudan doğruya zarar görmeyen üçüncü kişilerin, söz konusu hukuka aykırı fiilin işlenmesinde olumsuz etkisi varsa, bu durum da ağırlığı azaltıcı bir rol oynayabilir.

e. Çıkarılanın suç işlemedeki rolünün etkisi

Mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliği açısından, suç işleyen mirasçının söz konusu fiili tek başına veya iştirak halinde (TCK m.37) fail sıfatıyla veya azmettiren ya da yardımcı kişi olarak (TCK m.38, 39) işlemiş olması, kural olarak suçun oluşumu açısından fark etmez. Fakat somut olayın koşulları değerlendirilirken, fiilin hangi sıfatla işlendiği, çıkarmayı gerektiren ağırlığı ortaya koyan ya da azaltan bir etken olabilir. Örneğin, babasının parasını çalan iki çocuktan, parayı bizzat çalanın fiili, sadece gözcülük yapan kardeşine göre mirasçılıktan çıkarmayı gerektirecek ağırlığın oluşmasında daha etkendir.

---

*babanın müterafik kusuru sebep olmuştur. Ana ve baba uhdelerine düşen vecibeleri hakkıyla ifa etmiş olsalardı çocuk da bu **kusur** işlememiş olacağına göre, hâkim tarafından çocuğun **kusuru** hiçbir zaman ağır (büyük) telakki edilemez*" (**a.g.y**).

320 Gubser, **a.g.e**, s.31. Nitekim Yargıtay, birlikte kusurun varlığını gerekçe göstererek, mirasçılıktan çıkarma koşullarının oluşmadığı yolunda karar veren yerel mahkemenin kararını, "*çocuğun yetiştirilmesindeki kusurdan bahisle davanın reddedilmesi kanunumuzun sistematiğine aykırıdır*" gerekçesiyle bozmuştur. Bozma kararındaki "kanunun sistematiğine uymama" ifadesi isabetli olmamakla birlikte, eMK m.258 ile ilgili olan bu kararda çocuk, babasından para çalmış, babası adına üçüncü kişilerden para toplamış ve bu paraları yakışıksız yerlerde ve eğlence hayatında harcamıştı: 2.HD 30.9.1971, 5309/5424 (**HukukTürk**).

321 Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Escher, **Art.477**, N.6, 16, 19, 22; Tuor, **Art.477**, N.18; Stadler, **a.g.e**, s.18; Weimar, **Art.477**, N.14. Fiil nedeniyle mağdur olan mirasbırakan dışındaki kimselerin birlikte kusurunun olması halinde, bu davranışın mirasbırakana karşı ağır bir fiil olarak görülmesi de güçtür (Weimar, **a.g.y**).

f. Çıkarılanın kişisel durumunun etkisi

Burada kast edilen, mirasçının mirasçılıktan çıkarmaya konu fiili, içerisinde bulunduğu ve kendisine atfedilebilecek bir takım olumsuz koşullar nedeniyle işlemesi halidir. Örneğin, ekonomik güçlük içinde olmak, nevrozlu olmak[322], irade zayıflığı içinde olmak gibi[323]... Ayırt etme gücünü kaldırmayan söz konusu etkenlerin, ağırlığı azaltan faktörler olarak nazara alınıp alınamayacağı sorusu gündeme gelmektedir[324]. Kanımızca fail-mirasçının kusurunun ağırlığını artıran ya da azaltan etkenler ya da failin içinde bulunduğu kişisel durumu, aile bağını koparıcı ağırlığın saptanmasında rol oynayabilir.

g. Fiilin yakın, aile üyesi ya da üçüncü bir kişi üzerinde bıraktığı etkinin ölçüt olup olmayacağı

Çıkarılan, mirasbırakanın yakınına karşı bir suç işlemişse ya da mirasbırakanın aile üyesi olan bir kimseye karşı aile hukukundan doğan yükümünü yerine getirmemişse, ağırlık değerlendirmesinde fiilin "yakın" ya da "aile üyesi" ile çıkarılan arasındaki bağa yaptığı etkinin dikkate alınmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre[325], ağırlığın saptanmasında fiile maruz kalan yakının ya da aile üyesinin üzerinde fiilin bıraktığı etki hesaba katılmalıdır. Ancak bu durum filin mirasbırakanda yarattığı olumsuz etkinin dikkate alınmaması anlamına gelmez. Çıka-

---

322 Ayırt etme gücünü kaldıran akıl hastalıklarından birisi olmayan nevroz, en basit şekliyle "sıkıntı, iç çatışma, her türlü ilişki ve davranışlarda uyumsuzluk, beden görevlerine ilişkin yakınmalarla beliren sinir hastalığı" olarak tanımlanabilir (**Dictionnaire Larousse**, Ansiklopedik Sözlük, C.5, Milliyet, İstanbul, 1993–1994, s.1765).

323 İradeyi etkileyen haller arasında ayırt etme gücünü kaldıran haller bakımından, zaten sorumluluk ehliyeti ortadan kalkmış olacağından, mirasçılıktan çıkarma koşulları oluşmaz ve bu durumda ağırlık değerlendirmesine gerek kalmaz. Mirasçılıktan çıkarmayı gerektiren fiili işleyen mirasçının, sınırlı ehliyetsiz olmasının ağırlık unsurunu kaldırabileceği düşüncesinde: Şenocak, **a.g.m**, s.422.

324 Bir olayda aşırı derecede borçlanan çocuk, annesini ona ait taşınmazlar üzerinde kendi lehine rehin hakkı kurmaya zorlamış, bu isteği anne yerine getirmiş, ancak anne borçlar ödenmeyince taşınmazları kaybederek ekonomik açıdan zor duruma düşmüş ve bu sebeple oğlunu mirasçılıktan çıkarmıştır. Federal Mahkeme, oğulun sözleşmesel yükümlülüğe aykırı davrandığını, buna karşılık annenin de bakım ve gözetim yükümüne aykırılığının olduğunu tespit etmiştir. Çocuğun kişisel durumuna yoğunlaşan mahkeme, çocuğun irade zayıflığı ve aşırı ölçüde dengesiz bir yapıda olduğunu ve bunun da önemli ölçüde eksik yetişmiş bir kişiliğe sahip olmasından kaynaklandığını saptamıştır. Bu özelliklerin mirasçının sorumluluğunu kaldırdığı sonucuna varmıştır (BGE 106 II 304, 310). *Gubser*, bu kararda çıkarılanın kişisel özelliklerinin mirasçılıktan çıkarma bakımından rolünün değerlendirilmesinde, hangi sınırlar içinde hareket edileceği noktasındaki endişesini dile getirmekte ve kararı eleştirmektedir. Zira bu yaklaşımla mirasçılıktan çıkarma tasarruflarının geçerlilik alanları iyice daraltılmış olabilir (**a.g.e**, s.35).

325 Bellwald, **a.g.e**, s.27 ve 32, dn.1; Nobs, **a.g.e**, s.27; Weimar, **Art.477**, N.14.

rılanın kötü davranışı doğrudan mirasbırakanın kendisine karşı yapılmış olmasa da, bu fiil elbette mirasbırakanın bakış açısıyla değerlendirilecektir. İşte bu değerlendirmede fail ile mağdur arasındaki ilişki tamamen göz ardı edilemez. Özellikle de mirasbırakanın mağdur ile olan ilişkisi bizzat fail aracılığıyla gerçekleşmekteyse. Kötü davranışın doğrudan fiile katılanlar arasındaki ilişkiyi çok ağır derecede etkilememesi durumunda, bu davranışın mirasbırakana karşı ağır bir fiil olarak görülmesi de artık güçtür. Bu görüşe göre mirasçı, mirasbırakanın aile üyelerinden birisine karşı aile hukukundan doğan yükümünü önemli ölçüde yerine getirmemiş olmasına rağmen, söz konusu aile üyesi bu davranış nedeniyle rencide olmamış ya da kendisine bu davranışta bulunan mirasçıyı sonradan bağışlamış olabilir. Buna rağmen mirasbırakanın bu olay nedeniyle derinden sarsılmış olması sebebiyle sübjektif ölçüt gerçekleşmiş sayılsa bile, objektif ölçüt bakımından kural olarak koparıcı ağırlığın gerçekleşmediği sonucuna varılacaktır. Çünkü mirasbırakan, bu davranış kendisine karşı yapılmış olan aile üyesinden daha fazla bu davranışa üzüldüğünü ya da bu davranış nedeniyle rencide olduğunu ileri süremez[326].

Karşı görüşe göre[327] ise, mirasçılıktan çıkarma için mirasbırakanın aile üyesinin kendisine karşı yapılan davranış nedeniyle derinden sarsılmasını aramak gerekmez. Aile üyesi ister etkilensin isterse etkilenmesin, sübjektif ağırlık ölçütü olarak yalnızca mirasbırakanın olay nedeniyle derinden sarsılmış olması önem taşır. Aile üyesi olaydan etkilenmese dahi mirasbırakan derinden etkilenmiş (sübjektif ağırlık ölçütü gerçekleşmiş) olabilir. Bununla birlikte mirasbırakanın olaydan etkilenişi ortalama insanların bakış açısıyla, onlar mirasbırakanın yerinde olsalardı haklı bulunabilecek olmalıdır. Başka deyişle objektif ağırlık ölçütü de gerçekleşmiş olmalıdır. Bu koşullar varsa, ayrıca aile üyesinin sübjektif algısına göre de fiilin ağırlığını aramak, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü kısıtlama noktasında kanunda öngörülmeyen yeni engeller ortaya çıkarmak olur[328].

---

326 Stadler, **a.g.e**, s.48; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.467. Örneğin, mirasbırakanın oğlunun toleranslı eşi, kendisine yapılan sadakatsizliğe önem vermezse, eşine olan sadakatsizliğinden ötürü, mirasbırakan oğlunu mirasçılıktan çıkaramaz: Weimar, **Art.477**, N.14.

327 Gubser, **a.g.e**, s.104.

328 Gubser, **a.g.e**, s.105. Yakınların ve aile üyelerinin mirasçıyı affetmesinin mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna etkisi bakımından da aynı tartışma söz konusudur. İleride bkz. §4.I.E.2.

Kanımızca yakının ya da aile üyesinin olay nedeniyle derinden sarsılmış olması, mirasçılıktan çıkarma için ek bir unsur değildir. Fiilin sübjektif ağırlığı bakımından yalnızca mirasbırakanın şahsen olaydan etkilenmesine bakılmalıdır. Buna karşılık yakının ya da aile üyesinin olay nedeniyle derinden sarsılmış olması, mirasçılıktan çıkarma için aranan objektif ağırlık ölçütünün tayininde rol oynayabilir[329]. Belki çoğu olayda yakının ya da aile üyesinin derinden sarsılmamış olması karşısında, mirasbırakan için de objektif olarak aile bağlarını koparıcı bir ağırlıktan söz edilemeyeceği sonucuna varılabilir[330]. Ancak bu değerlendirme her somut olay bakımından mutlak uygulanacak genel geçer bir ölçüt ve doğrudan bir sonuç olarak kabul edilemez. Öyle olaylar yaşanabilir ki, yakın ya da aile üyesi olaydan etkilenmese bile mirasbırakan ağır derecede etkilenebilir ve bu etkilenme de ortalama bir insan bakışıyla haklı görülebilir.

Şayet fiil yakın olmayan üçüncü bir kişiye karşı işlenmişse, üçüncü kişide yaratılan etki de dikkate alınacak mıdır? Bu ihtimalle ancak üçüncü kişiye karşı işlenen bir suçun, doğrudan doğruya mirasbırakana ya da dolaylı olarak onun aile üyesine karşı bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturması durumunda karşılaşılabilir[331]. Bu ihtimalde mirasçılıktan çıkarmanın haklı olabilmesi için ilk koşul, mirasbırakanın, üçüncü kişinin mağdur olduğu bu olayı sübjektif olarak ağır bulmasıdır. İkinci koşul ise, fiilin objektif olarak da ağır olmasıdır. İşte tam da bu noktada suça konu fiile maruz kalan yabancı üçüncü kişinin fiilden ağır derecede etkilenmesi, mirasbırakanın da fiilden etkilenişini sübjektif ve objektif açıdan ağırlaştırıcı bir faktör olabilir[332].

---

329 Bu durumda ortalama insanlar mirasbırakanın yerinde olsaydı, somut olayın tüm koşulları, failin niyeti, kusurluluğu, sosyal statü vs. öğeler yanında ayrıca aile üyesi ya da yakının olay nedeniyle önemli ölçüde etkilenmesi ya da etkilenmemesi bir arada incelendiğinde, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun haklı olup olmayacağı noktasında objektif bir değerlendirme yapılacaktır.

330 Öte yandan mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan yararlanan mirasçılar ya da vasiyet alacaklısı, yakın ya da aile üyesi olan kişinin fiil nedeniyle önemli ölçüde etkilenmemiş olmasına rağmen, mirasbırakanın bu olaydan ağır derecede etkilendiğini (sübjektif ağırlık ölçütünü) ispatlamakta güçlük çekeceklerdir. Bu ispatlansa bile fiilin objektif olarak da ağır görülmesi gerekir.

331 Zira üçüncü kişilere karşı, söz konusu olmayan bir aile hukuku yükümü ihlal edilemez. Suçun yakın olmayan üçüncü bir kişiye karşı işlenmesi ise, birinci çıkarma nedeninin oluşmasını engeller.

332 Örneğin mirasçı çok fakir bir aileyi dolandırmış ve dolandırılan kişi bunalıma girerek intihar etmiştir. Burada belki sıradan bir dolandırma olsaydı, mirasçısını bağışlayabilecek veya aile bağını büsbütün koparmayacak olan mirasbırakan, olayın üçüncü kişideki yarattığı ağır etki karşısında, derinden yaralanmış ve basında çıkan haberlerle aile onuru kırılmışsa, onun mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunması haklı görülebilir. Keza aynı örnek üzerinden gidersek, fiili işleyen torun olsaydı ve olay nede-

5. Suçun Ağırlığının Belirlenmesinde Ceza Hukuku Ölçütlerinin Bağlayıcı Olmayışı

Suçun ağırlığının belirlenmesinde Ceza Hukuku ölçütleri uygulanmaz[333]. Bir suçun ağır olup olmadığının belirlenmesinde Ceza Kanununun bu suça bağladığı ceza veya Ceza Hukukunun prensipleri rol oynamaz[334]. MK 510/b.1'deki "ağır" ifadesi Ceza Hukuku anlamında, örneğin "ağır cezalık suç" manasına gelecek şekilde kullanılmış değildir. Bilakis suçun ağırlığı Medeni Hukuk kuralları göz önünde bulundurularak tayin edilir. Ağırlık unsuru, verilecek cezada değil, fiilin niteliğinde aranmalıdır.

Öğretide de haklı olarak kabul edildiği üzere[335], MK m.510/b.1 hükmünde "ağır suç" (eski metindeki ifadesiyle "ağır cürüm") terimine yer verilmiş olması, mirasçılıktan çıkarma bakımından bu kavramın Ceza Hukukuna tabi olmaktan çıkararak Medeni Hukuk kavramı olmasına yol açmıştır. Bu kavram hukuk hâkimine yöneliktir. Suçun ağır olup olmadığını hukuk hâkimi, Ceza Hukuku kurallarıyla bağlı olmaksızın takdir edecektir[336].

---

niyle babanın onuru kırılsaydı, büyükbaba, aile üyesine (oğluna) karşı yüküm ihlalinin oluşması sebebiyle ağırlık koşulu da varsa, torunu için mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyebilirdi.

333 Tuor, **Art.477**, N.23–25; Escher, **Art.477**, N.13–14; Rohr, **a.g.e**, s.17; Nobs, **a.g.e**, s.24 vd; Beck, **a.g.e**, s.71 vd; Stadler, **a.g.e**, s.36; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.448; Tongsir, **a.g.t**, s.26; Ickowicz, **a.g.e**, s.42; Bellwald, **a.g.e**, s.18; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.176; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.309; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Köprülü, **a.g.e**, s.282, 283; Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.171; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601; Bessenich, **Art.477**, N.11; Gubser, **a.g.e**, s.37; İmre/Erman, **a.g.e**, s.234; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.174; Schüpbach, **a.g.m**, s.216 (Bessenich, **Art.477**, N.11'den naklen); Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.41; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.373; Ayan, **a.g.e**, s.147; Baydar, **a.g.t**, s.30; BGE 73 II 213; BGE 76 II 269. Ayrıca bkz. MK m.510 Madde Gerekçesi (www.tbmm.gov.tr).

334 Bu anlamda hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirme ya da ağır ceza mahkemesinin görevine girme önemli değildir. "Ağır suç" teriminin tarihi gelişimi için bkz. yukarıda §2.II.A.1.b.(1).

335 Piotet, **SPR IV/1**, s.418; Tongsir, **a.g.t**, s.20, 26; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.309; Escher, **Art.477**, N.13; Tuor, **Art.477**, N.23, s.181; Gubser, **a.g.e**, s.37. Ayrıca bkz. ve karş. Stadler, **a.g.e**, s.35 vd; Ickowicz, **a.g.e**, s.41 vd.
Ceza hukukundaki "ağırlık" anlayışı ile mirasçılıktan çıkarma hukukundaki ağırlık anlayışının farkı, şu örnekte açıkça görülebilir: "*Az miktardaki para için işlenen dolandırıcılık suçu mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilirken, zorunlu savunmanın sınırlarının aşılması suretiyle işlenen bir suç, miras hukuku bakımından cezasız kalabilir*": Escher, **Art.477**, N.13; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200; Bellwald, **a.g.e**, s.21–22.

336 BK m.53 gereğince hukuk hâkiminin, ceza hâkiminin kusura ilişkin değerlendirmesiyle bağlı olmayışı, gerek MK m.510/b.1 ve b.2 uyarınca aile bağlarını koparmaya yönelmiş iradenin tespiti açısından, gerekse fiilin ağırlığı unsurunun tespit edilmesi açısından, mirasçılıktan çıkarma kurumunda da uygulanacaktır. Bununla birlikte MK m.510/b.1 gereğince suç işlenmiş olması koşul olduğundan, hâkim suçun

"Suçun ağırlığı" kavramının, esnek nitelik taşımasının yanı sıra, takdirinin de hâkime bırakılması ve hâkimin Ceza Hukuku ile bağlı tutulmaması yerinde olmuştur[337]. Çünkü suçluyu mirasbırakana bağlayan aile sevgisini sarsarak, mirasbırakanı derin bir acı ve üzüntü içerisine düşüren bir fiil, aslında ceza mevzuatı uyarınca "ağır" bir yaptırıma tabi tutulmamış olabilir. Öte yandan ailesel bağı sarsmayan ve mirasbırakanı çok üzmeyen bir fiil, ceza mevzuatında ağır bir yaptırıma tabi tutulmuş olabilir[338].

6. İspat Sorunu

Çıkarma tasarrufundan yararlanan kişiler, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerliliğini ispat yükü altındadır (MK m.512/II). Bununla birlikte çıkarmadan yararlanan kimselerin, mirasbırakanın iş bu tasarrufu düzenlerken gerçekten çıkarmaya konu fiilden ağır derecede etkilendiğini ortaya koymaları, mirasbırakanın içerisinde bulunduğu psikolojik durumun ve olaydan etkilenişinin (sübjektif ölçütün) gerçekten de öyle olduğunu ispatlamaları oldukça güçtür. O nedenle, mirasbırakanın bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemesi durumunda, çıkarmaya konu ihlalin varlığı ispatlanmışsa ve objektif olarak da bu ihlalin mirasbırakanı ağır derecede etkilediği kabul ediliyorsa, artık mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun sübjektif olarak ağır olduğunun, yani mirasbırakanın gerçekten derinden yaralandığının kabul edilmesi gerekir. Böyle bir karine mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarması için yeterli olur[339]. Meğer ki karine, aksi ispat edilerek çürütülsün.

---

unsurlarını Ceza Hukukuna göre tayin etmek zorundadır. Yoksa **suçun varlığının tespiti açısından** BK m.53'deki prensipler uygulanamaz.

337 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.450. Yazarın da haklı olarak belirttiği üzere, "müteveffanın şerefiyle oynamak veya onun izzeti nefsini rencide etmek veya onda husule getirilen elem ve ıstırap esas olduğuna ve bunlarda gayet sübjektif şeyler bulunduğuna yani bir insandan diğer bir insana nazaran değişebilir olduğuna göre, bunların ağırlığının **doğrudan doğruya kanun tarafından değil de kanunun hâkime verdiği salahiyete müsteniden hâkim tarafından tayin ve tespiti şayanı tercihtir**" (**a.g.y**).

338 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.450. Elbette Ceza Hukukunda bir suçun ağırlığının belirlenmesine etki eden *ratio legis*, özellikle kamu düzeniyle ilintili çok daha farklı nedenlere ve saiklere dayanabilir. Öyleyse mirasçılıktan çıkarma yaptırımının gerekçesini oluşturacak bir fiili tayin ederken, salt Ceza Hukuku prensiplerini esas almak, bazen adaletsiz sonuçlara da yol açabilir. Zira mirasçılıktan çıkarma kurumunun amacını, Ceza Hukukundaki düzenlemelerin aksine, doğrudan doğruya kamu düzeni ile bağdaştıramayız. O kadar özdeşleşmez ki, bazen bir suçun sabit olması mirasçılıktan çıkarmaya yol açmazken, bazen zamanaşımı, af gibi nedenlerle cezası uygulanamaz hale gelen bir suç, mirasçılıktan çıkarma nedeni olmaya yeter görülebilir.

339 Gubser, **a.g.e**, s.36; BGE 55 II 164, 167.

C. ÖZEL OLARAK: CEZAİ ÇIKARMA AÇISINDAN SUÇ TİPLERİ İLE AİLE HUKUKU YÜKÜMÜ /YÜKÜMLÜLÜĞÜ TÜRLERİ

Buraya kadar suç işleme ve aile hukuku yükümü ihlaline dayanan çıkarma nedenlerinin temel unsurlarına ve ağırlık unsuruna değinildi. Bu bölümde mirasçılıktan çıkarma bağlamında, MK m.510/b.1 kapsamına girme potansiyeline sahip suç tiplerine ve MK m.510/b.2 kapsamına girme potansiyeline sahip aile hukuku yüküm türlerine özel olarak değinilecektir[340].

1. Suç Tiplerine Bakış

Ceza Kanunlarında tanımlanmış bulunan suç tipleri, kural olarak mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturma potansiyeline sahiptir. Ancak herhangi bir suç tipinin işlenmesi mutlaka mirasçılıktan çıkarma ile sonuçlanacak değildir. Mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsuru, suça konu her somut olayın aile ilişkilerine olan etkisine bağlı olacağına göre, aile bağını koparıcı "ağırlık" koşulunu bünyesinde taşıyan suçların hangileri olacağına dair tam bir liste vermek anlamlı ve mümkün değildir[341]. İşlenen suçun tipi ne olursa olsun (örneğin hırsızlık ya da adam öldürme), en önemli etken mirasbırakanın suça konu fiilden sübjektif etkilenişi olmakla birlikte, suçun tipi objektif olarak ağırlığın belirlenmesinde önem taşıyabilir. Kanımızca mirasbırakanın suça konu fiil nedeniyle derinden etkilenmesi (sübjektif ölçüt) ve suç tipi de dâhil olmak üzere somut olayın tüm özellikleri, failin iradesi, suçu işlemedeki rolü vb. tüm unsurlar bir arada ele alınmak suretiyle mirasçılıktan çıkarmanın objektif açıdan da haklı görülmesi (objektif ölçüt) durumunda cezai çıkarma haklı olabilir. Yoksa öğretide yapılan genel nitelikli açıklamalarda belirtildiği gibi[342] yalnızca suç tipinin değerlendi-

---

340 Burada bütün suç tiplerine tek tek yer vermek ve her birini mirasçılıktan çıkarma açısından değerlendirmek, incelemenin kapsamını ve amacını çok aşacaktır. Bu nedenle yalnızca mirasçılıktan çıkarma bakımından uygulamada sıkça rastlanılan suç tiplerine, Ceza Hukukuna girmeksizin, örnekleme yöntemi ile yer verilecektir. Buna karşılık ihtisas alanımızda yer alan, kapsamı çok daha geniş olan ve uygulamaya konu olan örnekleri de daha fazla olan aile hukuku yükümlerinin türlerine daha geniş yer verilecektir.

341 Tuor, **Art.477**, N.25; Escher, **Art.477**, N.13; Stadler, **a.g.e**, s.37; Bellwald, **a.g.e**, s.20; Gubser, **a.g.e**, s.52.

342 Öğretide bir görüşe göre, kasten adam öldürme, adam öldürme, cinsel saldırı, dolandırıcılık, nitelikli hırsızlık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, zimmet gibi suçlar, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilecek ağırlıktadırlar. Buna karşılık, "iftira, hakaret ve sövme, haksız suç isnadı, yalan yere şahitlik" gibi suçlar, "**bazı hallerde**" bir çıkarma nedeni oluşturabilirler: Stadler, **a.g.e**, s.38; Brühlmeier, **a.g.e**, s.66; Nobs, **a.g.e**, s.25; Ickowicz, **a.g.e**, s.44; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.448; Tongsir, **a.g.t**, s.26; Şener, **YD**, s.89; İmre/Erman, **a.g.e**, s.234; Bellwald, **a.g.e**, s.20. *Şener*' göre, hayata, vücut dokunul-

rilmesi ile bazı suç tiplerinin "kural olarak ağır" oldukları, bazılarınınsa "istisnaen ağır" olabilecekleri veya bazı suç tiplerinin "tartışmasız ağır" kabul edilmelerinin gerekeceği gibi sonuçlara varılamaz[343]. Belki yalnızca "suç tipinin" ağırlık unsurunu artırıcı ya da azaltıcı bir rol oynayabileceği söylenebilir.

Ekleyelim ki, bazen Ceza Kanununda failin işlediği suçtan pişman olması, sözgelimi malvarlığına karşı suçlarda zararı telafi etmesi (etkin pişmanlık), cezadan indirim sebebi olabilmektedir. Bu indirimin uygulanması için koşul olarak zarar görenin rızasının arandığı hallerde, zarar gören mirasbırakanın veya yakınının rıza göstermiş olması mirasçılıktan çıkarmanın ağırlığını kendiliğinden kaldıran bir durum olarak nazara alınamaz. Meğer ki etkin pişmanlık hali çıkarma için aranan sübjektif ya da objektif ağırlık ölçütünü kaldıran bir rol oynasın. Zira kamusal cezanın azaltılması başka, özel hukuk cezasının kaldırılması anlamına gelecek olan mirasçılıktan çıkarmanın geçersiz sayılması başkadır.

Aşağıda yargı uygulamasına konu olmuş ve öğretide de değinilmiş bazı suç tiplerine mirasçılıktan çıkarma boyutuyla değineceğiz.

Hayata karşı işlenen suçlardan kasten adam öldürme suçu (TCK m.81) ve bu suçun nitelikli halleri (TCK m.82)[344], somut olay koşulları saklı kalmak kaydıyla, karşılaşı-

---

mazlığına, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile şerefe karşı işlenen suçlar mirasçılıktan çıkarmayı gerektirir. Çünkü bunların **ağır suç** oldukları **tartışmasızdır** (**a.g.y**; **Miras Hak ve Payları**, s.173). Bu ifade, sanırız ki, maksadı aşmıştır. Yazara göre, "*takdir mahkemeye ait olmakla beraber yorum ve değerlendirmede maddenin amacından saptırılmamasına özen gösterilmelidir. Aksi halde, maddeyi dar görüşle uygulamak haksız yere ıskatlara, hoşgörü ölçüsünü kaçırmak ise, suç işleyenleri mükâfatlandırmaya yol açar*". Ayrıca bkz. HGK 15.6.1968, 1117/462 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.885). Yeni Türk Ceza Kanununun ifadesiyle örneğin ulaşım araçlarına veya sabit platformlara karşı işlenen suçların "*Medeni Kanunumuz anlamında ağır birer cürüm telakki olunamayacağı*" görüşünde: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.448. Ağırlık unsurunu doğrudan suç tipine bağlı olarak değerlendiren bu görüşe katılamıyoruz.
Sanırız ki öğretide suç tiplerini dikkate alarak yapılan bu riskli ayırımlar, açıkça belirtilmese de, aslında genel bir olasılık ifadesidirler. Yoksa bu değerlendirmelerin, sübjektif ölçütün aranmayacağı ya da objektif ağırlık bakımından diğer etkenlerin dikkate alınmayacağı anlamında kullanılmış olmadıklarını umuyoruz.

343 Aynı yönde Gubser, **a.g.e**, s.52, 53.

344 TCK m.82 gereğince "Kasten öldürme suçunun; a) Tasarlayarak, b) Canavarca hisle veya eziyet çektirerek, c) Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle, d) Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı, e) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, f) Gebe olduğu bilinen kadına karşı, g) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, h) Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla, i) (Ek: 29.6.2005 –

labilecek en ciddi cezai çıkarma nedenlerinden biridir. Burada özellikli bir duruma değinmek gerekir. Mirasbırakanı öldürme veya öldürmeye teşebbüs etme, aynı zamanda mirastan yoksunluk nedenidir (MK m.578/b.1). Mirasbırakanı öldürme halinde zaten işin niteliği gereği, mirasbırakanın bir çıkarma tasarrufu düzenleme olanağı kalmaz. Bununla birlikte mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs, MK m.510/b.1 unsurlarını da taşıdığından, bu nedenle bir çıkarma tasarrufu düzenlendiğinde mirasçılıktan çıkarma mı, yoksa mirastan yoksunluk hükümlerinin mi uygulanacağı sorunu ile karşılaşılır. Bir görüşe göre mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs mirastan yoksunluk nedeni olduğu için mirasbırakana yönelik olmakla birlikte MK m.578 kapsamında yer almayan suçlar ile mirasbırakanın yakınlarına karşı işlenen suçlar mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabileceklerdir[345]. Başka deyişle mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs bu durumda mirasçılıktan çıkarma kapsamında yer almayacaktır.

Buna karşılık, kanımızca, mirasbırakanın, tasarrufundan mirasçılıktan çıkarma yaptırımının uygulanmasını arzu ettiği, ya da miras hakkını kaybedecek olan mirasçının miras payı üzerinde tasarruf etmek istediği, ya da *ipso iure* gerçekleşen yoksunluk yaptırımı yerine kısmen mirasçılıktan çıkarma yaptırımını uygulamak istediği anlaşılmaktaysa, artık mirasbırakanın iradesine değer verilmek gerekir. Nitekim bu görüş, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün önünün açılması yönündeki modern eğilime de uymaktadır. Kaldı ki kanun koyucunun mirastan yoksunluk kurumunu ihdas ederken güttüğü amaç (*ratio legis*), mirasbırakanın saklı pay korumasına layık olmadığını son derece ağır kabul edilecek bir takım davranışlarla ortaya koyan mirasçısını, mirasın dışına itmek için artık bir tasarrufta bulunma olanağının kalmadığı durumlarda, mirasbırakanın varsayılan iradesine uygun şekilde bu kimseyi miras hakkından yararlandırmamaktır. Eş deyişle mirastan yoksunluk kurumu tamamlayıcı bir kurumdur. O

5377/m.9) Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle, j) Kan gütme saikiyle, k) Töre saikiyle, işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır".
Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.83), intihara yönlendirme (TCK m.84) suçları da cezai çıkarmaya konu olabilir.
Kanımızca, taksirle öldürme suçu da (TCK m.85), somut olay koşullarına göre, cezai çıkarmaya konu olabilir. Buna karşılık öğretideki hâkim fikrin aksi yönde olduğuna değinmiştik. Bkz. §2.II.A.1.b.(2).(c).

345 Hatemi, **a.g.e**, §9, N.41; Bellwald, **a.g.e**, s.21.

halde, eğer mirasbırakan aksine bir tasarruf yapıyorsa, mirasbırakanın bu iradesine değer verilmek gerekir[346]/[347].

Uygulamada vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçların[348], işkence ve eziyet suçlarının[349], cinsel dokunulmazlığa karşı suçların[350] ve bazı ciddi kabul edilebilecek hürriyete karşı suçların[351] cezai çıkarma nedeni oluşturabilmesi potansiyeli yüksektir. Çocuk düşürtme, düşürme ve kısırlaştırma suçları da (TCK m.99–101) cezai çıkarmanın sübjektif ve objektif ağırlık ölçütlerini taşımaları koşuluyla, çıkarma nedeni oluşturabilirler.

Uygulamada sıklıkla mirasçılıktan çıkarmaya konu olmuş ve ağırlık değerlendirmesine tabi tutulmuş suç tipleri arasında hakaret[352]/[353] (TCK m.125), iftira[354] (TCK m.267

---

346 Benzer yönde Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314, dn.31; ayrıca bkz ve karş. Gubser, **a.g.e**, s.54. Eğer mirastan yoksunluk halinde miras hesaplamasının mirasın reddinde olduğu gibi yapılacağı kabul edilirse, mirasbırakanı öldürme teşebbüsü halinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemek, tasarruf oranı hesaplaması bakımından önem taşıyabilir. Bununla birlikte biz mirastan yoksunluk halinde de hesaplamanın mirasçılıktan çıkarma gibi yapılması gerektiği düşüncesindeyiz: Bkz. §6.III.
Bir başka durum olarak, mirasbırakan, kendisini öldürmeye teşebbüs eden mirasçısının mirastan yoksun kalmasını istemiyor ise, bu mirasçının kendisini öldürme teşebbüsüne rağmen mirasa katılmasını arzu ettiğini açıkça tasarrufunda belirtmesinde yarar vardır. Gerçi mirastan yoksunlukta af bir şekil koşuluna bağlanmış değildir (MK m.578/son). Ancak mirastan yoksun olan kişiye yapılan tasarrufun geçersizlik yaptırımına uğraması riski oldukça yüksektir (MK m.578/I). Bunun önüne geçilmesi için, mirasbırakan tarafından yoksunluk konusu olayın affedildiği iradesinin ölüme bağlı tasarrufta yer alması ya da en azından bu konuda bir yazılı metin bırakılması büyük önem taşıyacaktır: Escher, **Art.540**, N.17; Rohr, **a.g.e**, s.59; Schwander, **Art.540**, N.27; Gubser, **a.g.e**, s.54–55.

347 Mirasbırakanın, gelecekte gerçekleşmesini beklediği mirasçılıktan çıkarma nedeni için şarta bağlı mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapılabileceği görüşü (bkz. §2.V.A.2) kabul edilirse, mirasbırakanı kasten öldürme de mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna konu olabilir. Aksi halde zaten olanaksızdır.

348 Vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar; kasten yaralama (TCK m.86), neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (TCK m.87), ihmali davranışla işlenen kasten yaralama (TCK m.88), taksirle yaralama (TCK m.89) ve TCK m.90, 91 hükümlerinde sayılan diğer suçlardır. Yaralama suçunun taksirle işlenmesi durumunda somut olayın özellikleri, istisnai durumlarda da olsa, cezai çıkarmayı haklı kılabilir. Bu nedenle doğrudan bu suçun MK m.510/b.1 kapsamı dışında kalacağını savunmak yerinde olmaz.

349 İşkence (TCK m.94), neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence (TCK m.95) ve eziyet (TCK m.96) suçları bu kapsamdadır.

350 Cinsel saldırı (TCK m.102), çocukların cinsel istismarı (TCK m.103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m.104), cinsel taciz (TCK m.105).

351 Hürriyete karşı işlenen suçlardan özellikle, tehdit (TCK m.106), şantaj (m.107), cebir (m.108), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m.109), eğitim ve öğretimin engellenmesi (m.112), inanç, düşünce ve kanaat hürriyetini engellenmesi (m.115), çıkarmayı gerektirecek ağırlıkta görülebilir.

352 Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak hakaret suçunu oluşturmaktadır. Bu suçun cezasını hafifleten unsurlar, cezai çıkarmadaki ağırlık unsurunu azaltıcı bir rol oynayabilir. Örneğin hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak veya kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde ceza indirilmektedir. Yine hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde hâkim cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçebilir (TCK m.129/I ve II).

vd.) ve yalancı tanıklık (TCK m.272)[355] suçları da bulunmaktadır. Bu suçlar, somut olay koşullarına göre çıkarma için aranan ağırlık unsurunu gerçekleştirebilir.

Yalnızca mirasbırakanın veya yakınlarının kişisel bütünlüğüne yönelik suçlar değil, aynı zamanda bu kişilerin malvarlığı değerlerine karşı işlenen suçlar da mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir[356]. Malvarlığına karşı suçlar arasında özellikle hırsızlık (TCK m.141)[357], yağma (TCK m.148), mala zarar verme (TCK m.151), hakkı olmayan yere tecavüz (TCK m.154), güveni kötüye kullanma[358] (TCK m.155), bedelsiz

---

TCK m.127 gereğince "isnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır (f.1) İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilir (f.2)". TCK m.128 gereğince ise "Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir". TCK m.127 ve 128 hükümlerinde belirtilen hallerin varlığı durumunda suçun oluşmadığı kabul ediliyorsa, mirasçılıktan çıkarma açısından ağırlık unsurunun değerlendirilmesine gerek kalmaz; aksi kabul ediliyorsa, bu kere bu haller, ağırlık unsurunu ortadan kaldıran durumlar olarak nazara alınabilir.

353 Babanın haram yediği ve iş yerinde fuhuş yaptırdığı, namuslu kazanç sağlamadığı için kızıyla kimsenin evlenmediği gibi suçlamalar: HGK 19.6.1987, 2–604/539 (**HukukTürk**) ve 2.HD 21.11.1985, 8686/9709 (**HukukTürk**). Hakaret suçundan mahkûmiyetin, MK m.510/b.1 ve BK m.244/ b.1–2 koşullarını oluşturması: 1.HD 11.3.2004, 1670/2671 (**HukukTürk**); benzer karar, 1.HD 28.3.2005, 3357/3643 (**HukukTürk**). Ayrıca bkz. İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.373, 374.
Federal Mahkeme, mirasçının mirasbırakanı hırsızlıkla itham etmesini ağır bir suç olarak görmemiş, buna karşılık söz konusu hareketi, aile hukukundan doğan yükümleri önemli ölçüde yerine getirmeme kapsamında mirasçılıktan çıkarma sebebinin gerçekleştiğine hükmetmek suretiyle yine de mirasçılıktan çıkarmayı geçerli saymıştır: BGE 76, II, 265.

354 TCK m.125 gereğince, yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesi durumunda iftira suçu oluşur.

355 TCK m.273 gereğince: "Kişinin; a) Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması, b) Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması, halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir (f.1). Birinci fıkra hükmü, özel hukuk uyuşmazlıkları kapsamında yapılan yalan tanıklık hallerinde uygulanmaz. (f.2)". Bu hüküm, fail-mirasçının, hükümde sayılan aile üyelerini korumak amacıyla ve fakat mirasbırakan veya yakınları aleyhine yalancı tanıklık yapması durumunda, mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsurunu azaltan bir durum olarak nazara alınamaz. Zira "şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep" ayrı, cezai çıkarmadaki ağırlık ayrıdır.

356 Escher, **Art.477**, N.13; Bellwald, **a.g.e**, s.22; Gubser, **a.g.e**, s.53; Ülkü, **a.g.m**, s.53–54, dn.25. Farklı görüşte Stadler, **a.g.e**, s.38.

357 2.HD 11.2.1974, 777/832 (**HukukTürk**). Olayda hırsızlık suçu oluşmasına rağmen, fiilleri aile hukuku yükümü ihlali çerçevesinde ele alan bir karar: 2.HD 30.9.1971, 5309/5424 (**HukukTürk**).

358 2.HD 13.5.1996, 4486/4986 ve aynı olaya ilişkin HGK 21.5.1997, 2–161/445 (**HukukTürk**).

senedi kullanma (TCK m.156), dolandırıcılık[359] (TCK m.157) suçları[360]; uygulamada sıklıkla mirasçılıktan çıkarmaya konu olabilecek potansiyele sahiptir. TCK m.167 gereğince[361] yağma ve nitelikli yağma suçları hariç olmak üzere, bazı hısımlar arasında işlenen malvarlığına karşı suçlar, "şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep" olarak düzenlenmiştir. Ancak bir fiilin Ceza Hukukuna göre cezalandırılamaması, bu fiilin mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmasını engellemez[362].

Sahtecilik (TCK m.197–210), ihaleye fesat karıştırma (TCK m.235), ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (TCK m.239) vs. gibi suçlar nedeniyle, özellikle mirasbırakan ya da yakınlarının zarar görmesi durumunda, bu suçlar cezai çıkarmaya konu olma potansiyeline sahip olurlar.

---

359 İsviçre Federal Mahkemesi, bir oğlun babasını binlerce Frank dolandırma teşebbüsünde bulunmasını mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılan ağır bir suç olarak kabul etmiştir. Kararda mirasbırakanın bu fiili ağır bulması, özellikle mirasbırakanın içinde bulunduğu mütevazı ekonomik koşullar karşısında yerinde görülmüştür: BGE 73 II 208; ayrıca bkz. Bellwald, **a.g.e**, s.22. Federal Mahkemeye göre, çocuk teşebbüs aşamasında kalan bu hareketi gerçekleştirmiş olsaydı, baba bu fiili ağır bulacak olmalıdır: "*Sein Vater musste den versuch um so stärker empfinden, als er in bescheidenen Verhältnissen lebte*". Bu karara göre teşebbüs aşamasında kalan fiillerde, fiile teşebbüs olgusunun ağır bulunması değil; fiil gerçekleşseydi, fiilin ve buna bağlı ortaya çıkabilecek sonuçların ağır bulunacak olması bir koşul olarak aranmaktadır. Şayet kastedilen, fiil gerçekleşseydi mirasbırakanın derinden sarsılmayacağı hallerde, teşebbüsün de ağır görülemeyeceği ise, esasen bu zaten doğal bir sonuçtur. Eğer kastedilen, teşebbüs olgusunun ağır bulunmasının yeterli olmayacağı, fiil gerçekleşseydi, bu fiilin de ağır bulunacak olmasının koşul olduğu ise, bu ek bir ağırlık unsuru daha getirmek olur. Kanımızca teşebbüs aşaması ağır görülüyorsa, artık ayrıca „fiil gerçekleşseydi, ne olurdu?" değerlendirmesine gerek kalmaz.

360 Malvarlığına karşı suçlarda cezayı artıran ya da azaltan haller için bkz. Hırsızlıkta; TCK m.142–147, yağmada; TCK m.149, 150, mala zarar vermede; TCK m.152, dolandırıcılıkta; TCK m.158, 159. Diğer malvarlığına karşı suç tipleri için bkz. TCK m. 160–166.

361 TCK m.167: "Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz (f.1). Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir (f.2)".

362 Aynı yönde, Ülkü, **a.g.m**, s.53–54, dn.25. Kaldı ki, bu fiillerin MK m.510/b.2 anlamında da mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturma olasılığı yüksektir. Karara konu olan bir olayda Yargıtay, çocuğun babasından para çalmasının, bu kişilerin ararlarındaki yakınlık nedeniyle (Eski TCK m.524; yeni TCK m.167) **suç oluşmayacağına** ve fakat bu fiilin ahlaka aykırı niteliğini koruyacağına, sonuç olarak MK m.510/b.2 kapsamında mirasçılıktan çıkarma nedeninin gerçekleştiğine karar vermiştir: 2.HD 30.9.1971, 5309/5424 (**HukukTürk**). TCK m.167 gereğince çocuk ile baba arasındaki söz konusu yakınlık cezasızlık halidir; yoksa kararda yer alan "suçun oluşmadığı" yolundaki tespit isabetsiz olmuştur. Olayda hem MK m.510, b.1 hem de b.2 koşulları mevcuttur.

Zimmet (TCK m.247), irtikâp (TCK m.250), rüşvet (TCK m.252), görevi kötüye kullanma (TCK m.257) gibi suçlar ise, uygulamada daha çok bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturmaları halinde cezai çıkarmaya konu olma potansiyeline sahip olabilirler. Öte yandan kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak[363] (TCK m.191), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m.188) suçları bakımından da bu durumun bir aile hukuku yükümü oluşturmasını aramak gerekir. Zira bu suç tipleri, kural olarak ya da çoğunlukla, mirasbırakana ya da onun bir yakınına karşı işlenmiş değildir.

Türk Ceza Kanununda ayrıca bazı aile hukukundan doğan yükümlere aykırılık halleri için de suç tipleri yer almaktadır. Birden çok evlilik, hileli evlenme[364] (TCK m.230), çocuğun soybağını değiştirme (TCK m. 231), kötü muamele[365] (TCK m.232), aile hukukundan kaynaklanan yükümün ihlali[366] (TCK m. 233), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması[367] (TCK m. 234), Türk Ceza Kanununda aile düzenine karşı suçlar olarak sayılmıştır. Farklı bölümlerde düzenlenen, terk[368] (TCK m.97), yardım veya bildi-

---

363 Aslında uyuşturucu kullanmanın hangi aile hukuku yükümünü ihlal edeceği sıkıntılı bir konudur. Örneğin somut olay koşullarına göre, hâkim, uyuşturucu kullanmanın aile onurunu gerçekten ihlal edip etmediğini takdir etmelidir. İhlal olduğuna kanaat getiren hâkim, bu kere çıkarma için aranan ağırlık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalıdır.

364 Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptırmak, kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptırmak, gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptırmak, bu madde kapsamındadır.

365 Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunmak, idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanmak bu madde kapsamındadır.

366 Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümünü yerine getirmemek; hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk etmek; ana veya babanın, velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokmaları; çocuğun kaçırılması ve alıkonulması bu madde kapsamındadır.

367 Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısımının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması; kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutmak bu madde kapsamındadır.

368 Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk etmek bu madde kapsamındadır.

rim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi[369] (TCK m.98) suçları, aile hukuku ile doğrudan ilişkilidir. Öte yandan fuhuş[370] (TCK m. 227), dilencilik[371] (TCK m.229), hayâsızca hareketler (TCK m. 225), müstehcenlik (TCK m. 226) gibi suçlar da bir yanıyla aileyi bir yanıyla toplumu ilgilendirmektedir. Kural olarak bu suçlar, mirasbırakana ve yakınlarına karşı işlenmeleri halinde[372], çıkarma için aranan ağırlık unsurunu taşımak kaydıyla, her iki bende (MK m.510/b.1 ve 2) göre de çıkarma nedeni oluşturabilirler.

2. Aile Hukuku Yükümlerine ve Yükümlülüklerine Bakış

Aile hukukundan kaynaklanan bütün yükümler, önemli ölçüde bir ihlale konu olmaları kaydıyla, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturma potansiyeline sahiptirler. Fakat zamana, yere ve bireylere göre değişen değer yargıları, hangi davranışların MK m.510/b.2 kapsamına girdiğini önceden kesin bir şekilde belirlemeyi olanaksız kılar[373]. MK m.510/b.2 kapsamına giren aile hukuku yükümlerinin tespitinde, yalnızca dar anlamda aile (çekirdek aile) bireylerinin değil, geniş anlamda aile bireylerinin birbirlerine karşı yükümleri anlaşılmalıdır[374].

Yerine getirilmemesi durumunda mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilecek olan aile hukukundan doğan yükümleri, ana-baba ve çocuk arasındaki ailesel ilişkiden,

---

369 Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmemek ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmemek bu madde kapsamındadır.

370 Çocuğu fuhşa teşvik etmek, bunun yolunu kolaylaştırmak, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi olmak, bu madde kapsamındadır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır (f.1). Bir kimseyi fuhşa teşvik etmek, bunun yolunu kolaylaştırmak ya da fuhuş için aracılık etmek veya yer temin etmek. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır (f.2). Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimsenin fuhşa sevk edilmesi, Ceza Hukuku açısından ağırlaştırıcı nedendir (f.4). Bu suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, Ceza Hukuku açısından ağırlaştırıcı nedendir (f.5). Ayrıca bkz f.6.

371 Çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanmak, bu madde kapsamındadır. Bu suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi, Ceza Hukuku açısından ağırlaştırıcı nedendir (f.3). Ayrıca bkz f.3.

372 Fuhuş, dilencilik, hayâsızca hareketler ve müstehcenlik vb. suçların, mirasbırakana veya yakınına karşı işlenmesi durumunda her iki bende (MK m.510/b.1 ve b.2) göre de ihlal oluşabilir. Meğer ki fiil, çıkarmayı gerektirecek ağırlıkta görülmesin. Ancak bu suçlar üçüncü kişilere karşı işlenmişse, bu kere birinci bende göre değil, ikinci bende göre bir ihlal olup olmadığına bakılmak gerekir.

373 Ülkü, **a.g.m**, s.45.

374 Weimar, **Art.477**, N.6–7; Kılıçoğlu, **Miras**, s.165–166.

evlilik birliğinden ve geniş aile birliğinden (aile topluluğundan) kaynaklanan hukuksal yükümler olarak ortaya çıkar. Ayrıca, burada mirasçılıktan çıkarma açısından evlilik dışı yaşam birlikteliği ilişkisine de yer vermek gerekir[375]. Ekleyelim ki kişilik hakkına saygı gösterme yükümü, yalnızca genel bir kişiler hukuku kuralı değil (MK m.24; ZGB Art.28), aynı zamanda çocukların, altsoyun, ana-babanın (MK m.322; ZGB 272), eşlerin (MK m.185; ZGB 159) [376] hatta kanımızca tüm geniş aile bireylerinin aile hukukundan doğan özel bir yükümüdür.

a. Anne ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkiden doğan yükümler ya da yükümlülükler

Ana-baba ile çocuk arasındaki yükümlüklükler soy bağına ilişkin hükümlerden, velayete ilişkin hükümlerden ve evlilik birliğine ilişkin hükümlerden kaynaklanır.

(1). Destekleme (Yardım etme), saygı, anlayış ve aile onurunu koruma

Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu[377] gözetmekle yükümlüdürler (MK m.322)[378]. Genel bir hukuk ilkesi niteliğindeki MK m.322 (ZGB Art.272) hükmünde anne-baba ve çocuklar arasındaki ilişkide söz konusu yükümden hangi so-

---

375 Weimar, **Art.477**, N.5, 6; Piotet, **SPR IV/1**, s.419.

376 Weimar, **Art.477**, N.6.

377 4721 sayılı MK m.322 ile madde kapsamına alınan "aile onurunu koruma yükümü", kaynak ZGB Art.272 hükmünde yer almamaktadır.

378 "Aile fertlerine ilişkin kısmen, hatta daha çok ahlaki nitelik taşıyan bazı mükellefiyetler, aynı zamanda hukuki bir mükellefiyet haline getirilmiştir": Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.y**. Katıldığımız görüşe göre MK m.322 (ZGB Art.272) hükmündeki bu yükümler, süreklilik arz eder ve velayetten, aile başkanının sorumluluğundan veya çocuğun yaşından bağımsızdır. Hatta çocuk ergin olup ana-baba ile ortak yaşam sürmeyi sona erdirse dahi devam eder: Ingeborg Schwenzer, in **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2006 **Art.272**, N.2; Bellwald, **a.g.e**, s.48; Gubser, **a.g.e**, s.66; Şener, **YD**, s.93–93; 2.HD 3.6.1997, 4428/6340 (**HukukTürk**). Kanunun sözüne değil özüne göre yorum yapılmalı, bu maddenin kapsamına ergin çocukların yanı sıra kardeşlerin de girdiği kabul edilmelidir: Şener, **YD**, s.93–93; BGE 76 II 265; 106 II 304.
Öte yandan MK m.322 (ZGB Art.272) hükmündeki bu yükümler, anne-babanın bakım yükümüne, velayete, çocuk mallarına ve hatta yardım nafakasına ilişkin hükümlerde somutlaşır: Bellwald, **a.g.e**, s.41.

rumluluğun doğacağı konusu düzenlenmemiştir. Ancak söz konusu hakların ve yükümlerin mirasçılıktan çıkarma alanında oldukça önemli sonuçları bulunmaktadır[379].

Destekleme (yardım etme) yükümü, anne-baba ve çocukların birbirlerini gerek ahlaken ve ruhsal açıdan gerekse parasal, ayni ya da hizmet olarak maddi açıdan desteklemek ve birbirlerine anlayış göstermekle yükümlü olmalarını[380] ifade eder. Gereken durumlarda kendisinden talep edilmesine rağmen söz konusu aile üyelerinin gerekli maddi ya da manevi yardımı göstermekte ihmal göstermesi mirasçılıktan çıkarmaya konu olabilir[381]. Bununla birlikte destekleme ve yardım yükümü, yükümlü olan anababanın ya da çocuğun[382] olanakları ve ailenin standartlarıyla sınırlıdır[383].

---

379 Schwenzer, **Art.272**, N.1; Gubser, **a.g.e**, s.66–67; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.318; Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.91. ZGB Art.272 hükmünde (MK m.322'de) sözü edilen hakların ve yükümlerin bu genel ilke niteliği ile ne dava edilebilir ne de cebri icra konusu edilebilir olduğu, buna karşılık bu yükümlere aykırılığın mirasçılıktan çıkarma alanında önemli sonuçlar doğurduğu yönünde: Gubser, **a.g.e**, s.67. Ayrıca bkz. Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.455; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.312; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Dural/Öz, **a.g.e**, s.201–202; İmre/Erman, **a.g.e**, s.235; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.375; Çakın, **a.g.m**, s.526.
Serozan, MK m.322 hükmünün hâkimin takdirine alabildiğine açık ve gevşek bir hüküm olduğunu belirtir. Bu "afakî ve soyut yönerge" daha çok başka kuralların yorumlanmasında ve boşluk doldurmada kullanılacaktır (**a.g.y**). Gerçekten cezai mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin Yargıtay uygulamasının neredeyse % 90'ı MK m.322 hükmüne dayanır ve dahası, bu kararlarda maalesef genel nitelikli ifadelerle yetinilip, ihlalin unsurları olması gerektiği gibi gerekli tüm detaylarıyla irdelenmez. Böylece özellikle MK m.322 hükmünün, MK m.510/b.2 kapsamında değerlendirilmesinde, hâkim adeta vicdanına göre karar verir bir konuma getirilmiştir.

380 Schwenzer, **Art.272**, N.3; Gubser, **a.g.e**, s.67; Bellwald, **a.g.e**, s.42. Örneğin söz konusu kişiler hastalık halinde birbirlerine maddi ve manevi destek vermek zorundadırlar.
Ana-baba ile çocuk birbirlerine karşı, yardım nafakası (MK m.364) için gereken koşullar olmasa dahi destekleme ve yardım etme ile yükümlüdürler (Bellwald, **a.g.e**, s.42). Mirasçılıktan çıkarma için mutlaka nafaka yükümlülüğünün koşullarının gerçekleşmiş olması aranmaz. Nafaka koşulları olmasa bile, destekleme yükümüne aykırılığın kusurlu ve önemli ölçüde olması halinde mirasçılıktan çıkarma haklı olabilir. Fakat nafaka koşullarının mevcut olmaması, somut olay koşullarına göre ağırlık unsurunu azaltıcı bir rol oyanayabilir.

381 Escher, **Art.477**, N.18; Gubser, **a.g.e**, s.67. Malul ana-babaya yardım edilmemesi, mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılabilir. Buna karşılık *Şener*, malul ana-babanın **ortak konuta alınmamasının** mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılacağını belirtmektedir (**YD**, s.94). Kanımızca bu sonuç hemen kolaylıkla kabul edilemez. Zira destekleme yükümü yerine getirilmiş olmak (örneğin malul ana-baba bir bakım evine alınmak) kaydıyla ana-babanın, çocuğunun ortak konutunda yaşamayı talep etme hakkı olmadığı gibi bu bir yüküm de değildir. Nitekim ana-babanın da kural olarak ergin ve eğitimini tamamlamış olan çocuklarıyla ortak yaşamayı sürdürme yükümü yoktur.
Bakım (destekleme ve yardım) yükümü ile ilgili farklı yönlerde kararlar olduğu için bu konuda bir genel kural konulması gerektiği görüşünde: Şener, **YD**, s.92.

382 Toplanan deliller karşısında, evlatlığın evlat edinene ilgi göstermemesinin, tek başına mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmaya yetmediği yönünde: 2.HD 11.2.1974, 777/832 (**HukukTürk**). Kastamonu'da oturan evlatlığın, yılda birkaç kez İstanbul'da oturan evlat edineni ziyaret etmesi, hatta bir keresinde onun kurbanlığını dahi alması karşısında, destekleme yükümüne aykırılığın oluşmadığı (MK m.510/b.2 – eMK m.258) yönünde: 2.HD 18.12.1987, 8670/10435 (Şener, **TMK I**, s.866). Sekiz yıldır makul ve haklı bir neden yok iken evlatlığın tek başına yaşayan evlat edineni ziyaret etmemesi ve bu

Saygı ve anlayış gösterme yükümü bir yanıyla, aile içi ilişkilerde aile birliğinin gerektirdiği hassasiyeti ve davranışlarda özenli ve dikkatli olmayı gerekli kılar[384]. Bu çerçevede aile üyeleri aile birliğinin huzur ve bütünlüğü için birbirlerine karşı yasal haklarını kullanırken ölçüsüz, haksız ve düşüncesizce dava ve taleplerden kaçınma noktasında oldukça dikkatli ve özenli davranmak zorundadırlar[385]. Saklı paylı mirasçı tarafından mirasbırakana ya da aile üyesi olan bir kimseye karşı düşüncesizce veya kötüniyetle açılan bir ceza davası bu ilkeyi zedeler ve mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir[386]. Bern İstinaf Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, kızının ve damadının, yaşlı annesine karşı anlamsızca ve haksızca açtığı ceza davalarının kalan son aile bağlarını da kopardığı sonucuna varılmıştır[387]. Bir başka kararda bir kimsenin

---

kadar uzunca bir süredir ilgisiz kalması, destekleme yükümünün önemli ölçüde ihlali olarak görülmüştür (MK m.510/b.2-eMK m.258): 2.HD 9.4.1993, 2546/3539 (Şener, **TMK I**, s.865). Evlat edinen eşlerin yaşlı kişiler olduğu dikkate alınarak, evlat edinme işleminden sonra evlatlığın bir kez olsun onları arayıp sormaması ve hastalıklarında ilgilenmemesi, oy çokluğuyla, ağır ailesel yüküm ihlali olarak görülmüştür: 2.HD 28.9.2000, 9224/11151 (**HukukTürk**). Evlatlığın, evlat edinene destekleme ("görüp gözetme") yükümünü ağır ihlal ettiği, kendisinden kurtulmak için doktora götürülmesine engel olduğu, sağlığında ihtiyacı olmasına rağmen taşınmazını satmasını engellediği ve bu uğurda kavga çıkardığı için MK m.510, b.2 (ve eMK m.258) koşullarının oluştuğu yönünde: 2.HD 21.5.1985, 4734/4925 (**HukukTürk**). "*Ağır hasta ve bakıma muhtaç babasına bakmayan, zevk ve eğlence içinde kendi hayatına devam eden çocuğun*" MK 510/b.2 gereği mirasçılıktan çıkartılabileceği yönünde: 2.HD 09.01.1948, 4478/151 (Senai Olgaç, **Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi ve İlgili Hususi Kanunlar**, C.1, 2.Baskı, İstanbul 1957, s.330). Aynı yönde HGK 27.9.1972, 2–730/751 (**İBD** 1973, s.53); 2.HD 30.3.1976, 2467/2802 (**HukukTürk**); 2.HD 22.4.1993, 1443/4090 (A. İhsan Özuğur, **Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku**, C.1, Ankara, Bilge, 2005, s.101). Çeşitli örnekler için bkz. AppG des Kantons Basel–Stadt, 06.12.1968, SJZ 65 (1969), s.61, N.29; Ayrıca bkz. Stadler, **a.g.e**, s.48–70; Nobs, **a.g.e**, s.29 vd; Escher, **Art.477**, N.18.

383 Stadler, **a.g.e**, s.43; Bellwald, **a.g.e**, s.43. Ailenin finansal durumuna göre yükümünün içeriğinin belirlenmesi, toplumun etik ya da ahlaki anlayışlara, alışkanlıklara ve mesleklere göre değişir.

384 Stadler, **a.g.e**, s.51; Schwenzer, **Art.272**, N.6; Bellwald, **a.g.e**, s.45; Gubser, **a.g.e**, s.67.

385 Schwenzer, **Art.272**, N.3; Gubser, **a.g.e**, s.67.

386 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.464; Ickowicz, **a.g.e**, s.55; Gubser, **a.g.e**, s.67; BGE 55 II 164; BGE 76 II 265, 271. Aynı fiilin, somut olayın koşullarına göre iftira suçu oluşturması halinde, MK m.510/b.1 gereğince de mirasçılıktan çıkarma koşulları gerçekleşebilir.
Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda, oğul (*Albert Dukas*) ve babası, birlikte ortağı oldukları komandit şirketin tasfiyesi sebebiyle, davalı bulunuyordu. Albert, babasına karşı utanç verici ithamlarda bulundu ve özellikle muhasebeye ait belgelerde tahrifat yaptığı iddiasıyla da babası aleyhinde cezai takibat yapılmasını istedi. Baba da oğlu Albert aleyhinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulundu. Federal Mahkeme, Albert'in aslı olmayan suç isnatlarında bulunmasını, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde saygı göstermek (ZGB Art.272; MK m.322) yükümünün önemli ölçüde ihlali olarak görmüş ve mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olduğuna hükmetmiştir (BGE 53 II 164). Ayrıca bkz. Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.465.

387 ZBJV 112 (1976), s.115 (Gubser, **a.g.e**, s.68'den naklen). Karara göre, anne-baba ile kızları arasında uzun süren ipotekli borç senedinin iadesi davası sırasında kız, babasına karşı tamamen haksız yere güvenin kötüye kullanılması ve dolandırıcılık nedeniyle bir ceza davası açmıştır. Babanın ölümünden sonra anne yargılamaya dâhil olmuştur. Anne yaptığı ölüme bağlı tasarrufunda eşine karşı haksız yere

kardeşine hırsızlık suçu isnat etmesi, aile hukuku yükümü ihlali olarak mirasçılıktan çıkarma nedeni sayılmıştır[388].

Saygı ve anlayış yükümü, diğer yanıyla her bir aile bireyinin diğerinin kişiliğine değer vermesi demektir. Keza aile üyelerinin birbirlerinin dini inancı, politik görüşü ya da dünyaya bakışı gibi kişisel özelliklerine tolerans göstermek zorundadır[389]. Ailenin huzur ve bütünlüğüne, ailedeki karşılıklı güven ilişkisine ve ortak yaşamın gerektirdiği ahenkliliğe aykırı davranışlar, aile hukukundan doğan yükümün yerine getirilmemesine ve böylece mirasçılıktan çıkarmaya neden olabilir[390]. Özellikle onur kırıcı dav-

---

dolandırıcılık suçlamasının ve eşinin ölümünden sonra ise kendisine karşı tamamen gerçek dışı bir şekilde belgede sahtecilik suçlamasının kızları tarafından yöneltildiğini belirtmiştir. Mirasbırakan (anne) ayrıca damadının da kendisine karşı dolandırıcılık suçlamasında bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme, kızın yaşlı annesine karşı anlamsızca ve haksızca açtığı ceza davalarının kalan son aile bağlarını da kopardığı sonucuna varmıştır. Davacının bu haksız suçlamaları, bu haliyle mirasçılıktan çıkarma nedeni olmaya yeterlidir. Oysa kız, inatla haksız ve yersiz davaları peş peşe açmayı sürdürmüştür, böylelikle ailesel bağı büsbütün koparmıştır. Kız, son açtığı tamamen haksız ceza davası ile tüm bu zedeleyici davranışlarını taçlandırmıştır. Mahkemeye göre, **bu haksız davranışların mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmaya yeterli olmayacağı söylenebilseydi, herhalde bundan sonra aile hukuku yükümü ihlallerinin mirasçılıktan çıkarmaya yol açacağından söz etmek güç olurdu**.
Buna karşılık bir Yargıtay kararında aksi sonuca varılmıştır: "Miras bırakan, (…) kızını, kendisini kötüleyerek hacir altına alınması için babasının mahkemeye başvuruda bulunmasını sağladığı, yine babasına tahrikle aleyhinde boşanma davası ikame ettirdiği, kızlarından S.'nin avukatlığa kabulünü önlemek için İstanbul Baro Başkanlığına müracaatla akli melekelerinin noksan olup avukatlık yapamayacağı ihbarında bulunarak onun geleceği ve ayrıca şeref ve haysiyeti ile oynadığı gibi sebepleri tek tek sayarak mirastan iskat etmiştir. (…) Ancak somut olayda, miras bırakanın vasiyetnamesinde iskat için gösterdiği sebeplerin Medeni Kanunun 457. (yeni 510.) maddesinin 1 ve 2. (bendlerinde) belirtilen **iskata yeterli nitelik ve ağırlıkta bulunmadığı** hususunda yerel mahkeme ile Özel Daire arasında görüş birliği mevcuttur". Kararda ağırlıklı olarak, mirasbırakanın çıkarma nedenlerinde açık bir hataya düşüp düşmediği araştırılmakta ve hatanın söz konusu olmadığı sonucuna varılırken, şu ifadeye yer verilmektedir: "Temyize konu davada ise, miras bırakan ile davacı kızı ve davalılar arasında cereyan eden ve zaman zaman yazılı basında da haber olarak yer alan ve iskat sebebi olarak **vasiyetnamede belirtilen olayların varlığı belgelenmiş durumdadır**". (HGK 1.4.1990, 130/239, **YKD** 1990/7, s.973). Kararda olayların belgelenmiş olmasına yapılan vurgu, aslında mirasbırakanın, çıkarma nedeninde bir hataya düşmediği kanaatini desteklemek üzere kullanılmaktadır. Ancak, vasiyetnamede geçen bu olaylar sabi ise, söz konusu fiillerin Yüksek Mahkemece cezai çıkarma nedeni oluşturacak "yeterlilikte ve ağırlıkta" görülemeyişi, doğrusu izaha muhtaçtır.

388 BGE 76 II 265. Bu ceza davasında, kusursuz olduğundan habersiz olarak ancak kötüniyetle ve haksız yere bir suç isnadında bulunulmuş olmasının aile hukuku yükümlerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Eğer davacının, davalının kusursuz olduğunu bildiği halde suç isnadında bulunması söz konusu olsaydı, bu zaten iftira suçu teşkil edecek ve MK m.510/b.1 hükmünün de kapsamına girecekti. Aynı yönde Piotet, **SPR IV/1**, s.419 ve dn.6.

389 Schwenzer, **Art.272**, N.7; Gubser, **a.g.e**, s.68.

390 Bellwald, **a.g.e**, s.51; Gubser, **a.g.e**, s.69.

ranışlarda bulunmak, aile içerisinde hakaret içeren ağır sözler sarf etmek ve fiziksel şiddet kullanmak karşılıklı saygı yükümünün ihlal edilmesine yol açar[391].

Ana-baba ve çocuklar arasındaki saygı ve anlayış yükümü, sınırlarını bireysel özgürlük alanında bulur. Her bireyin kendi yaşamını kendi arzusuna göre belirleme ve davranışlarını kendi kişisel ilkelerine göre ayarlama özgürlüğü vardır. Anne babasıyla birlikte yaşadığı evden ayrılan bir çocuk, kendi geleceğini kendi arzusu doğrultusunda şekillendirmekte kural olarak özgürdür[392]. Bununla birlikte bazı durumlarda evden ayrılan çocuğun önemli bazı davranışları, geride kalan aile üyelerinin ahlaki değerlerini zedeleyebilir ve aileye karşı saygı yükümüne aykırılık oluşturarak aile bağının kopmasına neden olabilir. Ancak, kişisel özgürlük alanına giren bir davranış, aile bağını kopartmış da olsa, mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılmaz[393]. Mirasçının kişisel öz-

---

391 Escher, **Art.477**, N.18; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.176; Ickowicz, **a.g.e**, s.55; Gubser, **a.g.e**, s.69. Aile içinde yalnızca mirasbırakana karşı sarf edilen onur kırıcı sözler için cezai çıkarmayı haklı gören: Druey, **a.g.e**, §, N.61.
Evlatlığın babasını dövmesi ve ona karşı hakarette bulunması, MK m.510, b.2 kapsamında "*saygı, sevgi, görüp gözetme*" yükümlerini ağır derecede zedelemiştir: HGK 18.10.1995, 2–628/807 (**HukukTürk**); 2.HD 19.3.1987, 1297/2359 (Şener, **TMK I**, s.867). *"Davacının merdivenlerde rastladığı miras bırakanı babasına kasten çarparak "gebermedi gitti" şeklinde başkalarının da duyacağı şekilde söz söylediği ve başka yerlerde de tekrarladığı, Hicaz'dan dönen babasını ziyarete gitmediği"* ve ayrıca yalnız yaşayan ve bakıma muhtaç olan babasıyla çevrenin uyarılarına rağmen hiç ilgilenmediği için MK m.322 hükmüne aykırılığın ve MK m.510/b.2 koşullarının oluştuğu yolunda: 2.HD 22.4.1993, 1443/4090 (Özuğur, **Miras**, s.101). Evlatlığın, evlat edinenlere karşı "*Allah belalarını versin, ben onlara gösteririm, ayda beş milyon lira verirlerse bakarım*" ifadesini kullanması saygı yükümünün önemli ölçüde ihlali niteliğinde görülmüştür: 2.HD 30.5.1997, 4478/6165 (**HukukTürk**). Aile malvarlığının zarara uğratılmasına ilişkin 2.HD 3.6.1997 tarih ve 4428/6340 sayılı kararda: "*evlatlığa gösterilen hoşgörü ve iyi niyete rağmen devir aldığı işyerini kendi çıkarını öne çıkararak iflasını sağladığı, buradan yarattığı kaynakla kendi adına işyeri açtığı, kumar oynadığı, aldığı borçlarını ödemeyerek icra kovuşturmalarına neden olduğu, evlat edinenlere karşı yasal görevlerini de yerine getirmediği*" gerekçeleriyle saygı yükümünün ihlal edildiği ve MK m.510/b.2 (ve ayrıca eMK m.258) hükümlerine aykırılık olduğu sonucuna varılmıştır (**HukukTürk**).
Onur kırıcı davranışlar ya da kötü muameleler, aynı zamanda bir suç teşkil ettiği takdirde MK m.510/b.1 gereğince de mirasçılıktan çıkarma nedeninin gerçekleşmesine yol açabilir: Rohr, **a.g.e**, s.30; 2.HD 21.3.1985, 2422/2744 (**HukukTürk**). Onur kırıcı ve haysiyeti rencide eden söz ve davranışlarda da kusurluluk aranır. Küçük, önemsiz davranışlarla onur kırıcı bir durumun varlığından bahsetmek mirasçılıktan çıkarmaya yetmez: Köprülü, **Miras**, s.285.
Evlatlığın, evlat edinene "tekme atması": 2.HD 6.4.1993, 1756/3330 (**HukukTürk**).

392 Gubser, **a.g.e**, s.40. Aynı yöndeki bir karara göre, "herkes kendisini yetiştirmek ve yer yönünde geliştirmek özgürlüğüne sahiptir (AY m. 21). Bu hakkın kullanılması mirastan ıskat sebebi olamaz. Olayda Fatma'nın öğrenimini yurt dışında İngiltere'de yapmış olması, az önce açıklanan anayasal hakkın kullanılmasından ibaret olup, miras bırakan babasına karşı, herhangi bir saygısızlık veya görevin ihmali şeklinde nitelendirilemez": 2.HD 9.3.1982, 757/2149 (**YKD** 1982/9, s.1245).

393 Gubser, **a.g.e**, s.41. Çünkü kişisel özgürlük alanı ve buna bağlı olarak kişilik hakkı kapsamına giren bir davranış, aile hukuku yükümüne aykırılık için gereken "hukuka aykırılık bağını" kesecek ve ağırlık bahsini incelemeye gerek kalmayacaktır. Meğer ki kişisel özgürlük olarak korunan bir değer, aynı anda

gürlük alanına giren bir durum ile ilgili olarak, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tehdidi ile kendi istediği şekilde davranılmasını sağlamaya çalışması korunmaz[394].

Öte yandan ana, baba ve çocuk, **aile onurunu korumakla** yükümlüdür (MK m.322)[395]. "Aile onuru", soyut bir kavramdır. Şu halde mirasbırakana veya aile üyelerine karşı aile onurunu koruma yükümünün önemli ölçüde ihlal edilmesi, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir[396]. Özellikle uygulamada, saklı paylı mirasçının mirasbırakana ya da yakınlarına değil de üçüncü kişilere karşı suç işlediği durumlarda, suçun mirasçılıktan çıkarma nedeni olması bakımından aile onuru kavramı belirleyici rol oynayabilir[397]. Ancak kavramın geniş yorumlanması halinde kişilik haklarına ve kişisel özgürlük alanına müdahale[398] riski ile de karşılaşılabilir. O halde aile onuru

---

aile hukuku yükümü ihlali de oluştursun. Ancak bu sonuncu hal, aile hukuku yükümü ile çatışan değerler bahsinde değerlendirilmektedir: Bkz. §2.II.C.2.g. Orada da belirttiğimiz gibi, bu istisnai durumda yüküm ihlali ortadan kalkmamakta, ancak çatışan değer, mirasçılıktan çıkarma için gerekli ağırlığı azaltan bir rol oynayabilmekte, yani bir objektif ağırlık değerlendirmesine tabi tutulmaktadır.
Koyu Katolik bir ailenin çocuğu olan bir kişinin boşanması aşırı derecede ailenin moral değerlerini yaralayan bir davranış olsa da, bu nedenle mirasçılıktan çıkarmanın haklı olmayacağını örnek veren *Gubser*'in bu tespiti yerinde olsa da, burada "*saygı yükümüne aykırılık olsa dahi mirasçılıktan çıkarmanın caiz olmayacağını*" ifade etmesine (**a.g.y**) katılmıyoruz. Zira boşanma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Boşanmanın yalnızca ailenin dini değerlerine aykırı düşmesi, hukuken saygı yükümüne aykırılık oluşturmaz. Çünkü bir kişisel hakkın varlığı, hukuka aykırılık bağını kesmektedir. Ayrıca bkz. ve karş. Bessenich, **Art.477**, N.13; Druey, **a.g.e** §6, N.60.

394 Gubser, **a.g.e**, s.41.

395 Kaynak İsviçre Medeni Kanununda ve mülga Türk Kanunu Medenisinde yer almayan bu hüküm, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu değişiklikte yargı uygulaması etkili olmuştur. Yargıtay, Mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde de, MK m.322 (eMK m.260) hükmünde yer alanailenin huzur ve bütünlüğünü koruma soyut ilkesini ve saygı yükümünü geniş yorumlayarak, aile onurunu (şerefini) koruma yükümünün varlığını kabul ediyor ve bu yükümün önemli ölçüde ihlalini mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak görüyordu: HGK 19.6.1987, 2–604/539 (**HukukTürk**); 2.HD 30.3.1976, 2467/2802 (**HukukTürk**). Özellikle çocukların yaşayış tarzlarının "*ailenin şeref ve vakarıyla mütenasip olması*" gerektiği yolunda: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.458. "*Reşit olup olmamak bu görevlerin kapsam ve sınırını etkilemez*": 2.HD 30.9.1971, 5309/5424 (**HukukTürk**); aynı yönde HGK 19.6.1987, 2–604/539 (**HukukTürk**).

396 Bir evladın babasının yaşlılığını ileri sürerek vesayet altına alınmasını istemesi, öte yandan babasının gayri meşru ilişki yaşadığı kadınla yurt dışına döviz kaçıracağı, iş yerinde fuhuş yaptırdığı, haram yediği, namuslu kazanç sağlamadığı için kızını evlendiremediği vb. iddialar aile onurunu koruma yükümüne aykırı bulunmuştur: HGK 19.6.1987, 2–604/539 (**HukukTürk**). Evlatlığın, nişan yapılmasına rağmen bir başkası ile ilişkiye girmesi, anne ve babanın toplum içindeki saygınlığını önemli ölçüde zedeler: 2.HD 6.4.1993, 1756/3330 (**HukukTürk**).

397 Babadan para çalma ve baba adına başkalarından borç alıp uygunsuz işlerde harcamış olmanın aile onuruna aykırılık oluşturduğu yönündeki 2.HD'nin 30.9.1971 tarih, 5309/5424 sayılı kararından: "*Şu halde, babasından dahi olsa para çalan kişi, kamuoyunda uygunsuz tutumlu kişi durumuna düşer. Bu duruma düşen bir kişinin **aile şerefine sürdüğü leke**, evlâtlık bağının çözülmesi için başlı başına bir sebeptir*" (**HukukTürk**). 1971 tarihli karardaki bu sert vurgu, dönemin toplumsal bakışını yansıtır.

398 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e**, s.141, 146 vd; Dural/Öğüz, **a.g.e**, s.127 vd.

kavramı yorumlanırken ve bu konuda takdir yetkisi kullanılırken, "kişilik hakları ve kişisel özgürlük alanı" ile "aile onurunu koruma yükümü" arasındaki sınır iyi çizilmelidir[399].

Bu konuda asıl sorun, "ahlaksız ve sefih[400] yaşam sürme" bakımından yaşanacaktır. Zira bir baba, ahlaksız veya sefih yaşam süren ergin çocuğunu aile onuruna aykırı davrandığı gerekçesiyle mirasçılıktan çıkarmak isteyebilir. Sefih yaşam sürmek, tek başına aile onuruna aykırı bir davranış olarak görülemez[401]. Ahlaksız yaşam sürmek kavramı da aile onuru kavramı gibi son derece belirsiz bir kavramdır. Ancak Kanun, aile onurunu koruma yükümünü emredici bir şekilde düzenlediğine göre, ahlaksız yaşam süren ya da sürekli suç işleyen çocuk, kusurlu olarak ve önemli ölçüde aile onurunu zedelediği takdirde, mirasçılıktan çıkarma imkânı doğacaktır[402]. Ancak somut olayı takdir eden hâkimin aile onuruna aykırılığı yorumlarken, her türlü dini ya da kişisel ahlaki önyargıdan uzak davranması gerekir[403].

Son olarak değinmemiz gereken bir diğer konu ise, **mirasçının cinsiyet değiştirmesi** (transseksüel olması)[404] veya eşcinsel ilişki yaşaması durumudur. Cinsiyet değiştirme-

---

399 Örneğin bir baba, oldukça kötü bir üne sahip biriyle evlenen kızını, yalnızca bu evliliği gerekçe göstererek, aile onuruna aykırılık nedeniyle mirasçılıktan çıkaramaz. Çünkü herkes evlendiği kişiyi özgürce seçebilir.

400 Sefih yaşam sürme, zevk ve eğlenceye (sefahate) düşkün olarak malvarlığını düşünmeden harcamaktır.

401 Bu konuya ileride ayrıca değinilmektedir. Bkz. §2.II.C.2.a.(6). Aile hukukuna aykırılık bakımından bkz. §2.II.A.2.b.1. Kötü yaşantının, aile onurunu koruma yükümüne aykırılık teşkil ederek *MK m.24 ve 322 hükümlerinin* çiğnenmesi anlamına geldiği ve böylece mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturduğu görüşünde: Şener, **YD**, s.91.

402 Nitekim Alman Hukuku bakımından bu yönde Staudinger, **§ 2333**, N.26. Uygunsuz bir yaşantı sürmenin ailenin onur ve saygınlığını zedelediği yolunda: 2.HD 25.5.1954, 2747/2929 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.888). Diğer bir karara göre ,"*olayda davalının, babasının haberi olmadan onun adına başkalarından para istediği ve bu paraları yakışıksız yerlerde ve eğlence mahallerinde harcadığı da sabit olup bu eylemler aile itibarını ve iş hayatındaki itimadını zedeleyici sonuç doğurmuştur*": 2.HD 30.9.1971, 5309/5424 (**HukukTürk**). "*(Evlatlık), uyuşturucu satma ve kullanma fiillerinden dolayı otuz defa mahkûmiyet hükmü almıştır. İdrak çağındaki evlatlık bu davranışı ile ailenin şeref ve itibarını zedelemiştir (yeni MK m. 322)*": HGK 30.5.2001, 2–448/453 (**HukukTürk**).

403 Gerçekten mirasçılıktan çıkarmanın haklı olması için, çıkarılanın yaşamı objektif bir bakış açısıyla ahlaka aykırı olarak nitelenmeli ve bu durum aile onurunun zedelenmesine neden olmuş olmalı, ihlal kusurlu ve aile bağını koparıcı nitelikte görülebilmeli (objektif ağırlık) ve fiilen aile bağı kopmuş olmalıdır (sübjektif ağırlık). Öğreti ve uygulamanın aile onuru kavramının sınırlarını belirleyen ve olası onaylanmayan her davranışı aile onurunu zedeleme çatısı altında toplayacak dinsel ve kişisel değer yargılarını bir kenara bırakan objektif ölçütler ortaya koyması gerekir.

404 "Transseksüellik, psikiyatrik literatürde, cinsel kimlik bozuklukları (gen-der identity disorders) veya psikoseksüel bozukluklar (psycho-sexual disorders) adı altında incelenen psikiyatrik vakalar arasında

nin kanunda öngörülen koşullara uyulmaması sebebiyle hukuka aykırı olması, aynı zamanda aile onurunu koruma yükümünün kusurlu ve önemli ölçüde ihlali niteliği taşıyorsa[405], mirasçılıktan çıkarma haklı olabilir[406]. Özellikle yaşam tarzının ahlaka aykırı olması ve ahlaka aykırılığın toplumdan çekinilmeden sürdürülmesi halinde aile rencide olabilir. Fakat kural olarak, fizyolojik ya da psikolojik tıbbi zorunluluklar gereğince cinsiyet değiştiren kimse bu sebeple mirasçılıktan çıkarılamayacağı gibi, cinsiyet değişikliğine götüren psikolojik süreçte, ailenin birlikte kusuru varsa, bu durum mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsurunu azaltıcı rol oynayabilir[407]. Buna karşılık eşcinsellik transseksüellikten farklıdır. Kendi cinsine karşı cinsel eğilimi olan kişilerin bu yaşam tarzı, hukuk sistemimiz gereğince kural olarak hukuka aykırı değildir. Eşcinsellik halinde, sözgelimi toplumda kınanan ölçüde ahlaka aykırılığın dışa vurulması tarzında bir yaşam tarzı sergilenmediği ve aile onurunu koruma yükümünün önemli ölçüde ihlali teşkil etmediği sürece, kural olarak mirasçılıktan çıkarma yaptırımını uygulayabilmek için hukuki dayanak bulunamaz.

---

sayılmıştır": Kudret Güven, "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", **Gazi HFD**, 1997/I, S.1, s.58. Ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e**, s.141 ve dn.415a; Dural/Öğüz, **a.g.e**, s.114 vd.

405 Karşı görüşte Güven, **a.g.m**, s.93. Yazara göre, "cinsiyet değiştirme iradesi, kişinin kendi beden bütünlüğü ve bütünlüğe dâhil kişilik değerleri ve bu arada cinsel kimliği üzerinde sahip olduğu, münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kullanılmasından ibarettir, bizatihi kusur sayılmaz. Ancak MK md 457 ile öngörülen kusur teknik anlamda bir kusur değil, **murisin duygu ve düşüncesi ile şekillendirilen bir kusurlu davranışı ifade etmektedir**. Bu nedenle oğlunun veya kızının, anne, baba ve kardeşinin transseksüel olmasından dolayı utanan, elem ve ıstırap duyan bir kimsenin (eski) MK md.457 hükmü uyarınca yapacağı ıskat isabetli görülebilir". Bu tespitin yerinde olmadığı ya da eksik olduğu kanısındayız. Yazarın ifadelerinden, ağırlık unsurunun varlığının, mirasçılıktan çıkarma için yeterli olduğu izlenimi uyanmaktadır. Yani mirasbırakan, mirasçısının cinsiyet değiştirmesi sebebiyle derinden sarsılmışsa, yazara göre, mirasçılıktan çıkarma geçerlidir. Oysa kanun koyucunun "aile hukukundan doğan bir yükümün" ihlali koşulunu aradığını ve ihlalin kusura dayalı olması gerektiğini de hatırlatalım. Koşullara uygun bir cinsiyet değiştirme, kanunda kural olarak ihlal niteliğinde görülmemiştir. Ayrıca bkz. ve karş. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.73.

406 MK m.40/I gereğince, "cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır". Ayrıca bkz ve karş. Güven, **a.g.m**, s.74 vd. Şu halde, onsekiz yaşından küçük olan veya evli bulunan veya transseksüel yapıda olmayan veya cinsiyet değişikliği ruh sağlığı açısından sağlık kurulu raporu ile zorunlu bulunmayan bir kimsenin cinsiyet değiştirmesi hukuka uygun değildir. Bu nedenle, konu kişisel özgürlük alanında ya da yasal hak çerçevesinde ele alınamaz.

407 Aynı yönde Güven, **a.g.m**, s.94.
Öte yandan, sözgelimi on sekiz yaşından küçük olduğu halde cinsiyet değiştiren kişinin, bu davranışı hukuka aykırı olup aile onurunu koruma yükümüne aykırılık oluştursa bile, bu kişinin içerisinde bulunduğu psikolojik durum ağırlık unsurunu azaltıcı bir rol oynayabilir.

(2) Anne ve babanın bakım yükümü

Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır (MK m.327/I). Eğer çocuk ananın veya babanın velayeti altında değilse, sözgelimi boşanma sırasında velayet eşlerden yalnızca birisine verilmişse (MK m.182/II, c.2) velayet hakkına sahip olmayan ana ya da baba gerekli maddi yardımı yapmak zorundadır. Velayetin kaldırılması halinde de ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümleri devam eder (MK m.350/I). Çocuğun yaşamı, bedensel ve ruhsal gelişimi için gerekli olan her şeyi anne ve baba sağlamakla yükümlüdür[408].

Anne-babanın bakım yükümü, yetenek ve eğilimlerine uygun şekilde çocuğun genel ve mesleki eğitim almasına olanak sağlamayı da kapsar. Bu yüküm, ailenin ekonomik durumu ve yaşam standartlarıyla sınırlanmıştır (MK m.340)[409]. Kural olarak bakım yükümü, çocuk ergin olana dek sürer (MK m.328). Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (MK m.328/II). O halde çocuk ergin olduktan sonra ana-babanın bakım yükümünün devam etmesi için, çocuğun eğitim görmeye devam etmesi ve bu konuda gereken çabayı ve ciddiyeti göstermesi, ana-babanın durum ve koşullarının çocuğun ergin olduktan sonra bakımına uygun olması gerekir[410]. Bu yüküm eğitim tamamlanınca sona erecektir.

---

408 Piotet, **SPR IV/1**, s.419; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.455; Peter Breitschmid, in **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2006, **Art.276**, N.20, 22; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.323; Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.92, 93; Gülçin Elçin Grassinger, **Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, (MK md.346, md.347, md.348), İstanbul, XII Levha, 2009, s.192; Gubser, **a.g.e**, s.69. Ayrıca bkz. ZGB Art.277. Örneğin kalacak yer sağlama, besleme, giydirme, yetiştirme, harçlık verme, sağlığını koruma ve sağlık harcamalarını ödeme vb. MK m.364 gereğince de ana-babanın, yaş sınırlaması olmaksızın çocuğa yardım nafakası ödeme yükümlülüğü varsa da, yardım nafakası için çocuğun zor duruma düşecek olması şartı aranır. O halde bu şartın aranmadığı bakım nafakası, yardım nafakasına nazaran öncelik taşır (Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.94).

409 Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.323; Bellwald, **a.g.e**, s.43; Breitschmid, **Art.276**, N.27; Gubser, **a.g.e**, s.69. Ayrıca bkz. ZGB Art.302.

410 Breitschmid, **Art.276**, N.12 vd; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.323; Gubser, **a.g.e**, s.70. Ayrıca bkz. ZGB Art.277.

Ana-baba bakım yükümünü yerine getirmezse, bu davranışları aile hukukundan yükümün önemli ölçüde ihlali sayılabilir ve bu nedenle çocuk anne veya babasını mirasçılıktan çıkarabilir[411]/[412]. Örneğin çocuğun eğitimine kadar gereken maddi desteği sağlayan anne-babanın eğitim sırasında bu desteği kesmesi, koşulları varsa mirasçılıktan çıkarma nedeni olabilir. Ancak, anne-baba bu desteği içine düştükleri ekonomik darboğaz nedeniyle kesmek zorunda kalmışlarsa, artık mirasçılıktan çıkarmanın haklı bir nedene dayandığından söz etmek güçleşir[413].

Çocuğun anne-babaya olan davranışları da somut olay koşullarına göre anne-babanın bakım yükümünü etkileyebilir. Çocuğun saygısızca ya da ahlaka aykırı davranışları ya da anne-babası ile kişisel iletişimi kesmiş olması karşısında, anne-baba çocuğa bakmayı sürdürmek yükümünden kurtulabilir. Ergin olup da evden ayrılan bir çocuğa karşı, eğitiminin devam etmesi sebebiyle ana-babanın bakım yükümünün devam etmesi için, ekonomik koşulların uygun olması dışında, ayrıca çocuğun haklı bir nedeni bulunmaksızın anne-baba ile kişisel ilişkisini kesmemiş olması gerekir. O halde ergin çocuğun davranışları bazen anne-babanın bakım yükümünü yerine getirmesine engel olabilir. Bu durumda hukuka aykırılık bağının varlığı sorgulanabileceği gibi, hukuka

---

411 Escher, **Art.477**, N.20; Gubser, **a.g.e**, s.70. Çocuğun mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunabilmesi için, ölüme bağlı tasarruf ehliyetine sahip olması gerekir. Yaş olarak kanunen aranan alt sınırdan daha küçük yaştaki çocuk, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunabilmek için söz konusu yaşı doldurmayı beklemek zorundadır.
Elbette kendisine karşı bakım ve eğitim yükümleri ihlal edilen çocuğun, aile üyesi olduğu kişi de bu ihlal önemli ölçüde ise çıkarma tasarrufunda bulunabilir. Örneğin çocuğa bakmayan babayı, annesi (eş sıfatıyla) mirasçılıktan çıkarabilir. İsviçre Federal Mahkemesi mirasbırakanın kızının, kocasını ve küçük çocuklarını terk ederek sevgilisiyle yaşaması karşısında, mirasbırakan-babanın, bu davranışta bulunan kızını mirasçılıktan çıkarmasını haklı bulmuştur. Karara göre bu durum sadakat ve çocukların bakımı yükümünün ağır ihlali niteliğindedir (BGE 46 II 9). Burada ayrıca terk nedeniyle ortak yaşama yükümünün de ihlali söz konusudur. Ekleyelim ki, bakım yükümünün yerine getirilmemesi aynı zamanda Ceza Hukukuna konu bir fiil teşkil edebilir (TCK m. 233). Aynı yönde: Piotet, **SPR IV/1**, s.419.

412 Özellikle çocuğun erginliğe ulaşması ve evden ayrılmasından sonra, yaşamını sürdürmek için ailesinden maddi yardım istemesi karşısında parasal desteği verecek olan anne-babanın, çocuğun alacağı eğitim ile ilgili farklı yöndeki düşünceleri, ağır aile içi tartışmalara neden olabilir. Bu nedenle geçerli bir çıkarma nedeninin varlığı bakımından her bir somut aile ilişkisinin tüm koşulları, eğitim planı, ailenin ekonomik koşulları mutlaka dikkate alınmalıdır: Gubser, **a.g.e**, s.70; ayrıca bkz. Breitschmid, **Art.277**, N.8.

413 Gubser, **a.g.e**, s.70–71. O ana dek sürdürülen ekonomik desteğin kesilmesinin haklı bir nedene dayanmaması ve daha da öte, bu durumun aile bağını kopartıcı bir ağırlık taşıması (önemli ölçüde olması) gerekir ki, anne veya babanın mirasçılıktan çıkarılması haklı olsun (Gubser, **a.g.y**).

aykırılık bağı kesilmese bile, çocuğun davranışları, birlikte kusur teşkil edebilir ve bu ihtimalde artık ihlalin ağırlığının belirlenmesinde azaltıcı bir rol oynayabilir[414].

Somut olay değerlendirilirken, aile yaşamındaki karşılıklı kişisel ilişkiler, çocuğu aykırılık taşıyan davranışa iten sosyal, ekonomik, duygusal etkenler dikkate alınmalıdır. Çocuğun sırf ana-babayla kişisel bağını kesmiş olması tek başına genel belirleyici bir ölçüt olarak alınamaz[415]. Öyleyse ana-babaya yükletilebilecek bir sorumluluk ve haklı bir neden olmaksızın ana-babayla kişisel ilişkisini kesen, ana-babaya karşı saygı ve yardım yükümünü yerine getirmeyen çocuğa karşı, ana-babanın bakım yükümünü yerine getirmemesi mirasçılıktan çıkarma nedeni olamayacaktır[416].

(3) Velayet ilişkisinden doğan yükümler

Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar (MK m.339/I)[417]. Ana-babanın velayetten doğan söz konusu karar alma yetkisi, çocuğun geleceğini ilgilendiren çok önemli konularda söz konusu olabilir. Çocuğun bakım ve eğitimini, yasal olarak temsil edilmesini ve çocuk mallarının idaresini de kapsayan bu yetki, ana-babaya ciddi bir sorumluluk yüklemektedir. Bu yetkinin kullanımı çocuğun menfaati ve ölçülülük ilkesi ile sınırlıdır[418]. Cezai çıkarma hâkimi, velayat yetkisinin, çocuğa rağmen bir yetki olmadığını, aksine çocuğun yararına hareket etme yükümüyle donatılmış bir yetki olduğunu asla gözden uzak tutmamalıdır.

---

414 Bkz ve karş. Breitschmid, **Art.277**, N.19; Gubser, **a.g.e**, s. 72.
Hemen belirtelim ki, çocuğun kötü davranışlarına, anne-babanın kötü yetiştirmesi neden olmuşsa, çocuğun birlikte kusurundan söz edilemez. Bu halde anne-baba için bakım yükümüne aykırılık dışında, kötü yetiştirme nedeniyle bir yüküm ihlali ortaya çıkar. Bu son ihtimalde anne-babanın çocuğun mirasçılığından çıkarılması için aranan koşullar gerçekleşebilir.

415 BGE 113 II 374, 376. Federal Mahkeme kararına göre, nedensiz yere anne-babası ile kişisel ilişkisini kesen, onlara ağır küfürler savuran ve onlara karşı kabul edilmeyecek tarzda yaşayan çocuğa karşı bakım yükümünün yerine getirilmemesi nedeniyle anne baba sorumlu tutulamaz. Ancak bu değerlendirme sırasında mutlaka ailenin sosyo-ekonomik koşulları, olayın koşulları bir arada incelenmelidir.

416 Gubser, **a.g.e**, s.72. Buna karşılık çocuğun söz konusu davranışları, koşulları varsa, ana-babanın çocuğu mirasçılıktan çıkarmaları için bir neden teşkil edebilir ve bu ayrı bir konudur.

417 Bkz. ZGB Art.296 Abs.1. ZGB Art.296 Abs.2 hükmü, 1999 tarihli düzenleme ile 2000 yılında yürürlüğe girmek üzere, değiştirilerek, küçüklerin ve kısıtlıların velayet hakkına sahip olamayacağı hükümde düzenlenmiştir.

418 Schwenzer, **Art.296**, N.2; Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.99 vd; Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.19, 20 vd; Gubser, **a.g.e**, s.72; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.375. Velayetten doğan karar alma yetkisinin çocuğun menfaati için kullanılması gerekir. Bunun için ana-baba olabildiğince üzerine düşen görevleri yerine getirmek ve karar alma yetkisini çocuğun gelişimini sağlamak üzere kullanmak zorundadır.

Velayet ilişkisinden kişi varlığının korunmasına (MK m.339–341), küçüğün mal varlığının korunmasına (MK m.352–363) ve küçüğün temsiline (MK m.342–345) ilişkin haklar ve yükümler doğar. Velayet hakkının çocuğun menfaatine aykırı bir şekilde kullanılması özellikle kişi varlığının korunmasına yönelik önemli ölçüde bir yüküm ihlali oluşturduğunda, cezai çıkarma haklı olabilir. Elbette küçüğün mal varlığının korunması ve küçüğün temsili ile ilgili yükümlerin[419] önemli ölçüde ihlali de cezai çıkarmaya konu olabilir.

Velayet ilişkisinden kaynaklanan yüküm ihlalinin cezai mirasçılıktan çıkarmaya konu olabilmesi için mutlaka çocuğun korunması tedbirlerine başvurulmuş olması[420] gerekmez. Bununla birlikte çocuğun korunması tedbirine başvurulmuş olması, tedbire yol açan ihlal konusunda düzenlenen bir cezai çıkarma tasarrufunun geçerliliğini denetleyecek olan hâkim açısından yol gösterici rol oynayabilir. Ancak tedbiri gerektiren olayların cezai çıkarmaya konu olabilmesi için, olaylarda bir yüküm ihlalinin varlığı

---

419 Bu konuda bkz. Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.118 vd ile N.122 vd; Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.197 vd ile s.39; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.332 vd ile 331 vd. Yakın zamanda görsel ve yazılı basının gündemini işgal eden konulardan birisi de zengin, ünlü ve 71 yaşındaki bir iş adamının, kendi çocuklarından daha küçük yaşta ve 17 yaşındaki liseli bir kız ile evlenmesiydi. Bu evliliğe kızın anne ve babası da yasal temsilci sıfatıyla izin vermişlerdi. Kızın ailesi geçim sıkıntısı içindeydi ve kız zengin iş adamının otelinde çalışarak ailesine yardımcı oluyordu. Baba, evlilik sonrası verdiği röportajlarda bu evliliğe kerhen izin verdiği izlenimi yaratıyor ve ağlıyordu. Kızının da baskı altında olduğunu ifade ettiğini söylüyordu. Haberlere göre çoktan bir "anlaşma" bile yapılmıştı. İşte bu evlilik gerçekten bir "sevgiye" ya da "aşka" dayanmayıp, ailenin baskısına veya kendi öz kızlarını psikolojik ve ekonomik açıdan sömürmesine dayanıyorsa –ki ihlal küçük kız için de ağır nitelikte ise-, böyle bir ana-baba, bizzat kendi kızı veya üstsoyu tarafından yasal temsil yetkisini kötüye kullanmak sebebiyle haklı olarak mirasçılıktan çıkarılabilir. Burada ihlal, küçüğün temsiline ilişkin hükümlere dayanmaktadır. Evlenmeye zorlanmışsa, bu konuda baskı oluşturan yaşlı kocasını (!), bizzat küçük kızın kendisi de mirasçılıktan çıkarabilir. Gerçi yoksul bir kimsenin, mal rejimi sözleşmesi de aleyhine düzenlenmişse (sözgelimi mal ayrılığı rejimi geçerliyse), cezai çıkarmaya başvurması, sembolik ve onursal bir anlam taşımaktan öteye gitmez. Meğer ki, küçük kız bu olay nedeniyle derinden sarsılmamış ya da bu evliliği seve seve kabul etmiş olsun!

420 Çocuğun ana ve babaya karşı korunmasına yönelik tedbirler, çocuğun menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düşmesine rağmen ana ve babanın bu duruma çare bulamaması ya da buna gücünün yetmemesi karşısında hâkimin gerekli tedbirleri alması şeklinde karşımıza çıkar (MK m.346). Çocuğun ana baba yanından alınması diğer bir tedbirdir. MK m.347 gereğince, *"Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir (f.1). Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hakim aynı önlemleri alabilir (f.2)"*. MK m.360 vd. hükümlerinde çocuğun mallarının korunması ve yönetiminin ana-babadan alınarak kayyıma devredilmesi tedbirleri yer almaktadır. Elbette bu tedbirler için kusur şart değildir. Ancak tedbiri gerektiren olayların cezai çıkarmaya konu olabilmesi için, olaylarda bir yüküm ihlalinin varlığı ile ihlalin kusura dayanması ve önemli ölçüde olması şartları aranacaktır. Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.335 vd.

ile ihlalin kusura dayanması ve önemli ölçüde olması şartları aranacaktır. Velayet ilişkisinden kaynaklanan yüküm ihlalinin cezai mirasçılıktan çıkarmaya konu olabilmesi için mutlaka velayetin kaldırılması koşullarının gerçekleşmiş olması da gerekmez. Fakat velayetin kaldırılmasına ilişkin hükümler gereğince (MK m.348/I, b.2)[421] çocuğun velayeti kendisinden alınan ana ya da baba, velayetin kaldırılmasına çocuğa karşı aile hukuku yükümünü önemli ölçüde ve kusurlu olarak ihlal ettikleri için sebep olmuşlarsa, bu durum mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu haklı kılabilir[422]/[423]. Sonradan durumun değişmesi üzerine koruma tedbirlerinin kaldırılmasına veya velayetin geri verilmesine karar verilmesi durumunda (MK m.351), bu karar, tedbiri gerektiren ihlale dayanan cezai çıkarma nedeninin geçersizliğine kendiliğinden yol açan mutlak bir olgu olarak görülemez. Ancak bu durum, cezai çıkarma nedeninin ağırlığını azaltan bir rol oynayabilir.

Aşağıda özellikle kişi varlığına ilişkin yüküm ihallleri (eğitim, söz dinleme, dini eğitim yükümlerinin ihlalleri), cezai çıkarma açısından sıklıkla gündeme gelme potansiyeline sahip olduklarından ayrıca incelenmektedir.

---

421 Detaylı bilgi için bkz. Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.67 vd; Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.144 vd; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.338. Önemle vurgulayalım ki, velayetin kaldırılmasının cezai çıkarmaya konu olabilmesi için, velinin, çocuğa yeterli ilgi göstermemesi veya ona karşı yükümlerini önemli ölçüde savsaklaması (MK m.348/I, b.2) gerekir. Bu durumda velayetin kaldırılması için de velinin en azından ihmalinin bulunmasının şart olduğu kabul edilmektedir: Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.338; Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.178. Kusur kavramını dışlayan ve velinin sübjektif davranışlarının temel alındığını savunan: Breitschmid, **Art.311/312**, N.8. Hangi görüş benimsenirse benimsensin, cezai çıkarma açısından, kusurluluk *de lege lata* aranacaktır. Kusura dayanmayan velayetin kaldırılması nedenleri, ez cümle MK m.348/I, b.1 gereğince ana babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka yerde bulunması (iletişim azlığı veya yokluğu) veya benzeri sebeplerle (kusurlu olmayarak) velayet görevi yerine getirilememişse veya yeniden evlenen ana ya da babadan çocuğun menfaati gerektirdiği için velayet kaldırılmışsa (MK m.349, c.2), cezai çıkarma haklı olmaz. Ana-babanın, çocuğa karşı yeniden evlenmeme yükümü yoktur, bu sebeple cezai çıkarma geçerli olmaz. Meğer ki, yeniden evlenme, çocuğa karşı ailesel yüküm ihlalleri sağanağını da beraberinde getirsin.

422 Bellwald, **a.g.e**, s.48; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.375. Örneğin çocuk veya velayet kendisinde kalan ana ya da baba, ya da velayeti kaldırılan ana ya da babanın üstsoyu, koşulları varsa, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyebilir.

423 Gerek koruma tedbiri gerekse velayetin kaldırılmasına ilişkin olarak mahkemece kusurlu bir ailesel yüküm ihlalinin varlığını ya da yokluğunu tespit eden açık bir karar verilmişse, bu kararda yer alan açık tespitlerin cezai çıkarma hâkimini bağlayıp bağlamayacağı, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Fakat bu sorunu, benzer tereddütlerin bulunduğu boşanma kararının cezai çıkarma tasarrufuna etkisi konusunda değerlendirmekteyiz. Oradaki düşüncelerin ve tartışmaların, bu konu hakkında da yol gösterici olabileceği kanısındayız. Bkz. §2.II.C.2.b.(3).(b).(ii). Ekleyelim ki, cezai çıkarma hâkiminin, söz konusu kararlarla bağlı olmadığı kabul edilse bile, **ihlalin varlığı ya da yokluğu** konusunda önceki karardan farklı bir karar vermesi durumunda, bunun gerekçesini detaylarıyla açıklaması gerektiğinde tereddüt yoktur.

(a) Eğitim

Eğitim kavramı aile içi eğitim ve okul eğitimi ve mesleki eğitimi kapsayan üst bir kavramdır[424]. Çocuğun eğitimini sağlama yükümü, bir yandan ana-babanın ekonomik ve kişisel olanakları ile sınırlı iken, diğer yandan çocuğun yetenekleri, ilgi alanı ve eğilimleri belirleyici bir rol oynar. Kanun koyucu, toplumsal yapının değişkenliğini göz önüne alarak genel bir düzenleme yapmış ve eğitim hedefi konusunda bağlayıcı sınırlamalardan kaçınmak istemiştir[425]. Böylece eğitimin hedefi belirlenirken çocuğun bedensel ve ruhsal yararı ile çocuğa genel ve mesleki eğitim sağlanması temel alınmalıdır[426].

Bu konu, ülkemizde özellikle kırsal kesimde kız çocuklarının yanlış dini inanışlar ve töresel kaygılarla okutulmaması yahut eğitiminin –özellikle zorla evlendirmelerle– yarıda kesilmesi, öte yandan erkek çocuklarının babanın tarım, hayvancılık ya da ticaret işleri alanında çalıştırılarak eğitiminin yarıda kesilmesi tarzında karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanı sıra çocuğun hiç istememesine rağmen, babanın baskısı ile bazı meslek alanlarında eğitim almaya zorlandığı da bir gerçektir. Tüm bu davranışlar aile hukukundan doğan yükümün ihlalini oluşturur. İhlal, kusurlu ve aile bağını kopartıcı ağırlıkta ise, mirasçılıktan çıkarma koşulları gerçekleşmiş demektir.

---

424 Aile içi eğitim, çocuğun gelişiminin sağlanması, yetiştirilmesi tarzında da ifade edilebilir. Nitekim Kanuna göre, ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürlü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlarlar (MK m.340/I ve II).

425 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.456; Schwenzer, **Art.302**, N.2 ve 3; Gubser, **a.g.e**, s.73; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.375. Ayrıca bkz. ZGB Art.302.
Yoksulluk nedeniyle çocuğuna on bir yıllık zorunlu eğitim olanağı dahi sağlayamayan aileler, ülkemizde azımsanamayacak bir çoğunluktadır. Ülke koşulları Devletin bu çocuklara her zaman yardım ve destek sağlamasına da olanak vermemektedir. Her halde gerekli tüm çabaları sarf ettiği halde çocuğunu okutamayan bir babanın, sırf yoksulluk nedeniyle ya da yoksulluk içinde çocuğu dünyaya getirmiş olması nedeniyle mirasçılıktan çıkarılması haklı olmaz. Bir an için somut olaya göre hukuka aykırılık bağı oluşmuş kabul edilse bile, en azından bu durum çıkarmayı gerektirecek ağırlıkta olmaz. Fakat yoksulluğa kendi düşüncesizce tutumlarıyla neden olan bir baba için, mirasçılıktan çıkarma koşulları, somut olayın özelliklerine göre, oluşabilir. Örneğin kumar oynamak, hesapsızca para harcamak, alkol veya tütün bağımlılığı nedeniyle eğitim için gerekli birikimi sağlayamamak, gücü ve imkânı olduğu halde çalışmamak gibi… Bu hallerde yoksulluğa kendi davranışıyla yol açan ana-babanın aile hukuku yükümünü ihlal ettiği ve hatta kusurlu olduğu açıktır.

426 Schwenzer, **Art.302**, N.3 vd; Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.116; Gubser, **a.g.e**, s.73; ayırca bkz. Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.25 vd.

Anne ve baba, çocuğun eğitimiyle ilgili olarak çocuğun arzu edilen davranışlarda bulunması için gereken "eğitim yöntemlerini" belirlemede özgürdürler. Bunu sağlamak için anne ve baba, kendi düşünceleri ile ya da talimatlarla çocuk üzerinde etki oluşturabilirler[427]. Fakat çocuğun yetiştirilmesi sırasında çocuğa küçük düşürücü, acı verici ya da özgüven kaybına yol açan veya sağlığı tehdit eden önlemler asla uygulanamaz. Çocuğun vücut ya da ruhsal bütünlüğünü zarara uğratan ya da tehlikeye düşüren cezalandırma yöntemlerine asla izin verilemez[428]. Böylesine uygunsuz koşullar altında yetiştirilen ve kendisine karşı eğitim yükümü ağır derecede ihlal edilen, bu yaşadıklarından ağır derecede etkilenen ve böylelikle aile bağı kopmuş olan çocuğun, ana-babasına saklı pay oranında mirasını geçirmekle yükümlü olduğu söylenemez[429].

Ana ve baba, çocuğa karşı fiziksel ya da psikolojik şiddet uygulamaktan kaçınmakla yükümlüdürler. Aksi halde bu durum koşulları geçekleşmek kaydıyla mirasçılıktan çıkarma nedeni olabilir[430]. Çocukluk döneminde ana-babadan baskı gören çocuğun yaşadığı sarsıntıların (travmaların) etkisi, ilk kez yaşamının ileriki zamanlarında ortaya çıksa da çocuk, ana-babasını çocukluğunda yaşadığı olaylar nedeniyle, somut olaya göre mirasçılıktan çıkarabilir. Bu bağlamda aile bağının uygunsuz eğitim yöntemleri-

---

427 Gubser, **a.g.e**, s.73; Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.117. Bununla birlikte çocuğun kendi geleceğiyle ilgili konularda, en azından belirli bir olgunluğa erişmiş çocuğun görüşleri alınmalıdır (katılım; partisipasyon): Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.116; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.329.
2.HD'nin 9.3.1982 tarih ve 757/2149 sayılı kararından: "Kaldı ki velayet boşanma kararı ile anaya verildiğine göre, çocuğun eğitilmesi görevi anaya ait bulunmaktadır. Baba ananın görevini kötüye kullandığını ispat ederek velayeti nez ettirmedikçe (yeni MK m. 348) ya da şartların kendi yararına değiştiğini ispatlayarak velayeti anadan almadıkça (yeni MK m. 183), çocuğun şu veya bu ülkede okumasına müdahale edemez" (**YKD** 1982/9, s.1245; **ABD** 1982/2, s.266).

428 Schwenzer, **Art.301**, N.8; Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.117; Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.28; Gubser, **a.g.e**, s.73. Alman Medeni Kanununda maddi ve manevi şiddet yasağı kanunda düzenlenmişken (BGB § 1631), bizde Medeni Kanunda açık hüküm olmaması karşısında, Ailenin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin yorum ve boşluk doldurmada uygulanmasıyla yetiştirme (tedip) hakkının sınırları çizilebilir. Eğitim ve yetiştirme sırasında ana-babanın kuvvet kullanma hakkı (örneğin çocuğa ceza vererek odasına göndermesi, dışarı çıkma yasağı koyması gibi), "ölçülülük ilkesi" ile sınırlıdır (Serozan, **a.g.y**).

429 Bu durumda çocuk, ölüme bağlı tasarruf ehliyetine sahip olmasından sonra, ana-babasını mirasçılıktan haklı olarak çıkarabilir. Aynı yönde Escher, **Art.477**, N.20; Gubser, **a.g.e**, s.73–74. Çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesi sırasında çocuğun vücut bütünlüğüne zarar verilmiş olması, somut olayın koşullarına göre ağır bir suç kabul edilerek, MK m.510/b.1 gereğince mirasçılıktan çıkarmaya yol açabilir. Aynı yönde Gubser, **a.g.e**, s.74.

430 Mülga Türk Kanunu Medenisinin 267. maddesinde ana-babanın çocuğu tedip hakkı olduğu kabul edilmekteydi. Bu hüküm yeni Medeni Kanuna haklı olarak alınmamıştır. Bu konuda bkz. Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.27 vd. Eski Medeni Kanunun 267'nci maddesini mirasçılıktan çıkarma açısından yorumlanması için bkz: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.458. Yazar bu hükme göre, ana veya babanın kötüye kullanmamak kaydıyla sahip olduğu "tedip hakkını" kullanması sırasında, çocuğun buna uymak, itiraz etmemek ve direnç göstermemekle, yükümlü olduğunu belirtmekteydi.

nin uygulandığı dönemde kopup kopmadığının bir önemi yoktur. Ana-babası tarafından kendisine yaşatılan zor çocukluk döneminin ve bunun psikolojik sonuçlarının bilincine varmasından sonra, çocuğun, ciddi üzüntüye düşmesi ve ana-babasıyla ilişkilerinin derinden sarsılması yeterlidir[431]. Bu tür olaylarda ihlalin sonuçları, yani çocukta yaratılan psikolojik izler ve etkiler çoğunlukla sonradan ortaya çıkmaktadır. Mirasçılıktan çıkarma bakımından da bu durum mutlaka dikkate alınmak zorundadır[432].

Ayrıca belirtelim ki ana-babadan kaynaklanan yanlış yetiştirme metotları yüzünden kötü ve zor bir çocukluk dönemi geçirmiş olan çocuğun, hâlâ ana-babayla aynı çatı altında yaşamaya devam etmesi ya da onlarla kişisel iletişimin kesilmemiş olması, zor çocukluk döneminin izlerinin silindiği ve yaraların sarıldığı anlamına gelmeyeceği gibi, hemen kolaylıkla cezai çıkarma nedeninin ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı veya mirasbırakanın ölümü anında mevcut olmadığı ya da şekilsiz bir af söz konusu olduğu anlamına da gelmez[433]/[434].

(b) Dini eğitim

"Çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir" (MK m.341/I, II). Türk Hukukunda çocuk erginliğe eriştiğinde dinini seçmekte özgür olacaktır (MK m.341/III)[435]. Şu halde ergin bir kimse, kural olarak din değiştirdiği, bir tarikata ya da cemaate bağlandığı gerekçesiyle mirasçılıktan çıkarılamaz.

---

431 Gubser, **a.g.e**, s.74.

432 Stadler, **a.g.e**, s.65; Gubser, **a.g.e**, s.74.

433 Stadler, **a.g.e**, s.65; Druey, **a.g.e** §6, N.62; Gubser, **a.g.e**, s.74. Kişisel iletişimin tamamen ya da kısmen kesilmemiş olmasının, aile bağının kopması ile eş anlamlı olmadığını; "kişisel iletişimin kesilmesi" vakıasının, aile bağının kopması bakımından –belki en önemlisi de olsa– yalnızca bir gösterge olduğunu hatırlatalım. Bu konuda bkz. §2.II.B.4.a.

434 Anne ya da babanın cinsiyet değiştirdiği ya da eşcinsel ilişki yaşadığı bir ortamda yetişen çocuğun, psikolojisinin ve yetişme koşullarının olumsuz etkilenmesi durumunda, velayet hakkının kötüye kullanılması ya da çocuğun eğitim yükümüne aykırılık meydana gelebilir. Zira eğitim yükümü, çocuğun cinsel olarak da toplum düzenine uygun bir çevrede büyütülmesini ve eğitilmesini içerir. Meğer ki cinsiyet değiştiren ya da eşcinsel ilişki yaşayan anne ya da baba, çocuğun bu koşullardan etkilenmemesi için gerekli önlemleri almış olsun.

435 İsviçre Hukukunda on altı yaşını dolduran çocuk, dini inancını belirlemekte özgür olduğundan (ZGB Art.303, Abs.3), ana-baba tarafından onaylanmayan bir dini inanışı seçen çocuğun bu nedenle mirasçılıktan çıkarılması mümkün değildir: Nobs, **a.g.e**, s.28; Bellwald, **a.g.e**, s.50; Gubser, **a.g.e**, s.76. Velayetin etkisi bu durumda hükümden düşmekte ise de, yine de ana-babanın erginliğe kadar çocuğu, üçüncü kişilerin uygunsuz dini etkilerinden korumak zorunda olduğu kabul edilmektedir (Gubser, **a.g.e**, s.75).

Bununla birlikte dini inancın gereklerini yerine getirme hukuk düzeniyle sınırlıdır[436]. Öte yandan bazen çocuğun dini inançları ailesel ilişkilerde acı ve üzüntüye yol açabilir. Örneğin bir dini tarikata bağlanarak, ailesi ile olan tüm iletişimini koparan bir çocuk, somut olay koşullarına göre mirasçılıktan çıkarılabilir. Zira söz konusu inancını yaşamak için seçtiği bu yöntem, ana-babaya karşı gözetme, dikkat ve özen gösterme yükümünün (MK m.322) ihlalini oluşturmuş, ana-babayı derinden yaralayan bir hal almış ve aile bağını böylelikle koparmış olabilir. Bununla birlikte bu olaylarda, çocuğun tarikata isteyerek mi yoksa baskı ya da zorlama ile mi bağlandığı iyi araştırılmak gerekir. Üçüncü kişilerin (örneğin bir başka tarikat üyesinin) ağır etkisi söz konusu olduğunda, durum mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılmayabilir. Bu durumda öncelikle üçüncü kişinin etkisinin, kusuru kaldıran ya da azaltan bir rol oynayıp oynamadığı araştırılmalıdır[437]. Eğer kusurlu bir aile hukuku yükümü ihlali söz konusu ise, aile bağının kopabileceğini en azından öngörmesi gereken çocuğun, bu davranışının aile bağını kopartıcı sübjektif ve objektif ağırlığa sahip olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu aşamalarda elbette ana-babanın varsa birlikte kusuru da etken bir unsur olacaktır[438]. Tarikat üyesinin, çocuğu ağır derecede etki altında bırakması karşısında mirasçılıktan çıkarma için gereken objektif ağırlık ölçütünün gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Elbette çocuğun makul surette davranma, eğriyi doğrudan ayırt edebilme yeteneği, bu ağır olay karşısında titizlikle araştırılmak gere-

---

436 Örneğin satanizm ya da başkaca sapık inançlar gereğince hayvanlara ya da insanlara eziyet edilmesi, inanç özgürlüğü olarak görülemez. Öte yandan hukuk düzeninin sınırları kavramı da göreceli olabilir. Sözgelimi ülkemizde yaşanan başörtüsü sorunu bakımından, yasak olduğu halde "kamusal alanlara" başörtüsü ile girmek isteyen bir kimsenin, hukuka aykırı hareket ettiği gerekçesiyle mirasçılıktan çıkarılmasının haklı görülmesi güçtür. Hatta bu kimsenin mirasbırakanı, bu yasağı savunan bir siyasi partinin milletvekili olsa ve kızı başörtüsü eylemlerine katıldığı için uzun süre medyada haber konusu olsa bile bu cezai çıkarmanın geçerli olduğunu kabul etmek bizce güçtür. Zira hak arama özgürlüğü ya da "sivil itaatsizlik" demokrasi kapsamındadır. Fakat söz konusu mirasçı, sırf mirasbırakanına zarar vermek için hareket etseydi ya da terör eylemlerinde bulunsaydı, mirasçılıktan çıkarma haklı olabilirdi.

437 Karş. Gubser, **a.g.e**, s.76.

438 Örneğin yetiştirme ve eğitim verme yükümlerini yerine getirmede kusurlu davranmaları halinde mirasçılıktan çıkarmanın caiz görülmeyeceği yönünde: Gubser, **a.g.e**, s.77. Bizce birlikte kusur, ağırlığı azaltan bir etkendir. Otomatik olarak mirasçılıktan çıkarmayı geçersiz kılma sonucuna varmak isabetli olmaz. Tüm koşullar bir arada değerlendirilmelidir.

kir. Sonuç, somut olayı, tüm koşulları ile araştırmakla yükümlü hâkimin takdir yetkisine bağlı kalmaktadır[439].

Ana-baba, kural olarak çocuğu dini açıdan yönlendirmek, çocuğun dinini ve mezhebini belirlemek ve dini eğitim yoluyla çocuğun duygularına ve inancına ağırlıklı olarak etki etmek hakkına sahiptir[440]. Bununla birlikte ana-baba dini eğitim sırasında çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığına zarar vermemekle yükümlüdür. Çocuğunu bir tarikatın dini anlayışına göre yetiştirmek isteyen ana-baba, söz konusu tarikatın çocuğun tarikat üyesi olmayan diğer kişilerle her türlü ilişkisini yasaklaması, baskıcı bir eğitim metodu izlemesi, çocukların beynini yıkaması vs. gibi aşırı önlemler kullanması durumunda yetiştirme ve eğitim yükümünü ihlal etmiş olur[441].

(c) Söz dinleme ve ortak yaşam sürme

Ana-babanın çocuğa bakma, onu yetiştirme ve eğitme yükümleri karşısında çocuğun da ana-babanın sözünü dinleme (riayet) yükümü vardır (MK m.339/II). Söz dinleme yükümü, amacına uygun şekilde kullanılması gereken, yetiştirme ve gözetme yükü-

---

439 *Gubser*, ana-babanın, göz göre göre mirasının bu tarikatın kasasına gidişini seyretmekle yetinmek zorunda kalmasını -eş ile birlikte mirasçı olan altsoyun yüksek orandaki saklı payına da işaret ederek- yürürlükteki hukukun yetersizliği olarak görmektedir (**a.g.e**, s.76–77). Kanımızca, mirasbırakanın 'mirasının hiç istemediği şekilde tasarruf edileceğine içerlemesi' durumu, yalnızca bu konuya özgü değildir. Bu durumu ölçüt alarak kanun sistemini eleştirmek yerinde olmaz. Eğer koşulları varsa zaten tarikata katılan mirasçı mirasçılıktan çıkarılabilir. Mirasçılıktan çıkarma koşulları yoksa bir reformla saklı pay sistemi kaldırılmadıkça, bu durumu engellemek mümkün değildir. Zira kanunun bakış açısı, saklı pay hakkının mirasçıya ait olduğu ve mirasçının, mirasbırakanın arzusu hilafına da olsa istediği gibi saklı payı tasarruf edebileceği yönündedir. Altsoyun saklı pay oranlarında azaltmaya gidilmesi ise, olumlu ve olumsuz tüm sonuçlarıyla beraber düşünülmesi gereken çok yönlü bir konudur.

440 Schwenzer, **Art.303**, N.2; Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.36 vd; Gubser, **a.g.e**, s.77. Kural olarak velayet hakkına sahip olan eş, çocuğu inanç konusunda yönlendirmeve eğitme hakkına sahiptir. Bununla birlikte velayeti kaldırılan veya boşanma halinde velayet hakkı kendisinden alınan eşin de dini eğitim konusunda etki etme hakkına sahip olup olmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.36–37.
Mutlaka dini eğitim verme yükümünün olmadığı ve din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde herkesin çocuğuna tercih ettiği bir dini eğitimi verebileceği ya da hiçbir dini eğitim vermeyebileceği, bunun ihlal olarak görülemeyeceği görüşünde: Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.37–38; Oğuzman/Dural, **a.g.e**, s.279; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, 330. Şu halde çoğunluk fikri benimsenirse, dini eğitim verilmemesi, cezai çıkarmadaki ihlaller potasına giremeyecektir.

441 Schwenzer, **Art.303**, N.6; Gubser, **a.g.e**, s.77. Bu tarz zorlayıcı önlemlerle ruhsal veya bedensel bütünlüğü zarar gören çocuk, ana-babasını somut olaya göre mirasçılıktan çıkarabilir. Buna karşılık ana-baba, kendileriyle hiçbir şekilde iletişim kurmadığı gerekçesiyle söz konusu tarikatın düsturlarınca yetişmek zorunda kalan çocuğu, somut olay koşulları saklı kalmak kaydıyla, mirasçılıktan çıkaramazlar: Gubser, **a.g.e**, s.77–78.

müne hizmet eder ve bununla sınırlıdır. Ana-baba, çocuğun kişiliğine ve özgürlüğüne saygı göstermeli ve çocuğun özgüvenine zarar vermemelidir[442].

Ana-baba ile ortak yaşam sürmeyen ergin çocuklar, ana-babaya karşı söz dinleme ile yükümlü değillerdir. Bu nedenle sırf ana-babanın direktiflerine uymadıkları için mirasçılıktan çıkarılamazlar[443]. Buna karşılık ana-baba ile ortak yaşam sürdüren ergin çocuğun, ev idaresinin gerektirdiği talimatlara uyması gerekir. Bu durumda yetişkin çocuk için söz dinleme yükümü yalnızca ev düzeni ile sınırlıdır. Aynı şekilde çocuğunun evinde yaşayan ana ve baba da, o evin düzenine uymakla yükümlüdür. Bununla birlikte ana-baba ile ortak yaşayan ergin çocuğun ya da çocuğun evinde yaşayan ana-babanın, ev idaresinin gerektirdiği düzene uymaması, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmaya tek başına yeterli görülmemektedir[444].

Söz dinleme yükümü, kişilik hakları ve hukuken korunan özgürlük alanı ile sınırlıdır[445]. Ana-babanın arzu etmediği bir kimse ile evlenmek ya da ana-babanın onaylamadığı bir kariyer yapmak, ailenin onayı olmamasına rağmen ergin bir çocuğun evden ayrılması, hukuka aykırılık oluşturmadığından MK m.339'daki söz dinleme yükümünün ihlali olarak görülemez[446].

---

442 Schwenzer, **Art.301**, N.7; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.329; Gubser, **a.g.e**, s.75; Bellwald, **a.g.e**, s.49; Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.91; Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.23. Ayrıca bkz. ZGB Art.301 Abs.2. Nitekim Medeni Kanuna göre "*Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar*" (MK m.339/III).

443 Bellwald, **a.g.e**, s.49; Gubser, **a.g.e**, s.75. Buna karşılık ergin çocukların söz dinleme yükümünün olmayışı, saygı, anlayış ve gözetme yükümlerinin de olmadığı anlamına gelmez.
"(Evlat edinen) su istese, (evlatlığın) kalk kendin al hizmetçin mi var dediği, eve geç gelme nedeni sorulduğunda sen karışamazsın diye onu itelediği, böylece ağır kusurlu davranışlarda bulunduğu, görevlerini yapmamak için müşterek haneyi terk ettiği" gerekçeleriyle MK m.510/b.2 ve eMK m.258 hükmüne aykırılığın oluştuğu yönünde: 2.HD 14.1.1997, 12392/389 (**HukukTürk**).Buna karşılık diğer bir karara göre, "çocuğun başlangıçta, yani henüz reşit olmadığı dönemde (boşanma sebebiyle velayeti kendisine verilen) anasının teşvik ve yardımı ile (eğitim için) İngiltere'ye gitmesinin, reşit olduktan sonra da özgür iradesi ile bu durumu devam ettirmiş olmasının aile görevlerine ters düşen hiçbir yan ve yönü yoktur": 2.HD 9.3.1982, 757/2149 (**YKD** 1982/9, s.1245).

444 Nobs, **a.g.e**, s.28; Bellwald, **a.g.e**, s.50; Gubser, **a.g.e**, s.75, dn.326.

445 Gubser, **a.g.e**, s.75; ayrıca bkz. Escher, **Art.477**, N.7; Ickowicz, **a.g.e**, s.53; Druey, **a.g.e**, §6, N.60.

446 İsviçre Federal Mahkemesi, 1953 tarihli eski bir kararında, evden ayrılarak bir başkasıyla evlilik dışı birliktelik yaşayan ve bir de çocuk dünyaya getiren kızın, babasının tüm isteklerine rağmen eve geri dönmemesi karşısında, babası tarafından mirasçılıktan çıkarılmasını uygun bulmuştur (SJZ 51 (1955), s.12 (6). Bu karar haklı olarak eleştirilmiştir: Bellwald, **a.g.e**, s.49; Gubser, **a.g.e**, s.75. Kanımızca da ergin olan bir kişinin evlilik dışı birliktelik yaşaması, salt bu haliyle, MK m.339/II'deki söz dinleme yükümüne aykırılık oluşturmaz. Evden ayrılmama yükümü ise, MK m.339/IV gereğince ergin olmayan

Öte yandan ergin olmayan çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez (MK m.339/IV). Başka deyişle ergin olmayan çocuk için kural olarak, ana-babanın aksi yönde onayı olmadıkça ortak konutta yaşama yükümü bulunmaktadır[447]. Diğer taraftan ergin olmayan çocuğun ortak konuta alınmaması da önemli ölçüde bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturabilir[448].

(4). Ana-baba ile ergin çocuklar arasındaki ilişkiyi sürdürme yükümü

Ana-baba ve çocuklar arasındaki karşılıklı destekleme, anlayış ve özen gösterme yükümleri (MK m.322) bir süre ile sınırlı değildir. Bu nedenle ergin çocuk ortak yaşanılan evden ayrılsa da hâlâ destekleme, anlayış ve özen gösterme yükümleri çerçevesinde ana-baba ile kişisel ilişkiyi koruma ve sürdürme yükümü altındadır[449]. Ergin çocuğun ana-baba ile kişisel ilişkisini ve iletişimini kesmiş olması, mirasçılıktan çıkarmayı gerektirecek ağırlıkta bir aile hukukundan doğan yüküm ihlali oluşturabilir[450].

çocuklar için geçerli olmak gerekir. Dolayısıyla olayda MK m.339 (ZGB Art.301) hükmüne aykırılık yoktur.

447 Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.24.

448 Bkz ve karş. Şener, **YD**, s.94. Yargıtay kararına konu olan bir olayda evlatlık, 15–16 yaşında iken, babası ile birlikte evlat edinenlerin evini terk etmiş, aradan geçen beş yıl gibi uzun süre içerisinde evlat edinenlerle ilişki kurmamıştır. Bu sırada ayırt etme gücünü kazandığı için bu eylemleri bilinçli olarak yapmış, resmi nikâh olmaksızın bir başkasıyla evlilik dışı yaşam ortaklığı kurmuştur. Yargıtay bu olguları ele almakta ise de, ortak yaşama yükümüne aykırılık değil, saygı yükümüne aykırılık çerçevesinde önemli ölçüde bir ailesel yüküm ihlali olduğu sonucuna varmıştır (2.HD 23.5.1997, 4287/5766 – **Kazancı**-MK). Doğrusu Yargıtay kararlarında ihlal edilen yüküm tipi ve unsurları hakkında titiz bir değerlendirme yapılmaması, somut olgular sıralandıktan sonra, kanunun madde numarasının karar metnine girilerek, bunun ihlal edildiğinden söz edilmesi şeklinde bir yöntem izlenmesi; bu kararlarda hangi olayın nasıl irdelendiğini öğretinin denetleyebilmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır.

449 Schwenzer, **Art.272**, N.2, s.11415; Ickowicz, **a.g.e**, s.53; Gubser, **a.g.e**, s.78; BGE 76 II 265, 272.

450 Ickowicz, **a.g.e**, s.53; Gubser, **a.g.e**, s.79; karş. Bellwald, **a.g.e**, s.48. Aynı yönde 2.HD 4.2.2002 tarih, 194/1169 sayılı karardan: "*Davacının murisine karşı aşırı ilgisiz kaldığı, kapıyı ona açmadığı, telefonları yüzüne kapattığı dinlenen tanık beyanları ile sübuta ermiş, murisin vasiyette gösterdiği ıskat sebebi gerçekleşmiştir*" (**HukukTürk**); benzer yönde 2.HD 28.9.2000, 9224/11151 (**HukukTürk**).
Literatürde sıkça rastlanan bir Yargıtay kararında ise, "(mirasbırakanın) kızı Ayşe'nin (senelerden beri kendisini arayıp sormadığını, evlatlığa has olan saygı ve alakayı göstermediğini ve bayramlarda yanına gelerek gönlünü almadığını, zaman zaman uğradığı hastalıklarda geçmiş olsun diye gelmediği ve bu suretle bir evladın babasına karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikap etmiş olması hasebiyle, kanunun bahşettiği hakka dayanarak mirasından ıskat) eylemiş ise de, murisin gösterdiği bu sebepler Medeni Yasanın (eski) 457'nci maddesinde yazılı hallere girecek ağır bir cürüm veya murisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur mahiyetinde kabul edilebilecek derecede olmadığı" sonucuna varılmıştır: 2.HD 15.1.1968, 5592/180 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.891); HGK 27.09.1972, E. 968/2 – 730 K.751 (**İBD** 1973, s.53). Mirasbırakana hastalığı dolayısıyla olağan şefkat ve ilginin **kusurlu olarak** gösterilmemiş olması gerektiği yönünde: Köprülü, **Miras**, s.284. Buna karşılık adı geçen yargı kararlarında kusura değil, ağırlık unsuruna vurgu yapılmıştır. Açıkça belirtilmese de yüksek mahkemece objektif ağırlığın yeterli görülmediği izlenimi

Bazen kişisel ilişkinin kesilmesinin geçerli bir nedeni vardır. Görüşme azlığı ya da yokluğu, ailesel ilişkilerden kaynaklanmaktadır. Evden ayrılan ergin çocuğun kişisel ilişkiyi sürdürmesine, bizzat ana-babanın, kardeşin ya da o evde birlikte yaşayan diğer aile üyelerinin engel olması halinde, bu durum ilişkiye engel olan aile üyesinin mirasçılıktan çıkarılmasına neden oluşturabilir[451]. Bu son halde geride kalan aile üyeleri kişisel ilişkiyi sürdürme yükümüne aykırı davranmış olmaktadırlar. Öte yandan ergin çocuğun kişisel ilişkisini kesmesinde ana-babanın ya da diğer aile üyelerinin olumsuz ya da kusurlu davranışları etkili olmuşsa, bu durum aile hukuku yükümüne yol açan hukuka aykırılık bağının değerlendirilmesinde rol oynar. Hiç kuşkusuz ki, olaya yol açan etkenler ve bu arada birlikte kusur, mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsurunun (objektif ağırlığın) belirlenmesinde de azaltıcı rol oynar[452].

İsviçre'nin Basel Kantonu İstinaf Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda[453], bir kız çocuğu babasıyla kişisel iletişim kurmamıştır ve bu durumu yazdığı nezaketsiz

---

uyanmaktadır. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Miras**, s.313, dn.27. Huzurevindeki annelerini on yıldır aramayan ve ziyaret etmeyen çocukların mirasçılıktan çıkarılmasının haklı olduğu yönünde: 2.HD 16.11.1999, 11336/12364 ve 2.HD 24.4.2001, 9269/11079 (Özuğur, **Miras**, s.77).

451 Beck, **a.g.e**, s.73; Gubser, **a.g.e**, s.79.

452 Karş. Gubser, **a.g.e**, s.80. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, "davacılardan 1931 doğumlu H. ile eşi 1930 doğumlu G. 'in, aynı zamanda H. 'nin yeğeni olan davalı 1971 doğumlu M. ile davalının ailesinin oturduğu eve bitişik evde oturmalarının da etkisiyle iki yaşından beri yakın ilişki içinde olup, ona özel bir önem vererek ilgi gösterdikleri, daha sonra da 1994 yılında onu evlat edindikleri; davalının 1996 yılında davacıların istediği kişiyle ve yine onların destek ve yardımları ile evlendiği; bir yıldan fazla süre davacılarla davalı ve eşinin aynı evi paylaştıkları tarafların kabulündedir. Ne davacılar ne de taraf tanıkları bu dönemde davalının evlat edinenlere karşı saygısız ya da ilgisiz tutumunun olduğundan söz etmemişlerdir. (..) Uyuşmazlığın davalının eşi ve çocuğu ile ayrı bir eve geçmesinden ve davacı H. nin de bu dönemde hastalanmasından sonra ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. / Davacıların aynı zamanda akrabaları olan tanıklarının (…) beyanlarının aksine, çoğunluğu tarafların komşuları olan davalı tanıkları birbirlerini doğrular ve tamamlar şekilde davalının davacılara karşı herhangi bir saygısızlığını görmedikleri, aslında taraflar arasında aşırı sayılabilecek bir sevgi ve saygı mevcut olduğu, davalı M. 'in evlendikten sonra eşi ile birlikte bir süre davacıların evinde kaldığı, davalının çocuğunun doğmasından sonra anlaşamadıkları, bunun üzerine davacıların M. 'i ve eşini evlerinden çıkardıkları, M. 'in de gidip kiralık evde oturmaya başladığı, M. 'in amcasını ve yengesi G. 'i bir anne baba gibi sevip sayıp, onları ziyarete gittiği, ancak onların kabul etmedikleri, ameliyat sırasında da davacı H. 'nin davalıyı hastaneye kabul etmediği, hatta M. 'in babası Kardeşi M. 'i bile kabul etmediği, bunun için Hastaneye kadar giden M. 'in de davacının odasına çıkamadığı, bayramda tarafları barıştırma isteklerinin de H. tarafından kabul görmediği" şeklinde beyanda bulunmuşlardır". Bu sebeple evlatlığın, evlat edinenler ile kişisel iletişimi kesmesine, bizzat evlat edinenlerin sebep olması (birlikte kusur) halinde, evlatlığın aile hukukundan doğan saygı ve destekleme yükümlerini ihlal ettiği söylenemez (MK m.510/b.2 – eMK m.258): HGK 15.5.2002, 2–333/397 (**HukukTürk**).

453 Olayda; bir koca eşinden boşanmıştı ve mahkeme ortak tek kızlarının velayetini anneye vermişti. Koca, boşanmada açıkça kusurluydu. Çünkü koca eşine karşı acımasız ve ölçüsüz davranışlarda bulunmuştu, eşini dövmüştü, ayrıca sürekli sarhoştu. Kız, bu münakaşalara neden olan babası yüzünden derin acılar yaşamıştı. Boşanmaya giden kavgalar sırasında kız bir yurda yerleşmişti. Babasının bir ziyareti sırasın-

mektubunda açıkça kabullenmiştir. Buna rağmen babanın geçmişte anneden boşanmaya yol açan kusurlu davranışlarının, kızın bu şekilde davranmasına yol açtığı ve babanın birlikte kusurunun mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliğini böylece tartışılır hale getirdiği sonucuna varılmıştır. Karara göre babanın çocuğa yaşattığı bu sarsıntılar karşısında çocuğun kişisel ilişkiyi kesmiş olması nedeniyle kusurlu olduğundan söz etmek oldukça güçtür. Gerçi çocuğun kişisel ilişkiyi kesmesi ve nezaketsiz tavrı doğru görülemez ise de, olayda çocuğun aile hukuku yükümünü ihlali, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturacak ağırlıkta görülemez[454].

Bazen de kişisel ilişkinin kesilmesinin geçerli bir nedeni yoktur. Mirasbırakanın tüm çabalarına rağmen, geçerli bir nedeni olmaksızın aileyle kişisel ilişkiyi sürdürmeyi reddeden saklı paylı mirasçı, mirasçılıktan çıkarılabilir. Bunun için mirasçı, mirasbırakan veya onun aile üyesi bir kişi ile kişisel ilişkiyi kusurlu olarak kesmiş, bu nedenle mirasbırakan derinden yaralanmış (sübjektif ağırlık) ve somut olayın tüm koşulları aile bağının fiilen kopmuş olduğunu kabulü haklı kılıyor (objektif ağırlık) olmalıdır[455].

Değişen çağın etkisi ile geniş aile, çekirdek aileye dönüşmüş ve sosyal ilişkiler kaynak İsviçre Medeni Kanununun hazırlandığı geçen yüzyıldan oldukça farklı bir noktaya ulaşmıştır[456]. İşte çağın bu gerçekleri karşısında tamamen ya da büyük ölçüde kesilen

---

da yaşananlar, kızın bayılmasına yol açmıştı. Boşanmadan sonra evlenene kadar kız anneyle birlikte yaşadı. Boşanmadan sonra baba, yıllardır görmediği kızıyla buluşmak istedi. Kız ise bu talebi, kaba bir üslupla yazdığı mektup aracılığıyla reddetti. Babanın ölümüne kadar kızı ile başkaca bir görüşme gerçekleşmedi. Baba, tüm isteklerine rağmen kendisiyle görüşmeyi reddeden ve geçirdiği ağır bir kazadan haberdar olmasına rağmen kendisini hiç ziyaret etmeyen kızını mirasçılıktan çıkardığına dair vasiyetname düzenledi: AppG, 6.12.1968 SJZ 65 (1969).

454 Gubser'e göre (**a.g.e**, s.80), karar isabetlidir. Zira kızın az da olsa kusuru bulunmaktadır ve aile hukuku yükümü ihlali de söz konusudur. Ancak, çıkarmayı gerektirecek ağırlık söz konusu değildir.

