

OLUMLU MİRAS SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICILIĞI*

DIE BINDUNGSWIRKUNG DES ERBVERTRAGES

S. Derya YAKUPOĞLU**

Özet: Olumlu miras sözleşmesi, vasiyetname yanında diğer bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türüdür. Miras sözleşmesi bir ölüme bağlı tasarruf olmasının yanında, aynı zamanda da gerçek anlamda bir sözleşmedir. Bu çifte niteliği sebebiyle, miras sözleşmesi *sui generis* veya hibrit bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Miras sözleşmesi mirasbırakana bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkânı vermektedir. Bu bakımdan, miras sözleşmesi vasiyetnameden farklı bir işleve sahiptir. Mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğünün devam etmesi ilkesi karşısında miras sözleşmesinin bağlayıcılığından ne anlaşılması gerektiği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

TMK m. 527/1 hükmü uyarınca mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kişiye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girmektedir. Söz konusu hükümden, dar anlamda miras sözleşmesi, başka bir deyişle olumlu miras sözleşmesi düzenlenmektedir. Buna göre, mirasbırakan bir miras sözleşmesi yapmak suretiyle, iradî mirasçı atayabilmekte ya da vasiyet alacaklısı belirleyebilmektedir. Hükümden bu iki tür maddi anlamda ölüme bağlı tasarruftan bahsedilmektedir; ancak bu bir sınırlı sayım (*numerus clausus*) değildir. Hükümün devamında, miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceği; ancak miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebileceği düzenlenmektedir. TMK m. 527/11 hükmü hem miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü düzenlemesi yönünden hem de miras sözleşmesiyle çelişen ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalara karşı itiraz hakkı tanınması bakımından oldukça tartışmalı bir maddedir. Söz konusu madde İsviçre Medenî Kanunu m. 494 (ZGB Art. 494) hükmünün çevirisidir. Bu sebeple, çalışmada asıl olarak Türk-İsviçre hukukuna ilişkin doktrindeki görüşlerden ve mahkeme kararlarından yararlanılmıştır.

* Bu makale İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında yazılmakta olan “Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., İ.D. Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Anahtar kelimeler: Miras Sözleşmesi, Ölüme Bağlı Tasarruf, Vasiyetname, Bağlayıcılık, İptal, Sona Erme, Dönme Hakkı

Zusammenfassung: Neben der einseitigen frei widerruflichen letztwilligen Verfügung (Testament) steht als andere Verfügungsform der Erbvertrag. Dieser ist nicht nur eine Verfügung von Todes wegen, sondern auch ein echter Vertrag. Aufgrund seiner Doppelnatur wird der Erbvertrag auch als Vertrag sui generis oder Vertrag mit Hybrid-Charakter bezeichnet. Durch seine bindende Wirkung stellt der Erbvertrag für den Erblasser eine anspruchsvolle Alternative zum Testament dar. Angesichts der erbrechtlichen Privatautonomie des Erblassers lohnt es sich, die Bedeutung der Bindungswirkung des Erbvertrages zu untersuchen.

Das türkische Zivilgesetzbuch Art. 527 Abs. 1 stellt fest, dass sich der Erblasser durch einen Erbvertrag einem anderen gegenüber verpflichtet, ihm oder einem Dritten seine Erbschaft oder ein Vermächtnis zu hinterlassen. Das ist die gesetzliche Definition des positiven Erbvertrages mit der Erbeinsetzung und dem Vermächtnisvertrag als Hauptarten, wobei hier nicht das Prinzip der geschlossenen Anzahl gilt (*numerus clausus*).

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

Das türkische Zivilgesetzbuch Art. 527 enthält die Übersetzung des Art. 494 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Daher konzentriert sich dieser Aufsatz vorwiegend auf die in der türkischen und der schweizerischen Rechtsordnung vertretenen Meinungen und deren Rechtsprechung im Hinblick auf die Bindungswirkung des Erbvertrages.

Schlüsselwörter: Erbvertrag, Verfügung von Todes wegen, letztwillige Verfügung (Testament), Bindungswirkung, Anfechtung, Aufhebung, Rücktritt

1. Sorunun Tespiti

Türk Medenî Kanunu m. 527 ve mehaz İsviçre Medenî Kanunu m. 494 (ZGB Art. 494) hükmü olumlu miras sözleşmesini düzenlemektedir. Buna göre, mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kişiye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girmektedir. Miras sözleşmesinde mirasbırakan karşısında tek bir kişi olabileceği gibi, birden çok kişi de olabilir (çok

tarafli miras sözleşmesi). Miras sözleşmesinin her iki tarafı da bağlayıcı ölüme bağlı tasarruflarda bulunmaktaysa, iki tarafli miras sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Tarafların bağlayıcı ölüme bağlı tasarruflarının birbirleri lehine yapılmış olması gerekmemektedir, bağlayıcı ölüme bağlı tasarruflar bir üçüncü kişi lehine de yapılabilmektedir. Miras sözleşmesinde mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufa karşılık, sözleşmenin karşı tarafı da bir sağlararası tasarruflarda bulunabilmektedir. Eğer sözleşmenin karşı tarafı bir sağlararası tasarruflarda bulunmuş ise ivazlı, bulunmamış ise ivazsız miras sözleşmesi söz konusudur. Bu durumda, tek tarafli miras sözleşmesi ivazlı veya ivazsız olabilmektedir. Tek tarafli ivazlı bir miras sözleşmesi, karşı taraf bir ölüme bağlı tasarruflarda bulunmamış olduğundan tek tarafli, ancak bir sağlararası tasarruflarda bulunduğundan ivazlıdır.

Miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarruflarda bulunan mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruflarda bulunabilmektedir; ancak miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilmektedir. Bu maddedeki "itiraz" imkânı mehz kanundaki karşılığına uygun olarak "iptal" (*Anfechtung*) şeklinde anlaşılmaktadır.¹ Bu iptal davasının niteliğiyle ilgili kanunda bir hüküm bulunmamaktadır; söz konusu iptal davasına tenkis davasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Kanun, miras sözleşmesi lehdarını adeta bir sözleşmesel saklı pay sahibi olarak kabul etmektedir.²

Bir tarafta mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün eskisi gibi devam etmesi düzenlenirken, bir taraftan da mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına ve hatta bağışlamalarına karşı iptal davası açılabilmesi imkânının düzenlenmesi karşısında miras sözleşmesinin bağlayıcılığından (*Bindungswirkung*)

¹ Mustafa Dural, *Miras Sözleşmeleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 166; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, 11. Bası, İstanbul 2017, s. 131; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2017, s. 250.

² Rona Serozan/Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Ankara 2018, s. 351, 356; Dural/Öz, s.131; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 3. Auflage, Basel 2007, Art. 494, N. 9.

ne anlaşılması gerektiği incelenmelidir. Mirasbırakanın malvarlığı üzerinde eskisi gibi tasarruf edebilmesinin ve bu tasarruf özgürlüğü karşısında miras sözleşmesinin bağlayıcılığının anlamı ve sınırları makalemizde doktrindeki görüşlerden ve mahkeme kararlarından yararlanılarak açıklanmıştır. Doğrudan konuya ilişkin Yargıtay kararı bulunamadığından, daha ziyade İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir.

2. Ölüme Bağlı Tasarruf Serbestisi ve Sınırları

Mirasbırakanın, terekesi üzerinde kendi iradesine uygun olarak belirlemeler yapabilmesi için ölüme bağlı tasarruf (*Verfügung von Todes wegen*) olarak nitelendirilen hukukî işlemle bu iradesini ortaya koyması gerekmektedir. Ölüme bağlı tasarruf serbestisi (*Testierfreiheit/erbrechtliche Privatautonomie*), özel mülkiyetin ve onun ayrılmaz parçası irade özerkliğinin uzantısıdır.³ Ölüme bağlı tasarruf serbestisinin değişik anlamları vardır. Bu serbesti, en başta herhangi bir ölüme bağlı tasarruf düzenleyip düzenlememe serbestisi anlamına gelmektedir. Yine bu serbesti, ölüme bağlı tasarrufun konusunu ve lehdarını belirleme serbestisini içermektedir. Ayrıca bu kapsamda, mirasbırakan yaptığı ölüme bağlı tasarrufun şekline ve içeriğine özgürce karar verebilmektedir. Keza mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufu geri alma olanağı da bu serbestinin bir görünümüdür.⁴

Ölüme bağlı tasarruf serbestisi bazı hukuk kurallarıyla sınırlanmıştır. Bunların en başında hukuka ve ahlaka aykırılık sınırı gelmektedir. Öte yandan, ölüme bağlı tasarruf serbestisi saklı pay kuralları ile de sınırlanmaktadır. Diğer bir sınırlayıcı kural ise, makale konusu olan, miras sözleşmesinin bağlayıcılığıdır. Miras sözleşmesi lehdarı bakımından, tıpkı saklı paylı mirasçılar gibi “sözleşmesel saklı pay” öngörülmüştür.⁵ Miras sözleşmesi lehdarının durumu ile saklı pay sahibi mirasçılar arasında devamlı surette bir paralellik söz konusudur. Eklemek gerekir ki, iradî mirasçılarının durumlarını güçlendirme eği-

³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1987, s. 9; Öztan, s. 4; Dural/Öz, s. 2; Serozan/Engin, s. 37, 256.

⁴ Serozan/Engin, s. 257.

⁵ Serozan/Engin, s. 259; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 9.

limi her geçen gün artmaktadır. Bu bakımdan, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf vaadinde bulunarak kişilerden önemli menfaatler sağlaması ve sonra da ölümüne bağlı tasarruf serbestisine dayanarak vaatlerini yerine getirmemesi bir güven ihlali olarak kabul edilmekte ve *culpa in contrahendo* kavramından türetilmiş olan *culpa in testando* kökenli bir tazminat alacağına dayanak oluşturmaktadır. Burada ölümüne bağlı kazandırmada bulunulacağına ilişkin yaratılan güvenin boşa çıkması sonucu bir güven sorumluluğu söz konusu olmaktadır.⁶

3. Ölümüne Bağlı Tasarruf Kavramı ve Miras Sözleşmesi

Ölümüne bağlı tasarrufları, ölüm şartına veya vadesine bağlanmış olan bir sağlararası tasarruftan ayıran nokta, ölümüne bağlı tasarruflarda ölüm olayının hukukî işlemin hukukî sebebinin (*causa*) oluşturmasıdır.⁷ Ölümüne bağlı tasarruf terimindeki “tasarruf” ifadesi dar ve teknik anlamda tasarruf işlemi anlamına gelmemektedir. Zira ölümüne bağlı tasarruflar mevcut bir hakka doğrudan etki etmemekte; bir hakkı devreden, sona erdiren veya içeriğini değiştiren bir sonuç doğurmamaktadır.⁸ Küllî ve aynî etkili mirasçı atama tasarrufunda bile tasarrufi etki ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle ortaya çıkmaktadır.⁹

Ölümüne bağlı tasarruflar şekli ve maddî anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda ölümüne bağlı tasarruflar (*Verfügungsformen*), ölümüne bağlı tasarrufun geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurabilmesi için tabi olduğu şekil gerekliliklerinin bütününe ifade etmektedir. Bu bakımdan, bir ölümüne bağlı tasarruf ya bir vasiyetname ya da bir miras sözleşmesi olarak düzenlenebilmektedir. Maddî anlam-

⁶ Culpa in testando sorumluluğu vasiyetnamenin geri alınması yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda da söz konusu olabilmektedir. Culpa in testando kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Wolfgang Zankl, “Culpa in testando bei Widerruf Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen”, NZ 1995, s. 265; Roman Misserre, Die culpa in testando, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2002; Anna Hirschlechner, “Culpa in testando- Vertrauenshaftung des Erblassers”, AJP 2017, s. 1174; Serozan/Engin, s. 257, 258, 285, 337.

⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 126; Serozan/Engin, s. 274; Dural/Öz, s. 51.

⁸ Dural, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, s. 126; Serozan/Engin, s. 260; Rona Serozan, Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 14; Fikret Eren, Türk Medenî Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, s. 3, dp. 2.

