

**T.C.
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

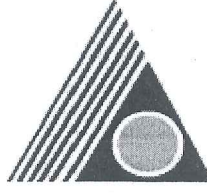
VASIYETNAMENİN GERİ ALINMASI

DOKTORA TEZİ

Ömer BAĞCI

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI

İstanbul 2012



T.C.

**YEDİTEPE UNIVERSITY
GRADUATE INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES**

VASIYETNAMENİN GERİ ALINMASI

by

ÖMER BAĞCI

Approved by:

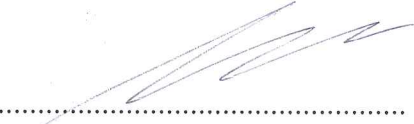
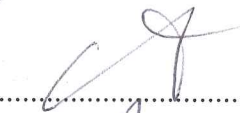
Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI
(Supervisor)

Prof. Dr. Erhan ADAL

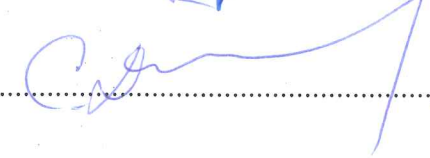
Prof. Dr. Ali Rıza OKUR

Doç. Dr. Faruk ACAR

Yard. Doç. Dr. R. Cem DİNAR


.....

.....

.....

.....

.....

Date of Approval by the Administrative Council of the Institute 29/02/2012

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
Art.	: Article
ATF	: Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
AMK	: Alman Medeni Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
éd.	: édition
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
No.	: Numara
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
Terc.	: Tercüme Eden
TKM	: Türk Kanunu Medenisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ, TEMEL KAVRAMLAR, TARİHÇE

I. GİRİŞ	3
II. TEMEL KAVRAMLAR	5
III. TARİHÇE	16

İKİNCİ BÖLÜM

TERMİNOLOJİ, BENZER KURUMLARDAN FARKLARI VE YASAL ÇERÇEVE

I. TERMİNOLOJİ VE TANIM	35
II. BENZER KURUMLARDAN FARKLARI	54
1. Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali İle Geri Alma Arasındaki Farklar	54
2. Ölüme Bağlı Tasarrufların Kendiliğinden Hükümsüzlüğü İle Geri Alma Arasındaki Farklar	58
2.1. Lehine Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunulan Kişinin Mirasbırakandan Önce Ölmesi	58
2.2. Boşanma ve Evliliğin Butlanına Karar Verilmesi	59
2.3. Mirastan Yoksunluk Sebeplerinden Birinin Varolması	61
2.4. Sözlü Vasiyetnamenin Hükümden Düşmesi	61
III. YASAL ÇERÇEVE	65

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
VASIYETNAMENİN GERİ ALINMASI USULLERİ

I. GENEL OLARAK	75
1. Konunun Ele Alınma Biçimi	75
2. Vasiyetnameyi Geri Alma Hakkından Feragat.....	78
3. Vasiyetnamenin Geri Alınmasına İlişkin Bir Genel Hüküm Bulunmaması.....	82
II. YENİ BİR GERİ ALMA VASIYETNAMESİ İLE	85
1. Genel Olarak	85
2. Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	87
3. Hukuki Niteliğe Bağlı Sonuçlar.....	102
4. TMK m. 542/I Hükümüne Yönelik Açıklamalar.....	123
4.1. Şekle Bağlılık	123
4.2. Geri Almanın Şartlarına Genel Bakış	124
4.3. Geri Alma Usulünün Özü.....	125
III. ÖNCEKİ VASIYETNAME İLE BAĞDAŞMAYAN SONRAKİ VASIYETNAME İLE	137
1. Genel Olarak	137
2. Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	141
3. Hukuki Niteliğe Bağlanan Sonuçlar	146
4. TMK m. 544/I'e İlişkin Açıklamalar	153
4.1. Muhtelif Tarihlerde Yapılmış Ölüme Bağlı Tasarrufların Bulunması Halinde Kabul Edilebilecek Sistemler	153
4.2. Şekle Bağlılık	155
4.3. Geri Alma Usulünün Özü.....	156

IV. YOK ETMEK SURETİ İLE	187
1. Genel Olarak	187
2. Tanımı, Hukuki Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar.....	190
3. TMK m. 543/I Hükmüne Yönelik Açıklamalar.....	207
3.1. Şekle Bağlılık ve Geri Almanın Şartlarına Genel Bakış.....	207
3.2. Geri Alma Usulünün Özü.....	208
3.3. İspat Yükü, Vasiyetnamenin Kazaen Yok Olması ve Muhtelif Meseleler ..	233

V. VASİYET EDİLEN MALDA SONRADAN TASARRUF İLE.....	244
1. Genel Olarak	244
2. TMK m. 544/II Hükmüne Yönelik Açıklamalar	249
2.1. Şekle Bağlılık ve Geri Almanın Şartlarına Genel Bakış.....	249
2.2. Geri Alma Usulünün Özü.....	250
2.3. Tanımı, Hukuki Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar	283

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KISMİ VE ŞARTLI GERİ ALMA, GERİ ALMANIN GERİ ALINMASI

I. KISMİ VE ŞARTLI GERİ ALMA	292
1. Kısmi Geri Alma.....	292
2. Şartlı Geri Alma.....	298
II. GERİ ALMANIN GERİ ALINMASI.....	304

SONUÇ	322

KAYNAKÇA	331

ÖZET

“Vasiyetnamenin Geri Alınması” başlıklı çalışmamızda; öncelikle konunun önemi açıklanmış, ardından konuya ilişkin eski yasal düzenlemeler Roma Hukukundan başlanarak incelenmiştir. Keza, İslam Hukukunun meseleyi ele alış tarzı da özet olarak verilmiştir.

TMK 542 vd. hükümlerine göre vasiyetname 4 yoldan geri alınabilir:

- 1) Saf geri alma vasiyetnamesi ile
- 2) İlki ile çelişkili 2. vasiyetname ile
- 3) Yok etmek ile
- 4) Vasiyetnameye konu edilen malın sonradan sağlararası tasarrufa konu edilmesi ile.

Vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin bu dört usul, Yargı kararları ve İsviçre – Alman Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmiş; vasiyetnamenin geri alınmasının kısmi olabileceği gibi şarta bağlı da olabileceği ifade edilmiştir.

ABSTRACT

In the study titled as “Revocation of Testament” significances of the subject have been primarily explained and the former regulations on the subject starting with the Roman Law have been examined. Furthermore, regulations of Islamic Law on the subject have also been summarized.

According to articles 542 et seq. of Turkish Civil Code, a testament can be withdrawn with these four processes:

- 1) by a secondary testament which only contains testator’s consent of revocation or,
- 2) by a secondary testament which is conflicting with the first testament or,
- 3) by destruction of the testament or,
- 4) by transaction of goods and rights which are issued at the testament.

These four processes for revocation has been analyzed comparatively with civil jurisdictions, Swiss - German Laws and it has been expressed that the revocation of a testament could be conditioned and partial.

VASIYETNAMENİN GERİ ALINMASI

BİRİNCİ BÖLÜM:
GİRİŞ
TEMEL KAVRAMLAR
TARİHÇE

I. GİRİŞ

Hükümlerini doğuracakları an bakımından hukuki işlemler, ölüme bağlı tasarruflar ve sağlar arası hukuki işlemler olmak üzere ikiye ayrılmakla birlikte, ivazsız kazandırmalar söz konusu olduğunda, işlemin niteliğine bakılmaksızın, kazandırmada bulunanın bağılıktan kolaylıkla kurtulabilmesi çoğu zaman yadırganmaz. Bir başka deyişle, ivazsız kazandırmanın bir ölüme bağlı tasarrufa ya da bir sağlar arası hukuki işleme konu edilmesi bu noktada fark yaratmayacaktır. Hatta, ölüme bağlı tasarruflar ve özellikle vasiyetnameler bakımından, söz konusu bağılıktan kurtulma imkanının çeşitli düşüncelerle daha da genişletildiğine tanık olmaktadır¹.

Gerçekten de, vasiyetname kavramını tanımlarken onun şu üç özelliği mutlak surette göz önünde tutulmalıdır:

1. Vasiyetname tek taraflı hukuki işlemdir.
2. Vasiyetçinin sağlığında yapılmakla birlikte hükümlerini o öldükten sonra doğuracaktır.
3. Her zaman için serbestçe geri alınabilir.

İşte bu özelliklerinden sonuncusu, vasiyetnameleri, gerek miras sözleşmeleri gerekse diğer çok taraflı sağlar arası hukuki işlemler ve özellikle sözleşmeler karşısında farklı bir konuma sokmakta ve bu cihetle tez konumuzu teşkil etmektedir. Modern hukuk sistemlerinde vasiyetçinin tek taraflı arzusu ile vasiyetini hükümden düşürmesi imkanı kabul edilmiş olmasına rağmen miras sözleşmeleri başta olmak üzere diğer sözleşme ilişkileri bakımından durum böyle değildir. Bir ölüme bağlı tasarruf olması sebebi ile “sözleşme ile bağılılığın” sağlar arası hukuki işlemlere nazaran daha zayıf olduğu söylenebilir de, miras sözleşmeleri bakımından da, tasarruf edene hiçbir sebep göstermeksizin serbestçe dönme hakkının tanındığından bahsedilemeyecektir: O, ancak ve ancak, kanunun kendine tanıdığı sınırlı imkanlar çerçevesinde (TMK m.546/II, 547) sözleşmeden dönme hakkını elde edebilecektir². Özellikle sağlar arası ivazlı hukuki

¹ Rona **Serozan**/Baki İlkey **Engin (Serozan)**, Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 208 vd..

² Mustafa **Dural**, Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980; İlhan **Öztrak**, La Révocation Des Pactes Successorales En Droit Suisse, Lausanne 1957; Hüseyin **Hatemi**, Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 189.

işlemler bakımından, irade açıklaması ile bağılığın daha sıkı olduğunu söylemek de hatalı olmayacaktır³.

³ Sözün özü borç doğurucu bir sözleşme ilişkisinden, hele bu sözveriş bir ivaz elde etmek için yapılmışsa, kurtulmak zordur: **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 208. Burada, dönmenin ve feshin hukuki tahlili yapılacak değildir. Söylenmek istenen, vasiyetnamelerin aksine, bir borç doğurucu sözleşme ilişkisinden keyfe keder ve zarar görmeksizin kurtulmanın hemen hemen imkansız olduğudur. Dönme hakkının yasadan kaynaklanması ile iradi olması arasında da bu nokta bakımından fark yoktur: Kanuni ya da iradi şartları mevcut olmadan sözleşmeden dönmek mümkün değildir. Kaldı ki, haksız fesih de, muhatabı lehine türlü haklar ihdas edecektir: İşe iade talebinden türlü tazminat istemlerine kadar uzanan bir yığın yaptırım, sözleşme ilişkisini haksız yere sona erdiren ve böylelikle muhatabının haklı güvenini sarsan kişinin kapısında bekleyecektir.

II. TEMEL KAVRAMLAR

Çalışmamızın sınırlarını belirleyebilmek için ölüme bağlı tasarruf kavramının ve içeriğinin kısaca açıklanması faydalı olacaktır. Keza, yine karşımıza çıkacak meselelerin çözümü noktasında belirleyici olacağını düşündüğümüz bazı miras hukuku kurumlarının da peşinen ele alınması işimizi kolaylaştıracaktır. Bu cümleden olmak üzere, biz, öncelikle ölüme bağlı tasarruf kavramını tanımlamayı, sonrasında, maddi ve şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf kavramlarını açıklamayı uygun görmekteyiz. Bu bölümde, ölüme bağlı tasarrufların yorumu meselesine de gerektiği kadar değinilecek ve bu husus bakımından kabul edeceğimiz yaklaşımın neden dolayı önemli olduğu da kısaca açıklanacaktır.

Gerçekten de, ölüme bağlı tasarruf dendiğinde, bundan, dar ve teknik anlamda bir tasarruf işlemi değil de, “hukuki işlem” anlaşıldığı hususunda tartışma yoktur⁴. Zira, zamanın geri dönüşsüzlüğü karşısında, hukuki işlemlerin, hükümlerini doğuracakları an bakımından, sağlar arası hukuki işlemler ve ölüme bağlı tasarruflar olarak ikiye ayrıldığı

⁴ Bülent **Köprülü**, Miras Hukuku Dersleri I, İstanbul 1975-1976, s. 109; Nûşin **Ayiter**/Ahmet **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, 3. bası, Ankara 1993, s. 72; Zahit **İmre**, Türk Miras Hukuku, 4. bası, İstanbul 1978, s. 92; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul 1987, s. 126; Aydın **Zevkliler**, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1995, s. 114-115; Kemal **Oğuzman**, Miras Hukuku, 6. bası, İstanbul 1995, s. 94; Aydın **Aybay**, Miras Hukuku Dersleri, 4. bası, İstanbul 2003, s. 29; Fikret **Eren**, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, s. 3; Ali Naim **İnan**/Şeref **Ertaş**/Hakan **Albaş**, Miras Hukuku, 5. bası, Ankara 2004, s. 156; Hüseyin **Hatemi**, Miras Hukuku, 3. bası, İstanbul 2004, s. 61 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 182 – 183; Rona **Serozan**, Sağlar arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979, s.14; Mustafa **Dural** / Turgut **Öz**, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 2. bası, İstanbul 2003, s. 49 – 50; **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 8 – 9; Mustafa **Dural**, El Yazısı İle Vasiyetname, İstanbul 1967, s. 1; Zahit **İmre**/Hasan **Erman**, Miras Hukuku, 5. bası, İstanbul 2004, s. 49; Mehmet **Ayan**, Miras Hukuku, 2. bası, Konya 2003, s. 67. Bilindiği üzere dar anlamda “tasarruf işlemi” ile anlatılmak istenen, tasarrufta bulunanın malvarlığında yer alan bir ayni hakkı ya da alacak hakkını başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın ortadan kaldıran, bir başkasına aktaran ya da malvarlığından çıkartmamakla birlikte bir ayni hakla sınırlayan hukuki işlemlerdir. Tasarruf işleminin bu yöndeki tanımları için bkz. Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş–Kaynaklar–Temel Kavramlar, 15. Baskı, İstanbul 2008, s.160 vd.; Hüseyin **Hatemi**, Medeni Hukuka Giriş, 3. Baskı, İstanbul 2004, s. 147 vd.; Aydın **Aybay**/Hüseyin **Hatemi**, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 17 vd.; Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe Oktay **Özdemir**, Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2006, s. 569 vd. ; Rona **Serozan**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004, s. 244 vd.; **Serozan**, Kazandırma, s. 14; Aydın **Aybay**/Rona **Aybay**, Hukuka Giriş, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 202; Selahattin Sulhi **Tekinay**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 5. Baskı, İstanbul 1997, s. 108 vd.; Mustafa **Dural**/Suat **Sarı**, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s. 159 vd.; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2003, s. 160 vd., 189; Mehmet **Ayan**, Medeni Hukuka Giriş, 3. Baskı, Konya 2006, s. 121; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş–Hukuki İşlem–Sözleşme, İstanbul 2008, s. 96. Borçlandırıcı işlemlerle dar ve teknik anlamda tasarruf işlemlerinin ayrımı için ayrıca ve özellikle bkz. İsmet **Sungurbey**, Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul 1980, s. 179 – 207; Kudret **Ayiter**, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953.

da bilinen gerçeklerdendir⁵. Ölüme bağlı tasarruflarla sağlar arası hukuki işlemler arasındaki fark kendisini işlemin yapıldığı değil ve fakat hüküm ve sonuçlarını doğuracağı an üzerinde gösterir. Ölüme bağlı tasarruflar, tıpkı sağlar arası hukuki işlemler gibi, tasarruf edenin sağlığında yapılmakla birlikte hükümlerini ölümden sonrasında doğururlar⁶. Öyle ki, kendinden beklenen etkileri doğurabilmesi için ölüm, bu tip işlemler bakımından basit bir vade ya da şart değil, bir olmazsa olmaz –sine qua non- yasal geçerlilik koşulu, causa’dır⁷.

⁵ Hukuki işlemlerin hükümlerini doğuracakları an bakımından ayrımı için bkz. Andreas B. **Schwarz**, Medeni Hukuka Giriş, Terc. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, İstanbul 1946, s. 152; **Aybay/Aybay**, s. 202; **Oğuzman/Barlas**, s. 166; **Eren**, İptal, s. 3; **Hatemi**, Medeni, s. 143 vd.; **Serozan**, Medeni, s. 243; **Tekinay**, Medeni, s. 101-102; **Dural/Sarı**, s. 156-157; Hasan **Erman**, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 2004, s. 53; Necip **Bilge**, Hukuk Başlangıcı, 17. bası, Ankara 2003, s. 268 – 269; Alex **Weill**/François **Terré**, Droit Civil, Introduction Générale, 4. éd., Paris 1979, s. 315; Gérard **Cornu**, Droit Civil, Introduction – Les Personnes – Les Biens, 11. éd., Paris 2003, s. 60; Jean **Guinand**/Martin **Stettler**, Droit Civil, Successions, 5. éd., Fribourg 2003, s. 46.

⁶ **İmre**, s. 92 – 94 ; Turhan **Esener**, Türk Miras Hukuku Ana Kavramları, Ankara 1970, s. 13; **Aybay**, Miras, s. 30; **Aybay / Aybay**, s. 202 ; **Bilge**, s. 268; **Oğuzman/Barlas**, s.166; **Dural/Sarı**, s. 156 - 157. **Esener**, **Aybay/Aybay**, **Bilge ve Eren** ölüme bağlı tasarruf yerine ‘ölüme bağlı hukuki işlem’ terimini tercih ederken, **Dural/Sarı** ölüme bağlı tasarruf terimi ile birlikte ‘ölüme bağlı hukuki işlem’ terimini, **Oğuzman/Barlas** ise sağlar arası hukuki işlemler için ‘hayatta hüküm ifade eden muameleler’ terimini kullanmaktadırlar. **Bilge** ‘sağlar arası işlemler’ terimi ile birlikte ‘hayatta sonuç doğuran işlemler’ terimini, **İmre** ise sağlar arası hukuki işlemler için ‘ölüme bağlı olmayan hukuki muamele’ terimini de anmaktadırlar. **Eren** alışılmış olması sebebiyle ölüme bağlı ‘hukuki muameleler’ terimi yerine ‘ölüme bağlı tasarruflar’ terimini tercih ettiğini eklemektedir. ‘Hayatta hüküm ifade eden muameleler’ terimi sağlar arası hukuki işlemler yanında ölüme bağlı tasarrufların da, söz konusu işlemlere taraf olan kişilerin sağlığında yapıldıklarını (fakat etkilerini ölüm olgusundan sonra gösterdiklerini) çağrıştırması nedeniyle daha uygun kabul edilebilir. Konumuzla ilgili olmak üzere biz de, **Eren** gibi, alışılmış olması sebebi ile ‘ölüme bağlı tasarruf’ terimini kullanmayı uygun gördüğümüzü belirtmek isteriz.

⁷ Ölüme bağlı tasarruflarla sağlar arası hukuki işlemler arasındaki ayrım ve ayırmda yararlanılacak kriterler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 125 – 126; **Serozan**, Kazandırma, s.10 vd.; **Dural/Öz**, Miras, s. 50; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 183 vd.; Paul **Piotet**, Traité de Droit Prive Suisse, Tome IV, Droit Successoral, Fribourg 1975, s. 74 – 75; Paul **Piotet**, Précis de Droit Successoral, 2. éd., Berne 1988, s. 51; **Guinand/Stettler**, s. 46. Yazarların, bir hukuki işlemin ölüme bağlı tasarruf sayılabilmesi için aradığı kriterler şöylece özetlenebilir: Her şeyden önce ölüm, hukuki işlemin belirleyici (asli) unsuru olmalıdır ve mirasbırakan sağ olduğu sürece tasarruf herhangi bir etki göstermemelidir. Buna bağlı olarak hukuki işlem mirasbırakan açısından sağlığında herhangi bir yükümlülük doğurmamalıdır. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf düzenlemekle ne sağlığında ne de ölümünden sonra herhangi bir borç altına girmemektedir. Miras bırakanın iradesi malvarlığını değil de terekesini etkileyecek nitelikte olmalıdır. Ayrıca, lehine tasarrufta bulunulan kişi gerçek anlamda beklenen haktan yoksun olmalıdır. Öte yandan lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kişi mirasbırakanın ölümünde sağ olmalıdır. Ancak yine yazarların açıklıkla belirttiği gibi soyut olarak anmakla yetindiğimiz bu nitelikler bir hukuki işlemi ölüme bağlı tasarruf saymaya yeterli olmayabilir. Bu niteliklerin varlığı doğal olarak işlemin ölüme bağlı tasarruf sayılması yönünde bir fiili karine olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte sonuçlarını daha işlemin tarafları yaşarken doğuran bir işlemin ölüme bağlı tasarruf sayılması mümkün değildir ama sonuçlarını mirasbırakanın ölümünden sonra doğurması öngörülen bir işlemin sağlar arası işlem olarak düşünülmüş olması ise mümkün olabilir. O halde bir hukuki işlemin, ölüme bağlı tasarruf mu yoksa sağlar arası hukuki işlem mi olduğu tespit edilirken bu soyut kriterler

Bu bilgiler ışığında, ölüme bağlı tasarrufları, mirasbırakanın, sağlığında yapmış olmakla birlikte, hükümlerinin ölümünden sonra doğmasını arzuladığı hukuki işlemler olarak tanımlamak mümkündür⁸.

Böylelikle tanımını vermiş olduğumuz ölüme bağlı tasarrufların iki yönü vardır. Gerçekten de, ölüme bağlı tasarruf kavramı ile bir yandan mirasbırakanın son arzularının dış dünyaya yansıdığı biçim-kalıp (vasiyetname–miras sözleşmesi) anlatılmak istenirken, diğer yandan bu biçimin özünü oluşturan bütün işlemler (vakıf kurma, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, mirasçı atama, belirli mal bırakma, yedek mirasçı atama, koşul ve yüklemeler, mirastan feragat vs.) ifade edilmeye çalışılır. Doktrinde bunlardan ilkinin şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf denirken ikincisine maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf denir⁹. Kısaca ifade etmek gerekirse, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf kavramı,

yanında somut olayın bütün özellikleri ve özellikle tarafların isteği dikkate alınarak bir saptama yapılmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin aynı yöndeki görüşü için bkz. ATF 99 II 271. Yine, mevcut bir metinde geçen vasiyetname sözcüğüne rağmen, yorum yolu ile, işlemin sağlar arası hukuki işlem olarak kabul edilebileceği hususunda ayrıca bkz. İsmet **Sungurbey**/Necla **Giritlioğlu**, Türk Hukukunda Vasiyetnamenin Yorumu Atıf ve Yasal Mirasçıların İade Yükümlülüğü, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s. 92 vd. Ölüm olgusuna bağlanan hukuki sonuçlar ve kişiliğin ölüm sonrası devam eden izleri için ayrıca bkz. Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktay**, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 7. bası, İstanbul 2002, s.16 vd.; Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 6.bası, İstanbul 2002, s. 21; Abdülkadir **Arpacı**, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, 2. bası, İstanbul 2000, s. 187; Mehmet **Ayan**/Nurşen **Ayan**, Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Konya 2007, s. 107 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 75 vd.; Pierre **Voirin**/Gilles **Goubeaux**, Droit Civil, Personnes–Famille–Incapacité–Biens–Obligations–Suretés, 28. éd., Paris 2001, s. 45 vd. Kişinin malvarlığında yer alan haklardan hangilerinin mirasçıya geçeceği ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz. Rona **Serozan**, Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 311–317.

⁸ Krş. **Dural**, Vasiyetname, s. 1; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 184; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 125 ; **İmre**, s. 92; **Aybay**, Miras, s. 30; **Piotet**, Traité, s. 74. **Kocayusufpaşaoğlu** gibi **Dural** da '...ölüme bağlı tasarruf mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğuracak emirlerini ifade eder.' diyerek 'tasarruf' yerine 'emir' terimini kullanmanın daha isabetli olduğu üzerinde durur. **Serozan**, 'Kişinin kendisini sağlığında borç altına sokmayıp, sadece ölümünden sonra sonuç doğurmak, terekesini ve dolayısıyla mirasçılarını etkilemek üzere gerçekleştirdiği hukuksal işlem' demekle mirasbırakanın kendisini mi yoksa mirasçılarını mı borç altına sokmak istediği noktasından yola çıkarak ölüme bağlı tasarrufu tanımlamıştır. **Piotet** ise ölüme bağlı tasarrufları bir kişinin ölümünden sonra malvarlığının yazgısını çizen hukuki işlemler olarak görmektedir.

⁹ Doktrinde yazarların hemen hemen tamamı yukarıda bizim de yaptığımız maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf–şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf ayrımını kabul etmektedir. **İmre** ve **Eren** ise ifade etmek istediği aynı anlama gelmekle birlikte 'geniş anlamda ölüme bağlı tasarruf – dar anlamda ölüme bağlı tasarruf' ayrımına gitmektedir. Yazar geniş anlamda ölüme bağlı tasarruflar ile şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları, dar anlamda ölüme bağlı tasarruflar ile ise maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufları kastetmektedir. İsviçre hukukunda ise **Piotet**'nin 'actes à cause de mort' terimi ile 'dispositions à cause de mort' terimi arasında benzer bir ayrıma gittiği söylenebilir. Yazar 'actes à cause de mort' teriminin şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları karşılmasına rağmen, 'dispositions à cause de mort' teriminin hem şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları hem de bunlarla birlikte maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufları karşıladığını ifade etmektedir. **Guinand/Stettler** de şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar için 'actes à cause de mort' terimini kullanmakta, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf içinse 'mode de disposer' terimine atıf yapmaktadırlar. **Bonomi** ise şekli

mirasbırakanın ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği son isteklerinin büründüğü biçimi ifade eder. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf kavramı ise, mirasbırakanın ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği son isteklerini, bir bakıma şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun içeriğini, özünü ifade eder.

Miras hukuku kurallarımızın emrediciliğinin de temel olarak iki eksende yoğunlaştığı söylenebilir. Ölüme bağlı tasarruf ile terekesinin yazgısını belirlemek isteyen kişi, ancak ve ancak kanunun öngördüğü şekillere riayet ederek amacına ulaşabilir. O, ya bir vasiyetname düzenleyebilecek ya da miras sözleşmesinin tarafı olabilecektir¹⁰. Öte yandan, kanunkoyucu, şeklen sınırladığı mirasbırakanı öz itibari ile de serbest bırakmamıştır: Kanunun öngördüklerinden başkaca bir tasarrufta bulunmak mümkün değildir¹¹.

anlamda ölüme bağlı tasarruflar için ‘actes à cause de mort’, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar içinse ‘dispositions à cause de mort’ terimini kullanmaktadır. Terimlerle ilgili yaptığımız açıklamalar için bkz. **İmre**, s. 95 ve 97; **Eren**, İptal, s. 4; **Piotet**, Traité, s. 74; **Guinand / Stettler**, s. 51 ve 91; Andrea **Bonomi**, La Vocation Successoral Volontaire Dans Certains Droits Européens, Le Droit des Successions en Europe – Actes du Colloque du 21 Février 2003, s. 31 vd.; İlhan **Öztrak**, Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyatı, Ankara 1964, s. 6 vd..

¹⁰ Tarafların ölüme bağlı tasarruf için öngörülen şekillere uymamasının, iradelerinin sağlar arası hukuki işlem kurmaya yönelik olduğu şeklinde yorumlanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ATF 99 II 271.