455 Aynı yönde Gubser, **a.g.e**, s.80; Beck, **a.g.e**, s.73. Örneğin, iş nedeniyle başka bir ülkeye yerleşen ve onlarca yıl geçmesine ve tüm ricalara rağmen hiç ana-babasını arayıp sormayan çocuk, "aileye layık olmadığını" gösterdiğine göre artık mirastan pay almayı bekleyemez. Aile hukukundan doğan destekleme, anlayış ve özen gösterme yükümlerine aykırı davranan saklı paylı mirasçı, aile bağının neticesi olan haklardan da yararlanamaz: Gubser, **a.g.e**, s.81.

456 Küreselleşme, göç, gittikçe bireyselleşen yaşam stili, dolaşımın artması, ortak yaşama biçimlerinin çeşitliliğini azaltmış ve bu bağlamda geniş aileyi parçalamıştır. Böylece aile olgusu, gittikçe hısımları dışlayan ve ana, baba ile ergin olmayan çocuklardan oluşan toplumsal bir yapı halini almıştır. Çekirdek aile dışındaki hısımlarla olan (nesiller arası) ilişkiler azalırken, aile dışı kişilerle olan bağlılıklar ve ilişkiler artmıştır. Öte yandan iş yaşamının ya da özgürce yaşamanın, yükselen yaşama standartlarının gerekleri olarak farklı yerlere yerleşme, kentler ya da ülkeler arasında sürekli dolaşım hakkı, aile bireylerini birbirinden uzaklaştırmıştır. Bkz. Breitschmid, **Vor Art.467–536**, N.9; Gubser, **a.g.e**, s.213–214.

ailesel ilişkilerin miras hukukuna ilişkin doğuracağı sonuçların sorgulanması gerekir. İsviçre Hukukunda savunulan bir görüşe göre[457], bu sosyal değişim karşısında eski neslin, yeni nesillerden kişisel ilişki konusunda daha az beklenti içerisinde oldukları hesaba katılmalıdır. Çağın gerekleri ya da iş yaşamının, öğrenim hayatının, farklı şehirlerde yaşamanın getirdiği bir sonuç olarak ailesel ilişkilerin giderek zayıflaması ve kopması karşısında artık kusur unsurunun ya da ağırlık unsurunun gerçekleşmesi şüphelidir ve cezai mirasçılıktan çıkarma koşulları oluşmamış olacağından, mirasbırakan aralarında iletişimin hiç olmadığı veya çok zayıf olduğu mirasçıya saklı payın geçisini engelleyemeyecektir[458]. Zira çağın değişimi gereğinin bir sonucu olarak ortaya çıkan bu durumlar, yarım asır öncesine göre bugün için kural olarak mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmay yetmeyebilecektir. Bugün, yürürlükteki hukuk açısından, başkaca

---

457 Gubser, **a.g.e**, s.213.

458 Gubser, **a.g.e**, s.214. Yazar, ayrıca İsviçre'de yargı uygulamasında; "kişisel ilişkinin kesilmesine saklı paylı mirasçının sebep olması" ve "saklı paylı mirasçının kusurlu olması" öğeleri üzerinde durulmasını eleştirmektedir. Çünkü çoğu olayda mirasbırakanın ya da bir başka aile üyesinin kişisel ilişkinin kesilmesinde rolü (birlikte kusuru) olmaktadır. Öte yandan, zaten yakınlarını ya da aile üyelerini sıklıkla ya da hiç arayıp sormayan bir mirasçının bu pasif davranışı, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilecek ağırlığı, pek nadir olaylarda taşıyabilir.
Mirasçılıktan çıkarma kurumu, *de lege lata* "kusur prensibi" (*Verschuldensprinzip*) esas alınarak düzenlenmiştir. Oysa kişisel ilişkinin yok ya da zayıf olmasına saklı paylı mirasçının özellikle sebep olduğu özel bazı olaylar dışında, çoğunlukla değişen çağın getirdiği yeni yaşam modellerine saygı duyulmak gerekecektir. Bu saygı duyulan yeni yaşam modelleri, kişisel ilişkilerin zayıflamasına haklı neden oluşturduğundan, saklı paylı mirasçının kusurluluğu ortaya konulamamaktadır. Böylece, kişisel ilişkisi hiç olmayan ya da zayıf bulunan mirasçıya, yüksek saklı payı oranında miras verilmek zorunda kalınması eleştirilmektedir: Gubser, **a.g.e**, s.214. Yazar kusur prensibi yerine, mirasbırakan ile aralarında görüşme bulunmayan mirasçılar için ya saklı payda indirim (*Pflichtteilsminderung*) modelinin uygulanmasını ya da *temelinden sarsılma prensi*binin (*Zerrüttungsprinzip*), kusur prensibinin yerini alması şeklindeki bir modeli, *de lege ferenda* olarak önermektedir. Karş. Serozan, **Yenilikler**, s.563 vd.
Kanımızca ana-babaya ya da diğer aile büyükleri ile kişisel iletişimin kopmuş ya da zayıflamış olmasını çağın getirdiği yeni yaşam modellerine ve zorunluluklara dayandırarak, yüküm ihlalinin oluşmayacağı sonucuna varılırken titiz bir yorum yapılmalıdır. Zira her çağda kişisel ilişki kurmamayı haklı kılacak yeterli neden bulunabilir. Öte yandan saklı paylı mirasçılar (altsoy, ana, baba, eş) zaten birbirine çok yakın mirasçılardır. Gelişen teknolojik imkânlar (cep telefonu, e-mail vb.) iletişim olanaklarını artırmıştır. Bu imkânlara rağmen, iletişimi koparan mirasçı için cezai çıkarma koşulları oluşabilir. Fakat nesillerin gittikçe zayıflayan kişisel iletişime alıştıkları ve bu alışkanlıkların da mirasbırakanın derinden sarsılma vakıasını ortadan kaldırarak sübjektif ağırlık ölçütünü gerçekleştirmeyebileceği ya da değişen değer yargıları sonucunda objektif ağırlık ölçütünün gerçekleşmeyebileceği ihtimali giderek artmaktadır. Bu nedenle biz de Avusturya Hukukunda yer alan *Pflichtteilsminderung* modelinin (ABGB §773a) hukukumuza alınmasını, detaylar ve uyumlaştırma bir kenara prensip olarak *de lege ferenda* anlamda yerinde görüyoruz. Bu konuya daha önce değinmiştik. Bkz. §1.III.A.3. Ekleyelim ki, özellikle saklı pay sistemine yöneltilen eleştirilerden birisi de mirasbırakanın hiç ilişkide olmadığı altsoy, kanun gereği büyük miras payı alırken, bütün vaktini birlikte geçirdiği eşin az miras payı alması ve hatta evlilik dışı hayat arkadaşının yasal olarak hiçbir miras payı alamamasıdır. Yeni eğilimlerin, mirasın ve saklı payın daha ilk dağılımı sırasında, yakınlık bağını esas alan bir şekilde belirleme yapılması gerektiği düşüncesi de bu noktaya dayanmaktadır. Bu yeni görüşlere yukarıda değinmiştik. Bkz. §1.III.A.1.

eklenen bir sebep bulunmadıkça, ancak saklı paylı mirasçı tarafından tek taraflı ve kusurlu bir şekilde kesilen ailesel ilişkinin, mirasbırakan bakımından ağır bir aile hukuku yükümü oluşturması, istisnaen, mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak kabul edilebilir. Üstelik mirasbırakanın birlikte kusurunun olmaması, yani kişisel ilişki kurulması için üzerine düşeni yapmış olması gerekir.

(5). Üvey ana/baba ile üvey çocuk arasındaki ilişki

Bilineceği üzere, üvey ana/baba ile üvey çocuk arasında mirasçılık söz konusu değildir. Bu nedenle bunların birbirlerine karşı mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunması hukuken anlamsızdır. Burada mirasbırakanın aile üyesi bakımından durum özellik arz eder.

Üvey ana/babanın yükümü, velayeti kullanan eşe "uygun şekilde yardımcı olmak" ve "durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil etmektir"[459]. O halde öz ana/babaya nazaran üvey ana/babanın, çocuğa karşı onunla doğrudan ilgilenme sorumluluğu yoktur[460]. Üvey ana/babanın bakım yükümü, öz anasının yükümü yanında ikincil planda kalmaktadır[461].

Bir görüşe göre[462], kanunun anılan hükümleri çerçevesinde üvey ana/baba ile üvey çocuk arasında bir "aile ilişkisi" kurulmuşsa da "karşılıklı aile hukuku yükümleri" söz

---

459 MK m.338 gereğince: "Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler. Kendi çocuğu üzerinde velayeti kullanan eşe diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder".

460 Schwenzer, **Art.299**, N.1; Bellwald, **a.g.e**, s.36; Gubser, **a.g.e**, s.108. Kaynak kanun için bkz. ZGB Art.299. İsviçre Hukukunda eşlerin, üvey çocuğun bakımı için destek sağlaması ZGB Art.278 Abs.2 hükmünde düzenlenmiştir. ZGB Art.278 Abs.1 gereğince evlilik süresince eşler bakım masraflarına evlilik hukuku hükümleri (ZGB Art.163) gereğince katlanırlar. ZGB Art.163'de eşlerin evin geçimi, ev işleri, çocuklarla ilgilenme, bakımları vb. konuları düzenlenmektedir. ZGB Art.278 Abs.2 hükmü de söz konusu evlilik hukuku hükmünün üvey çocuklar bakımından somutlaştırılmış halidir. Buna karşılık üvey çocuğun, yoksulluk nafakası için doğrudan üvey ana/babaya karşı hukuki bir talepte bulunamayacağı, zira üvey çocuğa bakım yükümünün evlilik hukuku karakteri taşıdığı (eşler arasında ileri sürülebileceği) görüşünde: Breitschmid, **Art.278**, N.4; Gubser, **a.g.e**, s.108. Buna karşılık, biz, üvey çocuğa doğrudan dava açma hakkı tanınması gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim bu görüşü dile getiren yazarlar için bkz. Bellwald, **a.g.e**, s.36–37.

461 Bellwald, **a.g.e**, s.35; Gubser, **a.g.e**, s.108. Ayrıca hısımların yardım nafakası yükümlülüğü (ZGB Art.328 ve 329) ile karşılaştırıldığında da, üvey ana/babanın bakım yükümünün ikincil nitelikte olduğu yönünde: Bellwald, **a.g.e**, s.36; BGE 46 III 56.

462 Gubser, **a.g.e**, s.108. *Gubser*'in bu görüşü yalnızca bakım yükümü açısından mı savunduğu yoksa genel olarak hiçbir yükümün söz konusu olmadığını mı savunduğu açıkça anlaşılamamaktadır. Bununla birlikte, yazar konuyu incelemeye geçtiği son cümlesinde "*karşılıklı (doğrudan) aile hukuku yükümlülükleri olmadığı halde, mirasçılıktan çıkarmanın haklı olup olmayacağının incelenmesi gerekir*" ifadesini

konusu değildir. Üvey çocuğa karşı bakım yükümünü düzenleyen hüküm, evlilik hukukundan doğan bakım yükümünün üvey çocuk için somutlaşmış halidir.

Bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce üvey ana/baba ile üvey çocuk arasında yalnızca aile ilişkisi değil, aynı zamanda aile hukukunda kaynaklanan bir ilişki kapsamında niteliğine uygun karşılıklı haklar ve yükümler söz konusudur[463]. Gerçi üvey ana/babanın uygun yardımda bulunma yükümünün, üvey çocuğun velisi olan eşe karşı olduğu kanunda belirtilmektedir. Ancak kanun açıkça zikretmese bile, aynı çatı altında yaşayan üvey çocuk ile üvey ana/baba arasında saygı, anlayış, gözetme yükümlerinin varlığı konusunda tereddüt etmemek gerekir[464].

Bize göre yukarıda saydığımız yükümlerin üvey ana ya da baba tarafından kusurlu olarak ve önemli ölçüde ihlal edilmesi durumunda, çocuğun öz annesi ya da babası olan eş, diğer eşi için mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunabilir[465]. Mirasbırakan olan öz anne ya da baba, çocuğun bakımı konusunda yardımcı olunmadığı gerekçesiyle doğrudan kendisine karşı ihlal oluştuğu gerekçesine dayanabilir. Mirasbırakan olan öz anne ya da baba, aynı nedenle ya da saygı, anlayış yükümlerinin veya çocuğun kişisel, ruhsal, toplumsal olarak ahlaki ve sağlıklı gelişimini sağlama gibi yükümlerin

---

kullanmaktadır. Oysa ilerleyen bölümde üvey çocuğun saygı, anlayış, özen yükümünden söz etmektedir (**a.g.y**).

463 Benzer yönde Bellwald, **a.g.e**, s.38. Hatta üvey çocuğun öz ana/babası öldükten sonra dahi, üvey ana/babanın üvey çocukla ilgilenmesi yükümünün süreceği, bunun ahlaki bir görev olduğu ve bu yükümlerin evlilik birliğinden doğan bakım yükümünün sonradan ortaya çıkan sonuçları olduğu belirtilmektedir: Bellwald, **a.g.e**, s.38 ve orada dn.3'de anılanlar.

464 Kaldı ki, kendisinin bakımı konusunda yardımcı olan, maddi ve manevi destek sağlayan üvey ana/baba karşısında, üvey çocuğun söz dinleme yükümü olmayacak mıdır? Kanımızca doğrudan üvey çocuğa karşı bir yüküm olmadığını veya karşılıklı yükümlerin söz konusu olmadığını söylemek, kanunun aileyi düzenleyen hükümlerinin ruhuyla da bağdaşmaz. Çocuğun korunmasının ayrı bir hukuk alanı olduğu günümüz anlayışı ile de örtüşmez. Üstelik aksi yöndeki görüşün korumaya çalıştığı yarar da anlaşılamamaktadır. Adeta lâfzî bir yorum metodunu benimsemiş gözükmektedirler.

465 Bu noktada aynı görüşte Bellwald, **a.g.e**, s.38; Gubser, **a.g.e**, s.109. Üvey çocuğa karşı bakım konusunda yardım yükümünü yerine getirmeme doğrudan eşe karşı ihlal oluşturur. Ancak *Gubser*, ihlalin ağır olması gerektiğini haklı olarak belirttikten sonra, çocuğun öz ana ya da babasının ihlal nedeniyle derinden sarsılmış olması koşulunun gerçekleşebilmesinin, esasen eşlerin ayrılması halinde mümkün olacağını savunmaktadır(**a.g.y**). Bu durum aile bağını kopartıcı ağırlığın varlığının bir göstergesi olabilirse de, ağırlık unsuru için mutlaka ayrılma vakıasının gerçekleşmiş olması gerektiğine katılmıyoruz. Öyle somut olaylar karşılaşılabilir ki, kendisi ya da –kanımızca – çocuğu ihlale maruz kalan eş, çaresizlik içinde ya da bir takım ekonomik, sosyal vb. kaygılarla ortak yaşamayı sürdürüyor olabilir. Yargıtay, bir kadının kocasının daha önceki evliliğinden olma üvey çocuklarına ağır hakaretler etmesi karşısında ağır aile hukuku yükümü ihlali oluştuğunda tereddüt etmemiştir: 2.HD 21.3.1985, 2422/2744 (**HukukTürk**). Gerçi anılan karar bağışlamanın geri alınması (BK m.244/b.1–2) ile ilgili olup, eşler olayda boşanmış durumdadırlar.

mirasbırakanın aile üyesine karşı (üvey çocuğa karşı) yerine getirilmediği gerekçesiyle de çıkarma tasarrufunda bulunabilir.

Çocuğun öz ana/babasının, üvey ana/babası ile olan evliliğinden doğan yükümlerini önemli ölçüde ihlal etmesi, aile bağının derinden sarsılması ve çocuğun derinden yaralanması halinde ise, çocuk, öz annesini mirasçılıktan çıkarabilir[466].

Üvey çocuk da, üvey ana/babasına karşı aile hukuku yükümünü önemli ölçüde ihlal etmiş olabilir. Böylece bu ihlal, öz ana/baba ile çocuk arasındaki aile bağını derinden sarsmış ya da koparmış olabilir. İşte bu durumda öz ana/baba, çocuğu mirasçılıktan çıkarabilir. Nitekim üvey ana/baba karşısında söz dinlemeyen, onur kırıcı ya da alçaltıcı söz ve davranışlarda bulunan, saygı, anlayış, özen gösterme yükümlerini ihlal eden çocuk, öz annesinin bu yaptırımına maruz kalabilir. Yeter ki aile bağını koparıcı iradeye sahip ve ayırt etme gücü yerinde olsun[467].

Çocuk, üvey babasının yaptıklarına ses çıkarmayan öz annesini, annenin kendisine karşı bakım gözetim ve koruma yükümlerini önemli ölçüde ihlal etmesi nedeniyle, ölüme bağlı tasarruf ehliyetine kavuşması kaydıyla ve diğer koşullar da gerçekleşmişse mirasçılıktan çıkarabilir.

(6). Ahlaksız, kötü veya sefih yaşam sürmenin etkisi

Saklı paylı mirasçının ahlaksız, haysiyetsiz, savurgan veya sefih bir yaşam sürmesinin (*unseriöser Lebenswandel*) tek başına mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturup oluşturamayacağı ve bu konuda hangi ölçütlerin uygulanacağı, değişen toplumsal değer yargıları karşısında her zaman için sıkıntılı bir konu olagelmiştir. İsviçre Medeni Kanunu hazırlıkları sırasında ahlaksız ya da sefih yaşam sürme ayrı bir çıkarma nedeni olarak kabul edilmemiştir[468]. Günümüzde de İsviçre ve Türk öğretisi[469], kural olarak yalnızca

---

466 Aynı yönde: Bellwald, **a.g.e**, s.38. *Gubser* de bu sonucu kabul etmektedir: bkz. **a.g.e**, s.109.

467 Gubser, yukarıda üvey ana/baba ile üvey çocuk arasında karşılıklı aile hukuku yükümlerinin olmadığını savunmuşken, bu kere üvey çocuğun saygı, anlayış, özen yükümünün olduğunu kabul ederek, çelişkiye düşmüş olmaktadır (**a.g.e**, s.109–110).

468 Hazırlık çalışmalarında yer alan bir tasarıda ahlaksız veya sefih yaşam sürme halinin, üçüncü bir mirasçılıktan çıkarma nedeni olması önerilmiştir. Bkz. Teilentwurf, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zweiter Teilentwurf, Erbrecht, 1895, s.16. Önerilen bu üçüncü çıkarma nedeni, mirasın geçişi anında, söz konusu mirasçının ahlaksız veya sefih yaşamını sürdürmeye devam etmesi halinde hükümlerini doğuracaktı. Bkz. Huber, **Erläuterungen I**, s.389–390; Gubser, **a.g.e**, s.83. Federal Konsey raporunda *(Botschaft des Bundesrates)*, ahlaksız yaşam sürmeyi üçüncü bir çıkarma nedeni olarak kabul edilmesi-

ahlaksız veya sefih bir yaşam sürmenin mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmayacağını kabul etmektedir[470]. Buna karşılık Yargıtay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır[471].

Ahlaksız ya da sefih yaşam sürme, özellikle ailenin ortak yaşamını ya da ailesel ilişkileri tehdit eden ya da bu ilişkiyi sürdürmeyi olanaksız kılan bir hal aldığında, aile hukukundan doğan karşılıklı destekleme, anlayış gösterme ve aile onurunu koruma yükümlerine (MK m.322) aykırılık oluşturabilir. Ahlaksız ya da sefih yaşam sürme, aile

---

ne rağmen, parlemento müzakereleri sırasında bu çıkarma nedeninin kanunda yer alması kabul edilmemiştir: Gubser, **a.g.y.** Ahlaksız ya da sefih yaşam sürme, zaten 'aile hukuku yükümüne aykırılığa dayanan çıkarma nedeni' kapsamında ele alınabileceği için ayrı bir düzenlemeye gerek olmadığı da belirtilmiştir. Bu gerekçe ahlaksız veya sefih yaşam sürmeyi aile hukuku yükümüne aykırılık kapsamında ele almakta ise de, bu sonucun hemen kolaylıkla otomatik olarak kabul edilemeyeceğine ve gerçekten aile hukukundan doğan bir yükümlülüğe aykırılığın gerçekleşmesi gerektiğine işaret edelim.

469 Stadler, **a.g.e**, s.44; Ickowicz, **a.g.e**, s.57; Escher, **Art.477**, N.18; Tuor, **Art.477**, N.14; Tongsir, **a.g.t**, s.32; İmre/Erman, **a.g.e**, s.236; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.601; Bellwald, **a.g.e**, s.45–46; Gubser, **a.g.e**, s.84; BGE 48 II 434, 437; BGE 76 II 265, 272; BGE 106 II 304, 306 vd. Karş. farklı yönde Şener, **YD**, s.95 ve **Miras Hak ve Payları**, s.175 (Yazar, kötü yaşantıyı aile onuruna aykırılık olarak görür).

470 Bu konuda savunulan gerekçeleri şöyle sıralayabiliriz: *İlk gerekçe olarak*, ahlaksız ya da sefih yaşam sürme bakımından bireyin kişisel özgürlük alanı ile ahlaka ya da -kabul edilecek olursa- hukuka aykırılığın sınırlarını çizmek oldukça zordur. *Diğer bir gerekçe*, bu durumun miras hilekârlıkları için oldukça uygun bir araç halini alma ihtimalidir. Evden ayrılarak kendi yaşamını kuran bir çocuk hakkında kardeşleri, anne babayı mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna itecek sözde 'ahlaksız yaşam sürmeyi ortaya çıkarmak' adına her şeyi iddia edilebilirler. Böylece bu kişi mirasın dışına itilir ve diğerleri bu mirasın kendilerine geçmesini sağlamış olurlar: Rohr, **a.g.e**, s.25. *Diğer bir gerekçe olarak*, ahlaksız veya sefih yaşam sürme, ahlaki nitelikli bir kavramdır ve hukuki bir düzenleme için yeterli belirlilikten uzaktır: StenBull NR 1905, 1373 (Votum Thélin); StenBull StR 1906, s.149 vd ve 179 vd; Rohr, **a.g.e**, s.25; ayrıca bkz. Stadler, **a.g.e**, s.52 vd; Ickowicz, **a.g.e**, s.73 vd; Tongsir, **a.g.t**, s.32; Gubser, **a.g.e**, s.83. *Tongsir*'e göre, kanunun ruhundan mirasçılıktan çıkarmanın "*pek zaruri ve az çok objektif hallere inhisar ettirilmek*" istendiği anlaşılmaktadır. Oysa ahlaksız yaşamın ne olduğu kişiden kişiye ve toplumdan topluma ve zamana göre değişen sübjektif bir nitelik taşımaktadır (**a.g.y**).
Başka bir gerekçe olarak, bu kavramın belirsizliği ve kötüye kullanılma olasılığı, mahkemeleri meşgul edecek birçok uyuşmazlığa yol açabilir: Rohr, **a.g.e**, s.25; Tongsir, **a.g.t**, s.32. *Öte yandan*, savurgan, sarhoş veya ahlaksız yaşam süren mirasçının, mirası yok yere harcayacağına yönelik endişeler, bu mirasçının vesayet kurumu işletilerek kısıtlanması yoluyla yeterli önlem alınarak giderilebilir: Huber, **Erläuterungen I**, s.389–390; Rohr, **a.g.e**, s.25; Tongsir, **a.g.t**, s.32. *Üstelik* yalnızca savurganlık etmek ya da "borç ödemeden aciz halde bulunmak"; koruyucu mirasçılıktan çıkarma bakımından bile yeterli görülmemiş ve ek bazı koşullar aranmışken, *sefahat*i, cezai mirasçılıktan çıkarma nedeni kabul etmek, kanunun sözüne ve özüne uygun düşmez: Tongsir, **a.g.t**, s.32. *Son bir gerekçe olarak*, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerlilik koşullarından biri olan "çıkarma nedeninin tasarrufta kesin bir şekilde gösterilmiş olması" koşulu, "ahlaksız veya sefih yaşam sürme" ithamı ile yeter derecede belirlenmiş olmayacağından, mirasçılıktan çıkarmanın geçersiz olması sonucuyla karşılaşılabilir: Bellwald, **a.g.e**, s.46.

471 "*Kadın hakkında çirkin ve iffetini zedeleyen dedikoduların yaygın olmasının*" çıkarma nedeni oluşturacağı yolunda: HGK 26.2.1964, 10/155 (Şener, **YD**, s.94 dn 52'den). Bir kimse hakkında yalnızca dedi koduların yayılmış olması, cezai mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak görülemez. Karara bu haliyle katılamıyoruz. Yine bkz. ve karş. Ayan, **a.g.e**, s.148. (Yazar genel ahlak ve adaba aykırı davranılmasının çıkarma nedeni olduğunu belirtir).

hukuku yükümüne kusurlu olarak aykırılık oluşturuyorsa[472] bu kere aykırılığın "önemli ölçüde/ağır" olup olmadığı değerlendirilmelidir[473].

Aile hukuku yükümüne aykırılık oluşturabilme potansiyeline sahip ahlaksız ya da sefih yaşam sürme halleri bakımından kesin ve belirli bir liste verilmesi mümkün değildir. Kişisel, ailesel ve toplumsal değer ve ahlak anlayışlarının bireylere ve zamana göre değişkenliği karşısında sınırlar belirlemek olanaksızdır[474]. Alkol, uyuşturucu ya da kumar bağımlılığı ya da gece ve eğlence hayatına düşkünlük, savurganlık, bir suç örgütüne üye olmak, psikolojik bir hastalığa dayanmayan sürekli suç işleme vb. gibi haller, ahlaka aykırı yaşam sürme tarzları olarak sayılabilir[475]/[476].

---

472 Escher, **Art.477**, N.19, s.225; Stadler, **a.g.e**, s.45; Gubser, **a.g.e**, s.85.
Buna karşılık somut olayda mirasbırakanın ve/veya aile üyesinin birlikte kusuru varsa bu durum mirasçılıktan çıkarma için aranan objektif ağırlık değerlendirmesinde ağırlığı azaltıcı bir rol oynar. Mirasbırakan, saklı paylı mirasçısına karşı sorumluğu olduğu eğitim yükümünü ihlal etmişse bu birlikte kusur teşkil eder. Öte yandan mirasbırakanın kendisi de kötü, ahlaksız veya savurgan bir yaşam sürüyorsa bu durum en azından objektif ağırlık unsurunun gerçekleşmemesine yol açabilir: Stadler, **a.g.e**, s.53; Gubser, **a.g.e**, s.86. Hatta yanlış yetiştirme veya kötü çocukluk evresinde çocuğun yaşadıkları, onu böylesine bir yaşam tarzına itmişse, kanımızca artık burada aile hukukuna aykırılık için gereken hukuka aykırılık bağının kesilmesi dahi gündeme gelebilir.

473 Tuor, **Art.477**, N.26, 182; Rohr, **a.g.e**, s.27; Stadler, **a.g.e**, s.53; Ickowicz, **a.g.e**, s.57; Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Gubser, **a.g.e**, s.84. Şu halde mirasçının yaşam tarzı ile yaratılan aile hukuku yükümüne aykırılık, mirasbırakanı derinden sarsmış olmalıdır (sübjektif ağırlık). Öte yandan ahlaksız veya sefih yaşam sürmenin yarattığı aykırılık, sonuçta somut olayın tüm koşulları dikkate alındığında "aile bağını koparıcı" nitelikte görülmelidir (objektif ağırlık).
Aşırı derecede borçlandıktan sonra borcunu ödememesi sebebiyle, alacaklıların mirasbırakanın evini kurşunlamasına kusuruyla yol açan mirasçının, **"ailenin huzur ve bütünlüğünü koruma yükümüne"** aykırı davrandığı ve mirasçılıktan çıkarma koşulunun oluştuğu yolunda: 2.HD 10.5.2004, 5159/6038 (**HukukTürk**).

474 Gubser, **a.g.e**, s.85.

475 Gubser, **a.g.e**, s.85; Wolfgang Olshausen, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 5, Erbrecht, Neubearb., Berlin, Sellierde Gruyter, 2006, **§ 2333**, N.22. Uyuşturucu madde satma ya da suç işleme halleri "mirasbırakana veya yakınlarına karşı" gerçekleştirilemediğinden, MK m.510/b.1 gereğince mirasçılıktan çıkarma koşullarını oluşturmasa bile bu davranışların ikinci bende göre aile hukuku yükümü ihlali sayılması mümkün olabilir.

476 Ahlaka aykırı yaşam sürme konusunda karşılaşılan diğer bir sorun da, "evlilik dışı birliktelik" (*Konkubinat; concubinatus*) olarak adlandırılan ilişkilerin, ahlaka aykırı yaşam sürme olarak görülüp görülemeyeceğidir. Evlilik dışı birlikteliklere ileride ayrıca incelemekteyiz. §2.II.C.2.d. Burada konuya sadece ahlaka aykırılık boyutuyla değiniyoruz. İsviçre'de evlilik dışı birliktelikler, gerek farklı cinsler arasındaki ilişki (heteroseksüel) gerekse eşcinsel ilişki (homoseksüel) şeklinde olsun, ahlaka aykırı olarak görülmemektedir. İsviçre Hukuku açısından bu yöndeki değerlendirme için bkz. Gubser, **a.g.e**, s.85. Evlilik dışı birlikteliğin ahlaka aykırılık teşkil edip etmediği ve bu bağlamda aile onuruna aykırı görülüp görülemeyeceği, bireyin kişisel özgürlük alanına müdahale edilip edilmediği noktasıyla da doğrudan ilgilidir. Bu tartışmaya girmek çalışmamızın kapsamını aşacağından, burada yalnızca MK m.510/b.2 kapsamında "hukuka aykırılık bağı"nın aranacağına işaret etmekle yetiniyoruz. Türkiye'de de modern sosyal eğilimin bu ilişkileri kişisel özgürlük alanında görmek yönünde olduğu söylenebilirse

b. Eşler arasındaki ilişkiden doğan yüküm ve yükümlülük ihlalleri

(1). Evlenmenin butlanına bilerek veya kusuruyla sebep olma

Mevcut evliliğine rağmen, bilerek ve kötü niyetle ikinci bir evlilik yapan (MK m.145, b.1)[477] mirasçının bu davranışı, önemli ölçüde bir aile hukuku yükümü niteliğinde ise üçüncü kişi mirasbırakan için, somut olay koşulları saklı kalmak kaydıyla, haklı bir mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşabilir. Bu durum aynı zamanda aşağıda ele alacağımız sadakat yükümüne de aykırılık oluşturur. Yine MK m.150 gereğince eşlerden biri, diğer eşin namus ve onur hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında başkası tarafından aldatılarak evlenmeye razı edilmesi ya da diğer eşin ve altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalığın kendisinden gizlenmesi halleri, MK m.510/b.2 kapsamında önemli ölçüde yüküm ihlali niteliğinde görülebilir. Bu durum da ayrıca sadakat ve gözetme yükümlerine aykırılık niteliği taşımaktadır. Yine diğer eşi, kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutarak evlenmeye razı eden eşin bu ihlali (MK m.151), MK m.510/b.2 kapsamında önemli ölçüde ailesel yüküm ihlali niteliğinde görülebilir[478].

---

de, genel olarak bu konuda sosyal kesimler arasında ciddi görüş farklılıkları olduğu açıktır. Örneğin bir din görevlisinin çocuğunun eşcinsel ilişki yaşaması halinde bulunulan coğrafya, kent ya da kırsal alan çok farklı değerlendirmelere yol açabilir. Türkiye'deki ahlaka aykırılık anlayışları ve değer yargıları bir yana, mirasçılıktan çıkarma açısından konuya bakıldığında, salt evlilik dışı ilişki kurmuş olmanın, kural olarak tek başına bir ihlal oluşturmayacağını kabul etmek gerekir. Zira eşler arasındaki sadakat yükümü dışında, kural olarak evlilik dışı ilişki yaşamama aile hukuku yükümü olarak kanunda düzenlenmiş değildir. Burada mirasçının kişilik hakları ile aile hukuku yükümünün sınırları belirlenmek zorundadır. Ancak bazen kişisel özgürlük alanına girse bile, mirasçının bu hakkını kullanırken mirasbırakanı rencide edecek ya da aile onurunu kıracak şekilde kullanması durumu ile karşılaşılır. Örneğin evlilik dışı ilişki yaşamak dışında, bir de bu durumu aileyi toplumsal baskı altında bırakacak şekilde herkesin bilgisine sunma, ya da tanınmış aileler bakımından bu durumun bilerek paparazzi basınına yansıtılması ve ailenin güç durumda bırakılması, aile onurunu koruma yükümüne aykırılık oluşturabilir. Bu durum, kişisel özgürlük hakkının kötüye kullanılması (MK m.2) tarzında ise, esasen hukuka aykırılık mevcuttur. Fakat kötüye kullanma yoksa hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Bu durumda somut olay koşulları değerlendirilmek ve korunan hukuksal değerler arasında çatışma noktasındaki tercihe göre bir karara varılmak gerekir. Bu konu ileride ele alınmaktadır: Bkz. §2.II.C.2.g.

477 Bu durumda ikinci evlilik mutlak butlanla sakattır ve evliliğin dava yoluyla iptali gerekir. MK m.145/b.2 ve 3'te ayırt etme gücünün bulunmaması cezai çıkarmayı olanaksız kılar. Dördüncü bend de çok istisnaen, evlenmeye engel hısımlığı bildiği halde, bu durumu bilmeyen diğer kişi ile evlenen mirasçının mirasçılıktan çıkarılması gündeme gelebilir. Mutlak butlan halleri için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.80 vd.

478 Nispi butlan hali olan aldatma ve korkutma halinde evlilik dava yoluyla iptal edilebilir. Buna karşılık yanılma (hata) sebebine (MK m.149) veya ayırt etme gücünün geçici kaybı (MK m.148) sebebine da-

Yukarıda anılan ihlaller sebebiyle evliliğin iptal edilmiş olması, cezai mirasçılıktan çıkarma için koşul olmadığı gibi[479], evliliğin iptal edilmiş olması da kendiliğinden cezai çıkarmayı haklı kılmaz. Cezai çıkarmanın tüm unsurlarının, özellikle de sübjektif ve objektif ağırlık ölçütlerinin gerçekleşmiş olması gerekir. Fakat nispi butlan sebepleri için MK m.152 hükmünde öngörülen öğrenmeden itibaren altı aylık ve her halükarda evlenmeden itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde mağdur olan eşin iptal davası açmamış olması halinde, bu durumun cezai çıkarmaya etkisi üzerinde düşünülmek gerekir. Bu davanın açılmamış olmasına rağmen, ihlale sebep olan eşin bu davranışı üçüncü kişi mirasbırakan (sözgelimi baba veya ana) tarafından ağır bulunabilir. Elbette süre içerisinde dava açmayan eşin bu tavrı, objektif ağırlık değerlendirmesinde ağırlığı azaltıcı rol oynar. Öte yandan dava açmayan eş için aile bağının bu olaylara rağmen kopmadığı kural olarak kabul edilecekse de, somut olay koşulları altında mağdur eş, çaresizlik, ekonomik sıkıntı, toplumsal ve ailesel baskı ya da çocukları için kaygılandığı için ya da korktuğu için dava açmamış olabilir. Bu durumlarda mağdur eş, ihlalde bulunan eşini mirasçılıktan çıkarabilir. Evlenme iptal edildiğinde ise, -birbirlerine kan hısımı olmaları hariç- eşler mirasçılık sıfatını kazanamayacağına göre, mağdur olan eşin zaten cezai çıkarma tasarrufunda bulunmasına gerek kalmaz[480].

(2). Eşler arasındaki ilişkide evlilik birliğinden doğan yüküm ve yükümlülükler

Eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Öte yandan eşler

---

yanan nispi butlan halleri için bir ihlalden söz etmek güçtür. Nispi butlan halleri için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.84 vd.

479 Ancak evliliğin iptali davasında, iptal sebeplerinin mevcut olmadığı, ya da anılan olguların ya da davranışların bulunmadığı sonucuna varılmışsa, cezai çıkarma hâkimi, iptal davasına bakan hâkimin bu tespitleri karşısında, kanımızca kayıtsız kalamaz. Sözgelimi, korkutarak evlenmeye zorlama şeklinde bir davranış mevcut olmadığına ilişkin verilen iptal davasının reddi kararı karşısında, cezai çıkarma hâkiminin bu kararla bağlı olmayıp, söz konusu olayları yeniden yargılamaya konu edinmesi ve hatta aksi sonuca varması, kanımızca isabetli bir çözüm tarzı gibi gözükmemektedir.

480 MK m.159 gereğince mirasçıların nispi butlan davasını sürdürmeleri mümkündür. Bu konuya, ayrıca MK m.181/II ile ilgili değerlendirmeler sırasında da değinmekteyiz. Bkz. aşağıda §2.II.C.2.b.(3)(b).(i).

birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar[481] (MK m.185/II, III; ZGB Art.159 Abs.2, 3).

Eşlerden her biri, diğerini evlilikten doğan yükümlerini önemli ölçüde ihlal ettiği için mirasçılıktan çıkarabilir. Eşlerden birinin mirasbırakan olmadığı hallerde de eşler arasındaki yüküm ihlalleri mirasçılıktan çıkarmaya konu olabilir. Eş deyişle kendisine karşı evlilik birliğinden doğan yükümlükler ihlal edilen eş, mirasbırakanın aile üyesi ise, mirasbırakan, mirasçısı olan ve ihlalde bulunan eşi mirasçılıktan çıkarılabilir. Örneğin bir çocuk annesini sürekli aldatan babasını, koşulları varsa mirasçılıktan çıkarabilir. Burada ihlal edilen norm, eşler arasındaki sadakat yükümüdür. İhlal MK m.510/b.2 gereğince mirasbırakanın (çocuğun) aile üyesi olan bir kimseye (annesine) karşı gerçekleştirilmiştir. Bu ihlal ağır ise, saklı paylı mirasçı (baba), mirasçılıktan çıkarılabilir[482].

Eşler arasında evlilikten doğan yükümlere aykırılık için kusurun aranıp aranmayacağı, her biri kendi bahsinde incelenmek gereken ve konumuzu çok aşan tartışmalı konulardır[483]. Aile hukuku öğretisinde eşlerin evlilikten doğan yükümlülüğe aykırı davranmaları nedeniyle sorumlu tutulmaları için, bu ihlali yapan eşin ister bilinçli ve iradi olarak hareket etmesi aransın isterse aranmasın, mirasçılıktan çıkarma için ihlalin bilinçli ve iradi bir şekilde gerçekleştirilmiş olması unsur olarak aranacaktır[484].

---

481 Bu yükümler, evlilikte uyulması gereken ana kurallar olarak aile birliğinin tüm alanlarında sınırsız olarak uygulanır ve bütün evlilikten doğan hakların ve yükümlerin yorumlanmasında belirleyici rol oynar: Iwo Schwander, in **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2006, **Art.159**, N.1; Gubser, **a.g.e**, s.86.

482 Aynı yönde Gubser, **a.g.e**, s.87. Elbette çocuğun mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunabilmesi için öncelikle ölüme bağlı tasarruf ehliyetine sahip olması aranır.
Taraftar bulmayan eski bir görüşe göre sadakatsizlik, yalnızca eşler arasında bir mirasçılıktan çıkarma nedeni olabilir; bir çocuk annesini, babasını aldattığı için mirasçılıktan çıkaramaz. Eşler arasındaki bu davranışlar çocuğa mirasçılıktan çıkarma hakkı vermez: Rohr, **a.g.e**, s.29. Bu görüşün MK m.510/b.2 (ZGB Art.477, Ziff.2) karşısında hukuki bir dayanağı yoktur. Elbette sadece sadakatsizlik *ipso iure* mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmaz ve ağırlık unsurunun somut olayda araştırılması gerekir. Ancak eşler arasındaki sadakatsizliğin asla çocuğa mirasçılıktan çıkarma hakkı vermeyeceğini söylemek, isabetsiz olmuştur.

483 Evlilikten doğan yüküm ihlali için kusur aranacağı yönünde Köprülü, **a.g.e**, s.284–285.

484 Aynı yönde Bellwald, **a.g.e**, s.52 ve 55. Burada bizi ilgilendiren nokta, bir aile hukuku ihlalinin varlığı ve bu ihlalin sonuçlarının mirasçılıktan çıkarılan kişi tarafından öngörülmüş olması ya da öngörülmesinin gerekmesidir. İrade, aile bağını koparmaya yönelmiştir ya da bu sonucu öngörmektedir. Sonucu öngördüğü ya da öngörmesi gerektiği halde saklı paylı mirasçı söz konusu davranışta bulunmakta; böylelikle aile bağını isteyerek ya da özensizlik ve dikkatsizlik sonucu koparmış olmaktadır. Bu durumda, aile hukuku öğretisi, evlilikten doğan yüküm ihlalleri nedeniyle sorumluluk için ihlalde bulunan

Eşler birbirlerinin kişilik haklarına ve özgürlük alanlarına karşı **saygılı olmak ve karşılıklı anlayış göstermekle** yükümlüdürler (MK m.322). Bir eşin diğer eşe fiziksel ya da psikolojik şiddet uygulaması, Ceza Hukuku anlamında suç oluşturabileceği gibi (MK m.510/b.1), bu hareket, suç oluşturmasa bile aile hukuku yükümüne önemli ölçüde aykırılık sayılarak mirasçılıktan çıkarmaya neden olabilir. Bir eşin diğer eşe karşı hakareti, onu küçük düşürmesi, saygı yükümünün ihlalidir[485].

Eşler arasındaki ilişkiden doğan diğer bir yüküm türü de "**sadakat yükümü**dür"[486]. Eşler, evlilik birliğinin ve ailenin huzur ve bütünlüğü için birbirlerine karşı sadakatle yükümlüdürler (MK m.185/III). Sadakat yükümü, cinsel, manevi ve ekonomik alanları kapsamına alır[487]. Eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümüne uymaması, mirasçılıktan çıkarmayı gerektirebilir[488]. Fiilin zina kapsamına girip girmemesi ise ayrı bir

---

eşin kusurlu olması şartını aramasa bile, bir özel hukuk yaptırım modeli olan mirasçılıktan çıkarma için ihlalde bulunan eşin kusurlu olması ayrıca aranacaktır. Bu da yetmeyecek, söz konusu kusura dayanan ihlalin aynı zamanda sübjektif ve objektif açıdan ağır olması da gerekecektir. Ayrıca, kusurun türü ya da failin niyeti gibi psikolojik öğeler objektif ağırlık unsurunun belirlenmesinde ağırlığı artıran ya da azaltan bir rol de oynayacaktır. Son olarak belirtelim ki, evlilikten doğan yükümünü kusurlu olarak ihlal eden saklı paylı mirasçının, söz konusu yükümlülüğe aykırı davranırken ihmal göstermekle birlikte, sonucun aile bağının kopması olacağını tahmin edemediği yolundaki savunması dinlenmez. Örneğin eşine olan yardım yükümünü yerine getirmekte ihmal gösteren koca için, bu davranışın sonuçta aile bağını koparacağının tahmin edilemediği, ya da maksadın aile bağını koparmak olmadığı savunması yersizdir. Çünkü eşine bilerek veya ihmal suretiyle yardım etmeyen koca, onun bu davranışı sonucunda aile bağının kopacağını öngörmektedir ya da öngörmesi gerekmektedir. Başka deyişle mirasçılıktan çıkarma için gereken kusurluluk unsuru gerçekleşmiştir. Şimdi olsa olsa ihlalin ağır olmadığı yolunda bir savunma yapılabilir ki bu ayrı bir konudur.

485 Bir kadının kocasına ağır hakaretler etmesi ve akrabalarıyla bir olarak kocasını dövüp sokağa atması MK m.510/b.2 (ve BK m.244/b.1–2) kapsamında görülmüştür: 2.HD 21.3.1985, 2422/2744 (**HukukTürk**).

486 Aile onurunu koruma yükümü (MK m.322), eşler arasındaki ilişki bakımından, sadakat yükümü niteliğinde kendini gösterebilir.

487 Bellwald, **a.g.e**, s.53; Schwander, **Art.159**, N.11; Gubser, **a.g.e**, s.87.

488 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.455; Piotet, **SPR IV/1**, s.419; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Dural/Öz, **a.g.e**, s.202; İmre/Erman, **a.g.e**, s.235; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.375. Sadakat yükümüne aykırı hareket ve zinanın mirasçılıktan çıkarma sebebi olduğu yolunda: BGE 106 II, 304; BGE 64, II, 337. Mirasbırakanın kızının, kocasını ve küçük çocuklarını terk ederek sevgilisiyle yaşaması, sadakat yükümünün ağır ihlali niteliğindedir (BGE 46 II 9).
"Davalı kadın evlenmeden önceki sevgilisine mektuplar yazmış, gelinlik fotoğraflarından kocasına ait kısmı koparmış ve kendisinin kaldığı bölümde ise sevgilisi ile ilgili sözler yazmıştır. Mahkemece bu durum kişinin psikolojik tatmini şeklinde nitelendirilmiş olup değerlendirilme doğru değildir. Şöyle ki: Psikolojik tatmin ortam ve her çeşit imkân varken kişinin iç dünyasındaki arzu ve isteklerini zapt edip bu düşüncelerin eyleme dönüştürmemesi ve özellikle duygularını açıklamaması halidir. Bir bakıma platonik sevgiler bunun örneğidir. Oysa olayda olduğu gibi, kadının sevgilisine buluşma önerilerinde bulunması ve her çeşit sevgi belirtilerini kapsayan mektuplar yazması ve gelinlik fotoğraflarından kocasına ait kısmı keserek diğer kısmını sevgilisi için özlem dolu sözlerle doldurması ve bunları ona verme fırsatını elde edememiş olması psikolojik bir tatmin değil, **teşebbüs halinde kalmış sadakatsizlik**ten

durumdur. Zina kapsamına girmese bile sadece sadakat yükümüne uyulmamış olması, fiil ağır kabul edildiği takdirde, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir. Sadakat yükümü eşler ayrı yaşarken (MK m.170, 197/I) ya da hangi nedenle olursa olsun evlilik birliğine ara verilmişken de söz konusudur[489].

Eşler arasında ayrıca "**destekleme (yardım) yükümü**" bulunmaktadır. Eşler ailenin mutluluğu ve devamı için birbirlerine yardımla yükümlüdürler (MK m.185/I, III). Yardım yükümü bir eşin, diğer eşi ve çekirdek aileyi gerek ekonomik gerekse kişisel ve manevi açıdan desteklemesini kapsar[490]. Sadece çocuklarla ilgilenme açısından değil, aynı zamanda karşılıklı olarak da eşler birbirine yardımla yükümlüdür (MK m.185/son). Şu halde bir eşin diğer eşe, evlilik birliğinin gerektirdiği yardımı göstermemesi, çocukların bakım, eğitim ve gözetimi için gerekli özeni göstermemesi, kanun hükmü gereğince doğrudan doğruya diğer eşe karşı aile hukukundan doğan yükümlülüğe aykırılık oluşturur[491]. Bir davranışla hem mirasbırakana hem de onun aile üyesi kişiye karşı böylelikle ihlal edilen aile hukuku yükümü, önemli ölçüde ise, mağdur eş diğer eşi mirasçılıktan çıkarabilecektir[492].

Eşlerin ayrıca "**evlilik birliğini yönetme ve giderlere katılma yükümü**" söz konusudur[493]. Bu yükümlere aykırı davranan eşi, diğer eş, ihlalin önemli ölçüde olması halin-

---

ibarettir. Çünkü aile, güven duygularına dayanan manevi ve ahlaki bir birliktir. En küçük bir dengesizlik, belirti ve şüphe bile onu zedeler, sarsar ve çöküntüye uğratır./ Hiçbir koca, bile bile eşinin iç dünyasında karısını başka bir erkekle paylaşmaya zorlanamaz. Eşin az önceki duyguları ister irade serbestîsi ile isterse elinde olmayan sebeplerle açığa vurulsun bir kez bu duygular su yüzüne çıktımı onun sonuçlarına katlanması zorunludur. Bu yanlış tutumun üzüntü ve sıkıntısı öbür eşe çektirilemez./ Mahşeri vicdan ve toplumun hoş görmediği her duygu karşısındakinde, yerine göre güvensizlik, iğrenme, nefret, kin gibi hislerin doğumuna yol açar. Düşüncenin açıklanma biçimi ise kişiyi mazur kılmaz": 2.HD 22.12.1975, 9323/9539 (**HukukTürk**).

489 Şener, **YD**, s.90.

490 Bellwald, **a.g.e**, s.53; Schwander, **Art.159**, N.12; Gubser, **a.g.e**, s.87. "Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler" (MK m.185/II).

491 Başka deyişle mirasbırakan eşin, aile üyesi olan çocuğa karşı söz konusu ihlal nedeniyle dolaylı olarak etkilenmesi gerçekleşmekle kalmamış; çocukla ilgilenmeme, MK m.185/II gereğince doğrudan doğruya mirasbırakan eşe karşı da bir yüküm ihlali oluşturmuştur.

492 Bkz ve karş. Bellwald, **a.g.e**, s.52; Gubser, **a.g.e**, s.87. Benzer yönde, İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.375.

493 Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.157. "*Birliği eşler beraberce yönetirler. Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar*" (MK m.186/II, III). Bu yükümü eşler, evlilik birliği içerisindeki görev paylaşımı, bireysel gereksinimler ve her birinin çalışma yeteneği dikkate alınarak yerine getirmek zorundadırlar.

de mirasçılıktan çıkarabilir[494]. Bu noktada çalışan ve gelir elde eden eşin kusurlu olarak evlilik birliğinin giderlerine katılmaması önem arz eder. Böyle bir eşin aileyi ekonomik açıdan zor duruma düşürerek yükümünü önemli ölçüde ihlal etmiş olması, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir. Öte yandan gelir elde etmemekle birlikte, evlilik birliğindeki görev paylaşımı gereğince ev işleriyle ve çocukların bakımıyla ilgilenmek ya da eşine işinde yardımcı olmak vb. gibi faaliyetler, nakdi olmayan maddi bir değeri ve ekonomik katkıyı ifade eder. Bu yükümlerin önemli ölçüde yerine getirilmemesi de mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir[495].

Eşler arasında ayrıca "**ortak yaşama yükümü**" söz konusudur[496]. Eşlerden birinin diğer eşin onayı olmaksızın ve haklı bir nedeni olmaksızın ayrı yaşaması ya da bir eşin diğerini ortak yaşanılan konuta almaması, aile hukuku yükümü ihlali teşkil eder[497]. Somut olay koşullarına göre bu durum ağır bir nitelik arz ediyorsa mirasçılıktan çıkarma haklı olabilir[498]/[499]

---

494 Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde bu yüküm farklı düzenlenmişti: "Koca, birliğin reisidir. / Evin intihabı karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi, ona aittir" (eMK m.152). "Kadın, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir. / Eve, kadın bakar" (eMK m.153/II; III). Nitekim o dönemde mirasçılıktan çıkarma açısından bu yükümlülüğe işaret eden: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.455. Eski Medeni Kanun döneminde bu hükümler gereğince kadının evi yönetme yükümü yoktu, o ancak eşine yönetim konusunda yardım etmekle yükümlü idi. Buna karşılık koca evi yönetmekle yükümlü idi. Kocanın evin geçimini sağlama yükümü varken; kadının 'eve bakma' yükümü vardı. Bugün eşler, gerek yönetim gerekse geçimi sağlama konusunda eşit bir şekilde ve birlikte yükümlüdürler. Ancak, o dönemde geçerli olan mevzuata göre bir ihlal söz konusu olmuşsa ve bu nedene dayanarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlenmişse; bu tasarrufun akıbeti, gerek intikal hukukuna göre, gerekse 'söz konusu çıkarma nedeninin etkilerinin tasarrufun düzenleme anında var olmasının yeterli mi olacağı yoksa mirasbırakanın ölümü anına kadar etkinin sürmesi mi gerekeceği' konusundaki tartışmada tercih edilecek görüşe göre belirlenmek gerekir.

495 Gubser, **a.g.e**, s.88. Elbette giderlere katılma ve nakdi olmayan ekonomik katkılar noktasında dengeye dikkat edilmesi gerekir. Özellikle her ikisi de çalışan eşlerden ülkemizde kadınların ayrıca ev işleri ve çocuklarla da ilgilenmeleri, öte yandan kocanın bu konularda yardımcı olmaması, aslında koca için bir yüküm ihlali oluşturmaktadır. Zira eşler eşit olarak yönetim ve giderlere katılma, ev işleri ve çocuk bakımı ile ilgilenmek zorundadırlar. Bu konularda eşit olmayan bir görev dağılımı sonucunda, üzerine daha ağır yük alan kadın eş, kocası tarafından çocuklarla yeterince ilgilenmediği için mirasçılıktan çıkarılamaz. Zira kocanın mirasçılıktan çıkarmaya başvurması, en azından onun birlikte kusuru nedeniyle haklı görülmemek gerekir.

496 "Eşler birlikte yaşamak (…) zorundadırlar" (MK m.185/son).

497 Şener, **YD**, s.94. Federal Mahkeme, eski bir kararında sevgilisiyle kaçarak ailesini terk eden kadın hakkında babasının düzenlediği cezai çıkarma tasarrufunu haklı bulmuştur (BGE 46 II 9). Kararda daha ağır ihlal oluşturan sadakat ve çocukların bakımı yükümüne aykırılık üzerinde durulmaktadır.

498 Nitekim bu durum ayrıca ek bazı koşullar daha aranarak özel boşanma nedeni şeklinde MK m.164 hükmünde düzenlenmiştir. Bununla birlikte ayrı yaşamanın mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturması için mutlaka hükümde sayılan 'terk' koşullarını gerçekleştirmesi gerekmez.

(3). Evlilik birliğinden doğan yüküm ya da yükümlülük ihlallerinin olası sonuçları ve bunların mirasçılıktan çıkarma ile ilişkisi

Evlilik birliğinden doğan yükümlerin ihlal edilmesinin evlilik birliği ve aile üzerindeki sonuçları mirasçılıktan çıkarma açısından büyük önem taşımaktadır[500].

(a) Boşanma nedenleri ve mirasçılıktan çıkarmadaki rolü

İsviçre'de 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren 26.06.1998 tarihli Kanunla boşanma hukukunda köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle birlikte boşanma hukukunda kural olarak "kusur" unsuru dışlanmış[501], özel boşanma nedenleri kaldırılmış ve bunun yerini boşanmanın şartları almıştır[502]. Bununla birlikte, değişiklik sonrasında öğretide[503] İsviçre Medeni Kanununun boşanmayı düzenleyen mülga hükümlerinde yer alan boşanma nedenlerinin, mirasçılıktan çıkarma için hâlâ çok önemli bir role

---

499 Kusurlu olarak ortak yaşama son verdikten sonra tekrar yuvaya dönen eşi, diğer eşin kabul etmesi durumunda olay özellik arz eder. Bu durumda mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun akıbeti, mirasçılıktan çıkarma nedeninin ölüm anına dek varlığını korumasının gerekip gerekmeyeceği, ya da affın etkisinin ne olacağı hakkındaki tartışmalarda varılacak çözüme göre belirlenmek gerekir. Bu konuda bkz. §4.I.E. Bu durumda mirasçılıktan çıkarma nedeninin af nedeniyle geçerli olmayacağı görüşünde: Nobs, **a.g.e**, s.30; Bellwald, **a.g.e**, s.54; Gubser, **a.g.e**, s.91. *Gubser*, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun aynı zamanda ağırlık koşulunun (aile bağını koparıcı objektif ve sübjektif ağırlık) gerçekleşmemesi nedeniyle iptal edilebilir olduğunu belirtir (**a.g.e**, s.91–92). Oysa yazar, affa ilişkin görüşlerini açıkladığı bölümde, kural olarak şekilsiz affa karşı çıkmakta ve ancak hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkabileceği çok istisnai hallerde şekilsiz affa hukuki etki tanımaktadır (**a.g.e**, s.123-126). Bu durumda kanımızca yazarın görüşleri arasında çelişki vardır.

Meğer ki eş, ekonomik veya toplumsal baskılar sonucu ya da çocukları için ortak yaşamı ve evliliği sürdürmeye kerhen razı olmuş olsun.

500 Yükümlülüğe aykırı davranışın aile bağı üzerindeki etkisi ve sonuçları, mirasçılıktan çıkarma kurumu ile doğrudan ilgilidir. Aile bağı üzerindeki etki, aile ve daha özelinde evlilik hukuku açısından "boşanma nedeninin ortaya çıkması", "boşanma davası açılması", "mahkemece verilen boşanma kararı" "mahkemeden ayrı yaşamayı talep etme" ve "mahkemece verilecek ayrılık kararı" türlerinde karşımıza çıkabilir. Öte yandan boşanma nedeni sayılabilecek davranışlara rağmen, eşler evlilik birliğini devam ettirmiş de olabilirler. Tüm bu davranış biçimleri ile yargısal süreçteki fiili ve hukuki etkiler ve bunların sonuçları, geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin varlığı ve özellikle bu nedenin "önemli ölçüde/ağır olması" bakımından çok ciddi rol oynamaktadır.

501 İsviçre boşanma hukukunda kusur prensibinin dışlanması ve yerini evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibinin alması konusunda bkz. Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995, s.26 vd, 42 vd; Gubser, **a.g.e**, s.89; Nevzat Özdemir, **Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, Beta, İstanbul, 2003, s.37 vd. Alman Hukukunda da (BGB §1564–1587) kusur ilkesi (*Verschuldensprinzip*) terk edilerek, yerini sarsılma prensibi (*Zerrüttungsprinzip*) almıştır. Bu konuda bkz. Özdemir, **a.g.e**, s.77 vd ve dn.370'de anılan eserler.

502 Bu konuda bkz. Özdemir, **a.g.e**, s.42 vd.

503 *De lege lata* olarak bu görüşte Gubser, **a.g.e**, s.89; karş. Roland Fankhauser, **Gesetzliches Ehegattenerbrecht in der (Ehe-) Krise1**, FamPra.ch, Bern, Stämpfli, 2007, s.245 (Yazar, boşanma nedeninin her zaman mutlaka çıkarma nedeni oluşturmayacağını belirtir ve çıkarmada aranan ağırlık unsuruna dikkat çeker).

sahip olduğu, çünkü mirasçılıktan çıkarma için kusurun bir unsur olmaya devam ettiği savunulmaktadır. İsviçre'deki bu değişiklikler, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda dikkate alınmamıştır[504]. Kaynak İsviçre Medeni Kanununun mülga hükümleri ile uyumlu olan eski boşanma hukuku sistemi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda muhafaza edilmiştir. Böylece İsviçre'de boşanma bakımından zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış vb. nedenlere dayanmanın artık önemi kalmamışsa da, anılan bu nedenler bir aile hukuku yükümü ihlali olmaya devam edecektir ve mirasçılıktan çıkarmaya konu olabilecektir[505].

Boşanma nedenlerinin (MK m.161–166) mirasçılıktan çıkarma nedeni olabilmesi için bir boşanma ya da ayrılık kararı gerekmediği gibi boşanma davası açılmış olması da aranmaz[506]. Buna karşılık öğretide de haklı olarak kabul edildiği üzere[507], **kusura da-**

---

504 Özel boşanma nedenlerinin kaldırılması, 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanununun Tasarı görüşmeleri sırasında gündeme gelmişse de uygulamada bir sıkıntı ile karşılaşılmadığı ve zinanın sarsılma prensibi içerisinde değerlendirilmesinin, Türk toplumunda yanlış değerlendirmelere yol açabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. Türk Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 1999, s.253. Buna karşılık özel boşanma nedenlerinin kaldırılması, kusur ilkesinin dışlanması, anlaşmalı boşanmanın esas alınması ve anlaşma olmaması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması şeklinde tek boşanma nedenine yer verilmesi gerektiği görüşünde: Özdemir, **a.g.e**, s.103–104. Buna karşılık boşanmada kusurun bir itiraz olmaktan çıkarılarak def'i haline dönüştürüldüğü yönünde: Özdemir, s.104 vd. Yazar, kusur ilkesinin dışlanması gerektiği görüşündedir.

505 Elbette ihlal olmamasına rağmen eşler evlilik birliğini sona erdirmek arzusunda olabilirler ve bazen kimsenin evliliğin sona ermesinde kusuru olmayabilir. Ancak Medeni Kanunda sayılan ve "kusura dayanan boşanma nedenleri" olarak sınıflandırılan boşanma nedenlerinin yapısına bakıldığında, kural olarak, bunların eşler arasındaki evlilik birliğinden doğan yükümlerin önemli ölçüde ihlalinin bir sonucu olduğu görülür. Başka deyişle yüküm ihlali ile boşanma arasında kural olarak neden-sonuç ilişkisi gözlemlenir. Gelecekte Türk boşanma hukukunda da kusur unsuru dışlanarak İsviçre'deki sistem iktibas edilebilir. Ancak mirasçılıktan çıkarma açısından söz konusu boşanmaya yol açan nedenlerdeki fiili söz, tutum ve davranışlar; boşanma için bir koşul olarak aransın ya da aranmasın, yüküm ihlali oluşturduğu sürece, konu mirasçılıktan çıkarma kurumunu doğrudan ilgilendirmeye devam edecektir. Meğer ki mirasçılıktan çıkarma için de gelecekte kurumun cezalandırmaya yönelik amacı gereği ihlalde kusurun koşul olarak aranması şeklindeki *ratio legis* ve hukuki yapı tamamen dışlansın ve böylece miras hukukunu ilgilendiren köklü ve tarihi bir değişiklik gerçekleşsin!

506 Rohr, **a.g.e**, s.29; Fankhauser, **a.g.m**, s.245.

507 Rohr, **a.g.e**, s.29; Piotet, **SPR IV/1**, s.419; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.457 – 458; Weimar, **Art.477**, N.7. Karşı görüşteki *Fankhauser*, İsviçre'de boşanma nedenlerinde yapılan reform sonrasında artık kusur şartının aranmamasına ve evliliğin temelinden sarsılması olgusunun yeterli görülmesine dikkat çekerek, evlilik birliğinden doğan yüküm ihlalleri bakımından, cezai çıkarma için de kusur şartının aranmayacağını belirtir. Buna göre bir evlilik krizinin varlığı ve ağır olması, yani aile bağının kopması, cezai çıkarma için yeterlidir (**a.g.m**, s.245). Bu görüş, kanımızca, cezai çıkarma kurumunun bir yaptırım olma fonksiyonunu tamamen göz ardı etmekte ve kopan aile bağı nedeniyle saklı payın, korunmasına gerek kalmadığı düşüncesinden hareket etmektedir. Cezai çıkarmanın "ceza" fonksiyonunun bir kenara bırakılıp, kusurun aranmaması ve bu kurumun yalnızca bir "saklı payı ortadan kaldırma aracı" olarak görülmesi, bizce bu kurumun amacıyla bağdaşmaz. İsviçre'de MK m.181/II benzeri bir hüküm

yanan boşanma nedenleri, aile hukuku yükümünün ağır ihlaline dayanan mirasçılıktan çıkarmaya gerekçe oluşturabilir[508].

Boşanma nedeni mevcut olmasına rağmen, eşler boşanmamış olabilirler. Ancak bu durumda bir eşin diğer eşi mirasçılıktan çıkarabilmesi için, aile hukuku yükümü ihlalinin sübjektif ve objektif ağırlığı koşulu gerçekleşmiş olmalıdır. Çünkü bir boşanma nedeninin varlığına rağmen, boşanma davası açılmamış olması, ihlalin ağır olmadığının bir göstergesi olabilir, ya da mağdur olan eşin, ihlalde bulunan eşi sonradan affettiği kanaati uyandırabilir. O halde boşanma nedeni var iken, boşanma davası açmayan ancak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyen eşin, evliliği sona erdirmemesinin haklı ve inandırıcı nedenlerinin ispat edilmesi gerekir[509].

Ancak mahkemece boşanmaya karar verilmesi halinde, boşanmada *kusurlu olan eş aleyhine düzenlenen* mirasçılıktan çıkarma tasarrufu kural olarak anlam ifade etmeyecektir. Çünkü boşanma ile eşin diğer eşe karşı mirasçılığı sona erer. Ancak konu bu kadarla sınırlı değildir. Boşanmaya yol açan ihlaller, eşler dışındaki üçüncü kişilerin

---

olmaması da bu genişletici yorumlar da etkilidir. Oysa biten bir evlilikte ve dağılan bir yuvada bazen ömrünü bu evliliğe adamış bir eşin hiçbir kusuru dahi olmayabilir. "Kusur" kavramından kaçınılsa bile, kanımızca İsviçre'de de cezai çıkarma yargılamalarında "ağırlık unsuru" içerisinde, adı anılmadan, bu koşul aranmaya devam edilecektir.

508 MK m.165 gereğince: "Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir". Akıl hastalığına dayanan boşanma nedeni (MK m.165), aile hukukundan doğan yüküm ihlali söz konusu olmadığı, ayırt etme gücü dikkate alındığında kusurluluktan bahsedilemeyeceği için mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturamaz: Stadler, **a.g.e**, s.68; Rohr, **a.g.e**, s.29; Escher, **Art.477**, N.22; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.456 – 457; Bellwald, **a.g.e**, s.54, dn.1; Şenocak, **a.g.m**, s.424.
Keza akıl hastası olan eş, mirasbırakanın aile üyesi ise ve diğer eş de mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı ise, akıl hastalığı olan eşten bu durum kendisi için çekilmez hale gelen diğer eş boşanmak istediğinde, mirasbırakan boşanmak isteyen saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkaramaz. Örneğin kocası akıl hastası olduğu için kocasından boşanmak isteyen kızını, mirasbırakan-baba mirasçılıktan çıkaramaz. Çünkü akıl hastalığının iyileşmeyeceği resmi raporla tespit edilmiştir ve bu durum diğer eş için katlanılmaz bir hal almıştır. Bu durumda ortada aile hukuku yükümü ihlali ve kusur söz konusu değildir. Sonuç mirasbırakanı derinden sarssa bile.
Elbette akıl hastası olan eşe boşanma öncesinde yapılan kötü davranışlar ya da yüküm ihlalleri, mirasçılıktan çıkarmaya konu olabilir. Bu ayrı bir konudur.

509 Benzer şekilde: Nobs, **a.g.e**, s.30; Bellwald, **a.g.e**, s.54. Bazen evlilik kerhen sürüyor olabilir. Örneğin yalnızlık korkusu veya ruhsal açıdan hastalıklı bir duygusal bağlılık gibi psikolojik nedenler söz konusu olabilir. Özellikle kadına ailesinin boşanma sonrasında sahip çıkmaması ya da ilişkiyi kesmesi gibi ailesel nedenler, toplumda yaşanılan çevreye göre dul kalma neticesinde baskı ya da tacize maruz kalma endişesi gibi sosyolojik nedenler rol oynayabilir. Örf-âdete ya da dine dayanan, yahut çocukları için endişe etme gibi çok farklı nedenlerle de mağdur eş evliliği sonlandıramıyor olabilir. Evliliğin kerhen devam ediyor olması karşısında, boşanma yolunun seçilmemiş olmasının, aile bağının kopmadığı anlamına geldiğini savunmak güçtür.

mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemeleri bakımından önem arz edebilir. Mağdur olan eş, mirasbırakan olan üçüncü kişinin aile üyesi ise ve aile hukuku yükümünü ihlal ederek, bu evlilik birliğinin sona ermesine neden olan diğer eş de mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı ise, mirasbırakan saklı paylı mirasçı olan boşanmada kusurlu eşi mirasçılıktan çıkarabilir[510]. Örneğin kadın ya da erkek eşin annesi, babası veya çocukları gibi.

O halde boşanma nedenleri, mirasçılıktan çıkarma kurumu açısından boşanma gerçekleşmiş olsa da olmasa da her zaman önem taşımaktadır. Bu nedenle aşağıda boşanma nedenlerini incelerken, öncelikle boşanma davası ya da boşanma kararından bağımsız olarak bu nedenlerin mirasçılıktan çıkarma ile ilişkilerini ortaya koymaya çalışacağız. Daha sonra da boşanma sürecine ve ayrılığa değineceğiz.

(i) Mirasçılıktan çıkarma açısından özel boşanma nedenlerine bakış

Eşler arasındaki sadakat yükümü (MK m.185/III) çerçevesinde yer alan cinsel sadakat yükümü, zina ile ihlal edilmiş olur. Cinsel sadakatten daha dar bir kavram olan "**zina**", kanunda özel boşanma nedeni olarak düzenlenmiştir (MK m.161)[511]. Günümüzde zina, bir aile hukuku yükümü ihlali olarak aile bağını koparıcı ağırlıkta olması halinde MK m.510/b.2 gereğince mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir[512]. Zina nedeniyle boşanma için ayrıca evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi koşulunun ispatlanması

---

510 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.457 – 458.

511 Zina, önceleri Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmekteydi (Eski TCK m.440 vd). Bu dönemde zinanın MK 510/b.1 gereğince mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilecek ağırlıkta bir suç oluşturabileceği, buna karşılık hâkimin somut olayın şartlarını değerlendirmesi sonucunda zinanın "ağır" bir suç olmadığı kanaatine vardığı durumlarda, MK m.510/b.2 kapsamına giren çıkarma nedeni oluşturabileceği kabul edilmekteydi: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.457. Fakat Anayasa Mahkemesinin 23.6.1998 tarih ve E.1998/3, K.1998/28 Sayılı Kararı ile Eski TCK m.440, 23.9.1996 tarih ve E.1996/15, K.1996/34 sayılı Kararı ile Eski TCK m.441, 13.7.1999 tarih ve E.1999/24,K.1999/30 sayılı Kararı ile Eski TCK m.442–444 hükümleri iptal edilmiş ve sonuçta zina suç olmaktan çıkartılmıştı. Bu dönemden itibaren zina yalnızca MK m.510/b.2 kapsamında bir çıkarma nedeni oluşturabilmektedir.

512 İmre/Erman, **a.g.e**, s.235; Çakın, **a.g.m**, s.526; BGE 106 II 304 vd."Zina evlilik birliğine sadakatsizlik niteliği taşıdığı için hem boşanma sebebi (MK m.161), hem mirasçılıktan çıkarma, hem de bağıştan dönme (BK m.244) sebebidir": 2.HD 6.1.1951, 5942/3767; 2.HD 23.2.1976 129/1535 (Şener, **YD**, s.91, dn.41'den naklen). Zina için eşin karşı cinsten birisiyle cinsel ilişki yaşaması gerekir, eşcinsel anlamda cinsel ilişki haysiyetsiz hayat sürme (MK m.163) tipinde boşanma sebebi sayılmaktadır: Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.102.

aranmamıştır. Çıkarılan, cezai çıkarma tasarrufuna itiraz ettiğinde, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan yararlanan mirasçılar, zinayı ispat etmek zorundadırlar[513].

Eşlerin birbirlerine karşı, saygı, anlayış ve gözetme yükümleri vardır (MK m.322). «Eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir» (MK m.162/I). **Hayata kast**, suç teşkil eder. Hayata kast hem MK m.510/b.1 anlamında "ağır suç" [514], hem de MK m.510/b.2 anlamında aile hukuku yükümünün önemli ölçüde ihlali[515] niteliğinde görülüp, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir[516]. **Pek kötü veya onur kırıcı davranışlar**[517], aile hukuku yükümünün önemli ölçüde ihlali niteliğinde ise mirasçılıktan çıkarma haklı olur[518]. Ancak her türlü

---

513 "Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her halde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer" (MK m.161/II). Fiilin üzerinden beş yıl geçtikten sonra zina nedeniyle boşanma davası açamayan eş, beş yıl sonra öğrendiği bu olay nedeniyle derinden sarsılmışsa mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunabilir. Söz konusu süreler mirasçılıktan çıkarma için bir unsur değildir. Bununla birlikte boşanma sebebini öğrendikten altı ay sonra eşin boşanma davası açmaması ve ortak yaşamı sürdürmesi halinde, eşin bu davranışı aile bağının kopmadığı (ihlalin ağır olmadığı) şeklinde yorumlanabilir. Eğer böyle ise, ihlal ağır olmadığı için mirasçılıktan çıkarma haklı olmaz. Ancak eş, çocukları için ya da ekonomik veya sosyal kaygılar ve baskılar neticesinde boşanmaya cesaret edememiş olabilir. Bu durumda evlilik devam etmekte ise de aile bağı kopmuştur ve mirasçılıktan çıkarma somut olaya göre haklı olabilir.

514 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.457, dn.28.

515 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.462; Bellwald, **a.g.e**, s.55.

516 Mirasbırakan olan eşin, diğer eş tarafından hayatına kast edilmesi (mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs etmesi), mirastan yoksunluk nedeni olduğu için ayrıca çıkarma tasarrufuna gerek kalmaz. Ancak burada fail eş, hayatına kast ettiği eşinin terekesinden yoksun kalmaktadır. Olabilir ki bu davranış, hayatına kast edilen eşin yakını ya da aile üyesi olduğu başkaca kimseleri de derinden yaralamış olabilir. İşte bu durumda mirasçılıktan çıkarma gerçek anlamda hukuken rol oynayacaktır. Şayet hayatına kast edilen eş, yakını ve/veya aile üyesi ise hem MK m.510/b.1 hem de b.2 gereğince mirasçılıktan çıkarma söz konusu olabilir. Örneğin bir baba, gelininin hayatına kasteden oğlunu, somut olaya göre koşulları varsa, mirasçılıktan çıkarabilir.

517 Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde iktibas edilen madde metninde geçen 'pek fena muameleler' ibaresi, İsviçre Medeni Kanununun bugün ilga edilmiş olan 138 inci maddesinde iki ayrı kavramla ifade edilmişti. Bunlardan biri "*sevices graves* = ağır davranışlar" kavramıdır. Bunlar, daha çok fiili davranışları ifade eder. Diğeri ise "*injures graves* = ağır hakaretler" kavramıdır. Bunlarsa sözlü olarak yapılanları ifade eder. İktibas sırasında, "davranış ile veya söz ile yapılan pek kötü davranışlar" şeklinde ayrı ayrı ifade edilmeksizin yalnız "pek fena muameleler" ifadesinin kanuna alınması eleştirilmişti: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.462, dn.35.

518 Mağdur eşin bu boşanma nedenlerine dayanarak dava açma hakkı öğrenmeden itibaren altı ay ve sebebin doğumundan itibaren beş yıl geçmekle düşecektir (MK m.162/II). Mirasçılıktan çıkarma için yukarıda zina için açıklandığı üzere bu süreler kural olarak bağlayıcı değildir. Ancak öğrenmeden itibaren dava açma hakkını kullanmayan eş, özellikle ortak yaşamı sürdürmeye devam ediyorsa, kural olarak, bu davranışların aile bağını derinden yaralayıcı nitelikte (ağır/önemli ölçüde) olmadığı kabul edilir. Meğer ki çocukları için veya sosyal ya da ekonomik baskı ve kaygılarla evliliği sürdürmüş olsun ve bu

kötü davranış hemen kolaylıkla "ağır ihlal" sayılamaz. Gerçekten bu davranışlar mirasbırakan eşi derinden sarsan bir etkiye sahip olmalı, yani aile bağı zarar görmelidir[519].

Eşinin zinasını, pek kötü veya onur kırıcı davranışlarını affeden tarafın boşanma davası açmaya hakkı yoktur (MK m.161/son; 162/III). Gerçekten bu sayılan nedenlerden biriyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyen eş, ihlalde bulunan eşi sonradan affetmişse, affın mirasçılıktan çıkarmaya olan etkisinin ne olacağı tartışmalıdır[520].

Diğer bir özel boşanma nedeni ise "**küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme**"dir[521]. Eşlerden birinin küçük düşürücü bir suç işlemesi veya haysiyetsiz bir hayat sürmesi halinde, eğer bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemez hale gelmişse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir (MK m.163). Küçük düşürücü suçun mirasbırakan-eşe veya mirasbırakanın yakını olan eşe karşı işlenmesi halinde MK m.510/b.1 gereğince, üçüncü kişilere karşı işlenmesi halinde ise MK m.510/b.2 gereğince mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşabilir. MK m.163 gereğince boşanma için aranan "diğer eş için evliliğin devamının beklenemez hale gelmesi" şartı, mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsuru bakımından rol oynayacaktır. Boşanma için aranan bu unsur, bir eşin diğerini mirasçılıktan çıkarması için aranan aile bağının derinden sarsılması ya da kopması (ağırlık) unsuru ile büyük oranda örtüşmektedir.

Diğer bir özel boşanma nedeni de "**terk**"tir (MK m.164). Ortak yaşam sürmekle yükümlü olan eşlerin (MK m.185/son) bu yükümlülüğe uymaması, kanunda aranan bir takım koşulların gerçekleşmesi kaydıyla[522], boşanma nedeni oluşturmaktadır. Bununla

---

davranışlar mirasbırakanı ve/veya aile üyesini derinden sarssın. Ayrıca belirtelim ki bu davranışlar, suç oluşturuyorsa MK m.510/b.1 kapsamına da girebilirler.

519 Karş. Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.462. Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.105 vd.

520 Bu konuda bkz. §4.I.E. MK m.161/son ve 162/III bakımından affın etkisi için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.102.

521 Bu konuda bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.107 vd. Ahlaka aykırı ya da sefih yaşam sürme kapsamında bu konuya daha önce değinmiştik §2.II.C.2.a.(6). Tek başına haysiyetsiz yaşam sürme bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturmazsa da, evli bir eşin kusurlu olarak haysiyetsiz, ahlaksız ya da sefih yaşam sürmesi aile hukuku yükümünün ihlal edilmesine yol açar.

522 Buna göre, «eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış

birlikte terkin, boşanma nedeni oluşturması için MK m.164 hükmünde aranan terk süresi, ihtar vb. koşulların varlığı, cezai çıkarma nedeni oluşturma bakımından aranmaz[523]. Ortak yaşama yükümü (MK m.185/son) kusurlu olarak ihlal edilmişse ve bu ihlal önemli ölçüde görülebiliyorsa, mirasçılıktan çıkarma geçerli olur[524].

---

ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır» (MK m.164/I). İhtar ve dava açmanın koşulları, ikinci fıkrada ayrıntılı olarak belirtilmektedir: «Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim, esası incelemeden yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilan yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılamaz» (MK m.164/II). Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.108 vd.

523 *Şener*'e göre, terk sebebiyle boşanmaya hükmedilmesi mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilirse de, davanın reddedilmiş olması halinde cezai çıkarma haksız olur. Zira davanın reddi halinde, haksızlık ispat olunamamış demektir. Kanımızca ne terk nedeniyle boşanmaya karar verilmiş olması, çıkarmayı haklı kılmaya, ne de davanın reddi –terkin haklı nedene dayanması, yani ihlalin mevcut olmaması vakıası hariç- çıkarmayı haksız kılmaya gerekçe olur. MK m.185/son hükmünün tek yaptırımı, MK m.164 değildir. Evlilikten doğan yükümlerin ihlalleri, tazminat, nafaka ve konumuz olan Miras Hukukunda da farklı sonuçlar doğurabilir. Elbette bu tespitimiz, boşanma davasının tamamen göz ardı edileceği anlamı da taşımaz. Konu cezai çıkarma hâkiminin takdir yetkisi kapsamındadır ve söz konusu dava, en azından vasiyetname dışı olgu (*Externa*) olarak nazara alınabilir.

524 Terk nedeniyle boşanma bakımından ayrıca evlilik birliğinin devamının çekilmez hale gelmesi koşulu aranmamıştır. Oysa mirasçılıktan çıkarmada aile bağının kopması aranmaktadır. Ancak tüm ihtarlara rağmen en az altı aydır ortak yaşama yükümünü ihlal eden bir kimse için mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulmuşsa, artık aile bağının kopmadığını savunmak herhalde oldukça güç olur. Öyleyse MK m.164 hükmünde aranan koşulların varlığına rağmen eve dönmeyen bir eş için boşanma nedeni gerçekleşmiş olacağı gibi, kanımızca mirasçılıktan çıkarmanın koşulları da, somut olay koşulları saklı kalmak kaydıyla, gerçekleşmiş olacaktır.
Buna karşılık mahkemenin terk nedeniyle açılan boşanma davasını reddetmesi, doğrudan doğruya aile hukuku yükümü ihlalinin ağır olmadığı anlamına gelmez. Bir Yargıtay kararına göre, *"*(…) (terk nedeniyle) *boşanma kararı verilmesi* (BK m.244/ b.1–2 gereğince) *bağıştan dönme sebebi ise de* (dolayısıyla da mirasçılıktan çıkarma nedeni ise de), *davanın reddedilmesi halinde, ıskat hakkı kullanılamaz. Çünkü: Terkin haksızlığı ispat olunamamıştır"*. Aynı yönde Şener, **YD**, s.92–93. Kanımızca burada bir ayırım yapılmak gerekir. Eğer terk evlilik birliğini sona erdirme kastıyla yapılmamışsa, zaten ortak yaşama haklı bir neden olmaksızın son verme koşulları yok demektir. Bu halde mirasçılıktan çıkarma da haklı olmaz. Fakat eğer MK m.164 hükmünde boşanma için aranan şekli koşulların yerine getirilmemiş olması sebebiyle dava reddedilmişse, bu durum mirasçılıktan çıkarma davasına bakan hâkim için bir ölçü olmaz ve somut olay koşulları bütünüyle değerlendirildiğinde terk için aranan şekli koşullar olmasa bile mirasçılıktan çıkarma koşulları gerçekleşmiş olabilir. Kaldı ki MK m.185 hükmündeki ortak yaşama yükümüne aykırılığın varlığı ve ağır olması yeterlidir; ayrıca MK m.164 gereğince terkin şekli koşullarının mevcut olup olmadığına bakılmaz. Elbette terk eden eşe, eve geri dönmesi hususunda hiçbir çağrı yapılmamış olması, somut olay koşullarına göre mirasçılıktan çıkarma için aranan objektif ağırlığı azaltan bir rol oynayabilir ve bu ayrı bir konudur.

(ii) Mirasçılıktan çıkarma açısından genel boşanma nedenine bakış: Evlilik birliğinin temelinden sarsılması

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması genel boşanma nedenidir (MK m.166)[525]. Bu boşanma nedeni ile mirasçılıktan çıkarma nedeninin "ağır/önemli ölçüde olma" unsuru paralellik arz eder. Çünkü aile hukuku yükümünün ihlalinin mirasçılıktan çıkarmayı haklı kılması için, ihlalin ancak aile bağını derinden sarsıcı ya da koparıcı nitelikte olması ve fiilen aile bağının derinden sarsılmış ya da kopmuş olması gerekir. Şu halde kusuruyla evlilik birliğini temelinden sarsan eş, boşanma nedeni oluşturan davranışları bakımından aile hukukundan doğan yükümlerini önemli ölçüde yerine getirmemektedir.

Kanuna göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında, davacı eşin kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir (MK m.166/II). Şu halde davacı eş daha kusurlu olduğunda, davalının bu yoldaki itirazı üzerine, eğer bu itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değilse, ya da mahkeme evliliğin devamında davalı eş ve çocuklar bakımından yarar görürse mahkemece boşanmaya karar verilmeyebilir. Boşanma kararı verilmemesi, her zaman evlilik birliğinin sarsıldığı ve aile bağının koptuğu vakıasını ortadan kaldırmayabilir. Bu durumda mirasçılıktan çıkarma anlam taşır. Ancak çıkarılan eşin birlikte kusuru mirasçılıktan çıkarma için gereken ağırlık unsurunu azaltan bir rol oynayabilir.

Bu kapsamda ele alınması gereken diğer bir konu da **anlaşmalı boşanma**dır. Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşler anlaşmalı boşanma yoluna gidebilirler. Bu durumda tarafların boşanma ve boşanmanın mali sonuçları ile velayet konularında anlaşmaları halinde, ayrıca hâkimin uygun bulması üzerine anlaşmalı boşanma gerçekleşmiş olur. Bu halde, **kanun gereği, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır** (MK

---

525 «Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir» (MK m.166/I). Bu boşanma nedeni diğer özel boşanma nedenleri ile birlikte gerçekleşmiş olabilir. Diğer deyişle özel boşanma nedenlerinin koşulları gerçekleşmese bile evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı, koşulları varsa, her zaman ileri sürülebilir. Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.113 vd.

m.166/III)[526]. Bu noktada kanun koyucunun evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı yolunda **faraziye** (*fiction*)[527] getirmiş olması mirasçılıktan çıkarma açısından özellik arz eder. Acaba evlilik birliğinin temelinden sarsılması fiksiyonu, cezai mirasçılıktan çıkarma açısından da aile bağının derinden sarsılması veya kopması anlamına gelir mi? Zira cezai çıkarma bakımından, somut olayda ihlalin **gerçekten (reel olarak) temelinden sarsıcı ağırlıkta** olması gerekir. Oysa anlaşmalı boşanmada hâkimin kusur ve sarsılma konusunda takdir hakkı yoktur. Boşanma için anlaşılmış olması, hâkimin anlaşmayı uygun bulması kaydıyla sarsılmaya eş değer kabul edilmektedir. Gerçi anlaşmalı boşanan eşlerin mirasçılığı zaten boşanma ile sona erdiğinden ilk bakışta bu tartışma yararsız gibi gözükebilir. Fakat sorun bu kadar basit değildir.

İlk olarak, eşler arasında anlaşmalı boşanmadaki temelinden sarsılma fonksiyonunun önem taşıması, istisnaen de olsa, şu durumda gündeme gelebilir. Eşler boşanma konusunda anlaşma yaptıktan sonra, eşlerden biri anlaşmalı boşanmaya giden süreçte kendisine yapılan kötü davranışlar sebebiyle kusurlu eşi mirasçılıktan çıkarabilir. Fakat hâkim bu anlaşmayı onaylamadan önce, mirasbırakan eş ölmüş olabilir. Kanımızca bu isitisnai durumda evlilik birliğinin bir ihlal sebebiyle gerçekten (reel olarak) temelinden sarsılıp sarsılmadığı araştırılmak gerekir. Yoksa MK m.166/III hükmündeki

---

526 Anlaşmalı boşanmanın hukukumuz açısından yerinde bir kurum olup olmadığı konusundaki görüşler ve değerlendirilmesi için bkz. Özdemir, **a.g.e**, s.22 vd. Yazar, anlaşmalı boşanmaya karşı çıkan görüşlerin çıkış noktasının, boşanmayı güçleştirmek suretiyle kadının ve çocuğun korunabileceği düşüncesi olduğunu, oysa tam aksine anlaşmalı boşanma kurumu sayesinde gergin, çekişmeli ve hastalıklı bir ilişkiye daha fazla devam edilerek, kadının ve çocuğun bundan zarar görmesinin önüne geçileceğini savunmaktadır (**a.g.e**, s.30–31). Öte yandan evlilik birliğini serbestçe kuran eşler, bu birliği de yine özgür iradeleri ile sona erdirebilmelidirler. Bu noktada devletin toplumun menfaati için bireylerin özgürlüklerini kısıtlaması, aile içi sorunların (mahrem konuların) uzun süren yargılamalarla alenileşmesi doğru değildir (**a.g.e**, s.31–32). Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.117 vd.
Anlaşmalı boşanma konusunun detayları, çalışmamızın kapsamını ve amacını aşar. Şu kadarını belirtelim ki, İsviçre Hukukunda boşanma bütünüyle eşlerin özgür iradesine bırakılmış bir kurum değildir. Taraflara boşanma için düşünme süresi verilmekte, anlaşma olmaması veya hâkimin boşanmayı uygun görmemesi halinde ayrı yaşamaya hükmedilebilmektedir. Oysa Türk Hukuku bakımından uygulamada anlaşmalı boşanma tek celse ile ailenin dağılması şeklinde sonuçlanan ve İsviçre'ye göre çok daha rahat boşanma imkânı getiren bir kurum halini almıştır. Herhalde böyle bir sistem, aksaktır ve bu sistemin ailesel ve toplumsal sonuçları ayrı bir sosyolojik incelemeyi gerektirir. Kısacası aileyi koruma düşüncesi, hiçbir zaman Aile Hukukunun ve Miras Hukukunun temeli olmaktan çıkmamalıdır.

527 Özdemir, **a.g.e**, s.38, 112; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.117.

fiksiyon bu noktada MK m.510 hükmünde aranan ağırlık unsurunu kendiliğinden gerçekleştiren bir olgu olarak kabul edilemez[528].

Bir an için anlaşmalı boşanmadaki temelinden sarsılma fiksiyonu, cezai çıkarma açısından da ağırlık unsurunu (aile bağının kopması olgusunu) kendiliğinden gerçekleştiren bir hal olarak görülse bile, cezai çıkarmayı geçerli kılmaya yetmez. Çünkü cezai çıkarma için ayrıca evlilik birliğinin sarsılmasına bir aile hukuku yükümü ihlalinin sebep olmuş olması, ihlalin kusurlu olması gerekir. Nitekim cezai çıkarma için bir boşanma kararı verilmiş olması şart olmadığı gibi, boşanma kararı verilmiş olması da kendiliğinden bir mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmaz.

İkinci olarak, anlaşmalı boşanma halinde, mirasçılıktan çıkarma açısından konu çoğunlukla, *mirasbırakanın aile üyesine karşı yüküm ihlalinin varlığı açısından* gündeme gelir. Bu ihtimalde mirasbırakan, evlilik bağının dışındaki üçüncü kişilerdir (anne, baba veya çocuk). O halde "evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması faraziyesinin" bir an için mirasçılıktan çıkarmada da geçerli olacağını düşünsek bile, sarsılmış sayılan bağ eşler arasındaki bağdır. Oysa mirasçılıktan çıkarmada üçüncü kişi-mirasbırakan ile mirasçısı (boşanmaya yol açan eş) arasındaki bağın temelinden sarsılması önem taşır (sübjektif ölçüt). Aile üyesi (boşanmadan mağdur olan gelin veya damat) ile mirasçı (boşanmaya yol açan eş) arasındaki bağın sarsılması veya "sarsılmış sayılması" ikincil bir önem taşır (alt ölçüt).

Burada son olarak kanunda genel boşanma nedeni başlığı altında düzenlenen **ortak yaşamın yeniden kurulamaması** durumuna değinmek gerekir (MK m.166/IV)[529].

---

[528] Öte yandan ölen eşin mirasçıları boşanma davasına, MK m.181/II gereğince -kanunun deyimiyle- "devam etmek" isteyebilirler. Bu durumda ölen eşin mirasçılarının davaya devam ederek boşanmaya karar verilmesini sağlamaları, MK m.181/II koşullarına bağlı olmayacak mıdır? Yani davalı eşin boşanmadaki kusuru ispatlanacaktır. Görüldüğü üzere kanundaki "faraziye", bu istisnai durumda miras hakkının tanınıp tanınmaması bakımından işlemeyecektir. Şu halde mirasçılıktan çıkarma için tek başına evleviyetle yeterli olmaz. Burada yaptığımız değerlendirme *de lege lata* olarak MK m.181/II hükmünün unsurularını esas almaktadır.
Bununla beraber biz MK m.181/II hükmünün *de lege ferenda* olarak değiştirilmesi ve yeni düzenlemede boşanma davasını açan veya açılan bir boşanma davasını itirazsız kabul eden veya anlaşmalı olarak boşanma talep eden eşin, dava sonuçlanmadan önce ölmesi durumunda, onun diğer eşin eşin mirasından feragat etmiş sayılması gerektiği düşüncesindeyiz. Buna karşılık boşanma davası açan eşin, dava sonuçlanmadan ölmesi durumunda ve davalı eşin açılan bu davayı kabul etmemiş olması halinde, davacı eşin davalı eşi, mirasçılıktan çıkardığı varsayılmalı ve davalı eşe bir itiraz davası açma imkânı tanınmalıdır. Bu dava üzerine ispat yükü davacı eşin mirasçılarında olmalıdır. Bkz. §2.II.C.2.b.(3).(b).(i).

Ortak yaşamın yeniden kurulamaması, aslında kural olarak eşler arasında aile bağının koptuğunun bir göstergesi olabilir. Ancak ayrı yaşama döneminde ölüm olayı gerçekleştiğinde, bu olaya ilişkin düzenlenen çıkarma tasarrufu söz konusu ise ve bu tasarruf çıkarılan tarafından itiraza uğramışsa, kanımızca cezai çıkarma hâkimi somut olayda gerçekten (reel olarak) aile bağının kopup kopmadığını ve bu kopuşun haklı görülüp görülemeyeceğini (yani objektif ve sübjetif ağırlık unsurlarını) araştırmalıdır. Sadece bu olgu da cezai çıkarma için yeterli değildir, elbette çıkarılanın ortak yaşamın yeniden kurulamamasına yol açan olaylarda kusurlu olması gerekecektir. Öte yandan evlilik bağı dışında kalan üçüncü kişi mirasbırakan (çocuk, anne, baba), ortak yaşamın yeniden kurulamamasının, kendisinin bir aile üyesi olan ve ihlale maruz kalan eşe (mirasbırakan çocuk açısından, çocuğun annesine ya da babasına, mirasbırakan anne-baba açısından ise, geline veya damada karşı) kusurlu bir aile hukuku yükümü ihlali teşkil etmesi durumunda, bu olay sebebiyle derinden sarsılan üçüncü kişi mirasbırakan (çocuk, anne, baba), cezai çıkarma tasarrufu düzenleyebilir[530].

(b) Boşanma süreci ve mirasçılıktan çıkarma

Boşanma süreci boşanma davasının açılmasıyla başlar. Bu süreç mirasçılıktan çıkarmayı da yakından ilgilendirmektedir[531].

(i) Boşanma davası sırasında mirasçılık durumu (MK m.181) ve mirasçılıktan çıkarma ile ilişkisi

Günümüzde yürürlükte olan boşanma hukuku gereğince mahkemece verilen boşanma kararına dek eşler birbirlerine mirasçıdırlar (MK m.181/I) ve mirasbırakanın sağlar arası veya ölüme bağlı kazandırmaları sebebiyle en azından saklı paydan yoksun bıra-

---

529 «Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir» (MK m.166/IV).

530 Meğer ki diğer eşin birlikte kusuru, ağırlığı azaltıcı bir rol oynasın.
Öte yandan boşanma davasının reddinden sonra yeni bir aile hukukundan doğan yükümün kusurlu olarak ve önemli ölçüde yerine getirilmemesi durumu ortaya çıkabilir. Bu durum, koşulları varsa, elbette yeni bir boşanma nedeni olabileceği gibi bundan bağımsız olarak ya da aynı anda bir mirasçılıktan çıkarma nedeni de oluşturabilir.

531 Boşanma davası açmanın mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturup oluşturmayacağı konusu için bkz. §2.II.A.2.b.1.

kılamazlar. Meğer ki mirasçılıktan çıkarma ya da mirastan yoksunluk söz konusu olsun[532].

İlk ihtimalde eş boşanma nedeninin varlığına rağmen dava açamadan ölmüş olabilir. Ancak eş, ölmeden önce boşanma nedeni oluşturan söz ya da davranışa dayanarak bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemiş olabilir. Aile hukuku yükümüne önemli ölçüde aykırı ve kusurlu bir davranışın varlığı halinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçerli olacak ve kusurlu eş mirasa hak kazanamayacaktır. Eğer mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlenmemiş olsaydı, henüz boşanma davası açamadan ölen eş, kusurlu eşin mirasından pay almasını engelleyemeyecekti.

İkinci ihtimalde ihlale maruz kalan eş, bu kere boşanma davası açmış ve fakat dava sonuçlanmadan ölmüş olabilir. İsviçre'de bu duruma ilişkin olarak boşanma davası açan eşe ayrıca mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunması tavsiye edilmektedir[533]. Zira aile hukuku yükümüne aykırı davranış ile boşanma kararı arasında bir süre geçecektir. İhlale maruz kalan eşin, boşanma kararından daha önce ölmesi halinde, miras paylaşımına diğer eşin katılmasını engellemesi için tedbiren mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunması gerekir[534].

---

532 Davalı eş, davacı eşe karşı mirastan yoksunluğu gerektiren bir fiil işlemişse, zaten MK m.578 gereğince mirastan yoksun olur. Dolayısıyla, davacı eşin ölümü üzerine mirasçıların MK m.181/II imkânını kullanmalarına gerek olmaz. Davacı eş eğer mirastan yoksunluğu gerektiren bir fiil işlemiş, fakat dava sırasında davalı eş ölmüş ise, davalı eşin mirasçıları davacı eşin mirastan yoksun olduğunu tespit ettirebilirler ya da sözgelimi miras sebebiyle istihkak ya da paylaşma davasında bu durumu ileri sürebilirler. Bu ikinci durumda, davalı eşin mirasçılarının MK m.181/II gereğince dava haklarının olmadığını hatırlatalım. Nitekim hayata kast şeklindeki boşanma nedeni, mirastan yoksunluk koşullarını gerçekleştirebilir: İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.126; Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz, 2004, s.48.

533 Breitschmid, **Vorbem. Art.467–536**, N.12; Gubser, **a.g.e**, s.90; Fankhauser, **a.g.m**, s.244. ZGB Art.120, Abs.2 hükmünde, MK m.181/II hükmündeki gibi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık evlenmenin iptali davasına ilişkin ZGB Art.109 hükmünde, iptal davası açılmasıyla birlikte sağ kalan eşin bütün miras hakkını kaybedeceği hükme bağlanmıştır. Fakat aynı sonucun boşanma davası bakımından benimsenmemesi karşısında, İsviçre kanun koyucusunun bilinçli olarak sustuğu ve boşanma davası sırasında eşlerden birinin ölmesi halinde, sağ kalan eşin ona mirasçı olmasını engelleyen ve ölen eş tarafından sağ kalan eşe yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufların da kendiliğinden hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuki yolun bulunmadığı yolunda: Dural/Öz, **a.g.e**, s.43. Meğer ki ortada bir mirastan yoksunluk hali ya da mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bulunsun.

534 İsviçre'de boşanma hukukunun tamamen değişmesinden sonra, rızaya dayanan boşanma davalarında yargılama sırasında boşanma talep eden eşlere iki aylık bir düşünme süresi (*Bedenkzeit*) verilmektedir (ZGB Art.111 Abs.2). Öte yandan eşlerden birinin boşanmaya tamamen ya da kısmen rıza göstermemesi durumunda ya da mahkemenin boşanma istemini yerinde görmemesi halinde süreç uzamaktadır. Bu durumda kural olarak ancak iki yıllık bir ayrı yaşama süresi sonunda boşanma davası açılabilecektir (ZGB Art.114). Ancak boşanmayı isteyen eş, iki yıllık ayrı yaşama süresinin dolmasından önce kendi-

Türk Hukukunda ise 4721 sayılı Medeni Kanun ile getirilen yeni bir düzenleme ile[535] bu sorun çözülmeye çalışılmıştır. İsviçre Hukukunda düzenlenmeyen bu imkân, Alman Hukukundan esinlenilerek, kanunumuza alınmış gözükmektedir[536]. Buna göre boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması hâlinde, kusurlu olduğu mahkemece tespit edilen eş, ölen eşe mirasçı olamayacaktır. Ayrıca aksi tasarruftan anlaşılmadıkça davalı eş, ölen eşin kendisine daha önceden yaptığı ölüme bağlı kazandırmaları da kaybedecektir (MK m.181/II)[537]. Öyleyse boşanma davası açtıktan sonra ve fakat bo-

---

sine yükletilemeyen ağır nedenlerden dolayı evliliği sürdürmesi kendisinden beklenemez bir hal almışsa boşanmayı dava edebilir (ZGB Art.115). Bu durumda evlilik yasal olarak sürdüğüne göre kusurlu olarak aile hukukundan doğan yükümlerini önemli ölçüde ihlal eden eş, boşanmayı isteyen eşin miras paylaşımına en azından saklı payı oranında katılabilecektir. Aslında 2004 yılında yapılan değişiklikten önce, ayrı yaşama süresi dört yıldı. Bu sürenin oldukça uzun olduğu ve boşanmanın gerçekleşmesinin eski boşanma hukukundan bile daha fazla bir süreye –hatta tüm yasal sürecin 7–8 yıla– kadar uzayabileceği gerekçeleriyle hüküm eleştirilmişti. (Bu eleştirilerin yer aldığı eserler ve yeni boşanma hukukunun mirasçılıktan çıkarma bakımından ele alınışı için bkz. Gubser, **a.g.e**, s.90, dn.380, 381 ve orada anılan eserler. İsviçre'deki yeni boşanma hukuku bakımından yapılan değişiklikler ve bu konudaki eleştiriler için bkz. Özdemir, **a.g.e**, s.42 vd). İsviçre Medeni Kanununda 1.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle ayrı yaşama süresi 2 yıla indirildi. Bununla birlikte İsviçre Hukukunda yine de olası bir erken ölüm için mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulmasının faydalı olacağı gerçeği değişmemiştir.

535 Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde bu imkân söz konusu değildi ve kusurlu olan davalı eşin, sırf evlilik boşanma ile sonuçlanmadığı için ölen davacı eşe mirasçı olması adaletsiz bulunuyordu. O dönemdeki görüşler ve değerlendirilmesi için bkz. Erman, **a.g.e**, s.39, yine butlan sebebiyle evliliğin iptalinde kötüniyetli davalı eşin mirasçılığı hakkındaki benzer tartışmalar için bkz. Erman, **a.g.e**, s.40 vd.

536 Dural/Öz, **a.g.e**, s.43. BGB §1933 hükmünde mirasbırakanın boşanma davası açmış ya da açılan davayı kabul etmiş olması halinde, boşanmanın şartları da gerçekleşmiş ise, dava tarihinden itibaren mirasçılık sıfatının kaybedilmiş olacağı hükme bağlanmıştır. *Dural/Öz*, MK m.181/II hükmünde mirasçılığın, mahkeme kararının kesinleşmesi üzerine kaybedileceğini, oysa esin kaynağı olan BGB §1933'te dava açıldığı anda mirasçılığın kaybedileceğinin düzenlendiğini savunmaktadırlar (**a.g.y**). Buna karşılık Alman Hukukunda da sağ kalan eşin mirasçılığı yitirmesinin, yine mahkeme kararıyla olduğunu, fakat dava açıldığı andan itibaren bu durumun hükümlerini doğurduğu yolunda: Mustafa Aksu, "MK m. 181 II Hükmünün Gizli Bir Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C.1, İstanbul, Vedat, 2009, s.262–263.Yalnız, MK m.181/II hükmünden farklı olarak BGB §1933'te dava, kusur esasına dayanmamaktadır. Öte yandan BGB §1933'te "mirasçıların davaya devamından" da söz edilmemiş, bu mesele Miras Hukuku kurallarına bırakılmıştır. Yani mirasçılar, mirasçılık belgesi alınması sırasında veya paylaşma davası sırasında ya da bir tespit davası yoluyla sağ kalan eşin mirasçılığının söz konusu olmadığını, yani boşanma davasının koşullarının oluştuğunu ileri sürebilirler. Bu davada kusur araştırması değil, evlilik bağının kopup kopmadığı, yani boşanmanın haklı olup olmadığı tespit edilir. Hatta sağ kalan eşin kendisi de aynı hukuki yollarla mirasçı olduğunu ileri sürebilir. Bu dava sonucunda boşanmanın şartlarının mevcut olduğuna dair verilecek karar, boşanma davası açıldığı andan itibaren kanun gereği sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının kaybına yol açmaktadır. Bu konuda bkz. Aksu, **a.g.m**, s.262, 267–268.

537 Benzer bir durum da evlenmenin butlanında söz konusudur. Evlenmenin mutlak veya nispi butlan sebebiyle batıl olması halinde, davacı-mirasbırakan eşin açtığı butlan davası sırasında ölmesi halinde, davacının mirasçıları bu davaya devam ederek davalı-eşin kötüniyetli olması şartıyla mirasçılığını en-

şanma kararından önce ölen eşin mirasçıları davaya devam ederek, sağ kalan eşin boşanmada kusurlu olduğunu ispatlamaya ve böylece onun mirasçılığını engellemeye çalışacaklardır. Anılan hüküm, öğretide birçok açıdan eleştiriye uğramıştır[538]/[539].

---

gelleyebilirler (MK m.159). Eğer davalı eş butlan sebebini bilmiyor idiyse, o yine ancak mirasçılıktan çıkarma ya da yoksunluk gereğince miras hakkından yoksun bırakılabilir. İsviçre Hukukunda ZGB Art.109 gereğince iptal davası açılmasıyla birlikte sağ kalan eşin bütün miras hakkını kaybedeceği hükme bağlanmışken, Alman Hukukunda ise, BGB §1933 hükmünün son cümlesinde bu hükmün evliliğin iptali davası bakımından da uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

538 MK m.181/II'de getirilen ölen davacı eşin mirasçılarına tanınan "davaya devam" imkânı, dogmatik ve usuli açıdan yerinde olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira boşanma davası, davacı eşin ölümüyle konusuz kalmıştır. Mirasçılar, davayı külli halef sıfatıyla değil, doğrudan doğruya kendi mirasçılık sıfatlarına dayanarak sürdürmektedirler. Usul Hukuku açısından iddia ve savunmanın genişletilemeyeceği yasağı karşısında da, bu düzenleme yine sorun çıkarır niteliktedir. Bu sebeple de hükümde "davaya devam edilmesinden" söz edilmesi isabetsiz olmuştur: Haluk Burcuoğlu, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası İle İlgili Bazı Gözlemler", **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, Çizgi, 2007, s.381–382; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile**, s.136; Akkanat, **a.g.e**, s.47; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.39; Aksu, **a.g.m**, s.265 ve ayrıca bkz. s.253, dn.7'de anılan eserler. Mirasçıların "devam ettirdiği" dava gerçekte boşanma davasından farklı bir dava olup, aslında iki ayrı dava söz konusudur. Boşanma davası, bozucu yenilik doğuran bir dava iken, mirasçılara tanınan dava hakkının bir tespit davası niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür: Burcuoğlu, **a.g.m**, s.381, 384; Dural/Öz, **a.g.e**, s.43; Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile**, s.136; Akkanat, **a.g.e**, s.47, dn.59; Aksu, **a.g.m**, s.266–267. Karş. Kılıçoğlu, **Yenilikler**, s.24. Mahkemenin vereceği karar, mirasçılığın gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği yolunda bir tespit hükmü niteliği taşıyacaktır. Bununla birlikte bir tespit hükmü ile mirasçılık sıfatının sona erdirilmesi hukuk dogmatiği açısından yine mümkün değildir. Bu durumda mirasçılığı engellemek üzere ayrı bir yenilik doğuran dava açılması gerektiğini belirten *Dural/Öğüz/Gümüş*, bu durumun da mirastan yoksunluğun kanun gereği olması gerektiği kuralına aykırılık oluşturduğunu ifade ederek, hükmü eleştirmektedirler (**a.g.y**). *Aksu*, benzer düzenleme içeren BGB §1933 hükmünde, mirasçılık sıfatının yitirilmesinin tespit hükmü ile değil, koşulların gerçekleşmesi ile kanun gereği olduğunu belirtmekte ve Türk Hukukunda da bu sonucun kabul edilmesinin, MK m.181/II hükmünün özel bir yoksunluk hali olarak kabul edilmesinde bir etken olabileceğine işaret etmektedir (**a.g.m**, s.268). Bununla birlikte yazar, MK m.181/II hükmünün özel bir yoksunluk hali olarak kabul edilmesinin de sorunu bütünüyle çözmediği görüşündedir (**a.g.m**, s.270, 272). *Burcuoğlu ise*, Usul Hukuku açısından yapılan eleştirilerde belirli bir ölçüde doğruluk payı olduğunu ve MK m.181 hükmünün ikinci fıkrasının, birinci fıkraya yaptığı yollama ile tespit kararına ayrı ve kendiliğinden ortaya çıkan bir sonuç bağlandığını belirtir. Buna göre mahkemece bir boşanma kararı verildiğinde nasıl ayrıca eşlerin mirasçılığına son verilmesine ve ölüme bağlı tasarrufların geçersiz kılınmasına ayrıca karar verilmesi gerekmiyor ve bu sonuç kendiliğinden ortaya çıkıyor ise, aynen öyle de ikinci fıkra bakımından, mahkemece verilen tespit kararına doğrudan aynı sonuçların bağlanması yadırganmamalıdır (**a.g.m**, s.383).

539 Hükme getirilen diğer bir eleştiri de boşanma davası açacağını söylemekle birlikte, henüz dava açamadan ölen bir kimsenin mirasçıları açısından dava hakkının tanınmamış olmasıdır: İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.126–127. Bu görüşe göre, boşanma davası açılmamış olmakla birlikte, boşanma davası açmak üzere avukata vekâlet verilmiş olması halinde de, davacının mirasçılarının bu davadan yararlandırılması gerekirdi. Bu son durumu kapsayacak bir düzenleme *de lege ferenda* olarak düşünülebilir ise de, boşanma için en azından vekâlet verilmeyen bir durumda, hukuken bir çözüm bize güç gözükmektedir. Sözgelimi, bir mirasçısını mirasçılıktan çıkarmayı düşündüğü halde, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapamadan ölen bir kimsenin durumu da pek farklı değildir ve hukuken yapılacak bir şey yoktur. Aksine bir çözüm, mirasçıların gerçek olmayan ya da mirasbırakanın ileri sürmek istemediği, hatta mahrem olabilecek konuların dahi, miras hırsı yüzünden dava konusu yapılmasına, uyuşmazlıkların işin içinden çıkılmaz hale gelmesine ve hatta delil uydurmalarına sebebiyet verirdi. Elbette

Biz de MK m.181/II ile getirilen hukuki düzenlemenin başarısız olduğu görüşüne katılmaktayız. Fakat *de lege lata* olarak bu kurumun "gizli bir mirastan yoksunluk türü"

---

hüküm bu durumu da kapsayacak şekilde düzenlenmiş olsaydı bile, mirasçıların açacağı davanın "boşanma davası" şeklinde nitelenmesi isabetsiz olurdu: Akkanat, **a.g.e**, s.48, dn.163.

Hükümde MK m.159'daki düzenlemenin aksine olarak, davalı eşin mirasçılarına –kanunun ifadesiyle- "davaya devam hakkı" tanınmaması da diğer bir eleştiri konusudur: Hatemi, **a.g.e**, §1, N.19–22; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.127, dn.82; Akkanat, **a.g.e**, s.50. *Akkanat*'a göre, aynı ihtiyacı karşılamak üzere getirilen MK m.159 hükmünde davalı eşin mirasçılarına da "davaya devam hakkı" tanınmışken, 181/II hükümde bu imkânın tanınmaması, MK m.2 hükmüne aykırılık oluşturur ve bu sebeple ortaya örtülü bir kanun boşluğu çıkmaktadır. Yazara göre *de lege lata* çözüm önerisi olarak bu boşluğun MK m.159 hükmüne paralel bir şekilde içtihat ve öğreti yoluyla giderilebilir (**a.g.e**, s.50–51).

Hükümde geçen "davalı eşin kusurlu olduğunun ispatı" şartının aranması da MK m.166/V gereğince fiili ayrılık sebebiyle açılan davalarda, kusur şartının aranmaması sebebiyle çelişkili bir durum ortaya çıkacağı yönünde eleştirilmiştir. Yazarlar, bu durumda daha önce reddedilen boşanma davasına mı bakılacağı, yeni bir dava açma zorunluluğunun mu ortaya çıktığı yoksa bir kanun boşluğu mu ortaya çıktığı konularının muallâkta olduğunu belirtirler. Yine evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma davaları bakımından, sağ kalan eşin hiçbir kusurunun olmaması gerektiği mi, yoksa ölen davacı eşin, davalı eşe göre daha az kusurlu olduğunun ispatlanmasının yeterli mi olacağı belirsizdir: İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.127–128. Kanımızca *de lege lata* olarak fiili ayrılık durumu bakımından daha önce açılan ve reddedilen davadaki durumun esas alınması gerekir. Yine *de lege lata* olarak, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle açılan davada davacı eşin daha az kusurlu olması yeterli kabul edilmek zorundadır. Oysa aynı durum hakkında bir boşanma davası değil de, bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu söz konusu olsaydı, mirasbırakan-davacı eşin birlikte kusuru, mirasçılıktan çıkarmanın ağırlık unsurunu azaltan bir rol oynayabilir ve tasarruf tenkise tabi olurdu.

olarak nitelenmesini[540] isabetli bulmuyoruz. Kanımızca burada "kanundan doğan bir miras ve ölüme bağlı kazandırmaların kaybı hali" söz konusudur[541].

MK m.181/II hükmü ile ilgili olarak *de lege ferenda* olarak savunulan ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre[542], boşanma davası sırasında davacı eş ölmüş ise, o, davalı eşi mirasçılıktan çıkarmış sayılmalıdır (**mirasçılıktan çıkarma varsayımı**). Davalı eş, mirasçı olmak istiyorsa, "varsayılan mirasçılıktan çıkarmaya" "itiraz etmeli" ve bu itiraz davasını kazandığı takdirde mirasçı olabilmelidir. Buna karşılık, davalı eş ölmüş ise, davacı eş davalının mirasından feragat etmiş sayılmalıdır. Bu görüşü biraz daha geliştirerek diyebiliriz ki, aynı şekilde davacı eşin açtığı davayı itirazsız bir şekilde kabul eden veya anlaşmalı boşanma talebinde bulunan veya karşı boşanma davası açan eş de mirastan feragat etmiş sayılmalıdır[543]. Biz kanuni düzenlemenin değiştirile-

---

[540] MK m.181/II hükmünün hukuki niteliği ile ilgili olarak ileri sürülen bir görüşe göre, gerek MK m.181/II gerekse MK m.159 hükümleri ile özel bir yoksunluk hali ihdas edilmiştir: Dural/Öz, **a.g.e**, s.43 (yazarlar, mirastan yoksunluğu incelendikleri konu başlığı altında, MK m.159 ve 181/II hükümlerini de incelemektedirler, bkz. s.363–365); aynı yönde Akkanat, **a.g.e**, s.48. Kanımızca *de lege lata* olarak, MK m.181/II ve MK m.159 hükümlerinin zorlama bir yorumla "özel bir mirastan yoksunluk" türü olarak nitelendirilmesine, mirastan yoksunluk kurumunun *ratio legis*'i izin vermez. Mirastan yoksunluk kurumu, saklı paylı mirasçılar açısından, mirasçılıktan çıkarma kurumu ile izlenen amacın gerçekleştirilmesi konusunda, bir tamamlayıcı kurum olma özelliğine sahiptir. Çok ağır kabul edilen ve genellikle –mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs hali bir kenara– mirasbırakanın tasarrufta bulunarak mirasçısını mirasın dışına itemeyeceği hallerde, bu kurum mirasbırakanın *varsayılan* iradesinin yerine geçmektedir. Saklı paylı olmayan mirasçılar için de aynı esastan hareket edilir. Zira mirasbırakan, yoksunluk hallerinde genel olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapamayacağı gibi alelade mirastan uzaklaştırma tasarrufu da yapamayacağı için, saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçılar ve hatta vasiyet alacaklıları bakımından, o mirasa layık olmadığını gösteren kişilerin miras ve vasiyet haklarının elinden alınmasına hizmet eder. O sebeple, yoksunluk nedenlerinin karakteristiğine bakıldığında, bunlar mirasçılıktan çıkarma nedenlerine göre çok daha ağır fiillerdir. Oysa MK m.181/II'nin *ratio legis*'i bu değildir. Yani kanun koyucu MK m.181/II hükmünü, yoksunluk kurumunun o istisnai ve ağır fiillere dayanan özelliklerine benzetmek düşüncesiyle hareket etmiş değildir. Burada olsa olsa belki "yoksun olmuş gibi" ifadesi kullanılabilirse de, yine *ratio legis*'ler bağdaşmamaktadır. Aslında MK m.181/II ve MK m.159 hükümleri, mutlaka bir çatı altına alınacaksa, miras ve ölüme bağlı hakların kanundan doğan kaybı" niteliğinde bir kategoriye tabi tutulması, *de lege lata* en isabetli çözümdür. Öye yandan MK m.181/II hükmü, mirastan yoksunlukta olduğu gibi, farazi irade yerine geçerek aile bağını koparan eşi, otomatik olarak miras dışına itme işlevine de sahip değidir. Aksine, çıkarılanın mirasçılarının bir dava açması, bu davada davalı eşin kusurunu ispatlamaları gerekmektedir ki, bu durum yoksunluktan çok olsa olsa cezai çıkarmaya yaklaşan bir anlayışın varlığını ortaya koayabilir.

[541] Benzer yönde olmak üzere, "kendine özgü mirastan yoksunluk görüşünün" meseleyi kısmen çözeceği ve anılan kurumların yapısı ve yoksunluk nedenlerinin niteliği düşünüldüğünde, bu nitelemenin yerinde olmadığı yönünde: Aksu, **a.g.m**, s.269, 272.

[542] Hatemi, **a.g.e**, §1, N.19–22; Serozan, **Yenilikler**, s.568; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §1, N.39.

[543] Bu öneri, mirasçılıktan çıkarma ve feragat varsayımları ile MK m.181/II hükmündeki durumun hukuken uyuşmadığı, çünkü mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin, boşanma nedenleriyle örtüşmediği ve davacı eşin mirastan feragate yönelik bir düşünceyi aklından geçirmemiş olabileceği yönünde eleştirilmiştir: Aksu, **a.g.m**, s.255–256, 271. Aksi yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz ve karş. Kılıçoğlu, **Yeni-**

rek burada savunduğumuz görüşü esas alan bir değişiklik yapılmasının isabetli olacağı kanısındayız[544].

---

likler, s.22. Bununla birlikte *Aksu*, yine de bu varsayımların sorunu kısmen çözebileceğini ve bu görüşün üzerinde düşünülmesi gereken bir görüş olduğunu belirtir. Öncelikle belirtelim ki, kusura dayanan boşanma nedenlerinden her birinin mirasçılıktan çıkarma nedeni teşkil etme potansiyeline sahip olduğunu, zira kusura dayanan boşanma nedenlerinde hep bir ailesel yüküm ihlali veya suç işleme söz konusu olduğunu, bu çalışmamızda detaylarıyla açıkladık. Bu sebeple çıkarma nedenlerinin örtüşmediği düşüncesine katılamıyoruz. Belki bu noktada terk sebebiyle boşanma özellik arz eder. Zira bu boşanma sebebinde ihtarda bulunma ve süreler gibi bir takım koşullar vardır. Bu koşullar yerine getirilmemişse, boşanma davasının reddi gerekir. Fakat MK m.181/II hükmündeki dava boşanma davası niteliğinde değildir. Bu nedenle terkin haksız ve kusurlu olduğu anlaşılıyor ise, boşanma için aranan ihtar ve süre koşulları gerçekleşmemiş olsa bile, bu durum evlilik bağının kopmasını gerektiren bir ağırlıkta olduğunda, davalı eşin mirasçılığının kaybına hükmedilmek gerekir. Başka bir ifadeyle olması gereken hukuk bakımından, özel boşanma nedenlerinde boşanma için aranan özel şartlar gerçekleşmemiş olsa bile, yeni yapılacak düzenlemede, bu sebepler davada ileri sürülmemiş olsa bile genel boşanma nedeni teşkil ediyorsa (evliliği temelinden sarsmışsa), davalı eşin boşanmanın özel şartlarının gerçekleşmediği yolundaki savunmasının dinlenmeyeceği kuralı getirilebilir. Öte yandan kusura dayanmayan boşanma nedeni bakımından da, esasen mirasçılıktan çıkarma varsayımının kabulüne yine bir engel olmaz. Zira davalı eşin itiraz niteliği taşıyan davayı açması durumunda (kıyasen MK m.512/II), davacı eşin mirasçıları davalı eşin kusurunun varlığını ispatlayamayacaklarına göre sorun yoktur.

Ayrıca burada mirasçılıktan çıkarma nedenin var olup olmadığı değil, "mirasçılıktan çıkarmanın **varsayılması**" söz konusudur. Başka deyişle bu öneri bakımından MK m.510 hükmünün uygulanması söz konusu değildir, bir ölüme bağlı tasarrufta bulunulması da gerekmemektedir. Bu varsayım, mirasçılıktan çıkarma kurumunun *ratio legis*'inin -"gizli mirastan yoksunluk" nitelemesine nazaran- MK m.181/II hükmünün bünyesine daha çok uyduğu düşüncesine dayanır. Unutulmamalıdır ki evlilik boşanma ile değil, ölüm ile sona ermiştir. Bu durumda Miras Hukukunun yürürlükteki temel prensibi, saklı pay korumasına, miras hakkına veya ölüme bağlı kazandırmaya layık olmadığını göstermesi kaydı şartıyla, mirasçının veya kazandırma alacaklısının mirasın dışına itilmesidir. Boşanma davası açılması, aile bağının kopması olarak görülebilir. Ancak *de lege lata* olarak hukuk sistemimizde, miras hakkının ortadan kaldırılması, yalnızca aile bağının kopması esasına dayandırılmamış, mirasçının bu kopuşta kusurlu olması gerek çıkarmada gerekse yoksunlukta bir koşul olarak aranmıştır. Bunun sebebi ise, mirasbırakanın da aile bağına riayet yükümünün var olduğu düşüncesidir. Bu yükümün kalkması, mirasçının kusurlu olarak aile bağının kopuşuna sebep olmasına bağlıdır. Bu temel fikrin değişmesi ise, ancak saklı pay ve tasarruf özgürlüğü kurumlarında yapılacak bir reformla sağlanabilir. Öyleyse MK m.181/II hükmünü salt evlilik bağının kopmuş olması bağlamında değerlendirmek, tamamen Miras Hukuku karakteri taşıyan bu konuda Miras Hukukunun prensiplerini hiçe saymak olur. Öte yandan miras hakkı, mirasçının feragati, yani kendi rızasıyla da ortadan kalkar. Boşanma davası açan bir eşin, davalı eşin miras hakkından artık yararlanmaktan vazgeçtiği ve bu iradeye sahip olduğu açıktır. Şu halde feragat varsayımının, MK m.181/II kurumunun yapısına uymadığı düşüncesine katılamıyoruz.

544 **Bu *de lege feranda* görüş kabul edilecek ve bu yönde kanunda bir değişiklik yapılacak olursa**, boşanma davası sırasında davacı eşin ölüme bağlı tasarruf yapmaksızın ve dolayısıyla mirasçılıktan çıkarma nedenini de göstermeksizin adeta bir "mirasçılıktan çıkarma" karinesi ortaya çıkmış olacaktır. Bu görüş, kanımızca, kusura dayanan boşanma nedenlerinin, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilmesi bağlamındaki ortak noktadan hareket etmektedir. Buna karşı, mirasçı olmak isteyen eş, "mirasçılıktan çıkarmaya itiraz davası" açacaktır. Ancak bu noktada itiraz davasının konusunun ne olacağı hakkında bir soru sorulabilir. Kanımızca, bu görüş kabul edilecek olursa, itiraz davasında *mirasçılıktan çıkarma karinesi*ne dayanak olan neden, yani aslında "boşanma davasında kusurlu olmama" olgusu ileri sürülecektir. Buna karşılık MK m.512/II uyarınca mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan mirasçıların veya vasiyet alacaklılarının, çıkarma sebebinin varlığını (yani boşanma nedenini) ispatlamaları gerekir. Öyleyse bu davada da "mirasçılıktan çıkarma karinesinden" yararlanacak kişilerin, yani boşanma davası davacı eş lehine sona erseydi davalı eşin mirasçılık sıfatını yitirmesi nedeniyle menfaat sağlayacak olan mirasçı veya vasiyet alacaklılarının, davalı eşin boşanmada kusurlu olduğunu ispatlamaları gere-

Boşanma davası açan eşin gerekli belge ve delilleri davada ortaya koymuş olmadığı durumlarda, evlilikte yaşanan uyuşmazlıklara çoğunlukla uzak kalan mirasçılar, evlilikte yaşanan ihlallerin ispatlanmasında güçlüklerle karşılaşılabilirler ve sağ kalan kusurlu eşin mirasçılığını engelleyemeyebilirler. Bu sebeple MK m.181/II hükmünün varlığına rağmen, ihlale maruz kalan eşin, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemiş olması yararlı olur. MK m.181/II hükmüne göre mirasçılar davaya devam etme hakkına sahip iken, aynı zamanda mirasbırakanın söz konusu boşanma sebebine dayanan geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu söz konusu olabilir. Bu durumda bir yandan MK m.181/II gereğince mirasçıların davalı eşe karşı yürüttükleri -kanunun deyimiyle- "devam edilen" boşanma davası, diğer yandan, aleyhindeki cezai çıkarma tasarrufuna karşı açılan tenkis davası yürüyecektir. Bu durumda bir davanın ötekisi için bekletici mesele yapılıp yapılamayacağı vb. konular Usul Hukuku kurallarına göre çözümlenmesi gereken hususlardır. MK m.181/II gereğince "devam edilen" boşanma davasının, mahkmece kabulü veya reddi, MK m.512/II gereğince açılan tenkis davasını doğrudan ilgilendirecektir. Bu nedenle kanımızca MKm.181/II gereğince yürüyen dava, tenkis davası için bekletici mesele sayılmalıdır. Buna göre MK m.181/II gereğince yapılan

---

kecektir. Çıkarmaya itiraz davasının sonucunda itiraz eden saklı paylı mirasçı haklı bulunursa, sonuçta o tüm miras payına değil, yalnızca saklı payına kavuşur.
Burada açıklanan *de lege ferenda* görüşün tutarlı bir sonucu olarak, davalı eş itiraz ettiğinde, itirazı haklı bulunsa bile yalnızca saklı payını alabilecektir. Hatta davacı eşin açtığı **kusura dayanmayan** boşanma davası bakımından da, davalı eşin mirasçılıktan çıkarılmış olduğu karine olarak kabul edilmek gerekecektir. Bu durumda itiraz eden ve boşanmada kusuru olmayan davalı eş, MK m.512/II hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda, ancak saklı payını elde edebilecektir. İlk başta bu hakkaniyetsiz gibi gözükebilir. Fakat boşanma davası açan ve davayı sonuçlandıramadan ölen davacı eşin arzusu evliliği sona erdirmek ve bunun doal sonucu olarak da davalı eşin kendisine olan mirasçılığını engellemek olduğuna göre, bu sonuç doğal kabul edilmelidir. Kaldı ki, ölen davacı eş, tamamen gerçek dışı nedenlere dayanan bir cezai çıkarma tasarrufu düzenleseydi bile, yine çıkarılan eşin itirazı (tenkis davası açması üzerine) tasarruf saklı pay dışında yine de yerine getirilecekti. **Hemen ekleyelim ki, günümüzdeki düzenlemeye göre eşin saklı payı, birinci ve ikinci zümreyle mirasçı olması halinde, miras payı ile aynı değerdir**. Kanunda saklı pay oranlarında bir değişiklik olmadıkça, birinci veya ikinci zümre ile birlikte mirasçı olan davalı eş, itirazı haklı bulunduğunda böylece aslında yasal miras payına kavuşmuş olacaktır.
Buna karşılık yine *de lege ferenda* önerimize göre, anlaşmalı boşanma halinde, her iki eşin de bir diğerinin **mirasından feragat ettiği** kabul edilmek gerekir. Yine aynı şekilde, bir eşin açtığı boşanma davasını diğer eşin -hiçbir itiraz ileri sürmeyerek kabul etmesi durumunda -dava kusura dayansın dayanmasın- hem davacı hemde davalı eşin karşılıklı olarak mirastan feragat etmiş olduklarını kabul etmek gerekir. Zira boşanmayı bir dava ile talep eden veya anlaşmalı olarak boşanma davası talebinde bulunan veya karşı tarafın açtığı boşanma davasını, itiraz ileri sürmeksizin kabul eden eş, evliliğin sona ermesine ve evliliğe bağlı bir sonuç olan mirasçılıktan da vazgeçmeye razıdır. O halde, bu rızayı bizzat kendi özgür iradesiyle gösteren eşin, ölümünden sonra onun yerine geçerek boşanmada kusurlu mu değil mi araştırmalarına girmeye ne gerek ne de bir gerekçe vardır.

yargılama sonucunda davalı eş, mirasçılık sıfatını kaybederse, MK m.512/II gereğince süren tenkis davasının düşmesi gerekir. Zira mirasçılık ehliyeti boşanma ile sona ermiş olur. Buna karşılık MK m.181/II gereğince devam edilen davada hâkimin, eşin mirasçı olduğuna karar vermesi durumunda, bu karar, tenkis davasını otomatik olarak düşürmez. Zira cezai çıkarma tasarrufuna ilişkin yargılama, "mirasçılarca devam edilen" boşanma davasından bağımsızdır. Buna karşılık kanımızca, her iki davada dayanılan nedenler örtüşüyorsa, cezai çıkarma hâkimi, MK m.181/II gereğince yapılan yargılamada mahkemenin aile hukuku yükümü ihlalinin varlığı ya da yokluğu ya da somut olaydaki fiilin işlenip işlenmediği ya da failin kimliği hakkında verilen kararla bağlı olmalıdır. Buna karşılık ihlalinçıkarmayı gerektirip gerektirmeyeceği, özellikle ağırlık değerlendirmesi bakımından cezai çıkarma hâkimi bağımsız karar verecektir.

(ii) Boşanma davasında mahkemenin vereceği kararların etkisi

Eşler arasında süren bir boşanma davasında mahkemece boşanmaya karar verilmesi halinde eşlerin birbirlerine olan mirasçılık sıfatı sona erer (MK m.181/I). Bu sebeple bir eşin diğeri aleyhine düzenlediği mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun hukuken bir değeri kalmaz[545]. Bununla birlikte yükümlerini kusurlu ve ağır bir şekilde ihlal etmek suretiyle boşanmaya neden olan eş, mirasbırakan olan kişinin saklı paylı mirasçısı olabilir. Öte yandan ihlale maruz kalan eş de mirasbırakanın aile üyesi kişi olabilir[546]. Bu durumda boşanma kararı ve bu karara neden olan olaylar, evlilik ilişkisinin dışında kalan mirasbırakan bakımından önem taşıyacaktır.

Ayrıca eşler boşanma nedeninin varlığı halinde mahkemece ayrı yaşamaya karar verilmesini talep edebilecekleri gibi, mahkeme kendiliğinden -hatta boşanma talep edilmiş olmasına rağmen- ayrılığa hükmedebilir. Bunun için boşanma nedeninin ispatlanması gerekir (MK m.170)[547]. Mahkemece boşanma nedeni ispatlanmış olduğu için

---

545 Escher, **Art.477**, N.22; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.457 – 458; Bellwald, **a.g.e**, s.54; ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.134 vd.

546 Örneğin mirasbırakan olan kişi ana-baba iken, boşanmaya yol açan kusurlu eş altsoy ve diğer eş gelin olarak aile üyesi ise. Ya da mirasbırakan çocuk iken; kusurlu eş baba ve diğer eş de anne ise.

547 İsviçre'de ayrılık kararı üzerine mal rejimi mal ayrılığına dönüşmektedir (ZGB Art.118, Abs.1). Bizde ise MK m.180 gereğince hâkimin ayrılık kararı ile birlikte duruma göre eşlerin sözleşme ile kabul ettikleri mal rejiminin kaldırılmasına karar verme yetkisi vardır. MK m.169 gereğince boşanma ve ayrılık davası açılınca hâkim, dava süresince geçici olarak eşlerin mallarının yönetimine dair önlemler alabilir.

ayrılığa hükmedildiğine göre eğer bu neden, kusurlu bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturmakta ise mirasçılıktan çıkarma için de haklı bir gerekçe oluşturabilir. Bununla birlikte hâkim, dava boşanmaya ilişkin olsa bile 'ortak yaşamın yeniden kurulması ihtimalinin olduğuna kanaat getirdiği takdirde' ayrılığa hükmedebilir (MK m.170/son). Ortak yaşamın yeniden kurulma olasılığı varsa, bu durum aile hukuku yükümü ihlalinin önemli ölçüde olmadığı izlenimi de uyandırabilir. Bu durumda somut olay koşullarına göre karar vermek sanırız ki en isabetli çözüm olur. Zira ayrı yaşamaya karar verilmesi, önemli ölçüde evlilik bağının sarsıldığını gösterebileceği gibi, öte yandan ortak yaşamın yeniden kurulabilme ihtimalini de göstermektedir ki, bu durum, mirasçılıktan çıkarma için gerekli ağırlık koşulunu doğrudan ilgilendirir. Meğer ki ortak yaşam yeniden kurulsun[548].

Boşanma davası usuli ya da maddi nedenlerle reddedilebilir. Usuli nedenlerle reddedilmesi mirasçılıktan çıkarma açısından herhangi bir rol oynamaz. İleri sürülen boşanma nedenlerinin mahkemece yeterli görülmeyerek davanın esastan reddedilmesi durumunda, söz konusu boşanma nedenine dayanan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun akıbetinin ne olacağına değinmek gerekir. Davanın reddi, boşanmaya yol açan aile hukuku yükümü ihlalinin, evlilik birliğini sona erdiren temelden sarsıcı etkiye sahip olmadığı gerekçesine dayanmakta ise, bu durumda ihlal, somut olay koşulları saklı kalmak kaydıyla, mirasçılıktan çıkarma açısından da aile bağını koparıcı etkiye sahip görülmesi oldukça güçleşmiş demektir[549]. Gerçi eşler arasındaki evlilik bağını

Yine, evlilik birliğinin korunması tedbiri olarak ortak yaşama ara verilmesi durumunda talep üzerine hâkimin eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlem almaya dair yetkisi vardır.

548 Ortak yaşam sonradan yeniden kurulduğunda, önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun akıbeti, mirasçılıktan çıkarma nedeninin hangi ana dek geçerliliğini sürdürmesi gerektiği ve/veya af konusundaki tartışmadaki benimsenen görüşe göre değişir. Bkz. §2.V.A ve §4.I.E. Ancak eşin ekonomik ve toplumsal baskılarla ya da çocuklarını düşündüğü için evliliği sürdürmeye zorunlu olarak razı olması halinde elbette mirasçılıktan çıkarma ortak yaşam kuruldu diye haklılığını yitirmez. Aynı yönde Gubser, **a.g.e**, s.92–93.

549 Bkz ve karş. Bellwald, **a.g.e**, s.55; Nobs, **a.g.e**, s.30; Escher, **Art.477**, N.22. *Bellwald*, boşanma davasının hangi nedenle reddedildiği noktasında bir ayrım yapmaksızın, genel olarak boşanma davasının reddedilmiş olmasına rağmen, evlilik birliğini sona erdirmeye yeterli görülmeyen boşanma nedenlerinin, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabileceğini savunmaktadır (**a.g.y**). Elbette boşanma ile mirasçılıktan çıkarma farklı kurumlardır. Ancak, davanın dayandığı somut olayın koşullarına ve davanın reddinin gerekçesine bakılmaksızın bu kadar büyük bir genelleme yapılmasını isabetli görmüyoruz. Bununla birlikte, evlilik bağını koparıcı nitelikte görülmeyen davranışların, mirasçılıktan çıkarma hukuku açısından aile bağını koparıcı nitelikte olabileceğini kabul etmek için, oldukça sağlam ve inandırıcı gerekçelere ihtiyaç olacağı düşüncesindeyiz.

koparıcı etkinin bulunmaması, *ipso iure* olarak üçüncü kişi mirasbırakan ile mirasçısı olan eş arasındaki bağın da kopmayacağı anlamına gelmez. Fakat bu durumun ispatlanması, ifade ettiğimiz üzere, oldukça güçleşmiştir.

Öte yandan "terk", "zina" ve "hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış" nedenlerine dayanan boşanma davası bakımından kanunda boşanma için aranan "süre, ihtar çekme ve mehil verme" gibi diğer bazı ek koşullar yerine getirilmemiş olduğu için de dava reddedilmiş olabilir. Bu durumda kanımızca kural olarak, söz konusu red kararının doğrudan doğruya mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlığı azalttığı ya da ortadan kaldırdığı sonucu çıkarılamaz. Meğer ki ihlale rağmen sürenin geçirilmesi, ihtarda bulunulmaması ya da mehil verilmemesi gibi davranışlar, af iradesi olarak yorumlansın.

Son olarak belirtelim ki, öğretide boşanma davasına ilişkin olarak mahkemenin vereceği kararın, mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olup olmadığına karar verecek olan mahkemeyi bağlamayacağı; zira mirasçılıktan çıkarma bakımından boşanma nedenlerinin değil, mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir[550]. Buna karşılık biz, aile hukuku yükümüne konu bir fiilin işlendiği ya da işlenmediği, ya da mirasçı tarafından işlenip işlenmediği (fiil ve fail) ve kusurun varlığı konusunda boşanma mahkemesinin vereceği kararın[551], yani ihlalin varlığı ya da yokluğuna ilişkin tespitinin, mirasçılıktan çıkarma davasına bakan hâkimi bağlaması gerektiği düşüncesindeyiz[552]. Sonucun boşanma olup olmamasının ise cezai çıkarma açısından "mutlak" bir etkisi yoktur. Bununla birlikte mirasçılıktan çıkarma davasına bakan hâkim, elbette boşanma davasında evvelce tespit edilmiş bulunan yüküm ihlali-

---

550 Escher, **Art.477**, N.22; Bellwald, **a.g.e**, s.55.

551 Bir boşanma davası sürecinde ortaya çıkan hukuksal olgular, boşanmaya yol açan neden, kusurluluk, hâkimin bu unsurları değerlendirmesi, ihlal saptaması, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığının ortaya konulması, boşanma ya da ayrılık kararı ya da davanın reddedilmesi vb. olgulardır. Kaldı ki boşanma nedeni olan kusurlu ve önemli ölçüdeki aile hukuku yükümü ihlali, bazen mirasçılıktan çıkarma nedeninin ta kendisidir.

552 Yukarıda suçun varlığı ya da yokluğu konusunda ceza mahkemesinin verdiği kararın, mirasçılıktan çıkarma davasına bakan hâkimi bağlaması gerektiğini savunmuştuk. Burada da aynı prensipten ayrılmayı gerektiren bir durum görmüyoruz. §2.II.A.1.b.(5). Hatta boşanmadan yıllar sonra görülecek olan mirasçılıktan çıkarmanın tenkisi davasında hâkimin ulaşabileceği deliller karşısında, geçmişte boşanma davasına bakan hâkiminin meseleyi daha etraflıca ele almış olduğu yadsınamaz.

nin ve kusurun, mirasçılıktan çıkarmayı gerektirecek ağırlıkta olup olmadığını bağımsız bir şekilde ve mirasbırakan ile olan bağ çevresinde ayrıca tespit edecektir.

(iii) Boşanma davası sırasında ve boşanmadan sonra ortaya çıkan yükümler ya da yükümlülükler

«Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alır» (MK m.169). O halde gerek eş gerekse çocuk için mahkemece tedbir nafakası ödenmesine karar verilebilir. Bu yükümlülük ailenin geçimini sağlama yükümünün (MK m.327, 328) bir uzantısıdır[553]. Bu yükümlülüğün ihlal edilmesi ağır kabul edilebildiği ölçüde mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir.

Boşanma gerçekleştiğinde çocuklar eşlerden birinin velayetine verilebilir. Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir (MK m.323). O halde haklı nedenler olmadıkça (MK m.324), çocuk kendisine bırakılan eşin diğer eş ile çocuğun kişisel ilişki kurmasını engellemesi durumunda ortaya bir aile hukuku yükümü ihlali çıkar[554]. Örneğin çocuk bu durumdan olumsuz etkilenebilir. Çocuğun kendisi ölüme bağlı tasarruf ehliyetine sahip olması koşuluyla ya da örneğin çocuğun dedesi, bu ihlal ağır olduğu takdirde saklı paylı mirasçı olan kusurlu eşi (yani kızını) mirasçılıktan çıkarabilir.

Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş için diğer eşin yoksulluk nafakası ödemesine mahkemece karar verilebilir (MK m.175). Yine boşanma sonucunda çocuk kendisine bırakılan eşin veya çocuğun kayyımının ya da vasisinin veya çocuk ayırt etme gücüne sahipse kendisinin talebi üzerine, mahkemece çocuğun bakımı için bakım nafakası ödenmesine karar verilebilir (MK m.329 vd). Bu yükümlülükleri yerine getirmeyen kusurlu eş ya da ana-baba için, yine yukarıda belirtildiği üzere mirasçılıktan

---

553 Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.128–129.