⁹ Serozan/ Engin, s. 260.

da ölüme bağlı tasarruflar (*Verfügungsarten*) ise, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğini oluşturmaktadır. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından gerek şekli, gerek maddi anlamda tip sınırlılığı ilkesi hâkimdir. Bunun anlamı, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf serbestisini ancak belirli kalıplar içerisinde gerçekleştirebilecek olmasıdır. TMK m. 531 hükmü, vasiyetname ve miras sözleşmesi olmak üzere sınırlı sayım ilkesine tabi şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları düzenlemiştir. Alman hukukunda kabul edilmiş olan şekli anlamda bir diğer ölüme bağlı tasarruf şekli olan ortak vasiyetname (*gemeinschaftliches Testament*, Alman Medenî Kanunu m. 2265 (BGB § 2265)) Türk-İsviçre hukukunda kabul edilmemiştir.¹⁰

Vasiyetname tek yanlı bir ölüme bağlı tasarruf iken, miras sözleşmesi adından da anlaşıldığı gibi bir sözleşmedir. Ancak miras sözleşmesinin bir sözleşme olarak özel bir konumda olduğunu belirtmek gerekmektedir. Miras sözleşmesinin mirasbırakan için bağlayıcılığı eksik bir bağlayıcılıktır, çünkü mirasbırakan sağlığında tasarruf serbestisini korumaktadır.¹¹ TMK m. 527/II hükmü mirasbırakanın malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceğini düzenlemektedir; ancak hükmün devamında miras sözleşmesi lehdarına mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına ve bağışlamalarına karşı itiraz etme imkânı tanınmaktadır.

TMK m. 527/I hükmünde olumlu miras sözleşmesi tarif edilirken içeriğinin bir iradî mirasçı atama ya da belirli mal bırakma (vasiyet) olabileceği düzenlenmiştir; ancak bu sınırlı sayım ilkesine tabi değil-

¹⁰ Birlikte vasiyetnameler hariç, şekil şartlarına uygun olması şartıyla, diğer ortak vasiyetnamelerin geçerli sayılmasına ilişkin görüş için bkz. Dural/Öz, s. 53 vd. Birbirine bağlı ve bağımlı sayılmayan ortak ölüme bağlı tasarrufların tahvil (çevirme) yoluyla hiç değilse şekil koşullarını yerine getiren eşlerden biri bakımından münferit ölüme bağlı tasarruf olarak ayakta tutulabilmesi gerekmektedir (Serozan/Engin, s. 261). Ayrıca, ortak vasiyetname aynı kâğıda yazıldığı halde, iki ayrı vasiyetnamenin şekil şartları ayrı ayrı gerçekleştirilmişse, eşlerin tasarrufları birbirine bağımlı olsalar bile, bunlar iki bağımsız vasiyetname olarak geçerli kabul edilebilmektedir (Dural/Öz, s. 55) Eklemek gerekir ki, Yargıtay'ın, mirasbırakanın son arzularını ayakta tutmak amacıyla, dava konusu ortak vasiyetnamenin, unsurları mevcut ise, miras sözleşmesi olarak ayakta tutulmasına ilişkin kararları mevcuttur: Yargıtay 2. HD. E. 1989/9067 K. 1990/2434 T. 02.03.1990; Yargıtay 3. HD. E. 2013/18224 K. 2014/2251 T. 17.02.2014.

¹¹ Serozan/Engin, s. 261; Jean Nicholas Druey, Grundriss des Erbrechts, Stämpfli Verlag, 5. Auflage, Bern 2002, s. 135.

dir. Bir başka deyişle, Türk-İsviçre hukukunda miras sözleşmesinin içeriğini oluşturabilecek maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar iradî mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarruflarıyla sınırlı değildir.¹²

4. Miras Sözleşmesinin İçeriği

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların bir kısmı tek taraflı hukukî nitelikleri gereği yalnızca vasiyetname ile yapılabilmektedir; zira bu maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar tek taraflı irade beyanıyla gerçekleştirilmektedir. Diğer bir kısım ise bir sözleşme niteliğinde yapılması gerektiği için mutlaka bir miras sözleşmesiyle yapılmalıdır. Asıl çoğunluktaki maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf ise hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi içeriği olarak düzenlenebilmektedir.

Bir miras sözleşmesi en az bir bağlayıcı tasarruf içermek şartıyla tek taraflı tasarruflar da içerebilmektedir.¹³ Bu bakımdan hukukî niteliği gereği tek taraflı olarak yapılmak zorunda olan tasarruflar da miras sözleşmesinin içeriğinde yer alabilmekte; ancak bunlar miras sözleşmesi ile düzenlenmelerine rağmen vasiyetname hükmünde olmaktadır.¹⁴

Öte yandan, tarafların miras sözleşmesi olarak nitelendirmediği bir sözleşme hükmü içerik olarak bağlayıcı bir ölüme bağlı tasarruf oluşturuyorsa ve miras sözleşmesinin şekil şartına da uyularak yapıl-

¹² Alman hukukunda, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturabilecek maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar iradî mirasçı atama (Erbeinsetzungsvertrag), vasiyet alacağı (Vermächtnisvertrag) ve yükleme (Auflagevertrag) olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır (BGB § 2278 Abs. 2).

¹³ Arnold Escher, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band III Das Erbrecht, Schultess Verlag, 3. Auflage, Zürich 1959, Vor. Art. 494, N. 1; Stephanie Hrubesch-Millauer, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Dike Verlag, Zürich 2008, s. 118; Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, Band 9, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013, Vor. §2274 Rn. 5; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht §§ 2265-2302 (Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag), Sellier-de Gruyter Verlag, Berlin 2014, Ein. § 2274 ff., Rn. 9, § 2299, Rn. 1; Öztan, s. 243.

¹⁴ Escher, Vor. Art. 494, N. 4; Staudinger/Kanzleiter, § 2299, Rn. 1; Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.) Praxiskommentar, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Auflage, Basel 2015, Vor. Art. 494, N. 44.

mıssa bir miras sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014 tarihli kararında, eşlerin mal rejimi sözleşmesi içerisindeki bir hükümle birbirlerini mirasçı atadıkları tasarrufu, isabetli olarak, mal rejimi sözleşmesi içerisinde düzenlenmesine rağmen, mirasbırakanın son arzularını ayakta tutmayı amaçlayan işlem lehine yorum ilkesine de (*favor testamenti*) uygun şekilde, miras sözleşmesinin şekli şartları yerine getirilmiş olduğundan, miras sözleşmesi olarak nitelendirmiş ve bu hükmün sözleşme tarafları arasında bağlayıcı olduğuna hükmetmiştir.¹⁵

a. Yalnızca Vasiyetname ile Yapılabilen Tasarruflar

Yalnızca vasiyetname hükmünde düzenlenebilecek olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar mirasbırakanın tek taraflı irade beyanıyla ortaya çıkmakta ve bağlayıcı bir nitelik arz etmemektedir. Bunlar mirasbırakanın dilediği zaman dönebileceği tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardır. Evlilik dışı çocuğun tanınması (TMK m. 295/I), vasiyeti yerine getirme görevlisi atama (TMK m. 550) ve mirasçılıktan çıkarma (TMK m. 510) tasarrufları hukukî nitelikleri gereği tek taraflı olarak yapılması gereken maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardır.¹⁶ Bu sayılan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar bir miras sözleşmesi içerisinde de düzenlenebilmektedir; ancak bunlar hukukî nitelikleri gereği tek taraflı oldukları için miras sözleşmesinde düzenlenmelerine rağmen vasiyetname hükmündedir. Bir başka deyişle, tek taraflı olma niteliklerini korumakta ve mirasbırakan bunları ölümüne kadar değiştirebilmekte ya da bunlardan dönebilmektedir.

b. Yalnızca Miras Sözleşmesi ile Yapılabilen Tasarruflar

Mirastan feragat sözleşmesi (olumsuz miras sözleşmesi),¹⁷ ölünceye kadar bakma sözleşmesi¹⁸ ve tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı ba-

¹⁵ Yargıtay HGK E. 2013/8-1077 K. 2014/664 T. 14.05.2014. Favor testameti vasiyetname lehine yorum anlamına gelirken, miras sözleşmesi lehine yorum için favor pacti successoralis terimi kullanılır.

¹⁶ BGE 96 II 273; BGE 101 II 305; Escher, Vor. Art. 494, N. 4 ve Art. 494, N. 3; Hrubesch-Millauer, s. 117; Druey, s. 134.

¹⁷ Mirastan feragat sözleşmesinin resmi vasiyetname şekline tabi olduğuna ilişkin Yargıtay İBK için bkz. Yargıtay İBK E. 1958/16 K. 1959/14 T. 11.02.1959.

¹⁸ Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2018,

ğışlamalar yalnızca miras sözleşmesi yoluyla yapılabilen tasarruflardır.¹⁹ Bu tasarruflardan tek taraflı olarak dönülmesi mümkün değildir, bunlar hukukî nitelikleri gereği bağlayıcı, sözleşmesel tasarruflardır.

c. Hem Vasiyetname Hem Miras Sözleşmesi ile Yapılabilen Tasarruflar

Hukukî nitelikleri gereği yalnızca vasiyetname ya da yalnızca miras sözleşmesi ile yapılabilen tasarruflar haricinde kalanlar hem tek taraflı hem bağlayıcı şekilde yapılabilen ölüme bağlı tasarruflardır. Bunların başında, kanun hükmünde de açıkça olumlu miras sözleşmesinin içeriği olarak düzenlenen mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarrufları gelmektedir. Ayrıca, yükleme, koşul, vakıf kurma,²⁰ yedek ve artmirasçı atama şeklindeki diğer maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar hem vasiyetname ile hem de miras sözleşmesiyle düzenlenebilmektedir. Bu iki şekilde de yapılabilen maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların, bir miras sözleşmesi içerisinde yer alması durumunda, tek taraflı olarak mı yoksa bağlayıcı olarak mı düzenlendiklerini belirleme sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu husus kanunumuzda açıklığa

s. 106. Yazar, ölüncüye kadar bakma ivazı dışında miras sözleşmesiyle başka ivazlı kazandırma yapılamayacağı görüşündedir. Yazara göre, ölüncüye kadar bakma ivazı dışında sağlararası başka bir ivazın söz konusu olmasında sâlim bir hukuk duygusunu rahatsız eden nitelikler vardır.

¹⁹ Eren, s. 9; Thomas Speckert, Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag, Juris-Verlag, Zürich 1951, s. 18.

²⁰ TMK m. 102 hükmüne göre, vakıf kurma iradesi resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır. Bu hükme göre, vakıf bir vasiyetnameyle veya miras sözleşmesiyle kurulabilir; ancak şekli olarak miras sözleşmesi tercih edildiğinde vakıf kurma tasarrufu miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini de oluşturabilir mi? Vakıf kurma niteliği itibarıyla tek taraflı olarak düzenlenen bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmekle birlikte (Escher, Art. 493, N.3; Hatemi, s. 84; Öztan, s. 242.), 2006 yılında ZGB Art. 81 Abs. 1 hükmünde değişiklik yapılmış ve TMK m. 102 hükmü lafzına paralel olarak "vasiyetname" yerini "ölüme bağlı tasarruf" ifadesine bırakmıştır. İsviçre'deki bu değişiklikten sonra, ortaya atılan görüşler neticesinde vakıf kurma tasarrufunun mecburen tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olduğuna ilişkin görüş tartışmalı hale gelmiştir. Bu tasarrufun hem tek taraflı hem de sözleşmesel olarak düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Bu tartışmalar hakkında bkz. Peter Weimar, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, Stämpfli Verlag, Bern 2009, Art. 493, N. 8; PraxisKomm/Grundmann, Vor. 494 ff., N. 44; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess Verlag, 14. Auf., Zürich 2015, s. 874; Serozan/Engin, s. 270, 394; Göktürk Uyan, "Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması", İÜHF 2007/2, s. 327-358.

kavuşturulmuş değildir. Dolayısıyla bir miras sözleşmesinde yer alan ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı olup olmadığı bir yorum meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹

5. Miras Sözleşmesindeki Tek Taraflı Tasarrufları Ayırt Etme

a. Genel Olarak

Miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen bir hükmün tek taraflı olarak mı yoksa sözleşmesel olarak mı düzenlendiğini ayırt etmek ona uygulanacak hukuki sonuçların tespiti bakımından belirleyici olmaktadır. Tek taraflı hükümler, miras sözleşmesinde düzenlenmiş olmalarına rağmen vasiyetname hükmündedir. Bu sebeple yorum ve irade sakatlığı meselelerinde irade ilkesinin egemenliği altında bulunmaktadır. Sözleşmesel hükümler söz konusu olduğunda ise, miras sözleşmesinde güveni korunacak bir muhatap bulunduğundan, yorum ve irade sakatlığı bakımından güven ilkesi uygulanmaktadır.²²

Hâkim görüş, bağlayıcı veya tek taraflı yapılması mümkün olan bir ölüme bağlı tasarrufun sadece bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş olmasının, bu tasarrufun bağlayıcı olduğu yönünde kesin bir sonuca varmaya yeterli olmadığını ileri sürmektedir.²³ Buna göre, böyle bir tasarrufun bir miras sözleşmesi metni içerisinde düzenlenmiş olması bağlayıcı olduğu yönünde yalnızca önemli bir ipucu sağlamaktadır; ancak kesin bir sonuca varabilmek için bu ipucunun başka unsurlarla desteklenmesi gerekmektedir. Hâkim görüş bu olmakla birlikte, bazı yazarlar ölüme bağlı tasarrufun bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmesinin, bu tasarrufun bağlayıcı olduğu yönünde bir karine oluşturduğunu savunmaktadır.²⁴

²¹ Staudinger/Kanzleiter, § 2278, Rn. 7; Eren, s. 10; Rainer Frank/Tobias Helms, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013, s. 169; Walter Zimmermann, *Erbrecht*, Erich Schmidt Verlag, 4. Auflage, Berlin 2013, s. 118; Wolf/Genna, s. 375; *PraxisKomm/Grundmann*, Art. 494, N. 3.