¹¹ Özel hukukun diğer alanlarında geniş bir uygulama alanı bulan irade muhtariyeti ilkesinin sözleşmeler hukuku alanındaki yansıması sözleşme özgürlüğüdür. Bu ilke uyarınca, tarafların, diledikleri sözleşmeyi, diledikleri içerik ve şekilde, diledikleri kişi ile yapmak ve yapmamak noktasında serbest oldukları kabul edilir. Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırsız olduğu sonucunun çıkarılması doğru olmaz. Gerçekten de, BK’nun 11. ve 19 ile 20. maddelerinde bir kısım sınırlamalar getirildiğine şahit oluyoruz. Öyle ki, kanun, bir yandan, bazen sözleşmelerin geçerliliğinin şekle bağlanabileceğini ifade ederken, diğer yandan sözleşmenin içeriğinin de, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olamayacağını hüküm altına almaktadır. Keza, özellikle dürüst davranma kurallarından doğan sözleşme yapma zorunluluğu da geniş bir kesim tarafından kabul edilmektedir. Hal böyleyken, sözleşme özgürlüğü ilkesinin çerçevesi ne kadar daraltılırsa daraltılsın, tarafların, kanunda öngörülenlerle sınırlı olmaksızın, diledikleri tipte sözleşme yapabilecekleri oybirliği ile benimsenmektedir. Bu cümleden olmak üzere, taraflar, kanunda öngörülen bir sözleşmeyi aynen benimseyebilecekleri gibi, bununla yetinmeyip, yine kanunda düzenlenen birden fazla sözleşmeyi, belirli bir düzen tarzına uymaksızın, bir araya getirebileceklerdir. Esasında, tipik ve a-tipik ya da kimilerinin deyimi ile isimli ve isimsiz sözleşme ayrımının kaynağı da yine yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Kanun koyucunun sözleşmeler için öngördüğü görece bu özgürlükler ortamından özellikle ölüme bağlı tasarruflar bakımından ciddi şekilde uzaklaştığı açıktır. O, bir yandan, ölüme bağlı tasarrufların ancak vasiyetname ve miras sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkabileceği yolunda bir kısım kurallar koymakta, diğer yandan sözleşmeler alanında mevcut şekil kurallarını da iyiden iyiye katılaştırmaktadır: BK m. 13 vd. hükümlerinin aksine, el yazısı ile vasiyetname metninin vasiyetçinin bizzat kendisi tarafından kaleme alınması yasal bir zorunluluk olarak öngörülmekte ve yine imzanın mekanik araçlarla atılabilmesi yolundaki imkanlar da bütünüyle dışlanmaktadır. Resmi vasiyetnameler için de durum farklı değildir. Bu tip ölüme bağlı tasarruflarda da, ayrıntılı merasime ilişkin düzenlemeler bir yana, işleme tanık olarak katılacak kişiler bakımından NK’nun 76. maddesine ek bir kısım emredici düzenlemeler getirilmektedir. Keza, miras sözleşmelerinin geçerliliğinin, resmi vasiyetnameler için

Ölüme bağlı tasarruf ile terekesinin yazgısını belirlemek isteyen bir kişinin, kanunun öngördüğü şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan birini seçmekle birlikte, seçmiş olduğu bu ölüme bağlı tasarrufunun içeriğini yine kanunda öngörülen bir kısım tasarruflarla doldurabileceğini böylelikle tespit etmiş bulunuyoruz. Tasarruf edenin, seçmiş olduğu şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufunun içeriğini yine kanunda öngörülen maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan hangisi ile doldurabileceği ile ilgili olmak üzere başkaca sınırlamaların olup olmadığı ise ayrı bir tartışmanın konusunu teşkil eder¹². Öyle

öngörülen şekil kurallarına bağlandığını da bu vesile ile belirtmek isteriz. Nihayetinde, kanunkoyucunun, ölüme bağlı tasarrufları, sadece şekil değil öz itibarıyla de kısıtladığını eklemek gerekir. Tasarruf eden, sadece kanunda öngörülen şekil kurallarına bağlı kalmakla yetinmeyecek, o şeklin içeriğini, yine ancak kanunda öngörülen tasarruflar da bulunmak suretiyle doldurabilecektir. Türk – İsviçre ve Fransız Hukuk sistemlerinde şekil serbestisinin esas olduğu ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz. Alex **Weill**/François **Terré**, Droit Civil, Les Obligations, 2. éd., Paris 1975, s. 122 vd.; François **Terré**/Philippe **Simler**/Yves **Lequette**, Droit Civil, Les Obligations, 8. éd, Paris 2002, s. 138 vd.; Alain **Bénabent**, Droit Civil, Les Obligations, 7. éd, Paris 1999, s. 71 vd.; A. **Schneider**/H. **Fick**, Terc. Max–E. **Porret**, Commentaire du Code Fédéral des Obligations, Neuchâtel 1915, s. 40; Hüseyin **Altaş**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 47 vd.; Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. bası, İstanbul 2000, s. 115 vd.; S. Sulhi **Tekinay**/Sermet **Akman**/Haluk **Burcuoğlu**/Atilla **Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993, s. 99 vd.; Aydın **Aybay**, Borçlar Hukuku Dersleri, 12. bası, İstanbul 2000, s. 31 vd.; Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**/Refet **Özdemir**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, m. 11, No 1; Safa **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. bası, İstanbul 2000, s. 60 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, s. 270 vd.; Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2003, s. 61 vd.; **Eren**, Borçlar, s. 239 vd. Şekil serbestisi ilkesinin Türk Borçlar Kanunu tasarısında da aynen benimsendiği yolunda bkz. **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, T. C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2005, s.31. Borçlar Kanunumuzdaki şekil serbestliği ilkesinin HUMK'daki bir hüküm sebebi ile anlamını hemen hemen yitirdiği hakkında ayrıca bkz. Baki **Kuru**/Ramazan **Arsalan**/Ejder **Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 19. Baskı, Ankara 2008, s. 425 vd.; Saim **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1997, s. 636 vd.; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2005, s. 407 vd.; Yavuz **Alangoya**/Kamil **Yıldırım**/Nevhis **Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2005, s. 407 vd. El yazısı ile vasiyetname için öngörülen şekil kuralları ve vasiyetname metninin özellikleri hususunda ayrıca bkz. Halil **Akkanat**, El Yazısı İle Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2001, s. 802 vd.; Doruk **Gönen**, El Yazılı Vasiyetname, İstanbul 2007.

¹² Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların nelerden ibaret olduğunu aşağıda açıklayacak olmakla birlikte burada ölüme bağlı tasarrufların içeriğinin her zaman için mutlak olarak terekeye ilişkin olmadığını ifade etmek isteriz. Gerçekten de, tasarruf eden mirasçı atama ya da belirli mal bırakma gibi doğrudan terekeyi etkileyen bir kısım kazandırmalar da bulunabileceği gibi mirasın paylaşımına ilişkin bir taksim kuralı koyma ya da vasiyeti yerine getirme görevlisi atama gibi tereke ile ilgili olmakla birlikte kazandırma işlemi niteliğinde olmayan başkaca tasarruflarda da bulunabilir. Keza, tereke ile kesinlikle ilgisi bulunmayan bir takım dilek ve son arzuların da ölüme bağlı tasarruf ile hukuken varlık kazanmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Vasiyetnamesini “İnsanlar ceplerindeki parayı düşünerek kredi kartlarını kullansınlar.” şeklinde bitiren bir vasiyetçi örneğinde olduğu gibi. Gerçek anlamda ölüme bağlı tasarruf sayılamayacak bu türden tasarrufların kendinden beklenen etkileri doğurma noktasında bir ölüme bağlı tasarruf içinde yer almalarının zorunlu olmadığını eklemek gerekir. Hal böyleyken, bu türden tasarrufların bir kısmının hukuken var kabul edilebilmesi şeklen bir ölüme bağlı tasarruf içinde yer almış olmasına bağlanmıştır: Evlilik dışı çocuğu tanımaya ilişkin TMK'nun 295. ve Organ ve Doku Alınması Hakkında Kanunun 14. maddesini burada anmak yerinde olacaktır. Benzer yöndeki açıklamalar için bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 179 vd.;

Serozan, Haklar, s.317; **Aybay**, Miras, s. 40 ve özellikle oradaki dn. 7; **Ayan**, Miras, s. 92-93; **İnan/Ertas/Albaş**, s.161; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 255. Şeklen geçerli şekilde düzenlenmeleri şartı ile, bir vasiyetname ya da miras sözleşmesinin, sadece terekeye ilişkin olmayan tasarruflardan da oluşabileceği yolundaki görüş için ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 9-10. Özellikle terekeye ilişkin maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar bakımından da numerus clausus ilkesinin yürüdüğü hakkında ayrıca bkz. **Dural/Öz (Dural)**, Miras, s. 134. Aynı ilkenin Alman hukuku için de cari olduğu hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 256 ve özellikle ordaki dn. 3. **Dural**, isabetli olarak, mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların bağlayıcı olabilmesi için, bunların, TMK m. 514 vd. da ya da Medeni Kanun ya da başkaca kanunlarda düzenlenmesinin bir önkoşul olduğunu belirtmektedir. **Dural**'a nazaran, eğer, mirasbırakanın yapmış olduğu tasarruf maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olduğu yolunda bir yasa hükmüne dayanmıyor ya da yorum yolu ile de bu sonuca ulaşamıyorsa artık bu isteğin bağlayıcılığından da bahsedilemeyecektir. Mirasçılar için bağlayıcı olmayan bir tasarrufun serbestçe her zaman için geri alınabileceği de aşikardır. Esasında, **Serozan**'ın bu türden tasarrufları “gerçek olmayan ölüme bağlı tasarruflar” olarak adlandırmasının altında yatan sebep de budur. Bir başka deyişle, tereke ile ilgili olmayan ve herhangi bir yasal düzenlemede maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak da sayılmayan arzu ve istekler bağlayıcı olmadıkları gibi her zaman için de geri alınabilirler. Daha doğrusu, bağlayıcı olmamaları sebebi ile, bu türden tasarrufların geri alınmalarının mümkün olup olmadığının tartışılmasının pratik bir önemi de yoktur. Ancak, yine terekeye ilişkin olmamakla birlikte, evlilik dışı çocuğun tanınması örneğinde olduğu gibi, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf oldukları yönünde yasal düzenleme olan arzu ve isteklerin geri alınması hususu ise hemen aşağıda ele alınacaktır. Bu kısım açıklamalarımız için bkz. aşağıda s. 161 vd. Bu vesile ile **Dural**'ın da, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruftan bahsedebilmek için içeriğinde mutlaka miras hukuku ile ilgili yani terekeye ilişkin bir ölüme bağlı tasarruf bulunmasının zorunlu olmadığını ifade ettiğini eklemek isteriz. Ancak, yazar, **Öztrak**'dan farklı ve kanaatimizce haklı olarak, TMK'nun 527. maddesi gereğince, bir miras sözleşmesinden bahsedebilmek için, en az bir bağlayıcı tasarrufun varlığının zorunlu olduğunun altını çizmektedir. Biz de, bu husus bakımından **Dural** gibi düşünmekteyiz. **Dural**, anılan yerde, aynen “sırf evlilik dışı çocuğun tanınmasını içeren bir vasiyetname de gerçek anlamda bir vasiyetnamedir” demek sureti ile düşüncesini açıklamış bulunmaktadır. Acaba, bir vasiyetname, sırf, terekeye ilişkin olmamakla birlikte aynı zamanda ölüme bağlı tasarruf oldukları yolunda herhangi bir yasal düzenlemeye sahip olmayan arzu ve isteklerden ibaret olabilir mi? Kanaatimizce, bu sorunun cevabı menfidir. Zira, hiçbir bağlayıcılığı olmayan bir kısım son arzu ve isteklerin, sırf bir vasiyetname şeklinde kaleme alındıkları için ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmesinde ilgililerin haklarının korunması noktasında da hiçbir fayda yoktur. Ötesinde, aksine düşüncenin kabul edilmesinin kanunun ruhu ile de bağdaşmayacağına inanmaktayız. Keza, bağlayıcı olmadıkları için bu türden tasarrufların geri alınması meselesinin de pratik bir değer taşımayacağını hemen yukarıda tespit etmiş idik. Gerçekten de, söz konusu dilek ve arzular, gerek mirasbırakan gerek mirasçılar bakımından herhangi bir bağlayıcılığa sahip değildir. Bu nitelikte olmakla birlikte, cenaze merasiminin nasıl düzenleneceğine ilişkin bir son arzu da olduğu gibi, mirasın açılmasını takip eden döneme ilişkin bir kısım dilek ve arzuların bir yükleme seviyesine taşındığı halleri bu düşünce tarzımızdan müstesna tuttuğumuzu özellikle eklemek isteriz. Bu noktadan sonra meselenin esasında bir yorum sorunu olduğu da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Eğer yorum yolu ile en azından yükleme seviyesine taşınmış bir son arzu da yok ise, metnin akıbetinin, geri alınıp alınmamasının ya da geri alınmadığı takdirde mirasçılar tarafından yerine getirilip getirilmemesinin hukuki değil ve fakat daha çok vicdani ve ahlaki bir mesele olduğuna inanmaktayız. Bütün hayatını gösteriş ve kibirden uzak yaşayarak geçirmiş olan ünlü Türk şairi Neyzen'in, cenaze töreninin çok şatafatlı yapılması isteği kendisi tarafından sıklıkla dile getirilmiş ve öyle de olmuştur. Bunu, Neyzen'in sözlü vasiyetinin yerine getirilmesi olarak değil de, vicdanlarda ve gönüllerde haklı bir sevgi edinmiş olan bir insana karşı o cenaze merasimine katılmış olan emniyet müdüründen esrarkeşine bir yığın insanın vefa gösterisi olarak algılanması kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Neyzen, bu isteğinden vazgeçmiş ve bunu beyan etmiş olsaydı da, aynı şekilde defnedileceğine olan inancımız karşısında söylemek istediklerim daha rahat anlaşılabacaktır. Doktrinde bir kısım yazarların bizimle kısmen farklı düşündüğünü ve şekil şartlarının yerine getirilmiş olması şartıyla miras hukuku ile ilgisi olmayan her türlü tasarrufun şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf sayılacağını ifade ettiklerini eklemek isteriz. Söz konusu yazarlar, ancak, varması gerekli irade beyanları açısından vasiyetname şekline başvurulmuş olmasının yetersiz olacağını da belirtmektedirler. Oysa, bu görüşteki yazarların verdikleri örneklerin, bir vasiyetnamenin sadece evlilik dışı çocuğun tanınmasına ilişkin olduğunu

ki, bir kısım maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun sadece vasiyetnameye konu olabileceği kabul edilirken diğer bir kısmının ise ancak ve ancak miras sözleşmesi ile varlık kazanacağı iddia edilmektedir. Başkaca bir kısım ölüme bağlı tasarrufların, gerek vasiyetname gerekse miras sözleşmesinin içeriğini oluşturabileceği fikri ise, doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir¹³. Bu bahiste söylenenler, ufak farklılıklarla birlikte, aşağı yukarı birbirinin tekrarı gibidir. Biz de, **Serozan** gibi, ayırımın dayanağının “bağlayıcılık” ölçütü olduğunu; mirasçılıktan çıkarma, vakıf kurma, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama ve evlilik dışı çocuğun tanınması gibi ölüme bağlı tasarrufların her zaman için serbestçe geri alınabileceğini, ancak, aynı imkanın mirastan feragat için kabul edilemeyeceğini ifade etmek isteriz¹⁴. Öyle ki, yukarıda her zaman için serbestçe geri alınabileceğini ifade ettiğimiz tasarrufların bir vasiyetname ya da miras sözleşmesi içinde yer alması sonucu değiştirmeyecektir. Hal böyleyken; mirasçı atama, vasiyet, yükleme ve koşul, ikameli tasarruflar, paylaşım ve denkleştirme ile tenkiste sıraya ilişkin ölüme bağlı tasarruflar ise vasiyetname içinde yer aldıkları takdirde, kural olarak, serbestçe geri alınabilecek iken, miras sözleşmesi içinde yer alırlar ise bağlayıcı olacaklar ve bir başka deyişle serbestçe geri alınamayacaklardır¹⁵. Doktrinde **Öztrak** ise, konuyla ilgili monografik eserinde; mutlak surette tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar, mutlak surette iki

görmekteyiz. Bu yazarlardan **İnan/Ertaş/Albaş** örnek vermemekle birlikte sadece miras hukukuna ilişkin olmayan ölüme bağlı tasarruflardan oluşabilecek bir vasiyetnamenin veya miras sözleşmesinin var olabileceğini de eklemektedir. Biz, hemen yukarı da, miras sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için en azından bir tane bağlayıcı nitelikte ölüme bağlı tasarrufun varlığının aranmasının daha isabetli olduğunu belirtmiş idik. Evlilik dışı çocuğun tanınması, Medeni Kanunumuzun miras kitabında yer almasa da aynı kanunun 295. maddesinde bir ölüme bağlı tasarruf olarak zaten öngörülmüştür. Bizim burada tartışmaya açtığımız husus ise, herhangi bir yasal düzenlemede ölüme bağlı tasarruf olduğu belirtilmeyen ve miras hukuku ile de ilgili olmayan son arzu ve isteklerin, tek başlarına, şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarrufun içeriğini teşkil edip edemeyeceğidir. Bu cümleden olmak üzere karış. **İnan/Erbaş/Albaş**, s. 209; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 257.

¹³ Samim **Gönensay**/Kemaleddin **Birsan**, Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1963, s.127 vd.; **İmre/Erman**, s. 104; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s.255 vd.; Gökhan **Antalya**, Miras Hukuku, İstanbul 2003, s. 145 vd.; Nuşin **Ayiter**, Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1978, s. 59 vd.; Bilge **Özkan**, Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, s. 235 vd.; **Ayan**, Miras, s. 92 vd.; **Aybay**, Miras, s. 40 vd.; **Hatemi**, Miras, s. 93 vd.; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 207 vd.; **Dural/Öz**, Miras, 133 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 179 vd.

¹⁴ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 181.

¹⁵ **Hatemi ve Kocayusufpaşaoğlu** da; vakıf kurma, evlilik dışı çocuğu tanıma, mirasçılıktan çıkarma ve vasiyeti yerine getirme görevlisi atama tasarruflarının kural olarak vasiyetname ile yapılabileceğini belirttikten sonra bunların miras sözleşmesine konu olmaları halinde yine de serbestçe geri alınabilme özelliklerini koruyacaklarının altını çizmektedir. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 258; **Hatemi**, Miras, s. 93. Benzer yöndeki bir görüş için bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 109. Söz konusu tasarrufların sadece vasiyetname ile yapılabilecekleri yolundaki görüş için ayrıca bkz. **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 210; **Gönensay/Birsan**, s. 158 vd.; Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1963, s. 474.

tarafli ölüme bağı tasarruflar ve hem tek tarafli hem de iki tarafli olarak yapılabilen ölüme bağı tasarruflar ayırımı yapmaktadır. Yazar, bununla birlikte, mutlak surette tek tarafli ölüme bağı tasarruf olarak saydığı vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, mirastan çıkarma, evlilik dışı çocuğun tanınması gibi tasarrufların miras sözleşmesinin içeriğinde yer alabileceğini de eklemektedir. Yazarın; mirasçı atanması, vasiyet, yükleme ve koşul gibi gerek bir vasiyetname gerekse bir miras sözleşmesinde yer alabilecek tasarrufların bağlayıcılığı noktasında kısmen farklı düşündüğünü de eklemek isteriz. Öztrak’a nazaran, bu türden tasarruflar, bir miras sözleşmesi içinde yer aldıkları vakit, tasarrufta bulunanın işbu tasarrufu ile bağı kalmasında diğer tarafın maddi ya da manevi nitelikli bir menfaati olup olmadığına bakılmalı ve buna göre bir sonuca ulaşılmalıdır¹⁶.

Böylelikle, ölüme bağı tasarruf kavramını, maddi anlamda ölüme bağı tasarruflarla şekli anlamda ölüme bağı tasarruf kavramlarını ve bunlar arasındaki ilişkileri de açıklamış bulunuyoruz. İşte, biz, bu çalışmamızda, ister bir vasiyetname isterse bir miras sözleşmesi içinde yer alsın, hepsini kapsayacak şekilde, bağlayıcılık niteliğinden yoksun ve bu sebeple her zaman için geri alınması mümkün olan tasarrufların hangi usul ve esaslar çerçevesinde geri alınabileceği meselesini tartışmaya çalışacağız. Vasiyetnamenin geri alınması kavramı ile, nerede yer alırsa alsın, bağlayıcılığı olmayan tek tarafli ölüme bağı tasarrufların, yine vasiyetçinin daha doğrusu tasarruf edenin iradesi ile hükümden düşürülmesi sürecini ifade ettiğimizi bu vesile ile belirtmek isteriz¹⁷.

¹⁶ Öztrak, Rücu, s. 11-12. Yazar, anılan yerde, İsviçre Federal Mahkemesi’nin de, söz konusu tasarrufların birbiri ile bağlantılı olup olmamasından hareket ederek görüşünü ifade ettiğini eklemektedir. Biz, hemen yukarıda dile getirdiğimiz düşünce tarzı ile Öztrak’ın görüşü arasında esasta bir farklılık olmadığı düşüncesindeyiz. Kısmen benzer bir düşünce tarzı için karşı. Serozan/Engin (Serozan), s. 177. Serozan da, mirasçı atanması ve vasiyet gibi gerek bir vasiyetnameye gerekse miras sözleşmesine konu olabilen tasarrufların, eğer miras sözleşmesinin içeriğindeler ise, doğrudan bağlayıcı olacağını söylemekle birlikte, benzer kaygılarla, üçüncü kişiye de kazandırma da bulunulan olumlu miras sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin karşı yanının korunacak bir öz çıkarı yani menfaati var ise, işte üçüncü kişiye yapılan kazandırmaya yönelik bu tasarrufun da artık bağlayıcı olacağını ifade etmektedir. Biz, burada, Öztrak’ın düşüncelerinin, miras sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilere bir kazandırma bulunduğu hallerle sınırlı olmak üzere ve yine sadece bu kazandırmaların bağlayıcı olup olmamaları yönünden kabul edilebilir olduğunu belirtmekle yetiniyoruz. Miras sözleşmesinin en azından bir tane bağlayıcı ölüme bağı tasarruf içermesi gerektiği yolundaki görüşümüz de düşüncemizi desteklemektedir.

¹⁷ Karşı. Öztrak, Rücu, s. 13. Yazar, tek tarafli tasarrufların bu mahiyetlerini muhafaza ederek miras sözleşmesi içinde de yer alabileceğinden hareketle, vasiyetden rücu yerine tek tarafli ölüme bağı tasarruflardan rücu denmesinin daha yerinde olacağını belirtmekte ve kanunkoyucuyu eleştirmektedir. Bu hususta Öztrak ile kısmen farklı düşünmekteyiz. Kanaatimizce, vasiyet kavramını şekli anlamda ölüme bağı tasarruf olarak kullanmak isabetli değildir. Vasiyet terimi, teknik ve dar anlamda, şekli anlamda ölüme bağı tasarrufların içeriğini oluşturacak olan vasiyetçinin tasarruflarını anlatmaktadır. Bundan dolayı, maddi

Çalışmamızın bu kısmında kısaca değineceğimizi ifade ettiğimiz hususlardan bir diğeri de ölüme bağlı tasarrufların yorumu meselesidir. Konu, ölüme bağlı tasarrufların yorumuna ihtiyaç duyulduğunda, çoğu kez, tasarruf edenin hayatta olmaması sebebiyle, kendi bilgi ve düşüncelerine başvurulamadığı için miras hukuku alanında önemli bir yer işgal etmektedir. Ayrıca, ölüme bağlı tasarrufların yorumu hususunda benimseyeceğimiz yaklaşım, yasal mirasçılığın mı yoksa iradi mirasçılığın mı esas olduğu yolundaki temel

anlamda ölüme bağlı tasarrufları anlatan bir terimin şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları da anlatmak için kullanılması karışıklığa sebep olacaktır. Sorun TKM döneminde daha önemli bir yer teşkil etmektedir. Zira, TKM döneminde, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olan muayyen mal vasiyeti için kısaca vasiyet ifadesi kullanılıyordu. Oysa TMK'nun 517. maddesi 'belirli mal bırakma' başlığını taşımaktadır. Karışıklığa neden olabilecek kullanımlar böylelikle önemini yitirecektir. Ancak, TMK yürürlüğe girdikten sonra yazılmış eserlerin bazılarında da vasiyetname terimi yerine vasiyet teriminin tercih edilmesi şaşırtıcıdır. Bu yönde olmak üzere bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, s. 171 vd. Ayrıca, TMK'nun sözlü vasiyetnameyi düzenleyen 539. maddesinin başlığının 'sözlü vasiyet' olmasına rağmen biz de miras hukuku ile ilgili yazılmış eserlerin çoğuna uyarak 'sözlü vasiyetname' teriminin kullanılmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Mektup, belge anlamına gelen nâme sözcüğünün bir kelimenin sonuna eklendiğinde, vasiyetname de olduğu gibi, yazılı anlamını kattığı gerçeği karşısında 'sözlü vasiyet' terimi tercih edilebilir gözükmektedir. Oysa doktrinde, başta sözlü olan vasiyet için, şahitlerin derhal yazılı hale getirmek zorunda oluşları karşısında, 'sözlü vasiyetname' teriminin kullanılmasının doğru olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşte olmak üzere bkz. **İmre**, s. 142; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 219. Bu görüşe ek olarak hukuki açıdan 'vasiyetname' teriminin 'testament' teriminin karşılığı olarak kullanıldığı unutulmamalıdır. Kıta Avrupası ülkelerinde testament terimi şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar için kullanılır. Sözlü vasiyetnamenin karşılığı da 'testament oral'dır. Benzer düzenlemelerin olduğu batı ülkelerinde 'testament' terimi ile karşılanıyorsa bizde de vasiyetname ifadesinin kullanılmasında sakınca yoktur. Batı ülkelerinde bizde karışıklığa sebep olan 'belirli mal bırakma'nın (TKM döneminde muayyen mal vasiyeti) karşılığı ise 'testament' değil de 'legs' terimidir. Bu yöndeki görüşü ve eleştirileri için bkz. **Hatemi**, Miras, s. 64. Şu da eklenmelidir ki, bizim terim düzeyinde sürdürdüğümüz bu tartışmaya uygulamacılar olmasa bile kanun koyucu dikkat etmeliydi. Kanun koyucu, TKM m. 461'deki hatalı olan 'vasiyet' yerine bu maddenin karşılığı olan TMK m. 514'te 'vasiyetname' terimini kullanmakla isabetli bir tercih yapmıştır. Ancak şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetnamelerin türlerini sıraladığı bir maddenin başlığına 'vasiyet' derken ve yine vasiyetnamelerin geri alınmasına ilişkin 542. maddenin üst başlığını "vasiyetten dönme" olarak seçerken ne kadar hatalı ise (TMK m. 531) sözlü vasiyetnamenin düzenlendiği 539. maddenin başlığını 'sözlü vasiyet' olarak seçerken de o kadar hatalıdır. Bu yöndeki düşünceleri için bakınız **Dural**, Vasiyetname, s. 2; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 222; **Pierre Tuor**, Le Code Civil Suisse, Terc. Henri **Deschenaux**, 2. Baskı, Berne 1950, s. 334 vd.. TMK'nun 542. maddesinin üst başlığında her ne kadar 'vasiyet' denmiş olsa da, madde metinleri incelenecek olduğunda, vasiyet yerine 'vasiyetname' kavramının kullanıldığına şahit olmaktadır. İşte, TMK'nun 542 vd. maddelerinde kullanılan vasiyetname terimi ile anlatılmak istenen de, esasında anlamını hemen yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, nerede yer alırsa alsın bağlayıcı olmaktan uzak ve bu sebeple tek taraflı ölüme bağlı tasarruf niteliğindeki kazandırmalardır. Tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar ekseriye ve doğal olarak vasiyetname içinde yer alacakları için bu kullanım tarzı çok da rahatsız edici değildir. Bu türden tasarrufların miras sözleşmesi içinde yer almaları ve geri alınmaları halinde miras sözleşmesinin akibetinin ne olacağı sorusu doğal olarak akla gelmektedir. Biz, miras sözleşmesinin içeriğinde en az bir tane bağlayıcı nitelikte ölüme bağlı tasarruf olması gerektiğine inanmaktayız. İşte, içeriğinde, en azından bir tane bağlayıcı nitelikte maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ile birlikte bir de tek taraflı ölüme bağlı tasarruf içeren bir miras sözleşmesindeki bu son tasarruf yasada öngörülen şekillere uymak sureti ile geri alınırsa, sadece bu tasarruf etkisini yitirip hükümden düşücek ve fakat miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriği aynen varlığını devam ettirecektir.

problem ile de doğrudan ilgilidir. Yorum, hukuki işlemin kurucu unsuru olan iradenin, dış dünyaya yansıdığı sözlerin, yeri geldiğinde bir kelimenin ya da bir eylemin, gerçekte neyi ifade etmek istediğinin tespit edilmesine yönelik çabadır. İçeriğinin gerçek anlamı tespit edilmesi gereken hukuki işlem bir sözleşme değil de bir vasiyetname olduğu vakit ise, TMK m. 2'den doğan 'güven teorisi' yerine BK. m. 18'den çıkan 'irade teorisi' devreye girer. Ölüme bağlı tasarrufların yorumunda esas olan 'favor testamenti' ilkesi ise vasiyet edenin iradesini ayakta tutmak yolunda ayrı bir çaba gösterileceği anlamına gelir ve söz konusu ilke sadece, nerede yer alırlarsa alsınlar tek taraflı maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriği hakkında değil, söz konusu tasarrufların şekil kuralları bakımından da caridir. Ölüme bağlı tasarrufların yorumu hususunda temelde iki yaklaşımın benimsendiğini ve bunlardan ima kuramı olarak da adlandırılan görüşün miras hukukumuzda egemen olduğunu söylemek gerekir. Biz, el yazısı ile vasiyetnamede düzenleme yeri ve tarihinin yokluğuna bağlanan sonuçları incelemeye çalıştığımız yüksek lisans tezimizde, ima kuramını hangi gerekçelerle kabul edemediğimizi uzun uzadıya açıklamış idik¹⁸. Halihazırda da reddettiğimiz bu görüş yandaşlarının temel hareket noktası, bir tutamak niteliğinde olsa bile, ancak ve ancak ölüme bağlı tasarruf metninde yer alan irade açıklamalarının yorumlanabileceği düşüncesidir. Biz, orada olduğu gibi bugün de, her ne kadar çoğunluk görüşü vasiyet edenin iradesinin bir tutamak olarak dahi (ima kuramı) vasiyetname metninden anlaşılmadığı ihtimallerde sırf vasiyetname dışı olgulara başvurularak onun farazi iradesinin tespit edilmesini imkan dahilinde görmese de, **Serozan**'ın izinden giderek ve tamamlayıcı yorumun ima kuramı ile sınırlandırılmasına izin vermeksizin, gerektiğinde, elbette ispat edilmeleri ve güvenilir olmaları şartıyla, sırf vasiyetname dışı olgulara başvurulmak sureti ile ölüme bağlı tasarruflar ve özellikle vasiyetnamelere ilişkin geçersizlik sebeplerinin mümkün mertebe törpülenmesini, budanmasını savunuyor ve favor testamenti ilkesi de göz önüne alınarak tasarruf edenin son isteklerinin ayakta tutulması gerekliliğine inanıyoruz¹⁹.