554 Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.90; Elçin Grassinger, **a.g.e**, s.193; ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.140 vd, ayrıca bkz. s.318 vd.

çıkarma hakkına sahip kişiler, bu ihlalin ağır olması koşuluyla mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunabilirler[555].

(c) Evlilik birliğini korumaya yönelik tedbirler ve özellikle ortak yaşama ara verilmesi

Eşlerin yükümlüklüklerini yerine getirmemeleri ve evlilik birliğinin yürütülmesinde ya da önemli kararlarda uyuşmazlığa düşmeleri durumunda eşlerin ayrı ayrı ya da birlikte hâkimin müdahalesini isteme hakları vardır (MK m.195/I). Tedbir uygulanması için kusur şartı aranmamaktadır[556]. Bununla birlikte eşin kusurlu davranışları sebebiyle yüküm ihlali gerçekleşmiş ve bu yüzden koruma tedbirine gerek görülmüş olabilir. Evlilikten doğan yükümleri yukarıda incelemiş bulunmaktayız. Burada değinmek istediğimiz husus, hâkimin tedbir uygulanmasına karar vermesinin ve böylece yüküm ihlalini tespit etmiş olmasının[557], cezai çıkarma hâkiminin tasarrufun geçerliliğine ilişkin kararına etki eden bir rol oynayabileceğidir.

Tedbirler arasında belki de cezai çıkarma hâkimini ilgilendirebilecek en önemli tedbir, "ortak yaşama ara verilmesi"dir. MK m.197/I gereğince *"eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir"*. Bir eşin kişiliğinin, ekonomik güvenliği-

---

555 Türk Hukukundan farklı olarak, İsviçre Hukukunda (ZGB Art.125, Abs.3, Ziff.3 hükmünde), yoksulluk nafakası talep eden eşin, nafaka yükümlüsü eşe ya da "onun bir yakınına" karşı ağır bir suç işlemiş olması, nafaka yükümlülüğünün kaldırılması veya azaltılması nedeni olarak düzenlenmiştir. ZGB Art.125, Abs.3, Ziff.3 hükmünün, cezai çıkarma nedeni oluşturacağı yönünde: Fankhauser, **a.g.m**, s.245; ayrıca bkz. Botschaft zum neuen Scheidungsrecht vom 15. November 2005, BBl 1996 I 1, 115.

556 Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.172.

557 MK m.195/II hükmünde tedbir türleri, eşlerin uzlaştırılması, yükümü ihlal eden eşe uyarıda bulunma ve eşleri uzman yardımına yönlendirme olarak belirtilmiştir. Özellikle uyarıda bulunma tedbiri, ailesle yüküm ihlalinin de bir bakıma tespiti niteliğindedir. Hâkim kanunda öngörülen diğer tedbirlere de başvurabilir (MK m.195/III). MK m.196 hükmünde öngörülen eşlerin evlilik birliğinin giderlerine ilişkin parasal katkının belirlenmesi şeklindeki tedbir, eğer eşlerden birinin evlilik birliğinin gerektirdiği maddi desteği kusurlu olarak sağlamamasına dayanıyorsa, bu tedbir de cezai çıkarma açısından önem taşır. MK m.199/I hükmünde ailenin ekonomik temelinin korunması için veya evlilik birliğinden doğan maddi destekleme yükümünün ihlali durumunda, bir eşin belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayabilir. Buna göre, *"Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir"*. Yine MK m.190/I, c.1 gereğince *"eşlerden biri birliği temsil yetkisini aşar(sa) (...) hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir"*. (Bu tedbirler hakkında bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.172 vd). İşte tüm bu tedbilerin uygulanmasına kusuruyla neden olan ve yükümünü ihlal eden eş aleyhindeki cezai çıkarma tasarrufunun geçerliliği açısından, koruma tedbirine karar verilmiş olması önemli bir gösterge olacaktır.

nin veya ailenin huzurunun tehlikeye düşmesi, her zaman için diğer eşin kusurlu davranışıyla gerçekleşmiş olmayabilir. Fakat ortak yaşama ara verme kararına yol açan somut olay, diğer eşin kusurlu ve önemli ölçüdeki ailesel yüküm ihlaline dayanıyorsa, MK m.510/b.2 gereğince cezai çıkarma koşulları gerçekleşmiş olabilir. İşte bu noktada ortak yaşama ara verilmesine ilişkin karar, cezai çıkarma yargılaması açısından da etkili olabilir.

Son olarak 4320 sayılı Ailenin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen ilave tebirler ve bu tedbirlere yol açan ihlaller, göz ardı edilmemelidir[558]. Söz konusu tedbirlerin uygulanmasına yol açan söz ve davranışlar, aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, hem MK m.510/b.1 hem de b.2 gereğince cezai çıkarma nedeni oluşturabilir ve tedbire yönelik karar, cezai çıkarma hâkiminin kararına etki edebilir. Yeter ki ihlal, sübjektif ve objektif olarak görülsün.

c. Aile üyelerinin nişanlıya karşı yükümleri ve nişanlılık ilişkisinden doğan yükümler

MK m.510/b.2 anlamında mirasbırakanın aile üyesi olarak nişanlıya karşı diğer aile üyelerinin de en azından saygı ve anlayış gösterme yükümünün varlığını kabul etmek gerekir. Bu yükümü ihlal eden saklı paylı mirasçı, diğer koşulların varlığı halinde mirasçılıktan çıkarılabilmelidir[559]. Bununla birlikte mirasbırakanın ailesinden olan diğer kişiler için nişanlıya karşı niteliği gereği uygulanması mümkün olmayan yüküm ya da yükümlülüklerin (maddi destek sağlama, yoksulluk nafakası gibi) -elbette- ihlalinden söz edilemez.

---

558 "(Değişik: 26.4.2007–5636/m.1) (…) eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin **aile içi şiddete maruz kaldığını** kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine Aile Mahkemesi Hâkimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir: Kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin; a) Aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması, b) Müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmaması, c) Aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi, ç) Aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmemesi, d) Varsa silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesi, e) Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmaması, f) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması". Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.185 vd.

559 Örneğin annesi öldükten sonra babasının yeniden bir başka kadınla nişanlanmasını kabul etmeyen ve belki de miras hesapları içinde korkulu rüyalar gören çocuk, evliliği engellemek için türlü davranışlarda bulunabilir. Sözgelimi çocuk, babasının nişanlısına ağır hakaretler etmiş, iftira atmış ya da ona karşı toplum içerisinde onur kırıcı ve küçük düşürücü davranış ve sözlerde bulunmuş olabilir. Bu durumda diğer koşullar da varsa babanın oğlunu mirasçılıktan çıkarması haklı olabilir.

Nişanlılar arasında nişanlılık ilişkisinden kaynaklanan yükümler vardır. Nişanlılar arasında dürüstlük kuralından ve örf adet kurallarından kaynaklanan sadakat yükümünün olduğu kabul edilmektedir[560]. Mirasbırakanın aile üyesi olan nişanlıya (müstakbel geline veya damada) karşı sadakat yükümüne aykırılık kusurlu ve ağır nitelikte ise, mirasbırakan yükümü ihlal eden mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir. Nişanlıların ayrıca evlenmeyi gerçekleştirme yükümü bulunmaktadır[561]. Fakat nişanlılık evlenmeye zorlama için dava hakkı vermez (MK m.119/I). Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezai şart dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez (MK m.119/II). Zira evlenme özgür irade ile yapılmak gerekir. Kanımızca mirasbırakanın, nişanlısıyla evlenmekten cayan saklı paylı mirasçısının bu davranışı karşısında derinden sarsılmış olması, kural olarak mirasçılıktan çıkarmaya hak sağlamaz. Meğer ki mirasçı, evlenmeyi hiç istemediği halde nişanlısını evlenme vaadiyle kandırarak, kötü niyetle hareket etmiş olsun. Nişanı haklı sebeple bozmak da mirasçılıktan çıkarmaya hak sağlamaz. Nişanın haksız sebeple bozulmuş olması durumunda, bu yüküm ihlalinin önemli ölçüde ve kusurlu olması, üçüncü kişi mirasbırakana – somut olay koşulları saklı kalmak kaydıyla- cezai çıkarma hakkı verebilir. Burada son olarak mağdur nişanlının, kendisine karşı yükümlerini ihlal eden nişanlısı ile evlendikten sonra ve evlilik sürerken, nişanlılık evresindeki bu aykırılıklar nedeniyle mirasçılıktan çıkarmaya başvurup başvuramayacağı hususuna değinmek gerekir. Nişanlılık evresinde nişanlısı tarafından kendisine yapılan kötü davranışlara ya da sözgelimi sadakatsizliğe rağmen evlenmeye karar veren nişanlının bu davranışı, ihlalin ağır olmadığı ya da ağır olsa bile af iradesi şeklinde anlaşılmaya müsaittir[562].

d. Evlilik dışı yaşam birlikteliği bakımından durum

İsviçre ve Almanya'da nüfusa tescil edilmiş eşcinsel yaşam ortaklığına hukuki statü tanınmasına rağmen, evlilik dışı birlikteliklere (*Konkubinat; concubinatus*)[563] yasal

---

560 Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.25.

561 Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.25.

562 Meğer ki onu evlenmeye iten ekonomik, toplumsal baskı ya da hamile olması gibi haklı zorlayıcı nedenler olsun. Affın mirasçılıktan çıkarmaya etkisi ileride ayrıca incelenmektedir. Bkz. §4.I.E.

563 Evlilik dışı yaşam birlikteliği (*concubinatus*; *uneheliche Lebenspartnerschaft*) kavramının, kısa süreli birliktelik ya da uzun süreli bile olsa salt cinsel birliktelik (metres hayatı) kavramından farklı olduğuna ve neredeyse resmi nikâh dışındaki tüm unsurların arandığına işaret etmiştik. Bkz. §2.II.A.2.a.(2).(a).

statü tanınmamıştır. Türk Hukukunda da evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimselere mirasçılık hakkı tanınmamaktadır. Türkiye'de Aile Hukuku ve Miras Hukuku içinde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır[564]. Öte yandan hukukumuzda eşcinsel evlilikler ya da evlilik dışı eşcinsel yaşam birliktelik türleri de tanınmamıştır.

Öncelikle belirtelim ki, evlilik dışı yaşam sürmenin bizatihi kendisi aile hukuku yükümü ihlali teşkil etmez ve tek başına mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun haklı gerekçesini oluşturmaz[565].

Evlilik dışı birliktelik yaşayan kimselerin miras hakkı olmadığına göre, birinin diğerini mirasçılıktan çıkarması söz konusu olmaz. Öğretide[566], evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimseler arasında aile hukuku ihlalinin söz konusu olmayacağı ve bu ilişkilerin ancak genel kişilik hakları[567] çerçevesinde korunabileceği kabul edilmektedir (MK m.24, 25). Eğer evlilik dışı birliktelik süren kimselerin, bu esnada ortak çocukları ol-

---

Ayrıca evli bir kimsenin evlilik dışı birliktelik yaşaması durumunda, bu durumu bildiği halde evli olan kişiyle beraberlik süren yaşam ortağının da korunmaması gerektiği ve bu ilişkinin de "evlilik dışı yaşam birlikteliği" kavramı kapsamında görülemeyeceği düşüncesindeyiz.

564 Evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimsenin MK m.510/b.1 kapsamında yakın ve MK m.510/b.2 kapsamında aile üyesi olup olmayacağı konusunda bkz §2.II.A.2.a.(2).(a). Nitekim hukukumuzda evlilik dışı yaşam sırasında karşılaşılan hukuki sorunlar bakımından, hukukun değişik kurumlarına başvurarak (haksız fiil ve haksız fiil benzerleri, sözleşme ve sözleşme benzerleri, kişilik haklarının korunması, sebepsiz zenginleşme, bağışlamanın geri alınması, ahlaki bir borcun ifası, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku vb.), parçalı çözümlere ulaşılmaya çalışılmıştır. Aynı yönde Köteli, **a.g.e**, s.139.

565 Örneğin dindar bir babanın kızı evlilik dışı birliktelik yaşadığı için sırf bu nedenle mirasçılıktan çıkarılmaz. Öte yandan bu durum ahlaksız yaşam sürme anlamına da gelmez. Meğer ki ahlaka aykırılık teşkil eden bir durum olsun ve bu aynı zamanda aile hukuku yükümü ihlali teşkil etsin. Buna karşılık eski tarihli bir İsviçre Kanton Mahkemesi kararında, mirasbırakanın kızının, nişanlısı ile metres hayatı yaşaması, bu ilişkiden evlilik dışı bir çocuk dünyaya getirmesi ve babasının tüm ısrarlarına rağmen bu hayattan vazgeçerek baba evine dönmek istememesi, mirasbırakan baba açısından MK m.510/b.2 anlamında haklı bir mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak kabul edilmiştir (15.09.1953, SJZ 51 (1955), s.12, 74, N.49). Sevgili ile evlilik dışı yaşam birlikteliği sürmek, günümüzde tek başına bir aile hukuku yükümü ihlali olarak görülemez. Karardaki "metres hayatı" ifadesi değer yargılarının zaman içerisinde nasıl değişebildiğinin de bir göstergesidir.
Ahlaksız yaşam sürme ile ilgili olarak bkz §2.II.C.2.a.(6). Bu noktada aile onurunu koruma yükümü dikkatli yorumlanmak gerekir. Bkz. §2.II.C.2.a.1. Ekleyelim ki, bir kimsenin kısa süreli veya salt cinsel nitelikli ilişkiler yaşaması, kural olarak hukuka aykırı değildir. Meğer ki, o kimse zaten evli olsun ya da küçük bir kimse ile birlikte olsun. Fakat bazen kişisel özgürlük alanında kalan bu durum, ahlaka aykırılık oluşturabilir ve/veya aile onurunu koruma yükümü ile çatışabilir. İşte bu durumda varılacak çözüm, korunan hukuksal değerlerin çatışması bahsinde benimsenecek görüşe göre değişir §2.II.C.2.g.

566 Bellwald, **a.g.e**, s.40; aynı yönde bkz ve karş. Gubser, **a.g.e**, s.93 ve 105. *Bellwald*'e göre, "aile üyesi" kavramının geniş yorumlanarak evlilik dışı yaşam ortağı olan kimsenin de bu kavrama dâhil edilmesi, sonucu değiştirmeyecektir. Zira evlilik dışı yaşam süren kişiler arasında Aile Hukukundan doğan yükümler söz konusu değildir (**a.g.y**).

567 Bu konuda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e**, s.149 vd; Dural/Öğüz, **a.g.e**, s.136 vd.

muşsa, **ana-baba ile çocuk arasında** aile hukuku yükümleri ya da yükümlülükleri söz konusu olur ve bunların ihlali, koşulları varsa ana-baba ile çocuk arasındaki mirasçılık ilişkisinde mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir[568].

Evlilik dışı birliktelik yaşayan kimselerin **birbirlerine karşı** kötü davranışlarda bulunmak suretiyle kişilik haklarını ihlal etmeleri halinde, evlilik dışı çocuğun böyle davranan ana ya da babasını, mirasçılıktan çıkarabilip çıkarmayacağı sorununa da değinmek gerekmektedir. Baskın görüşün aksine olarak, mirasbırakan ile aralarında yakınlık/bağlılık ilişkisinin bulunan evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimsenin, mirasbırakanın "aile üyesi" olarak kabul edilmesi gerektiğine yukarıda değinmiştik. Bununla birlikte evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimsenin aile üyesi olması tek başına yeterli olmaz. Geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu için, ayrıca evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimseye karşı ihlal edilecek bir aile hukuku yükümü söz konusu olmalı ve bu yüküm ihlal edilmiş olmalıdır. Bu konuda Türk Hukuku açısından pozitif bir düzenleme mevcut değildir. Kanun lâfzen yorumlandığında, örneğin mirasbırakanın annesinin ya da önceki evlilikten olma çocuğunun, mirasbırakanın evlilik dışı yaşam sürdüğü kimseye karşı kural olarak kanundan doğan herhangi bir aile hukuku yükümünün söz konusu olmadığı sonucuna varılacaktır[569]. Bu nedenle mirasbırakan, evlilik dışı yaşam sürdüğü kimsenin maruz kaldığı kötü söz ve davranışlar nedeniyle derinden sarsılsa bile MK m.510/b.2 gereğince söz konusu saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkaramayacaktır[570].

---

568 Breitschmid, **Art.276**, N.9; Bellwald, **a.g.e**, s.41; Gubser, **a.g.e**, s.93. Kural olarak ana-babası evli olmayan çocuğun velayeti anaya verilir (MK m.337/I). İsviçre'de evli olmayan çiftlere çocuğun menfaati gerektirdiğinde birlikte velayet hakkını kullanma imkânı getirilmiştir (ZGB Art.298a).
Evlilik dışı ilişki sırasında, eşlerin birbirlerine karşı kötü söz ve davranışları, çocuğun zihinsel, toplumsal ve ahlaki gelişimini olumsuz etkilemiş, ruhsal ve/veya bedensel gelişimini tehdit etmiş olabilir. Bu kötü söz ve davranışların doğrudan doğruya mirasbırakan-çocuğa karşı aile hukuku yükümü ihlali oluşturduğu açıktır (Kötü çocukluk evresi). Koşulları varsa bu durum çocuk için haklı mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir.
Öte yandan bu ilişkide çocuk da mirasçılıktan çıkarılabilir. Örneğin bir çocuk, babasının ölümünden sonra tasvip etmediği şekilde annesinin evlilik dışı birliktelik yaşadığı kimseye karşı saygısızca, onur kırıcı, küçük düşürücü davranışlarda bulunduğunda, eşler çekilmez hale gelen yaşam birlikteliğine son vermek zorunda kalmış olabilirler. Anne, çok sevdiği ve bağlandığı yaşam arkadaşını yitirmiş olmanın derin acısı ve bunalımı içine girebilir ve bu sebeple çıkarma tasarrufu düzenleyebilir.

569 Bellwald, **a.g.e**, s.39; Gubser, **a.g.e**, s.106.

570 Bellwald, **a.g.e**, s.40; Gubser, **a.g.e**, s.106. Aynı sonuç şu örnekte vicdanımızı daha da rahatsız eden bir dereceye ulaşır: Evlilik dışı yaşam birlikteliğinde doğan çocuk, bu ilişkide annesine karşı yaptığı kötü davranışlar nedeniyle babasını, o bu olaylardan ötürü ne derece derinden üzüntü duyarsa duysun, mi-

Biz kanunun lâfzen yorumlanması ile ulaşılan bu sonucun miras hukukunun saklı pay ve mirasçılıktan çıkarma kurumlarının *ratio legis*'ine ve hakkaniyete uygun düşmediği kanısındayız[571]. Zira ihlal niteliğindeki fiilin türü, ağırlığı, mirasbırakanda bıraktığı etki aynıdır. Şu halde sırf kanunda aile üyeleri ya da hısımlar olarak sayılmadığı için, bu kimselere karşı yapılan kötü davranışların mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmayacağını kabul etmek, toplumsal ihtiyaçlarla ve fiili durumla bağdaşmamaktadır. Bu sebeple mirasçılıktan çıkarma kurumunun *ratio legis*'i göz önüne tutulmak suretiyle, *de lege lata* bir çözüm önerisi olarak evlilik dışı yaşam birlikteliklerine aile hukukundan doğan yasal yükümlerin uyduğu ölçüde (kıyasen) uygulanması gerektiği kanısındayız[572]. O halde gerek evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimselerin birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri davranışlar bakımından, gerekse bu kimselere karşı mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı tarafından gerçekleştirilen davranışlar bakımından, işin niteliğine uygun olan bazı aile hukuku yükümlerinin ihlal edilebileceği kıyasen kabul edildiği takdirde, mirasçılıktan çıkarma nedeni gerçekleşmiş sayılmalıdır[573].

---

rasçılıktan çıkaramayacaktır. Çünkü evlilik dışı yaşam birlikteliği süren babanın diğer evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimse olan anneye karşı aile hukukundan doğan bir yükümü söz konusu değildir.

571 Oysa kendisine karşı yapılan kötü davranışlar suç teşkil etseydi, evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimse mirasbırakanın yakını sayılacağı için, MK m.510/b.1 kapsamında mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşacaktı. Buna karşılık sırf kanunun aile hukuku kitabında açıkça zikredilmediği için fiilen mirasbırakanın ailesi gibi yaşasa, hatta birçok kan hısımından mirasbırakana daha yakın bir bağlılığı olsa dahi bu kişiye karşı yapılan kötü söz ve davranışlar –aile hukuku yükümü ihlali sayılmayacağından– MK m.510/b.2 anlamında mirasçılıktan çıkarmaya hak sağlamayacaktır. Hâlbuki aynı davranışlar fiilen mirasbırakan gözünde değeri birebir aynı olan yasal eş ya da nişanlıya yapılsaydı, mirasçılıktan çıkarmanın varlığını kabul etmekte bir an bile duraksanmayacaktı.

572 Bu zorlama bir yorum olarak görülse bile, kanunun ev halkı bahsinde aynı çatı altında yaşayan ve hısım olmayan kişilere (hizmetli, işçi, bakma ve gözetme ilişkisi çerçevesinde kalan kişi) dahi bazı haklar tanıdığı, evlilikteki üvey çocuk karşısında üvey ana ya da babaya yardımcı olma yükümü (MK m.338) yüklediği açıktır. Şu halde, kanunun toplumsal hayatın gerekli kıldığı asgari ahlaki görevler noktasında ailesel yükümleri ne derece genişletebildiği açıkça görülmektedir. Nitekim kanun uzak kan hısımları ve kayın hısımları için saygı, anlayış gösterme yükümlerinden açıkça söz etmese de, bu kişilere karşı söz konusu yükümlerin var olduğu noktasında herhalde tereddüt edilmemektedir. Hukuk, aynı fiili durumlar için, sırf hukuksal statüsü farklı olduğu gerekçesiyle farklı sonuçlar kabul ettiğinde mağduriyetler kaçınılmaz olur.

573 Örneğin evlilik dışı yaşam süren bir erkek, ortak yaşam sürdüğü kadını aldatırsa ya da kadını haksız yere terk edip giderse ya da ona kötü sözler sarf eder, onur kırıcı davranışlarda bulunursa, bu duruma çok üzülen ve derinden yaralanan erkeğin babası, oğlunu mirasçılıktan çıkarabilmelidir. Ancak bunun için evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimse ile evlilik dışı kayın baba arasında ailesel bir yakınlık bağı kurulmuş olmalı ve söz konusu baba olaydan ötürü derinden yaralanmalıdır. Özellikle söz konusu evlilik dışı yaşam ortağı olan kimse artık fiilen aileden biri haline dönüşmüşse, resmi nikâhın varlığı ya da yokluğu mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliğini belirleyen bir unsur olamaz.
Bu yaşam birlikteliğinde bir çocuk dünyaya geldiğinde, bu çocuk, annesini aldatan, terk eden ya da evin giderleri için annesine yardımcı olmayan babasını, kanımızca yine mirasçılıktan çıkarabilir. Gerçi evli

Eğer evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kimselerin mirasçılıktan çıkarma açısından aile üyesi olarak görülebileceği ve onlara karşı niteliği uygun ailesel yükümlerin ihlal edilebileceği kabul edilecek olursa, mirasçılıktan çıkarma için bu kere ağırlık unsurunun varlığı araştırılmak gerekir[574].

e. Hısımlık ilişkisinden doğan yüküm ya da yükümlülükler

Kanunda düzenlenen aile hukukundan doğan yükümlerin çoğu, kural olarak dar aile üyeleri çevresinde (ana, baba ve kardeşler arasında) söz konusu olur. Bir görüşe göre[575], MK m.322 hükmünde düzenlenen ana, baba ve çocuklar arasındaki karşılıklı yardım ve saygı gösterme yükümü, büyük analar, büyük babalar ile torunlar arasındaki ilişkilere ve ergin olup yuvadan ayrılan kardeşler arasındaki ilişkilere de uygulanmak gerekir. Kanımızca bütün uzak kan hısımları ve ayrıca kayın hısımları için de, en azından saygı, anlayış ve özen gösterme yükümlerinin mevcut olduğu kabul edilmek gerekir[576]. Yargıtay da aynı görüştedir[577]. Şu halde amcasına karşı saygı, anlayış ve özen gösterme yükümünü ağır derecede ihlal eden oğlunu, baba bu olay onu derinden sarsmışsa mirasçılıktan çıkarabilir[578].

---

olmayan ana-babanın çocuğun bakım ve yetiştirilmesini sağlama yükümü konusunda kanunda düzenlemeler yer almaktadır. Ancak evlilik dışı birlikteliklerde sadakat yükümü kanunda yer almamaktadır. Kanımızca bu durumda çocuğun mirasçılıktan çıkarma tasarrufu açısından aile hukukundan doğan yükümlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanmak gerekir. Çünkü evlilik dışı doğmak ve evlilik birliği içinde yetişmemek, çocuğun tercihi değildir. Sırf yasal anlamda aile birliği yok diye mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçersiz kılınması, herhalde hukuken korumaya değer bir çözüm olmazdı.

574 Karş. Gubser, **a.g.e**, s.107.

575 Bellwald, **a.g.e**, s.48. Uzak hısımlar ya da kayın hısımlarına karşı ihlale konu olabilecek bir aile hukuku yükümü söz konusu değilse, her ne kadar onlar aile üyesi olsalar dahi, bu durum geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmayacaktır. Karş. Bellwald, **a.g.e**, s.34–35.

576 Öyle ki, kişilik haklarının korunması kapsamında, hiçbir hısımlık bağı söz konusu olmayan herhangi bir kimseye karşı bile saygılı davranılması, onur kırıcı, aşağılayıcı söz ve davranışlardan kaçınılması yükümü söz konusu iken (MK m.24, 25); "aile"den söz açıp da, kanunda açıkça sayılmadığı için uzak hısımlar arasında saygı yükümünün söz konusu olmayacağını savunmak isabetli olmaz. Herkes için bir yüküm olan kişilik haklarına saygılı davranılması zorunluluğu, kanun lâfzen açıkça zikretmese bile, yakın ya da uzak, kan bağına ya da kayın hısımlığına dayanan tüm aile üyeleri için "evleviyetle" bir yükümdür. Bu yüküm, kanunda açıkça ilan edilmeyen bir "malum"dur.

577 "Uzun yıllardan beri onu arayıp sormadığı yetmiyormuş gibi, normal insan ilişkilerinin gerektirdiği ilgiyi göstermek şöyle dursun, hastalığı sırasında bile sormak gereğini duymamış olan bir torun, dedesine karşı kanunî, ahlakî görevini yapmış sayılamaz": 2.HD 30.3.1976, 2467/2802 (**HukukTürk**).

578 Örneğin sarf ettiği ağır ve rencide edici sözlerden sonra amcasının kalp krizi geçirerek bitkisel yaşama girmesine neden olan oğlunu, kardeşini yitirmenin acısını yaşayan babanın mirasçılıktan çıkarması, tam da aileyi felç eden bir yüküm ihlaline dayanmaktadır.

Uzak hısımlar için kanunda yer yer özel düzenlemelere rastlanılmaktadır. Kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı olan hısımlar karşısında, velayet hakkını kullanan ana-baba için ilişki kurulmasını sağlama ve engellememe bir yüküm arz eder (MK m.325)[579]. Bu yükümün ağır ihlali, mirasçılıktan çıkarmaya neden olabilir.

Hısımlık ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülük olarak "yardım nafakası"na değinmek gerekir[580]. «*Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu*[581] *ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür*» (MK m.364/I)[582]. O halde altsoy ile üstsoy arasındaki nafaka talepleri için, talepte bulunanın yoksulluğa düşecek durumda olması gerekir ve ödenecek miktar, yükümlünün mali gücü oranında olmak gerekir[583]. Kardeşler için ayrı bir koşul daha vardır: «*Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır*» (MK m.364/II)[584]. Nafaka yükümlülüğü,

---

579 Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.90; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.141 vd ve 321 vd. Üçüncü kişiler ve bu kapsamda özellikle ve evleviyetle büyük ana ya da büyük baba, dayı, amca, hala, teyze vs.gibi hısımlar, *olağanüstü koşullar zorunlu kıldığında ve çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde* çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. Ana ve baba için öngörülen sınırlamalar üçüncü kişiler için kıyas yoluyla uygulanır (MK m.325).

580 Ülkemizde henüz sosyal güvenlik sisteminin tam olarak yerleşmediği ve halkın büyük çoğunluluğunun yoksulluk içinde bulunduğu dikkate alındığında, yardım nafakası önemini korumaktadır ve mirasçılıktan çıkarma kurumunu yakından ilgilendirmektedir. İsviçre'de sosyal sigorta sistemi başarılı bir şekilde uygulanmakta olduğundan, yardım nafakasının önemini büyük ölçüde yitirdiği savunulmaktadır: Thomas Koller, in **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2006, **Art.328–329**, N.4; Gubser, **a.g.e**, s.96 ve dn.403. Aksi yönde yardım nafakasının önemine işaret eden *Stadler*'in bu görüşünün (**a.g.e**, s.60), artık çağın gerisinde kaldığı yönünde: Gubser, **a.g.y**. Yardım nafakasının "feodal büyük aileye özgü bir nafaka" olduğu ve işlevini geniş ölçüde yitirdiği yönünde: Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.95.

581 Nafaka yükümlülüğü bakımından altsoy kapsamına evlatlık da girer. Öte yandan tanıma ya da babalık kararı yoluyla çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulduğunda, baba tarafından olan üst ve altsoy hısımları ile kardeşler arasında nafaka yükümlülüğü söz konusu olur: Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.341-342; Bellwald, **a.g.e**, s.58.

582 Bu arada eşler arasındaki giderlere katılma, nafaka yükümlülükleri ile çocuğun bakım masrafları ve çocuğa nafaka ödenmesine ilişkin hükümler kural olarak MK m.328 karşısında öncelikle uygulanırlar: «*Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır*» (MK m.364/son). Bkz. Koller, **Art.328–329**, N.11; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.342 vd; Serozan, **Çocuk Hukuku**, §5, N.94. Çocuğun ergin olmasından sonra ya da en geç ergin çocuğun eğitimini tamamlamasından sonra, ana-babanın MK m.327 (ZGB Art.276) gereğince değil, MK m.364 (ZGB Art.328) gereğince nafaka yükümlülüğü söz konusu olur. Ayrıca bkz. Gubser, **a.g.e**, s.96. Çocuğa bakma ve nafaka yükümlülüğü ile ilgili olarak bkz. §2.II.C.2.a.(2).

583 "Nafaka davası, mirasçılıktaki sıra göz önünde tutularak açılır. Dava, **davacının geçinmesi için gerekli** ve **karşı tarafın mali gücüne uygun** bir yardım isteminden ibarettir" (MK m.365/I, II).

584 İsviçre Hukukunda nafaka hükümlerinde (ZGB Art.328), 26.6.1998 tarihli kanunla ve 1.1.2000 tarihinden itibaren yürürlüğe giren değişiklikle kardeşlerin nafaka yükümlülüğü kaldırılmıştır. (AS 1999 1118 1144; BBl 1996 I 1) Böylece birbirlerine karşı saklı paylı mirasçı olmayan kardeşlerin, aynı zamanda nafaka yükümlülükleri de bulunmamaktadır. Türk Hukukunda ise kardeşler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmışlardır. Ancak nafaka yükümlülükleri sürmektedir.

mirasçılıktaki sıra göz önüne alınarak belirlenir (MK m.365/I). O halde önce çocuklar ve torunlar daha sonra ana-baba ve büyük ana ve büyük babalar nafaka ile yükümlü olabilir[585]. Keza birbirlerine karşı saklı paylı mirasçı olmayan kardeşler için de aynı durum geçerlidir[586]/[587].

Öğretide[588] genel olarak nafaka ödemek için aranan koşulları taşıdığı halde, kusurlu olarak[589] nafaka ödemeyen saklı paylı mirasçının bu ihlalinin, mirasbırakanı ya da mirasbırakanın bir aile üyesini yoksulluğa ve sıkıntıya düşürmesi ve bu ihlalin mirasçılıktan çıkarma için gerekli ağırlık unsurunu taşıması durumunda mirasçılıktan çıkarmanın haklı olacağı kabul edilmektedir. Yoksulluğa düşen hısımın nafaka davası açması kural olarak tek başına mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak görülemez. Miras-

---

585 Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.347; Gubser, **a.g.e**, s.98. Örneğin ana-babası yoksul ya da ölmüş olan torununa ekonomik açıdan imkânları ölçüsünde büyükbaba nafaka ödemekle yükümlüdür. Ya da tam tersi olarak koşulları varsa torun da büyükbabaya nafaka ödemekle yükümlü olabilir. Büyükbabanın kendisine nafaka ödemeyen torununu mirasçılıktan çıkarması, ancak ana-babanın büyükbabadan önce ölmesi halinde anlam kazanır. Zira ana-baba sağ iken, torunun büyükbabanın terekesi üzerinde miras hakkı yoktur.

586 Yükümlü olduğu halde nafaka ödemeyen kardeş aleyhinde diğer nafaka alacaklısı kardeş tarafından mirasçılıktan çıkarılma tasarrufunda bulunulmasına gerek yoktur. Zira kardeşler saklı pay hakkı yoktur. Her zaman mirasbırakan olan kardeş, kendisine nafaka ödemeyen kardeşini, MK m.510 koşullarıyla bağlı olmaksızın mirasından uzaklaştırabilir. Bkz ve karş. Gubser, **a.g.e**, s.98.
Nafaka yükümlülüğünün tam kan hısımı olan kardeşler dışında, yarım kan hısımı kardeşleri kapsar, fakat üvey kardeşler arasında nafaka yükümlülüğü bulunmamaktadır: Bellwald, **a.g.e**, s.58; ayrıca bkz. ve karş. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.342.

587 Yoksul hısım, mirasbırakanın aile üyesi (örneğin torun) ise ve nafaka yükümlüsü de mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı ise (örneğin oğul); mirasbırakan (örneğin dede) aile üyesine karşı nafaka yükümlülüğünün kusurlu ve ağır bir şekilde ihlal edildiği gerekçesiyle saklı paylı mirasçısını (oğlunu) mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak bunun için kendisi öncelikle nafaka yükümlüsü olmamalıdır.

588 Escher, **Art.477**, N.18; Rohr, **a.g.e**, s.28; Piotet, **SPR IV/1**, s.419; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.456; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.312; Köprülü, **a.g.e**, s.284; Oğuzman, **a.g.e**, s.211; Dural/Öz, **a.g.e**, s.201; İmre/Erman, **a.g.e**, s.235; Bellwald, **a.g.e**, s.56 vd; Gubser, **a.g.e**, s.97; açık olmamakla birlikte İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.375; Şener, **YD**, s.92; Koller, **Art.328–329**, N.48; BGE 106 II 304, 306.

589 Köprülü, **a.g.e**, s.284. *Rohr*, nafaka yükümlülüğünün "kötüniyetli olarak" yerine getirilmemesini aile hukuku yükümlülüğü ihlaline örnek göstermektedir. Kötüniyetli ihlal, yükümlü olan kişinin, ihtiyaç sahibi kişiyi desteklemeye yetecek derecede refahta olmasına ve bu kişinin zor durumunu bilmesine rağmen bilinçli olarak (*absichtlicherweise*) bu yükümlülüğünü ihmal etmesidir: Rohr, **a.g.e**, s.28.
Şener'e göre "şayet nafaka istemek yeterli sayılırsa, yani nafaka ödemeye mahkûm edilmekle görev yerine getirilmiş olduğu kabul edilirse, aile bağlarının sarsılmasına göz yumulmuş olduğu gibi, saklı payla donatılan kişinin aile ile ilişiği ölümü beklemekten ibaret kalır ki, bu en azından ahlaki olmaz. Ayrıca «nimet'in külfete» göre olması gerektiği, kuralına ters düşülür. Onun için bu gibi hallerde iki hak birden kullanılabilir. Yani bir yandan nafaka davası açılır. Öbür yandan ölüme bağlı tasarruf ile ıskat (mirasçılıktan çıkarma) hakkı kullanılır" (**YD**, s.92; **Miras Hak ve Payları**, s.175); 2.HD 26.5.1952, 2657/3158 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.889).

çılıktan çıkarma için aranan tüm koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca araştırılmalıdır[590]/[591].

Hısımın yoksulluğa düşmesine kendi kusuruyla neden olması, nafaka yükümlülüğüne engel değildir[592]. Fakat nafaka yükümlüsü ile yoksulluk içerisinde bulunan hısım arasındaki aile bağı ciddi derecede sarsılmışsa hâkim nafaka miktarını indirebilir ya da tamamen kaldırabilir (MK m.365/III)[593]. Öyleyse nafaka yükümlüsüne karşı yoksul

---

590 Gubser, **a.g.e**, s.97; karş. Stadler, **a.g.e**, s.60. Ancak nafaka yükümlülüğünün ihlali için öncelikle yoksulluğa düşen hısımın nafaka talebini dava olarak ileri sürmesi gerektiği yönünde: Gubser, **a.g.e**, s.97.

591 Pratik açıdan bakıldığında yoksulluğa düşen mirasbırakanın, ekonomik durumu iyi olduğu halde nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen mirasçısını mirasçılıktan çıkarması, çıkarılan mirasçıyı ekonomik olarak etkileyen bir yaptırım olmaz. Zira yoksulun miras olarak geriye pek az bırakacağı şey vardır. Gerçi mirasbırakanın ileride gelir elde ederek, örneğin kendisine miras kalması yoluyla, malvarlığını artırma ihtimali mevcuttur. Bütün bunlar bir kenara, mirasçılıktan çıkarma yalnızca ekonomik değil, aynı zamanda duygusal bir yaptırımdır: Gubser, **a.g.e**, s.97, dn.412. Bu nedenle her zaman için, çıkarma koşulları gerçekleştiğinde, korunması gereken bir hukuki menfaat bulunmaya devam edecektir.

592 Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.465; Bellwald, **a.g.e**, s.56; Gubser, **a.g.e**, s.96. Farklı düşüncede karş. Koller, **Art.328–329**, N.12. Nafaka talep eden kişi, yoksulluğa kötüniyetle, yani yaşam masraflarını diğer aile üyelerine yıkmaya çalışarak sebep olmuşsa, kendisi geçimini sağlayabilecekken bunu istemediği için sağlamıyor ve bu sebeple ekonomik olarak sıkıntıya düşmüşse, yani nafaka talep etmekte kötü niyetli ise, yoksulluk nafakasının söz konusu olmayacağı yolunda: Tuor/Schnyder, **a.g.y**; Bellwald, **a.g.e**, s.57; ayrıca bkz. BGE 121 III 442; 106 II 292; 62 II 14.

593 ZGB Art.329 Abs.2 (MK m.365/III) hükmünde *"**hakkaniyete aykırı düşmesi halinde** nafaka miktarının indirilebileceği veya tamamen kaldırılabileceği"* şeklinde ifade edilen bu kural, aile bağının sarsılmış olması durumunu içerecek şekilde geniş yorumlanmaktadır: Koller, **Art.328–329**, N.19; Gubser, **a.g.e**, s.96.
Buna karşılık Yargıtay yeni tarihli bir kararında, kanımızca hukuken kabul edilemeyecek bir sonucu benimseyerek, tam aksi çözüme varmıştır. Karara konu olan olayda bir baba oğlunu ölümle tehdit etmekten hüküm giymesine, oğlunu haksız surette Defterdarlığa şikâyet etmesine, yine oğluna karşı hakaret suçundan hüküm giymesine rağmen, yardım nafakası için dava açmıştır. Yargıtay, hiç tereddütsüz reddedilmesi gereken bu davanın -MK m.366 hükmünü de referans almak suretiyle- ayrıca şu gerekçelerle kabul edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir: "*Uygulamada da aile bağlarının temelinden sarsılması halinde nafaka yükümlüğünün ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Y.2.HD. 02.02.1995 gün ve 12296/1222 sayılı kararında, aile bağlarının temelinden sarsılması halinde, kurumun sağladığı hak ve mükellefiyetlerin de ortadan kalkmasının MK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı gereği olduğunu ifade etmiştir (nafaka borçlusunu döven altsoy). Buna karşılık, uygulamada altsoyun yardım nafakası yükümlüğüne daha fazla önem verilmiş, annenin nafaka yükümlüsü karşısında çocukluğunda görevlerini yapmaması, oğlunu küçük yaşta ona buna terk etmesi, oğlunu başkalarına bırakması, büyüyüp iş sahibi olana kadar onunla ilgilenmemesinin, ananın nafaka hakkını ıskat etmeyeceği kabul edilmiştir (Y.2.HD. 25.12.1947–77584–6786). Davacı 70 yaşlarında, nafaka yükümlüsü oğul refah içerisindedir. Aile bağları babanın kusuru ile zayıflamıştır. Ne var ki, (...) dürüstlük kuralı, bu koşullarda davalı oğlun nafaka yükümlüğünü ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmemelidir. Oğlun yardıma muhtaç duruma gelmiş olan babasına karşı asgari yaşama giderlerini karşılama borcu, dürüstlük kuralı gereği ortadan kaldırılamaz. Aksini gerektirir. Zira altsoyun (oğlun) üstsoya (babaya) karşı yardım yükümlülüğü ile üstsoyun altsoya karşı olan yardım yükümlülüğünün ahlaki, geleneksel ve toplumsal nedenleri farklıdır. MK m. 364 bu şekilde yorumlanmalıdır*": 3.HD 22.1.2008, 19271/860 (**HukukTürk**). Kanımızca olayda olsa olsa bir çocuğun böyle bir babaya nafaka ödemek zorunda bırakılmasının, dürüstlük kuralıyla

hısım tarafından aile hukuku yükümü ihlal edilmişse, nafaka yükümlülüğü ortadan kalkabilir. Örneğin bir baba çocuğunun kötü bir çocukluk evresi geçirmesine neden olmuş olabilir. Bu durumda çocuk, ergin olup kendi hayatını kurduktan sonra kendisine geçmişte kötü davranan babasının sonradan yoksulluğa düşmesi halinde onu ekonomik açıdan desteklemek yükümlülüğünden kurtulabilir[594]. Eğer nafaka davası mahkemece reddedilirse ve nafaka yükümlülüğünün söz konusu olmadığı konusunda inandırıcı gerekçeler ortaya çıkarsa; mirasbırakanın tüm hayal kırıklığına, acısına ve öfkesine rağmen, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu haklı olmayacaktır. Çünkü hukuken nafaka yükümlülüğünün bulunmadığına karar verilmiştir[595].

f. Mirasbırakanla aynı çatı altında yaşayan hizmetli, işçi vb. kimseler, koruma ve gözetme ilişkisi çerçevesindeki kişiler ile saklı paylı mirasçı arasındaki ilişkiden doğan yükümler

Mirasbırakan ile aynı çatı altında yaşayan hizmetli, işçi vb. kimseler ile koruma ve gözetme ilişkisi çerçevesinde aynı çatı altında yaşayanların (MK m.367), birbirleriyle **yakınlık veya bağlılık ilişkisi** içerisinde bulunmaları halinde, MK m.510/b.2 kapsamında bu kişilerin de aile üyesi olarak kabul edilmeleri gerektiğini savunmuştuk[596]. Elbette aile başkanı ile ev halkı arasında velayet ya da evlilik birliğinden doğan yükümler de söz konusu olabilir. Fakat bu durumda o ilişkiye ilişkin kurallar uygulanır. Fakat velayet veya evlilik birliği dışında kalan ev düzenine tabi kişiler arasında kişilik haklarından doğan saygı yükümü[597] bulunduğu gibi, ev düzeninden kaynaklanan karşılıklı bir takım haklar ve yükümler de bulunmaktadır[598]. Kanımızca söz konusu yükümlerin ağır ihlali bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna konu olabilir[599].

---

bağdaşmayacağından söz edilebilir. Üstelik olaya MK m.2 hükmünün uygulanmasına, MK m.365/III hükmünün açıklığı karşısında yer yoktur.

594 Stadler, **a.g.e**, s.59; Escher, **Art.477**, N.18; Gubser, **a.g.e**, s.97. Nafaka yükümlülüğünün kaldırılması için, yoksulluğa düşen hısımın nafaka yükümlüsüne karşı gerçekleştirmiş olduğu aile hukuku yükümlülüğü ihlalinin, mirasçılıktan çıkarma için bir koşul olarak arandığı veçhile ağır/önemli ölçüde olma zorunluluğu yoktur.

595 Gubser, **a.g.e**, s.97.

596 Bkz. §2.II.A.2.a.(2).(a).

597 Keza MK m.322 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla da aynı sonuca varılabilir.

598 Aynı yönde: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.456. Bu konuda bkz. MK m.368 ve ev başkanının sorumluluğu için MK m.369. Ev düzeni ile ilgili olarak ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.353 vd.

599 Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.455. Örneğin uzun yıllar süren yatalak hastalığı boyunca kendisine sevgiyle hizmet eden yaşlı hizmetçisine karşı ağır hakaretler savurarak onu haksız yere evden kovan

Karşı yöndeki görüş ise[600], adı geçen kimseleri aile üyesi kapsamında görmekle birlikte, bunlara karşı aile hukuku yükümünden söz edilemeyeceği için, bu kişilere karşı yapılan kötü davranışların, kural olarak mirasçılıktan çıkarma nedeni sayılamayacağını savunmaktadır.

Kanımızca **yakınlık veya bağlılık koşulu varsa**, aile üyesi kabul edilmeleri gerkecek olan bu kimselere karşı, saygı yükümünün ve hiç değilse, bütün insanlar için geçerli olan MK m.23 vd hükümlerinin ihlal edilebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Elbette – aynı zamanda velayet ilişkisinin bulunması müstesna- işin niteliğine uymayan diğer yükümlerin ya da yükümlülüklerin (yetiştirme, bakım, nafaka yükümlülükleri vs. gibi) ihlalinden söz edilemez.

h. Aile hukuku yükümü ile bazı korunan hukuksal ya da moral değerlerin çatışması

Kural olarak mirasbırakana ya da onun bir aile üyesine karşı aile hukukundan doğan yükümün ihlal edilmiş olması için, saklı paylı mirasçısının hukuka aykırı bir harekette bulunmuş olması gerekir. Fakat bazen bir mirasçının yasal bir hakkını kullanması ya da kendisine düşen yüküm ya da yükümlülüğü yerine getirmesi veya moral bir değerin gereği olarak kendisini zorunlu hissettiği bir davranışta bulunması, mirasbırakana karşı aile hukuku yükümü ile bağdaşmayan ve mirasbırakanı derinden yaralayan bir sonuç ortaya çıkarabilir. Bu halde mirasbırakanın, mirasçısını mirasçılıktan çıkarıp çıkaramayacağı sorunu ile karşılaşılır[601]. Hemen belirtelim ki bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması ya da hak kullanmanın sınırlarının aşılması, burada ele alınan konudan farklı olan durumlardır. Zira bu hallerde hukuka aykırılık bağı bulunmaktadır[602]. Oysa burada bir fiil bir yanı ile aile hukukundan doğan bir yükümlülüğe aykırılık oluşturma potansiyeline sahip iken, diğer yanı ile aslında yasal bir hak kullanımı niteliğindedir.

---

oğlunu, hasta baba mirasçılığından bu nedenle çıkarabilir. Zira çocuklarından görmediği yakınlığı ve şefkati hizmetçisinde gören baba, bu olay nedeniyle derinden sarsılmıştır. Somut olay koşulları saklı kalmak kaydıyla bu davranış objektif açıdan da ağır görülebilir.

600 Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314; Gubser, **a.g.e**, s.101, dn.430 (Yazara göre işçi ya da hizmetli gibi kimselere karşı bir aile hukuku yükümünün ihlal edilip edilemeyeceği veya hangi yükümlerin ihlal edilebileceği muallâktadır).

601 Sorunu ortaya koyan, Gubser, **a.g.e**, s.37.

602 Aile hukukundan doğan yükümlerde hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olarak bkz. §2.II.A.2.b.1.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, babaya yapılan tıbbi bir müdahale nedeniyle anne ve oğul arasında aile bağı kopmuş ve bu uzaklaşma babanın ölümünden sonra da devam etmiştir. Anne, oğlunu saygı ve destekleme yükümüne aykırı davrandığı için mirasçılıktan çıkarmıştır. Federal Mahkeme, bir taraftan anneye karşı saygı yükümünün ihlalinin olduğuna kanaat getirmiştir. Ancak diğer taraftan mirasçının (oğulun) bu ihlaldeki düşünce yapısını değerlendirerek, oğulun anneye karşı acımasız ve katı bir şekilde sergilediği bu tavrı, aslında babasını korumak içgüdüsü ile babasının menfaati için sergilediği, bu nedenle mirasçılıktan çıkarmayı gerektiren bir ağırlığın söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır[603]. Burada babasını koruma hakkı ya da yükümü ile anneye karşı saygı yükümü karşı karşıya gelmiştir. Babanın menfaatlerini korumak bir hak, ya da bazen de bir yükümdür. Buna rağmen, karara konu olan somut olay koşullarına bakıldığında, oğulun babasının menfaatlerini koruma çabası, annesine karşı aile hukukundan doğan saygı yükümüne aykırı davranmasına yol açmıştır. Çocuğun babasını koruması elbette anlaşılır bir davranıştır. Ancak bunu mutlaka anne ile ilişkiyi keserek sağlaması gerekmez. İhlal vardır, ama bu kere çatışan diğer yarar (babayı koruma), fiilin ağırlığını azaltmıştır. Bu durumda davranış objektif ölçüte göre aile bağını kopartıcı etkiye sahip değildir.

Şu halde, mirasbırakana karşı olan aile hukuku yükümü ile diğer bir aile üyesine karşı olan aile hukukundan doğan hak ve yüküm ya da mirasçının yasal hak kullanımı arasında bazı olaylarda çatışma yaşanabilir. Bu çatışmada öncelikle çatışan değerin, mirasbırakana karşı olan aile hukukundan doğan yüküm açısından hukuka aykırılık bağını ve kusurluluğu kaldıran bir hal oluşturup oluşturmadığına bakmak gerekir[604].

---

603 BGer 5C.76/1994, s.6 vd.

604 İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda mirasbırakanın damadı, mirasbırakanın dolandırıcılık suçu işlediğini ihbar eder ve açılan ceza davasında mirasbırakanın kızı tanık olarak çağrılır. Tanıklıktan çekilme hakkı olmasına rağmen, kız kocasını doğrulayan bir şekilde, atılı suçu babasının işlediği yolunda tanıklıkta bulunur. Mirasbırakan da kızını mirasçılıktan çıkardığına dair bir vasiyetname düzenler. Federal Mahkeme, bu olayda tanıklıktan çekilme hakkı olmasına rağmen bu hakkı kullanmayan ve hakikatleri açıklayan mirasçının, mirasbırakana karşı destekleme ve saygı yükümünü (ZGB Art.272; MK m.322) ihlal edip etmediğini araştırmıştır. Federal Mahkeme'ye göre, eğer suçlu mirasbırakanın, doğruyu söylediği için mirasçısını çıkarmasına izin verilseydi, bu hem tanıklıkta bulunma ya da tanıklıktan çekilme konusunda karar verme özgürlüğü üzerinde bir baskı kurulması, hem de suçun ortaya çıkarılmasının engellenmesi demek olurdu (BGE 72 II 341). Bu nedenle tanıklıktan çekilme hakkı bulunmasına rağmen, gerçeğe uygun tanıklıkta bulunan mirasçının kural olarak mirasçılıktan çıkarılması haklı görülemez (BGE 72 II 343). Mirasçı, mirasbırakan tarafından yapılan haksızlığı, tanıklığı sayesinde ortaya çıkarmak istediği için mirasçılıktan çıkarılamaz. Öte yandan Federal

Eğer hukuka aykırılık ve kusur ortadan kalkmıyorsa, bu kere çatışan hukuksal değerin, mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsurunu bertaraf edip etmediğine bakmak gerekir. Yoksa bu çatışmanın otomatik olarak ağırlık unsurunu bertaraf ettiği sonucuna varmak yerinde olmaz[605]. Her somut olayın koşulları ayrı değerlendirilmelidir[606]. Mirasçının niyeti ve özellikle aile hukuku yükümü ile çatışan hakkı anlaşılabilir ve makul bir nedenle kullanıp kullanmadığı önem taşır[607].

III. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA İRADESİNİN VARLIĞI, SIHHATLİ OLMASI VE TEMSİL YASAĞI

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma iradesine (*animus testamenti*) sahip olması koşulu, mirasçılıktan çıkarma bakımından, mirasbırakanın fiil nedeniyle derinden etki-

---

Mahkeme'ye göre, **mirasçının kocasını korumak ve desteklemek adına gösterdiği reaksiyon anlaşılır kabul edilmeli ve dikkate alınmalıdır. Zira o, kocasının suç ihbarında bulunması nedeniyle ortaya çıkabilecek sorumluluktan, kocasını bu tanıklığı sayesinde kurtarmış olmaktadır**.
Kanımızca bu örnekte, eğer bir mirasçının yasal hakkını kullanması ya da bir görevini, yükümünü veya yükümlülüğünü yerine getirmesi, aile hukukuna aykırılığın gerçekleşmesindeki hukuka aykırılık bağını kestiğinden, mesele artık aile hukuku yükümünün ihlal edilmiş olması koşulunun gerçekleşmemesi kapsamında ele alınmak gerekir. Oysa *Gubser*, bu örneği de "ağırlık" unsuru kapsamında değerlendirmektedir (**a.g.e**, s.37).

605 Gubser, **a.g.e**, s.39; karş. Druey, **a.g.e**, §6, N.60; karşı yönde Bessenich, **Art.477**, N.13.

606 Daha önce de değindiğimiz bir örnekte (bkz.§2.II.C.2.a.(3)), ünlü ve çok zengin bir işadamı olan 71 yaşındaki H, ailesinin tüm karşı çıkmalarına rağmen, çocuğu yaşında sayılabilecek on yedi yaşındaki liseli genç bir kızla evlenir. Hatta bu evliliğe kızın babası veli sıfatıyla rıza gösterir. Bu olay uzun süre basının gündemini meşgul eder ve tanınmış aile toplum önünde rencide olur. Toplumun ve ailenin bu evliliğe tepki göstermesi, genç kızın, zengin olduğu için H ile evlenmesine ya da evlenmek zorunda bırakılmasına ve belki babasının da maddi kaygılarla küçücük kızının yaşlı bir insanla evlenmesine rıza göstermesine, hatta belki bu yönde baskıda bulunmasına dayanır. Hemen söyleyelim ki, eğer H'nin ve kızın babasının kıza evlenme hususunda baskı yapması söz konusu ise, bu davranış hukuka uygun olmaz ve bu bir evliliğin nispi butlanı sebebi oluşturur. Öte yandan aile onurunu koruma yükümüne aykırılıktan da söz edilebilir. Bununla birlikte böyle bir baskı ve zorlama yoksa bir kimsenin çocuğu yaşta da olsa 17 yaşındaki küçükle evlenmesini yasaklayan bir kural yoktur. Böyle bir evlilik, kişisel özgürlük alanında kalmaktadır. Evlenme hakkı, kötüye kullanılmadığı sürece, yasal bir hak kullanımıdır. İşte bu durumda iki korunan hukuksal değer çatışmaktadır: Aile onurunu koruma yükümüne aykırı davranmama ile evlenme ve evleneceği kimseyi özgürce seçme hakkı. Bu davranışı sebebiyle H'nin mirasçılıktan çıkarılması, geçerli kabul edilebilir mi? Bu mesele, hukuka aykırılık unsuru ve objektif ağırlık ölçütü bakımından değerlendirilmesi gereken bir konudur.

607 Gubser, **a.g.e**, s.39–40; Schweri, **a.g.e**, s.114. Buna karşılık *Gubser*'in, bu noktada vermiş olduğu örnek, konuyla bağlantılı değildir: Yazar, mirasbırakanın aleyhinde tanıklıkta bulunan mirasçının, bu hareketi sırf mirasbırakanı zarara uğratmak ya da kendisine bir menfaat sağlamak için yapması halinde, bu durumda yasal bir hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olduğuna (MK m.2/II) değinir. Böylece bu durumda, aile hukuku yükümü ihlali gerçekleşecek ve hatta fiil ağır bulunarak mirasçılıktan çıkarmaya yol açabilecektir. Fakat bu durum aile hukuku yükümü ile diğer korunan değerlerin çatışması konusuyla ilgili değildir. Yakın akrabaların yargılandığı bir davada tanıklıktan çekilme özgürlüğü varsa da, bu bir yüküm değildir. Tanıklık yapmak yasal bir hak kullanımıdır. **Tanıklık yapmanın aile hukuku yükümüne aykırı olmadığını** göz ardı etmek ve ardından gereksiz yere, fiil ağır mı değil mi tartışmasına girmek makul gözükmemektedir.

lenmiş olmasının yeterli olmayışı ve ayrıca mirasçısını mirasçılıktan çıkarmaya yönelik bir iradeye sahip olması zorunluluğu şeklinde kendisini gösterir[608]. Mirasçılıktan çıkarma iradesinin "**kesin olarak**"[609] ve "**açık** bir şekilde"[610] ölüme bağlı tasarruftan anlaşılıyor olması gerekir. Mirasçılıktan çıkarma **iradesinin** varlığı anlaşılmak şartıyla, mutlaka "mirasçılıktan çıkarma", "ıskat etme" gibi **ifadelerin kullanılmasına** gerek yoktur. Yeter ki çıkarma iradesi ve kimlerin çıkarıldığı anlaşılsın[611]. Mirasçılıktan çıkarma iradesinin, ölüme bağlı tasarrufta doğrudan ya da dolaylı olarak ifade edilmiş olması yeterlidir[612].

---

608 *Kocayusufpaşaoğlu*, mirasbırakanın, saklı paylı mirasçının saklı payını aşkın bir şekilde veya hatta onu tamamen miras dışında bırakarak mirasçı atama tasarrufunda bulunması durumunda, burada tam veya kısmi bir mirasçılıktan çıkarmanın varlığının kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Zira tenkis davası açmayan saklı paylı mirasçıya, miras düşmediği veya daha az oranda düştüğü halde, onu tereke borçlarından sorumlu tutmak adil bir çözüm olarak gözükmemektedir (**a.g.e**, s.357 vd). Kanımızca bu fikre katılmak oldukça güçtür. Çünkü mirasçılıktan çıkarma öncelikle mirasçılıktan çıkarma iradesini gerektirir. Mirasçı atama tasarrufunun, mirasçılıktan çıkarma iradesini kendiliğinden içerdiği kabul olunamaz. İkinci olarak *de lege lata* olarak çıkarma tasarrufunda çıkarma nedeninin açık ve kesin bir şekilde gösterilmesi aranmakta, ayrıca MK m.510 hükmünde sayılan nedenlerden birinin varlığı koşul olarak aranmaktadır. Yazarın "zımni ıskat"ın mümkün olabileceğinden söz etmesi, yürürlükteki hüküm çerçevesinde mümkün değildir. "Zımni ıskat" yerine "miras hakkını kaybetmiş sayılma" ifadesi daha yerinde olurdu.

609 Çıkarmayı gerektiren davranışlar için tasarrufta "miras verilmese de olur" gibi ifadeler kullanılması durumunda mirasçılıktan çıkarma iradesi kesin olmadığından geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu söz konusu olmayacaktır: Berki, **a.g.e**, s.42.

610 "*Üç oğlumdan birisinin hissesi nazara alınmaksızın terekem iki oğlum arasında paylaşılsın*" şeklindeki tasarrufun açık olmadığı yolunda: Berki, **a.g.e**, s.42. Yazar, bu durumda terekenin yine üç çocuk arasında paylaşılacağını belirtmekte ise de hemen kolaylıkla bu sonuca varılamaz. İlk olarak, konu vasiyetnamenin yorumu meselesidir. İkinci olarak mirasçılıktan çıkarma geçerli kabul edilmese bile tasarruf, mirastan dolaylı uzaklaştırma olarak değerlendirilebilir, böylece üçüncü çocuk saklı pay dışında kalan kısımdan yoksun bırakılmış olur. Aynı yönde 2.HD, 4.4.1991, 3606/6143 (**YKD** 1991/9, s.1316–1317). Meğer ki mirastan uzaklaştırma iradesi dahi tasarruftan anlaşılmıyor olsun.

611 Tuor, **Art.479**, N.2; Tongsir, **a.g.t**, s.36–37; Berki, **a.g.e**, s.41, 42; Köprülü, **a.g.e**, s.287; İmre/Erman, **a.g.e**, s.237; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.602–603; Çakın, **a.g.m**, s.528; 2.HD, 4.4.1991, 3606/6143 (**YKD** 1991/9, s.1316–1317). Örneğin, "oğlum A ağır söz ve hakaretler savurarak ve döverek beni evinden kovduğu için onun terekemden alacağı pay diğerlerine kalsın" şeklinde bir ifade mirasçılıktan çıkarmanın varlığı için yeterlidir. Çıkarmanın cezai nitelikte olması ve cezaların kıyas ya da yorum yoluyla genişletilemeyeceği prensibi gereği, mirasçılıktan çıkarma iradesinde açıklığı aramanın zorunlu olduğu yönünde: Berki, **a.g.e**, s.42.

612 Tongsir, **a.g.t**, s.37; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.63; Ülkü, **a.g.m**, s.42. "Mirasçım değildir", "ıskat ettim", "mirasımdan uzaklaştırıyorum", "ölümümde benden hiçbir şey almasın", "mahrum bırakıyorum" vs. gibi ifadeler, doğrudan mirasçılıktan çıkarma iradesini ortaya koyar. Örneğin biri erkek diğeri kız olmak üzere geride iki çocuğu olan bir baba, "Kızım bütün mirasımı almaya müstahaktır", "Mirasımın tamamı kızıma kalsın" gibi ifadeler kullanmışsa ve ölüme bağlı tasarruftan mirasçılıktan çıkarma nedeni anlaşılıyorsa, dolaylı anlatım söz konusu olur ve pekâlâ, bu halde de mirasçılıktan çıkarma iradesi vardır. Çünkü bu tasarrufla baba oğlunu mirasçılıktan çıkardığını doğrudan doğruya söylememiş olsa da, onun oğluna miras bırakmak istemediği tasarruftan anlaşılmaktadır ve hatta mirasçılıktan çıkardığı oğluna düşen miras payını başka birine tahsis etmiştir.

Ölüme bağlı tasarruftan mirasçılıktan çıkarılacak kişinin kim olduğunun da anlaşılması gerekir[613]. Eğer mirasbırakan mirasçılıktan çıkarmak istediği kişinin adında yanılırsa, ancak tasarrufta gerçekte kimi mirasçılıktan çıkarmak arzusunda olduğu kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespit edilebilirse, ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakanın iradesine göre düzeltilmesi mümkündür[614] (MK m.504/3; ZGB Art.469, Abs.3). Ancak yanlış bir kişi gösterilmesi halinde bu isim düzeltilebilir; yoksa hiçbir kişi gösterilmemişse sonradan bir kişinin eklenmesi ya da eksikliğin giderilmesi tarzında bir düzeltme söz konusu olamaz[615].

Mirasçılıktan çıkarma iradesi sıhhatli olmalıdır. Mirasbırakan, irade sakatlığına uğramak suretiyle gerçekleşmemiş ya da sandığından daha farklı gerçekleşmiş bir olay nedeniyle mirasçısını mirasçılıktan çıkarmış olabilir. Mirasbırakanın yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisi altında yaptığı ölüme bağlı tasarruf geçersiz olmakla birlikte, mirasbırakan yanıldığını veya aldatıldığını öğrendiği ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulduğu günden başlayarak bir yıl içinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri almadığı takdirde tasarruf geçerli sayılır (MK m.504/I; ZGB Art.568 Abs.1)[616].

Ölüme bağlı tasarruflar kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki işlemlerdir. Bunun sonucu olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu mirasbırakan tarafından bizzat yapılmak gerekir. Yasal ya da iradi temsilci aracılığıyla ölüme bağlı tasarrufta bulunulması yasaktır. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunun içeriğini bizzat kendisi belirlemek zorundadır. Öyleyse mirasbırakan, mirasçılıktan çıkardığı mirasçısını ve mirasçılıktan çıkarma nedenlerini de bizzat göstermek zorundadır. Mirasçılıktan çıkarma kurumunun niteliği gereği, bunları belirleme yetkisi bir mirasçıya ya da bir üçüncü kişiye bırakılamaz[617].

---

613 Çıkarılanın isminin açıkça belirtilmesi gerektiği görüşünde: Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.446. Kanımızca tasarruftan anlaşılmak kaydıyla, açıkça ismin yazılmış olması kanunda aranan bir koşul değildir.

614 Bellwald, **a.g.e**, s.76.

615 Bellwald, **a.g.e**, s.76; BGE 64 II 190; 70 II 14; 72 II 231.

616 Mirasbırakanın sağlığında tasarrufu geri alma imkânı dışında, çıkarılanın belirli koşulların varlığı halinde mirasbırakanın irade sakatlığı nedeniyle iptal ettirme hakkı MK m.557, b.2'de düzenlenmektedir. Bu konuyu ileride ele alacağız. Bkz. §5.II.

617 Rohr, **a.g.e**, s.9; Tongsir, **a.g.t**, s.55; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.569; Bellwald, **a.g.e**, s.16; Breitschmid, **Art.467/468**, N.5 ve **Art.498**, N.12 vd; Peter Breitschmid, **Formvorschriften im Testamentsrecht**, Diss, Zürich, 1982, s.66; Gubser, **a.g.e**, s.22–23; Baydar,

IV. ŞEKLEN GEÇERLİ BİR CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA TASARRUFUNUN VARLIĞI VE ÇIKARMA NEDENİNİN TASARRUFTA GÖSTERİLMİŞ OLMASI

Mirasçılıktan çıkarma şekli anlamda geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılır. Ancak konuya geçmeden önce belirtelim ki vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla ölüme bağlı tasarrufta bulunabilmek için, tasarrufun yapıldığı sırada ayırt etme gücüne sahip olmak gerekir[618]. Vasiyetname düzenleyebilmek için ayrıca ölüme bağlı tasarruf düzenleme yaşında olmak (onbeş yaşını doldurmak)[619] gerekir (MK m.502). ve ölüme bağlı tasarruf düzenleme yaşını doldurmuş olmak gerekir. Miras sözleşmesi yapmak için ise ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak dışında, ayrıca kısıtlı bulunmamak (hukuki işlem ehliyeti) koşulu[620] aranmaktadır (MK m.503)[621].

---

a.g.t, s.45; BGE 68 II 166; BGE 81 II 28 vd; 2.HD 4.5.1978 3444/3580 (**YKD** 1979/6, s.779–780). Alman Hukukunda bu durum için açık düzenleme yapılmıştır: BGB §2065. Ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünün artırılması bağlamında, temsil yasağının ve tasarrufu belirleme yetkisinin üçüncü kişiye bırakılamamasının (delegasyon yasağının), vasiyet, mirasçı atama, yükleme gibi tasarruflarda daha özgürlükçü bir yorumla ele alınması ve hukuk güvenliği sağlanmak kaydıyla belirli ve sınırlı bir alanda kazandırmanın lehtarını belirleme yetkisinin üçüncü kişiye bırakılabileceği görüşünde: Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.23.

618 Bkz. MK m.502, 503. Ayırt etme gücünün varlığı somut koşullara göre değerlendirilir; mirasbırakan, yapmak istediği mirasçılıktan çıkarmayı içeren ölüme bağlı tasarrufun anlamını ve sonuçlarını kavrayabilecek ve buna göre hareket edebilecek durumda olmalıdır: Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.572; Gubser, **a.g.e**, s.19. MK m.13 gereğince: «*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*». Ayırt etme gücü her somut olaya göre değişir. Örneğin bir kimse malvarlığını idare edebilmek için gerekli olan ayırt etme gücüne sahip olmayabilir; ancak ailesine ya da belirli kimselere karşı miras hukukunu ilgilendiren ilişkiler kurabilecek ayırt etme gücüne sahip olabilir (**a.g.e**, dn.75). Vasiyetnamenin karışık, kızgın, heyecana yenik düşülen, duygusal bir anda ya da tam tersine sakin bir anda kaleme alınmış olmasının, objektif ya da katı yüreklice olmasının bir önemi yoktur. Ama akla ve mantığa aykırı bir vasiyetname ciddiyetsizlik ya da ayırt etme gücünün olmaması nedeniyle geçerli kabul edilmeyebilir (**a.g.e**, dn.76).

619 İsviçre'de vasiyetname yapmak için ergin olmak, yani 18 yaşını geride bırakmak gerekmektedir (ZGB Art.467). Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip (sezgin) bir küçük, örneğin annesini, aile hukuku yükümü ihlali nedeniyle ancak erginliğe ulaştıktan sonra mirasçılıktan çıkarabilir. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün mirasçılıktan çıkarma nedeni teşkil eden acı verici olayları yaşadıktan sonra mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmak için ergin olmayı beklemek zorunda kalmasının hukuken anlamlı bir nedeninin olmadığı belirtilerek düzenleme eleştirilmiştir: Gubser, **a.g.e**, s.20. Buna karşılık İsviçre'de vasiyetname düzenleyebilmek için hukuki işlem ehliyetinin mevcut olması gerekmemektedir; ayırt etme gücüne sahip bir kısıtlının vasiyetname yapmasına ve dolayısıyla mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmasına bir engel yoktur: Escher, **Art.468**, N.5; Stadler, **a.g.e**, s.71; Tuor, **Art.467**, N.6 ve **Art.468**, N.8; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.573; Breitschmid, **Art.467/468**, N.4; Bellwald, **a.g.e**, s.17; Gubser, **a.g.e**, s.20.

620 Mahkeme kararı ile veya evlenme ile ergin hale gelme durumlarında da, on sekiz yaşından önce miras sözleşmesi düzenleme imkânı doğacaktır. Zira hükümde on sekiz yaşını doldurmaktan değil, ergin olmaktan söz edilmektedir. Aynı yönde Tongsir, **a.g.t**, s.55. Kanımızca ergin olmadığı halde miras

A. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN ŞEKLİ

Mirasçılıktan çıkarmanın unsuru olan sebeplerden biri gerçekleşmiş olsa bile, mirasbırakan mirasçıyı mirasçılıktan çıkarıp çıkarmamakta serbesttir. Ancak mirasçılıktan çıkarma arzusunda olması halinde, o bu iradesini ancak "şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruf" yoluyla ortaya koymak zorundadır[622]. Örneğin ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesini taşımayan, mirasbırakan tarafından mirasçılıktan çıkarmayı gerektiren bir harekette bulunduğu sabit olan mirasçısına yazılan mektup veya mirasçılara gönderilen yazılı herhangi bir belge, kural olarak, çıkarmanın şekli koşulunu gerçekleştirmiş olmaz[623]/[624]. Mirasçılıktan çıkarma ölüme bağlı bir tasarrufla gerçekleşti-

---

sözleşmesi yoluyla mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyen mirasbırakanın bu tasarrufun mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin kısmının tahvil yoluyla vasiyetname kabul edilerek ayakta tutulması mümkündür.

621 Karş.ZGB Art.468. Böylece miras sözleşmesinin koşullarını yerine getiren bir kimse evleviyetle vasiyetname için aranan ehliyet koşullarını da yerine getirmiş olur. Buna karşılık ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kısıtlanmış bulunan (sınırlı ehliyetsiz olan) mirasbırakanın, vasiyetname düzenlemesine bir engel yoktur. Ergin olmayanlar (küçükler), ayırt etme gücüne sahip olmayan erginler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar (tam ve sınırlı ehliyetsizler), miras sözleşmesi yoluyla mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunamazlar. Aynı yönde: Bellwald, **a.g.e**, s.17. Buna karşılık kendisine kayyım (MK 427; ZGB 393) ya da yasal danışman (MK 429; ZGB 395) atanan ayırt etme gücüne sahip ergin kişilerin miras sözleşmesi yoluyla mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmalarına bir engel yoktur. Aynı yönde bkz. Escher, **Art.468**, N.5; Bellwald, **a.g.e**, s.17; BGE 60 II 508 vd. Ayrıca bkz. ve karş. ZGB Art.393, 395. Sınırlı ehliyetlilik hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e**, s.90; karş. Dural/Öğüz, **a.g.e**, s.61 vd.
İsviçre'de mirasbırakanın miras sözleşmesi düzenleyebilmesi için ayırt etme gücüne sahip ve ergin (on sekiz yaşını doldurmuş) olması koşuldur (ZGB Art.467 ve 468). İsviçre'de hâkim olan görüşe göre, mirasbırakanın miras sözleşmesi düzenleyebilmesi için ek olarak hukuki işlem ehliyetine sahip olması, dolayısıyla da kısıtlanmamış olması gerekir: Bellwald, **a.g.e**, s.17; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.573; Gubser, **a.g.e**, s.20; BGE 60 II 507, 508. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlının da kendi lehine miras sözleşmesi yapabileceği görüşünde: Breitschmid, **Art.467/468**, N.5. Karşı görüşte Weimar, **Art.468**, N.9. *Breitschmid*'e göre, bu durumda miras sözleşmesi yapabilme ehliyeti, yasal temsilcinin onayına bağlı olacaktır (**a.g.y**).

622 Nitekim MK m.510/I'de bu koşul, "*Aşağıdaki durumlarda mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir*" şeklinde ifade edilmiştir. Yine MK m.512/I'de mirasçılıktan çıkarma sebebinin ölüme bağlı tasarrufta belirtilmiş olmasının koşul olarak aranması, öncelikle şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarrufun varlığını zorunlu kılmaktadır. Böylece mirasçılıktan çıkarma, "**kendiliğinden**" mirasçılık hakkının kaybedilmesi sonucunu doğuran mirastan yoksunluktan (MK m.578 vd) ayrılmaktadır.
Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yoluyla usulüne uygun bir çıkarma tasarrufu bulunmadığına göre: 2.HD 24.4.2001, 9269/11079 (Özuğur, **Miras**, s.75).

623 Meğer ki mektup veya yazılı belge bir vasiyetname olarak yorumlansın ve şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte ve açıklıkta mirasçılıktan çıkarma iradesi tasarruftan anlaşılsın.

624 Ölüme bağlı tasarruf şekillerine uygun olarak yapılmamış bir noter senedi mirasçılıktan çıkarmayı gerçekleştirmek için yeterli olmadığı yönünde: 2.HD 20.9.1946, 1043/3671 (Olgaç, **a.g.e**, s.294); 2.HD 30.1.1948, 3286/620 (Olgaç, **a.g.e**, s.291). Yargıtay'ın 7.12.1955 tarih ve 11/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, «*Kaldı ki, dava dilekçesi de ıskatı âmir bir tasarruf olarak kabul edilebilir*» sonucuna varması (**RG** N.8889), isabetsiz olmuştur. Aynı yönde: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.308; Dural/Öz, **a.g.e**, s.200.

rilebileceğinden, mirasbırakanın çıkarma için dava açmasına gerek yoktur. Buna rağmen bu yönde açılan bir dava, hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmek gerekir. Eda davası açılamadığına göre, çıkarma nedenlerinin varlığı veya doğruluğu hakkında tespit davası da açılamaz[625]/[626].

Mirasçılıktan çıkarma, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden biri olan vasiyetname ile hiç kuşkusuz yapılabilir. Ancak öğretide, bir adım daha ileri gidilerek, mirasçılıktan çıkarma iradesinin "kural olarak"[627] vasiyetname şeklinde (MK m.531 vd.) açığa vurulması gerektiği belirtilmektedir. Zira mirasçılıktan çıkarma, zorunlu tek taraflı maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur[628]. Buna karşılık mirasçılıktan çıkarmanın yalnızca vasiyetname ile düzenlenebileceğini savunanlar da vardır[629]. Vasi-

---

625 Şener, **YD**, s.83 ve **Miras Hak ve Payları**, s.166; Ülkü, **a.g.m**, s.43; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.308; Baydar, **a.g.t**, s.44. Yargıtay'a göre, *"mirastan ıskat ölüme bağlı tasarrufla yapılacağı kanun hükümleri icabından bulunmuş iken, mahkemece bu cihet göz önünde bulundurulmaksızın davacı baba tarafından miras hakkından ıskat talebiyle davalı oğul aleyhine açılan davanın kabulü yolsuzdur"*: 2.HD 27.3.1954, 1681/1672 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.889). Aynı yönde HGK 25.10.2000, 2–1307/1555 (Talih Uyar, **Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı)**, **Miras Hukuku**, C.1, Ankara, 2003, s.346); 2 HD 15.6.1954, 3266/3042 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.888). *"Mirastan ıskat ölüme bağlı tasarrufla olur. Iskat sebeplerinin varlığı hakkında tespit davası açılamaz. Çünkü tespit davası eda davasının öncüsüdür. Davacının (yani mirasbırakanın) ileride açabileceği eda davası bulunmadığına göre tespit davası da açılamaz"*: 2.HD 1.11.1990, 3966/10175 (**HukukTürk**); 2.HD 4.5.1978 3444/3580 (**YKD** 1979/6, s.779–780); 2.HD 15.3.1977, 2131/2230 (Şener, **TMK I**, s.1156); aynı yönde İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.372; Baydar, **a.g.t**, s.44. Ayrıca bkz. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Ders Kitabı, 15. Baskı, Ankara, Yetkin, 2004, s.324 vd; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s.324 vd; H. Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 5. Bası, İstanbul, Alkım, 2005, s.216, 224.

626 Alman Hukukunda mirasbırakanın, düzenlediği saklı paydan uzaklaştırma tasarrufunun geçerliliği konusunda bir tespit davası açması, Federal Mahkeme tarafından kabul edilmekteydi. Federal Mahkeme yakın zamanda verdiği bir kararda, aleyhinde saklı paydan uzaklaştırma tasarrufu düzenlenen saklı paylı mirasçısının, saklı pay hakkına sahip olup olmadığı konusunda bir tespit davası açabileceğini kabul etti: BGH 10.3.2004, IV ZR 123/03 (**NJW** 2004, s.1874), Elbette bu karar, yalnızca tasarrufta anılan nedenleri kapsayacak, sözgelimi gelecekte ortaya çıkan yeni bir neden veya sonradan mirastan feragat etme bakımından bu tespit davası hükmü bir değer taşıyamayacaktır. Bu konu hakkında yargı kararları ve öğretinin derlendiği inceleme için bkz. Herzog, **FF** 2006/3, s.87–88.

627 Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199; Ülkü, **a.g.m**, s.43; Aybay, **a.g.e**, s.50; Öztan, **a.g.e**, s.121.

628 Şener, **YD**, s.81; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199; İmre/Erman, **a.g.e**, s.237; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.372; Kılıçoğlu, **Miras**, s.164.

629 Schüpbach, **a.g.m**, s.222 (Bessenich, **Art.477**, N.8'den naklen). *İmre/Erman* ise, çıkarmanın vasiyetname şeklinde yapılması gerektiğini, miras sözleşmesi şeklinde yapılmaması gerektiğini belirtmektedirler. Şayet mirasçılıktan çıkarma, **her nasıl olduysa**, miras sözleşmesi şeklinde düzenlendiyse, bu halde mirasçılıktan çıkarma tasarrufu tek taraflı bir tasarruf olduğu için, vasiyetçinin, miras sözleşmesinde düzenlenmiş olmasına rağmen, her zaman, bu tasarrufu tek taraflı olarak geri alabileceğini belirtmektedirler (**a.g.e**, s.237). *Kılıçoğlu*, (**Miras**, s.163'te), mirasçılıktan çıkarmanın vasiyetname ile yapılması

yetname, resmi şekilde veya mirasbırakanın el yazısı ile ya da sözlü olarak (MK m.531) yapılabileceğinden[630], her bir vasiyetname türü için kanuni geçerlilik koşullarının varlığı halinde, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu da bu üç türden biriyle yapılabilir[631]/[632].

Çoğunlukça kabul edildiği üzere[633], mirasçılıktan çıkarmanın miras sözleşmesi şeklinde (MK m.545) yapılmasına bir engel yoktur[634]. Kaldı ki MK m.510/I'de «(…) *mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir*» hükmünden de anlaşılacağı üzere, "ölüme bağlı tasarruf" kavramı bir üst kav-

---

gerektiğini belirtmektedir. Yazar miras sözleşmesi ile yapılması halinde ne olacağını ise açıkça belirtmemiştir.

630 Madde metninde maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden yalnızca biri olan"vasiyet" yani belirli mal bırakma terimi yerine "şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufu ifade eden "vasiyetname" teriminin kullanılması gerekirdi.

631 Escher, **Art.477**, N.4; Tuor, **Art.477**, N.8; Bellwald, **a.g.e**, s.59; Bessenich, **Art.477**, N.8; Gubser, **a.g.e**, s.5. Kural olarak ölüme bağlı tasarrufların resmi veya el yazılı vasiyetnameler için aranan koşullara uygun olarak (MK m.532–538) yapılması gerekir. Çünkü sözlü vasiyetname ancak istisnai hallerde yapılabilir. Mirasbırakan, yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmi veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, iki tanığın huzurunda, sözlü vasiyetname yoluna başvurabilir (MK m.539/I). Sözlü vasiyetnameler için de kanunda aranan koşulların yerine getirilmesi gerekir (MK m.539/II, III, m.540, hükümden düşme hali için bkz. m.541). Bütün bunlara ek olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu için koşul olan çıkarma nedeninin ölüme bağlı tasarrufta belirtilmesi zorunluluğu, sözlü vasiyetnamelerde de aranacaktır. Ancak bu kere, işin niteliği gereği çıkarma nedeni sözlü olarak iki tanığa bildirilecektir. Aynı yönde Gubser, **a.g.e**, s.5. Mirasçılıktan çıkarma nedeninin ölüme bağlı tasarrufta gösterilmesi zorunluluğu için bkz. aşağıda §2.IV.B.1.

632 MK m.532/II gereğince resmi vasiyetname, "*sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli*" tarafından düzenlenebilir. Bu durumda sulh mahkemesine müracaatla mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlenmesi istenebilecektir. Bu istem, yanlış anlam verilerek, mirasçılıktan çıkarma için dava açmak şeklinde yorumlanmamalıdır: 2.HD 17.4.1979, 2959/3248 (**HukukTürk**).
Çoğunlukla, mirasbırakanı mirasçılıktan çıkarmaya iten nedenlerin özellikle cinsellik, utanç verici veya trajik öğeler taşıması nedeniyle el yazılı vasiyetname tercih edileceği düşünülebilir. İsviçre'de de çoğunlukla el yazılı vasiyetname tercih edilmiştir. Çok nadiren resmi vasiyetname yoluna gidilmiş ve miras sözleşmesi ile düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna ise rastlanılmamış olduğu yönünde Gubser, **a.g.e**, s.5–6 ve dn.15'te anılan kararlar: Basel İstinaf Mahkemesi, 6.12.1968 (SJZ 65 (1969), N.29, s.61); Basel Hukuk Mahkemesi, 31.5.1958 (BJM 1958, s.271 vd). Buna karşılık Türkiye'de el yazılı vasiyetname geleneğinin pek yerleşmediği açıktır. Öte yandan vasiyetnamenin kaybolabileceği, yok edilebileceği ya da şeklen geçersiz kılınabileceği endişeleriyle noterden resmi vasiyetname düzenleme yolu tercih edilebilir. Yargıtay kararına konu olan bazı olaylarda resmi vasiyetname düzenlendiği görülmektedir: HGK 1.4.1990, 2–130/239 (**YKD** 1990/7, 973); 2.HD 13.5.1996, 4486/4986 (**HukukTürk**); HGK 21.5.1997, 161/445 (**HukukTürk**); 2.HD 17.4.1979, 2959/3248 (**HukukTürk**).

633 Stadler, **a.g.e**, s.71; Rohr, **a.g.e**, s.43; Piotet, **SPR IV/1**, s.425; Escher, **Art.477**, N.4; Tuor, **Art.477**, N.8; Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.61; Tongsir, **a.g.t**, s.36; Berki, **a.g.e**, s.43; Oğuzman, **a.g.e**, s.212; Bessenich, **Art.477**, N.7; Weimar, **Art.477**, N.16; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.602; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.170; Gubser, **a.g.e**, s.5, dn.12; Aybay, **a.g.e**, s.50; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199; İmre/Erman, **a.g.e**, s.237; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.14 ve 183; Cem Baygın, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum", **AÜEHFD**, C.IV, S.I-II, 2000, s.571–572.

634 «Miras sözleşmesinin geçerli olması için resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir» (MK m.545/I).

ram olarak, şekli anlamda, vasiyetnameyi kapsadığı gibi miras sözleşmesini de kapsar[635]. Mirasçılıktan çıkarmanın miras sözleşmesinde düzenlenmesi halinde, bu tasarrufun tek taraflı mı yoksa iki taraflı mı bir ölüme bağlı tasarruf olacağı (edim-karşı edim ilişkisi içerisinde yer alıp almayacağı) tartışmalıdır[636].

B. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA NEDENİNİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFTA GÖSTERİLMİŞ OLMASI

Mirasbırakan, saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan neden çıkardığını bildirmek zorundadır. Mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliği, sebebin ölüme bağlı tasarrufta gösterilmiş olmasına bağlıdır (MK m.512/I)[637]. Çıkarma nedeninin gösterilmesinin koşul olarak aranmasının sebebi, mirasbırakanın tüm bunları göz önünde bulundurarak çıkarma tasarrufunu yaptığı konusunda kuşkuya yer bırakmamak[638] ve hâkime mirasçılıktan çıkarmanın haklılığını, yani ihlale konu fiilin kanunda sayılan sebeplerle örtüştüğünü tespit etme imkânı sağlamaktır[639]. Eğer nedenin açıkça tasarrufta gösterilmesi koşul olarak aranmasaydı, uyuşmazlıkların sayısı artardı[640].

1. Mirasçılıktan Çıkarma Nedeninin Somut Olarak Gösterilmesi

Kanunda mirasçılıktan çıkarma için öngörülmüş bir yöntem ya da gerekçelendirme tarzı bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretide kabul edildiği üzere, ölüme bağlı tasarrufta mirasçılıktan çıkarma nedeninin, "**kesin**", "**açık**" ve "**somut olarak**" (*konkret*) belirtilmiş olması gerekmektedir[641]. Bunun için mirasbırakan öncelikle, mi-

---

635 Bellwald, **a.g.e**, s.59; Gubser, **a.g.e**, s.5, 7; BGE 101 II 309.

636 Zira bu sorun miras sözleşmesi ile yapılan mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan tek taraflı olarak dönülebilip dönülemeyeceği, mirasçılıktan çıkarmayı içeren miras sözleşmesinde mirasçılıktan çıkarılan kişinin, sözleşmenin karşı tarafı mı yoksa bir üçüncü kişi mi olduğu sorunlarıyla bağlantılıdır. Bu konu miras sözleşmesi şeklindeki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun hükümlerinin ortadan kaldırılması ile ilgili olduğu için ileride ayrıca ele alınacaktır. Bkz. §4.II.B.

637 MK m.512/I gereğince:"*Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebini belirtmişse geçerlidir*" . Aksi halde çıkarılan kişi tenkis davası açarak saklı payını alır (MK m.512/3). Ayrıca bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.203.

638 İmre/Erman, **a.g.e**, s.238.

639 Stadler, **a.g.e**, s.73; Piotet, **SPR IV/1**, s.425; Tuor, **Art.479**, N.2; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203; Bessenich,, **Art.479**, N.1; Gubser, **a.g.e**, s.10, 11; BGE 48 II 434, 436. Bu konuda Alman ve Avusturya Hukuku ile karşılaştırmalı inceleme için bkz. Gubser, **a.g.e**, s.170 ve 201.

640 Tongsir, **a.g.t**, s.38.

641 Escher, **Art.479**, N.1; Tuor, **Art.479**, N.2; Tongsir, **a.g.t**, s.44; Beck, **a.g.e**, s.73; Schweri, **a.g.e**, s.115; Köprülü, **a.g.e**, s.287; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.316; İmre/Erman, **a.g.e**, s.237–238; Tuor/Schnyder

rasçılıktan çıkarmak istediği kişinin **hangi fiil**ini yüküm ihlali olarak gördüğünü ve çıkarma nedeni saydığını belirtmek zorundadır. Örneğin "beni dövdü", "muhtaç olmama rağmen hastalığımda bakmadı" gibi somut olaylar gösterilmek zorundadır[642]. Öte yandan mirasbırakanın söz konusu somut olayı mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak gördüğü noktasında tereddüt olmamalıdır[643]. Çıkarma nedeninin tasarruftan örtülü olarak anlaşılıyor olması yetmez[644]. Aksi halde çıkarma nedeninin belirli olması koşulu yerine getirilmiş olmaz.

---

in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.602; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.178; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203; Gubser, **a.g.e**, s.10; Antalya, **Miras**, s.217; Ayan, **a.g.e**, s.149; BGer **SJZ** 1995, s.339, Nr.3; BGE 76 II 271; 73 I 208; 72 II 341; 64 II 337; 52 II 114; 48 II 436; 2.HD, 4.4.1991, 3606/6143 (**YKD** 1991/9, s.1316–1317); 2.HD 10.6.1991, 6596/9044 (**HukukTürk**).

642 Tuor, **Art.479**, N.2; Escher, **Art.479**, N.2; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.316; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; İmre/Erman, **a.g.e**, s.238; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203; Gubser, **a.g.e**, s.11; BGE 48 II 430; 52 II 116; 73 II 211. Karş. Breitschmid, **Art.469**, N.22 vd. *Bretischmid*, vasiyetname bakımından aranan şekil koşulları ile yorumun birbirinden farklı olduğunu belirtir. Yorumun yalnızca vasiyetnameyi açılaklayıcı değil, aynı zamanda tamlayıcı ve düzeltici yorumu da mümkün görmektedir. Bu çerçevede mirasbırakanın farazi iradesinin dahi araştırılabileceğini savunur, mirasbırakanın ölme bağlı arzusunu açıkça tasarrufta belirtmiş olması kuralının (açıklık; Eindeutigkeitsregel) ve vasiyetnamede ipucu bulunmak kaydıyla vasiyetname dışı olgulara başvurulabileceği anlayışının (*Andeutungstheorie*) gerileme halinde olduğunu belirtir (**a.g.y**). Bu yeni anlayışın cezai nitelik taşıyan cezai çıkarma tasarrufunda, çıkarılanın tespitinde ya da çıkarmaya konu somut olgunun belirlenmesinde ne derece uygulanabileceği üzerinde düşünmek gerekir. Buna karşılık yeni bir kararda Federal Mahkeme, vasiyetnamenin sözü açıksa yoruma gerek olmayacağı fakat vasiyetnamenin sözünden, farklı yorumlar çıkarılması mümkünse, vasiyetname dışı olgulara başvurulacağını belirtmiştir: BGer 5A.698/2008, s.2.
"Çıkarılanın ve eşinin zimmete para geçirmesi, dolandırıcılık, kayıtsız ve düşüncesizce yaşam sürmesi yoluyla büyük maddi zararlara neden olması" şeklindeki gerekçelendirme, çıkarma nedenini yeter derecede ortaya koymaktadır: Bellwald, **a.g.e**, s.75. Mirasbırakan tarafından oğlunun "zirveye ulaşmış savurganlığı" gerekçesine dayanılmasının, çıkarma nedenini yeteri kadar açık ve somut olarak ortaya koyduğu yönünde: Obergericht Zürich 13.03.1943, BlZR 45 206 (117) [Bellwald, **a.g.e**, s.75'ten]. Kanımızca "savurganlığın" cezai çıkarma nedeni oluşturabilmesi, ancak savruganlığın yol açtığı ağır aile hukuku yükümü ihlalinin en azından vasiyetname dışı olgularla (*Externa*) desteklenebilir olmasına bağlıdır.

643 Escher, **Art.479**, N.1; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.603; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.178; Ickowicz, **a.g.e**, s.79; Piotet, **SPR IV/1**, s.425; Gubser, **a.g.e**, s.10.

644 Tongsir, **a.g.t**, s.39. Yazara göre, çıkarma nedeninin belirtilmesi, "murisin, ıskatı haklı göstermek zımnında dayandığı müşahhas (somut) hadise veya hadiseler ile ileri sürdüğü kanuni sebep arasında mutabakat bulunup bulunmadığına icabında karar verme imkânını sağlayabilecek derecede müşahhas (somut), hususi, sarih, vazıh ve kat'i bir surette olmalıdır. Diğer bir deyişle, ıskat sebebinin iraesi mücerret, umumi, zımni, kapalı ve müstereddit bir surette değil, hangi şahsın hangi ağır suçu, kime karşı işlediği veya hangi şahsın, kanunen tahmil olunan hangi ailevi vazifeyi, kime karşı ifada ağır bir kusur irtikâp ettiği, ıskatı âmir tasarruftan, müteveffanın ifadesine veya muteber atfına binaen, sarih, vazıh ve kat'i olarak tespit edilebilecek tarzda vuku bulmalıdır" (**a.g.t**, s.44–45). Buna karşılık çıkarma nedeni teşkil eden somut olayın gösterilmesinin yeterli olup, tasarrufta bulunmanın saikinin gösterilmesine gerek olmadığı yönünde: Tongsir, **a.g.t**, s.40; Baydar, **a.g.t**, s.48. Kanımızca çıkarma tasarrufunun saiki her zaman için aile bağına layık olmadığını gösteren mirasçıyı, mirasın tamamen veya kısmen dışına itmek olmalıdır. Yoksa çıkarma nedeni oluşturan olayı fırsat bilerek, "cezai" mirasçılıktan çıkarma yoluyla diğer çocuğunu kayırmak isteyen mirasbırakanın bu iradesi, saik olarak görülüp önemsiz adde-

Gerçekten öğreti ve yargı uygulaması, çıkarma nedeninin kesin ve açık bir şekilde ölüme bağlı tasarrufa "yazılmasını" aramaktadır. Bu konuda oldukça dar ve katı bir yorum tercih edilmekte, suç ya da ailesel yüküm ihlali sonucunda aile bağı kopmuş bile olsa, ölüme bağlı tasarruf düzenlemenin şekli koşulları mevcut olsa, çıkarma iradesinde tereddüt olunmasa bile, eğer çıkarma nedeni tasarrufa "yazılmamışsa", mirasçılıktan çıkarmanın geçersizliği ve tenkisi sonucuna hiç tereddütsüz varılmaktadır. Kanımızca, bu noktada *favor testemanti* prensibi gereksiz yere göz ardı edilmektedir. Hâkim olan bu dar ve katı yorum anlayışının gerekçesi, mirasçılıktan çıkarmanın istisnai bir düzenleme olması ya da aileyi veya saklı paylı mirasçıları koruma amacına dayanması asla olamaz. Kusurlu bir şekilde ihlalde bulunarak aile bağını derinden sarsmak suretiyle aile bağına layık olmadığını gösteren mirasçı daha fazla hangi amaçla korunmaya devam edilmektedir? Kanımızca tasarruftan cezai çıkarma arzusu açıkça anlaşıldığı takdirde, vasiyetnamenin yorumundan çıkarma nedeni anlaşılabiliyor ve vasiyetname dışı olgularla (*Externa*) da desteklenebiliyorsa[645] çıkarma nedeni MK m.512/I hükmü anlamında gösterilmiş kabul edilmelidir. Kaldı ki hükümde çıkarma nedeninin gösterilmesi şartı aranmış, çıkarma nedeninin açıkça yazılmasından söz edilmemiştir. Avusturya Medeni Kanununda da çıkarma nedeninin mirasbırakan tarafından mutlaka belirtilmesi aranmamakta, çıkarma nedeninin tasarruftan yorum yoluyla anlaşılması da yeterli görülmektedir (ABGB § 771). Her ne kadar bu sonuca ulaşılmasına –öğretinin tüm aksi yöndeki düşüncesine rağmen– MK m.512/I hükmü hiçbir engel oluşturmasa da, kanun koyucunun hükümde değişiklik yaparak Avusturya Hukukundaki çözümü benimsemesi, gereksiz yere geçersiz kılınan mirasçılıktan çıkarma tasarruflarını kurtarmak adına olumlu bir adım olur[646].

---

dilemez. Böylesine bir saik, mirasçılıktan çıkarmanın sübjektif ve objektif ağırlığı ölçütünün gerçekleşmemesine yol açabilir.

645 Ölüme bağlı tasarrufların yorumunda hâkim olan ilkeler ve tasarruf özgürlüğünü artırmaya yönelik yeni gelişmeler hakkında bkz. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.209 vd, özellikle s.217 vd; Baygın, **Yorum**, 567 vd.

646 Sözgelimi aile içinde çıkan bir tartışmada oğlunun, kendi annesine karşı ağır sözler sarfetmesine dayanamayarak, kalp krizi geçiren baba, ayırt etme gücü yerinde olduğu ve son anlarını yaşadığı bir sırada, odada bulunan doktora ve komşulara "vasiyetimdir, mirasımdan hiçbir şey almasın!" dediğinde, her halde hiç kimse mirasbırakanı ölüme sürükleyen söz konusu tartışmadaki davranışların, çıkarma tasarrufunun, -"açıkça" ve "kesin" olarak- "nedenini" oluşturduğu konusunda tereddüt etmez!
Kanımızca MK m.512/I hükmü, de lege ferenda olarak şöyle değiştirilebilir: "Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebini belirtmişse veya tasarrufun yorumundan

Buna karşılık genel nitelikli ifadeler, belirtmeler ya da kınamalar çıkarma nedeni oluşturmaya yeterli olmaz[647]. Örneğin mirasçının "aile görevlerini yerine getirmediği"[648], "saygısızlık ettiği", "suç işlediği", "kötü yaşam sürdüğü"[649], "karanlık bir yaşam sürdüğü", "ahlaksız davranışlar" [650] gibi ifadeler belirsizdir ve somut olay hakkında yeterli yargıya varılmasını olanaksız kılmaktadır. Bu belirtmelerle mirasçılıktan çıkarma nedeni tasarrufta yeterince açık gösterilmiş olmadığından MK m.512/I hükmünde öngörülen geçerlilik koşulu gerçekleşmiş olmaz[651]. Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin tasar-

---

ya da yorumu destekleyen vasiyetname dışı olgulardan çıkarma sebebi kesin olarak anlaşılmaktaysa geçerlidir".

647 Bu konu, çıkarma nedeninin açıkça bildirilmesi veya vasiyetnamenin yorumundan anlaşılması konusundan farklıdır. Açıkça veya yorum yoluyla fark etmeksizin, çıkarma nedeni mutlaka spesifik somut bir olaya ilişkin olmalıdır.

648 Aynı yönde BGE 52 II 115. Yine İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, anne oğlunu hiçbir yükümünü yerine getirmediği ve ağır ölçüde yükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle mirasçılıktan çıkarmıştır. Ölüme bağlı tasarrufunda anne ayrıca, eşinin ölümünden sonra oğlunun bir kez bile kendisiyle ilgilenmediğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, öğreti ve uygulama ışığında bu isnadın aranan "belirlilik" koşulu karşısında yeterlilikten yoksun bulunduğuna karar vermiştir. Çünkü hangi somut olayların ağır yüküm ihlali oluşturduğu tasarrufta yeterince açık ve belirgin değildir. Karara göre, bu durum, ayrıca, ifade edilen mirasçılıktan çıkarma nedeninin gerçekleşip gerçekleşmediğini ve hukuken önemli ölçüde bir ihlalin söz konusu olup olmadığını tespit etmeyi de olanaksız kılmaktadır (BGer 5C.76/1994, s.7).
Kararı eleştiren *Gubser*'e göre, olayda mirasbırakan "kendisiyle bir kez bile ilgilenilmediğini" belirtmekle ZGB Art.272 (MK m.322) anlamında **destekleme yükümünün ihlal edilmiş olduğunu** ve bunun mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Federal Mahkeme, kararda çıkarmanın nedeninin belirliliği koşuluna vurgu yapmaktadır. Dava sırasında mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan kişi (çıkarılanın kız kardeşi), mirasçılıktan çıkarma nedeninin gerçekleşmiş olduğunu ispatlamaya çalışırken, gerekçe olarak mirasçılıktan çıkarılan (oğul) tarafından, babasının ölümünde yayınlattığı ölüm ilanına dayanmışsa da, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda anne, bu nedene dayanmış ya da bu olayı ifade etmiş değildir. İki tamamen birbirinden farklı mirasçılıktan çıkarma nedeni söz konusu olduğu için Federal Mahkeme, hukuki sorunu mirasçılıktan çıkarma nedeninin belirliliği koşulunun gerçekleşmediği temelinde ele almıştır (**a.g.e**, s.13). Kanımızca "kendisiyle ilgilenilmediği" şeklindeki ifade, gerçekten de çok genel bir kavramdır. Fakat vasiyetnameden bu ifade ile kast edilen maddi vakıalar, vasiyetname dışı olgular (*Externa*) yardımıyla kesin bir şekilde tespit edilebiliyorsa, çıkarma nedeninin gösterildiği kabul edilmek gerekir. Örneğin "bir kez olsun ilgilenmediği" ifadesi ile ziyaret edilmeme, arayıp sorulmama olgusu anlatılmak istenmişse ve *Externa* bu olguyu kesin olarak destekliyorsa, maddi vakıa gösterilmiş demektir. Sonuç olarak, burada mesele vasiyetnamenin yorumuyla ilgilidir. Fakat ilgilenilmeme durumunun içeriği, sonradan çıkarmadan yararlanan mirasçılar tarafından doldurulamaz. Onlar ancak vasiyetnamede bildirilen vakıaları ispatlamakla yükümlüdürler, yeni vakıa getiremezler.

649 BGE 48 II 434, 436. Aynı yönde Tongsir, **a.g.t**, s.45. Buna karşılık yazarın, tasarruftaki "kötü gidişat" ifadesinin açık olmayışı tespitine hak vermekle birlikte, ayrıca çıkarma nedeninin hangi bende dayandığının tasarrufta belirtilmiş olmamasını da eleştirmesini yerinde bulmuyoruz. Zira mirasbırakanın hukuki niteleme (tavsif) zorunluluğu yoktur. Ayrıca bkz. BGE 48 II 434, 436.

650 BGE 52 II 113, 116.

651 Rohr, **a.g.e**, s.43; Schweri, **a.g.e**, s.115; Tuor, **Art.479**, N.2; Tongsir, **a.g.t**, s.45; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203; İmre/Erman, **a.g.e**, s.238; Çakın, **a.g.m**, s.528; Bellwald, **a.g.e**, s.74; Gubser, **a.g.e**, s.11; Ayan, **a.g.e**, s.149; Antalya, **Miras**, s.217; BGE II 113, 116. *Bellwald*, (**a.g.y.**'de belirttiği

rufta Medeni Kanundaki çıkarma nedenlerinden hangi bendde düzenlenen nedene dayanıldığının gösterilmesi veya kanun maddesine ve bend numaralarına atıfta bulunulması ya da kanunda geçen ifadelerin kullanılması gerekli değildir. Öte yandan maddeye atıf verilmesi veya yasal terimlerin kullanılması, tek başına çıkarma nedeninin belirli olması koşulunu sağlamaya yetmez[652]. Zira somut olay gösterilmiş değildir. Örneğin, "Oğlumu Medeni Kanunun 510. maddesine göre mirasımdan çıkardım"[653] veya "bana karşı aile hukukundan doğan yükümünü önemli ölçüde yerine getirmedi" gibi ifadelerde somut olayın ne olduğu belirsizdir[654].

Tasarruftan çıkarmaya konu somut olay açıkça ve kesin bir şekilde anlaşılmak kaydıyla, mirasbırakanın tasarrufunda göstermiş olduğu mirasçılıktan çıkarma nedenini geniş bir şekilde ya da bütün detaylarıyla açıklamasına gerek yoktur[655].

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufta birden fazla çıkarma nedenine yer verebilirse de, bunlardan birinin ispatı çıkarma için yeterlidir[656]. Eğer birden fazla kişi mirasçılıktan çıkarılacaksa ve her biri için ayrı nedenler söz konusu ise, hangi saklı paylı mirasçının hangi nedenle çıkartıldığının mutlaka belirtilmesi gerekir. Eğer hepsi aynı nedene da-

---

kararda) çıkarılanın, ölüm döşeğindeki annesini daha fazla anne olarak görmediğini söylemesinin (BlZR 25 360 (180)), genel bir ifade olduğu ve mirasçılıktan çıkarma nedenini göstermeye yetmediğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. ZGB Art.479.

652 Stadler, **a.g.e**, s.73; Escher, **Art.479**, N.1; Piotet, **SPR IV/1**, s.425; Rohr, **a.g.e**, s.43; Ickowicz, **a.g.e**, s.79; Tongsir, **a.g.t**, s.45; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.316; Bellwald, **a.g.e**, s.74; Gubser, **a.g.e**, s.11, 14; karş. BGE 73 II 208, 211 vd.

653 Bu örnekte, *Tongsir*, "Oğlumu MK m.510, b.1'e göre mirasçılıktan çıkardım" ifadesinde kanunun hangi sebebinin ileri sürüldüğü belli olmasına rağmen, hangi ağır suçun ve kime karşı işlendiğinin belirsiz olduğunu ve bu nedenle mirasçılıktan çıkarmanın geçersiz olacağını belirtiyor (**a.g.t**, s.45).

654 Bu tarz bir çıkarma tasarrufuna cevaz verilseydi, ileride tasarrufa karşı çıkarılanın sebebin gerçekleşmediği gerekçesiyle açtığı tenkis davasında, çıkarmadan yararlanan kişiler mirasbırakanın hiç öngörmediği veya düşünmediği başkaca olayları da, sırf tasarrufu geçerli kıldırmak adına dayanak olarak kullanırlardı: Escher, **Art.479**, N.1; Gubser, **a.g.e**, s.11. Öte yandan böylesi bir durum kanun koyucunun amacına da ters düşerdi. Zira kanun koyucu daha en başta kanunda mirasçılıktan çıkarma nedeninin açıkça gösterilmesini koşul olarak aramakla, mirasbırakanın çıkarma iradesini ve dayandırdığı somut olguyu kesin olarak ortaya koymasını ve böylelikle bu konudaki muhtemel tartışmaların önüne geçilmesini istemiştir (BGE 52 II 113, 116). Ayrıca bkz ve karş. BGer 5C.76/1994, s.6; BGE 72 II 338, 340; Bessenich,, **Art.479**, N.1; Stadler, **a.g.e**, s.73.

655 Tongsir, **a.g.t**, s.41; Köprülü, **a.g.e**, s.287. Zorunlu olmamakla birlikte somut olayın ayrıntılı olarak anlatılması, ileride çıkabilecek uyuşmazlıkta çıkarmadan yararlanan mirasçıların çıkarma tasarrufunun geçerliliğini ispatlamalarında, elbette son derece yararlı olur.

656 Berki, **a.g.e**, s.45.

yalı olarak çıkarılıyorsa, hepsi için geçerli olmak üzere bu nedenin gösterilmesi ya da hepsi için ayrı ayrı belirtilmesi farksızdır[657].

Hâkim mirasbırakanın çıkarma nedeni olarak gösterdiği somut olaya dair hukuki niteleme ile asla bağlı değildir[658]. Somut olayın, mirasbırakanca, "ağır bir suç" veya "aile hukuku yükümünün önemli ölçüde yerine getirilmemesi" olarak nitelendirilmesinin önemi yoktur. Mirasbırakanın ağır suç olarak nitelediği somut olayı, hâkimin bu nitelikte görmeyerek bir aile hukuku yükümü ihlali olarak nitelendirmesi durumunda, hukuki nitelendirme doğru olmasa da mirasçılıktan çıkarma nedeninin dayandırıldığı somut olay tasarrufta gösterilmiş bulunmaktadır. Bu durumda hâkim tasarrufta yanlış hukuki nitelendirme (tavsif) yapılmış olmasına dayanarak davayı reddedemez[659].

Son olarak ekleyelim ki, kısmi mirasçılıktan çıkarma halinde, mirasbırakanın çıkarma konusu kısmı ya açıkça oransal olarak belirtmeli ya da bu durum tasarruftan tereddüte yer bırakmayacak şekilde anlaşılmalıdır[660].

2. Ölüme Bağlı Tasarruf Dışındaki Olgu ve Belgelere veya Delillere Gönderme Yapılması

Mirasçılıktan çıkarma nedeninin, mirasbırakan tarafından belirtilmiş olması ve bunun ölüme bağlı tasarrufta yer alması gerekir. Bununla birlikte vasiyetname dışı olgulara; bazı olaylara, bir davaya, mahkeme kararına ya da resmi yazılara vs. atıf (gönderme) yapılması suretiyle de mirasçılıktan çıkarma nedeni gösterilebilir. Yine çıkarma nedenini ispatlamaya yarayan araçlar (deliller) ve bunların bulundukları yer de tasarrufta bildirilmiş olabilir. Ancak söz konusu atıftan, çıkarmanın hangi olaya dayandırıldığı mutlaka anlaşılmalıdır. Eş deyişle bu gönderme, açık ve kesin bir şekilde çıkarma nedenini ispatlamak üzere yapılmalı ve böylelikle çıkarma iradesi tasarruftan anlaşılabi-

---

657 Tongsir, **a.g.t**, s.46.

658 Escher, **Art.479**, N.1; Stadler, **a.g.e**, s.73; Ickowicz, **a.g.e**, s.79; Bellwald, **a.g.e**, s.75; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.316; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.603; Gubser, **a.g.e**, s.15; BGE 76 II 265; BGE 72 II 342; ayrıca bkz. BGer 5A.698/2008, s.2.

659 Oğuzman, **a.g.e**, s.213, dn.57; Dural/Öz, **a.g.e**, s.205; Ülkü, **a.g.m**, s.46. Örneğin mirasbırakan iftira suçunu çıkarma nedeni olarak göstermesine rağmen, iftira değil, hakaret suçu varsa veya iftira suçunun unsurları bulunmadığı için birinci bend kapsamına giremeyen bu davranış, ikinci bend anlamında bir çıkarma nedeni oluştursuyorsa, durum böyledir.

660 Aynı yönde Baydar, **a.g.t**, s.47.

liyor olmalıdır[661]. Buna karşılık tüm detayların belirtilmesi gerekmez[662]. Kanımızca mirasçılıktan çıkarma nedeni, vasiyetname dışı belgelere, delillere ya da mahkeme kararlarına yapılan gönderme sonucunda kesin ve açık bir şekilde anlaşılıyorsa, artık mirasçılıktan çıkarma nedeninin tasarrufta gösterilmiş olduğunun kabulü gerekir. Zira hâkim, tasarruftaki nedeni denetleyebilme imkânına sahiptir. Öyleyse tasarrufun ayakta tutulması gerekir (*favor testemanti*)[663]. Buna karşılık, eğer tasarrufta bir kişinin tanıklığına gönderme yapılmışsa, bu durumda çıkarma nedeninin asgari bir şekilde tasarrufta gösterilmesi gerektiği görüşüne biz de katılıyoruz[664].

Hemen belirtelim ki, mirasbırakanın çıkarma sebebini ispatlamaya yarayacak belge, senet veya vesikaları tasarrufunda göstermiş olması ya da bunlara tasarrufta gönderme yapmış olması bir koşul değildir[665]. Bununla beraber tasarruf dışındaki belgelere yapılacak gönderme çıkarma nedeninin gerçekte var olup olmadığının tespitinde büyük rol oynayabilir. Zira mirasbırakanın ölümünden sonra, çıkarılanın mirasçılıktan çıkarma-

---

661 Gubser, **a.g.e**, s.16; benzer yönde Tongsir, **a.g.t**, s.43. Federal Mahkemeye göre, mirasçılıktan çıkarma nedeni için tasarruf dışında bir belgeye gönderilme yapılması, ölüme bağlı tasarrufta düzenlenmesi gereken tasarrufların yalnızca tasarruf dışındaki vesika, belge ve senetlere dayandırılamayacağı ilkesine aykırı düşmez. Zira burada ölüme bağlı tasarruf arzusunun, tasarruf dışındaki delillerle ispatlanması söz konusu değildir. Burada ölüme bağlı tasarruf arzusu (mirasçılıktan çıkarma iradesi) açıktır, tasarrufun (mirasçılıktan çıkarmanın) gerekçesi için tasarruf dışı belge veya vesikaya gönderme yapılmaktadır. Çünkü çıkarma nedenini tasarrufta doğrudan göstermemek için az da olsa bazı nedenler bulunabilir. Çıkarılan mirasçının, çıkarmaya yol açan somut olayın, tasarrufa bir şekilde vakıf olan herkese açıklanmamasında menfaati bulunabilir. Mirasbırakanı ya mirasçılıktan çıkardığı mirasçıyı herkes önünde rezil etme ya da mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan kaçınma zorunluluğu yükleyen bir seçim hakkına tabi tutmak, yerinde bir çözüm olmazdı (BGE 73 II 208, 212).

662 Tuor, **Art.479**, N.2; Tongsir, **a.g.t**, s.42–43; İmre, **a.g.e**, s.388; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Çakın, **a.g.m**, s.528; Gubser, **a.g.e**, s.16. Federal Mahkeme'ye göre "Ona ceza davası açmak zorunda kaldım" ifadesinden -ki bu ifadeyi mirasbırakan çıkarma nedeni olarak göstermiştir- ceza davasına neden olan davranışlar nedeniyle mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Mirasçılıktan çıkarılana karşı geçmişte açılmış bulunan ceza davasına yapılan gönderme, mirasçılıktan çıkarmanın dayanağını oluşturan somut olayı kuşkuya yer bırakmayacak şekilde göstermektedir: BGE 73 II 208, s.212; ayrıca bkz. BGE 52 II 113, s.115; BGE 48 II 434; BGer 5C.76/1994, s.7.

663 Karşı görüşteki *Baydar*'a göre, vasiyetname dışı belgelere gönderme yapılan hallerde dahi mutlaka çıkarma nedeninin asgari bir şekilde tasarrufta bildirilmesi gerekir. Çıkarma nedeninin yalnızca belgelere atıf yapmak suretiyle gösterilmesi MK m.510/I karşısında hukuken mümkün değildir (**a.g.t**, s.50). Bu görüş kabul edildiğinde, asgari bir şekilde tasarrufta çıkarma nedeni bildirilmemişse, gönderme yapılan vasiyetname dışı belgelerden çıkarma nedeni kesin ve açık olarak anlaşılsa dahi, çıkarma tasarrufu geçersiz olacaktır.

664 Bu görüşte: Tongsir, **a.g.t**, s.43; Baydar, **a.g.t**, s.50. Zira mirasçılıktan çıkarma nedeninin belirlenmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, bu yetki üçüncü kişilere bırakılamaz. Aksi çözüm kabul edilecek olsaydı, çıkarma nedenini belirlemek fiilen tanığa bırakılmış olurdu.

665 Escher, **Art.479**, N.1; Tuor, **Art.479**, N.2; Tongsir, **a.g.t**, s.42; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.316; Oğuzman, **a.g.e**, s.212, dn.570; Dural/Öz, **a.g.e**, s.205; İmre/Erman, **a.g.e**, s.238; Bellwald, **a.g.e**, s.73; Gubser, **a.g.e**, s.16; BGE 73 II 208, 211; karş. Rohr, **a.g.e**, s.43.

ya itiraz etmesi halinde, çıkarmadan yararlanan mirasçılar veya vasiyet alacaklıları çıkarma sebebinin doğru olduğunu ispat yükü altındadırlar (MK m.512/II). Öyleyse çıkarmaya neden olan olayların detaylı bir şekilde hikâye edilmesi, hangi hükme dayanıldığının gösterilmesi, kanunda belirtilen terimlere yer verilmesi, çıkarma sebebini ispata yarayan belgelere veya delillere gönderme yapılması –hatta bunların bulundukları yerin bildirilmiş olması– koşul olarak aranmamakla birlikte bu tip yöntemler, çıkarılanın itirazı halinde, çıkarma nedeninin varlığını ispatlamayı kolaylaştıracağından yararlıdır ve öğretide önemle tavsiye edilmektedir[666]. Böylelikle çıkarma tasarrufundan yararlanan kişiler, aile içinde yaşandığı için detaylarını bilemedikleri somut olaya vakıf olmuş olacaklar ve ispat sorunu yaşamaktan kurtulacaklardır.

V. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA NEDENİNİN GERÇEKLEŞME ANI VE ÇIKARMANIN ŞARTA BAĞLANMASI

Bu bölümde öncelikle çıkarma nedeni oluşturan fiilin, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlenmeden önce gerçekleşmiş bulunmasının gerekip gerekmediği; ileride gerçekleşme ihtimali bulunan bir fiil için de önceden (şarta bağlı) çıkarma tasarrufu yapılıp yapılamayacağı konusunu ele alacağız. Daha sonra ise, bu tartışmadan bağımsız bir şekilde, genel olarak cezai mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun hükümlerini doğrumasının şarta bağlı yapılması konusunu inceleyeceğiz.

A. ÇIKARMA NEDENİ OLUŞTURAN FİİLİN HANGİ ANDA GERÇEKLEŞMESİ GEREKTİĞİ

Mirasçılıktan çıkarmaya neden olarak gösterilen fiilin, mirasçılıktan tasarrufunun yapıldığı anda *gerçekleşmiş* olmasının koşul olup olmadığı; fiilin, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı tarihten sonraki ve mirasbırakanın ölümünden önceki safhada (sonradan) gerçekleşmesinin, bu çıkarma tasarrufunun geçerliliği için yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır[667]/[668]. Kanunun sözüne göre yapılan yorumlarda da uzlaşma bulunma-

---

666 Escher, **Art.479**, N.1; Tuor, **Art.479**, N.2; Tongsir, **a.g.t**, s.41; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.316; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.603; Breitschmid, **Formvorschriften**, s.413; Bessenich,, **Art.479**, N.1; Piotet, **SPR IV/1**, s.427; Schweri, **a.g.e**, s.115; Bellwald, **a.g.e**, s.75; Gubser, **a.g.e**, s.16–17; BGE 106 II 304, s.310.

667 Örneğin: "Eşim A, zina yaptığı takdirde, açacağım boşanma davası kesin hükme bağlanmadan ölsem bile mirasçım olmayacaktır. Onu bu ihtimalin gerçekleşmesi şartıyla, şimdiden mirasçılıktan çıkarıyo-

maktadır[669]. Öğretideki görüşlerin değerlendirilmesine geçmeden önce belirtelim ki, hangi görüş kabul edilirse edilsin, mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan **somut olayın** (fiilin) süreklilik arz etmesi veya ölüm anına kadar devam etmesi koşul olarak aranmaz[670].

1. Ölüme Bağlı Tasarruf Yapıldığı Anda Mirasçılıktan Çıkarma Nedeninin Gerçekleşmiş Olmasını Arayan Görüş

Birinci görüştekiler[671], mirasçılıktan çıkarmayı içeren ölüme bağlı tasarruf yapıldığı anda çıkarma nedeni oluşturan eylemin önceden gerçekleşmiş olmasını gerekli ve yeterli görmektedirler. Buna göre, henüz gerçekleşmemiş bir somut olayı neden olarak göstererek mirasçılıktan çıkarmaya gidilmesi mümkün değildir. Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin ölüme bağlı tasarrufun yapılmasından sonra ve mirasbırakanın ölümünden önceki zaman süresi içinde, çıkarma nedeninin gerçekleşmesi yetmez. Bir somut

---

rum" (Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.314'den). Yazar bu konudaki tartışmada herhangi bir görüş benimsememiştir.

668 Alman Medeni Kanununda ise bu konuda açık hüküm bulunmaktadır: "*Çıkarma nedeni ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda mevcut olmalı ve tasarrufta belirtilmelidir*"(BGB §2336, Abs.2). 24.9.2009 tarihli değişiklik ile anılan fıkraya ikinci bir cümle eklenmiştir (BGBl 2009/I, Nr.63, s.3143). Bu cümlede reform sonrasında yeni eklenen BGB §2333 Nr.4'teki fiile gönderme yapılmaktadır: *"BGB §2333 Nr.4 hükmüne göre mirasçılıktan çıkarma için, tasarrufun **düzenlendiği anda** fiil işlenmiş olmak ve çıkarma nedeninin kabul edilemezliği (Unzumutbarkeit) mevcut olmak zorundadır; her ikisi de çıkarma tasarrufunda bildirilmek zorundadır"*. Gönderme yapılan çıkarma nedeni (Nr.4), altsoyun (ve §2333, Abs.2 atfı gereğince diğer saklı paylı mirasçılardan birinin) kasten işlediği suç (*Straftat*) ("suç", "*Verbrechen*" ve "*Vergehen*" kavramlarını kapsayan genel terim olarak kullanılmıştır) nedeniyle işlediği en az bir yıl süreli ertelemesiz hürriyeti bağlayıcı ceza alması ve bu sebeple onun terekeye katılmasının kabul edilemez (*unzumutbar*) bulunması durumunu düzenler. Fıkradaki ikinci cümleye göre, söz konusu kasten işlenen suç sebebiyle ceza uygulanması yerine ruh ve sinir hastalıkları hastanesine ya da bağımlılık tedavi merkezine yerleştirilen altsoy için de aynı durum geçerlidir.

669 Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin madde metinlerinde bu konuda bir açıklık olmadığı yönünde: Tongsir, **a.g.t**, s.47. Buna karşılık çoğunluk madde metninin gerçekleşmiş bulunan bir suçun ya da gerçekleşmiş bulunan aile hukuku yükümü ihlalinin varlığını esas aldığını kabul etmektedir: Bkz. §2.V.A.1. ve §4.I.E.1.b.(2). ve Gubser, **a.g.e**, s.43. Azınlıkta kalan görüş ise ileride gerçekleşme olasılığı bulunan bir fiil için mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlenebileceğini kabul eder: Bkz. §2.V.A.2.

670 Tuor, **Art.477**, N.22; Escher, **Art.477**, N.12; Tongsir, **a.g.t**, s.78; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203. Örneğin çocuğun babasını yıllar önce dövmüş olması, diğer koşullar da varsa, çıkarma için yeterlidir; fiziksel şiddetin süreklilik arz etmesi gerekmez.

671 Escher, **Art.477**, N.12; Rohr, **a.g.e**, s.45; Ickowicz, **a.g.e**, s.82; Nobs, **a.g.e**, s.35–36; Brühlmeier, **a.g.e**, s.70; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.63; Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.63; Köprülü, **a.g.e**, s.287; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Dural/Öz, **a.g.e**, s.203 ve özellikle 204; Bellwald, **a.g.e**, s.76; Şener, **YD**, s.84 ve **Miras Hak ve Payları**, s.168; Ülkü, **a.g.m**, s.46; Antalya, **Miras**, s.218; Baydar, **a.g.t**, s.43.

olayın gerçekleşmesi şartına bağlı olarak yapılan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda, çıkarma nedeninin gösterildiği sonucu çıkarılmamalıdır[672].

Bu görüş şu gerekçelere dayanır: İlk olarak, gerek İsviçre Medeni Kanunun 477. maddesinin birinci ve ikinci bendlerinde, gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 510. maddesinin birinci ve ikinci bendlerinde "ağır bir suç işlemişse" ve aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse" ifadeleri yer alır. Madde metninin sözünden (lafzından) çıkarma nedeninin geçmiş zaman kipiyle düzenlendiği anlaşılmaktadır[673]. Bu nedenle, mirasbırakanın mirasçısını mirasçılıktan çıkarması, ancak mirasçının söz konusu fiili "**işlemiş**" bulunmasını ön koşul olarak gerektirmektedir[674]. Özellikle mirasçılıktan çıkarma nedeninin ölüme bağlı tasarrufta açıkça gösterilmiş olması koşulunu arayan MK 512/I hükmü de bu sonucu destekler. Mirasbırakan, ancak "gerçekleşmiş" olayları, kanun koyucunun anılan maddede öngördüğü açıklıkla, tasarrufunda gösterebilir.

Eğer henüz gerçekleşmeyen bir somut olayı mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak göstermeye cevaz verilecek olursa, artık bir sınır konulması mümkün olmayacak, hatta daha doğmamış olan bir mirasçı bile şarta bağlı olarak mirasçılıktan çıkartılabilecektir. Kaldı ki mirasbırakanın şarta bağlı olarak henüz gerçekleşmemiş bir nedene dayanmasına gerek yoktur. Çünkü mirasbırakanın ileride gerçekleşme ihtimalini düşünerek şarta bağlı olarak çıkarma nedeni gösterdiği somut olay, mirasbırakanın ölümüne kadar gerçekleşirse, mirasbırakan zaten artık var olan bir nedene dayanarak söz konusu mirasçısını her zaman mirasçılıktan çıkarabilir[675].

---

672 Nitekim Oğuzman'a göre, "ıskat tasarrufunun bir ıskat sebebine dayanması, hatta üstelik ıskat sebebinin belirtilmesi lüzumu, sebebin tasarruf yapılırken mevcut olmasını zorunlu kılar. Tasarrufun yapılmasından sonra gerçekleşen bir ıskat sebebi, bu sebebe dayanması mümkün olmayan ıskat tasarrufunu muteber kılamaz. Mevcut bir ıskat sebebine dayanan bir ıskat tasarrufunu taliki veya infisahi şarta bağlı tutmak mümkündür. Fakat ortada henüz bir sebep yokken, bir sebep gerçekleşmesi şartına bağlı olarak ıskat tasarrufu yapmak caiz olamamak gerekir. Bu halde ıskat sebebi olarak müşahhas (somut) olay gösterilmiş olamayacağı gibi, tasarrufun ıskat sebebine dayandığı da söylenemez" (**a.g.e**, s.213).

673 İsviçre Medeni Kanunun hazırlık çalışmalarına ilişkin olarak Uzmanlar Komisyonunun (*Expertenkomission*) tutanağında (s.561), mirasçılıktan çıkarma nedeninin ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği anda ve mirasın açıldığı anda var olmak zorunda olduğu ifade edilmiştir.

674 Escher, **Art.477**, N.12; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Bellwald, **a.g.e**, s.77.

675 Bir görüşe göre mirasbırakanın şarta bağlı tasarruf yapması halinde mirasçılıktan çıkarma tehdidi ile mirasçıyı kendi isteklerine boyun eğdirmesi, bu kurumun varlık nedenine uygun düşmeyecektir: Nobs, **a.g.e**, s.36. Yalnız, bu görüşe ihtiyatla yaklaşıyoruz. Çünkü mirasçılıktan çıkarma tasarrufu şarta bağlı

Sonuç olarak mirasçılıktan çıkarma nedeninin ölüme bağlı tasarruf yapıldığı anda gerçekleşmiş olmasının gerektiği kabul edilecek olursa, henüz işlenmemiş bir suçun ileride işlenebilmesi olasılığına binaen yapılan mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, ileride suç işlense dahi geçerli kabul edilmemek gerekecektir[676]. Buna karşılık bu görüşü savunan yazarlar[677], mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapıldığı anda gerçekleşmiş bir nedene dayanılması koşuluyla, mirasçılıktan çıkarmanın geciktirici ya da bozucu şarta bağlanabileceğini de kabul etmektedirler.

2. Henüz Gerçekleşmemiş Bulunan Çıkarma Nedeninin Gelecekte Gerçekleşmesi Şartına Bağlı Bir Mirasçılıktan Çıkarma Tasarrufu Yapılabileceği Görüşü

İkinci görüştekiler[678], mirasçılıktan çıkarma nedeni henüz gerçekleşmeden, önceden şarta bağlı bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapılabileceğini savunmaktadır[679]. Ölüme bağlı tasarrufun geçerli olması, kural olarak, mirasçılıktan çıkarma koşullarının **mirasın intikali anında** var olmasına bağlıdır. Tasarruf düzenlendiği sırada çıkarma nedenlerinin mevcut olup olmadığının bir önemi yoktur. Bu şartın mirasın açılması anında gerçekleşmiş bulunması gerekli ve yeterlidir[680]. Bizim de katıldığımız bu görüş

---

yapılmasa bile zaten kanunda düzenlenmiş ve koşulları gerçekleştiğinde uygulanabilir bir tasarruftur. Bu görüşün otomatik sonucu olarak kanunun bizatihi kendisi tehdit eden ve mirasçıyı boyun eğdirten bir yapı içeriyor demektir ki bu kabul edilemez. Mirasbırakanın -şarta bağlı olsun olmasın- mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile muradı; mirasçısının haklarına, özgürlük alanına saldırı oluşturan bir beklentisinin karşılanması ise, bu beklenti zaten hiçbir zaman hukuken korunmaz.

676 Gönensay/Birsen, s.62; Tongsir, **a.g.t**, s.48. Elbette suçun MK m.578 kapsamına girmesi halinde mirastan yoksunluk söz konusu olur.

677 Oğuzman, **a.g.e**, s.213, dn.574a; Dural/Öz, **a.g.e**, s.204.

678 Stadler, **a.g.e**, s.27, 28; Tuor, **Art.477**, N.22; Piotet, **SPR IV/1**, s.422; Tongsir, **a.g.t**, s.48; İmre/Erman, **a.g.e**, s.238, dn.17a; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.188; Weimar, **Art.477**, N.15, 18; Bessenich, **Art.477**, N.7, s.106; Schüpbach, **a.g.m**, s.222 (Bessenich, **Art.477**, N.7'den naklen); Gubser, **a.g.e**, s.45–46.

679 Çıkarma nedeninin gelecekte gerçekleşmesi şartına bağlı mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna örnek: "Kızım, hastalığımın ilerlemesi durumunda koşulların gerektirdiği şekilde beni desteklemezse, mirasçılığımdan tamamen çıkarılmalıdır. Kızımın bugünkü davranışları nedeniyle korkuyorum. Bugünkü hastalığıma rağmen ev idaresinde bana yardımcı olmaması, üstelik de ileride ekonomik olarak iyi bir mesleğe sahip olması durumunda, beni korkutuyor. Eğer kızım ileride tüm yalvarmalarıma rağmen benimle ilgilenmeyecek olursa, ölümümden sonra terekemden hiçbir şey almasın" (Gubser, **a.g.e**, s.46). Gerçekten de yukarıdaki örnekte, mirasbırakanın Alzheimer hastalığına yakalandığını düşünecek olursak, mirasbırakan henüz hastalığının başında bu tasarrufu yapabilecektir. Oysa ihlalin gerçekleşmiş olması koşulunu arayan diğer görüş kabul edilecek olursa, Alzheimer hastalığı ilerleyip de mirasbırakan sonradan bilincini yitirdiğinde, çıkarma tasarrufu düzenleme şansı olmayacak ve mirasının mirasa layık olmayan mirasçıya intikaline engel olamayacaktır.

680 Tongsir, **a.g.t**, s.48; İmre/Erman, **a.g.e**, s.238, dn.17a; Weimar, **Art.477**, N.15. Nitekim koruyucu mirasçılıktan çıkarma bakımından, özgülemeye konu miras payının intikal anı, kanunda açıkça düzen-

şu gerekçelere dayanır: MK m.510 (ZGB Art.447) hükmünün metnine bakıldığında gerçekleşmiş bir olay nedeniyle çıkarma tasarrufunun yapılacağı ifadesi varsa da, metnin bu ifadesi hayatın olağan akışındaki normal olayları esas alan bir ifadedir. Yoksa bu durum, metnin şarta bağlı mirasçılıktan çıkarmaya hiçbir koşulda izin vermediği şeklinde yorumlanamaz[681]. Mirasçılıktan çıkarma nedeninin tasarruftan açıkça ve kesin bir şekilde anlaşılabilir olması koşulu, bu koşul gerçekleşmediği için şarta bağlı mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliğini engelleyebilir ya da güçleştirebilir; ama bu koşul başlı başına çıkarmanın şarta bağlanmasını geçersiz kılan bir neden değildir. Mirasbırakan gelecekte gerçekleşmesinden endişe ettiği olayın (şartın) unsurlarını yeter derecede belirlediği takdirde mirasçılıktan çıkarma nedeninin kesin ve açık olması koşulu yerine getirilmiş olur[682].

Diğer yandan her türlü ölüme bağlı tasarruf koşula (şarta) bağlanabilir (MK m.515). Kanun, ahlaka ve kanuna aykırı olmamak kaydıyla mirasçılıktan çıkarmanın koşula bağlanmasını engelleyen istisnai bir hükme yer vermiş değildir[683]. Mirasçılıktan çıkarmanın şarta bağlanabileceği kabul edildiğinde, bu imkân saklı paylı mirasçının davranışlarında dikkatli olması yönünde iyileştirici bir etkiye yol açacaktır[684].

---

lenmektedir. MK m.513/II gereğince mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olabilmesi için, **miras açıldığı zaman** borç ödemeden aciz belgesinin hükmünün devam ediyor olması veya belgenin kapsadığı borç tutarının mirasçılıktan çıkarılanın miras payının yarısından fazla olması bir koşuldur. Aynı yönde Piotet, **SPR IV/1**, s.423; Weimar, **Art.477**, N.18.

Tongsir'e göre, " **ıskatın talik olunduğu sebep murisin ölümünden evvel tahakkuk ederse, ıskat anında mevcut sayılmak lazım gelir.** Gerçi ıskat teessür mahsulü olmalı ve bu itibarla, sebep, ıskata tekaddüm etmiş bulunmalıdır. Fakat ıskatın talik edildiği sebep mirasın açılmasından evvel tahakkuk edince, taliki şartlı ıskat murisin teessürünü ifade etmiş demektir. Yeni bir ıskata tevessül olunmayışı şartlı ıskatın muteber olduğu düşüncesine dayanır. **Şartlı ıskatı muteber saymazsak murisin iradesine aykırı hareket etmiş oluruz**" (**a.g.t**, s.48).

681 Gubser, **a.g.e**, s.45; karş. Tuor, **Art.477**, N.22.

682 Bessenich, **Art.477**, N.7; Gubser, **a.g.e**, s.45.

683 İmre, **a.g.e**, s.386 (Yazar ayrıca bu çözümün, kanunun lafzına değilse bile, ruhuna da uygun düştüğü için tercihe şayan olduğunu belirtmiştir). Karşı yöndeki birinci görüştekilere göre, anılan maddedeki şartlar vasiyet alacaklısına ya da miras sözleşmesi yapan mirasçıya yüklenen borç, külfet ve şartlara ilişkindir. Mirasçılıktan çıkarma ile ilgisi bulunmamaktadır (Şener, **YD**, s.85).

684 Gubser, (**a.g.e**, s.45'te), mirasbırakanın şarta bağlı mirasçılıktan çıkarma yoluyla mirasçı üzerinde onun kişisel özgürlük alanını ihlal eden bir baskı kuramayacağı kaydını, haklı olarak, koymaktadır. Aynı yönde Tuor, **Art.477**, N.22. Karşı görüşte *Şener*'e göre, çıkarma nedenleri zaten kanunda yazılı olup bunun ölüme bağlı tasarruf ile bir kez daha tekrarlanmış olması, mirasçı açısından ayrı bir caydırıcılık taşımaz. Kaldı ki olay olur olmaz her zaman çıkarma mümkündür. Ayrıca insan fikri değişken olduğundan, mirasbırakanın geçmişte çıkarma nedeni gördüğü olayı sonradan önemsemeyebilir (Şener, **YD**, s.84). Kanımızca şarta bağlı çıkarmanın, insan fikrinin sonradan değişebileceği gerekçesiyle kabul edilmemesi, isabetli olmaz. Zira mirasçılıktan çıkarma istenildiği anda geri alınabilir veya şekilsiz affın

Kaldı ki mirasbırakanın gelecekte gerçekleşmesinden endişe ettiği bir olay söz konusu olabilir ve ileride mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunamayacağı endişesini taşıyabilir. Gerçekten ileride söz konusu olay gerçekleştiğinde tasarrufta bulunmak için çok geç olabilir ve mirasçılıktan çıkarma için bir fırsat olmayabilir. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetini kaybetme ihtimalini düşünerek, önceden, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmak isteyebilir[685].

Şarta bağlı mirasçılıktan çıkarmanın mümkün olduğu kabul edildiği takdirde de, mirasbırakanın fiil nedeniyle ağır derecede etkilenmesi (sübjektif ölçüt) yine koşul olarak aranacaktır[686]. Elbette buradaki sübjektif ağırlık ölçütü, mirasbırakanın olay henüz gerçekleşmeden önce, yani henüz tasarrufu düzenlediği andaki duygularına göre belirlenir[687]. Buna karşılık, eğer olay gerçekleştikten sonra, mirasbırakan olay nedeniyle derinden sarsılmazsa, başka deyişle tasarrufu düzenlediği andaki psikolojik yoğunluğu, olayın gerçekleştiği anda öngörülen şekilde gerçekleşmezse, sübjektif ağırlık sonradan ortadan kalkmış demektir.

---

varlığı benimsenecek olursa çıkarma nedeninin sonradan ortadan kalktığı kabul edilebilir. Ağırlık unsurunun bulunmaması ise tenkis sebebidir. Şu halde bu gerekçe dayanaksız kalmaktadır.

685 Stadler, **a.g.e**, s.27; Tuor, **Art.477**, N.22; Piotet, **SPR IV/1**, s.422; İmre, **a.g.e**, s.386. Mirasbırakan gelecekte gerçekleşmesinden endişe ettiği olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini kontrol etme imkânından yoksun olacağı için, kendisinin ölümünden sonra durumun hâkim tarafından saptanmasını istemiş olabilir. Kaldı ki mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmak için endişe ettiği olayın gerçekleşmesini beklemek zorunda değildir (Piotet, **a.g.y**).

686 *Gubser*'e göre (**a.g.e**, s.45–46), eğer mirasbırakan, geleceğe yönelik mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu düzenlediği anda gerçekleşmesini beklediği olayla ilgili duygusal tepkisini kendinden emin bir şekilde belirleyemiyor ya da öngöremiyorsa, bu durumda mirasçılıktan çıkarma nedeninin açık ve kesin olarak tasarrufta gösterilmesi gerekliliği karşısında bir başka belirsizlik faktörüne daha açık kapı bırakılmış olur. Böylece, yazara göre mirasçılıktan çıkarma nedeninin açıkça gösterilmemiş olması nedeniyle tasarruf tenkis edilebilir durumdadır. Kanaatimizce, bu tespit yerinde değildir. Bu noktada "mirasbırakanın olaydan nasıl etkileneceğini öngörememesi" durumu ile mirasçılıktan çıkarmaya gerekçe gösterilen ve gerçekleşmesi beklenen "olayın belirsizliğini" birbirinden ayırt etmek gerekir. Olay yeterli açıklıkla belirlenememişse, yazarın fikrine katılıyoruz. Ancak olay yeter açıklıkta öngörülmüş olmasına rağmen duygusal tepkide netlik yoksa bu durum mirasçılıktan çıkarma nedeninin açıkça gösterilmiş olması koşulu ile değil, aksine aile bağlarını koparıcı sübjektif ölçütün gerçekleşmemesi ve böylece fiilin ağır olmaması ile ilgilidir. Bununla birlikte yazarın, bu konunun, fiilin gelecekte gerçekleşmesi şartına bağlı tasarrufun caiz olup olmadığı tartışması ile ilgili değil, aksine mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerlilik koşulları ile ilgili olduğu yönündeki tespitine katılıyoruz.

687 Örneğin Alzheimer hastalığına yakalanan mirasbırakanın, gelecekte gerçekleşmesinden endişe ettiği olay nedeniyle derinden sarsılacağı konusunda vasiyetnameye yansıyan iradesi açık ve kesinse, koşul gerçekleşmiştir. Mirasbırakan sonradan bilincini yitirdiğinde artık onun derinden sarsılma iradesine sahip olamayacağı iddia edilemez.