²² Kocayusufoğlu, s. 321, 327; Serozan/Engin, s. 262; Öztan, s. 215, 260; Kocayusufoğlu, s. 188.

²³ *BaslerKomm/Breitschmid*, Vor. Art. 494-497, Rn. 12; Staudinger/ Kanzleiter, § 2278, Rn. 7.

²⁴ Escher, Vor. Art 494, N. 1; Hrubesch-Millauer, s. 155; Albert Johannes Itschner, *Die Bindungen des Erblassers an den Erbvertrag*, Diss. Bern 1974, s. 79.

Bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf hem vasiyetname ile hem de miras sözleşmesiyle düzenlenebilecek bir tasarruf ise, ilk olarak taraf iradelerine bakılmaktadır. Taraf iradelerinden söz konusu ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı olarak düzenlenmek istenip istenmediği açıkça anlaşılıyorsa miras sözleşmesinin yorumlanması gerekmektedir.²⁵ Yorum yapılırken kullanılacak ölçütler bakımından doktrin ve yargı kararlarında farklı görüşler savunulmaktadır.²⁶

b. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Kararları

İsviçre Federal Mahkemesi verdiği çeşitli kararlarda, miras sözleşmesinin bağlayıcı tasarrufların yanısıra, bağlayıcı olmayan tek taraflı tasarruflar da içerebileceğine hükmetmiştir.²⁷ Federal Mahkeme, ilk olarak bağlantı ölçütünü dikkate almış, sonradan ise menfaat ölçütüne ağırlık vermiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, sözleşmesel bir tasarruf tesadüfen bir sözleşme metni içerisinde yer almamakta ve içeriksel olarak da bağlantılı olmak zorundadır. Federal Mahkeme, eğer miras sözleşmesinde yer alan bir hükmün sözleşmenin geneliyle içeriksel bir bağlantısı yok ise ve söz konusu hüküm tesadüfen o sözleşmede yer almış ise, ortada tek taraflı, bağlayıcı olmayan, vasiyetname hükmünde bir tasarruf olduğu sonucuna varmıştır.²⁸

2007 yılında verdiği bir kararda, Federal Mahkeme, bağlayıcı tasarruflarla tek taraflı tasarrufları birbirinden ayırt etmek için, ilk olarak tarafların irade beyanlarının lafzen dikkate alınması ve bu yoldan kesin bir sonuca ulaşamıyorsa tarafların menfaat dengesine göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁹ Bu bakımdan Fede-

²⁵ Staudinger/Kanzleiter, § 2278, Rn. 7; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 3; BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 12; Serozan/ Engin, s. 264.

²⁶ BGE 70 II 7; BGE 105 II 253; BGE 118 II 282; BGE 133 III 406; doktrindeki farklı görüşler için bkz. Eren, s. 10; BaslerKomm/Breitschmid, Vor. Art. 494-497, N. 12; Hrubesch-Millauer, s. 117; Wolf/Genna, s. 375; BernerKomm/Weimar, Vor. 494, N. 8, 10; Frank/Helms, s. 169; Zimmermann, s. 120.

²⁷ BGE 105 II 253; BGE 133 III 406.

²⁸ BGE 70 II 7; BGE 118 II 282.

²⁹ BGE 133 III 406.

ral Mahkeme, önceliği taraf iradelerinin araştırılmasına vermekle birlikte, sonraki adımda menfaat ölçütünü (*Interessentheorie*) kullanmıştır. Bu ölçüte göre, miras sözleşmesi karşı tarafın lehine bir tasarruf içeriyorsa, burada söz konusu tasarrufun bağlayıcı olduğu sonucuna varılmaktadır. Öte yandan, miras sözleşmesi bir üçüncü kişi lehine yapılıyorsa, burada lehdar üçüncü kişinin sözleşmenin karşı tarafıyla yakınlığı dikkate alınmaktadır. Miras sözleşmesi lehdarı, sözleşmenin karşı tarafının bir akrabası ya da bir yakını ise, söz konusu tasarrufun bağlayıcı olduğu; aksi halde ise tasarrufun tek taraflı olduğu kabul edilmektedir.

c. Doktrindeki Görüşler

i. Menfaat Ölçütü Görüşü

Doktrinde savunulan ölçütlerden biri, Federal Mahkeme'nin görüşüne uygun olarak, menfaat ölçütüdür.³⁰ Buna göre, miras sözleşmesi hükmünün bağlayıcı olup olmadığının tespiti için tarafların bağlayıcılıkta menfaatinin olup olmadığına bakılmalıdır. Hükmün bağlayıcılığında taraf menfaati söz konusu ise o hükmün bağlayıcı olduğu sonucuna varılmaktadır. Eğer üçüncü kişi lehine yapılmış bir tasarruf söz konusu ise, bu tasarrufun bağlayıcı olmasında yine taraf menfaatinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Genellikle evli çiftler arasında yapılan miras sözleşmelerinde bağlayıcı hükümler mevcut olmaktadır; zira bu tür sözleşmelerde çocuklar veya başka akrabalar artmirasçı olarak belirlenmektedir ve bu durumda sözleşmenin bağlayıcı olmasında tarafların menfaati bulunmaktadır. Menfaat ölçütüne göre, mirasbırakan sözleşmenin karşı tarafı olan eşin bir akrabası lehine miras sözleşmesi yapmış ise, bununla karşı tarafın bağlayıcılık konusunda menfaati olduğundan tasarruf bağlayıcı sayılmaktadır. Buna karşın,

³⁰ BaslerKomm/Breitschmid, Vor Art. 494-497, Rn. 12; Vito Piconi, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Polygraphischer Verlag, Zürich 1955, s. 261; MünchKomm/Musielak, §2278, Rn. 3; Dietmar Nolting, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 171, Duncker & Humblot, Diss. Passau 1993, s. 91; Wolfgang Reimann/ Manfred Bengel/ Jörg Mayer, Testament und Erbvertrag, Carl Heymanns Verlag, 6. Auflage, Köln 2015, §2278, N. 10; Staudinger/ Kanzleiter, § 2278, Rn. 9; Theodor Kipp/Helmut Coing, Erbrecht, ein Lehrbuch, Mohr Siebeck Verlag, 14. Auflage, Tübingen 1990, s. 150.

mirasbırakan kendi akrabası lehine bir miras sözleşmesi yaptığında, burada sözleşmenin karşı tarafı olan diğer eşin herhangi bir menfaati olmadığı için bu hüküm bağlayıcı olmamaktadır.³¹

Türk hukukunda da menfaat ölçütünü destekleyen yazarlar mevcuttur. Buna göre, menfaat ölçütü iki taraflı sözleşmesel bir hukukî işlem olan miras sözleşmesinin bünyesine daha uygun düşmektedir.³² Karşı taraf lehine yapılan miras sözleşmesinde, miras sözleşmesinin bağlayıcılığında karşı tarafın menfaati zaten vardır. Üçüncü kişi lehine yapılan sözleşmelerde ise sözleşmenin karşı tarafının üçüncü kişiye yapılan kazandırmada kendi çıkarı ve güveni söz konusuysa, yapılan bu kazandırma miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dâhil olmaktadır.³³

ii. Karine Getirilmesi Görüşü

Miras sözleşmesinin yorumlanması konusunda, vasiyetname hükmündeki bir tasarruf ile bağlayıcı bir tasarrufun yorumlanması farklılık gerektirdiği için daha ilk aşamada aşılması gereken bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, bir görüş, henüz yorum aşamasında karşılaşılan bu sorunu ancak kanunda olmayan bir karine getirerek aşmanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir.³⁴ Bu görüşe göre, kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan tasarrufun karineten bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Bir miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş olan hüküm yalnızca tesadüfen sözleşmenin içerisine alınmamış olsa gerekir. Buna göre, tasarruf sözleşmenin içeriğiyle bağdaşıyorsa tesadüfen o sözleşmede düzenlenmemiştir ve bu sebeple o tasarrufun bağlayıcı olduğu sonucuna varılmalıdır. Bu durumda, bir sözleşmenin içerisinde düzenlenen ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı olması istenmiyorsa

³¹ Paul Piotet, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1978, s. 179; Reimann/Bengel/Mayer, §2278, N. 10; BGE 133 III 406; Staudinger/ Kanzleiter, § 2278, Rn. 10.

³² Eren, s. 11.

³³ Serozan/Engin, s. 264.

³⁴ Escher, Vor. Art. 494 ff., Rn. 1; Hrubesch-Millauer, s. 161; Stephanie Hrubesch-Millauer, "Erbvertrag; vertragmässige, bindende Verfügungen 5A_161/2010", Successio 4/2011, s. 330.

bunun açıkça anlaşılması gerekmektedir.³⁵ Aynı şekilde, miras sözleşmesinin yorumunda hâkim olan güven ilkesi de aynı sonuca götürmektedir.³⁶

Burada karinenin sözleşmesel tasarruf yönünde olmasının temel sebebi, ölüme bağlı tasarruf olarak seçilen şeklin miras sözleşmesi olmasıdır.³⁷ Tarafların şekli olarak miras sözleşmesini tercih etmiş olması, tek başına, bağlayıcılık etkisinin taraflarca istendiğine işarettir. Sözleşmenin doğası gereği bağlayıcı bir karakteri olduğu anlaşılmaktadır.³⁸ TMK m. 545 hükmü uyarınca miras sözleşmesi resmî vasiyetname şeklinde düzenlenmek zorundadır ve bu resmî şekil içerisinde yalnızca mirasbırakanın değil, sözleşmenin iki tarafının da birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekmektedir. Miras sözleşmesi için aranan bu resmî şekil zorunluluğu birçok formalite içermektedir ve bu sayede sözleşme taraflarının sözleşme metninde en az bir bağlayıcı ölüme bağlı tasarruf olduğunu fark etmeleri sağlanmış olmaktadır. Bu durum yalnızca mirasbırakan için değil, sözleşmenin karşı tarafı için de geçerlidir; zira sözleşmenin iki tarafı da sözleşmeyi imzalamakla aktif katılım sağlamaktadır. Öte yandan, her zaman tek taraflı olarak geri alınabilen ya da değiştirilebilen ve hiç kimsenin haberdar olmasını gerektirmeyen vasiyetnameden farklı olarak, miras sözleşmesi varlığı, içeriği ve amaçlarıyla sözleşmenin karşı tarafının bilgisi dâhilinde bulunmaktadır.³⁹

Ayrıca, miras sözleşmesi ister istemez sözleşmenin karşı tarafı nezdinde bir güven ve beklenti oluşturmaktadır. Yapılan miras sözleşmesinin içeriğine göre, sözleşme aile içerisinde olumlu veya olumsuz etki yaratmakta ve bu dolaylı olarak mirasbırakanı etkilemektedir. Bu bakımdan, bir miras sözleşmesi yapan mirasbırakan, vasiyetname yapan mirasbırakan kadar serbestçe hareket etmeye devam edememektedir. Burada mirasbırakanın vasiyetname yerine miras sözleşmesi

³⁵ Escher, Vor Art. 494, Rn. 1.