¹⁸ Ömer **Bağcı**, El Yazısı İle Vasiyetnamede Düzenleme Yeri ve Tarihi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 98 vd..

¹⁹ Bu husustaki tartışmalar, yasal mirasçılığın mı yoksa iradi mirasçılığın mı esas olduğu yolundaki miras hukukunun temel problemi ile doğrudan ilgilidir. Gerçekten de, mirasçılık sıfatı ya bir kanun hükmü dolayısı ile kazanılır ya da mirasbırakanın iradesinden doğar. Türk hukukunda her iki tür mirasçılığın birlikte var olabileceği hususu tartışmasız ise de hangisinin esas olduğu hususu, bir başka deyişle bunlardan hangisinin yekdiğerine nazaran daha üstün olduğu meselesi tartışmalıdır. Doktrinde, gerek mirasbırakan ile kanuni mirasçıların menfaatleri arasında denge kurmak ve gerekse yasal mirasçılığın mahiyetinde taşıdığı

sakıncaların giderilmesi düşüncesi ile her iki tür mirasçılığın Roma-Cermen hukuk sisteminde bir arada uygulandığı ifade edilmiştir. Bu cümleden olmak üzere bkz. Tahir **Çağa**, Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçılarının Hukuki Vaziyeti, İstanbul 1950, s. 3. Yazarların bir çoğu yasal mirasçılığın asıl olduğu hususunda da hemfikirdirler. Biz, bu hususta da çoğunluk ile aynı fikri paylaşamamaktayız. Zira, ülkemizde son yıllarda yaşanan yasal değişiklikler de bizim bu düşüncemizi desteklemektedir. Bir yandan ölüme bağlı tasarrufların geçersizlik sebepleri kısmen de olsa yasa metninden çıkarılırken ve şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu şekil kuralları yumuşatılırken diğer yandan gerek saklı paylı mirasçı konumundaki kişiler sınırlandırmakta ve gerekse saklı paylı olduğu belirtilen bu kişilerin saklı pay oranları azaltılmaktadır. Miras hukukumuzda iradi mirasçılığı güçlendiren gelişmelerin ayrıntılı dökümü için bkz. Rona **Serozan**, Miras Hukukumuzda İradi Mirasçılarının Konumu Güçlendiren Yeni Gelişmeler, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 283 vd. Yasal mirasçılığın asıl olduğu yolunda ayrıca bkz. **Çağa**, s. 4 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, 38 vd.; **Dural**, Miras Sözleşmesi, s.3 vd. Biz, yorumun, ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulması yönünde yapılması hususunda bütün imkanların sonuna kadar zorlanması gerektiğine inanmaktayız. Çünkü, miras kurumu ve özellikle bu kurumun yasal mirasçılık kuralları çerçevesinde düzenlenmesi her şeyden önce ahlaki değildir, keza, insanların doğuştan eşit oldukları yolundaki evrensel hukuk ilkesi, her şeyden öte yasal mirasçılığa ilişkin kurallar yüzünden sadece bir hayal olarak kalmaya mahkum edilmektedir. Böylelikle, bireysel düzeyde değil ama evrensel düzeyde ahlakın, evveleminde insanlar arasındaki eşitliği sağlamaya hizmet etmesi gerektiğini de ifade etmiş bulunuyoruz. Kaldı ki, miras yolu ile kazanılan malvarlığı değerleri bir emek karşılığı da değildir. Ana hatlarını bu şekilde açıkladığımız düşüncelerle yasal mirasçılığı bir kez reddettikten sonra, ki mirasçılık kurumunu bütünüyle kaldırmanın imkansızlığı karşısında, elimizde iradi mirasçılığı desteklemekten başkaca çare de kalmamaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların yorumu inceleme konumuz bakımından da önemlidir. Bir yandan vasiyetnamenin geri alınması da bir ölüme bağlı tasarruf olduğu için, o da, kanunda öngörülen bir kısım şekil kurallarına tabidir. Diğer yandan, rücutan rücu edildiğinde doğrudan yasal mirasçılık kurallarına mı döneceği yoksa kendisinden dönülen ilk ölüme bağlı tasarrufun mu devreye gireceği hususu tartışmalıdır ve bu hususta ulaşacağımız sonuç da, ölüme bağlı tasarrufların yorumu meselesinde benimseyeceğimiz tavır ile doğrudan ilgilidir. Yok etme sureti ile ya da geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan sağlar arası tasarruf ile vasiyetini geri alabileceğini kabul ettiğimiz bir kişi, yeni bir vasiyetname düzenleyerek vasiyetini geri almak istese, acaba o kişiyi vasiyetnameler için öngörülmüş olan sıkı şekil kuralları ile bağlı tutmak amaca ve hakkaniyete ne denli uygun düşer? Biz, bu soruların cevaplarını çalışmamızın ilerleyen kısımlarında bulmaya çalışacağız. Bununla birlikte, ima kuramının eleştirisi hakkında ayrıca bkz. Ömer **Bağcı**, s. 98 vd.; Baki İlkey **Engin**, Yedek Mirasçılık, İstanbul 2003, s. 51 vd.; Serozan, İradi Mirasçılar, s. 287 vd.; Rona **Serozan**, Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Halid Kemal Erbil'e Armağan, İstanbul 1996, s. 426. **Serozan**'ın da isabetle belirttiği üzere, örneğin el yazısı ile vasiyetnamede, düzenleme tarihinin önem kazandığı hallerde, gerektiğinde sırf vasiyetname dışı unsurlara başvurarak vasiyetnamede gösterilmemiş olan düzenleme yeri ve tarihine ulaşılmaya imkan tanınması şekil kurallarının bertaraf edildiği anlamına gelmeyecektir. Bu cümleden olmak üzere ayrıca bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 219. Yorum, sadece ve sadece, ölüme bağlı tasarrufların içeriğinin denetlenmesi imkanı vermez. Aynı zamanda, eldeki metnin bir ölüme bağlı tasarruf mu yoksa bir sağlar arası hukuki işlem mi olduğunun tespiti noktasında da belirleyici olur. Bu görüşte olmak üzere karş. **Sungurbey/Giritlioğlu**, s. 91 vd..

III. TARİHÇE

Gerek hukuki işlemlerin kurucu irade beyanı adedi bakımından tek taraflı ve çok taraflı olarak ikiye ayrılması, gerek vasiyetnamenin tek taraflı bir hukuki işlem olarak kabulü gerekse vasiyetnamenin geri alınması hususu modern hukuk sistemlerinin icadı değildir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, hukuki işlemler, modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi Roma Hukukunda da tek taraflı ve iki taraflı olarak ikiye ayrılmaktaydı²⁰. Roma kaynaklarında ‘testamentum’ terimi; tasarruf edenin son isteklerinin beyan edildiği, tek taraflı, şekle bağlı ve ölüm anına kadar değiştirilebilen hukuki işlemler, yani vasiyetnameler için kullanılıyordu²¹. Öte yandan, tıpkı modern hukuk sistemlerinde olduğu

²⁰ Erkan **Küçükgüngör**, Roma Hukukunda Vasiyet, Ankara 2007, s. 99 vd.; Salvatore **Di Marzo**, Roma Hukuku, Terc. Ziya **Umur**, 2.bası, İstanbul 1959, s. 70; Andreas B. **Schwarz**, Roma Hukuku Dersleri, C. I, Terc. Türkan **Rado**, 7. bası, İstanbul 1965, s. 235 – 236 ; Ziya **Umur**, Roma Hukuku Ders Notları, 3. bası, İstanbul 1999, s. 191; Bülent **Tahiroğlu** / Belgin **Erdoğan**, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar – Usul Hukuku, 2. bası, İstanbul 2001, s. 145 – 146 ; Özcan **Karadeniz-Çelebicin**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş–Kaynaklar–Genel Kavramlar–Şahsın Hukuku–Hakların Korunması, 7. bası, Ankara 2000, s. 193.

²¹ Nadi **Günel**, Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras, **AÜHFD**, C. 44, S. 1 – 4 (1995), s. 433. Vasiyetnamenin Digesta’da “Vasiyet, ölümümüzden sonra yapılmasını istediğimiz, irademizin hukuki ifadesidir.” şeklinde tanımlandığına şahit olmaktayız. Bu vesile ile Roma Hukukunun, mirasın intikali noktasında, eski Yunan hukukuna nazaran temel bir farklılık taşıdığını ifade etmek isteriz. Gerçekten de, eski Yunan Hukukunda, kişi ancak evlat edinme yolu ile malvarlığının ölümünden sonraki yazgısını değiştirme imkanına sahipti. Oysa, Roma Hukukunda, vasiyetnameye dayalı iradi mirasçılık eski çağlardan beri kabul edilegelmiştir. Bu cümleden olmak üzere bkz. Şakir **Berki**, Romada Miras Hukuku, **AÜHFD**, C. X, S.1-4, 1953 Ankara, s. 542 vd.; Şakir **Berki**, Roma Hukuku, Ankara 1949, s. 180 vd.; **Öztrak**, Miras Sözleşmesi, s. 11; **Paul Koschaker/Kudret Ayiter**, Modern Özel Hukuka Giriş olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s.361; **Jean Pierre Henri Cottier**, Le Testament Olographe En Droit Suisse, Lausanne 1960, s. 11 vd. Roma Hukukunda vasiyetname türleri ve tarihi gelişimleri hususunda ayrıca bkz. M. G. **Lepointe**, Histoire Du Droit Privé, Les Successions Dans L’Ancien Droit, Paris 1945, s. 25 vd.; **Cottier**, s. 7 vd; **Küçükgüngör**, s. 123 vd.; Michel **Grimaldi**, Droit Civil, Successions, Paris 1998, s. 42; **Bağcı**, s. 15 vd; **Gönen**, s. 28 vd.; Richard **Honig**, Roma Hukuku, Çev. Şemseddin Talip, İstanbul 1938, s. 372. Roma Hukukunun en eski dönemlerinde rahip hukukçuların yılda iki kez toplantıya çağırıldığı halk meclisleri (curialar) önünde düzenlenen testamentum calatis comitiis, resmi vasiyetnamenin atası sayılabilir. Sadece barış döneminde yapılabilen testamentum calatis comitiis’in yerini savaş dönemlerinde, askerlerin yapabildikleri testamentum in procinctu alırdı. Testamentum par aes et libram ise hastalıkları nedeniyle halk meclislerinin toplanmasını bekleyemeyecek kişilerin barış dönemlerinde başvurdukları bir vasiyetname olarak yer almaktaydı. İmparator Valentinianus III zamanında kabul edilen (İ.S. 446) testamentum per holographum’un varlığını Batı Roma İmparatorluğu yıkıldıktan sonra devam ettiremediğine de tanık olmaktayız. Valentinus III’ün el yazısı ile vasiyetnameyi kabul ettiği düzenlemeleri İmparatorluğun doğusunda kabul görmemişse de İspanya’da hüküm süren Wisigot kralı Alaric II (İ.S. 6. yy.)’nin oluşturduğu ve Roma Hukuku etkisi altında kaleme alınan Lex Romana Visigoturunda karşılık bulmuştur. Kısaca özetlemek gerekir ise, en eski devirlerde ortaya çıkan ve resmi nitelikli testamentum calatis comitiis ve testamentum in procinctu İ.S. 2 yy. da uygulamadan kalkmıştır. Aslında gerçek anlamda bir vasiyetname bile sayılamayacak olan testamentum par aes et libram (mancipatio yolu ile vasiyet) ise sonraki dönemlerde yapılış şekli değişmekle birlikte diğer vasiyetnamelerin kaynağını teşkil etmiştir. Post klasik dönemde mancipatio ile devrin uygulamadan kalkması ile yerini testamentum per scripturam (yazılı vasiyetname) ve testamentum per

gibi, Roma Hukukunda da, ölüme bağlı tasarruftan ve bu arada vasiyetnameden dönme imkanının kabul edilegeldiğini de ifade etmek isteriz²²:

“Hukuken geçerli olarak yapılmış (iure factum) bir vasiyet, vasiyeti yapan kişinin karşı yöndeki iradesi ile geçersiz kılınabilir.”

Vasiyetnamenin geri alınmasının usulü ve sonuçları günümüzün modern hukuk sistemlerine nazaran ciddi farklılıklar taşımakla birlikte, Roma Hukukunda da, bu imkanın kabul edilmesi halen güncel olan bir düşünce tarzının ürünüdür. Vasiyet edenin aksi yöndeki iradesi, hem bugünün İsviçre-Türk Hukukunda hem de Roma Hukukunda belirleyicidir. **Gaius**’un Institutiones isimli eserinden hemen yukarı almış bulunduğumuz bu cümle, vasiyetçinin aksi yöndeki iradesinin belirleyici olduğuna yapmış olduğu vurgu nedeniyle anlamlıdır.

Ancak, bugün olduğu gibi, Roma Hukukunda da, vasiyetçinin aksi yöndeki iradesinin tasarrufun geri alınması hususunda başlı başına yeterli olmayacağını da eklemek gerekir:

“... sadece bu yöndeki bir iradeyle vasiyetin geçersiz olmayacağı açıktır. Çünkü, vasiyeti yapan kişi, vasiyetin geçerli olmaması yönünde iradesini ortaya koyduktan sonra, vasiyetnameyi bağlayan ipleri keserse, yine de ius civile gereğince geçerli olmaya devam eder. Bundan başka, vasiyetnameyi yok etse (silse) veya yaksa da, her ne kadar ispatı güç olsa da, onun yazdıkları geçersiz olmaz²³.”

nuncupationem (sözlü vasiyetname)’e bırakmış, bunlar da önce preator döneminde testamentum praetorium ve sonrasında da İustinianus döneminde ufak değişikliklerle testamentum tripartitum adıyla varlığını devam ettirmişlerdir. Testamentum tripartitum yazılı da düzenlenebilmekle birlikte oluşumunda şahitlerin katılımı zorunlu olduğu için bugün kullandığımız el yazısı ile vasiyetnamenin atası olarak görülmemelidir. İustinianus döneminde hususi vasiyetname şekli olan testamentum tripartium yanında genel ve resmi vasiyetname şekilleri olarak testamentum principi oblatum (metni imparatora teslim etmek suretiyle yapılan vasiyetname) ve testamentum apud acta conditum (mahkeme önünde zapta geçirmek sureti ile yapılan vasiyetname) da uygulama alanı bulmaktaydı. Yine İustinianus döneminde, seferberlik sırasında askerlerin diledikleri şekilde yapabildikleri ve bize eski devirdeki testamentum in procinctu’yu hatırlatan ve modern hukuklardaki sözlü vasiyetnameye çeşitli açılardan kaynaklık ettiği düşünülen testamentum militis yanında, köylerde yaşayan ve okuma yazma bilmeyen kimselerin baş vurabildikleri testamentum ruri conditum gibi şekil şartlarının yumuşatıldığı özel vasiyetname türleri de mevcuttu.

²² **Küçükgöğör**, s. 150 vd.; **Said Önen**, De La Revocation Des Testaments En Droit Suisse, Lausanne 1941, s. 8 vd.; **Marzo**, s. 536.

²³ **Gaius**, Institutiones, Çev. Türkan Rado, İstanbul 1953, s. 42.

Kısaca açıklamak gerekir ise; vasiyet, yapılır iken nasıl belirli şekil kurallarına uymayı zorunlu kılıyorsa, geri alınması hususunda da benzer tarzda davranmak icap etmekteydi. Roma Hukukunun ilk dönemlerinde görülen bu katı yaklaşım zamanla terk edilmiştir:

“İmparator Hadrianus’un, Pudens ve Pollio’nun konsüllükleri sırasındaki emirnamesi; Valerius Nepos iradesini değiştirip, vasiyetnamesini kıldığından ve mirasçılarının isimlerini sildiğinden dolayı, ilahi babamın emirnamesine uygun olarak, bu miras, isimleri yazılı mirasçılara intikal edemez²⁴.”

Iustinianus’un Institutiones isimli eserinde “Hukuka uygun bir surette yapılmış (iure factum) bir vasiyetname bozuluncaya (ruptum), veya irritum (lüzumsuz) oluncaya kadar muteberdir.” demek suretiyle mesele apaçık ortaya konmaktadır²⁵. Biz de, **Önen** gibi, irritum’un modern hukuk sistemlerinde artık yaşamadığından yola çıkıp, ruptum kavramını konumuz ile ilgisi olduğu nispette açıklayarak çalışmamıza devam edeceğiz²⁶.

²⁴ Di **Marzo**, s. 536 ve oradaki dn. 52’den naklen. **Di Marzo**, söz konusu şekilci yaklaşımın İ.S. 2. yüzyıldan itibaren terk edildiğini belirtmektedir.

²⁵ **Iustinianus**, Institutiones, Çev. Ziya Umur, İstanbul 1968, s.145.

²⁶ **Önen**, s. 9. **Iustinianus**’un ifadesi ile “Hukukan tamam olarak yapılan vasiyetnamelerin sakatlanmasını mucip olan diğer bir şekil daha vardır: Vasiyetnameyi yapanın capitis deminitio’ya çarpılması hali. Bunun ne zaman vaki olduğunu birinci kitabımızda izah etmiştik. Bu takdirde vasiyetnamelerin irritum (lüzumsuz) hale geldikleri söylenir, nasıl ki bozulan vasiyetnameler de irritum (lüzumsuz) olurlar; menşinde hukuka uygun olarak yapılmayan vasiyetnameler gibi evvelce hukuka uygun olarak yapıldıktan sonra capitis deminitio ile batıl olmuş vasiyetnamelerin de bozulmuş olduklarını söyleyebiliriz.”. Bu cümleden olmak üzere karşı. **Iustinianus**, s. 147. Yine Iustinianus “Capitis Deminutio, evvelki durum (statusun)’un değişmesidir ve üç şekilde vaki olur: filhakika capitis deminutio, ya büyük (maxima), ya, bazılarının daha küçük dedikleri, orta (minor veya media), veya küçük (minima) olur. Bir kimse hem hürriyeti, hem de vatandaşlığı kaybettiği vakit büyük capitis deminutio vardır. Bu da, çok ağır bir mahkumiyet neticesi ceza kölesi (servi poenae) olan kimsenin, ezcümle patronus’una karşı nankörlük yüzünden mahkum edilen azatlının, veya semeni paylaşmak için kendi kendisini sattıran kimsenin başına gelendir. Vatandaşlık kaybedilip hürriyet baki kalınca, orta capitis deminutio vardır. Bu da, su ve ateşten mahrum edilmek (aqua et igni interdictio) cezasına çarptırılanın veya bir adaya sürülenin başına gelendir. Hem vatandaşlık hem hürriyet muhafaza edilip, şahsın durumunun (status hominis) değişmesi ile, küçük capitis deminutio vaki olur. Bu da, sui iuris olmuş olup, sonradan bir başkasının hakimiyeti altına giren kimselerin, veya tersine, babası tarafından hakimiyetten çıkarılmış aile evladının halidir. Köle azat edilmekle capitis deminutio’ya uğramış olmaz, çünkü kölenin hukuki bir şahsiyeti yoktu.” Demek suretiyle kavramı etraflıca açıklamış bulunmaktadır. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Iustianus**, s. 53. Doktrinde, gerek vatandaşlığın kaybedilmesi halinde gerekse bir başkasının hakimiyeti altına girmekle ilgilinin vasiyetname yapma ehliyetini kaybedeceği; keza, sonradan bu ehliyetin tekrar kazanılmasının işlemi canlandırmaya yetmeyeceği; ancak, murisin sonradan hukuki işlem ehliyetini kaybetmesinin vasiyetnamenin geçerliliğine etki etmeyeceği haklı olarak ifade edilmektedir. Bu yöndeki bir görüş için bkz. **Koschaker/Ayiter**, s. 372; **Berki**, Roma, s. 185. Modern hukuk sistemlerinde de, vasiyet edenin işlemin yapıldığı sırada ehliyet koşullarına sahip olması yeterli görülmektedir. Ancak, kölelik kurumu artık haklı ve yerinde olarak terkedilmiş bulunmaktadır. Bundan başka, Roma Hukukunda kişinin capitis

Ruptum kavramı ile, evvelemirde, vasiyet edenin sonradan düzenleyeceği ikinci bir vasiyetname ile ilkinin hükümden düşürmesi anlatılmak istenir. **Önen'in** ifadesi ile, Roma'da, cumhuriyetin son yıllarından itibaren vasiyetnamelerin serbestçe geri alınabilmesi ilkesi medeni hukukun temel kurallarından biri haline dönüşmüştür²⁷. Başka bir deyişle, Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde olduğu gibi Roma Hukukunda da, vasiyet eden, ölüm anına kadar son arzularını yeni bir vasiyetname yapmak sureti ile değiştirmek imkanına sahipti. Hatta, modern hukuk sistemlerinin aksine, mezkur vasiyetnamelerden tarih itibari ile ikincisi, ilkinin bütünüyle yürürlükten kalkmasına neden oluyordu. Vasiyet edenin aksi yöndeki iradesinin bu bahiste herhangi bir etkisi de yoktu. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında mesele ayrıntılı olarak işlenecek olmakla birlikte, Türk-İsviçre hukuklarının bu noktada Roma Hukukundan önemli ölçüde ayrıldığı söylenmelidir. Zira, vasiyet edenin gerisinde birden çok vasiyetname bıraktığı hallerde, söz konusu vasiyetnamelerden hangisinin geçerli olduğu yolundaki bir sorunun cevabının çoğu kez derinlemesine yapılacak bir yorum sayesinde netleştirileceği bugün için genel olarak kabul görmektedir. Kısaca ifade etmek gerekir ise, aynı kişiye ait farklı tarihlerde düzenlenmiş birden çok vasiyetname olması halinde, bunlardan tarih itibari vasiyet edenin ölüm tarihine en yakın olanı yekdiğerini ya da diğerlerini doğrudan ve otomatik olarak hükümden düşürmez. Bunların içerdiği hükümler, eğer öz itibari ile birbiri ile çatışmıyorsa, hepsinin hüküm ifade etmesinde de bir sakınca yoktur. Roma hukukuna hakim olan prensibi ise şu şekilde ifade edebiliriz: “yeni bir vasiyetname yapmaksızın eski vasiyetnameden dönülemeyeceği gibi, eski bir vasiyetnameden dönülmeksizin yeni bir vasiyetname düzenlenemez.”²⁸. Öyle ki, Roma Hukukunda, vasiyetname terekenin bütününe yönelik bir

deminutio'ya uğramasına yol açan nedenler de modern hukuk sistemlerinde yer almamaktadır. Bundan dolayı irritum kavramının günümüz hukukunda artık yaşamadığı rahatlıkla söylenebilecektir.

²⁷ **Önen**, s. 9. Zira, Ulpian'ın de ifade ettiği gibi kişinin istekleri son nefesini verdiği ana kadar değişkendir.

²⁸ **Girard**, Manuel Elementaire de Droit Romain, 6. Baskı, Paris, s. 887 (**Önen**, s. 9'dan naklen). Bu düşünce tarzını biz de kabul edememekteyiz. Zira, bu yaklaşım, her şeyden önce, vasiyet edenin aksi yöndeki iradesini bütünüyle dışlamaktadır. Oysa, miras hukukunda bugün için göreceli olarak etkili olan çağdaş yaklaşım, miras hukukuna ilişkin bir çok meselede, vasiyet edenin iradesinin belirleyici olması gerektiğini haklı olarak sıklıkla dile getirmektedir. Kaldı ki, içerik olarak birlikte uygulanacak nitelikte olan iki vasiyetnameden neden dolayı sadece tarih itibari ile ikincisinin uygulanması gerektiği yolundaki bir soruya mantık kuralları çerçevesinde de verilecek bir yanıt kanaatimizce yoktur. Bununla birlikte, Roma Hukukunun meseleye böylece yaklaşması esasında bizi şaşırtmamaktadır. İspat vb. kaygılarla şekilcilikğin kutsandığı ve tabulaştırıldığı bir hukuk sisteminden bahsettiğimiz kesinlikle unutulmamalıdır: Öz, biçimin hep gerisindedir.

etkiye sahip olduğu için, aynı kişiye ait iki vasiyetnamenin aynı anda hüküm ve sonuç doğurmasına izin verilmezdi²⁹.

Vasiyet edenin iradesine bağı bu dönme imkanının yanısıra, vasiyetnamenin düzenlendiğı andan sonraki bir tarihte vasiyet edene mirasçı olan bir kişinin ortaya çıkması da vasiyetnamenin hükümden düşmesine sebep olurdu³⁰:

“Vasiyetçinin durumu değışmediğı halde bizzat vasiyetnamenin muteberliğini ihlal eden bir sebep halinde vasiyetname bozulmuş (ruptum) olur. eğer bir kimse vasiyetnameyi tanzim ettikten sonra, imparatorun müsadese ile sui iuris bir kimseyi veya emirnamemiz mucibince praetor önünde baba hakimiyeti altında bulunan birisini evlat edinirse, vasiyetnamesi, bir suus heres’in, sanki agnatik hısıım olması ile, bozulur.³¹”.

Önen, evlat edinme yanında, evlilik ve doğum yolu ile sonradan bir mirasçının ortaya çıktığı hallerde de aynı kuralın yürürlükte olduğunu ifade etmektedir³².

Modern hukuk sistemlerinde ve bu arada İsviçre-Türk hukuklarında, vasiyet edenin sonradan evlenmesi ya da evlat edinmesi, evlenme ya da evlat edinmeden önceki bir tarihte düzenlenmiş olan vasiyetnamenin geçersizliğine sebep olmaz. Keza, mirasbırakanın, sonradan doğan çocuğı bakımından da hüküm aynıdır³³.