3. Yargı Uygulaması

İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay, bu tartışmayla ilgili açık ve kesin bir tutum sergilemiş değildir. *Gubser*'e göre, Federal Mahkemenin, mirasçılıktan çıkarmada affın çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ile ilgili bir kararındaki[688] çözümü, çıkarma nedeninin gerçekleşmiş olmasının gerekli ve yeterli olacağı yönünde kabul edilmeye müsaittir. Bununla birlikte mirasçılıktan çıkarmanın gerçekleşmesi için çıkarmaya uygun fiilin gerçekleşmesi gerekeceğini belirten mahkemenin, bu tespitine zaten itiraz eden yoktur.[689]. Kanımızca Yargıtayın ve Federal Mahkemenin af olgusuna hukuki etki tanımadığı ve çıkarma nedeninin sonradan gerçekleşmesi şartına bağlı cezai çıkarmaya sıcak bakmadığı ya da cevaz vermediği sonucuna varmak daha doğru olur[690].

B. ŞARTA BAĞLI CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA

Hemen belirtelim ki, bu başlık altında "fiilin gelecekte gerçekleşmesi şartına bağlanan çıkarma tasarrufları" incelenmeyecektir[691]. Burada mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun hükümlerinin uygulanmasının ya da hükümden düşmesinin, ileride gerçekleşmesi şüpheli olan bir olaya bağlanması konusu ele alınacaktır[692].

Kural olarak mirasbırakan, mevcut bir olay nedeniyle düzenlediği mirasçılıktan çıkarma tasarrufununun sonuçlarını bir şartın gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi koşuluna bağlayabilir[693]. Böylesi bir tasarrufta mirasçılıktan çıkarmanın tüm koşulları kural olarak tasarrufun düzenlendiği anda mevcuttur. Ancak, mirasbırakan saklı paydan uzaklaştırmayı yalnızca gelecekte gerçekleşmesini beklediği (öngördüğü) ve belir-

---

688 BGE 78 II 208, 216.

689 Gubser, **a.g.e**, s.44.

690 Bu kararlar için bkz. §4.I.E.2.

691 Böyle bir tasarrufun geçerli olup olmayacağını yukarıda A başlığı altında incelemiş bulunmaktayız. Orada gerçekleşmesi beklenen bir fiil nedeniyle önceden çıkarma tasarrufu düzenlenmesi söz konusu idi. Örneğin: "Son zamanlarda bana saygısı azalan oğlumu, beni dövmeye kalkması halinde mirasçılığımdan çıkarıyorum".

692 Örneğin "beni döven ve kapı dışarı atan oğlumu, mirasçılığımdan çıkartıyorum. Benden özür dilemesi ve benimle yeniden ilgilenmesi halinde bu çıkarma tasarrufu dikkate alınmasın".

693 Stadler, **a.g.e**, s.27; Rohr, **a.g.e**, s.45; Bellwald, **a.g.e**, s.78; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Dural/Öz, **a.g.e**, s.204; Bessenich, **Art.477**, N.7; Antalya, **Miras**, s.218; Baydar, **a.g.t**, s.43. Çıkarma nedeninin gerçekleşmesi şartına bağlı mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geçerli kabul etmeyen yazarlar içinde, genel olarak şarta bağlı mirasçılıktan çıkarma yapılmasına cevaz vermeyenler: Ickowicz, **a.g.e**, s.82; Escher, **Art.477**, N.12.

lediği bir takım koşulların gerçekleşmesi durumunda uygulamak istemektedir[694]. Böylece çıkarma tasarrufunun şarta bağlanması, kopan aile bağlarının yeniden kurulmasını sağlayabilir.

Mirasbırakan kural olarak ölüme bağlı tasarrufu bir görevin yerine getirilmesine (yükleme) ya da bir şartın gerçekleşmesine bağlayabilir (MK m.515/I; ZGB Art.482 Abs.1). Böylece mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun hükümlerinin bir şart gerçekleştiği takdirde uygulanmayacağı ya da bir şart gerçekleştiği takdirde uygulanacağı şeklinde bir düzenleme yapma özgürlüğüne sahiptir[695].

1. Geciktirici Şarta Bağlı Mirasçılıktan Çıkarma

Bu ihtimalde mirasbırakan mirasçılıktan çıkarmanın tasarrufunun hükümlerini doğurmasını, kendisi tarafından belirlenen koşulların gelecekte gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi olasılığına bağlamaktadır. Mirasbırakan burada mirasçılıktan çıkarmanın nihai sonucunun gerçekleşmesinden önce bekleme arzusundadır; mirasçılıktan çıkarmanın hükümleri ertelenmiştir. Bu erteleme olumlu bir şarta ya da olumsuz bir şarta bağlanmıştır[696]. Tasarrufun hükümlerini doğurması olumlu geciktirici şarta bağlı mirasçılıktan çıkarmada (*Positive Suspensiv-/Aufschiebende Bedingung*) bir olayın ya da beklenen koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır[697]. Olumsuz geciktirici şarta bağlı mirasçılıktan çıkarmada (*Negative Suspensiv-/Aufschiebende Bedingung*) ise tasarru-

---

694 Gubser, **a.g.e**, s.46–47. Ekleyelim ki mirasçılıktan çıkarma nedeninin mirasın açılması anına dek gerçekleşmesinin yeterli olduğu görüşü kabul edilecek olursa, düzenleme tarihinde mevcut olmayan ve fakat mirasın açılmasından önce meydana gelmesi beklenen olay nedeniyle düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun da hükümlerini doğurmasının veya doğurmamasının şarta bağlanabileceği, kendiliğinden kabul edilmiş olur. Nitekim görüşümüz çerçevesinde biz bu sonucu da kabul etmekteyiz.

695 Bessenich, **Art.477**, N.7; Gubser, **a.g.e**, s.47. Meğer ki tasarruf, anlamsız, ahlaka ya da hukuka aykırı bir şarta bağlanmış olsun. Anlamsız, ahlaka ya da hukuka aykırı şartların sonuçları için bkz. §5.II.A.

696 Bellwald, **a.g.e**, s.78; Gubser, **a.g.e**, s.47.

697 Örnek: "Kızımız Carla'nın, uyuşturucu satın alabilmek için paramızı çalması bizi çok üzdü. Bu hareketi dolayısıyla onunla ilişkimizi kestik, çünkü ona olan güvenimiz tamamen sarsıldı. Eğer uyuşturucu bağımlılığından kurtulmak için başladığı terapiyi **bırakırsa** ya da ölümüme dek bir daha uyuşturucu **kullanırsa** mirasımdan hiçbir şey almasın" (Gubser, **a.g.e**, s.48). Diğer bir örnek: "Oğlum Peter, nedensiz yere karısını terk ederek onu iki çocuğuyla yüzüstü bıraktı ve bu yaptığı karşısında eşi ve çocukları için hiçbir nafaka ödemedi. Bu hareketi beni derinden yaraladı ve aramızdaki bağı koparan çok ağır bir acıya neden oldu. Eğer bu tavrı sürdürerek eşiyle her türlü görüşmeyi redd**ederse**, oğlumu mirasımdan tamamen çıkarıyorum". Bkz. BGE 46 II 7, 9 vd; Gubser, **a.g.e**, s.48. Bir başka örnek de mirasbırakanın, zina yapmış olan eşinin mirasçılıktan çıkartılmasını, zinayı tekrarlaması şartına bağlamasıdır: Dural/Öz, **a.g.e**, s.204; benzer örnek için bkz. Oğuzman, **a.g.e**, s.213, dn.574a.

fun hüküm doğurması, olay ya da beklenen koşulların gerçekleşmemesine bağlanmıştır[698].

2. Bozucu Şarta Bağlı Mirasçılıktan Çıkarma

Bu ihtimalde mirasbırakan mevcut bir olay nedeniyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemekte ve bu tasarrufta, aile bağlarını koparan mirasçının bu bağı yeniden kurmak için kendisi (mirasbırakan) tarafından belirlenen iyi bir davranışta bulunması ya da kötü bir davranıştan kaçınması halinde, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun hükmünü yitireceğini belirtmektedir[699]. Söz konusu şart gerçekleşene dek mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yürürlüktedir. Eğer çıkarılanın bir davranışta bulunması tasarrufu hükümsüz kılacaksa olumlu bozucu şarta bağlı mirasçılıktan çıkarma (*Positive Resolutivbedingung*)[700], yok eğer çıkarılanın bir davranıştan kaçınmaması tasarrufu hükümsüz kılacaksa olumsuz bozucu şarta bağlı (*Negative Resolutivbedingung*) mirasçılıktan çıkarma söz konusu olur[701].

---

698 Örnek: "Oğlum, on yıldan daha fazla süredir bulunduğum bakım evinde geçirdiğim zaman içerisinde sayısız ısrarlarıma rağmen beni hiç ziyarete gelmedi. Bundan dolayı benim gözümde ailesel destekleme yükümünü çok ağır derecede ihlal etti. Eğer ölümüme dek benimle görüşmez ve hiç beni ziyarete gel**mezse**, mirasımdan hiçbir şey almasın" (Gubser, **a.g.e**, s.48). Diğer bir örnek: "Oğlum 23 Ağustos 1989'da benden para çaldı ve parayı bir kumarhanede ziyan etti. Onun bu hareketi beni derinden yaraladı. Eğer benden çaldığı 3.000 Frankı faiziyle beraber geri öde**mezse** ve benden özür dile**mezse**, mirasımdan bir şey almasın" (**a.g.e**, s.48). Başka bir örnek: Mirasbırakan tasarrufunda, oğlunu işlediği ağır suç nedeniyle, eğer o kendisinden af dile**mezse**, mirasçılıktan çıkaracağını açıklamıştır. Eğer mirasçı, bu koşulu yerine getirirse mirasçılıktan çıkarma hükümlerini doğurmaz. Buna karşılık oğlunun af dilemesinden sonra, mirasbırakan söz konusu mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu korumaya devam ederse, oğul bu tasarrufu tenkis ettirebilir: Rohr, **a.g.e**, s.45; Bellwald, **a.g.e**, s.78; Gubser, **a.g.e**, s.48.

699 Stadler, **a.g.e**, s.74; Brühlmeier, **a.g.e**, s.70; Oğuzman, **a.g.e**, s.213, dn.574a; Dural/Öz, **a.g.e**, s.204; Bellwald, **a.g.e**, s.78; Gubser, **a.g.e**, s.49.

700 Örnek : "Kendisine saldırdığı için oğlunu mirasından çıkartan bir babanın, onun zayıfları koruma vakfı **kurması halinde** ıskatın geçersiz olacağını öngörmesi" (Dural/Öz, **a.g.e**, s.204'ten). Diğer bir örnek: Mirasbırakanın "mevcut ıskat sebebi uyarınca ıskat ettiği mirasçının, belirttiği bir başarıyı **göstermesi halinde** ıskatın hükümsüz kalmasını" öngörmesi (Oğuzman, **a.g.e**, s.213, dn.574a'dan). Başka bir örnek: "Mirasbırakan M'ye çok yakın olan Y'ye karşı hırsızlık suçu işleyen oğlu A'yı mirasçılıktan çıkaran M'nin, Y'nin A'yı **bağışlaması halinde** mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun hükümsüz kalacağını öngörmesi" (Bellwald, **a.g.e**, s.78'den). Başka bir örnek: "Kızım Ayşe'yi, 10 Eylül 2008 tarihinde eşimin eşyalarını çaldığı için mirasçılıktan çıkarıyorum. Beni olağanüstü derecede şaşırtan ve üzen bu olay nedeniyle onunla olan her türlü bağımı koparmak zorunda kaldım. Ama eğer 2008 yılının sonuna dek kızım, eşimden af dil**erse** ve çaldığı parayı beş yıl içinde geri öd**erse**, ona saklı payını geri kazandırmak ve mirasçılıktan çıkarma tasarrufumu hükümsüz kılmak istiyorum" (Gubser, **a.g.e**, s.49'dan uyarlanmıştır).

701 Örnek: "Kızım Leyla, beni düzenli bir şekilde ziyaret etmesi için kendisine yalvarmama rağmen, bundan on iki yıl önce yalnızca bir kez çocuklarıyla birlikte Ramazan Bayramında kısa bir ziyarette bulundu. Oysa huzurevinden yalnızca 30 dakika uzaklıkta oturan kızımın, bu arzumu yerine getirmesi için her zaman yeterli olanağı vardı. Ben kendim dahi kızımı yaşlılıktan kaynaklanan rahatsızlıklarım

nedeniyle götürüldüğüm klinik dışında hiç görmedim. Biricik kızımın yalvarışlarımı reddeden kaba tavırları ve kötü sözleri, beni ayrıca derinden yaraladı. Bu davranışları nedeniyle ona miras bırakmak istemiyor ve onu tamamen mirasçılığımdan çıkartıyorum. Eğer kızım, gelecekte en az yılda bir kez ziyaretime gel**mezse**, iş bu mirasçılıktan çıkarma tasarrufu hükümsüz olsun" (Gubser, **a.g.e**, s.49'dan uyarlanmıştır).

§ 3. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN SONUÇLARI

Bu bölümde şekli ve maddi koşulları bakımından geçerli olan mirasçılıktan çıkarmanın hukuki sonuçları ele alınacaktır. Mirasçılıktan çıkarmanın, çıkarılanın mirasçılık durumuna etkisi ile çıkarılanın miras payına olan etkisi ayrı ayrı ele alınacak ve bu bağlamda çıkarmanın tam ya da kısmi olmasına göre değişen farklı sonuçlara değinilecektir. Mirasçılık durumuna olan etki, mirasçılığa bağlanan haklarla ilgilidir. Miras payına olan etki ise, mirasbırakanın çıkarmaya konu miras payı üzerinde başkalarına bir kazandırmada bulunup bulunmamasına göre, bir yandan diğer mirasçıların miras payını, öte yandan saklı payları ve mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü (tasarruf oranını) ilgilendirmektedir.

I. ÇIKARILANIN HUKUKİ DURUMU

Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin mirasçılık durumu ve buna bağlanan sonuçlar, çıkarmanın tam ya da kısmi olmasına göre değişmektedir.

A. TAM CEZAİ ÇIKARMANIN ETKİSİ

Uygulamadaki tecrübelere göre mirasçılıktan çıkarmaya başvuran mirasbırakan, bu yaptırımı tam olarak (tam cezai mirasçılıktan çıkarma) uygulamak istemektedir.

1. Miras Hakkının Ortadan Kalkması ve Buna Bağlı Sonuçlar

Mirasçılıktan tamamen çıkarılan kimse, kural olarak mirasçılığa bağlanan hakları kullanamaz[1]. Çıkarılan mirasçı sanki[2] mirasbırakanın yakın soybağı ya da evlilik bağı

---

1 Tongsir, **a.g.t**, s.49; Gubser, **a.g.e**, s.133; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.184; Ayan, **a.g.e**, s.149; HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687).
Tarımsal işletmeler bakımından bir konuya burada yeri gelmişken değinmek gerekir. MK m.659/I gereğince, "terekede bulunan, ekonomik bütünlüğe ve yeterli tarımsal varlığa sahip bir tarımsal işletme, işletmeye ehil mirasçılardan birinin istemde bulunması halinde bu mirasçıya gelir değeri üzerinden bölünmeksizin özgülenir". MK m.662/I gereğince ise, "işletmenin kendisine özgülenmesini isteyen ve buna ehil olduğu anlaşılan mirasçının bu konudaki istem hakkı, ölüme bağlı tasarrufla ortadan kaldırılamaz". Buna karşılık, mirasçılıktan çıkarma ve feragat şeklindeki ölüme bağlı tasarruflar MK m.662/I hükmünde öngörülen yasağın istisnasını teşkil eder (MK m.662/II).
Bununla birlikte kurala istisna olarak terekeyi koruyucu önlemler bakımından, farklı değerlendirmeler için bkz. §3.I.A.3.

2 Elbette çıkarmanın aile bağı üzerinde bir etkisi olmayıp, burada yapılan bir benzetmeden ibarettir.

içerisinde yer almıyormuşçasına[3], mirasbırakanın ölümü anında[4] **mirasçılık sıfatını yitirir**[5] ya da daha isabetli bir ifadeyle, çıkarılan mirasçı, mirasbırakanın ölümü anında mirasçılık sıfatını kazanamamıştır. Kanunkoyucu çıkarılan kişi için "mirasçı" nitelemesini kullanmaya devam etmekte ise de, aslında çıkarılan kişinin mirasbırakanın ölümü anında mirasçı olma ihtimali olan kişi durumundadır. Zira çıkarılanın mirasçı olabilmesi ancak çıkarma tasarrufunu tenkis veya iptal ettirmesi ile mümkün hale gelebilecektir[6]. Bu sebeple bu süreçte çıkarılanın tereke malları üzerinde elbirliği halinde mülkiyet hakkı ya da miras ortaklığına katılma ve miras ortaklığından doğan yetkileri kullanma hakkı kural olarak bulunmamaktadır[7].

Mirasçılıktan tam çıkarma tasarrufu yalnızca saklı payı değil, **tüm miras payını** ortadan kaldırmaktadır (MK m.511/I). Gerçi mirasbırakan saklı pay dışındaki kısımda zaten her zaman dilediği tasarrufta bulunabilir. Tam çıkarmada çıkarılan ayrıca saklı payı talep hakkını da kaybettiği için terekeden herhangi bir değer alamamaktadır. Mi-

---

3 Weimar, **Art.477**, N.3. Mirasçılık sıfatının mirasbırakanın ölüm anına göre belirlenmesinin bir sonucu olarak, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin, mirasbırakandan önce ölmesi halinde, mirasçılık sıfatının kaybı, çıkarma tasarrufu nedeniyle değil, ölüm nedeniyle olacaktır: Baydar, **a.g.t**, s.55. Ayrıca bkz. §5.III.

4 İsviçre'deki Graubünden Kanton Mahkemesi'nin aksi yöndeki bir karar için bkz. PKG Jg. 1969 147 (74) (Bellwald, s.97 dn.3'ten). Kararda mirasçılıktan çıkarılan kimsenin, mirasçılıktan çıkarılmış olduğunun mahkeme kararıyla tespit edileceği ana kadar mirasçı gibi kabul edileceği; bu nedenle mahkeme kararına kadar çıkarılanın paylaşma talep edebileceği ve paylaşmaya katılabileceği ifade edilmiştir. Karş. Brühlmeier, **a.g.e**, s.71.

5 Rohr, **a.g.e**, s.62; Ickowicz, **a.g.e**, s.84; Reinold Raemy, **Das Pflichtteilsrecht und die Erbenqualität**, Diss. Freiburg 1982, s.44, 77 vd; Tuor, **Art.478**, N.1; Köprülü, **a.g.e**, s.285; İmre/Erman, **a.g.e**, s.239; Berki, **a.g.e**, s.44; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.315; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.178; Druey, **a.g.e**, §6, N.57; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.179; Bellwald, **a.g.e**, s.97; Bessenich,, **Art.478**, N.1; Schaufelberger, in **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing& Lichtenhahn, 2007, **Art.602**, N.5; Gubser, **a.g.e**, s.133; Weimar, **Art.477**, N.3; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.110. Escher, **Art.478**, N.2 (yazar daha önceki basısında mirasçılıktan çıkarma mahkemece tespit edilene dek çıkarılanın mirasçı kalacağını savunmakta iken (bkz. 2. Aufl., s.193), sonraki basıda görüş değiştirerek hâkim fikre katılmıştır).
Dural/Öz'e göre, mirasçılıktan çıkarma, feragat, yoksunluk hallerinde mirasçı mirasbırakanın ölümü anında mirasçı sıfatını kazanamamıştır. Buna karşılık redde ise mirasçı, geçmişe etkili olarak mirasbırakanın ölüm anından itibaren mirasçı sıfatını yitirir (**a.g.e**, s.315).

6 Kanunun mirasçı sıfatını her yerde aynı anlamda kullanmadığı, bazı hükümlerde mirasçılık konusunda beklenen bir hakkın (*virtuellen Erben*) (-ya da kanımızca bazen beklentinin-), bazı hükümlerde ise gerçek mirasçılığın (*tatsächlichen Erben*) kast edildiği yönünde: BGE 116 II 39.

7 Elbette, çıkarılan mirasçının mirasbırakandan daha önce ölmesi halinde, mirasbırakan, -evlatlık ilişkisi hariç-, çıkardığı mirasçıya intikal kuralları gereğince mirasçı olabilir. Onun mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemiş olması, çıkardığı mirasçının mirasından feragat ettiği anlamına gelmez.

rasçılık sıfatının kaybı yanında, böylece bir malvarlığı hakkı olan miras payını talep etme hakkı da ortadan kalkmış olmaktadır[8].

Yine tam çıkarılanın, mirasçılara tanınan yasal yollara başvurma hakkı kural olarak[9] bulunmamaktadır. Meğer ki çıkarılan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptali ya da saklı paydan uzaklaştırmanın iptali (tenkis) davasını kazansın[10].

Kanunda, her nedense özel olarak yer alan hükme göre, «*mirasçılıktan çıkarılan kimse, (...) tenkis davası da açamaz*» (MK m.511/I). Doğal olarak mirasın dışına itildiği için saklı pay hakkını yitiren çıkarılan, bu hakkı elde etmeye yönelik olan **tenkis davasını** (MK m.560–571) açma hakkını da kendiliğinden yitirecektir. O nedenle ayrıca böyle bir hükme yer verilmiş olması gereksizdir[11]. Kaldı ki çıkarılan, sadece söz konusu tenkis davasını açma hakkını değil, aynı zamanda ölüme bağlı tasarrufların iptali (MK m.557–559), miras sebebiyle istihkak ya da paylaşma (taksim) davası gibi mirasçılığa **bağlı diğer davaları açma hakkını da yitirir**[12]. Bununla birlikte, çıkarıla-

---

8 Escher, **Art.478**, N.1; Tongsir, **a.g.t**, s.49; Staehelin, **Art.470**, N.4; Weimar, **Vorbem. Art.470**, N.15; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.187; Gubser, **a.g.e**, s.135; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.375–376; Berki, **a.g.e**, s.44; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.184; BGE 125 II 40; OGer-ZH, **ZR** 1996, s.105.

9 İstisnaen, çıkarılanın terekenin korunması önlemleri alınmasını talep edebileceği, İsviçre öğretisinde savunulmaktadır. Bkz. §3.I.A.3.a. Yine Yargıtay, mirasçılıktan çıkarılan kişinin mirasçılık (veraset) belgesi isteyebileceğini kabul etmektedir. Bkz. §3.I.A.3.b.

10 Çıkarılan mirasçının çıkarma tasarrufuna karşı açtığı iptal ya da tenkis davasını kaybetmesi ya da bu dava için öngörülen hak düşürücü süreyi geçirmiş olması durumunda mirasçılık hakkı ölüm anından itibaren ortadan kalkmış olacaktır. Aynı yönde Bellwald, **a.g.e**, s.98.

11 Tongsir, **a.g.t**, s.49. Burada kastedilen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun ortadan kaldırılmasını hedef alan davalardan biri olan tenkis davası değil, genel olarak saklı payı aşan tasarrufların saklı pay oranında ortadan kaldırılmasını sağlayan alelade tenkis davasıdır. Katıldığımız görüşe göre, yanlış anlaşılmaya müsait ve gereksiz olan MK m.511/I hükmünün "tenkis davası açamaz" şeklinde ifade edilen kısmı, *de lege ferenda* olarak madde metninden çıkarılmalıdır. İsviçre Hukuku bakımından aynı görüşte: Gubser, **a.g.e**, s.134.
Ayrıca belirtelim ki, çıkarılanın mirasbırakana göre saklı paylı altsoyu, selefinin mirasçılıktan çıkarılması nedeniyle mirasçı olmuşsa, onun kendi saklı payını aşan kazandırmalar için tenkis davası açabileceği kuşkusuzdur. Aynı yönde: 2.HD 13.5.1996, 4486/4986 (**HukukTürk**) ve HGK 21.5.1997, 2–161/445 (**HukukTürk**). Buna karşılık Yargıtay uygulamasına göre tenkisi istenen çıkarma tasarrufunun geçerli olup olmadığı kesinleşmeden, çıkarılanın altsoyunun mirasçılığı kesinleşmeyeceğinden, bu süreçte çıkarılanın altsoyunun tenkis davası açma hakkı yoktur: 2.HD 2.12.1975, 6625/7531 (**HukukTürk**).

12 Gubser, **a.g.e**, s.133; Schaufelberger, **Art.602**, N.5; Raemy, **a.g.e**, s.99; Baydar, **a.g.t**, s.55; Fahrettin Aral, **Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1979, s.129.

nın, kendi aleyhine düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna karşı mirasçılıktan çıkarmanın iptali ya da tenkisi davası açma hakkı elbette saklıdır[13].

Mirasçılar, tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar (MK m.645). Mirasçılık sıfatını kaybeden çıkarılan, mirasçılık sıfatına bağlanan yükümlülükler (tereke borçları) nedeniyle müteselsilen ve kişisel malvarlığı ile sorumlu olmaktan çıkar[14]. Meğer ki açtığı dava sonucunda aldığı çıkarmanın tenkisi veya iptali hükmü ile mirasçılık sıfatını kesin olarak kazansın.

Yalnızca yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler (MK m.669/I). Bu durumda, sağlığında mirasbırakan tarafından çıkarılana yapılmış olan sağlararası karşılıksız kazandırmalar, mirasta denkleştirme hükümlerine (MK m.669–675) tâbi olmayacaktır. Çünkü çıkarılan, mirasçılık sıfatını kaybettiğinden ve mirasbırakana göre üçüncü kişi statüsüne girdiğinden, **denkleştirme yükümlüsü olmaktan çıkar**[15].

Buna karşılık mirasın açılmasından önce veya sonra mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçıya ait **geri verme yükümlülüğü, çıkarılanın yerini alan mirasçılara, miras paylarında meydana gelen artış oranında geçer** (MK m.670). Böylece kanun koyucu, diğer mirasçıların saklı payları dışında yoksun kalabilecekleri miras haklarını te-

---

13 Rohr, **a.g.e**, s.61; Bessenich,, **Art.478**, N.1; Bellwald, **a.g.e**, s.98; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.187; Gubser, **a.g.e**, s.134; Berki, **a.g.e**, s.44. Mirasçılıktan çıkarmanın iptali ya da tenkisi için bkz. §5.I ve §5.II.

14 Escher, **Art.478**, N.1; Bellwald, **a.g.e**, s.97; Schaufelberger, **Art.602**, N.5; Staehelin, **Art.470**, N.4; Druey, **a.g.e**, §6, N.40, 12; Bessenich,, **Art.478**, N.1; Raemy, **a.g.e**, s.83; Gubser, **a.g.e**, s.134; Berki, **a.g.e**, s.44. Ayrıca bkz. ZGB Art.603, Abs.1; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.184.

15 Escher, **Art.478**, N.3; Oğuzman, **a.g.e**, s.328; İmre/Erman, **a.g.e**, s.239–240, dn.22; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.376; Bellwald, **a.g.e**, s.98; Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.182; Bessenich,, **Art.478**, N.1; Rolando Forni/Giorgio Piatti, in **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Art.457–977 ZGB, Art.1-61 SchlT, ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007, **Art.626**, N.2; Gubser, **a.g.e**, s.135; Baydar, **a.g.t**, s.69; Ayan, **a.g.e**, s.161; Antalya, **Miras**, s.474.
İnan/Ertaş/Albaş'a göre, çıkarılan mirasçı, daha önce mirasbırakandan karşılıksız (ivazsız) kazandırmalar edinmiş olabilir. Buna rağmen çıkarılanın, diğer mirasçılara karşı denkleştirme yükümlülüğünden (MK m.669) ve tereke borçlarından kurtulması, mirasçılıktan çıkarmayı bir ceza değil, aksine bir ödül durumuna sokabilir. Hatta mirasbırakan bir mirasçıya sağlığında miras payını devrettikten sonra onu mirasçılıktan çıkarıp, tereke borçlarından kurtarabilir. Bu sonucu engellemek için mirastan feragate ilişkin MK m.530 hükmü, burada da kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Böylece çıkarılan, tıpkı feragat eden gibi, mirasbırakanın sağlığında kendisine yapmış olduğu karşılıksız kazandırmalar oranında tereke borçlarından sorumlu tutulmalıdır (**a.g.e**, s.382).

minat altına almış olmaktadır. Bunun sonucunda MK m.670 hükmü, MK m.565 hükmünü tamamlamaktadır[16].

Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin fiili hâkimiyetinde hâlâ bir takım tereke mallarının ya da tereke kapsamında yer alan diğer hakların (alacak hakları, fikri ve sınaî haklar vs.) bulunması mümkündür. Bu durumda denkleştirme yükümlülüğünden kurtulan **çıkarılan mirasçıya karşı, diğer mirasçıların başvuracağı bir takım hukuki yollar** söz konusu olacaktır. Öncelikle mirasçılardan her biri tereke üzerindeki haklarının korunmasını isteyebilir (MK m.640/IV ve 702/son)[17]. Öte yandan mirasbırakanın sağ olması halinde bizzat açabileceği bir takım davaları, yasal mirasçılar da külli halefiyet prensibi gereğince çıkarılana karşı açabilirler[18]. Yine mirasçılardan her biri, tereke kapsamındaki mal veya hakkı elinde bulunduran çıkarılana karşı miras sebebiyle istihkak davası açabilir (MK m.637–639)[19].

2. Mirasçılıktan Çıkarma Tasarrufunun Çıkarılana Yapılan Önceki Kazandırmalara Olan Etkisi

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan sonra mirasbırakanın, çıkarılana önceden yapmış olduğu sağlararası karşılıksız kazandırmaların ya da ölüme bağlı kazandırmaların[20] akıbetinin ne olacağı sorunuyla karşılaşılır[21]. MK m.565/I, b.1 gereğince denkleştirme yükümlüsü olan çıkarılana yapılan **mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan önceki karşılıksız sağlararası kazandırmaların (bağışlamaların)**, saklı paylı mirasçıların saklı paylarını aştığı oranda tenkis edilmeleri talep edilebilecektir. Çıkarılanın denk-

---

16 Baydar, **a.g.t**, s.69. Ayrıca bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.315 vd; İmre/Erman, **a.g.e**, s.504.

17 Akkanat, **a.g.e**, s.168; Baydar, **a.g.t**, s.70.

18 Dural/Öz, **a.g.e**, s.426; İmre/Erman, **a.g.e**, s.388; Cem Akbıyık, **Miras Sebebiyle İstihkak Davası**, İstanbul, Der, 2003, s.35 ve 81; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.535; Antalya, **Miras**, s.430; Baydar, **a.g.t**, s.70. Örneğin istihkak, tapu kütüğünün düzeltilmesi, el atmanın önlenmesi, taşınır davaları, zilyetliği koruyan davalar ile alacak hakkından kaynaklanan davalar vs. Bu davalar yasal mirasçılardan her biri tarafından açılabilir ve çıkarılan mirasçının tereke kapsamında yer alan söz konusu malları ya da hakları iade etmesi sağlanır.

19 Akbıyık, **a.g.e**, s.99 ve 169; Baydar, **a.g.t**, s.70. Bu dava yasal ve atanmış mirasçılara tanınmış özel bir imkândır ve terekenin bütününe yönelik külli bir dava niteliğindedir. Terekenin bütününe yönelik olarak açılabilmesi, ispat kolaylığı sağlaması ve hakkın korunmasını sağlayan önlemlere özel olarak yer vermesi (MK m.637/son), miras sebebiyle istihkak davasını daha işlevsel kılmaktadır (Akbıyık, **a.g.e**, s.82; Baydar, **a.g.y**).

20 Mirastan yoksunluk halinde, yoksun mirasçıya mirasbırakanın daha önceden yaptığı ölüme bağlı kazandırmaların hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır (MK m.578/I, c.1).

21 Çıkarılana mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan sonra yapılan ölüme bağlı ve sağlar arası kazandırmaların cezai çıkarmaya etkisi için bkz. §4.II.A.2.a ve §4.III.

leştirme yükümlüsü sıfatını kaybetmesi (MK m.669) karşılığında, ona yapılan kazandırmalar tenkise tabi tutulmaktadır[22]/[23]. Aksi mirasbırakan tarafından belirtilmedikçe, **altsoy**a yapılan kazandırmalar denkleştirmeye tabidir. Altsoy mirasçılıktan çıkarıldığında, denkleştirme yükümlülüğü sona erecek ve altsoy hakkında MK m.565/I, b.1 gereğince tenkis hükümleri uygulanacaktır. Buna karşılık **altsoy dışındaki "diğer mirasçılar"** açısından, mirasbırakan aksini belirtmemişse, denkleştirme yükümlülüğü yoktur[24]. Şu halde diğer mirasçılar açısından, onlara yapılan kazandırmaların miras paylarına mahsuben yapıldığı, yani denkleştirmeye tabi olduğu mirasbırakan tarafından bildirilmişse, mirasçılıktan çıkarma üzerine denkleştirme yükümlülüğü kalkacak ve MK m.565/I, b.1 gereğince bu kazandırmalar tenkise tabi tutulacaktır. Eğer mirasbırakan, diğer mirasçıları denkleştirme yükümlüsü kılmamışsa, zaten onlara yapılan kazandırmalar, denkleştirme kapsamında yer almaz.

---

22 Escher, **Art.478**, N.3; Tuor, **Art.478**, N.2; Oğuzman, **a.g.e**, s.328, dn.304; İmre/Erman, **a.g.e**, s.239–240, dn.22; Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.182; Bellwald, **a.g.e**, s.98; Gubser, **a.g.e**, s.135; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.376; Baydar, **a.g.t**, s.69; 2.HD 2.12.1975, 6625/7531 (**HukukTürk**).

23 Burada üzerinde düşünülmesi gereken diğer bir konu da mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yanı sıra sağlararası bir hukuki işlem olan bağışlamanın geri alınması koşullarının gerçekleşmiş olması durumudur. Mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan davranışlar, aynı zamanda bağışlamanın geri alınması (rücu) nedeni olarak kanunda sayılmıştır (BK m.244/b.1 ve b.2). BK m.246/I gereğince bağışlayan, bağışlamanın geri alınması nedenini öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde bağışlamayı geri alabilir. BK m.246/II gereğince bağışlayan sene geçmeden vefat ederse, dava açma hakkı mirasçılara intikal eder ve mirasçılar senenin sona ermesine kadar bağışlamayı geri alabilirler. Ancak bağışlayanın, geri alma iradesini bağışlanana yöneltmesi gerekir. Yoksa salt mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun var olması, bağışlamayı kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Aynı yönde Tongsir, **a.g.t**, s.51. Öyleyse bağışlayan, çıkarma nedenini öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde bağışlamayı geri alma beyanında bulunmamışsa, bağışlama varlığını koruyacaktır. Bu durumda bağışlayanın ölümünden sonra söz konusu bağışlama niteliğindeki kazandırma, koşulları varsa, MK m.565 gereğince tenkise tabi olur. Eğer bağışlayan, geri alma beyanında bulunduktan sonra ölmüş ya da bir yıllık süre dolmadan önce bağışlayanın ölümü üzerine mirasçılar geri alma beyanında bulunmuşlarsa, bu durumda artık söz konusu tasarruf MK m.565 gereğince tenkise tabi olmaktan çıkar. Zira bağışlamanın geri alınması gerçekleşmiş olacağından, bağışlamaya konu şeyin terekeye iadesi gerekecek ve söz konusu şey tereke aktifinde yer alacaktır.
Tenfizi bağışlayanın ölümüne tabi bağışlama için de mirasbırakan ya da mirasçılar bir yıl içerisinde mirasçılıktan çıkarma nedenine bağlı olarak, aynı şekilde, bağışlama sözleşmesini geri alabilirler ve bağışlama konusu şey, ölüm anındaki durumuna göre terekede yer alır. Ancak mirasbırakan ya da mirasçılar bağışlamayı geri almamışsa, bu durumda tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, BK m.240/II hükmü gereğince ölüme bağlı tasarruflar gibi, sağlar arası kazandırmalardan önce ve diğer ölüme bağlı kazandırmalarla orantılı olarak tenkis edilmesi gerekir. Bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.281.

24 Ayrıca bkz. MK m.669/II, 674, 675/I. Denkleştirmeye tabi sağlar arası kazandırmaların tereke hesabında yer alacağına ilişkin kanunda açıkça bir hüküm bulunmamakta ise de, öğreitde bu kazandırmaların terekeye eklenecek değerler arasında yer alaması gerektiği konusunda tereddüt yoktur: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.379; Köprülü, **a.g.e**, s.298; Oğuzman, **a.g.e**, s.220; Baygın, **Tasarruf Nisabı**, s.150–151.

Bir görüş[25], diğer yasal mirasçılar için miras payına mahsuben yapılmamış bulunan kazandırmaların da MK m.565/I, b.1 kapsamında, yani süresiz tenkise tabi olması gerektiğini savunur. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre[26] ise, bu sonuncu tür kazandırmaların, MK m.565/b.3 gereğince üçüncü kişilere yapılan kazandırmalar gibi, ölümden itibaren geriye dönük bir yıl içerisinde yapılmış olmaları kaydıyla veya b.4 koşulları gereğince tenkise tabi olacakları kabul edilmektedir. Şu halde diğer mirasçılar kapsamında kalan anne, baba veya eş mirasçılıktan çıkarıldığında, onlara yapılan kazandırmaların denkleştirmeye tabi tutulacağı belirtilmedikçe, MK m.565/b.1 uygulanmayacağına göre, mirasçılıktan çıkarma durumunda da MK m.565/b.1 değil, b.3 veya b.4 uygulanabilir. Keza mirasbırakan tarafından altsoyun denkleştirmeye tabi tutulmayacağı belirtilmişse, yine MK m.565/I, b.1 hükmünün değil, b.3 veya b.4 hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmek gerekir. Kısacası, mirasçılıktan çıkarılanlar ya da başkaca sebeple mirasçı sıfatını yitirenler açısından b.1 hükmünde yer verilen kıstas, bunlar evvelce "denkleştirme yükümlüsü iken", mirasçı sıfatının kaybı üzerine bu yükümlülüğü yitirmeleridir.

Öte yandan mirasbırakan tarafından, çıkarılan kimseye, **mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan önce ölüme bağlı kazandırma** yapılmışsa, çıkarmanın bu tasarruflara etki edip etmeyeceği konusu üzerinde düşünmek gerekir. Mirasbırakan önceki vasiyetname ile yaptığı ölüme bağlı kazandırmayı, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda açık bir biçimde geri aldığını beyan etmişse (MK m.542/I), önceki vasiyetnamede yer alan ölüme bağlı kazandırmanın hüküm doğurmayacağı açıktır. Buna karşılık, mirasbırakan önceki vasiyetname ile yaptığı ölüme bağlı kazandırmayı geri aldığını, sonraki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda beyan etmemişse, bu durumda MK m.544/I hükmünün, mirasçılıktan çıkarma bakımından nasıl yorumlanacağı sorunu ile karşılaşılır. MK m.544/I gereğince, "*mirasbırakan, önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmaksızın yeni bir vasiyetname yaparsa, kuşkuya yer bırakmayacak surette önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça, sonraki vasiyetname onun yerini alır*". Katıldığı-

---

25 Escher, **Art.527**, N.10; Tuor, **Art.527**, N.4a; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.35, dn.26; Baygın, **Tasarruf Nisabı**, s.158.

26 Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.388 ve dn.40'da anılan yazarlar; Eren, **Tenkis**, s.72.

mız görüşe göre[27], önceki vasiyetnamenin olumlu, sonraki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun olumsuz içeriği karşısında, sonraki çıkarma tasarrufunun önceki ölüme bağlı kazandırma tasarrufunu tamamlamadığı kuşkusuzdur. Bu nedenle, sonraki mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile önceki *vasiyetname şeklindeki ölüme bağlı kazandırma* geri alınmış sayılmalıdır[28]/[29].

Önceki ölüme bağlı kazandırmanın miras sözleşmesi şeklinde yapılması halinde, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun önceki miras sözleşmesini hükümsüz kılıp kılmadığı konusu, özellik arz eder. Cezai mirasçılıktan çıkarma nedenleri, aynı zamanda mirasbırakana miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma yetkisi verir (MK m.546/II). Mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan fiil nedeniyle mirasbırakan, miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırdığını açık bir irade beyanıyla karşı tarafa yöneltmişse, sorun yoktur; miras sözleşmesi hükümsüz kalır. Buna karşılık, mirasbırakanın önceki miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma iradesini, sözleşmenin karşı tarafına yöneltmediği durumlarda, miras sözleşmesinin hükümsüz kalıp kalmayacağı sorunu ile karşılaşılır. Bir görüşe göre[30], tam cezai çıkarma, daha önce miras sözleşmesi yoluyla yapılan ölüme bağlı kazandırmayı geçersiz hale getirir. Diğer görüşe göre ise[31], mirasçılıktan çıkarma iradesinin, aynı zamanda miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma iradesini de kendiliğinden içerdiği kabul olunamaz. İki taraflı ölüme bağlı hukuki bir işlem olan miras sözleşmesinden, serbestçe dönüle-

---

27 Baydar, **a.g.t**, s.56–57; karş. Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.179. Geri alma ile ilgili olarak bkz. §4.II.

28 Bu noktada mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun sonradan iptal edilmiş ya da tenkis edilmiş olması halinde, durumun ne olacağının belirlenmesi gerekir. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu iptal edilmişse, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu tamamen ortadan kalkacağından, önceki vasiyetname şeklindeki ölüme bağlı kazandırma geçerlidir. Bununla birlikte MK m.512/III gereğince mirasçılıktan çıkarma tasarrufu tenkis edildiğinde, çıkarılan kendisine düşen saklı payı talep etme hakkına kavuşur. Hatta kendisine yapılan kazandırmaların saklı payı aşan kısmı tenkise tabi olur (MK m.561). Bu durumda tenkis edilen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun saklı pay dışında kalan kısmını kanun koyucu tasarruf özgürlüğü kapsamında gördüğüne ve bu kısım bakımından aslında bir "alelade mirastan uzaklaştırma" tasarrufu geçerliliğini sürdürdüğüne göre, bu alelade mirasçılıktan uzaklaştırma tasarrufunun yine önceki vasiyetname şeklindeki ölüme bağlı kazandırmayı kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tamamlaması söz konusu olmayacaktır. O halde kanımızca MK m.512/III gereğince tenkise uğrayan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun önceki ölüme bağlı kazandırmayı hükümsüz kıldığı kabul edilmek gerekir. İptal ve tenkis için bkz. §5.I ve II.

29 Önceki vasiyetnamede farklı kişilere yapılmış birden fazla kazandırma varsa, elbette sonraki çıkarma tasarrufunun yalnızca çıkarılana yapılan kazandırmanın geri alınmış sayılması şeklinde yorumu mümkündür. Yoksa çıkarma tasarrufu ile önceki diğer tüm kazandırmalar da birlikte geri alınmış sayılmaz.

30 Tongsir, **a.g.t**, s.49.

31 Baydar, **a.g.t**, s.57.

bilmesi kural olarak mümkün değildir. Mirasbırakan, açıkça mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin gerçekleşmesi nedeniyle miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma iradesini karşı tarafa yöneltmedikçe, sadece tek taraflı mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun varlığı, miras sözleşmesini tek başına hükümsüz kılmaya yetmez.

Mirasbırakanın tek taraflı ortadan kaldırma beyanında bulunması şart ise de, bu beyanın onun ölümünden önce, karşı sözleşene varması şart değildir. Mirasbırakanın ölümünden sonra da en geç mirasın açılması sırasında bu beyan karşı sözleşene ulaştırılabilir. Fakat mirasçılar, mirasbırakanın yerine geçerek bu beyanda bulunamazlar. Tek taraflı ortadan kaldırma hakkı mirasbırakana aittir. Şu halde mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, tek taraflı ortadan kaldırma beyanı olarak yorumlanmasının mümkün olup olmayacağı, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Fakat çıkarma tasarrufu, tek taraflı ortadan kaldırma beyanı olarak yorumlanmasa bile, kanımızca, çıkarılan kişinin aynı zamanda miras sözleşmesi yoluyla lehine kazandırma bulunulan kişi[32] olması durumunda, çıkarma nedeni oluşturan fiile hukuka aykırı ve kusurlu iradesiyle yol açan bu kimsenin, geçerli bir miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma beyanının mevcut olmadığını ileri sürmesi, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilir (MK m.2). Hayatın olağan akışı gereği, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkardığı kimseye olan önceki ölüme bağlı kazandırmasını da geri alma arzusu içerisinde olacağı kuşkusuzdur. Meğer ki aksini, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda açıklamış olsun[33]/[34].

Çıkarma tasarrufunun bu tasarruftan önceki kazandırmalara etkisi bakımından son olarak, geride mirasçılıktan çıkarılan kimseden başka saklı paylı mirasçı bulunmaması

---

32 Bu kişi, miras sözleşmesinin karşı sözleşeni veya üçüncü kişi yararına miras sözleşmesinde, lehine kazandırma yapılan üçüncü kişi (lehtar) olabilir.

33 Keza mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturan fiil, aynı zamanda mirastan yoksunluk nedeni de oluşturuyorsa MK m.578/I gereğince yoksun olan kimseye yapılan ölüme bağlı kazandırmalar hükümsüzleşir.

34 Bu noktada, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptal edilmesi halinde, önceki miras sözleşmesinin geçerliliğini sürdüreceği noktasında tereddüt yoktur. Ancak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu tenkis edilmişse, bunun anlamı mirasçılıktan çıkarma nedeninin ya hiç olmaması, ya yetersiz olması ya gerçek dışı olması ya da çıkarma tasarrufunda gösterilmemiş olmasıdır. Bu durumda MK m.546/II'deki miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma nedeni de böylece gerçekleşmiş olmaz. MK m.544/I gereğince sonraki tasarrufun öncekini kuşkuya yer bırakmayacak derecede tamamlamadığı durumlarda önceki tasarrufun hükümsüzleşeceğine dair kural ise, miras sözleşmelerinde uygulanamaz. Zira miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma nedenleri MK m.546 hükmünde sınırlı olarak sayılmıştır. Öyleyse, mirasçılıktan çıkarma tenkis olduğunda da önceki miras sözleşmesi geçerliliğini sürdürecektir.

durumundaki özelliğe değinmek gerekir. İsviçre öğretisinde belirtildiği üzere[35], eğer çıkarılan mirasçı, mirasbırakanın yegâne saklı paylı mirasçısı idi ise, bu durumda saklı pay hakları olmayan diğer yasal ya da atanmış mirasçılar, çıkarılana yapılan kazandırmaların tenkisini isteyemezler. Çünkü MK m.560/I (ZGB Art.522 Abs.1) gereğince söz konusu kişilerin, var olmayan saklı paylarının zedelenmesinden de söz edilemez.

3. Tereke İle İlgili Bazı İşlemler Bakımından Çıkarılanın Durumu

Çıkarılan, mirasbırakanın ölüm anında mirasçılık sıfatını yitirmesine karşılık, gelecekte çıkarma tasarrufunu iptal veya tenkis ettirmek suretiyle yeniden miras paylaşımına katılma ya da en azından saklı payını talep etme hakkına kavuşabilir. Bundan yola çıkan bir görüş[36], bu nedenle çıkarılan mirasçının, *varsayımsal (hypothetisch) ya da "virtuell" mirasçı* olarak nazara alınması gerektiğini savunmaktadır[37]. Çıkarılanın varsayımsal mirasçılığı kabul edildiğinde onun tereke önlemlerinden yararlanıp yararlanamayacağı sorunu gündeme gelir.

a. Çıkarılanın terekenin korunması önlemlerini talep edip edemeyeceği

Terekenin korunmasına yönelik önlemler ile (MK m.589–598), en erken mirasbırakanın ölümünden sonra gerçekleştirilmek üzere ve miras paylaşımının tamamlanmasına kadar, tereke mevcudunun belirlenmesi ve terekenin korunmasının sağlanması, daha açık deyişle terekede yer alan eşyaların terekeden kaçırılmasının engellenmesi amaçlanır[38]. Çıkarılan, normal olarak, en erken mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu iptal veya tenkis ettirdiği andan itibaren mirasçılığa bağlanan koruyucu

---

35 Tuor, **Art.478**, N.2; Bellwald, **a.g.e**, s.99; Gubser, **a.g.e**, s.135, dn.537.

36 Gubser, **a.g.e**, s.136; karş. Druey, **a.g.e**, §6, N.12.

37 Piotet, **SPR IV/1**, s.378 vd; Raemy, **a.g.e**, s.52 vd; Forni/Piatti, **Vorbem. zu Art.522–533**, N.2; Staehelin, **Art.470**, N.4; Gubser, **a.g.e**, s.136. Eğer çıkarılan mirasçı, bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna itiraz etmezse, çıkarılan, muhtemel mirasçılık statüsünü kesin olarak kaybeder.

38 Tuor/Picenoni, **Vorbem. zu Art.551 vd**, N.7; Escher, **Vorbem. zu Art.551 vd**, N.3; Paul Piotet, **Schweizerisches Privatrecht, B.IV– Erbrecht, 2. Halbband,** 1. Auflage, Basel-Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn, 1981, s.700; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.637; Bellwald, **a.g.e**, s.100; Raemy, **a.g.e**, s.87; Martin Karrer, in **Basler Kommentar**, **Zivilgesetzbuch II**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007, **Vorbem. zu Art.551–559**; Dural/Öz, **a.g.e**, s.379; Gubser, **a.g.e**, s.136. Ayrıca bkz. Medeni Kanunun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük m.29–39.

hakları kullanabilir. Bununla birlikte çıkarılan mirasçının, çıkarma tasarrufunu iptal veya tenkis ettirmesinden önce terekeyi koruyucu önlemlerin alınmasını talep edip edemeyeceği tartışmalıdır.

Katıldığımız görüşe göre[39], çıkarılanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu iptal veya tenkis ettirerek miras hakkına kavuşması ve tereke paylaşımına katılması ihtimali karşısında, çıkarılana terekeyi koruyucu acil önlemleri alma ve böylece terekenin geçici olarak korunmasını sağlama imkânını tanımak gerekir. Çıkarılan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu iptal veya tenkis ettirme hakkına sahip olduğu sürece, terekenin korunmasına yönelik önlemlerin alınmasını da talep edebilmelidir[40]. Fakat elbette çıkarılana terekenin korunmasını isteme imkânı tanınması, ona "ihtiyaten" mirasçılık hakkı vermez[41]. Bu konuda Türk Hukukunda savunulmuş bulunan aksi yöndeki görüşe göre[42], çıkarılan mirasçı, artık bir **mirasçıya özgü hukuki durumlar**a sahip olamayacağından, terekenin korunmasına ilişkin önlemlere ilişkin talep hakkına da sahip değildir.

İsviçre Hukukunda çıkarılanın terekenin korunmasına yönelik önlemler alınmasını talep edebileceğini kabul edenler[43], bizim de katıldığımız üzere, mahkemece çıkarılanın miras hakkının bulunup bulunmadığı noktasında bir karar verilmiş olması gerek-

---

39 Bellwald, **a.g.e**, s.101–103; Bessenich,, **Art.478**, N.1; Gubser, **a.g.e**, s.136; Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.183. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptali ya da tenkisi davası açıldıktan sonra uzun sürecek dava süreci düşünüldüğünde, çıkarılanın da terekenin korunmasında hukuken menfaati olduğu açıktır. Bu nedenle terekenin korunması önlemlerine yönelik talebin, mirasçılık hakkının mevcut olup olmadığına yönelik bir mahkeme kararının varlığına bağlı tutulmaması gerekir. Nitekim MK m.589'da hâkime koruma önlemleri alma konusunda re'sen hareket etme yetkisi de verilmiştir. Şu halde mirasçılıktan çıkarmanın iptali/tenkisi mümkün olduğu sürece hâkim, koruma önlemi alınmasına kendiliğinden başvurabilir.

40 Raemy, **a.g.e**, s.88; Bellwald, **a.g.e**, s.101; Gubser, **a.g.e**, s.136.

41 Forni/Piatti, **Vorbemerkung zu Art.522–533**, N.2; Gubser, **a.g.e**, s.137; karş. Druey, **a.g.e**, §6, N.12.

42 İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.376; Berki, **a.g.e**, s.44.

43 Escher, **Art.553**, N.11; Tuor, **Art.553**, N.2; Bellwald, **a.g.e**, s.106; Raemy, **a.g.e**, s.88; Karrer, **Art.552**, N.7; Gubser, **a.g.e**, s.139. Buna karşılık *Piotet*, çıkarılanın ancak iptal ya da tenkis davası açmış olması halinde, defter tutulmasını talep edebileceğini savunmaktadır (**SPR IV/2**, s.704). *Gubser*, bu görüşü haklı olarak şu yönde eleştirmiştir: Çıkarılan mirasçıyı, defter tutulmasını talep edebilmek için derhal ve alelacele bir iptal/tenkis davası açmaya zorlamak yersizdir. Kaldı ki çıkarılan söz konusu davayı açmadan önce tereke mevcudu hakkında bilgi sahibi olmak ve daha sonra duruma göre bir dava açıp açmamaya karar vermek isteyebilir. (**a.g.e**, s.139, dn.557). *Şener*, çıkarılanın, koruyucu önlemlerin alınmasını isteyebileceği görüşünde olmasına rağmen, çıkarılanın tereke tespiti ve defter tutmayı isteyemeceğini savunur (**Miras Hak ve Payları**, s.183).

meksizin, çıkarılan mirasçının **defter tutulması**nı (*Amtliches Invanter*)[44] isteyebileceğini kabul etmektedirler. Buna karşılık Türk Hukukunda savunulmuş bulunan aksi yöndeki görüş uyarınca[45], çıkarılan mirasçının artık bir **mirasçıya özgü hukuki durumlar**a sahip olamayacağını kabul edenler, çıkarılan mirasçının **terekenin defterinin tutulması**nı talep edebilmesini mümkün görmezler.

Mühürleme (*Siegelung*) önlemi[46] ile tereke konusu eşyaların mirasçılar ya da üçüncü kişiler tarafından terekeden uzaklaştırılması ihtimali bertaraf edilmiş olur[47]. Katıldığımız görüşe göre[48], çıkarılan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu iptal veya tenkis ettirme hakkına sahip olduğu sürece, terekenin mühürlenmesini talep edebilmelidir. Fakat çıkarılanın iptal veya tenkis sürelerini kaçırmış olması veya bu taleplerinin reddedilmiş olması durumunda, elbette mühürleme talebinde bulunması artık mümkün olmaz. Buna karşılık çıkarılan mirasçının artık bir **mirasçıya özgü hukuki durumlar**a sahip olamayacağını kabul edenler[49], çıkarılan mirasçının **terekenin mühürlenmesi**ni talep edebilmesini mümkün görmezler.

---

44 Bellwald, **a.g.e**, s.105; Gubser, **a.g.e**, s.138. Yalnızca aktiflerin yazıma tabi olduğu yönünde: Karrer, **Art.553**, N.3; Druey, **a.g.e**, §14, N.84, 85; farklı görüşte Escher, **Art.553**, N.1, s.61; Piotet, **SPR IV/2**, s.703. Mühürlemenin aksine olarak, defter tutulan tereke malları üzerinde mirasçıların fiili tasarruf yetkisi varlığını korur: Karrer, **Art.553**, N.2; Bellwald, **a.g.e**, s.105; Gubser, **a.g.e**, s.138.
Defter tutma (yazım), kanunda öngörülen hallerde terekede yer alan eşyaların mahkemece dökümünün çıkarılmasıdır (MK m.590). Böylece mirasbırakanın ölüm anından itibaren en kısa sürede terekede hangi eşyaların olduğu resmen tespit edilmiş ve terekede olası hukuka aykırı değişiklikler yapılması önlenmiş olur. MK m.590, b.3 gereğince "*mirasçılardan veya ilgililerden biri, ölüm tarihinden başlayarak bir ay içinde istemde bulunursa*" sulh hâkimi terekenin defterinin tutulmasına karar verir. Buna karşılık İsviçre Medeni Kanununda defter tutulmasını istemeye yetkili kişiler arasında "ilgililer" ifadesine yer verilmemiş; yalnızca "mirasçılar" ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca Kantonlara düzenleme yetkisi verilmiştir (ZGB Art.553 Ziff.3).

45 İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.376; Berki, **a.g.e**, s.44.

46 Mühürleme, korunmasına gerek görülen tereke mallarının bulundukları yerde ya da bulundukları yerden başka bir yere götürülerek kapalı bir mekânda (dolap, çekmece, oda, ev, banka kasası vs.) koruma altına alınarak kapısına resmi mühür konulması anlamına gelir. Mühürleme, hâkim tarafından MK m.590 uyarınca defter tutulmasına (yazımına) karar verilen tereke mallarından gerekli görülenlerin, hâkim tarafından istem üzerine ya da re'sen mühürlenmesine karar verilmesi şeklinde bir önlemdir (MK m.591). Mühürleme kararı kalkmadıkça, mühür altına alınan eşyaları mirasçılar ya da üçüncü kişiler alamaz. Mühür altına alma yazımdan önce de yapılabilir (Dural/Öz, **a.g.e**, s.381). Ayrıca bkz. MK m.590/II ve III. Öte yandan mührün izinsiz olarak sökülmesi mühür bozma suçunu oluşturur: TCK m.203.

47 Escher, **Art.552**, N.1; Piotet, **SPR IV/2**, s.702; Bellwald, **a.g.e**, s.103; Gubser, **a.g.e**, s.137. Mühürleme ile mirasçılar mühür altına alınan tereke malları üzerindeki tasarruf yetkisini hukuken değil; fiilen ve geçici surette kaybederler.

48 Bellwald, **a.g.e**, s.105; Raemy, **a.g.e**, s.88; Karrer, **Art.552**, N.7 **ve Art.553**, N.7; Gubser, **a.g.e**, s.138.

49 İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.376; Berki, **a.g.e**, s.44.

Terekenin resmen yönetilmesi (*Erbschaftsverwaltung*), diğer bir önlemdir. Bu önlem ile kanunen öngörülen hallerde[50] paylaşmaya ya da terekenin resmen yönetilmesi sebeplerinin ortadan kalkması anına kadar, terekenin yönetilmesinin, mirasçılar ya da mirasçıların ortak temsilcisi yerine, doğrudan doğruya sulh hâkimi tarafından veya onun atadığı bir kimse tarafından ya da kanunen öngörülen bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi sağlanır[51]. Terekenin resmen yönetilmesi hallerinden biri de, mirasçıların tamamının bilinmemesi durumudur (MK m.592/b.3; ZGB Art.554, Abs.1, Ziff.3). Söz konusu bend, hem bilinen mirasçıların hayatta olup olmadıklarının belirsiz olması durumunu, hem de bilinen mirasçılar dışında başkaca bilinmeyen mirasçıların var olup olmadığı durumunu kapsar[52]. İsviçre Hukukunda bir görüş[53], ayrıca bir kişinin mirasçılık sıfatına sahip olup olmadığı konusunda hukuki belirsizlik olduğu durumlarda da anılan hükmün uygulanacağını savunmaktadır. Çıkarılan mirasçının, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptal veya tenkis edilmesine ya da iptal için öngörülen hak düşürücü sürenin sona ermesine dek, miras hakkına sahip olup olmadığı belirsizdir. Öyleyse mirasçılıktan çıkarma tasarrufu olan durumlarda, söz konusu tasarrufun geçersiz kılınması olanaklı olduğu sürece, *zorunlu olarak* mahkemece terekenin resmen yöne-

---

50 Bu hallerin neler olduğu MK m.592'de belirtilmektedir: 1. Mirasçılardan birinin uzun süreden beri bulunamaması ve temsilci de bırakmaması hâlinde menfaati gerektiriyorsa, 2. Mirasta hak sahibi olduğunu ileri sürenlerden hiçbiri mirasçılık sıfatını yeterince ispatlayamazsa veya bir mirasçı bulunup bulunmadığı şüpheli olursa, 3. Mirasçıların tamamı bilinmiyorsa, 4. Kanunda özel olarak öngörülmüşse (MK m.523/III; 586/I; 595/II; 634)… Ayrıca bkz ve karş. Dural/Öz, **a.g.e**, s.382. MK m.640/III gereğince mirasçıların yönetim konusunda anlaşamaması nedeniyle bir mirasçının talebi üzerine mahkemece miras ortaklığını temsilci tayin edilmesi, terekenin resmen idaresi kapsamındaki hallerden biri değildir: Dural/Öz, **a.g.y.** Ayrıca bkz. MK m.592/II ve III.

51 Terekenin resmen yönetilmesi sırasında, tereke malları üzerinde fiili hâkimiyet kurma, yönetim ve tasarruf hakları belirli bir süre bağımsız temsilciye geçmekte ve böylece mirasçılar, anılan sürede söz konusu hakları kullanamamaktadırlar: Gubser, **a.g.e**, s.140; Karrer, **Art.554**, N.1; Piotet, **SPR IV/2**, s.705.
Tereke yöneticisi, terekenin korunması için gerekli önlemleri almak ve ertelenemeyen ivedi nitelikli tereke işlemlerini yapmakla görevlidir. Bu konuda bkz. Escher, **Art.554**, N.1; Dural/Öz, **a.g.e**, s.383; Bellwald, **a.g.e**, s.107; Gubser, **a.g.e**, s.140. MK m.593 hükmünde tereke yöneticisinin görevleri detaylı olarak düzenlenmiştir. Tereke değerinin ya da tereke mallarının zarara uğrayıp uğramadığının hesaplanması talebinin, terekenin resmen yönetilmesi kapsamında yer almadığı ve terekenin değerinin değil; tereke mallarının tespit edilmesi gerektiği yönünde: Escher, **Art.554**, N.13; Bellwald, **a.g.e**, s.108. Farklı görüşte: Tuor/Picenoni, **Art.554**, N.19. Bununla birlikte MK m.593'te tereke yöneticisinin görevlerinden bir kısmında, örneğin tereke konusu işletmenin kâr zarar hesabı yapılarak, zarar ediyorsa tasfiyesine karar verilmesi (MK m.593, b.7) yetkisinde olduğu gibi, terekenin bu kısmı bakımından bir hesap yapılması, kendiliğinden gerekli bir durum olarak ortaya çıkar.

52 Bellwald, **a.g.e**, s.107; Gubser, **a.g.e**, s.140; Karrer, **Art.554**, N.13.

53 Escher, **Art.554**, N.7; Bellwald, **a.g.e**, s.107; Gubser, **a.g.e**, s.140.

tilmesine karar verilmek gerekir[54]. Bizim de katıldığımız başka görüş[55], mirasçılıktan çıkarma tasarrufu söz konusu olduğunda terekenin resmen yönetilmesinin zorunlu olduğunu savunmakla birlikte ZGB Art.554, Abs.1, Ziff.2 (MK m.592/b.2) hükmüne dayanmaktadır. Anılan bende göre *"mirasta hak sahibi olduğunu ileri sürenlerden hiçbiri mirasçılık sıfatını yeterince ispatlayamazsa veya bir mirasçı bulunup bulunmadığı şüpheli olursa*", terekenin resmen yönetilmesi gerekir[56].

Bununla birlikte çıkarılan mirasçı mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu iptal veya tenkis etmekten vazgeçtiğini açıkça beyan etmişse, elbette terekenin resmen yönetilmesi gereği ortadan kalkar[57].

b. Mirasçılık belgesi (veraset ilamı) ve mirasçılıktan çıkarma ilişkisi

Mirasçılık belgesi[58], mirasçılık hakkı bulunan kişilerin talep etmesi halinde düzenlenen ve tüm yasal ya da atanmış mirasçıları kapsamak zorunda olan bir belgedir. İsviç-

---

54 Gubser, **a.g.e**, s.141. Mirasçılıktan çıkarma durumunda *Karrer*, terekenin resmen yönetilmesinin zorunlu olmadığı, terekenin resmen yönetilmesine karar verilebileceği görüşündedir (**Art.554**, N.13). Ayrıca bkz. Escher, **Art.554**, N.7.

55 Raemy, **a.g.e**, s.89.

56 Nitekim MK m.595/III hükmü bu şekilde yorumlanmak gerekir. Şöyle ki: Mirasbırakanın ölümü üzerine ortaya çıkan vasiyetnamenin Sulh Mahkemesine tesliminden sonra (MK m.595/I), mahkemece alınacak bir takım önlemler bulunmaktadır. Buna göre "*Sulh hâkimi, teslim edilen vasiyetnameyi derhâl inceler, gerekli koruma önlemlerini alır; olanak varsa ilgilileri dinleyerek terekenin yasal mirasçılara geçici olarak teslimine veya resmen yönetilmesine karar verir*" (MK m.595/III). Anılan hükümde, vasiyetnameyi teslim alan hâkime, terekenin yasal mirasçılara geçici olarak teslimine veya resmen yönetilmesine karar vermesi konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Buna karşılık katıldığımız görüşe göre söz konusu vasiyetnamede saklı paylı bir mirasçının mirasçılıktan çıkarıldığına ilişkin tasarruf yer almakta ise, artık derhal ve zorunlu olarak terekenin resmen yönetilmesine karar verilmesi gerekir: Gubser, **a.g.e**, s.141 (Raemy, **a.g.e**, s.89). Mirasçılıktan çıkarma bakımından duruma özellikle değinmeyip yalnızca hükümdeki takdir yetkisine işaret eden: Bellwald, **a.g.e**, s.109. Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Escher, **Art.556**, N.13; Tuor/Picenoni, **Art.556**, N.10.

57 Gubser, **a.g.e**, s.141.

58 Başvurmaları halinde yasal ya da atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir (MK m.598). *"Mirasçılık belgesi, maddi hukuk yönünden, adına düzenlenen kişinin miras hakkının varlığını kesin olarak tespit etmez. Mirasçılık belgesinin mirasçılık konusunda kesin bir hüküm oluşturmadığı, bunun geçersizliğinin her zaman ileri sürülebileceği, MK m. 598/III'te açıkça hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar, adına düzenlenmiş bulunan kişi veya kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur"*: Köksal Kocaağa, "Mirasçılık Belgesi", **Gazi HFD**, 2005, C.IX, S.1–2, s.90; Druey, **a.g.e**, §15, N.19; Escher, **Art. 559**, N.8; Tuor/Picenoni, **Art. 559**, N.2, 23–24; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.580; İmre/Erman, **a.g.e**, s.315.

re ve Türk Hukukunda savunulan görüşe göre[59], mirasçılıktan çıkarılan kişinin miras hakkının bulunup bulunmadığı belirsiz olduğundan, onun mirasçılık belgesi talep etmesi mümkün değildir. Buna karşılık Yargıtay uygulaması aksi yöndedir. Öncelikle katıldığımız görüşü, daha sonra Yargıtay uygulamasını açıklayacağız.

Yukarıdaki bölümde[60] cezai çıkarma tasarrufunun varlığı halinde terekenin resmen yönetilmesi gerektiği görüşünde olduğumuzu belirtmiştik. MK m.598/II gereğince, *"mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufa mirasçılar veya başka vasiyet alacaklıları tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak* ***bir ay içinde itiraz edilmedikçe****, lehine tasarrufta bulunulan kimseye, sulh mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilir"*. Bu durumda, mahkemece mirasçılıktan çıkarma tasarrufu nedeniyle terekenin resmen yönetilmesine karar verilmesi halinde, çıkarma tasarrufuna, çıkarılan tarafından MK m.598/II gereğince bir ay içinde itiraz edilmiş ya da edilmemiş olmasının, terekenin resmen yönetilmesini ve mirasçılık belgesi düzenlenmesini ne yönde etkileyeceği sorunun çözüme kavuşturulması gerekir. İsviçre Hukukunda çıkarılan mirasçı, çıkarma tasarrufunun kendisine bildirilmesinden itibaren bir ay içerisinde bu tasarrufa itiraz etmezse, terekenin resmen yönetilmesine son verilerek, terekenin paylaşılması aşamasına geçilir[61]. Buna karşılık çıkarılan mirasçı, bir aylık süre içinde itirazda bulunmuşsa ve mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptali için dava açmışsa, terekenin resmen yönetilmesi dava sürecinin sonuna kadar devam edecektir[62]. Terekenin resmen yönetilmesi sona ermekle birlikte bir aylık sürede itiraz etmeyen çıkarılanın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal ya da tenkis ettirme hakkı saklıdır

---

59 Oğuzman, **a.g.e**, s.282, dn.77; İmre/Erman, **a.g.e**, 317, dn.7; Karrer, **Art.558**, N.41; Raemy, **a.g.e**, s.101; Staehelin, **Art.470**, N.4; Gubser, **a.g.e**, s.141; Dural/Öz, **a.g.e**, s.388; Kocaağa, **Mirasçılık Belgesi**, s.93; BGE 98 Ib 97 vd. Bu görüştekilere göre mirası reddeden, mirastan feragat eden veya mirastan yoksun bulunan mirasçılar da mirasçılık belgesi talep edemez. Karşı görüşte Antalya, **Miras**, s.366, 367 (Yazar, s.363'te, çıkarılanın mirasçılık belgesi talep etme hakkının bulunmadığını belirtmekte ise de, s.366, 367-368'de Yargıtay görüşüne katılmakta ve vasiyet alacaklılarına da mirasçılık belgesi isteme hakkı tanınması sebebiyle, çıkarılanın veya feragat edenin de mirasçılık belgesinde gösterilmesi gerektiğini, zira bu belgenin mirasın açılma tarihi itibariyle yasal mirasçıları belirleme amacı taşıdığını savunmaktadır). Ayrıca bkz. N.Aziz Midyat, **Mirasçılık Belgesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s.25.

60 §3.I.A.3.a, terekenin resmen yönetilmesi.

61 Karrer, **Art.559**, N.54, 56; Gubser, **a.g.e**, s.142.

62 Karrer, **Art.559**, N.13; Gubser, **a.g.e**, s.142.

(MK m.598/son)[63]. Öte yandan MK m.598/III hükmü gereğince çıkarılan, mirasçılık belgesinin geçersizliğini her zaman ileri_sürebilir (mirasçılık belgesinin iptalini dava edebilir)[64] ise de, onun bu imkânının, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptali ya da tenkisi için kanunda öngörülen sürelerle sınırlı olduğu kabul edilmek gerekir. Aksi halde çıkarma tasarrufunun geçersizliği dolaylı yoldan ilânihaye ileri sürülebilirdi.

Buna karşılık Yargıtay uygulaması aksi yöndedir. Uygulamada, vasiyetnamenin açılmış olup olmamasına bakılmaksızın, her isteyen mirasçıya kolaylıkla mirasçılık belgesi verilmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, mirasçılıktan çıkarılarak mirasçılık sıfatını ve miras hakkını yitiren kimsenin, mirasçılık belgesi istemesine de bir engel yoktur. Çıkarılanın mirasçılık belgesinde gösterilmiş olması, Sulh Mahkemesince mirasçılık belgesinin iptaliyle, çıkarılanın yer almadığı yeni bir belge düzenlenmesi için haklı gerekçe oluşturmaz. Yargıtay'a göre, mirasçılıktan çıkarmanın *"hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine"* işaret edilmek suretiyle ve çıkarma yok sayılarak miras paylarını gösterir biçimde hüküm tesis edilmesi gerekmektedir[65]. Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu olması halinde bu kimseler, MK m.511/II gereğince mirasçı olacaklarına göre mirasçılık belgesi talep ettiklerinde Sulh Mahkemesinin nasıl hareket edeceği sorunuyla karşılaşılır[66]. Yine

---

63 Eğer çıkarılan mirasçı, bir aylık süre içerisinde itiraz ederse ve iptal ya da tenkis davası açarsa, bu dava sonuçlanıncaya dek mirasçılık belgesi düzenlenemez. Zira tüm yasal ya da atanmış mirasçıları içermeyen bir mirasçılık belgesi düzenlenemez. Bir aylık sürede itiraz edilmemesi durumunda, mahkemece mirasçılık belgesi düzenlenecektir. Ancak daha sonra çıkarılan mirasçı hak düşürücü süre içerisinde iptal ya da tenkis davası açarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geçersiz kıldırabilir. Bu durumda MK m.598/III gereğince mirasçılık belgesi geçersiz hale getirilebilecektir. Zira çıkarma tasarrufu geçersiz olduğuna göre, çıkarma tasarrufunu iptal ettiren mirasçı dâhil edilmeden düzenlenen mirasçılık belgesi, tüm mirasçıları kapsamadığından geçersiz olacaktır.

64 İptal ya da tenkis davasının, mirasçılık belgesinin (verasetin) iptali davası bakımından bekletici mesele oluşturup oluşturmayacağı konusunda bkz §3.I.A.3.b.

65 "İskat, mahrumiyet, red ve feragatin hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine işaret edilmek suretiyle ve bu durumlar yok sayılarak miras paylarını gösterir bir şekilde hüküm tesis edilmesi gerekmektedir": 2.HD 21.2.2005, 104/2427 (**Corpus**); 2.HD 12.4.2004, 3085/4600 (**Corpus**); 2.HD 10.11.2003, 14536/15192 (**HukukTürk**); 2.HD 27.5.2002, 6298/7780 (**HukukTürk**); 2.HD 8.12.1999, 11478/13525 ve 1151/667 sayılı kararlar (**HukukTürk**); 2.HD 27.5.1996, 4753/5574, (**İBD** 1996/10–11–12, s.880–881); 2.HD 13.5.1976 3899/4138 (**YKD** 1979/2, s.172–173). Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, MK m.530 ve MK m.574 hükümleri karşısında, mirastan ivazlı feragat edenin tereke ile ilişkisinin tamamen kesilmiş olmayacağı gerekçesiyle mirasçılık belgesinde feragat edenin de feragat ettiği kaydı düşülmek kaydıyla gösterilecektir. Yoksunluk ve red bakımından da Yargıtay uygulaması aynı yöndedir.

66 Herhalde bu durumda, Yargıtay, uygulamasında tutarlı olmak istiyorsa, mirasçılıktan çıkarmanın "*hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine*" işaret etmek dışında, ayrıca

Yargıtay'a göre, mirasçılıktan çıkarma tenkise uğradığında, mirasçılık belgesinde çıkarılanın ve altsoyunun kendilerine intikal eden mirastan yalnızca saklı paylarını alabileceklerine işaret edilir[67].

c. Çıkarılanın bilgi alma ve inceleme hakkının olup olmadığı

Bir terekenin kabul ya da reddedilmesi tereke mallarının, terekenin aktif ve pasiflerinin, tereke borçlarının bilinmesine bağlıdır. Kanunda bu sebepledir ki, gerek diğer mirasçılara gerekse üçüncü kişilere karşı bilgi alma ve inceleme (*Auskunft und Akteneinsicht*) hakkı tanınmıştır (MK m.646/III; m.649/II)[68]. Katıldığımız görüşe göre[69], mirasçılıktan çıkarılan kişi de terekenin durumunu öğrenmek ve böylelikle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptalini sağlamak üzere uzun sürecek ve zahmetli bir yargısal sürece girmeye değip değmeyeceğini önceden bilmek hakkına sahiptir. Bu nedenle çıkarılan mirasçıya da gerek yasal ya da atanmış mirasçılar ile vasiyet alacaklıları karşısında gerekse üçüncü kişiler (banka ya da sigorta şirketi vs.) karşısında bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmak gerekir. Bununla birlikte mirasçılık belgesi alamayan çıkarılan mirasçının, bilgi alma ve inceleme talepleri karşısında, muhtemel mirasçı olduğu yolunda kimliğini nasıl belgelendireceği sorunu ile karşılaşılacaktır. Özellikle banka ya da sigorta kurumu gibi üçüncü kişilere karşı yöneltilen bilgi alma ve inceleme talepleri bakımından, mahkemece çıkarılan mirasçıya muhtemel mirasçı olarak

---

çıkarılanın altsoyunun miras paylarının da hesaplanarak, bunların çıkarma tasarrufu geçerli olduğunda ileride paylaştırmada gözetileceğine de "işaret edilmesi" yolunda karar vermelidir. Nitekim altsoy bakımından "işarette" bulunulan bir karar: 2.HD 27.5.2002, 6298/7780 (**HukukTürk**). Çıkarılan ve mirastan yoksun bulunan mirasçıya mirasçılık belgesi verilemeyeceği, ancak çıkarılan ve yoksun olan kimsenin altsoyunun mirasçılık belgesi isteme hakkına sahip olduğu görüşünde: İmre/Erman, **a.g.e**, 317, dn.7; Kocaağa, **Mirasçılık Belgesi**, s.93.

67 2.HD 17.10.2001, 17166/3900 (Özuğur, **Miras**, s.74). Karara konu olan olayda mirasbırakan hem çocuğunu hem de bu çocuktan olma torununu mirasçılıktan çıkarmıştır. Fakat çıkarmayı gerektiren bir nedenin ortaya koyulmadığı gerekçesiyle her ikisi hakkındaki tasarruf da geçerli bulunmamıştır.

68 Gubser, **a.g.e**, s.142. MK m.620/II gereğince: "Mirasbırakanın malî durumu hakkında bilgi sahibi olan herkes, sulh mahkemesi tarafından istenilen bilgiyi vermekle yükümlüdür. Haklı bir sebep olmaksızın bilgi vermeyenler veya yanlış ya da eksik bilgi verenler, bundan doğacak zararları mirasçılara, vasiyet alacaklılarına veya üçüncü kişilere tazminle yükümlüdürler". Ayrıca bkz. MK m.635/II.

69 Gubser, **a.g.e**, s.143; Raemy, **a.g.e**, s.94; Karrer, **Art.518**, N.89; Schaufelberger, **Art.607**, N.11. Bu arada mirasçılıktan çıkarılan kişi, bu durumdan vasiyetnamenin açılmasıyla mahkemece haberdar edilecektir.

yalnızca bilgi alma ve inceleme hakkı sahibi olduğunu gösteren bir belge verilmesi gerekir[70].

d. Çıkarılanın resmi defter tutulmasını talep edip edemeyeceği

Mirasçıların resmi defter tutulmasını (*Öffentliches Invanter*) talep etme hakkı[71] bulunmaktadır (MK m.619–631)[72]. Resmi defter tutulmasından önce mirası kabul, red ya da resmi tasfiyeyi isteme şeklindeki seçimlik haklara sahip olan mirasçılar, resmi defter tutulduktan sonra ayrıca mirası tutulan deftere göre kabul etme hakkına sahip olacaklardır[73]/[74]. Resmi defter tutulmasını yasal ve atanmış mirasçılar talep edebilir[75]. İsviçre Hukukunda koruma önlemleri bakımından **çıkarılana** talepte bulunma imkânı tanınması ağırlık kazanırken[76], resmi defter tutulmasını isteme bakımından olumsuz

---

70 Gubser, **a.g.e**, s.143; Raemy, **a.g.e**, s.94; Karrer, **Art.559**, N.9, 26. Söz konusu belgenin bilgi alma ve inceleme hakkı sağlama dışında, terekede tasarruf ya da yönetim yetkisi sağlama gibi maddi hukuk anlamında bir rolü kesinlikle söz konusu olmayacaktır. **Kanımızca Yargıtay'ın da, çıkarılana mirasçılıktan çıkarma belgesi vermek yerine bu yönde bir uygulama geliştirmesi daha isabetli olurdu**.

71 Mirasbırakanın sağlığında yükümlülük altına girmiş bulunduğu borçları, mirasçılar için istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Başka bir deyişle terekenin aktiflerinin, pasiflerini karşılayıp karşılamadığı ya da ne oranda bir bakiye kalacağı mirasçılar için önem taşımaktadır. Bu nedenle kanun, mirasçılara mirası kayıtsız şartsız kabul etme ya da reddetme yerine tereke mevcudu hakkında güvenilir bilgi edindikten sonra bir karar verme imkânı sunmuştur.

72 Defter tutmayı isteme hakkı, mirası reddetme hakkının işlemeye başladığı andan itibaren bir ay içerisinde kullanılmak gerekir (MK m.612/II). Bu süre MK m.606 gereğince yasal ve miras sözleşmesi ile atanmış mirasçılar için, mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri an, vasiyetname ile atanmış mirasçılar için mirasçı atandıklarının kendilerine resmen bildirildiği an itibariyle işlemeye başlar. Ayrıca bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.411 vd; Druey, **a.g.e**, §15, N.55; Kurt Wissmann, in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007.**Vorbem. zu Art.580–592**, N.11 vd; Gubser, **a.g.e**, s.139.

73 Dural/Öz, **a.g.e**, s.411. Bir tek mirasçının resmi defter tutulmasını talep etmesi yeterlidir. Başka bir seçimlik hak kullanmayan mirasçılar, kendileri defter tutulması konusunda talepte bulunmamış olsalar da defter tutulmasının sonuçlarından yararlanırlar. Bununla birlikte seçimlik hakkını kullanmış olan; daha açık deyişle mirası kayıtsız şartsız kabul eden ya da reddeden mirasçılar bu imkândan yararlanamaz. Öte yandan, eğer mirasçılardan biri bile mirası kayıtsız şartsız ya da tutulan deftere göre kabul etme seçiminde bulunursa, artık resmi tasfiye istenemez (MK m.632/II): Dural/Öz, **a.g.e**, s.412 ve 415 vd.

74 Tutulan deftere göre mirasın kabul eden mirasçı, tereke borçlarının yalnızca deftere yazılı olanlarıyla sınırlı sorumlu olursa da; bu borçlardan hem tereke malları ile hem de kişisel malvarlığı ile (sınırsız) ve mirasın geçtiği andan itibaren sorumlu olur (MK m.628). Ayrıca bkz. Escher, **Vorbem. zu. Art.580 vd**, N.4; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.657; Dural/Öz, **a.g.e**, s.417; Bellwald, **a.g.e**, s.110; Wissmann, **Art.580**, N.1; Gubser, **a.g.e**, s.139.

75 Dural/Öz, **a.g.e**, s.411; Bellwald, **a.g.e**, s.110. Mirasbırakanın ve mirasçıların alacaklıları ile vasiyet alacaklılarının resmi defter tutulmasını talep edemeyeceği yönünde: Dural/Öz, (**a.g.y**).

76 Resmi defter tutulmasını isteme hakkı, bir terekenin korunması önlemi değildir; aksine tereke mevcudu hakkında güvenilir bilgi edinilmesi suretiyle mirası kabul edip etmeme konusunda karar vermeye yar-

görüş benimsenmiştir[77]. Türk Hukukunda da, haklı olarak, çıkarılanın resmi defter tutulmasını ya da resmi tasfiyeyi talep edemeyeceği kabul edilmektedir[78]. Zira mahkemece mirasçılıktan çıkarmanın iptali veya tenkisi karara bağlanana dek, muhtemel mirasçı niteliği taşıyan çıkarılan, tereke üzerinde herhangi bir malvarlığı hakkına sahip değildir. Resmi defter tutulması, bir tereke önlemi niteliği de taşımamaktadır. Öyleyse, çıkarılan, ancak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu mahkemede geçersiz kıldırdıktan sonra, resmi defter tutulmasını talep edebilir[79].

4. Çıkarmanın Miras Hukuku Dışında Sonuç Doğurup Doğurmadığı

Mirasçılıktan çıkarma, çıkarılanın aile statüsünde bir değişiklik meydana getirmez ve aile hukukundan doğan haklara ve yükümlere bir etkisi olmaz. Mirasçılıktan çıkarma, çıkarılanın aile hukukundan doğan haklarını ortadan kaldırmayacağı gibi, aile hukukundan doğan yükümlerin yerine getirilmesinden kaçınma hakkı da vermez[80]. Şu halde çıkarılan mirasbırakanın terekesine katılamasa da kural olarak saygı, destekleme yükümlerini ve nafaka yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır[81]. Öte yandan

---

dımcı olan hukuki bir imkândır: Dural/Öz, **a.g.e**, s.411, dn.58; Bellwald, **a.g.e**, s.111; Wissmann, **Vorbem. zu Art.580–592**, N.7; Gubser, **a.g.e**, s.139. Bu yönüyle terekenin korunması önlemlerinden biri olan defter tutma ile karıştırılmamalıdır.

77 Escher, **Art.580**, N.5; Raemy, **a.g.e**, s.97; Bellwald, **a.g.e**, s.111; Wissmann, **Art.580**, N.2; Gubser, **a.g.e**, s.139. Çıkarılanın, resmi defter tutulmasını talep etmeden önce, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu iptal etmek üzere dava açmaya değip değmeyeceğini öğrenmedeki menfaati, kurumun amacıyla bağdaşmaz. Bu konuda, çıkarılan bilgi alma hakkı gibi diğer yöntemlere başvurabilir: Gubser, **a.g.e**, s.139.

78 Şener, **Y.D**, s.100; Baydar, **a.g.t**, s.56; açık olmamakla birlikte İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.376.

79 Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçersiz kılındıktan sonra çıkarılan, elbette, terekeyi kabul, tutulan deftere göre kabul, resmi tasfiyeyi isteme ve hatta red hakkına sahip olabilir. Çıkarılanın resmi defter tutulmasını istemek için öngörülen bir aylık süresi (MK m.612/II; 606), bu durumda mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçersiz kılındığı andan itibaren işlemeye başlar: Escher, **Art.567**, N.3; Tuor/Picenoni, **Art.567**, N.5; Bellwald, **a.g.e**, s.112.

80 Stadler, **a.g.e**, s.76; Escher, **Art.478**, N.3; Tuor, **Art.478**, N.4; Ickowicz, **a.g.e**, s.84; Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.596; Tongsir, **a.g.t**, s.50; Berki, **a.g.e**, s.42–43; Bellwald, **a.g.e**, s.98; Bessenich,, **Art.478**, N.1; Gubser, **a.g.e**, s.134; Weimar, **Art.477**, N.3.

81 Örneğin babası tarafından mirasçılıktan çıkarılan çocuk, babasının ölümünden sonra her ne kadar mirasçılık sıfatını yitirdiği için terekede hak sahibi olamamasına karşılık, miras hakkı bulunan anne tereke paylaşımına katılmış olsa da, koşulları varsa terekeye katılamayan çocuk, terekeye katılan annesine yine de yardım etmekle yükümlüdür: Escher, **Art.478**, N.3; Gubser, **a.g.e**, s.135. Öte yandan nafaka yükümlülüğünün mirasçılıktaki sıra göz ününde tutularak tayin edileceğine ilişkin MK m.365/I hükmü, çıkarılan kişinin mirasçılık sıfatını yitirmesi sebebiyle sıra dışında kalacağı şeklinde yorumlanamaz. Nafaka yükümlülüğünü belirleyen mirasçılık sıralaması, çıkarma tasarrufu ile değişmiş olmaz. Çünkü çıkarmanın hısımlık ilişkisine etkisi yoktur: Tongsir, **a.g.t**, s.50. *Berki*'ye göre, çocuk, babasını mirasçılıktan çıkardığına dair bir vasiyetname düzenledikten sonra ve hayatta olduğu dönemde, baba yoksul duruma düşerse çocuğun nafaka yükümlülüğü yine söz konusu olacaktır. Böylece halk arasında

cezai çıkarma, Türk Vatandaşlığına etkili değildir, yani vatandaşlığın kaybına yol açmaz[82].

Buna karşılık tam cezai çıkarma, Sosyal Güvenlik Hukuku alanında sonuç doğurmaktadır[83].

B. KISMÎ CEZAİ ÇIKARMANIN ETKİSİ

Kısmi mirasçılıktan çıkarmada, saklı paylı mirasçının saklı payı tamamen ortadan kalkmaz. Kısmen çıkarılan mirasçının saklı payında bir azalma olurken, çıkarma kapsamındaki saklı pay ile saklı pay dışındaki miras payı tamamen yitirilmiş olur. Bu durumun sonucunda, kısmen çıkarılan mirasçının mirasçılık sıfatı devam etmektedir ve o hâlâ miras ortaklığının bir üyesidir. Öte yandan kısmen çıkarılan mirasçının mirasçılıktan doğan hakları çıkarmaya tabi pay oranında azalmakta ve mirasçılık hakkı, çıkarma dışında kalan pay oranında devam etmektedir[84].

Kısmen çıkarılan mirasçı, böylece mirasçılara tanınan yasal hakları (iptal, tenkis[85], miras sebebiyle istihkak, paylaşma davası vs.) kullanabileceği gibi, terekeyi koruyucu önlemlerin alınmasını (defter tutma, mühürleme) veya tereke hakkında bilgi almayı ve incelemede bulunmayı talep edebilir. Kısmen çıkarılan, elbette, kendi aleyhine düzenlenen kısmi mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptalini ya da tenkisini talep etme hak-

---

kullanılan ve hukuk tekniği bakımından bir anlam ifade etmeyen "evlatlıktan veya ana-babalıktan red" kavramı ile mirasçılıktan çıkarmanın bir ilgisi yoktur (**a.g.e**, s.42–43, dn.60). Buna karşılık MK m.365/III gereğince hâkim, nafaka yükümlüsüne karşı mirasçılıktan çıkarmaya yol açan davranışlar sergileyen nafaka alacaklısının nafaka yükümlülüğünü kaldırabilir veya azaltabilir. Fakat mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışların çocuğun nafaka yükümlülüğünü kaldırmayacağı yönünde ve hakkaniyet ilkesine dayanan aksi yönde Yargıtay kararları da vardır. Bu konu için bkz. §2.II.C.2.e.

82 Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.596; Baydar, **a.g.t**, s.58. Bununla birlikte vatandaşlığın kaybının miras hakkının kaybı neticesini doğurup doğurmayacağı, ayrı incelemeyi gerektiren kapsamlı bir konu olup, çalışmamızın dışında kalmaktadır.

83 Bkz. §1.VI.D.

84 Escher, **Art.478**, N.1; Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.606; Tongsir, **a.g.t**, s.49; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Dural/Öz, **a.g.e**, s.205; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.376; İmre/Erman, **a.g.e**, s.240; Köprülü, **a.g.e**, s.286; Bellwald, **a.g.e**, s.97; Raemy, **a.g.e**, s.44; Bessenich,, **Art.478**, N.1; Gubser, **a.g.e**, s.144; Antalya, **Miras**, s.219; Ayan, **a.g.e**, s.149. **MK m.511/I hükmü, "mirasçılıktan çıkarılan kimse, çıkarıldığı oranda mirastan pay alamaz" şeklinde değiştirilmelidir.** Aynı yönde, Çubukgil, (**a.g.y**). Buna karşılık anılan hükümde tenkis davasından söz edilmesinin gereksiz olduğuna değinmiştik.
Tam çıkarmanın ailesel haklara ve yükümlere bir etkisi olmadığı gibi, kısmi çıkarmanın da evleviyetle ailesel ilişkilere bir etkisi olmaz. Bkz. §3.I.A.4.

85 Kısmen çıkarılan, çıkarma tasarrufu ile azaltılan saklı payını aşan ölüme bağlı ya da sağlararası tasarrufların tenkisini isteyebilir: Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.606; Tongsir, **a.g.t**, s.49; Şener, **YD**, s.99; Baydar, **a.g.t**, s.56.

kına sahiptir. Kısmen çıkarılan mirasçı, kendisine düşen azaltılmış saklı pay oranında mirasçılık durumunu gösteren bir mirasçılık belgesi verilmesini talep edebilir[86].

Kısmen çıkarılan mirasçı, tereke mevcudunun aktiflerinin pasiflerini karşılayıp karşılamadığı ya da ne oranda karşıladığı konusunda açıklık olmayan hallerde, resmi defter tutulmasını talep edebilme hakkına sahiptir (MK m.619; ZGB 580)[87].

Mirasçılıktan kısmi çıkarılan kişi de mirasbırakanın borçlarından ötürü, alacaklılar karşısında, diğer mirasçılarla birlikte müteselsilen ve sınırsız (bütün malvarlığıyla) sorumlu olur. (MK m.641; ZGB Art.603). Söz konusu sorumluluk paylaşmadan sonra da sürecektedir[88]. Bir mirasçının tereke borçlarından, üçüncü kişilere karşı aldığı miras payı oranında sorumlu olacağına dair kanunda doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır[89]. Bundan dolayı, mirasçılıktan kısmi çıkarılan kimsenin, aldığı miras payı ile orantısız bir şekilde tereke borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sorumluluğu söz konusu olmaktadır[90]. Elbette kısmen çıkarılan mirasçı, iç ilişkide kendisine intikal eden miras payı oranında borçlardan sorumludur; yoksa kısmen çıkarmadan önceki tüm miras payı oranında değil[91]. Mirasçılıktan kısmen çıkarılan mirasçının, paylaşma sözleşmesinde ödenmesi kendisine yükletilmemiş olan bir tereke borcunu veya aldığı miras payından daha fazlasını üçüncü kişilere ödemiş olması durumunda, iç ilişkide diğer mirasçılara rücu etme hakkı doğar[92].

---

86 Kısmi çıkarma, kısmi feragat ve kısmi red hallerinde mirasçıya talebi halinde mirasçılık belgesi verileceği yönünde: İmre/Erman, **a.g.e**, 317, dn.7; Kocaağa, **Mirasçılık Belgesi**, s.93.

87 Gubser, **a.g.e**, s.144–145. Oysa tam çıkarılanın böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Bkz. §3.I.A.3.d.

88 Nitekim MK m.681/I gereğince: "Mirasçılar, bölünmesine veya nakline alacaklı tarafından açık veya örtülü olarak rıza gösterilmemiş olan tereke borçlarından dolayı, paylaşmadan sonra da bütün malvarlıklarıyla müteselsilen sorumludurlar". MK m.681/II gereğince: "Paylaşmanın gerçekleştiği tarihin veya daha sonra yerine getirilecek borçlarda muacceliyet tarihinin üzerinden beş yıl geçmekle teselsül sona erer". Bkz. ZGB Art.639.

89 Bellwald, **a.g.e**, s.6–7; Gubser, **a.g.e**, s.144.

90 Tuor/Picenoni, **Art.640**, N.5; Bellwald, **a.g.e**, s.7; Gubser, **a.g.e**, s.144. Karş. ZGB 560/II ve 639 vd.

91 *Çubukgil*, miras ortaklığında, kısmen çıkarılan mirasçı ile çıkarmaya tabi kısım kendisine intikal eden mirasçının bir arada bulunması durumunda, bunların iç ilişkide tereke borçlarından müştereken ve payları oranında sorumlu olacaklarını kabul etmektedir (**Iskatın Neticeleri**, s.608).

92 Escher, **Art.640**, N.4–7; Tuor/Picenoni, **Art.640**, N.9; Bellwald, **a.g.e**, s.7. Kısmen çıkarılan kimse rücu hakkını ilk önce, ödenmiş olan borcu paylaşma sözleşmesiyle üstlenmiş bulunan mirasçıya karşı kullanacaktır. Bir mirasçı borcu üstlenmemişse, bu durumda, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, mirasçılardan her biri terekedeki borçları, iç ilişkide, miras payı oranında ödemekle yükümlü olur (MK m.682; ZGB Art.640).

II. ÇIKARILANIN MİRAS PAYI

Mirasçılıktan çıkarmanın çıkarılanın miras payına etkisi, MK m.511/II ve III hükümlerinde düzenlenmiştir[93]. Bu hükümler, saklı paylı mirasçının tamamen mirasçılıktan çıkarılmasını (tam cezai mirasçılıktan çıkarmayı) esas almaktadır. Hükümde mirasbırakanın çıkarılanın **miras payı üzerinde** başkaları lehine bir ölüme bağlı kazandırmada bulunup bulunmamasına göre farklı sonuçlar kabul edilmiştir. Nitekim MK m.511/II gereğince: "***Mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça,*** *mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi, mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına kalır*". Buna karşılık mirasbırakan, çıkardığı saklı paylı mirasçının saklı payı üzerinde **başkaca bir tasarrufta bulunmuşsa**, MK m.511/III gereğince: "*Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir*"[94].

MK m.511/II gereğince çıkarılanın miras payı kendisine intikal eden veya mirasbırakanın çıkarmaya tabi miras payında tasarruf etmesi halinde MK m.511/III gereğince kendi saklı pay hakkını talep edebilen çıkarılanın altsoyu, eğer ergin değilse ya da kısıtlı ise ve çıkarılanın velayeti ya da vesayeti altında ise, kendisine intikal eden mirasın çıkarılan mirasçı tarafından kullanılması ya da harcanması riski söz konusu olur[95]. Elbette böyle bir durum, mirasbırakanın son arzularına aykırı olur. Medeni Ka-

---

93 Çıkarma, çıkarmaya konu miras payı dışında ayrıca diğer yasal mirasçıların miras paylarının ve mirasbırakanın tasarruf oranının belirlenmesinde rol oynamaktadır. Ancak miras paylarının ve tasarruf oranının belirlenmesi hesaplama tekniği ile ilgili konular olduğundan, konu bütünlüğünü ve uyumunu sağlamak için, bu hesaplamaları aşağıda ayrı bir bölümde inceleyeceğiz. Bkz. §6. Burada yalnızca kanunda yer alan temel ilkelere değinmekle yetiniyoruz.

94 *Tongsir*'e göre, MK m.511/III hükmünün metninde yer alan, çıkarılanın saklı paylı mirasçı olan altsoyunun, "saklı payını talep edebileceği" şeklindeki ifade isabetli değildir. Zira çıkarılanın altsoyu saklı pay hakkına kanunen sahiptir ve saklı pay kendilerine kanun gereği zorunlu olarak geçer. Çıkarılanın saklı paylı altsoyu, zorunlu yasal mirasçı sıfatını taşıdığından, saklı paya yalnızca kanun gereği sahip olmakla kalmaz, mirasçılık sıfatının gereği olarak, terekeden kaynaklanan tüm yükümlülüklerden de sorumlu olur. Nitekim kaynak İsviçre Medeni Kanununun, MK m.511/III hükmünü karşılayan 478/III hükmünde, çıkarılanın saklı paylı altsoyunun kendi saklı payını talep edebilmesi imkânı değil, aksine bu kimselerin saklı paya hakları olduğu ifadesine yer verilmiştir (**a.g.t**, s.52).

95 Nitekim velayeti devam eden ana ve baba çocuğun mallarını yönetme (MK m.352), kullanma (MK m.354); çocuk mallarının gelirlerini çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi, hatta hakkaniyet gerektirdiği takdirde aile ihtiyaçları için harcama (MK m.355); hatta çocuk mallarını, kanundaki koşullara uygun şekilde kısmen harcama (MK m.356) hakkı bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e**, s.324 vd.

nunda mirasbırakana, çocuğa yaptığı kazandırmanın ana-baba tarafından kendi menfaatleri doğrultusunda harcanmasını ya da malların yönetiminin ana-babadan alınmasına olanak sağlayan hükümler vardır[96]. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunan mirasbırakanın, çıkarma neticesinde çıkarılanın velayeti ya da vesayeti altındaki altsoya intikal edecek miras hakkı üzerinde çıkarılan kimsenin yönetim, tasarrufta bulunma ya da yararlanma haklarını sürdürmesine rıza göstermeyeceği açıktır. Bu sebeple biz, altsoya intikal eden miras hakkı bakımından MK m.357 ve 358 hükümlerinde aranan yönetim ve harcama yetkilerinin kaldırılmasının "ölüme bağlı tasarruf yoluyla" düzenlenmiş olması şartının, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bakımından, kendiliğinden mevcut olduğu kanısındayız[97]. Başka deyişle, mirasçılıktan çıkarma iradesi, kural olarak çıkarılanın, velayeti altındaki çocuğa intikal edecek çıkarmaya tabi pay üzerinde yönetim ve harcama yetkilerini kaldırma iradesini, bu durum tasarrufta açıkça belirtilmese dahi, kendiliğinden içerir. Öyleyse mirasçılıktan çıkarma halinde, çıkarılanın söz konusu yetkilerinin kaldırıldığı karine olarak kabul edilmek gerekir[98]. Meğer ki mirasbırakan aksini tasarrufunda öngörsün. Kaldı ki MK m.361 gereğince, *"çocuğun mallarının tehlikeye düşmesi başka bir şekilde önlenemiyorsa hakim, yönetimin bir kayyıma devredilmesine karar verebilir"*. Şu halde, çıkarılan mirasçının altsoyu eğer çıkarılan mirasçı ile aynı evde yaşıyorsa ve küçükse ya da çıkarılanın altsoyu kısıt-

---

96 MK m.357 gereğince, "ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemezler. / Kazandırmada bulunan kişi, kazandırma sırasında açıkça aksini öngörmedikçe, ana ve baba bunlar üzerinde yönetim hakkına sahiptir". MK m. 358 gereğince ise, "ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı ana ve babanın yönetimi dışında bırakılabilir. / Mirasbırakan yönetimi bir üçüncü kişiye bırakmışsa, tasarrufunda bu kişinin belirli zamanlarda sulh hakimine hesap vermesini öngörebilir".

97 MK m.358 gereğince çocuğun saklı payı ana-babanın yönetimi dışında bırakılması, ölüme bağlı tasarruf yoluyla mümkündür. Oysa mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bakımından çıkarılanın altsoyuna kanun icabı bir intikal söz konusu olmaktadır. Fakat unutulmamalıdır ki, çıkarılanın altsoyunun mirasa kavuşması, yine mirasbırakanın arzusuyla olmaktadır. Mirasbırakan, mirasçısını mirasçılıktan çıkarmasa, altsoyun miras hakkı da doğmaz: Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.597–598; Ickowicz, **a.g.e**, s.85–86.

98 Öğretide, cezai çıkarmayı içeren ölüme bağlı tasarrufta, çıkarılanın, velayeti altındaki altsoya intikal edecek saklı pay üzerinde yönetim hakkını kullanma veya harcamada bulunma yetkisinin MK m.357 ve 358 hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle engellenmesi gerektiği savunulmuştur: Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.597–598; Ickowicz, **a.g.e**, s.85–86. Buna karşılık, bu görüşteki yazarlara göre, **mirasbırakan çıkarma tasarrufunda bu kısıtlamayı açıkça belirtmemişse**, o zaman çıkarılanın, çocuğun saklı payı üzerinde yönetim hakkı söz konusu olacaktır. Oysa biz, mirasbırakan aksini öngörmedikçe, mirasçılıktan çıkarma iradesinin çıkarmaya tabi miras üzerinde velayete sahip çıkarılanın yönetim ve harcama yetkilerinin kaldırılması iradesini de kendiliğinden içerdiği kanısında olduğumuzdan, bu görüşe katılamamaktayız.

lanmış ve vasisi de çıkarılan mirasçı ise, mirasbırakan aksini öngörmedikçe, kanımızca, mahkeme, altsoyun malvarlığının idaresi için, mirasçılıktan çıkarılmış olan veli ya da vasi yerine bir başkasını kayyım olarak atamalıdır (MK m.361/I). Böylece çıkarılanın altsoyuna saklı pay kapsamında intikal eden tereke malına, mirasbırakanın da arzusu hilafına olarak, çıkarılanın müdahale etme ihtimali bertaraf edilmiş olur.

Medeni Kanunun, çıkarılanın, çıkarıldığı terekeden yararlanmasına engel olamadığı istisnai bir duruma değinmek gerekir. Çıkarılan pay kendisine intikal eden torun, mirasbırakan-dedesi tarafından mirasçılıktan çıkarılan babasından, daha önce öldüğünde çıkarılan-baba, **dolaylı olarak** bir zamanlar çıkarıldığı ve çocuğuna intikal eden terekeden pay alma imkânına kavuşabilecektir. Kanunda bu adaletsiz sonucu engelleyen bir hüküm yoktur[99].

Kanımızca kısmen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulmasına hukuken bir engel olmadığından, kural olarak tam mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükümlerin, kısmi mirasçılıktan çıkarma kurumunun bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanmasına da bir engel yoktur[100]. Kısmen çıkarılan mirasçı, tam çıkarmadan farklı olarak, bütün miras payını yitirmemektedir ve kendisine yalnızca "**saklı payının çıkarmaya tabi tutulmayan kısmı**" kalmaktadır.

---

99 Kanımızca bu durum, açıkça mirasbırakanın iradesine ters düşmektedir ve böyle bir sonucun kabul edilmesi, ne mirasçılıktan çıkarma ne de saklı pay kurumunun amacına uygun düşer. Burada kendisine intikal eden terekede artık torunun hak sahibi olduğu ve onun da babasını mirasçılıktan çıkarmadığına göre, bu sonucun doğal olduğu iddia edilebilir. Fakat torunun mülkiyetine giren söz konusu malların, mirasbırakanın çıkarma tasarrufu sayesinde olduğu unutulmamalıdır. Şimdi bu tasarrufa tamamen ters düşecek bir sonucu kabul etmek bize adil gözükmemektedir. Fakat kanımızca yürürlükteki hükümler çerçevesinde bu sorunun çözümü olanaksızdır. Bu konuda *de lege ferenda* olarak, kanunda yapılacak değişiklikle, çıkarılanın dolaylı olarak miras yoluyla daha önce çıkarıldığı ve layık olmadığı terekeye yeniden kavuşmasını engelleyen bir hüküm getirilmesi gerektiği kanısındayız.

100 Aynı yönde bkz ve karş. Baydar, **a.g.t**, s.60. Kısmi mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olup olmadığı hakkındaki görüşler için bkz. §2.I.B. Hatırlatalım ki kısmi çıkarma için mutlaka saklı payın belirli bir oranda azaltılmış olması gerekmektedir ve mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliği için aranan tüm koşullar –özellikle çıkarma nedeninin aile bağını koparıcı ağırlığa sahip olması zorunluluğu- tam bir şekilde aranacaktır.

§ 4. AFFIN GERİ ALMANIN VE SONRAKİ SAĞLAR ARASI KAZANDIRMANIN CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMAYA ETKİSİ

Affın mirasçılıktan çıkarmaya bir etkisinin olup olmadığı, etkisi kabul edilirse bu etkinin mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geri alınması (tamamen ortadan kaldırılması) niteliğinde mi olduğu, yoksa affın mirasçılıktan çıkarma nedenini ortadan kaldıran ve geçersizliğe yol açan bir maddi fiil mi olduğu oldukça tartışmalıdır. Böylece niteliği ve sonuçları çok tartışmalı olan "af" kavramı, "geri alma" kavramıyla yakın bir bağlantı içerisindedir. Öte yandan şekil kurallarına uygun bir "geri alma" tasarrufuyla da, mirasçılıktan çıkarma ortadan kaldırılabilir. Konu bütünlüğü açısından mirasbırakanın çıkarılanı affetmesi olgusunu, geri almayı ve mirasbırakanın çıkarmadan sonra çıkarılana sağlar arası karşılıksız kazandırmada bulunmasını bir arada incelemeyi uygun görmekteyiz.

I. AF

Mirasçılıktan çıkarma kurumu bakımından affa hukuki sonuç bağlanıp bağlanmayacağı konusunda kanunda bir hüküm bulunmaması, öğretide büyük bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaları ele almadan önce aşağıda "af" kavramı ile ne anlatılmak istendiği ve bunun benzer durumlardan farkı ele alınmak, affın hukuki niteliğine ve ispatlanmasına değinilmek gerekmektedir. Ancak konu bu şekilde açıklığa kavuşturulduktan sonra, öğretideki affa ilişkin tartışmalara değinmek faydalı olacaktır.

A. "AF" KAVRAMININ BELİRLENMESİ

"Af" kavramı ile kanunun öngördüğü bir ölüme bağlı tasarruf şekline uygun olarak ortaya konulmamış olan bir irade anlatılmak istenir. Öğretide af için geri alma tasarrufundan farkını ortaya koymak adına "şekilsiz af", "soyut af", "fiili af" gibi terimler kullanılmaktadır[1]. Ancak biz şekle uygun olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun

---

1 Örnek olarak "*formlose Verzeihung* (şekilsiz af)" kavramı için bkz. Bellwald, **a.g.e**, s.79 vd; Gubser, **a.g.e**, s.111 vd. Davranışlar yoluyla ortaya konulan af iradesi bakımından "fiili (soyut) af" terimini kullanan: İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.381. *Gubser* ve *Bellwald*, af ile geri alma kavramlarını ayırmaksızın şekle bağlı af ve şekilsiz af şeklinde konuyu ele almaktadırlar (**a.g.y**). Biz af ile geri alma kavramlarının ayırım yapılarak ele alınması kanısında olduğumuzu aşağıda gerekçeleriyle anlatmaktayız. Bkz. §4.I.C.

ortadan kaldırılması için "geri alma" terimini tercih ettiğimizden, fiilen aile bağının yeniden kurulması iradesini anlatmak üzere yalnızca "af" terimini tercih etmekteyiz.

1. Affı Gösteren İrade Açıklaması

Sarsılan, zedelenen ya da kopan aile bağının yeniden kurulmasının bir görünüm biçimi olan af iradesi, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya neden olan sebebin ağırlığını – sanki aile bağlarını sarsıcı olay hiç yaşanmamışçasına– artık iç dünyasında taşımadığı, bu yaşanan olayın aile bağını koparıcı etkisinin kalmadığı şeklinde açıklanabilir. Başka deyişle mirasbırakan, geçmişte yaşadığı acı verici ve derinden yaralayıcı olayın etkisinden kurtulmuş, iç dünyasında yaşadığı duygusal sarsıntının üstesinden gelmiştir[2].

Mirasbırakanın af iradesinin kesin olması gerekir. Af iradesinin olduğunu gösteren olaylardan (*Externa*), mirasbırakanın aile bağının yeniden kurulması arzusunu kesin bir şekilde taşıdığı açıkça anlaşılmalıdır[3]. Mirasbırakanın aile bağını yeniden kurmayı denemekle beraber gelgitler ve kararsızlıklar yaşaması bize af konusunda kesin bir iradenin mevcut olmadığını gösterir.

Mirasbırakanın, ihlalde bulunan saklı paylı mirasçısını affetmeye yönelik salt bir iradeye sahip olması yeterli değildir. Mirasbırakan aynı zamanda bu **iradesini açığa vurmalıdır**. Başka deyişle hukuk dünyasında sonuç meydana getirip getirmeyeceğini tartışabilmemiz için affin bir irade açıklaması niteliğinde olması gerekir. Yalnızca dışa vurulmamış ve düşüncede kalmış bir irade yeterli değildir[4].

Mirasbırakanın af konusunda kesin bir irade açıklamasında bulunmuş olması yeterlidir. Ayrıca bu iradenin mutlaka ihlalde bulunan saklı paylı mirasçıya karşı **yöneltilmiş olması gerekmez**. Öte yandan çıkarılan mirasçının, mirasbırakanın bağışlamaya yönelik söz ya da davranışlarından haberdar olması da bir koşul değildir. Şu halde mirasbırakanın üçüncü bir kişiye karşı saklı paylı mirasçısını affettiğini açıklaması ya da hiç kimseye bir açıklamada bulunmaksızın onun davranışlarından açıkça affettiği-

---

2 Aynı yönde Piotet, **SPR IV/1**, s.423; Bellwald, **a.g.e**, s.79; Gubser, **a.g.e**, s.111–112; Albrecht Dieckmann, in **Soergel Bürgerliches Gesetzbuch**, B.21-23, Erbrecht (§§ 1922-22385), 13.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 2002, **§2337**, N.2.

3 Piotet, **SPR IV/1**, s.423; Gubser, **a.g.e**, s.112.

4 Piotet, **SPR IV/1**, s.423.

nin anlaşılıyor olması yeterlidir. Ancak her türlü hareket değil, kesin bir şekilde aile bağını yeniden kurma arzusunu açık ve kesin bir şekilde taşıyan hareketler af olarak nitelendirilmek gerekir[5].

Af iradesinin ortaya koyulması için belirli bir "biçim" söz konusu değildir. Geri alma tasarrufunun aksine, af iradesi, niteliği gereği ve işin doğası gereği bir şekle tabi değildir. Af iradesi, sözlü ya da yazılı[6] bir şekilde açık bir irade açıklaması niteliğinde dışa vurulabileceği gibi, irade açıklaması sayılan davranışlar yoluyla örtülü olarak da dışa vurulmuş olabilir[7]. Bazen mirasbırakanın bir takım davranışları, tutumları, hatta susması, örtülü bir af iradesinin açıklanması niteliğinde olabilir[8].

Bununla birlikte susma ya da yeniden bir iletişim kurulmasını sessiz kalarak onaylama tarzındaki davranışlar, hemen kolaylıkla bir af iradesi olarak kabul edilemez. Mirasbırakanın gerçekten aile bağını yeniden kurma iradesi, davranışından açıkça anlaşılıyor olmalıdır. Aksi halde, her davranışı bir af iradesi olarak yorumlamak mümkün olurdu[9].

2. Mirasbırakanın Çıkarmaya ve Affa Konu Olabilecek Olayı Biliyor Olması

Mirasbırakanın çıkarma nedeni olan ve affettiği davranıştan haberdar olması gerekir. Mirasbırakan ancak vakıf olduğu bir olay nedeniyle derinden sarsılmış olabilir. Olayın

---

5 Gubser, **a.g.e**, s.114. Karş. Alman hukuku bakımından Dieckmann, **§2337**, N.5.

6 Her ne kadar sonuçları ölüme bağlı tasarrufla ilgili olsa da, söz konusu yazılı açıklamanın ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılması gerekmez: Olshausen, **§2333**, N.9.

7 Tuor, **Art.477**, N.20; Stadler, **a.g.e**, s.20; Piotet, **SPR IV/1**, s.423; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.381; Gubser, **a.g.e**, s.112. Alman Hukuku bakımından bkz. Olshausen, **§2337**, N.9.

8 Örneğin mirasbırakan, sevgilisiyle kaçıp kendisini terk eden eşini kesin olarak affetmiş ve geri dönüşünden sonra eşiyle ölüm anına dek birlikte hayat sürmüşse burada açığa vurulmuş bir af iradesi vardır.
Ancak mirasbırakanın, kendisini terk eden ve mirasçılıktan çıkardığı eşi ile yeniden bağ kurmayı salt "denemiş" olmasının af iradesi olarak görülemeyeceği yönünde: Druey, **a.g.e**, §6, N.62; Piotet, **SPR IV/1**, s.423. Aksi yöndeki tespit için bkz. BGE 106 II 304, 310 Erw.3e (Bu değerlendirmeyle birlikte hatırlatalım ki, Federal Mahkemenin, affa hukuki bir etki tanıma yönünde bir kararı bulumamaktadır).

9 Gubser, **a.g.e**, s.112–113; açık olmamakla birlikte Druey, **a.g.e**, §6, N.62. Olabilir ki mirasbırakan, hiçbir şekilde saklı paylı mirasçısını af arzusu taşımamasına rağmen, onunla medeni bir ilişki içerisinde kalmak ve kaba, nezaketsizce davranışlardan kaçınmak istemiştir. Yahut bir aile büyüğünü üzmemek adına kendisine ihlalde bulunan mirasçısı ile bir iletişim içerisindedir. O halde mirasbırakanın davranışının, af arzusu taşıyıp taşımadığı noktasında kişisel aile ilişkisi dikkate alınmalı ve objektif bir biçimde değerlendirme yapılarak sonuca varılmalıdır. Tek başına herhangi bir davranış biçiminin doğrudan doğruya af niteliği taşıdığı iddia edilemez.

tüm boyutlarından haberdar olmayan mirasbırakanın af iradesi, kural olarak geçerli kabul edilmemek gerekir[10]. Bir görüşe göre, eğer mirasbırakan af iradesinde bulunurken hataya düşmüş, aldatılmış ya da tehdide maruz kalmışsa; bu durumda sakat olan af iradesi mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerliliğini ortadan kaldırmaz[11]/[12]. Biz bu görüşe ihtiyatla yaklaşıyoruz. Kanımızca sağlığında af iradesini sakatlayan sebebi öğrenmesine ya da tehdidin etkisinden kurtulmasına rağmen, mirasbırakan sessiz kalmış ya da aile bağını yeniden koparmamışsa, artık af iradesinin varlığını sürdürdüğünü kabul etmek gerekir. Ancak eğer mirasbırakan ölümüne dek bu sebeplere vakıf olamamışsa, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, çıkarılan tarafından itiraza uğrayıp uğramadığına bakılmak gerekir. Eğer çıkarılan, cezai çıkarma tasarrufuna itiraz ederek affın varlığını ispatlamışsa ve fakat bu af iradesi sakatsa, bu durumda çıkarmadan ya-

---

10 Karş. Gubser, **a.g.e**, s.114. Yazar, ihlale konu davranıştan tüm boyutlarıyla haberdar olmayan mirasbırakanın af iradesinin, çıkarmaya konu davranışı tamamen kapsamayacağını ve olayın tamamını öğrenen mirasbırakan açısından yeni bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin oluşmuş olacağını belirtmektedir. Aslında ilk bakışta aynı olayın nasıl ikinci kez bir mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabileceği sorusu akla gelmekte ve bu görüş tereddüt uyandırmaktadır. Ancak olayı eksik olarak öğrenen mirasbırakanın derinden sarsılması birinci vakıa, olayı tüm detaylarıyla öğrendikten sonra büsbütün yıkılması ikinci bir vakıadır. Böylece ihlale konu tek vakıa var iken, mirasbırakanda meydana gelen etki açısından iki vakıa söz konusu olabilir. Bu yönüyle yazarın görüşü kanımızca yerindedir.
Burada şu ilginç durum ortaya çıkabilir: Mirasbırakan, tüm boyutlarıyla olmasa da ihlale konu davranışı öğrendikten sonra mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenler. Ancak düzenleme anındaki bilgisi çerçevesinde aslında fiil çıkarmayı gerektirecek ağırlıktan yoksundur. Bu yönüyle ağırlık unsurunu taşımadığı için, tasarrufun geçersiz olması gerekir. Sonradan olayın kalan boyutlarını da öğrendiğinde bu kere derinden yaralanan ve büsbütün yıkılan mirasbırakan, ikinci kez bir tasarruf düzenlemez ve önceki tasarrufunun yeterli olacağını düşünür. Fakat bu durumda da söz konusu geçersiz ölüme bağlı işlem, kural olarak sonradan geçerli hale getirilemeyecek ve arzu edilen sonuca ulaşmak için söz konusu işlemin yeniden yapılması gerekecektir. Sonuçta çıkarma nedeninin yetersiz olduğu gerekçesiyle tasarruf MK m.512/III gereğince tenkise tabi olur ve çıkarılanın itirazı üzerine, tasarrufun, mirasbırakanın iradesine saygı prensibi gereğince, saklı pay dışında yerine getirilmesi gerekir. Meğer ki yaşanan somut olayın özellikleri dikkate alındığında dürüstlük kuralı çıkarılanın saklı pay talebi bakımından aksi bir sonuca varmayı haklı kılsın.

11 Gubser, **a.g.e**, s.114. Örnek olarak bir baba, çok yakın bir arkadaşına karşı hırsızlık suçu işlediği için oğlunu mirasçılıktan çıkarmıştır. Ancak bir süre sonra kalbi yumuşayan baba, oğlunu affeder. Ne var ki aradan bir süre daha geçtikten sonra aslında oğlunun bütün gerçekleri anlatmadığını; onun yalnızca hırsızlık suçu işlemediğini, aynı zamanda oldukça alçakça ve kötü niyetli davranışlar sergilediğini de öğrenir. Bu durumda *Gubser*, babanın daha önceki af iradesi nedeniyle sorumlu tutulamayacağını kabul etmektedir. Buna göre, sonradan öğrendikleri karşısında derinden sarsılan babanın daha önceki eksik bilgiye dayanan af iradesi, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırmayacaktır (**a.g.e**, s.114–115).

12 *Gubser*'e göre, böylesi durumlarda mirasbırakanın dış dünyaya açıkladığı ile gerçek iradesi birbiriyle uyumlu değildir (**a.g.y**). Kanımızca eğer **ihlale konu olayın tamamen bilinmemesi nedeniyle** bir af iradesinde bulunulmuşsa, açıklama ile irade arasında bir uyumsuzluk değil, aksine tasavvurun oluşumunda bir hatadan söz edilebilir (saik hatası). Elbette irade ile açıklama arasında uyumsuzluktan kaynaklanan niteliği elverişli diğer beyan hataları ya da aldatma, tehdit gibi durumlar da, somut olayın koşullarına göre gerçekleşmiş olabilir.

rarlanacak mirasçıların ya da vasiyet alacaklılarının söz konusu af iradesini sakatlayan vakıaları ispat ederek mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geçerli kılmaları mümkün olmalıdır[13]. Hatırlatalım ki bu tartışmalar affa mirasçılıktan çıkarma kurumu bakımından hukuki bir değer atfedilecekse bir anlam ifade eder.

Son olarak belirtelim ki mirasbırakanın affın hukuki sonuçlarını, başka deyişle, affın önceden düzenlenmiş olan ya da sonradan düzenlenecek olan mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna olan etkilerini yahut bu tasarrufu ortadan kaldırabileceğini biliyor olması gerekmez[14].

3. Affın Aile Bağını Yeniden Kurmuş Olmasının Koşul Olarak Aranıp Aranmayacağı

Mirasbırakanın bir söz ya da davranışının af niteliğinde görülebilmesi için aile bağını yeniden kurma arzusunu içermesi gerektiğini ifade etmiştik. Bununla birlikte somut olayda aile bağının gerçekten **fiilen** yeniden kurulmuş olup olmadığının ya da ne ölçüde kurulduğunun bir önemi yoktur[15]. Mirasbırakanın **aile bağını kurma arzusunu** kesin bir şekilde taşıması yeterlidir[16]. Mirasbırakan ağır bir ihlale maruz kaldığı ve derinden yaralandığı halde saklı paylı mirasçısını affetmeye yönelik bir irade göstermiş ve buna rağmen saklı paylı mirasçı aynı tavır ve davranışları sürdürmüş ya da kişisel iletişimi reddetmiş olabilir. Saklı paylı mirasçının bu davranışları devam ettirmesi, kural olarak, tek başına af iradesini ortadan kaldırmaz. Ancak bu davranışlar yeniden ağır bir ihlale neden olmuşlarsa yeni bir mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir.

---

13 Af, ölüme bağlı tasarruf niteliğinde bir **hukuki işlem** olsaydı, mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçılar tarafından bu tasarrufun iptal davası ile iptal ettirilmesi hak ve yetkisi söz konusu olacaktı. Ancak affın ölüme bağlı bir işlem ve evleviyetle bir hukuki işlem olmadığı, aksine maddi bir fiil olduğu (bkz. §4.I.C) kabul edildiğine göre, burada miras hukukunun irade sakatlığına ilişkin hükümler kıyasen dahi uygulanamaz.

14 Gubser, **a.g.e**, s.115.

15 Gubser, **a.g.e**, s.113. Karşı görüşte Piotet, **SPR IV/1**, s.423 ve Tuor, **Art.477**, N.20.

16 *Gubser'in de -Piotet'*nin görüşünün (**SPR IV/1**, s.423) aksine olarak- ve haklı bir şekilde belirttiği üzere, af ile kopan ya da zedelenen aile bağı **kendiliğinden** tekrar kurulmaz. Zira bu psikolojik bağın yeniden kurulması için yalnızca mirasbırakanın arzusu yeterli değildir. Aynı zamanda çıkarılan saklı paylı mirasçının da aynı arzuda olması gerekir. O nedenledir ki af iradesinin varlığı için, somut olayda aile bağının **fiilen** yeniden kurulmasının bir koşul olmadığı, aksine mirasbırakanın aile bağını yeniden kurma arzusunun varlığının yeterli olduğu ifade edilmektedir: Gubser, **a.g.e**, s.113.

Mirasbırakanın sözlü olarak açıkça af iradesini beyan etmesi halinde, kural olarak ailesel sevgi, saygı, şefkat duygularının oluşturduğu o psikolojik ailesel yakınlık bağının kurulması arzusunun varlığı noktasında tereddüt edilmeyecektir. Ancak af iradesinin davranışlarla gösterilmesi halinde, bu iradenin var olup olmadığı özellikle ve titizlikle araştırılmalıdır[17].

B. "AF" KAVRAMININ BENZER DİĞER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

Af, kural olarak kopan aile bağını yeniden kurma arzusunu taşıyan bir irade açıklamasıdır. Ancak yöneldiği sonucun gerçekleşmesi af için bir koşul değildir. Ancak af, eğer karşılıklı olarak aile üyelerinin yeniden birbirine yakınlaşmasını ve sonuç olarak kopan aile bağının tamamen yeniden kurulması sonucunu sağlarsa, gerçek bir "barışmadan" (*Versöhnung*) söz edilebilir[18]. Öte yandan kişisel iletişim kurma kavramı da gerek aftan gerekse barışmadan farklıdır. Kişisel iletişim ya da yeniden ortak yaşam sürme gibi davranışlar, hem affın hem de barışmanın bir göstergesi olabilirse de, bunlar ne af ne de barışma için tek başına unsur değildir. Affa rağmen kişisel iletişim yeniden kurulmamış olabilir. Affa rağmen barışma da gerçekleşmemiş olabilir. Şimdi bu farklılıklara değinelim:

1. Af ile Barışma (ve/veya Görüşme) Kavramlarının Ayırt Edilmesi

Çoğu olayda mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını affetmesi, mirasbırakan ile mirasçının barışması ve böylece kopan aile bağının yeniden kurulması şeklinde ortaya çıkar. Bu durumda **af ile eş zamanlı olarak barışma** söz konusu olur[19].

Bazen **barışmaksızın af** söz konusu olur; yani mirasbırakan, kendisine karşı ihlalde bulunan mirasçısı ile aralarındaki yaşanmış hoş olmayan olayın etkisine bir son vermek arzusu içerisinde mirasçısını affetmek isterken, diğer yandan yaşadığı olayın etkisi ve gücenmişliği karşısında söz konusu mirasçı ile yeniden bir ailesel ilişki kurmak

---

17 *Gubser*'e göre, af iradesinin açıkça sözlü olarak ifade edilmesi halinde, artık mirasbırakan aile bağını yeniden kurma arzusunu taşımasa dahi, geçerli bir af iradesinin varlığı kabul edilmek gerekir: Gubser, **a.g.e**, s.113 Faklı görüşte Stadler, **a.g.e**, s.20.

18 Gubser, **a.g.e**, s.115.

19 Gubser, **a.g.e**, s.115; karş. Olshausen, **§2337**, N.19.

ya da görüşmek (iletişim kurmak) istemeyebilir[20]. Bu durumda mirasbırakan, mirasçısı ile barışmak istememesine ve yeniden bir kişisel iletişim kurmak istememesine rağmen, onun yaptığı davranışı affetmiştir. İşte bu istisnai durumda, ihlale konu davranış nedeniyle önceden düzenlenen ya da sonradan düzenlenecek olan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun artık geçerli olmayacağı kabul edilmektedir. Çünkü mirasbırakan af iradesini açıkça ifade ederek artık saklı paylı mirasçısını cezalandırmak arzusunda olmadığını ortaya koymuştur[21]. Kanımızca böyle durumlarda mirasbırakanın af iradesine sahip olduğunun, çıkarılan tarafından ispatlanması son derece güç olacağından, barışmaksızın affetme olgusunun örtülü davranışlarla değil, açıkça ifade edilmesi neredeyse zorunluluğa yakın bir önem taşımaktadır.

Bazen de **affetmeksizin barışma** söz konusu olur. Yani mirasbırakan, ailenin mutluluğu için ihlalde bulunan saklı paylı mirasçısı ile yeniden yakınlaşmasına veya kişisel iletişim kurmasına (görüşmesine) rağmen, yaşanan olayın acısını yüreğinde taşımaya devam edebilir ve mirasçısını affetmeyebilir. Hatta ülkemizde barışma bazen toplumsal ya da ailesel baskılar, çocuklarına sahip çıkma düşüncesi, gidecek yerinin olmaması, ekonomik bağımsızlığın bulunmaması gibi nedenlerle kerhen de gerçekleşmiş olabilir. Bu tarz olaylarda dışarıdan bakıldığında mirasbırakanın, barıştığı kişiyi aynı zamanda affettiği izleniminin uyanması kadar doğal bir sonuç yoktur. Bu nedenle, barışmasına rağmen mirasçını affetmeyen mirasbırakanın, davranışlarının örtülü bir af iradesi olarak yorumlanmasını ve yanlış anlaşılmaları engellemek için, mirasçısını affetmediğini açıkça dile getirmesi gerekir[22].

---

20 "*Vergeben, aber nicht vergessen*" (Affet ama unutma): Gubser, **a.g.e**, s.116; Dieckmann, **§2337**, N.3.

21 Gubser, **a.g.e**, s.116; Olshausen, **§2337**, N.20. Çıkarmaya konu hareketten sonra ailesel ilişkinin yeniden kurulmuş olması, kendiliğinden mirasçılıktan çıkarma nedeninin sonradan ortadan kalktığı ya da affın söz konusu anlamına gelmez. Ancak somut olayın koşulları değerlendirildiğinde ailesel ilişkilerin yeniden kurulması, sevgi bağının kendini yeniden göstermesi niteliğinde ise çıkarma konusu davranışın bağışlanmasından ya da mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun nedeninin ortadan kalkmasından söz edilebilir. Karş. Gubser, **a.g.e**, s.30–31.

22 Gubser, **a.g.e**, s.116. Yazar, bu durumların nadiren ortaya çıkacağını; çünkü mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun ortadan kaldırıldığına ilişkin güvenin korunması gerekeceğini ifade etmektedir. Aynı yönde Olshausen, (**§2337**, N.21), mirasbırakanın söz konusu niyetinin sınırlarını uyandırılan güvene aykırı davranmama yasağının (*venire contra factum proprium*) oluşturacağını savunmaktadır. Karş. Tuor, **Art.477**, N.19c.

2. Af ile Olayın Yaralayıcı Etkisinin Zamanla Kaybolması Kavramlarının Ayırt Edilmesi

Mirasbırakan aradan geçen uzun sürede geçmişte kendisini derinden yaralayan mirasçılıktan çıkarmaya konu davranışların etkisini artık hissetmiyor olabilir. İhlale konu olaydan sonra mirasbırakan ile mirasçının iletişim içerisinde olmaması veya birbirlerinden uzaklaşmaları, psikolojik olarak mirasbırakanın üzüntü ve acı duygusunun giderek azalmasına yol açacaktır. Bu gayet doğal bir süreçtir. Af aslında bir yanıyla mirasbırakanı yaralayıcı olayın etkilerinin zamanla kaybolması sonucunu doğurabilir. Bununla birlikte af ile yaralayıcı etkinin ortadan kaybolması aynı olgular değillerdir.

Burada olayın yaralayıcı etkisinin mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlendiği anda mevcut olması gerektiğine ayrıca değinmek gerekir. Zira eğer ihlale konu davranış gerçekleştikten sonra mirasbırakan üzerindeki yaralayıcı etki kaybolmuşsa, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun bir koşulu olan "ağırlık/önemli ölçüde ihlal" unsurundan söz edilmeyeceği için, tasarruf geçersiz olur. Şu halde mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, gerçekleşen ağır ihlalden kısa bir süre sonra, olayın etkisi henüz sürmekte iken düzenlenmiş olmasına dikkat edilmek gerekir. Bu durumda çıkarılan mirasçının, mirasbırakan için olayın yaralayıcı etkisinin ortadan kalktığını ispatlaması çok güç olacaktır[23].

C. AFFIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE GERİ ALMA TASARRUFUNDAN AYIRT EDİLMESİ

Af, geri alma tasarrufunun aksine bir hukuki işlem değildir. Düşünsel ve duygusal bir olayın dış dünyada açığa vurulması şeklindeki bir irade açıklaması niteliği taşıyan af, maddi bir fiil (*Realakt*) niteliğindedir[24]. O nedenle af için, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun ortadan kaldırılması hukuki sonucuna yönelmiş bulunan bir iradenin varlığı da mutlak bir koşul olarak aranmaz. Af için aranan irade, kural olarak aile bağını yeniden kurma arzusudur. Bu arzu mevcutsa söz konusu maddi fiil, "af" olarak nitelenir. Yeter ki dış dünyada açığa vurulmuş olsun. Mirasbırakan hiçbir hukuki sonuç meyda-

---

23 Gubser, **a.g.e**, s.116–117.

24 Gubser, **a.g.e**, s.113 ve s.119; karş. Stadler, **a.g.e**, s.22. Buna karşılık *Gubser*, maddi fiil olarak kabul ettiği affı, eserinin bazı yerlerinde mirasçılıktan çıkarmanın geri alınması iradesi olarak niteleyerek, çelişkiye düşmektedir. Örnek olarak bkz. **a.g.e**, s.30–31.

na getirme arzusu içerisinde olmasa bile, somut olay açığa vurulan bir af iradesinin varlığını gösterebilir.

Oysa -aftan farklı olarak- geri alma tasarrufunda, bir ölüme bağlı tasarruf arzusu söz konusudur. Geri almada iradenin yöneldiği hukuki sonuç, mirasçılıktan çıkarmanın ortadan kaldırılmasıdır.

Hukuki işlem niteliği taşımayan af için, böylece hukuki işlem ehliyetinin ve buna bağlı olarak ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin varlığı da koşul olarak aranmayacak, mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olması yeterli olacaktır[25]. İhlale konu davranışı affedip affetmeme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, bu alanda -yasal ya da iradi oluşu fark etmeksizin- hiçbir şekilde temsil caiz değildir[26].

D. AFFIN İSPATLANMASI

Mirasçılıktan çıkarma nedenini, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan yararlanan mirasçıların ve vasiyet alacaklılarının ispatlaması gerekir (MK m.512/II). Buna karşılık affın varlığını ispatlama yükümlülüğü işin mahiyeti gereği mirasçılıktan çıkarılan kişidedir[27].

E. AFFA HUKUKİ SONUÇ BAĞLANIP BAĞLANAMAYACAĞI VE ÖĞRETİDEKİ TARTIŞMALAR

Alman Hukukunda saklı paydan uzaklaştırma (*Pflichtteilsentziehung*) bakımından af kurumu kanunda açıkça düzenlenmiştir (BGB § 2337)[28]. Avusturya Hukukunda ise kanunda açık bir hükümle, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun ancak kanuna uygun şekilde ve açık bir geri alma tasarrufu ile ortadan kaldırılabileceği düzenlenmiş ve böylece affa hukuki sonuç bağlanmasının önü kapatılmıştır (ABGB § 772)[29]. Türk ve İsviçre Hukuklarında ise mirastan yoksunluk bakımından, affın yoksunluğu hükümsüz

---

25 Gubser, **a.g.e**, s.113.

26 Bellwald, **a.g.e**, s.79; Gubser, **a.g.e**, s.113–114.

27 Piotet, **SPR IV/1**, s.423; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.48.

28 BGB §2337 gereğince affa iki sonuç bağlanmıştır. İlk olarak çıkarma nedeni oluşturan fiilden sonra ve fakat çıkarma tasarrufundan önce gerçekleşen affın, saklı paydan çıkarma hakkını ortadan kaldıracağı, çıkarma tasarrufundan sonra gerçekleşen affın ise, çıkarma tasarrufunu hükümden düşüreceği maddede düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanununda af kurumuna yer verilmesine karşılık, affın ispatlanması konusunda sorun yaşanmaktadır. Bu durumun yeni bir düzenleme ile engellenmesi gerektiği görüşünde: Gubser, **a.g.e**, s.212.

29 Bkz. Gubser, **a.g.e**, s.212.

kılacağı açıkça öngörülmüşse de (MK m.578/son), mirasçılıktan çıkarma bakımından affa ilişkin olumlu ya da olumsuz bir hüküm sevk edilmiş değildir.

1. Mirasbırakanın Affının Hukuki Sonuçları Bakımından

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu kural olarak şekli anlamda bir geri alma tasarrufu ile ortadan kaldırması makul ve en doğru çözümdür. Bununla birlikte, çıkarma nedeni oluşturan davranışın etkisinden kurtulmuş olmasına ve yeniden aile bağı kurulmuş olmasına rağmen, mirasbırakanın geri alma tasarrufunda bulunmaması, ortaya çözümlenmesi güç ve oldukça tartışmalı bir hukuki sorun çıkarır. Başka deyişle mirasbırakanın şekli anlamda olmayan affetme arzusuna hukuki sonuç bağlanıp bağlanmayacağının ortaya konulması gerekmektedir. Bu noktada ilk olarak mirasbırakanın ihlale konu olay gerçekleştikten sonra hangi anda af iradesini açıkladığı önem taşımaktadır. Mirasbırakan, olaydan sonra ve fakat mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlenmeden **önce** af iradesini açıklamış olabilir. Öte yandan çoğu somut olayda görüleceği üzere olaydan ve mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan **sonra** da af iradesini açıklamış olabilir.

a. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan önceki affın etkisi

Saklı paylı mirasçının çıkarma nedeni oluşturan davranışta bulunması üzerine derinden sarsılan mirasbırakan, bir zaman sonra sözle ya da davranışlarla mirasçısını affettiği yolundaki iradesini dış dünyaya aksettirebilir. Fakat mirasbırakan af iradesini böylelikle açıklamış olmasına rağmen, sonradan aynı olaya ilişkin olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemiş olabilir. Bu durumda önceki af iradesinin sonradan düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu hükümsüz kılıp kılmayacağı sorunu ile karşılaşılmaktadır.

Bir görüşe göre[30], aftan sonra düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçerlidir. Saklı paylı mirasçının ihlal teşkil eden davranışıyla derinden sarsılan mirasbırakan, önce af iradesini açıklayıp, buna rağmen sonradan mirasçılıktan çıkarma tasarrufu

---

30 Huber, **Erläuterungen I**, s.391; Nobs, **a.g.e**, s.35; Bellwald, **a.g.e**, s.81; karş. Rohr, **a.g.e**, s.53. İsviçre Federal Mahkemesinin mirasçılıktan çıkarma tasarrufu öncesindeki affın hukuki sonucu noktasına ilişkin bir kararı bulunmamaktadır. Mirasçılıktan çıkarma sonrasındaki affa ilişkin bir kararında, mirasçılıktan çıkarma nedeninin **tasarrufun düzenlendiği anda** mevcut olması gerektiğini, sonradan meydana gelen olayların mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliğine bir etkisinin olamayacağını, bu sebeple affın önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu etkilemeyeceğini karara bağlamıştır: BGE II 208, 216 vd.

düzenlemişse, bu durum mirasbırakanın kendisini derinden yaralayan olayı unutamadığını ve olayın sarsıcı etkisini atlatamadığını gösterir. O halde şekil kurallarına uygun olarak düzenlenmiş bir geri alma tasarrufu niteliği bulunmayan af iradesi, demek ki ciddi değildir ve ciddi olmayan bu iradeye hukuki sonuç bağlanamaz. Mirasbırakan, sonradan mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyerek gerçekte saklı paylı mirasçısını affetme arzusu taşımadığını ortaya koymuştur.

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre[31], aftan sonra düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, geçerli ve yeterli bir nedene dayanmadığından kural olarak geçersizdir ve MK m.512/III gereğince tenkis edilebilir. Zira mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan önceki af, karine olarak mirasçılıktan çıkarmaya yönelik ciddi bir iradenin mevcut olmadığını gösterir. Mirasbırakan, çıkarma nedeni sayılan davranışın ağır etkisinden kurtulmuş ve af iradesini açıklamışsa, bu iradeyi açıkladığı andan itibaren artık mirasçılıktan çıkarma için aranan koşul (sübjektif ağırlık ölçütü) eksik demektir[32]. Buna göre gerek bir maddi fiil olan af geri alınamayacağı gerekse mirasçılıktan çıkarma için aranan sübjektif ağırlık ölçütü eksik olduğu için, sonradan aynı olaya ilişkin olarak geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlenemez. Bununla bir-

---

31 Piotet, **SPR IV/1**, s.423; Stadler, **a.g.e**, s.26; Tuor, **Art.477**, N.19a; Escher, **Art.477**, N.9; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.454 ve 467; Tongsir, **a.g.t**, s.73–74; Druey, **a.g.e**, §6, N.62; Bessenich, **Art.477**, N.9; Weimar, **Art.477**, N.20 vd; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.191; Ickowicz, **a.g.e**, s.94; Oğuzman, **a.g.e**, s.216 ve dn.582a; Schüpbach, **a.g.m**, s.222 (Bessenich, **Art.477**, N.9'dan naklen); Gubser, **a.g.e**, s.119–120; Antalya, **Miras**, s.221; Baydar, **a.g.t**, s.76. Aftan önceki olguların, aftan sonra düzenlenen çıkarma tasarrufu için, çıkarma nedeni oluşturmayacağı yönünde: 2.HD 13.5.1996, 4486/4986 (**HukukTürk**). (2. Hukuk Dairesi'nin bozma kararına karşı yerel mahkeme direnmiş, ancak Hukuk Genel Kurulu 21.5.1997, 2–161/445 sayılı kararıyla (**HukukTürk**), davacı-çıkarılanın altsoyuna husumet yöneltilmediği gerekçesiyle, direnme kararının diğer yönler incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiştir.
Gubser, İsviçre Federal Mahkemesinin affın mirasçılıktan çıkarmaya etki etmeyeceğine ilişkin kararından (BGE 73 II 208, 216 vd) hareket edildiğinde dahi aynı sonuca varılmak gerekeceğini belirtmektedir. Zira mahkeme, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun düzenlendiği anda çıkarmanın tüm koşullarının mevcut olmasını aramaktadır. Öyleyse mahkemenin bakış açısından hareket edilecek olursa af sonrasındaki mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçerli kabul edilemez (**a.g.e**). Buna karşılık *Piotet*'ye göre, mirasçılıktan çıkarmanın haklılığı, mirasçı tarafından aile bağlarının kopartılmasına dayanır ki, af kopan bu bağı yeniden kurar. Kopan bağların yeniden kurulmasının mirasçılıktan çıkarmadan önce ya da sonra olmasının bir önemi yoktur. Bu kanunun temel saydığı bir durum değildir (**SPR IV/1**, s.424).