³⁶ Itschner, s. 79, dn. 14.

³⁷ Hrubesch-Millauer, s. 161.

³⁸ Hrubesch-Millauer, s. 161; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 1; Tuor/Schnyder/Schmid/ Jungo, s. 807; Druey, s. 125.

³⁹ Hrubesch-Millauer, s. 161.

gerçekleştirme tercihinde bulunması bağlanma iradesi gösterdiğine işaret etmektedir. Özellikle iki veya çok taraflı miras sözleşmelerinde ve ivazlı miras sözleşmelerinde oluşan güven unsuru ve karşılıklı (*synallagmatik*) yapı⁴⁰, miras sözleşmesinin şekil olarak seçilmesine neden oluşturmaktadır.⁴¹

Miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen tek taraflı tasarruflarla bağlayıcı tasarrufları birbirinden ayırmaya yönelik herhangi bir hüküm kanunumuzda ve mehaz İsviçre Medenî Kanunu'nda bulunmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu mesele hakkında kanunda bilinçsiz (*unbewusste*) ve gerçek (*echte*) bir boşluk olduğu ileri sürülmektedir; yani kanunkoyucu böyle bir meselenin farkında olmadığı için kanun içerisinde düzenlemesi gereken bu meseleyi cevapsız bırakmıştır.⁴² Bu tür bir boşluğun tespiti karşısında da TMK m. 1/ II (ZGB Art. 1 Abs. 2) hükmünün uygulanması devreye girecektir.⁴³ Yani boşluk ilk olarak örf-adet hukuku ile doldurulmaya çalışılacak, bu mümkün olmadığı takdirde, hâkim kanun koyucu gibi hareket ederek genel ve soyut bir kural koyarak boşluğu dolduracaktır. Somut mesele hakkında herhangi bir örf-adet kuralı olmadığıнын tespiti karşısında hâkimin ilgili hükme uygun şekilde hukuk yaratması ve yarattığı bu soyut ve genel ku-

⁴⁰ Escher, Vor. Art. 494, N. 13; Peter Tuor, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, die Erben, Art 457-536 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie, 2. Auflage, Bern 1952, Vor. Art. 494, N. 11; Dural, s. 47; BGE 46 II 16: İki taraflı veya ivazlı miras sözleşmesi teknik anlamda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme değildir; ancak yine de taraflar arasında mevcut olan ilişki karşılık (*synallagma*) ilişkisine çok benzediği için bir tarafın tasarrufundaki geçersizlik, diğer tarafın tasarrufunu da geçersiz hale getirecektir. Keza bu benzerlik neticesinde, ivazlı miras sözleşmeleri bakımından sağlararası tasarrufta bulunan tarafın borcunu yerine getirmemesi hali için TBK tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme hükümlerine atıfta bulunulmuştur (TMK m. 547).

⁴¹ Nolting Claus, Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, Zugleich ein Beitrag zu der Auslegung von Erbverträgen, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Band 106, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld 1985, s. 61.

⁴² Hrubesch-Millauer, s. 173.

⁴³ Bir kanun hükmünü kıyasen uygulama olanağının kanun boşluğunu engellediği ve bu olanak bulundukça TMK m. 1/ II hükmünün uygulanmayacağına ilişkin bkzn. Osman Berat Gürzumar, "Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, Sayı 2004/1, İstanbul 2006, s. 158.

ralı somut olaya uygulaması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda hâkim somut olay adaletini ön planda tutmamakta ve kanunkoyucu gibi davranarak soyut ve genel bir kural (*eine generell-abstrakte Regel*) yaratmaktadır. Bu noktada, bağlayıcılık yönünde bir karine getirilmesinin metodolojik olarak doğru bir çözüm yolu olacağı savunulmaktadır.⁴⁴

Bize göre, miras sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş bulunan ve hem tek taraflı hem de sözleşmesel olarak yapılabilecek olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların bağlayıcı olup olmadıklarını belirlemek bakımından menfaat ölçütü, isabetli görünmekle birlikte, menfaat kavramının bünyesindeki belirsizlik sonucu sorunu çözmek konusunda yeterli olamamaktadır. Bu bakımdan, miras sözleşmesi içerisinde düzenlenen bu tür ölüme bağlı tasarrufların bağlayıcı oldukları yönünde adı/çürütülebilir bir karinenin kanunkoyucu tarafından kanuna alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

6. Miras Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları

TMK m. 527 hükmüne göre, miras sözleşmesiyle mirasbırakan, mirasını veya belirli bir malını karşı tarafa veya üçüncü kişiye bırakma yükümlülüğü altına girmektedir. Kanunun bu lafzına rağmen, tartışmasız olarak hükümdeki “yükümlülük” teriminin teknik anlamda kullanılmadığı kabul edilmektedir.⁴⁵ Bir başka deyişle, mirasbırakan sözleşme lehdarına miras ya da vasiyet alacağı bırakmak yükümlülüğü altına girmemekte, yalnızca bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktadır. Aynı şekilde burada mirasbırakan açısından bir borçlandırıcı işlem veya bir tasarruf işlemi de söz konusu değildir.⁴⁶ Öte yandan, ivazlı miras sözleşmesi mevcut ise karşı tarafın mirasbırakan hayatta iken ifa etmesi gereken sağlararası yükümlülüğü söz konusudur.⁴⁷

TMK m. 527/II hükmüne göre ise, mirasbırakan malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilmektedir; ancak mirasbırakanın

⁴⁴ Hrubesch-Millauer, s. 175.

⁴⁵ Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2017, s. 229; Serozan/Engin, s. 350.

⁴⁶ Escher, Art. 494, N. 1; Tuor, Art. 514 ZGB, N 2; Itschner, s. 3; Hrubesch-Millauer, s. 184; BernerKomm/Weimar, Vor. 494, N. 3; Serozan/ Engin, s. 260.

⁴⁷ Hrubesch-Millauer, s. 184.

miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilmektedir. Bu itiraz, İsviçre Medenî Kanunu'ndaki hükme uygun şekilde (ZGB Art. 494 Abs. 3) iptal olarak anlaşılmalıdır. Buna göre, kural olarak miras sözleşmesi yapan mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü devam etmektedir. Ancak bu kuralın istisnası miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufların ve bağışlamaların iptal edilmesi imkânıdır.

a. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Ölüme Bağlı Tasarruflar

Miras sözleşmesinin önceden yapılan vasiyetname ile bağdaşmaması durumunda, bir görüş burada TMK m. 544/I hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ve buna göre, sonradan yapılan miras sözleşmesinin önceden yapılan vasiyetnamenin yerine geçeceğini savunmaktadır.⁴⁸ Diğer bir görüşe göre ise, TMK m. 544/I hükmünün bu durumda kıyasen uygulanması söz konusu olmayacak, bunun yerine TMK m. 527/II hükmüne uygun olarak miras sözleşmesi ile bağdaşmayan önceki vasiyetname, bağdaşmadığı ölçüde iptal edilebilecektir.⁴⁹

Miras sözleşmesinin önceden yapılan bir başka miras sözleşmesiyle bağdaşmaması durumunda, ilk miras sözleşmesiyle bağdaşmayan sonraki miras sözleşmesinin TMK m. 527/II hükmüne göre iptal edilmesi mümkün olmaktadır.⁵⁰ Burada dikkat edilmesi gereken, sonraki miras sözleşmesi ile önceki miras sözleşmesinin tarafları aynı ise, TMK m. 546/I hükmü uyarınca önceki miras sözleşmesine tarafların anlaşmasıyla son verilip, yeni bir miras sözleşmesi yapılması ihtimalidir. Bu durumda tarafların önceki miras sözleşmesine son verme iradesinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Miras sözleşmesi kendisinden sonra yapılan bir vasiyetname ile bağdaşmıyorsa, bu durumda TMK m. 527/II hükmü uyarınca önceki miras sözleşmesi lehdarı sonradan yapılan vasiyetnameyi miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı ölçüde iptal ettirebilmektedir.⁵¹

⁴⁸ Escher, Art. 494, N. 8; Piotet, § 28 III, s. 180; Stephan Wolf (Hrsg.)/Gian Sandra Genna, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erster Teilband, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, s. 383; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 237.

⁴⁹ Tuor, Art. 494, N. 16; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 10.

⁵⁰ Kocayusufoğlu, s. 245; Wolf/Genna, s. 382; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 237.

⁵¹ Tuor, Art. 494, N. 16; Escher, Art. 494, N. 9; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 12.

Miras sözleşmesi kendisinden sonra yapılan bir miras sözleşmesi ile bağdaşmıyorsa, önceki miras sözleşmesi lehdarı sonraki miras sözleşmesini bağdaşmadığı ölçüde iptal ettirebilmektedir.⁵² Yapılan bu iki miras sözleşmesinin tarafları aynı kişiler ise, taraf iradelerinin önceki miras sözleşmesini ortadan kaldırmak olduğu anlaşılabilir. Bu halde, ikinci miras sözleşmesi, ilk miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı konularda onun yerine geçmektedir.⁵³

Eklemek gerekir ki, miras sözleşmesiyle bir mirasçı atama tasarrufu yapılmış ise, bununla bağdaşmayan ölüme bağlı tasarrufun da mantıken bir mirasçı atama olması gerekmektedir. Mirasçı atama ile lehdara kazandırılan yalnızca terekenin kesirli bir oranıdır ve bunun tereke karşılığı mirasbırakanın ölümünde belli olacaktır. Benzer şekilde miras sözleşmesiyle düzenlenen vasiyetin konusu cins borcu ise, bu tedarik vasiyeti anlamına geleceğinden herhangi bir kazandırmayla bağdaşmaması söz konusu olmamaktadır.⁵⁴ Diğer yandan, miras sözleşmesiyle konusu parça borcu olan bir vasiyet tasarrufu yapılmış ise, bundan sonra yapılan mirasçı atama tasarrufunun iptaline gerek yoktur. Zira vasiyet alacaklısı atanmış mirasçıdan vasiyet alacağını her durumda talep edebilecektir.⁵⁵

b. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Bağışlamalar

TMK m. 527/II hükmünde mirasbırakanın malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebileceği belirtildikten sonra, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamaların iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Hükmün lafzı açıktır; buna göre, ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalar bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan miras sözleşmesiyle bağdaşmamaları durumunda iki tür tasarrufun da iptal edilebileceği düzenlenmektedir. Mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına karşı iptal imkânı getirilmişken, aynı sonuca bağışlama yoluyla ulaşmasının engellenmesi hükmün amacına uygundur. Bir tarafta mirasbırakanın

⁵² BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 12; Wolf/Genna, s. 382.

⁵³ Dural, s. 148, dn. 20; Hrubesch-Millauer, s. 190.

⁵⁴ Serozan/Engin, s. 352.

⁵⁵ BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 14.

tasarruf özgürlüğü, diğer tarafta da miras sözleşmesi lehdarının mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalarına karşı korunmaktaki menfaati dikkate alınmalı ve bu menfaat dengesi en uygun şekilde sağlanmalıdır. Hükmün açık lafzına rağmen mirasbırakanın bağışlamalarına ilişkin getirilen sınırlamanın ne şekilde anlaşılması gerektiği doktrin ve yargı kararlarında tartışılmakta ve değişik görüşler savunulmaktadır.

i. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Kararları

İsviçre Federal Mahkemesi, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamaları konusunda kanunda getirilen sınırlandırmayı farklı şekilde yorumlamış, bu konuda çeşitli kararlarında farklı görüşler benimsemiştir. Ancak genel olarak Federal Mahkeme'nin mirasbırakanın bağışlamaları konusunda kanunda getirilmiş olan iptal imkanını sınırlı şekilde yorumlama taraftarı olduğu sonucuna varılabilmektedir.⁵⁶

(1) Federal Mahkeme konuya ilişkin 1936 tarihli ilk kararında, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamanın kanunun lafzına uygun şekilde iptal edilebileceğine hükmetmiştir.⁵⁷ Federal Mahkeme ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmünün, Almanya'daki düzenlemeye göre daha sınırlayıcı olduğunu belirtmiştir. BGB § 2287 hükmü bağışlamaların iptali için bir başka şart daha gerektirmektedir. Bu hükme göre, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlama tasarrufu, ancak mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı taşıyorsa iptal edilebilmektedir. Başka bir deyişle, bağışlamanın iptal edilebilmesi mirasbırakanın miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı taşıyarak bir bağışlama yapmış olması şartına bağlıdır. İsviçre hukukunda ise böyle bir şart aranmadan iptal imkanı getirilmiştir. Adet üzerine verilen hediyeler ise bu kapsamın dışında tutulmuştur.

⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilgili kararlarına ilişkin detaylı inceleme için bkz: Stephanie Hrubesch-Millauer, "Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag- eine methodische Betrachtung", *Successio*, 3/2008, s. 205; Stephanie Hrubesch-Millauer, "Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag", *Successio*, 1/2015, s. 55.

⁵⁷ BGE 62 II 134.

(2) Federal Mahkeme 1944 tarihli sonraki kararında görüşünü değiştirmiştir.⁵⁸ ZGB Art. 494 Abs. 2 hükmüne göre, miras sözleşmesi yapmış olmasına rağmen, mirasbırakanın malvarlığı üzerinde sağlararası tasarruflarda bulunma özgürlüğü devam etmektedir. Bu sağlararası tasarruflardan yalnızca bağışlamalar, Abs. 3 hükmüne göre, miras sözleşmesi ile bağdaşmadıkları takdirde iptal yaptırımını ile karşılabilmektedir. Hangi şartlar altında bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmayacağı konusunda kanun sessizdir, bu sebeple yorum yöntemiyle bu mesele açıklığa kavuşturulmalıdır. Federal Mahkeme'ye göre mirasbırakan, miras sözleşmesine ek bir borçlar hukuku sözleşmesiyle, herhangi bir bağışlama yapmama ya da belirli bir eşyaya yönelik bağışlama yapmama yükümlülüğü altına girmiş ise, söz konusu bağışlama iptal edilebilecektir.

(3) Federal Mahkeme, 2001 yılında verdiği kararda ise, ZGB Art. 494 Abs. 3 hükmünün, miras sözleşmesinden sonra yapılan bütün bağışlamaların iptal edileceği anlamına gelmediğini belirtmektedir.⁵⁹ Buna göre, miras sözleşmesinde aksi belirlenmedikçe, mirasbırakanın yaptığı bağışlamalar iptal edilememektedir. Federal Mahkeme'ye göre, yalnızca hakkın kötüye kullanılması (ZGB Art. 2 Abs. 2) anlamı ve miras sözleşmesi lehdarına zarar verme kastı taşıyan bağışlamaların iptal edilmesi mümkündür. Buna ek olarak, taraflar sözleşmesel olarak tasarruf kısıtlamaları belirleyebilmektedir. Bu bakımdan, Mahkeme, somut olayda açık bir tasarruf kısıtlaması düzenlenmediği ve yorum yoluyla örtülü olarak da böyle bir kısıtlamanın olmadığı sonucuna varmıştır.

(4) 2014 yılında verdiği kararda Federal Mahkeme, 2001 yılında verdiği karara atıfta bulunarak orada sıraladığı koşulları tekrarlamıştır.⁶⁰ Bu bakımdan, miras sözleşmesinden sonra yapılan her bağışlamanın iptal edilemeyeceğini belirtmiştir. Kural olarak bağışlamalar miras sözleşmeleriyle çelişmemekte; ancak taraflar aksini miras sözleşmesinde açık veya örtülü olarak düzenleyebilmektedir. Böyle bir belirleme yoksa, bağışlama, ancak mirasbırakanın miras sözleşmesinin açıkça (*offensichtlich*) içini boşaltma kastı varsa, yaptığı bağışlama

⁵⁸ BGE 70 II 261.

⁵⁹ Hrubesch-Millaauer, (Die (Un-)Vereinbarkeit), s. 208'den naklen: BGER 5C.71/2001.

⁶⁰ BGE 140 III 193.

hakkın kötüye kullanılması oluşturuyorsa veya sözleşmenin karşı tarafına zarar verme amacı (*Schädungsabsicht*) taşıyorsa iptal edilebilecektir. Mirasbırakanın bu amacı kanıtlanmalıdır ve bağışlamayı iptal ettirmek isteyen kişiler bu konuda ispat yükü altındadır. Zarar verme amacı bakımından burada mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan sağlararası kazandırmaları tenkise tabi tutan ZGB 527 Ziff. 4 hükmü kıyasen uygulanacaktır. Bu da mirasbırakanın miras sözleşmesini etkisiz kılma amacının açık olmasını gerektirmektedir. Zarar verme amacı sübjektif bir kriterdir. Bunu belirlerken başka unsurlardan faydanılması gerekmektedir. Örneğin, bağışlamanın büyüklüğü, zamanı, miras sözleşmesinin ivazlı olup olmadığı gibi unsurlar bu bakımdan dikkate alınmaktadır. Burada Mahkeme, sağlararası tasarrufların tenkisine ilişkin ZGB 527 Ziff. 4 hükmünden farklı olarak olası kastı (*dolus eventualis- Eventualvorsatz*) yeterli görmemektedir.

Federal Mahkeme, somut olayda bahse konu olan miras sözleşmesinde açık ya da örtülü bir bağışlama yasağı olmadığını tespit etmiştir. Bu sebeple, olaya ilişkin kararda Mahkeme daha ziyade zarar verme amacı olup olmadığına odaklanmıştır. Bu bakımdan olayda ZGB Art. 527 Ziff. 4 hükmünün kıyasen uygulanması söz konusudur. Federal Mahkeme, yapılan bağışlamanın büyüklüğüne ve yapıldığı zamana ilişkin olarak bazı unsurların şüphe uyandırdığına; ancak bağışlamanın iptaline hükmedilmesi için zarar verme amacına ilişkin olası kastın yeterli olmadığına hükmetmiştir. Bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı iddiasıyla iptali için açılan davanın tenkis davasına benzediğine (*der Herabsetzungsklage nachgebildete Klage*) işaret etmesine ve ZGB Art. 527 Ziff. 4 hükmünün kıyasen uygulanmasına ve bu hükmün doğrudan uygulanmasında olası kastın yeterli kabul edilmesine rağmen,⁶¹ bağışlamanın iptaline kıyasen uygulanırken olası kastın yeterli kabul edilmemesi eleştirilmektedir.⁶²

⁶¹ BGE 128 III 314: Bu kararda Federal Mahkeme, sağlararası tasarrufların tenkis edilmesi için, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı kazandırmalar bakımından olası kastın varlığını yeterli kabul etmiştir.

⁶² Hrubesch-Millauer (*Die Vereinbarkeit*), s. 62. Yazar, hükmün doğrudan uygulanmasında yeterli kabul edilen olası kastın, kıyasen uygulanması söz konusu olduğunda yeterli kabul edilmemesini eleştirmektedir. Yazara göre, aksine kıyasen uygulanan bu halde olası kastın yeterli kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bura-

ii. Doktrindeki Görüşler

İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşüyle uyumlu olan hakim görüş, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalar bakımından mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarrufları arasında bir ayırım yapmaktadır.⁶³

Bu görüşe göre, ivazsız miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış ise, iradî mirasçının elde edeceği tereke miktarı miras sözleşmesi kurulurken henüz belli olmadığı için, mirasbırakanın sağlığında yaptığı hukukî işlemler malvarlığını ve dolayısıyla ölümden sonra terekesini azaltsa da bu durum miras sözleşmesine aykırılık teşkil etmemektedir. Bu görüşe göre, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan kişinin TMK m. 527/II hükmüne dayanarak iptal yoluna gitmesi ancak mirasbırakanın ayrıca malvarlığını sağlararası tasarruflarla azaltmama borcu altına girmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Bu taahhüt ölüme bağlı tasarruf niteliği taşımamaktadır. Bu sebeple de ölüme bağlı tasarruf şekline uyulması gerekmemekte, hatta somut olayın hal ve şartlarından bu yönde örtülü bir taahhüdün olduğu sonucuna varılabilmektedir.⁶⁴ Böyle bir taahhüt, mirasbırakanın sağlığında malvarlığının önemli bir bölümünü kapsayacak, onu her yönden bağlayacak ve elinden varlığını sürdürmesi için gerekli tüm iktisadî araçları alacak nitelikte olamaz; aksi halde kişiliğin korunmasına ilişkin TMK m. 23 hükmüne aykırı olacaktır.⁶⁵ Bu bakımdan, şüphe halinde, söz konusu taahhüdün bu kurala göre yorumlanması gerekmektedir.⁶⁶

Miras sözleşmesine ek böyle bir taahhüdün bulunmadığı durumlarda, mirasbırakanın atadığı iradî mirasçıya zarar verme amacı olup

da mirasbırakan aktif bir şekilde bir miras sözleşmesi yapmaktadır. Bu bakımdan, mirasbırakan bu sözleşmenin bağlayıcı olduğunun ve ölüme bağlı tasarruflarla veya bağışlamalarla bu miras sözleşmesinin içini boşaltamayacağını bilincinde olmalıdır. Bu sebeple, yazara göre, mirasbırakanın yapmış olduğu miras sözleşmesiyle bağdaşmayacağını öngörebildiği ve hatta öngörmek zorunda olduğu her durumda zarar verme amacının olduğu kabul edilmelidir.

⁶³ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufpaşaoğlu, s. 247.

⁶⁴ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; Escher, Art. 494, N. 11a; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248; Öztan, s. 250.

⁶⁵ Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 234; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 8; Wolf/Genna, s. 381; Dural, s. 160; Öztan, s. 250.

⁶⁶ Dural, s. 160.

olmadığına bakılmalıdır. Söz konusu durumda, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmaların tenkise tabi olduğunu öngören TMK m. 565/b.4 (ZGB Art. 527 Ziff. 4) hükmü buraya kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına da uygun şekilde, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle atadığı mirasçısını zarara uğratmak için yaptığı açık olan ivazsız kazandırmalara karşı TMK m. 565/b.4 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu dava açılabilir. ⁶⁷

Öte yandan, ivazlı bir miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış ise, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle atanmış mirasçıya zarar verme amacıyla yaptığı bağışlamalar, doğrudan TMK m. 527/II kapsamına girerek iptal edilebilecektir.⁶⁸ İvazlı miras sözleşmesinde, mirasbırakanın mirasçı atanmış kişiye zarar verme amacı taşıma olasılığı, ivazsız miras sözleşmesine kıyasla çok daha yüksektir. Bu sebeple, ivazlı miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış ise, burada mirasbırakanın kural olarak zarar verme amacı olduğu ve dolayısıyla miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamasının TMK m. 527/II hükmü uyarınca iptal edilebileceği kabul edilmelidir. ⁶⁹

Aynı görüşe göre, ivazlı veya ivazsız miras sözleşmesi ayrımı yapmaksızın bir belirli mal bırakma tasarrufu söz konusu ise, durumun farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada sözleşme lehdarı, kendisine vasiyet edilen tereke değerinin fiktif olarak kendisine özgülendiğini düşünecektir.⁷⁰ Mirasbırakan belirli bir malını miras sözleşmesi lehdarına vasiyet ettikten sonra, aynı malı sağlığında bir başka kişiye bağışlarsa, bu yaptığı bağışlama, miras sözleşmesine aykırı olacaktır. Burada mirasçı atama tasarrufundan farklı olarak, mirasbırakanın ayrıca bir taahhütte bulunması gerekmemektedir; zira belirli malın miras sözleşmesiyle vasiyet edilmesi durumunda bu taahhüt kendiliğinden mevcuttur. ⁷¹ Mirasbırakanın, korunmaya değer bir menfaati

⁶⁷ Tuor, Art. 494, N. 18; Escher, Art. 494, N. 11a; Piotet, s. 181; Dural, s. 160; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248; Öztan, s. 251.

⁶⁸ Dural, s. 161; Dural/Öz, s. 130; Öztan, s. 251.

⁶⁹ Piotet, s. 181; Wolf/Genna, s. 381.

⁷⁰ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; Escher, Art. 494, N. 11a.