Bu bilgiler ışığında şu husus artık rahatlıkla tespit edilmektedir: Vasiyet eden bugün olduğı gibi Roma Hukukunun yürürlükte olduğı toprak parçalarında ve zaman dilimlerinde de vasiyetnamesinden hiçbir sebep göstermeksizin dönebiliyor ve onu etkisiz hale getirebiliyor idi. Meselenin ele alınışı bakımından temelde büyük benzerliklere rastlansa da, usul ve esas yönünden günümüze nazaran kimi farklılıkların var olageldiğı de açıktır. Zira, vasiyetnamenin geri alınması gibi bir kurumun daha anlaşılır kılınması, o hukuk sisteminin genel bir kısım özellikleri yanında miras kurallarına has başkaca bir

²⁹ **Umur**, s. 509; **Gönen**, s. 28. İkinci vasiyetnamenin sonradan hükümsüz hale gelmesinin ilkinin canlanmasına sebep olmayacağı hususunda ayrıca bkz. **Koschaker/Ayiter**, s. 372;

³⁰ **Önen**, s. 10; **Küçükgüngör**, s. 159.

³¹ **Iustinianus**, s. 145.

³² **Önen**, s.10. Benzer bir düşünce için bkz. **Berki**, Roma, s. 185.

³³ Bu hususta olsa olsa İMK m. 516 ve onun karşılığı olan TMK m. 549’un anılması gerekli ve yeterli olacaktır. İçerik itibarıyla birbirinin aynısı olan bu yasal düzenlemelere göre, mirasbırakanın tasarruf edeceği kısmın türlü sebeplerle azalmış olması, mevcut ölüme bağı tasarrufların hükümsüz kalmasına değıl ve fakat tenkis edilmesine sebep olur.

kısım özelliklerin göz önünde tutulması ile mümkündür: Modern hukuk sistemlerinin aksine vasiyet yolu ile mirasçılığın³⁴ yasal mirasçılık ile bir arada bulunamayacağı ilkesini evleviyetle anmak yerinde olur. Yine, bu hukuk sisteminde, usulüne uygun yapılan bir mirasçı atanması yasal mirasçıları miras paylaşımının bütünüyle dışına ittiği gibi mirasçı atanması yapılmamışsa ya da yapılmış olmakla birlikte hukuken sakatsa vasiyetnamenin de tamamen hükümsüz olduğu kabul edilirdi³⁵. Öte yandan, mirasçının mirası kabulden önce ölmesi veya miras reddetmesi halinde, vasiyetname hukuken geçerli kalmakla birlikte fiilen bir sonuç doğurmuyordu³⁶. Keza, asker kişilerin vasiyetnamesinin geri alınması da diğerlerine nazaran kimi farklılıklar taşıyordu:

“Bir asker sadece iradesini açıklayarak miras bırakabileceği gibi, bundan aynı şekilde vazgeçebilir. Bu yüzden eğer asker, iptal eder veya yırtarsa vasiyetname geçerli olmaz. Buna karşılık vasiyetnameyi iptal ederse ve daha sonra geçerli olmasını isterse, vasiyetname, onun son arzusunun açıklanması olarak geçerli olur. Buna bağlı olarak bir askerin vasiyetnamesini silmesi ve daha sonra tekrar yüzüğüyle mühürlemesi durumunda, davaya bakan mahkeme, askerin bunu yaparken sahip olduğu iradeyi dikkate almalıdır. Çünkü onun fikir değiştirmekten pişman olduğu kanıtlanırsa, vasiyetnamenin yenilendiği sonucuna ulaşılır. Buna karşılık eğer bunu vasiyetnamede yazılı olanın okunmaması niyetiyle yaparsa, onun vasiyetnameyi iptal etme amacıyla hareket ettiğine hükmedilir.”³⁷

Digestedan yukarı aynen aldığımız bu metinde de görüldüğü üzere, asker kişilerin vasiyetnamelerinden dönmesi hususunda kendilerine bir kısım kolaylıkların sağlandığı; bu kişilerin vasiyetnameden dönebilmek için yeni bir vasiyetname tanzim etmek zorunda olmadıkları ve sadece bu yöndeki çıplak iradelerinin vasiyetnamenin geri alınması için kafi olduğu söylenmelidir³⁸. Keza, askerler bakımından, yazının silinmesi de aynı sonucun

³⁴ Roma Miras Hukukunda iradi mirasçılık dendiğinde bununla vasiyet yolu ile mirasçılık anlaşılır. Zira, miras sözleşmeleri, esas itibarı ile, bütünüyle dışlanmıştır. Miras sözleşmelerinin tarihi gelişimi için hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 18 vd. Yazar, miras sözleşmelerini ayrıntılı biçimde incelediği bu monografik eserinde, Corpus Iuris Civilis’de miras sözleşmesini geçerli sayan sadece tek bir karar olduğunu, ancak askerlerin imtiyaz hakkına dayanan bu istisna dışında kurumun Cermen Hukukuna dayandığını ifade etmektedir. Roma’da yasal mirasçılık başta olmak üzere vasiyete dayalı mirasın arzettiği özellikler hakkında ayrıca bkz. **Günel**, s. 426 vd.

³⁵ **Berki**, Miras, s. 570 ve oradaki dn. 100’e ait metin.

³⁶ **Küçükgüngör**, s. 158 ve özellikle oradaki dn. 76; **Iustinianus**, s. 145 ve oradaki dn. 20; **Koschaker/Ayiter**, s. 372. Bu hale diğerlerinden farklı olarak *desertum* denmekteydi.

³⁷ **Küçükgüngör**, s. 158.

³⁸ **Küçükgüngör**, s. 157-158; **Koschaker/Ayiter**, s. 372; **Di Marzo**, s. 538.

doğması için yeterli görülmekteydi. Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde asker kişiler bakımından diğer vatandaşlara nazaran vasiyetnameden dönmeyi kolaylaştırıcı ek bir kısım imkanların tanınmadığını bu vesile ile belirtmek isteriz³⁹.

Böylelikle, vasiyetnamenin geri alınması imkanının Roma Hukukundaki görünümünü ana hatları ile incelemiş bulunuyoruz. Bu incelemelerimizden çıkan sonuçlardan en önemlisi, hususi hukukun diğer alanlarında olduğu gibi miras hukukunda da, Romalıların aşırı formalist-şekilci yaklaşımlarının belirleyici olduğudur. Öte yandan, Roma Hukuku dendiğinde, yürürlükte kaldığı süre içerisinde yeknesak bir şekilde uygulanamayan bir hukuk sisteminden bahsettiğimizin altının çizilmesini gereklidir. Bu iç içelik daha çok Roma Hukukunun tarihi gelişimi ve imparatorluğun yayıldığı geniş coğrafya ve zaman dilimi ile açıklanabilir⁴⁰. Hal böyle olmakla birlikte, konumuz bakımından, başlangıç dönemlerinde görülen şekilci katı yaklaşımın tarihi süreç içinde yumuşadığı ve klasik çağda, sadece asker kişiler değil, bütün Roma vatandaşları için, yeni bir vasiyetname yapmak yanında başkaca geri alma yöntemlerinin de kabul edildiği söylenmelidir⁴¹: Vasiyet edenin kendi isteği ile vasiyetnamesini yok etmesi ya da vakti zamanında yapmış olduğu mirasçı atamalarının tamamını yazılı olduğu kütükten silmesi gibi.

“İmparator Hadrianus’un, Pudens ve Pollio’nun konsüllükleri sırasındaki emirnamesi: Valerius Nepos iradesini değiştirip vasiyetnamesini kırıdığından ve

³⁹ Bu hususta olsa olsa sözlü vasiyatnameye ilişkin yasal düzenlemelere kısaca bakılması faydalı olacaktır. Gerçekten de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 540. maddesinin 3. fıkrasında, sözlü vasiyet yoluna başvuran kimsenin askerlik hizmetinde bulunması halinde, vasiyet edenin son arzularının aktarıldığı belgenin teğmen ya da daha yüksek rütbeli bir subaya –bu kişiler sanki hakim imiş gibi algılanarak- tevdi edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Usule yönelik bu hükümden asker kişiler lehine bir ayrıcalık yaratıldığı sonucu çıkartılmamalıdır. Bu düzenlemenin, vasiyet edenin iradesinin mümkün mertebe kısa ve sağlıklı yoldan tespit edilebilmesi gayesine hizmet ettiğine inanmaktayız.

⁴⁰ Roma Hukukunun tarihi gelişim sürecinde uğradığı değişimlerin sistematik açıklaması için bkz. **Schwarz**, Roma Hukuku, s. 4 vd. Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla birlikte, bugün için Roma Hukuku dendiğinde aklımıza gelen temel kaynaklardan olan Gaius’un Institutiones isimli çalışmasının günümüze kadar nasıl ulaştığı hususunda yapılacak ufak bir araştırma bile, Roma Hukukuna ait verilerin, sistematik ve tarihsel değerlendirme yapabilmemize imkan sağlayacak nitelikten uzak olduğunu ispata kafidir.

⁴¹ **Önen**, s. 10; **Berki**, Roma, s. 185. **Berki**, imparatorluk devrinde, vasiyetin bir mektupla bile fesholunabileceğine işaret etmektedir. Yazar, bu bahiste vasiyetnamenin feshinden ve butlanından bahsetmektedir. Biz, bu düşünce tarzına katılamadığımızı, zira özellikle butlan kavramının bugün için dahi miras hukukumuz ile bağdaşmadığını, bunların yerine teknik anlamları ile irritum ve ruptum kavramlarını kullanmanın daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

mirasçılarının isimlerini sildiğinden dolayı, ilahi babamın emirnamesine uygun olarak, bu miras, isimleri yazılı mirasçılara intikal etmez.⁴²”.

Digesta’dan yukarı aldığımız metinde yer alan düzenlemenin, yok etmek suretiyle vasiyetnamenin geri alınması hususunun ele alındığı bugünün İMK m. 510-TMK m. 543 ile benzerliği hemen dikkat çekmektedir.

Yine, bir vasiyetnamenin yapıldığı tarihten itibaren on yıl geçmekle geçerliliğini kaybedeceği yolundaki düşünce tarzı ise zamanla terkedilmiştir⁴³.

Roma Hukukunda vasiyetnamenin geri alınması meselesini incelediğimiz bu bahsi kapatmadan önce, hemen yukarıda, vasiyetnamenin geri alınması meselesini, konumuz ölçüsünde ve sınırlı şekilde ele aldığımızı ifade etmek isteriz. Temel hedefimiz, inceleme konumuzun tarihi kökleri hakkında genel bir izlenim yaratmaktan ibarettir.

Yaşadığımız topraklarda, Türk Medeni Kanununun yürürlüğünden önce yüzyıllarca uygulanagelmiş Osmanlı Hukukunun meseleyi ele alış şeklinin daha başlangıçta temel bir farklılık taşıdığı da söylenmelidir: Romanın katı-şekilci anlayışı Osmanlı-İslam miras hukukuna yabancıdır⁴⁴. Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, İslam Hukukunda, Roma

⁴² **Küçükgüngör**, s. 151.

⁴³ **Küçükgüngör**, s. 157; **Koschaker/Ayiter**, s. 372. İ.S. 418’de imparator Theodosius ve imparator Honorius döneminde mevcut olan bu uygulamaya Iustinianus döneminde son verildiği söylenmelidir. Codex’te “Bir kimse hukuka uygun şekilde bir vasiyetname yapmışsa, bunun üzerinden on yıl geçmişse ve vasiyetçinin iradesinde bir değişiklik yok ise, bu vasiyetnamenin geçerli olacağına hükmederiz. Fakat, vasiyetçinin sadece ilk vasiyetnamenin geçerli olmasını istemediğini ifade etmesi veya başka kelimelerin kullanılmasıyla vasiyetnamenin iptalini istemesi ya da bu niyetini üçten az olmamak üzere tanıklar huzurunda veya mahkemede ortaya koyması ve on yıllık sürenin geçmesi durumunda, vasiyetname, vasiyetçinin iradesinin değişmesine ve zamanın geçmesine bağlı olarak, geçersiz olur.” demek suretiyle mesele açıklanmaktadır. Bu düzenlemeden çıkardığımız ilk sonuç, vasiyetnamenin geri alınması bakımından şekil şartlarının zamanla kısmen yumuşatılmış olduğudur. İkincisi ise, vasiyetnamenin geri alınmasının yapılarına nazaran –en azından üzerinden on yıl geçmiş vasiyetnameler bakımından- daha da kolaylaştırılmış oluşudur. **Koschaker/Ayiter**, Roma Hukukunda bütün vasiyetnameden yahut bazı tasarruflardan caymayı ifade eden ve yalnız buna dayalı bir cayıcı vasiyetnamenin var olmadığını iddia etmiş olsa da, biz, tıpkı bugün İMK m. 509-TMK m. 542’de olduğu gibi, en azından düzenlenmesinin üzerinden on yıldan fazla bir süre geçmiş vasiyetnameler bakımından, bu imkanın mevcut olduğunu tespit noktasında da yukarıda yer vermiş olduğumuz metnin yeterli olduğu kanaatindeyiz. Bu cümleden olmak üzere karş. **Koschaker/Ayiter**, s. 372. Bizimle benzer yönde bir görüş için ayrıca bkz. **Honig**, s. 382; **Berki**, Roma, s. 185.

⁴⁴ Bu bahiste biz de, **Aydın** gibi, Osmanlı Hukukunun esasında kendisinden önce kurulmuş olan Türk-İslam devletlerinin hukuk sistemlerinden etkilendiğine, Osmanlı Hukukunun şer’i ve örfi hukuk kurallarının bir bütünü olduğuna ve bununla birlikte Hukuk dendğinde bundan daha ziyade İslam hukukunun anlaşılması gerektiğine inanmaktayız. Osmanlı Hukukunun arzettiği özellikler hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz. M. Akif **Aydın**, Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, İstanbul 2005, s. 69 vd; Şakir **Berki**, Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda Miras Sistemleri, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4, Ankara 1980, s. 223-224; Şakir

Hukukunun aksine ve modern hukuk sistemleri ile uyşur tarzda, iradi mirasçılık ile yasal mirasçılık aynı anda birlikte varlık kazanabiliyor idi⁴⁵. Öte yandan, Roma Hukukunda, bir yandan resmi vasiyetname esas alınmış ve bu da sıkı şekil şartlarına tabi kılınmış iken; diğer yandan, bunların geri alınması da, zamanla yumuşamış olmakla birlikte, yine bir takım şekil şartlarının yerine getirilmiş olmasına bağlanmıştı. Oysa, İslam Hukukunda, iki şahit huzurunda⁴⁶, her zaman için, sözlü vasiyetname yapılabilmekte ve bu kolaylık sadece istisnai hallere de hasredilmemektedir. Bir başka deyişle, ölüm tehlikesi olsun ya da olmasın, sözlü vasiyetname yapma imkanı mevcuttu ve bu vasiyetname mirasçılar tarafından inkar edildiğinde de bu şahitlerin beyanlarına itibar edilerek mesele çözüme kavuşturulurdu. Kaldı ki, yine iki şahit huzurunda, el yazısı ile vasiyetname yapmak da caizdi⁴⁷.

Berki, *Système Successoral en Notre Ancien Droit et en Droit Actuel*, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1–4, Ankara 1980, s. 238 vd. Osmanlı İmparatorluğunda, genel olarak, miras hukuku kuralları da islami esaslara göre düzenlenmekteydi. Sistemin temelinde Kur'an ve hadis olmakla birlikte içtihatların da önemli olduğu hususunda ayrıca bkz. Şakir **Berki**, *Eski ve Yeni Hukukumuzda Miras Sistemleri Arasındaki Farklar*, AÜHFD, C. XXIX, S. 3-4, Ankara 1973, s. 137. **Aydın**, sadece miri arazi ile icareteynli ve mukataalı vakıflara ait arazilerin intikaline ise şer'i değil örfi kuralların uygulandığını ifade etmektedir. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Aydın**, *Hukuk Tarihi*, s. 348. Kısmen benzer bir düşünce için bkz. Ziya **Umur**, *Türk Hukuk Tarihi*, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1993, s. 145 vd. Gönen ise bizim ölüme bağlı tasarruflar bakımından yapmış olduğumuz bu tespitin İslam hukuku bakımından diğer alanlarda da cari bir ilke olduğunu ifade etmektedir. Öyle ki, yazara göre, hemen hemen hiçbir tasarruf herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır ve bunun altında yatan sebep bu düşünce tarzının insanı "başkasının haklarına saygı duyan ve kötü fiillerden kaçınması gereken bir varlık" olarak algılamasıdır. Bu yöndeki düşüncesi için bkz. **Gönen**, s. 31. Biz de, bu bahiste yazara aynen katılmaktayız. İslam hukukunda ispat bakımından tanık beyanına verilen önem de esasında bu inanıştan kaynaklanmaktadır.

⁴⁵ **Aydın**, *Hukuk Tarihi*, s. 329 vd. İslam hukukunda bir kişi öldüğünde terekesinden öncelikle teçhiz ve tekfin (defin) masrafları ile borçları karşılanır ve hemen ardından vasiyetleri yerine getirilirdi. Bundan sonra kalan miktar ise feraiz dediğimiz taksim kuralları çerçevesinde bugünkü deyişle yasal mirasçılara taksim edilirdi. Aynı görüşte olmak üzere bkz. Coşkun **Üçok**/Ahmet **Mumcu**/Gülnehal **Bozkurt**, *Türk Hukuk Tarihi*, 10. Baskı, Ankara 2002, s. 123; Joseph **Schacht**, *İslam Hukukuna Giriş*, Terc. Mehmet **Dağ**/Abdülkadir **Şener**, Ankara 1977, s. 175.

⁴⁶ Şahit zorunluluğunun sıhhat değil ve fakat ispat şartı olduğu hususunda ayrıca bkz. Şakir **Berki**, *Kur'an'da Miras Hukuku*, AÜHFD, C. XXXVIII, S.1–4, Ankara 1981, s. 116; **Gönen**, s. 32 ve özellikle oradaki dn. 49 da sayılan diğer yazarlar. Aksi yöndeki görüş için ayrıca karşı **Dural**, *Vasiyetname*, s. 11.

⁴⁷ **Dural**, *Vasiyetname*, s. 11; Şakir **Berki**, *Kur'an'da Miras Hukuku*, AÜHFD, C. XXXVIII, S. 1 – 4 (1981), s. 118. İran hukuku bakımından ölüme bağlı tasarruf şekilleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hüseyin Ali **Sadroleşrafi**, *İran Miras Hukukuna İlişkin Teşrii Yetki İhtilafları*, İstanbul 1978, s. 67. İslam hukukunda sözlü vasiyetname de yapılabileceği hususunda ayrıca bkz. **Ayiter/Kılıçoğlu**, s. 82 – 83; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 123. İslam hukukundaki diğer tek taraflı hukuki işlemlerle ilgili açıklamalar için ayrıca bkz. **Aydın**, *Hukuk Tarihi*, s. 372, 405 vd.; M. Akif **Aydın**, *İslam Hukukunda Tek Taraflı Hukuki İşlem*, MÜHF Hukuk Araştırmaları, C. 8, S. 1 – 3, İstanbul 1994, s. 61 – 67. Kuran-ı Kerim'de mirasın ve özellikle vasiyetnamenin düzenlenişi hakkında ayrıca bkz. Sabri Şakir **Ansary**, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 1958, s. 253 vd.; **Berki**, *Kur'an*, s. 108 vd. Bununla birlikte İslam Hukukunda vasiyet kurumunun hadislerle dayanarak geliştiği yolundaki görüş için ayrıca bkz. **Gönen**, s. 31;

Hal böyleyken, İslam hukukundaki tartışmalar, daha çok vasiyetnamelerin hukuki niteliği üzerinde yoğunlaşmakta ve vasiyetnameler sadece Hanefi fıkhına bağlı hukukçular nezdinde tek taraflı bir hukuki işlem sayılmaktaydı. Diğerleri içinse, vasiyetnameler, vasiyet lehdarının kabulünün de zorunlu olduğu iki taraflı bir hukuki muamele olarak kabul edilmekteydi⁴⁸. Ölümüne bağlı teerrüfler ile bir malı veya bir hakkı lehdara temlik etmek gayesine hizmet eden vasiyetnamelerin geri alınması meselesinin de bu görüşler çerçevesinde değerlendirilmesi kaçınılmazdır⁴⁹. Bu hukuk sisteminde, iradi mirasçılığın şekli anlamda kaynağının sadece vasiyetnameler olduğunu, tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, Cermen kökenli miras sözleşmesinin İslam hukukuna da yabancı olduğunu eklemek isteriz⁵⁰. Öte yandan, vasiyet edenin, ölüm anına kadar vasiyetnamesinden rücu etmesi de bu hukuk sistemi bakımından caiz görülmekteydi⁵¹. Vasiyetnamelerin düzenlenişindeki

Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 123; **Berki**, Kur'an, s. 116. İran hukukunda iradi mirasçılık kurumu ve arzettiği özellikler hakkında ayrıca bkz. **Sadroleşrafi**, s. 67. Ölüm tehlikesi olmayan hallerde sözlü değil ve fakat yazılı vasiyetname düzenlemenin daha uygun olduğu yolundaki görüş için ayrıca bkz. **Berki**, Kur'an, s. 118; **Gönen**, s. 32. Bu görüşteki yazarların hukuki dayanağı Bakara Suresi'nin 282. ayetidir: "Ey iman sahipleri! Belirli bir süre için birbirinize borç verdiğinizde onu yazın. Aranızda bir yazıcı adaletle yazsın. Yazıcı, Allah'ın kendisine öğrettiği şekilde yazmaktan kaçınmasın, yazsın. Borç altına giren kişi de onu kayda geçirtsin ve Rabbinden korksun da borcundan hiçbir şey eksiltmesin.". Yine Bakara Suresi'nin 283. ayetinde aynen "Eğer yolculuk halinde olur da yazacak birini bulamazsanız, o takdirde, alınan rehinler yeter. Birbirinize güvenmişseniz, kendisine güvenilen kişi, emaneti ödesin; Rabbi olan Allah'tan korksun. Tanıklığı gizlemeyin. Onu gizleyen, kalbi günaha batmış/kendi kalbine kötülük etmiş biridir. Allah, yapmakta olduklarınızı çok iyi bilmektedir." denmektedir. Bu cümleden olmak üzere bkz. Yaşar Nuri **Öztürk**, Kur'an-ı Kerim Meali, İstanbul 1999, s. 56-57.

⁴⁸ **Aydın**, s. 330; **Aydın**, Hukuki İşlem, s. 62. **Aydın**'a nazaran, eğer lehine vasiyet edilenler gayrimuayyen kişiler ise vakıfta olduğu gibi tek taraflı bir hukuki işlemde bahsedilir. Oysa vasiyet lehdarının belli bir kişi olması durumunda vasiyetin geçerli olabilmesi için bu kimsenin vasiyeti açıkça kabul etmesi gerekir. Hanefiler ise zımnî kabulü bu bahiste yeterli görürler. Mirasın reddi kurumunun da İslam Hukukunda yer almadığını eklemek gerekir. Vasiyetnamenin geçerliliğinin neden dolayı lehdarın zımnî de olsa kabulüne bağlandığı hususunu red kurumunun yokluğu ile de açıklamak mümkündür. Netice de, vasiyetnamelerin tek taraflı mı yoksa çok taraflı mı bir hukuki işlem olduğu hususunun tartışmalı olduğu, vasiyet lehdarının belli bir kişi olduğu hallerde ise Hanefi Fıkhının da diğer mezhepler gibi vasiyetnamelerin geçerliliğini lehdarın kabulüne bağladığı söylenebilir. Mirasın reddi kurumunun Osmanlı İslam hukukunda düzenlenmediği hakkında bkz. **Berki**, Eski, s. 230. İslamda mezheplerin nelerden ibaret olduğu hususunda ayrıca bkz. **Aydın**, s. 55 vd.; **Umur**, Hukuk Tarihi, s. 187 vd. Dört mezhep dışında bugün için artık yaşamayan mezhepler için ayrıca bkz. Hayreddin **Karaman**, İslam Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 167 vd., 211 vd.

⁴⁹ Şakir **Berki**/Hayrullah **Hamidi**, İslam Hususi Hukukunun Ana Prensipleri, Kur'an'da Hukuk, 2. Baskı, Ankara 1962, s. 94.

⁵⁰ **Sadroleşrafi**, s. 58.

⁵¹ Ali Himmet **Berki**, Vasiyyet ve Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Ankara 1961, s. 21; **Sadroleşrafi**, s. 54; **Ansay**, s. 254. **Berki**'ye göre, bunun sebebi, vasiyetin vasiyet edenin hayatında kabul ile tamam olmayan bir icabından ibaret olmasıdır. Yazarın, bununla, vasiyetnamenin hüküm ve sonuçlarını ölümden sonra doğurduğu gerçeğine işaret ettiğini düşünmekteyiz. Aksi halde, esasında sözleşmelere özgü teknik bir terim olan icap'tan bahis açmakla vasiyetnamenin çift taraflı bir hukuki işlem olduğu yolundaki görüşe katıldığı

kolaylık geri alınması bakımından da geçerlidir. Hukuken geçerli bir şekilde tanzim edilmiş bir vasiyetname sözle ya da geri almaya delalet eden bir fiil ile hükümden düşürülebilir⁵². Keza, vasiyet edilen malın satılması vasiyetnamenin geri alındığı anlamına geldiği gibi kendisine vasiyet yapılan kimsenin vasiyet edenden önce ölmesi ile vasiyetname etkisini kaybederdi⁵³. Vasiyetnamenin tek taraflı bir hukuki işlem olarak kabul edilmediği İslam coğrafyasında ise tek taraflı bir geri alma beyanının yeterli olmayacağı aşıkardır. Doktrinde **Sadroleşrafi**, İran hukuku bakımından, ölüme bağlı tasarruftan açık ya da örtülü, kısmi ya da tam, yazılı ya da sözlü caymanın mümkün olduğunu belirttikten sonra eğer ölüme bağlı tasarruf bir akit içinde yapılmışsa bundan tek taraflı olarak dönmenin mümkün olmadığını eklemektedir⁵⁴. Keza, yazar, caymanın geçerliliğinin ölüme bağlı tasarruf ile aynı şekilde yapılmasına bağlı olmadığını ifade etmekle birlikte, yürürlükteki usul kuralları gereğince, yazılı bir vasiyetten caymanın da ancak ve ancak yazılı delille mümkün olabildiğini dile getirmektedir⁵⁵. Bu vesile ile, İslam

sonucu çıkar ki, kaleme alınan eserin diğer bahislerindeki açıklamalar Hanefi fıkına göre yapılmış olduğu için, bu bir çelişki teşkil eder.

⁵² **Berki**, Vasiyyet, s. 21. Yazara göre vasiyetnamenin sözle geri alınması da iki türlü olur: Sarih ve zımnî. Sarih geri almada, vasiyet eden, vasiyetnamesini geri aldığını hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ifade eder: “vasiyetimden rücu ettim” örneğinde olduğu gibi. Geri almaya yönelik irade açıklaması bu şekilde sarih-açık değil de örtülü de olabilir: “A’ya bıraktığım evim artık B’nin olsun” örneğinde olduğu gibi. Roma Hukukunun aksine, İslam Hukukunda, vasiyet edenin gerisinde bıraktığı iki vasiyetnamenin aynı anda uygulanması mümkündür. Bundan dolayı aynı malvarlığı değerine ilişkin iki vasiyetname söz konusu olduğunda bunlardan ikincisinin ilkinden rücu anlamına mı geldiği yoksa birlikte mi uygulanacakları artık bir yorum meselesidir. Klasik İslam hukuku açısından meselenin ispatında şahitliğin arzettiği önemi ise hemen yukarıda açıklamış idik. Benzer yöndeki açıklamalar için bkz. **Ansary**, s. 254.

⁵³ **Ansary**, s. 254; **Schacht**, s. 180. **Schacht**, vasiyetin bir beyan ya da hareketle, özellikle de geri almaya delalet eden sağılar arası tasarruflarla hükümünü yitireceğini ifade etmektedir.