32 Mirasbırakan, ihlalde bulunan mirasçısını cezalandırmak amacı taşımakla birlikte, eskiden mevcut olan aile bağını düşünerek mirasçısına karşı düşmanca bir tutum sergilemek istemiyor ve onunla arkadaşça bir ilişki kuruyor olabilir (Affetmeksizin barışma). Ancak bu durum örtülü bir af olarak yorumlanma riski taşımaktadır. Bunun için mirasbırakana, en azından yazılı olarak mirasçısına karşı sergilediği bu barışçıl tutumun onu affettiği anlamına gelmeyeceğini açıklaması tavsiye edilmektedir: Gubser, **a.g.e**, s.120.

likte mirasbırakanın aftan sonra mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlediğini ve bunun için tasarrufun geçersiz olduğunu, çıkarılan saklı paylı mirasçı ispatlamakla yükümlüdür[33].

b. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan sonraki affın etkisi

Daha çok karşılaşılabilecek bu ihtimalde mirasbırakan öncelikle ölüme bağlı tasarruf şeklinde düzenlediği mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile saklı paylı mirasçısını terekenin dışına itmektedir. Ancak sonradan söz konusu mirasçıyı sözlü ya da davranışlarla ortaya konulan bir irade açıklaması ile affetmektedir. Sonraki affın, önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna nasıl etki edeceği öğretide oldukça tartışmalıdır:

(1). Affın tüm mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırdığı görüşü

Bu görüşe göre[34], kanunda mirastan yoksunluk kurumu bakımından sevk edilen affa dair hüküm (MK 578/f.son), kıyas yoluyla, mirasçılıktan çıkarmada da uygulanmalıdır. Bu görüş, mirasbırakanın af iradesini, geri alma iradesini de kapsayacak bir şekilde yorumlamaktadır. Mirasbırakanın geri alma tasarrufu düzenlememiş olması, buna gerek duymamasından ya da fırsat bulamamasından kaynaklanmış olabilir. Ayırt etme gücü yerinde olmak kaydıyla ölüm döşeğinde açıklanan son arzulara saygı göstermek gerekir. Bir an için affa hukuki sonuç bağlanamayacağı görüşü kabul edilse bile, mirasbırakan affın mirasçılıktan çıkarmayı tamamen hükümsüz kılacağı yönünde bir

---

33 Örtülü affın varlığını ispatlamak, çıkarılan açısından oldukça güçtür. Yine aile üyelerinin ya da yakın dostların, tanıdıkların, mirasbırakan ile mirasçı arasında aile bağının yeniden kurulduğu ya da barışçıl ve uzlaşmacı tutumların söz konusu olduğu vs. yönündeki tanıklıkları önemli olacaktır: Gubser, **a.g.e**, s.120. Aynı yönde Baydar, **a.g.t**, s.76–77; karş. Escher, **Art.477**, N.9; Tongsir, **a.g.t**, s.74.

34 Stadler, **a.g.e**, s.26; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.47–48; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.188. Hatemi'ye göre, "koruyucu ıskatın amacı ile cezai ıskatın amacı aynı değildir. Ne var ki şöyle denilebilir: Koruyucu ıskatta nasıl ıskatın "amacı" ortadan kalktığı işlem temelinin sonradan çöktüğü gerekçesi ile ıskat hükümsüz kalıyorsa (MK 513/2), burada da mirasbırakanın afvı, vasiyetname ortadan kaldırılmamış bile olsa, ıskat tasarrufunun işlem temelinin çöktüğünü (clausula rebus …) gösteremez mi? / Ne var ki, MK 513/2 özel bir "clausula …" kuralına yer vermekte iken, cezai ıskatta böyle bir kural yer almamaktadır. Buna rağmen, (yeni) MK 513'deki kural da örnek gösterilerek burada bir "örtülü boşluk" olduğu ve "ıskat tasarrufundan sonra af" durumunda; ıskat edilen mirasçının –ölüm anında yürürlüğe giren irade beyanının– "**hatalı**" olduğu gerekçesiyle (MK m.557/b.2) dava açabileceği kabul edilebilir" (**a.g.y**). Kanımızca çıkarma tasarrufundan sonraki af bakımından, iradenin oluşumunda (tasavvurda) bir yanılma söz konusu olmayıp, aksine mirasbırakanın çıkarmaya konu davranışı algılaması doğru bir şekilde gerçekleşmektedir.

hukuki hataya düştüğü için de şekle uygun bir geri alma tasarrufunda bulunmamış olabilir.

Kaldı ki şekil koşullarına uygun bir vasiyetnameyle yapılan ölüme bağlı kazandırmanın, mirasbırakanın ölmeden önce yaptığı aksi yöndeki sağlararası bir tasarrufla ("*salt iradi bir etkinlikle*") zımnen geri alınmış sayılabiliyorsa (MK m.544; *ademptio legati*), aynen öyle de "*mirasçılıktan çıkarma cezası da vasiyetname dışı bir etkinlikle zımnen geri alınmış sayılabilmelidir*". Öte yandan "*koruyucu mirasçılıktan çıkarma da borç ödemeden aciz olgusunun* ***sonradan ortadan kalkması*** *durumunda iptal edilebilir* (MK 513 II)"[35].

(2). Affın cezai mirasçılıktan çıkarmaya hiçbir etkisinin olmayacağı görüşü

Öğreti ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından çoğunlukla benimsenen görüş[36], ölüme bağlı tasarruf şekline uygun olarak geri alınmayan ve çıkarma tasarrufundan sonra açığa vurulan bir af iradesine hukuki sonuç bağlanmasına karşı çıkarlar. Mirasbırakan, şekil kurallarına uymaksızın sağlığında af iradesini açığa vurmasına rağmen, mirasçılıktan çıkarma yine de hükümlerini doğuracaktır[37]. *Oğuzman*'ın ifadesiyle, "*gerekli şekilde açıklanmayan arzuların etkili olmaması sadece, ıskat edilenin (çıkarılanın) affına münhasır bir durum değildir*". Öyleyse şekil kurallarına uygun olmayan af yerine ancak şekil kurallarına uygun olan geri alma tasarrufunun mirasçılıktan çıkarmayı hükümsüz kılacağı kabul edilmelidir[38]. İsviçre Federal Mahkemesi, affın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu doğrudan ortadan kaldırmayacağını ve mirasçılıktan çıkarma koşullarının tasarrufun yapıldığı anda mevcut olması gerektiğini, sonradan yaşananların ve dolayısıyla affın geçerli olan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geçersiz hale getir-

---

35 Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.188.

36 Huber, **Erläuterungen I**, s.391; Escher, **Art.477**, N.10; Çubukgil, **Iskatın Sebepleri**, s.535 (Yazar, makalesinin sonuç bölümünde affın etkisinin olmayacağını belirttiği halde, s.529'da af halinde çıkarma sebebinin ortadan kalkması sebebiyle çıkarılanın en azından saklı payını talep edebilmesi gerektiğini söylemektedir); Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.85–87; Brühlmeier, **a.g.e**, s.68; Beck, **a.g.e**, s.73–74; İmre, **a.g.e**, s.390–391; Oğuzman, **a.g.e**, s.216; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.176; Şener, **YD**, s.86 ve **Miras Hak ve Payları**, s.170; Antalya, **Miras**, s.221; Baydar, **a.g.t**, s.80; Kılıçoğlu, **Miras**, s.237; Özuğur, **Miras**, s.70; BGE 55 II 164; 73 II 208, 215; 2.HD 2.7.1985, 4483/6252 (**HukukTürk**). Bu sonucu kabul etmekle birlikte, hakkaniyete aykırı bulan ve MK m.2 hükmünün uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz ve karş. İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.381–382.

37 Oğuzman, **a.g.e**, s.216.

38 Huber, **Erläuterungen I**, s.391; Escher, **Art.477**, N.10; karş. Beck, **a.g.e**, s.73.

meyeceğini ve tasarrufun tenkisine de yol açmayacağını kabul etmiştir[39]. Yargıtay da aynı görüştedir[40].

Bu görüş şu hukuki gerekçelere dayanmaktadır: İlk olarak, mirastan yoksunlukta affa hukuki sonuç bağlanarak kanunda düzenlenmiş olmasına rağmen (MK m.578/son), mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin kanuni düzenlemede af kurumuna yer verilmemiştir. İsviçre Medeni Kanunu hazırlıkları sırasında da bu konu gündeme gelmiş, tartışmalara yol açmış ve sonuçta Uzmanlar Komisyonu affın kanundaki mirasçılıktan çıkarma hükümlerine alınmasını uygun görmemiştir[41]. O halde mirasçılıktan çıkarmada af konusunda bir kanun boşluğu söz konusu değildir, aksine kanun koyucu sorunu olumsuz yönde çözmüştür[42].

Mirastan yoksunluk kurumunda yer alan affa ilişkin hüküm, kıyas yolu ile de mirasçılıktan çıkarma kurumuna uygulanamaz. Çünkü mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunup bulunmama konusunda mirasbırakan özgür olduğu halde, mirastan yoksunluk kendiliğinden hüküm ifade eder ve mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufundan doğmaz. Her iki kurumun yapısındaki bu farklılık, af konusunda kıyas yapılmasına uygun de-

---

39 BGE 73 II 208, 215; BGE 55 II 167. Söz konusu kararda mirastan yoksunluk kurumundaki affa ilişkin düzenlemenin kıyasen mirasçılıktan çıkarma kurumuna da uygulanmasının önü kapatılmıştır.

40 2.HD'nin 7.10.1997 tarih ve 7414/10276 sayılı kararından: "Davacı (oğul), (mirasbırakanının), ıskat işleminden sonra (kendisine) yazdığı mektuplarla onu af etmiş olduğunu belirterek, ıskata ilişkin vasiyetin iptalini istemiştir. (…) Yasa koyucu (…) yasanın 489.maddesi vasiyetten kısmen veya tamamen cayılabileceğini, ne var ki caymanın geçerli olabilmesi için ölüme bağlı tasarruflardan biri ile yapılmasının gerektiğini de vurgulamaktadır. Cayma için öngörülen şekil koşulu da yapılmasında olduğu gibi işlemin geçerlilik şartıdır. (…) **Mirastan mahrumiyette yasa şekil koşulu aramaksızın affı mahrumiyetin sona ermesi için yeterli görmüş olmasına karşılık ıskat için böyle bir hükme yer vermemiştir. Yasanın bu tespiti ne bir unutkanlık ne de yasal boşluktur. Yasa koyucunun da bu konudaki suskunluğu şekle bağlı irade açıklamasının, yine şekle bağlı olarak kaldırılabileceğini vurgulamak içindir.** Zira mahrumiyette irade açıklamasına gerek yoktur. Şartları oluştuğunda mirasçı yasa gereği mirastan yoksun kalır. Mahrumiyete ilişkin yasal kural emredici olmadığından, miras bırakanın iradesiyle ortadan kaldırılabilmektedir. (…) Ancak şekil koşuluna bağlı affın vasiyetin ortadan kalkması sonucu doğuracağını gözeten mahkemenin, şekil koşuluna uymayan mektuplarla belirlenebilen hoş görüyü, af niteliğinde kabul etmemesinde usul ve yasa kurallarına aykırılık yoktur" (**HukukTürk**).

41 Huber, **Erläuterungen I**, s.391; Escher, **Art.477**, N.10. İsviçre Medeni Kanunu hazırlıkları sırasında Uzmanlar Komisyonunda affın mirasçılıktan çıkarmayı hükümsüzleştirmesi yönünde yapılan bir teklif, kabul edilmemiştir.

42 Escher, **Art.477**, N.9, 10–12; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.176; Brühlmeier, **a.g.e**, s.68; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.86; Beck, **a.g.e**, s.73–74; Oğuzman, **a.g.e**, s.216; Şener, **YD**, s.86; İmre/Erman, **a.g.e**, s.239; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.381–382; Özuğur, "Miras Hakkından Iskat", **ABD**, Y.53, S.3, Temmuz 1996, s.348; BGE 55 II 164; 73 II 208.

ğildir[43]. Öte yandan koruyucu çıkarmada çıkarılanın ekonomik durumunun düzelmesi üzerine çıkarmanın iptal edilebileceğine dair hüküm (MK m.513/II), koruyucu çıkarmaya özgü ve istisnai bir hükümdür. Bu hükmün cezai mirasçılıktan çıkarma bakımından uygulanma kabiliyeti yoktur[44].

Nitekim mirasçılıktan çıkardığı saklı paylı mirasçısını affeden mirasbırakan, sonradan yapacağı ölüme bağlı tasarrufla kolaylıkla çıkarma tasarrufunu geri alabilme imkânına sahiptir. Mirasbırakan, geri alma tasarrufunda bulunmuyorsa, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu korumak istemektedir[45]. Öte yandan mirasbırakan kolaylıkla geri alma tasarrufu düzenleyebilir ya da önceki çıkarma tasarrufunu yok edebilir. Yaşanan olaylarda ortaya çıkan tecrübeler göstermiştir ki, mirasbırakan psikolojik olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan vazgeçmek istediğinde, hukuken bir sorun ortaya çıkmaması için gerekli sorumluluk bilinci içerisinde hareket etmekte ve şekle uygun bir geri alma tasarrufu yapmayı emredici bir zorunluluk olarak hissetmektedir[46].

Diğer bir gerekçe olarak mirasbırakan, kendisine karşı ağır bir ihlalde bulunan saklı paylı mirasçısını insani bir davranış göstererek affetmiş olsa bile, bu fiile ilişkin yaptırımı muhafaza etmek arzusunda olabilir. O halde af kendiliğinden mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan vazgeçme anlamına gelmez. Bu gerekçe, barışma ve af kavramları birbirinden ayırt edilmediğinden, kanımızca isabetsizdir[47].

Başka bir gerekçe ise, ölüme bağlı tasarruf şeklinde olmayan affa bir tasarrufu hükümsüz kılma sonucunu bağlamanın, hukuk güvenliği açısından yerinde olmayacağıdır. O halde ölüme bağlı tasarruf şeklinde olmayan mirasçılıktan çıkarma tasarrufu sonrasındaki af, geçersiz kabul edilmek gerekir. Özellikle mirasçılıktan çıkarma tasarrufu sonrasında mirasbırakanın yeniden aile bağını kurma iradesini açığa vurduğunun ortaya konulması ve bu kapsamda kişisel iletişime yeniden geçilmiş olması, diyalog

---

43 İmre/Erman, **a.g.e**, s.239; 2.HD 7.10.1997, 7414/10276 (**HukukTürk**); BGE 73 II 208; BGE 55 II 167.

44 BGE 73 II 208.

45 İmre/Erman, **a.g.e**, s.239; istisnaen affın etkisini kabul etmekle bitlikte kural olarak bu gerekçeyi destekleyen: Bellwald, **a.g.e**, s.82.

46 BGE 55 II 164, 168. Kanımızca bu gerekçeye karşı mirasbırakanın çıkarma tasarrufunu geri almak iradesine sahip olmasına rağmen, bunu gerçekleştirmeye imkân bulamadığı durumlarda ölümden sonra her şey için geç olması karşısında adil ve hakkaniyete uygun olmayan bir sonuçla karşılaşılabileceği yönünde itiraz edilebilir.

47 Şener, Miras Hak ve Payları, s.168.

kurma, barışma gibi davranışların gerçekten af iradesi ile yapılıp yapılmadığını tam ve doğru bir biçimde tespit edilmesi oldukça güçtür. Dışa yansıyan davranışlarla ve delillerle bu içten bağlılığın ispatlanabilmesinin güç oluşu bir yana, af iradesini ortaya koyan ya da koymayan davranışlar şeklinde bir ayırıma gitmek, pozitif hukuk ile de izah edilemez[48]. Affa cevaz verilmesi, uydurma delil bulmaya (tasnilere) yol açacağı için de tehlikelidir[49].

(3). Affın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu tamamen ortadan kaldırmayıp çıkarma nedenini ortadan kaldırdığı görüşü

Bu görüşe göre[50], affın mirasçılıktan çıkarmaya hiçbir etkisinin olmadığı kabul edilemeyeceği gibi, affın mirasçılıktan çıkarmayı bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırdığı da kabul edilemez. Af, mirasçılıktan çıkarmayı doğrudan doğruya ortadan kaldırmamakta, bununla birlikte geçerli mirasçılıktan çıkarma nedenini ortadan kaldırdığı için, çıkarılan mirasçıya çıkarma tasarrufuna itiraz ederek (MK m.512/III) yalnızca saklı payını isteme hakkı (tenkisi talep hakkı) sağlamaktadır.

Bu görüştekiler, ilk olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerliliğinin bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin mevcut olmasına bağlı olduğu noktasından hareket etmektedir. Buna göre af, kopmuş olan aile bağının yeniden kurulduğunu ve çıkarma nede-

---

48 İmre, **a.g.e**, s.390–391; Şener, **YD**, s.86; istisnai bazı hallerde affın etkisini kabul etmekle birlikte, kural olarak bu gerekçeyi destekleyen: Bellwald, **a.g.e**, s.82.

49 Şener, **YD**, s.86.

50 Tuor, **Art.477**, N.19b; Piotet, **SPR IV/1**, s.423–424; Ickowicz, **a.g.e**, s.95; Tongsir, **a.g.t**, s.79 vd; Berki, **a.g.e**, s.43; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.318; Druey, **a.g.e**, §6, N.62; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.602; Weimar, **Art.477**, N.22 vd; Bessenich, **Art.477**, N.9; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 93; Dural/Öz, **a.g.e**, s.210; Ülkü, **a.g.m**, s.46; Schüpbach, **a.g.m**, s.223 (Bessenich, **Art.477**, N.9'dan naklen).
Tuor'un affa dayanak olarak MK m.512/III hükmünü göstermesi (**a.g.e**, N.19) isabetsiz olmuştur. Yazar, unutma ve hata sebebiyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geri alınamamış olduğu hallerde, af iradesinin varlığı sabit ise, bunun mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geçersiz kılacağını savunmuştur. Bununla birlikte haklı olarak yapılan eleştirilerde de belirtildiği üzere, MK m.512/III çıkarma nedeninde hataya düşülmüş olması ile ilgili bir hükümdür: İmre, **a.g.e**, s.390; Şener, **YD**, s.87. Üstelik anılan hatanın sonucu, tenkis değil, iptaldir. Dolayısıyla affın varlığı halinde tenkis çözümünü ortaya koyan Tuor'un bu fikrine sonuç itibariyle katılmakla birlikte, yazarın burada belirtilen gerekçesine katılamıyoruz.
Ölüme bağlı tasarruflara hâkim olan yorum ilkeleri arasındaki "ima (dayanak) kuramının (*Andeutungstheorie*) ve "açık seçiklik (sarahat) kuralının" (*Eindeutigkeitsregel*) günümüzde gerileme halinde olduğunu belirten *Serozan*, affın, cezai çıkarmada çıkarma sebebinin sonradan ortadan kaldırması olarak yorumlanmasının, *"vasiyetname üzerinde sırf "Externa"ya dayanılarak oynanabileceğini ve onun değişen koşullara uyarlanabileceğini"* gösterdiğini ifade eder ((Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.223, k). Aynı yönde Breitschmid, **Art.469**, N.22 vd; karş. BGer 5A.698/2008, s.2.

ninin artık ortadan kalktığını gösterir. Miras hakkını kazanmak için kanunun aradığı koşulların (hayatta olma, yoksun olmama gibi), her zaman mirasbırakanın ölümü anında var olması gerekir. Mirasçılıktan çıkarma nedeninin varlığı için de aynı zaman dilimi geçerli olmalıdır[51]. Ölüm anında bulunması gereken mirasçılıktan çıkarma nedeni, af nedeniyle mevcut olmadığına göre, saklı paylı mirasçı çıkarma nedeninin bulunmadığı ya da yeterli olmadığı gerekçesiyle çıkarma tasarrufuna itiraz edebilecektir. Diğer yandan mirasçılıktan çıkarmanın *ratio legis*'i de bu sonucu haklı kılar. Zira af sonucunda kopan aile bağı yeniden kurulmuşsa, mirasçılıktan çıkarma sonucunda mirasçının saklı payından yoksun bırakılmasının anlamı kalmaz. Kaldı ki affin ispatı, mirastan yoksunluk halinde affin ve diğer birçok hadisenin, hatta çıkarmaya esas olan olayların ispatından daha zor değildir[52].

Kanun koyucu, mirasçının cezai çıkarma nedeni oluşturan fiili işlemesinin yeterli olduğu ve affin, bir kere meydana gelmiş bulunan bu nedeni (olayı) sonradan ortadan kaldırmayacağı yolunda açık bir hüküm sevk etmiş değildir. Aksine kanun koyucu bu noktada bir karar vermek istememiştir. Diğer bir gerekçeye göre, af daha ağır fiillerde bulunan mirasçının mirastan yoksunluğunu ortadan kaldırmaktaysa (MK m.578/son), bundan görece daha az ağırlıkta bir yaptırım olan mirasçılıktan çıkarmaya karşı saklı paylı mirasçıya tenkis davası imkânı tanınması yerinde olur[53]. Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın iradesine dayanan bir yaptırım iken, mirastan yoksunluk kanunun iradesine dayanan bir yaptırımdır. Kanunun iradesiyle verilen yoksunluk yaptırımı affedilebildiğine göre, mirasçılıktan çıkarmanın da affa uğraması doğaldır[54]. Öte yandan kanun koyucu yalnızca mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliğini şekle bağlı kılmış, ancak mirasçılıktan çıkarmanın affından bahis bile etmemiştir. Öyleyse mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliği için aranan şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf koşullarını, af için de

---

51 Piotet, **SPR IV/1**, s.424; Tongsir, **a.g.t**, s.78. *Piotet*'ye göre, koruyucu çıkarma bakımından da, aciz vesikasının çıkarma tasarrufu anında değil, ölüm anında var olması kanunda koşul olarak aranmaktadır ve bu zaman diliminin mantıken genel olarak mirasçılıktan çıkarmanın tümü açısından geçerli olması gerekir (**a.g.y**).

52 Tongsir, **a.g.t**, s.78.

53 Piotet, **SPR IV/1**, s.424.

54 Berki, **a.g.e**, s.43.

aramak yerinde değildir. Kanunda aksi görüşü teyit eden örtülü (zımni) bir hüküm dahi yoktur[55].

(4). Mirasçılıktan çıkarmaya kural olarak affın etki etmeyeceği, ancak istisnai bir takım hallerde etki edeceği görüşü

Bu görüşe göre[56] ölüme bağlı tasarruf şeklinde düzenlenen ve kanunda belirtilen nedenlerin varlığı halinde ancak geçerli olabilen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geri alınması **kural olarak** yine kanunun öngördüğü şekil şartlarına uygun olarak yapılmalıdır. Kanun koyucu saklı payın ortadan kaldırılması sonucunu doğuran mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu ağır bir takım koşulların varlığına bağladığına göre, bu tasarrufun ortadan kaldırılması bakımından da aynı hukuki güvenliğin aranması gerekir. Bu nedenle bir ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz kılınması yok etme, geri alma, yeni bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma şekilleri dışında bir yolla gerçekleştirilecekse, bu imkân yine kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiş olmak gerekir. O halde şekle uygun olmayan ve kanunda açıkça imkân tanınmayan af, tek başına mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu hükümsüz kılamaz.

Bununla birlikte affın mirasçılıktan çıkarmayı hükümsüz kılmayacağını tam bir kesinlik içerisinde uygulamak, **bazı somut olaylarda** hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlar doğmasına yol açabilir. Yaşadığı olumsuz ve ağır olayın etkisiyle saklı paylı mirasçını mirasçılıktan çıkardığına dair ölüme bağlı tasarruf düzenleyen mirasbırakan, zamanla mirasçısı ile kopan aile bağını yeniden kurduktan ve onu tamamen affettikten

---

55 Berki, **a.g.e**, s.43. Aynı yönde Piotet'ye göre, affa hiçbir hukuki etki tanımayan görüşteki yazarlar, "affı 'mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri alma' olarak değerlendirmekte ve Art.509-511'de şekil kurallarına uymadığı için bu affın kanun tarafından öngörülmüş olmadığını kabul etmektedirler. Ancak burada kesin bir karışıklık söz konusudur. Burada söz konusu olan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun şekle aykırı bir biçimde geri alınması değildir; tam tersine mirasçılıktan çıkarmanın geçerlilik koşullarının mirasın açılması anında mevcut olmaması durumudur. Mirasçılıktan çıkarmanın geri alınması elbette mümkündür. Ancak geri alma, kanunda öngörülen çıkarma sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediği (affın var olup olmadığı) konusundan tamamen ayrı bir sorundur" (**SPR IV/1**, s.424).

56 Bellwald, **a.g.e**, s.82; Gubser, **a.g.e**, s.124 vd. *Gubser*' e göre, mirasbırakan kural olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu her zaman yok etme, geri alma ya da yeni bir tasarruf yoluyla ortadan kaldırabilir. Çıkarma tasarrufu düzenleyen mirasbırakanın, af arzusunda olmasına rağmen bunu şekle uygun olarak yerine getirmemesi af konusunda ciddi olmadığını gösterir. Geçerli bir şekilde çıkarma tasarrufu düzenleyen mirasbırakanın, bu tasarrufu ortadan kaldırmak istediğinde kanuna uygun tarzda hareket etme sorumluluğuna ve bilincine sahip olması ve yaptığı işlemin hukuki sonuçlarını öngörmesi gerekir. Aksi yöndeki çözüm, hukuk güvenliğini zedeleyecektir ve ispat güçlükleri doğuracaktır (**a.g.y**). Yazara göre, *de lege ferenda* olarak, İsviçre Medeni Kanununda mirasçılıktan çıkarma hükümlerine yapılacak bir eklemeyle, Avusturya Hukukunda olduğu gibi (ABGB §772), mirasçılıktan çıkarmanın ancak şekle uygun bir geri alma tasarrufu ile ortadan kaldırılabileceği hükme bağlanmalıdır (**a.g.e**, s.212–213).

sonra, artık mirasçısını cezalandırma niyetinden vazgeçmiş olabilir. Özellikle mirasbırakan unutma, ani bir ölüm, ayırt etme gücünü kaybetme, affın mirasçılıktan çıkarmayı ortadan kaldıracağı yolunda bir hukuki hataya düşerek geri alma tasarrufunda bulunmama gibi nedenlerle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri almamış ya da geri alamamış olabilir. Bu hallerde söz konusu mirasçının mirasçılıktan çıkarmaya uğrayarak saklı payını yitirmesi hakkaniyete ve mirasbırakanın iradesine uygun düşmez.

İşte bu gibi istisnai olaylar bakımından, çıkarılan mirasçıya mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna itiraz ederek saklı payını alma hakkı (tenkis imkânı) tanınmak gerekir. Mirasçılıktan çıkarma nedeninin tasarrufun düzenlendiği anda mevcut olması gerektiğini ve sonradan meydana gelen olayların (affin) tasarrufu geçersiz kılmayacağını kabul eden görüş, dogmatik açıdan burada istisnai olarak dahi olsa affa cevaz verilmesini doğru görmeyebilir. Ancak bu yargı isabetli olmaz. Çünkü söz konusu görüşün "ispat güçlüğünün önlenmesi ya da sonradan gerçekleşen af yoluyla mirasbırakanın tasarruf düzenlendiği andaki derinden sarsılmış olması vakıasının ortadan kalkmış olamayacağı" yolundaki gerekçeleri, dogmatik olmaktan ziyade pratik kaygılar içeren gerekçelerdir. Oysa bu istisnai durumlar bakımından, sorunun dogmatik çözümü için saklı pay kurumunun *ratio legis*'ine uygun bir yöntem seçmek gerekir. Aile bağını esas alan saklı pay kurumunun amacına da uygun düşecek şekilde, mirasbırakanın aile bağının yeniden kurulmasını arzu etmesi durumunda bu arzuya değer verilmek ve saklı paylı mirasçıya itiraz hakkı tanıyarak saklı payını elde etmesine izin vermek gerekir[57].

(5). Görüşlerin değerlendirilmesi ve düşüncemiz

Affın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırdığı görüşüne katılmıyoruz. Bu görüştekiler, kıyas yoluyla mirastan yoksunlukta düzenlenen MK m.578/son hükmünün veya dürüstlük kuralının (MK m.2) uygulanmasını ve böylece af halinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tamamen hükümsüzleşmesini savunmaktadırlar. Kanımızca, mirasbırakanın çıkarmayı geri alma hakkı her zaman mevcuttur. Eğer, o geçerli bir geri alma tasarrufunda bulunmamışsa, kanundaki sistemden ayrılmak istemediği sonucuna varmak gerekir. O nedenle sanki bir geri alma tasarrufu

---

57 Gubser, **a.g.e**, s.125–126; Bellwald, **a.g.e**, s.82.

varmış gibi, çıkarma tamamen geçersiz kılınamaz. Öte yandan mirastan yoksunluk kurumunun (MK m.578) hukuki yapısı, kanımızca kıyasa engeldir. Hatta MK m.578'de öngörülen hallerin çoğunda, mirasbırakan bir geri alma tasarrufu yapamayacak haldedir[58].

Yukarıda açıklanan görüşlerden *affın mirasçılıktan çıkarmaya hiçbir etkisinin olmayacağı görüşü*nü de katılmamaktayız. Bu görüştekiler, mirasçılıktan çıkarma koşullarının mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlendiği anda mevcut olmasını gerekli ve yeterli görmekte olduklarından, sonradan gerçekleşen affın, tasarrufun geçerliliğine etki etmeyeceğini savunmaktadırlar. Kanımızca mirasçılıktan çıkarma koşullarının tasarruf düzenlendiği anda mevcut olması elbette koşul olmakla birlikte, saklı payı ortadan kaldırmanın gayesinin (korunmak istenen ailesel sevgi bağının), **mirasbırakanın ölümü anında ortadan kalkmamış olması**na, hukuken anlam yüklemek gerekir. Zira kanun, kural olarak, mirasçının saklı payına dokunulmamasını arzu etmektedir. Buna karşılık mirasçı saklı pay korumasına layık olmadığını göstermişse, artık onun saklı payını korumaya ısrarla devam edilemez. O halde bu bağ, kanundaki saklı pay düzenlemesinin temel yapı taşıdır; kanun bu bağın var olup olmamasına değer vermektedir[59]. Bunun içindir ki ölüm anına dek kopan bağın tekrar kurulmamış olması ve bu anlamda mirasçılıktan çıkarma koşullarının ölüm anında da mevcut olması gerekir. Kanun, aile bağının kopuşunu cezalandırıyorsa, bu bağ yeni-

---

58 MK m.578'de sayılan yoksunluk nedenlerinden mirasbırakanın kasten öldürülmesi veya tasarruf yapamaz hale getirilmesi ya da yeniden tasarrufta bulunulamayacak bir zamanda mevcut tasarrufun yok edilmesi hallerinde, zaten mirasbırakanın iradesinden söz edilemez. Bu hallerde aftan söz etmek de çok büyük oranda imkânsızdır. Öyleyse yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma zaten çok farklı hukuki yapılar arz eder. Bu hallerde sanki mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarmanın tamamlayıcısı gibidir. Bu yapı farklılığı kıyasa elverişli değildir.
Öldürmeye teşebbüs ve iradeyi sakatlama hallerinde ise, bu olayların etkisi geçtikten sonra mirasbırakan, mirasçısını affedebilir. Bu durumda af, mirastan yoksunluğu ortadan kaldıracaktır. Kanun bu durumda mirasçılıktan çıkarmadaki suskunluğunu bozmakta ve mirastan yoksunluk açısından tüm miras hakkının ortadan kalkması yönünde net bir çözümü benimsemektedir. Zira kanun, bu halleri önemseyerek, kural olarak, cezalandırmayı mirasbırakanın bir ölüme bağlı işlem yapması koşuluna bağlamamış, o çıkarma tasarrufunda bulunmasa da, mirasçıyı mirastan yoksun kılmıştır. Kuralın istisnası ise aftır. Affın varlığı durumunda, mirasbırakanın kanundaki yoksunluk yaptırımını uygulamak istemediğini kabul eden kanun, sonuç olarak yoksunluğu hükümden düşürmekte, aile bağının yeniden kurulmasına yönelik iradeye değer vermektedir.

59 Öyle olmasaydı, kanun mirasbırakana sınırsız bir tasarruf özgürlüğü tanıyarak, iradi mirasçılığı istisnasız olarak temel alır ve yasal mirasçılığı ikinci plana iterdi. Böylece mirasçılıktan çıkarma kurumuna gerek kalmazdı. Son yıllarda saklı payların ve saklı paylı mirasçıların azaltılması ile tasarruf özgürlüğünün daha da genişletilmesi yükselen bir eğilim (*trend*) olsa da, kanun bugünkü yapısı ile saklı pay ile saklı paysızlaştırma (mirasçılıktan çıkarma) arasındaki göreceli dengeyi sürdürmektedir.

den kurulduğunda cezalandırmanın gayesi ortadan kalkmış olmaktadır. Bu sebeple bu görüşe de katılmıyoruz.

Biz, yukarıda açıklanan görüşlerden *affın mirasçılıktan çıkarmayı ortadan kaldırmayıp, mirasçılıktan çıkarma nedenini ortadan kaldırdığı görüşü*ne katılmaktayız. Kanımızca af, **aile bağının yeniden kurulması iradesinin** şekle uygun olmayarak sözlü veya yazılı olarak ya da davranışlarla ortaya koyulmasıdır. Tüm bu özellikleri göz önüne aldığımızda, biz affın mirasçılıktan çıkarmanın koşulu olan sübjektif ağırlık ölçütünü ortadan kaldıran bir maddi fiil olduğunu kabul ediyoruz. Ölüm anına dek varlığını aradığımız mirasçılıktan çıkarma nedeninin gerçekleşmemiş olmasının doğal sonucu ise, çıkarılan mirasçının mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna itiraz ederek saklı payını elde edebilme imkânına kavuşmasıdır (MK m.512/III). Yoksa kural olarak af, tek başına mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu tamamen ortadan kaldırmaz ya da bütün sonuçlarıyla geçersiz kılmaz. Bu gerekçelerle, affın etkisini kabul eden görüşler arasında "*affın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırmadığı, ancak çıkarılana saklı payını talep etme hakkı sağladığı*" görüşüne katılıyoruz.

Öte yandan yukarıda açıklanan görüşlerden *affın kural olarak mirasçılıktan çıkarmaya etki etmeyeceği, ancak istisnaen etkisinin olabileceği görüşü*ne de katılmadığımızı ekleyelim. Bu görüş, geri alma tasarrufu düzenlemeyen mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan kural olarak vazgeçmediğini gösterdiğini, o halde bu iradeye saygı duyulması gerektiğini ve bu durumda affın mirasçılıktan çıkarmayı tamamen ya da kısmen hükümsüz kılmayacağını kabul eder. Ancak affa hiçbir etki tanımayan görüşten farklı olarak, bu görüştekiler istisnai bazı haller bakımından tenkis sonucunu kabul ederler[60]. Bu görüş yerinde gibi gözükse de çok ciddi bir çelişki içerisindedir: Af, eğer mirasçılıktan çıkarma nedenini ortadan kaldıran maddi bir fiil ise ve mirasçılıktan çıkarma nedeninin ortadan kalkmamış olması koşulu ölüm anında da aranmak gerekecekse, kural olarak affa etki tanımayıp istisnaen etki tanımak, sağlam bir hukuki zemine oturmamaktadır. Eğer, affa, çıkarma nedenini ortadan kaldıran bir durum (MK

---

[60] Buna göre istisnai ve olağanüstü bazı hallerde (unutma, ani bir ölüm, ayırt etme gücünü kaybetme, affın mirasçılıktan çıkarmayı ortadan kaldıracağı yolunda bir hukuki hataya düşerek geri alma tasarrufunda bulunmama gibi nedenlerle) mirasbırakan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri almamış ya da geri alamamış olabilir. O halde bu hallerde istisnaen affa hukuki sonuç bağlanması hakkaniyete uygun olur.

m.512/III) olarak bakılmayıp da "şekle uygun olmayan geri alma tasarrufu" olarak bakılacak olursa, çıkarma bu durumda "kural" olarak geri alınmamış ve fakat anılan "istisnai hallerde" geri alınmış olacak gibi bir sonuç doğar. Ancak bu halde MK m.512/III hükmündeki tenkis çözümünün benimsenmesi yine çelişki oluştur. Sonuçta bu görüşe tutarsızlığı nedeniyle katılamıyoruz.

Bu noktada özellikli bir duruma daha değinmek gerekir. Olağanüstü haller olsun ya da olmasın, şayet mirasbırakan bir geri alma tasarrufu düzenlediği halde, söz konusu tasarruf sırf şekil kurallarına uymadığı için geçersizse, çıkarma tasarrufunu geçerli saymak hakkaniyete aykırı gibi gözükebilir. Kanımızca bu durumda da **af koşulları varsa** MK m.512/III gereğince saklı paylı mirasçıya yine tüm miras hakkını geri verme değil, saklı payını talep etme hakkı tanımak gerekir[61].

c. Mirastan yoksunluk ve cezai mirasçılıktan çıkarma koşullarının aynı anda gerçekleştiği hallerde affın etkisi

MK m.578'de sayılan yoksunluk nedenlerinden mirasbırakanın kasten öldürülmesi veya tasarruf yapamaz hale getirilmesi ya da yeniden tasarrufta bulunulamayacak bir zamanda mevcut tasarrufun yok edilmesi hallerinde, zaten çoğunlukla mirasbırakanın iradesinden ve dolayısıyla da söz konusu fiiller sebebiyle cezai çıkarma tasarrufunda bulunmasından söz edilemez. Mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs ve mirasbırakanın iradesini "aldatma, zorlama veya korkutma" yoluyla sakatlayarak, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini sağlama veya engelleme hallerinde ise, mirasbırakan, kanımızca, bu fiilleri işleyen saklı paylı miras-

---

61 Bazen sonradan ayırt etme gücünü kaybedilmesi veya düzenlediği geri alma tasarrufunun şekle aykırı olması nedeniyle geçersiz olması gibi "olağanüstü nitelikte istisnai haller" söz konusu olabilir. Bu haller nedeniyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan sonra bir af iradesi açığa vurulmuş olmasına rağmen, hatta mirasbırakan bir e-mail ile ya da sözle mirasçılıktan çıkarmadan vazgeçtiğini bildirmiş olmasına rağmen, bu işlemi yapmaya fırsat bulamadan ölmüş veya ayırt etme gücünü yitirmiş olabilir. Bu hallerde dürüstlük kuralı ve hakkaniyetin gerektirmesi sebebiyle bir çıkarma tasarrufunun bütünüyle geçersiz sayılması vicdanı rahatlatan bir çözüm gibi gözükmektedir. Fakat bu istisnai hallerle yalnızca mirasçılıktan çıkarmada değil, tüm ölüme bağlı tasarruflarda karşılaşılabileceğine dikkat etmek ve bu konuda yeknesak bir uygulama sergilemek adil olur. Örneğin, arkadaşına bir taşınmaz vasiyet eden mirasbırakan, arkadaşının aslında kendisine geçmişte ihanet ettiğini öğrenmiş ve yaptığı vasiyeti geri almak istemiştir. Ancak, yanlışlıkla geri alma iradesini şeklen geçersiz bir vasiyetname ile düzenlemiştir ya da vasiyetname yapamadan ölmüştür. Bu durumda geri alma tasarrufu geçersiz olduğundan ya da ikinci halde ortada bir geri alma tasarrufu bulunmadığından, önceki vasiyet yürürlüğünü sürdürecektir.

çısı için cezai mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyebilir[62]. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre, bu fiiller, ağırlık unsurunu da içermek suretiyle, hem MK m.510 hem de MK m.578 koşullarını aynı anda gerçekleştirebilir[63].

Mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma koşullarının aynı anda gerçekleştiği bu hallerde, mirasbırakan, sonradan mirasçısını affetmişse, affın etkisinin ne olacağının ortaya koyulması gerekir. Başka deyişle, mirasbırakan, kendisini öldürme teşebbüsünü veya aldatmayı öğrenmesinden ya da zorlama ve korkutmanın etkisinden kurtulmasından sonra bu fiillere ilişkin olarak bir cezai çıkarma tasarrufu düzenlemiş ve fakat bir zaman sonra bu mirasçısını affetmiş olabilir. İşte bu durumda, kanımızca, af, mirastan yoksunluğu ortadan kaldırır, ama mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu *ipso iure* ortadan kaldırmaz. Eğer mirasçılıktan çıkarmayı da *ipso iure* kaldırdığı kabul edilseydi, geri alma tasarrufunda bulunmayan mirasbırakanın iradesi hilafına bir sonuç kabul edilmiş olurdu. Şekle uygun surette çıkarma tasarrufu geri alınmadığına göre, yoksunluk ortadan kalkmış olsa bile mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ortadan kalkmayacaktır. Bununla birlikte affın, **mirasçılıktan çıkarma nedenini** ortadan kaldırmış olacağı sonucuna varılabilir. Bu halde çıkarılan, MK m.512/III gereğince saklı payını talep edebilmelidir.

---

62 Aynı yönde Dural/Öz, **a.g.e**, s.358. Aldatma, zorlama ve korkutma yoluyla düzenlenen ölüme bağlı tasarrufu mirasbırakan sağlığında geri alabileceği gibi, o aldatmayı öğrenemeden veya zorlama ve korkutmanın etkisinden kurtulamadan ölmüşse, yahut da öğrense veya etkiden kurtulsa bile bir yıllık süre dolmadan önce ölmüşse (MK m.504/I), mirasçılar bu tasarrufun iptalini dava edebilir (MK m.557, b.2). Fakat bu sorun, yukarıda ele aldığımız durumdan tamamen bağımsız bir konudur. Ekleyelim ki, aldatarak veya korkutarak mirasbırakana ölüme bağlı tasarruf veya geri alma tasarrufu yaptıran veya bu tasarrufların geri alınmasını engelleyen kişi (fail) lehine kazandırmada bulunulmuşsa, esasen bu kazandırma yoksunluk nedeniyle hükümsüz olur. İptal davası ancak, fail şayet üçüncü kişi ise anlam ifade eder (Oğuzman, **a.g.e**, 267, dn.27). MK m.557, b.2 hükmü ile MK m.578/b.3 hükmünün karşılaştırılması için bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.362.

63 Buna karşılık *Dural/Öz*, öldürmeye teşebbüs halinde, hayatta kalmayı başaran mirasbırakanın, cezai çıkarma tasarrufu yapma imkânı varken yapmamasının af anlamına gelebileceğine işaret eder (**a.g.e**, s.360). Yine, aldatmanın öğrenilmesi ve korkutmanın veya zorlamanın etkisinin geçmesine rağmen, ölmeden önce ölüme bağlı tasarruf düzenlemek için yeterli zamanı olan mirasbırakanın, bu tasarrufta bulunmaması veya iradesi sakatlanarak düzenlediği tasarrufu geri almaması halinde, mirastan yoksunluğun söz konusu olamayacağını ve bu durumda ancak cezai çıkarma tasarrufunun düzenlenebileceğini savunurlar. Zira MKm.578/b.3 hükmünde soyut olarak aldatma, korkutma ve zorlamada bulunulması değil, bu yollarla bir ölüme bağlı asarrufun; yapılmış, yapılamamış, geri alınmış ya da geri alınamamış olması gerekir (**a.g.e**, s.361).

2. Mirasbırakanın Yakını ya da Aile Üyesi Olan Kimselerin Affetmesinin Etkisi Bakımından

Bazen mirasbırakanın yakını olan kimseye karşı ağır suç işleyen veya mirasbırakanın aile üyesi olan kimseye karşı önemli ölçüde aile hukuku yükümü ihlalinde bulunan saklı paylı mirasçı, söz konusu yakın veya aile üyesi kişi tarafından affedilmiş olabilir. Bu durumda yakının ya da aile üyesinin affının, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu etkileyip etkilemeyeceği sorunu ile karşılaşılmaktadır. Konu öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre[64], yakın ya da aile üyesi çıkarma nedeni oluşturan fiili affetmişse, mirasçılıktan çıkarma nedeni ortadan kalkmış olur. Diğer bir görüşe göre[65], ihlale maruz kalan yakının ya da aile üyesinin affı, mirasbırakan da affetmiş olmadıkça, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerliliği üzerinde herhangi bir etki doğurmaz. Zira ihlale konu olay nedeniyle saklı paylı mirasçıyı cezalandırma yetkisi mirasbırakana aittir. Aksi görüş kabul edilecek olursa, yakınlara ya da aile üyesi kişilere mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırma hakkı tanınmış olur ki, elbette bu kanunla bağdaşan bir sonuç olamaz[66].

Kanaatimizce yakının/aile üyesinin affetmesinin, ne mirasçılıktan çıkarma nedenini doğrudan doğruya ortadan kaldıracağını kabul etmek, ne de söz konusu affın mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna hiçbir etkisinin olmayacağını kabul etmek yerinde olur. Mirasbırakanın yakınlarının ya da aile üyelerinin ve hatta yakın ya da aile üyesi olmamakla birlikte kendisine karşı suç işlenen üçüncü kişilerin[67] affetmesi, mirasçılıktan çıkarma nedeninin objektif ağırlık ölçütünün belirlenmesinde ağırlığı azaltan bir rol oynayabilir. Hâkim, söz konusu kişilerin affına rağmen, somut olayın tüm koşulları

---

64 Druey, **a.g.e**, §6, N.62.

65 Tuor, **Art.477**, N.20; Rohr, **a.g.e**, s.54; Gubser, **a.g.e**, s.129.

66 Gubser, **a.g.e**, s.105 ve özellikle 129. Buna karşılık *Gubser*'in maddi bir fiil olan ve aile bağının yeniden kurulması iradesi olan af kavramını, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırma amacı olarak yorumlamasına katılmıyoruz.

67 Üçüncü kişiye karşı işlenen suç, somut olayın koşulları olanaklı kılıyorsa, doğrudan doğruya mirasbırakana ya da mirasbırakanın aile üyesine karşı bir aile hukuku yükümü ihlali oluşturabilir (MK m.510/b.2). Örneğin aile onurunun korunması yükümüne aykırı olarak üçüncü kişilere karşı cinsel suçlar işlenmesinde olduğu gibi.

dikkate alındığında mirasbırakanın söz konusu ihlali sübjektif olarak ağır bulmakta haklı olup olmadığını takdir edecektir[68].

II. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN GERİ ALINMASI

Türk Medeni Kanununda ölüme bağlı tasarrufların etkisinin mirasbırakanın iradesiyle ortadan kaldırılması (mirasbırakanın işlem ya da fiilleriyle hükümsüz bırakılması)[69], vasiyetnameler ve miras sözleşmesi bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir[70].

A. VASİYETNAME ŞEKLİNDE YAPILAN ÇIKARMANIN GERİ ALINMASI

Geri alma[71]; ya "yeni bir vasiyetname ile" (MK m.542) ya "yok etme ile" (MK m.543) ya "sonraki tasarruflar" yoluyla gerçekleştirilebilir. Aşağıda ilgisi gereği öncelikle çıkarma nedeni olan olay gerçekleştikten sonra, mirasbırakanın düzenlediği bir ölüme bağlı tasarrufta söz konusu kişiyi affettiğini açıklaması ve daha sonra bu iradeye rağmen mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemesinin sonuçlarına değineceğiz. Daha sonra ise mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geri alınmasını inceleyeceğiz.

1. Mirasçılıktan Çıkarma Tasarrufundan Önce Düzenlenen Ölüme Bağlı Tasarrufta Yer Alan Affa Yönelik İrade Açıklamalarının Etkisi

Öncelikle belirtelim ki, burada kastedilen, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun sonradan yapılan bir vasiyetname ile geri alınmasından farklı bir durumdur. Hayatın olağan akışında bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlendikten sonra, mirasbırakan mi-

---

68 Konu aslında üçüncü kişilerin söz konusu ihlal nedeniyle derinden yaralanmış olmalarının mirasçılıktan çıkarmaya etkisi ile paralellik arz eder. Bu konu yukarıda ayrıca incelenmiştir. Bkz. §2.II.B.4.g.

69 "Geri alma", genellikle "hükümsüzlük halleri" bahsinde incelenmektedir. Hükümsüzlük durumunda ortada mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerlilik koşullarının eksikliği nedeniyle tasarrufun hükümlerini doğurmaması söz konusudur. Oysa geri almada, tasarrufun geçerlilik koşulları tam olduğu halde mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu ortadan kaldırması söz konusu olmaktadır. Geçersizliğin ya da geri almanın sonuçları, pratik açıdan benzer nitelik göstermekteler ise de, dogmatik açıdan farklı olduklarını kabul etmek gerekir.

70 Vasiyetnameler bakımından, kanunda MK 542–544. maddelerinin tabi olduğu başlık "vasiyetten dönme" olarak ifade edilmiştir. Vasiyetnameler tek taraflı ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olduğu için biz "dönme" yerine "geri alma" terimini uygun görmekteyiz. Aynı yönde Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.100.

71 Geri alma terimi, mirasbırakanın iradesi ile vasiyetname şeklinde düzenlenen ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırıldığı tüm halleri (MK m.542–544) kapsayan bir kavram olarak geniş anlamıyla kullanılabilir. Öte yandan yalnızca önceki tasarruftan vazgeçildiğine dair bir vasiyetname düzenleme şeklindeki dar anlamıyla da kullanılabilir. Biz "geri alma" terimiyle, vasiyetnamenin etkisinin ortadan kaldırıldığı tüm halleri kastederek, terimi geniş anlamıyla kullanmayı tercih etmekteyiz.

rasçısını cezalandırmak isteğinden vazgeçmişse ya da onu bağışlamışsa, çıkarma tasarrufundan sonra bir geri alma tasarrufunda bulunur ve böylece çıkarma tasarrufunu hükümsüzleştirir.

Fakat burada incelenen ihtimalde çıkarma tasarrufunda önce düzenlenen ve ifade yerindeyse "***şekli af***" diyebileceğimiz bir ölüme bağlı tasarruf söz konusudur. Bu ihtimalde mirasbırakan öncelikle saklı paylı mirasçısının çıkarma nedeni oluşturan ağır ihlali neticesinde derinden yaralanmaktadır. Bir zaman sonra düzenlediği bir ölüme bağlı tasarrufta söz konusu kötü olayın etkilerini atlattığını, ya da ihlalde bulunan mirasçısını bağışladığını ifade etmektedir. Ancak daha sonra mirasbırakan aynı olay nedeniyle saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkardığına dair yeni bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemektedir.

Düzenlenen ilk tasarruf aslında teknik anlamda bir geri alma tasarrufu değildir. Çünkü henüz ortada geri alınacak bir tasarruf söz konusu değildir. Ancak mirasbırakan açıkça bu ilk tasarrufunda mirasçısını affettiğini ifade etmektedir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yoluyla ortaya koyduğu bu af iradesi, sonradan düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile geri alınamaz. Bu ihtimalde ikinci tasarrufla mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulması geçersiz ve tenkise tabi olacaktır[72]. Çünkü mirasçılıktan çıkarmanın koşulu olan ihlalin ağır/önemli ölçüde olması unsuru gerçekleşmemiş demektir.

Eğer mirasbırakan önceki tarihli -ifade yerindeyse- "*ölüme bağlı tasarruf şeklinde düzenlenmiş af tasarrufunu*" yok etmişse, çıkarılan mirasçı böyle bir tasarrufun varlığını ispatlamakta oldukça zorlanacaktır. Bu durumda çıkarılan mirasçı, mirasbırakanın davranışlarından yola çıkarak, aslında çıkarma tasarrufuna konu fiil nedeniyle mirasbırakanın derinden etkilenmediğini ispatlamaya çalışmalıdır[73].

2. Mirasçılıktan Çıkarmanın Geri Alınması

Vasiyetname şeklinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, açık ya da örtülü olarak geri alınabileceği gibi, geri alma tam ya da kısmi olabilir. Geri alma iradesinin,

---

72 Gubser, **a.g.e**, s.121; karş. Bellwald, **a.g.e**, s.82. Şekle uygun olmayan af iradesinin açığa vurulmasından sonra cezai çıkarma tasarrufu düzenlenmesi bakımından da aslında hukuki yapı aynıdır. Bu nedenle orada yapılan açıklamalar ve tartışmalara gönderme yapmakla yetiniyoruz. Bkz. §4.I.E.

73 Gubser, **a.g.e**, s.121.

af iradesini de kapsadığı ya da kapsamadığı haller de incelenmek gerekir. Aşağıda ayrıca, geri almanın ölüme bağlı tasarruf şekillerinden herhangi biri yoluyla gerçekleştirilebileceğine değineceğiz.

a. Çıkarmanın açık ya da örtülü olarak geri alınması

Açık geri alma halinde mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenledikten sonra her zaman bu tasarrufunu geçerlilik koşullarını taşıyan herhangi bir ölüme bağlı tasarruf düzenleyerek geri alabilir (MK m.542/I; ZGB Art.509 Abs.1). Mirasçılıktan çıkarmanın geri alınması, mirasbırakanın **geri alma iradesini taşıyan** (*animus revocandi*) bir takım fiilleriyle de gerçekleştirilebilir ki, bu durumda mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu içeren vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınması söz konusu olur (MK m.543)[74]. Bütün bu durumlarda önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geri alınması arzusu (*animus revocandi*), sonraki tasarruftan ya da fiillerden açıkça anlaşılmalıdır[75].

Örtülü geri alma halinde mirasbırakan, önceki vasiyetnamesini yok etme veya açıkça geri alma şeklindeki bir tasarrufuyla geri almamakta, buna karşılık önceki vasiyetnamesi ile bağdaşmayan yeni bir ölüme bağlı tasarrufta (vasiyetname ya da miras sözleşmesi) bulunmaktadır[76]. Uygulamada pek rastlanılmasa da, mirasbırakan, mirasçılık-

---

74 Yok etme, "vasiyetnamenin yırtılması, çöpe atılması, yakılması" yollarıyla gerçekleştirilebileceği gibi, "çizme, karalama, okunamaz hale getirme ya da silme" gibi fiillerle de gerçekleştirilebilir: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.217 ve 317; Oğuzman, **a.g.e**, s.216; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.612; Breitschmid, **Art.509–511**, N.5 vd; Druey, **a.g.e**, §9, N.61 vd; Dural/Öz, **a.g.e**, s.209; İmre/Erman, **a.g.e**, s.238; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.381; Gubser, **a.g.e**, s.127; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.188. Ayrıca bkz. Piotet, **SPR IV/1**, §20 II.
Eğer yok etme, geri alma arzusu (*animus revocandi*) ile yapılmamışsa, "yok etme" değil; "yok olma" (MK m.543/II) söz konusu olur ki hükümleri farklıdır: Tongsir, **a.g.t**, s.67. Ayrıca bkz. aşağıda §5.III.

75 Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.233; Oğuzman, **a.g.e**, s.178; Dural/Öz, **a.g.e**, s.109; İmre/Erman, **a.g.e**, s.98 vd.
Yok etme suretiyle geri almanın "örtülü geri alma" niteliğinde olduğu görüşünde: Tongsir, **a.g.t**, s.67, 70; Baydar, **a.g.t**, s.73. Buna karşılık biz yok etmenin, açık geri alma niteliğinde olduğu görüşüne katılıyoruz: Bu görüşte Ayan **a.g.e** s.84–85.

76 Öyle ki, ikinci tasarrufun (vasiyetnamenin ya da miras sözleşmesinin), ilk vasiyetnameyle bağdaşmadığı asıldır. Kanun burada bir "geri alma karinesi" kabul etmiştir. Eğer ikinci vasiyetnamenin, ilk vasiyetnameyi MK m.544/I gereğince kuşkuya yer bırakmayacak surette tamamladığı ispat edilebiliyorsa, bu durumda karine çürütülmüş olur: Dural/Öz, **a.g.e**, s.108; İmre/Erman, **a.g.e**, s.99; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.110; Baydar, **a.g.t**, s.74, dn.221.
Tongsir, örtülü geri almanın, belirli mal bırakma (vasiyet) tasarrufuyla bağdaşmayan sağlararası kazandırma yoluyla da gerçekleşeceğini belirtmekteyse de (**a.g.t**, s.67), vasiyet edilen şeyin, sağlararası kazandırmayla terekeden çıkarılması durumunda vasiyetin geri alınmış sayılması işin niteliği gereği

tan tamamen çıkardığı mirasçısı lehine sonradan ölüme bağlı kazandırmada bulunabilir. Sonraki ölüme bağlı kazandırmayı içeren tasarrufunda, mirasbırakan açıkça önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri aldığını beyan etmemişse, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun akıbetinin ne olacağı konusu, büyük ölçüde sonraki tasarrufun yorumu ile ilgilidir. Sonraki ölüme bağlı kazandırmanın, önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri alma iradesini mi içerdiği, yoksa her iki tasarrufun yan yana geçerli mi sayılmaları gerekeceği sorusunun cevaplanması için ikinci tasarruf yorumlanırken hâkim, somut olayın özelliklerini, mirasbırakan ile çıkarılan arasındaki ilişkileri titizlikle değerlendirmelidir[77]. Geri alma iradesinin vasiyetname dışı olgularla belirlenmeye çalışılması dışında, ayrıca bir af iradesinin mevcut olup olmadığı da değerlendirilmelidir. İkinci tasarruf, geri alma niteliğinde görülemese bile, somut olayın değerlendirilmesinde aile bağının yeniden kurulmasına yönelik bir irade açıklaması (af olgusu) tespit edilebiliyorsa, çıkarılan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tenkisini sağlayabilir. Bu durumda çıkarılana yapılan ikinci tasarruf ile diğer saklı paylı mirasçıların saklı paylarını zedeleyen bir kazandırma gerçekleşmiş olabilir. İşte bu durumda mirasbırakanın saklı payları zedelenen mirasçılar, sonraki vasiyetname ile çıkarılan lehine yapılan kazandırmanın, ancak, çıkarılanın saklı payı dışında kalan kısmının tenkisini isteyebilirler. Yoksa ikinci tasarrufun tamamen tenkisini değil.

Eğer mirasbırakan, sonraki tasarrufunda hem mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu hem de sonraki ölüme bağlı kazandırmayı açık olarak saklı tutmuş ise, bu durumda hem mirasçılıktan çıkarma tasarrufu hem de sonraki ölüme bağlı kazandırma tasarrufu ge-

---

doğal bir sonuçtur. Oysa mirasçılıktan çıkarma, belirli mal bırakma tasarrufundan farklıdır. Bu sebeple, biz çıkarma tasarrufundan sonraki sağlararası kazandırmaların etkisini aşağıda ayrıca ele almaktayız: Bkz. §4.III.

77 Tongsir, **a.g.t**, s.50, 70; Baydar, **a.g.t**, s.74. *Baydar*, mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkardığı saklı paylı mirasçısını, sonradan saklı payının yarısı için tekrar mirasçı ataması halinde kısmi örtülü bir geri almanın söz konusu olacağı, öte yandan mirasbırakanın çıkarılanı sonradan mirasçı olarak atamasına da bir engel bulunmadığı görüşündedir (Baydar, **a.g.y**). Gerçekten de çıkarılanın saklı payının bir kısmı için yeniden mirasçı atanması durumunda, kısmi mirasçı atama, kanımızca önceki mirasçılıktan çıkarmayla bağdaşan bir tasarruf niteliğindedir. Zira kısmen geri alma niteliğindeki ikinci tasarruf, önceki çıkarma tasarrufunu tamamlamaktadır. Bununla birlikte cezai çıkarma tasarrufundan sonra, çıkarılanın yeniden mirasçı atanması için kesin bir yargıya varmak zordur. Bu tasarrufun af iradesi olarak yorumlanması rsiki söz konusudur. Mesele büyük ölçüde vasiyetnamenin yorumuna ve vasiyetname dışı olguların değerlendirilmesine bağlıdır.

çerli olur[78]. Fakat bu durumda çıkarılan kimse, üçüncü kişi gibi nazara alınacağından ona yapılan kazandırmanın tamamı tenkise tabi olur. Yoksa o, saklı paylı mirasçılara yapılan kazandırmaların, *saklı payı aşan kısmının orantılı olarak tenkise tabi tutulacağına dair* saklı paylı mirasçılara tanınan imkândan (MK m.561) yararlanamaz[79].

b. Çıkarmanın tamamen ya da kısmen geri alınması

Vasiyetname, tamamen geri alınabileceği gibi kısmen de geri alınabilir (MK m.542/II; ZGB Art.509 Abs.1)[80]/[81]. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu açıkça ya da yok etme[82] suretiyle tamamen geri alındığında, mirasçılıktan çıkarma ortadan kalkar ve saklı paylı mirasçı mirasbırakanın ölümü anında, miras payına kavuşur[83].

Bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda, çıkarılan mirasçı, önce tüm miras payı için çıkarılmış iken, sonradan yapılan tasarrufla saklı payının yalnızca bir kısmı için çıkarılması sonucu öngörülmüşse, önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufu kısmen geri alınmış olur[84]. Mirasçılıktan çıkarma kısmen geri alındığında, saklı paylı mirasçı

---

78 Escher, **Art.477**, N.2; Tuor, **Art.477**, N.4; İmre/Erman, **a.g.e**, s.240; Bellwald, **a.g.e**, s.5–6; BGE 56 II 20.

79 Escher, **Art.478**, N.3; Tuor, **Art.478**, N.2; Bellwald, **a.g.e**, s.99. Bu son durumda Çıkarma tasarrufunun saklı tutulması, kural olarak af iradesinin olmadığını gösterir. Ancak, somut olaydaki diğer veriler bir affın varlığını kanıtlıyorsa, görüşümüz çerçevesinde çıkarma nedeni geçersiz olacağından, çıkarılana yapılan sonraki ölüme bağlı kazandırmanın saklı pay dışında kalan kısım bakımından tenkise tabi olacağı (MK m.561) kabul edilmek gerekir. Keza önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun **tenkis** edildiği tüm hallerde, çıkarılana yapılan sonraki ölüme bağlı kazandırma bakımından MK m.561 hükmü uygulanmak gerekir. Bu sonuç, önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun **iptal** edildiği haller bakımından, bu durumda evleviyetle kabul edilecektir.

80 Tongsir, **a.g.t**, s.66; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.103.

81 Bir vasiyetnamede, birden çok maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf bulunabilir. Vasiyetnamedeki mirasçılıktan çıkarma tasarrufu dışındaki başkaca bir tasarrufun (örneğin üçüncü kişiye belirli mal bırakma tasarrufunun) geri alınması durumunda, vasiyetname kısmen geri alınmış olsa dahi, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu kısmen ya da tamamen geri alınmış değildir. Buna karşılık bir vasiyetnamede diğer maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ile bir arada bulunan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tamamından vazgeçilmiş ancak diğer tasarruflara dokunulmamışsa, bu halde ortada vasiyetnamenin kısmen geri alınması, buna karşılık mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tamamen geri alınması söz konusu olur. Öte yandan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda, çıkarılan mirasçının miras payının bir üçüncü kişiye vasiyet edilmiş olması halinde bu vasiyetin geri alınması da mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun kısmen ya da tamamen geri alınması niteliği taşımaz.

82 Yok etme suretiyle mirasçılıktan çıkarmanın geri alınması, işin niteliği gereği her zaman tamdır.

83 Escher, **Art.477**, N.9; Tuor, **Art.477**, N.19; Ickowicz, **a.g.e**, s.95; Gubser, **a.g.e**, s.127; Dural/Öz, **a.g.e**, s.209; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.374.

84 Örneğin oğlunu tamamen mirasçılıktan çıkaran baba, düzenlediği ikinci vasiyetnamesinde "oğlumu tüm miras payı için mirasçılıktan çıkardığım önceki tasarrufum, bundan böyle onun saklı payının yarısını alması dışında geçerli olsun" demişse, önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufu kısmen geri alınmış olmaktadır. Fakat baba, ikinci tasarrufunda, "oğlum saklı payının tamamını alsın" ya da "saklı payı ile

mirasbırakanın ölümü anında, kendisine bırakılan saklı payın azaltılmış kısmı dışındaki kısmı ve saklı pay dışında kalan miras payını yitirir[85].

c. Affetmeksizin geri alma

Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu, geçerlilik koşullarını taşıyan bir ölüme bağlı tasarruf düzenleyerek geri aldığında, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmış olur. Mirasbırakanın ayrıca af iradesine sahip olup olmadığı araştırılmaz. Zira mirasbırakan, tasarruf özgürlüğü gereği, affetmemesine rağmen, geri alma tasarrufu düzenleme hakkına sahiptir[86]. Bu konuda tereddüde yer yoksa da, geri alma tasarrufunun da geri alınması durumunda, aşağıda görüleceği üzere bazı çözümü güçlük arz eden hukuki sonuçlar ile karşılaşılacaktır.

d. Geri alma tasarrufunun şekli

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu içeren vasiyetname hangi şekilde yapılmış olursa olsun, geri alma iradesini içeren vasiyetname resmi, el yazılı ya da olağanüstü koşullar altında sözlü vasiyetname şekillerinden biriyle yapılabilir. Yeter ki geçerlilik koşulları tam olsun.

Mirasbırakan, yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmi veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyetname yoluyla mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu iki tanık huzurunda geri alabilir (MK m.539)[87]. Ancak yalnızca bir tanığın bulunması ya da tanıklığa engel durumların olması (MK m.539/III; 536/I) nedenleriyle sözlü vasiyetname geçersizse, bu durumda somut olayın koşullarına göre, mirasbırakanın son arzuları, "af" niteliğinde kabul edilebildiği ölçüde, çıkarılana en azından saklı payını talep etme imkânı tanınabileceği görüşündeyiz. Keza sözlü vasiyetname geçerli bir şekilde yapılmış olsa bile, sonradan olağanüstü koşullar ortadan kalkıp diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağı doğarsa, bu tarihin üzerinden bir ay geçmekle sözlü vasiyetname hükümden düşer (MK

---

yetinsin" deseydi, kanımızca bu ikinci tasarruf mirasçılıktan çıkarmayı kısmen değil, tamamen geri alma anlamı taşırdı. Zira saklı pay dışında mirasbırakan her zaman ve herhangi bir mirasçılıktan çıkarma nedenine bağlı olmaksızın dilediği gibi tasarruf edebilir. Şu halde son örnekte aslında mirasçılıktan çıkarma tasarrufu tamamen geri alınmış ve "mirastan uzaklaştırma" tasarrufu niteliğine bürünmüştür.

85 Kısmi çıkarmanın hükümleri için bkz. §6.I.B. Mirastan uzaklaştırma kavramı için bkz. §1.V.A.

86 Gubser, **a.g.e**, s.128.

87 Tongsir, **a.g.t**, s.69; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.48; Gubser, **a.g.e**, s.5, dn.14; karş. Escher, **Art.477**, N.11.

m.541). Bu durumda sözlü vasiyetname şeklinde yapılan geri alma tasarrufu da hükümden düşecektir. Buna rağmen, mirasbırakanın sonradan geçerli bir geri alma tasarrufunda bulunmadığı hallerde, somut olayın koşulları değerlendirilerek, geçersiz olan sözlü vasiyetnamenin af iradesiyle yapılıp yapılmadığı ayrıca araştırılmak gerekir.

Vasiyetname şeklinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, miras sözleşmesi şeklinde düzenlenen bir geri alma tasarrufu ile de ortadan kaldırılabilir. Bu durumda katıldığımız görüşe göre[88], geri alma tasarrufu, miras sözleşmesinin zorunlu tek taraflı içeriğini oluşturacak ve bir vasiyetname gibi sonuç doğuracaktır. Zira mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkardığı saklı paylı mirasçısına miras sözleşmesi gereğince bir karşı edim borcu olarak miras hakkını geri verme yükümlülüğü altına girmesi, tasarruf özgürlüğünün hukuka aykırı olarak sınırlandırılmasına (MK m.23/II) yol açacak ve böylesine bir sözleşme kaydı geçersiz olacaktır[89].

3. Geri Alma Tasarrufunun Geri Alınması ve Affın Etkisi

Mirasbırakan mirasçılıktan çıkarmayı geri aldığına ilişkin ölüme bağlı tasarrufunu, yine geçerlilik koşullarını taşıyan bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemek suretiyle istediği zaman geri alabilir[90]. Ancak geri almanın geri alınması durumunda, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun kendiliğinden yeniden hayat bulacağı ve hüküm doğuracağı sonucuna hemen kolaylıkla varılamaz. Geri almayı geri alan tasarrufun yorumlanması ile sonuca varılmak gerekir[91]. O halde geri almanın geri alınması durumunda, ***tasarru-***

---

88 Tuor, **Art.509**, N.5; Escher, **Art.509**, N.3; Oğuzman, **a.g.e**, s.176 ve 130, dn.229; Druey, **a.g.e**, §10, N.32; Dural/Öz, **a.g.e**, s.107; Bessenich, **Art.477**, N.8; Baydar, **a.g.t**, s.73. Bu konudaki görüşümüz için ayrıca bkz. §4.II.B.1.

89 Buna karşılık, mirasçılıktan çıkarmanın, miras sözleşmesinin zorunlu tek taraflı içeriğini oluşturmayabileceğini kabul edenler, görüşlerinin tutarlı sonucu olarak, miras sözleşmesi şeklindeki geri alma tasarrufunun, miras sözleşmesinin iki taraflı içeriğini oluşturabileceğini kabul etmek durumundadırlar. Bu görüşler için bkz. §4.II.B.1.

90 Druey, a.ge, §9, N.60; Breitschmid, **Art.509–511**, N.9; Gubser, **a.g.e**, s.127.

91 Tuor, **Art.509–511**, N.7; Piotet, **SPR IV/1**, s.137 vd; Dural/Öz, **a.g.e**, s.107. İlk vasiyetnameyi geri alan vasiyetnamede başkaca bir tasarruf yoksa geri almanın geri alınmasıyla ilk vasiyetname yürürlük kazanacaktır. Buna karşılık ilk vasiyetnameyi geri alan vasiyetnamede başkaca ölüme bağlı tasarruflar varsa, geri almanın geri alınması durumunda, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça ilk vasiyetname hükümsüz kalacaktır. Zira bu durumda MK m.544 hükmünün uygulanması gerekir. Kuşku halinde ilk vasiyetnamenin yürürlüğe gireceği değil, mirasbırakanın kanuni intikal kurallarına dönmek istediği sonucuna varılmak gerektiği görüşünde: Dural/Öz, **a.g.e**, s.107; Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.232; karş. Oğuzman, **a.g.e**, s.177; Breitschmid, **Art.509–511**, N.1, 7; Durey, **a.g.e**, §9, N.4; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.113.

fun yorumundan mirasçılıktan çıkarmanın yeniden hayat bulması iradesi anlaşılıyorsa, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yeniden canlanması ihtimali gündeme gelebilir. Ancak bu koşul da yetmez.

Ayrıca, geri almanın geri alınması yoluyla yeniden canlandırılmak istenen çıkarma tasarrufunun, tüm geçerlilik unsurlarını taşımaya devam ediyor olması gerekir. Nitekim ***aynı zamanda af iradesini de içeren geri alma tasarrufu*nun** geri alınması halinde ortaya bir takım hukuki sorunlar çıkacaktır. Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri aldığı sırada, onu bu tasarrufu yapmaya iten neden saklı paylı mirasçısını affetme iradesi ise, işte tam bu anda artık mirasçılıktan çıkarma için aranan kanuni unsurlar ortadan kalkmış demektir. Zira af ile kopan aile bağının yeniden kurulması iradesi ortaya çıkmıştır. Maddi bir fiil (*Realakt*) olan af iradesi, geri alma ile ortadan kaldırılamaz. Mirasbırakan bu duygular içerisindeyken, geri alma tasarrufunu geri aldığında, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu için aranan ağırlık unsuru af nedeniyle mevcut olamayacaktır. Bu durumda, katıldığımız görüşe göre[92], çıkarılana, mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna itiraz ederek saklı payını talep etme hakkını (MK m.512/III) tanımak gerekir[93].

Alman Hukukunda geri almanın geri alınması hakkında açık düzenleme (*Widerruf des Widerrufs*) için bkz. BGB §2257. İsviçre ve Türk Hukuklarında açıkça yok edilmiş bir vasiyetname bakımından da yok etmenin geri alınabileceği kabul edilmekte ise de Alman Hukukunda, yok edilerek geri alınmış bir vasiyetnamenin geri alınması mümkün olmayıp, ancak yeni bir şekle uygun geri alma vasiyetnamesi düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bkz. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.112.

92 Gubser, **a.g.e**, s.127–128. Mirasbırakan geri alma tasarrufunu geri alırken, aslında af iradesine sahip değil idi ise hukuki sonucun ne olacağı üzerinde düşünmek gerekir. Örneğin mirasbırakan bir anlık duygusallıkla geri alma tasarrufunda bulunmuş ama bir süre sonra makul olarak olayı yeniden düşündüğünde, aynı derin acıyı duyarak geri alma tasarrufunu geri almış olabilir. Bu durumda kural olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tamamen hüküm doğuracağını kabul etmek gerekir.

93 Burada ayrıca bir konuya daha değinmek gerekir. Mirasbırakan her zaman ölüme bağlı tasarrufu üzerinde değişiklik ya da eklemeler yapabilir veya tasarrufunu geri alabilir. Mirasbırakan çıkarma tasarrufunda da özgürce yapabileceği bu değişiklikleri ya da çıkarmayı geri alma tasarrufunu çıkarılana açıklamak zorunda değildir. Bu durumda mirasçıların, tasarrufun ilk halini ortaya çıkarması çok güçtür. Hatta mirasbırakan -çıkarılanın bilgisi olmaksızın- mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu yırtıp çöpe attıktan sonra yeni bir çıkarma tasarrufu düzenleyebilir. Çıkarmanın yok etme suretiyle bu şekilde geri alındığının ispatlanması neredeyse imkânsızdır. Bu durumda çıkarılan, mirasbırakanın dış dünyaya yansıyan davranışlarından af iradesine sahip olduğunu veya hataen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri almadığını ispatlayarak çıkarma tasarrufunu tenkis ettirebilirler (Gubser, **a.g.e**, s.128).

4. Geri Almanın Şarta Bağlanması

Burada incelenen konu, **var olan bir ihlal** nedeniyle düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan sonra, bu tasarrufun geri alınmasının[94] şarta bağlanabilip bağlanamayacağı meselesidir. Yoksa henüz gerçekleşmeyen gelecekteki bir olayın önceden affedilmesi ya da önceden bir geri alma tasarrufu düzenlenmesi mümkün değildir[95].

Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri almasını **geciktirici bir şart**a bağlamışsa[96], bunun hukuki sonucunun ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre[97] geciktirici şarta bağlı geri alma caiz değildir. Özellikle şartın gerçekleşmesi, mirasbırakanın özgür iradesi üzerinde affetmeye yönelik bir zorlama sonucu doğuramaz. Buna karşılık bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre[98], mirasbırakan özgür iradesi ve kendi arzusu ile çıkarma tasarrufunu geri almaya yönelik iradesini, şekle uygun olarak düzenlediği tasarrufunda geciktirici şarta bağlayabilir. Aslında olayların çoğunda, geri alma tasarrufunu geciktirici şarta bağlayan mirasbırakan, çıkarılan mirasçı ile aslında barışmaya hazırdır. Fakat onu affetmemiştir. Olumlu bir davranış beklentisi içerisindedir[99]. Mirasbırakan, kendisinin özgür iradesi ile belirlediği bir

---

94 İsviçre Hukukunda bazı eserlerde gerek af gerekse geri alma kavramını içerir bir şekilde *Verzeihung* ifadesi genel bir terim olarak kullanılabilmektedir. Af için *formlose Verzeihung* (şekilsiz af) ve geri alma (*Widerruf*) kavramı bakımından bazen yalnızca *Verzeihung* ya da *Verzeihung in Form einer letzwilliger Verfügung* (şekle bağlı af) terimleri kullanılabilmektedir. Örnek olarak bkz. Gubser, **a.g.e**, s.130 vd; Bellwald, **a.g.e**, s.86. Aslında affın bir hukuki işlem değil, maddi fiil olduğunu belirtmiştik. Nitekim her iki kurumun hukuki sonuçları da birbirinden farklıdır. Burada bir hukuki işlem olmayan affın şarta bağlanmasından değil, geri alma tasarrufunun şarta bağlanmasına ve şartın gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak hukuki sonuçlara değinilmektedir. Yoksa maddi fiil niteliğinde olan af, şarta bağlanamaz. Zira geciktirici şart bakımından henüz affın gerçekleşmemiş olduğu, bozucu şart bakımından ise zaten affın fiilen gerçekleşmiş olduğu sonucuna varırız. Yani af ya gerçekleşmiş ya da gerçekleşmemiştir. Yoksa affın hükümlerinin askıda olması gibi bir durumdan söz edilemez.

95 Stadler, **a.g.e**, s.23; Bellwald, **a.g.e**, s.85. Geri alma gerçekleşmiş bulunan hukuka aykırılıklar için geçerlidir. Gelecekteki hukuka aykırılığın önceden bağışlanması mümkün değildir. Bkz. BGE 62 II 6. Ayrıca belirtelim ki, yok etme suretiyle mirasçılıktan çıkarmanın geri alınması, işin niteliği gereği şarta bağlanamaz.

96 Örneğin mirasbırakan, aleyhinde çıkarma tasarrufu düzenlediği oğlunu, kendisinden özür dilemesi ve ziyaretine gelmesi halinde bağışlayacağını söyleyerek bu sözlerini ölüme bağlı tasarruf şeklinde kaleme almış olabilir. Bu durumda ortada geciktirici şarta bağlı bir geri alma tasarrufu vardır.

97 Stadler, **a.g.e**, s.23.

98 Bellwald, **a.g.e**, s.86; Ickowicz, **a.g.e**, s.99; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.83 vd; Bessenich, **Art.477**, N.9; Gubser, **a.g.e**, s.130; aynı yönde Tongsir, **a.g.t**, s.69; Baydar, **a.g.t**, s.73; ayrıca bkz. Escher, **Art.509**, N.3; Tuor, **Art.509/511**, N.5; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.201.

99 Bu durum mutlaka bu şekilde cereyan edecek değildir. Mirasbırakan, geri alma tasarrufunu koşulları varsa her zaman geri alabilirse de, aynı zamanda çıkarılanı affetmek ya da onunla barışmak, kişisel ilişki kurmak zorunda değildir.

şartın gerçekleşmesi halinde mirasçısını affedecek, böylece düzenlediği geri alma tasarrufu hukuken anlam ifade edecektir[100].

Bozucu şarta bağlı geri almada, geri alma tasarrufu öncelikle mevcuttur, fakat mirasbırakan şart gerçekleştiğinde var olan geri alma tasarrufunun hükümden düşmesini arzu etmektedir. Mirasbırakan, aleyhine mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlediği saklı paylı mirasçısını affettiğini ya da mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan vazgeçtiğini bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla dile getirmektedir. Bununla birlikte saklı paylı mirasçının gelecekte öngörülen bir davranışta bulunması ya da bulunmaması halinde söz konusu geri alma tasarrufunun sonuç doğurmayacağı açıklanmaktadır[101]. Bu halde geri almanın bozucu şarta bağlanması söz konusudur. Öğretide mirasçılıktan çıkarmanın geri alınmasına ilişkin tasarrufun bozucu şarta bağlanabileceği kabul edilmektedir[102]. Bununla birlikte bozucu şartın sonradan gerçekleşmesi halinde geri alma tasarrufu hükümden düşecekse de, önceki mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tamamen yeniden hayat bulup bulamayacağı konusu özellik arz eder. Bir görüşe göre[103], bozucu şarta konu davranışta bulunulması ya da bulunulmaması, mevcut olan affın varlığını ortadan kaldırmaz. Böylece bozucu şart sonradan gerçekleşse dahi, çıkarılan mirasçı, mirasçılıktan çıkarma nedeni mevcut olmadığı gerekçesiyle itiraz ederek saklı payını talep etme hakkına sahip olur[104]. Buna karşılık sonradan vuku bulan bozucu şarta konu olaylar, ağır bir ihlal niteliğinde ise yeni bir mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturabilir. Bu tamamen ayrı bir durumdur. Kanımızca, çoğu olayda rastla-

---

100 Karş. Gubser, **a.g.e**, s.130 vd. Eğer şart gerçekleşmiş, örneğin yukarıdaki örnekte çıkarılan mirasbırakandan özür dilemiş ve onu ziyaret etmiş ise, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geri alınmış olur. Ama buna rağmen, mirasbırakanın kırgınlığı geçmemiş ve oğlunu affedemiyorsa, önceki şarta bağlı geri alma tasarrufunu bu durumu açıkça belirterek geri alması yerinde olur. Zira şarta bağlı geri almanın, şart gerçekleşmesine rağmen geri alınması durumunda, tasarruftan mirasbırakanın aksine iradesi anlaşılmadıkça, cezai çıkarma tasarrufu af nedeniyle tenkis ettirilebilir. Bu sonuç elbette kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde affa hukuki etki tanınması durumunda geçerli olacaktır.

101 Olayların çoğunda, mirasbırakan, aslında çıkardığı saklı paylı mirasçısını affetmiştir. Ancak hiç istemediği bir davranışta bulunulması ya da daha önce çıkarma nedeni oluşturan davranışın tekrarlanması halinde geri alma tasarrufunun hükümden düşmesini arzu etmektedir. Bu durumda şartın gerçekleşmediği dönemde mirasbırakanın ölümü halinde, hem mirasçılıktan çıkarma tasarrufu hüküm doğurmayacak hem de af iradesi mevcut olacaktır. Fakat hukuken cezai çıkarma tasarrufu geri alınmış durumda olduğu için, bu noktada affın etkisini tartışmanın bir önemi yoktur.

102 Tongsir, **a.g.t**, s.69; Bellwald, **a.g.e**, s.86–87; Gubser, **a.g.e**, s.131; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.84; Bessenich, **Art.477**, N.9; Baydar, **a.g.t**, s.73.

103 Bellwald, **a.g.e**, s.86–87; Gubser, **a.g.e**, s.131.

104 Gubser, **a.g.e**, s.131; aynı yönde Bellwald, **a.g.e**, s.87. Farklı görüşte: Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.84.

nacağı üzere, bozucu şarta bağlı geri alma tasarrufu düzenlenirken, aynı zamanda mirasbırakanın af iradesi söz konusu ise, yukarıdaki görüşün vardığı sonuç yerinde olur. Ancak istisnaen, bozucu şarta bağlı geri alma tasarrufu sırasında af iradesi oluşmamışsa, örneğin tasarrufa rağmen bir türlü mirasbırakan, yaşadığı derin acıyı unutamamışsa, bu durumda mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tüm sonuçlarıyla geçerli olduğu kabul edilmek gerekir[105].

B. MİRAS SÖZLEŞMESİ ŞEKLİNDE YAPILAN ÇIKARMANIN ORTADAN KALDIRILMASI

Miras sözleşmesi[106] şeklinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı tartışmalıdır. Konu, bir yanıyla mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, miras sözleşmesinin tek taraflı içeriğine mi yoksa iki taraflı içeriğine (edim-karşı edim ilişkisine) mi dâhil olduğu probleminin çözümünü gerektirir. Diğer yanıyla miras sözleşmesinin karşı tarafını, çıkarılan kişinin bizzat kendisinin oluşturması ya da bir üçüncü kişinin oluşturması, farklı sonuçlara ve farklı görüşlere yol açmaktadır.

Aşağıda bu tartışmaya geçmeden önce belirtmeliyiz ki, miras sözleşmesinin tek taraflı içeriğinde yer alacak, karşılıklı edim ilişkisinin dışında tutulmuş şekilde düzenlenen bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, hiç tereddütsüz geçerlidir. Çünkü miras sözleşmesi resmi vasiyetname şeklinde yapıldığına göre, kanunun aradığı şekil şartı da gerçekleşmiş olmaktadır[107]. Öte yandan, yine aynı şekilde, mirasbırakan, miras sözleşmesinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu serbestçe geri alma hakkını veya çıkarılanı af yetkisini saklı tutmuş olabilir. Bu durumda bozucu şarta bağlı bir miras

---

105 Her iki ihtimalde de, çıkarma tasarrufunun geri alınmasına rağmen, bir affın varlığını iddia eden çıkarılan, affın varlığını ispatlamak zorunda kalacaktır. Yoksa çıkarma tasarrufundan yararlanan mirasçılar ve vasiyet alacaklıları affın söz konusu olmadığını ispat etmek zorunda değildir. Onlar sadece çıkarma nedenlerinin gerçekleştiğini ispatla yükümlüdür (MK m.512/II).

106 Miras sözleşmesinin tek taraflı olarak ortadan kaldırılabilmesi koşulları arasında, sözleşmenin karşı tarafının mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturacak davranışlarda bulunması da yer almaktadır (MK m.546/II). Bu konu, burada incelediğimiz sorundan bağımsızdır. Zira mirasçı atama, vasiyet vb. gibi maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar da miras sözleşmesi ile düzenlenebilirler ve karşı tarafın mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturacak davranışta bulunması durumunda, içeriği ne olursa olsun miras sözleşmesi tek taraflı ortadan kaldırılabilir. Bu, tamamen ayrı bir konudur. Burada mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmesi meselesi söz konusudur.

107 Escher, Vorbem. zu Art.494 vd, N.1; Tuor, **Vorbem. zum III. Abschnitt**, s.199 ve **Vorbem. zum Erbvertrag**, N.10; Bellwald, **a.g.e**, s.60; Druey, **a.g.e**, §10, N.18, 32; BGE 70 II 11; Gubser, **a.g.e**, s.7, dn.21.

sözleşmesi söz konusu olur. Böylece mirasbırakan sonradan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri aldığında, çıkardığı mirasçısı mirasın intikali anında mirasçı sıfatını haiz olacaktır[108]. Mirasbırakan geri alma yetkisini kullanmazsa miras sözleşmesi hükümlerini doğuracaktır. Sorun, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun karşılıklı edim (iki taraflı muhteva) kapsamında yer alıp alamayacağı noktasında düğümlenmektedir[109].

1. Miras Sözleşmesinde Yer Alan Mirasçılıktan Çıkarmanın Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Çoğunluk görüşüne göre[110], mirasçılıktan çıkarma zorunlu tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruftur. Miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine; yani karşılıklı edim değişimi ilişkisine dâhil değildir. Böylece mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, bir miras sözleşmesinde yer alsa bile, her zaman mirasbırakanın tek taraflı irade açıklamasıyla –tıpkı vasiyetnamelerde olduğu üzere– geri alınabilir[111].

Azınlıkta kalan karşı yöndeki bir görüşe göre[112], mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, miras sözleşmesinin karşılıklı edim ilişkisi kapsamında yer alması mümkündür. Bir miras sözleşmesi, ancak belirli özel koşulların varlığı halinde tek taraflı olarak ortadan

---

108 Bellwald, **a.g.e**, s.64–65. Ayrıca bkz. BK m.152/I (OR Art.154 Abs.1). Ölüme bağlı tasarruflar, MK m.515/I (ZGB Art.482 Abs.1) uyarınca şarta bağlanabilir. BK m.149–155 (OR Art.151–157) hükümleri, MK m.515/I (ZGB Art.482) hükmüne ya da ölüme bağlı tasarrufların niteliğine aykırı düşmemek kaydıyla, MK m.5 (ZGB Art.) gereğince, miras hukukundaki şarta bağlı tasarruflara da uygulanır.

109 Eğer karşılıklı edim ilişkisi içerisinde yer alan miras sözleşmesinin tek taraflı olarak geri alınamayacağı sonucuna varılırsa, bu durum, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun vasiyetname yolu ile yapılmasının tercih edilmesi gerektiği sonucunu da beraberinde getirecektir: Tongsir, **Düşünceler**, s.254.

110 Escher, **Art.477**, N.4; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.82; Nobs, **a.g.e**, s.24; Tongsir, **a.g.t**, s.66 ve **Düşünceler**, s.254; Brühlmeier, **a.g.e**, s.69; Şener, **YD**, s.82; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.307; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.175; Köprülü, **a.g.e**, s.286; Oğuzman, **a.g.e**, s.130, 138, 212; Dural/Öz, **a.g.e**, s.199; İmre/Erman, **a.g.e**, s.237; Ülkü, **a.g.m**, s.43; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.372–373; Bessenich, **Art.477**, N.8; Druey, **a.g.e**, §10, N.32; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.170; Deschenaux/Steinauer, **a.g.e**, s. 90 (Bessenich, **Art.477**, N.8'den naklen); Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.14, 183, 188; Şenocak, **a.g.m**, s.425; Baydar, **a.g.t**, s.73; Gubser, **a.g.e**, s.9; Ayan, **a.g.e**, s.145–146; Baygın, **Yorum**, s.571–572; BGE 96 II 281; BGE 101 II 305. *İnan/Ertaş/Albaş*'a göre, mirasçılıktan çıkarma, *"sözleşmede edim ve karşı edim ilişkisinde yer almamakla beraber, sözleşmenin tek taraflı içeriğini oluşturuyorsa* ***-ki bu durumda biz bu tasarrufu tahvil yoluyla vasiyetname dahi sayabiliriz-*** *bu tasarrufu geçerli saymak gerekir"* (**a.g.y**).

111 Bu tasarruf miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırma hükümlerine değil (MK m.546–548); aksine vasiyetnamenin geri alınması hükümlerine (MK m.542 vd) tabidir: Tongsir, **a.g.t**, s.66; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.44; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.114; Baydar, **a.g.t**, s.75. Ayrıca miras sözleşmesi içerisinde yer alan çıkarma tasarrufunun yorumunda güven prensibi değil irade prensibi rol oynar: Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.217; Baygın, **Yorum**, s.571–572; BGer 5A.698/2008, s.2; BGE 131 III 106 E. 1.1, 1.2.

112 Walter Gross, **Die Erbverträge im schweizerischen ZGB**, Diss, Zürich, 1916, s.123 (Bellwald, **a.g.e**, s.63, dn.2'den); Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.65–66.

kaldırılabilir (MK m.546). Miras sözleşmenin tarafı olan mirasbırakan, kural olarak sözleşmeden doğan yükümlülükleriyle bağlıdır.

Bizim de katıldığımız ortalama bir çözüm öneren diğer bir azınlık görüşü[113], miras sözleşmesi yoluyla çıkarma tasarrufu düzenleyen mirasbırakanın bu tasarrufunun, çoğunluk görüşü ile paralel bir şekilde zorunlu tek taraflı ve geri alınabilir niteliğini kabul etmekle birlikte, çıkarmaya tabi miras payı üzerinde kazandırmada bulunmanın miras sözleşmesinin iki taraflı içeriğine dâhil olabileceğini kabul etmektedir. Böylece çıkarmanın sonuçları bakımından sözleşmeye göreceli bir bağlılık söz konusu olabilecektir. Bu bağlılığın göreceli olmasının nedeni, mirasbırakanın her zaman bu tasarrufu geri alma hakkına sahip olacak olmasıdır. Çünkü mirasbırakan, her türlü koşulda mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun varlığını sürdürmek yükümlülüğü altında değildir. Bununla birlikte mirasbırakan, miras sözleşmesi yoluyla çıkarılanın miras payı üzerinde üçüncü kişi lehine tasarrufta bulunabilir[114] ve bu durum mirasbırakan için bir yükümlülük arz edebilir[115].

2. Çıkarmayı İçeren Miras Sözleşmesinin Çıkarılan İle ya da Üçüncü Bir Kişi İle Yapılması

---

113 Stadler, **a.g.e**, s.71; karş. Tuor, **Art.477**, N.8, **Art.494**, N.6 ve 28, **Art.514**, N.2; karş. Piotet, **SPR IV/1**, s.178; açık olmamakla birlikte Baydar, **a.g.t**, s.46. *Piotet*, haklı olarak, yegâne düşünülebilir iki taraflı bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu, mirasbırakanın, bir mirasçının saklı paydan uzaklaştırılmasını ve bu tasarrufun korunmasını, üçüncü kişiye karşı yükümlenmesinde görür (**a.g.y**). Yazar ayrıca miras sözleşmesinde yer alan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun her zaman tek taraflı ve vasiyetname niteliğinde (*testamentarisch*) olduğunu kabul etmekte (**a.g.e**, s.425) ise de, çıkarılanın miras payında miras sözleşmesinin iki taraflı içeriğini oluşturacak şekilde tasarruf edilebileceğini kabul etmektedir (**a.g.e**, s.178). *Baydar*, çıkarmaya tabi miras payının sözleşmenin karşı tarafına veya üçüncü bir kimseye kazandırılması durumunda, tek taraflı olarak geri alınabilecek olan tasarrufun yalnızca mirasçılıktan çıkarma olacağını, fakat mirasçı atama (veya belirli mal bırakma) tasarrufundan tek taraflı dönülemeyeceğini belirtmektedir. Elbette koşulları varsa ölüme bağlı kazandırmanın tenkisi mümkündür (**a.g.y**).

114 Piotet, **SPR IV/1**, s.178; aynı şekilde Tuor, **Art.477**, N.8.

115 Oysa çoğunluk görüşüne göre çıkarılan kişinin miras payının geçirilmesi ya da bu payda tasarruf edilmesi amacıyla sözleşmesel bir bağlılık altına girilmesi de caiz değildir. Şu halde bu görüştekiler, aslında çoğunluk görüşü ile mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun serbestçe geri alınamayacağı konusunda aynı fikri kabul etmektedirler. Çoğunluk görüşünden ayrıldıkları nokta ise, çıkarılanın miras payında tasarruf edilmesi noktasında sözleşmesel bir bağlılığın mümkün olabileceği hususudur.

a. Çıkarılanın miras sözleşmesinin karşı tarafı olması durumu

Bu ihtimalde, mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarmak istediği kişi ile bir miras sözleşmesi yapmaktadır; çıkarılan sözleşmenin karşı tarafıdır. Ancak kimse kendi rızasıyla mirasçılıktan çıkarılmayı kabul eden bir sözleşmeyi imzalamayacağına göre, böyle bir ihtimalin uygulama değeri ve gerçekleşme olasılığı pek yoktur. Üstelik miras hakkını kaybetmeye razı olan saklı paylı mirasçının, mirastan feragat sözleşmesi yapması daha uygun bir yöntemdir[116]. Şayet çıkarılan, miras sözleşmesi yoluyla yapılan çıkarma tasarrufunda sözleşmenin karşı tarafı ise, bu durumda çıkarılanın alacaklıları açısından, "*bu sözleşmenin muvazaalı olduğu konusunda önemli bir emare söz konusu olabilecektir*"[117].

b. Mirasbırakanın bir üçüncü kişiyle yaptığı miras sözleşmesinde saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarması

Bu ihtimalde, mirasbırakan ile üçüncü kişi arasında, sözleşmeye taraf olmayan saklı paylı bir mirasçının mirasçılıktan çıkarılması kararlaştırılmaktadır[118]. Mirasçılıktan çıkarılacak olan saklı paylı mirasçı, bu kere miras sözleşmesinin karşı tarafı değildir; sözleşme üçüncü bir kişi ile yapılmaktadır. Çıkarılanın saklı payı da genellikle miras sözleşmesinin karşı tarafına ya da sözleşme gereğince bir başka kişiye bırakılacaktır. Bu noktada miras sözleşmesinin mirasbırakanın karar verme özgürlüğüne yaptığı etki, özellikle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geri alınıp alınamaması çözülmesi gereken bir sorundur[119]. Hemen belirtelim ki, miras sözleşmesi yoluyla çıkarma tasarru-

---

116 Tuor, **Art.477**, N.8; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.307–308; Druey, **a.g.e**, §10, N.32; Bellwald, **a.g.e**, s.70; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.372; Gubser, **a.g.e**, s.6; Şener, **YD**, s.82 ve **Miras Hak ve Payları**, s.166 Böyle bir sözleşme yapılması durumunda bunun karşılıksız mirastan feragat sözleşmesi olarak ayakta tutulacağı yolunda: Şener, **a.g.y**; Bessenich, **Art.477**, N.8.

117 İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.372.

118 Bu ihtimali belirten bazı yazarlar, bu sözleşmenin yapılabileceğini söylemekte, ancak geçerlilikle ilgili olarak ahlaka aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması durumlarını değerlendirmemektedir: Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.61; Tongsir, **a.g.t**, s.36.

119 Bellwald, **a.g.e**, s.60–61; Gubser, **a.g.e**, s.6. Örneğin mirasbırakan, üçüncü bir kişi ile yaptığı miras sözleşmesinde, kendisine karşı aile hukuku yükümlerini ağır derecede ihlal eden bir saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarmayı ve ona düşen miras payını söz konusu üçüncü kişiye (karşı tarafa) vermeyi yüklenmiştir. Mirasbırakan, çıkarmaya tabi miras payı üzerinden yaptığı kazandırmanın karşılığında da belirli bir miktar para (ivaz) almıştır. Bir zaman sonra her iki aile üyesi arasında yeniden bir yakınlaşma olmuş ve sonunda da tamamen barışmışlardır. Mirasbırakan, artık söz konusu mirasçısının mirasının dışında kalmasını istememekte ve bu nedenle daha önce yapmış olduğu mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri almak istemektedir. Bununla birlikte mirasbırakan artık miras sözleşmesi ile bağlanmıştır ve

funda bulunan mirasbırakan, çıkarılanın miras payına ilişkin kazandırmada bulunduktan sonra, çıkarma tasarrufunu geri alırsa -veya çıkardığı kişiyi affederse-, ne sözleşmenin karşı tarafı ne de kendisine kazandırmada bulunulan kişi (atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı), mirasbırakanın ölümü anına dek herhangi bir hukuki talepte bulunabilir[120]. Fakat sözleşmenin karşı tarafının mirasbırakanın ölümünden sonra miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflara karşı MK m.527/son[121] (ZGB Art.494, Abs.3) gereğince ölüme bağlı tasarrufa itiraz edip edemeyeceği ya da geri alma yetkisini kullanan mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün sınırlanıp sınırlanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yine, çıkarılanın, miras sözleşmesi yoluyla lehine ölüme bağlı kazandırmada bulunulan kişiye karşı MK m.549 (ZGB Art.516) gereğince tenkis davası açıp açamayacağının belirlenmesi gerekmektedir[122]. Bu sorunların çözümü benimsenecek görüşe göre değişecektir:

Çoğunluk görüşüne göre[123], tek taraflı olma özelliğini korumayan, yükümlülük yükleyen ve mirasbırakana her an geri alma özgürlüğü tanımayan bir miras sözleşmesi şeklindeki mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçerli kabul edilemez. Miras sözleşmesi, mirasçılıktan çıkarma açısından yalnızca bir kalıp niteliğinde olmak dışında başka bir anlam taşımaz[124]. Miras sözleşmesinin karşı tarafı (sağlararası edim alacaklısı), her zaman mirasbırakanın geri alma hakkını hesaba katmak zorundadır.

Zira böyle bir sözleşmesel yükümlülük altına girmesi ve böylece çıkarma tasarrufunun geri alınmasının önüne geçilmesi veya mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu sürdürme yükümlülüğü altına girilmesi, mirasçılıktan çıkarma kurumunun ruhu ve amacıyla

---

öte yandan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri alma hakkından feragat etmiştir (Gubser, **a.g.e**, s.6–7). İşte bu noktada feragatin geçerliliği de gündeme gelecektir.

120 Bellwald, **a.g.e**, s.66; Piotet, **SPR IV/1**, s.83. Kazandırma alacaklılarının yalnızca bir beklenen hakkı (*Anwartschaft*) olduğu yolunda: Bellwald, **a.g.e**, s.66.

121 "Mirasbırakan, (miras sözleşmesinden sonra da) malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilir; ancak, miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilir" (MK m.527/son). Diğer bir hükme göre, "mirasbırakan, tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da **miras sözleşmesiyle** tasarrufta bulunabilir. / Mirasbırakanın üzerinde tasarruf etmediği kısım yasal mirasçılarına kalır" (MK m.514/I ve II; ZGB Art.481).

122 Bellwald, **a.g.e**, s.66.

123 Escher, **Art.477**, N.4; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.307–308; Bessenich, **Art.477**, N.8; Druey, **a.g.e**, §10, N.32; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.170; Brühlmeier, **a.g.e**, s.69; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.372; Şener, **YD**, s.82; Ülkü, **a.g.m**, s.53, dn.6.

124 Köprülü, **a.g.e**, s.286.

bağdaşmaz[125]. Mirasbırakan, aile birlikteliğini zedeleyen davranışlar karşısında miras hukukuna dayanan cezalandırma yetkisini ve aynı zamanda tarafsız ve önyargısız olmanın gereği olan her zaman geri alma yetkisini elinde tutmalıdır. Böylece her zaman yeniden aile barışı tesis edilebilir. Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğüne saygı duyulması düşüncesi de bu sonucu gerektirir. Mirasbırakanın miras sözleşmesinden doğan yükümlülükleri, mirasbırakanın bu haklarını olanaksız kılamayacağı gibi mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya dair mutlak anlamda miras sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğü de mevcut değildir[126].

Diğer yandan mirasçılıktan çıkarma konusunda sözleşmesel yükümlülük altına girmek ve geri alma yetkisinden vazgeçmek, kötüye kullanımlara yol açabileceği ve ahlaka aykırılık teşkil edecektir[127]. Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma iradesinin bağlanmasına yol açabilecek tarzda genişletici bir yorum yapılamaz[128]. Böyle bir sözleşme yapmak ve geri alma yetkisinden vazgeçmek, aşırı derecede özgürlükleri kısıtlayacağından MK m.23/II (ZGB Art.27) hükmüne aykırılık teşkil edebilir ve mirasbırakanın böyle bir yükümlülük altına girmesinde korunan bir menfaati olamaz[129].

Mirasbırakanın miras sözleşmesinde yer alan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu tek taraflı olarak geri alması halinde, bu nedenle zarar gören miras sözleşmesinin karşı

---

125 Bessenich, **Art.477**, N.8; Gubser, **a.g.e**, s.9.

126 Gubser, **a.g.e**, s.9; miras sözleşmesine göreceli bağlılık düşüncesinde olmak birlikte burada aynı yönde: Tuor, **Art.477**, N.8.

127 Escher, **Art.477**, N.4; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.372; Şener, **YD**, s.82; Ülkü, **a.g.m**, s.43 ve 53, dn.6; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.307–308. Miras sözleşmesine göreceli bağlılık düşüncesinde olmak birlikte burada aynı yönde: Tuor, **Art.477**, N.8. *Şener*, böyle bir durumda mirasçıların birbirine düşmesine yol açan çirkin bir uygulamaya yol açılacağını belirtmektedir. İşte bu sebeple maddedeki "ölüme bağlı tasarruf" ifadesinin "vasiyet yolu ile" ("vasiyetname yoluyla" olacak) şeklinde değiştirilmesini teklif etmiştir. (**a.g.y** ve **Miras Hak ve Payları**, s.165–166). *Bellwald*, eserinin miras sözleşmesi yoluyla düzenlenen çıkarma tasarrufuna ilişkin çözüm önerilerini belirttiği bölümünde, miras sözleşmesinde yer alan çıkarma tasarrufunun geri alınmasını, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan sonraki tasarruflara itiraz edilebileceğine dair MK m.527/son hükmüne aykırı olacağını kabul etmektedir (azınlık görüşündedir) (bkz. **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.65 vd). Buna rağmen yazar, **a.g.e**, s.63, dn.6'da miras sözleşmesi ile çıkarma tasarrufunun geri alınamayacağının kararlaştırılmasını, ahlaka aykırı bulmaktadır. Bu durumda yazarın savunduğu bu farklı fikirler pek tutarlı gibi gözükmemektedir.

128 Escher, **Art.477**, N.4; Brühlmeier, **a.g.e**, s.69.

129 Bessenich, **Art.477**, N.8; Gubser, **a.g.e**, s.9. Miras sözleşmesine göreceli bağlılık düşüncesinde olmakla birlikte burada aynı yönde: Tuor, **Art.477**, N.8. Bir an için böyle bir sözleşmeye cevaz verilse bile, çıkarılanın bu tasarrufa itiraz ederek tenkis talep etmesine hiçbir hukuki engel olmazdı: Escher, **Art.477**, N.4; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.307–308; Ülkü, **a.g.m**, s.53, dn.6; aynı yönde: Tuor, (**a.g.y**).

tarafı, borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönerek tazminat talep edebilecektir (MK m.547/ZGB Art.514 atfıyla BK m.106–108/OR Art.107–109)[130].

Kuşkusuz uyuşmazlık potansiyelini azaltmak için, miras sözleşmesi ile mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmak arzusunda olan mirasbırakanın, sözleşmeye bu tasarrufu her zaman tek taraflı olarak geri alma hakkını saklı tuttuğuna dair kayıt koyması yararlı olur[131]. Böyle bir kayıt koyulması, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, miras sözleşmesinin iki taraflı içeriğine dâhil görülerek geçersiz kılınması riskini önlemiş olur.

Mirasçılıktan çıkarmanın, miras sözleşmesinin karşılıklı edim ilişkisi kapsamında yer almasını mümkün gören azınlık görüşü[132], miras sözleşmesinin temel özelliği olan sözleşme karakterine işaret etmektedir. Buna göre sözleşmenin bir parçası olarak kararlaştırılan mirasçılıktan çıkarmayı, MK m.546/II (ZGB Art.513 Abs.2) hükmündeki istisnai koşullar olmadıkça, mirasbırakan tek taraflı olarak ortadan kaldıramaz (çıkarma tasarrufunu geri alamaz)[133]. Mirasbırakan miras sözleşmesi yoluyla sözleşmenin karşı tarafına, çıkarılan mirasçının miras payında herhangi bir şekilde tasarrufta (kazandırmada) bulunmayı taahhüt etmiş ise, böyle bir tasarrufun iptal edilebileceği kolaylıkla kabul edilemez. Miras sözleşmesinin karşı tarafı miras sözleşmesinin hükümsüzlüğüne neden olmadığı sürece, mirasbırakan vasiyetnamelerden farklı olarak, sözleşme ile bağlıdır[134].

Eserinin çözüm önerileri bölümünde sorunu tasarruf özgürlüğünün sınırlanması bakımından ele alan *Bellwald*[135], MK m.549 (ZGB Art.516)[136] hükmünün miras sözleşme-

---

130 Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.82; Tuor, **Art.477**, N.8; Gubser, **a.g.e**, s.9.

131 Gubser, **a.g.e**, s.10. Farklı görüşte olmasına rağmen burada aynı yönde, karş. Bellwald, **a.g.e**, s.64, 67.

132 Gross, s.123 (Bellwald, **a.g.e**, s.63, dn.2'den); Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.65 vd.

133 Gross, s.123–124 (Bellwald, **a.g.e**, s.62, dn.5'den).

134 Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.65–66.

135 Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.66.

136 «Miras sözleşmesi veya vasiyetnameyle yapılan ölüme bağlı kazandırmalar, mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmın sonradan daralması yüzünden hükümsüz olmaz; sadece tenkis edilebilir» (MK m.549). Şayet miras sözleşmesini düzenledikten sonra, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünde bir daralma ortaya çıkmışsa, örneğin mirasbırakanın bir çocuğu olmuşsa veya mirasbırakan evlenmişse ya da mirasbırakanın babalığına hükmedilmişse, miras sözleşmesi ortadan kalkmış olmaz. Yalnızca bu yeni saklı paylı mirasçılar nedeniyle bir tenkis davası açılabilir (MK m. 549/ ZGB Art.516). Çünkü saklı paylı mirasçıların saklı paydan doğan hakları, miras sözleşmesinden önce gelir. İşte bu noktada

sinde yer alan çıkarma tasarrufunun geri alınması bakımından da uygulanabileceğine işaret eder. Buna göre mirasbırakanın geri alma yetkisini kullanması veya çıkarılanı affetmesi durumunda MK m.549 hükmündeki tasarruf sınırlaması uygulanacak ve böylece saklı payı oranında yeniden mirasçı olan çıkarılmış kişi, yasal miras hakkını değil, yalnızca saklı payını talep edebilecektir[137]. Zira yeniden mirasçılık sıfatına kavuşan çıkarılmış mirasçının tüm miras payına kavuşması, sözleşmesel bağlılık nedeniyle mümkün değildir. Öte yandan miras sözleşmesinin karşı tarafının, miras sözleşmesinden doğan alacağının, çıkarma tasarrufunun geri alınması veya af nedeniyle yerine getirilmemesi sebebiyle Borçlar Hukuku kuralları uyarınca (BK m.106 vd; OR Art.107 vd.) sözleşmeden dönme hakkı doğar[138]. Hemen ekleyelim ki burada ortaya konulan öneri, aslında aşağıda değineceğimiz miras sözleşmesine göreceli bağlılığı savunan görüşe daha uygun bir çözüm yoludur.

Bununla birlikte *Bellwald*, daha sonra sorunu miras sözleşmesiyle bağdaşmayan sonraki tasarrufların iptal edilmesine ilişkin hüküm (MK m.527/son; ZGB Art.494,Abs.3) noktasında değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Anılan hükme göre, miras sözleşmesinden sonra yapılan ve mirasbırakanın miras sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleriyle bağdaşmayan sonraki ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilmektedir. Bu durumda kanundaki düzenleme karşısında, evvelce mirasçılıktan çıkarılan kişi lehine yapılan sonraki tasarrufa (çıkarmanın geri alınmasına) miras sözleşmesi karşısında üstünlük tanınıp tanınmayacağının belirlenmesi gerekir[139]. Miras

---

mirasbırakan tarafından geri alma yetkisinin kullanılması da tasarruf oranının daralmasına neden olan bir durum olarak kabul edilmek gerekecektir (Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.67).

137 Çıkarma tasarrufu, tasarruf oranı kapsamında geçerli olacaktır veya eş deyişle alelade *mirastan uzaklaştırma* niteliğine bürünecektir.

138 «Miras sözleşmesi gereğince sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan taraf, bu edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya güvenceye bağlanmaması halinde borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönebilir» (MK m.547). Tasarrufun yerine getirilmesine engel olan bir nedenin varlığı halinde (burada mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geri alınması neticesinde) sözleşmenin karşı tarafı için ZGB Art.514/MK m.547 uyarınca sözleşmeden dönme hakkı doğmaktadır: Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.62, dn.2, 68 (yazar hükmün kıyasen uygulanacağı ifadesini de kullanmaktadır); Tuor, **Art.494**, N.28 ve **Art.514**, N.2. Karş. ayrıca Escher, **Art.494**, N.13 ve **Art.514**, N.11.
Farklı bir görüşe göre, miras sözleşmesinin karşı tarafına burada yalnızca MK m.566/II (ZGB Art.528) hükmündeki imkân tanınabilir: Albert J. Itschner, **Die Bindungen des Erblassers an den Erbvertrag**, Diss., Bern, 1974, s.172 (Bellwald, **a.g.e**, s.68, dn.3'den). MK m.566/II gereğince "*miras sözleşmesiyle elde ettiği kazandırma tenkise tabi tutulan kimse, bu kazandırma için mirasbırakana verdiği karşılığın tenkis oranında geri verilmesini isteyebilir*".

139 Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.68–69.

sözleşmesinde, sözleşmenin karşı tarafı için bir karşı-edim borcu öngörülmemişse (ivazsız miras sözleşmesi söz konusuysa), mirasbırakan bir kazandırma amaçlamaksızın, tek taraflı miras sözleşmesi anlamında bir tasarrufta bulunmaktadır. Bu durumda *Bellwald*, sonraki tasarrufun miras sözleşmesinden üstün tutulması gerektiğini kabul etmektedir[140]. Buna karşılık karşılıklı edim ilişkisine tabi (iki taraflı) mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun söz konusu olduğu miras sözleşmesinde, miras sözleşmesinin karşı tarafının menfaati ile çıkarılanın menfaati arasında yapılacak tercihte kanun hükmü gereğince sözleşmenin karşı tarafının menfaati üstün tutulmalıdır[141]. Bu durumda miras sözleşmesine aykırılık oluşturan sonraki tasarrufa itiraz edilebilir[142].

Bizim de katıldığımız ve mirasbırakanın çıkarılanın miras payında tasarruf edilmesi bağlamında miras sözleşmesine göreceli bir bağlılığının olması gerektiğini savunan diğer azınlıkta kalan görüşe göre ise[143], geri alma hakkı saklı kalmak kaydıyla, böyle bir sözleşme ahlak kurallarına aykırılık oluşturmaz[144]. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri almak, mirasbırakanın kararına bağlıdır. Çünkü mirasbırakan miras sözleşmesi yapmakla her türlü koşulda mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu sürdürmek yükümlülüğü altına girmiş değildir. Buna karşılık mirasbırakana en azından çıkardığı saklı paylı mirasçısının miras payına ilişkin bir tasarruf özgürlüğü tanımak ve çıkarılanın miras payının miras sözleşmesinin karşı tarafına veya bir üçüncü kişiye bırakılması konusunda mirasbırakanın yükümlülük altına girebilmesini kabul etmek gerekir. Sonuç olarak mirasbırakan, çıkarma tasarrufunu geri aldığında, yukarıda izah edildiği üzere, çıkarılan MK m.549 uyarınca tenkis davası yoluyla saklı payını talep edebilecektir. Buna karşılık miras sözleşmesinin karşı tarafı ise, MK m.547 gereğince Borçlar

---

140 Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.69.

141 Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.69–70. İki taraflı miras sözleşmesinde taraflarından birinin edimi ölüme bağlı tasarruf diğerininki sağlararası tasarruf niteliğinde olabileceği gibi, her iki tarafın edimi de ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olabilir (**a.g.y**).

142 Bellwald, **a.g.e**, Lösungsvorschläge, s.70. Yazar (**a.g.y**, dn.1'de), hükümde iptal davasından söz edilmediğini, bununla tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyasen burada da uygulanabileceğini belirtmektedir.

143 Stadler, **a.g.e**, s.71; Tuor, **Art.477**, N.8, **Art.494**, N.6 ve 28, **Art.514**, N.2; Piotet, **SPR IV/1**, s.178.

144 Önemle vurgulayalım ki, ancak geri alma hakkı saklı tutulmak kaydıyla çıkarmaya tabi miras payının miras sözleşmesinin iki taraflı içeriğine tabi tutulmasının ahlaka aykırılık oluşturmayacağını kabul ediyoruz. Şayet bir ivaz karşılığında ve sözleşmesel bir yükümlülük altına girmek suretiyle mirasbırakanın bir mirasçısını çıkarması söz konusu olduğunda, elbette bu tasarruf ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz kılınabilir.

Hukuku kurallarına uygun olarak (BK m.106 vd.) sözleşmeden dönebilecektir. Hemen ekleyelim ki, şayet miras sözleşmesinde iki taraflı içeriğe dâhil olan husus, çıkarılanın miras payında tasarruf değil de, bizzat çıkarma tasarrufunun kendisi ise, bu durum MK m.23/II hükmüne aykırılık oluşturacağından geçersiz olacaktır.

III. SONRAKİ SAĞLARARASI KARŞILIKSIZ KAZANDIRMALARIN ETKİSİ

Çıkarılana, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan sonra sağlararası karşılıksız kazandırmada bulunulması durumunda da kural olarak denkleştirme yükümlüsü iken mirasçılıktan çıkarma üzerine bu sorumluluktan kurtulan mirasçılar bakımından MK m.565/I, b.1 hükmü, denkleştirme yükümlüsü olmayan mirasçılar açısından MK m.565/I, b.3 veya 4 hükümleri uygulanacaktır. Kural olarak, mirasçılıktan çıkarmaya rağmen çıkarılana böyle bir kazandırmada bulunulması, mutlaka bir af iradesi olarak yorumlanmaz. Fakat somut olayın diğer tüm koşulları bir arada değerlendirildiğinde söz konusu kazandırma, ancak kopan aile bağlarının yeniden kurulduğuna dair bir gösterge olarak görülebildiği ölçüde bir af anlamına gelebilir. Eğer affın varlığı kabul edilirse, çoğunluk görüşüne göre, çıkarma tasarrufu saklı pay dışında yerine getirileceğinden[145], saklı paylı mirasçıya yapılan söz konusu kazandırmalar, ancak onun saklı payı dışında tenkis edilebilir[146]. Bununla birlikte miras sözleşmesi şeklinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan sonra, çıkarılana bu tasarrufla bağdaşmayan bir sağlararası kazandırmada bulunulması halinde, MK m.527/son hükmü gereğince miras sözleşmesi ile bağdaşmayan bu tasarrufa itiraz edilip edilemeyeceği miras sözleşmesinin niteliğine ilişkin olarak yukarıdaki tartışmalarda benimsenen görüşe göre çözümlenebilecektir[147]. Kanımızca bu durum, çıkarma tasarrufunun zorunlu tek taraflı içeriğinin karşılıklı edim değişimine tabi tutulması anlamına gelmeyeceğinden, söz konusu sağlar arası kazandırmaya MK m.527/son gereğince itiraz edilmesine bir engel gözükmemektedir.

---

145 Bkz. §4.I.E.1.b.(3). Farklı düşüncede bkz. ve karş. Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.182.

146 Elbette öncelikle ölüme bağlı tasarruflar orantılı olarak tenkis edilecek, daha sonra sağlararası karşılıksız kazandırmaların tarih sırasına göre tenkisine geçilecektir (MK m.570).

147 Bkz yukarıda §4.II.B.

§ 5. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN GEÇERSİZLİĞİ

Mirasbırakan, sağlığında her zaman mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geri alabilir. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geri alınmadığı takdirde, mirasbırakanın ölümünden sonra, çıkarılan, söz konusu tasarrufun şekli ya da maddi geçerlilik koşullarını taşımadığı gerekçesiyle, mirasçılıktan çıkarmaya –kanun deyimiyle- "itiraz edebilir" ve böylece tasarrufu geçersiz kıldırabilir. Mirasçılıktan çıkarmayı geçersiz kılan nedenler; mirasçılıktan çıkarma nedeninin geçerli olmaması (MK m.512), ölüme bağlı tasarrufların iptali nedenlerinden birinin gerçekleşmiş olması (MK m.557–559), mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu içeren vasiyetnamenin kendiliğinden geçersiz olması veya yürürlüğe girmemesi (örneğin MK m.541; 543/II) ya da yokluk olarak sayılabilir. Her bir durum kendisine özgü özellikler taşımaktadır.

I. TENKİS DAVASI

Mirasçılıktan çıkarmanın geçerli bir nedene dayanması için bu nedenin, kanunda sayılan nedenlerden biri olması, söz konusu nedeninin tüm koşullarının gerçekleşmiş olması ve nedenin ölüme bağlı tasarrufta gösterilmiş olması gerekir. Bu koşullar gerçekleşmediğinde geçerli nedene dayanmayan bir mirasçılıktan çıkarmadan söz ederiz (MK m.512/I). Geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin olmaması durumunda mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, "kendiliğinden" geçersiz olmaz. Geçersiz kılma ancak açılacak bir dava yoluyla sağlanabilir. Dava yoluyla sağlanan geçersizliğin hukuki sonucu, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tüm sonuçlarıyla ortadan kalkması değildir. Geçerli nedene dayanmayan mirasçılıktan çıkarma halinde çıkarılana yalnızca saklı payını talep etme imkânı tanınmıştır (MK m.512/II).

Medeni Kanunda mirasçılıktan çıkarma nedeninin geçerli olmamasına dayanan bu davayı ifade etmek üzere, "mirasçılıktan çıkarmaya itiraz" ifadesi kullanılmaktadır (MK m.512/II). Buna karşılık İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında, söz konusu

dava, "*tenkis davasının özellikli bir türü*" olarak nitelenmiştir[1]. Türk öğretisinde[2] de "tenkis davası" nitelemesi yapılmaktadır. Öte yandan çıkarılanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna itiraz etmemesi durumunda, alacaklıların dava hakkını düzenleyen kanun hükmünde söz konusu dava, açıkça "tenkis davası" olarak zikredilmiştir (MK m.562/II).

Aslında, söz konusu davanın "mirasçılıktan çıkarmanın iptaline dayanan tenkis davası" veya "mirasçılıktan çıkarmanın iptali sonucunu doğuran tenkis davası" olarak adlandırılması, teorik ve terminolojik açıdan daha isabetli olabilirdi. Zira geçersiz kılma söz konusu olmadıkça, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tenkis edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, öğretideki ve kanundaki kullanıma bağlı kalarak biz de bu davayı , "**tenkis davası**" olarak nitelemeyi tercih edeceğiz[3].

Tenkis davasına ya da kanunun ifadesiyle "mirasçılıktan çıkarmaya itiraz"a, hiç tereddütsüz öncelikle MK m.512 hükmü uygulanacaktır. Söz konusu maddede, mirasçılıktan çıkarmanın tenkisi sebepleri, davada ispat yükü ve davanın hukuki sonucu düzenlenmektedir. Ancak, dava açma süresi, davanın tarafları konusunda bazı özellikli durumlar (örneğin çıkarılanın alacaklılarının dava açma hakkı), geri verme borcunun

---

1 Raemy, **a.g.e**, s.45; H. Michael Riemer, "Nichtige (Unwirksame) Testamente und Erbverträge", **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich 1989, s.1, dn.5; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.603; Bessenich, **Art.479**, N.3; Forni/Piatti, **Vorbem. zu Art.522–533**, N.3; Gubser, **a.g.e**, s.151; BGE 85 II 600; BGE 86 II 342.

2 Tongsir, **a.g.t**, s.60; Köprülü, **a.g.e**, s.288; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.315; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.179; Dural/Öz, **a.g.e**, s.207; Şener, **YD**, s.102; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.190; Ayan, **a.g.e**, s.149; Antalya, **Miras**, s.218; Baydar, **a.g.t**, s.90; Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s.170–171.

3 Bu davada, geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin mevcut olmaması kaydı şartıyla, çıkarma tasarrufu, saklı pay oranında **geçersiz kılınmakta**dır. Oysa alelade tenkis davasında, mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı ya da sağlararası kazandırmaların saklı pay oranında "geçersiz kılınması" gibi bir durum söz konusu değildir. Tenkis davasında, mirasbırakanın yalnızca tasarruf oranını aşması halinde, yaptığı kazandırmalarda bir azaltmaya gidilmektedir (MK m.560 vd). Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ise, ancak geçersiz kılınmak kaydıyla, saklı pay oranında bir azaltmaya tabi tutulmaktadır. Benzer yönde bkz ve karş. Zivilgerichts Basel-Stadt 31.5.1958 (BJM 1958, s.274) (Gubser, **a.g.e**, s.151, dn.615'ten). Bununla birlikte mirasçılıktan çıkarmanın tenkisi davasına, genel olarak tenkis davası hükümlerinin uygulanacağı noktasında elbette tereddüt yoktur. Mesele yalnızca terminoloji ile ilgilidir. Ayrıca belirtelim ki, çıkarılanın tenkis davası açamayacağını düzenleyen MK m.511/I hükmünün burada açıklanan mirasçılıktan çıkarmanın iptaline dayanan tenkis davası ile ilgisi bulunmamaktadır. Bkz.§3.I.A.1.
Bazen terminolojik olarak "tenkisen iptal" teriminin de kullanıldığı görülmektedir, ancak kast olunan yine tenkis davası hükümleridir: Bkz. İmre/Erman, **a.g.e**, s.238; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.377. Yargıtay'ın mirasçılıktan çıkarmaya dair kararlarında da bu terim kullanılmaktadır. Belki "iptalen tenkis" kavramı daha isabetli olabilirdi.

kapsamı vs. konularda, iptal davası değil; tenkis davasına ilişkin kuralların (MK m.560 vd.) **kıyas yoluyla** uygulanması gerekir[4].

A. TENKİS NEDENLERİ

Tenkis davası, mirasçılıktan çıkarma için kanunda aranan nedenlerin, yani **geçerli bir çıkarma nedeninin** varlığı için gereken koşulların bulunmamasına dayanır (MK m.510–512)[5].

Mirasçılıktan çıkarma nedeninin gösterilmemiş ya da belirsiz olması: Mirasçılıktan çıkarma nedeni teşkil eden somut olayın, ölüme bağlı tasarrufta kesin bir şekilde gösterilmesi gerektiğine daha önce değinmiştik[6]. Ölüme bağlı tasarrufta, mirasçılıktan çıkarma nedenin gösterilmemiş olması durumunda mirasçılıktan çıkarma tasarrufu tenkis edilebilir (MK m.512/I, III). Çıkarma nedenine tasarrufta hiç yer verilmemesi veya gösterilen nedenin belirsiz, kesinlikten uzak veya yeterince somutlaşmamış olması bu kapsamdadır[7].

Neden olarak gösterilen fiillerin, geçerli bir cezai mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmaması: Mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufta gösterilen fiiller, MK m.510, b.1 ya da b.2 anlamında geçerlilik koşullarına sahip bir mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşturmuyorsa, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu tenkis edilebilir. Çıkarılanın işlediği fiilin suç ya da aile hukuku yükümlülüğüne aykırılık niteliği taşımaması; çıkarılanın kusurunun bulunmaması; hukuka aykırılığı, kusurluluğu ya da nedensellik bağını kaldıran sebeplerin bulunması; fiilin sübjektif ve/veya objektif ağırlık ölçütüne

---

4 İmre/Erman, **a.g.e**, s.241; Baydar, **a.g.t**, s.90.

5 Tuor, **Art.479**, N.6; Rohr, **a.g.e**, s.55; Nobs, **a.g.e**, s.37; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.94 vd; Piotet, **SPR IV/1**, s.426; Bessenich,, **Art.479**, N.3; Gubser, **a.g.e**, s.152; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.190. Oysa geçersizlik çıkarma nedenine değil de, sözgelimi şekle uygun olmayan bir vasiyetname yapılmış olmasına dayanmaktaysa, tenkisten değil, iptalden söz edilir.

6 Bkz. §2.IV.B.1.

7 Escher, **Art.479**, N.3; Piotet, **SPR IV/1**, s.426; Tongsir, **a.g.t**, s.61, 62–63; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.315; Bellwald, **a.g.e**, s.93; Bessenich,, **Art.479**, N.5; Gubser, **a.g.e**, s.152; Antalya, **Miras**, s.218; Ayan, **a.g.e**, s.151. MK m. 512/I'de, *"mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebini belirtmişse geçerlidir"* ifadesine yer verilmesine rağmen, maddedeki ifadenin aksine olarak, çıkarma nedenini içermeyen mirasçılıktan çıkarma tasarrufu kendiliğinden geçersiz değildir, tenkise tabidir. Nitekim MK m.512/III'den bu sonuç açıkça anlaşılmaktadır: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.315; Çakın, **a.g.m**, s.530 2.HD 17.5.1977, 2769/4135 (**YKD** 1978/8, s.1279).
Neden hiç gösterilmemişse veya gösterilmiş olmakla birlikte belirsizse, söz konusu nedenin sonradan vasiyetname dışı olgulardan yararlanılmak suretiyle, çıkarmadan yararlanan mirasçılar veya vasiyet alacaklıları tarafından ispatlanmasına cevaz yoktur: Tongsir, **a.g.y**; Ayan, **a.g.e**, s.152.

sahip olmaması (örneğin mirasbırakanın birlikte kusurunun varlığı) gibi nedenlerle, ortada geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeni bulunmayabilir. Diğer bir ifadeyle tüm bu hallerde gösterilen neden yetersizdir[8]. Ölüme bağlı tasarrufta gösterilmiş olmak kaydıyla, belirtilen fiillerin, geçerli ya da yeterli bir çıkarma nedeni sayılıp sayılamayacağını hâkim takdir eder[9].

Gösterilen mirasçılıktan çıkarma nedeninin gerçeğe aykırı olması: Mirasbırakanın bilinçli bir şekilde mirasçılıktan çıkarmaya neden olarak gösterdiği fiiller, gerçekte hiç yaşanmamışsa ya da gerçek dışıysa, mirasçılıktan çıkarma tenkise tabidir[10]. Bu ihtimalde Çıkarılanın, tasarrufta gösterilen fiili gerçekte hiç işlememiş veya iddia edildiği haliyle işlememiş olması ya da kanunen işlemesi gerekli olan kimselere (mirasbırakana, yakına veya aile üyesine) karşı işlememiş olması halinde çıkarma nedeni gerçeğe aykırıdır.

Affın varlığı: Mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak tasarrufta gösterilen fiili işlediğini kabul etmekle birlikte, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu düzenlemeden önce ya da sonra kendisini affettiğini ileri sürerse, kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde[11], çıkarma tasarrufu tenkis edilebilir[12].

B. TENKİS DAVASI

Tenkis davasının taraflarını belirlerken özel hüküm olan MK m.512 dışında, tenkis davasına ilişkin hükümlerin (MK m.560, 562) kıyasen uygulanması gerekir.

---

8 Escher, **Art.479**, N.3; Tuor, **Art.479**, N.6; Tongsir, **a.g.t**, s.63–64; Bellwald, **a.g.e**, s.93; Gubser, **a.g.e**, s.152; Oğuzman, **a.g.e**, s.215; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.378–379; Antalya, **Miras**, s.218; Ayan, **a.g.e**, s.152; HGK 27.9.1972, 2–730/751 (**İBD** 1973, s.53); 2.HD 9.3.1982, 757/2149 (**YKD** 1982/9, s.1245); 2.HD 16.2.1976, 787/1293 (**YKD** 1976/10, s.1405); 2.HD 12.5.1988, 3778/5278 (**YKD** 1989/1, s.19). Karş. Stadler, **a.g.e**, s.85.

9 Baydar, **a.g.t**, s.92. MK m.512/II gereğince davalı- çıkarmadan yararlanan kimsenin, çıkarma nedeni teşkil eden "vakıayı" ispatlaması yeterlidir. Ayrıca bu vakıanın "çıkarma nedeni oluşturmaya yeterli olduğunu" ispatlama yükümlülüğü yoktur. Zira bu konu hâkimin takdir yetkisindedir (Baydar, **a.g.y**). Bununla birlikte fiilin ağırlığının ispatlanmasına ilişkin olarak yapılan açıklamalar dikkate alınmalıdır. Bu konuda bkz. §2.II.B.6.

10 Tuor, **Art.479**, N.6; Piotet, **SPR IV/1**, s.426; Tongsir, **a.g.t**, s.63; Bellwald, **a.g.e**, s.93; Gubser, **a.g.e**, s.152; Antalya, **Miras**, s.218; Ayan, **a.g.e**, s.152; 2.HD 2.11.1987, 6672/8263 (**YKD** 1988/3, s.330). Gösterilen sebebin gerçeğe aykırı olması, bilinçli olarak değil de maddi olguda yanılmadan kaynaklanmakta ise, tenkisten öte, iptal hakkı (MK m.512/III ve 557) söz konusu olur.

11 Bkz. §4.I.E.3 ve 5. Buna karşılık sonraki affın hukuki etkisi kabul edilmezse çıkarma tasarrufu tenkis edilemeyecektir.

12 Aynı yönde Tongsir, **a.g.t**, s.63; Gubser, **a.g.e**, s.153. Mirasçılıktan çıkarmadan **önceki** affın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu tenkise hak vereceği yönünde: Baydar, **a.g.t**, s.93.

1. Davacılar

Aleyhine düzenlenen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerli bir nedene dayanmadığı gerekçesiyle tenkis davası açma hakkı, hiç tereddütsüz, öncelikle saklı pay oranının karşılığını alamayan çıkarılana aittir (MK m.560/I)[13]. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin, münhasıran her bir saklı paylı mirasçıyı koruyan bir dava olan alelade tenkis davasını veya tenkis davasını açamayacağı kabul edilmektedir[14].

Tenkis davası aynı zamanda çıkarılanın malvarlığı üzerinde alacak hakları bulunan alacaklıları da yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle, çıkarılanın çıkarma tasarrufuna itiraz etmemesi durumunda **iflas idaresi** veya **alacaklılar**, tenkis davası[15] açabilirler (MK m.562/II)[16]. Alacaklıların ya da iflas idaresinin bu davayı açması MK m.562/I hükmündeki koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre, öncelikle, mirasbırakan tarafından haksız olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulması suretiyle, borçlu-çıkarılanın saklı payına bir saldırı söz konusu olmalıdır. İflas idaresinin dava açabilmesi için çıkarılanın iflasının açıklanmış olması gerekir. Alacaklıların dava açabilmesi için ise, mirasın geçtiği tarihte çıkarılana karşı ellerinde ödemeden aciz belgesi bulunması gerekmektedir. İflas dairesinin veya alacaklıların çıkarılana tenkis davası

---

13 Burada, çıkarılanın altsoyu bakımından özellik arz eden bir duruma ayrıca değinmek gerekir. Mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunması halinde, mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı olan çıkarılanın altsoyu, kendi saklı payını talep edebilir (MK m.511/III). Şu halde çıkarılanın saklı payını aşan tasarrufların varlığı halinde, çıkarılanın altsoyu tenkis davası açabilir (MK m.560/I). Ancak, burada açılan tenkis davası alelade bir tenkis davası olup, çıkarma tasarrufunun geçersiz kılınmasını sağlamaya yönelen bir dava değildir. Karş. Baydar, **a.g.t**, s.93.
İstisnai bir durum olarak çıkarılan kimsenin de mirasbırakanın ardından ölmesi durumunda, çıkarılana tanınan tenkis davası açma hakkının, çıkarılanın mirasçılarına geçip geçmeyeceği, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Bu sonucu iptal davası bakımından kabul eden: Baydar, **a.g.t**, s.87. Bu konuyla ilgili olarak iptal davası bakımından durum için bkz. §5.II.B.1.

14 Oğuzman, **a.g.e**, s.247; Dural/Öz, **a.g.e**, s.269; İmre/Erman, **a.g.e**, s.164. Vasiyeti yerine getirme görevlisi açılan tenkis davasına müdahil olarak da katılamaz.

15 MK m.562/II'de alacaklıların ya da iflas idaresinin "tenkis davası" açabileceğinden söz edilmektedir. Bu davada da –tıpkı çıkarılanın açtığı davada olduğu gibi- öncelikle geçerli nedene dayanmayan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçersiz kılınması sağlanacak ve bu kaydı şartla tenkis gerçekleşebilecektir. Tenkis davasına ilişkin MK m.562 hükmünün (mirasçılıktan çıkarmanın iptali sonucunu doğuran tenkis davasına **kıyas yolu ile** uygulanabileceği yönünde, bkz ve karş. İmre/Erman, **a.g.e**, s.241–242.

16 Bu imkân, saklı paylı mirasçı ile mirasbırakanın anlaşarak, danışıklı bir şekilde mirasçının mirasçılıktan çıkarılmasını sağlaması sonucunda, alacaklıların mirasçıdan olan alacaklarını tahsil edemeyecek olmaları sebebiyle zarar görmelerini engellemektir. Diğer bir anlatımla hükmün gayesi bu kere alacaklıları korumaktır: Eren, **Tenkis**, s.132; Druey, **a.g.e**, §6, N.88; Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s.171. Keza MK m.562/II hükmünün, koruyucu çıkarma bakımından çıkarmanın geçerlilik koşullarının bulunmaması, durumunda da (MK m.513/I) uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık MK m.513/II hükmünde belirtilen hallerde de MK m.562/II hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu konu yukarıda koruyucu çıkarma bahsinde incelenmişti. §1.V.C.

açılması konusunda ihtarda bulunması ve ihtara rağmen çıkarılanın dava açmamış olması koşulları aranmaktadır. İflas idaresi veya alacaklılar, ancak alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler (MK m.562/I). Görüleceği üzere, alacaklılara ya da iflas idaresine tanınan dava hakkı tali (ikincil) niteliktedir[17].

2. Davalılar

MK m.512/II gereğince mirasçılıktan çıkarılan kimsenin tasarrufa itiraz etmesi durumunda, belirtilen sebebin varlığını ispatın, "*çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına*" düşeceği hükmü, bir yanıyla tenkis davasının davalı tarafını da ortaya koymuş olmaktadır. Bir görüşe göre[18], mirasçılıktan çıkarmanın tenkisi davası, çıkarmadan yararlanan yasal ya da atanmış mirasçılara ve hatta vasiyet alacaklılarına karşı açılabilir. Diğer bir görüşe göre ise[19], söz konusu dava yasal ve atanmış mirasçılara karşı açılabilir. Mirasbırakanın çıkarılanın saklı payı üzerinde tasarrufta bulunmadığı hallerde, dava yasal mirasçılara karşı açılacaktır[20]. Tenkis davasının vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı açılabileceği kabul edilmektedir[21].

---

17 Escher, **Art.479**, N.5; Piotet, **SPR IV/1**, s.426; Eren, **Tenkis**, s.132–134; Dural/Öz, **a.g.e**, s.209, 272; Oğuzman, **a.g.e**, s.215, dn.580a; İmre/Erman, **a.g.e**, s.242; Forni/Piatti, **Art.524**, N.1, 7; Gubser, **a.g.e**, s.153; Baydar, **a.g.t**, s.93; Kılıçoğlu, **Miras**, s.171; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.192; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.189; BGE 76 II 99; 2.HD 28.9.1998, 9600/9941 (Özuğur, **Miras**, s.78); 2.HD 1.7.1997, 5611/7664 (Özuğur, **Miras**, s.78). Detaylı bilgi için bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s 271 vd; Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s.173 vd.

18 Tongsir, **a.g.t**, s.38, 61; Berki, **a.g.e**, s.45; Forni/Piatti, **Vorbem. zu Art.522–533**, N.7; Gubser, **a.g.e**, s.153; Ülkü, **a.g.m**, s.49. Ayrıca bkz. 2.HD 16.2.1976, 787/1293 (**YKD** 1976/10, s.1405–1406).

19 Zira bu görüşe göre, kaynak İsviçre Medeni Kanununun, bizde MK m.512/II hükmünü karşılayan 479/II maddesinin Fransızca metninde, çıkarmadan yararlanan "mirasçı" veya "vasiyet alacaklısından" bahsedilmekte iken, aynı maddenin Almanca metninde "mirasçı" deyimi yanında kullanılan "kazandırma lehtarı" (*Bedachte*) deyimi, atanmış mirasçıyı da vasiyet alacaklısını da kapsayan bir anlama sahiptir. Ancak mirasçılıktan çıkarmadan "**doğrudan doğruya** yararlananlar", çıkarılanın miras payını elde eden yasal ya da atanmış mirasçılardır. Buna karşılık vasiyet alacaklıları, mirasbırakanın tasarruf oranının arttığı hallerde, bu sebeple, çıkarmadan **dolayısıyla** yararlanmaktadırlar. Öyleyse, MK m.512/II (eMK 459/II, c.1) hükmünü mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan **yasal** veya **atanmış mirasçılar** şeklinde anlamak gerekir: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.316. Aynı yönde İmre/Erman, **a.g.e**, s.242. Açık olmamakla birlikte bkz ve karş. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.191.
Bu görüş kabul edildiği takdirde de, atanmış mirasçıya ve/veya vasiyet alacaklısına karşı dava açılabilmesi için, mirasbırakanın, çıkarılanın saklı payı üzerinde vasiyet ve/veya mirasçı atama yoluyla bir tasarrufta bulunmuş olması gerekir.