⁷¹ Tuor, Art. 494, N. 18, N. 27; Escher, Art. 494, N. 11a; Piotet, s. 181; Dural, s.163; Kocayusufpaşaoğlu, s. 249.

olmaksızın, böyle bir bağışlamada bulunması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktadır.⁷²

Karşı görüş ise, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamaların iptal edilebilmeleri için ek bir yükümlülüğe ihtiyaç duyulduğu fikrine karşı çıkmaktadır. Buna göre, miras sözleşmesinden doğan yükümlülükler, başka herhangi bir tamamlayıcı sözleşmeden değil, miras sözleşmesinin kendisinden doğmaktadır.⁷³ **Öte yandan, taraflar miras sözleşmesi yapmanın yanısıra, mirasbırakanın sağlığında belirli bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmamasına veya önemli bağışlamalarda bulunmamasına yönelik bir belirleme yapabilmektedir.** Bu tür miras sözleşmesine ek olarak yapılan bir sözleşme sayesinde, miras sözleşmesi lehdarı mirasbırakanın sağlararası tasarruflarına karşı daha iyi korunmuş olmaktadır.⁷⁴

c. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Bağışlama Dışındaki Sağlararası Tasarruflar

TMK m. 527/III hükmünde ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası tasarruflardan sadece bağışlamalar düzenlenmiştir. Bu bakımdan kural olarak mirasbırakanın bağışlama dışındaki sağlararası tasarrufları iptal edilememektedir. Yine de doktrinde bağışlama dışındaki sağlararası tasarruflar bakımından bir değerlendirme yapılırken miras sözleşmesi ile mirasçı atanması veya vasiyet alacaklısı belirlenmesi halleri arasında ayırım yapılmaktadır.

i. Miras Sözleşmesiyle Mirasçı Atanması

Miras sözleşmesiyle iradî mirasçı atandığında, ona düşecek tereke bölümü, miras sözleşmesinin kurulduğu andaki değil, mirasın açıldığı andaki içeriğe sahiptir. Bu bakımdan, mirasbırakan sağlığında bir malını ivazlı olarak devrederse, bu ivaz devredilen malın yerine geçmektedir. Kural olarak, atanmış mirasçı satılan mal yerine geçen paranın

⁷² Tuor, Art. 494, N. 18.

⁷³ Piotet, s. 180; Druey, s. 136; Hrubesch- Millauer, s. 232.

⁷⁴ Bu şekilde bağışlama yasağı konması halinde, bunun TMK m. 1010 (İMK m. 960) hükmüne uygun şekilde tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkündür. Piotet, s. 180; Druey, s. 136; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494 N. 6.

mirasbırakan tarafından harcanması riskine katlanmak zorundadır. Miras sözleşmesi kurulduktan sonra, mirasbırakanın ölümüne kadar ki süreçte tasarruf özgürlüğünü kısıtlamak, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, söz konusu olmamaktadır.⁷⁵ Öte yandan, burada miras sözleşmesi ivazlı ise farklı bir değerlendirme yapmak gerektiğini savunanlar mevcuttur. Bu görüşe göre, ivazlı bir miras sözleşmesinde, ivaz sağlararası bir edim olarak ifa edilmiş bulunuyorsa, iradî mirasçının korunması gerekmektedir. Bu amaçla, burada TMK m. 547 (ZGB Art. 514) hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu olmakta; yani sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeden dönebilmektedir.⁷⁶

Bir görüşe göre, mirasbırakanın sağlığında yaptığı ivazlı tasarruflara karşı harekete geçme imkanı, saklı paylı mirasçılara tanınan himayenin sınırını aşmamalıdır.⁷⁷ Bu bakımdan, tenkise ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekmektedir ve dolayısıyla mirasbırakanın sağlığında yaptığı ivazlı tasarruflara karşı kural olarak birşey yapılamamaktadır. Bunun istisnası TMK m. 565/b. 4 (ZGB Art. 527 Ziff. 4) hükmüdür. Mirasbırakan miras sözleşmesini etkisiz kılmayı ve miras sözleşmesiyle mirasçı atanmış kişiye zarar vermeyi amaçlıyorsa, sağlararası tasarrufun iptali gündeme gelebilmektedir.⁷⁸

ii. Miras Sözleşmesiyle Belirli Mal Bırakılması

Miras sözleşmesi ile belirli mal bırakılması halinde bunun konusunun cins borcu veya parça borcu olmasına göre ayırım yapmak gerekmektedir. Cins borcu söz konusu ise, borç konusu eşyanın elden çıkarılması vasiyetin ifasını engellemezken, konusu parça borcu olan vasiyetlerde vasiyet ya anlamsız hale gelecek ya da yerine ikame değer geçecektir. Bunlardan hangisinin söz konusu olacağı miras sözleşmesinde tarafların ne şekilde anlaştıklarına bağlıdır. İvazlı bir miras sözleşmesiyle vasiyette bulunulmuşsa, vasiyet edilen eşya yerine ikame değer geçmesi taraf iradelerine uygun olacaktır. Eğer böyle bir du-

⁷⁵ Tuor, Art. 494, N. 21; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 10; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 233; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 3; Frank/Helms, s. 170; Zimmermann, s. 123.

⁷⁶ Escher, Art. 494, N.12; Kocayusufpaşaoğlu, s. 253.

⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 252; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 494, N. 5.

⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 253.

rum söz konusu değilse, vasiyet TMK m. 517/III (ZGB Art. 484 Abs.3) hükmüne uygun olarak düşecektir.⁷⁹

Bir görüşe göre, miras sözleşmesi ile yapılan belirli mal bırakma tasarrufu, söz konusu eşyanın devredilmiş veya yok edilmiş olması fark etmeksizin, ayakta kalmalıdır; çünkü şekli olarak miras sözleşmesinin tercih edilmiş olması TMK m. 517/III hükmüne göre, tasarruftan aksinin anlaşılması anlamına gelecektir. Bu durumda, artık vasiyet alacağının ifası mümkün olmadığı için, onun yerine ifa etmeme sebebiyle tazminat geçecektir.⁸⁰

d. Mirasbırakanın Malvarlığını İsraf Etmesi ya da Fiilî Tasarruflarla Miras Sözleşmesinin İçini Boşaltması (*Aushöhlung des Erbvertrages*)

Mirasbırakanın malvarlığını israf etmesi ya da bir takım fiilî tasarruflar ile yok etmesi sonucu miras sözleşmesi lehdarının çıkarı zedelenecektir; ancak bu durum bir anlamda mirasbırakanın sağlararası tasarruf serbestisine dayanmaktadır ve buna karşı miras sözleşmesi lehdarının başvurabileceği bir imkan bulunmamaktadır. Öte yandan, doktrindeki baskın görüş bu gibi haller için ivazlı miras sözleşmesi lehdarının korunması gerektiğini ve burada bir kanun boşluğu olduğunu iddia etmektedir.⁸¹ Buna göre, burada ivazlı miras sözleşmesi lehdarına TMK m. 547 (ZGB Art. 514) hükmü kıyas yoluyla uygulanarak bu tür hallerde dönme hakkı tanınması gerekmektedir.⁸² Bu şekilde mirasbırakana, karşı tarafın sağlararası edimini yerine getirmemesi durumunda tanınmış olan dönme hakkı, miras sözleşmesi lehdarına da tanınmış olmaktadır. Bu israf ve fiilî tasarruf hallerinde, miras sözleşmesi lehdarının sözleşmeyi aldatmaya (hile) dayanarak iptal edebileceği⁸³ ya da TMK m. 2/II hükmüyle düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılabileceği⁸⁴ de diğer görüşlerdir. Öte yandan, miras sözleşmesi lehdarı miras sözleşmesinde dönme

⁷⁹ Tuor, Art. 494, N. 23; Escher, Art. 494, N 12.

⁸⁰ Piotet, s. 182.

⁸¹ Serozan/Engin, s. 354; Kocayusufpaşaoğlu, s. 254.

⁸² Tuor, Art 494, N. 28; Escher, Art 494, N.13; Dural, s. 201; Kocayusufpaşaoğlu, s. 253; Piotet, s. 188.

⁸³ Itschner, s. 161; Piotet, s. 189.

⁸⁴ Tuor, Art 494, N.30.

hakkını saklı tutmuş da olabilir. Mirasbırakanın bu tür davranışlarına karşı, sözleşme lehdarı için en güvenli yol budur.⁸⁵

e. Miras Sözleşmesiyle Bağdaşmayan Tasarruflara Karşı İptal Hakkı

TMK m. 527/II hükmü uyarınca miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalara karşı iptal davası açılması imkânı mevcuttur. Miras sözleşmesi ile mirasçı atanan veya vasiyet alacaklısı olan davacının bu davayı miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf lehdarı ya da bağışlanana karşı açması gerekmektedir.⁸⁶ Miras sözleşmesi ile atanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına tanınan bu dava hakkı bir imkândır, yani o bu imkânı isterse kullanacaktır.

İptal davasının niteliği kanunda açık değildir. Türk-İsviçre hukukunda burada tenkis hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir.⁸⁷ Zira miras sözleşmesi ile mirasçı atanan veya vasiyet alacaklısı olan kişinin durumu saklı paylı mirasçının durumuna benzetilmektedir. Bu sebeple, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflar ve bağışlamalar, miras sözleşmesi lehdarının hakkını ihlal ettiği oranda tenkis edilecektir.⁸⁸ Bu bakımdan miras sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü kadarıyla tenkis hükümleri uygulanacaktır. Burada kendine özgü bir “tenkis ve iade” davası açılacaktır.⁸⁹

TMK m. 527/II hükmüyle getirilen, iptal imkânı mirasbırakanın ölümünden sonrası için getirilmiştir. Bir ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesi, lehdarı için o anda bir hak tanımamaktadır, lehdarın Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre, yalnızca bir beklenen hakkı mevcuttur.⁹⁰ Öte yandan, bu beklenen hak vasiyetname lehda-

⁸⁵ Tuor, Art. 494, N. 31; Escher, Art. 494, N. 13; Dural, s. 201; Kocayusufpaşaoğlu, s. 254; Serozan/Engin, s. 288.

⁸⁶ Dural, s. 168; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 20; Hrubesch-Millauer, s. 234.

⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 250; Hrubesch-Millauer, s. 234; Druuey, s. 140; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 13; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 235; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 18; Wolf/Genna, s. 378; Öztan, s. 250.

⁸⁸ Tuor, Art. 494, N.11; Escher, Art. 494, N. 10; Piotet, s. 181; Kocayusufpaşaoğlu, s. 250; Kemal Oğuzman, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 156.

⁸⁹ Serozan/Engin, s. 350; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 22c.

⁹⁰ Escher, Art. 494, N. 5; Tuor, Art. 494, N. 11; Piotet, s. 83; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 9; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 230. Alman hukukundaki hâkim görüşü-

rının ya da saklı paylı olmayan yasal mirasçının beklenen hakkından daha güçlüdür.⁹¹ Bu sebeple lehdarın, mirasbırakan hayatta iken, herhangi bir talep yetkisi bulunmamaktadır. Mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarruf hüküm ve sonuçlarını malvarlığı değil, tereke üzerinde doğurduğundan mirasbırakanın kural olarak sağlararası tasarruf özgürlüğü devam etmektedir.⁹²

Mirasın açılması anında atanmış mirasçıya ya da vasiyet alacaklısına düşecek olan tereke kısmı kapsam olarak zarar görüyor ise, miras sözleşmesi ile bağdaşmayan bir tasarruf söz konusudur. Bir tasarruf mirasın açıldığı andan önce terekeyi etkileyememektedir. Bu durumda terekenin zarar görüp görmediği ancak miras açıldığında ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, miras sözleşmesi yapmakla ortaya çıkan bağlayıcılık miras hukuku anlamında bir bağlayıcılıktır ve mirasbırakan öldüğünde ardında bıraktığı tereke ile sınırlıdır.⁹³

Miras sözleşmesi lehdarının durumu birçok açıdan saklı paylı mirasçının durumuyla benzerlik göstermektedir. Bu sebeple de iptal davasının açılması anı bakımından tenkise ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır ve böylece iptal davasının da ilk olarak mirasbırakanın ölümünden sonra açılabileceği sonucuna varılmaktadır.⁹⁴ Buradaki iptal davası, tenkis davasının özel bir türü olarak düzenlendiği için TMK m. 560 vd. (ZGB Art. 522) hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Ayrıca, tenkis davasında tenkis edilmesi söz konusu olan tasarrufun mirasbırakanın tasarruf oranını aştığı miktar kadarı tenkis edilirken, burada tasarrufun miras sözleşmesiyle bağdaşmadığı ölçüde bir daraltmaya (*Reduktion im Umfang ihrer Unvereinbarkeit*) gidilecektir.⁹⁵

şe göre, miras sözleşmesi lehdarının bir beklenen hakkı dahi yoktur. Onun sahip olduğu yalnızca bir beklenti ve umuttur (Staudinger/Kanzleiter, Ein. §§ 2274 ff., Rn. 10; Zimmermann, s. 123; Frank/Helms, s. 170). Türk hukukunda aynı yönde görüş için bkz. Serozan/ Engin, s. 288.