⁵⁴ **Sadroleşrafi**, s. 54. Biz, vasiyetnamenin geri alınması kavramı ile, nerede yer alırsa alsın, bağlayıcılığı olmayan tek taraflı ölüme bağlı tasarrufların hükümden düşürülmesi sürecini ifade ettiğimizi ifade etmiş ve esasında meseleye tıpkı **Sadroleşrafi** ve **Öztrak** gibi şekle bağlı ölüme bağlı tasarruf değil de maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf penceresinden baktığımızı ifade etmiş idik. **Öztrak**’ın benzer yöndeki düşüncesi için monografik eserinin ismine bakılması dahi yeterlidir. Yazarın tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardan rücu demek suretiyle kastettiği şekli anlamda değil de maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardır. Biz ise, söylemek istediğimiz aynı olmakla birlikte, kanunun lafzına da bağlı kalmak sureti ile, vasiyetnamenin geri alınması kavramını kullanmayı tercih ettik. Miras sözleşmesinin yer almadığı ve sadece vasiyetnamenin ölüme bağlı tasarruf şekli olarak kabul edildiği İran Hukukunda **Sadroleşrafi** tarafından dile getirilen “Ancak ölüme bağlı tasarruf bir akit içinde yapılmış ise ... ölüme bağlı tasarrufundan tek taraflı olarak dönmemesi icabeder.” şeklindeki düşünceden biz iki sonuç çıkartmaktayız: İran hukukunda vasiyetnameler tek taraflı olabileceği gibi bir akit şeklinde de karşımıza çıkabilir. Öte yandan, her ne kadar bu hukuk sisteminde miras sözleşmesinin yer almadığı söylene de, akit niteliğindeki vasiyetnamelerin tek taraflı olarak geri alınması ilkesi, vasiyetnamelerin, hakkında yasal düzenlemeler olan ülkelerdeki miras sözleşmesinin geri alınması kurumu ile benzer şekilde düzenlediği anlamına gelir.

⁵⁵ **Sadroleşrafi**, s. 17 ve 54. Yazar, İslam hukukuna egemen olan şekil serbestisi ilkesinden zamanla uzaklaşılmasının sebebini Batı hukuklarının etkisi ile açıklamaktadır.

Hukukunda, sözlü vasiyetname yanında, yazılı vasiyetname yapma imkanın da mevcut olduğunu ifade etmek isteriz. İran İslam hukukunun bu düzenleme tarzı Türk hukukuna nazaran kimi farklılıklar taşımaktadır. Bu cümleden olmak üzere, Türk hukukunda, yazılı bir vasiyetnameyi sözlü bir vasiyetname yapmak suretiyle geri almak mümkündür. Mesele, ilgili bölümde ayrıntılı olarak tartışılacak olmakla birlikte, Türk hukukunda, el yazılı ya da resmi vasiyetnamenin sözlü vasiyetname ile geri alınamayacağı yolunda bir usul kuralı olmadığını söylemek gerekir.

Böylelikle, vasiyetnamenin geri alınması kurumunun İslam Hukukunda da var olageldiğini ve 04/10/1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Kanunu Medenisi'nden önce, yaşadığımız coğrafyada uygulanan miras hukuku kurallarının İslam hukuku esaslarına dayandığını tespit etmiş olduk. Cumhuriyet öncesi yürürlükte olan miras sisteminde kanuni miras (ırs) ve iradi miras (veseya) birarada uygulanıyor ve esaslar Mecelle-i Ahkamı Adliye'de de yer almıyordu⁵⁶. Türk Kanunu Medenisi'nin kabulü ile İslam Hukuku esaslarına göre vasiyetname düzenlemek imkanı da kalmamıştır. Ancak, Türk Kanunu Medenisi ile aynı tarihte yürürlüğe giren Kanunu Medenin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un 17. maddesi, düzenlendiği vakit vasiyet edenin ölümü zamanında yürürlükte olan kanuna uygun olan bir vasiyetnamenin sonradan şekle aykırılık sebebi ile geçersiz sayılmasına engel oluyordu⁵⁷.

⁵⁶ İslam Miras Hukukuna ilişkin açıklamalar ve özelinde de feraiz sisteminin özellikleri için bkz. **Berki**, Vasiyyet, s. 5 vd.; **Hatemi**, Miras, s. 2 vd; **Berki**, Eski, s. 209 vd. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2007/11462 esas, 2007/11554 karar sayılı ve "Mirasbırakan Hacı Vehbi Süleyman'ın 1327 tarihinde vefat ettiği anlaşılmaktadır. Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlüğe girmesinden evvel ölmüş olan bir kimsenin mirası, meriyetinden sonra dahi eski kanuna tabi olur. (864. S. Yürürlük K.md. 16) O halde mirasbırakanın ölümü tarihinde mer'i olan feraiz ve intikal yasaları hükümleri esas alınarak miras paylarının belirlenmesi gerekirken, denetime elverişli olmayan ve hangi hükümlerin esas alındığını belirtmeyen 16.04.2003 tarihli bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir." diyen 19/07/2007 tarihli kararı için bkz. www.kazancı.com (çevrimiçi 19.10.2010).

⁵⁷ Diğer yandan, aynı kanunun 16. maddesinde, Türk Kanuni Medenisi yürürlüğe girmeden önce ölen bir kişinin mirasçıları ve bunların miras paylarının fer'aiz ilkerine göre tespit edileceği de hüküm altına alınmıştır. Fer'aiz sisteminin modern miras hukuku kurallarına nazaran göstermiş olduğu zorlukların aşılması amacı ile hakimlerin gerekli gördükleri vakit müftülüklerle ya da bunlar aracılığı ile Diyanet İşleri Başkanlığı'na başvurarak bilgi alabilmeleri imkanı da mevcuttur. Bu cümleden olmak üzere bkz. **İmre/Erman**, s.5-6. Diyanet İşleri Başkanlığının görevlerini gösteren nizamname m. 8 için ayrıca bkz. 11/11/1937 tarihli ve 3760 sayılı Resmi Gazete. Cumhuriyet öncesi ve sonrası miras hukuku kurallarımız arasındaki farklar, esasında, başlıbaşına bir çalışmanın konusunu teşkil edecek kadar çoktur. Ancak, biz burada, bunlardan özellikle önemli gördüğümüz iki tanesini anmakla yetineceğiz. Osmanlı miras hukukunda, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğün sınırı bugünkü gibi geride kalan yasal mirasçılara nazaran değişken değil ve fakat sabitti. Mirasçıların payları ne olursa olsun terekenin üçde biri tasarruf edilebilir kısmı teşkil

Sırası gelmişken, eski hukukumuz döneminde düzenlenmiş bir vasiyetnamenin, 1926 yılının Ekim ayı sonrasında nasıl geri alınabileceği meselesini de bu vesile ile aydınlatmak isteriz. Kanunu Medeninın Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un 17. maddesi “Yeni kanunun mer’iyetinden evvel o zamanki kanuna göre bu kabil tasarrufları yapmağa ehil olan bir kimsenin yaptığı ölüme bağı tasarruf veya böyle bir tasarrufun o kimse tarafından vaki feshi yeni kanunun mer’iyeti tarihinden sonra mezkur kimsenin ölümü işbu yeni kanunun mer’iyeti zamanında vukubulması ve yeni kanuna nazaran o kimsenin ehliyeti haiz olmaması sebep gösterilerek tadil edilemez” hükmünü haizdir. Maddenin lafzı herhangi bir tereddüte yer vermeyecek kadar açıktır. Türk Kanunu Medenisi yürürlüğe girmeden önce düzenlenmiş bir vasiyetnamenin yine o dönemde geri alınması eski hukukumuz kuralları çerçevesinde değerlendirilecektir. Vasiyet edenin sırf 04.10.1926’dan sonra ölmesi vakti zamanında yapıldığı dönemde yürürlükte olan kurallara uygun olarak yapılan geri alma işleminin geçerliliğine herhangi bir etki yapamayacaktır.

Tatbikat Kanununun 16. maddesinde ise TKM’nin yürürlüğe girdiği tarihten önceki bir tarihte ölen kişinin mirasının eski kanuna tabi olacağı, zira, bu ilkenin gerek mirasçılara gerek mirasın intikaline ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Tatbikat Kanununun lafzı ile “yeni kanunun” yürürlüğe girmesinden evvel bir tarihte düzenlenmiş bir vasiyetnamenin yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra hangi surette geri alınabileceği ise ayrı bir tartışmanın konusunu teşkil etmektedir. Kanaatimizce, meselenin çözümü, Tatbikat Kanununun 16. maddesinin kapsamının belirlenmesi ile doğrudan ilgilidir. Diğer yandan, TKM’nin, vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin hükümlerinin kamu düzeni ile ilgisi olup olmadığı hususunun da aydınlatılması

etmekteydi. Öte yandan, bugün için şekli şartlara uyulmadan yapılmış bir ölüme bağı tasarruf hakim tarafından verilecek iptal kararına kadar geçerli kalırken; Osmanlı İslam hukukunda bunlar keenlemyekun geçersiz kabul ediliyor ve hakimler bugünün aksine re’sen harekete geçebiliyordu. TKM’nin kabulünden önceki ve sonraki miras sistemlerimizin farkları hakkında ayrıca bkz. **Schacht**, s. 175 vd.; İlhan **Öztrak**, Miras Hukuku, Giriş–Kanundan Doğan Mirasçılık–Ölüme Bağı Tasarruflar, Ankara 1968, s. 8 vd.; **Berki**, Kur’an, s. 107 vd.; **Berki**, Eski, s. 223 vd.; Şakir **Berki**, Systhème Successoral, s. 238 vd; **Berki**, Eski ve Yeni, s. 137 vd. 19. yy. da Osmanlı İmparatorluğu topraklarında yaşayan gayri müslimlerin mirasçılığı hakkında ayrıca bkz. G. M. **Caravokyro**, Le Droit Successoral en Turquie, AB Intestat & Par Testament, Constantinople 1898, s. 19 vd.

gerekmektedir. Zira, eğer bu hükümlerin intizamı amme ve adabı umumiye ile ilgili olduğu sonucuna ulaşılsa karşımıza Tatbikat Kanununun 2. maddesi çıkacaktır:

“Kanunu Medenin intizamı amme ve adabı umumiye temin zımında vazedilmiş olan kaideleri mer’i olmağa başladıkları zamandan itibaren, haklarında istisnai bir hüküm mevcut olmayan bütün hadiseler kabili tatbiktir.

Binaenaleyh yeni kanuna göre intizamı amme ve adabı umumiye mugayir olan kaideler, yeni kanun mer’i olmağa başlar başlamaz hiçbir veçhile tatbik edilemez.”.

Bizim düşüncemize göre, TKM’nin ihdas ettiği vasiyetnamenin geri alınması usullerinin intizamı amme ve adabı umumiye ile bir ilgisi yoktur. Bundan dolayı da, TKM’nin 489 ve 491. maddelerinin geçmişe etkili tarzda uygulanmasını gerektirecek bir zorunluluk da mevcut değildir. Bir başka deyişle, meseleye Tatbikat Kanununun 2. maddesi çerçevesinden bakıldığında, çözümün, aynı kanunun 16., 17. ve 1. maddeleri kapsamında aranması gerekmektedir.

Ölüme bağlı tasarruflar ile ilgili özel hüküm niteliğindeki 17. maddenin 1. ve 2. fıkralarında da çözümünü aradığımız mesele bakımından bir düzenleme yer almamaktadır. Bu vesile ile Tatbikat Kanununun 17. maddesinin 3. fıkrasının, sadece tenzil davası veya tasarrufun tarzı hakkındaki kanunsuzluk davası bakımından, ilgilinin yeni kanun döneminde ölmesi halinde yeni kanunun uygulanacağını ifade ettiğini eklemek isteriz.

Meselenin çözümü bakımından Tatbikat Kanununun 17. maddesinin bir yararı olmayacağını böylece tespit ettik. Tartışılması gerekli bir diğer husus, 16. maddenin sadece kanuni mirasçılıkla mı ilgili olduğu, yoksa iradi mirasçılığı da kapsar şekilde geniş yorumlanıp yorumlanamayacağıdır. Eğer bu yorum tarzı kabul edilirse, vasiyetnamenin geri alınması, hangi tarihte düzenlenmiş olursa olsun, ilgilinin ölümü tarihinde yürürlükte olan kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Örneğin, 1920 senesinde düzenlenmiş bir vasiyetname, vasiyet edenin 1935 yılında öldüğü varsayımında, 1930 senesinde geri alınmak istenirse TKM’nin 489. ve 491. maddelerine riayet etmek gerekecektir.

Biz bu çözüm tarzını türlü sebeplerle kabul edememekteyiz. Kanaatimizce, Tatbikat Kanununun 16. maddesi yasal mirasçılığa ve bunun sonuçlarına hasredilmiştir. İradi mirasçılık hakkında aynı kanunun 17. maddesinin ve bu maddede boşluk bulunan hallerde

1. maddesinin 2. maddesi ile birlikte değerlendirilmek sureti ile sonuca ulaşılması hukuk tekniği bakımından daha doğrudur. Bize göre, TKM ile sevk edilen vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin hükümlerin kamu düzeni ile bir ilgisi de bulunmamaktadır. Tatbikat Kanununun 17. maddesi ile getirilen imkanlar da sorumuza cevap olamamaktadır. O halde mesele Tatbikat Kanununun 1. maddesi ışığında çözüme kavuşturulmalıdır:

“Kanunu Medenin mer’i olmağa başladığı tarihten evvelki hadiselerin hukuki hükümleri mezkur hadiseler hangi kanun mer’i iken vaki olmuş ise yine o kanuna tabi kalır.

Binaenaleyh 4 Ekim 1926 tarihinden evvel vuku bulmuş olan muamelelerin hukukan lazimülifa olup olmamaları ve neticeleri, mezkur tarihten sonra dahi vukuları zamanında mer’i olan kanunlara tevfikân tayin olunur. Bilakis 4 Ekim 1926 tarihinden sonra vuku bulmuş olan hadiseler, kanunda muayyen olan müstesnaları mahfuz kalmak şartıyla Kanunu Medenin hükümlerine tabidir.”.

Kanunların geçmişe etkili olmaması yolundaki ilkenin tekrarından ibaret olan madde metninden bizim çıkardığımız sonuç, Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan hukuki işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçlarının, 4 Ekim 1926 tarihinden sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte olan kanunlara göre belirleneceğidir. Tatbikat Kanunun 17. maddesinin 1. fıkrası ile getirilen çözüm tarzı da düşüncemizi desteklemektedir. Nasıl ki, Türk Kanunu Medenisi yürürlüğe girmeden önce düzenlenmiş bir vasiyetnamenin yine o dönemde geri alınması eski hukukumuz kuralları çerçevesinde değerlendirilecekse; aynı dönemde düzenlenmiş bir vasiyetnamenin de, o dönemin kuralları çerçevesinde geri alınması mümkün olmalıdır. Vasiyet edenin 4 Ekim 1926 tarihinden sonra vefat etmesi ve bu arada geri alma işleminin de 4 Ekim 1926 tarihinden sonra gerçekleşmesi dahi ulaşılacak sonucu değiştirmemelidir. Kanun koyucu sadece ölüme bağlı tasarrufların tenkisi ve iptali bakımından bu sonuçtan ayrılmış gözükmemektedir (Tatbikat Kanunu m. 17/III). Yukarıdaki örneğimize dönecek olursak, 1920 senesinde düzenlenmiş bir vasiyetname, vasiyet edenin 1935 yılında öldüğü varsayımında, 1930 senesinde geri alınmak istenirse, düzenlendiği sırada yürürlükte olan kurallara riayet edilecektir. Hukuk tekniği bakımından daha doğru olduğunu ifade ettiğimiz bu çözüm tarzı, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önleyeceği gibi, menfaatler dengesine uygun olması sebebi ile hakkaniyete de hizmet etmektedir. Vasiyetnamelerin sadece

Hanefi fikhına bağı hukukçular tarafından, o da, vasiyetname lehdarı gayrimuayyen kişilerden oluşuyorsa tek taraflı hukuki muamele olarak kabul edildiğini ifade etmiş idik. Hal böyleyken, düşüncemizin aksinin kabulü, beraberinde başkaca sorunları da getirecektir. Örneğin, Tatbikat Kanununun 16. maddesinin gerek yasal gerekse iradi mirasçılık bakımından yürürlükte olduğu varsayılırsa, düzenlendiği sırada yürürlükte olan kurallar bakımından tek taraflı hukuki işlem sayılmayan bir tasarruftan tek taraflı olarak dönmenin mümkün olduğu gibi bir sonuca ulaşılır. Zira, miras sözleşmesi TKM'nin 492 vd. maddelerinde düzenlenmiştir ve fakat İslam Hukukuna yabancı bir kurumdur. Eski hukuk döneminde düzenlenen çift taraflı hukuki işlem niteliğini haiz bir vasiyetnamenin, sırf vasiyet eden yeni kanun döneminde öldüğü için, miras sözleşmelerinin geri alınmasının tabi olduğu prosedüre uyarak geri alınabileceğini iddia etmek de, Tatbikat Kanununun 16. maddesini iradi mirasçılığı da kapsayacak tarzda yorumlayan yazarların tutarlı olabilmeleri bakımından bir zorunluluk olmakla birlikte, hukuk tekniği bakımından kabul edilebilir değildir. Ölüme bağı tasarruflar rejiminde bizim de tarafı olduğumuz çağdaş yaklaşım, tasarruf edenin iradesinin mümkün mertebe ayakta tutulması ve yasada öngörülen şekil şartlarının mümkün mertebe yumuşak ve ölüme bağı tasarrufu ayakta tutacak tarzda yorumlanması ilkesine dayanmaktadır. Vasiyetnamenin geri alınmasına yönelik irade de nihayetinde çoğu kez bir ölüme bağı tasarruf olarak karşımıza çıkacağı için tercih edilebilecek yaklaşımlardan bu ilkeye daha çok hizmet edeninin tercih edilmesi, bizim tavrımızın özünde yatan sebeptir. İslam hukuku esasına dayalı kurallar çerçevesinde vasiyetname düzenlenmesi, TKM dönemine nazaran, özellikle şekil şartlarının daha yumuşak olması sebebi ile daha kolay olduğu için, o vakit düzenlenmiş bir vasiyetnamesinin geri alınmasının da o hukuk sisteminin kurallarına tabi olacağını söylemek, vasiyet edenin iradesinin mümkün mertebe ayakta tutulması gerektiği yolundaki mezkur çağdaş yaklaşıma da daha çok yakışmaktadır. Eski hukukumuzda ölüme bağı tasarruflar için öngörülen şekil şartları daha esnektir. Buna ek olarak, TKM'de yer almayan, yok etmek sureti ile vasiyetnamenin geri alınması imkanı da mevcuttur. Gerçi, ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, kanunun vermediği bu imkan doktrin ve içtihat tarafından vasiyet edene tanınmıştır. Ancak, teorik olarak bu imkanın baştan kabul edildiği bir hukuk sisteminin sağlayacağı güvencenin daha üstün olacağı ve yargı kararları arasında ortaya çıkabilecek gelgitlerden tasarruf edeni daha çok koruyacağı da aşıkardır.

Hal böyleyken, Yüksek Mahkemenin kararlarında bu mesele bakımından bir insicam olduğu ne yazık ki söylenemez. İntikal hukuku bakımından, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 743 sayılı TKM arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ulaştığı sonucun bizim yukarıda ulaştığımızın tam tersi olduğunu üzümlere tespit etmiş bulunuyoruz. Gerçekten de, Yargıtay, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 17. maddesinden hareket ederek, ölüme bağlı tasarrufların geçerlilik şartlarının tasarrufta bulunanın ölümü tarihinde yürürlükte olan kanuna göre belirleneceğini ifade etmektedir⁵⁸. Yargıtay'ın bu görüşüne gerekçe olarak öne sürdüğü 4722 sayılı Kanunun 17. maddesi 'mirasçılık ve mirasın geçişi' başlığını taşımaktadır ve Tatbikat Kanununun 16. maddesi ile paralel şekilde kalem alınmıştır. Biz, bu vesile ile, Yüksek Mahkemenin, 4722 sayılı Kanunun 17. maddesinin⁵⁹ uygulama alanını, iradi mirasçılığı da kapsar tarzda genişlettiğini ifade etmekle yetiniyoruz. Yargıtay'ın aynı şekilde kaleme alınan Tatbikat Kanununun 16. maddesi ile ilgili olmak üzere de aynı şekilde düşüneceği kabul edilebilse de aile hukuku bakımından vermiş olduğu bir kararda aksi yönde sonuca vardığı izlenimi yaratmaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun E. 1959/14, K. 1959/30 sayılı ve 02/12/1959 tarihli bir kararında TKM'nin yürürlüğe girmesinden evvel akdedilmiş bir nikah dolayısıyla gerekli olan mihr-i müeccelin TKM yürürlüğe girdikten sonra gerçekleşen boşanma neticesinde istenebileceği açıkça belirtilmiştir⁶⁰. Tartışma konusu yaptığımız iki uygulama kanunu arasındaki bir fark da, bunların tarih itibarı ile ikincisinde ölüme bağlı tasarruflar ile ilgili olmak üzere (Tatbikat Kanununun 17. maddesinin karşılığı) özel bir hüküm sevkedilmemiş oluşudur. Ancak, Yargıtayın hemen yukarı almış bulunduğumuz iki kararda farklı sonuçlara ulaşmasının sebebinin bu olmaması gerekir. Zira, bizim

⁵⁸ Yarg. HGK'nun 21/01/2004 tarihli, E. 2004 / 2 – 4, K. 2004 / 14 sayılı ve '...Mirasçılık ve mirasın geçişi, mirasbırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir. Mirasbırakan 11.10.1993 tarihinde öldüğünden 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi uygulanacaktır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 485. maddesi gereğince...' diyen kararı için bkz. www.kazancı.com.tr (Çevrimiçi, 19/10/2010).

⁵⁹ 4722 sayılı Kanunun 17. maddesi "Mirasçılık ve mirasın geçişi, mirasbırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir." hükmünü haizdir.

⁶⁰ Yargıtay İBGK'nun 1959 tarihli ve "Medeni Kanunun tarafeynin arzu ve iradelerini nazarı itibare almaksızın tanzim ettiği muamele ve münasebetlerle alakası bulunmadığı için mihr-i müeccel Tatbikat Kanunun 3. maddesi şümulü dışında kalmaktadır. Bu sebeplere binaen: Kanunu Medeninin meriyetinden evvel akdedilmiş olan nikah dolayısıyla terettüp eden mihr-i müeccelin Kanunu Medeninin meriyetinden sonra boşanma vukuunda tediyesi lazım geleceğine ve bu itibarla 28 Nisan: 1935 tarihli ilamda belirtilen içtihadın isabetli bulunduğuna, 2/12/1959 tarihli ikinci içtimada mutlak ekseriyetle karar verildi." diyen kararı için bkz. www.kazancı.com (Çevrimiçi, 19/10/2010)

düşüncemizin dayanağı Tatbikat Kanununun 17. maddesi değildir. Çünkü, kanaatimizce, eski hukuk döneminde yapılan bir vasiyetnamenin yeni kanun döneminde nasıl geri alınabileceği hususunda 17. madde metni bir hüküm içermemektedir. Biz, 4721 sayılı TMK ile 743 sayılı TKM arasındaki ilişki bakımından da, Uygulama Kanununun 17. maddesinin sadece yasal mirasçılık bakımından dikkate alınabileceğini, iradi mirasçılıkla ilgili tartışmaların ise ‘geçmişe etkili olmama’ başlığını taşıyan 1. madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği hususundaki düşüncemizde direndiğimizi eklemek isteriz.

Sonuç olarak, eski hukuk döneminde o dönemin kurallarına göre yapılmakla varlık kazanan bir vasiyetnamenin nasıl ki geçersizliği iddia edilemiyorsa, bu tasarrufun geri alınmasının da yapıldığı döneme ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilmesinde de bir sakınca görmemek gerekir. Biz, düşüncemizin hukuk tekniği bakımından gerekçelerini yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladık. Hatta, kanaatimizce, kavram hukukçularının serzenişlerini bir yana bırakıp, tasarruf edenin iradesine bütünüyle özgürlük tanımak ve kendisinin eski hukuk kurallarına göre düzenlediği vasiyetnamesini, gerek eski hukuk kurallarına göre gerekse TKM hükümlerine göre geri alabileceğini kabul etmek de imkan dahilinde görülmelidir. Bu düşünce tarzı, kanunun ruhuna aykırılık teşkil etmediği gibi, esasında favor testamenti ilkesine de ziyadesiyle hizmet etmektedir. Gerçi, İslam hukuku esaslarına göre vasiyetnamenin geri alınması daha kolay olduğu için bu son görüşün pratik bir önemi olmayacaktır. Ama, teorik düzeyde, vasiyet edene bu imkanının tanınmasında dahi bir sakınca görmediğimizi ifade etmek isteriz⁶¹.

⁶¹ Kavram ve menfaat hukukçuluğu kavramlarının hukuki meselelere yaklaşımı arasındaki farklar için ayrıca bkz. **Bağcı**, s. 47 vd.

İKİNCİ BÖLÜM:
TERMİNOLOJİ VE TANIM
BENZER KURUMLARDAN FARKLARI
YASAL ÇERÇEVE

I. TERMİNOLOJİ VE TANIM

Çalışmamızın bu bahsinde, neden dolayı, kavram olarak vasiyetnameden dönme ya da vasiyetnameden rücu yerine vasiyetnamenin geri alınmasını tercih ettiğimizi açıklayacak ve onu tanımlamaya çalışacağız. Bu çabanın hemen öncesinde, iradi mirasçılığa ilişkin belli başlı temel kavramların bizim için hangi anlama geldiğini açıklamak da okuyucunun işini kolaylaştıracak olmasının yanısıra eserin sistematik bir bütünlük arzemesi için zorunludur.

Vasiyetname kavramı İsviçre Medeni Kanunu (İMK) gibi Türk Medeni Kanununda da tanımlanmış değildir⁶². Biz, bu çalışmamızda, vasiyetname kavramını, bir kişinin ölümünden sonra yerine getirilmesini istediği son arzularının yer aldığı belge anlamında kullanacağız⁶³. Arapçada vasiyyet bir kişinin ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği son arzuları anlamına gelmektedir⁶⁴. Nâme sözcüğü ise Farsça kökenlidir ve mektup, yazılı belge demektir⁶⁵. Vasiyetname, doğası gereği tek taraflı ve bu sebeple de her zaman için geri alınabilen bir hukuki işlemdir. Etkilerini ancak ve ancak düzenleyenin ölümü ile doğurması sebebiyle de bir ölüme bağlı tasarruftur. Kısaca, hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik varması gerekli olmayan bir irade açıklamasıdır. Tanım noktasında sessiz kalan Türk-İsviçre kanun koyucusu, vasiyetnamenin hangi şekillerde düzenlenebileceğini saymak ve bu şekillerin içeriğini belirlemekle yetinmiştir. Buna göre, İsviçre-Türk

⁶² Kavramın Fransız Medeni Kanununda tanımlandığını görüyoruz: Vasiyetname, vasiyet edenin, artık yaşamayacağı bir zaman dilimi için, malvarlığının bütünü ya da bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunduğu ve her zaman geri alabileceği bir hukuki işlemdir (FMK m. 985). FMK, vasiyetname kavramını, İsviçre-Türk hukukları için de geçerli olacak tarzda ve isabetli bir şekilde tanımlamıştır. İşlemin niteliklerini gereği ölçüsünde ifade eden bu tanım, vasiyetnameye konu olabilen maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların bütününe kapsamaktan uzak olması sebebiyle eleştirilmektedir. FMK. m. 895'te getirilen tanımın belirli mal bırakma (muayyen mal vasiyeti) için daha uygun olduğu yönündeki görüş için bkz. François **Terré**/Yves **Lequette**, Droit Civil, Les Successions – Les Libéralités, 2. Baskı, Paris 1988, s. 320. **Terre/Lequette**'nin Fransız hukuku için taşıdığı bu kaygı Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Biz de, türlü vesilerle, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğinin sadece tasarruf edenin malvarlığına ilişkin olmadığını tespit etmiş idik.

⁶³ Benzer bir tanım için bkz. Paul-Henri **Steinuer**, Le Droit Des Successions, Berne 2006, s. 169. Vasiyetname kavramının benzer tanımları için ayrıca bkz. Henri **Capitant**/Gérard **Curnu**, Vocabulaire Juridique, Paris 1996, s. 825; Paul **Robert**/Alain **Rey**, Le Grande Robert De La Langue Française, C. 9, Paris 1992, s. 260; Kemal **Dayımlarlı**, Fransızca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 1051.

⁶⁴ **Berki**, Vasiyyet, s. 5; Ferit **Devellioğlu**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 19. Baskı, Ankara 2002, s. 1138; **Dil Derneği**, Türkçe Sözlük II, Cumhuriyetimizin 75. Yılı Armağanı, Ankara 1999, s. 889; Abdullah **Yeğin**/Abdulkadir **Badılı**/Hekimoğlu **İsmail**/İlham **Çalım**, Osmanlıca-Türkçe Büyük Lugat, İstanbul 2000, s. 1397; Esat **Şener**, Açıklamalı-Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 243.