20 Ülkü, **a.g.m**, s.49.

21 Tenkis davasından farklı olarak, tenkis davasının vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı açılabileceği görüşünde: İmre/Erman, **a.g.e**, s.164.

Öğretide ve yargı uygulamasında tartışmalara yol açan bir başka konu ise, kendilerine karşı tenkis davası açılacak olan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan yararlanan yasal mirasçıların kimler olduğudur. Ancak bu mesele, mirasbırakanın çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmadığı hallerde, çıkarılanın miras payının hangi yasal mirasçılara intikal edeceği ve çıkarma tasarrufunun tenkisi halinde akıbetin ne olacağı konusundaki tartışmalara göre belirlenebilir. Bu konuları ileride ayrıca incelemekte olduğumuzdan burada meselenin detaylarına girmeyeceğiz[22].

---

[22] Bkz §6.I.A.1. Fakat bu tartışmalar, incelemekte olduğumuz konunun esasını da ilgilendirdiği için, bir ölçüde meseleye değinmek zorunda kalıyoruz. Yargıtay, mülga MK m.458, c.2 ve c.3 hükümlerini (karş. yeni MK m.511/II ve III) bir arada yorumlayarak, tenkis neticesinde,- mirasbırakan çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunsun bulunmasın- çıkarılanın altsoyunun yalnızca saklı payını talep edebileceği görüşündedir. Bu sebeple çıkarma geçerli olduğunda, üzerinde tasarrufta bulunulmayan çıkarmaya konu pay diğer mirasçılara geçecek, buna karşılık çıkarılanın altsoyu varsa, o yalnızca saklı pay talep edebilecektir. (MK m.511/II karşısında artık bu görüşü savunmak olanaksızdır). Çıkarma tasarrufunun tenkisi bakımından, 4721 sayılı Medemi Kanunun yürülüğünden önceki ölüm olaylarına ilişkin olarak verdiği kararlarda Yargıtay, eMK m.458, c.2 hükmünü uygulamakta (Yürürlük Kanunu m.17) ve bu hüküm gereğince, -öğretideki çoğunluk görüşünün aksine olarak- çıkarılanın altsoyunun mirasçı olamayacağını kabul etmektedir. Bkz. §6.I.A.1. Tenkis halinde mirasçıların belirlenmesine ilişkin mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükümlerde bir düzenleme yapılmış değildir. Bu sebeple, Yeni Medeni Kanun döneminde tenkis bakımından Yargıtay'ın, çıkarılanın altsoyunun mirasçı olamayacağı yönündeki görüşünü sürdürüp sürüdürmeyeceğini zaman gösterecektir. Yargıtay'ın mevcut uygulamasına göre, tenkisi istenen çıkarma tasarrufunun geçerli olup olmadığı kesinleşmeden, çıkarılanın altsoyunun mirasçılığı kesinleşmeyecektir. Bu yönde bkz. 2.HD 2.12.1975, 6625/7531 (**HukukTürk**). Öyleyse, bu görüşe göre tenkis davası karşısında "çıkarmadan yararlanan mirasçının" sadece çıkarılanın altsoyu olduğu da söylenemeyecektir. Bu yönde: Ülkü, **a.g.m**, s.49.

Oysa ileride açıklanacağı üzere 4721 sayılı MK m.511/II hükmünde yapılan değişiklikte, eMK m.458, c.2'den farklı olarak, mirasbırakanın çıkarmaya konu miras payında tasarrufta bulunmadığı hallerde, bu payın, öncelikle çıkarılanın "**varsa altsoyuna**" geçeceği hükme bağlanmıştır. Bu sebeple, biz bu ihtimalde, çıkarılanın altsoyunun **bütün miras payını** kazanacağı görüşündeyiz. Eğer çıkarma tasarrufu tenkis olursa, MK m.512/III gereğince çıkarılan yalnızca saklı payına kavuşur. Bu durumda ise, yine Yargıtay uygulamasının aksine olarak, bakiye payın çıkarılanın altsoyunda kalmaya devam edeceği kanaatindeyiz. Bu durumda MK m.511/II gereğince, çıkarmaya konu pay, çıkarılanın altsoyu mevcut olduğu müddetçe diğer birinci derece mirasçılarına veya sonraki derecelere geçemeyecektir. Öyleyse bu ihtimalde kural olarak onlara dava açılmasında hukuki bir yarar bulunmamaktadır. Aynı yönde Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s.173.

Bu görüşe karşı, davalı-çıkarılanın altsoyunun, davacı-çıkarılanın açtığı tenkis davasında savunma yapmayarak ya da davayı kabul ederek, mirasbırakanın son arzularına engel olabileceği ve hatta danışıklı olarak tasarrufu tenkis veya iptal ettirebileceği yönünde bir eleştiri yapılabilir. Nitekim bu görüş için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, "Mirastan Iskat Konusunda İkinci Hukuk Dairesi'nin Hukuk Dışı Bir Kararı", **TBBD** 1995/1, s.49–53; Ülkü, **a.g.m**, s.49. Zira eMK m.458 hükmüne ilişkin Yargıtay uygulamasına göre, tenkis neticesinde çıkarılanın altsoyu **mirasçı olamayacaktır** ve mirasın saklı pay dışında kalan kısmı, diğer birinci derece mirasçılara geçecektir. Kanımızca eğer saklı paylı mirasçılar arasında bir tercihte bulunulacaksa, bu tercihin çıkarılanın kardeşi yerine çıkarılanın altsoyundan yana kullanılması, mirasın ekonomik güvence fonksiyonunun bir gereğidir. Eğer çıkarılanın altsoyu, davayı kabul ederek kendi hakkından vazgeçmek istiyorsa, hukuken yapılacak bir şey yoktur. Zira Medeni Kanun çıkarma nedenlerinin mevcut olup olmadığı ve tasarrufun geçerliliği noktasında hâkime re'sen hareket etme yetkisi tanımış değildir. Mirasbırakanın bu durumu öngörerek, çıkarmaya konu miras payının akıbeti hakkında tasarrufta bulunması gerekirdi. Fakat eğer o böyle bir tasarrufta bulunmamışsa

Öğretide de destek bulan bazı Yargıtay kararlarına göre[23], çıkarmaya konu miras payı üzerinde tasarrufta bulunulmayan hallerde, davanın yalnızca mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan yasal mirasçılara karşı açılması yeterli değildir. Aksine, davanın, çıkarma tasarrufunun geçerli olması ya da tenkis edilmesi durumunda miras hakları etkilenebilecek bütün yasal mirasçılara yöneltilmesi gerekir[24]. Oysa bazı mirasçılar arasında tenkis davası sonucunda verilecek mahkeme kararının, davaya taraf olmayan diğer mirasçılar aleyhine kesin hüküm teşkil etmeyeceği kesindir (HUMK m.237/II). Bu durumda tüm mirasçılara karşı husumetin yöneltilmesine maddi hukuk açısından gerek olmadığı düşünülebilir. Fakat uygulamada mirasçılar tarafından birçok farklı davanın değişik zamanlarda açılması, yargıyı güç durumda bırakmaktadır. Sorunun yasal düzenlemeyle çözüme kavuşturulması düşünülebilir.

---

ve çıkarılanın altsoyu tenkis davasını kabul etmek niyetinde ise, bu durumu engellemek mümkün değildir. Kaldı ki, **yeni MK m.511/II hükmü gereğince artık çıkarılan ile çıkarılanın altsoyu arasındaki tenkis davasının, davanın kabulü yoluyla danışıklı bir şekilde sonuçlandırılmasına gerek olmayacaktır.** Zira çıkarma tasarrufu, geçerli de olsa tenkis de edilse çıkarılanın altsoyu mirasa ehil oldukça, diğer birinci derece mirasçılara, bir geçiş söz konusu olmayacaktır. Son olarak ekleyelim ki, tenkis kararı, kendilerine husumet yöneltilmeyen diğer mirasçılar karşısında kesin hüküm oluşturmayacağından, esasen altsoy dışındaki diğer mirasçılar açısından da bir sakınca doğmaz.

23 Bir Yargıtay kararına göre, "(…) ıskat edilen davacının füruları olup olmadığı araştırılıp; varsa, dava onlara yöneltilmeden davacının kardeşleri hakkında açtığı davaya devam edilip eksik hasımla hüküm kurulması doğru görülmemiştir": 2.HD 13.9.1994, 6102/7991 (**HukukTürk**); aynı yönde HGK 21.5.1997, 2–161/445 (**HukukTürk**);-öğretide aynı yönde Ülkü, **a.g.m**, s.49; Kılıçoğlu, **Karar İncelemesi**, s.49 vd; Öztan, **a.g.e**, s.127. Buna karşılık, konuyu iptal davası bakımından değerlendiren Baydar, Yargıtay'ın bu uygulamasını, "davanın taraflarını kimlerin oluşturacağı" konusu ile "kararın ancak taraflar açısından bağlayıcı olacağı" konusunun birbirinden ayırt edilmemesi noktasında eleştirmektedir. Zira karar, davaya taraf olmayan mirasçılara ileri sürülemezse de, bu durum bazı mirasçılar için açılmış bulunan davanın reddi için de gerekçe olamaz (**a.g.t**, s.88). Yargıtay'ın iptal davası bakımından da uygulaması aynı yöndedir. Bkz ileride §5.II.B.2

İsviçre Hukukunda, çıkarılanın çıkarmadan yararlanan bütün mirasçılara karşı dava açma zorunluluğunun bulunmadığı, buna karşılık potansiyel olarak tenkis borçlusu olabilecek bütün mirasçılara karşı tenkis davası açılmasının faydalı olacağı görüşünde: Gubser, **a.g.e**, s.153, dn.627.

24 Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde geride yalnızca çocukları A ve B ile A'dan olma torunu T hayatta olsun. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve başkaca bir tasarrufta da bulunmamıştır. A, çıkarma tasarrufu sebebiyle MK m.511/II gereğince miras hakkı kazanan altsoyu B'ye karşı tenkis davası açmıştır. B de bir savunma yapmayarak açılan davayı kabul etmiş ve hüküm kesinleşmiştir. Buna göre A farazi=1/2 ve B=1/2 miras payı alır. Tenkis üzerine A, saklı payı olan 1/4'ü alır. Bu durumda altsoy T de tasarruf edilebilir kısım olan 1/4'ü alır. Davaya B de dâhil olsaydı, belki de cezai çıkarmanın tamamen geçerli olduğunu ileri sürecek ve mahkemece tenkis davasının reddine karar verilmesini sağlayabilecekti. Bu durumda çıkarılan A, mirastan hiçbir pay alamayacak ve çıkarılanın altsoyu olan T de tenkis davasını kabul ettiği için yalnızca 1/4'lük kısımla yetinecekti. Böylece kalan 1/4 oranındaki miras payı B'nin miras payına eklenecekti: 1/2+1/4= 3/4.

Bu örnekten hareketle tenkis davasının, muhtemel miras menfaatleri bulunabilecek olması itibariyle bütün mirasçılara karşı açılması gerektiği savunulabilir. Buna karşılık, bütün mirasçılara karşı dava açılmasına gerek olmadığı, zira söz konusu davanın, davada taraf olmayan mirasçılar için bağlayıcı olmayacağının kabulü ile de aynı sonuca ulaşılabileceği de savunulabilir.

3. İspat Yükü

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mirasçılıktan çıkarma nedeni tasarrufta hiç gösterilmemişse, gösterilmeyen bir nedenin ispatlanmasından söz edilemez. Mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufta gösterilmeyen çıkarma nedeni, sonradan davalı diğer mirasçılar ya da vasiyet alacaklıları tarafından gösterilemez[25]. Bu durumda mirasçılıktan çıkarma tasarrufu tenkise tabidir.

Mirasçılıktan çıkarma sebebi ölüme bağlı tasarrufta gösterilmiş olmakla beraber, çıkarılan, çıkarma nedeninin geçerli olmadığını ileri sürerek tenkis davası açmışsa, ispat yükünün kime ait olacağının belirlenmesi gerekir. Genel ispat kuralı gereğince: "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*"(MK m.6). Mirasçılıktan çıkarma kurumunda yer alan özel hükme göre ise: "*Mirasçılıktan çıkarılan kimse itiraz ederse, belirtilen sebebin varlığını ispat, çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına düşer*" (MK m.512/II)[26]. Öyleyse tenkis davasında ispat yükü, davacıda (yani çıkarılan mirasçıda) değil, davalı (yani çıkarmadan yararlanan mirasçı, atanmış mirasçı veya

---

25 Tongsir, **a.g.t**, s.62; Ayan, **a.g.e**, s.152; Baydar, **a.g.t**, s.91. MK m.512/I hükmünün açıklığına rağmen, aksi yöndeki isabetsiz bir Yargıtay kararına göre, "(…) *vasiyetnamede ıskat sebebi* ***gösterilmemişse*** *yine ıskat sebebi olabilecek bir olayın varlığını ıskattan müstefit olan (yararlanan) ispat edecektir*": 2.HD 18.5.1995, 4699/5842 (**YKD** 1995/11, s.1761). *Baydar*, söz konusu kararı, ayrıca, ölüme bağlı tasarrufların kişiye sıkı sıkıya bağlı olması ve ölüme bağlı tasarruflarda temsilin işlememesi ilkelerine aykırılık noktasından eleştirmektedir (**a.g.y**). Benzer şekilde çelişkili diğer bir karar: HGK 7.10.1998, 2–683/679 (**HukukTürk**).

26 Öğretide, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin olan düzenlemenin (MK m.512/II), genel ispat kuralına (MK m.6) bir istisna oluşturup oluşturmadığı noktasında tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kanun koyucu, burada olağan ispat kuralından ayrılarak (MK m.6), ispat yükünü, mirasçılıktan çıkarma nedeninin doğru olmadığını iddia eden davacı-çıkarılana değil, davalı-çıkarmadan yararlanan tarafa yüklemiştir. Zira aslolan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerli olmasıdır. MK m.6 gereğince mirasçılıktan çıkarmanın geçersiz olduğunu iddia edenin iddiasını ispatlaması gerekir. Oysa bu konuda özel hüküm (MK m.512/II) ihdas edilerek, genel kuraldaki (MK m.6) **ispat yükü tersine çevrilmiş bulunmaktadır**: Stadler, **a.g.e**, s.85–86; Ickowicz, **a.g.e**, s.102–103; Çubukgil, **L'Exhérédation**, s.100, 101; Tongsir, **a.g.t**, s.65; Köprülü, **a.g.e**, s.288–289; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.187.
Katıldığımız karşı görüşe göre, tenkis davasında ispat yükünün davalıya yüklenmiş olması, ispat yükünün yer değiştirmesi demek değildir. Çünkü davalının çıkarma tasarrufundan yararlanmasına dair hakkı, ancak çıkarma nedeninin ispatlanmasına bağlıdır. Öyleyse davalının, hakkının varlığını ispat etmek zorunda olması, MK 6'daki genel kuralın uygulanmasından başka bir şey değildir. Eş deyişle, **MK 512/II**, **MK 6'yı teyit eden bir hükümdür**: Escher, **Art.479**, N.4; Tuor, **Art.479**, N.7; Piotet, **SPR IV/1**, s.426; Gubser, **a.g.e**, s.164; Baydar, **a.g.t**, s.94; BGer 5A.748/2008/bnm, Erw.7.4; BGE 106 II 304. Bu görüşe göre hakkını bir vakıaya dayandıran herkes MK m.6 gereğince bu vakıayı ispatlamak zorundadır.

vasiyet alacaklısı) olan kişidedir[27]. Davacı-çıkarılan, çıkarma nedeninin doğru olmadığını veya yeterli olmadığını ya da hakkında mevcut bulunmadığını ispat edecek değildir. Aksine çıkarmadan yararlanan davalı (mirasçılar veya vasiyet alacaklıları), çıkarma nedeninin doğruluğunu/yeterliliğini/mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır[28]/[29].

Davalı-çıkarmadan yararlanan kimse, çıkarılanın kusurlu olduğunu da ispat etmekle yükümlüdür[30]. Buna karşılık, çıkarma nedeni olarak gösterdiği olayda mirasbırakanın birlikte kusurunun varlığını iddia eden davacı-çıkarılan, birlikte kusurun varlığını kendisi ispat etmek zorundadır[31]. Keza davacı-çıkarılan, af olgusuna dayanmışsa affin varlığını yine kendisi ispatlamalıdır[32]. Çıkarılan, mirasbırakanın tasarrufta gösterdiği çıkarma nedeninin mevcut ya da doğru olmadığını değil de gösterilen nedenin yeterli

---

27 İsviçre Federal Mahkemesi, yeni kararlarında MK m.510/b.1 (ZGB Art.477, Ziff.1) ile MK m.578/b.1 ve 2 (ZGB Art.540/I, Ziff. 1, 2) hükümleri arasında paralellik olduğunu kabul ederek (BGer 5A.748/2008/bnm, Erw.7.4), mirasçılıktan çıkarma nedeni ile mirastan yoksunluk nedeninin örtüştüğü durumlarda, MK m.512/II hükmünde yer alan ispat kuralının, mirastan yoksunluk hali için de uygulanmaması için bir neden olmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre mirastan yoksunluk nedenlerinin varlığını (MK m.578/b.1–4- ZGB Art.540/I, Ziff.1–4), mirastan yoksunluktan yararlanacak olan mirasçılar ve vasiyet alacaklıları ispat etmelidir: BGer 5A.748/2008/bnm, Erw.7.4. MK m.510/b.1 ile MK m.578/b.3 hükümlerinin örtüşmeyeceği, zira mirasçılıktan çıkarma için aranan ağırlık unsurunun mirastan yoksunluk için önemli olmadığı, MK m.578/b.3 ile MK m.557/b.2 hükmünün daha çok örtüştüğü yolunda: Abt, **AJP**, 2006, s.1142. Karş. BGE 132 III 305, Erw. 3.3.

28 Huber, **Erläuterungen II**, s.391; Tuor, **Art.479**, N.7; Rohr, **a.g.e**, s.49; Escher, **Art.479**, N.4; Beck, **a.g.e**, s.72; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.315; Oğuzman, **a.g.e**, s.215; Dural/Öz, **a.g.e**, s.208–209; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.378–379; Bellwald, **a.g.e**, s.95; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.187; Gubser, **a.g.e**, s.164; 2.HD 26.12.2002, 13985/14916 (**HukukTürk**); BGer 5A.748/2008/bnm, Erw.7.4; BGE 106 II 304; BGE 72 II 338, 340; 2.HD 18.5.1995, 4699/5842 (**YKD** 1995/11, s.1761); 2.HD 17.11.1970, 6012/6065 (Şener, **TMK I**, s.1161 vd); 2.HD 5.2.1970, 7098/736 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.890); 2.HD 18.9.1954, 3697/4143 (Yazıcı/Atasoy, **a.g.e**, s.892). Ayrıca ispat yüküyle ilgili düzenlemenin eleştirel yorumu için bkz. Stadler, **a.g.e**, s.85 vd.

29 Gerçi mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan mirasçıların, çıkarma nedeni oluşturan somut olayları yakından bilmemeleri sebebiyle, mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliğini ispat etmeleri MK m.512/II gereğince oldukça güç bir hale gelebilir. Bunun sonucunda mirasbırakanın ölüme bağlı son arzularının gerçekleşmesinin bir bakıma engellenmiş olduğu görüşünde: Druey, **a.g.e**, §6, N.67; Bessenich,, **Art.479**, N.2; Gubser, **a.g.e**, s.164.
Ancak, kanun koyucu aksine bir düzenlemede bulunsaydı, davacı-çıkarılanın olumsuz olan bir vakıayı (çıkarma nedeninin gerçekleşmediğini) ispat etme zorunluluğuyla karşı karşıya kalması söz konusu olurdu ki, bunu gerçekleştirmek güç değil, neredeyse imkânsız olurdu: Stadler, **a.g.e**, s.86; Piotet, **SPR IV**/1, s.426; Gubser, **a.g.e**, s.165, dn.685; Fikret Güvenç, "Mirastan Iskata Karşı Açılacak Davanın Niteliği ve Bu Davadaki İsbat Yükü", **İBD**, C. 61, S. 10–11–12, İstanbul, 1987, s.674–675.

30 Bessenich,, **Art.479**, N.2; Gubser, **a.g.e**, s.165.

31 Escher, **Art.479**, N.4; Gubser, **a.g.e**, s.165.

32 Bkz. §4.I.D.

olmadığını iddia ediyorsa, davalı-çıkarmadan yararlanan mirasçıların çıkarma nedeninin varlığını ya da doğru olduğunu değil, yeterli olduğunu ispat etmeleri gerekir[33].

4. Hak Düşürücü Süreler

Tenkis davası açma hakkına ilişkin süreler bakımından da tenkis davasına ilişkin düzenlemenin (MK m.571) kıyasen uygulanması gerekir. Buna göre tenkis davası, iki farklı hak düşürücü süreye[34] tabi olacaktır. Çıkarılanın dava hakkı, saklı payını zedeleyen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde çıkarma tasarrufu vasiyetname şeklinde düzenlenmişse vasiyetnamenin açılması tarihinin (MK m.596), miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmişse mirasın açılması (mirasbırakanın ölümü) tarihinin üzerinden on yıl geçmekle düşer[35]. Çıkarılanın mirasçılıktan çıkarmayı tenkis ettirme hakkı, hak düşürücü sürelerin geçmesi nedeniyle düşmüş olsa da, çıkarılan, kendisine karşı açılacak davalarda tenkis iddiasını, def'i yoluyla her zaman ileri sürebilir (MK m.571/son).

C. TENKİSİN SONUÇLARI

Açılan tenkis davasında, çıkarmadan yararlanan mirasçılar veya vasiyet alacaklıları, ölüme bağlı tasarrufta gösterilen sebebin yeterli olduğunu, doğruluğunu veya çıkarılan hakkında mevcut olduğunu ispat edemediklerinde, çıkarılan mirasçı bunun sonucu olarak yasal miras payına kavuşmuş olmaz. Zira geçerli bir çıkarma nedeni bulunmasa bile, çıkarmayı içeren ölüme bağlı tasarruf, tamamen ortadan kalkmayıp, yalnızca tasarruf özgürlüğü oranında yerine getirilecektir[36]. Çıkarılan, tüm miras payına kavu-

---

33 Dural/Öz, **a.g.e**, s.209.

34 Mülga Türk Kanunu Medenisinin yeni MK m.571 hükmünü karşılayan 513'üncü maddesinin kenar başlığı yanlış bir ifadeyle "müruruzaman" (zamanaşımı) şeklinde düzenlenmişti. Bu dönemde bu sürelerin hukuki niteliğinin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu tartışmalıydı. Bu görüşler için bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.277. Ancak kenar başlığı yeni Medeni Kanunda "hak dürücü süre" olarak düzeltilerek tereddütler giderilmiştir. Ayrıca eMK m.513 hükmünde üst süre 5 yıl olarak düzenlemişken, yeni MK m.571 hükmünde yapılan değişiklikle üst süre 10 yıla çıkarılmıştır.

35 Bir yıllık süre, çıkarılan, saklı payının zedelendiğini ve çıkarma tasarrufunu daha önce öğrenmiş olsa bile, en erken mirasbırakanın ölüm anından itibaren başlayabilir (Dural/Öz, **a.g.e**, s.277). Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptali bir önceki tasarrufun yürürlüğe girmesini sağlarsa, bu önceki tasarrufa karşı iptal davası açmak için söz konusu hak düşürücü süreler iptal kararının kesinleşmesi tarihinde işlemeye başlar (MK m.571/II).

36 Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.316; Oğuzman, **a.g.e**, s.215; İmre/Erman, **a.g.e**, s.242; Dural/Öz, **a.g.e**, s.208; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.379; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.54; Öztan, **a.g.e**, s.126–127; HGK 7.10.1998, 2–683/679 (**HukukTürk**); HGK 1.4.1990, 130/239 (**YKD** 1990/7, s.973); 2.HD 12.5.2008, 8036/6856 (**HukukTürk**); 2.HD 18.5.1995, 4699/5842 (**YKD** 1995/11, s.1761); 2.HD, 4.4.1991, 3606/6143

şamayacak; yalnızca saklı payını talep edebilecektir. (MK m.521/III, c.1; eMK m.459/II, c.2)[37]. Bununla birlikte tenkis neticesinde çıkarılanın hukuki statüsü, muhtemel mirasçılıktan kesin mirasçılığa dönüşür[38].

Kanundaki bu çözümün gerekçesi (*ratio legis*), mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçersiz dahi olsa, çıkarılanın saklı payı ile yetinmesini ve bunun dışında miras paylaşımına katılmamasını arzu ettiği yönündeki **varsayılan (mefruz) iradesi**ne dayanır[39]/[40].

(**YKD** 1991/9, s.1316–1317); 2.HD 12.5.1988, 3778/5278 (**YKD** 1989/1, s.19); 2.HD 2.11.1987, 6672/8263 (**YKD** 1988/3, s.330); 2.HD 17.5.1977, 2769/4135 (**YKD** 1978/8, s.1279); 2.HD 16.2.1976, 787/1293 (**YKD** 1976/10, s.1405); HGK 27.9.1972, 968/2–730, 751 (**İBD** 1973, s.53). İsviçre Hukukunda aynı yönde Tuor, **Art.479**, N.6; Piotet, **SPR IV/1**, s.426; Rohr, **a.g.e**, s.55; Beck, **a.g.e**, s.72; Bessenich,, **Art.479**, N.5, s.115; Druey, **a.g.e**, §6, N.68; Gubser, **a.g.e**, s.154; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.188; BGE 86 II 355.

37 Tenkis durumunda, çıkarmaya tabi payın akıbeti, diğer yasal mirasçıların miras payları ile tasarruf oranının hesaplanması, hesaplama metotlarını ilgilendirdiğinden ve konu bütünlüğünü sağlamak açısından aşağıda ayrı bir bölümde ele alınacaktır. §6.II.

38 Gubser, **a.g.e**, s.154; Staehelin, **Art.470**, N.4. Böylece mirasçılıktan doğan tüm haklara (miras ortaklığına katılma, yasal yollara başvurma) ve yükümlülüklere (tereke borçları) sahip olur.

39 Escher, **Art.479**, N.3; Tuor, **Art.479**, N.6; Rohr, **a.g.e**, s.50; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.316–317; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.603; Dural/Öz, **a.g.e**, s.208; Gubser, **a.g.e**, s.154; Güvenç, **a.g.m**, s.674; HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687).
Berki, MK m.512/III hükmündeki düzenlemeyi, mirasçılıktan çıkarma sonucunda mirasçılık sıfatının tamamen ortadan kalkması gerektiği yönünde *de lege ferenda* anlamda eleştirmiştir (**a.g.e**, s.45). Kanımızca cezai çıkarmanın varlığı için mutlaka mirasçı sıfatının kaybettirilmesi gerekmez.

40 Öğretide bazılarınca tenkis, "mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun **kısmen geçersiz kılınması**" olarak açıklanmaktadır: Berki, **a.g.e**, s.45; Tongsir, **a.g.t**, s.53; Baydar, **a.g.t**, s.95. Kanımızca bu tespit pek isabetli olmaz. Zira geçerli bir çıkarma nedenine dayanmayan mirasçılıktan çıkarmadaki geçersizlik olgusu tamdır; kısmi değildir. Başka deyişle mirasçılıktan çıkarma bu açıdan tam bir iptale uğramaktadır. Buna karşılık geçerli çıkarma nedeninin bulunmamasına kanunun bağladığı hukuki sonuç, saklı paysızlaştırmanın ortadan kaldırılmasıdır. Esasen mirasçılıktan çıkarma, saklı paysızlaştırmayı hedef almıştır; saklı pay dışında kalan kısım bakımından mirasçı herhangi bir geçerlilik koşuluna bağlı olmaksızın mirastan uzaklaştırılır. Ancak, ayrıca bir ölüme bağlı irade açıklamasına gerek kalmaksızın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, saklı pay dışındaki kısmı da kendiliğinden kapsamına alır. İşte bu nedenledir ki, çıkarma MK m.512 gereğince geçersiz kılındığında, kanun, mirasçılıktan çıkarmanın bileşenlerini (saklı paysızlaştırmayı ve saklı pay dışında kalan kısımda mirastan uzaklaştırmayı) ayırmaktadır. Nitekim MK m.512/III, c.1'de yer alan *"(mirasçılıktan çıkarma) tasarrufu, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir*" hükmünü, bu şekilde yorumlamak gerekir. Burada geçersizlik, yalnızca "saklı paysızlaştırmayı" ortadan kaldırmakta, buna karşılık saklı pay dışındaki uzaklaştırma (*mirastan uzaklaştırma*) varlığını tamamen korumaktadır. Özetle mirasçılıktan çıkarmada geçersizlik "tam"dır; geçersizliğe bağlanan sonucun (yaptırımın), kanun gereği "kısmî" olduğundan söz etmek de kanımızca çok isabetli olmaz.
Benzer bir değerlendirme için bkz ve karş. Oğuzman, **a.g.e**, s.215: "Iskatı ihtiva eden ölüme bağlı tasarrufta ıskat sebebi gösterilmemişse **tasarruf ıskat olarak muteber değildir**. Ancak **ıskat edilen mirasçının mahfuz hissesi dışındaki hissesinin bertarafı niteliğinde bir tasarruf** olarak hüküm ifade eder".

Mirasçılıktan çıkarmanın geçersizliğine dair mahkeme kararı, bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğinde olup, geriye yönelik olmak üzere mirasın açılması anından itibaren hükümlerini doğurur[41]. Mahkemenin tenkise ilişkin kararı, bu davanın tarafları arasında hukuki sonuç doğurur. Kendisine karşı dava açılmayan diğer mirasçıları ya da vasiyet alacaklılarını bağlamaz[42]. Öte yandan bir davada davalılardan biri veya bir kaçının davayı kabul etmesi, kanımızca mümkündür. Bununla birlikte bu kabul, davayı kabul etmeyen diğer davalı mirasçıları bağlamaz. Davayı kabul eden çıkarmadan yararlanan mirasçı, yargılama neticesinde mahkemece mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçersizliğine hükmedilmesi halinde, bu geçersizliğin lehe sonuçlarından, yani miras payının artmasından yararlanamayacaktır.

II. İPTAL DAVASI

Mirasçılıktan çıkarma kurumuna özgü geçerlilik koşullarının dışında kalan ve MK m.557 hükmünde sayılan nedenlerden birinin varlığı halinde, çıkarılan, tasarrufu iptal davası açmak suretiyle iptal ettirebilir. İptal davası bozucu yenilik doğuran bir davadır[43]. Tenkis davası geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin bulunmamasına dayanırken, iptal davası MK m.557 hükmünde sayılan hallerden birinin varlığına dayanmaktadır. Öte yandan çıkarılan, iptal halinde -tenkisten farklı olarak- tüm miras payına kavuşmaktadır.

A. İPTAL NEDENLERİ

Ölüme bağlı tasarrufların iptal nedenleri tüm ölüme bağlı tasarruflar için söz konusu olan nedenlerdir. Bu yönüyle tenkise nazaran genel niteliktedir. Kanunda ehliyetsizlik, irade sakatlığı, tasarrufun içeriğinin ya da bağlandığı koşulların ya da yüklemelerin

---

41 Tuor, **Vorbem. zu Art. 522–533**, N.10; Escher, **Einleitung zu Art. 522–533**, N.14; Eren, **Tenkis**, s.148; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.411–412; Oğuzman, **a.g.e**, s.246; Gubser, **a.g.e**, s.154; Dural/Öz, **a.g.e**, s.267; Baydar, **a.g.t**, s.95; Forni/Piatti, **Vorbem. zu Art.522–533**, N.13; Weimar, **Vorbem. Art.470**, N.15; Staehelin, **Art.470**, N.4; 2.HD 7.4.2003, 3441/4673 (**HukukTürk**); BGE 125 III 40; 115 II 212; 98 Ib 97; 86 II 338 vd.

42 Eren, **Tenkis**, s.148–149; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.379; Baydar, **a.g.t**, s.95.

43 Tuor, **Art.519**, N.14; Escher, **Art.519**, N.6; Fikret Eren, **Türk Medeni Kanununda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1966, s.137–138; Tongsir, **a.g.t**, s.53; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.297; Arbek, **a.g.e**, s.91; Dural/Öz, **a.g.e**, s.224. Buna karşılık iptal davasının yenilik doğuran bir dava olmayıp, bir tespit davası olduğu yönünde: HGK 13.3.1996, 26/144 (**İKİD** 12380).

hukuka veya ahlaka aykırı olması ve şekle aykırılık olarak hükme bağlanan iptal nedenleri (MK m.557; ZGB Art.519), sınırlı sayıdadır (*numerus clausus*)[44]. Bu nedenlere kısaca değinelim:

Ehliyetsizlik (MK m.557, b.1): Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu düzenlediği sırada tasarruf ehliyetine sahip olmaması, iptal nedenidir (MK m.557, b.1). Buna karşılık mirasbırakanın, çıkarma tasarrufunu düzenlendiği sırada var olan ehliyetini sonradan yitirmesi, mirasçılıktan çıkarmanın geçerliliğine etki etmez. Mirasçılıktan çıkarmanın vasiyetname ya da miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmesine göre, tasarruf ehliyetinin varlığı için farklı koşulların arandığına yukarıda değinmiştik (MK m.502–503)[45]. İşte bu koşulların mevcut olmaması halinde mirasçılıktan çıkarma iptal edilebilir[46].

İradeyi sakatlayan hallerin varlığı (MK m.557, b.2): Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu, yanılma (hata), aldatma (hile), korkutma veya zorlama (tehdit) etkisi altında yapmışsa, bu tasarruf iptal edilebilir[47]. Ancak mirasbırakan, sağlığında

---

44 Oğuzman, **a.g.e**, s.187; İmre/Erman, **a.g.e**, s.193; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.189; Baydar, **a.g.t**, s.83. Bu nedenlerden birinin varlığı, vasiyetnamenin ya da miras sözleşmesinin tamamen iptaline yol açabilir. İptal nedeninin türüne göre bazen de vasiyetnamede ya da miras sözleşmesi tümüyle iptal olmaz. Söz konusu neden, vasiyetnamede ya da miras sözleşmesinde yer alan birden fazla maddi anlamda tasarruftan yalnızca mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptaline de yol açabilir: Piotet, **SPR IV/1**, s.427; Tuor, **Art.479**, N.4; Gubser, **a.g.e**, s.155. Bkz. MK m.558/II.

45 Bkz. §2.IV.

46 Tongsir, **a.g.t**, s.55; Bellwald, **a.g.e**, s.89; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.603 ve 574 vd; Forni/Piatti, **Vorbem. zu Art.519/520**, N.1 ve 4; Breitschmid, **Art.467/468**, N.19; Gubser, **a.g.e**, s.21, 155; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.54; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.190. Tasarruf ehliyetsizliğine yol açan sebebin ağır olduğu hallerde ölüme bağlı tasarrufun batıl (*nichtig*) sayılması düşüncesi için bkz. Riemer, **Nichtige Testamente**, s.250; Eren, **İptal**, s.13 vd; Breitschmid, **a.g.y**.

47 Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **İptal**, s.27 vd; Breitschmid, **Art.469**, N.5 vd; Arbek, **a.g.e**, s.70 vd. Zorlamanın (maddi cebrin) iptal sebebi kabul edilmesi, isabetli değildir. Zorlama *animus testandi*'yi kaldıran bir durumda ise yokluk söz konusu olur (Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.249).
Kanunda istenerek yaratılan irade sakatlığı hallerinin (zihni kayıt, latife beyanı gibi), ölüme bağlı tasarruflara etkisi konusunda hüküm yoktur. Bu konunun topluca değerlendirildiği bir inceleme için bkz. Arbek, **a.g.e**, s.75–76. Öğretide zihni kaydın ölüme bağlı tasarruflara etkisi tartışmalıdır. Zihni kayıt, iradesini beyan eden kimsenin, gerçekte beyan ettiği iradesinin sonuçlarını istememesi durumunda söz konusu olur ve irade istenerek sakatlanır. Bir görüşe göre tek taraflı ölüme bağlı tasarruflarda irade prensibi geçerli olduğu için, vasiyetname geçersiz olur: Escher, **Art.469**, N.4; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.350; Weimar, 14. Titel, **Einleitung**, N.5. Diğer görüşe göre, vasiyetnamelerde zihni kayıt mümkün olmadığından, vasiyetnamenin geçerli olması gerekir: İmre/Erman, **a.g.e**, s.200. Latife beyanı ile yapılan bir vasiyetnamenin ise geçersiz olacağı (baştan hüküm doğurmayacağı) kabul edilmektedir: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.351; İmre/Erman, **a.g.e**, s.201; Weimar, **Art.469**, N.45.

yanıldığını veya aldatıldığını öğrendiği ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulduğu günden başlayarak bir yıllık hak düşürücü süre içinde çıkarma tasarrufunu geri almamışsa (MK m.504), mirasbırakanın ölümünden sonra çıkarılanın mirasçılıktan çıkarmanın iptalini dava etmesi (MK m.557, b.2) mümkün değildir[48]. Fakat kanımızca çıkarılanın bu durumda **geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeni bulunmaması** sebebiyle **tenkis** davası açma hakkı saklıdır. Eğer, mirasbırakan, sağlığında mirasçılıktan çıkarma konusunda yanıldığını veya aldatıldığını öğrenememiş ya da korkutmanın etkisinden kurtulamamış ise yahut da yanılmayı veya aldatmayı öğrenmiş ya da korkutmanın etkisinden kurtulmuş olmasına rağmen bir yıllık süre dolmadan önce ölmüş ise, çıkarılan, çıkarma tasarrufunun **iptalini** dava edebilir[49].

Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde **geçerlilik koşulları bakımından** mirasçılıktan çıkarma, zorunlu tek taraflı ölüme bağlı tasarruf olduğundan[50], ister vasiyetname isterse miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmiş olsun, mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin irade beyanının yorumunda güven prensibi değil, irade prensibi rol oynar[51]. Bu sebeple,

---

Zihni kayıt ve latife beyanının mirasçılıktan çıkarma üzerindeki etkisi, üzerinde ayrıca düşünülmesi gereken bir konudur. Zira mirasçılıktan çıkarma iradesinin hiç bulunmadığı hallerde yaptırım türü yokluktur. Buna karşılık, iradenin sakat olduğu kabul edildiğinde ortada iptal edilebilir bir tasarruf söz konusu olur. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun zihni kayıtla yapılmış olması ya da latife beyanı şeklinde düzenlenmiş olması durumunda, geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin bulunmadığı konusunda da tereddüt yoktur. Başka deyişle zihni kayıt halinde tasarrufun geçerli olacağı görüşü kabul edilse bile, bu kere tasarruf, geçerli bir çıkarma nedeni bulunmaması sebebiyle tenkise tabi olur. Fakat biz her iki halde de mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tüm sonuçlarıyla geçersiz olacağı düşüncesindeyiz. Bu sonucun kendiliğinden hükümsüzlük şeklinde mi yoksa iptal davası yoluyla gerçekleşeceği ayrıca incelenmesi gereken ve bu çalışmayı aşan bir konudur.

48 Bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.220 vd; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.18; Breitschmid, **Art.469**, N.19; Gubser, **a.g.e**, s.155, dn.637; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.63. Gerçi ister vasiyetname isterse miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmiş olsun, mirasçılıktan çıkarma, geçerlilik unsurları bakımından tek taraflı bir ölüme bağlı işlem olduğu için, irade sakatlığına duçar olan tasarruf, MK m.504'te öngörülen bir yıllık süre dolduktan sonra da her zaman mirasbırakan tarafından geri alınabilir. Bkz ve karş. Dural/Öz, **a.g.y**.

49 Escher, **Art.479**, N.2; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.603; Weimar, **Art.479**, N.9 vd; Dural/Öz, **a.g.e**, s.220; Gubser, **a.g.e**, s.155. Ayrıca belirtelim ki, "*mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayan ve engelleyen kimseler mirastan yoksun olurlar*" (MK m.578/b.3).

50 Mirasçılıktan çıkarmanın miras sözleşmesinin zorunlu tek taraflı ve geri alınabilir içeriğini oluşturduğunu, buna karşılık çıkarmanın sonuçlarının, yani çıkarmaya tabi miras payı üzerinde üçüncü kişilere kazandırmada bulunulmasının, iki taraflı içeriğe dâhil olabileceği görüşünde olduğumuzu belirtmiştik. Bkz. §4.II.B.1 ve 2.b.

51 Buna karşılık kabul ettiğimiz görüşe göre miras sözleşmesinde yer alan çıkarma tasarrufunun sonuçları bakımından, yani çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunulması bakımından sözleşmesel yükümlülük altına girilmesini caiz gördüğümüzden, sırf bu noktada irade prensibi yerine güven prensibinin uygulanması yerinde ve görüşümüzle de tutarlı olur.

mirasçılıktan çıkarma iradesini sakatlayan her türlü yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama iptal nedeni teşkil eder[52]. Mirasbırakan irade fesadına maruz kalmasaydı, saklı paylı mirasçısını ne saklı payından ne de saklı payı dışındaki miras payından mahrum bırakmak (mirastan uzaklaştırmak) isteyecekti. Bu nedenledir ki çıkarma tasarrufu yalnızca saklı pay oranında değil, tüm miras payı bakımından iptale bağlı kılınmıştır[53].

Burada yanılma (hata) hali için mirasçılıktan çıkarma bakımından ayrıca kanunda özel bir hükme yer verilmiştir: MK m.512/III gereğince "*mirasbırakan bu tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden yapmışsa, çıkarma geçersiz olur*". Genel iptal nedenleri bakımından (MK m.557, b.2) her türlü "yanılma" iptale yol açarken, MK m.512/III hükmünde, yanılmanın "çıkarma sebebi hakkında" olmasının iptale yol açacağı hükme bağlanmıştır[54]. Çıkarma nedeninde hataya düşen mirasbırakan, tasarrufunda çıkarma nedenini gösterdiği halde, kendisini bu tasarrufu yapmaya iten **somut olayın varlığı ya da koşulları** hakkında yanılgıya düşmüştür[55]. Eğer mirasbırakan gerçek somut olayı bilseydi ya hiç mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmayacak ya da başkaca bir tasarrufta bulunacaktı ise, " yanılma" (hata) söz konusu olur[56]/[57]. Buna karşılık, kendisini çıkarma tasarrufu yapmaya iten somut

---

52 Tongsir, **a.g.t**, s.56; Baydar, **a.g.t**, s.84. Yoksa yanılmanın (hatanın) "esaslı, ciddi, önemli derecede ya da belirli bir ağırlıkta olması" gibi unsurlar aranmaz ve iradeyi sakatlayan haller, Borçlar Hukukundan çok daha geniş bir şekilde yorumlanır: Tuor, **Art.69**, N.21; Escher, **Art.469**, N.6; Eren, **İptal**, s.32; Tongsir, **a.g.y**; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.328 vd; Dural/Öz, **a.g.e**, s.220; Weimar, **Art.469**, N.15, 25; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.55. Mirasçılıktan çıkarmaya yönelik iradeyi sakatlayan hallerin varlığı halinde iptalin daima kısmi olduğu; sadece mirasçılıktan çıkarmanın geçersiz olup, "*diğer* (maddi anlamda) *ölüme bağlı tasarruflar*ın geçerliklerini korudukları yönünde: Dural/Öz, **a.g.e**, s.207–208. Biz, bir vasiyetnamede yer alan birden fazla tasarruf arasında mirasçılıktan çıkarmanın veya bir başka maddi anlamda tasarrufun geçersiz olması durumunda, geçersizliği "kısmi" olarak nitelemekten kaçınıyoruz. Tek bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun bir kısmının geçersiz olabildiği durumlarda "kısmi" ifadesinin kullanılmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

53 Bkz ve karş. Baydar, **a.g.t**, s.85.

54 Çıkarma nedeninde yanılmanın, aslında "geçerli bir çıkarma nedeninin bulunmaması" üst kavramı içerisinde yer aldığı ve çıkarma nedeninin gerçek olmadığı özel bir durumu karşıladığı, kanun koyucunun bu bağlantı nedeniyle çıkarma nedeninin geçerliliği üzerinde duran MK m.512 hükmünde çıkarma nedeninde yanılmayı da düzenlediği yönünde: Baydar, **a.g.t**, s.85.

55 Çıkarmaya konu fiilin ağır olmaması, çıkarma nedeninde yanılma teşkil etmez. Yani mirasbırakanın çıkarma nedeninin ağır olduğunu zannetmesi, hâlbuki bu nedenin ağır olmaması bir hata değildir. Aksi yöndeki 2.HD'nin 4.2.2002 tarih ve 194/1169 sayılı kararına şerh düşen karşı oy yazısı isabetsizdir (**HukukTürk**).

56 Gubser, **a.g.e**, s.14; karş. Breitschmid, **Art.469**, N.6; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.18; karş. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.57. Ölüme bağlı tasarrufun düzenlenmesine etki eden her türlü hata hali

olayda yanılmış olan mirasbırakanın, yanılgıya düştüğü çıkarma nedenini tasarrufta göstermemiş olması durumunda, tasarrufun iptal edilebilip edilemeyeceği sorunu ile karşılaşılır. Zira çıkarma nedeni gösterilmemişse, MK m.512/III gereğince tasarruf, iptale değil, tenkise tabidir. Bununla birlikte mirasbırakanın varsayılan iradesinden, tasarruftaki ifadelerden ya da vasiyetname dışı olgulardan, kendisini bu tasarrufa iten neden hakkında mirasbırakanın yanılgı içerisinde olduğu ispatlanabiliyorsa, çıkarma nedeni gösterilmemesine rağmen, kanımızca bu tasarruf bütün sonuçlarıyla "**iptal**"

---

dikkate alınacaktır. Gerek somut olay hakkında yanlış tasavvur oluşmasına neden olan saik hatası gerekse arzusuna uygun olmayacak şekilde farklı beyanda bulunmuş olmaya dayanan beyan hatası bu kapsamdadır. HGK, 1.4.1990 tarih ve 130/239 sayılı karardan: "*Mirasbırakanın ıskat sebebi olmadığı halde, olayları yanlış algılayıp varmış gibi açık hataya düşmesi halinde tasarruf tam olarak iptal olunur, aksi takdirde mirasbırakan hiç sebep göstermemiş veya gösterdiği sebep ıskatı mucip ağırlıkta değilse, iptal sadece tasarruf nisabı miktarında mümkün olabilir*" (**YKD** 1990/7, s.973); aynı yönde 2.HD 19.11.1992, 10684/11618 (**YKD** 1993/ S.7, s.994).

Buna karşılık yeni eğilimlerin saik hatasında mirasçıların iptal haklarını sınırlandırmaya yöneldiği hakkında bkz. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.57, 58.

57 Mirasçılıktan çıkarma nedeninde yanılma, çıkarılan bir suç işlemediği ya da aile hukukundan doğan yükümleri ihlal etmediği halde, mirasbırakanın suçun işlendiğini ya da aile hukuku yükümünün ihlal edildiğini sanmasıdır. Örneğin, M kendisini öldürmeye teşebbüs ettiği inancıyla oğlu A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. Oysa ceza davasında A'nın öldürmeye teşebbüsle ilgisinin olmadığı ortaya çıkar (Oğuzman, **a.g.e**, s.216'dan). Diğer bir örnekte, M eşi E'nin zina yaptığını sanmaktadır. Fakat gerçekte E, koluna zorla uyuşturucu enjekte edilerek cinsel saldırıya uğramıştır (İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.378'den).

Kanımızca suça konu fiil ya da aile hukuku yükümü ihlali, işlenmiş olmakla birlikte mirasbırakanın sandığı kadar ağır değilse, eş deyişle mirasbırakan, fiilin ya da ihlalin gerçekte nasıl işlendiğini öğrenseydi, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmayacaktı ise, somut olay koşullarına göre, tasarruf yine yanılma nedeniyle iptal edilebilir. Örneğin mirasbırakan M, gelini F'yi (oğlunun eşini) dövdüğü için oğlu A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. Bu fiil, hem suç hem de aile yükümü ihlalidir. Eğer objektif ve sübjektif ağırlık ölçütleri somut olayda varsa mirasçılıktan çıkarma geçerlidir. Ancak gerçekte A, F zina ettiği için dövmüştür ve M bu durumu bilmemektedir. M, bilseydi mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapmayacak idiyse tasarruf iptal edilebilir. M'nin buna rağmen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunacağı kabul edilebiliyorsa, bu durumda somut olay koşullarına göre objektif ağırlık unsurunun bulunup bulunmadığına bakılır ve bu son durumda ancak tenkisi ihtimalinden söz edilebilir.

İradeyi sakatlayan diğer hallerde de çıkarma tasarrufu iptal edilebilir. Mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs edenin üçüncü bir kişi olmasına rağmen, eşinin kendisini öldürmeye çalıştığını söyleyen mirasçılarının sözüne kanarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyen mirasbırakan, hileye maruz kalmıştır. Çocuğunu mirasçılıktan çıkaran mirasbırakan, bunu yapmazsa diğer mirasçıların ona bir zarar verecekleri tehdidiyle karşılaşmışsa, yine iradesi sakatlanmıştır.

Buna karşılık ölüme bağlı tasarrufların genel olarak iptali konusunda, iptalden önce tasarrufu kurtarıcı yorumun tercih edilmesi gerektiği yönünde: Breitschmid, **Art.469**, N.2. Kanımızca cezai çıkarmanın kendisine özgü yapısı gereği kurtarıcı yorum yoluyla tasarrufun ayakta tutulması her zaman için mümkün olmayabilir. Sözgelimi, kendisinin dolandıran kimsenin oğlu A olduğunu sanan mirasbırakan, gerçekte dolandırıcılığı yapanın kızı K olduğunu öğrenemeden ölmüştür. Vasiyetname açıldığında M'nin A'yı dolandırıcılık nedeniyle ıskat etmiş olduğu görülür. Tasarruf iptale tabidir. Burada kurtarıcı yorum tercih edilerek, K'nin cezai olarak mirasçılıktan çıkarılabileceğini kabul etmek, cezai çıkarma kurumunun mahiyeti ile bağdaşmaz. Belki M, yaşasaydı kızının yaptığı bu davranışı ağır bulmayacaktı. Zira ağırlık ölçütünün belirlenmesinde çıkarılanın kişiliğine bağlı özellikler alt ölçüt olarak dikkate alınır.

edilebilmelidir[58]. Nitekim MK m.512/III hükmünün madde metninden de bu sonuç kolaylıkla çıkarılabilir[59].

Mirasbırakanın, çıkarma tasarrufunu dayandırdığı somut olaydaki fiili çıkarılanın işlemediğini ya da olayın öyle gelişmediğini bildiği halde, bilinçli olarak yanlış ya da gerçekte öyle olmayan bir neden göstererek ya da hiçbir neden yokken çıkarma tasarrufu düzenlemesi halinde[60] -ister çıkarma nedenini tasarrufta göstermiş isterse göstermemiş olsun- mirasçılıktan çıkarmanın iptali mümkün değildir. Zira irade sakatlığı söz konusu değildir. Bu durumda ancak tenkis davası (MK m.512/III) açılabilir[61]/[62].

Mirasçılıktan çıkarmanın iptal edilebilmesi, yalnızca "çıkarma nedeninde yanılma" bakımından değil, kural olarak tüm yanılma nedenleri bakımından geçerli olur. Bununla birlikte MK m.504/II gereğince "*ölüme bağlı tasarrufta kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanılma halinde* ***mirasbırakanın gerçek arzusu kesin olarak tespit edilebilirse****, tasarruf bu arzuya göre düzeltilir*". Bu durumda mirasbırakan, eğer çıkardığı mirasçının şahsında veya tasarrufun hukuki nitelemesinde açık bir yanılgıya düşmüşse mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bu arzuya göre yorum yoluyla düzeltilerek ayakta tutulur (*favor testamenti*). Buradaki açık yanılma ifadesi, düzeltmeyle yetinilecek ve iptale hak sağlamayacak yanılmayı ifade eder[63].

---

58 "Şayet ölen mirastan ıskat sebepleri bakımından apaçık (aşikâr) bir yanılmaya düşmüş ise ıskat, tasarruf nisabı hakkında bile hüküm ifade etmez, diğer bir deyimle mirastan ıskat edilmek istenen kimse miras bırakanın tasarruf nisabından da miras payını alır. / **Ölüme bağlı tasarrufta, mirastan ıskat sebepleri belirtilmemiş olan hallerde de yukarıdaki hükümler uygulanır**": 2.HD 16.2.1976, 787/1293 (**YKD** 1976/10, s.1405–1406).

59 Ancak olağan olan durum, çıkarma nedeni gösterilmemişse tasarrufun tenkise tabi olmasıdır. Öyleyse çıkarılan tarafından, mirasbırakanın çıkarmaya neden olan somut olguda hataya düştüğünü ispatlaması gerekir ki tasarrufu tenkis değil, iptal edebilsin. Şimdiden belirtelim ki, aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz üzere, tenkis davasından farklı olarak iptal davasında ispat yükü davacı-çıkarılandadır.

60 Yanlış nedene dayanmak ile somut olay bakımından doğru olmayan bir nedene dayanma anlatılmak istenir. Yoksa mirasbırakanın gerçek somut olayı anlatmasına rağmen, yanlış hukuki nitelemede bulunması, çıkarma nedeninin bilinçli ya da bilinçsiz olarak yanlış gösterilmesi demek değildir. Hâkimin, mirasbırakanın hukuki nitelemesi ile bağlı değildir.

61 Gubser, **a.g.e**, s.15, 155; Bellwald, **a.g.e**, s.73; bkz ve karş. Escher, **Art.479**, N.3; Tuor, **Art.479**, N.2, 6; Piotet, **SPR IV/1**, s.426.

62 Bilerek yanlış bildirilen bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin yanı sıra ayrıca gerçek bir mirasçılıktan çıkarma nedeni mevcut olsa dahi, bu neden tasarrufta gösterilmemişse, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yine geçersiz olacaktır. Bkz ve karş. Piotet, **SPR IV/1**, s.425; Gubser, **a.g.e**, s.15.

63 Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.65 vd. Örneğin çıkarmaya konu işleyen mirasçının adını yanlışlıkla farklı yazmışsa ya da çıkarma diyeceği yerde yoksunluk, feragat veya evlatlıktan red gibi farklı ifadeler kullanmışsa, durumu böyledir. Fakat mirasbırakan şayet fiili işleyen kişinin adını yanlış

MK m.557, b.2 hükmünde iptal nedeni olarak "yanılmadan" söz edilmesine karşılık, MK m.512/III hükmünde "açık bir yanılmadan" söz edilmesi öğretide tartışmalara yol açmıştır. MK m.512/III hükmündeki cümlenin ikinci kısmında "*ancak, mirasbırakan bu tasarrufu* ***çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden*** *yapmışsa, çıkarma geçersiz olur*" ifadesine yer verilmiştir. Azınlıkta kalan görüşe göre[64]/[65], "açık" terimi bilerek kullanılmıştır. Bizim de katıldığımız karşı yöndeki çoğunluk görüşüne göre[66] ise, "açık (aşikâr; *offenbar*)" sözcüğünün özel bir anlamı yoktur. MK m.557/b.2 hükmü, saik hatası[67] dâhil, her türlü hata halini -hiç değilse tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar için- iptal nedeni saydığına göre MK m.512/III hükmündeki

---

olarak yazmamış da, fiili o mirasçının işlediğini zannettiği için mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenliyorsa, kanımızca MK m.504/II uygulanamaz. Zira bu yanılma düzeltilmekle yetinilecek türden bir yanılma olmaz. Belki gerçek fiili işleyen kişiyi öğrenseydi, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemeyebilecekti. Mesele, vasiyetnamenin ve vasiyetname dışı olguların yorumu ile çözülebilecek bir meseledir. Keza oğlunun kendisinden 200.000-TL çaldığını sanarak çıkarma tasarrufu düzenleyen mirasbırakan açısından, gerçekte çalınan tutar 20.000-TL ise düzeltilecek türden bir yanılmadan söz edilemez. Mirasbırakan, olayın koşullarında yanılmıştır. Buna karşılık vasiyetnameyi kaleme alırken 200.000-TL yazacak yerde yanlışlıkla 20.000-TL yazmışsa bu artık MK m.504/II gereğince düzeltilecek bir yanılmadır.

Buna karşılık MK m.504/II'de düzeltilecek yanılmanın "açık beyan hatası" ile sınırlanmasının, aşırı şekilci bir yaklaşım olduğu ve saik hatası bakımından da söz konusu maddenin uygulanması gerektiği yönünde bkz. ve karş. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.65 vd; Druey, **a.g.e**, §12, N.32; bezer şekilde Baygın, **Yorum**, s.578.

64 Bu görüşe göre, "açık" ifadesi bilerek madde metnine alınmıştır. Zira mirasbırakanın çıkarma sebebinde düştüğü yanılmanın ancak açık olması halinde, bu yanılma MK m.504 (eMK m.451) gereğince mirasbırakanın arzusuna göre düzeltilerek, çıkarılan mirasçının bütün yasal miras payına kavuşması sağlanacaktır. Başka deyişle burada tayinde hata (*erreur de désignation*) söz konusu olduğu için yanılmanın açık olması gerekir ve iptal davası açmaya gerek kalmaksızın böyle bir yanılmanın her zaman düzeltilmesi istenebilir: Gönensay/Birsen, **a.g.e**, s.64.

65 Ülkü'ye göre, "ıskat tasarrufunun açık bir hata nedenine dayanılarak iptalinin isteneceği davaya süre, görev, yetki, vb. konularda ölüme bağlı tasarrufların iptali davasına ilişkin hükümler örnekseme yoluyla uygulanmalıdır" (**a.g.m**, s.55, dn.53). Bizce, MK m.512/III, MK m.557, b.2 hükmünden farklı bir düzenleme niteliği taşımadığından burada kıyasen değil, doğrudan doğruya iptal davasına ilişkin hükümler uygulanır.

66 Tuor, **Art.479**, N.4; Escher, **Art.479**, N.2; Tongsir, **a.g.t**, s.57; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.179; Köprülü, **a.g.e**, s.289, dn.312; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.317; Oğuzman, **a.g.e**, s.267, dn.582; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder /Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.603, dn.90; Dural/Öz, **a.g.e**, s.208; Bessenich,, **Art.479**, N.3; Gubser, **a.g.e**, s.158; Baydar, **a.g.t**, s.85. Farklı görüşte Ickowicz, **a.g.e**, s.100. Buradaki yanılma, "tayinde hata" niteliğinde olmayıp, iptal sebebi teşkil eder ve bu nedenle yanılmanın açık olması gerekmez: Tongsir, **a.g.y.** Burada kullanılan açık sözcüğünden, belirlenebilen bir yanılma anlaşılmalıdır: Köprülü, **a.g.y.**

67 İrade prensibinin tek taraflı ölüme bağlı tasarruflarda kuvvetle hâkim olmasının bir sonucu olarak, saik hatası (tasarruf yapmaya iten nedende yanılma), Borçlar Hukukundaki prensibin (BK m.24) aksine, bir iptal sebebidir. Ölüme bağlı tasarruflarda da hatanın esaslı olması aranır. Fakat tek taraflı ölüme bağlı tasarruflarda saik hatası bizatihi esaslı hata niteliği arz eder: İmre/Erman, **a.g.e**, s.195–196. Yargıtay'ın "çıkarma nedeninde açık hataya düşmeyi", "esaslı hataya düşme" ile eş anlamlı olarak nitelediği bir karar için bkz. HGK 1.4.1990, 130/239 (**YKD** 1990/7, s.973).

"açık" sözcüğüne hukuken değer yüklememek gerekir. MK m.512/III hükmündeki "açık" sözcüğü, İsviçre Medeni Kanununun hazırlık aşamasında Uzmanlar Komisyonu tarafından yanılmanın çıkarma nedenine ilişkin olması halinde yanılma kavramını kuvvetlendirmek amacıyla ve aslında gereksiz yere madde metnine eklenmiştir. Böylece açık olsun olmasın tüm yanılma halleri mirasçılıktan çıkarmanın iptaline yol açabilir.

Hukuka veya ahlaka aykırılık (MK m.557/b.3; 515/II): Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlaka aykırı ise mirasçılıktan çıkarma iptal edilebilir[68]. Mirasçılıktan çıkarmanın bağlandığı koşulun hukuka ya da ahlaka aykırı olması, yalnızca bu koşulun değil, kural olarak koşula bağlı kılınmış olan tüm çıkarma tasarrufunun iptaline neden olur[69]. Bununla birlikte bizim de katıldığımız yeni eğilime göre, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun hukuka ya da ahlaka aykırı koşul nedeniyle geçersiz kılınabilmesi için, mirasbırakanın varsayılan (farazi) iradesinden, bu koşul olmasaydı söz konusu çıkarma tasarrufunu yapmayacağı

---

68 Örneğin mirasbırakan, istemediği bir kimse ile evlendiği için oğlunu mirasçılıktan çıkarmışsa, tasarrufun içeriği hukuka aykırıdır. Eğer mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, çıkarılanın evlendiği kişiden boşanması ya da birisini öldürmesi koşuluna bağlanmışsa, bu kez de tasarruf, bağlandığı koşulun hukuka aykırı olması nedeniyle iptale tabidir. Ayrıca ekleyelim ki, mirasbırakanın, çıkarma tasarrufunda, çıkarılana bir *yükleme*de bulunması, mirasçılıktan çıkarma tasarrufuyla bağdaşmayan ve gerçekleşme ihtimali neredeyse imkânsız bir durumdur.
Hukuka aykırılık, ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin, bağlandığı koşulun ya da yüklemenin, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olması şeklinde gerçekleşebilir. Ahlaka aykırılık ise tasarrufun içeriğinin ya da gayesinin ahlaka aykırı olması veya bağlandığı koşulun ya da yüklemenin ahlaka aykırı olması şeklinde gerçekleşebilir: Bu konuda bkz. Eren, **İptal**, s.51 vd; Arbek, **a.g.e**, s.78 vd.

69 Piotet, **SPR IV/1**, s.99; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.29; Staehelin, **Art.482**, N.33; Oğuzman, **a.g.e**, s.188; Gubser, **a.g.e**, s.156; Antalya, **Miras**, s.203; ayrıca bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.223. Ahlaka aykırılık konusundaki tartışmalar ve kanundaki düzenlemenin eleştirisi için bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.223 ve orada anılanlar. BK m.20 hükmünün aksine olarak hukuka ve ahlaka aykırılığın Miras Hukukunda kesin hükümsüzlüğe değil, iptale bağlı kılınmasının isabetsiz olduğu ve BK m.20 ve MK m.557 arasında çelişki söz konusu olduğundan ortada gerçek olmayan bir kanun boşluğu oluştuğu şeklinde eleştiriler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.337; Antalya, **Miras**, s.266 (Yazar MK m.557/b.3 hükmüne rağmen burada kesin hükümsüzlük olduğunu savunur ve MK m.2 kuralına dayanır); Arbek, **a.g.e**, s.100; açıkça karşı görüşte Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.72.
Buna karşılık BK m.20'de kesin hükümsüzlük nedenleri arasında imkânsızlık sayılmış iken, MK m.557/b.3'te imkânsızlıktan söz edilmemektedir. *Oğuzman*, kanun koyucunun konusu imkânsız olan ölüme bağlı tasarrufların, iptale tabi olmasını değil, kesin hükümsüz olmasını (BK m.20) tercih ettiği şeklinde açıklamaktadır (**a.g.e**, s.104). Ahlaksızlığın, tasarrufun yapıldığı andaki değer yargısına göre belirlenmesi gerektiği, zira kanun koyucunun geçerlilik koşullarını, tasarrufun yapıldığı anı esas alarak belirlediği görüşünde: Oğuzman, **a.g.e**, s.188. Ahlaksızlığın mahkeme kararının verileceği andaki değer yargılarına göre belirlenmesi gerektiği görüşünde: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.337.

anlaşılmalıdır[70]. Öte yandan bir vasiyetnamede mirasçılıktan çıkarma da dâhil birden fazla maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf varsa ve bu tasarrufların geçerliliği birbirine bağlı değilse, bunlardan birinin hukuka ya da ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olması, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geçersiz kılmaz[71].

Buna karşılık, anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır (MK m.515/III). Böylece anlamsız ya da başkalarını rahatsız edici bir koşula bağlanan mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, kural olarak sanki bu koşul hiç yokmuş gibi geçerliliğini koruyacaktır[72]. Ancak, eğer mirasbırakanın varsayılan iradesinden ya da tasarruftaki ifadelerden, mirasbırakanın bu koşul olmasaydı, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu düzenlemekten kaçınacağı anlaşılabiliyorsa, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bütünüyle iptal yoluyla geçersiz kılınabilir[73].

Şekle aykırılık (MK m.557, b.3): Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun kanunda vasiyetname (MK m.531–541) ve miras sözleşmesi (MK m.545) için aranan genel şekil koşullarına uygun olarak yapılmamış olması iptal nedenidir[74]. Buna karşılık mirasçı-

---

70 Eğer vasiyetnamenin yorumundan veya vasiyetname dışı olgulardan mirasbırakanın o şart olmaksızın da tasarrufu yapacağı anlaşılıyorsa (farazi irade), tasarruf ayakta tutulmalıdır: Druey, **a.g.e**, §12, N.66; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.70; Gubser, **a.g.e**, s.156–157; farklı düşüncede Staehelin, **Art.482**, N.34 (Yazar, bu gröüşü yalnızca yükleme için kabul eder). Hukuka ya da ahlaka aykırı bulunan gerek geciktirici gerekse bozucu koşula bağlı çıkarma tasarrufunda, mirasbırakanın farazi iradesinin vasiyetname dışı olgularla ispatlanmasının oldukça güç olduğu yolunda: Gubser, **a.g.e**, s.157.
Tasarrufun koşula bağlanmasında hukuka veya ahlaka aykırılığı tartışılmaya müsait olan diğer bir konuyu ise "ceza kayıtları" (*privatorische, kassatorische Klausel*) oluşturur. Mirasbırakanın son arzularına karşı çıkılması veya iptal davası açılması halinde mirasçılık avantajının kaybına ilişkin bir tasarruf, bir açıdan cezai çıkarmaya yaklaşmış görülebilir. Bu konuda bkz. Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.74. Yazar, cezai çıkarmaya yakın duran ceza kayıtlarının, mirasçıda baskı oluşturularak (*patronaj*; vesayet), çok sık kötüye kullanılma olasılığına işaret eder ve bu kayıtların dikkatli ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtir.

71 Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.29; Gubser, **a.g.e**, s.156. Kanun bu sonucu koşullar ve yüklemeler bakımından açıkça ifade etmiştir: *"Hukuka veya ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin bulundukları tasarrufu geçersiz kılar"* (MK m.515/II).

72 Burada anlamsız ya da yalnızca başkalarını rahatsız edici nitelikteki koşulun kendiliğinden *(ipso iure)* hükümsüz olacağına ve re'sen nazara alınacağına dikkat edilmelidir. Bu durumda iptal davası açmaya gerek yoktur. Menfaat varsa bir tespit davası açılabilir: Staehelin, **Art.482**, N.42; Druey, **a.g.e**, §12, N.67; Gubser, **a.g.e**, s.157; Arbek, **a.g.e**, s.81; Eren, **İptal**, s.64.

73 Piotet, **SPR IV/1**, s.99; Staehelin, **Art.482**, N.42; Druey, **a.g.e**, §12, N.67; Gubser, **a.g.e**, s.157. Kanımızca, anlamsız ya da rahatsız edici şartlar, içeriğinin yorumlanmasıyla varılacak sonuca göre, cezai çıkarmanın ağırlık unsurunu "sorgulanır" hale getirebilir ve böylece tenkise kapı aralayabilir.

74 Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.190; ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **İptal**, s.67 vd. Örneğin resmi vasiyetnamenin tanık olmadan düzenlenmesi iptale hak sağlar. Şekil koşulları için bkz yukarıda §2.IV.A. Sözlü vasiyetnamenin kendiliğinden hükümsüz olduğu istisnai hüküm için bkz. MK m.541. Resmi vasiyetnamelerde vasiyetnamenin yapılmasına memur ya da tanık olarak katılan kimseler lehine

lıktan çıkarma tasarrufunda çıkarma nedeninin gösterilmemiş olması, şekle ilişkin bir koşul değildir[75]. O nedenle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptaline hak vermez ve bu durumda yalnızca tenkis davası açılabilir[76]. Ekleyelim ki şekil noksanlığı nedeniyle çıkarma iptal edilmeden önce tahvil (çevirme; *conversion*) ihtimalinin varlığı araştırılmalı ve sonuca göre bir karar verilmelidir[77].

B. İPTAL DAVASI

Çıkarılan kişi, koşulları varsa, ölüme bağlı tasarrufların genel olarak iptali sebeplerinden birine dayanmak kaydıyla ve ancak iptal davası açmak suretiyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu geçersiz kıldırabilir[78].

1. Davacılar

MK m.558/I gereğince "*iptal davası, tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılabilir*". Buna göre mirasçılıktan çıkar-

---

bir kazandırmada bulunulmuş olması durumunda, sadece bu tasarrufların geçersiz olup iptale tabi olacağı istisnai hüküm için bkz. MK m.558/III. Bu durumda vasiyetnamede ya da miras sözleşmesinde yer alan mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna ilişkin kısım geçerliliğini korur: Tongsir, **a.g.t**, s.59.

75 Mirasçılıktan çıkarma yönünden şekil eksikliğini, çıkarmaya özgün olan ve olmayan diye ikiye ayıran *Piotet*, geçerli bir çıkarma nedeninin bulunmamasını, "mirasçılıktan çıkarmaya özgü şekil eksikliği" olarak nitelemektedir (**SPR IV/1**, s.426–427). Buna karşılık yazar, sonucun iptal değil, tenkis olacağını kabul etmektedir. *Dural/Öz*'ün de haklı olarak belirttiği gibi (**a.g.y.**), geçerli çıkarma nedeninin bulunmaması, şekle ilişkin eksiklik olarak görülemez, aksine maddi koşullardaki bir eksikliktir.

76 Tongsir, **a.g.t**, s.59; Dural/Öz, **a.g.e**, s.207. MK m.532/II gereğince resmi vasiyetname düzenlemeye yetkili sulh hâkiminin veya noterin, mirasçılıktan çıkarma için geçerli bir neden olmadığı gerekçesiyle vasiyetname düzenlemeyi reddetme yetkisi yoktur. Zira geçerli bir neden olmasa da MK m.512/III gereğince mirasçılıktan çıkarma, tasarruf oranı kapsamında yerine getirilir: 2.HD 10.6.1991, 6596/9044 (**HukukTürk**).

77 Dural/Öz, **a.g.e**, s.224.

78 Oğuzman, **a.g.e**, s.216; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.317; Dural/Öz, **a.g.e**, s.207; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.377; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.1; Gubser, **a.g.e**, s.15; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.254 vd; karş. Breitschmid, **Art.469**, N.2.
Şu halde MK m.557 hükmünde sayılan nedenlerden birinin gerçekleşmesi, mirasçılıktan çıkarmayı kendiliğinden geçersiz kılmaz. İptal beyanının mutlaka dava yoluyla ileri sürülmesi gerekir. Görüleceği üzere miras hukukundaki durum, ehliyetsizliğe ve şekle aykırılığa butlan sonucunu bağlayan ve iptal nedenlerinin (iradeyi sakatlayan hallerin) varlığı halinde yöneltilmesi gerekli bir irade beyanını yeterli sayan Borçlar Hukukuna göre oldukça farklıdır. Aynı yönde Dural/Öz, **a.g.e**, s.207–208; Tongsir, **a.g.t**, s.54. Buna karşılık, Miras Hukukunda da MK m.557 hükmünün kapsamı dışında kalan hallerde, ölüme bağlı tasarrufların kendiliğinden geçersiz olduğu ya da yokluğun bulunduğu hallerde bir iptal davası açmaya gerek yoktur.

manın iptali için dava, çıkarılan kişi tarafından açılabilir[79]. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin iptal davası açma ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir[80].

Çıkarılanın iptal davası açmaması halinde, çıkarılanın alacaklılarının ve iflas durumunda iflas idaresinin iptal davası açıp açamayacağı tartışmalıdır. Tenkis davası bakımından MK m.562/II hükmü ile alacaklılara ve iflas idaresine bu imkân tanınmakta ise de, iptal davası bakımından bu konuda paralel bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide çoğunlukla kabul edildiği üzere[81], çıkarılanın alacaklıları ve iflas idaresi, alacak hakları olduğu için menfaatleri olsa bile, iptal davası açma hakkına sahip değildir. Zira -tenkis davasının aksine olarak- iptal davası bakımından kanunda böyle bir imkân bulunmamaktadır.

2. Davalılar

İptal davasında davalı, *"iptali istenen ölüme bağlı tasarrufla, davacı aleyhine bir Miras Hukuku menfaati elde eden kimsedir"*[82]. Öyle ise mirasçılıktan çıkarmanın iptali davası, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan yarar sağlayan (menfaat elde eden) yasal

---

79 Bir görüşe göre istisnai olarak çıkarılan mirasbırakanın ardından ölmüşse, çıkarılanın iptal davası açma hakkı kendi mirasçılarına geçer. Çünkü MK m.558/I hükmünde belirtildiği üzere çıkarılanın mirasçılarının söz konusu çıkarma tasarrufunun iptalinde menfaatleri olup, bunlar çıkarma kararının iptal edilmesi durumunda çıkarılan mirasçının yerini alarak hep birlikte mirasçı olacaklardır: Baydar, **a.g.t**, s.87. Aksi yöndeki bir düşünceye göre: "*Tenkis davasında olduğu gibi burada çıkarılanın mirasçılarına dava hakkı tanınmamıştır*" (İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.378).

80 İmre/Erman, **a.g.e**, s.164; Dural/Öz, s.186.

81 Escher, **Art.479**, N.5; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.25; Piotet, **SPR IV/1**, s.274; Tongsir, **a.g.t**, s.53; Eren, **Tenkis**, s.133; Oğuzman, **a.g.e**, s.215, dn.580; İmre/Erman, **a.g.e**, s.204; Druey, **a.g.e**, §12, N.49; Ickowicz, **a.g.e**, s.101; Gübeli, **a.g.e**, s.134; Gubser, **a.g.e**, s.159; Antalya, **Miras**, s.268. Bu düzenlemeyi eleştiren: Stadler, **a.g.e**, s.92.
Karara konu olan bir olayda, alacaklılar, haksız fiil nedeniyle tazminata mahkûm edilen borçlu İsmail hakkında icra takibi yapmaktadırlar. Alacaklıların iddiasına göre, İsmail'in babası, oğlunu bu borçları ödemekten kurtarmak amacıyla, alacaklıların zararına olarak ve gerçek dışı sebeplerle mirasçılıktan çıkarmış ve bir süre sonra da ölmüştür. Alacaklılar, bu sebeple çıkarmanın iptalini dava etmişlerdir. Yargıtay, "*davacıların, mirastan ıskatın iyi niyet ürünü olmadığı ve kendilerini zararlandırmak amacına yönelik bulunduğu için tasarrufun iptalini istemiş*" olmaları gerekçesiyle, bunun bir tenkis talebi olmadığına ve davaya MK m.562 hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir. Karara göre, "*olması gereken hukuk açısından böyle bir hakkın tanınması düşünülebilir ise de*", yürürlükte olan hukukta çıkarılanın alacaklılarına iptal davası açma hakkı tanınmamıştır: 2.HD 8.7.1977, 4832/5619 (**YKD** 1979/3, s.332). Oysa başka bir kararda, iptal talebinin, çoğun içinde azı da vardır ilkesi gereğince tenkis talebini de kapsayacağına karar verilmiştir: 2.HD 16.2.1976, 787/1293 (**HukukTürk**).

82 Dural/Öz, **a.g.e**, s.226.

ya da atanmış mirasçılara veya vasiyet alacaklılarına karşı açılır[83]. İptal davası kime karşı açılmışsa, ancak onun hakkında hüküm ifade eder; hakkında dava açılmayan mirasçıları bağlamaz[84]. İptal davasının vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı açılabileceği kabul edilmektedir[85].

Bu noktada çıkarma tasarrufunun iptal edilmemesi sayesinde, davacı aleyhine miras menfaati elde edecek olan yasal mirasçıların kim olduğunun belirlenmesi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek özellikli bir duruma değinmek gerekir. Çıkarma tasarrufunun iptali üzerine miras payı bütünüyle çıkarılan mirasçıya geri döneceğine göre, çıkarma geçerli olsaydı, hangi mirasçılar çıkarmadan yararlanacak idiler ise, davanın da bu kimselere karşı yöneltilmesi gerekir. Şu halde kural olarak mirasbırakanın çıkarmaya konu miras payında tasarrufta bulunması halinde vasiyet alacaklısına, tasarrufta bulunmaması durumunda ise miras payında artış gerçekleşecek olan mirasçılara karşı dava açılmak gerekir. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde geride yalnızca çocukları A ve B ile A'dan olma torunu T hayatta olsun. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve başkaca bir tasarrufta da bulunmamıştır. A, çıkarma tasarrufu sebebiyle MK m.511/II gereğince miras hakkı kazanan altsoyu B'ye karşı iptal davası açmıştır. B de bir savunma yapmayarak açılan iptal davasını kabul etmiş ve hüküm kesinleşmiştir. Davayı kabul eden altsoy T, kararın kesinleşmesi üzerine geçmişe etkili olarak miras hakkını kaybeder[86]. B davalı olmadığı için tasarrufun aslında geçerli olduğunu veya en azından iptale tabi olmayıp da tenkise tabi olduğunu ileri sürememiştir. B davada taraf olmadığı için, bu hüküm elbette onun açısından bağlayıcı olmayacaktır. Fakat eğer B'ye de dava açılmış olsaydı ve B, bu davada tasarrufun tenkisini sağlamış olsaydı, miras şöyle paylaştırılacaktı: A farazi=1/2 ve B=1/2 miras payı alır. A, çıkarıldığı için

---

83 Tongsir, **a.g.t**, s.53; Piotet, **SPR IV/1**, s.274; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.343; Oğuzman, **a.g.e**, s.191, 215; İmre/Erman, **a.g.e**, s.241; Dural/Öz, **a.g.e**, s.208; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.52; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.28; Gubser, **a.g.e**, s.159. Bkz ve karş. Eren, **İptal**, s.100–101.
"Tasarruf nisabının artması dolayısıyla ıskattan yararlanan vasiyet alacaklılarının da dava edilmesi gerektiği eMK m.459 hükmünden anlaşılmaktadır": Oğuzman, **a.g.e**, s.215. Vasiyet alacaklılarının tenkis davası açıp açamayacağı bakımından ileri sürülen farklı görüşler için ayrıca bkz ve karş.§5.I.B.1.

84 İBK 7.12.1955, 15/25 (**RG** 10.2.1956, N.9230); Eren, **İptal**, s.139; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, §28 II 2 a; Oğuzman, **a.g.e**, s.190, dn.497; Dural/Öz, **a.g.e**, s.2224–225; İmre/Erman, s.211; Ayan, **a.g.e**, s.151; BGE 57 II 152.

85 İBK 7.12.1955, 16/25 (**RG** 10.2.1956, N.9230); İmre/Erman, **a.g.e**, s.164; karş. Dural/Öz, **a.g.e**, s.186.

86 Kademeli (terditli) olarak açılan iptal ve tenkis davasının kabulü halinde, elbette çıkarma tasarrufunun kabul eden açısından iptaline karar verilmek gerekir.

miras hakkını kaybedecek ve çıkarmaya konu miras payı altsoyu T'ye geçecek iken (MK m.511/II), T açılan iptal davasını kabul ettiği için kendisine intikal edecek olan miras payını isteyemeyecektir. Diğer mirasçı B, tenkis sebebini ileri sürmüşse ve tenkise karar verilmişse, çıkarılan A, MK m.512/III gereğince saklı payı olan 1/4'ü alır ve kalan 1/4 ise B'nin miras payına eklenir= 1/2 + 1/4= 3/4. Eğer A'nın B'ye de yönelttiği davada, B tasarrufun tamamen geçerli olduğunu ileri sürmüş ve mahkemece iptal davasının reddine karar verilmiş olsaydı, bu kere çıkarılan miras hakkını tamamen yitirecekti. Çıkarılanın altsoyu ise iptal davasını kabul ettiği için çıkarılanın payı kendisine intikal etmeyecekti. Bu durumda çıkarmaya tabi miras payı bütünüyle diğer mirasçı olan davalı B'ye geçecekti ve B tüm terekeye sahip olacaktı[87].

---

87 Nitekim Hukuk Genel Kurulunun kararına konu olan meşhur olayda, mirasbırakan M, çocuğu L'yi mirasçılıktan çıkarmış ve başkaca bir tasarrufta bulunmamıştı. Mirasbırakanın geride ayrıca diğer çocuğu H, eşi A ve L'den olma torunu B sağdı. L, aleyhine düzenlenen çıkarma tasarrufunu geçersiz kıldırmak için açtığı davada, geçerli bir çıkarma nedeni olmadığı iddiası yanı sıra, mirasbırakanın ehliyetsiz olduğu, açık hataya düştüğü ve aldatıldığı gibi sebeplere de dayanarak, tenkis ve iptal taleplerini kademeli (terditli) olarak ileri sürdü. Fakat çıkarılan L, bu terditli davayı yalnızca kendi altsoyu olan B'ye karşı açtı. **B de bu davayı kabul etti.** Davadan haricen haberdar olan eş A'nın temyiz dilekçesi, A davanın tarafı olmadığı ve karar kesinleştikten sonra temyiz edildiği için yerel mahkemece reddedildi. Red kararının eş A tarafından temyizi üzerine İkinci Hukuk Dairesi, önce 14.7.1994 gün ve 7174/7401 sayılı ilamla "***dava murisin mirasçılarının haklarına etkili olmakla onlara husumet yöneltilmeden eksik hasımla davaya bakılması usul ve kanuna aykırıdır***" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozdu. Fakat çıkarılan L ile L'nin altsoyu B'nin karar düzeltme talepleri üzerine İkinci Hukuk Dairesi, 28.11.1994 tarih ve 11457/11608 sayılı kararında, "***Murisin eşi hiçbir zaman bu tasarruftan yararlanan durumunda olmadığı gibi, ıskat tasarrufunun iptali kararı ile kendisine bir külfette tahmil edilmemiştir***" gerekçesiyle, karar düzeltme taleplerini kabul etti, önceki bozma kararını kaldırdı ve mirasbırakanın eşi A'nın (Anneliesse'nin) temyiz dilekçesini de reddetti. Böylece davalı B'nin kabulü üzerine **L ile B arasında** iptal kararı kesinleşmiş oldu. Kesinleşen tenkis değil, iptal kararıydı, zira davalının davayı kabulü, ehliyetsizlik, aldatılma gibi iptal nedenlerinin mevcut olduğunun da kabulü demekti. Ekleyelim ki, İkinci Hukuk Dairesi, önce çıkarılanın altsoyunun yalnızca saklı pay talep edebileceği yolundaki yerleşik uygulaması doğrultusunda karar vermişken, karar düzeltme talebi üzerine verdiği kararda, bu uygulamadan geri dönmüş ve bizim de savunduğumuz altsoya tüm miras payının geçeceği yolunda karar vermiştir. (Bu karar değişikliği *Kılıçoğlu* tarafından oldukça sert bir şekilde eleştirilmiştir: **Karar İncelemesi**, s.45 vd).
Bu arada A ile H, yukarıda anılan dava temyiz aşamasında iken bir başka dava (verasetin iptal davası) açtılar ve bu davada söz konusu kararın kendilerine husumet yöneltilmediği için kesin hüküm oluşturmayacağını savundular. Bu davaya bakan mahkeme, yukarıda anılan diğer davanın sonucunu beklemiş ve o davada eşin iptal davasındaki temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi üzerine çıkarmanın iptal edildiği gerekçesiyle, iş bu davayı da reddetmiştir. İkinci Hukuk Dairesinin bozma kararına karşı yerel mahkemenin direnmesiyle uyuşmazlık Hukuk Genel Kuruluna gelmiştir.
Hukuk Genel Kurulu kararına göre, "(...) Davacılar H. T. ve Anneliesse yönünden durum incelendiğinde: **a-** (Yerel mahkemenin) ıskat tasarrufunun iptaline ilişkin kararı davacılar için hiç bir şekilde **kesin hüküm oluşturmayacaktır**. (…) H. T. ve Anneliesse bu davada taraf olmadıklarından kendileri için kesin hükümden söz etmek mümkün değildir. (…). **b-** Kendileri davalı gösterilerek alınmış bir ıskat kararı bulunmadığına göre, ıskatın sağladığı haklar yönünden davacılar H. T. ve Anneliesse aleyhine sonuç doğurması da düşünülemez ve ıskat tasarrufu davacılar için halen geçerliliğini korur". HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687 vd).

Tıpkı daha önce tenkis davası bakımından belirttiğimiz gibi, buradaki iptal davasına ilişkin örnekten hareketle davalının, muhtemel miras menfaatleri bulunabilecek olan bütün mirasçılara karşı açılması gerektiği görüşü savunulabileceği gibi, bütün mirasçılara karşı dava açılmasına gerek olmadığı, zira söz konusu davanın, davada taraf olmayan mirasçılar için bağlayıcı olmayacağının kabulü ile aynı sonuca ulaşılabileceği yolunda bir görüş de savunulabilir. Yargıtay'ın öğretide de destek bulan uygulaması ile[88] mirasçılıktan çıkarma hakkında açılan iptal davasının sadece çıkarmadan yararlanan mirasçılara karşı değil, bütün mirasçılara karşı açılmasını zorunlu bir unsur olarak aramakta ve bütün mirasçıların davada hasım gösterilmemiş olması halinde davanın reddedilmesi gerektiği yönünde içtihatta bulunmaktadır. Zira aksi halde iptal kararı, davada hasım gösterilmeyen diğer mirasçılar açısından kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden bağlayıcı olmayacaktır.

3. İspat Yükü

İptal davasında ispat yükü genel kurala tabidir (MK m.6). Bir iptal nedeninin varlığını ispat, iddia eden kimseye düşer[89]. Cezai çıkarma tasarrufunun iptalini isteyen davacı, iptal sebebini ispatlamakla yükümlüdür.

---

88 Yargıtay'a göre, "(…) iptal davasının **bütün** kanuni mirasçılar hasım gösterilerek açılması gereklidir Iskatı içeren ölüme bağlı tasarrufların iptali davasında ise bu durum daha da önem kazanmaktadır. / Gerçekten de; ıskatın iptali davasının sonucu, davacıların ıskatla oluşan haklarına etkilidir (eMK. 458/2). Dahası, murisin, kutsal sayılan son arzularının geçerli olduğunu düşünmeleri ve bu konuda savunma imkânına sahip bulunmaları, diğer kanuni mirasçılar için doğal bir hak olarak kabul edilmesi gerekir, kaldı ki ıskat davasında, murisin ehliyetsiz olduğu ve diğer mirasçılar tarafından iğfal edildiği ileri sürülmüş olması olgusu karşısında bu durum daha da önem kazanmaktadır": HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687). [Yargıtay bu kararında, davalı sıfatını tayin ederken, iptal sonucunda Miras Hukuku menfaatlerinin zedelenecek olması dışında, mirasçıların "mirasbırakanın kutsal sayılan son arzularının geçerli olduğunu düşünmeleri" gibi manevi bir takım sebepleri de esas almış gözükmektedir]. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. 2.HD 12.12.1995, 11522/13538 (**HukukTürk**); 2.HD 13.9.1994, 6102/7991 (**HukukTürk**). Öğretide aynı görüşte: Kılıçoğlu, **Karar İncelemesi**, s.48 vd; Ülkü, **a.g.m**, s.48; Öztan, **a.g.e**, s.123; Antalya, **Miras**, s.220. Yargıtay, aynı uygulamasını tenkis davası bakımından da sürdürmektedir, bkz. §5.I.B.2.

Yargıtay'ın bu uygulaması, "*iptal davasının taraflarını kimlerin oluşturacağı*" konusu ile "*iptal kararının ancak taraflar açısından bağlayıcı olacağı*" konusunun birbirinden ayırt edilmemesi noktasında eleştirilmiştir. Zira çıkarma tasarrufundan yarar sağlamayan mirasçılara davanın yöneltilmesi gerekmez. Öte yandan iptal kararı davaya taraf olmayan mirasçılara ileri sürülemezse de, bu durum bazı mirasçılar için açılmış bulunan iptal davasının reddi için de gerekçe olamaz (Baydar, **a.g.t**, s.88).

89 Escher, **Art.479**, N.4; Tuor, **Art.479**, N.7; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.27; Bessenich,, **Art.479**, N.2; Tongsir, **a.g.t**, s.54; Güvenç, **a.g.m**, s.673; Ülkü, **a.g.m**, s.48; Druey, **a.g.e**, §6, N.68; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.189; Baydar, **a.g.t**, s.89; Gubser, **a.g.e**, s.165; Dural/Öz, **a.g.e**, s.208; BGer 5A.698/2008, Erw.4.1.

4. Hak Düşürücü Süreler

İptal davası açma hakkı iki ayrı hak düşürücü süreye bağlanmıştır (MK m.559/I) ve bu süreler mahkemece re'sen nazara alınır[90]. İlk olarak, iptal davası açma hakkı, davacı-çıkarılanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu, iptal nedenini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl geçmekle düşer[91]. İkinci olarak iptal davası açma hakkı her halükârda çıkarma tasarrufu vasiyetname şeklinde düzenlenmişse vasiyetnamenin açılma tarihinin (MK m.596), miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmişse mirasın geçmesi (mirasbırakanın ölümü) tarihinin üzerinden, iyiniyetli davalılara karşı on yıl, iyiniyetli olmayan davalılara karşı yirmi yıl geçmekle düşer[92]. Hükümsüzlük, def"i yoluyla her zaman ileri sürülebilir (MK m.559/II).

C. İPTALİN SONUÇLARI

Çıkarılanın iptal nedenlerinden birine dayanarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu iptal ettirmesi halinde, -eğer mirasbırakanın başkaca geçerli bir tasarrufu yoksa[93]- çıkarılan yalnızca saklı payına değil, tüm miras payına kavuşacaktır[94]. İptal kararı geçmişe etkilidir. Karar sonucunda çıkarılan sanki hiç mirasçılıktan çıkarılmamış gibi

---

90 Mülga Türk Kanunu Medenisinin, MK m.559 hükmünü karşılayan 501'nci maddesinin kenar başlığı yanlış olarak müruruzaman olarak kaleme alınmıştı. Ancak o dönemde de bu sürelerin hak düşürücü süre olduğu görüşünde olan yazarlar vardı: İmre, **a.g.e**, s.332–334; Oğuzman, **a.g.e**, s.191. Buna karşılık baskın görüş ve yargı uygulaması aksi görüşteydi. Bu görüştekiler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.346–348; Oğuzman, **a.g.y**, dn.503. 4721 sayılı yeni Medeni Kanunda maddenin kenar başlığı "Hak Düşürücü Süreler" olarak düzeltilmiştir. Ayrıca MK m.559'da sürelerde değişiklik yapılmıştır.

91 Çıkarılan, tasarrufu, iptal nedenini ve hak sahibi olduğunu mirasbırakan ölmeden önce öğrenmiş bulunsa bile, süre mirasbırakan ölmeden önce işlemeye başlamaz: Escher, **Art.521**, N.2; Tuor, **Art.521**, N.4; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.345; Oğuzman, **a.g.e**, s.192; Dural/Öz, **a.g.e**, s.226.

92 Burada iyiniyet MK m.3 gereğince belirlenir. Bir ve on yıllık sürelerin geçmesinden sonra kötüniyetli olunması halinde yirmi yıllık süre uygulanmaz: Tuor, **Art.521**, N.10–11; Escher, **Art.521**, N.7; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.346; Oğuzman, **a.g.e**, s.193; Dural/Öz, **a.g.e**, s.227.

93 Örneğin mirasbırakan, çıkarma tasarrufundan önce, geçerli bir şekilde yaptığı bir başka tasarruf ile çıkarılanın yalnızca saklı payı ile yetinmesini istemişse (mirastan uzaklaştırma tasarrufu yapmışsa), bu durumda sonraki çıkarma tasarrufunun iptali üzerine, kural olarak önceki bu uzaklaştırma tasarrufu geçerliliğini korur. Böylece çıkarılan, çıkarma tasarrufunun iptalini sağlamasına rağmen, önceki tasarruf nedeniyle tüm miras payını değil, yalnızca saklı payını talep edebilir: Gubser, **a.g.e**, s.159. Keza mirasbırakan, terekesinin tamamında, tasarruf özgürlüğü kapsamında başka kişiler lehine her zaman tasarruflarda bulunmuş olabilir.

94 Escher, **Art.479**, N.2; Piotet, **SPR IV/1**, s.426; Tuor, **Art.479**, N.5; Rohr, **a.g.e**, s.56; Ickowicz, **a.g.e**, s.101; Köprülü, **a.g.e**, s.289; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.317, 341; Oğuzman, **a.g.e**, s.195, 214–215; Tuor/Schnyder in Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e**, s.603; Dural/Öz, **a.g.e**, s.208; İmre/Erman, **a.g.e**, s.242–243; Eren, **İptal**, s.138; Bellwald, **a.g.e**, s.91; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.190; Bessenich,, **Art.479**, N.4, s.114; Gubser, **a.g.e**, s.159; Öztan, **a.g.e**, s.127; Ayan, **a.g.e**, s.151. Bu yönüyle iptal davası, tenkis davasından ayrılmaktadır.

mirasçılık haklarına sahip olacaktır[95]. İptal davasında, davalının davayı kabul etmesi, davada taraf olmayan diğer mirasçıların haklarına halel getirmez ve davada taraf olmayan mirasçılara karşı, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptal edildiği ileri sürülemez[96].

---

95 Köprülü, **a.g.e**, s.289; İmre/Erman, **a.g.e**, s.210 vd; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.378; Dural/Öz, **a.g.e**, s.224; Eren, **İptal**, s.138; Arbek, **a.g.e**, s.93; Antalya, **Miras**, s.266–267. Eğer geçersizlik nedeni bütün vasiyetnameyi etkiliyorsa vasiyetname bütünüyle geçersiz olur; başka deyişle mirasçılıktan çıkarma dışında başkaca tasarruflar varsa onlar da geçersiz olur: Dural/Öz, **a.g.e**, s.207; aynı yönde Arbek, **a.g.e**, s.85.

96 HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**İKİD** 1998, 13083–13094); HGK 21.5.1997, 2–161/445 (**İKİD** 1998, 13464). Bir başka karara göre, "dava münhasıran ıskatın iptaline ilişkindir. **Sağ eş Y. hariç** murisin çocukları Z., H., N.ve S.davayı kabul etmişlerdir. **Bu kabulün sağ eş Y.'nin miras payına etkisi yoktur**. **Dava kabul edilmekle ıskat tamamen hükümsüz bırakılmıştır.** (eMK. m.459/2) Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır": 2.HD 26.12.2002, 13985/14916 (**HukukTürk**). Bu kararlarda, eş ile birlikte mirasçı olan ve çıkarmadan yararlanan kişilerin davayı kabul etmesi durumunda, bu kabulün zümre sistemine dâhil olmayan eşin miras payına bir etkisinin olmayacağı ve bu sebeple eşe de husumet yöneltilmesi gerekmeyeceği kabul edilmektedir. Bu tespit haklı görülebilirse de, bazen farklı sonuçlarla karşılaşılabilir. Eğer davayı kabul eden mirasçılar dışında, zümre sistemi içerisinde mirasa hak kazanabilecek başkaca mirasçı yoksa, bu durumda eş sadece kendisine düşen miras payına değil, mirasın tamamına hak kazanabilir. Zira iptal davasının kabulü, kabul eden davalıları bağlarken, bu iptal kararı, o davada taraf olmayan eşi bağlamaz. Eş, böyle bir durumda tüm miras payına kavuşma ihtimaline sahip olduğu için, iptal davası açmakta ya da -bütün mirasçılara karşı davanın yöneltilmesi zorunluluğu getiren bir kısım Yargıtay uygulaması çerçevesinde de- davaya davalı olarak dâhil edilmekte menfaat sahibi olmak gerekir.

Aksi yöndeki bir karara göre, "davalılardan biri davayı kabul etmiş ise de, taraflar terekede iştirak halinde malik olduklarından birlikte hareket etmek zorunluluğu nedeniyle birinin tek başına diğerlerinin onayı olmadan davayı kabul etmesi **hukuki sonuç** doğurmaz": 2.HD 7.10.1997, 7414/10276 (**HukukTürk**). Anılan kararın karşı oy yazısına göre ise, "ıskat tasarrufunun iptalini kabul eden davalı ıskatın geçerli olması durumunda, davacıdan dolayı kendisine isabet edecek payını davacıya devir etmeyi kabul etmiş, sonuç itibariyle ona temlik etmiştir (yeni MK m. 677). Diğer yönden kabul kesin bir hükmün sonuçlarını doğurur (HUMK m. 95). Kabul iradesinin sonuç doğurmayacağı durumlar, mecburi dava arkadaşlığının bulunması ve kamu düzeninin ön planda olması halleriyle sınırlıdır. Miras hukuku mirasçıların bireysel olarak paylarını verebilmelerini sağlamak üzere belirtilen birlikte hareket etme genel kuralına yer vermemiş, bu kuralı tereke hareketlerinin dışında tutmuştur. Örnek: Tereke bir bütün olduğu halde, mirasçılardan birinin tenkis davası açabileceğini, mirastan feragat edebileceğini, mirası red edebileceğini, defter tutma isteğinde bulunabileceğini, terekenin paylaştırılmasını isteyebileceğini, payını devir edebileceğini hükme bağlamıştır. Belirtilen konularda mecburi dava arkadaşlığı veya taraf ehliyeti aramamıştır. Diğer yönden, olay elbirliği mülkiyetindeki paydaşlar arasındadır. Pay değişikliği, elbirliği mülkiyetinin bozulması veya korunmasını amaçlayan yasal kurallara aykırılık oluşturmaz. Sorunun elbirliği mülkiyetine sahip paydaşlar arasında olması halinde, birlikte hareket etme ilkesi uygulanmaz. Bu itibarla payına düşen mirastan bir mirasçı lehine feragat etmekle birlikte hareket kuralı uygulanamaz". Kanımızca iptal davasının davalı mirasçılardan biri veya bir kaçı tarafından kabulüne bir engel bulunmamakta ve bu kabulün diğer mirasçılara olumsuz bir etkisi ise olmamaktadır. Bununla birlikte çıkarmanın tenkisi davasının kabul edilmesi konusunda, hukuken miras payının devri veya bir mirasçının miras payından diğer mirasçılar lehine feragat etmesi kurumlarıyla benzerlik kurarak sonuç çıkarılmaya çalışılması yerinde değildir.

D. TENKİS VE İPTAL DAVALARINI İLGİLENDİREN ORTAK BAZI KONULAR

Çıkarılan mirasçının, tenkis veya iptal talebini dava yoluyla ileri sürmesi zorunludur[97]. Mirasçılıktan çıkarmanın iptali ve tenkisi talepleri, aynı dava içerisinde terditli (kademeli) olarak ileri sürülebilir[98]. Eş deyişle davacı çıkarılan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptalini, bu mümkün değil ise çıkarmanın tenkisini talep edecektir. Bu durumda mahkeme, görülmekte olan davada bir iptal nedeni tespit ederse mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun tüm sonuçlarıyla iptaline karar verecektir. Eğer mahkeme, herhangi bir iptal nedeni tespit edemezse, yargılamaya tenkis davası şeklinde devam edecektir[99].

Çıkarılan tarafından açılan iptal davasının mahkemece reddedilmiş olması, çıkarılanın aynı tasarrufa karşı tenkis davası açmasına engel oluşturmaz[100]. Zira iptal ile tenkis davalarının, dayandığı maddi vakıalar (dava sebepleri) birbirinden farklıdır. Bu sebep-

---

97 Çıkarma tasarrufunun kesin hükümsüz olduğu haller hariç olmak kaydıyla, "*ancak dava sonucunda verilebilecek bir yenilik doğuran karar, tasarrufu geçersiz kılabilecektir*": Baydar, **a.g.t**, s.81. Tenkis ve iptal davalarında yetkili mahkeme, mirasbırakanın (son) yerleşim yeri mahkemesidir (MK m.576/II). Her iki davada da görevli mahkeme, HUMK m.8 uyarınca dava konusunun değerine (müddeabihe) göre tespit edilir (**a.g.t**, s.82).

98 Hatemi, **a.g.e**, §9, N.59; Ülkü, **a.g.m**, s.50; Baydar, **a.g.t**, s.82–83. "*Ancak iptal, tenkisten daha geniş bir talebi ifade ettiğinden, kademelenme iptalden tenkise doğru olmalıdır*": Baydar, **a.g.y**; 2.HD 12.5.2008, 8036/6856 (**HukukTürk**). Karara konu olan bir olayda, Yargıtay, **davacı**ların, tasarrufun iptalini istemiş" olmaları gerekçesiyle, bunun bir tenkis talebi olmadığına ve davaya MK m.562 hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir. Zira çıkarılanın alacaklılarına iptal davası açma hakkı tanınmamıştır: 2.HD 8.7.1977, 4832/5619 (**YKD** 1979/3, s.332). Buna karşılık başka bir karara göre mirasçılıktan çıkarmanın iptali davasında, davanın tümden reddini isteyen **davalı**ların (çıkarmadan yararlananların), "çoğun içinde azı da vardır" kuralı gereği, tenkis talebinin reddini de istemiş olacaklarına karar vermiştir. Zira davalıların özel olarak dava sırasında eMK m.459 (yeni 512) hükmüne dayanmış olmamaları, bu keyfiyeti temyiz sebebi yapmalarına engel oluşturmaz. Kaldı ki hukuki niteleme mahkemeye aittir: 2.HD 16.2.1976, 787/1293 (**HukukTürk**). Terditli (kademeli) dava ve savunma hakkında bkz. Üstündağ, **a.g.e**, s.337 vd; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e**,——s.334–336; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e**, s.230 vd.

99 Çıkarılanın terditli olarak iptal ve tenkis talepleri ileri sürdüğü bu davada, iptal nedenini ispatlamakla yükümlü olan davacı-çıkarılan, dayandığı iptal nedenini ispatlayamazsa ve geçerli bir çıkarma nedeninin var olduğunu (tenkis nedeninin bulunmadığını) ispatlamakla yükümlü olan davalı-çıkarmadan yararlanan mirasçılar, bu durumu ispatlayamazlarsa, mahkemece çıkarmanın tenkisine karar verilir. Bu durumda çıkarılan saklı payını alır (MK m.512/III): 2.HD 12.5.2008, 8036/6856 (**HukukTürk**); 2.HD 18.5.1995, 4699/5842 (**YKD** 1995/11, s.1761); 2.HD 19.11.1992, 10684/11618 (**YKD** 1993/7, s.994); 2.HD 12.11.1992 10189/11152 (Uyar, **a.g.e**, s.408); aynı yönde Ülkü, **a.g.m**, s.50; Baydar, **a.g.t**, s.82–83. Eğer davacı-çıkarılan, iptal nedeninin varlığını ispatlayamamış; buna karşılık davalı-çıkarmadan yararlanan mirasçılar, çıkarma nedeninin geçerli olduğunu (tenkis nedeninin bulunmadığını) ispatlamışlarsa, bu halde hem iptal hem de tenkis taleplerinin (yani tüm davanın) reddi gerekir. Bu son halde, çıkarma tasarrufu tüm sonuçlarıyla geçerli demektir.

100 Baydar, **a.g.t**, s.83; Şener, **YD**, s.102 (Yazar sonradan görüş değiştirmiş ve çıkarılanın iptal davasının reddi halinde tenkis davası açılamayacağını belirtmiştir: **Miras Hak ve Payları**, s.185).

le, iptal davasının reddine dair hüküm, tenkis davası için kesin hüküm niteliği taşımaz (HUMK m.237/II)[101].

Diğer bir konu da, mirasçılıktan çıkarmanın iptali ve tenkisi davalarının, diğer Miras Hukuku uyuşmazlıkları bakımından bekletici mesele niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Bir görüşe göre[102], iptal ve tenkis davaları, daha önce açılmış bulunan mirasçılık belgesinin (verasetin) iptali, mirasın paylaşılması (taksim) ve miras sebebiyle istihkak davalarında bekletici mesele özelliğine sahiptir. Zira çıkarmanın geçersizliğine yönelik itirazların, diğer Miras Hukuku uyuşmazlıklarına göre öncelikle çözümlenmesi gerekir[103]. Buna karşılık Yargıtay 1995 tarihli bir kararında aksi bir sonuca varmışsa da[104], yeni tarihli bir kararında ise Sulh Mahkemesinin mirasçılıktan çıkarmanın iptaline

---

101 Baydar, **a.g.t**, s.83. Kesin hüküm engelinden söz edebilmek için, her iki davada da davanın temel unsurlarının; yani tarafların, dava sebeplerinin ve dava konusunun aynı olması gerekir. Oysa söz konusu davalarda dava sebebi bakımından bir ayniyet yoktur. Usul Hukukunda kabul gören "vakıalara dayandırma teorisine" göre, dava sebebinden anlaşılması gereken husus, *dava konusu talebe esas teşkil eden somut maddi vakıalardır*: Üstündağ, Yargılama, s.461–462; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e**, s.347; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e**, s.244 vd.

102 Baydar, **a.g.t**, s.70, 83. Aynı yönde Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.659. Paylaşma davası bakımından aynı görüşte, Aral, **Taksim**, 1979, s.94.

103 Miras sebebiyle istihkak davası bakımından 4721 sayılı Medeni Kanun ile getirilen özel bir imkân ile bu davada hâkimin, mirasçılık sıfatı ile ilgili uyuşmazlıkları da çözmesi gerektiği hükme bağlanmıştır (MK m.637/II). *Baydar*'a göre, "*bu hüküm geniş yorumlanmalı ve mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçının, mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna geçersizlik yönünden itiraz ettiği durumların, miras sebebiyle istihkak davası bakımından ön mesele teşkil edebileceği kabul edilmelidir*" (**a.g.t**, s.70). *"Böylelikle saklı paylı mirasçı, kanundaki hak düşürücü sürelere (MK md. 559 ve 571) uymak şartıyla, mirasçılıktan çıkarmaya karşı ve miras sebebiyle istihkak davası içinde bir karşı dava açabilecektir (HUMK md.203–208). Mirasçılıktan çıkarmanın geçersizliğinin, miras sebebiyle istihkak davası içinde defi yolu ile ve her zaman (MK md.559/son ve 571/son) ileri sürülerek, iadeden kaçınabilmek de mümkündür. Ancak bu son durum çıkarma tasarrufunu geçersiz kılmaz*" (**a.g.t**, s.71, dn.211). "*Mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna karşı ayrıca iptal ya da tenkis davası açılması halinde ise bu ikinci dava, miras sebebiyle istihkak davasının yargılama süreci içinde bekletici mesele sayılmak gerekir*" (**a.g.t**, s.71). Miras sebebiyle istihkak davasının, tenkis ve iptal davaları karşısındaki ikincil karakteri ile ilgili olarak farklı görüş ve değerlendirmeler için bkz. ve karş. Akbıyık, **a.g.e**, s.99 vd, 140 vd.

104 "Iskatın iptali hakkında ıskat edilen(in) kendi füruu hakkında açtığı dava sonunda verilen kararın miras hisseleri ve miktarına etkisinin ne olacağının Asliye Hukuk Mahkemesinde açılacak dava ile belirlenmesinin gerekip gerekmediği ve bunun bekletici mesele olup olmayacağı tartışılmış olup **konunun** (…) **veraset davasını gören Sulh Hukuk Mahkemesinde halli gerektiğinden bekletici sorun çıkarılamayacağına** oyçokluğu ile karar verilmiştir": 2.HD 12.12.1995, 11522/13538 (**Yasa HD** 1996/3, s.469–471). Kararın karşı oy yazısına göre ise "miras bırakan tarafından mirasçılarından birini mirastan ıskat etmesi durumunda veya murisin ıskat vasiyetinin iptali halinde mirasta ve paylarda nasıl bir değişiklik olacağı kimlerin ne derecede yararlanacağının tespiti sulh mahkemesinin görevini geçer. O halde davacıya bu konuda karar alması için mehil verilmesi görevli mahkemenin kararının sonucunun beklenmesi gerekir".

ilişkin karar verme görevinin olmadığı, bu konunun Asliye Hukuk Mahkemesinde açılacak bir dava ile çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır[105].

III. YOKLUK, KESİN HÜKÜMSÜZLÜK VE KENDİLİĞİNDEN HÜKÜMSÜZLÜK (YÜRÜRLÜĞE GİRMEME) HALLERİ

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yoklukla malul olduğu ya da kesin hükümsüz (batıl) olabileceği haller söz konusu olabilir. Bu haller için Borçlar Hukukunun genel hükümlerinin uygulanması söz konusu olabildiği gibi, Miras Hukukuna ilişkin özel hükümler de söz konusu olabilmektedir. Aşağıda incelenecek bu hallerde bir iptal davası açmaya gerek yoktur[106]. Kanunda Miras Hukukuna ilişkin özel hükümlerde bu durumu anlatmak üzere genellikle "tasarrufların kendiliğinden hükümsüz" olması terimi kullanılmıştır. Bu bahsedilen son halde aslında tasarrufun yürürlüğe girmemesi söz konusudur. Şimdi bu halleri sırasıyla ele alalım.

Mirasçılıktan çıkarma niteliğindeki ölüme bağlı işlemin kurucu unsurlarının, mirasçılıktan çıkarmaya yönelik iradenin (*animus*) hiç bulunmadığı durumlarda tasarruf yok hükmündedir[107].

---

105 2.HD'nin, bu kez oybirliğiyle tam tersi sonuca vardığı başka bir olayda "davacı; Sulh Mahkemesinden, vasiyetnamenin açılmasına ilişkin karara karşı yargılamanın yenilenmesi yanında, mirasçılıktan çıkartma yönündeki tasarrufun da iptaline karar verilmesini istemiştir. (…) Sulh hâkiminin görevinin vasiyetnameyi açıp okumak, istek halinde mirasçılara mirasçılıkla ilgili belgesi vermekten ibaret olmasına göre davacı miras bırakanın mirasçılıktan çıkartma yönündeki tasarrufunun iptaline (ilişkin) davanın bu kısmına Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir": 2.HD 17.5.2006, 1402/7700 (**HukukTürk**).

106 Her ne kadar ölüme bağlı tasarruflar bakımından yokluk ve kesin hükümsüzlük, Medeni Kanun'da düzenlenmemişse de, MK m.5 atfıyla Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinde düzenlenen yokluk ve kesin hükümsüzlük kurumlarının, burada da uygulanacağı konusunda tereddüt etmemek gerekir: Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.349 vd; İmre/Erman, **a.g.e**, s.192; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.296; Antalya, **Miras**, s.271; Arbek, **a.g.e**, s.86. Detaylı bilgi için bkz. Eren, **İptal**, s.299 vd. Çünkü kanun koyucu, ölüme bağlı işlem için elzem ve bulunmamaları ağır sonuçlar doğuracak bu koşulların eksikliği durumunda, tasarrufun yalnızca iptal yaptırımına bağlı kılınmasını adil bir çözüm olarak görmemektedir: Riemer, **Nichtige Testamente**, s.247; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.4; Piotet, **SPR IV/1**, s.270 vd; Gubser, **a.g.e**, s.160. Kendiliğinden hükümsüzlük (*Nichtigkeit*) konusunda detaylı bilgi için bkz. Riemer, **Nichtige Testamente**, s.246 vd; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.98 vd.

107 Bu konuda bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.218; Hatemi, **a.g.e**, §11, N.1, 4; Riemer, **Nichtige Testamente**, s.249; Gubser, **a.g.e**, s.160; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.249; Antalya, **Miras**, s.271 vd.
Örneğin mirasbırakanın haberi olmaksızın bir üçüncü kişinin sanki mirasbırakana aitmiş gibi düzmece bir vasiyetname düzenlemesi ya da vasiyetname olduğu iddia edilen belgenin aslında mirasçılıktan çıkarmayı konu alan bir proje olması durumlarında mirasçılıktan çıkarma yok hükmündedir. Keza mirasbırakanın yazdığı bir mektupta saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarma ile tehdit etmesi ya da onu mirasçılıktan çıkaracağı konusunda uyarması durumunda, mirasçılıktan çıkarma iradesi (ölüme bağlı tasarruf iradesi) bulunmamaktadır. Aynı yönde Gubser, **a.g.e**, s.160. Yine zor kullanmak (cebir) suretiyle mirasbırakana çıkarma tasarrufu düzenlettirilmesi durumunda, mirasbırakanın çıkarma iradesi

İptal davası açmaya gerek olmayan diğer bir durum da Borçlar Hukuku kurallarının kıyasen uygulanması sonucu ortaya çıkabilecek kesin hükümsüzlük halleridir. Öğretide ağır bazı maddi ya da şekli koşullara aykırılıklar söz konusu olduğunda, ölüme bağlı tasarrufun iptal edilebilir olmaktan daha öte "kesin hükümsüz" olması gerektiği savunulmaktadır[108].

Öte yandan ölüme bağlı tasarrufların içeriğinin, bağlandığı koşulların ya da yüklemelerin imkânsız olmasının ölüme bağlı tasarruflara etkisi, Medeni Kanunun miras hükümlerinde düzenlenmemiştir. Bu durumda Borçlar Kanununda düzenlenen imkânsızlığın, MK m.5 hükmü gereğince kural olarak, ölüme bağlı tasarruflarda da kıyasen uygulanması gerekir[109].

---

yoktur ve tasarruf yok hükmündedir: Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.249; karş. Gubser, **a.g.e**, s.161; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.4.

108 Bu konuda uç örneklerin değerlendirildiği bir inceleme olarak bkz. Riemer, **Nichtige Testamente**, s.250; ayrıca bkz. Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.4. Ayrıca belirtelim ki, kesin hükümsüz olan tasarrufla bağlı olmayan diğer tasarruflar kural olarak geçerliliklerini sürdürürler. Başka deyişle kural olarak, BK m.20/II (kısmi butlan) burada da kıyasen uygulanabilir. Aynı yönde: Riemer, **Nichtige Testamente**, s.258; Gubser, **a.g.e**, s.161, dn.667.
Mirasbırakanın, tasarrufunda, çıkarma nedeni olarak anlaşılmayan bir şekilde üçüncü bir kişinin kötü davranışlarından bahsettikten sonra saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkardığından söz etmesi ve çıkarılanı örnek olarak tek mirasçısı olarak ataması durumunda, çelişkili, anlamsız ve makul olmayan bu çıkarma tasarrufunun kendiliğinden hükümsüz olacağı yönünde: Gubser, **a.g.e**, s.161. Kanımızca bu sonuç hemen kolaylıkla kabul edilemez. Öncelikle mirasçılıktan çıkarma iradesinin var olup olmadığı, bu irade varsa yanılma (hata) söz konusu olup olmadığı araştırılmalıdır.
Adi yazılı şekilde düzenlenen bir miras sözleşmesinin, ağır hukuka aykırılık taşıdığı (ağır şekil eksikliği) için geçersiz olacağı ve bu tasarrufta yer alan mirasçılıktan çıkarmayı da, sonuç olarak, kesin hükümsüz kılacağı yönünde: Gubser, **a.g.e**, s.161. Ayrıca bkz ve karş. Riemer, **Nichtige Testamente**, s.250; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.4. Yine tasarrufun içeriğinin hukuka veya ahlaka aykırı olması halinde, kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımının uygulanması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Bu konuya yukarıda değinmiştik. Bkz. §5.II.A, Hukuka ve ahlaka aykırılık.
Buna karşılık Serozan, temsil ve delegasyon yasağına aykırı olan tasarrufun kendiliğinden hükümsüz sayılmaması ve iptale bağlı kılınması görüşündedir. Yazar, şekil koşulları veya zihni kayıt, latife beyanı, anlamsız koşullar için de tasarrufu ayakta tutucu ve yorum yoluyla düzeltici bakış açısının egemen olması gerektiğini savunur: Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.250.

109 Benzer şekilde bkz ve karş. Eren, **İptal**, s.51 vd; Oğuzman, **a.g.e**, s.104; Antalya, **Miras**, s.271; Arbek, **a.g.e**, s.81 ve 88.
Mirasçılıktan çıkarmanın, başlangıçta ya da sonradan imkânsızlaşması, üzerinde düşünülmesi gereken ilginç bir durumdur. Başlangıçta imkânsızlık halinde (örneğin çıkarılanın aslında başından beri mirasçı olmaması durumunda) tasarruf yok hükmünde kabul edilmelidir. Sonradan imkânsızlaşma halinde ise, imkânsızlaşma şayet çıkarılan mirasçının, mirasbırakanın ölümünden önce mirasçılık sıfatını yitirmesi şeklinde gerçekleşiyorsa, bu durum, mirasçılıktan çıkarma bakımından zaten bir "kendiliğinden hükümsüzlük" hali olarak kabul edilmektedir ve konu aşağıda ayrıca incelenmiştir. Buna karşılık tasarrufun bağlandığı koşul veya yüklemelerin, imkânsız olması durumunda, MK m.5 atfıyla BK m.20/II hükmü ve kıyasen MK m.515/III gereğince imkânsız olan koşul ve yüklemelerin yok hükmünde olduğu ve mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerli olduğu kabul edilmek gerekir (Genel olarak ölüme bağlı

Nihayet Medeni Kanunun Miras Hukukuna ilişkin hükümlerinde de Miras Hukukuna ilişkin bazı olayların gerçekleşmesi durumunda, iptal davası açmaya gerek olmayan "yok sayılma" ve "kendiliğinden hükümsüzlük" gibi geçersizlik halleri yer almaktadır[110].

Eğer mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geciktirici şarta bağlanmış, fakat bu şart mirasbırakanın ölüm anına kadar gerçekleşmemişse, mirasçılıktan çıkarma kendiliğinden hükümsüzleşir. Aynı şekilde, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun bozucu şarta bağlandığı hallerde, şart mirasbırakanın ölümünden önce gerçekleşirse, mirasçılıktan çıkarma kendiliğinden hükümsüzleşmiş olur[111].

Çıkarılanın mirasbırakandan önce ölmesi, gaip olması ya da mirastan yoksun bulunması durumlarında mirasçılıktan çıkarma tasarrufu kendiliğinden hükümsüz hale gelir. Öte yandan boşanma veya evliliğin butlanı kararının kesinleşmesi üzerine eşler birbirlerine karşı mirasçı olamazlar (MK m.181, 158). Boşanma veya butlan davasından daha önce düzenlenmiş eşe yönelik geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu olsa bile eş mirasçılık sıfatını boşanma ile yitirmiş olacaktır[112].

Mirasçılıktan çıkarmayı içeren vasiyetname, mirasbırakanın arzusu ve geri alma iradesi olmaksızın, kaza sonucu veya üçüncü bir kişinin kusuruyla yok olmuşsa ve içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmuyorsa, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu "yok olma" nedeniyle kendiliğinden hükümsüz hale gelir (MK m.543/II, c.1)[113].

---

tasarruf bakımından aynı yönde Arbek, **a.g.e**, s.81). Meğer ki imkânsız olan bu koşul ya da yükleme olmasaydı, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunmayacağı anlaşılsın.

110 Bu nedenle "kendiliğinden hükümsüzlük" kurumunun, yokluk ve butlan kurumlarından farklı olduğu görüşünde: Arbek, **a.g.e**, s.89. Bu tartışma incelememizin kapsamı oldukça aşmakta olduğundan, burada sadece konuya işaretle yetiniyor ve kanunda kullanılan terimleri kullanmayı tercih ediyoruz.

111 Gubser, **a.g.e**, s.160–161; karş. Riemer, **Nichtige Testamente**, s.250; ayrıca bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.218–219; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.98. Bu sonuç mirasbırakanın da iradesine uygundur; zira geciktirici koşulun gerçekleşmemesi ya da bozucu koşulun gerçekleşmesi durumunda mirasbırakan tasarrufunun hüküm doğurmamasını arzu etmektedir.

112 Ayrıca bkz. MK m.181/II ve MK m.159. Bu hükümler gereğince dava sırasında ölen davacı-mirasbırakan eşin mirasçıları, davalı eşin mirasçılığını önlemek üzere söz konusu davaları devam ettirebilirler. Boşanmada davalı eşin kusuru, butlan davasında ise davalı eşin kötü niyeti ispatlanamazsa, davalı eş mirasçı olacaktır. İşte bu durumda mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yeniden anlam kazanır. Bu konuda bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.218–219; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.98.

113 Tongsir, **a.g.t**, s.67; Dural/Öz, **a.g.e**, s.111 vd. Örneğin vasiyetname üçüncü bir kişi tarafından veya kaza sonucu bizzat mirasbırakan tarafından yırtılmış, çöpe atılmış, yakılmış veya imha edilmişse durum

Yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmi veya el yazılı vasiyetname yapma imkânı bulunmayan mirasbırakan için, kanunda sözlü vasiyetname yapma imkânı tanınmıştır (MK m.539 vd). Fakat olağanüstü koşulların ortadan kalkmasından itibaren bir ay geçmekle mirasçılıktan çıkarmayı içeren sözlü vasiyetname hükümden düşer (batıl olur) (MK m.541)[114].

Yukarıda anılan nedenlerle mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yok hükmünde ise ya da kesin hükümsüzse, iptal davası ya da başkaca bir dava açmaya veya herhangi bir şekilde ileri sürmeye gerek olmaksızın, geçersizlik kendiliğinden söz konusu olur. Görülmekte olan bir dava sırasında ise mahkemece durum re'sen nazara alınır[115]. Ayrıca geçersizlik, menfaati olan herkes tarafından; yani yasal ya da atanmış mirasçılar, muhtemel mirasçı olan çıkarılan, vasiyet alacaklıları veya vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından tespit davası şeklinde ortaya konabilir. Söz konusu kimseler, geçersizliği bir başka hukuki talebe ek olarak da (miras sebebiyle istihkak ya da miras paylaşımı davası vs. yoluyla) ileri sürebilirler[116]. Bir görüşe göre yokluğun veya kesin hükümsüzlüğün tespitini, çıkarılanın alacaklıları da, bağımsız bir tespit davası yoluyla ya da tenkis davası yahut başkaca bir dava sırasında ileri sürebilmelidirler[117]. Yokluk ya da

---

böyledir. Keza bir doğal afet sonucu (yangın, su baskını, deprem, sel vs.) olarak da yok olma gerçekleşebilir. Buna karşılık yok olan vasiyetnamenin içeriği tespit edilebiliyorsa (fotokopi, tanık beyanı, bir mektupta ya da elektronik postada vasiyetnameden söz edilmesi vs.durumlarda) vasiyetname hükümsüz olmaz. Yok olmaya üçüncü bir kişi kusuruyla sebep olmuşsa tazminatla yükümlü kılınabilir (MK m.543/II, c.2).

114 Bu konuda bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.95 vd; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.98. Eğer mirasbırakan, olağanüstü koşullar ortadan kalkmadan ya da ortadan kalksa bile bir aylık süre geçmeden ölürse, gaip olursa ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü yitirirse, sözlü vasiyetname geçerliliğini korur. Meğer ki diğer geçerlilik koşulları bulunmadığı için mirasçılıktan çıkarma kendiliğinden geçersiz ya da tenkis veya iptal yoluyla geçersiz kılınabilir olsun.

115 Riemer, **Nichtige Testamente**, s.256; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.4; Gubser, **a.g.e**, s.162. Yoklukla malul ya da kesin hükümsüz olan tasarruf, kendisine bildirildiği andan itibaren çıkarılanın bir ay içerisinde itirazda bulunarak mirasçılık belgesi düzenlenmesini engelleme imkânı vardır. Öte yandan İsviçre Hukukunda, yetkili makamın, tasarrufun kesin hükümsüzlüğünün açıkça anlaşılabilir olduğu durumlarda mirasçılık belgesi düzenlememesi gerektiği belirtilmektedir. Buna rağmen mirasçılık belgesi düzenlenmişse ve terekenin resmen yönetilmesine son verilerek mirasçıların tereke mallarına kavuşması sağlanmışsa, artık çıkarılan kesin hükümsüzlüğün tespitini dava etmeli ve mirasçılık belgesini böylelikle iptal ettirmelidir: Riemer, **a.g.y**; Gubser, **a.g.y.**

116 Riemer, **Nichtige Testamente**, s.257; Gubser, **a.g.e**, s.162. Ayrıca bkz ve karş. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.349; Arbek, **a.g.e**, s.86.

117 Gubser, **a.g.e**, s.162. Oysa daha önce de belirttiğimiz gibi, çıkarılanın alacaklıları, çoğunlukla kabul edildiği üzere iptal davası açma hakkına sahip değildir.

kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, tenkis ya da iptal davalarından farklı olarak ve MK m.2/II saklı kalmak kaydıyla herhangi bir süreye bağlı değildir[118].

Bir tespit davası açmak suretiyle, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yok hükmünde ya da kesin hükümsüz olduğuna dayanan çıkarılan veya diğer davacılar (alacaklılar veya iflas idaresi), bu durumu ispat etmekle yükümlüdür[119].

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, yok hükmünde ya da kesin hükümsüz olması durumunda çıkarılan miras payının tamamını alır. Meğer ki mirasbırakan, daha önceki geçerli bir tasarrufunda, çıkarılanın yalnızca saklı payıyla yetineceğini öngörmüş, ya da çıkarılanın saklı payını da kapsayan bir şekilde geçerli olarak üçüncü kişiler lehine kazandırmalarda bulunmuş olsun[120]. Yokluğu ya da kesin hükümsüzlüğü tespit eden karar, bütün mirasçıların ya da vasiyet alacaklılarının davada taraf olup olmadığına bakılmaksızın, herkesi bağlar[121]. Son olarak ekleyelim ki ölüm, gaiplik, boşanma, evliliğin butlanı hallerinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yürürlüğe girememiş olmaktadır. Bu durumda çıkarılan mevcut değilmiş gibi miras payları ve tasarruf oranı belirlenir.

IV. ÇIKARILANIN MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN GEÇERSİZLİĞİNİ DEF'İ OLARAK İLERİ SÜRMESİ

Mirasbırakan tarafından kendisine yapılmış sağlararası kazandırmaya konu eşyaları zilyetliğinde bulunduran saklı paylı mirasçı, sonradan mirasçılıktan çıkarıldığında, söz konusu eşyaları iade etme yükümlülüğü altında değildir. Buna karşılık mirasbırakan tarafından terekenin tasarruf edilebilir kısmının aşılmış olması halinde, çıkarılan MK m.565 gereğince –koşulları varsa– kendisine yapılan sağlararası kazandırmanın tenkisi talebiyle karşılaşabilir. Öte yandan tereke konusu malı mirasbırakan tarafından kendisine bir kazandırma yapılmış olmaksızın elinde tutan çıkarılana karşı yasal ya da atanmış mirasçıların miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı vardır (MK

---

118 Riemer, **Nichtige Testamente**, s.257; Forni/Piatti, **Art.519/520**, N.5; Gubser, **a.g.e**, s.163.

119 Gubser, **a.g.e**, s.165. Örneğin, çıkarılan, eğer tasarrufun üçüncü kişilerce (düzmece olarak) hazırlandığı ya da mirasbırakanın zor (cebir, şiddet) kullanılarak bu tasarrufu yapmaya mecbur bırakıldığı iddiasında ise, bu iddiasını ispat etmelidir.

120 Gubser, **a.g.e**, s.163; açık olmamakla birlikte Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.188, 190.

121 Gubser, **a.g.e**, s.163. Karşı görüşte: Riemer, **Nichtige Testamente**, s.257. Yazar, kıyasen iptal davasındaki çözümü uygulayarak kararın yalnızca taraflar arasında bağlayıcı olacağını savunur.

m.637/I)[122]. Çıkarmaya konu miras payı üzerinde lehine tasarrufta bulunulan vasiyet alacaklısı da MK m.600/III gereğince vasiyet alacağının ifası için dava açabilir. İşte gerek tenkis davasına gerekse miras sebebiyle istihkak davasına maruz kalan çıkarılanın, bu davalarda kendisinin de mirasçı olduğunu ispatlayarak tenkisten[123] ve tereke malını teslim etmek zorunda kalmaktan kurtulma imkânı vardır. Çıkarılan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçersizliği için dava açmamışsa, bu kere o kendisine karşı açılan söz konusu davalarda tenkis def'inde ve/veya iptal def'inde bulunma hakkına sahiptir[124].

Bu durumda, eğer mirasçılıktan çıkarma **nedeninin** geçersizliği (MK m.512/III) söz konusu ise, çıkarılan, kıyas yoluyla MK m.571/son hükmüne dayanarak, çıkarma nedeninin geçersizliği savunmasını (tenkis def'ini) ileri sürebilir. Eğer mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, **MK m.557 gereğince** geçersizse, bu kere çıkarılan MK m.559/son gereğince mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçersizliği savunmasını (iptal def'ini) ileri sürebilir. Böylece çıkarılan, tenkis ya da iptal davalarını açma sürelerini kaçırmış olsa ya da bu davaları açmak istemese bile, elinde bulunan tereke mallarının terekeye geri dönmesini engellemiş olur. Bu def'iler, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilir[125].

---

122 Keza mirasçıların, mirasbırakanın külli halefi olmaları sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan davaları (el atmanın önlenmesi, adi istihkak davası) ya da zilyetliğe dayanan davaları vb. açma hakları da vardır. Dural/Öz, **a.g.e**, s.426 vd.

123 Ancak ayrıca belirtelim ki, sağlararası kazandırmaya konu işlemin görünüşte yapılan kısmı muvazaa sebebiyle geçersizse ve taşınmaz söz konusu olduğu için gizlenen işlem de şekle aykırılık sebebiyle geçersizse, çıkarılan kişi, elinde bulunan tereke malının iadesini engelleyemez.

124 Nitekim MK m.637 gereğince miras sebebiyle istihkak davasında hâkim, mirasçılık sıfatıyla ilgili uyuşmazlığı da çözecektir. Bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.434. Elbette bunun için çıkarılanın yukarıda anılan def'i haklarını –koşullarına uygun bir şekilde-kullanmış olması gerekir.

125 Piotet, **SPR IV/1**, s.276; Forni/Piatti, **Art.521**, N.2, 4; Rohr, **a.g.e**, s.56; Bellwald, **a.g.e**, s.95, 96; Gubser, **a.g.e**, s.163–164.

§ 6. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMADA MİRAS PAYLARININ VE TASARRUF ORANININ HESAPLANMASI

Cezai mirasçılıktan çıkarmada çıkarmaya tabi miras payının akıbeti, diğer yasal mirasçıların miras paylarının ve mirasbırakanın tasarruf oranının belirlenmesi konusunda yapılacak hesaplama, ilk olarak bir ayrım yapmayı zorunlu kılar. İlk ayrım, "mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olması durumunda yapılacak hesaplama" (MK m.511/II ve III), "mirasçılıktan çıkarmanın tenkisi durumunda yapılacak hesaplama" (MK m.512/III) ve son olarak mirasçılıktan çıkarmanın iptali, yokluğu, kesin hükümsüzlüğü veya kendiliğinden hükümsüzlüğü hallerinde yapılacak hesaplama şeklindedir.

I. GEÇERLİ BİR CEZAİ ÇIKARMADA MİRAS PAYLARI VE TASARRUF ORANI

Geçerli bir mirasçılıktan çıkarma, tam ya da kısmi olmasına göre sonuçları bakımından farklılık arz eder.

A. MİRASÇILIKTAN TAM ÇIKARMA DURUMUNDA

Miras payları ve tasarruf oranı, mirasbırakanın çıkarmaya tabi miras payı üzerinde başkaları lehine ölüme bağlı ya da sağlararası bir kazandırmada bulunmuş olup olmamasına göre değişeceğinden, konuyu bu ayrıma göre ele alacağız.

1. Mirasbırakanın, Çıkarılanın Miras Payına İlişkin Olarak Hiçbir Tasarrufta Bulunmamış Olması Durumunda

Mirasbırakan yalnızca mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile yetinmiş olabilir. Bu durumda saklı paylar dikkate alınmaksızın bir miras hesaplaması yapılır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 511. maddesinin ikinci fıkrasına göre: "*Mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi,* ***mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın***[1] ***yasal mirasçılarına*** *kalır*"[2]. Böylece mirasbırakan, yalnızca

---

1 Hatırlatalım ki, çıkarılanın altsoyu ya da diğer yasal mirasçılar, çıkarılanın değil, mirasbırakanın mirasçısı sıfatıyla bu miras payını kazanmaktadırlar: Çağa, **a.g.e**, s.152, dn.1; Baydar, **a.g.t**, s.61.

çıkarma ile yetinmiş ve çıkarılan mirasçının "payında" herhangi bir tasarrufta bulunmamışsa, gerek mülga MK m.458, c.2 döneminde gerekse değişikliğe uğrayan yeni MK m.511/II hükmünün açıklığı karşısında çoğunlukla kabul edilen görüşe göre[3], çıkarılanın mirası varsa altsoya, altsoy yoksa diğer mirasçılara *bütün (küll) halde* geçecektir[4]. MK m.511/II hükmünde, çıkarılanın miras payı üzerinde tasarrufta bulunulmayan hallerde, çıkarılanın "*mirasbırakandan önce ölmüş gibi*" kabul edileceği ifadesi yer almaktadır. Buna rağmen anılan madde metninde aynı zamanda **mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payından ve bu payın diğer yasal mirasçılara kalmasından** (miras payının geçişinden) söz edilmektedir. O halde miras payları hesaplanırken, çıkarılan mirasbırakandan önce ölmüş kabul edilerek mi (mirasın reddi gibi mi), yoksa çıkarılanın miras payı var kabul edilerek mi hesaplama yapılacaktır? Çoğunluk görüşünde olan yazarların büyük bir kısmı[5], bu halde çıkarılan kişi sanki

---

2 Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 458. maddesinin ikinci cümlesinde şu düzenleme yer almaktaydı: "Müteveffa tarafından diğer suretle tasarruf vaki olmamış ise; iskat edilen kimse, müteveffadan evvel ölmüş gibi, hissesi **müteveffanın kanuni mirasçıları arasında taksim olunur**". Yeni MK m.511/II'de çıkarılan mirasçının miras payının "mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına" kalması yönündeki düzenleme ile aslında Eski Medeni Kanundaki hükmün esasında bir değişiklik yapılmış olmadı. Yalnızca mirasçılar arasında nasıl bir paylaştırma yapılacağı konusuna açıklık getirilmiş oldu. Başka deyişle çıkarılanın saklı paylı altsoyuna tüm miras payının geçeceği açıklığa kavuşturulmuş oldu. Kanun koyucuyu daha açık bir hüküm koymaya iten neden, MK m.511/II ile MK m.511/III hükmünün birbirleri ile çelişip çelişmediği ve bu iki hükmün birlikte nasıl uygulanacağı noktasında tereddüt oluşmasıydı. Zira MK m.511/III (eMK m.458, c.3) hükmüne göre, çıkarılan mirasçının saklı paylı altsoyunun kendi saklı payını isteyebileceği düzenlenmektedir. MK m.511/II hükmündeki değişiklik ile birlikte sınırlar daha belirgin bir şekilde çizilmiş oldu ve MK m.511/III hükmünün, mirasbırakanın, çıkarılanın miras payı üzerinde başkaları lehine kazandırmada bulunmamış olduğu hallerde uygulanmayacağı açıklığa kavuştu.

3 Escher, **Vorbem. zu Art.470–480**, N.22 **ve Art.478**, N.4; Tuor, **Art.478**, N.7; Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.596–597; açık olmamakla birlikte Tongsir, **a.g.t**, s.52; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.315; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.178–179; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Dural/Öz, **a.g.e**, s.205; İmre/Erman, **a.g.e**, s.241; Bellwald, **a.g.e**, s.113; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.181; Gubser, **a.g.e**, s.145; Şenocak, **a.g.m**, s.427; Özuğur, **Iskat**, s.349–350 ve Miras, s.70–71; Ülkü, **a.g.m**, s.47; Hatemi, **a.g.e**, §9, N.60, 61; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.184; Baydar, **a.g.t**, s.62; Kılıçoğlu, **Miras**, s.169 vd; Öztan, **a.g.e**, s.123; Antalya, **Miras**, s.219; açık olmamakla birlikte İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.377.

4 Çıkarılanın altsoyu yoksa miras bütün halde birinci zümredeki diğer mirasçılara geçer (MK m.495). Birinci zümrede de mirasçı olmayan hallerde, miras sırasıyla diğer zümrelere intikal edecektir (MK m.496, 497). Saklı paylı bir mirasçı mirasçılıktan çıkarıldığı takdirde geride başkaca hiçbir mirasçı bulunmadığı takdirde, tüm miras Devlete kalır (MK m.501). Aynı yönde İmre, **a.g.e**, s.393, dn.33; Bellwald, **a.g.e**, s.113; Escher, **Art.478**, N.4; Tuor, **Art.478**, N.6–9; Bessenich,, **Art.478**, N.2; Gubser, **a.g.e**, s.146. Bununla birlikte eş, en son üçüncü zümre başları ve/veya onların çocukları ile birlikte mirasçı olacağından, bu kimseler mirasçı değillerse eş tek başına tüm mirası alır (MK m.499, 497/son).

5 Escher, **Vorbem. zu Art.470–480**, N.22 ve **Art.478**, N.4; Tuor, **Art.478**, N.7; Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.595; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.315; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e**, s.178; Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Dural/Öz, **a.g.e**, s.205; İmre/Erman, **a.g.e**, s.241; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.377; Özuğur, **Iskat**, s.349–350; Bellwald, **a.g.e**, s.113; Gubser, **a.g.e**, s.145; Şenocak, **a.g.m**, s.427; Ülkü, **a.g.m**, s.47;

"mirasbırakandan önce ölmüş gibi" hesaplama yapılacağını kabul eder. Çoğunluk görüşünde olup da çıkarılanın altsoyunun, çıkarılanın miras payını elde edeceği sonucunu kabul eden diğer bir yazar[6], farklı bir metot önermektedir. Katıldığımız bu görüşe göre söz konusu hükümden anlaşılması gereken, paylaştırma sırasında çıkarılanın payının yok farz edilerek mirasın diğer mirasçılar arasında pay edilmesi değildir. Aksine *miras payları belirlenirken*, çıkarılanın miras payı "varmış gibi" hesaplama yapılmalıdır. Zira çıkarılanın miras payı var kabul edilmektedir ki, kanun koyucu söz konusu payın geçişinden söz etmektedir[7]. Her iki görüş de mirasbırakanın çıkarmaya konu miras payında tasarrufta bulunmadığı hallerde aynı sonuca farklı metotlarla ulaşacaktır. İlk metot daha pratik gibi gözükmektedir. Ayrıca MK m.511/II hükmündeki "ölmüş gibi" ifadesi ilk görüşün en önemli dayanak noktasını oluşturmaktadır. Fakat aynı hükümde mirasçılara intikal edecek şey "çıkarılanın miras payı" olarak ifade edilmiş, başka deyişle kanunkoyucunun sıfırdan çıkarılanın yok sayılarak bir hesaplama yapılmasını değil, aksine çıkarılana varsayımsal olarak intikal etmiş bulunan payın, şimdi o mirasçılıktan çıkarılınca kimlere geçeceği düzenlenilmek istenmiştir. Kaldı ki ileride görüleceği üzere, "kısmi cezai çıkarma" ve "mirasçılıktan çıkarmanın tenkisi" konularında yapılacak miras dağıtım hesaplamalarında, ikinci metodun uygulanması zorunluluk arz etmektedir. Başka deyişle mirasçılıktan kısmen çıkarılanın miras payının yok kabul edilerek bir hesaplama yapılması veya çıkarma tasarrufunu tenkis ettirmek suretiyle saklı payına kavuşan çıkarılanın bu payının yok kabul edilerek bir hesaplama yapılması matematik olarak da mümkün olamamaktır. Öte yandan mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarruf ettiği durumlarda çıkarılanın var kabul edilerek hesaplama yapılacağı konusunda ise zaten tereddüt yoktur. Şu halde ilk

---

Hatemi, **a.g.e**, §9, N.61; Öztan, **a.g.e**, s.122; Serozan (Serozan/Engin), **a.g.e**, §4, N.184; Antalya, **Miras**, s.219; HGK'nun 9.4.1997 tarih ve 2–888/306 sayılı aksi yöndeki kararının karşı oy yazıları (**YKD** 1997/11, s.1687 vd).