⁹¹ Escher, Art. 494, N. 5.

⁹² Hrubesch-Millauer, s. 231; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 233.

⁹³ Staudinger/Kanzleiter, Ein. §§ 2274 ff., Rn. 9; PraxisKomm/Grundmann, Art. 494, N. 10.

⁹⁴ Hrubesch-Millauer, s. 227; Wolf/Genna, s. 384.

⁹⁵ Hrubesch-Millauer, s. 235.

Somut durumda miras sözleşmesiyle bağdaşmayan yalnızca bir tasarruf değil, birden fazla ölüme bağlı tasarruf ya da bağışlama söz konusu olabilmektedir. Bu durumda miras sözleşmesi lehdarının, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflara veya bağışlamalara ilişkin olarak bu kazandırmaların muhatabı olan kişilere tek tek iptal davası açması gerekmektedir. Tenkisteki sıralamaya burada ihtiyaç duyulmamaktadır, zira burada miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarrufların hepsinin tek tek ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu sebeple de TMK 561, 563, 570 (ZGB Art. 523, 525, 532) hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olmamaktadır.

Tenkise ilişkin TMK m. 571 (ZGB Art. 533) hükmü de burada kıyasen uygulanacaktır. Buna göre, tenkis davası açma hakkı mirasçılardan saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl (*relative Frist*) ve her halde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın açılması üzerinden on yıl (*absolute Frist*) geçmekle düşmektedir. Aynı şekilde bu bir ve on yıllık süreler miras sözleşmesiyle bağdaşmayan tasarruflara karşı açılan iptal davasında da kıyasen uygulanacaktır. Burada bir yıllık süre miras sözleşmesi lehdarının iptal davası açma sebebinin öğrendiği andan itibaren başlamaktadır. On yıllık süre ise kural olarak mirasbırakanın ölümüyle başlamaktadır. Üçüncü kişi lehine yapılmış bir miras sözleşmesi varsa ve söz konusu üçüncü kişinin miras sözleşmesi içeriğinden, hatta miras sözleşmesinin varlığından haberi yoksa sürenin başlangıcı mirasın resmen açılışı anında olacaktır.⁹⁶

Miras sözleşmesiyle bağdaşmayan bağışlamalar yönünden TMK m. 566 (ZGB Art. 528 Abs. 1) hükmüne uygun şekilde, miras sözleşmesi lehdarının korunması sınırlı olacaktır. Bu hükme göre, kendisine tenkise tabi kazandırmada bulunulan kişi iyiniyetli ise, sadece mirasın geçmesi anında kazandırmadan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. İyiniyetli değilse kazandırmayı bütünüyle geri vermesi gerekmektedir. Bağışlanan kişi lehine yapılan bağışlamanın miras sözleşmesine zarar verdiğini bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa iyiniyetlidir. Buna karşılık, bağışlanan kişi, bağışlamanın yapıldığı anda

⁹⁶ Hrubesch-Millauer, s. 241.

veya sonradan bağışlamanın miras sözleşmesiyle bağdaşmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa iyiniyetli değildir. Bir başka deyişle, bağışlananın iyiniyetli olması kendisine karşı iptal davası açılmasını engellememekte; ancak geri verme borcunun kapsamı bakımından belirleyici olmaktadır.⁹⁷

7. Miras Sözleşmesinin Sona Ermesi

Miras sözleşmesinin bağlayıcılığının bir diğer sonucu, miras sözleşmesinin çok sınırlı hallerde ortadan kalkmasıdır. Mirasbırakan, vasiyetnameden farklı olarak, miras sözleşmesinden her istediğinde dönememektedir. Miras sözleşmesi ya kanun gereği kendiliğinden, ya tarafların anlaşmasıyla ya da kanundan doğan dönme hakkının kullanılmasıyla sona ermektedir. Ayrıca, tartışmalı olmakla birlikte, miras sözleşmesinden dönme hakkının sözleşmede saklı tutulabileceği de savunulmaktadır.⁹⁸

a. Miras Sözleşmesinin Kanun Gereği Kendiliğinden Sona Ermesi

Miras sözleşmesi bazı hallerde kanun gereği kendiliğinden sona ermektedir. Bu hallerden ilki, miras sözleşmesi lehdarının mirasbırakandan önce ölmesi halidir (TMK m. 548/I). Bir diğer kendiliğinden sona erme hali ise, TMK m. 181 hükmüne göre boşanan eşler arasında yapılmış olan miras sözleşmesidir. Tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, boşanan eşler, boşanmadan önce yapılmış olan bir miras sözleşmesi ile kendilerine sağlanmış olan hakları kaybetmektedir. Son olarak, TMK m. 578 hükmü gereği mirastan yoksun olan kişi ölüme bağlı tasarrufla da herhangi bir hak elde edememektedir. Keza şarta bağlı ölüme bağlı tasarruflarda geciktirici şartın gerçekleşmemesi ya da bozucu şartın gerçekleşmesi miras sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği bir diğer durumdur.

⁹⁷ Dural, s. 171; BernerKomm/Weimar, Art. 494, N. 20.

⁹⁸ Hrubesch-Millaue, s. 416; Stephanie Hrubesch-Millaue, "Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag- ein Widerspruch?", Successio, 1/2010, s. 5; C. Nolting, s. 95; D. Nolting, s. 51; Reimann/ Bengel/Mayer, §2278, N. 14; karşı görüş için bkz. Wolf/Genna, s. 395.

b. Miras Sözleşmesinin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (Aufhebungsvertrag)

TMK m. 546/I (ZGB Art. 513 Abs. I) hükmü uyarınca miras sözleşmesi tarafların yazılı anlaşması ile her zaman ortadan kaldırılabilir. Burada söz konusu olan miras sözleşmesini sona erdirmeye sözleşmesidir (*Aufhebungsvertrag*). Miras sözleşmesi bir sözleşme olduğu için tarafların bunu tek taraflı olarak ortadan kaldırabilmeleri kural olarak mümkün değildir, bu ancak iki tarafın da anlaşmasıyla, yani yine bir sözleşme ile mümkün olmaktadır. Taraflar bu sözleşmeyle daha önce yapmış oldukları miras sözleşmesini tamamen veya kısmen ortadan kaldırabilmektedir.

c. Miras Sözleşmesinin Taraflardan Birinin Sözleşmeden Dönmesi ile Sona Ermesi

i. Kanundan Doğan Dönme Hakkı

Miras sözleşmesinin taraflardan birinin dönmesi ile sona ermesi istisnai bir durumdur; zira bir sözleşme olması dolayısıyla taraflar kural olarak tek taraflı şekilde miras sözleşmesini sona erdirememektedir. Bu sebeple dönme hakkının yalnızca kanunda belirtilen hallerle sınırlı olduğunu vurgulamak gerekmektedir. TMK m. 546/II ve 547 hükümleri miras sözleşmesinden dönmenin mümkün olduğu iki hali düzenlemektedir:

(1) Mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birinin varlığı halinde (Einseitige Aufhebung durch Enterbung) (TMK m. 546/II, ZGB Art. 513 Abs. 2): TMK m. 546/II hükmüne göre, miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, mirasbırakana karşı miras sözleşmesinin yapılmasından sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu ortaya çıkarsa, mirasbırakan, miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırabilmektedir. TMK m. 546/III hükmü uyarınca tek taraflı ortadan kaldırma vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden biriyle yapılmaktadır. Mirastan yoksunluk hallerinden farklı olarak burada miras sözleşmesi kendiliğinden sona ermemekte, sona erme için mirasbırakanın miras sözleş-

mesinden dönmesi gerekmektedir.⁹⁹ Bu bakımdan saklı paylı mirasçıların durumu ile bir paralellik kurulmuştur.¹⁰⁰

(2) Sağlararası İvaz Borcunun Yerine Getirilmemesi Sebebiyle Dönme (Rücktritt) (TMK m. 547, ZGB Art. 514): TMK m. 547 hükmüne göre, miras sözleşmesi gereğince sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan taraf, bu edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya güvenceye bağlanmaması halinde borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönebilmektedir. Bu durumda, hükme göre dönme hakkına sahip olan kişi sağlararası ivaz borcunun alacaklısı, yani mirasbırakandır.

Hükümde atıf yapılan borçlar hukuku kurallarının TBK'daki karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin kurallar olduğu kabul edilmektedir.¹⁰¹ Bu hüküm yalnızca ivazlı miras sözleşmelerine uygulanacaktır. İvazlı miras sözleşmesi teknik anlamda tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatik*) bir sözleşme değildir; ancak yine de ivazlı miras sözleşmelerinde mirasbırakanın belli ölçüde karşı edimi elde etme amacı ile sözleşme yaptığı kabul edilmektedir. Buna uygun olarak ivazlı miras sözleşmesi kanunda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere benzetilerek TBK hükümlerine atıf yapılmıştır.¹⁰²

Son olarak, ivazlı miras sözleşmesinde, mirasbırakanın malvarlığını israf etmesi ya da bir takım fiilî tasarruflar ile yok etmesi sonucu miras sözleşmesi lehdarının çıkarını zedelediği hallerde, doktrindeki baskın görüşe göre kanundaki bu boşluk, TMK m. 547 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla doldurulmalıdır.¹⁰³ Mirasbırakanın sağlığında herhangi bir edim yükümü bulunmadığına göre, bu dönme hakkının dayanağı, mirasbırakanın edim yükümünden bağımsız davranış yü-

⁹⁹ Markus Hohl, *Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen*, Juris-Verlag, Diss. Zürich 1974, s. 142.

¹⁰⁰ Tuor, Art. 513, N. 20; Escher, Art. 413, N. 7; Kocayusufpaşaoğlu, s. 243; Pietet, s. 416; Hohl, s. 42.

¹⁰¹ Serozan/Engin, s. 349; Ahmet, Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2018, s. 137.

¹⁰² Escher, Art 514, N.1; Tuor, 514, N.2; Hohl, s. 87; Kocayusufpaşaoğlu, s. 244; Serozan/Engin, s. 265, 349.

¹⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 254; Serozan/Engin, s. 354; Serozan Rona, *Sözleşmeden Dönme*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 259; Druey, s. 137; Praxis-Komm/Grundmann, Art. 494, N. 13; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 234.

kümüne aykırılığdır.¹⁰⁴ Bu şekilde, olumlu miras sözleşmesinde sağlararası ivaz alacaklısı olan mirasbırakana, karşı tarafın sağlararası edimini yerine getirmemesi durumunda tanınmış olan dönme hakkı, söz konusu hallerde miras sözleşmesi lehdarına da tanınmış olmaktadır.¹⁰⁵

ii. Mirasbırakanın Dönme Hakkını Saklı Tutması (Vorbekhaltsklauseln)

Mirasbırakanın miras sözleşmesinde dönme hakkını (*Rücktrittsvorbehalt*) ya da değişiklik yapma hakkını (*Änderungsvorbehalt*) saklı tutup tutamayacağı tartışmalıdır.¹⁰⁶ Miras sözleşmesinin ayırt edici karakteri olan bağlayıcılığına aykırı bir görünümde olan dönmenin ya da değişiklik yapma hakkının saklı tutulması acaba miras sözleşmesini, miras sözleşmesi olmaktan çıkarır mı?