⁶⁵ **Devellioğlu**, s. 804; **Şener**, Sözlük, s. 587; Nijat **Özön**, Büyük Dil Kılavuzu, 4. Baskı, İstanbul 1995, s. 581.

hukukunda üç çeşit vasiyetnamenin varlığı kabul edilmektedir: Resmi vasiyetname (TMK m. 532–m. 537, İMK m. 499–m. 504), el yazısı ile vasiyetname (TMK m. 538, İMK m. 505) ve sözlü vasiyetname (TMK m. 539–m. 541, İMK m. 506–m. 508)⁶⁶.

TMK’nun miras kitabında yer alan terimlerin isabetli kullanılıp kullanılmadığı sorunu ayrı bir çalışmanın konusu teşkil edecek ölçüde tartışılabilir. Kanaatimizce, kanun koyucu, özellikle de ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kavramların seçiminde özenli davranmış sayılamaz. Doktrinin de bu hataya çoğu zaman ortak olduğunu üzümlere tespit ediyoruz. Bir kısım yazarların⁶⁷ vasiyetname yerine vasiyet kavramını kullanmaları, Dural⁶⁸ gibi, bizce de, kabul edilemez. Çünkü, vasiyet terimi teknik anlamda, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğini oluşturacak olan vasiyetçinin tasarruflarından sadece eski tabiriyle “muayyen mal vasiyetini” yani “belirli mal bırakmayı (TMK m. 517)” anlatmaktadır⁶⁹. TMK’nun tercih ettiği “belirli mal bırakma” terimi sayesinde karışıklığın büyük oranda önü kesilmiştir; ancak yine de, maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufları anlatan bir terimin şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları da anlatmak için kullanılmasını doğru bulmuyoruz. Nitekim, doktrinde, TMK yürürlüğe girdikten sonra yazılmış eserlerin bazılarında da vasiyetname terimi yerine vasiyet teriminin tercih edilmesi düşündürücüdür⁷⁰. Keza, TMK’nun 539. maddesinin başlığının neden dolayı ‘sözlü vasiyet’ olduğunu da anlayamamaktayız⁷¹. Dilbilimi açısından bakıldığında mektup, belge

⁶⁶ Krş. **Dural**, Vasiyetname, s. 2; **Tuor**, s. 334 vd. İki yazar da, vasiyetnameleri, adi (ordinaire) ve olağanüstü (extraordinaire) olarak öncelikle ikiye ayırmakta, devamında ise resmi vasiyetname ile el yazısı ile vasiyetnamenin adi, sözlü vasiyetnamenin ise olağanüstü vasiyetname olduğunu belirtmektedirler. Bu ayırmadan açıkça bahsetmeyen yazarların dahi sözlü vasiyetnamenin olağanüstü bir vasiyetname olduğunu ifade ettiklerine şahit oluyoruz: Margareta **Baddeley**/Andreas **Bucher**, *Momento de Droit Civil*, 4. Baskı, Bale 2008, s.73; Roland **Bron**, *Succession et Donations*, 3. Baskı, Zurich 2010, s. 35; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 242; **İmre/Erman**, s. 86.

⁶⁷ Samim **Gönensay**/Kemaleddin **Birsan**, *Miras Hukuku*, İstanbul 1963, s. 97; **Ayan**, *Miras*, s. 70; *Türk Hukuk Lügatı*, Ankara 1998, s. 354.

⁶⁸ **Dural**, Vasiyetname, s. 2-3.

⁶⁹ Esasında bu tercihin dahi hatalı olduğu zira belirli mal bırakma teriminin maksadı anlatmaktan uzak olduğu hakkında ayrıca bkz. Baki İlkey **Engin**, 1998 Tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısının Ölüme Bağlı Tasarrufun Konularına İlişkin Hükümlerinin (MKT. 514-530) Değerlendirilmesi, *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 862 vd. Yazarın isabetle ifade ettiği üzere bırakılan sadece belirli bir mal varlığı değeri değil bir hak dahi olabilir.

⁷⁰ **İnan/Ertas/Albaş**, s. 171. Yazarlar, el yazısı ile vasiyetname için, “elyazısı ile vasiyet” terimini kullanmaktadırlar.

⁷¹ Madde kenar başlıklarının madde metnine dahil olup olmadıkları hususu tartışmalıdır. Bununla birlikte, TBMM, 26/12/1944 tarihli yorum kararında, kenar başlıklarının metne dahil olmadığı sonucuna varmıştır. Hal böyleyken, TTK m. 1474’de bunun tam aksi yönünde bir hüküm yer almakta ve kenar başlıklarının metne dahil olduğu ifade olunmaktadır. Anayasamızın 176. maddesinde de benzer bir hükme

anlamına gelen nâme sözcüğünün bir kelimenin sonuna eklendiğinde, vasiyetnamede olduğu gibi, yazılı anlamını katacağı aşıkardır. Ancak, başta sözlü olan son arzuların evveleminde şahitler tarafından derhal yazıya dökülecek olması bu dilbilimsel kaygıyı bertaraf etmeye yetecektir⁷². Öte yandan, batıda, vasiyetname teriminin karşılığı olarak ‘testament’ terimi kullanılmaktadır. Nitekim, testament teriminin kıta Avrupası ülkelerinde şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar için kullanıldığını da tespit etmiş bulunuyoruz. O ülkelerde, sözlü vasiyetnamenin karşılığı ise ‘testament oral’dır. Hukukumuz ile paralel düzenlemelerin olduğu batı ülkelerinde sözlü vasiyetname, ‘testament’ terimi ile karşılanıyorsa, bizde de sözlü vasiyet yerine sözlü vasiyetname ifadesinin kullanılmasında sakınca görülmemelidir⁷³. Ezcümle, bizim terim düzeyinde yapageldiğimiz bu tartışmaya kanun koyucumuz bütünüyle yabancısıdır: O, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetnamelerin türlerini sıraladığı 531. maddenin başlığına ‘vasiyet’ derken ya da sözlü vasiyetnamenin düzenlendiği 539. maddenin başlığını “sözlü vasiyet” olarak seçerken hiçbir kaygı duymamıştır. Biz, bu hahiste, vasiyetname dediğimizde, bundan sadece ve sadece şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların anlaşılması gerektiğini ve vasiyetnamelerin türleri arasında hiçbir ayırım yapmadan, sözlü vasiyetname de dahil olmak üzere hepsi için vasiyetname terimini kullanacağımızı tekrar etmekle yetiniyoruz.

Eski hukukumuzda vasiyetname düzenleyerek terekesinin yazgısını belirlemek isteyen kişiye musi denirdi⁷⁴. Biz, bunun yerine, vasiyet eden terimini tercih ediyoruz. Maddi ve şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların karıştırılmaması için esasında “vasiyetname yapan⁷⁵” ya da “vasiyetname düzenleyen” terimlerini kullanmak kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Hal böyle olmakla birlikte, bunlarla aynı anlama gelmek kaydı ile, söylenişindeki kolaylık sebebi ile vasiyet eden terimini kullanacağız. Kısacası, “vasiyet eden” terimindeki “vasiyeti” vasiyetname olarak kabul etmekteyiz.

rastlanmaktadır. Bu hususta, biz de, Anayasa ve TTK’daki özel hükümlerin o kanunlar bakımından cari olduğuna, kanunda hüküm olmayan hallerde ise TBMM’nin yorum kararına göre hareket edilmesi gerektiğine inanmaktayız. Madde kenar başlıklarından metnin yorumlanması çabasında yararlanmak da ise bir sakınca yoktur. Benzer yöndeki düşüncesi için ayrıca bkz. **Dural/Sarı**, s. 96; Ferhat **Elçin**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Madde Kenar Başlıklarının Yasa Metnine Dahil Olup Olmayacakları Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2006, Y. 4, S. 40, s. 1019 vd..

⁷² Bu görüşte olmak üzere bkz. **İmre/Erman**, s.86; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 219.

⁷³ Bu yöndeki görüşü için bkz. **Hatemi**, Miras, s. 64. Yazara nazaran yeni Medeni Kanun eski vasiyetname terimi yerine üst kavramı karşılamak için vasiyet terimini seçmiştir. Zira, 531. maddedeki vasiyet teriminden sonra el yazılı vasiyetname ve resmi vasiyetnameden bahis açılması açıkça bir çelişkiyi ifade eder.

⁷⁴ **Berki**, Vasiyyet, s. 5. Musi kavramı vasi tayin eden kimse anlamında da kullanılırdı.

⁷⁵ **Hatemi**, Miras, s. 64.

Kanun koyucunun bu husus bakımından da özenli davranmadığı peşinen söylenmelidir. TKM döneminde “vasiyetçi” (m. 482, 485) ve “vasiyet eden” (m. 482) terimlerini kullanan kanun koyucu, TMK’da “vasiyetçi” terimini terketmiştir⁷⁶. Bu terkediş isabetli de olmuştur. Keza, bilindiği üzere, Türkçe’de –ci,-cı eki ve türevleri, sonuna eklendiği nesneyi yapan olduğu kadar ticari anlamda satarak o nesneden kar elde eden kişiler için de kullanılır.

Öte yandan, anladığımız kadarı ile, vasiyetname yapan kişiyi ifade etmek için artık mirasbırakan terimi tercih edilmektedir. Bu tespiti yapabilmek için TMK’nun 531 vd. maddelerine bakılması kafidir. Biz, bu kullanım tarzını da kabul edemiyoruz. Zira, mirasbırakan dendiğinde, bundan öncelikle, bir ölüme bağlı tasarruf düzenlesin ya da düzenlemesin, ölümü neticesinde sağlığındaki malvarlığı tereke adını alan kişi anlaşılır. Başka bir deyişle, bir kişi vasiyetname düzenlemeden ölse de biz onu aynı mirasbırakan terimi ile anarız.

Doktrinde **Öztrak**, mesele üzerinde titizlikle durmuş ve nihayetinde “ölüme bağlı tasarrufla bulunan kimse” terimini önermiştir⁷⁷. Yazara göre eski hukuk dönemindeki “musi” yi en doğru şekilde karşılayan terim budur. **Öztrak**, “ölüme bağlı tasarrufla bulunan kimse” teriminin hem ölüme bağlı tasarrufun bütün şekillerini hem de ilgilinin gerek sağlıkta gerekse ölü bulunduğu hallerin bütünü kapsamayı sebebiyle tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Biz de, temelde aynı görüşte olmakla birlikte, uzun olması hasebiyle kullanılıştaki zorluğu göz önüne alarak bu terimi tercih etmiyoruz. Bizimle benzer kaygıları taşıyıp taşımadığını bilmiyoruz fakat, **Öztrak** da, “ölüme bağlı tasarrufla bulunan kimse” yerine “tasarruf yapan kişi”, “tasarruf yapan” ya da “tasarruf sahibi” kalıplarını kullanmayı da önermektedir. Tasarruf sözcüğünün başta iktisat bilimi olmak üzere birden çok bilim dalında birden ziyade anlama sahip olması bizi düşünceye sevk etmektedir. Hukuk bilimi açısından da kavramın birden çok anlamı vardır. Herşeyden

⁷⁶ Vasiyetçi terimini tercih eden yazarlara örnek olmak üzere bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 168 vd. 4721 sayılı TMK yürürlüğe girdikten sonra da aynı terimi kullanmakta devam eden yazarlara örnek olmak üzere ayrıca bkz. **Dural/Öz**, Miras, 78.

⁷⁷ **Öztrak**, Rücü, s. 4-5. Yazar, 743 sayılı TKM döneminde vasiyetçi, vasiyet eden kimse, tasarrufu yapan kimse, muris, müteveffa terimlerinin kullanıldığını ifade etmektedir. Biz de yazarla aynı düşüncelerle özellikle muris ve müteveffa terimlerini kullanmanın isabetli olmayacağına inanıyoruz. Zira, muris mirasbırakanın karşılığı olabilirken müteveffa ölü ya da ölmüş demektir ki böyle bir kişinin vasiyetnamesini geri alması da mümkün değildir. Benzer açıklamalar için bkz. **İmre/Erman**, s. 8.

önemlisi “tasarruf” terimi dendiğinde bundan öncelikli olarak sözleşmeler hukukuna ait bir hakka aynı düzeyde etki eden “tasarruf işlemi” anlaşılır.

Biz, vasiyetname türlerinden birini düzenleyerek terekesinin yazgısını belirleyen kişiyi ifade etmek için “vasiyetname düzenleyen” ya da “vasiyetname yapan” terimlerinin kullanılmasının en isabetli çözüm tarzı olduğunu söylemiş idik. Hal böyleyken, bu anlama gelmekle birlikte, kullanılıştaki kolaylık sebebi ile “vasiyet eden”i tercih etmekteyiz. İnceleme konumuz maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan ziyade şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan sadece vasiyetnamelerin geri alınması olduğu için de bu kullanım tarzının bir sakıncası olmayacağı kanaatindeyiz. Bizim önerdiğimiz “vasiyet eden” kavramının İMK’nun birden çok maddesinde “le testateur” terimi olarak yaşamakta olduğunu da eklemek isteriz⁷⁸.

Doğrudan inceleme konumuz bakımından da terim birliği sağlanabilmiş değildir. Kimi yazarlar ve kanun maddeleri dönme kavramını kullanmakta diğer bir kısmı ise rücu’dan bahsetmektedirler. Bizim kullandığımız “geri alma” kavramını isabetle kullanan yazarlar olduğu gibi “tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardan rücu” terimini tercih edenler de vardır.

Arapça bir sözcük olan “rücu”; dönme, geri alma, cayma ve vazgeçme anlamlarına gelir⁷⁹. TMK’nun 542. maddesinin karşılığı olan mülga TKM’nin 489. maddesi “Vasiyetçi, vasiyet için kanunda muayyen şekillerden biriyle vasiyetinden her zaman rücu edebilir” hükmünü haizdi ve kenar başlığı da “Rücu ve İmha” idi. TMK’nun 542. maddesi ise “Vasiyetden dönme/1. Yeni vasiyetname ile” başlığı altında “Mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnamesinden her zaman dönebilir.” şeklinde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucunun tercihi “rücu” ve “geri alma” değil ve fakat “dönme”den yana olmuştur. Bizim ifademizle vasiyetnamenin geri alınması kurumunun

⁷⁸ Bu cümleden olmak üzere bkz. İMK m. 501, 502, 503, 505, 507,508. İsviçre hukukunda **Önen** de vasiyet eden kavramını karşılamak üzere “le testateur” kavramını kullanmaktadır. Örnek olmak üzere karşı. **Önen**, s. 20-21. Bununla birlikte, tasarruf eden manasında “le disposant” terimi İMK m. 500, 506, 510 ve 513’de kullanılmaktadır. Le testateur sözcüğünün vasiyetçi ya da vasiyet eden anlamındaki kullanımları için ayrıca karşı. **Dayınlı**, s. 1052; **Robert/Rey**, s. 260; **Capitant/Cornu**, s. 826.

⁷⁹ **Devellioglu**, s. 887; **Yeğin/Badıllı/İsmail/Çalım**, s. 831; Mustafa Nihat **Özön**, Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 8. Baskı, İstanbul 1997, s. 719; **Mehmet Kanar**, Örnekli Etimolojik Osmanlı-Türkçe Sözlüğü, İstanbul 2003, s. 1247.

düzenlendiği 543. ve 544. maddelerde de, TKM'nin 490 ve 491. maddelerinin rücu kavramına sadık kaldığı gibi “dönme” kavramına sadık kalınmıştır. Neden dolayı “dönme” değil de “geri alma” teriminin tercih edilmesi gerektiği ise **Serozan** tarafından hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde açıklanmıştır: “Tek yanlı işlemler geri alınır; ancak karşılıklı borçlandırııcı sözleşmeden dönülür. Bu nedenle yasanın vasiyetnameden dönmeden söz etmesi (MK 542) doğru değildir⁸⁰.” **Hatemi** de, “Vasiyetname tek taraflı ve bağlayıcı olmayan bir tasarruf olduğu için; ZGB'deki (Art. 509) Widerruf (geri alma) terimi daha doğru ve yerinde bir terimdir.” demek suretiyle benzer yöndeki düşüncesini dile getirmektedir⁸¹. Doktrinde bizim gibi geri alma terimini tercih edenler olduğu gibi⁸², kanundaki değişikliğe rağmen rücu ve dönme kavramında direnenler de mevcuttur⁸³. Keza; cayma, dönme ve geri alma kavramlarını yekdiğerinin yerine kullananlara da rastlamaktayız⁸⁴. Yüksek Mahkemenin de rücu ve dönme kavramlarını tercih ettiğini bu vesile ile eklemek yerinde olacaktır⁸⁵.

Serozan'ın da belirttiği üzere dönme kavramı ile, teknik anlamda, bir sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olmak üzere sona erdirilmesi anlatılmak istenir⁸⁶. Borçlar

⁸⁰ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 246.

⁸¹ **Hatemi**, Miras, s. 90.

⁸² **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd.; **Dural/Öz**, Miras, s. 106 vd. **Hatemi**, Miras, s. 90 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 246 vd. bu yazarlardan **Dural/Öz**'ün TKM'nin yürürlükte olduğu dönemde dahi geri alma kavramını kullandıkları hakkında ayrıca bkz. Mustafa **Dural/Turgut Öz**, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2001, s. 128 vd.

⁸³ **Antalya**, s. 106-107; **Kılıçoğlu**, Miras, s. 92 vd.; **Ayan**, Miras, s. 84 vd. Sadece cayma terimini kullanan yazarlara örnek olmak üzere bkz. **Gönensay/Birsen**, s. 115 vd. Rücu kavramını kullanan yazarlara örnek olmak üzere ayrıca karş. **Velidedeoğlu**, s. 518 vd. Dönme, rücu ve cayma kavramını zikreden yazarlara örnek olmak üzere bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, s. 193 vd.

⁸⁴ **Aybay**, Miras, s. 61-62. Geri alma ve dönme kavramlarının birlikte kullanımı için ayrıca bkz. **Öztan**, s. 188 vd.

⁸⁵ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 2001/161 E., 2001/1344 K. numaralı, 07/02/2001 tarihli ve “... Vasiyet eden, vasiyetinden döndüğünü açıkça belirtmese” diyen kararı ile Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2007/12833 E., 2008/5834 K. numaralı, 22/04/2008 tarihli ve “... Bu durumda, vasiyet edenin sonraki tarihli vasiyetnameleriyle, önceki vasiyetten rücu ettiğinin kabulü gerekir.” diyen kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi, 19/10/2010).

⁸⁶ Bu yöndeki tanımlar için bkz. Pierre **Tercier**, Le Droit Des Obligations, 3. Baskı, Zurich 2004, s. 100; Luc **Thévenoz/Franz Werro**, Commentaire Romand, Code Des Obligations, Basel 2003, Art. 107, s. 629 vd.; H. **Oser/W. Schönenberger**, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Çev. Recai Seçkin, Ankara 1950, s. 769 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 381 vd.; Rona **Serozan**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, 4. Baskı, İstanbul 2006, s. 231vd.; **Eren**, Borçlar, s. 1075 vd.; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 500; Vedat **Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 80; Rona **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 121 vd.; Feyzi Necmeddin **Feyzioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 2. Baskı, İstanbul 1977, s. 263 vd. Kenan **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, C. 1, 5. Baskı, İstanbul 1972, s. 698 vd.; **Aybay**, Borçlar, s. 133 vd.;

Kanunu'nun lafzı sebebiyle dönme ve fesih kavramları üzerine uzun uzadıya tartışmalar olmakla birlikte⁸⁷ konumuz bakımından **Serozan** ve **Hatemi** dışında başkaca bir yazarın kavram düzeyinde bir tartışmaya ortak olmadığını görüyoruz. Dönmenin geriye etkili olduğu hususu hemen hemen herkes tarafından kabul edilirken niteliği ve sonuçları hususunda bir görüş birliği mevcut değildir⁸⁸. Biz, kanun koyucunun da tercih ettiği “dönme” kavramı yerine **Serozan** ile benzer kaygılarla geri alma terimini kullanacağız. Bize göre de, teknik anlamda sözleşmeler için öngörülen bir terimin tek yanlı hukuki işlemler için kullanılması isabetli olmamıştır. Diğer yandan, gerekçesiz olabilmesi ve keyfiliğe dayanması geri almayı dönmeden ciddi biçimde ayırır⁸⁹. Geri almadan maksat vakti zamanında varlık kazandırılan irade açıklamasının hukuki sonuçlar doğurmasının önüne geçilmesidir⁹⁰. Geri alma terimi için İMK'nun 509. maddesinin Fransızca metninde “révocation”, Almanca metninde ise “widerruf” kavramları kullanılmıştır. Biz, İMK'nun Almanca metnini esas alarak “widerruf” karşılığı olmak üzere geri alma kavramını daha uygun bulmaktayız⁹¹. Fransız Medeni Kanununun 1035 vd. maddelerinde de geri alma

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 962. Roma hukukuna yabancı olan sözleşmeden dönme kavramının satım sözleşmesinde ayıp çerçevesinde bu hukuk sisteminde de tanındığı hakkında ayrıca bkz. Turgut **Öz**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 25 vd.

⁸⁷ Çoğunluğun kabul ettiği görüşe nazaran fesih bir sözleşme ilişkisini ileri etkili olmak üzere sonlandırırken, dönme sözleşmenin yapıldığı ana etkili olmak üzere sonuç doğurur: **Oğuzman/Öz**, s. 381-382; **Serozan**, İfa, 232-233; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 500-501; **Feyzioğlu**, s. 264 ve oradaki dn. 358; **Tunçomağ**, s. 698; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 965; Cevdet **Yavuz**, Yargıtay Kararları Işığında Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi ve Hükümleri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 128; Dönmenin sürekli edim yükümü doğuran borç ilişkilerindeki özelliği hakkında ayrıca bkz. **Öz**, s. 26; Özer **Seliçi**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 132 vd. Dönme ile fesih arasındaki ayırmda kullanılacak temel kıstasın bu değil ve fakat dönmenin sözleşme ilişkisini çözücü feshin ise sözleşme ilişkisini sona erdirici özelliklerinde aranması gerektiği hakkında ayrıca bkz. **Serozan**, Dönme, s. 124.

⁸⁸ Sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları hakkındaki tartışmalar için bkz. **Öz**, s. 76; **Buz**, Dönme, s. 117 vd.; **Serozan**, Dönme, s. 487 vd.; Vedat **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 302 vd.

⁸⁹ Gerekçesiz ve bütünüyle keyfi geri almanın sonuçları hakkında son dönemde ortaya çıkan bir eğilim hakkında bkz. aşağıda s. 322 vd..

⁹⁰ Bu hususta bizim gibi açıkça bir tavır almayan yazarların tamamı, vasiyetnamenin geri alınması kurumunu anlatırken işe “Vasiyet edenin buna her zaman hakkı olduğu, zira geri alma hakkının işlemin doğasında bulunduğu” yolundaki açıklamaları ile başlamaktadırlar. Çoğunluğa nazaran bir vasiyetname her zaman için geri alınabilir çünkü vasiyet eden onu hazırlarken de kimseye danışmamış, kimseye ihtiyaç duymamıştır. İşte bu minvaldeki açıklama yapan yazarların tamamı da aslında bizimle aynı fikirdedirler. Çünkü, açıkça söylemeseler de, geri almanın tek taraflı işlemlere özgü olduğunu ve keyfiliğini işlemin tek yanlı olmasının bir sonucu olarak görmektedirler.

⁹¹ Fransızcada “révocation” dönme-cayma anlamlarına geldiği kadar geri alma anlamına da gelir. İMK'nun 187. maddesinin kenar başlığındaki “révocation” sözcüğünün TMK m. 208'e ya da 191. maddesinin kenar başlığındaki “révocation” sözcüğünün TMK m. 211'e dönme olarak çevrilmiş olduğunu da ekleyelim. Kanun koyucu vasiyetnamenin geri alınması kurumunu düzenleyen İMK'nun 509 vd. maddelerindeki “révocation”

kavramının, tıpkı İMK’nda olduğu gibi, “révocation” sözcüğü ile ifade edildiğini bu vesileyle eklemek isteriz. TKM döneminde bizzat kanun maddesinde geçen “rücu” terimini ise, bizzat kanun koyucunun terketmiş olması sebebiyle tercih etmiyoruz⁹². Öte yandan, “rücu” sözcüğü, dönme de dahil olmak üzere, birden çok anlama sahiptir. Bu terimi kullanmayarak ulaşmak istediğimiz amaçlardan bir diğeri de meydana gelebilecek anlam karmaşasının böylelikle önlenmesidir⁹³.

Ezcümle, kavram düzeyindeki bu kargaşa, sadece Türk Hukukuna değil İsviçre Hukukuna da hakimdir. Biz, özellikle dönme ve geri alma kavramlarının işlevsel farklılıklarını hemen aşağıda inceleyecek olmakla birlikte, burada, “resolution-rücktritt” teriminin karşılığı olarak dönmeyi, “résiliation-kündigung” teriminin karşılığı olarak fesih sözcüğünü, “révocation-widerruf” teriminin karşılığı olarak da geri almayı kullanacağız⁹⁴.

sözcüğünü de TKM döneminde rücu, TMK döneminde ise dönme kavramları ile karşılamıştır. Almancada dönme kavramı “rücktritt” (İBK m. 107 kenar başlığı), fesih ise “kündigung” (İBK m. 227f) sözcükleri ile ifade edilir. İBK’nun Fransızca metninde ise dönme için “résiliation” sözcüğünün kullanıldığı söylenebilir (İBK m. 107 kenar başlığı, m. 108 kenar başlığı m. 337). İBK’nun özellikle fesih ve dönme kavramlarının karşılığı noktasında Almanca metnini esas almak daha yerinde olur. Zira, İBK’nun 107 ve 108. maddelerinin Fransızca metninde “résiliation” sözcüğü aslında fesih anlamına gelmekle birlikte dönme (résolution) kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bu cümleden olmak üzere karş. **Oser/Schönenberger**, s. 769. İBK’nda “révocation” sözcüğünün geri alma (widerruf) teriminin karşılığı olarak kullanıldığı maddeler de vardır (İBK m. 228, m. 250, m. 251). İBK’nun 466. maddesinde ise dönme kavramının isabetli bir şekilde rücktritt’in karşılığı olmak üzere “résolution” sözcüğü ile karşılandığına şahit olmaktadır.

⁹² Doktrinde **Öz**, Türk hukukunda rücunun çoğu kez dönme bazen de geri alma yerine kullanıldığını ifade etmektedir. Yazara göre sözleşmeden rücu dendiğinde sözleşmeden dönme, icaptan rücu dendiğinde ise icabın geri alınması ifade edilmek istenir: **Öz**, s. 25 ve oradaki dn. 9’a ait üst metin. Bu vesile ile, vasiyetnameden rücu ile kastedilenin de vasiyetnameden dönme değil ve fakat vasiyetnamenin geri alınması olduğunu eklemek isteriz.

⁹³ Rücu kavramını kullanmamamızın sebebinin “öztürkçe” kavram kullanma kaygısı olmadığını bu vesile ile ifade etmek isteriz. Zira, biz de, hukuk sistemimizde yerleşmiş hukuki terimlerin değiştirilmesi ile kanunun dilinin sadeleştirilmesi arasında bir ayrım yapmaktayız. Benzer yöndeki bir görüş için bkz. Abdülkadir **Arpacı**, Hukukun Dili, Ergon A. Çetingil ve Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 305-306; Abdülkadir **Arpacı**, Yeni Türk Medeni Kanunu, 3. Baskı, İstanbul 2008, s. 7-8.

⁹⁴ Benzer yönde bkz. Ergin **Ergül**, Fransızca-Türkçe Modern Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s. 233, 234, 235; **Yavuz**, Ayıplı İfa, s. 128. FMK’nun 1184. maddesi sözleşmeden dönmeyi düzenlemektedir ve dönme kavramı “résolution” ile ifade edilmiştir. Nitekim, **Önen** de, “révocation” terimini geri almanın karşılığı olarak kullanmaktadır. **Thévenoz/Werro**’da dönme kavramını “résolution” terimi ile anlatmaktadırlar. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Thévenoz/Werro**, Art. 107, s. 639; **Tercier**, s. 89, 100. Benzer yöndeki öneri ve tespitleri için ayrıca bkz. **Serozan**, Dönme, s. 129 vd.; **Buz**, Dönme, s. 89 vd. Her iki yazar da, geri alma ve dönme kavramlarının İBK’da da gelişigüzel kullanıldığını ve gerek İsviçre gerekse Türk doktrininde bu özensizliğin devam edeceğini ifade etmektedirler. Zira, bizim gibi, geri alma hakkına ilişkin hükümlerin dilimize çevrilirken de bir yığın hatanın yapıldığının özellikle altını çizmektedirler. Bizimle benzer yöndeki düşünceleri için son olarak bkz. H. **Becker**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çev. A. Suat Dura, Ankara 1993, m. 249, s. 231 vd.; Turgut **Tan**, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, s. 3 vd.