6 Baydar, **a.g.t**, s.62. Yazara göre, MK m.511/II hükmünün "(…) çözüm getirdiği hukuki sorun; sıfırdan miras paylarının belirlenmesi değil, mirasçılıktan çıkarma olmasa idi, çıkarılan kimseye düşecek miras payının kimler arasında paylaştırılması gerektiğidir".

7 Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ve B hayatta olsun ve B mirasçılıktan çıkarılmış olsun. İlk metoda göre, B "mirasbırakandan önce öldü" kabul edilecek ve tüm miras B'ye geçecektir. İkinci metoda göre, çıkarılan önce hesapta var kabul edilerek miras 1/2'şer şekilde paylaştırılır. Sonra çıkarılanın payı diğer yasal mirasçılara geçeceğine göre, B'nin miras payı olan 1/2'ye çıkarılana düşen pay olan 1/2 daha eklenir. İlk metot daha pratik gibi gözükmektedir.

görüş daha pratik olmasına rağmen, ikinci görüş her durumu kapsayıcı nitelikte olması ve gerekçesi itibariyle de daha sağlam zemine oturuyor gibi gözükmektedir.

Buna karşılık mülga Medeni Kanun döneminde azınlıkta kalan karşı görüş[8], çıkarılanın miras payının bütün (küll) halde çıkarılanın altsoyuna, altsoy yoksa diğer yasal mirasçılara geçişini kabul etmemekteydi. Bu görüşe göre çıkarılanın *saklı pay dışında kalan miras payı bakımından* genel halefiyet (kanuni intikal) kuralları, söz konusu olur ve bu kısım bakımından eMK m.458, c.2 hükmü uygulama alanı bulur. Fakat çıkarılanın *saklı payı bakımından* genel halefiyet (kanuni intikal) kuralları uygulanmaz, aksine özel hüküm niteliğindeki eMK m.458, c.3 hükmü uygulanmak gerekir. Çıkarılanın altsoyu için yalnızca saklı payı ile sınırlı bir halefiyetten söz etmek mümkündür. Bu görüş, mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmadığı ihtimalde de eMK m.458, c.3 (yeni MK m.511/III) hükmünün uygulanacağını ve altsoy varsa kendisine düşen miras payını değil, yalnızca saklı payını isteyebileceğini kabul etmekteydi.

Yargıtay, mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde verdiği bazı kararlarda önceleri baskın görüşe katılırken[9], sonradan bu görüşünden dönerek azınlık görüşüne katılmıştır[10]/[11]. Yargıtay yeni bir kararında[12] eski kanun döneminde gerçekleşen bir ölüm ola-

---

8 Bu görüştekiler için bkz. Berki, **a.g.e**, s.44–45; Kılıçoğlu, **Karar İncelemesi**, s.48 ve 52–55 (Yazar Yeni MK m.511/II hükmü ile yapılan değişiklikten sonra görüş değiştirmiştir). Bu görüşe göre eMK m.458, c.2 (MK m.511/III) ile eMK m.458, c.3 (MK m.511/III) hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Zira mirasbırakan, mirasçılıktan çıkardığı kişiyi mirasçılıktan çıkarmamış olsa idi, *saklı pay dışında kalan miras payında* dilediği gibi tasarruf edebilirdi. Mirasbırakan, çıkarılanın *saklı payı dışında kalan miras payı* (artık pay) üzerinde ölüme bağlı kazandırmada bulunmamışsa, bu kısım, çıkarılan ile birlikte mirasçı olanlar arasında miras payları oranında paylaştırılır. Başka deyişle bu görüşe göre, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunulmayan hallerde, saklı pay ile saklı pay dışında kalan miras payı bir ayırıma tabi tutulmaktadır. *Saklı pay dışında kalan miras payı* için kanuni intikal prensibi uygulanırken, *çıkarmaya tabi saklı pay* bakımından çıkarılanın altsoyunun olup olmadığına bakılmaktadır. Zira çıkarılanın altsoyu varsa, o MK m.511/III hükmü gereği, kendi saklı payını talep edebilecektir.

9 2.HD 4.11.1976, 6957/7754 (Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.335); 2.HD 28.11.1994, 11457/11608 (Şener, **Miras Hak ve Payları**, s.343–344).

10 2.HD, 2.6.1997, 5337/6285 (**HukukTürk**); 2.HD 12.12.1995, 11522/13538 (**HukukTürk**) [Bu karara karşı direnen yerel mahkemenin kararı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.4.1997 tarih ve 2–888/306 sayılı kararı ile oy çokluğuyla bozularak 2. Hukuk Dairesinin kararı onanmıştır (**YKD** 1997/11, s.1687)]; 2.HD 13.5.1996, 4486/4986 sayılı karar ve aynı olaya ilişkin Hukuk Genel Kurulunun 21.5.1997, 2–161/445 sayılı kararı (**HukukTürk**); 2.HD 13.9.1994, 6102/7991 (**HukukTürk**).
Hukuk Genel Kurulunun 9.4.1997 tarih ve 2–888/306 sayılı meşhur kararına göre, çıkarılanın altsoyu için yalnızca "saklı payı ile sınırlı bir halefiyetten" söz etmek mümkündür. Yoksa genel bir halefiyet düşüncesi, eMK m.458 (yeni MK m.511) hükmüne ve mirasçılıktan çıkarma kurumuna uygun düşmez. Öte yandan genel hüküm niteliğinde olan eMK m.439 (yeni MK m.495) hükmünde yer alan

yına eMK m.458 hükmünü uygularken (4722 sayılı Yürürlük Kanunu m.1 ve 17), mirasbırakanın çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunmadığı hallerde, çıkarı-

---

"mirasbırakandan önce ölmüş olan çocukların yerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoylarının alacağı" kuralı, özel hüküm niteliğinde olan eMK m.458 (MK m.511) karşısında uygulanamaz. eMK m.439 (yeni 495) hükmünde yer alan halefiyet düşüncesinin, mirasbırakanın tasarrufu ile şekillenmesi neticesinde farklı bir kurum olan mirasçılıktan çıkarmada kıyas yolu ile uygulanması mümkün olmayıp, uyuşmazlığın çözümü için, eMK m.458 hükmünün yorumu gerekli ve yeterlidir. Kararda ayrıca eMK m.459 (yeni MK m.512) hükmünün, Yargıtay'ın MK m.511 hükmüne verdiği anlamı pekiştirdiği anlatılmak istenmektedir. eMK m.459 (MK m.512) gereğince mirasçılıktan çıkarma nedeni geçerli olmayan hallerde çıkarma tasarrufunun, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilmesi gerekir.

Oysa kanımızca o dönemde de **EMK m.439 hükmünün kıyas yoluyla genişletilmesi durumu** söz konusu değildi. Yargıtay eMK m.458, c.2 ve c.3 hükümlerinin, farklı durumları düzenlediğini bir türlü kabul etmediği ve hükmü isabetsiz bir şekilde yorumladığı için, mirasbırakan tasarrufta bulunmamışsa da çıkarılanın altsoyunun yalnızca kendi saklı payını talep edebileceğini kabul ediyor ve aksine düşünceyi, "genel halefiyet kurallarının kıyasen uygulanması" olarak algılıyordu. Şimdi MK m.511/II hükmü ile çıkarılanın altsoyunun bütün miras payına kavuşacağı hükme bağlandığına göre, meselenin genel halefiyet kuralı ile bir ilgisinin olmadığı, MK m.511 (eMK m.458) hükmünün isabetsiz yorumu olduğu, kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmuş oldu.

11 Her iki görüşün vardığı sonuç farklı olmaktadır. Örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ve B ile A'nın iki oğlu C ile D hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. Tereke 1.000-TL'dir. Mirasbırakan, başkaları lehine hiçbir ölüme bağlı kazandırmada bulunmamıştır. Büyük çoğunlukla kabul edilen görüşe göre bu olayda MK m.511/II uygulanacaktır. Çıkarılan mirasçı A, ölmüş kabul edilecek ve A'nın bütün miras payı varsa öncelikle altsoyuna, altsoyu yoksa diğer yasal mirasçılara intikal edecektir. Olayda A'nın altsoyu vardır. O halde A ile B 1/2 oranında mirası paylaşırlar ve B, 1/2 miras payı gereği 500-TL'yi kazanır. Buna karşılık A, çıkarıldığı için mirastan pay alamaz ve ona düşen pay A öldü kabul edilerek B ile C'ye intikal eder. Bu duruma göre C ile D 1/4'er miras payları gereğince 250'şer TL kazanırlar.

Azınlıkta kalan görüşe göre ve Yargıtay uygulamasına göre, hesaplama şu şekilde yapılmak gerekir: Çıkarılan A, bu cezaya çarptırılmasaydı, kardeşi B ile birlikte eşit oranda miras payına sahip olacaktı. Yani A ile B 500'er TL kazanacaklardı ve gerek A için gerekse B için saklı payları 250'şer TL iken mirasbırakanın tasarruf edebileceği miktar 500-TL olacaktı. Mirasbırakan tasarruf oranı olan 500-TL üzerinde başkaları lehine kazandırmada bulunmamışsa, tasarruf özgürlüğü kapsamında kalan bu miktar kanuni intikal gereğince yasal mirasçılara intikal etmelidir. Bu intikal sırasında A'nın çocukları olan C ile D'ye bir şey düşmez. 500-TL'lik tasarruf oranının hepsi, mirasçılıktan çıkarılmamış olan yasal mirasçı olarak diğer oğul B'ye kalacaktır. Çıkarılan A'nın oğulları C ile D ise, yalnızca çıkarılan A'nın saklı payı olan 250-TL'yi eşit olarak paylaşırlar; yoksa onlar üzerinde tasarruf edilmemiş tasarruf oranının yarısı olan 250-TL'yi alamazlar. Çünkü MK m.511/III, çıkarmanın, çıkarılanın altsoyuna, yalnızca onların saklı payları oranında etki etmeyeceğini; başka bir deyişle, altsoyun yalnızca saklı payını isteyebileceğini açık olarak düzenlemektedir. Bu hesaba göre, C ile D 125'şer TL ve B ise 750-TL miras payı kazanmaktadır.

Azınlıkta kalan bu görüş, kanımızca da haklı olarak, eleştirilmiştir: Ülkü, **a.g.m**, s.47. Zira mirasbırakan, çıkarılan mirasçının miras payı üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunmamışsa, MK m.511/II hükmünde açıkça belirtildiği üzere, yalnızca çıkarılanın saklı payı değil, bütün miras payı halefiyet yoluyla öncelikle çıkarılanın altsoyuna intikal edecektir. MK m.511/III hükmünde ifade edilen saklı paylı altsoyun kendi saklı payını isteyebileceği kuralı, mirasbırakanın, çıkarılanın saklı payı üzerinde başkaları lehine kazandırmada bulunmuş olması ihtimalinde uygulanacaktır. Aynı yönde Baydar, **a.g.t**, s.64. Buna karşılık *Ülkü*, mirasçılıktan çıkarmanın geçersizliği bahsinde, burada kabul ettiği görüş ile bağdaşmayan bir görüşü benimsemektedir, bkz. **a.g.e**, s.50.

12 2.HD 12.12.2007, 15355/17423 (**HukukTürk**); 2.HD 27.5.2002, 6298/7780 (**HukukTürk**). Açık olmayan bir karar: 2.HD 18.4.2005, 3108/6259 (**HukukTürk**).

lanın altsoyunun, yalnızca saklı payını isteyebileceği şeklindeki yorumunu sürdürmektedir[13].

Bugün artık yeni Medeni Kanunda yapılan açık değişiklik karşısında azınlık görüşünün ve bu yöndeki Yargıtay uygulamasının kabul edilmesi mümkün değildir. MK m.511/II hükmünde yapılan değişiklikte de kanun koyucunun çoğunluk görüşünü kabul ettiği açıktır: "*Mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin **miras payı**, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi, mirasçılıktan çıkarılanın **varsa altsoyuna**, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına kalır*"[14]. Böylece miras payının **bütün halde** varsa öncelikle çıkarılanın altsoyuna geçeceği konusunda, kanımızca, tereddüde yer kalmamıştır[15]. Kaldı ki, cezai nitelikteki mirasçılıktan çıkarmanın kişiselliği ilkesi de bu çözümü zorunlu kılar[16]. Böylece aşağıdaki miras paylaşımına yönelik açıklamalarımızda, MK m.511/II'deki hüküm değişikliği ile kanun koyucu tarafından da kabul edilen çoğunluk görüşünü esas alacağız.

---

13 Yargıtay'ın, 4721 sayılı Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen ölümlerde MK m.511/II hükmünü nasıl uygulayacağı zamanla ortaya çıkacaktır. Şurası kesindir ki, Yargıtay, 4721 sayılı Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2002 tarihinden önceki ölümlerde, 4722 sayılı Yürürlük Kanununa gönderme yapmak suretiyle, eMK m.458 hükmüne ilişkin -o dönem dahi öğretide çoğunlukla karşı çıkılan ve bizce de isabetli olmayan- içtihadını ısrarla uygulamaya devam etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay'ın anılan son kararlarında Yürürlük Kanununa atıf yapma gereği duyması, 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren gerçekleşecek olaylarda eski uygulamasından döneceği izlenimini uyandırmaktadır.

14 Nitekim MK m.511 hükmüne ilişkin madde gerekçesi, kanun koyucunun çoğunluk görüşünü esas aldığını ortaya koymaktadır: "İkinci fıkra hükmü uygulamada bu konuda doğan tereddütleri gidermek amacıyla, açık hale getirilmiştir. Mirasçılıktan çıkarılan (ıskat edilen) kimsenin miras payının, mirasbırakan sadece çıkarma ile yetinmiş ve çıkardığı mirasçının miras hissesi üzerinde tasarrufta bulunmamışsa bu kişi mirasbırakandan önce ölmüş gibi diğer mirasçılara intikali hükme bağlanmıştır. **Bu hükme göre mirasçılıktan çıkarılanın miras hissesinin diğer mirasçılara intikalinin ön koşulu, mirasbırakanın bu pay üzerinde tasarrufta bulunmamasıdır**. Böyle bir tasarruf yoksa maddeye göre, birinci planda mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu varsa, **mirasçılıktan çıkarılana ait pay** bunlara verilecektir. Altsoy yoksa mirasçılıktan çıkarılana ait **miras hissesi**, mirasbırakanın diğer yasal mirasçılarına verilecektir". Görüldüğü üzere sadece "saklı payın" değil, "miras payının" altsoya geçişi açıklığa kavuşturulmakta, ayrıca ikinci fıkranın mirasbırakanın çıkarılanın payında tasarrufta bulunmadığı hallerde uygulama alanı bulacağı açıkça ortaya koyulmaktadır. Gerekçede devam eden paragrafta MK m.511 hükmünün üçüncü fıkrasının uygulama alanı, açıkça ikinci fıkranın uygulama alanından ayrıldığı konusu bir kez daha vurgulanmaktadır: "Mirasbırakanın sadece çıkarma ile yetinmeyip, çıkardığı mirasçının hissesinde tasarruf etmesi hali üçüncü fıkrada düzenlenmiştir" (www.tbmm.gov.tr).

15 Aynı yönde Baydar, **a.g.t**, s.64: "Kanunun yapmadığı bir ayrımı, Yargıtay'ın içtihat yoluyla kabul etmesi, hukuki dayanaktan yoksundur".

16 Oğuzman, **a.g.e**, s.213; Berki, **a.g.e**, s.44.

a. Çıkarılan altsoyun miras payı

Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ve B ile A'nın oğlu C hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkardığında, kanuni intikal sistemi gereği C, A'nın yerine ilerleyecektir (MK m.495/III). Bu durumda C=1/2 ve B=1/2 miras payı alırlar. Eğer M, hem A'yı hem de B'yi mirastan çıkarmış olsaydı, bütün miras torunu C'ye kalacaktı[17]. Başka bir örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde oğlu A ile babası B ve annesi C hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkardığında, birinci zümrede onun yerini alacak başka mirasçı olmadığı için, miras ikinci zümre mirasçıları olan B ve C'ye geçer (MK m.496). B=1/2 ve C=1/2 miras payı alırlar[18].

Şimdi de eşin de birlikte mirasçı olduğu durumlara değinelim[19]. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ile B, A'nın oğlu C ve M'nin eşi E hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. E=1/4 ve birinci zümre=3/4 miras payı alır. Birinci zümrede çıkarılan A'nın miras payı, C'ye geçer. Bu durumda C=3/8 ve B=3/8 miras payı alırlar[20].

---

17 Diğer bir örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde yalnızca oğulları A ve B ile babası C hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkardığında, bütün miras B'ye kalır. Zira bir zümrede mirasçı bulunduğu sürece sonraki zümreye miras intikal etmez.

18 Nitekim birinci zümrede tek mirasçı olan altsoyun mirasçılıktan çıkarılması durumunda, ikinci zümrede zümre başları sağ olmadığı takdirde, onların yerine her biri kendi zümre başının altsoyu olmak üzere amca, hala, dayı veya teyze mirasçı olur. Bu sonuncu kimseler de sağ değilse veya mirasçı olamazlarsa onların altsoyları (amcaoğlu, halaoğlu, dayıoğlu, teyze oğlu) olan kimselere miras intikal edecektir (MK m.496/II). Eğer bir zümre başının tarafında (kökte) sağ ya da mirasçı olabilecek kimse bulunmazsa, o köke isabet eden miras olduğu gibi diğer köke geçer (MK m.496/III). İkinci zümrede mirasçı olmaması durumunda üçüncü zümrede yer alan büyük ana ve büyük babalar (anneanne, dede, babaanne, dede) ve bunların altsoyları yukarıda açıkladığımız intikal sistemi ve kök prensibi gereğince (MK m.497) mirasçı olur. Üçüncü zümrede de mirasçı bulunmaması durumunda son mirasçı devlettir (MK m.501).

19 Mirasbırakana kan bağıyla bağlı olmayan (kan hısımlığı bulunmayan) eş, zümre sistemine dâhil değildir. Eşin miras payı, hangi zümre ile birlikte mirasçı olduğuna göre belirlenir. Eş, mirasbırakanın altsoyu ile birlikte mirasçı olursa, mirasın dörtte birini (MK m.506/b.1); mirasbırakanın ana ve baba zümresi (ikinci zümre) ile birlikte mirasçı olursa, mirasın yarısını alır (MK m.506/b.2). Eş, mirasbırakanın büyük ana ve büyük babaları ve onların çocukları ile birlikte mirasçı olursa mirasın dörtte üçünü, bunlar da yoksa mirasın tamamını alacaktır (MK m.506/b.3).

20 Örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ile B ve M'nin eşi E hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. E=1/4 ve birinci zümre=3/4 miras payı alır. Birinci zümrede A'nın çıkarılmış olması nedeniyle yalnızca B bulunmaktadır. Bu durumda B, birinci zümreye isabet eden 3/4 oranındaki miras payının tamamını alır.

b. Çıkarılan ana ya da babanın miras payı

Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde annesi A, babası B ve kardeşi K hayattadır. Mirasbırakan, A'yı mirasçılıktan çıkardığında, A'nın miras payı, altsoyu K'ya geçecektir. Bu durumda B ve K, 1/2'şer miras payına sahip olacaktır[21]. Eğer M, hem A'yı hem de B'yi mirasçılıktan çıkarmış olsaydı, bütün miras K'ya kalacaktı[22]. Diğer bir örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde annesi A ve ölen kız kardeşinin oğlu Y ile büyükbabası B hayattadır. Mirasbırakan, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve Y'ye de miras bırakmak istemediğini tasarrufunda belirtmiştir. Bu durumda bütün miras, A için yapılan *mirasçılıktan çıkarma* ve Y için yapılan *mirastan uzaklaştırma* tasarrufları gereğince üçüncü zümredeki B'ye intikal edecektir[23].

İkinci zümredeki saklı paylı mirasçıların (ana-babanın) mirasçılıktan çıkarıldığı hallerde ayrıca mirasbırakanın geride sağ olan bir eşi olabilir. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde annesi A, babası B ve kardeşi K ile eşi E hayattadır. Mirasbırakan, A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. İkinci zümre ile birlikte mirasçı olan E=1/2 miras payı alır. İkinci zümrenin miras payı=1/2'dir. B ve K 1/4'er miras payı alırlar.

c. Çıkarılan eşin miras payı

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkardığı eşinin miras payı üzerinde başka bir tasarrufta bulunmamış olması halinde, çıkarılan eşin miras payı mirasbırakanın diğer yasal mirasçıları arasında paylaşılacaktır. Şu halde miras, eşin mirasbırakan ile ortak altsoyu[24] varsa ortak altsoy arasında, şayet ortak altsoy yoksa mirasbırakanın sonraki zümreler-

---

21 Babası için mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenleyen mirasbırakanın, önce gelen zümrede bir mirasçısı (altsoyu) bulunabilir. Altsoyun varlığı, kendisinden sonra gelen çizgideki ve zümredeki mirasçılıkları önleyeceğinden, çıkarma tasarrufunun anlamı olmaz. Ancak altsoyun ölüm, red, yoksunluk, feragat ya da yine mirasçılıktan çıkarma nedenlerinden biriyle mirasçı olamaması halinde babanın mirasçılıktan çıkarılması hukuken anlam kazanacaktır.

22 Başka bir örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde annesi A ve ölen kız kardeşinin oğlu Y hayattadır. Mirasbırakan, A'yı mirasçılıktan çıkardığında, Y bütün mirası alacaktır. Hatırlatalım ki saklı paylı olmayan kardeş K'nın ve yeğen Y'nin mirasın dışına itilmesi için, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulmasına gerek yoktur; onların miras payları zaten tasarruf özgürlüğüne dâhildir. Bu nedenle M, saklı paylı olmayan mirasçılar K ve Y'ye miras bırakmamakta her zaman özgürdür. M, K ve Y'nin miras almamalarına dair bir tasarrufta bulunmuşsa, bu tasarrufun hukuki niteliği "mirasçılıktan çıkarma" değil, "mirastan uzaklaştırmadır".

23 Örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde geride yalnızca annesi A hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkardığında, üçüncü zümrede başka mirasçı olmadığı için miras devlete intikal edecektir (MK m.501).

24 Bilineceği üzere eşin başka bir kimseden olma altsoyunun, aralarında kan bağı olmayan mirasbırakan-eşe mirasçı olması mümkün değildir.

de yer alan mirasçıları arasında paylaştırılacaktır (MK m.495–498). Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ile B ve eşi E hayattadır. M, E'yi mirasçılıktan çıkarmıştır. Bu durumda A ve B 1/2'şer miras payına kavuşacaklardır[25]. Diğer bir örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde annesi A ile babası B ve eşi E hayattadır. M, E'yi mirasçılıktan çıkarmıştır. Bu durumda da ikinci zümrede yer alan mirasçılar A ile B, sonuç olarak mirası yarı yarıya paylaşacaklardır[26].

2. Mirasbırakanın, Çıkarılanın Miras Payının Tamamında Tasarrufta Bulunmuş Olması Halinde

Mirasbırakan saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarmakla kalmayıp, aynı zamanda onun miras payı üzerinde üçüncü kişiler lehine ya da diğer yasal mirasçılar lehine tasarruf etmiş (kazandırmada bulunmuş) olabilir[27]. Yeri gelmişken değinelim ki, ölüme bağlı tasarrufların yorumlanırken, tereddüt halinde mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin kanuni intikal esaslarına bağlı kalmak[28] istediği karinesinin geçerli

---

25 Aynı yönde İmre, **a.g.e**, s.393, dn.33; Antalya, **Miras**, s.304.

26 Başka bir örnek verelim: Mirasbırakan M'nin ölümünde babaannesi A ile büyük amcaoğlu B ve eşi E hayattadır. M, E'yi mirasçılıktan çıkarmıştır. Bu durumda üçüncü zümrede yer alan mirasçılar A ile B, sonuç olarak mirası yarı yarıya paylaşacaklardır. Oysa eş mirasçılıktan çıkarılmamış olsaydı, o en son üçüncü zümrenin başları ve onların çocukları ile birlikte mirasçı olacağı için, bunların dışında kalan B ile birlikte mirasçı olmazdı. Hatta A da hayatta olmasaydı, E tüm mirası alabilecekti.

27 Söz konusu kazandırma bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla gerçekleştirilmiş olabilir. Ölüme bağlı kazandırma, mirasçı atama yoluyla çıkarılanın miras payı üzerinde tasarruf etme şeklinde olabileceği gibi; tereke mallarının vasiyet edilmesi sonucunda, çıkarılanın saklı payına isabet edecek tereke değeri bırakılmaması tarzında da olabilir. Söz konusu kazandırma, sağlararası karşılıksız kazandırma (bağışlama) tarzında da yapılmış olabilir. Bu durumda da sağlararası karşılıksız kazandırma yoluyla çıkarılanın saklı payına isabet edecek miktarda tereke değeri terekeden çıkarıtlmış olmaktadır. Çıkarılan miras payın da tasarruf, mutlaka çıkarma tasarrufu ile aynı vasiyetnamede yapılmak gerekmeyeceği gibi, çıkarılanın payına isabet eden kazandırma, çıkarma tasarrufundan önce veya sonra da yapılmış olabilir. Böylece suç ya da aile hukuku yükümünün ihlali nedeniyle mağdur duruma düşen mirasbırakan, bir yandan ihlalde bulunan saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarma imkânına kavuşur. Mirasbırakan diğer yandan bu pay üzerinde başkaları lehine kazandırma yapma imkânına da kavuşmaktadır: Weimar, **Art.4**77, N.3.

28 Mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde, eMK m.458, c.2'de "altsoy" ifadesi yer almadığı için, o dönemde mirasbırakanın tasarrufta bulunmadığı durumda, çıkarılanın saklı paylı altsoyu olsa bile ona miras payının düşmeyeceği, zira mirasbırakanın **kanuni intikal esaslarından ayrılmak istemediği** sonucuna varılması gerektiği ileri sürülmüştü. Genel intikal prensibine göre ise, halef ile selef aynı anda mirasçı olamazdı. O halde çıkarılanın mirası, onun altsoyuna değil, diğer mirasçılara geçmek zorundaydı. Bu görüşün o dönemde de isabetsiz olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bkz. §6.I.A. Burada değinmek istediğimiz nokta, kanuni intikal sistemi uygulanırken, ilgili Miras Hukuku kurumunun özel yapısının da dikkate alınması gerektiğidir. Mirasçılıktan çıkarma bakımından MK m.511 ve 512 hükümlerine ve bu hükümlerle korunmak istenen amaca aykırı bir yorum yapılmamalıdır. Mirasçılıktan çıkarma kuralları, genel intikal kurallarına göre özel hüküm niteliğindedir. O nedenledir ki, bugün halef ile selef aynı anda mirasçı olabilmektedir.

olacağı kabul edilmek gerekir[29]. Söz gelimi mirasbırakan M, vasiyetnamesinde oğlu A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve ona düşen payı eşi E ile kızı K'ye bırakmıştır. Tasarrufta A'nın payının, E ile K arasında nasıl paylaştırılacağı belirtilmemiştir. Bu durumda payın eşit değil, miras payları oranında paylaştırılacağı, çünkü mirasbırakanın kanun sisteminden ayrılmak istemediği kabul edilir.

Mirasçılıktan çıkarmaya tabi miras payı üzerinde başkaları lehine yapılacak kazandırma tasarrufunun mutlaka mirasçılıktan çıkarma tasarrufu içerisinde ya da mirasçılıktan çıkarma ile aynı vasiyetnamede yer alması gerekmez. Mirasbırakan, sonradan yapacağı bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla da çıkarmaya tabi miras payı üzerinde tasarrufta bulunabilir[30]. Hatta kanımızca da[31], mirasçılıktan çıkarmanın tasarruf oranını artırması sonucunda, daha önce yapılmış ölüme bağlı kazandırmalar ile sağlararası karşılıksız kazandırmalar dahi bu artıştan yararlanmalıdır[32]. Zira çıkarma sebebiyle

---

29 Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.325; Oğuzman, **a.g.e**, s.173; Baygın, **Yorum**, s.588.

30 Oğuzman, **a.g.e**, s.214; Baydar, **a.g.t**, s.66. Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkardığı kimsenin yerine geçmek üzere, **çıkarma tasarrufundan önce yaptığı vasiyetname ile** bir yedek mirasçı atayabilir. "*Böyle bir ihtimalde yedek mirasçı atama tasarrufu, mirasçılıktan çıkarma sonucu yürürlüğe girer. Yedek mirasçı, mirasçılıktan çıkarılanın yerine mirasta hak sahibi olur (MK m.520). Ancak mirasbırakan, önceki yedek mirasçı atama tasarrufuna karşılık, mirasçılıktan çıkardığı kimseye düşen miras payı üzerinde başka şekilde tasarrufta da bulunabilir. Bu payı üçüncü bir kimseye kazandırabilir. Bu durumda yedek mirasçı atama tasarrufu yürürlüğe girmez*": Baki İlkay Engin, **Yedek Mirasçılık**, İstanbul, Filiz, 2003, s.108; Baydar, **a.g.t**, s.66.

31 Bu konuda bkz. Oğuzman, **a.g.e**, s.214.

32 Bu noktada MK m.511 hükmünde geçen "*mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya koyulması gerekir. Çıkarma sonucunda, çıkarmadan önceki veya sonraki her türlü kazandırmanın çıkarma sebebiyle tasarruf oranının artışından yararlanıp yararlanamayacağı, madde metninden anlaşılamamaktadır. *İlk ihtimal*, mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunduğunu açıkça belirtmesi ya da bu durumun en azından tasarruftan anlaşılması gerektiği şeklinde bir yorum yapılabilir. *İkinci ihtimal*, mirasbırakan, çıkarılanın miras payı üzerinde tasarrufta bulunduğunu belirtmese ya da bu durum tasarruftan anlaşılmasa da, önceki veya sonraki her türlü kazandırmanın çıkarma sebebiyle tasarruf oranının artışından yararlanabileceği kabul edilebilir.
Eğer ilk yorum kabul edilecek olursa, mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunduğunu çıkarma tasarrufunun yer aldığı vasiyetnamede veya sonraki bir vasiyetnamede– açıkça belirtmediği ya da bu durumun tasarruftan anlaşılmadığı hallerde, söz konusu kazandırmaların tasarruf oranındaki artıştan yararlanamayacağı sonucuna varılmak gerekir. Zira bu yorum kabul edilecek olursa, MK m.511/II uygulanmak gerekir ve miras halefiyet kuralı uyarınca sonraki zümrelere intikal eder. Bu geçişten sonra yapılacak hesaplamaya göre söz konusu kazandırmalar, tasarruf oranını aşıyorsa tenkise tabi olur ve böylece çıkarma nedeniyle oluşacak tasarruf oranı artışından yararlandırılmaz.
Eğer ikinci yorum kabul edilecek olursa, önce ya da sonra yapıldığına bakılmaksızın ya da tasarrufta açıkça ifade edilsin edilmesin, tüm kazandırmalar, çıkarma sebebiyle oluşacak artıştan yararlandırılacaktır. Başka deyişle bu yorum kabul edildiğinde MK m.511/III hükmü uygulama alanı bulacaktır. MK m.511/III gereğince çıkarılanın altsoyunun bulunmadığı hallerde, çıkarılanın miras payı tasarruf oranına eklenmektedir.

MK m.511/III gereğince tasarruf oranının artması için, mirasbırakanın "çıkarmaya konu miras payı hakkında kazandırmada bulunduğunu" tasarrufta açıkça belirtmesi ya da bu durumun tasarruftan anlaşılması gerekmez. O çıkarmaya konu miras payında tasarrufta bulunduğunu belirtmese de, hatta çıkarma tasarrufundan daha önce bir takım kazandırmalar yapılmış olsa da, önceki ya da sonraki tüm kazandırmalar bu artıştan yararlanır. Cezai mirasçılıktan çıkarmanın ilk aşamasında ailesel yakınlık bağına ve korunmaya layık olmadığını gösteren saklı paylı mirasçıyı cezalandıran kanun koyucu, ikinci aşamada çıkarmaya konu miras payının akıbeti bakımından mirasçıların korunması ile mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün korunması ikileminde, seçimini kural olarak mirasbırakandan yana yapmaktadır. Böylece mirasbırakan, çıkarmaya konu miras payı bakımından –çıkarılanın altsoyunun kendi saklı payını talep edebileceği sınırlandırması dışında– özgür bırakılmaktadır. O halde MK m.511/III hükmünün uygulanması ve tasarruf oranının artırılması için çıkarılanın, çıkarmaya konu miras payı üzerinde tasarrufta bulunduğunu açıkça belirtmesinin ya da bu düşüncenin tasarruftan anlaşılıyor olmasının aranması, mirasçılıktan çıkarma kurumunun *ratio legis*'i ile bağdaşmaz. Bu noktada mirasçıların korunması düşüncesi de kanımızca aksi yoruma izin vermez. Zira çıkarmanın sonuçları bakımından kanun koyucu tasarruf özgürlüğünden yana tavır sergilemiştir. Kaldı ki kanun koyucu ailenin korunması bakımından çıkarılanın miras payının onun altsoyuna intikalini yeterli saymıştır. Diğer mirasçılar zaten genel intikal kuralları gereğince hak sahibi olmaları halinde, kanunun öngördüğü payı almaktadırlar. Diğer mirasçıları daha fazla korumak, çıkarmadan onları kanunun amacını da aşan bir şekilde yararlandırmak olur ki, gereksizdir.

Mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta **bulunmadığı** hallerde, yasal mirasçılara düşen miras payı artabilir. Buna karşılık çıkarmaya tabi miras payında tasar-

---

Örneğin M'nin ölümünde oğlu A ve babası B hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve fakat çıkarmaya tabi miras payının akıbeti hakkında vasiyetnamede başkaca bir ifade kullanmamıştır. Yıllar sonra düzenlediği bir başka vasiyetnamede M, terekesinin tamamını arkadaşı V'ye bırakmıştır. Eğer çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunulduğunun açıkça belirtilmesini ararsak, bu olayda M'nin çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmadığı sonucuna varırız. Bu durumda MK m.511/II uygulanır ve miras B'ye intikal eder. B'nin saklı payı ¼ olduğundan, V'ye yapılan kazandırma ¼ oranında tenkis edilecektir. Yok eğer mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarruf ettiğini açıkça belirtmesine gerek olmadığını kabul edersek, MK m.511/III uygulanır ve B çıkarılanın saklı paylı altsoyu olmadığından, V kendisine yapılan kazandırmanın tamamına kavuşmuş olur. Tasarruf oranı ilk yorum kabul edildiğinde azalmakta, ikinci yorum kabul edildiğinde artmaktadır.

rufta **bulunulan** hallerde, saklı paylı mirasçıların saklı paylarında bir değişiklik (artma ya da azalma) meydana gelmez[33]. Zira çıkarılanın saklı payı mirasbırakanın tasarruf oranına eklenecektir[34]. Öyleyse tasarruf oranı hesaplanırken, çıkarılan mirasçıyı mevcut saymak gerekir.

Çıkarılanın mirasbırakana göre de saklı paylı mirasçı olan altsoyunun bulunmadığı durumda, mirasbırakanın çıkarmaya konu miras payı üzerindeki tasarruf özgürlüğü tam olduğundan, tasarruf oranı artar. Bununla birlikte MK m.511/III hükmü, çıkarılanın mirasbırakana göre de saklı paylı mirasçı olan altsoyunun olması durumunda bu kurala bir istisna getirmiştir: "*Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir*". Böylece çıkarılanın saklı paylı altsoyu olması durumunda, mirasbırakanın çıkarmanın sonucu bakımından tanınan tasarruf özgürlüğü kısıtlanmış olmaktadır[35]. Buna göre mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma ile yetinmeyerek çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmuş olması durumunda yapılacak hesaplama, çıkarılan mirasçının saklı paylı altsoyunun mevcut olup olmamasına göre farklı sonuçlar arz edecektir. Eş deyişle mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın tasarruf oranını (tasarruf edilebilir kısmı) *artırabilir*. Mirasbırakanın tasarruf oranının artıp artmayacağı, mirasçılıktan çıkarılanın yerini, mirasbırakana

---

33 Escher, **Art.478**, N.4; Tuor, **Art.478**, N.10; Çağa, **a.g.e**, s.152; Baydar, **a.g.t**, s.66; Baygın, **Tasarruf Nisabı**, s.177. Bununla birlikte mirasbırakan ile birlikte ortak altsoyları bulunan eşin mirasçılıktan çıkarılarak, çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunulması durumunun, bu kurala istisna teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Konu ileride ele alınmaktadır. Bkz. §6.I.A.3.

34 Escher, **Vorbem. zu Art.470–480**, N.22 ve **Art.478**, N.5; Çağa, **a.g.e**, s.152; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.408; Oğuzman, **a.g.e**, s.233; Bellwald, **a.g.e**, s.114; Weimar, **Art.470**, N.10 vd; Bessenich,, **Art.478**, N.2; Staehelin, **Art.470**, N.18; Gubser, **a.g.e**, s.146; Antalya, **Miras**, s.297.

35 MK m.511/III hükmünün uygulanabilmesi için üç koşulun gerçekleşmesi gerekir. Birinci olarak mirasın açılması anında, çıkarılan mirasçının, *mirasa ehil* olan bir altsoyunun bulunması ve ikinci olarak çıkarılanın altsoyunun, *aynı zamanda mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı olması* gerekir: Baydar, **a.g.t**, s.66. Elbette çıkarılan mirasçının saklı paylı altsoyu, aynı zamanda mirasbırakanın da saklı paylı mirasçısı olmalıdır. Eğer çıkarılanın altsoyu, mirasbırakanın mirasçısı değilse (örneğin üvey evlat) ya da mirasçısı olmakla birlikte mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı değilse (örneğin çıkarılan babanın oğlu; yani kardeş), bu halde "kural" uygulanır. Yani mirasbırakan çıkarılanın miras payı ve bu kapsama dâhil saklı payı üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilir. Üçüncü olarak, mirasbırakanın, çıkarılan kimsenin miras payı üzerinde tasarrufta bulunmuş olması diğer bir koşuldur. Aynı yönde bkz. Escher, **Art.478**, N.5; Piotet, **SPR IV/1**, s.429; Tuor, **Art.478**, N.11; Bellwald, **a.g.e**, s.114; Ülkü, **a.g.m**, s.47; Aybay, **a.g.e**, s.51, dn.20; Gubser, **a.g.e**, s.147; Baydar, **a.g.t**, s.66.

göre, bir saklı paylı mirasçının alıp almadığına ve bunların saklı pay oranlarına bağlıdır[36]:

a. Çıkarılanın saklı paylı altsoyu varsa

Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu olan ve aynı zamanda mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı olan kimse, **kendi saklı payını**[37] isteyebilir ve kendi saklı payını aşan tasarrufların tenkisini talep edebilir (MK m.511/III). Başka deyişle mirasbırakan, çıkarılanın altsoyunun saklı payında tasarrufta bulunamaz. Çıkarılan mirasçının altsoyu, "miras payını" değil, sadece "saklı payını" talep edebilecektir[38].

Örneğin[39] mirasbırakan M'nin ölümünde oğlu A, A'nın kızı K, eşi E ve babası B hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. E=1/4 ve birinci zümre=3/4 oranında miras payı (mp) alırlar. İkinci zümredeki B mirasçı olmaz. Çıkarılan A'nın altsoyu olan K, kendi saklı payı (sp) olan 3/8'i talep edebilecektir. Esp=1/4'tür. Saklı paylar toplamı (SPT)= 3/8+1/4=5/8'dir. Tasarruf oranı (TO)=1–5/8=3/8'dir. Sonuçta çıkarılanın saklı pay oranı ile çıkarılanın altsoyunun saklı pay oranı aynı olduğu için (MK m.506/b.1) tasarruf oranı ne artmış ne de azalmıştır. Hemen belirtelim ki, kardeşlerin 1/8 oranında saklı pay hakkına sahip olduklarına ilişkin MK m.506, b.3 hükmü ilga edildikten sonra, bugün için, çıkarılanın saklı paylı altsoyunun olduğu durum yalnızca birinci zümrede gerçekleşecektir[40]/[41].

---

36 Çağa, **a.g.e**, s.152; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.408; Dural/Öz, **a.g.e**, s.205–206; Baydar, **a.g.t**, s.66. Yazara göre, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payında tasarrufta bulunması durumunda, kural olarak diğer saklı paylı mirasçıların saklı paylarında değişme olmayacağından, mirasbırakanın tasarruf oranı artabilmektedir. Bu, hesaplamada çıkarılan mirasçının var kabul edilerek hesaplama yapılmasının bir sonucudur (**a.g.y**).

37 Böyle bir durumda çıkarılan mirasçının saklı paylı olan altsoyuna, saklı payına ilişkin bir "kısmi halefiyet" tanındığı yolunda: İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.377. Bu ifadeyi isabetsiz bir şekilde eMK m.458, c.2 (MK m.511/II) hükmü bakımından kullanan Yargıtay, MK m.511/III gereğince aynı ifadeyi evleviyetle kullanacaktır: Bkz. HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687; **İKİD** 1998, 13083). Yeni MK m.511/III hükmünde "çıkarılanın saklı payının halefiyet yoluyla geçişinden" değil, çıkarılanın altsoyunun "**kendi** saklı payını isteyebileceğinden" söz edilmektedir. Kardeşlerin saklı paylı mirasçılığını düzenleyen MK m.506/b.3 hükmünün ilgasından sonra konunun –en azından– pratik bir önemi kalmamıştır.

38 Oğuzman, **a.g.e**, s.214; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.377; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.181; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.112; Ayan, **a.g.e**, s.169.

39 Örneklerde miras payı, mp; saklı pay, sp; saklı paylar toplamı, SPT; tasarruf oranı, TO şeklinde kısaltılmıştır.

40 4.5.2007 tarihli ve 5650 sayılı Kanun ile MK m.505/I hükmündeki "kardeşler" ifadesi metinden çıkarılarak ve MK m.506, b.3. maddesi ilga edilerek kardeşler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmıştır

Burada **mirasbırakanın eşini mirasçılıktan çıkarması ihtimalinde, ortak altsoyun bulunması** durumuna özellikle değinmek gerekir. Bir görüşe göre[42], ortak altsoy MK m.506, b.1 gereğince mirasbırakanın altsoyu olarak ve MK m.511/III gereği çıkarılan eşin altsoyu olarak saklı pay talebinde bulunabileceğinden çıkarılan altsoyun saklı payı artacaktır. Bu durum mirasçılıktan çıkarmada saklı paylarda artış olmayacağı kuralına istisna teşkil eder[43]. Kanımızca, burada mirasçılıktan çıkarmanın saklı paylarda artışa yol açmayacağı kuralından vazgeçmeyi gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Nitekim MK m.511/III hükmünde çıkarılanın altsoyunun "**kendi saklı payını**" isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Başka deyişle eşin ya da altsoyun mirasçılıktan çıkarılmasında, çıkarılanın altsoyu olan kişiler bakımından **saklı pay oranında bir**

(**RG** 10.5.2007, N.26518). Söz konusu mülga bend gereğince kardeşlerin 1/8 oranında saklı pay talep edebileceği hükme bağlanmaktaydı. O dönemde mirasçılıktan çıkarmanın, tasarruf oranını artırıcı rol oynamasına verilen örneklerden birini de, çıkarılanın ana ya da baba olması ve çıkarılanın altsoyu olan kardeşin kendi saklı payını istemesi durumu oluşturuyordu. Örneğin mirasbırakanın ölümünde geride annesi ve kardeşi hayatta ise ve mirasbırakan anneyi mirasçılıktan çıkarmış ise çıkarılanın altsoyu (mirasbırakanın kardeşi), annesinin (mirasbırakanın eşinin) saklı payı olan 1/4'ü değil; kendi saklı payı olan 1/8'i isteyebileceğinden, mirasbırakanın tasarruf oranı artmış oluyordu. Bu nedenle kanun değişikliği öncesinde, mirasbırakanın tasarruf oranının artıp artmayacağını, çıkarılanın saklı pay oranı ile çıkarılanın altsoyunun saklı pay oranının aynı olup olmamasının belirleyeceği ifade edilmekteydi (Bkz. Dural/Öz, **a.g.e**, s.206; İmre/Erman, **a.g.e**, s.240; Petek, **a.g.m**, s.143 ve 146 vd). Artık ana ya da baba mirasçılıktan çıkarıldığında, geride kardeşler mirasçı olsa bile mirasbırakan çıkarmaya tabi miras payı üzerinde tam bir tasarruf özgürlüğüne sahip olacaktır. Öte yandan çıkarılanın saklı paylı altsoyu bundan böyle yalnızca torunlar, torun çocukları vs.olabilecektir. Aynı yönde Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.112, 113; Baygın, **Tasarruf Nisabı**, s.178.

41 Diğer bir hesaplama metodunda ise çıkarılan var kabul edilerek onun da saklı payı hesaplanır. Saklı paylar toplamında var kabul edilen çıkarılanın saklı payı ile çıkarılanın altsoyunun saklı payı da diğer saklı paylarla beraber toplanır. Daha sonra terekeden bu toplam çıkarılırken, bir yandan da çıkarılanın saklı payı çıkarılır. Formül, {TO=1-[çıkarılan ve altsoyu dâhil SPT]+çıkarılanın saklı payı} şeklindedir. Formülü örneğe uygularsak; Esp=1/4, ~~Asp~~=3/8 ve Ksp=3/8. O halde, TN=1-[(1/4+3/8+3/8)-3/8]=8/8–5/8=3/8 olur. Aslında bu formül, kardeşlerin saklı paylı mirasçı olduğu dönemde daha işlevseldi.

42 Tuor, **Art.478**, N.14; Şenocak, **a.g.m**, s.428–429; Baydar, **a.g.t**, s.68; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.182; Gubser, **a.g.e**, s.147. Oysa *Tuor* ve *Şenocak*, örneğin birinci zümrede tek mirasçı olan çocuğun mirasçılıktan çıkarılması durumunda, eşin miras payının artmasını kabul ettikleri halde, saklı payın sabit kalacağını savunmaktadırlar (**a.g.y**).

43 Örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde geride oğlu A ve eşi E hayatta kalmıştır. M, E'yi mirasçılıktan çıkarmıştır. ~~Emp~~=1/4 ve Amp=3/4. ~~Esp~~=1/4 ve Asp=3/8. Öğretide bu durumda E mirasçılıktan çıkarıldığı için, onun saklı payının yarısının ortak altsoya geçeceği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre eşin saklı payı ortak altsoya adeta özellikli bir kısmi halefiyet kuralı uygulanarak geçirilmektedir. Böylece SPT=Asp= 3/8+1/8=4/8 ve TO=4/8 olur. Bu halde ortak altsoyun saklı payında bir artış meydana gelmektedir. Eğer eş mirasçılıktan çıkarılmasaydı, tasarruf oranı 3/8 olacaktı. Bu durumda görüleceği üzere, eşin mirasçılıktan çıkarılması sonucunda altsoyun saklı payının artmasının yanı sıra tasarruf oranında da 1/8 oranında bir artış olmaktadır. Bu hesaplama metodu, eşin mirasbırakandan önce ölmüş kabul edilerek hesaplama yapılması ile aynı sonuca varmaktadır. Böylece bu görüşe göre, eşin mirasçılıktan çıkarılması ve çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunulması durumunda, istisnaen "çıkarılanın var kabul edilerek hesap yapılması sistemi" terk edilmekte ve mirasın reddinde olduğu gibi "ölmüş kabul edilerek hesap yapılması sistemi" benimsenmektedir.

halefiyet ilişkisi söz konusu değildir[44]. Aksine düşüncenin kabulü, mirasbırakanın çıkarmanın sonucu bakımından tanınan tasarruf özgürlüğünü kısıtlamak olur. Kaldı ki çıkarılanın altsoyu zaten kendi saklı payını almaktadır. Onun ayrıca ödüllendirilmesinin kanuni dayanağı yoktur ve mirasçılıktan çıkarmanın *ratio legis*'inden de böyle bir sonuç çıkmaz[45].

b. Çıkarılanın saklı paylı altsoyu yoksa

Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu yoksa veya çıkarılanın altsoyu mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı değilse, mirasbırakan çıkarmaya tabi miras payı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Bu halde çıkarılanın saklı payı, tasarruf oranına eklenecektir. Çıkarılan mirasçının saklı paylı altsoyunun olmaması, tasarruf oranını artırmaktadır. Altsoyu olmayan çıkarılanın birlikte mirasçı olduğu başkaca saklı paylı mirasçı varsa, tasarruf oranı çıkarılan mirasçının saklı payı oranında artar. Buna karşılık altsoyu olmayan çıkarılan kimsenin birlikte mirasçı olduğu başkaca saklı paylı

---

44 Eşin zümre sisteminin dışında yer aldığı ve eşin miras payı ya da saklı payı bakımından halefiyet sisteminin işlemeyeceği, ortak çocukların kanunen kendilerine tanınan saklı pay oranlarının, eşe halefiyet yoluyla dolaylı olarak artırılamayacağı yönünde: Oğuzman, **a.g.e**, s.214; Petek, **a.g.m**, s.143, dn.7. O halde yukarıdaki örnekte çıkarılan eşin saklı payı olan 1/4'ü tasarruf oranına eklemek ve ortak altsoy olan A'ya da **kendi saklı payı olan** 3/8 oranında saklı pay hakkı tanımak gerekir. Nitekim MK m.506, b.3 hükmü ilga edilmeden önce, ana ya da babadan biri mirasçılıktan çıkarıldığında, kardeşlere ana-babanın saklı pay oranı intikal etmiyordu; aksine kardeşler, ana-babanınkine göre daha az olan 1/8 oranındaki kendi saklı paylarını talep edebiliyorlardı. Aynı düşünce eşin mirasçılıktan çıkarılması halinde ortak altsoy bakımından da uygulanmak gerekir.

45 Gerçi bu görüşümüze, çıkarılan mirasçının var kabul edilerek hesaplama yapılması ve gerek miras payları gerekse saklı paylar belirlenirken, kanunda çıkarılanın miras payının "geçişinden" söz edildiği yönünde itiraz edilebilir. Biz de çıkarılanın var kabul edilerek hesaplama yapılması gerektiği görüşünde olduğumuzu belirtmiştik. Ancak çıkarılanın miras payının geçişi, MK m.511/II gereğince mirasbırakanın **tasarrufta bulunmadığı hallerde** diğer yasal mirasçıların miras paylarının belirlenmesi ile ilgili bir durumdur. Yani mirasbırakan başka türlü tasarruf etmemişse, bu miras paylarının zaten mirasçılara geçmek dışında bir şansı yoktur. Oysa mirasbırakanın çıkarmaya konu miras payı üzerinde tasarrufta bulunması halinde, kanun koyucu tasarruf özgürlüğünden yana tavır sergilemiş ve çıkarılanın altsoyunun **kendi** saklı payını isteyebileceğini hükme bağlamıştır (MK m.511/III). Kanımızca buradaki amaç sadece çıkarılanın altsoyunun (mülga MK 506 hükmü uyarınca kardeşlerin), çıkarılanın (annebabanın) saklı payını (1/4'ü) değil, kendi saklı payını (mülga MK m.506/b.3 gereğince 1/8'i) isteyebileceğini açıklığa kavuşturmak değildi. Aksine eşin mirasçılıktan çıkarılması durumunda, ortak altsoya düşen miras paylarının artırılması suretiyle, dolaylı olarak altsoya düşen saklı pay miktarının yükseltilmemesi ve böylece tasarruf oranının azaltılmaması gerekliliği de MK m.511/III hükmündeki "çıkarılanın altsoyunun kendi saklı payını isteyebilmesi" kuralının bir gereği olarak görülmek zorundadır. Şu halde çıkarılanın altsoyunun miras payının artabilmesi, saklı payın artabilmesinin haklı gerekçesini oluşturamaz.

mirasçı yoksa mirasbırakan herhangi bir saklı pay sınırlaması olmaksızın tüm terekesinde tasarruf edebilir[46].

İlk ihtimal, çıkarılan mirasçının bir altsoyu olmayabilir. Örneğin, M'nin ölümünde geride kızları K ve L ile eşi E hayattadır. M, K'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. Bu durumda, Emp= 1/4 ve birinci zümre=3/4 oranındadır. ~~K~~=3/8 ve L=3/8. Esp=1/4, ~~K~~=3/16 ve Lsp=3/16 ise SPT=1/4+3/16=7/16'dır. Çıkarılan K'nın altsoyu olmadığından, saklı paylar toplamına eklenecek bir oran yoktur. Böylece çıkarılanın saklı payı, bir sınırlamaya tabi olmaksızın tasarruf oranında kaldığından tasarruf oranı çıkarma neticesinde artmaktadır: TO=1–7/16=9/16'dır. Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu ya da onunla birlikte aynı zümrede başka mirasçılar yoksa **çıkarılanın miras payı,** kanuni intikal gereği **bir sonraki zümreye geçer**. Ancak, o zümredeki yasal mirasçılar, saklı paylı olmaları halinde dahi, saklı payın korumasından yararlanamayacaklardır[47]. Örneğin M'nin ölümünde, oğlu A ve babası B hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. Baba B, elbette M'nin saklıpaylı mirasçısıdır, fakat çıkarılanın altsoyu değildir. Bu sebeple B, kendisine düşen 1/4 oranındaki saklı payı talep edemez ve tasarruf oranı genişler. Bu örnekte tasarruf özgürlüğü tamdır.

İkinci ihtimal, çıkarılanın bir altsoyu vardır ve fakat mirasbırakana göre saklı paylı mirasçı değildir. Mirasbırakan, tasarrufta bulunduğunda, yalnızca çıkarılanın mirasbırakana göre de saklı paylı mirasçı olan altsoyunun hakkı korunur. Örneğin, M'nin ölümünde geride annesi A ve kardeşi K hayatta olan M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve terekenin tamamında tasarrufta bulunmuştur. Örnekte kardeş K, mirasçılıktan çıkarılan anne A'nın altsoyudur. Fakat K, mirasbırakanın **saklı paylı mirasçısı olmadığından** saklı pay talep edememektedir. İkinci zümredeki kardeşler, mirasbırakanın tasarrufta bulunmadığı hallerde, çıkarmaya konu miras payından yararlanabilirlerse de, şayet mirasbırakan çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bu-

---

46 Tuor, **Art.478**, N.17; Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.602; Çağa, **a.g.e**, s.152; Tongsir, **a.g.t**, s.52; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.409; Oğuzman, **a.g.e**, s.214, 233; Dural/Öz, **a.g.e**, s.206; İmre/Erman, **a.g.e**, s.241; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.376; Bellwald, **a.g.e**, s.115; Bessenich,, **Art.478**, N.3; Gubser, **a.g.e**, s.148–149; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.111; Ayan, **a.g.e**, s.169; Petek, **a.g.m**, s.147; 2.HD 9.1.1953, 78/29 (**İBD** 1953, s.171); Baydar, **a.g.t**, s.67.

47 Tuor, **Art.478**, N.17; Dural/Öz, **a.g.e**, s.206.

lunmuşsa, artık hiçbir şey talep edemezler. Bu durumda terekenin tamamı mirasbırakanın tasarruf oranına dâhil olur[48].

Kanun koyucu, mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunduğu hallerde, kural olarak tasarruf özgürlüğünden yana tavır sergilemekte, ancak istisnaen çıkarılanın mirasbırakana göre de saklı paylı bir altsoyu varsa, yalnızca onun için saklı pay korumasını kabul etmektedir. Çıkarılanın saklı paylı altsoyunun varlığı halinde onu koruma düşüncesi, mirasbırakana tasarruf özgürlüğü tanımak isteyen kanun koyucuyu, deyim yerindeyse kısmen frenlemiş olmaktadır. Buradaki düşünce, kanımızca, çıkarılanın altsoyunun, mirasbırakanın diğer saklı paylı mirasçılarına göre çıkarılana daha yakın olan saklı paylı altsoyun ekonomik geleceğini koruma (mirasın ekonomik güvence fonksiyonu) düşüncesidir. O nedenledir ki, bu noktada tüm saklı paylı mirasçılar değil, yalnızca çıkarılanın altsoyu korunmak istenmiştir[49].

---

[48] Tuor, **Art.478**, N.17; Piotet, **SPR IV/1**, s.429; Oğuzman, **a.g.e**, s.214; Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.184; Dural/Öz, **a.g.e**, s.206; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.113.

[49] Öğretide, çıkarılanın altsoyunun, çıkarma tasarrufundan etkilenmemesi kuralının temelinde yatan saikin, çıkarma tasarrufunun "medeni ceza" niteliğinde olması ve dolayısıyla da cezanın kişiselliği ilkesi olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre çıkarılanın altsoyu, kendisinin işlemediği suç ya da aile hukuku yükümü ihlali nedeniyle saklı payından yoksun bırakılamaz: Berki, **a.g.e**, s.44; Bessenich,, **Art.478**, N.2; Gubser, **a.g.e**, s.146; Petek, **a.g.m**, s.143. Meğer ki çıkarılanın altsoyu için de bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, mirastan yoksunluk, mirasın reddi ya da mirastan feragat durumu söz konusu olsun.

Ancak bu görüştekiler, bu korumanın yalnızca çıkarılanın altsoyu bakımından getirildiğini ve diğer saklı paylı mirasçılara kendi saklı paylarını talep etme imkânı verilmediğini dikkate almamaktadırlar. Yani çıkarılanın altsoyu cezalandırılmıyor iken, mirasbırakanın halefiyet kuralına göre sonra gelen diğer saklı paylı mirasçıları (anne, baba) cezalandırılmakta mıdır? Görüleceği üzere, çıkarılanın saklı paylı altsoyunun "cezanın kişiselliği ilkesi gereğince cezalandırılmadığı düşüncesi", bu konuyu açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Kanımızca, çıkarılanın yalnızca saklı paylı altsoyuna tanınan bu korumanın nedeni, cezanın kişiselliği ilkesi değil; çıkarılana –mirasbırakanın diğer saklı paylı mirasçılarına nazaran– daha yakın olduğu varsayılan çıkarılanın altsoyunun, mirasın ekonomik güvence fonksiyonu gereği korunmasıdır. Kanun koyucu, beğenelim beğenmeyelim, burada sonra gelen saklı paylı mirasçılara (anne-babaya) nazaran, çıkarılanın altsoyunun daha fazla ekonomik güvence ihtiyacı içerisinde olduğunu varsaymıştır. Böylece mirasçının korunması ile tasarruf özgürlüğü dengelemesinde, özgürlüğe sırf bu saikle bir istisna getirmiştir.

Ekleyelim ki, mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmadığı hallerde, yasal mirasçıların miras paylarında artış olacaktır. Bu durum ceza çıkarmanın kişiselliği ilkesinin bir sonucu olarak da görülebilir.

Karşı görüşteki Dural/Öz'e göre, "kanunun lafzına uygun olan bu durum, (…) adil olmadığı gibi, mirasçılıktan çıkarmanın şahsi olduğu kuralına da aykırıdır. Çünkü böylece, altsoy dışındaki mirasçılar da cezalandırılmaktadırlar. Kaldı ki, bu düzenlemeyi, feragat, red, mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk hariç, saklı paylı mirasçının muhakkak saklı payını elde etmesi gerektiği kuralı ile de bağdaştırmak mümkün değildir. Bu bakımdan, mirasçılıktan çıkarma sebebiyle zümre atlanması halinde de bu zümrede bulunan saklı paylı mirasçıların, tıpkı mirasçılıktan çıkartılanın altsoyu gibi korunması yerinde olur" (**a.g.e**, s.207). Kanımızca mirasçılıktan çıkarma koşullarının gerçekleşmesi bakımından ağır koşullar arayarak saklı paylı mirasçıları koruyan kanun koyucu, çıkarmanın sonuçları bakımından

Örneğin M'nin ölümünde babası B ve eşi E hayattadır. M, E'yi mirasçılıktan çıkararak tüm terekesinde tasarrufta bulunmuştur. Bu durumda E'nin farazi mp=1/2 ve Bmp=1/2 olur. ~~Esp~~=1/2 ve Bsp=1/2x1/4=1/8'dir. SPT=Bsp=1/8'dir. TO=1–1/8=7/8 olur. Görüleceği üzere E'nin saklı payı tasarruf oranına eklenmiş ve E'nin mirasbırakana göre saklı paylı mirasçı olan altsoyu olmadığından tasarruf oranı artmıştır[50].

3. Özellik Arz Eden Durumlar

Aşağıda miras payı ve tasarruf oranı hesaplamalarında özellik arz eden bazı durumlara ayrıca değinmekte yarar görüyoruz.

a. Çıkarılan kimse bulunduğu zümrenin tek mirasçısı ise eşin miras payının hesaplanması

(1). Mirasbırakan çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmamışsa

Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde oğlu A, babası B, annesi C ve eşi E hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkardığında, birinci zümrede A'nın yerini alacak başka mirasçı olmadığı için, miras ikinci zümre mirasçıları olan B ve C'ye geçecektir. Eş E ise bilindiği üzere zümre sisteminin dışındadır. Ancak bu kere, birinci zümrede mirasçı olacak kimse kalmadığından, eşin bu istisnai durumda birinci zümre ile mi yoksa ikinci zümre ile mi birlikte mirasçı olacağı sorunu ile karşılaşılmaktadır.

Bir görüşe göre[51] "miras paylarının, mirasçılıktan çıkarılan var kabul edilerek hesaplanması prensibi karşısında, mirasçılıktan çıkarılan kimse hangi zümrede yer alıyorsa,

---

kural olarak tasarruf özgürlüğü düşüncesini esas almıştır. Şu halde, mirasbırakanın çıkarılanın mirasında tasarrufta bulunduğu hallerde, çıkarılanın ölmüş gibi kabul edilerek, tüm diğer saklı paylı mirasçıların saklı paylarını talep etme imkânını bahşetmek, tasarruf özgürlüğünün neredeyse tamamen kısıtlanması anlamına gelir. Bu nedenle kanunda korumanın yalnızca çıkarılanın saklı paylı altsoyu için getirilmiş olmasını yerinde buluyoruz. Bunun çıkarmanın kişiselliği ilkesine aykırılık da oluşturmadığı düşüncesindeyiz. Zira çıkarma tasarrufu olmasaydı, zaten söz konusu kişiler, önce gelen zümrede mirasçının varlığı nedeniyle miras paylaşımına katılamayacak ve saklı pay da talep edemeyeceklerdi. Bu nokta da olsa olsa, miras sisteminin kendisi eleştirilebilir; örneğin anne ve babanın ikinci zümre yerine birinci zümrede olmaları gerektiği iddia edilebilir. Fakat elbette bu sonuç miras sisteminde ancak köklü bir değişiklikle sağlanabilir.

50 Aynı yönde Antalya, **Miras**, s.304. Başka bir örnek: M'nin ölümünde dedesi D ve eşi E hayattadır. M, E'yi mirasçılıktan çıkarmıştır. E'ye düşen 3/4 oranındaki miras payının tamamı tasarruf özgürlüğü kapsamında yer alır. O halde E'nin saklı payı olan 3/4 tasarruf oranına eklenir. D'nin ise saklı payı yoktur. Bu durumda tüm terekede mirasbırakan dilediği gibi tasarruf edebilir.

51 Baydar, **a.g.t**, s.65.

eşin miras payı da buna göre belirlenir. (…) Zira mirasçılıktan çıkarılan, hesapta var kabul edilir. Bu bağlamda asıl sorun, mirasçılıktan çıkarılanın var kabul edildiği hesapta kendisine düşen miras payının, kimlere ve ne oranda intikal edeceğidir". Böylece örneğimizde mirasçılıktan çıkarılan A, miras hesabında dikkate alınmak ve eşin miras payı, onun birinci zümre ile birlikte mirasçı olduğu hal için geçerli olan 1/4 oranında hesaplanmak gerekir. Bu hesaplamaya göre E=1/4 ve B ile C ise 3/8'er miras payı kazanırlar[52].

Çoğunluk görüşüne göre ise[53], *bulunduğu zümrenin tek mirasçısı olan kimse* mirasçılıktan çıkarıldığında, söz konusu zümrede artık mirasçı sıfatına sahip kimse bulunmayacağından, eş bir sonraki zümre ile birlikte mirasçı olur. Başka deyişle eş ***fiilen*** hangi zümre ile birlikte mirasçı oluyorsa, eşin miras payının o zümreye göre belirlenmesi gerekir. Bu hesaplamaya göre örneğimizde E= 1/2 ve ikinci zümre= 1/2 (dolayısıyla A ile B 1/4'er) miras payı kazanırlar[54].

Kanımızca, kanun koyucu MK m.511/II hükmünü düzenlerken bu istisnai örnekte ortaya çıkan tabloyu öngörmüş değildir. MK m.511/II hükmünün birinci görüşteki gibi eşin aleyhine ve uzak hısımların lehine yorumlanması, hakkaniyete pek uygun gibi gözükmemektedir. Zira mirasbırakana ailesel yakınlık bağı olarak uzak hısımlara

---

52 Özellikle yasal mal rejiminin edinilmiş mallar rejimine dönüştürülmesinden sonra, ayrıca eşin miras payları ve saklı paylar bakımından Medeni Kanunda oldukça güçlü bir şekilde korunması, diğer yasal mirasçılar bakımından biraz dengesiz bir sonuç ortaya çıkarmıştır. Aynı yönde Dural/Öz, **a.g.e**, s.234–235 ve özellikle dn.8. Ekleyelim ki bu dengesizlik, eşin az miras payı almasını sağlamak üzere, mirasçılıktan çıkarma kurumundaki boşluktan yararlanmaya gerekçe oluşturmaz. Eşin, bulunduğu zümrenin tek mirasçısı iken mirasçılıktan çıkarılan kimsenin bulunduğu zümre ile birlikte mirasçı kabul edilmesi ve böylece miras payının düşük hesaplanması doğru olmaz. Zira eşin değişikliklerle abartılı bir şekilde korunuyor olması ayrı bir sorundur. Bu sorunun kendi ilgili kanun hükümlerinde değişikliğe gidilerek çözülmesi gerekir. Yoksa mirasçılıktan çıkarmada karşılaşılan bu özel durum için, bu dengesizlik, çözüm önerisine gerekçe oluşturamaz.

53 Tuor, **Art.478**, N.9; Çağa, **a.g.e**, s.152–154; Şenocak, **a.g.m**, s.428; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.113; Gubser, **a.g.e**, s.148. Buna karşılık, bu görüştekiler, bulunduğu zümrenin tek mirasçısı iken mirasçılıktan çıkarılan mirasçının miras payında, mirasbırakan tarafından tasarrufta bulunulmuş olması durumunda, eşin, sonraki zümre ile birlikte mirasçı olduğu gerekçesiyle saklı payının da artacağının savunulamayacağını, haklı olarak, kabul ederler. Bkz. §6.I.A.

54 Bu görüşün hesaplama metodu birinci görüş tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Baydar, **a.g.t**, s.65. Buna göre, MK m.511/II gereğince çıkarılanın miras payı "var" kabul edildiğinde, birinci zümre ile birlikte mirasçı olan eşin 1/4 miras payı alması gerekir. Yoksa onun ikinci zümre ile birlikte mirasçı olduğu ve böylece 1/2 miras payı alması gerektiği kabul edilirse, bu durum "mirasın yeniden paylaştırılması" olur. Oysa MK m.511/II'de yeniden paylaştırmadan değil, "çıkarılanın miras payının geçişinden" söz edilmektedir.

göre daha yakın olan eşin daha az miras payı alması hakkaniyete uygun düşmez[55]. Eşin miras hakkının daha uzak hısımlara nazaran korunması gerekir. Her iki görüşün dayandığı gerekçe de yürürlükteki hüküm açısından ikna edici nitelikte değildir. Bu nedenle kanunun bu istisnai durum için çözüm üretmeyi **ihmal etmesi** karşısında, ***bir***

---

55 Nitekim bu görüşümüz, miras hukukunda çağımızda eşin miras hakkı bakımından korunması yönündeki eğilime de uygun düşmektedir. Gerçi MK m.499/ b.3 hükmünde, mülga MK m.444/ b.3 hükmüne nazaran eşin miras payında üçüncü zümre ile birlikte mirasçı olma bakımından bir gerileme gözlemlenmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Genel Gerekçesinde değişiklik nedeni şöyle ifade edilmiştir: " *(Eski Medeni) Kanunun 441 inci maddesinde 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla yapılmış olan değişiklik, söz konusu miras paylarının bu kişilere (amca, hala, dayı, teyze) geçmesini önlemektedir. Bu ise, Türk toplumunun aile yapısı ve amca, hala, dayı ve teyze ile yeğenleri arasındaki aile bağlarına ters düşmektedir*" (www.tbmm.gov.tr). Madde Gerekçesine göre ise "*Büyük ana ve büyük babanın kendi çocukları varken (...) kendisinden önce ölmüş olan büyük ana ve büyük babanın miras hisseleri bu kişilere (amca, hala, dayı, teyze) intikal edememektedir. Bu durum haksızlıklara yol açacak niteliktedir. / Türk toplumunun aile yapısı düşünüldüğünde, amca, hala, dayı ve teyze ile yeğenleri arasında yakın aile bağlarının mevcut olduğu, çoğu kez babanın ölümü halinde bu kişilerin yeğenlerine sahip çıktığı yadsınamaz bir gerçektir. Bu nedenle yakın aile bağları olan kişilerle sınırlı olmak üzere sağ kalan eş ile birlikte miras hakkı tanımak Türk toplumunun yapısına daha uygundur".* (www.tbmm.gov.tr).
Bu madde değişikliğine neden olabilecek 1990 yılından sonra Türk aile yapısında ortaya çıkan bir sosyal değişimin mevcut olmadığı ve aslında gizlenen gerekçenin aile malvarlığının ailede kalmasını sağlama amacı olduğu yolunda, söz konusu değişiklik eleştirilmiştir: Dural/Öz, **a.g.e**, s.41; ayrıca bkz ve karş. Serozan, **Yenilikler**, s.567. Kanımızca, kanun koyucu, 1990 yılından sonra bir sosyal değişim gerçekleşmiş olduğu için bu değişikliği yapmamış, aksine mülga düzenlemenin mevcut sosyal yapıya uygun olmadığı için yeni düzenlemeyle değiştirildiğini açıklamaya çalışmıştır. Sosyal yapının bu değişikliği gerektirip gerektirmediği ise, sosyolojik bir araştırmanın sonuçlarına göre yorum yapmayı gerektirir ve konumuzu aşar.
Öte yandan "aile malvarlığının ailede kalmasının amaçlandığı" yolundaki eleştiri, sanırız ki "hısımların" veya "kan bağının" korunması amacıyla hareket edildiğini vurgulamak istemektedir. Zira eş, amca, hala ve teyze zaten geniş aile üyesidirler. Kanun koyucu hala, teyze, amca gibi kişileri koruyan bu değişikliği yapmasaydı da, zaten malvarlığı yine bir aile üyesi olan "eş"e kalmaktaydı. Burada yapılan, eş aleyhine ama uzak kan hısımları lehine bir değişikliktir; belki bu yönde bir eleştiri düşünülebilir. Oysa anılan uzak kan hısımlarının zaten saklı payları yoktur. Öyleyse mirasbırakan tasarruf özgürlüğünü kullandığında, bu kanun değişikliğinin, "sınırlayıcı" ya da "kısıtlayıcı" bir etkisi zaten olamayacaktır. Bu açıdan bakıldığında, "saklı pay - tasarruf özgürlüğü karşıtlaşmasında" saklı paydan yana bir düzenleme de getirilmiş değildir ki, "aile mallarının ailede kalmasını sağlayıcı gizli bir amaç" söz konusu olsun. Sadece dar ve geniş aile üyeleri arasında miras hakkı konusunda kısmi bir tercih değişikliği yapılmıştır.
Ekleyelim ki, bu değişiklik eşin korunması yönündeki genel eğilimi ortadan kaldırmış değildir. Zira edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olması ve MK m.506 hükmündeki değişiklikle genel olarak saklı pay oranları düşürülürken, eşin saklı payının birinci zümre ile birlikte mirasçı olunan hallerde korunması ve diğer haller bakımından artırılması, eşin korunması amacını ortaya koymaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, **Yenilikler**, s.296 vd. Nitekim MK m.506 madde gerekçesinde, mülga Medeni Kanun döneminde 21.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle eşin korunmasının amaçlandığını, ancak söz konusu değişiklikle eşin üçüncü zümre ile birlikte mirasçı olduğu durumda saklı payının azaltılmış olduğu belirtilmektedir. (Zira 1990 değişikliği öncesinde eş, mülkiyeti seçerse, üçüncü zümre başı ile mirasçı olduğunda, 1/2 miras payı alıyor ve saklı payı yine 1/2 oluyordu. 1990 yılından sonra ise üçüncü zümre başı ile mirasçı olan eş 3/4 miras payının yarısı olan 3/8 oranında saklı pay sahibi oluyordu). Gerekçede bu olumsuzluğun giderildiği ve ikinci zümre ile mirasçı olma hali bakımından da eşin saklı payında artış yapıldığı belirtilmektedir. Böylece kanun koyucunun eşi korumayı hedeflediği açıktır.

kanun boşluğunun varlığı kabul edilmelidir. Zira ortaya çıkan duruma yönelik kanundan hareketle varılan çözüm önerileri, ya hakkaniyete aykırı sonuç doğurmakta ya da yeterli kanuni dayanağa sahip olmadığı noktasında eleştiriye uğramaktadır. **O halde kanımızca söz konusu kanun boşluğu MK m.1 gereğince ikinci görüştekilerin benimsediği sonuç yönünde doldurulmalıdır.** Başka deyişle eğer bir zümredeki tek mirasçı mirasçılıktan çıkarılmışsa, eşin sonraki zümre ile birlikte mirasçı olduğu kabul edilmelidir.

Bu görüşümüzün haklılığı şu örnekte daha da çarpıcı bir şekilde ortaya çıkar: M'nin ölümünde oğlu A, babaannesinin torunu (büyük amcanın çocuğu) B ve mirasbırakanın eşi E hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. *Birinci görüşe göre* eş birinci zümre ile birlikte mirasçıdır. O halde E=1/4 miras payı kazanır. Kalan 3/4 miras payı ise üçüncü zümrede tek mirasçı olan büyük amcanın torununa gidecektir. Bu durumda B=3/4 miras payı kazanır. Sonucu bakımından katıldığımız *ikinci görüşe göre,* eşin üçüncü zümre ile birlikte mirasçı olması durumu söz konusu olur. Zira birinci zümrede tek mirasçı olan A mirasçılıktan çıkarıldığında, MK m.499, b.3 gereğince geride eş ile birlikte üçüncü zümrenin başları ya da onların çocukları mirasçı bulunmuyorsa, eş mirasın tamamını alacaktır. Bu hesaplamaya göre büyük amcanın oğlu, "zümre başının çocuğu" değildir. O halde mirasın tamamı eşe kalır[56].

---

[56] Konuyu daha da açıklığa kavuşturmak için başka örnekler verelim. **Örnek 1:** Mirasbırakan M'nin ölümünde kan hısımlarından yalnızca oğlu A, babaannesi B ve büyük amcası C ile eşi E hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkardığında, birinci ve ikinci zümrede A'nın yerini alacak başka mirasçı olmadığı için, miras üçüncü zümreye geçecektir. Üçüncü zümrede yalnızca baba tarafından olan kökte mirasçı vardır, diğer tarafta mirasçı bulunmamaktadır. Bu durumda *birinci görüşe göre yapılan hesaplamada*; E= 1/4 miras payı alırken 3/4 miras payı üçüncü zümreye geçer. Anneanne-dede kökünde kimse hayatta olmadığı için miras babaanne-dede köküne geçer. Babaanne B=3/8 miras payı alırken, dede sağ olmadığı için onun altsoyu olan büyük amca C intikal prensibi gereği 3/8 miras payını alır. Katıldığımız *ikinci görüşe göre yapılan hesaplamada*; Eş E, üçüncü zümre ile birlikte mirasçı olmaktadır. E'nin miras payı= 3/4'tür. Üçüncü zümrenin miras payı= 1/4 olur ve anneanne-dede kökünde kimse hayatta olmadığı için miras babaanne-dede köküne geçer. Babaanne B=1/8 miras payı alırken, dede sağ olmadığı için onun altsoyu olan büyük amca C intikal prensibi gereği 1/8 miras payını alır.
Örnek 2: Mirasbırakan M'nin ölümünde annesi A, ölen kız kardeşinin oğlu Y ve büyükbabası B ile eşi E hayattadır. Mirasbırakan, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve Y'ye de miras bırakmak istemediğini tasarrufunda belirtmiştir. Bu durumda A'nın *mirasçılıktan çıkarılması* ve Y'nin *mirastan uzaklaştırılması* tasarrufları söz konusudur. E, *birinci görüş* gereğince, çıkarılanın bulunduğu ikinci zümre ile birlikte mirasçı olarak kabul edilmek gerekir. Sonuçta E=1/2 miras payı alırken, üçüncü zümrede zümre başı olan B'nin miras payı=1/2 olacaktır. *Katıldığımız ikinci görüşe göre* ise eş, üçüncü zümredeki zümre başı B ile mirasçı olur ve E=3/4, B=1/4 miras payı alır.
Örnek 3: Mirasbırakan M'nin ölümünde annesi A ve büyük amcasının oğlu (babaannesinin torunu) B ile eşi E hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. Bu durumda ikinci zümrede mirasçı kalmamıştır.

Son olarak MK m.511/II hükmünde yer alan çıkarılanın miras payının "onun altsoyu yoksa *diğer yasal mirasçılara* geçeceği" ifadesinin uyandırabileceği tereddüde değinelim. Kanun koyucu MK m.511/II hükmünde *diğer yasal mirasçılara* geçişten söz etmektedir. Buna göre, her ne kadar zümre sistemi içerisinde yer almıyor olsa bile, eş de MK m.511/II anlamında *diğer yasal mirasçılar*dan biri olarak görülebilir mi? Kanımızca, çıkarılanın altsoyunun olmadığı durumlarda çıkarılanın miras payı, zümre sistemi dâhilinde paylaştırılacak ve eşin sabit olan miras payında bir artış söz konusu olmayacaktır[57]. Zira eş her zaman MK m.499 gereğince kendisine düşen miras payını alarak çekilmekte, kalan miras payının kan bağı olan mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağı zümre sistemine ilişkin hükümlerde detayıyla düzenlenmektedir[58]. Örneğin altsoya düşen miras payı altsoy kaç kişiden oluşursa oluşsun artmamakta ve altsoy

---

Bununla birlikte eş, *birinci görüş* çerçevesinde, çıkarılan mirasçının bulunduğu zümre ile birlikte mirasçı kabul edilmek gerekir. Sonuçta E=1/2 miras payı alırken, B de 1/2 miras payı alacaktır. Buna karşılık *ikinci görüş* kabul edilirse, eş, en son üçüncü zümrenin zümre başları ve/veya onların çocukları ile (yoksa altsoyları ile değil!) mirasçı olur. Oysa B, zümre başının çocuğu değil, torunudur. Bu durumda *katıldığımız ikinci görüşe göre* bütün miras eşe kalacaktır.

57 Bir an için kanundaki "diğer yasal mirasçılar" ifadesine eşin de dâhil olacağını varsayalım. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde, mirasçılıktan çıkardığı oğlu A, babası B ve eşi E hayattadır.
Bu durumda "*çıkarılan mirasçı var kabul edilerek*" hesaplama yapılacaksa, eş birinci zümreyle birlikte mirasçı olacağından 1/4 miras payı alır. Birinci zümredeki tek mirasçı olan çıkarılanın farazi 3/4 oranındaki miras payı ise "diğer yasal mirasçılara" yani baba B'ye ve eş E'ye geçecektir. Bu sefer de bu payın nasıl dağıtılacağı sorunuyla karşılaşılacaktır.
Çıkarmaya tabi payın mirasbırakana adeta geri dönüp yeniden dağılım yapıldığı düşünülecek olursa, MK m.499 sistemi uygulanacaktır. Bu durumda diğer yasal mirasçılardan eş, **ikinci zümre** ile beraber mirasçı kabul edilerek, yeniden dağılacak 3/4 oranındaki payın 1/2'sini (3/4x1/2= 3/8'i) daha alacaktır. Baba B ise, yeniden dağılan 3/4 oranındaki payın 1/2'sini (3/4x1/2= 3/8'i) elde eder. Böylece toplamda eş= 1/4+3/8=5/8 miras payı kazanır. B'nin miras payı ise=3/8 olur.
Eğer çıkarmaya tabi 3/4'lük pay bakımından yeniden dağılımda eşin **çıkarılan ile aynı zümrede** (birinci zümrede) mirasçı olacağı kabul edilerek hesaplama yapılırsa; eş, 3/4 miras payının 1/4'ünü (3/16) daha alacaktır. Böylece eşin miras payı= 1/4 + 3/16 = 7/16 olur. B'nin miras payı ise = 3/4 x 3/4 = 9/16 olur. Ancak kanımızca ikinci kez yeniden eşin bakiye payın 1/4'ünü alacağını kabul etmek, bu metot bakımından doğru olmaz. Zira bu metotta, çıkarılanın miras payı adeta yeniden dağılıma çıkmaktadır.
Kanımızca bu metotlardan hiç biri uygulanamaz. Zira kanun koyucu MK m.511/II hükmünde diğer yasal mirasçılar ifadesiyle zümre mirasçılarını kastetmiştir. Aksine bir düşünce ile yukarıdaki hesaplamaların kabul edilmesi, miras sistemiyle ve kanun koyucunun amacıyla bağdaşmadığı gibi, yalnızca söze dayalı (lâfzî) bir yorum olur. Öte yandan, kendi miras payını aldıktan sonra, tekrar çıkarılanın miras payı bakımından paylaşmaya katılan eşin, yüksek bir miras payı elde etmesi ve böylece gereğinden fazla korunması isabetli olmaz.

58 Nitekim öğretide de MK m.511/II'deki "diğer mirasçılara" eş de dâhil edilerek bir hesaplama yapılmamaktadır: "Diğer yasal mirasçılar ise, eş E ile mirasbırakanın oğlu B'dir. Eşin 1.zümre ile mirasçılığında miras payı terekenin 1/4'ü olarak belirlendiğinden ve çıkarılan mirasçının (miras payı,) mirasbırakandan önce ölmüş gibi paylaştırılacağından (TMK m.499, eMK m.444), çıkarma konusu A'nın 3/8'lik payından E'nin yararlanması söz konusu değildir" (İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.376). Aynı yönde HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687).

sayısının fazlalığı sebebiyle eşin miras payında da bir azalma olmamaktadır. Miras sistemimizde gerek miras payı gerekse saklı pay olarak yeterince korunan eşin, bir de zümre sisteminden gelen çıkarılana ait payın bir kısmından yararlandırılması adil olmaz. Bu nedenle kanun koyucu, MK m.511/II'de yer alan "diğer mirasçılar" ifadesi ile bu mirasçılara eşi de dâhil etme düşüncesiyle hareket etmediği kanısındayız.

(2). Mirasbırakan çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmuşsa

Mirasbırakanın, çıkarılan mirasçının miras payında tasarrufta bulunması durumunda, çıkarılan mirasçı bulunduğu zümrenin tek mirasçısı ise, eşin saklı payının nasıl belirleneceği sorunu ile karşılaşılır. Bu durumda birinci görüş gereğince[59] zaten çıkarılan mirasçı var kabul edilerek hesaplama yapıldığından, eş, çıkarılanın bulunduğu zümre ile mirasçı kabul edileceğine göre, saklı payı da buna göre hesaplanacaktır. Buna karşılık ikinci görüş taraftarları[60], bu noktada mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmadığı durum bakımından savundukları görüşü, burada terk etmektedirler. Mirasbırakanın başkaca tasarrufta bulunmaması halinde, eşin fiilen hangi zümre ile mirasçı ise, o oranda miras payı almasını kabul eden ikinci görüştekiler, "başkaca tasarrufta bulunulması durumunda", eşin saklı payının artmayacağını savunmaktadırlar. Başka deyişle ikinci görüştekilere göre mirasçılıktan çıkarma sonucunda eşin miras payı artsa bile saklı payı sabit kalır. Yargıtay da eşin saklı payının değişmeyeceği görüşündedir[61].

Böylece her iki görüş de mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunması durumunda sonuç olarak aynı hesaplamayı kabul etmektedir[62]. Örneğin

---

59 Bkz yukarıda §6.I.A.1.

60 Tuor, **Art.478**, N.17; Çağa, **a.g.e**, s.154; Şenocak, **a.g.m**, s.428; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.113. Bkz. §6.I.A.1.

61 Yargıtay'a göre, "Medeni Kanunumuzda insancıl ve aileyi koruyucu düşüncelerle kan bağının korunması konusundaki görüşler birleştirilerek eşin mirasçılığı belirlenmiştir. Mirasta, eş yönünden halefiyet kabul edilmemesi (eMK. 439; yeni m.495) ve eşin mahfuz hissesinin değişmemesi (eMK. 453; yeni m.506) de bu kural altında değerlendirilmesi gereken hükümlerdir": 2.HD 12.12.1995, 11522/13538 (**Yasa HD** 1996/3, s.469–471).

62 Bununla birlikte, ikinci görüştekiler, miras payı hesabından farklı olarak eşin saklı payının sabit kalacağını kabul etmelerine dair bir gerekçe ortaya koymuş değillerdir. Sanırız ki bu görüştekiler, saklı paylı mirasçıların saklı pay haklarının korunması ile tasarruf özgürlüğünün korunması dengelemesinde, kanun koyucunun, mirasçılıktan çıkarmanın sonuçları bakımından kural olarak tasarruf özgürlüğünden yana tavır sergilediği düşüncesiyle hareket etmişlerdir.

mirasbırakan M'nin ölümünde geride çocuğu A, eşi E ve babası B sağ olsun. Çocuk mirasçılıktan çıkarıldığında, onun payında tasarruf edilmemişse, eş ikinci zümredeki B ile mirasçı olacak ve 1/2 miras payı alacaktır. Eğer çıkarılanın miras payında tasarruf edilmişse, bu kez eşin 1/4 oranındaki saklı payını isteyebilecektir. Yani bu kez eş, birinci zümre ile birlikte mirasçı gibi kabul edilerek, 1/4 miras payı almış ve bunun üzerinden saklı payı hesaplanmıştır.

Biz mirasbırakanın, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunduğu hallerde de, çıkarılanın bulunduğu zümrenin tek mirasçısı olması halinde, kanun koyucunun bu durumu öngörmediğini (ihmal ettiğini) ve ortaya **gerçek olmayan kanun boşluğu** çıktığını kabul ediyoruz. Adil bir sonuca varmak için MK m.1 gereğince, boşluk bu kere "mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün artması yönünde" İsviçre ve Türk Hukukunda hâkim olan ve 4721 sayılı Medeni Kanuna da yansıyan[63] genel eğilim çerçevesinde doldurulmak gerekir. Bu nedenle çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunulan hallerde, eşin miras payı oranı artmasına rağmen, saklı pay oranı sabit kalmalıdır. O halde eşin saklı payı, çıkarılanın bulunduğu zümreye göre alacağı miras payı üzerinden hesaplanmalıdır. Bununla birlikte en sağlıklı çözüm kanun koyucunun durumu açıklığa kavuşturan bir düzenleme yapması ve bu düzenlemede, savunduğumuz görüş çerçevesinde her iki durum için farklı metotları yasalaştırmasıdır[64]. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde oğlu A, babası B ve eşi E hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve tüm terekede tasarrufta bulunmuştur. Bu durumda Emp=1/4 ve A farazi mp=3/4

---

63 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 506'ncı maddesinde, mülga Medeni Kanunun 453'ncü maddesine nazaran saklı pay oranlarında azaltılmaya gidilmesi, 4.5.2007 tarih ve 5650 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle (**RG** 10.05.2007, N.26518), kardeşlerin saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılması, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün artırılmasına yönelik bir amacın var olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim bu durum MK m.506 Madde Gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: "*Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi yönündeki eğilimler göz önünde tutularak saklı pay oranları yeniden belirlenmiştir*" (www.tbmm.gov.tr).

64 Kanuna eklenecek bir madde ile bu sağlanabilir. Örneğin: "**Madde 511a** – Mirasçılıktan çıkarılan kimse bulunduğu zümrenin tek mirasçısı ise;
Mirasbırakan, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmuşsa, eş, çıkarılanın bulunduğu zümre ile birlikte mirasçı kabul edilerek kendisine düşen saklı payı isteyebilir.
Mirasbırakan, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmamışsa, eş çıkarılanın bulunduğu zümreden sonra gelen zümreyle, eşin mirasçılığını düzenleyen kurallara göre, birlikte mirasçı olur".

olur. Esp=SPT= 1/4 ve TO=3/4'tür. B, A'nın saklı paylı altsoyu olmadığından, çıkarılan A'ya düşen saklı pay (3/8), tasarruf oranı kapsamında yer almıştır[65].

b. Mirasbırakanın, mirasçılıktan tam çıkarılan mirasçının miras payının bir kısmında tasarrufta bulunmuş olması halinde

Kanun koyucu Medeni Kanunun 511. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında söz konusu ayırıma giderken, esas aldığı nokta, çıkarmaya konu **miras payı üzerinde** başkaları lehine bir kazandırmada bulunulmuş olup olmamasıdır[66]. Ancak mirasbırakan, tam cezai mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlemiş olmakla birlikte, çıkardığı mirasçının miras payının tamamında değil de bir kısmında tasarrufta bulunmuş olabilir. Ya da mirasbırakanın terekede yaptığı önceki ya da sonraki tasarruflar, terekenin tamamını kapsamıyor olabilir. Bu durumda tasarrufta aksine bir irade söz konusu olmadıkça, kanımızca terekenin üçüncü kişiler lehine kazandırmada bulunulmayan kısmı bakımından MK m.511/II hükmü uygulanmalıdır. Şöyle ki, çıkarılanın miras payında lehine kısmen kazandırmada bulunulan kimse bu kazandırmayı aldıktan sonra, terekenin tasarrufta bulunulmayan kalan kısmı MK m.511/II gereğince diğer yasal mirasçılara geçecektir. Burada çıkarılanın saklı paylı altsoyunun olup olmamasına göre farklı bir ayrıma gidilmesine gerek kalmamıştır. Zira tasarruf oranı aşılmamış durumda olduğundan, terekenin dokunulmayan kısmı, MK m.511/II gereğince yasal mirasçılara dağıtılacaktır[67].

Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde, oğlu A ve babası B hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve A'nın saklı payı dışında kalan kısmı arkadaşı V'ye bırakmıştır. M başkaca bir kazandırmada bulunmamıştır. A, mirasçılıktan çıkarıldığı için, mirastan

---

65 Konuya ilişkin başkaca örnekler verirsek: **Örnek 1:** Mirasbırakan M'nin ölümünde kan hısımlarından yalnızca oğlu A, babaannesi B ile eşi E hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve A'nın miras payı için V'yi mirasçı olarak atamıştır. Bu durumda Emp=1/4, çıkarılan Amp=3/4'tür. Esp=1/4, çıkarılan Asp=3/8. SPT=Esp=1/4 ve TO=3/4 eder. B saklı pay talep edemez. V, 3/4 oranında atanmış mirasçı olurken, E=1/4 saklı payını alır.

66 Eğer çıkarmaya tabi miras payının tamamı üzerinde hiçbir tasarrufta bulunulmamışsa, çıkarılanın miras payı diğer yasal mirasçılara geçecektir (MK m.511/II). Miras payının tamamı üzerinde başkaları lehine kazandırmada bulunulduğunda ise MK m.511/III hükmü uygulanacaktır.

67 Karş. Antalya, **Miras**, s.297. Bir görüşe göre mirasbırakan, çıkarılanın saklı payını da içerecek şekilde tasarrufta bulunmamış da saklı pay dışında kalan kısımda tasarrufta bulunmuşsa, cezai çıkarmaya konu saklı pay bakımından MK m.511/II hükmü uygulanmalıdır: Baydar, **a.g.t**, s.64. Buna karşılık çıkarmaya konu miras payında yapılacak kısmi kazandırmanın saklı payı aşması halinde ne olacağı sorunuyla karşılaşılacaktır. Başka deyişle çıkarılanın saklı payının aşılıp aşılmadığı bu noktada belirleyici bir kriter olamamaktadır. Ayrıca bkz ve karş. Petek, **a.g.m**, s.149 vd; Özuğur, **Iskat**, s.349.

hiçbir pay alamaz. Çıkarılmasaydı A'nın saklı payı 1/2 ve saklı pay dışında kalan kısım yine 1/2 olacaktı. Mirasbırakan, saklı pay dışında kalan 1/2 kısımda V lehine ölüme bağlı kazandırmada bulunmuştur. Bu durumda çıkarılan mirasçının saklı payı olan 1/2, MK m.511/II gereğince paylaştırılmak gerekir. Çıkarılan A'nın altsoyu olmadığına göre, ikinci zümrede yer alan B, 1/2 oranındaki çıkarılana düşen tasarruf edilmemiş payı alacaktır.

Başka bir örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ve B ile A'nın kızı C hayattadır. A'yı mirasçılıktan çıkaran M, A'ya düşen payın yarısını arkadaşı V'ye bırakmıştır. M başkaca bir kazandırmada bulunmamıştır. ~~Amp~~=1/2 ve Bmp=1/2'dir. Çıkarılan ~~Asp~~=1/4 olduğuna göre V'ye diğer yarı olan 1/4 oranında kazandırmada bulunulmuştur. Csp=1/4 ve Bsp=1/4 ise SPT=1/2 ve TO=1/2'dir. Bu durumda görüşümüz çerçevesinde terekenin tasarruf edilmeyen 3/4 oranındaki kısmı diğer yasal mirasçılara geçecektir. C ve B, kalan mirası 3/8'er olarak paylaşacaklardır. Tasarruf oranı aşılmadığından tenkis edilecek bir kazandırma da söz konusu değildir[68].

Mirasbırakan, ihlalde bulunan saklı paylı mirasçısını tam bir şekilde mirasçılıktan çıkardıktan sonra, onun saklı payının bir kısmını ve saklı pay dışında kalan miras payının (tasarruf edilebilir kısmın) tamamını kapsayacak şekilde de tasarrufta bulunmuş olabilir. İlk olarak çıkarılanın saklı paylı bir altsoyunun olmadığı durumu inceleyelim. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde, oğlu A ve babası B hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve A'nın saklı payının yarısı dışında kalan kısmı arkadaşı V'ye bırakmıştır. M başkaca bir kazandırmada bulunmamıştır. A, mirasçılıktan çıkarıldığı için, mirastan hiçbir pay alamaz. A, mirasçılıktan çıkarılmasaydı A'nın saklı payının (1/2'nin) yarısı 1/4 olduğuna göre, V'ye yapılan kazandırma oranı= 1/4 (saklı payın

---

68 Oysa çıkarılanın miras payında ister tasarrufta bulunulmuş olsun isterse olmasın, çıkarılanın altsoyunun yalnızca kendi saklı payını isteyebileceği şeklindeki Yargıtay uygulaması ve buna dayanan görüş kabul edilecek olsaydı, hesaplama değişirdi. Bu durumda C=1/4 saklı paydan daha fazlasını isteyemezdi. V'ye yapılan kazandırma tasarruf oranını aşmadığından V=1/4 terekeden pay alırdı. Bu durumda B'ye 1/2 miras payı düşerdi. Ancak bu görüşün yeni MK m.511/II hükmünün açık ifadesi karşısında artık uygulama değerinin kalmadığı düşüncesinde olduğumuzu bir kez daha hatırlatalım.
Fakat mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufta A'yı mirasçılıktan çıkarıp, onun miras payının yarısında V'ye kazandırmada bulunduktan sonra, ayrıca B'nin 1/2 miras payı almasını arzu ettiğini belirtmiş olsaydı, C aleyhine ve B lehine bir kazandırmada bulunmuş olacaktı. Ancak bu halde, sonuç itibariyle Yargıtay uygulamasıyla aynı noktaya varırdık ve mirasbırakanın iradesi gereğince terekeden C'ye 1/4 pay düşerdi.

yarısı) + 1/2 (tasarruf edilebilir kısım)= 3/4'tür. Bu durumda V kendisine yapılan 3/4 kazandırmayı elde ederken, kalan 1/4 oran için MK m.511/II uygulanacak ve baba B mirasçı olacaktır.

İkinci olarak tam çıkarılan mirasçının saklı paylı bir altsoyunun olduğu ihtimali inceleyelim. Örneğin M'nin ölümünde geride oğulları A ve B ile A'nın oğlu C hayattadır. M, A'yı tamamen mirasçılıktan çıkarmış, ayrıca arkadaşı V'yi A'nın saklı payının yarısı dışında kalan oranda mirasçı olarak atamıştır. M başkaca bir kazandırmada bulunmamıştır. Bu durumda A farazi mp=1/2, Bmp=1/2'dir. ~~Asp~~=Csp=1/4 ve Bsp=1/4'tür. SPT= 1/4+1/4=1/2 ve TO=1/2'dir. Olayda çıkarılanın saklı paylı mirasçısı kendi saklı payı olan 1/4'ü talep edebilecektir (Burada MK m.511/III uygulanmaktadır). V ise A'ya düşen saklı payın (1/4'ün) yarısı olan 1/8 dışındaki pay için; yani 1/2–1/8=3/8 için mirasçı atanmıştır. Bu durumda terekenin üzerinde tasarruf edilmeyen kalan 5/8 oranındaki kısmı yine MK m.511/II gereğince paylaştırılmak gerekir. Bu durumda C ve B, 5/16'şar miras payına kavuşacaklardır[69].

B. MİRASÇILIKTAN KISMİ ÇIKARMA DURUMUNDA

Cezai mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükümler, esasen saklı paylı mirasçının tamamen miras hakkı dışında kalmasını (tam cezai mirasçılıktan çıkarmayı) öngörerek düzenlenmiş hükümlerdir. Kısmi mirasçılıktan çıkarmayı hukuken geçerli ve mümkün gördüğümüzden[70], tam cezai çıkarmaya ilişkin hükümlerin, kısmi cezai çıkarmanın bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanacağı görüşüne katılıyoruz[71]. Öncelikle belirtelim ki mirasbırakan, kısmi çıkarmada bulunduğunda kısmen çıkarılan kişi, saklı payının bir kısmını ve kanunen öngörülen yasal saklı pay oranı dışında kalan miras payını yitirmektedir. Yani kısmen çıkarılan mirasçı, tam çıkarmadan farklı olarak bütün

---

69 Eğer isabetli görmediğimiz Yargıtay uygulaması çerçevesinde eMK m.458, c.3'teki sistem uygulanacaksa, çıkarılanın saklı paylı altsoyunun yalnızca kendi saklı payını (yani olayda 1/4'ü) talep edebileceği kabul edilecek ve 1/8 oranındaki artık değer, tamamen B'ye düşen paya eklenecektir. Buna göre B=1/4+1/8=3/8 pay alırken, C=1/4 pay alacak ve V=3/8 oranında mirasçı atanmış olacaktır.

70 Kısmi çıkarmanın caiz olup olmadığı tartışması ve farklı görüşler için bkz. §2.I.B.

71 Bu görüşte Baydar, **a.g.t**, s.60.
Mirasbırakanın bir saklı paylı mirasçısının saklı payı ile yetinmesini öngören tasarrufunun kısmi mirasçılıktan çıkarma olmadığını; bunun alelade bir mirastan uzaklaştırma tasarrufu olduğunu ve mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin varlığına bağlı olmayıp her zaman gerçekleştirilebileceğini hatırlatalım. Tam çıkarmanın geçerliliği için aranan tüm koşullar –özellikle çıkarma nedeninin aile bağını koparıcı ağırlığa sahip olması zorunluluğu– kısmi çıkarma bakımından da tam bir şekilde aranacaktır.

miras payını yitirmemektedir ve kendisine yalnızca "**saklı payının çıkarmaya tabi tutulmayan kısmı**" kalmaktadır[72].

1. Mirasbırakanın, Kısmi Çıkarmaya Tabi Saklı Pay Üzerinde Başkaca Hiçbir Tasarrufta Bulunmamış Olması Halinde

Kısmen çıkarılan mirasçı, kısmi çıkarma dışında bırakılmış (azaltılmış) saklı pay üzerinde miras hakkına sahip olmaktadır. O halde mirasbırakan çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunmamış olsa bile kısmi çıkarmada, "çıkarılan var kabul edilerek" hesaplama yapılması zorunludur. Bu pay dışında kalan kısım (yasal saklı paydan indirilen kısım ile yasal saklı pay dışında kalan miras payı) bakımından, eğer mirasbırakan başkaca bir tasarrufta bulunmamışsa, MK m.511/II hükmü uygulanacaktır. Böylece kısmi çıkarmaya tabi kısım, varsa öncelikle çıkarılan mirasçının altsoyuna, altsoy yoksa mirasbırakanın diğer yasal mirasçılarına intikal edecektir[73].

Örneğin Mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ve B ile A'nın oğulları C ve D hayattadır. M, A'yı saklı payının yarısı dışında mirasçılıktan çıkarmıştır. Başkaca bir tasarrufta bulunmayan M'nin terekesi 16.000-TL'dir. Bu durumda A farazi mp ve Bmp=1/2'şerdir. A farazi sp=1/4 ve bunun yarısı=1/8 eder. Şu halde A, 1/8 oranında mirasçıdır. A'nın farazi miras payından (1/2'den), azaltılmış saklı payını (1/8'i) çıkardığımızda, sonuçta halefiyet yoluyla diğer mirasçılara intikal edecek olan oranı buluruz: 1/2–1/8=3/8. Kalan çıkarmaya tabi miras payı bakımından başkaca bir tasarrufta bulunulmadığına göre MK m.511/II'de öngörülen sistem uygulanacaktır. Buna göre çıkarma dışı bırakılan kısım (3/8); C ile D arasında 3/16'şar olarak paylaştırılmalıdır. Sonuçta: B=1/2, A=1/8, C=3/16 ve D=3/16 oranında mirasçı olurlar ve B=8.000-TL, A=2.000-TL, C=3.000-TL, D=3.000-TL terekeden pay alır.

Bu noktada, miras hukukunun kanuni intikal prensibi uyarınca, halef ile selefin aynı anda mirasçı olamayacağı; çizgi olarak önce gelen mirasçının sonra gelen mirasçının mirasçılığını ortadan kaldıracağı yönünde eleştiri yapılabilir. Gerçekten selef, halefin

---

72 Bu sebeple kısmi mirasçılıktan çıkarma, yukarıda incelenmiş olan tam mirasçılıktan çıkarmada, çıkarılanın miras payının bir kısmında tasarrufta bulunulması konusu ile karıştırılmamalıdır. Zira orada çıkarma tam, kazandırma kısmi iken, burada çıkarma kısmidir.

73 Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.607–608; Baydar, **a.g.t**, s.60.

mirasçılığına engel olur. Ancak bu sistem, mirasbırakanın hiçbir tasarrufta bulunmamış olduğu durumlarda mutlak bir uygulama alanına sahiptir. Oysa burada mirasbırakan, bir ölüme bağlı tasarrufta bulunarak mirasçılıktan çıkarma iradesinde bulunmuştur. Eğer o tam bir mirasçılıktan çıkarmayı öngörerek başkaca bir tasarrufta bulunmasaydı, iradesinin, çıkarılan mirasçının miras payını kanuni intikal sistemi gereğince dağıtmak istediği yönünde olduğu kabul edilecekti. Nitekim MK m.511/II'de bu *faraziye (fiction)* kabul edilmiştir. Oysa kısmi çıkarmada, mirasbırakan daha farklı bir irade ile hareket etmektedir. Öncelikle çıkardığı mirasçısının saklı payının bir kısmı ile yetinmesini arzu etmektedir ve onu büsbütün mirasın dışına itmemektedir. Öte yandan çıkarılan kısmın akıbeti hakkında başkaca bir tasarrufta bulunmuş da değildir. O halde çıkarmaya tabi bu kısım yasal mirasçılar arasında paylaştırılırken, mirasbırakanın MK m.511/II'de düzenlenen sistemden ayrılmak istemediği varsayılmak gerekir[74]. Bu gerekçelerle, biz kısmi mirasçılıktan çıkarmada mirasbırakan çıkarmaya konu pay üzerinde başkaca bir tasarrufta bulunmadığında, hem çıkarılanın hem de varsa çıkarılanın altsoyunun mirasçı olabileceğini kabul ediyoruz[75].

Kısmi mirasçılıktan çıkarma bakımından uygulanan bu metot, çıkarılanın altsoyunun bulunmadığı durumlarda, diğer mirasçılara geçiş bakımından yapılacak hesaplamalarda da uygun olduğu ölçüde uygulanmak gerekir[76].

2. Mirasbırakanın, Kısmi Çıkarmaya Tabi Saklı Pay Üzerinde Başkaca Bir Tasarrufta Bulunmuş Olması Halinde

Eğer mirasbırakan, kısmen çıkarmaya tabi tuttuğu pay üzerinde başkaları lehine bir kazandırmada bulunmuşsa, MK m.511/III hükmünün burada da uygulanıp uygulan-

---

74 Kaldı ki bu örnek, kanunda intikal sisteminin klasik işleyişinin değiştiği tek durum değildir. Her ne kadar gayesi cezai mirasçılıktan çıkarmadan farklı olsa da, koruyucu mirasçılıktan çıkarmada da aynı hesaplama ile karşılaşılmaktadır. Orada da mirasbırakan, altsoyunu saklı payının yarısı oranında mirasçılıktan çıkarmakta ve çıkardığı kısmı altsoyunun doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemektedir (MK m.513/I). Böylece her ne kadar tam bir kanuni intikal niteliği taşımasa ve özgülemede bulunma koşulu aransa da, eğer özgüleme yapılmışsa, sonuçta hem selef hem de halef miras payı elde etmektedir.

75 Aksini düşünerek, çıkarmaya tabi kısmın altsoy atlanarak diğer yasal mirasçılara dağıtılmasını savunmak, hakkaniyete uygun olmaz ve böyle bir düşünce için kanunda kesin bir dayanak da söz konusu değildir. Zira MK m.511/II hükmünde yer alan sistemden farklı bir sonuç kabul edilecek olsaydı, kanunun hangi hükmüne dayanılarak altsoyun bu paylaştırmada es geçileceği ve MK m.511/II hükmünün hangi hükme dayanılarak kısmi çıkarma bakımından uygulanmayacağı açıklanamazdı.

76 Örneğin eş ile birlikte kan hısımlarının mirasçı olması ya da eş olmaksızın kan hısımlarının mirasçı olmaları durumu bakımından yukarıda yapılan hesaplamaları, burada bir kez daha tekrar etmiyoruz.

mayacağı sorunu ile karşılaşılacaktır. Tam mirasçılıktan çıkarma için MK m.511/III hükmü ile kabul edilen çözümden, kısmi mirasçılıktan çıkarma bakımından ayrılmayı haklı kılacak bir gerekçenin olmadığı yönündeki görüşe[77], biz de katılmaktayız. Buna göre, kısmen çıkarılan mirasçının saklı paylı altsoyu varsa, o, saklı pay talebinde bulunabilecektir.

Bununla birlikte bu görüşe karşı bir takım itirazlar ileri sürülebilir[78]. Öncelikle kanuni halefiyet prensibi gereğince selefin, halefin mirasçılığına engel olacağı, bu sebeple çıkarılan ile onun altsoyunun yan yana mirasçı olmalarının mümkün olamayacağı savunulabilir. Böylece kısmi çıkarmaya tabi payın mirasbırakanın tasarruf oranına eklenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Saklı paylı mirasçılık statüsünden yararlanan kimsenin, kısmen mirasçılıktan çıkarılan kişi olduğu, onun altsoyunun saklı paylı mirasçılık statüsünden yararlanamayacağı savunulabilir. Bununla birlikte yukarıda mirasbırakanın kısmi çıkarmaya tabi pay üzerinde tasarruf etmemesi konusunda ifade ettiğimiz gerekçeler, bu itirazlar bakımından da geçerli birer savunma olmak gerekir. Öncelikle tam mirasçılıktan çıkarma cezasına çarptırılan mirasçının altsoyuna MK m.511/III gereğince kendi saklı payını isteme imkânı tanıyıp, daha az bir yaptırıma maruz bırakılan kısmi mirasçılıktan çıkarılan kişinin altsoyuna "bakiye saklı payı" talep etme hakkı tanımamak, pek hakkaniyete uygun bir çözüm olmaz[79].

Kısmi çıkarma bakımından MK m.511/III hükmünün nasıl uygulanacağını aşağıdaki ihtimallere göre farklı farklı değerlendirmek gerekir.

---

77 Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.607–608; Baydar, **a.g.t**, s.61.

78 Bu itirazlara işaret eden Baydar, itirazlara katılmamakta ve MK m.511/III hükmünün kısmi çıkarma bakımından da uygulanması görüşünü desteklemektedir (**a.g.t**, s.61).

79 Aynı yönde Baydar, **a.g.t**, s.61: "Tam çıkarma durumunda saklı pay güvencesine sahip bulunan altsoyu, kısmi çıkarmada bu güvenceden yoksun bırakmamak gerekir. Zira çoğun içinde az her zaman vardır". Öte yandan daha önce de ifade ettiğimiz üzere, koruyucu mirasçılıktan çıkarma, her ne kadar tam bir kanuni intikal niteliği taşımasa ve kanunda mirasbırakanın özgülemede bulunması koşulu aransa da, eğer özgüleme yapılmışsa, sonuçta hem selef hem de halef miras payı elde etmektedir. (MK m.513/I). Yine MK m.511/III hükmünün burada uygulanmayacağını gösteren kanunda başkaca bir dayanak bulmak mümkün değildir. Kaldı ki, Miras Hukukunun özellikle altsoy için güvence fonksiyonu dikkate alındığında, kanımızca birinci zümredeki çıkarılan mirasçının kardeşleri yerine altsoyunun mirastan yararlandırılması yönünde yorum yapılması hakkaniyete daha uygun düşer.

a. Çıkarılanın, mirasbırakana göre saklı paylı altsoyu yoksa

Tam cezai çıkarmada olduğu üzere, kısmi çıkarmada da çıkarılan mirasçının saklı paylı altsoyu yoksa kısmi çıkarmaya tabi payın mirasbırakanın tasarruf oranına ekleneceği kabul edilmek gerekir.

Örnek: Mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ve B hayattadır. M, A'yı saklı payının yarısı dışında mirasçılıktan çıkarmış ve kısmi çıkarmaya konu pay üzerinde V lehine tasarrufta bulunmuştur. M'nin terekesi 8.000-TL'dir. Buna göre: miras payları A için=1/2 ve B için=1/2'dir. M'nin tasarruf oranı=1/2'dir. A'nın saklı payı=1/4 ve saklı payın yarısı=1/8'dir. Çıkarmaya tabi kısım= A'nın miras payı (1/2) – A'nın saklı payının yarısı (1/8)= 3/8 olacaktır. A'nın saklı paylı altsoyu olmadığına göre, çıkarmaya tabi pay (3/8) tasarruf oranına eklenecektir. Eklemeli tasarruf oranı= 1/2 + 3/8= 7/8'dir. M, terekesinin 7/8'inde tasarrufta bulunma özgürlüğüne sahiptir, ancak o sadece çıkarılan kısımda tasarrufta bulunmuştur. Bu durumda A=1/8, B=1/2 miras payı alacak ve V kendisine yapılan 3/8 oranındaki kazandırmayı talep edebilecektir. O halde A=1.000-TL, B=4.000-TL miras hakkına sahip olur. V lehine ise 3.000-TL tutarında kazandırmada bulunulmuştur.

b. Çıkarılanın, mirasbırakana göre saklı paylı altsoyu varsa

Kanımızca kısmi mirasçılıktan çıkarma halinde, eğer çıkarılan mirasçının saklı paylı altsoyu varsa, onun MK m.511/III gereğince kendi saklı payına ilişkin talebi, kısmen çıkarılana özgülenen saklı pay oranı dışında (bakiye saklı pay oranında) yerine getirilmek zorundadır. Çünkü mirasbırakan, kısmen çıkardığı kişiye saklı payının bir kısmını bırakmıştır. O halde, çıkarılanın altsoyu, kalan saklı pay kısmı kadar kendi saklı payını talep edebilir. Zira kısmi çıkarma tasarrufu olmasaydı, kısmen çıkarılanın altsoyu halefiyet ilkesi gereği hiçbir pay alamayacaktı.

Örneğin M'nin ölümünde oğlu A ve A'nın oğlu B hayattadır. M, kısmi çıkarmaya tabi pay üzerinde V lehine kazandırmada bulunmuştur. M, A'yı saklı payının yarısı dışında mirasçılıktan çıkarmışsa, A saklı payının yarısı olan 1/4 oranında mirasçıdır. Saklı payın diğer yarısı olan 1/4 oranında B kendi saklı payını talep edebilir; yoksa 1/2 oranında (MK m.506, b.1) talepte bulunamaz. V'ye yapılan kazandırma ise 1/2 oranındadır.

Bu çözüm, çıkarmanın şahsiliği ilkesine ters düşer gibi gözükse de gerçekte durum farklıdır. Zira B'ye saklı payın tamamını talep etme hakkı tanıdığımızda, B=1/2 ve kısmi çıkarılan A=1/4 pay almış olur ki, bu durum mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün –üstelik de kısmi mirasçılıktan çıkarmada– kısıtlanması anlamına gelir. Herhalde böyle bir yorum kabul edilemez. Kaldı ki bunun için yeterli kanuni dayanak da bulunmamaktadır.

C. CEZAİ ÇIKARMANIN GEÇERLİLİK UNSURLARINI TAŞIYAN MİRASTAN UZAKLAŞTIRMA DURUMUNDA

Alelade mirastan uzaklaştırmada saklı paylı olmayan mirasçıların mirasın dışına itilmeleri ile saklı paylı mirasçıların saklı payları dışında kalan kısımdan yoksun bırakılmalarıdır. Fakat bu iki tür arasında burada bizi ilgilendiren nokta, saklı paylı mirasçıların saklı pay dışında kalan kısımdan yoksun bırakılmaları noktasıdır. Eğer ortada geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yoksa zaten durum bir özellik arz etmez ve mirastan uzaklaştırma kuralları uygulanır. Kaldı ki böyle bir tasarruf için mirasçılıktan çıkarma koşullarının gerçekleşmiş olması dahi aranmaz. Fakat eğer ortada geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu varsa ve fakat mirasbırakan, bu tasarrufta ihlalde bulunan mirasçısını **saklı payı dışında mirasçılıktan çıkardığını** belirtmişse ne yapılmak gerekecektir? Zira kısmi mirasçılıktan çıkarma için en azından saklı payın bir kısmından yoksun bırakılma gerekir. İşte burada adeta kısmi mirasçılıktan çıkarma kurumu ile mirastan uzaklaştırma kurumu çakışmaktadır. Bu durumda çıkarma dışı kalan kısım (tasarruf oranı) bakımından genel kanuni intikal kurallarının mı yoksa MK m.511/II ve III'deki çıkarmaya ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı sorunuyla karşılaşılır.

İlk olarak mirasbırakanın çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunmadığı ihtimali değerlendirelim. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde geride oğulları A ve B ile A'dan olma torunu C sağdır. M, düzenlediği bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda A'yı saklı payı hariç olmak üzere mirasçılıktan çıkardığını belirtmiştir. M eğer başkaca bir tasarruf yapmadıysa, genel kanuni intikal kurallarının uygulanması kabul edilecek olursa, A yalnızca saklı payı olan 1/4 miras payını elde edecek ve MK m.511/II uygulanamayacağı için, bakiye artık pay torun C'ye intikal edemeyecektir. Bu durumda B=1/2 (kendi miras payı) + 1/4 (artık pay)= 3/4 miras payına kavuşacaktır. Burada MK m.511/II hükmünün uygulanabileceği kabul edilirse 1/4'lük artık pay torun C'ye

gidecektir. Kanımızca geçerli bir mirasçılıktan çıkarmanın varlığı halinde mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hesaplama sistemi devreye girmelidir. Fakat geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufu söz konusu değilse[80], ya da saklı paylı mirasçılık söz konusu olmadığı için mirasçılıktan çıkarma koşulları yoksa o halde alelade uzaklaştırma için genel intikal kuralları uygulanacaktır.

Şimdi de mirasbırakanın çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunduğu ihtimali değerlendirelim. Eğer geçerli bir mirasçılıktan çıkarmanın söz konusu olmadığı alelade uzaklaştırmada mirasbırakan uzaklaştırmaya tabi miras payında kazandırmada bulunmuş olsaydı, kural olarak MK m.511/III uygulanamayacağı için, uzaklaştırılanın altsoyu kendi saklı payını talep edemeyecekti. Eğer geçerli bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun varlığına rağmen, mirasbırakan çıkarılanın yalnızca saklı payıyla yetinmesini arzu etmişse, bu durumda MK m.511/III uygulanabilecek midir? Bu ihtimalde mirasbırakan, çıkarılanın saklı payı dışında kalan kısmında tasarruf etmiştir. Saklı pay çıkarılanda bırakılmıştır. Saklı paydan arta kalan bir "artık saklı pay" söz konusu olmadığına göre, bu ihtimalde de MK m.511/III hükmünün uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

II. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN TENKİSE UĞRAMASI DURUMUNDA MİRAS PAYLARININ VE TASARRUF ORANININ HESAPLANMASI

A. TAM MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN TENKİSİ DURUMUNDA

Geçerli bir mirasçılıktan çıkarma nedeninin bulunmaması (tasarrufta çıkarma nedeninin gösterilmemiş, gerçek dışı ya da yetersiz olması) durumunda, mirasçılıktan çıkarma tenkise tabidir. Tenkis sonucunda çıkarılan yalnızca saklı payını almaktadır. Zira kanun, tenkis halinde çıkarma tasarrufunun "*mirasçının saklı payı dışında yerine getirileceği*nden söz etmektedir (MK m.512/III). Bununla birlikte saklı pay dışında kalan

---

80 Aynı yöndeki 2.HD'nin 20.2.1997 tarih ve 1192/1853 sayılı kararına göre: "Murisin tüm mal varlığını davalıya vermiş olması karşısında, yapılan tasarrufun, mirasçının mirastan ıskat edildiğini göstermez. Bir ölüme bağlı tasarrufun ıskat olarak kabulü için muayyen mirasçının ıskat edildiğini gösteren irade açıklamalarını taşıması gereklidir. Kaldı ki murisin ölüme bağlı tasarrufu ıskat olarak kabul edilse dahi sebebi gösterilmeyen veya ispat edilmeyen ıskatın Medeni Kanunun 459/2. (yeni 512/III) maddesi gereğince tasarruf nisabı miktarının infazı gerekir. Davanın tenkise ilişkin bölümü incelenerek karar verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeden hüküm tesisi doğru değildir" (**HukukTürk**).

miras payının ne olacağı, miras paylarının nasıl belirleneceği ve tasarruf oranının nasıl hesaplanacağı konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Biz bu konuda **gerçek olmayan kanun boşluğu** söz konusu olduğu ve MK m.1 uyarınca bu boşluğun doldurulması gerektiği düşüncesindeyiz[81]. Zira aşağıda da görüleceği üzere, mevcut hükümlerden yola çıkarak yorum yoluyla bir çözüme ulaşmak çok güçtür. Bunun en önemli sebebi ise kanımızca mirasçılıktan çıkarmadaki hükümlerin, her durumda kanuni intikal sistemiyle birebir örtüşmemesidir.

1. Mirasbırakanın, Çıkarılanın Miras Payında Başkaca Bir Tasarrufta Bulunmamış Olması Durumunda

Eğer çıkarma tasarrufu geçerli olsaydı, MK m.511/II hükmü gereğince çıkarılana isabet edecek miras payı, çıkarılanın altsoyuna, altsoyu yoksa diğer yasal mirasçılara kalacaktı. Ancak tenkise uğrayan çıkarma tasarrufu, çıkarılanın saklı payı dışında hüküm ifade edeceğinden, çıkarılan saklı payını alacaktır. Bu durumda, çıkarılanın saklı payının dışında kalan ve mirasbırakanın üzerinde başkaca bir tasarrufta bulunmadığı miras payının akıbetinin ne olacağı sorunu gündeme gelmektedir.

İlk olarak çıkarılanın altsoyunun mevcut olduğu duruma değinelim. Yargıtay kararına konu olan bir örnek olayda[82], mirasbırakan M'nin ölümünde geride eşi A, çocukları L ve H ile L'den olma torunu B hayattadır. Mirasbırakan L'yi mirasçılıktan çıkarmasına rağmen L'nin miras payı üzerinde tasarrufta bulunmamıştır. Çıkarılan L, açtığı tenkis davasını kazanmıştır. Bu durumda Amp=1/4, 1.zümre mp=3/4 ise çıkarılan L farazi mp=3/8 ve Hmp=3/8. Çıkarmanın tenkisi sonucunda L, yalnızca kendisine düşen saklı payı (yani 3/16'yı) talep edebilir. Bu durumda çıkarılanın "artık miras payı": 3/8(mp)-3/16(sp)=3/16 oranındadır. Söz konusu "artık pay" üzerinde mirasbırakan bir kazandırmada bulunmadığına göre, artık pay hangi mirasçıya geçecektir?

---

81 Buna karşılık İnan/Ertaş/Albaş, yalnızca çıkarılanın bulunduğu zümrenin tek mirasçısı olması durumunda bir kanun boşluğu olduğu fikrini kabul ederler (**a.g.e**, s.380). Bkz. aşağıda §6.II.A.1.

82 2.HD 12.12.1995, 11522/13538 (**Yasa HD** 1996/3, s.469–471) ve bu kararı onayan HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687). Karara konu olaydaki saklı pay oranları yeni Medeni Kanuna göre uyarlanmıştır.

Öncelikle belirtelim ki, zümre sistemine dâhil olmayan eşin, söz konusu artık paydan yararlanması mümkün değildir; burada eşin miras payında bir değişme olmaz[83]. O halde artık pay ya çıkarılanın altsoyu olan B'ye ya da diğer mirasçı H'ye gidecektir.

Yargıtay'ın kabul ettiği ve öğretide desteklenen görüşe göre[84], artık payın birinci zümredeki diğer mirasçıya (H'ye) geçirilmesi gerekir. Zira "*zümre mirasçılığına egemen olan halefiyet kuralı bir mirasçının kendi altsoyuyla birlikte mirasçı olmasına engeldir. Ayrıca bir kişinin –saklı payı oranında bile olsa- mirasçı olduğu halde, aynı zamanda saklı payının dışında kalan miras payı için mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilmesi (...) mantıklı gözükmemektedir*"[85]. Karşı görüşe göre[86] ise, artık pay çıkarılanın altsoyuna (B'ye) geçirilmelidir. Bu durumda selef saklı payı, halef ise saklı pay dışındaki artık payı elde etmektedir.

Kanımızca MK m.512/III hükmü, çıkarmanın tenkisi halinde çıkarılanın saklı payını talep edebileceği düzenlemesine yer vermekle birlikte, artık pay bakımından kimin hak sahibi olacağı ve buna bağlı olarak tasarrufta bulunulan hallerde tenkis miktarının nasıl hesaplanacağı konularında susmaktadır. Yorum yoluyla bir sonuca varılması bize mümkün gözükmemektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması genel kanuni intikal sistemini esas alarak bir yorum geliştirmekte ve üst çizgideki mirasçının varlığının alt çiz-

---

83 Aynı yönde Ülkü, **a.g.m**, s.502.HD 12.12.1995, 11522/13538 (**Yasa HD** 1996/3, s.469–471); HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687).

84 Mülga MK m.458, c.2 dönemine ait Yargıtay görüşü bu yöndedir: "Iskat iptal edilmiş ve bu karar sonucu L.N.'nin mahfuz hissesi yeniden kendisine dönmüş bulunduğundan artık onun füru B.K. için halefiyet kuralı uygulanması ve ıskat edilenin muristen önce ölmüş gibi kabul edilmesi ve füruunun da B'nin mirasçıları arasında sayılması mümkün olmaz" [2. HD 12.12.1995, 11522/13538 (**Yasa HD** 1996/3, s.469–471)]. Bu kararı onayan Hukuk Genel Kuruluna göre, tenkis kararı üzerine çıkarılanın altsoyu (B.K.), eMK m.458, c.3 gereğince kendisine düşen saklı payı talep etme hakkını kaybetmiştir. "Iskat edilenle, kendi füruu arasındaki dava sonucu, davanın kabulü ile oluşan ve kesinleşen karar, sadece Medeni Kanunun 458. maddesinin 3. cümlesi gereğince, **füruun daha önce hak kazandığı saklı payının ıskat edilene geçmesi sonucunu doğurur** ve ıskatla davacılara geçmiş olan tasarruf nisabına etkili olmaz": HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11, s.1687). Aynı görüşte Ülkü, **a.g.m**, s.50. Bu arada çıkarılanın altsoyunun mirasçılık durumunun, mirasbırakanın ölüm anına göre belirleneceğine, kararda geçen 'altsoyun hak kazandığı payı tenkis kararı üzerine iade edeceği' yolundaki ifadeleri bu yönde anlamak gerektiğine dikkat çekelim.

85 Ülkü, **a.g.m**, s.50.

86 Hatemi, **a.g.e**, §9, N.61; Baydar, **a.g.t**, s.95. *Hatemi*'ye göre, MK m.511/II gereğince miras payı öncelikle çıkarılanın altsoyuna geçeceğine göre, çıkarılanın açacağı tenkis davasında davalı taraf çıkarmadan yararlanan çıkarılanın altsoyu olacaktır (MK m.512/II). Dava kazanıldığında, çıkarılanın altsoyunun elinden saklı pay bölümü geri alınacak ve kalan tasarruf oranı bölümü çıkarılanın altsoyunda kalmaya devam edecektir.

gideki mirasçının mirasçılığını engelleyeceği ilkesinden yola çıkmaktadır. Oysa mirasçılıktan çıkarma hükümleri, özellikle MK m.511/II gereğince çıkarılanın miras payının altsoy varsa öncelikle altsoya geçirilmesi gerektiği açık hükmü karşısında, genel kanuni intikal sistemini uygulamaya devam etmek, hakkaniyete aykırı miras dağılımlarına yol açabilir. Mirasçılıktan çıkarma durumunda, yapılan hesaplamanın genel intikal sistemiyle birebir örtüşmediği açıktır. Zira MK m.511/II gereğince öğretide her ne kadar "çıkarılan mirasbırakandan önce ölmüş gibi" hesaplama yapılacağından söz edilse de, kanunun mirasçılıktan çıkarma hükümlerinde "çıkarılanın "miras payının **geçirilmesi**" düşüncesiyle hareket ettiği açıktır[87]. O nedenle, çıkarma tenkis edildiğinde çıkarılanın altsoyuna artık payı geçirmeyip, en yakın diğer mirasçıya geçirmek, belki genel intikal sistemine uygun gibi gözükse de, aslında mirasçılıktan çıkarmadaki sisteme uymamaktadır. Bu gerekçelerle, MK m.512/III hükmünün, yalnızca çıkarılanın saklı payı talep edebileceği sonucunu düzenlediği ve artık pay bakımından miras payının, saklı payların ve tasarruf oranının nasıl hesaplanacağı konusunda hüküm getirmediği düşüncesindeyiz. Bunun sonucu olarak da burada **gerçek olmayan bir kanun boşluğu** olduğunu kabul ediyoruz. Kanımızca genel intikal sistemi uygulanmak suretiyle çıkarılanın altsoyunun mirasçı olamayacağının kabul edilmesi yönünde değil, aksine mirasçılıktan çıkarma hükümlerindeki amaca uygun olarak, artık payın çıkarılanın altsoyuna geçirilmesi yönünde bu boşluğun doldurulması gerekir. Kaldı ki miras dağılımının hakkaniyete uygun yapılması ve çıkarılanın altsoyu bakımından mirasın güvence ve yakın aile üyesinin korunması fonksiyonunun diğer yasal mirasçılara göre daha ağır basması, bu sonucu haklı kılar[88].

---

87 Çıkarılanın var kabul edilerek miras paylarının belirlenmesi gerektiği görüşü: Baydar, **a.g.t**, s.62. "Ölmüş gibi hesaplama yapılacağı" yolundaki hâkim görüş için bkz. §6.I.A.1. Kanımızca çoğunluk görüşü, ölmüş gibi hesaplama yapılacağını savunurken kısmi mirasçılıktan çıkarma ve mirasçılıktan çıkarmanın tenkisi durumlarını düşünerek bu görüşü savunmuş değildir. Hesaplamanın pratikliği açısından bu görüşü benimsemişlerdir. Aynı görüşte: Çubukgil, **Iskatın Neticeleri**, s.595. Oysa kanun koyucu, çıkarılanın miras payının kime geçeceğini düzenlediğine göre, olmayan şeyin geçmeyeceğini kabul etmek ve çıkarılanı var kabul ederek hesaplama yapmak, özellikle tenkis ve kısmi çıkarma halleri için neredeyse bir zarurettir.

88 Öte yandan aşağıda görüleceği üzere genel intikal sisteminden hareket eden yargı uygulaması ve bunu destekleyen yazarlar, bir takım örneklerde çaresiz kalmakta ve bu kere kanun boşluğu düşüncesine sığınarak, genel görüşlerinin aksine sonuçları kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Bu örneklere aşağıda değineceğiz. Yine, genel intikal sistemine dayanan görüştekiler, kısmi mirasçılıktan çıkarmayı kabul ettikleri takdirde, hesaplamada aynı sorunlarla karşılaşacaklardır ve ortaya daha da hakkaniyetsiz sonuçlar çıkacaktır. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde oğulları A ile B ve A'dan olma torunu C

İkinci olarak çıkarılanın bulunduğu zümrede tek mirasçı olduğu ve bir de altsoyunun bulunduğu, bunların yanı sıra eşin de mirasçı olduğu duruma değinelim. Yukarıdaki örnekten hareketle mirasbırakan M'nin ölümünde, mirasbırakanın eşi A ile birinci zümrede L ve L'nin altsoyu B'den başka mirasçı olmadığını varsayalım. Bu örnekte genel intikal sistemine dayanan görüş neredeyse çaresiz kalmakta[89]; kimi bu artık payın eşe verilmesi gerektiğini[90], kimi de altsoyun bu halde mirasçı olamaması nedeniyle çıkarılanın tüm miras payını alması gerektiğini[91] kabul etmektedir. Bir kere zümre

---

hayattadır. M, A'yı saklı payının yarısı haricinde mirasçılıktan çıkarmış ve başkaca bir tasarrufta bulunmamıştır. Miras payları A ve B için 1/2'şer ve saklı paylar 1/4'erdir. A, saklı payının yarısı olan 1/8 oranında mirasçı olur. Kalan 3/8'lik artık pay, genel intikal sistemi uygulanacaksa, C'ye geçirilemez. Zira üst çizgide mirasçı varken alt çizgiye miras inmez. O halde bütün kalan miras (7/8) B'ye gidecek ve C hiçbir şey alamayacaktır. Görüleceği üzere diğer görüşün kabulü oldukça hakkaniyetsiz sonuçlar doğurmaktadır. Hâlbuki kanun koyucu, gerek MK m.511/II'de gerekse 511/III'te çıkarılanın altsoyunu koruyucu bir tavır sergilemektedir.

Son olarak ekleyelim ki genel intikal sistemi miras hukukunda istisnasız uygulanan bir sistem değildir. koruyucu mirasçılıktan çıkarmada, her ne kadar tam bir kanuni intikal niteliği taşımasa ve özgülemede bulunma koşulu aransa da, eğer özgüleme yapılmışsa, sonuçta hem çıkarılan hem de çıkarılanın altsoyu –yani selef ile halef- aynı anda miras payı elde etmektedir. Demek ki kanun koyucu ihtiyaç gördüğü noktalarda genel intikal sisteminden ayrılmıştır.

Üstelik mülga MK m.458,c.2'deki "diğer mirasçılar" ifadesine çıkarılanın altsoyunu dâhil etmeyen ve altsoyun özel olarak hükmün üçüncü cümlesinde düzenlendiğini ve yalnızca saklı pay talep edebileceğini kabul eden Yargıtay, MK m.511/II hükmündeki değişiklikle bu fıkraya "varsa altsoyuna" ifadesi eklenmeden önce, öğretideki aksi yöndeki isabetli görüşü, kıyasen genel halefiyet kurallarını uygulamakla eleştirmekteydi: HGK 9.4.1997, 2–888/306 (**YKD** 1997/11). Gerçi bu eleştiri de yerinde değildi. Zira mesele, genel kuralın (eMK m.439; yeni 495) kıyasen uygulanması ile ilgili değil, aksine eMK m.458 hükmünün yorumlanması ile ilgili idi. Oysa tenkis halinde, çıkarılanın altsoyunun mirasçı olamayacağını kabul eden Yargıtay, asıl bu durumda kendisi "genel halefiyet düşüncesini", üstelik de mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin özel hükümlerden ayrılarak (!), uygulamış olmaktadır. Bkz. §6.I.A.1.

89 "Eş A'nın miras payında bir değişiklik olmayacağına göre, eş A 1/4, mirasçılıktan çıkarmayı tenkis ettiren (L) saklı payı olan 3/8'i alacaktı. Peki kalan 3/8'i kim alacaktır? "Zümre mirasçısı olarak (L) tek olduğundan, bu sorun ile karşılaşıyoruz. Şayet (L)'nin bir başka kardeşi olsa idi sorun yoktu, bu fark ona kalacaktı. Bu miras payı ile saklı pay arasındaki (…) fark, L'ye mi, L'nin altsoyu B'ye mi, sağ kalan eş A'ya mı geçmelidir? Hatta L'nin altsoyu yoksa bir üst zümreye mi geçecektir? Yoksa söz konusu artık payın Devlet'e mi geçeceği kabul edilecektir?": Ülkü, **a.g.m**, s.50–51; benzer şekilde İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.380. Görüleceği üzere, bu görüştekiler, artık payın Devlete kalmasını dahi ihtimal dâhiline almış bulunmaktadırlar.

90 Ülkü'ye göre, "devletin mirasçılığı, mirasçı bulunmaması durumunda söz konusu olduğuna göre (M.Y. –eski- m. 448) bu payın eşe verilmesi daha mantıklı bir çözümdür" (**a.g.m**, s.50–51). Tenkis halinde genel intikal sisteminin uygulanmasını savunan yazarlardan İnan/Ertaş/Albaş ise bu çözümü benimsemeyip, eşin miras payının artmayacağı sonucunu kabul ederler (**a.g.e**, s.380–381).

91 İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.380. Yazarlara göre, tenkis halinde çıkarma tasarrufunun mirasçının saklı payı dışında yerine getirileceğine dair MK m.512/III hükmü, "***çıkarılan mirasçının miras payı üzerinde bir tasarruf yapılmış olması durumunda bu tasarrufun mukadderatını düzenlemektedir***. *Ancak belirtilen ihtimalde (yukarıdaki örnekte) mirasbırakan miras payı üzerinde tasarrufta bulunmamıştır. Bu durumda, şöyle bir yorum imkân dâhilindedir. Mirasbırakan saklı pay sahibi mirasçısını mirasçılıktan çıkarmış olmasına rağmen, onun payı üzerinde tasarrufta bulunmamış olması, mirasçılıktan çıkarılan miras payının (…) onun altsoyuna (örnekte B'ye) kalacağını bilmekte ve istemektedir. Bu yorumdan hareket-*

sistemi dışında kalan eşe miras payı verilmesi, ancak zümrede başkaca mirasçı kalmaması durumunda mümkün olabilir. Oysa zümrede çıkarılanın altsoyu vardır. Devlet ise, hiçbir mirasçısı olmayan terekenin son mirasçısıdır. MK m.512/III hükmünün, mirasbırakanın çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmadığı hallerde uygulanmayacağı düşüncesiyle[92], çıkarılana miras payını tamamen geri vermek ise, kanun koyucunun ve mirasbırakanın iradesinin tam tersi bir sonuca varmak olur ki, hiç kabul edilemez. Gerçekten bu çare arayışları sonunda varılan çözümler doğrultusunda eşe, devlete ya da hatta bizzat çıkarılana miras payı geçirmeye çalışmak oldukça tuhaf bir durumdur.

Kanımızca burada hesaplama şöyle yapılmak gerekir. Eş A'nın mp=1/4 ve 1.zümre mp=3/4 ise L farazi mp=3/4'tür. Çıkarmanın tenkisi sonucunda MK m.512/III gereğince L, saklı payı olan 3/8'i alır. Kalan artık pay (3/8), MK m.511/II hükmünün -MK m.1 gereğince- uygulanmasıyla, çıkarılanın altsoyuna (B'ye) geçecektir. Bu durumda eşin (A'nın) miras payı, birlikte mirasçı olduğu birinci zümrede bir mirasçı (yani B) mevcut olduğu için artmaz. Zira eş (A), fiilen birinci zümre ile birlikte mirasçı durumdadır. Sonuçta, çıkarılan L=3/8 altsoy B=3/8 ve eş A=1/4 miras payı alırlar.

Diğer bir örnek olarak, mirasbırakan M'nin ölümünde geride eşi A, oğlu L ve annesi S hayattadır. M, oğlu L'yi mirasçılıktan çıkarmış ve başkaca bir tasarrufta bulunmamıştır. L, açtığı tenkis davasını kazanmıştır. Kanımızca hesaplama şöyle yapılmalıdır: Çıkarma tasarrufu geçerli olsaydı, L mirasçılıktan çıkarıldığında birinci zümrede başka mirasçı kalmayacağını ve bu durumda eşin fiilen birlikte mirasçı olduğu zümre ile

---

le, mevcut olan fark, torun (B)'ye verilmelidir. Bu nedenle başka bir tasarrufta bulunmamıştır. Başka bir yorum da, mirasbırakanın bu yönde bir düşüncesi yoktur. Mirasbırakan mademki miras payı üzerinde tasarrufta bulunmamıştır, o zaman, belirtilen ihtimalin gerçekleşmesi halinde mevcut farkın (çıkarılan L'ye) kalmasını da göze almıştır. Bu durumda, miras payının (L'ye) geçmesini kabul etmek gerekir. Kanaatimize göre, burada bir ***düzenleme boşluğu bulunmakta ve boşluğun TMK m.1 hükmü çerçevesinde doldurulması gerekmektedir***". Yazarlar, aynı örneğe ilişkin yaptıkları farklı bir açıklamada (s.373–374), bu kere yukarıdaki ikilemden vazgeçerek, tüm mirasın çıkarılana kalması gerektiğini kabul etmektedirler. Bu nedenle biz yazarların bu sonuncu görüşte olduklarını düşünüyoruz.

92 İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.380. Kanun koyucu, mirasbırakanın iradesine yani çıkarılana miras bırakmak istememesine o kadar çok saygı duymaktadır ki, çıkarma tenkis olduğunda dahi, çıkarılana tüm miras payını geri vermek istememiştir. Tasarruf oranı içinde dahi mirasbırakanın iradesi ayakta tutulmaya çalışılmaktadır ve geçersizlik yaptırımı yalnızca saklı pay bakımından uygulanmaktadır. Bu sebeple, MK m.512/III hükmünün yalnızca çıkarmaya konu miras payında tasarrufta bulunulan hallerde uygulanmasını kabul etmek isabetsiz olur.

miras payı alacağını söyleyebilecektik[93]. Oysa çıkarma tenkis olunca çıkarılan mirasçılık sıfatını kaybetmemiş olacağına göre, halen bulunduğu zümrenin mirasçısı addedilecektir. Öyle olunca da eş A'nın mp=1/4 ve birinci zümre mp=3/4 olacaktır. Birinci zümrede çıkarılan L yer aldığına ve tenkis sonucu o sadece saklı payını isteyebileceğine göre Lmp=3/8 olacaktır. Bu durumda 3/8 oranında artık pay kalmaktadır. Bu artık pay için MK m.511/II'deki kural uygulanacak ve ikinci zümredeki anne S 3/8 oranındaki artık payın sahibi olacaktır.