Alman hukukundan farklı olarak dönme hakkının saklı tutulması konusunda Türk-İsviçre hukukunda bir hüküm bulunmamaktadır. Alman hukukunda dönme hakkının saklı tutulmasına BGB § 2293 hükmünde açıkça izin verilmektedir.¹⁰⁷ İsviçre Medenî Kanun taslağı sırasında 1895 tarihinde Art. 437 Abs. 1 olarak, 1900 tarihinde de Art. 525 Abs. 1 olarak düzenlenen dönme ve değişiklik hakkının saklı tutulması imkânı, bir sebep gösterilmeksizin kanunlaşan metinden çıkarılmıştır.¹⁰⁸

Doktrinde bir görüş, miras sözleşmesinde dönme ya da değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasını reddetmektedir.¹⁰⁹ Buna göre, miras sözleşmesinde böyle bir imkân tanınması miras sözleşmesini adeta bir vasiyetname haline getirmektedir. Karşı görüş ise, miras sözleşmesinin kurulma anı ile mirasın açılma anı arasındaki uzun süreçte mirasbırakanın iradesinin değişebileceğini ve bu değişime göre miras-

¹⁰⁴ Serozan/Engin, s. 354.

¹⁰⁵ Tuor, Art. 494, N.28; Escher, Art. 494, N.13; Kocayusufpaşaoğlu, s. 253; Dural, s. 201; Piotet, s. 188.

¹⁰⁶ Tartışmalar için bknz: Hrubesch-Millauer (Vorbekhaltsklauseln), s. 5.

¹⁰⁷ Detaylı bilgi için bknz. Dietmar Nolting, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 171, Duncker & Humblot, Diss. Passau 1993; MünchenerKomm/Musielak, §§ 2278, 2293; Staudinger/Kanzleiter, §§ 2278, 2293.

¹⁰⁸ Bu sürece ilişkin detaylı bilgi için: Hrubesch-Millauer, s. 418.

¹⁰⁹ Escher, Art. 514, N. 7; Hohl, s. 89; Wolf/Genna, s. 395.

birakanın sözleşmeden dönme ya da sözleşmeyi değiştirme hakkını saklı tutabilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁰ Aksi halde, miras sözleşmesi yaparak bu kadar uzun süre kanunun izin verdiği sınırlı haller hariç olmak üzere bağlayıcılığından kurtulamamak miras sözleşmesi yapmak konusunda caydırıcı olacaktır. Mirasbirakan için bu imkânı kabul etmemek, miras hukukunun en çok önem verdiği mirasbirakanın iradesine, süreç içerisinde meydana gelebilecek değişikliklere kendisini uydurması konusunda esneklik tanımamak ve sonuç itibariyle de mirasbirakanın iradesine uygun olmayan bir miras sözleşmesiyle bağlı olarak ölmesine izin vermek demek olacaktır.¹¹¹ Bu görüşe göre, dönme ve değişiklik hakkının saklı tutulmasına izin verilmesi gerektiğinin en büyük dayanağı miras hukukundaki tasarruf serbestisidir. Bu tasarruf serbestisi sayesinde mirasbirakan malvarlığının ölümünden sonraki akıbetine karar verebilmektedir. Miras hukukunda ölüme bağlı tasarruflar bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerlidir; ancak yan belirlemeler (*Nebenbestimmungen*) konusunda mirasbirakan serbesttir. Bu sebeple de bu hakların saklı tutulmasına ilişkin miras sözleşmesinde bir hüküm getirilmesi tıpkı bir ölüme bağlı tasarrufun koşula bağlanması durumunda olduğu gibi sınırlı sayı ilkesine aykırı değildir.¹¹² Ayrıca, mirasbirakanın tasarruf serbestisini kötüye kullanması olasılığına karşı sözleşmenin karşı tarafının da sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması önerilmektedir.¹¹³

Bizce miras sözleşmesinde dönme ve değişiklik yapma hakkı tanınmasına izin veren görüş kabul edilmelidir. Saklı tutulan bu hususlar uygulanmaya konmadan, aynen koşula bağlanmış bir ölüme bağlı tasarrufta olduğu gibi, miras sözleşmesi bağlayıcı olmayı sürdürmektedir.¹¹⁴ Miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturan bir ölüme bağlı tasarrufun koşula bağlanmasına izin verildiğine göre, dönme

¹¹⁰ Hrubesch- Millauer, s. 435; Hrubesch-Millauer (Vorbehaltsklauseln), s. 5. Praxis-Komm/Grundmann, Vor. 494 ff., N. 7; Yargıtay 2. HD. E. 1989/9067 K. 1990/2434 T. 02.03.1990. Söz konusu Yargıtay kararında tarafların dönme hakkını saklı tutması imkânı kabul edilmektedir.

¹¹¹ Peter Breitschmid, "Das Erbrecht des 19. Und 21. Jahrhundert- der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit", Successio, 1/2017, s. 19.

¹¹² Hrubesch-Millauer (Vorbehaltsklauseln), s. 9.

¹¹³ Serozan/Engin, s. 288.

¹¹⁴ Hrubesch-Millauer (Vorbehaltsklauseln), s. 10.

veya değişiklik hakkının saklı tutulmasına da izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Burada tereddüt oluşturan tek mesele, hiçbir sebep göstermeksizin dönme veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasıdır. Zira miras sözleşmesinde belirtilen hallerde dönme veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasının koşula bağlanan bir ölüme bağlı tasarruftan farkı bulunmamaktadır. Sebep gösterilmeden dönme ve değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasına izin verilip verilmemesi hususunda, irade özerkliği çerçevesinde sebep gösterilmeden de dönme veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulabileceği kanaatindeyiz.

Sonuç

Miras sözleşmesini, bir diğer şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olan vasiyetnameden ayıran bağlayıcılığıdır. Miras sözleşmesi ile bir ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakan, miras sözleşmesiyle bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruf veya bağışlamalarının ölümünden sonra iptal edilme ihtimali olduğunu bilmelidir. Miras sözleşmesinin sebep olduğu bu tasarruf kısıtlaması miras hukukuna ilişkindir.

Miras sözleşmesinin bağlayıcılığı meselesinde bir karara varmak mirasbırakanın sağlararası tasarruf özgürlüğünü korumaktaki menfaati ile miras sözleşmesi lehdarının miras sözleşmesinin bağlayıcılığındaki menfaati arasında bir tercih yapmayı gerektirmektedir. Fikrimizce, Anayasa ve AİHS bakımından bir insan hakkı olarak kabul edilen mülkiyet hakkı bu menfaat çatışmasında üstün gelmelidir. Bu bakımdan mülkiyet hakkının bir uzantısı olan tasarruf özgürlüğü, miras sözleşmesinin mutlak bağlayıcılığına tercih edilmelidir. Bu bakımdan, her tür bağışlamanın miras sözleşmesine aykırılık sebebiyle iptal edilebileceği sonucuna ulaşan azınlık görüşüne katılmıyoruz. Mevcut durumda kanunda yeterli belirlilik olmaması karşısında, Alman hukukundaki çözüm tercih edilerek bağışlamaların iptal edilebilmesi için zarar verme kastı aranması kanun hükmüne ilave edilebilir. Ekleme gerekir ki, böyle bir ilave olmasa dahi doktrindeki hâkim görüş ve yargı kararlarının genel hükümlerden yola çıkarak vardığı sonuç bizce isabetlidir. Bu bakımdan, miras sözleşmesinin bağlayıcılığı sınırlıdır.

Genellikle miras sözleşmesinin yapıldığı an ile ölüm olayının gerçekleşme anı arasında uzun bir zaman olmaktadır ve bu durumda hayatın olağan akışında meydana gelen değişiklikler sebebiyle yaptığı miras sözleşmesi artık mirasbırakanın iradesine uygun olmayabilir. Halbuki miras hukukunun temel dayanağı mirasbırakana iradesine uygun tasarruflarda bulunma imkanı verme amacıdır. Ancak miras sözleşmesi söz konusu olduğunda miras hukukunun bu temel amacı ile miras sözleşmesinin karşı tarafının sözleşmenin bağlayıcılığındaki menfaatleri çelişki halinde olabilmektedir. Kanunkoyucu tarafından çok sınırlı hallerde miras sözleşmesinin ortadan kaldırılması imkanı tanınmaktadır. Eklemek gerekir ki, kanunda düzenlenmemiş bir imkan olarak miras sözleşmesinde dönme hakkı veya değişiklik yapma hakkının saklı tutulması imkanının kabulü, miras sözleşmesinin mirasbırakanın iradesine uyması bakımından ihtiyaç duyulan esnekliği sağlamış olacaktır.

Kaynakça

- Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), *Praxiskommentar, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung*, 3. Auflage, Basel 2015. (PraxisKomm/yazar)
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Helbing & Lichtenhahn Verlag*, 3. Auflage, Basel 2007. (Basler-Komm/yazar)
- Breitschmid Peter, "Das Erbrecht des 19. Und 21. Jahrhundert- der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit", *Successio*, 1/2017, s. 19.
- Druey Jean Nicholas, *Grundriss des Erbrechts*, Stämpfli Verlag, 5. Auflage, Bern 2002.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, 11. Baskı, İstanbul 2017.
- Dural Mustafa, *Miras Sözleşmeleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Eren Fikret, *Türk Medenî Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, Ankara 1966.
- Escher Arnold, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band III Das Erbrecht*, Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zürich 1959.
- Frank Rainer/Helms Tobias, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013.
- Gürzumar Osman Berat, "Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalpe'ye Armağan'dan Ayrı Baskı, Sayı 2004/1, İstanbul 2006.
- Hatemi Hüseyin, *Miras Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2018.

- Hirschlehner Anna, "Culpa in testando-Vertrauenshaftung des Erblassers", AJP, 2017, s. 1174.
- Hohl Markus, Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen, Juris-Verlag, Diss. Zürich 1974.
- Hrubesch-Millauer Stephanie, "Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag- eine methodische Betrachtung", Successio, 3/2008, s. 205. (Die (Un-) Vereinbarkeit)
- Hrubesch-Millauer Stephanie, "Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag", Successio, 1/2015, s. 55. (Die Vereinbarkeit)
- Hrubesch-Millauer Stephanie, "Erbvertrag; vertragmässige, bindende Verfügungen 5A_161/2010", Successio, 4/2011, s. 325.
- Hrubesch-Millauer Stephanie, "Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag- ein Widerspruch?", Successio, 1/2010, s. 5. (Vorbehaltsklauseln)
- Hrubesch-Millauer Stephanie, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Dike Verlag, Zürich 2008.
- Itchner Albert Johannes, Die Bindungen des Erblassers an den Erbvertrag, Diss. Bern 1974.
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht §§ 2265-2302 (Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag), Sellier-de Gruyter Verlag, Berlin 2014. (Staudinger/yazar)
- Kılıçoğlu Ahmet, Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2018.
- Kipp Theodor/Coing Helmut, Erbrecht, ein Lehrbuch, Mohr Siebeck Verlag, 14. Auflage, Tübingen 1990.
- Kocayusufoğlu Necip, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Miserre Roman, Die culpa in testando, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2002.
- Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, Band 9, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München 2013. (MünchenerKomm/yazar)
- Nolting Claus, Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, Zugleich ein Beitrag zu der Auslegung von Erbverträgen, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Band 106, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1985.
- Nolting Dietmar, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 171, Duncker & Humblot, Diss. Passau 1993.
- Oğuzman Kemal, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 1995.
- Öztan Bilge, Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2017.
- Picenoni Vito, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Polygraphischer Verlag, Zürich 1955.
- Piotet Paul, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1978.

- Reimann Wolfgang/Bengel Manfred/Mayer Jörg, Testament und Erbvertrag, Carl Heymanns Verlag, 6. Auflage, Köln 2015.
- Serozan Rona/Engin İlkay Baki, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Ankara 2018.
- Serozan Rona, Sağlık Arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2007.
- Speckert Thomas, Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag, Juris-Verlag, Zürich 1951.
- Tuor Peter, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, die Erben, Art 457-536 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie, 2. Auflage, Bern 1952.
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess Verlag, 14. Auf., Zürich 2015.
- Uyan Göktürk, "Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması", İÜHFM 2007/2, s. 327.
- Weimar Peter, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, Stämpfli Verlag, Bern 2009.
- Wolf Stephan (Hrsg.)/Genna Gian Sandra, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erster Teilband, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2012.
- Wolf Stephan/Hrubesch-Millauer Stephanie, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2017.
- Zankl Wolfgang, "Culpa in testando bei Widerruf Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen", NZ 1995, s. 265.
- Zimmermann Walter, Erbrecht, Erich Schmidt Verlag, 4. Auflage, Berlin 2013.