Kavram üzerindeki kaygılarımızı ve tercihimizi böylelikle belirledikten sonra; kiminin cayma, kiminin dönme, kiminin rücu terimleri ile ifade ettiği vasiyetnamenin geri alınması meselesinden ne anlaşılması gerektiği yolundaki açıklamalarımıza geçebiliriz.

İnceleme konumuz ile ilgili olmak üzere kaleme alınmış sınırlı sayıdaki monografik çalışmadan biri olan **Öztrak**'ın seçmiş olduğu başlık ilgi çekicidir: “Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai”.

Yazar, tek taraflı ölüme bağlı tasarrufların (ki bununla bağlayıcılığı olmayan ölüme bağlı tasarruflar kastedilmektedir) nerede olurlarsa olsunlar her zaman için geri alınabileceğini ifade ettikten sonra⁹⁵, kendi deyimi ile rücu’yu “Rücu, ölüme bağlı ve tek taraflı bir hukuki muameledir ki, onunla tasarruf sahibi sarahaten veya zımnen daha evvel yapmış olduğu tek taraflı ölüme bağlı tasarrufların (hukuki muamelelerin) tamamını veya bir kısmını hükümsüz kılar. Kısaca, rücu da tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruftur.” şeklinde tanımlamaktadır⁹⁶.

Konumuzla ilgili diğer monografik eserin müellifi **Önen** de benzer bir tanım yapmaktadır. Ona göre de, teknik anlamı ile geri alma⁹⁷; ölüme bağlı tasarruf niteliğini haiz ve vasiyet edenin daha önce geçerli bir vasiyetname ile dış dünyaya yansıtmış olduğu son isteklerini kısmen ya da tamamen geçersiz kılmaya yönelik bir iradi hukuki işlemdir⁹⁸.

Biz, türlü sebeplerle bu tanımları kabul edememekteyiz. Zira, her iki tanım da vasiyetnamenin geri alınması kurumunu bütün yönleri ile kapsamı içine almaktan uzaktır. Zira, bir tanım, “efradını cami ağıyarını mani” olduğu ölçüde kabul edilebilecektir.

Herşeyden önce ifade etmek isteriz ki, vasiyetname dört yoldan geri alınabilir:

- 1) Geri alma amacına yönelik olmak üzere hazırlanmış yeni bir vasiyetname düzenleyerek
- 2) Vasiyetnameyi geri alma niyeti ile yok ederek

⁹⁵ **Öztrak**, Rücu, s. 15.

⁹⁶ **Öztrak**, Rücu, s. 15.

⁹⁷ **Önen**, geri alma için, İMK'nun fransızca metnindeki “révocation” kavramını kullanmaktadır: **Önen**, s. 11 vd.

⁹⁸ **Önen**, s. 11.

3) Mevcut vasiyetname ile bağdaşmayan tasarruflar için yeni bir vasiyetname düzenleyerek

4) Vasiyetname ile kazandırılan eşyayı yok ederek ya da vasiyetnamedeki tasarrufların hilafına sağlar arası hukuki işlemlere konu ederek.

Halihazırda vermiş oldukları tanımları eleştirdiğimiz her iki yazar da, geri almanın bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu ifade etmektedirler. Geri almayı ifade eden yeni bir vasiyetname ile ya da mevcut vasiyetname ile bağdaşmayan tasarruflar içeren yeni bir vasiyetname ile geri alma söz konusu olduğunda geri alma işleminin hukuki niteliğinin yine ve yeni bir ölüme bağlı tasarruf olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Yok etmek suretiyle geri alma işleminin de bir ölüme bağlı tasarruf olduğu, keza, kanun koyucunun bu bahiste, ölüme bağlı tasarruflara hakim olan şekle bağlılık ilkesinden istisnaen feragat ettiği de tartışılabilir olmakla birlikte çoğunluğun fikrine uyarak benimsenebilir. Ancak, vasiyetnameye konu edilen nesneye ilişkin sağlar arası tasarrufta bulunmak sureti ile geri alma gündeme geldiğinde vasiyetnamenin geri alınması işleminin bir ölüme bağlı tasarruf olmadığı aşikardır. Çok yönlü kavramların kolaylıkla tanımlanamayacağı açıktır. Meseleyi ele alan yazarların, tanım vermekten kaçınıp doğrudan doğruya geri alma usullerini anlatmaya başlamasının sebebi de bu olsa gerektir. Ama, bu yöntem izlenmeyip bir kere tanımlama çabasına girildikten sonra, ulaşılabilecek sonucun da kavramı bütün yönleri ile kapsamaması, anlatması istenir.

Diğer yandan, vasiyetnamenin geri alınması, **Öztrak**'ın ve **Önen**'in söylediklerinin aksine her zaman için tek taraflı bir hukuki işlem yolu ile de gerçekleşmez: Vasiyetnameye konu edilen bir eşyanın üçüncü bir kişiye satılması örneğinde vasiyetnamenin geri alınması sonucunu doğuran satım sözleşmesinin iki taraflı karakteri tartışılmaz biçimde meydandadır. Diğer yandan, vasiyetnamenin bir miras sözleşmesi ile de geri alınabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Gerçi, tek taraflılık ile, vasiyet edenin vasiyetnamesini geri alması hususunda vasiyetname lehdarının rızasına ihtiyaç duymadığı kastedilmektedir. Ancak, bu tespit, geri alma işleminin bir sözleşme biçiminde karşımıza çıktığı gerçeğini de değiştirmeyecektir. Vasiyetnamenin geri alınmış sayılabilmesi için mezkur sağlar arası tasarrufun geçerli olmasının arandığı bir hukuk sisteminde söylediklerimiz daha rahat anlaşılacaktır. Bir başka deyişle, geri almanın geçerliliğinin söz konusu sağlar arası işlemin geçerliliğine bağlandığı hususu tartışmasız bir şekilde kabul edilirken geri alma

iradesinin her zaman için tek taraflı olduğunu söylemek tarafımızca kabul edilemez. Vasiyet edenin karşısında bir alıcı olmadığı vakit işlem hükümsüzlük hallerinin en ağır olan yoklukla geçersiz olacaktır. Kısaca, ifade etmek gerekir ise, “geri alma iradesi her zaman için ve mutlak surette tek taraflı bir hukuki işlem içinde yer almaz demek” kanaatimizce daha isabetlidir.

Önen’in vermiş olduğu tanımın bir diğer eksikliği ise, geri alınacak irade açıklamasının sanki mutlaka bir vasiyetname içinde dile getirilmesinin zorunlu olduğu izlenimi yaratmış olmasıdır. Biz, bu hususta, kullandığımız kavram farklı olmakla birlikte, **Öztrak** gibi düşündüğümüzü, zira miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olmayan ölüme bağlı tasarrufların da vasiyetname ile geri alınabileceğini ifade etmek isteriz.

Zira, doktrinde bugüne kadar tartışılmamış olmakla birlikte, esasında tartışmalı olabilecek noktaların da **Önen** tarafından tanıma dahil edildiğini görmekteyiz. Yazar, ancak geçerli bir vasiyetnamenin geri alınabileceğini, vermiş olduğu tanımda özellikle vurgulamaktadır. Hal böyle olunca da, **Önen**, geçersiz olmakla birlikte, türlü sebeplerle (sürenin kaçırılması vb.) iptal davasına konu edilmeyen ve hukuken varlığını devam ettiren bir vasiyetnamenin neden dolayı ikinci bir vasiyetname yapmak sureti ile geri alınmış sayılamayacağı yolundaki bir sorunun da muhatabı olacaktır. Bu yöndeki bir düşünce tarzı, muhtemel iptal davasının davacılarının özellikle süre kıskacından kurtarılması anlamına gelmektedir ve sırf bu sebeple dahi en azından tartışılabilir kabul edilmelidir. Sözleşmeler hukuku alanındaki butlan ve hatta hatalı dahi olsa yokluk sebeplerinin birer iptal sebebi olarak öngörüldüğü hukuk sistemimizde (TMK m. 557) ilgililerin hem de belli bir süre içinde (ki bu süreler TMK’nun lafzına bakılacak olursa hak düşürücü niteliktedir: TMK m. 559) açması gereken davada hakimin vereceği kararın kesinleşmesine kadar hukuken geçerli kabul edilen bir ölüme bağlı tasarruf hakkında vasiyet edenin ölmeden önce geçerli bir şekilde dış dünyaya yansıttığı dönme iradesine neden dolayı sonuç bağlanamayacağı ya da en azından mezkur iptal davasının sonuçlanmasına kadar neden dolayı askıda bir geri alma işleminin var olduğunun kabul edilemeyeceği hususunun gerekçeli olarak açıklanması gerekmektedir. Öyle ki, ilk derece mahkemesinin hukuka açıkça aykırı bir red kararının kısa temyiz sürelerinin kaçırılmış olması sebebi ile adli hakikate dönüştüğü varsayımında kaygılarımızın haklılığı gün yüzüne çıkacaktır. Biz, meselenin en azından tartışılabilir olduğunu ifade etmekle yetiniyoruz.

Son olarak, her iki yazarın, geri almanın sonuçları bakımından da net bir tavır almadıkları söylenmelidir. Geri alma neticesinde, **Öztrak**, geri alınan işlemin hükümsüzlüğünden, **Önen** ise geçersizliğinden bahis açmaktadır. Kullanılan kavramlar özel hukukun bütünü düşünülecek olduğunda belirsiz ve işlemin etkisini-sonucunu ifade etmekten uzaktır. Hükümsüzlük-geçersizlik, çoğunluğun yaptığı gibi hukuki işlemlerin kendilerinden beklenen etkileri doğuramaması anlamında kullanılmışsa; içine iptal, butlan, fesih kavramlarını da alır ki, geri almanın sonucu bunlardan hiçbiri değildir. Bu eksikliğin sebebi, yazarların vasiyetnamenin geri alınması kavramını tanımlarken, öncesinde, bundan ayrı olarak geri alma hakkını incelememiş olmalarıdır. Biz, bundan dolayı, isabetli bir tanıma ulaşmak için, kısa da olsa “geri alma” kavramı üzerinde durmak isteriz.

Öncelikle ifade etmek isteriz ki, geri alma hakkı dendiğinde, birbirinden az çok bağımsız görünüm sergileyen ve sonuçları itibariyle de farklı amaçlara hizmet eden bir yenilik doğurucu haktan bahsedilmektedir⁹⁹. Bundan dolayı kavramı bütünüyle çevreleyen bir tanımın verilmesi zordur. Doktrinde de, genel olarak, böylesi bir çabaya girilmemiş, kanunda öngörülen geri alma halleri için münferit açıklamalar yapılmıştır¹⁰⁰. Örneğin, İBK’nun 34. maddesinde düzenlenen geri alma hakkı **Tercier** tarafından “tek taraflı ve kurucu öyle bir hukuki işlemdir ki bununla temsil olunan temsilciye ya yetkilerinin sona erdirildiğini ya da kısıtlandığını bildirir.” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰¹. **Öz** ise geri alma hakkını, yasanın korumak istediği belli bir kişiye tanıdığı, mevcut tek yanlı bir hukuki

⁹⁹ Geri alma hakkının bozucu yenilik doğurucu bir hak olduğu hakkında bkz. **Buz**, Dönme, s. 89. **Serozan** da tıpkı dönme gibi geri alma hakkının da yenilik doğurucu nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Bu cümleden olmak üzere karşı. **Serozan**, Dönme, s. 131. BK’nun 396. maddesinde vekalet sözleşmesi bakımından geri almanın bozucu, tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklaması olduğu hakkında ayrıca bkz. Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010, s. 377; Fahrettin **Aral**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007, s. 417; Cevdet **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2007, s. 665; Aydın **Zevkliler**/Ayşe **Havutçu**, Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007, s. 349. Hükmün ratio legisinin vekalet sözleşmesinin güven temeline dayalı bir ilişkisi olduğu hakkında ayrıca bkz. Pierre **Engel**, Contrats De Droit Suisse, 2. Baskı, Berne 2000, s. 508. **Serozan**’a göre İBK m. 404 (BK m. 396)’deki ve doktrindeki terminoloji sorununun sebebi bu düşünce tarzıdır: **Serozan**, Dönme, s. 138.

¹⁰⁰ **Serozan**, Dönme, s. 129 vd.; **Buz**, Dönme, s. 89.

¹⁰¹ **Tercier**, s. 89. BK m. 34’te bu halin “temsil yetkisinin ref’i” gibi talihsiz bir tarzda ifade edildiği hakkında ayrıca bkz. **Buz**, Dönme, s. 89 ve oradaki dn. 110.

işlemi sona erdirmeye veya sonuç doğurmasına engel olma yetkisi olarak görmektedir¹⁰². **Serozan** ve **Buz** ise, bir tanım vermekten ziyade, kurumun birden çok işleve sahip olmasından hareketle daha çok dönme kavramı ile farkları üzerinden değerlendirme yapmışlardır.

Serozan, geri alma hakkının fesih gibi dönme ile sıklıkla karıştırıldığını belirttikten sonra aynen şu bilgilere yer vermektedir¹⁰³:

“Oysa, fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini sona erdirir, dönme, bir ani edimli karşılıklı sözleşme ilişkisini çözer, geri alma, bu iki yenilik doğurucu hakkı adeta tamamlayan, işlerlik alanı ayrımlı bir yedek yenilik doğurucu hak olarak belirlemektedir.”.

Bu yenilik doğurucu hakkın işlevi-varlık sebepleri şu başlıklar altında toplanabilir:

1) Bazen bir irade açıklamasının hukuki sonuç doğurmasını engeller.

2) Bir tarafa borç yükleyen sözleşme ilişkileri ile üçüncü kişi yararına sözleşmeleri ileriye etkili olmak üzere sona erdirir.

3) Kimi zaman daha önce verilmiş olan bir yetkinin sonlandırılması ya da kısıtlanmasına hizmet eder¹⁰⁴.

TMK’nun 542 vd. maddelerinde öngörülen geri alma hakkı işte bunlardan birinci gruba girmektedir. Biz, inceleme konumuz dışında kalması sebebi ile, geri alma hakkının sözleşmeler hukukundaki görünümüne ilişkin teferruatlı açıklamalara ve çetrefilli tartışmalara girmeyeceğiz. Bununla birlikte, geri alma ve dönme hakkı ile ilgili olmak üzere ve genel olarak; bunlardan birincisinin daha çok tek taraflı hukuki işlemlere ve kanun öngördüğü ölçüde tek tarafa ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin iken yekdiğerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ilişkilerine özgü olduğu

¹⁰² **Öz**, s. 24 vd. Geri alma hakkının vefa hakkı anlamındaki geri alım hakkından bütünüyle ayrı olduğu hususunda ayrıca bkz. **Öz**, s. 25 ve oradaki dn. 5’e ait metin. Keza, geri alım hakkı, bir yenilik doğurucu haktır ve fakat bozucu değil kurucu yenilik doğurucu bir haktır.

¹⁰³ **Serozan**, Dönme, s. 129. Geri alma hakkının dönme ve fesih kavramlarını içine alan bir üst kavram olarak kullanılışı hakkında ayrıca bkz. **Buz**, Dönme, s. 89 ve özellikle oradaki dn. 112.

¹⁰⁴ **Serozan**’ın deyimiyle “... İrade bildiriminin sonuçlarını doğurmasını önler (icabın geri alınması), verilmiş yetkiyi geri çeker (temsil yetkisinin geri alınması), vekilin işi yürütme yükümüne son verir (vekaletin geri alınması), sadece bir yana borç yükleyen sözleşmeyi (bağışlama) ve üçüncü kişi yararına sözleşmeyi çözer. Bu cümleden olmak üzere bkz. Rona **Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 201.

söylenmelidir¹⁰⁵. Doktrinde, **Öz** gibi, geri alma hakkını münhasıran tek taraflı hukuki işlemlere özgüleyen; dönme ve fesih ile geri alma hakkı arasındaki ayrım da bu noktadan hareket eden yazarlar da vardır¹⁰⁶. Yazarların üzerinde mutabık kaldıkları husus ise, tek taraflı hukuki işlemler söz konusu olduğunda bunun olsa olsa geri alınabileceğidir: Tek taraflı bir hukuki işlem den dönülemez ya da bu işlem feshedilemez.

Serozan'a nazaran, dönme ile geri alma kavramları arasındaki temel farklılık kendisini bu iki hakkın işlevleri hususunda gösterir. Dönme de, türlü sebeplerle, sözleşme bağından kurtulmak hedeflenir. Buna karşılık, geri almada, kanunun türlü sebeplerle daha baştan ayrıcalıklı bir konumda kabul ettiğı bir tarafın dilediğı vakit ve ekseriye nedensiz ve bedelsiz bir tarzda hukuki ilişkiyi sona erdirmeye imkanından bahsedilir. Gerçekten de, genel olarak, ancak kanunda öngörülen sebeplere istinaden ve belli bir bedel ödemeyi göze alarak kullanılabilen dönme hakkına karşılık geri alma keyfidir, bedelsizdir¹⁰⁷. Bundan dolayı da, yine dönmeden farklı olarak, ancak ve ancak kanunun yapılmasına açıkça izin verdiği hallerde bir hukuki işlem geri alınabilir¹⁰⁸.

Keza, fesih de, çoğu zaman, kaç tarafa borç yüklediğine bakılmaksızın, sürekli edim yükümü doğuran borç ilişkilerinin ileriye etkili olarak sona erdirildiğı haller için kullanılmaktadır. Fesih ve geri alma kavramlarının ayrımına varılması için İBK'nun 404. maddesinin (BK m. 396) incelenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Zira, İBK'nun 404. maddesinin kenar başlığı Almanca metinde “widerruf,kündigung”dur, bir başka deyişle “geri alma, fesih”¹⁰⁹. Doktrinde, kavram farklılığına rağmen, her iki halde de, vekalet sözleşmesinin tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile ileriye etkili olarak

¹⁰⁵ Geri alma hakkının sözleşmeler bakımından etkisinin dönme ve fesih kavramlarının sonuçları ile örtüşdüğü hakkında ayrıca bkz. **Buz**, Dönme, s. 90. Sözleşmeler için öngörölmüş olan geri alma hakkının sonuçları hakkında ayrıntılı döküm için bkz. **Serozan**, Dönme, s. 131 vd. **Serozan**'ın bağışlama ve üçüncü kişi yararına sözleşmenin geri alınması hususunda, kendi terminolojisinde dönme için kullandığı çözölme fiilini kullanması boşuna değildir: **Serozan**, Borçlar, s. 201.

¹⁰⁶ **Öz**, s. 25.

¹⁰⁷ **Serozan**, s. 201. **Serozan**'ın ifadesiyle “Geri alma yetkisi, hukukumuzda, özel bir korumayı hak etmiş olan kişilere tanınmış olup, yine genel olarak gerekçesiz (en azından, incir çekirdeğini doldurmayan gerekçelerle) kullanılabilen ayrıcalıklı bir yetkidir.”.

¹⁰⁸ Bizzat kanunda yer verilen dönme imkanı yanında ve ona ek olarak, tarafların, irade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde, kullanılması için gerekli koşulları bizzat kendilerinin belirleyeceği bir dönme hakkını aralarındaki sözleşmede saklı tutmaları da mümkündür: **Buz**, Dönme, s. 77. Keza, dönme hakkının kullanılmasının geri almaya nazaran ihtar, ihbar ve ifa süresi tanıma gibi başkaca bir kısım formalitelere bağlandığı hakkında karş. **Serozan**, Dönme, s. 131; **Serozan**, Borçlar, s. 201.

¹⁰⁹ Fransızca metnin bu bakımdan da yanıltıcı olabileceğini eklemek isteriz: “révocation-répudiation”. Alman Medeni Kanununun 671. maddesinde vekalet verenin geri alma, vekilin ise fesih hakkından bahsedilir.

sona erdirilmesinin söz konusu olduğu ifade edilmişse de¹¹⁰ aksi yöndeki görüşe nazaran geri alma ile ne vekillik sözleşmesinin sona ermesi ne de çözülmesi söz konusudur. Zira, geri alma hakkının kullanılması ile vekillik sözleşmesi yükümleri muaccel olacak ve muaccel olan bu edimlerin yerine getirilmesi ile (verilmiş şeylerin iadesi ve yapılan masrafların ödenmesi gibi) vekalet ilişkisi son bulacaktır¹¹¹. Bu vesile ile ifade etmek isteriz ki, yukarıda, dönme ve geri alma bahsinde yaptığımız açıklamaların büyük kısmı fesih ve geri alma kavramlarını ayırırken de işimize yarayacaktır. Fesih hakkı, sürekli edim yükümü doğuran borç ilişkilerini ileriye etkili şekilde sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran haktır ve doğası gereği tek taraflıdır. Bu yönüyle geri almaya benzese de o da tıpkı dönme gibi daha çok iki taraflı hukuki işlemlere, sözleşmelere özgüdür. Dönmeden farklı olarak onu geri almaya yaklaştıran özelliği ise özellikle süresi belirlenmemiş sözleşme ilişkilerinde, kişilik hakkının korunması çerçevesinde, serbestçe yapılabilmesidir¹¹². **Oğuzman/Öz'e** göre, kanun koyucu istisnaen, bazen sözleşmenin bir tarafına, keyfi şekilde sözleşmeden dönme hakkı tanımış olabileceği gibi yine istisnai olarak sözleşmeden dönmeye ve feshe benzer bir geri alma hakkı da tanımış olabilir¹¹³.

Bize göre, dönme ile geri alma kavramlarında olduğu gibi, fesih ile geri alma kavramlarının ayırımında da, her ikisinin işlevsel farklılığından hareket edilmesi gerekmektedir. Öte yandan, dönme-fesih ve geri alma kurumlarına ilişkin olmak üzere şimdiye kadar yapageldiğimiz açıklamalardan şu sonucun çıkarılması hatalı olmayacaktır: Evveleminde, dönme ve fesih, tek taraflı hukuki işlemlere özgü kavramlar değildir. Öte yandan, bugün için, geri almanın nelerden ibaret olduğu da hemen hemen bir kesinlik

¹¹⁰ **Gümüş**, s. 377-378; **Aral**, s. 417; **Thévenoz/Werro**, Art. 404, s. 2078 vd. **Thévenoz/Werro'a** nazaran fesih-résiliation vekalet veren tarafından yapıldığında adı geri alma-révocation olmaktadır. Bizim bu düşünceye katılmamız imkansız olduğu gibi üst kavram olarak öngördüğü résiliation-fesih ile sözleşmenin ileri etkili olarak sona erdiğini kabul etmemiz de imkan dahilinde değildir. Bu hususla ilgili olmak üzere ayrıca bkz. **Serozan**, Dönme, s. 139 ve oradaki dn. 43.

¹¹¹ **Serozan**, Dönme, s. 137 vd.

¹¹² **Oğuzman/Öz**, s. 428. Yazarların ifadesi ile “Taraflardan birinin, borç ilişkisini sona erdirebilmek hususunda kendisine kanun veya anlaşma ile bir hak tanınmış bulunması” borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden birisidir. Öyle ki, kanun koyucu, böylesi bir hakkı, sürekli edim yükümü doğuran borç ilişkileri açısından, borç ilişkisi ister süreli isterse süresiz olsun haklı bir sebebin varlığına bağlamış iken, ki buna fesih denir, belirli bir süre için yapılmamış sürekli edim yükümü doğuran borç ilişkilerinde, herhangi bir sebep aranmaksızın dahi mümkün görülmüştür, ki buna da feshi ihbar denir. Yazar, bu tarz sona ermelerle, borç ilişkisinin geriye etkili olarak ortadan kaldırılmasına sebep olan dönmenin karıştırılmaması gerektiğinin de altını çizmektedir.

¹¹³ **Oğuzman/Öz**, s. 428. Yazarlar, böylelikle, geri almanın da borç ilişkisini ortadan kaldırıcı bir etkiye sahip olduğunu ifade etmiş olmaktadır ki biz hemen yukarıda **Aral** ve **Thévenoz/Werro'ya** hangi düşüncelerle katılamamışsak **Oğuzman/Öz'e** de aynı düşüncelerle katılamadığımızı ifade etmek isteriz.

arzettmektedir¹¹⁴. Geri almanın, genel olarak, istisnai bir tarzda bizzat kanun koyucu tarafından öngörölmüş olması da kurumların ayrılmasında bir kıstas olarak kullanılabilir. Kaldı ki, geri alma kavramının işlevi tespit edilirken öngöröldüğü her bir somut durum için ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiği de unutulmamalıdır. Bu değerlendirme yapılırken, kanunun sözü, kimi zaman hiçbir duraksamaya yer bırakmasızın geri almanın işlevi hususunda bize yardımcı olacak iken (vasiyetnamenin geri alınmasının işlevinin mevcut bir irade açıklamasının sonuç doğurmasının engellenmesi olduğı gibi) bazen de bu işlev, geri almanın öngöröldüğü maddede düzenlenen menfaat dengelerinin ve hükmün art anlamının derinlemesine araştırılması ile tespit edilebilecektir (vekalet sözleşmesinde vekalet veren için öngörölmüş geri alma hakkının sözleşme ilişkisini sona erdirici değil de sözleşmenin sona erdirilmesi için yerine getirilmesi gerekli olan edimleri muaccel kılıcı nitelikte olduğunun belirlenmesinin ancak ve ancak vekalet ilişkisine yüklenen tarihsel anlamın derinlemesine incelenmesine bağı olduğı gibi)¹¹⁵.

Anlamını ve işlevlerini tespit edip benzerleri ile farklılıklarını kısaca açıklamaya çalıştığımız geri alma hakkının inceleme konumuza özgü bir tanımlı şöylelikle yapılabilecektir:

¹¹⁴ En azından sözleşmeler hukuku ve medeni hukuk bakımından durum budur. Bununla birlikte, geri almaya ilişkin yeni kanun hükümlerinin sevk edilmesinin önünde de bir engel yoktur: **Buz**, Dönme, s. 91.

¹¹⁵ Bağışlama sözleşmesine yönelik bir tartışma için özellikle bkz. **Serozan**, Dönme, s. 134. **Serozan**'ın ifadeleri ile söyleyecek olursak, kimi yazarlar, geri almayı salt bir yanlı hukuki işlemlere özgülemektedir. Bu yazarların, kanunların muhtelif maddelerinde geçen açık geri alma terimine rağmen dönmeden bahis açmaları da şaşırtıcı değildir: **Becker**, m. 249, s. 232-233; **Yavuz**, Borçlar, s. 250; **Zevkliler/Havutçu**, s. 154. Oysa, **Serozan**'a göre, bağışlama sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir akit olmadığı için dönmeden söz etmek doğru olmaz. Öte yandan, dönme işleminin sözleşme edimini geri almayı sağlayıcı etkisini bağışlamanın geri alınması işlemine de tanımak isabetli olmayacaktır. Oysa **Becker**'e nazaran burada serbest arzu ve karara bırakılmış bir geri alma değil belirli unsurlara bağlanmış sona erme nedeni söz konusudur. Kanaatimizce, **Serozan**'ın, geri almayı salt bir yanlı hukuki işlemler için kabul eden yazarlar silsilesine **Becker**'i de dahil etmesi isabetli olmamıştır. Zira, **Becker**, bağışlama sözleşmesi açısından İBK'nun 249. (BK m. 244) maddesinde geri alma değil de dönme olduğundan bahis açsa da aynı maddeye ilişkin açıklamalarında bunun sebebini yukarıdaki gerekçeyle değil de bağışlama bakımından dönmenin daha uygun olduğuy yolundaki düşüncesine dayandırmaktadır. Nitekim, yazarın, vekalet akdi bakımından geri alma hakkını kabul ettiğine şahit olmaktayız. Bu noktada **Becker** ile **Serozan**'ın arasında birbirine paralel düşüncelere sahip olduğuy düşünmekteyiz. **Serozan** gibi **Becker** de geri almanın sadece tek taraflı hukuki işlemler bakımından değil eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da gündeme gelebileceğini ifade etmektedir. İBK m. 249'un Fransızca metninin kenar başlığındaki annulation kavramının geri alma (révocation) şeklinde yorumu için ayrıca bkz. **Engel**, s. 120. Ancak, yazara göre, bağışlama sözleşmesinin geri alınması hakkı, şahsa sıkı surette bağı bir hak olması sebebi ile devredilemez ve hakkın kullanılması ile dönmede olduğuy gibi sözleşmeden doğan hüküm ve sonuçlar geçmişe etkili olacak tarzda ortadan kalkar.