Yukarıdaki olayda bir an için anne S'nin de hayatta olmadığını ve mirasbırakan B'nin ölümünde geride sadece çıkarılan L ve eş A'nın hayatta olduğunu varsayalım. Bu durumda tenkis sonucunda Lmp=3/8 ve Amp=1/4 olacaktı. Bakiye artık pay, bu çok istisnai durumda, sonraki zümrelerde de mirasçı olmadığı için, kanımızca geriye kalan tek mirasçıya; yani eşe verilmek gerekir. Burada artık payın çıkarılana geri döneceğini kabul etmek, mirasbırakanın iradesine ve mirasçılıktan çıkarma kurumunun amacına uygun düşmez. Artık payın Devlete geçeceği düşüncesi de isabetli olmaz. Zira MK m.501 gereğince son mirasçı devlettir. Oysa Devletten önce eş hayatta olduğuna ve mirasbırakanın aksine bir iradesi de olmadığına göre bu artık payın istisnaen eşe geçeceğini kabul etmek gerekir.

Nihayet örneği biraz daha geliştirerek, mirasbırakan B'nin ölümünde geride yalnızca oğlu L'nin mirasçı olduğunu varsayalım. Başkaca bir tasarrufun olmadığını ve yine çıkarmanın tenkis edildiğini kabul edelim. Bu son durumda çıkarılan L, MK m.512/III gereğince saklı payı olan 1/2 miras payını alır. Kalan artık miras payının ise son mirasçı olan Devlete gideceğini kabul etmek gerekir. Zira artık payın çıkarılana geri döneceğini kabul etmek, mirasçılıktan çıkarma kurumunun amacına ve mirasbırakanın iradesine uygun düşmez. Belli ki geçerliliğine inandığı mirasçılıktan çıkarma tasarru-

---

93 Bu konuda bkz yukarıda §6.I.A.1.a ve b. Eşin bir zümrenin tek mirasçısı olan çıkarılanla birlikte mirasçı olduğu durumlarda, bir kanun boşluğu olduğunu kabul etmekte ve bu durumda eşin fiilen birlikte olduğu zümreye göre miras payı alarak miras payının artırılması gerektiğini savunmaktaydık. Örneğimizde, eş anne ile (ikinci zümreyle) miraçsı olacağından, çıkarma geçerli olsaydı, 1/2 miras payı alacaktı.

funda mirasbırakan, aslında çıkarılana hiçbir miras bırakmak istememiştir. Şu halde onun bu son arzusuna tasarruf oranı (1/2) kapsamında saygı duyulmak gerekir[94].

Özellikli bir diğer durum da mirasbırakanın hem çocuğunu hem de bu çocuktan olma torununu mirasçılıktan çıkarmasında görülür. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde geride oğlu A, kızı K ve A'dan olma torunu T sağdır. M, A'yı ve T'yi mirasçılıktan çıkarmıştır. İhtimal 1: Her iki çıkarma tasarrufu da geçerli olsaydı, tüm miras K'ye kalacaktı. İhtimal 2: Tasarruf A açısından tenkis edildiğinde, ama T açısından geçerli kabul edildiğinde: A yalnızca saklı payı olan 1/4'ü alır. Kalan kısım T'ye intikal edecek iken, T hakkındaki çıkarma geçerli olduğu için T mirastan pay alamaz. Bu durumda artık 1/4 kısımın diğer mirasçı olan K'ye geçmesi gerekir ve K 1/2+1/4=3/4 pay almış olur. İhtimal 3: Şayet tasarruf hem A hem de T açısından tenkis edilmişse, bu durumda A kendisine düşen 1/4 saklı payı alır. Artık pay, altsoy T'ye intikal eder. Zira T hakkındaki çıkarma da tenkise tabidir. Bu durumda T, bakıye 1/4 saklı payı alır ve diğer mirasçı K 1/2 miras payını alır[95]. İhtimal 4: Eğer A hakkındaki çıkarma tasarrufu geçerli, ama T hakkındaki tasarruf tenkise tabi olsaydı: Bu durumda A mirastan hiçbir pay almazdı. Onun 1/2 miras payı küll halinde T'ye intikal ederdi. Fakat T hakkındaki tasarruf tenkise uğradığı için T yalnızca saklı payı olan 1/4'ü talep edebilirdi ve artık 1/4'lük kısım diğer mirasçı K'ye intikal ederdi.

Son olarak eşin mirasçılıktan çıkarıldığı durumlarda çıkarma tasarrufunun tenkis edilmesindeki özelliğe değinelim. Mirasbırakan M'nin ölümünde geride eşi E ve oğulları A ile B hayatta olsun. M, E'yi mirasçılıktan çıkarmış ve başkaca bir tasarrufta bulunmamıştır. E, açtığı tenkis davasını kazanır. Bu durumda farazi mp=1/4 ve 1.zümre mp=3/4 ise, A ve B mp=3/8'erdir. Tenkis sonucunda E saklı payını yani miras payının tamamı olan 1/4'ü kazanır. **Bu özel durumda tenkis, adeta iptal kararı gibi sonuç doğurmaktadır.** O halde artık pay söz konusu olmayacağından MK

---

94 Burada aynı sonucu kabul eden: Ülkü, **a.g.m**, s.56, dn.72. Bir an için MK m.501 hükmündeki "*mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer*" sözünden yola çıkarak, burada halen çıkarılan L'nin mirasçı olarak bulunduğu ve bu sebeple mirasçı varken, Devlete miras geçemeyeceğini savunmak, kanımızca lâfzî bir yorum olurdu. Zira mirasın küll halde intikal edeceği bir mirasçı olmayan hallerde mirasın **tamamını** kazanabilen Devletin, mirasın bir kısmının (artık payın) intikal edebileceği bir mirasçının mevcut olmadığı hallerde mirasın **bir kısmını da** kazanacağını evleviyetle kabul etmek gerekir.

95 Aynı doğrultuda: 2.HD 17.10.2001, 17166/3900 (Özuğur, **Miras**, s.74).

m.511/II gereğince artık payın geçişinden de söz edilemeyecektir. Sonuçta mirasbırakan eşe hiç miras bırakmak istemediği halde, eşi koruma düşüncesinin ürünü olan eşin yüksek saklı pay oranı, burada tam tersi bir sonuç vermektedir[96].

2. Mirasbırakanın Çıkarılanın Miras Payında Tasarrufta Bulunmuş Olması Durumunda

Mirasbırakanın, çıkarılanın saklı payının tamamını kapsayacak şekilde üçüncü kişilere kazandırmada bulunduğu hallerde, tenkis kararı üzerine çıkarılan, MK m.511/III gereğince yine yalnızca saklı payına kavuşur. Bu halde üçüncü kişilere yapılan kazandırmalar tasarruf oranını aşmadıkları nispette geçerliliklerini korurlar[97]. Nitekim MK m.512/III hükmünde de tenkis halinde çıkarma tasarrufunun, çıkarılanın saklı payı dışında yerine getirileceğinden söz edilmektedir.

a. Çıkarılanın saklı paylı altsoyu yoksa

Çıkarılanın saklı paylı altsoyu yoksa çıkarma tenkis edilince, çıkarılan saklı payını alır ve üzerinde tasarruf edilen saklı pay dışında kalan kısım, tasarruf oranı kapsamında yer almaya devam eder. Bu halde tenkis üzerine tasarruf oranına eklenmiş olan çıkarılanın saklı payı, tasarruf oranından çıkmaktadır.

Örneğin[98] mirasbırakan M'nin ölümünde geride eşi E, oğlu A ve B hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve tüm terekesinde tasarrufta bulunmuştur. Emp=1/4, A ve

---

96 Aynı yönde: 2.HD 20.1.1992, 108/305 (**HukukTürk**). Diğer ihtimallere de değinelim. Eş ikinci zümreyle mirasçı olsaydı, yine miras payı olan 1/2 aynı zamanda saklı payı olacaktı ve yine artık pay söz konusu olmayacaktı.

Eş, üçüncü zümrede büyük ana ve büyük babalar ve onların çocukları ile birlikte mirasçı olsaydı (MK m.499/b.3) bu durumda yasal miras payı olan 3/4'ün 3/4'ü oranında; yani 9/16 oranında saklı pay talep ederdi (MK m.506/b.4). Örneğin eş dışında geride sağ sadece büyük anne olsun. Bu durumda artık pay (7/16) büyük annenin miras payına eklenirdi: 1/4+7/16=11/16.

Eş, üçüncü zümre başları ve onların çocuklarından daha uzak hısımlarla birlikte mirasçı olursa tüm mirası kazanır (MK m.499/b.3). Ancak saklı pay oranı MK m.506/b.4 gereğince 3/4 olduğundan 1x3/4=3/4 oranında saklı pay hakkı vardır. Tenkis sonucu eşe 3/4 geri dönecektir. Bu durumda kalan 1/4'ün akıbetinin ne olacağını belirlemek gerekir. Zira normalde mirasbırakan tasarrufta bulunmamışsa, eş en son üçüncü zümre başının çocuğu ile birlikte mirasçı olur. Bu kişiden daha uzak hısımlar varsa, artık bütün miras eşe kalır. Ancak mirasçılıktan çıkarmada özel bir durum gerçekleşmektedir. Mirasbırakanın iradesine saygı duyulmalıdır ve onun iradesi hilafına tüm mirasın eşe kalacağı kabul edilemez. Bu durumda istisnaen çıkarmaya tabi artık payın (1/4'ün), normalde mirasçı olmayacakları halde, MK m.511/II uygulaması sonucunda söz konusu uzak hısımlara geçeceğinin kabulü gerekir. Bu halde artık payın Devlete geçeceğinden söz etmek, uzak hısımlar dururken, herhalde isabetsiz olur.

97 Meğer ki bu kazandırmaların iptaline yol açan başkaca nedenler söz konusu olsun.

98 Değişik türdeki örneklerde de aynı kural uygulanacaktır. Burada daha önce incelediğimiz her bir örneği yeniden ele almak, kapsamı çok genişleteceğinden tekrardan kaçınıyoruz.

B'nin mp=3/8'erdir. Esp=1/4, Asp=3/16 ve Bsp=3/16'dır. Tenkis sonucunda A, kendi saklı payını alır. Bu durumda SPT= 5/8 ve TO=3/8'dir. Yapılan kazandırmaların 3/8'i aşan miktarları tenkis hükümleri uyarınca tenkis edilebilecektir. Eğer çıkarma tasarrufu geçerli olsaydı A'nın saklı payı tasarruf oranında yer alacaktı. Tenkis sonucunda tasarruf oranı azalmıştır.

b. Çıkarılanın saklı paylı altsoyu varsa

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçerli olsaydı, çıkarılanın mirasbırakana göre saklı paylı altsoyu kendi saklı payını talep edebiliyordu (MK m.511/III) ve kalan kısım tasarruf oranında yer alıyordu. Çıkarma tasarrufu tenkis edilince, MK m.512/III gereğince çıkarılan, yeniden saklı payına kavuşmakta ve artık pay ise tasarruf oranı kapsamında yer almaktadır. Şu durumda çıkarılanın altsoyunun saklı payının ne olduğu sorunuyla karşılaşılır. Bu noktada MK m.511/III hükmünün, MK m.512/III hükmü doğrultusunda yorumlanması suretiyle, çıkarılanın saklı payının tamamını aldığı hallerde artık çıkarılanın altsoyunun kendi saklı payını talep edemeyeceği sonucuna varılabilir. Çünkü çıkarma tasarrufunun tenkisi halinde, MK m.512/III hükmü, MK m.511/II hükmünün uygulamasını olanaksız hale getirmektedir. Böylece çıkarılanın altsoyunun kendi saklı payını isteyebileceğine ilişkin kural, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçerli olduğunda uygulanabilecek; tenkis halinde ise MK m.512/III hükmü gereği yalnızca çıkarılan kendi saklı payını talep edebilecektir[99]. Aslında kanun koyucu bu noktada da açık bir hüküm koymuş değildir. Ancak aksine bir yorumla hem çıkarılana hem de çıkarılanın altsoyuna saklı pay imkânı tanımak, herhalde kabul edilemez bir sonuçtur[100]. Sonuç itibariyle kanımızca MK m.512/III hükmü, tasarrufta

---

99 Genel kanuni intikal kurallarına dayanan görüşün, burada selefin (A'nın) varlığının, halefin (C'nin) mirasçılığını engelleyeceği yönündeki klasik gerekçeye dayanarak aynı sonuca varması mümkündür.

100 Gerçi biz tenkis halinde mirasbırakanın tasarrufta bulunmadığı hallerde, "artık payın" MK m.511/II uygulanmak suretiyle öncelikle çıkarılanın altsoyuna geçeceğini kabul etmekteydik. Fakat orada miras dağılımına ilişkin bir durum söz konusu idi. "Artık payın" hangi mirasçıya geçeceğini, MK m.1 yardımıyla MK m.511/II hükmündeki sistemi uygulayarak belirlemeyi önermekteydik. Oysa burada "artık payın" nasıl dağıtılacağına dair bir durum söz konusu değildir. Zira mirasbırakan bu kere artık pay üzerinde tasarrufta bulunmuştur. MK m.512/III hükmü de bu iradeye saygı duymaktadır. Çıkarılan da saklı payının tamamına kavuştuğuna göre, çıkarılanın altsoyuna ayrıca saklı pay talep etme imkânı vermek, çıkarmaya konu miras payının aşılması olur. Oysa kanun koyucu mirasçılıktan çıkarma hükümlerinde çıkarmaya konu miras payının akıbetini belirlemeye çalışmaktadır. MK m.511/III gereğince çıkarılanın altsoyunun kendi saklı payını isteyebildiği hallerde dahi bu imkân, mirasçılıktan çıkarmanın

bulunulmayan hallerde MK m.511/II hükmünün uygulanmasını engellemezken, tasarrufta bulunulan hallerde MK m.511/III hükmünün uygulanmasını engelleyebilmektedir[101]. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde geride eşi E, oğlu A ve B ile A'dan olma torunu C hayattadır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve tüm terekesinde tasarrufta bulunmuştur. Emp=1/4, A ve B'nin mp=3/8'erdir. Esp=1/4, Asp=3/16 ve Bsp=3/16'dır. Çıkarma tasarrufu geçerli olsaydı, Esp=1/4, Csp=3/16 ve Bsp=3/16 olacaktı. Bu durumda SPT= 5/8 ve TO=3/8 olurdu. Oysa tenkis sonucu A, kendi saklı payını almakta ve C mirasçı olamamakta ve saklı pay talep edememektedir. Buna karşılık örnekte tasarruf oranı sabit kalır[102].

B. KISMİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN TENKİSİ DURUMUNDA

İlk ihtimal olarak kısmi mirasçılıktan çıkarmada, mirasbırakan kısmi çıkarmaya tabi miras payında bir *tasarrufta bulunmamışsa*, artık pay MK m.511/II gereğince çıkarılanın varsa altsoyuna yoksa diğer yasal mirasçılara kalmaktadır. Kısmi çıkarma tenkis edildiğinde, kural olarak tam mirasçılıktan çıkarmanın tenkisine ilişkin hükümlerin burada da kıyasen uygulanması gerekir[103]. Buna göre kısmi çıkarmanın tenkisi üzerine, çıkarılan ancak kendisine düşen saklı payı talep edebilir (MK m.512/III). Kalan tasarruf edilebilir kısım ise varsa altsoyda, yoksa diğer yasal mirasçılarda kalmaya devam eder. Kısmi çıkarma açısından özellik arz eden husus ise, saklı payın bir kısmının çıkarmaya konu edilmiş olmasıdır. Şu halde çıkarma dışında tutulan ve daha önce altsoya ya da altsoy yoksa diğer yasal mirasçılara intikal etmiş olan bu artık saklı payın akıbeti ne olacaktır? Çıkarmanın tenkisi, çıkarılanın saklı payının tamamını ta-

---

bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Zira mirasçılıktan çıkarma mevcut olmasaydı, zaten çıkarılanın altsoyunun mirasçılığından söz edemeyecektik.

101 Buna karşılık yargı uygulamasına dayanan görüş benimsenecek olursa, mirasbırakanın çıkarmaya konu miras payı üzerinde tasarruf etmiş olup olmadığı fark etmeksizin, tenkis halinde çıkarılanın mirasçı sıfatını kazanması halinde, çıkarılanın altsoyunun miras hakkı ya da saklı pay talep edemeyeceği sonucuna varılacaktır. Zira tenkis sonucunda çıkarılan selef, çıkarılanın altsoyu ise halef olur ve selef halefin mirasçılığını engeller.

102 Aynı örnekte mirasçılıktan çıkarılan kişi eş E olsaydı, çıkarmanın geçerli olduğu varsayımında, E'nin 1/4 oranındaki saklı payı tasarruf oranına eklenecekti ve görüşümüz çerçevesinde çıkarılanın altsoyu olan A ve B, kendi saklı payları olan 3/16'şar oranı talep edebileceklerdi. Böylece SPT=3/16+3/16=3/8 ve TO=5/8 olacaktı. Çıkarma tenkis edilince: E kendi saklı payı olan 1/4'ü alacak ve yine çocuklar 3/16'şar saklı pay talep edeceklerinden, SPT=5/8'e yükselecek ve tasarruf oranı azalacaktır (TO=3/8).

103 Bkz. §6.II.A. Yukarıda incelenen tüm varyasyonları bu bölümde tekrar etmekten kaçınıyoruz.

lep etme hakkı doğuracağına göre, artık saklı pay -deyim yerindeyse- çıkarılana geri dönmüş olur.

Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde oğlu A, eşi E ve babası B hayattadır. M, A'yı saklı payının yarısı dışında mirasçılıktan çıkarmış ve başkaca bir tasarruf yapmamıştır. Tenkis öncesinde durum şöyledir: Emp=1/4 ve A farazi mp=3/4 ve A farazi sp=3/8 iken, A saklı payının yarısı oranında (3/16 oranında) mirasçılıktan çıkarılmıştır. Bu durumda Emp=1/4 ve Amp=3/16 olur. A'nın artık payı= 3/8 (tasarruf edilebilir kısım) + 3/16 (artık saklı pay)= 9/16'dır. Artık pay, altsoy olmadığından ikinci zümredeki B'ye intikal etmiştir. B= 9/16 oranında mirasçıdır. Fakat kısmi çıkarma tenkise uğrayınca durum şöyle olur: A, saklı payının tamamına kavuşur: Asp=3/8 ve aynı oranda mirasçı olur. Emp=1/4'tür ve bir değişme olmaz. Buna karşılık B'ye intikal eden 9/16 oranındaki miras payı, artık saklı pay olan 3/16 oranında tenkise uğrar. Bu durumda B, 3/8 (tasarruf edilebilir kısım) oranında mirasçı olur.

Ekleyelim ki, kısmi çıkarmada çıkarılan mirasçı sıfatını koruduğundan, kısmen çıkarılan kişinin bulunduğu zümrenin tek mirasçısı olması durumunda, çıkarma sonucunda eşin hangi zümre ile mirasçı olacağı şeklinde bir sorunla karşılaşılmaz.

İkinci ihtimal olarak kısmi mirasçılıktan çıkarmada, mirasbırakan kısmi çıkarmaya tabi miras payında bir *tasarrufta bulunmuşsa*, artık payın akıbeti, çıkarılanın mirasbırakana göre saklı paylı bir altsoyunun olup olmaması durumuna göre farklılık arz eder. Eğer çıkarılanın mirasbırakana göre de saklı paylı altsoyu yoksa kısmen çıkarmaya tabi payın tamamı tasarruf oranına eklenir. Kısmen çıkarılan mirasçı ise, kendisine bırakılan azaltılmış saklı pay oranında mirasçı olur. Yukarıdaki örnekte mirasbırakan kısmi çıkarmaya tabi miras payının tamamını karşılayacak değerde V'ye vasiyet yoluyla kazandırmada bulunsun. Bu durumda tenkis öncesinde: E=1/4 mp, kısmi çıkarılan Amp=3/16 ve V=9/16 vasiyet alacağı elde eder. B ise mirasçı olmaz. Tenkis sonucunda durum şöyle olur: Artık saklı payın A'ya geri dönmesiyle, A=3/8 (saklı payın tamamı) oranında mirasçı olur ve Emp=1/4 olup değişmez. Bu durumda V'ye yapılan 9/16 oranındaki kazandırma (9/16), artık saklı pay (3/16) oranında tenkis edilmiş olur ve V=3/8 oranında vasiyet alacaklısı olur.

Yukarıdaki örnekte kısmen çıkarılan kişinin bir de T adında torunu olsaydı, tenkis öncesinde: Emp=1/4, Amp=3/16, Tmp=3/16 olurdu. Zira çıkarılanın saklı paylı altsoyu olan hallerde, MK m.511/III hükmünün kısmi çıkarmada kıyas yoluyla uygulanma-

sı gereğince V lehine yapılan kazandırma, çıkarılanın altsoyu, kendisine düşen saklı payı, çıkarılanın saklı pay oranı kapsamını aşmayacak şekilde talep edebilir. Çıkarılan 3/16 aldığına göre, onun altsoyuna 3/16 kalmaktadır. Bu durumda V lehine yapılan kazandırma, tenkis sonucu 3/8' e inmiş olur. Tasarruf tenkis edilince: A, saklı payının tamamına kavuşur. Yani T'nin aldığı artık saklı pay, A'ya geri döner. Bu durumda Emp=1/4, Amp=3/8 iken V'nin vasiyet alacağı 3/8 olarak kalmaya devam eder.

III. CEZAİ MİRASÇILIKTAN ÇIKARMANIN YOKLUĞU, KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VEYA KENDİLİĞİNDEN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ YA DA İPTALİ

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, **yok hükmünde ya da kesin hükümsüz olması, ya da iptal edilmesi** durumunda, mirasbırakan aksini öngörmedikçe, çıkarılan miras payının tamamını alır ve saklı payını aşan kazandırmaların tenkisini talep edebilir. Daha açık deyişle, mirasbırakan ister tam isterse kısmi çıkarmada bulunsun, çıkarmaya tabi miras payı üzerinde tasarrufta bulunmamışsa, çıkarma tasarrufunun tüm sonuçlarıyla geçersizliğe uğraması halinde çıkarılan mirasçı bütün miras payına kavuşur. Deyim yerindeyse, daha önce MK m.511/II gereğince çıkarmaya tabi miras payı kendilerine intikal etmiş olan yasal mirasçılar, çıkarma tasarrufunun geçersizliği ya da iptali üzerine bu artıştan yararlanamazlar ve söz konusu fazlalık çıkarılana geri döner.

Buna karşılık mirasbırakan, çıkarmaya tabi miras payında tasarruf etmişse, bu noktada bir ayrım yapmak gerekir. Eğer mirasbırakanın yaptığı tasarruf da söz konusu geçersizlikten ya da iptalden etkileniyorsa, bu durumda çıkarılan mirasçı yine kendisine düşen miras payını alır. Örneğin, mirasbırakan M, oğlu A'yı mirasçılıktan çıkarmış ve aynı vasiyetnamede tüm terekesini X Derneğine bırakmıştır. Fakat söz konusu vasiyetname şekil eksikliği sebebiyle tümden iptal olunca, hem çıkarma tasarrufu hem de yapılan kazandırma hükümsüz kalmış olur. Fakat şayet, mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarmayı farklı, kazandırmayı farklı bir vasiyetnamede düzenlemişse, çıkarmayı içeren vasiyetname şeklen geçersiz olduğunda, kazandırmayı içeren vasiyetnamenin akıbetinin ne olacağı sorunuyla karşılaşılır. İlk ihtimal, mirasbırakan, kazandırmayı içeren vasiyetnamede mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile bağlantılı olmaksızın genel olarak terekesinin tamamında veya bir kısmında tasarrufta bulunmuş olabilir. Bu durumda genel kurallar gereğince tüm yasal mirasçılar gibi, aleyhindeki çıkarma tasarrufu geçersiz olan yasal mirasçı da bütün miras payını değil, yalnızca saklı payını elde eder

ve saklı payını aşan kazandırmaların tenkisini talep eder. İkinci ihtimal, mirasbırakan, kazandırmayı içeren sonraki vasiyetnamede "mirasçılıktan çıkardığım oğlumun miras payının ne olacağını bu vasiyetname ile düzenliyorum; ona düşen pay X derneğinin olsun" şeklinde bir düzenleme yapmış olabilir. Bu durumda söz konusu kazandırmanın geçerli kabul edilip edilemeyeceği sorunuyla karşılaşılır. Zira bu kazandırmayı geçerli kabul edersek, aleyhindeki çıkarmayı geçersiz kıldıran ya da iptal ettiren mirasçı, tüm miras payını değil, saklı payını talep edebilecektir. Aksi çözümü benimsersek, sonraki kazandırma hükümsüz kalacaktır. Kanımızca burada sonraki vasiyetname, bağımsız bir kazandırmayı içermemekte, aksine sonraki tasarrufla mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olduğu kabul edilerek, çıkarmaya konu payın akıbeti düzenlenmektedir. Bu kazandırmayı geçerli kabul edersek, o zaman yokluk, geçersizlik ya da iptal yaptırımlarına tabi bir mirasçılıktan çıkarmaya, kanunun öngörmediği bir şekilde tenkis sonucunu bağlamış oluruz. Sayılan bu hallerde, mirasbırakanın iradesine tasarruf oranında saygı duyulması olanaksızdır. Zira kanun koyucu, bu hallerde mirasbırakanın iradesinin bulunmadığını ya da geçersiz olduğunu kabul etmektedir. Öyleyse ölüme bağlı kazandırma, -ister çıkarma tasarrufundan önce isterse sonra düzenlenmiş bulunan- çıkarma tasarrufundan ayrı bir vasiyetnamede yer alsa da, bu kazandırmanın mirasçılıktan çıkarmanın sonuçları hakkında olması ya da çıkarma ile bağlantılı olması halinde hükümsüz olacağı kanısındayız.

Değinmemiz gereken diğer bir konu da **çıkarılanın mirasbırakandan önce ölmesi** halidir. Çıkarılanın, mirasbırakandan önce ölmesi[104] halinde, mirasbırakanın çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunmadığı hallerde bir problemle karşılaşılmaz. Bu durumda çıkarılanın mirasçılığı ölümle sona erdiğinden, miras kanuni intikal sistemi gereğince diğer mirasçılar arasında paylaştırılır. Mirasbırakan, kendisinden önce ölen çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmuşsa, bu durumda artık MK m.511/III hükmü gereğince tasarruf oranı hesaplanamaz. Çünkü artık mirasçı olamama, mirasçılıktan çıkarmaya değil, mirasbırakandan önce ölmeye dayanmaktadır. Bu durumda çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunulan hallerde tasarruf oranı mirasbırakandan önce ölmesi haline göre hesaplanacaktır. Bunun sonucu olarak, mirasbırakandan önce

---

104 Keza gaiplik ve ölüm karinesi hallerinde de miras hukuku bakımından sonuçlar ölüm ile aynı olacaktır. Aynı yönde İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.131.

ölen çıkarılanın, mirasbırakana göre saklı paylı altsoyu olmadığında, saklı payı tasarruf oranına eklenmeyecektir. Çıkarılanın altsoyu ve bulunduğu zümrede birlikte mirasçı olduğu kimseler olmadığı takdirde miras bir sonraki zümreye geçer. Sonraki zümrede yer alan mirasçılardan saklı paylı olanlar, saklı pay korumasından yararlanırlar[105].

Aynı şekilde **boşanma ya da evliliğin butlanına karar verilmesi** hallerinde de eşlerin birbirlerine olan mirasçılığı sona erer (MK m.181/I ve 158). Bu durumda da çıkarılan eşin saklı payı tasarruf oranına eklenmez ve o hiç mevcut değilmiş gibi miras payları, saklı paylar ve tasarruf oranı hesaplanır[106].

Fakat **çıkarılanın mirastan yoksun olması** bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Eğer mirasbırakanı öldürmeye teşebbüste olduğu üzere hem mirastan yoksunluk hem de bu sebebe dayanan mirasçılıktan çıkarma tasarrufu aynı anda mevcut ise, kanımızca bu durumda tasarruf oranının mirasçılıktan çıkarma hükümleri gereğince hesaplanması gerekir. Buna karşılık öğretideki çoğunluk görüşünün karşı yönde olduğunu tekrar belirtelim[107]. Fakat eğer yoksunluk bir başka nedene dayanıyor iken, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bir başka nedene dayanıyorsa, bu kere mirasçılık ehliyetini ortadan kaldıran yoksunluk, mirasçılıktan çıkarmanın yürürlüğe girmesini engelleyecek ve hesaplama yoksunluk hükümlerine göre yapılmak gerekecektir. Son olarak belirtelim ki, mirastan yoksunluk halinde miras paylarının ve tasarruf oranının nasıl belirleneceği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş[108], yoksun mirasçı ölmüş

---

105 Escher, **Art.478**, N.4; Tuor, **Art.478**, N.16; Brühlmeier, **a.g.e**, s.74; Dural/Öz, **a.g.e**, s.207; Bellwald, **a.g.e**, s.115; İmre/Erman, **a.g.e**, s.241; açık olmamakla birlikte Guinand/Stettler/Leuba, **a.g.e**, N.186. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde geride oğlu A ve kızı K sağdır. M, A'yı mirasçılıktan çıkarmıştır. Bu durumda A farazi mp=1/2, Kmp=1/2'dir. A farazi sp=1/4 ve Ksp=1/4'tür. SPT=Ksp=1/4 ve TO=3/4 olur. Oysa çıkarılan A, mirasbırakandan daha önce ölmüş olsaydı, o hiç mevcut değilmiş gibi hesaplama yapılacaktı. Bu durumda Kmp=1 ise Ksp=SPT=1/2 ve TO=1/2 olurdu. Görüldüğü üzere çıkarma cari olsaydı tasarruf oranı daha yüksek olacakken, önce ölüm sebebiyle tasarruf oranı daha düşük olmaktadır.

106 Ayrıca bkz. MK m.181/II ve MK m.159. Buna karşılık bu maddelerde çıkarılan-davalı eş, mirasbırakandan (davacı-eşten) sonra ölmektedir. Oysa burada çıkarılanın mirasbırakanın ölümünden önce mirasçı sıfatını yitirmesini inceliyoruz. Bu sebeple MK m.181/II uygulaması bakımından burada anlatılan konudan farklı bir durum söz konusudur: Bkz. §2.II.C.2.b.(3).(b).(i).

107 Ayrıca bkz. §1.V.B.

108 Piotet, **SPR IV/1**, s.382, 384; Stadler, **a.g.e**, s.80; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s.411; Oğuzman, **a.g.e**, s.232–233; İnan/Ertaş/Albaş, **a.g.e**, s.368; Hatemi, **a.g.e**, §4, N.78; Engin (Serozan/Engin), **a.g.e**, §3, N.117; Antalya, **Miras**, s.303; Baydar, **a.g.t**, s.15; Petek, **a.g.m**, s.160; Baygın, **Tasarruf Nisabı**, s.179.

gibi varsayılarak (mirasın reddi gibi) hesaplama yapılması gerektiğini, diğer görüş ise[109] yoksun olan mirasçı var kabul edilerek (mirasçılıktan çıkarma gibi) hesaplama yapılması gerektiğini kabul etmektedir[110]. Eğer ikinci görüş kabul edilecek olursa, burada bahsettiğimiz konu önemini yitirecektir; yani ikinci görüşe göre ister yoksunluk isterse çıkarma hali söz konusu olsun hesaplama aynı şekilde sonuç verecektir[111].

Bu görüştekiler, mirasbırakanın yoksunluk sebebini sağlığında bilemeyeceği ya da bilse bile yeni bir tasarruf yapamayacağı düşüncesinden hareket etmekte ve bu sebeplerle mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını savunmaktadırlar. *Baydar*, MK m.511/II hükmünde miras payının geçişinden söz edilmesine karşılık, yoksunluğa ilişkin hükümlerde benzer bir ifadeye yer verilmemesinin ve yine MK m.579/II hükmünde yer alan "mirastan yoksun olan kimsenin altsoyunun, **mirasbırakandan önce ölen kimsenin altsoyu gibi** mirasçı olacağı" ifadesinin bu görüşü desteklediğini savunmaktadır (**a.g.y**).

109 Escher, **Vorbem. zu Art.470–480**, N.23; Brühlmeier, **a.g.e**, s.86; Tuor/Picenoni, **Art.540/541**, N.34; Eren, **Tenkis**, s.42; İmre/Erman, s.295–296; Weimar, **Art.470**, N.10–12. Bu görüştekiler, yoksunluğun, mirasçılıktan çıkarmayı tamamlayan ve aynı amaca hizmet eden bir kurum olduğunu savunmaktadırlar. Şu halde farklı bir hesaplamayı gerektiren bir durum yoktur.

110 İnan/Ertaş/Albaş, mirasçılıktan çıkarma gibi değil, mirasın reddi gibi hesaplama yapılması gerektiği yolundaki görüşlerini desteklemek üzere verdikleri örnekte, mirasbırakanın, *mirastan yoksun mirasçıya yaptığı **sağlar arası karşılıksız kazandırma**yı* örnek gösterirler (**a.g.e**, s.364–368). Tereke mevcudu 20.000-TL olsun. Mirasbırakan M'nin ölümünde geride oğulları A ve B sağdır. M, A'ya 80.000-TL sağlar arası karşılıksız kazandırmada bulunmuştur. Fakat A, günün birinde babası M'yi öldürür ve böylece mirastan yoksun olur. Bu durumda mirasçılıktan çıkarma gibi hesaplama yapılacak olursa, A var kabul edilecektir. Buna göre, A ve B=100.000 x 1/2 x1/2 = 25.000'er-TL saklı pay alır. Yoksun olan A'nın payı var gibi hesaplanmış ve tasarruf edilebilir kısıma eklenmiştir. TO: 100.000 (Tereke toplamı) – 25.000 (SPT)= 75.000-TL'dir. TOAK= KT – TO = 80.000 – 75.000 = 5.000-TL saklı payı aşan kazandırma vardır. Bu durumda terekede 20.000-TL olduğuna göre, B yalnızca 5.000-TL için tenkis talebinde bulunabilecektir. Oysa hesaplama mirasın reddi gibi yapılırsa, A ölmüş kabul edilecek ve hesaplamada dikkate alınmayacaktı. Buna göre B=100.000 x 1/2 = 50.000-TL saklı pay sahibi olur. TO: 100.000 (Tereke toplamı) – 50.000 (SPT)= 50.000-TL'dir. TOAK= KT – TO = 80.000 – 50.000 = 30.000-TL saklı payı aşan kazandırma vardır. Bu durumda terekede 20.000-TL olduğuna göre, B 30.000-TL için tenkis talebinde bulunabilecektir. İlk olarak belirtelim ki, kanımızca bu uç örnekten yola çıkılmak suretiyle, mirasın reddi gibi hesaplama yapılmasına gerekçe oluşturmak, kapsayıcı bir çözüm değildir. Şayet tasarruf, yoksun olan mirasçıya değil de üçüncü bir kişiye yapılsaydı, bu durumda tasarruf edilebilir kısımda daralma olacaktı. İstatistiksel olarak olaya bakılsa dahi, çıkarma gibi hesaplama yapılmaması sebebiyle, tasarruf özgürlüğünün daralacağı ve böylece daha fazla olumsuz tablo ile karşılaşılacağı açıktır. İkinci olarak ve daha önemlisi, BK m.246/II gereğince bağışlayanı kasten öldüren bağışlanan kimseye karşı, bağışlayanın mirasçıları, dava açarak bağışlamanın geri alınmasını sağlayabilirler. Dolayısıyla söz konusu örneğin hukuki dayanağı da bulunmamaktadır. Böylece terekeye 5.000-TL veya 30.000-TL değil; bilakis 80.000-TL'nin tamamı geri dönebilecektir.

111 Ekleyelim ki, mirasbırakanın tasarrufta bulunamayacak durumda olduğu (öldürüldüğü veya ayırt etme gücünden yoksun kılındığı) hallerde, o evvelce tasarruf edilebilir kısmı aşan kazandırmalarda bulunmamışsa, bu tartışmaya gerek kalmaz. Zira mirasbırakanın bu hallerde zaten yoksun olanın payı üzerinde kazandırmada bulunma şansı yoktur ve tasarruf oranı aşılmış durumda değildir. Buna karşılık evvelce yapılan kazandırmalar tasarruf oranını aşmışsa, yoksun olanın miras payının tasarruf oranına eklenmesi kabul edildiği takdirde, tasarruf oranındaki bu artıştan mirasbırakanın evvelce yaptığı kazandırmaların yararlandırılması imkânı söz konusu olur. Bu durumda kanımızca, mirastan yoksunluğu düzenleyen hükümlerin sözüne dayalı yorum yerine, yoksunluk kurumunun amacına göre hareket edilmelidir. Yani mirasçılıktan çıkarma gibi hesaplama yapılması bize daha makul gözükmektedir. Kaldı ki, kendilerine düşen miras paylarını elde eden yasal mirasçıların, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün aleyhi-

ne olarak, miras paylarının artırılmasında esaslı bir sebep yoktur. Karşı görüşün dayandığı mirasbırakanın yoksunluk sebebini bilemeyeceği bilse de tasarruf yapamayacak halde olduğu yönündeki gerekçe de bize oldukça tuhaf gözükmektedir. Bununla nereye varılmak istendiği izaha muhtaçtır. Zaten kural olarak çıkarma tasarrufunda bulunma şansı olmadığı için kanun koyucu –deyim yerindeyse– "farazi bir çıkarma" (yani yoksunluk) kurumu ihdas etmiştir. Burada yakalanması gereken ince nokta, saklı pay, mirasçılıktan çıkarma ve yoksunluk kurumlarının, aynı amaca hizmet ettikleridir. Kısacası "öz" aynıdır; söze göre değil, öze göre yorum yapmak gerekir.

SONUÇ VE ÖNERİLERİMİZ

Tarihi gelişimi bin yılı aşkın bir sürece yayılan saklı pay ile tasarruf özgürlüğü karşıtlaşmasında, İsviçre ve Türk Miras Hukukları göreceli bir denge sistemine dayanan karma bir rejim tercih etmiştir. Bu tercihte kanun koyucu ailesel olarak yakın olduklarını varsaydığı bazı mirasçılara (yakın aile üyeleri olan altsoya, eşe, ana-babaya), miras paylarının belirli -ve genellikle azaltılmış- bir oranında dokunulmazlık tanırken, bu dokunulmazlık alanının dışında kalan kısımda ise mirasbırakana tasarruf özgürlüğü olanağı tanımıştır. Bizce miras sistemimizin tasarruf özgürlüğünü mü yoksa yasal mirasçılığı mı korumak istediği tartışması, işte bu nedenle genelleyici bir yaklaşımla ele alınamaz. Kanımızca her bir miras kurumunu, korunmak istenen gayenin gerektirdiği şekilde anlamak ve yorumlamak gerekir. Bu çerçevede cezai mirasçılıktan çıkarma kurumu ne tasarruf özgürlüğünü sağlamak adına genişletici yorumla ele alınabilecek bir araç (saklı pay kilidinin anahtarı) ne de yasal mirasçıları sınırsız ve mutlak biçimde korumak adına dar yorumun egemen olacağı bir sınır kapısı niteliğindedir. Aksine cezai mirasçılıktan çıkarma kurumu, varlık nedeni, saklı pay kurumunun varlık nedenine bağlanmış bir yasal bir yaptırım modelidir. Öyleyse cezai çıkarma kurumu bu eksende anlamlandırılmalı ve yorumlanmalıdır.

Buna karşılık tasarruf özgürlüğünün genişletilmesini ve saklı pay korumasının daraltılmasını ve hatta ortadan kaldırılmasını hedefleyen yaklaşımlara göre saklı pay koruması çağımızda işlevini yitirmiştir. Örneğin kanun koyucu saklı paylı mirasçıların yakın ailesel bağını varsaymakta ise de, bu bağ gerçekte yaşanan ilişkilerde her zaman için var olmayabilmektedir. Kanun koyucu statik bir aile üyesi ve mirasçı belirlemesi yapmaktadır. Oysa üvey çocuklar, evlilik dışı yaşam arkadaşı gibi kimseler bazen mirasbırakana kanun varsaydığı aile üyelerinden daha yakın olabilmektedirler ve bu kişiler dururken, kanunda statik olarak belirlenen kimselere miras geçirilmesi hakkaniyete aykırı olabilmektedir. Kanımızca kanun koyucular, çağın ve yaşanılan ülkenin şartlarına göre saklı pay korumasının sınırlarını daraltabilir, korunan kimselerde azaltmaya ya da farklılaşmaya gidebilir. Hatta koruma sisteminde de farklılıklar olabilir. Örneğin Türkiye koşulları için uygun görülebiliyorsa şayet, saklı pay koruması Almanya'da olduğu gibi yalnızca bir alacak talebi olarak dahi düzenlenebilir. Ya da saklı paylı mirasçıların belirlenmesinde gerçekte yaşanan yakın ailesel bağı esas alan

düzenlemelere de gidilebilir. Öte yandan saklı pay oranları şartlara göre bazı kişiler için artırılabilir veya azaltılabilir ya da tereke miktarına ve mirasçı sayısına göre ayarlanabilir yani statik olmayan bir saklı pay dağılım sistemi de benimsenebilir. Ancak her çağda birlikte yaşayan kimseler, birlikte yaşamanın getirdiği külfetlere katlandıkları gibi, bunun nimetlerinden de yararlanmalıdırlar. Sınırsız bir tasarruf özgürlüğü sağlamak her zaman için adil sonuçlar vermeyebilir Mirasbırakanın da aynı "birlikte kader paylaşmadan doğan yakınlık bağına" riayet etme (vefa) yükümlülüğü vardır. Üstelik kentsel dönüşümünü tamamlayamayan ve halkının büyük çoğunluğu ekonomik sıkıntılardan kurtulamayan ülkemizde, mirasın güvence fonksiyonu önemini korumaya devam etmektedir. Kaldı ki, hukukun, sağlıklı bir toplum yapısının gereği olarak sağlıklı aile yapısını korumadan yana "taraf" olması, -adeta önleyici ve koruyucu bir kolluk görevi gibi- yerinde bir tutumdur. Kanun koyucu, zengin ve lüks içinde yaşayan bir batı kentindeki aile için de, yoksulluk içinde yaşayan bir doğu köyü için de geçerli olabilecek ve sosyal ihtiyaçları dikkate alan bir düzenleme yapmak durumundadır. Bu gerekçelerle saklı pay korumasının kanundan tamamen çıkarılmasının isabetliliğine şüpheyle yaklaşıyoruz.

Saklı pay dışında kalan tasarruf edilebilir kısımda mirasbırakan istediği gibi tasarruf edebileceğine göre, cezai çıkarma saklı payın ortadan kaldırılması bakımından özellik arz eder. Saklı payı ortadan kaldırmak, saklı payı korumakta yarar bulunmayan hallerde söz konusu olur. Saklı payın amacı, varsayılan yakın ailesel bağın gereği ve bir yükümlülük olarak saklı paylı mirasçılar adı verilen kimselere zorunlu olarak belirli bir orandaki miras payının geçirilmesini gerektirir. Başka deyişle iyi ve kötü günde, hastalıkta ve sağlıkta mirasbırakanın yanında yer aldığı, dayanışmasını, maddi ve manevi desteğini esirgemediği, hatta mirasbırakanı iyi bir şekilde yetiştirdiği ve büyüttüğü kanun tarafından varsayılan kimselere karşı mirasbırakan malvarlığının belirli bir kısmını intikal ettirmek zorundadır. Bu zorunluluk, anılan yakın bağların bir gereği ve sonucudur (Nimetler ve külfetler dengesi). Saklı payın diğer bir işlevi de anılan yakın aile üyelerine ekonomik güvence sağlamaktır. Saklı pay dokunulmazlığı, kanunun varsaydığı yakın ailesel bağın kopması anında artık dokunulabilir bir hale gelir. Zira saklı paylı mirasçı, deyim yerindeyse, kanun koyucunun varsayımına yani yakın ailesel bağın varlığına dair hüsn-ü zannına mazhar olamamış, bu korunmaya layık olmadığını göstermiştir.

Saklı payın korunma amacı her zaman için kusura dayalı ihlallerle ortadan kalkmayabilir. Her zaman için saklı payı ortadan kaldırmak bir "yaptırım" olarak karşımıza çıkmayabilir. Başka deyişle dokunulmazlığı "dokunulabilir" hale getiren tek yol cezai mirasçılıktan çıkarma değildir. Saklı pay dokunulmazlığını kaldırmak adına *de lege lata* veya *de lege ferenda* farklı modeller söz konusudur. MK m.513 hükmünde düzenlenen –her ne kadar ölü bir düzenleme de olsa– aciz sebebiyle (koruyucu) mirasçılıktan çıkarma kurumu da saklı payın kısmen ortadan kaldırılmasını sağlar. Buradaki amaç gelecek nesile ekonomik güvence sağlamaktır. Fakat bu koruma için, saklı paylı altsoy aleyhinde aciz belgesi aranması, kurumu işlemez hale getirmektedir. Öyleyse *de lege ferenda* çözüm önerisi olarak, Alman ve/ve Avusturya Hukuklarındaki saklı payı sınırlandırma modeli (*Pflichtteilsbeschränkung; Enterbung aus guter Absicht*) hukukumuza alınarak işlevsiz halde bulunan MK m.513 hükmündeki koruyucu çıkarma düzenlemesi ile uyumlaştırılabilir. Öte yandan savurgan olmasa bile refah haldeki bir saklı paylı mirasçıya düşen payın tamamının ya da belirli bir kısmının ekonomik sıkıntı içerisinde bulunan başka bir saklı paylı mirasçıya özgülenmesi (kayırma; *Aufbesserung*) sistemi de saklı payın ekonomik güvence işlevini yerine getirmek adına yararlı bir modeldir.

Mirasbırakan ve saklı paylı mirasçı arasında hiçbir zaman bir ailede ya da hısımlık ilişkisinde alışılagelmiş yakınlık bağı oluşamadığında, böyle bir mirasçıyı saklı pay korumasından yararlandırmak artık hakkaniyetle bağdaşmaz. Fakat hukukumuzda bu durum için öngörülmüş bir saklı payı ortadan kaldırma modeli bulunmamaktadır. Bu nedenle bu sorun cezai çıkarma kurumu ile çözülmeye çalışmakta, ancak kusura dayanan ve önemli ölçüde bir ihlalin varlığının aranması ve nesillerin gittikçe zayıflayan kişisel iletişime alıştıkları ve bu alışkanlıkların da mirasbırakanın derinden sarsılma vakıasını ortadan kaldırarak sübjektif ağırlık ölçütünü gerçekleştirmeyebileceği ya da değişen değer yargıları sonucunda objektif ağırlık ölçütünün gerçekleşmeyebileceği ihtimali, cezai çıkarma tasarrufunun geçersizliğine yol açma riskini de büyük oranda bünyesinde barındırmaktadır. Bu duruma *de lege ferenda* çözüm önerisi olarak yakın ailesel bağın hiç oluşmadığı hallerde, kusur ya da ihlal aranmaksızın saklı payın yarısı oranında azaltılmasını öngören Avusturya Medeni Kanunundaki *Pflichtteilsminderung* (saklı payın azaltılması) modelinin (ABGB § 773a), kanunumuza alınmasının bir çözüm olabileceğini düşünüyoruz. Böylelikle, mirasbırakan ile saklı paylı mirasçısı ara-

sında zorlayıcı bir neden olmaksızın ailesel yakınlık bağı kurulamadığında ve bu duruma mirasbırakan haksız yere ilişki kurmayı reddettiği için sebep olmadıkça, saklı payın yarı oranda azaltılması olanağı hukukumuzda da kabul edilebilir.

"IV. Koruyucu Mirasçılıktan Çıkarma: MK m.513 – "Mirasbırakan, savurganlığı veya önemli ölçüde borçlanması nedeniyle, kendi altsoyunun geçimini tehlikeye atan saklı paylı mirasçısını, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak bu yarının, çıkarılanın altsoyuna mirasçı atama veya vasiyet yoluyla özgülenmesi şarttır. Mirasbırakan, bu yarı için, talebi halinde çıkarılanın altsoyuna yıllık gelir ödenmesi şeklinde bir kazandırmada bulunurak vasiyeti yerine getirme görevlisine bu konuda görev verebilir (f.1). Mirasbırakan, savurgan ya da borç altında olmasa bile ekonomik durumu refahta olan saklı paylı mirasçısını, mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak çıkarmaya tabi payın geçim sıkıntısı yaşayan başka bir mirasçıya ya da mirasçılara özgülenmesi şarttır (f.2). Mirasbırakan tarafından tasarrufta açıkça gösterilen veya tasarruftan yorum yoluyla ya da yorumu destekleyen vasiyetname dışı olgularla kesin olarak anlaşılan koruyucu mirasçılıktan çıkarma nedenini, çıkarmadan yararlananlar ispat etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte miras açıldığı zaman hakkında borç ödemeden aciz belgesi bulunan saklı paylı mirasçının, savurgan veya önemli ölçüde borç yükü altında olduğu kabul edilir (f.3). Miras açıldığı anda lehlerine koruyucu çıkarma yoluyla kazandırma yapılan kimselerin geçim sıkıntısı ortadan kalkmışsa veya refah haldeki saklı paylı mirasçının, ekonomik durumunda önemli ölçüde güçleşme olmuşsa ya da borç ödemeden aciz belgesinin hükmü kalmamış veya bu borç tutarı çıkarılanın miras payının yarısını aşmıyorsa, koruyucu çıkarma tasarrufunun iptali istenebilir. Ayrıca mirasçılıktan çıkarmanın tenkisine ve ölüme bağlı tasarrufların genel iptal sebeplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (f.4)".

Yukarıdaki çıkarma modelleri dışında, bu çalışmanın konusu olan cezai mirasçılıktan çıkarma ise, saklı pay korumasına layık olunmadığının kusurlu davranışlarla gösterildiği ve mirasbırakanı derinden yaralayan suç işleme veya aile hukuku yükümü ihlali halinde devreye girmektedir. Eş deyişle cezai mirasçılıktan çıkarma kurumu bir yaptırım modeli öngörür. Yoksa tasarruf özgürlüğünü artırmaya yönelik yaklaşımların savunduğu şekilde, tasarruf özgürlüğünü genişletmeye yarayan bir araç olmadığı gibi, kurumun amacı tasarruf özgürlüğünü genişletmek de değildir. Cezai mirasçılıktan çıkarma kurumunun konu itibariyle tasarruf özgürlüğünü sağlayıcı araç olamaması,

cezai çıkarmanın hüküm ve sonuçları bakımından da aynen geçerli değildir. Yaptırım uygulanıp saklı pay ortadan kaldırılınca, daha fazla tasarruf özgürlüğünün genişlemesini durdurmanın bir gereği kalmaz. Çıkarmaya konu miras payı, kural olarak diğer yasal mirasçılara geçirilmez. Çünkü onlar intikal sistemi uyarınca hakka sahip olmaları halinde kendilerine düşen miras paylarını zaten almaktadırlar. Bu durumda onların miras payını artırmak gereksizdir. Bu durumda dolaylı olarak tasarruf özgürlüğü genişleyebilmektedir. Ancak bu genişleme de mutlak değildir. Çıkarılanın mirasbırakana göre saklı paylı altsoyu olması durumunda, o kendisine düşen saklı payı talep edebilir. Öte yandan, kanımızca cezai mirasçılıktan çıkarma yaptırımı, kısmen saklı payın ortadan kaldırılması şeklinde de gerçekleştirilebilir.

MK m.512 hükmünde mirasbırakana veya yakınlarına karşı ağır bir suç işleme (b.1) ve mirasbırakana veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümün önemli ölçüde yerine getirilmemesi (b.2), cezai mirasçılıktan çıkarma nedeni olarak düzenlenmiştir. Kanunda ağırlık/önemli ölçüde olma unsurundan açıkça söz edilmekle birlikte, kusur unsurunun aranıp aranmayacağından açıkça söz edilmemiştir. Açıkça söz edilmemekle birlikte, kanımızca kusur unsurunun aranacağı, kanunda ilan edilmemiş bulunan bir malumdur. Cezai mirasçılıktan çıkarma aile bağına layık olmadığını gösteren mirasçı için bir medeni hukuk yaptırımı olduğuna göre, işin niteliği gereği, ancak kusurlu hareketler cezai çıkarma nedeni oluşturabilir. Bu sebeple mirasçılıktan çıkarmanın daha da kolaylaştırılması adına cezai çıkarmada kusur prensibinin (*Verschuldensprinzip*) terk edilmesi ve yerini tamamen aile bağının kopması veya derinden sarsılması prensibine (*Zerrüttungsprinzip*) bırakması gerektiği yolundaki düşüncelere katılamıyoruz. Cezai çıkarmayı amacını aşan bir şekilde esnetmeye çalışmak yerine yukarıda sözünü ettiğimiz farklı çıkarma modelleri yasalaştırılmalıdır.

MK m.510/b.1 kapsamında yakınların ve b.2 kapsamında aile üyelerinin tespitinde statik bir belirleme yapılmamıştır. Öğretideki tartışmasız kabul, gerek yakınlık bağı gerekse ailesel yakınlık bağının yani gerçekte yaşanan (*reel*) ilişkilerin her somut olayda aranacağı, böyle bir bağ yoksa cezai çıkarma nedeninin oluşmayacağı yolundadır. Kanımızca, Türk toplumunun genel sosyal yapısı dikkate alınarak altsoy, evlatlık, eş, nişanlı, ana-baba, kardeşler için yakınlığın bir karine olduğu, aksini iddia edenin ispatlaması gerektiği kabul edilmelidir. Diğer kan hısımları bakımından yakınlığın karine olarak kabul edilip edilmeyeceği, somut olaya göre değişir. Kayın hısımları için

de Türk toplumunun bakışı esas alınmak gerekir. Buna göre, dar kayın hısımlığı çevresine (kayınvalide, kayın peder, kayın birader) ve mirasbırakanla aynı evde yaşayan üvey çocuğa, Tük toplumunda önem verildiği gözlemlenebilir. Bu çevre için de yakınlığın karine olarak kabul edilip edilmeyeceği somut olaya göre belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken "uzun süredir aynı çatı altında yaşama veya sık görüşüyor olma" referans alınabilir. Bu sonuncu durumda cezai çıkarma tasarrufunun geçerliliğini ispatlamak zorunda olan çıkarmada yararı bulunan mirasçılar, yakınlık bağını ispatlamak zorunda kalacaklardır. Hısımlar dışında kalan diğer kişilerden yine uzun süredir aynı çatı altında yaşayanlar için de (sütanne, dost, sevgili, uzun süredir ortak yaşayan arkadaş), kanımızca bir yakınlık bağının var olduğu karine sayılmak gerekir. Fakat aynı çatı altında yaşama olgusu söz konusu değilse karine söz konusu olmaz ve yakınlık bağının ispatlanması gerekir.

Kanımızca somut olayın koşullarına göre, yakın olmayan kimseye karşı işlenen bir suç, *de lege lata* MK m.510/b.1 kapsamında yer almaz. Buna karşılık öğretide de haklı olarak kabul gördüğü şekilde üçüncü kişiye karşı işlenen suç, doğrudan doğruya mirasbırakana veya doğrudan doğruya mirasbırakanın aile üyesine karşı bir ailesel yükümün ağır ihlali (MK m.510/b.2) niteliği taşıyabildiği ölçüde MK m.510/b.2 kapsamına girebilir. Bazen üçüncü kişilere karşı işlenen kabul edilemez nitelikte suçlar için b.2 kapsamında aile hukuku yükümünün de ayrıca ihlal edilmiş olmasının aranması, bu şart gerçekleşmeyebildiğinde hakkaniyete aykırı sonuçlara varılmasına yol açabilir. Öyleyse saklı pay korumasına layık olmadığını gösteren mirasçıyı, mirasbırakanın arzusu hilafına korumak ve gereksiz bir sınırlandırma yapmak isabetli olmayabilir. Bu sebeple, *de lege ferenda* olarak yapılacak kanun değişikliği ile MK m.510/b.1 hükmünde yer alan mirasbırakana veya yakınlarına karşı ağır suç işlenmesine ilişkin düzenleme muhafaza edilmek kaydıyla, anılan bende yeni bir ilave yapılabilir: *"veya üçüncü kişilere karşı kasten işlediği ağır bir suç sebebiyle hakkında en az -sözgelimi- bir yıl süreli ertelemesiz hürriyeti bağlayıcı cezaya ya da ceza yerine tedbir uygulanmasına karar verilmişse"*. Bu önerimiz, takdir yetkisini kullanan hâkime kullanabileceği bir ölçüt daha sağlayarak kolaylık tanımaya ve cezai çıkarma tasarrufunu ayakta tutmaya yöneliktir. Bu öneri kural olarak üçüncü kişiye karşı işlenen suçların mirasbırakanı derinden sarsma olasılığının az olduğuna, ancak mahkûmiyet kararı ile aleniyet kazanmış suçun, mirasbırakanı, özellikle de bulunduğu sosyal ortamdaki

tepkiler karşısında sarsabileceği düşüncesine dayanır ve bir denge kurar. Zira üçüncü kişilere karşı işlenen her türlü suçu madde kapsamına almak, hükmü oldukça genişletmek ve belirsizleştirmek, hâkimin geniş takdir yetkisini biraz daha ölçütsüzleştirmek olur. Oysa bir sınırlama yapılması denge kurmak adına gereklidir. Kaldı ki hakkında mahkûmiyet kararı olmayan fiiller bakımından veya ceza alt sınırının altında kalan suçlar açısından, yine ikinci bend şartlarının varlığı halinde cezai çıkarma geçerli olabilecektir.

MK m.510/b.1 kapsamında işlenen fiilin suç oluşturması gerekir. Suçun unsurları (maddi unsur (fiil), manevi unsur (kast veya taksir), hukuka aykırılık, tipiklik), Ceza Hukuku normlarına göre belirlenir. Ekleyelim ki, suçun manevi unsuru olan kast ya da taksir nitelemesi, yeni Ceza Hukuku öğretisine göre kusur değerlendirmesinden ayrılmış ve suçun unsuru haline getirilmiştir. Kanımızca Ceza Kanununa göre taksirle işlenen suçlar da MK m.510/b.1 kapsamında mirasçılıktan çıkarmaya konu olabilir ve somut olayın koşullarına göre ağırlık unsurunu gerçekleştirebilir. Ağırlık unsuru, yalnızca failin kusurlu iradesinin türüne veya derecesine göre belirlenmediği için, tüm somut olay koşulları değerlendirilmeden, taksirle işlenen suçların cezai çıkarma nedeni olmayacağı yönünde peşin bir yargıya varmak isabetli olmaz.

Buna karşılık suçun unsurları dışında kalan diğer konular (kusurun derecesi, kusuru kaldıran haller vb.) Medeni Hukuka tabi olduğu gibi, suçun kovuşturulabilir olmasının, mahkûmiyet kararının, cezalandırılabilir olmanın, zamanaşımına uğramamış ya da Devletçe affedilmemiş olmanın varlığı, birer koşul olarak aranmaz.

Bununla birlikte, Türk Ceza Hukuku reformu ile suç kapsamından çıkarılarak Kabahatler Kanunu veya benzeri diğer mevzuatta düzenlenen, vahamet derecesi bulunmayan kabahat niteliğindeki fiillerin MK m.510/b.1 kapsamında görülmesi kanımızca isabetli olmaz. Eski düzenlemedeki kabahat kapsamında yer alan fiillerden vahamet arz edenler, reform sırasında ayıklanarak suç kapsamına alınmıştır. Diğerleri ise ayrı bir kanunla düzenlenerek Türk Ceza Kanunundan -yani suç kapsamından- çıkarılmıştır. Bu fiillerin cezası idari para cezası şeklinde olup, bir yargı kararını da gerektirmemektedir. Kaldı ki, kabahat işleyen mirasçının bu fiilinin, bir an için mirasbırakanı derinden yaralayabilecek nitelikte olduğunu varsaysak bile, bu fiil çoğu kere ikinci bend kapsamında bir aile hukuku yükümü ihlali olarak karşımıza çıkacaktır.

MK m.510/b.1 hükmünün açıkça "suç"tan söz etmektedir. Ceza mahkemesince suçun kasten ya da taksirle işlendiğine dair değerlendirme ise, suçun tipikliğini belirleyen bir unsurdur. Bu sebeple MK m.510/b.1 hükmünün, "haksız fiiller" hakkında verilen ceza mahkemesi kararlarıyla hukuk hâkiminin kural olarak bağlı olmamasını düzenleyen BK m.53 hükmüne bu açıdan bir istisna oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, "kusurun derecesi, yoğunluğu, kusurlu fiilin kınanabilirliğini artıran ya da azaltan haller vb.", suçun unsuru kapsamında yer almadığından hukuk hâkimini bağlamayacaktır.

MK m.510/b.2 kapsamında cezai çıkarma nedeni bir aile hukuku yükümü ihlaline dayanır. Öncelikle hukuk aykırı olmayan davranışlar, ya da kişisel özgürlük kapsamında kalan davranışlar, mirasbırakanın hoşuna gitmese, onu derinden sarssa dahi, cezai çıkarma nedeni oluşturmaz. Yasal hak arama, tanıklıkta bulunma, istediği kişi ile evlenme, boşanma, siyasi tercihler vb., bireylerin özgürlük alanında kalan ve kişilik hakları çevresinde korunan olgulardır. Meğer ki hak kullanmanın sınırları aşılsın veya hak kötüye kullanılsın da bu durum aile hukukuna aykırılık oluştursun. Aile hukuku yükümü niteliğinde bulunmayan ailesel ödevlere, aile geleneklerine veya töreye, örf âdete uygun olmayan davranışlar ya da salt ahlaka aykırı, kötü veya savurgan yaşam sürme, cezai çıkarma nedeni oluşturmaz. Bu tarz davranışların aynı zamanda aile hukukuna aykırılık oluşturması aranır. İkinci olarak saklı paylı mirasçının salt hukuka aykırı davranışı değil, aile hukukuna aykırı davranışı cezai çıkarma nedenidir. Kanımızca evrensel hukuk değerleriyle ve hukuk düzeniyle çatışmayan, özellikle yargısal içtihatlarla şekillenebilen, örf adet hukuku kuralları da aile hukukunun kaynağıdır.

Aile hukuku yükümünün mirasbırakana veya mirasbırakanın bir aile üyesine karşı işlenmiş olması gerekir. Yakınlık bağı için ifade ettiğimiz karineler, aile üyeleri için de prensip olarak geçerlidir. Kanımızca aile üyesi kapsamına girme ihtimali olan kimselerin dar yorumlanmaması ve aile üyesi belirlemesinde ailesel yakınlık bağının esas alınması gerekir. Buna göre sadece yakın kan hısımları, eş, nişanlı değil, uzak kan hısımları, kayın hısımları ve mirasbırakan ile koruma gözetme ilişkisi veya hizmet ilişkisi çevresinde aynı çatı altında yaşayan kimseler ile özellikle aralarında yakın üvey hısımlık bulunan kişiler de (üvey çocuk, üvey ana-baba gibi), aralarında ailesel yakınlık bağı bulunmak kaydıyla MK m.510/b.2 kapsamında aile üyesi olarak görülmelidir. Bu noktada evlilik dışı yaşam arkadaşının da aynı çatı altında uzun süre aile-

sel bir ilişki süren kişi olarak, MK m.510/b.2 kapsamında aile üyesi kavramına dâhil edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Buna karşılık bazen mirasbırakanın yakını olup da aile üyesi olarak görülmeyen (samimi arkadaş, dost, sütanne vb.) bir kimse veya aile üyesi kavramının öğretide veya yargı uygulamasında dar yorum sonucunda uzak kan hısımları, üvey hısımları, kayın hısımları ya da aynı çatı altında koruma gözetme veya hizmet ilişkisi kapsamında yaşayan kişiler ya da evlilik dışı yaşam ortağı, aile üyesi kapsamı dışında bırakılacaktır. Böylece bu kimselere karşı gerçekleştirilen saygısızca davranışlar bazen ne birinci bend ne de ikinci bend kapsamına giremeyebilecek ve sonuçta mirasbırakan derinden sarsılsa, fiil kasten işlense bile, cezai çıkarma tasarrufu tenkis ettirilebilecektir. İşte bu durum bazı somut olaylarda saklı pay korumasının sürdürülmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmasına yol açar. Bu sebeple, *de lege ferenda* olarak ikinci bend muhafaza edilmek kaydıyla, bend hükmüne şu ilave yapılabilir: *"veya mirasbırakanın yakınlarına karşı kasten kişilik haklarına çok önemli ölçüde saldırıda bulunulmuşsa ya da dürüstlük kuralına göre kabul edilemeyecek ölçüde söz ya da davranışlarda kasten bulunulmuşsa"*.

Aile hukuku yükümü ihlalinin varlığı açısından Aile Hukukunda ister kusur aransın isterse aranmasın kanımızca, bir yaptırım olan cezai mirasçılıktan çıkarma açısından kusurun varlığı şarttır. Meğer ki saklı pay ve çıkarma sistemini etkileyen köklü bir reform yapılsın.

Her iki cezai çıkarma nedeni açısından da kusur şartının aranmakla birlikte, kusur kavramının içeriğine fail-mirasçının aile bağına zarar verme iradesiyle, bilinciyle ya da öngörüsüyle hareket etmiş olması şartının da dâhil olduğu düşüncesindeyiz. Ancak fail-mirasçı olayların çoğunda ailesel bağa zarar vereceğini düşünmediğini iddia edemeyecektir. Çünkü mirasbırakana veya yakınına veya aile üyesine karşı ihlal konusu davranışta bulunan mirasçı, en azından ailesel bağın zarar görme olasılığını öngörmektedir. Mesele daha ziyade mirasbırakanın veya onun yakının veya aile üyesinin, fail-mirasçı tarafından, tanınmıyor veya yakınlık ya da ailesel yakınlık ilişkisinin bilinmiyor olması durumunda önem arz eder. Kanımızca suç işlediği kişinin mirasbırakanı veya yakını olduğunu ya da kendisine karşı ailesel yüküm ihlalinde bulunduğu kişinin mirasbırakanı veya aile üyesi olduğunu bilmeyen mirasçı için düzenlenen cezai çıkarma nedeni, aile bağına zarar vermeye yönelik iradenin bulunmaması nedeniyle (cezai çıkarma için aranan aile bağına zarar verici kusur unsuru bulunmadı-

ğından) cezai çıkarma nedeni oluşturmamalıdır. Elbette bu davranıştan sonra pişman olmayan, özür dilemeyen ya da başkaca şekillerde ailesel yüküm ihlali oluşturan mirasçı için yeni bir cezai mirasçılıktan çıkarma nedeni oluşabilir ve bu ayrı bir konudur.

Her iki cezai çıkarma nedeni için de geçerli olmak üzere kanunda ayrıca "ağırlık/önemli ölçüde olma" unsuru aranmaktadır. İşlenen suçun ağır olması, Ceza Hukuku anlamında bir suç sınıflandırması asla değildir. Kanun koyucu önemsiz, geçici, her ailede yaşanabilecek bir anlık dargınlıkları veya kırgınlıkları bu unsur yardımıyla ayıklamak istemiştir. Ağırlık unsuru iki temel ölçütle ortaya koyulur. Sübjektif ağırlık ölçütüne göre, mirasbırakan ihlal nedeniyle derinden sarsılmalı veya mirasçısı ile olan psikolojik ailesel bağ kopmuş durumda olmalı ya da mirasbırakan açısından bu mirasçının onun terekesine katılması kabul edilemez nitelikte olmalıdır. Öğretide kullanılan tüm bu değişik ifadeler, sübjektif ağırlık ölçütünü ortaya koymaya çalışır. Diğer yandan ihlalin objektif olarak da ağır olmasının gerekliliği diğer bir temel ölçüttür. Bu ölçüt ile, mirasbırakanın olaydan sübjektif olarak etkilenmesinin, derinden sarsılmasının haklılığı anlatılmak istenir. Başka ifadeyle psikolojik ailesel bağ yalnızca kopmuş olmakla kalmamalı, aynı zamanda fiil, aile bağını koparıcı nitelikte bulunmalıdır. Fakat objektif ağırlık ölçütünü araştıran hâkim, kesinlikle somut olay koşullarıyla bağlıdır ve asla genel toplumsal ahlak veya değer yargılarıyla genel bir yargı oluşturamaz. Ortalama normal bir insan, mirasbırakanın koşullarında olsaydı, fiil nedeniyle derinden sarsılabilecek ve bu sarsıntı haklı görülebilecek nitelikte olmalıdır.

Bu temel ölçütlerin yanı sıra bir de hâkime ağırlık değerlendirmesinde yol gösterecek alt ölçütler vardır. Mirasbırakan, aile üyesi ile mirasçının birbirleriyle olan ailesel yakınlık bağları, ilişki düzeyleri, mirasbırakanın sosyal statüsü, ahlak anlayışı değer yargısı, failin kusur derecesi veya içinde bulunduğu kişisel durumun etkisi, fiilin işleniş biçimi, somut olayın diğer koşulları ağırlığı artıran ya da azaltan nedenler olarak karşımıza çıkarlar.

Alt ölçütler kapsamında özellikle, mirasçının ihlale konu fiiline maruz kalan mirasbırakanın, yakının veya aile üyesinin ve hatta üçüncü kişinin birlikte kusurları, ağırlık unsurunu artırıp azaltan bir rol oynar. Öte yandan fiile maruz kalan aile üyesinin veya yakının fiilden sübjektif olarak etkilenişi de diğer bir alt ölçüttür. Fiile maruz kalan aile üyesi veya yakın ve hatta üçüncü bir kişi, fiil nedeniyle derinden sarsılmamışsa, bu durum mirasbırakan için aranan ağırlık unsurunu doğrudan ortadan kaldıran

bir olgu olarak nazara alınmazsa da, ağırlığı azaltan çok önemli bir etken olarak rol oynayabilir.

Diğer yandan bazen bir aile hukuku yükümü ihlali aynı anda bir başka korunan hukuksal ya da moral değerin yerine getirilmesi sebebiyle gerçekleşmiş, eş deyişle bir değerler çatışması yaşanmış olabilir. Annesini korumak amacıyla hareket eden bir çocuğun babasına karşı saygı, anlayış veya kişisel ilişki kurma yükümlerini ihlal etmesi durumunda, babanın bu çocuk için cezai çıkarma tasarrufu düzenlemesi halinde, sorun büyük ölçüde cezai çıkarmanın ağırlık unsuru çerçevesinde ele alınmak gerekecektir. Elbette, çatışan değer, ihlal açısından hukuka aykırılığı veya kusuru kaldıran bir sebep oluşturmuşsa, ağırlık değerlendirmesine gerek kalmaz. Fakat böyle değil de kusurlu bir ihlal mevcut ise, bu kere değerin çatışması, ağırlık unsurunu azaltan bir rol oynayabilir.

Çıkarma nedenleri sınırlı sayıda olmasına rağmen esnek karakterli ve hâkime geniş takdir yetkisi tanıyan bir yapıdadır. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken, çıkarma nedeninin haklı olup olmadığını tayin edebilmesi için, çıkarma nedeninin kesin bir şekilde tasarrufta gösterilmiş olması zorunluluğu getirilmiştir (MK m.512/I). Çıkarma nedeninin belirlenmesinin üçüncü bir kişiye bırakılması ise, temsil yasağı nedeniyle geçerli kabul edilmez. Çıkarma nedeninin tasarrufta gösterilmesi zorunluluğu, İsviçre, Türk ve Alman Hukuklarında öğretide ve yargı uygulamasında katı bir yoruma tabi tutulmakta ve nedenin "açıkça" gösterilmesi zorunlu olarak aranmaktadır. Genel nitelikli ifadeler, sözgelimi "bana karşı saygısızca davrandı" veya "bana karşı ağır bir suç işledi" gibi ifadeler, somut olgu açıkça belirtilmediğinden geçerli bir neden gösterme olarak kabul görmemektedir. Buna karşılık asgari bir neden tasarrufta ifade edilmiş olmak kaydıyla, çıkarma nedeni için vasiyetname dışı olgulara (belgeye, mektuba veya bir dava dosyasına) gönderilme yapılmış olması, çıkarma nedeninin kesin olarak tespit edilebilmesi durumunda, geçerli kabul edilmektedir. Oysa Avusturya Medeni Kanununda çıkarma nedeninin tasarrufta açıkça belirtilmesi aranmamakta, çıkarma nedeninin tasarruftan yorum yoluyla anlaşılması da yeterli görülmektedir (ABGB § 771). Her ne kadar Türk Hukukunda da bu sonuca ulaşılmasına –öğretinin tüm aksi yöndeki düşüncesine rağmen– MK m.512/I hükmü *de lege lata* hiçbir engel oluşturmasa da, kanun koyucunun hükümde değişiklik yaparak Avusturya Hukukundaki çözümü benimsemesi, gereksiz yere geçersiz kılınan mirasçılıktan çıkarma tasarruflarını

kurtarmak adına olumlu bir adım olur. Buna göre MK m.512/I hükmü, *de lege ferenda* olarak şöyle değiştirilebilir: *"Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebini belirtmişse veya tasarrufun yorumundan ya da yorumu destekleyen vasiyetname dışı olgulardan çıkarma sebebi kesin olarak anlaşılmaktaysa geçerlidir"*.

Öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşün aksine olarak, biz cezai çıkarma nedeninin mutlaka tasarrufun düzenlendiği anda mevcut olmasının gerekli ve yeterli olduğu, sonradan gerçekleşen olayların bu olguyu ortadan kaldırmayacağı görüşüne katılmıyoruz. Kanımızca, cezai çıkarma nedeninin en geç mirasbırakanın ölüm anına dek gerçekleşmiş ve yine bu ana dek ortadan kalkmamış olması yeterlidir. Bu kapsamda, mirasbırakanın gelecekte gerçekleşmesinden endişe ettiği bir olay sebebiyle cezai çıkarma tasarrufu düzenlemesine de bir engel yoktur. Buna karşılık öğretide de farklı değerlendirmeler saklı kalmak kaydıyla kabul gördüğü ve bizim de katıldığımız üzere, cezai çıkarma tasarrufunun hüküm ve sonuçları kural olarak geciktirici veya bozucu bir şarta bağlanabilir.

Öte yandan MK m.510/b.1 gereğince suç işlenmesi şartı aranmakta olduğundan ve biz çıkarma nedenlerinin ölüm anında mevcut olması gerektiği görüşünde olduğumuzdan, mirasbırakanın ölümü anında, işlenen fiilin Türk Ceza Kanunu uyarınca suç teşkil etmesi gerekir. Başka deyişle, şayet işlenen fiil sonradan suç olmaktan çıkarılmışsa, bu fiil MK m.510/b.2 kapsamında çıkarma nedeni oluşturmadıkça, cezai çıkarma tasarrufu tenkise tabi olur.

Diğer bir özellik arz eden durum da suçun bir Türk vatandaşı tarafından yurt dışında mirasbırakana veya yakınına karşı işlenmiş olması halidir. Bu durumda, yurt dışında işlenen fiilin Türk ceza Kanunları uyarınca suç oluşturması halinde çıkarma nedeni kapsamına girebileceğinde şüphe yoktur. Buna karşılık, işlenen fiil nedeniyle yabancı ceza mahkemesinde yargılama yapılmış ve mahkumiyet veya beraat kararı verilmişse, gerek bu kararların gerekse her iki ülke mevzuatındaki suç nitelemelerinin farklı olması durumunun cezai mirasçılıktan çıkarma davasına bakan Türk hukuk hâkimini ne ölçüde ilgilendireceği sorunuyla karşılaşılır. Şayet söz konusu fiil Türk Ceza Kanunları uyarınca da suç ise sorun yoktur. Buna karşılık Türk Ceza Kanunları uyarınca suç kabul edilmeyen bir fiilin veya kamu düzenine aykırı olan yabancı ceza mahkemesi kararının Türk Hukuk hakimini bağlaması söz konusu değildir. Öte yandan bazı hal-

lerde yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de de geçerli olacağına dair Türk ceza Kanununda düzenlemeler vardır. Detaylarını çalışmamızda açıkladığımız bu konuları tekrar etmekten kaçınıyoruz. Fakat Türk Ceza Kanunu uyarınca geçerli kabul edilen yabancı ceza mahkemesi tarafından verilen fiilin işlenip işlenmediğine, failin söz konusu mirasçı olup olmadığına ilişkin beraat veya mahkûmiyet kararlarının, fiil Türk ceza Kanunu uyarınca hukuka aykırı bulunmak kaydıyla, cezai çıkarma hâkimini de bağlaması gerektiği kanısındayız.

Ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği için aranan genel koşullar, cezai mirasçılıktan çıkarma için de aranır. Mirasçılıktan çıkarma her şeyden önce ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılmak zorundadır. Bu çerçevede miras sözleşmesi şeklinde yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Fakat miras sözleşmesi şeklinde yapılan mirasçılıktan çıkarma, geçerlilik unsurları bakımından zorunlu tek taraflı bir tasarruftur ve miras sözleşmesinin karşılıklı edim değişimi ilişkisine tabi olmaz. Bununla birlikte kanımızca cezai mirasçılıktan çıkarmanın hüküm ve sonuçlarının miras sözleşmesinin iki taraflı içeriğine tabi olmasına bir engel yoktur. Sözgelimi, tek taraflı ve geri alınamaz bir şekilde mirasçısını miras sözleşmesi şeklinde mirasçılıktan çıkaran mirasbırakan, çıkarmaya tabi miras payının akıbeti konusunda kural olarak sözleşmesel bir yüküm altına girebilir. Cezai çıkarma tenkise veya iptale uğrayınca, karşı sözleşenin miras sözleşmesinden dönme kuralları gereğince sözleşmeden dönmesi ve ediminin geri verilmesini istemesi mümkündür.

Tam cezai mirasçılıktan çıkarma üzerine saklı paylı mirasçı yalnızca saklı payını değil, tüm miras payını, dolayısıyla mirasbırakanın ölüm anındaki mirasçılık sıfatını ve -kural olarak- mirasçılığa bağlanan hakları yitirir. Oysa kısmi çıkarmada çıkarılanın mirasçılık sıfatı ve azaltılmış saklı pay oranında mirastan doğan hakları devam etmektedir. Buna karşılık İsviçre öğretisinde genel kabul gören, terekenin korunmasına yönelik önlemler alınması bakımından çıkarılana talepte bulunma imkânı sağlayan görüşün Türk Hukuku açısından da uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü çıkarılanın çıkarma tasarrufunu iptal veya tenkis ettirme imkânı bulunduğu sürece, yani dava açma süreleri sona ermedikçe veya çıkarılan açıkça tenkis veya iptal talebinde bulunmaktan vazgeçmedikçe ya da tenkis ve iptal talepleri reddedilmedikçe hâlâ mirasçılık olma ihtimali söz konusu olan çıkarılana koruyucu önlemler alma, defter tutulmasını isteme, terekenin resmen yönetilmesini isteme, terekeyle ilgili bilgi alma ve

danışma hakları tanınmalıdır. Ayrıca ekleyelim ki, çıkarılan talepte bulunsun ya da bulunmasın, kanımızca, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun ortaya çıkması halinde, mahkemece terekenin resmen yönetilmesine karar verilmesi gerekir (MK m.592/I, b.2). Buna karşılık çıkarılan bir koruma önlemi olmayan resmi defter tutma talebinde bulunamaz. Yargıtay uygulaması, -kanımızca isabetsiz olarak- aleyhinde mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bulunduğu işaret edilmek kaydıyla çıkarılana da Sulh Mahkemesince mirasçılık belgesi verilmesini kabul etmektedir. Oysa mirasçılık belgesi bir kimsenin mirasçı olduğuna karine teşkil eden bir belgedir. Öyleyse çıkarılana -söz konusu kayıt düşülerek dahi olsa- mirasçılık belgesi verilmesi doğru değildir. Onun mirasçı olup olmayacağı bile belli değildir. Bu nedenle bu belge yerine mirasçıya tereke hakkında bilgi alma ve danışma imkânı sağlamak üzere ve bu kapsamla sınırlı bir belge verilmesi gerekli ve yeterlidir.

Tam cezai çıkarma halinde denkleştirme yükümlülüğü ve tereke borçlarından sorumluluk sona erer. Kanımızca aynı durum kısmi çıkarma oranında kısmen çıkarılan mirasçı için de kabul edilmelidir. Fakat çıkarılana yapılan sağlar arası kazandırmalardan denkleştirmeye tabi olanlar, MK m.565/b.1 gereğince süresiz tenkise tabi olduğu gibi, denkleştirme yükümlüsü olmayan çıkarılana yapılan kazandırmalar, MK m.565/b.3 gereğince geriye dönük bir yıl için tenkise tabidir. Bu arada çıkarılanın denkleştirme yükümlülüğünden kurtulmasını müteakip, çıkarmadan yararlanan mirasçılar, yararlanma oranlarında denkleştirme yükümlüsü olurlar, yani bu yükümlülüğü bir bakıma üstlenirler.

Cezai mirasçılıktan çıkarma hısımlık ilişkisini, sözgelimi soybağını ortadan kaldırmaz. 4721 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile, eMK m.258/I, c.2 hükmünde tanınmış olan evlatlık bağının cezai çıkarma nedenlerinin gerçekleşmesi üzerine kaldırılması imkanı bertaraf edilmiştir. Cezai mirasçılıktan çıkarma, Sosyal Güvenlik Kanunu çerçevesinde ölüm aylığı ve gelir bağlamama, bağlanmışsa yapılan ödemelerin iadesi sebebidir.

Kanımızca cezai çıkarma üzerine, çıkarılanın velayeti ya da vesayeti altındaki altsoyuna intikal eden miras hakkı bakımından, MK m.357 ve 358 hükümlerinde aranan "yönetim ve harcama yetkilerinin kaldırılmasının "ölüme bağlı tasarruf yoluyla" düzenlenmiş olması şartının", mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bakımından, kendiliğinden mevcut olduğu kabul edilmek gerekir. Başka deyişle, mirasçılıktan çıkarma iradesi, kural olarak çıkarılanın, velayeti altındaki çocuğa intikal edecek çıkarmaya tabi pay

üzerinde yönetim ve harcama yetkilerini kaldırma iradesini, bu durum tasarrufta açıkça belirtilmese dahi, kendiliğinden içerir. Öyleyse mirasçılıktan çıkarma halinde, çıkarılanın söz konusu yetkilerinin kaldırıldığı karine olarak kabul edilmek gerekir. Aksi halde çıkarılanın velayeti veya vesayeti altındaki altsoyuna düşen miras hakkını, mirasbırakanın hiç de arzu etmediği bir şekilde kullanma riski söz konusudur. Meğer ki mirasbırakan aksini tasarrufunda öngörsün. Kaldı ki MK m.361 gereğince, *"çocuğun mallarının tehlikeye düşmesi başka bir şekilde önlenemiyorsa hakim, yönetimin bir kayyıma devredilmesine karar verebilir"*. Şu halde, çıkarılan mirasçının altsoyu eğer çıkarılan mirasçı ile aynı evde yaşıyorsa ve küçükse ya da çıkarılanın altsoyu kısıtlanmış ve vasisi de çıkarılan mirasçı ise, mirasbırakan aksini öngörmedikçe, kanımızca, mahkeme, altsoyun malvarlığının idaresi için, mirasçılıktan çıkarılmış olan veli ya da vasi yerine bir başkasını kayyım olarak atamalıdır (MK m.361/I).

Mirasçılıktan tam olarak çıkarılan mirasçı, miras hakkını kaybetmektedir. Bu nedenle mirasçı olma sıfatına bağlı bulunan tenkis davası, paylaşma davası, miras sebebiyle istihkak davası gibi davaları açma hakkı bulunmamaktadır. Bu durum aslında kendiliğinden anlaşılabilen doğal bir sonuçtur. Bununla birlikte MK m.511/I hükmünde tenkis davası açılamayacağından söz edilmesi gereksizdir. Öte yandan kısmi çıkarmada çıkarılan mirasçı mirasçılık sıfatını ve mirasçılığa bağlanan yasal hakları kaybetmemektedir. Biz bu nedenle MK m.511/I hükmünün kısmi çıkarmayı da kapsayacak şekilde şu yönde değiştirilmesini yerinde görüyoruz: *"Mirasçılıktan çıkarılan kimse, çıkarıldığı oranda mirastan pay alamaz"*.

Cezai mirasçılıktan çıkarma üzerine, mirasbırakan çıkarmaya konu miras payı üzerinde üçüncü kişilere bir kazandırmada bulunmadıkça, bu pay varsa öncelikle çıkarılanın altsoyuna, altsoyu yoksa diğer yasal mirasçılara intikal kuralları gereğince geçer. Ekleyelim ki, mülga MK m.458, c.2 hükmünü c.3 hükmü ile birlikte yorumlayan Yargıtay, o dönemde öğretinin çoğunluğu tarafından da kabul edilmeyen bir uygulamaya imza atarak, mirasbırakan ister çıkarmaya konu miras payında tasarrufta bulunsun, isterse bulunmasın, her halükarda, çıkarılanın mevcut altsoyunun yalnızca saklı pay talep edebileceğini kabul etmekteydi. Yeni MK m.511/II hükmüne "varsa önce altsoyuna" ifadesinin eklenme nedeni bu yanlış uygulamayı bertaraf etmektir. Mirasbırakan eğer söz konusu pay üzerinde bir kazandırmada bulunmuşsa, bu durumda kural olarak çıkarmaya konu miras payı tasarruf oranına eklenir ve bu oranda tasar-

ruf özgürlüğünde bir genişleme olur. Bununla birlikte çıkarılanın mirasbırakana göre de saklı paylı mirasçı olan bir altsoyu varsa, bu durumda bu altsoy kendisine düşen saklı payı isteyebilir.

Bununla birlikte miras payları ve tasarruf oranı hesaplanırken, kanunda açık bir çözümü bulunmayan bazı istisnai sorunlarla karşılaşılmaktadır. Bu hallerden biri de çıkarılanın bulunduğu zümrenin tek mirasçısı olması halinde, eşin hangi zümre ile birlikte mirasçı olacağı meselesidir. Kanımızca kanun koyucu bu durumu öngörmemiş ve ortaya gerçek olmayan kanun boşluğu çıkmıştır. Adil bir sonuca varmak için MK m.1 gereğince boşluk doldurulurken, mirasbırakanın çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunmadığı ve bulunduğu hallerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, mirasbırakanın çıkarmaya tabi miras payı üzerinde tasarrufta bulunmadığı hallerde, eş fiilen hangi zümre ile mirasçı oluyorsa, o zümreyle birlikte mirasçı gibi hesaplama yapılmalıdır. Sözgelimi bulunduğu zümrenin tek mirasçısı olan altsoy mirasçılıktan çıkarılınca, eş ikinci zümrede mirasçı varsa, ikinci, yoksa sonraki zümrelerle birlikte mirasçı kabul edilmeli ve miras payı buna göre belirlenmelidir. Zira mirasbırakana çok yakın bir ailesel bağ içerisinde olan eşe, onu altsoy ile birlikte mirasçı kabul ederek, 1/4 miras payı verip, 3/4 miras payını ikinci, orada da mirasçı yoksa üçüncü zümreye geçirmek adil olmaz. Bir başka deyişle çıkarılanın miras payının var kabul edilerek hesaplama yapılmasına bu özellikli durum bakımından bir istisna tanımak gerekir.

Öte yandan mirasbırakan şayet çıkarmaya tabi miras payında tasarrufta bulunmuşsa, bu kere eş bulunduğu zümrenin tek mirasçısı olan çıkarılan ile birlikte mirasçıymış gibi kabul edilerek saklı payı hesaplanmalıdır. Zira kanun koyucu cezai çıkarmanın sonuçları bakımından tasarruf özgürlüğünü genişletmek arzusundadır. Öyleyse kanun boşluğu, çıkarılanın bulunduğu zümrenin tek mirasçısı olması halinde, eşin miras payının artacağı, fakat saklı payının artmayacağı şeklinde amaca uygun bir şekilde doldurulmalıdır. Fakat en sağlıklı çözüm kanun koyucunun durumu açıklığa kavuşturan bir düzenleme yapması ve bu düzenlemede, savunduğumuz görüş çerçevesinde her iki durum için farklı metotları yasalaştırmasıdır. Örneğin: *"Madde 511a – Mirasçılıktan çıkarılan kimse bulunduğu zümrenin tek mirasçısı ise; Mirasbırakan, çıkarılanın miras payında tasarrufta bulunmuşsa, eş, çıkarılanın bulunduğu zümre ile birlikte mirasçı kabul edilerek kendisine düşen saklı payı isteyebilir (b.1). Mirasbırakan, çıkarı-*

lanın miras payında tasarrufta bulunmamışsa, eş çıkarılanın bulunduğu zümreden sonra gelen zümreyle, eşin mirasçılığını düzenleyen kurallara göre, birlikte mirasçı olur (b.2)".

Özellikli diğer bir durum ise, eşin mirasçılıktan çıkarılmasında görülür. Çıkarılan eş ile mirasbırakanın müşterek altsoyları var ise, saklı pay hesaplanırken, altsoyun her iki kanattan pay alması şeklinde bir hesaplama yapılarak, altsoyun artan miras payına paralel bir şekilde saklı payında da artış olacak mıdır? Kanımızca, burada da mirasçılıktan çıkarmanın saklı paylarda artışa yol açmayacağı kuralından vazgeçmeyi gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Nitekim MK m.511/III hükmünde çıkarılanın altsoyunun "kendi saklı payını" isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Başka deyişle eşin ya da altsoyun mirasçılıktan çıkarılmasında, çıkarılanın altsoyu olan kişiler bakımından saklı pay oranında bir halefiyet ilişkisi söz konusu değildir.

Detayları çalışmamızda açıklandığı üzere, mirasbırakanın tam cezai çıkarmaya tabi tuttuğu miras payının yalnızca bir kısmında tasarrufta bulunmuş olması halinde ve kısmi cezai mirasçılıktan çıkarma halinde de kural olarak tam cezai çıkarmaya ilişkin miras payı ve tasarruf oranı hesaplama kuralları uyduğu ölçüde uygulanır. Yine, mirastan uzaklaştırma tasarrufunun, cezai mirasçılıktan çıkarmanın geçerlilik koşullarını taşıması halinde, mirasbırakanın genel halefiyet kurallarını değil, mirasçılıktan çıkarma kurallarını uygulamak istediği kabul edilmeli ve böylece tasarruf özgürlüğü artırılmalıdır.

Özellikli bir durum da çıkarılanın çıkarıldığı mirasa dolaylı şekilde kavuşma imkânıdır. Sözgelimi, babası dedesi tarafından mirasçılıktan çıkarılınca, çıkarmaya tabi pay kendisine intikal eden ve kendisine mirasçı olan bir altsoyu bulunmayan torun, mirasçılıktan çıkarılan babasından daha önce öldüğünde, çıkarılan-baba, dolaylı olarak bir zamanlar çıkarıldığı ve çocuğuna intikal eden terekeden pay alma imkânına kavuşabilecektir. Kanunda bu adaletsiz sonucu engelleyen bir hüküm yoktur. Kanımızca bu durum, açıkça mirasbırakanın iradesine ters düşmektedir ve böyle bir sonucun kabul edilmesi, ne mirasçılıktan çıkarma ne de saklı pay kurumunun amacına uygun düşer. Burada kendisine intikal eden terekede artık torunun hak sahibi olduğu ve onun da babasını mirasçılıktan çıkarmadığına göre, bu sonucun doğal olduğu iddia edilebilir. Fakat torunun mülkiyetine giren söz konusu malların, mirasbırakanın çıkarma tasarrufu sayesinde olduğu unutulmamalıdır. Şimdi bu tasarrufa tamamen ters düşecek bir

sonucu kabul etmek bize adil gözükmemektedir. Fakat kanımızca yürürlükteki hükümler çerçevesinde bu sorunun çözümü olanaksızdır. Bu konuda *de lege ferenda* olarak, kanunda yapılacak değişiklikle, çıkarılanın dolaylı olarak miras yoluyla daha önce çıkarıldığı ve layık olmadığı terekeye yeniden kavuşmasını engelleyen bir hüküm getirilmesi gerektiği kanısındayız.

Bir ölüme bağlı tasarruf olan cezai mirasçılıktan çıkarma her zaman şekle uygun bir "geri alma" tasarrufu ile geri alınabilir. Geri alma yok etme suretiyle olabileceği gibi şekle uygun bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bu tasarruf vasiyetname olabileceği gibi bir miras sözleşmesinin içerisinde de geri alma tasarrufu yer alabilir. Fakat bir miras sözleşmesi içerisinde yer alan geri alma tasarrufu, miras sözleşmesinin zorunlu tek taraflı içeriğine dâhildir. Keza miras sözleşmesi şeklinde düzenlenen önceki cezai çıkarma tasarrufunun, sonraki bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla geri alınması için vasiyetnamelerin geri alınmasına ilişkin hükümler cereyan eder, yoksa miras sözleşmesinin tek taraflı kaldırılmasına ilişkin kurallar uygulanmaz.

Geri alma açık veya örtülü olarak yapılabilir. Sonraki bir tasarrufun geri alma niteliğinde olup olmadığı, yorum yoluyla anlaşılır. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu ile bağdaşmayan sonraki bir vasiyetname, geri alma niteliği taşır. Önceki şekli anlamdaki tasarrufta sonraki tasarruf ile bağdaşmayan cezai çıkarma dışında başkaca maddi anlamda tasarruflar varsa, aksi öngörülmedikçe, geri alma bunları da kapsamaz ve kısmi bir nitelik arz eder. Geri alma tasarrufu geciktirici ya da bozucu şarta bağlanabilir. Geri alma tasarrufu da geri alınabilir ve geri alınmanın geri alınması da geciktirici veya bozucu şarta bağlanabilir. Geri almanın şarta bağlanması veya geri almanın geri alınması ya da geri alınmanın geri alınmasının şarta bağlanması durumlarında, cezai mirasçılıktan çıkarma nedeninin bir geçerlilik unsuru olan ağırlık unsurunun varlığını koruyup korumadığı olgusuna dikkat edilmek gerekir.

Son olarak ekleyelim ki, çıkarılana çıkarmadan önce vasiyetname yoluyla yapılan ölüme bağlı bir kazandırma, sonraki cezai çıkarma tasarrufu ile aksi öngörülmedikçe bağdaşmaz. Şu halde, sonraki çıkarma tasarrufu ile önceki kazandırmanın geri alındığının kabulü gerekir. Buna karşılık önceki kazandırma iki taraflı miras sözleşmesi niteliğinde ise, sonraki cezai çıkarmanın bu tasarrufa etkisi tartışmalıdır. Zira miras sözleşmesinden dönüldüğünün veya çıkarmayı gerektiren bir davranış söz konusu ise bu davranış nedeniyle tasarrufun tek taraflı ortadan kaldırıldığının karşı tarafa beyan

edilmesi gerekir. Kanımızca kural olarak önceki miras sözleşmesi kendiliğinden geri alınmış kabul edilemez, yani cezai çıkarma tasarrufu, dönme beyanı yerine geçmez. Fakat miras sözleşmesinin lehtarı olup da, mirasbırakana karşı cezai çıkarmayı gerektiren bir fiil işleyen saklı paylı mirasçının, usulüne uygun bir dönme beyanı olmadığı için miras sözleşmesinin geçerliliğini koruduğu yönündeki iddiası dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilir.

Cezai mirasçılıktan çıkarma normal olarak şekle uygun bir geri alma tasarrufu ile ortadan kalkarsa da, cezai mirasçılıktan çıkarma tasarrufu düzenlenmeden önce veya sonra, çıkarma nedeninin ve/veya ağırlık unsurunun ortadan kalkmış olması, eş deyişle af olgusunun varlığı durumu özellik arz eder. Hemen belirtelim ki, af kavramı mirasbırakanın kopan psikolojik aile bağını onarmaya yönelik irade açıklaması niteliğindeki maddi bir fiildir. Af, barışmadan, kişisel iletişim kurmadan farklıdır. Barışmaya ya da kişisel iletişim kurmaya rağmen af söz konusu olmayabileceği gibi, affa rağmen barışma veya kişisel ilişki kurma gerçekleşmeyebilir. Mirasbırakanın ölümünden sonra, barışmaya rağmen affetme arzusu taşımıyorsa, onun bu davranışının af olarak yorumlanmaması için durumu en azından yazılı bir belgeyle vb. delillerle belirtmesinde yarar vardır.

Katıldığımız hâkim görüş ve yargı uygulaması, cezai çıkarma tasarrufundan önce çıkarma nedeni oluşturan olayın mirasbırakan tarafından affedilmiş olması halinde, cezai çıkarmanın yetersiz nedene dayanan bir tasarruf olacağını ve bu sebeple tenkise tabi olacağını kabul eder. Buna karşılık çıkarma tasarrufu düzenlendikten sonra meydana gelen af olgusunun cezai çıkarmaya etkisi tartışmalıdır. Hâkim görüş ve yargı uygulaması, sonraki affın çıkarma tasarrufunun geçerliliğine hiçbir etkisinin olmayacağını kabul etmektedir. Alman Hukukunda önceki ve sonraki affın cezai çıkarma tasarrufunu geçersiz kılacağı hükme bağlanmışken, Avusturya Hukukunda affa hukuken imkân tanınmamıştır. Buna karşılık İsviçre ve Türk kanun koyucuları cezai çıkarma bakımından af konusunda olumlu ya da olumsuz bir hüküm sevk etmemişlerdir. Kanımızca, cezai çıkarmanın amacı, saklı pay korumasına layık olmayan ve aile bağına zarar veren bir mirasçının bu hakkını onun elinden almaktır. Eğer zarar gören aile bağı sonradan onarılmış ve yaralar sarılmışsa artık çıkarma yaptırımını uygulamanın gayesi ortadan kalkmıştır. Şu halde, bir ölüme bağlı tasarrufun yine şekle uygun bir ölüme bağlı tasarruf ile ortadan kaldırılacağı kuralından hareketle gayet sığ ve hakka-

niyetsiz bir çözüm benimsenerek affa değer verilmemesi isabetli olmaz. Kanımızca af halinde, mirasbırakanın ölümü anında mevcut olmasını aradığımız, geçerli cezai çıkarma nedeni ortadan kalkmış ve tasarruf tenkis edilebilir hale gelmiş olur. Ekleyelim ki, ağırlık unsurunun ölüm anına dek aranması, mirasbırakanın ölüm anına dek acı çekmesi anlamında değildir. Meseleyi olumsuzuyla anlaşılmak gerekir. Yani ağırlık unsuru, ölüm anında af yoluyla ortadan kalkmamış olmalıdır, yoksa bununla acının ölüm anına dek sürmesi anlatılmak istenmez.

Ekleyelim ki, cezai mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan sonra çıkarılan lehine yapılan ölüme bağlı veya sağlar arası tasarrufların af olarak yorumlanması ihtimali vardır. Öte yandan cezai çıkarmayı geri alan tasarrufun geri alınması halinde, önceki çıkarma tasarrufunun kendiliğinden hüküm ifade edeceği sonucuna hemen kolaylıkla varılamaz. Mesele yorum meselesidir. O halde geri almanın geri alınması durumunda, tasarrufun yorumundan mirasçılıktan çıkarmanın yeniden hayat bulması iradesi anlaşılıyorsa, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yeniden canlanması ihtimali gündeme gelebilir. Ancak bu koşul da yetmez. Ayrıca, geri almanın geri alınması yoluyla yeniden canlandırılmak istenen çıkarma tasarrufunun, tüm geçerlilik unsurlarını taşımaya devam ediyor olması gerekir. Nitekim aynı zamanda af iradesini de içeren geri alma tasarrufunun geri alınması halinde af olgusu cezai çıkarmanın tenkisine yol açabilir. Keza bozucu şarta bağlı yapılan çıkarmanın geri alınması tasarrufunun geri alınması durumunda affın varlığı yüksek bir ihtimaldir.

Saklı paylı mirasçının işlediği fiil, hem cezai çıkarmanın hem de mirastan yoksunluğun konusunu oluşturmakta ise ve fakat mirasbırakan sonradan bu davranışı affetmişse, mirastan yoksunluk MK m.578/II gereğince ortadan kalkar. Buna karşılık cezai mirasçılıktan çıkarma da kendiliğinden kalkmış olmaz. Görüşümüz doğrultusunda, söz konusu af yalnızca geçerli çıkarma nedeninin bulunmaması sebebiyle tenkisi talep edebilme hakkını verecektir.

Cezai mirasçılıktan çıkarma nedeninin tasarrufta gösterilmemiş olması veya gösterilen nedeninin gerçek dışı ya da yetersiz olması veya affın varlığı halinde cezai çıkarma tasarrufu tenkise tabi olur. Tenkis üzerine çıkarılan saklı payına kavuşur (MK m.512/I, III). Geçerli bir çıkarma nedeninin bulunmaması durumunda, çıkarma tasarrufunun çıkarılanın saklı payı dışında yerine getirileceği hükme bağlanarak, mirasbırakanın son arzularının tasarruf edilebilir kısım oranında ayakta tutulması sağlanmak istenmiş-

tir. Çıkarma nedeninin geçerli olduğunu ispat yükü MK m.512/II uyarınca çıkarmadan yararlanan mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına aittir. Kanımızca bu hüküm MK m.6 hükmünde düzenlenen genel ispat kuralının bir tekrarından ibaret olup, cezai çıkarma nedeninin geçerliliğini ispat bakımından ispat yükü yer değiştirmiş değildir. Fakat çıkarılan şayet, çıkarma nedeninin af olgusu sebebiyle geçersiz olduğunu iddia etmekte ise, affın varlığını kendisi ispatlamakla yükümlüdür.

Tenkis davası açma hakkı, öncelikle çıkarılana aittir (MK m.560/I). Vasiyeti yerine getirme görevlisinin, münhasıran her bir saklı paylı mirasçıyı koruyan bir dava olan alelade tenkis davasını veya çıkarmanın tenkisi davasını açamayacağı kabul edilmektedir. Çıkarılanın çıkarma tasarrufuna itiraz etmemesi durumunda iflas idaresi veya alacaklılar, tenkis davası açabilirler (MK m.562/II). Alacaklıların ya da iflas idaresinin bu davayı açması MK m.562/I hükmündeki koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Davanın çıkarmadan yararlanan yasal veya atanmış mirasçıya veya vasiyet alacaklısına karşı açılabileceği hükme bağlanmıştır. Çıkarmadan dolayısıyla yararlanan vasiyet alacaklısına karşı da dava açılabileceğinin hükümde düzenlenmiş olması eleştirilmiştir.

MK m.512/III hükmü, çıkarmanın tenkisi halinde çıkarılanın saklı payını talep edebileceği düzenlemesine yer vermekle birlikte, artık pay bakımından kimin hak sahibi olacağı ve buna bağlı olarak tasarrufta bulunulan hallerde tenkis miktarının nasıl hesaplanacağı konularında susmaktadır. Yorum yoluyla bir sonuca varılması bize mümkün gözükmemektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması genel kanuni intikal sistemini esas alarak bir yorum geliştirmekte ve üst çizgideki mirasçının varlığının alt çizgideki mirasçının mirasçılığını engelleyeceği ilkesinden yola çıkmaktadır. Oysa mirasçılıktan çıkarma hükümleri, özellikle MK m.511/II gereğince çıkarılanın miras payının altsoy varsa öncelikle altsoya geçirilmesi gerektiği açık hükmü karşısında, genel kanuni intikal sistemini uygulamaya devam etmek, hakkaniyete aykırı miras dağılımlarına yol açabilir. Mirasçılıktan çıkarma durumunda, yapılan hesaplamanın genel intikal sistemiyle birebir örtüşmediği açıktır. Zira MK m.511/II gereğince öğretide her ne kadar "çıkarılan mirasbırakandan önce ölmüş gibi" hesaplama yapılacağından söz edilse de, kanunun mirasçılıktan çıkarma hükümlerinde "çıkarılanın "miras payının geçirilmesi" düşüncesiyle hareket ettiği açıktır. O nedenle, çıkarma tenkis edildiğinde çıkarılanın altsoyuna artık payı geçirmeyip, en yakın diğer mirasçıya geçirmek, belki genel intikal

sistemine uygun gibi gözükse de, aslında mirasçılıktan çıkarmadaki sisteme uymamaktadır. Bu gerekçelerle, -Yargıtay uygulamasının aksine olarak- MK m.512/III hükmünün, yalnızca çıkarılanın saklı payı talep edebileceği sonucunu düzenlediği ve artık pay bakımından miras payının, saklı payların ve tasarruf oranının nasıl hesaplanacağı konusunda hüküm getirmediği düşüncesindeyiz. Bunun sonucu olarak da burada gerçek olmayan bir kanun boşluğu olduğunu kabul ediyoruz. Kanımızca genel intikal sistemi uygulanmak suretiyle çıkarılanın altsoyunun mirasçı olamayacağının kabul edilmesi yönünde değil, aksine mirasçılıktan çıkarma hükümlerindeki amaca uygun olarak, artık payın çıkarılanın altsoyuna geçirilmesi yönünde bu boşluğun doldurulması gerekir. Kaldı ki miras dağılımının hakkaniyete uygun yapılması ve çıkarılanın altsoyu bakımından mirasın güvence ve yakın aile üyesinin korunması fonksiyonunun diğer yasal mirasçılara göre daha ağır basması, bu sonucu haklı kılar.

Çıkarılanın saklı paylı altsoyu yoksa çıkarma tenkis edilince, çıkarılan saklı payını alır ve üzerinde tasarruf edilen saklı pay dışında kalan kısım, tasarruf oranı kapsamında yer almaya devam eder. Bu halde tenkis üzerine tasarruf oranına eklenmiş olan çıkarılanın saklı payı, tasarruf oranından çıkmaktadır.

Mirasbırakanın çıkarmaya tabi miras payı üzerinde tasarrufta bulunduğu hallerde, çıkarma tasarrufu tenkis edilince, MK m.512/III gereğince çıkarılan, yeniden saklı payına kavuşmakta ve artık pay ise tasarruf oranı kapsamında yer almaktadır. Şu durumda çıkarılanın mirasbırakana göre saklı paylı mirasçı olan altsoyunun bulunması durumunda, onun saklı payını talep edip edemeyeceği sorunuyla karşılaşılır. Bu noktada MK m.511/III hükmünün, MK m.512/III hükmü doğrultusunda yorumlanması suretiyle, çıkarılanın saklı payının tamamını aldığı hallerde artık çıkarılanın altsoyunun kendi saklı payını talep edemeyeceği sonucuna varılabilir. Çünkü çıkarma tasarrufunun tenkisi halinde, MK m.512/III hükmü, MK m.511/II hükmünün uygulamasını olanaksız hale getirmektedir. Böylece çıkarılanın altsoyunun kendi saklı payını isteyebileceğine ilişkin kural, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu geçerli olduğunda uygulanabilecek; tenkis halinde ise MK m.512/III hükmü gereği yalnızca çıkarılan kendi saklı payını talep edebilecektir.

Kısmi çıkarmanın tenkisi halinde de kural olarak tam çıkarmanın tenkisine ilişkin kurallar uygulanacaksa da bir özelliğe dikkat çekmek gerekmektedir. Kısmi çıkarma halinde çıkarmaya tabi miras payında mirasbırakan, başkaca bir tasarrufta bulunma-

mışsa, çıkarılana azaltılmış saklı pay kalır. Artık pay ise çıkarılanın varsa altsoyuna yoksa diğer yasal mirasçılara geçer. Kısmi çıkarma tenkis olunca artık çıkarılan saklı payını tam olarak alır. Bu durumda saklı pay dışında kalan kısım altsoyda veya altsoy yoksa diğer mirasçılarda kalmaya devam eder. Eğer kısmi çıkarmada, mirasbırakan çıkarmaya tabi miras payında tasarruf etmişse, bu durumda kısmi çıkarmanın tenkisi üzerine çıkarılan saklı payına kavuşur. Yani saklı payın azaltma dışındaki oranı, varsa altsoy yoksa diğer yasal mirasçılar tarafından kazanılamamış olur. Miras payının tasarruf edilebilir kısmı ise tasarruf oranında yer almaktadır.

MK m.557 hükmünde sayılan iptal nedenlerinden birinin varlığı halinde, çıkarılan, tasarrufu iptal davası açmak suretiyle iptal ettirebilir. Keza MK m.512/III hükmünde yer alan cümlenin ikinci kısmında düzenlenen çıkarma nedeninde açık bir hataya düşülmüş olması hali de bir iptal nedenidir. Kanımızca bu hükümde düzenlenen çıkarma nedeninde düşülen hatanın "açık" olması ifadesinin bir özelliği yoktur ve hükümden çıkarılmalıdır. Çünkü zaten MK m.557/b.2 gereğince açık olsun olmasın bütün hata halleri iptal sebebidir. MK m.557/b.2 gereğince irade sakatlıkları sebebiyle mirasçılar tarafından iptal hakkının kullanılması için, MK m.504 gereğince mirasbırakanın iradesini sakatlayan hatayı ya da hileyi öğrenememiş veya tehdidin etkisinden kurtulamamış bir şekilde ölmüş olması ya da öğrense/etkiden kurtulsa bile, hükümde düzenlenen bir yıllık hak düşürücü süre dolamadan önce ölmüş olması gerekir. Ekleyelim ki, MK m.504/II gereğince düzeltilebilir beyan hatası hallerinde tasarruf iptal edilmeyecek ve tasarruf mirasbırakanın arzusuna göre düzeltilmekle yetinilecek ve ayakta tutulacaktır. Bu hükmün sadece beyan hataları ile sınırlı olması eleştirilmekte ve mümkün olduğu kadar mirasbırakanın farazi iradesi ön plana çıkarılarak düzeltici ve kurtarıcı yorum yapılması yeni eğilimler tarafından savunulmakta ise de, cezai çıkarmanın kendine özgü yapısı, MK m.504/II uygulamasında dikkate alınmak gerekir. Sözgelimi kendisini yaralayan mirasçının oğlu olduğunu sanarak onu mirasçılıktan çıkaran mirasbırakan, gerçekte kendisini yaralayan kimsenin kızı olduğunu bilmemekteyse bu tasarruf iptale tabidir ve bu konuda düzeltici veya kurtarıcı yorum yapılamaz. Zira mirasbırakanın aynı koşullarda, gerçeği bilseydi kızını da mirasçılıktan çıkaracağının kabul edilmesi bize serbest bir yorum tarzı gibi gözükmektedir. Nitekim söz konusu fiilin derinden yaralayıcılığına karar verecek olan ve bu psikolojik etkilenmeyi yaşayacak olan kimse mirasbırakandır. Yorum yoluyla bu yaralanışı varsaymak, çok uç bir

yorum olur. Bu konuda hakkaniyete aykırı sonuçları önlemek için ancak *de lege ferenda* anlamda cezai çıkarma hükümlerinde bir düzenleme yapılması veya mirastan yoksunluk hükümlerine bu istisnai durumları kapsayan ve mirasbırakanın farazi iradesi yerine geçecek bir ilave yapılması düşünülebilir. Cezai mirasçılıktan çıkarmanın bir yaptırım olduğu ve ilânihaye genişletilmesinin sakıncalı olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

MK m.558/I gereğince "*iptal davası, tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılabilir*". Buna göre mirasçılıktan çıkarmanın iptali için dava, çıkarılan kişi tarafından açılabilir. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin iptal davası açma ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Çıkarılanın iptal davası açmaması halinde, çıkarılanın alacaklılarının ve iflas durumunda iflas idaresinin iptal davası açamayacağı çoğunlukla kabul edilmektedir. Zira tenkis davası bakımından MK m.562/II hükmü ile alacaklılara ve iflas idaresine bu imkân tanınmakta ise de, iptal davası bakımından bu konuda paralel bir hüküm bulunmamaktadır. İptal davası bakımından ispat yükü genel kurala tabidir ve davacının iptal sebebini ispatlaması gerekir (MK m.6). İptal davasında davalı, *"iptali istenen ölüme bağlı tasarrufla, davacı aleyhine bir Miras Hukuku menfaati elde eden kimsedir"*. Öyle ise mirasçılıktan çıkarmanın iptali davası, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan yarar sağlayan (menfaat elde eden) yasal ya da atanmış mirasçılara veya vasiyet alacaklılarına karşı açılır. İptal davasının vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı açılabileceği kabul edilmektedir.

Tenkis ve iptal davaları kimlere karşı açılmışsa, ancak onlar hakkında hüküm ifade eder; hakkında dava açılmayan mirasçıları bağlamaz. Bununla birlikte Yargıtay, bazı kararlarında söz konusu davaların bütün mirasçılara karşı açılması gerektiğini, aksi halde husumet yönlendirilmeyen mirasçıları bağlamayacağını belirtirken, bazı kararlarında ise daha da ileri giderek, söz konusu davaların bütün mirasçılara yöneltilmemesi durumunda husumet yönünden davanın reddine karar verilmesi gerektiği belirtmektedir. Bu konuda özellikle, kendisine karşı tenkis ya da iptal davası yöneltilen mirasçının davayı kabul etmesi halinde, davayı kabul edenin miras hakkını talep imkânının sona ermesi, buna karşılık kendilerine davanın yöneltilmediği diğer mirasçılar açısından hala tasarrufu tenkis veya iptal ettirme olasılığının bulunması, Yargıtay'ı bu içtihada sevk etmektedir. Zira bu durumda diğer mirasçılar tasarrufu tenkis veya iptal

ettirince, çıkarmadan yararlanan kişinin daha önce davayı kabul etmesi sebebiyle miras hakkından vazgeçmesi üzerine, bu kimselere "dolayısıyla çıkarmaya konu miras payından yararlanma şansı" -hatta deyim yerindeyse- "gün" doğmuş olacaktır.

Uygulamada çok büyük bir oranda tenkis ve iptal davaları kademeli (terditli) olarak açılmaktadır. Yargıtay bu uygulamayı kabul etmiştir. Öncelikle iptal nedeni araştırılacak, eğer iptal nedeni yok ise bu kere çıkarma nedeninin geçerli olup olmadığı incelenecektir.

Mirasçılık belgesinin iptaline ilişkin Sulh Mahkemesinde görülen davada veya paylaşma davasında vb, cezai çıkarma tasarrufunun iptali veya tenkisine ilişkin derdest bir dava görülmekte ise, bu davanın mirasçılık belgesinin iptali veya paylaşma davası vb. davalar bakımından bekletici mesele sayılıp sayılmayacağı konusunda Yargıtay farklı içtihatlar vermektedir. Kanımızca cezai çıkarmanın iptali veya tenkisi davası, yukarıda anılan Miras Hukuku uyuşmazlıkları bakımından kural olarak bekletici mesele sayılmak gerekir. Şayet terekede acilen tasfiyesi ya da paylaştırılması ya da satışı gereken mallar veya haklar varsa, elbette hâkim bu ivedi durumlar için gerekli önlemleri almalıdır. Sözgelimi terekede yaş sebze ve meyve bulunması gibi. Fakat bu istisnai durumlardan yola çıkılarak derdest cezai çıkarma ihtilafının bekletici mesele sayılmaması isabetli olmaz.

Tenkis ve iptal taleplerinin mutlaka dava yoluyla ve her biri kendi hükümlerinde düzenlenen hak düşürücü süreler içinde ileri sürülmesi gerektiği ve bu davaların genellikle bozucu yenilik doğuran dava olduğu kabul edilmektedir.

Tenkis ve iptal nedenleri dışında ayrıca cezai çıkarma tasarrufunun yokluğu, Borçlar Hukuku anlamında kesin hükümsüzlüğü (butlanı), tasarrufun yürürlüğe girmediği veya kanunun deyimiyle Miras Hukukuna özgü "kendiliğinden hükümsüzlük hallerinin bulunması durumunda cezai çıkarma tasarrufu kendiliğinden geçersizdir.

İptal veya yokluk, Borçlar Hukuku anlamında kesin hükümsüzlük (butlanı), tasarrufun yürürlüğe girmemesi veya kanunun deyimiyle Miras Hukukuna özgü "kendiliğinden hükümsüzlük hallerinde, mirasbırakan şayet tasarruf edilebilir kısımda başkaları lehine geçerli surette ayrıca bir kazandırmada bulunmamışsa, çıkarılan mirasçı bütün miras payına kavuşmaktadır. Çıkarmadan yararlanan kimseler ise kural olarak miras payı veya kazandırma alacağı elde edememiş olmaktadırlar.

Bununla birlikte bazen özellikli durumlarla karşılaşılabilir. Bazen cezai mirasçılıktan çıkarma ile mirastan yoksunluk koşulları aynı anda gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda miras ve tasarruf oranı hesaplamasında hangi sistemin uygulanacağı sorunuyla karşılaşılır. Mirastan yoksunlukta yapılacak hesaplama konusunda mirasın reddi gibi hesaplama yapılması ve mirasçılıktan çıkarma gibi hesaplama yapılması yolunda iki farklı görüş vardır. Hangi görüş benimsenirse benimsensin, kanımızca aynı somut olay hem cezai çıkarmanın hem de yoksunluğun konusu ise, hesaplama cezai çıkarma gibi yapılmalı ve mirasçıların saklı paylarını artıran red sistemi değil, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü artıran çıkarma sistemi uygulanmalıdır. Zira mirasbırakan çıkarma iradesinde bizzat bulunmuşsa, artık onun yerine geçip farazi irade ile miras paylaştırmak isabetli gibi gözükmemektedir. Buna karşılık ekleyelim ki, bizce -her ne kadar tam bir simetri oluşturmasa ve çıkarmaya konu olamayan her bir ihlali bütünüyle kapsamasa da- prensip olarak cezai çıkarma kurumunun tamamlayıcısı niteliğinde bulunan mirastan yoksunluk kurumunda yapılacak miras ve tasarruf oranı hesaplaması cezai mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi yapılmak gerekir.

Son olarak MK m.181/II sistemi ile getirilen boşanma davası sırasında davacı eşin ölümü üzerine, -kanunun deyimiyle- mirasçıların davaya devam ederek, davalı eşin kusurlu olduğunu ispatlamaları ve mirasçılığını bertaraf etmeleri, oldukça eleştirilen ve aksayan bir kurum niteliğindedir. Öğretide bu kuruma kendine özgü yoksunluk türü nitelemesi yapılması kanımızca yerinde değildir. Zira dava konusu olan olgu bir yoksunluk nedeninden çok, cezai çıkarma nedenini andırmaktadır. Kanımızca hüküm *de lege ferenda* olarak değiştirilmelidir. Buna göre, ihtilaflı boşanmada davacının davalıyı mirasçılıktan çıkardığı varsayımı kabul edilerek, davalının itirazı üzerine boşanmadan yararlanan mirasçılara boşanma nedeninin haklılığını ispatlama imkânı getirilmelidir. Buna karşılık aleyhine boşanma davası açtığı kişinin mirasından davacı eşin feragat ettiği varsayımı kabul edilmelidir. Açılan boşanma davasının itirazsız bir şekilde davalı eş tarafından kabul edilmesi veya anlaşmalı boşanma talebinde bulunulması durumunda davayı kabul eden eşin ve anlaşmalı boşanma talebinde bulunan eşin de feragat ettiği varsayımı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA[1]

Abt, Daniel : Bemerkungen, **AJP**, Zürich, Dicke, 2006, s.1139–1146.

Akartepe, Alpaslan : **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat, 2005.

Akbıyık, Cem : **Miras Sebebiyle İstihkak Davası**, İstanbul, Der, 2003.

Akkanat, Halil : **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz, 2004.

Aksu, Mustafa : "MK m. 181 II Hükmünün Gizli Bir Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C.1, İstanbul, Vedat, 2009, s.251–272.

Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, Kamil/Nevhis Deren-Yıldırım : **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 5. Bası, İstanbul, Alkım, 2005.

Albaş, Hakan : "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar", **DEÜHFD**, Ünan Normanlıoğlu'na Armağan, C.9, Özel Sayı, İzmir, 2007, s.535–552.

Antalya, O. Gökhan : **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul, Alkım, 1999 [**Feragat**].

Antalya, O. Gökhan : **Miras Hukuku**, İstanbul, 2. Bası, Vedat, 2009 [Miras].

Apathy, Peter: Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger (Hrsg.), **Kurzkommentar zum ABGB,** 2. überarb. und erw. Aufl., Vienna, Springer-Wien, 2007.

Aral, Fahrettin : **Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1979. [Taksim].

Aral, Fahrettin : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Gen. 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2007.

Arberk, Ömer: Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Yetkin, Ankara, 2007.

---

1 Aynı yazara ait birden fazla eser bulunması durumunda, eserleri ayırt edebilmek için dipnotlarda kullanılan kısaltmalar, eserlerin sonunda ayraç içerisinde belirtilmiştir.

Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3.Bası, Turhan, Ankara 2007.

Ayan, Mehmet : **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Konya, Mimoza, 2007.

Aybay, Aydın: **Miras Hukuku Dersleri**, Göz. Geç. 3. Baskı, Maltepe Ü. Yayınları, İstanbul, 2002.

Ayiter, Nuşin/Kılıçoğlu, Ahmet: **Miras Hukuku**, Gen. 3. Bası, Ankara, Savaş, 1993.

Baydar, Utku : "**Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma"**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005.

Baygın, Cem : "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum", **AÜEHFD**, C.IV, S.I-II, 2000, s.567–594. [Yorum].

Baygın, Cem : **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Ankara, Seçkin, 2005. [Alacaklıların Korunması].

Baygın, Cem : "Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması", **EÜHFD**, C.12, S.3–4, 2008, s.137–179.

Beck, Alexander : **Grundriss des schweizerischen Erbrechts**, 2. Aufl., Bern, Stämpfli, 1976.

Béguelin, Jean : L'exhérédation d'un insolvable en droit suisse, Neuchâtel, 1932.

Bellwald, Friedrich : **Die Enterbung im schweizerischen Recht**, Diss, Zürich, W Schneider, Drückerei, 1980.

Berki, Şakir : **Miras Hukuku**, Ankara, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, 1975.

Bessenich, Balthasar in : **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Art.457–977 ZGB, Art.1-61 SchlT, ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007.

Bıçakçı, Levent : **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı, 1999.

Breitschmid, Peter : **Formvorschriften im Testamentsrecht**, Diss, Zürich, 1982.

Breitschmid, Peter in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I**, Art.1-456 ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2006.

Breitschmid, Peter in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Art.457–977 ZGB, Art.1-61 SchlT, ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007.

Breitschmid, Peter : "Standort und Zukunft des Erbrechts", ***Successio: Zeitschrift für Erbrecht**, Schulthess, 2009, s.276–317. [Zukunft].*

Brühlmeier, Beat : ***Die Wirkung beim Ausscheiden einer erbteilsbeanspruchenden Person auf die Berechnung des Pflichtteils und der verfügbaren Quote**, Diss., Fribourg, 1945.*

Burcuoğlu, Haluk : "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası İle İlgili Bazı Gözlemler", **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, Çizgi, 2007, s.381–391.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Yenerer : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5.Bası, Beta, İstanbul, s.201.

Çağa, Tahir : Türk – İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti, İstanbul, y.y, İsmail Akgün Matbaası, 1950.

Çakın, Nur : "Türk Hukukunda Mirastan Iskat İle ilgili Problemler – Mirastan Iskat", **ABD** 1974, S.3, s.523–536.

Çınar, Ömer : "Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı İle Sona Erdirilmesi", **İstanbul Ticaret Ü. SBD**, Y.6, S.12, Güz 2007/2, s.219–230.

Çubukgil, A. Rıza : "Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri", **AÜHFD**, C.7, S.3–4, Ankara, 1950, s. 441–467 [Iskatın Sebepleri].

Çubukgil, A. Rıza : "Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri", **AÜHFD,** C.8, S.3–4, Ankara, 1951, s. 595–609 [Iskatın Neticeleri].

Çubukgil A. Rıza: **L'Exhérédation Ordinaire En Droit Suisse**, Diss, Fribourg, 1949 [L'Exhérédation].

Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2007.

Deschenaux, Henri/Steinauer, Paul H. : **Droit des successions**, 7. Aufl., Fribourg, 1993.

Dictionnaire Larousse : **Ansiklopedik Sözlük**, C.5, Milliyet, İstanbul, 1993–1994.

Dieckmann, Albrecht in : **Soergel Bürgerliches Gesetzbuch**, B.21-23, Erbrecht (§§ 1922-22385), 13.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 2002.

Druey, Jean Nicolas, : **Grundriss Des Erbrechts**, 5. Aufl., Bern, Stämpfli, 2002.

Dural, Mustafa : **Miras Sözleşmeleri,** İstanbul, İ.Ü Fakülteler Matbaası, 1980.

Dural, Mustafa/Öz, Turgut : **Türk Özel Hukuku, C.IV**, **Miras Hukuku**, Yen. 3. Bası, İstanbul, Filiz, 2006.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan : **Türk Özel Hukuku**, C. II, **Kişiler Hukuku**, Göz. Geç. Yen.9. Bası, İstanbul, Filiz, 2009.

Dural, Mustafa/Öğüz Tufan /Gümüş, Alper : **Türk Özel Hukuku**, C. III, **Aile Hukuku**, İstanbul, Göz. Geç. Yen. 2. Bası, Filiz, 2008.

Dündar, Mustafa : **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

Eccher, Bernhard: **Bürgerliches Recht Band VI Erbrecht,** 3. aktualisierte Aufl., Vienna, Springer-Wien, 2008.

Elçin Grassinger, Gülçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, (MK md.346, md.347, md.348), İstanbul, XII Levha, 2009.

Engin, Baki İlkay : **Yedek Mirasçılık**, İstanbul, Filiz, 2003.

Engin, Baki İlkay: Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, Gen. 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008.

Erçin, Ferhat : **Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi** (BK m.53. madde), Der, İstanbul, 2000.

Eren, Fikret : Türk Medeni Kanununda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, AÜHF Yayınları, 1966. [Tenkis].

Eren, Fikret : **Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1973. [Tenkis].

Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Göz. Geç. 9. Bası, İstanbul, Beta, 2006. [Borçlar Hukuku].

Erman Hasan : **Sağ Kalan Eşin Miras Hakkı**, İstanbul, Beta, 1986.

Escher, Arnold : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben (Art.457-536), 3. Aufl., Zürich, 1959.

Escher, Arnold : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, (Art.537-640), 3. Aufl., Zürich, 1960.

Fankhauser, Roland : "Gesetzliches Ehegattenerbrecht in der (Ehe-) Krise1", **FamPra.ch**, Bern, Stämpfli, 2007, s.229-254.

Forni, Rolando/Piatti, Giorgio in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Art.457–977 ZGB, Art.1-61 SchlT, ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007

Gönensay, Samim /Birsen Kemalettin : **Miras Hukuku**, İkinci Bası, İstanbul, İÜ Yayınları, Ahmed Said Matbaası, 1963.

Gross, Walter : **Die Erbverträge im schweizerischen ZGB**, Diss, Zürich, 1916.

Gubser, Michael : **Strafenterbung de lege lata – de lege ferenda**, unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Rechts, Diss, Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakültät der Universität Zürich, 2001.

Guinand, Jean/ Stettler, Martin /Leuba, Audrey : **Droit des successions** (art.457–640 CC), 6e éd. remaniée, complétée et mise à jour, Genéve-Zürich-Bâle, Schulthess, 2005.

Gübeli, Christian : **Gläubigerschutz im Erbrecht**, Diss, Zürich, 1999.

Gümüş, M. Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.1, İstanbul, Vedat, 2008.

Güven, Kudret : "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", **Gazi HFD**, 1997/I, S.1, s.57 vd.

Güvenç, Fikret : "Mirastan Iskata Karşı Açılacak Davanın Niteliği ve Bu Davadaki İsbat Yükü", **İBD**, C. 61, S. 10–11–12, İstanbul, 1987, s.668–677.

Haas, Ulrich in : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht, Neubearb., Berlin, Sellier-de Gruyter, 2006.

Hatemi, Hüseyin : **Miras Hukuku,** 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2004.

Helvacı, İlhan: **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi**, İstanbul, Filiz, 2002.

Herzog, Stephanie : **Die Pflichtteilsentziehung - ein vernachlässigtes Institut**: Kann eine Reform des Pflichtteilsentziehungsrechts dem Pflichtteilsrecht im neuen Jahrtausend zu Bestand verhelfen?, Bielefeld, Gieseking, 2003

Herzog, Stephanie : „Die Pflichtteilsentziehung im Lichte der neueren Rechtssprechung von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht", **FF** 2006/3, s.86-95.

Huber, Eugen: **Schweizerisches Civilgesetzbuch - Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements**, 2. Ausgabe, B.1, Einleitung, Personen- und Familien- und Erbrecht, Bern 1914; ayrıca bkz. Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Die Erläuterungen von Eugen Huber Text des Vorentwurfs von 1900, Bern, Stampfli, 2007; ayrıca bkz. http://www.eugenhuber.ch.

Ickowicz, Marc : De l'exhérédation ordinaire en droit suisse, Diss, Genéve, 1930.

Itschner, Albert J. : Die Bindungen des Erblassers an den Erbvertrag, Diss., Bern, 1974.

İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, F. /Özgenç, İ./Sözüer, A. /Mahmutoğlu, F./Ünver, Y. : **İçel Suç Teorisi**, 2.Bası, Beta, 2000.

İmre, Zahit : **Türk Miras Hukuku**, Yen. 4. Bası, İstanbul, İÜ Yayınları, Fakülteler Matbaası, 1978.

İmre, Zahit/Erman, Hasan : **Miras Hukuku**, Yasal Mirasçılık, Ölüme Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi, Göz. Geç. 6. Basım, İstanbul, Der, 2006.

İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan : **Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku,** Geniş. Güncel. 7. Bası, Ankara, Seçkin, 2008.

Karrer, Martin in : **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Art.457–977 ZGB, Art.1-61 SchlT, ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007.

Keser, Hakan : "**5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan Iskatın ve Sigortalının Öldürülmesinin Sos-**

yal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Olan Ölüm Aylığına Etkisi", Legal İH&SGHD, 2008/3, S.19, s.1023–1044.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: "Mirastan Iskat Konusunda İkinci Hukuk Dairesi'nin Hukuk Dışı Bir Kararı", **TBBD** 1995/1, s.39–58 [Karar İncelemesi].

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Miras Hukuku**, Gen. 2. Bası, Ankara, Turhan, 2007 [Miras].

Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Gen. 2.Bası, Ankara, Turhan, 2004 [Yenilikler].

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2008.

Kocaağa, Köksal : "Mirasçılık Belgesi", **Gazi HFD**, C.9, S.1–2, İzmir, 2005, s.87–109 [Mirasçılık Belgesi].

Kocaağa, Köksal : "Borç Ödemeden Aciz Sebebiyle Mirasçılıktan Çıkarma (MK m.513)", **DEÜHFD**, C.7, S.1, İzmir, 2005, s. 83–102 [Aciz Sebebiyle Çıkarma].

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Miras Hukuku**, Hiç değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.

Koller, Thomas in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I**, Art.1-456 ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2006.

Köteli, M. Argun: Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Kazancı, İstanbul, 1991.

Köprülü, Bülent : **Miras Hukuku Dersleri**, Mirasçılar – Ölüme Bağlı Tasarruflar – Mirasın İntikali (Geçmesi), Gen. Yen. 2. Bası, İstanbul, İÜ Yayını, Fakülteler Matbaası, 1985.

Kunter, Nurullah : **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi** (Hareket-Netice-Sebebiyet Alakası), İstanbul 1955.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder : **Medeni Usul Hukuku**, Ders Kitabı, 15. Baskı, Ankara, Yetkin, 2004.

Lange, heinrich : ***Münchener Kommentar zum Brügerlichen Gesetzbuch,*** *Bd.9, Erbrecht, §§ 1922-2335, §§ 27-35 BeurkG, 4. Aufl., München, Beck, 2004.*

*Langenfeld, Gerrit : "Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts - Inhalt und Praxisfolgen", **NJW**, Heft 43, 2009, s.3121 vd.*

*Leipold, Dieter : **Münchener Kommentar zum Brügerlichen Gesetzbuch**, Bd.9, Erbrecht, §§ 1922-2335, §§ 27-35 BeurkG, 4. Aufl., München, Beck, 2004.*

Midyat, Nuri Aziz : **Mirasçılık Belgesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.

Nobs, Edith : Die Grenzen der Verfügungsfreiheit des Erblassers nach ZGB, Diss, Bern, 1948.

Oğuzman, M. Kemal : **Miras Hukuku**, Göz. Geç. 6.Bası, İstanbul, Filiz, 1995.

Oğuzman, M. Kemal/Dural, Mustafa : **Aile Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz, 2001.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Göz. Geç. 7. Tıpkı. Bası, İstanbul, Vedat, 2009.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe : **Kişiler Hukuku,** 9. Bası, İstanbul, Filiz, 2009.

Olgaç, Senai : Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi ve İlgili Hususi Kanunlar, C.1, 2.Baskı, İstanbul 1957.

Olshausen, Wolfgang in : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht, Neubearb., Berlin, Sellier-de Gruyter, 2006.

Özdemir, Nevzat : Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta, İstanbul, 2003.

Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2006.

Özkaya, Eraslan : **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin, 2007.

Öztan, Bilge : **Miras Hukuku**, (Tablolar ve Örneklerle), 2. Baskı, Ankara, Turhan, 2007.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan : **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 9.Bası, Seçkin, Ankara, 2006.

Özuğur, Ali İhsan : "Miras Hakkından Iskat", **ABD,** Yıl 53, S. 3, Temmuz 1996, s.346–353. [Iskat].

Özuğur, Ali İhsan : **Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku**, C.1, Ankara, Bilge, 2005.

Petek, Hasan : "Mirasçılık Sıfatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi", **DEÜHFD**, 2002/2, s.139–172.

Piotet, Paul : **Schweizerisches Privatrecht, B.IV– Erbrecht, 1. Halbband,** 1. Auflage, Basel-Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn, 1978.

Piotet, Paul : **Schweizerisches Privatrecht, B.IV– Erbrecht, 2. Halbband,** 1. Auflage, Basel-Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn, 1981.

Raemy, Reinold : Das Pflichtteilsrecht und die Erbenqualität, Diss. Freiburg 1982.

Riemer, Hans Michael : "Nichtige (Unwirksame) Testamente und Erbverträge", **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich 1989.

Rohr, Max : Enterbung und Erbunwürdigkeit nach dem Rechte des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Inaugural-Diss, Baalsdorf-Leipzig, Arno Bachmann, 1914.

Schaufelberger, Peter C.in : **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Art.457–977 ZGB, Art.1-61 SchlT, ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing& Lichtenhahn, 2007.

Schwander, Ivo in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I**, Art.1-456 ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2006.

Schwander, Ivo in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Art.457–977 ZGB, Art.1-61 SchlT, ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing& Lichtenhahn, 2007.

Schwenzer, Ingeborgin: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I**, Art.1-456 ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel-Genf-München, Helbing&Lichtenhahn, 2006.

Schweri, Erhard : **Leitfaden für Ihr Testament**, 5. Aufl, Zürich 1982.

Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Göz. Geç. 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2007 [Sözleşmeden Dönme].

Serozan Rona : "Miras Hukukunda İradi Mirasçıların Konumunu Güçlendiren Yeni Gelişmeler", **Aydın Aybay'a Armağan**, İstanbul, Vedat, 2004, s.283 [Gelişmeler].

Serozan, Rona : "Yeni Medeni Kanun'un Miras Hukuku Alanındaki Yeniliklerinin Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul, Vedat, 2004, s.563–570. [Yenilikler].

Serozan, Rona : **Çocuk Hukuku**, Gen. 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2005. [Çocuk Hukuku].

Serozan, Rona in: Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, Gen. 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008.

Stadler, Emil : Die Enterbung im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss, Zürich, 1910.

Staehelin, Daniel in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Art.457–977 ZGB, Art.1-61 SchlT, ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007.

Sutter, Thomas/Freiburghaus, Dieter : **Kommentar zum neuen Scheidungsrecht**, Zürich, Schulthess, 1999.

Şahin, Ayşenur : "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Hükümleri", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C.2, İstanbul, Vedat, 2009, s.1447–1495.

Şener, Esat : "Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller", **YD**, C.2, 1976, s.81–103 **[YD].**

Şener, Esat : **Miras Hak ve Payları**, Ankara, Seçkin, 1996. [Miras Hak ve Payları].

Şener, Esat : **Açıklamalı – İçtihatlı Türk Medeni Kanunu**, Göz. Geç. 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 1998

Şenocak, Zarife : "Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Ankara, BTHAE, 1998, s.421–429.

Tekinay, Selâhattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, 1990.

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla : **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yen. Göz. Geç. Gen. 7. Baskı, İstanbul, Filiz, 1993.

Tongsir, Ferih Bediî : **Türk Hukukunda Mirastan Iskat**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1956.

Tongsir, Ferih Bediî : "Mirastan Iskat ve Mahrumiyet Müesseseleri Hakkında Düşünceler", **MHAD**, S.2, N.2, İstanbul, Baha, 1958 [Düşünceler].

Tunçomağ, Kenan : **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1959.

Tuor, Peter : **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, Das Erbrecht, 1. Abt., Die Erben, Art.457-536 ZGB, 2. Aufl., Bern Stämpfli, 1964.

Tuor, Peter/Picenoni Vito : **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, Das Erbrecht, 2. Abt., Der Erbgang, Art.537-640 ZGB, 2. Aufl., Bern, Stämpfli, 1964.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra : **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 12. Aufl., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2002.

Tuor, Peter/Picenoni, Vito : **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, Das Erbrecht, 2. Abt., Der Erbgang, Art.537-640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964.

Uyar, Talih : Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı), Miras Hukuku, C.1, Ankara, 2003.

Ülkü, Murat Fatih : "Mirastan Iskat", **Bursa BD**, S.60, 1998/12, s.42–56.

Üstündağ, Saim : **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000.

Weimar, Peter : **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Band III – Das Erbrecht, 1. Abt: Die Erben, Teilband 1: Art.457-480 ZGB: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit (Art.457-480 ZGB), vollst. neu bearb, Bern, Stämpfli, 2000.

Wissmann, Kurt in: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, Art.457–977 ZGB, Art.1-61 SchlT, ZGB, Hrsg: Honsell-Vogt-Geiser, 3. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007.

Yavuz, Cevdet : **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yen. 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2007.

Yazıcı, Hilmi/Atasoy, Hasan : Şahıs Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı 1952–1970, Ankara, 1970.

Zevkliler, Aydın : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yen. 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2004.

ÖZGEÇMİŞ

1978 yılında Malatya'nın Arapgir ilçesinde doğdu. Anne ve babasının memuriyeti dolayısıyla Malatya'nın Darende Akçadağ ilçeleri ile Tekirdağ'ın Marmara Ereğlisi ilçesinde ilk ve orta öğrenimini tamamlayarak, 1994 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine girdi. 1998 yılında Hukuk Fakültesinden mezun olarak bir yıl süreyle İstanbul Barosunda avukatlık stajı yaptı. 1999 yılında başladığı İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsündeki Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrenimini Prof. Dr. Özer Seliçi'nin danışmanlığını yürüttüğü "3402 sayılı Kadastro Kanunu Uyarınca Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar" başlıklı yüksek lisans tezini savunarak 2002 yılında tamamladı.

2002 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Doktora öğrenimine başladı. Tez danışmanlığını Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir'in yürüttüğü "Cezai Mirasçılıktan Çıkarma" başlıklı doktora tez çalışmaları sırasında araştırma yapmak üzere 2006-2007 tarihlerinde Tinçel Vakfı burslusu olarak Almanya'nın Freiburg kentindeki Albert Ludwigs Üniversitesi Hukuk Fakültesinde bulundu.

10 Aralık 1999 tarihinden itibaren İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya devam etmektedir.