Vasiyetnamenin geri alınması, kimi zaman ölüme bağlı tasarruf kimi zaman sağlar arası hukuki işlem niteliğine sahip tek ya da iki taraflı öyle işlem ve eylemlerle karşımıza çıkar ki, bununla ölüme bağlı tasarrufta bulunan bir kişi, kazandırma lehdarının rızasına ihtiyaç duymaksızın, bir vasiyetnamede ya da bağlayıcı içeriğine dahil olmayacak tarzda bir miras sözleşmesinde varlık kazandırdığı tasarrufunun, kısmen ya da tamamen, kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde hukuki sonuçlar doğurmasına engel olur.

Biz, yukarıda yaptığımız tanımın, kanunun meseleyi ele alış şekline ve geri alma kurumunun kavramsal çerçevesine daha uygun düştüğüne ve kapsayıcı olduğuna inanmaktayız. Geri alma işleminin bozucu yenilik doğurucu niteliği, işlevi ve sonucunun açık bir şekilde ifade edilmesi ile vurgulanmak istenmiştir. Öte yandan, örneğin, geçersiz bir vasiyetname ya da miras sözleşmesine konu edilen tasarrufun geri alınmasının mümkün olup olmadığı gibi tartışmalı hususlar bilinçli bir şekilde yok sayılmış ve bu eksiklik geri alınan işlemin mutlaka geçerli olması gerektiği belirtilmemek suretiyle, giderilmeye çalışılmıştır¹¹⁶. Zira, vasiyetnamenin geri alınmasının sonuçları da kısa ve öz bir şekilde ifade edilmiştir: Vasiyet eden, bozucu nitelikteki yenilik doğurucu geri alma hakkını TMK'nun 542 vd. maddelerinde öngörülen esas ve usule ilişkin şartlar çerçevesinde kullanacak ve hakkın kullanılması ile birlikte geri almaya konu edilen işlem-tasarruf geri alma işleminin içeriği nispetinde kısmen ya da tamamen ortadan kalkacak, etkisini yitirecek, sona erecektir¹¹⁷.

¹¹⁶ Vermiş olduğumuz tanım ile **Önen** ve **Öztrak** tarafından yapılmış olan mevcut tanımların örtüştüğü hususlardan bir tanesi geri alma hakkının kanuni çerçevesine sadece hukuki işlemlerin girmiş olduğudur. Yok etmek suretiyle geri almanın maddi fiil mi yoksa bir hukuki işlem mi olduğu tartışılabilir olmakla birlikte söz konusu halde de, geri alma iradesini kapsayan bir yok etme fiilinin hukuki işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği yolundaki çoğunluk görüşüne katıldığımızı ifade etmekle yetiniyoruz.

¹¹⁷ **Buz**, Dönme, s. 90; **Serozan**, Dönme, s. 130. Bozucu yenilik doğuran hakların sonuçları hakkında ayrıca bkz. **Tekinay**, Medeni, s. 147-148; **Dural/Sarı**, s. 133 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 144; **Bülent Köprülü**, Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 1984, s. 67; **Ayan**, Medeni, s. 93-94; **Bilge**, s. 230; **Aybay/Aybay**, s. 186-187; **Serozan**, Medeni, s. 170-171; **Zevkliler**, s. 103-104.; **Buz**, Haklar, s. 191 vd. **Buz**; iptal, geri alma, dönme, fesih, mirasın reddi, mirastan ıskat ve takası bozucu yenilik doğuran haklara örnek olarak zikrettikten sonra bu hakların kullanılması ile bir hak ya da hukuki ilişkinin sona erdirileceğini belirtmektedir. Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar daha çok özel hukuk ilişkileri bakımından caridir. Oysa, geri alma kavramının derin tartışmalara yol açtığı başkaca hukuk disiplinlerinin varlığı herkesçe bilinmektedir. Geri alma, kavramsal olarak, idari işlemin geri alınması kurumu çerçevesinde, idare hukukunun da temel problemlerinden birini teşkil etmektedir. Bir idari işlem, yapanın iradesine bağlı olmaksızın, muhtelif doğa olayları vb. sebeplerle, çoğu kez işlemin konusuz kalması sebebi ile sona erebileceği gibi, tartışmalı olmakla birlikte işlemin uzunca bir süre uygulanmaması da en azından doktrinde işlemin hükümlerini yitireceği bir sebep olarak kabul edilmektedir. Süreli yapılan idari işlemler de sürenin sona ermesi de işlemin kadük sayılmasına neden olacaktır. İşte bütün bunlara ek olarak, bir idari işlemin bizzat o işlemi yapan idari otorite

Öztrak'ın deyimiyle “tek taraflı”, bir başka deyişle bağlayıcılık niteliğinden yoksun ve bu sebeple her zaman için geri alınması mümkün olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların gerek vasiyetnameye gerekse miras sözleşmesine konu edilebileceğini yukarıda tespit etmiş idik¹¹⁸. Bu çalışmada vasiyetnamenin geri alınması kavramı ile, nerede yer alırsa alsın, bağlayıcılığı olmayan tek taraflı ölüme bağlı tasarrufların, yine vasiyet edenin daha doğrusu ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin iradesi ile hükümden düşürülmesi, deyim yerinde ise etkisizleştirilmesi sürecini ifade ettiğimizi bu vesile ile tekrar ederiz. Kanaatimizce, TMK'nun 542, 543 ve 544. maddelerinin üst başlığı “Vasiyetden dönme” değil de “Vasiyetnamenin geri alınması” olmalıydı¹¹⁹. Kanun koyucu aynı hataya, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekilleri” başlıklı miras kitabının ikinci bölümünün dördüncü ayrımında da düşmüştür: Şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların anlatıldığı bahsin adının “vasiyet” şeklinde ifadesi de doğru olmamıştır. İşte, nasıl ki, TMK'nun 531 vd. maddelerinde vasiyet değil de vasiyetname türleri anlatılıyorsa, 542 vd. maddelerinde de vasiyetden dönme değil de vasiyetnamenin geri alınması ifade edilmek istenmiştir. Biz, bu sebeple, çalışmamızın başlığını seçerken, **Öztrak** gibi maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufları esas alarak bir belirleme yapmadık. Hatalı olduğunu düşündüğümüz hususları düzeltmek suretiyle kanun koyucunun izinden gittik ve onun sistematüğini takip ederek şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan hareket edip inceleme konumuzun başlığını belirledik. Bununla birlikte, bizim ve kanunun vasiyetnamenin geri alınması kavramı ile **Öztrak**'ın “tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardan rücu” kavramının aynı olguyu ifade ettiği eklenmelidir.

Diğer yazarlardan sistematik olarak ayrıldığımız bir diğer husus da şudur: Vasiyetnamenin geri alınması işleminin hukuki niteliğini geri alma hallerinin bütünü kapsayacak tarzda ifade etmek yerine her bir geri alma yöntemi için ayrı ayrı açıklamayı

tarafından geri alınabileceği de genel olarak kabul görmüş bir ilkedir. İnceleme konumuz dışında kalması sebebi ile konuyu daha ayrıntılı bir şekilde incelemeyeceğiz. Ancak, bu vesile ile, yukarıda özel hukuk bakımından yapageldiğimiz özellikle terminoloji tartışmalarının idari işlemin geri alınması hususunda da yaşandığını söylemek isteriz. Kavramın Fransız hukukunda “rapport” ya da “revocation”, Alman hukukunda ise “widerruf” ve “rücknahme” terimleri ile karşılanmakla birlikte Türkçe kaynaklarda, “idareten iptal”, “idarenin ilk tasarrufundan rücuu hali”, “geri alınmak suretiyle iptal”, “keenlemyekun addedilme” ve “iptal veya fesih şeklinde geri alma” tarzında ifade edildiği hakkında ayrıca bkz. **Tan**, s. 3 vd. Yazar, geri almanın idare hukuku bakımından sonuçları ise işlemin yapıldığı tarihten itibaren hukuki hayattan silinmesi, çıkarılması şeklinde açıklamıştır.

¹¹⁸ Bu hususla ilgili olmak üzere bkz. yukarıda s. 8 vd.

¹¹⁹ Tek taraflı işlemlerin geri alınacağı, bunlardan dönmenin mümkün olmadığı hakkında bkz. yukarıda s. 41 ve oradaki dn. 103'e ait metin.

uygun gördük. Zira, yok etmek suretiyle ve sağlar arası tasarruf yoluyla geri alma işlemlerinin hukuki niteliğinin ayrıca açıklanmayı hakettiğine inandık. Bu inancımızda belirleyici olan ise, özellikle bu iki hal için, kanun koyucunun miras hukukuna hakim olan genel ilkelerden ciddi biçimde uzaklaşmış olmasıdır. Bütün geri alma yöntemlerini kapsayacak tarzda bir hukuki nitelik belirlemesi yapmak, özellikle yok etmek sureti ile geri alma ve sağlararası tasarruf yolu ile geri alma işlemlerinin hukuki niteliği üzerine yapılması gerekli olan tartışmaların kapısını da peşinen kapatmak anlamına gelecekti. Eserlerini inceleme fırsatı bulduğumuz yazarların büyük çoğunluğu ise, bu hususta, ya susmayı tercih etmiş; ya da bir yandan ölüme bağlı tasarruflarda sıkı şekilciliğin ve tipe bağlılığın esas olduğunu ifade ederken, diğer yandan, peşinen ve tüm haller için, vasiyetnamenin geri alınması işleminin tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf sayılması gerektiğini belirtmişlerdir. Yine onlara nazaran, kanunun açıkça ve ayrıcalıklı bir tarzda öngörmüş olması sebebi ile yok etmek sureti ile vasiyetnamenin geri alınması da tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruftur. Vasiyetnamenin geri alınması hukuki işlemini peşinen tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul eden düşünce tarzının sağlar arası işlem yoluyla vasiyetnamenin geri alınması gündeme geldiğinde çelişkili bir tutum takındığı da söylenmelidir. Bu bahiste, yine aynı çoğunluğun yaptığı gibi, vasiyetnameyi geri alan işlemin diğerlerinin aksine tek taraflı bir sağlar arası hukuki işlem olduğu söylendikten sonra, mezkur işlemin bir sözleşme olarak da karşımıza çıkabileceği ve bu arada, bu işlemi yapmak için vasiyet edenin, lehdarın rızasına ihtiyaç duymaması ile geri alma işleminin kaç taraflı olduğu hususlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği üzerinde yeterince durulmamıştır. Öte yandan, geri almanın sonuç doğurmasının sözü edilen sağlar arası hukuki işlemin geçerliliğine bağlanması kendi içinde çok da tutarlı olmayacaktır. Meselenin en azından etraflıca tartışılması gerektiğine inanmaktayız. Bu sebeple, geri alma işleminin hukuki niteliğine ve buna bağlı bir kısım sonuçlara tanımda yer vermek yerine meselenin yeri geldikçe ayrı ayrı değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

II. BENZER KURUMLARDAN FARKLARI

Bir vasiyetnameye konu edilen maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların etkisizleşmesinin yegane nedeni geri alınmaları değildir¹²⁰. Bir kısım sebeplerin varlığı halinde, mezkur tasarrufların hiçbir işleme gerek olmaksızın kanun gereği kendiliğinden yürürlükten kalktıkları kabul edilir. Geçerli bir ölüme bağlı tasarrufun bu yollardan etkisizleşmesinin yanı sıra başkaca bir kısım sebeplerin varlığı ise ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Bu son halde, ölüme bağlı tasarrufun hükümden düşmesi, ilgilinin, yenilik doğurucu iptal hakkını belli bir süre içinde hem de dava şeklinde kullanmasına bağlanmıştır. İptal davası yolu da diyeceğimiz bu halin gerek geri almadan gerekse kanun gereği yürürlükten kalkmadan temel farkı da işte burada yatar: Ölüme bağlı tasarruf, çerçevesi bizzat kanunun belirlediği sebepler yüzünden, zaten geçersizdir ve fakat ilgilinin açacağı iptal davasına (davayı kabul kararının kesinleştiği ana) kadar geçerli bir ölüme bağlı tasarruf imiş gibi hüküm ve sonuç doğurur. Hal böyleyken, biz, hemen aşağıda, geri almanın, gerek iptal davası gerekse kendiliğinden hükümsüzleşme halleri ile arasındaki farkları kısaca açıklamakla yetineceğiz.

1. Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali ile Geri Alma Arasındaki Farklar

Ölüme bağlı tasarrufların iptali ile kastedilen, esasında, geçerlilik şartlarına riayet edilmeksizin düzenlenmiş bir ölüme bağlı tasarrufun, bu geçersizlik sebebine istinaden hakim tarafından geçmişe etkili olacak tarzda hükümden düşürülmesidir. İşlemin iptaline yol açan sebep o daha varlık kazanırken mevcuttur. Bununla birlikte, tasarruf, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi öldükten sonra açılacak bir dava ile iptal edilir. Bu haliyle, iptal davası yolu ile ölüme bağlı tasarrufların hükümden düşürülmesi sürecinde vasiyet edenin iradesinin rolü yoktur¹²¹.

Bu bahiste, ne ölüme bağlı tasarrufların iptali ne de söz konusu yaptırım türünün özel hukukta öngörülen hükümsüzlük hallerine nazaran arzettiği özellikler hakkında geniş

¹²⁰ Serozan/Engin (Serozan), s. 245 vd.; Dural/Öz, Miras, s. 129 vd.; Hatemi, Miras, s. 112; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 348 vd.; Ömer Uğur Gençcan, Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 310 vd.; Önen, s. 12 vd.; Öztrak, Rücu, s. 24 vd.; Steinauer, s. 361 vd.

¹²¹ İptal sebeplerini bünyesinde taşıyan bir vasiyetnamenin bizzat vasiyet eden tarafından sağlığında da iptal edilebilecek olmakla birlikte söz konusu tasarruflar her zaman için sebep göstermeksizin geri alınabileceği için bu imkanın pratik bir önemi olmadığı hakkında ayrıca bkz. Serozan/Engin(Serozan), s. 246.

açıklamalar yapılacaktır¹²². Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlük rejiminin sağlar arası hukuki işlemlere kıyasla ciddi farklılıkları bünyesinde taşıdığı itiraf edilmelidir¹²³. Bu cümleden olmak üzere, sağlar arası hukuki işlemler için kesin hükümsüzlük sebebi olan bir kısım olguların ölüme bağlı tasarruflar bakımından sadece ve sadece iptal sebebi olarak kabul edildiği söylenmelidir. Örneğin, sözleşmeler hukuku alanında çoğunluğun görüşüne göre bir kesin hükümsüzlük-butlan sebebi olarak kabul edilen şekle aykırılık¹²⁴, TMK'nun 557. maddesinde bir iptal sebebi olarak varlık bulmuştur¹²⁵. Kanunun ölüme bağlı tasarrufların iptali sebepleri bakımından ortaya koyduğu bu tercih ciddi tartışmaların da kapısını aralamıştır¹²⁶.

¹²² Meselenin etraflıca açıklandığı bir çalışma olarak bkz. **Eren**, İptal, s. 3 vd.

¹²³ Bu ayrılık, Kanunun dilinden de açıkça anlaşılmaktadır. TMK'nun üçüncü kitabının ikinci bölümünün altıncı ayrımının 'Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali ve Tenkisi' başlığını taşımaktadır. Öte yandan, TMK'nun 557. maddesinin üst başlığı 'İptal Davası', alt başlığı ise 'sebepler'dir. Madde başlıklarının kanun metnine dahil olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Ancak, metnin anlamını ortaya çıkarmak amacıyla yapılacak yorumda bunlardan yararlanabileceğimiz aşikardır: **Elçin**, s. 1019 vd.

¹²⁴ **Altaş**, s. 102 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 102 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 126 – 127. Sıhhat şartı şekle aykırılığın yaptırımı genel olarak kesin hükümsüzlük, kesin geçersizlik ya da butlan terimleri ile ifade edilmektedir: İşlem ölü doğmuştur. Önüne gelen dosyada hakimın yapacağı olsa olsa kendi kararına gerek olmaksızın işlemin doğuşunda meydana gelen bu geçersizliği tespit etmekten ibarettir. Bu yöndeki yargı kararları için bkz. ATF 115 II 337; YİBK. 30/09/1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (YKD., S. 2, 1989, s. 147 vd.). Bununla birlikte meselenin en azından doktrinde tartışmalı olduğu da eklenmelidir. Son dönemde, kesin hükümsüzlük yerine sadece ilgililerin başvurusu üzerine sonuç doğurabilecek bir kendine özgü geçersizlik görüşünü savunanların sayısında artış görülmektedir. Şekle aykırılığın yaptırımı konusunda ileri sürülen değişik görüşler ve tartışmalar için ayrıca bkz. **Altaş**, s. 89 vd.

¹²⁵ Aile hukuku alanında, özellikle evlenme akdi bakımından, şekil kurallarının kurucu olgu seviyesine taşındığı hakkında bkz. Feyzi Necmeddin **Feyzioğlu**, Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 136 vd.; Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 74; **Serozan**, Medeni, s. 16; Turgut **Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.2, 10. Baskı, İstanbul 2006, s. 98 vd. Evlenme akdine resmiyeti verecek makama ilişkin **Hatemi**'nin kayda değer eleştirileri hakkında ayrıca bkz. Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 87 vd.

¹²⁶ **Eren**, İptal, s. 129 vd. Tartışmaların özellikle ahlaka aykırılık hususunda ortaya çıktığı söylenmelidir. Doktrinde kimi yazarlar ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin ahlaka aykırı olması halinde ancak ve ancak kesin hükümsüzlükten bahsedilebileceğini kabul ederken kimine göre bu görüşteki yazarların kaygısı yerinde değildir. Son görüşteki yazarlara nazaran bu hususta da belirleyici etkenin favor testamenti ilkesi ve onun bir görünümü olan vasiyet edenin son arzu ve isteklerini mümkün mertebe ayakta tutma düşüncesi olması icapeder. Bu cümleden olmak üzere karşı. **Dural/Öz (Dural)**, Miras, s. 223; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 332. Kanun koyucunun maddi anlamda cebir ile tehdit arasında bir ayrım gözetmemesi de özellikle eleştirilmiştir. Bu görüşteki yazarlara göre kanunun diliyle zorlamanın olduğu hallerde aslında vasiyetname düzenleme iradesinden bahsetmeye imkan yoktur: **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 325. **Arpacı**'ya göre bu hatanın temelinde ikrah sözcüğünün karşılığı olan kavramların gelişigüzel kullanılması yatmaktadır. Yazar, manevi (tehdit) anlamında değil de maddi (zorlama) anlamında ikrah halinde iradenin yokluğundan bahis açmaktadır: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde kendisi tarafından verilmekte olan Özel Hukuk Uygulamaları dersinde yapmış olduğu açıklamalardan alınmıştır. Ölüme bağlı tasarrufların kendiliğinden hükümsüzlüğü ve iptal edilebilirliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. **Steinauer**, s. 367 vd.

Bu tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, hemen yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, ölüme bağlı tasarrufların iptali ile anlatılmak istenenin, baştan geçerli sayılan bir işlemin sonradan kendisine iptal yetkisi tanınarak korunmak istenen kişinin açacağı iptal davasıyla baştan itibaren geçersiz kılınması olduğu söylenmelidir. İşlem, bozucu yenilik doğurucu nitelikteki hakim kararına kadar askıdadır, sonuç doğurmaması süresi içinde dava açılmasına bağlıdır. Hakimin vereceği bozucu yenilik doğurucu iptal kararı geçmişe etkili olmakla birlikte sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur¹²⁷. Kendisine iptal davası açma hakkı verilen kişilerin harekete geçmemesi esasında geçersiz doğan bir işlemin hukuken sonsuza kadar sanki geçerli imiş gibi hüküm ifade etmesine neden olur¹²⁸.

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, vasiyetnamenin geri alınması söz konusu olduğunda, belirleyici olan, vasiyet edenin iradesidir. Oysa, ölüme bağlı tasarrufların iptali için aynı şeyin söylenmesi pek de mümkün değildir. Yine, bir ölüme bağlı tasarruf, vasiyet edenin bizzat kendisi tarafından sağlığında yapacağı işlemler ile geri alınabilirken; iptal

¹²⁷ **Öztrak**, Rücü, s. 26; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 327 vd; **Dural/Öz (Dural)**, Miras, s. 224 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 341 vd.; **Aybay**, Miras, s. 66; **Hatemi**, Miras, s. 80; **Antalya**, s. 198 vd.; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 290 vd.

¹²⁸ Yarg. HGK'nun 26/06/1996 tarihli, E. 1996/2-447, K. 1996/522 sayılı ve Yarg. 16. HD.'nin 13/10/1989 tarihli, E. 1989/10845, K.1989/14561 sayılı kararları için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi, 29.10.2010). Yüksek Mahkeme bu kararında vasiyetnamelerin, iptal edilmediği sürece, şeklen geçeriz olsalar bile geçerli imiş gibi hükümlerini doğuracağını açıklamıştır. Ölüme bağlı tasarrufların iptali müessesesi İMK'nun 519, 520 ve 520a maddelerinde, şeklen bizdeki TKM dönemine benzer tarzda düzenlenmiştir. Her iki hukuk sisteminde öz itibarı ile farklılık olmamakla birlikte, TMK'ndan farklı olarak, iptal sebeplerinden şekil kurallarına aykırılık o hukuk sisteminde ayrı bir maddede düzenlenmiştir. TMK'nda ise bütün iptal sebeplerinin tek bir maddede toplandığına şahit olmaktayız (TMK m. 557). Öte yandan, İsviçre'de, 1996 yılında yapılan değişikliklerle, kanuna 520a maddesi eklenmiş ve vasiyetnamenin iptal edilebilirliğine ciddi sınırlamalar getirilmiştir. Meselenin esası bakımından ise iki hukuk sistemi arasında bir fark yoktur: Ölüme bağlı tasarruflar, İsviçre Hukukundada, hakimin geçmişe etkili ve kurucu nitelikli iptal kararı söz konusu olmadıkça etkilerini göstermeye devam edecektir. Son cümleden olmak üzere bkz. **Cottier**, s. 33 vd.; **Guinand/Stettler**, s. 79 ve özellikle oradaki dn. 223'e ait metin; **Piotet**, Traité, s. 248 vd.; Jacques **Lador/John-Pierre Minet/W.-E. Hinderman**, Héritiers et Testateurs, Geneve 1954, s. 119 vd. Miras hukukunda iptal edilebilirlik ve kesin hükümsüzlük yaptırımı arasındaki farklar için ayrıca bkz. **Steinauer**, s. 367 vd.; **Piotet**, Traité, s. 247. **Cottier**'in ifadesi ile '*şekil şartlarına uygunluk bir geçerlilik sebebidir ama bunlara uyulmamış olması vasiyetnamenin hükümsüz olacağı anlamına gelmez*'. Kanunda belirtilen süre içinde ilgililerin dava açmaması halinde vasiyetname geçerli kabul edilir ve hüküm doğurur.'. Öte yandan, İMK m. 521/III ve TMK m. 559/II'de, iptal sebeplerinin def'i yoluyla her zaman ileri sürülebileceği açıkça belirtilmektedir. Ölüme bağlı tasarrufların şekil kurallarına aykırılığı halinde Fransız Hukukunda kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı hakkında ayrıca bkz. **Terré/Lequette**, s. 355; Henri et Leon **Mazeaud/Jean Mazeaud/François Chabas/Laurent Leveneur/Sabine Mazeaud Leveneur**, Leçons De Droit Civil, Successions-Libéralités, C. IV, Paris 1999, s. 289; Marc **Nicod**, Droit Patrimonial De La Famille, Régimes Matrimoniaux-Successions-Liberalités-Partages d'Ascendants- Indivisions, Sous la Direction De Michel Grimaldi, Paris 1998, s. 653; Emmanuel **Vergé/Georges Ripert/ Suzanne Dalligny**, Répertoire Du Droit Civil, C. 5, Paris 1955, s. 339.

yolu gündeme geldiğinde vasiyet edenden başkaca kişilerin vasiyet eden öldükten sonra açacakları bir davadan bahsedilmektedir. Böylelikle, geri alma ile iptal arasında usul yönünden de bir kısım farklılıkların mevcut olduğunu söylemiş oluyoruz. Gerçekten de, vasiyetnamenin geri alınması hakkının dava yolu ile kullanılmasına da imkan yoktur¹²⁹. Geri alma ile iptal kurumlarının bunlar için sevk edilen şekil kuralları bakımından da ayrıştığı söylenebilecektir. Vasiyetname, vasiyet edenin sağlığında geri alınır ve zaten vasiyet eden yaşadığı için hiçbir hüküm ve sonuç doğurmamış olan bir işlemin, hüküm ve sonuç doğurması ihtimalinin önüne peşinen geçilmesini ifade eder: Ana rahminde sağlıklı

¹²⁹ Çoğunluğun görüşüne uymayacak olsa idik bu cümlemin şu şekilde kaleme alınması gerekirdi: “Gerçekten de, vasiyetnamenin geri alınması hakkının dava yolu ile kullanılmasına gerek yoktur.”. Zira, türlü sebeplerle, kanunda öngörülenler dışında yeni bir yenilik doğurucu davadan bahsedilemeyeceği sıklıkla ifade edilmektedir. Bu görüşte olmak üzere bkz. **Serozan**, Medeni, s. 220-221; **Buz**, Haklar, s. 187 vd.; Baki **Kuru**/Ali Cem **Budak**, Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 49; **Kuru**/**Arslan**/**Yılmaz**, s. 294-295; **Alangoya**/**Yıldırım**/**Yıldırım**, s. 228 vd.; **Pekcanitez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 251 vd.; **Üstündağ**, s. 335 vd. **Buz**, yenilik doğuran haklar bakımından geçerli olmayan sınırlı sayı ilkesinin yenilik doğuran davalar bakımından cari olduğunu söylemektedir. Yenilik doğuran davalar; kamu düzeni, hukuki işlemlerde emniyet ve güvenlik, karşı tarafın veya üçüncü bir şahsın menfaatinin korumak için öngörülmüşlerdir. Bundan dolayı da, kanunda öngörülenler dışında yeni bir takım yenilik doğuran dava hakları yaratılması mümkün değildir. Yine **Buz**’a nazaran, yenilik doğurucu hakkın kullanılmasının dava şartına bağlandığı hallerde işbu dava ile güdülen amaca tarafların anlaşarak ulaşması da mümkün değildir. Ölümüne bağlı tasarrufların iptali davası ile ilgili olmak üzere ise **Kuru** aynen şu bilgileri vermektedir: “Diğer bazı inşai haklarda ise, inşai hak sahibinin bu hakkını tek taraflı olarak kullanmasıyla hukuki sonuç doğmaz ise de, hukuki sonucun doğması için mutlaka bir mahkeme kararı alınması da şart değildir. Taraflar anlaşırsa, mahkeme kararına gerek kalmadan, tarafların anlaşması ile hukuki sonuç doğar; mesela, ölümüne bağlı tasarrufların iptali ve cezai şartın indirilmesi hallerinde olduğu gibi.”. Biz, bu husus bakımından çoğunluğun görüşüne katılmakla birlikte tam aksi yönde bir düşüncenin neden dolayı kabul edilemeyeceğinin gerekçelerinin daha açık bir şekilde ifade edilmesi gerektiğine inandığımızı eklemek isteriz. Yazarlar, kullanılması bir dava açılmasına bağlanmamış yenilik doğurucu hakların neden dolayı dava yolu ile kullanılamayacağı yolunda bir kısım açıklamalar yapmış olsalar da sınırlı sayı ilkesi ile ilgili olmak üzere herhangi bir kanun hükmüne dayanmış da değildirler. Buna istinaden “Kanunun öngörmediği ayrımlara gidilemeyeceği aşıkardır: ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” tarzında vukubulacak bir eleştiriye ne yanıt verileceği de merak konusudur. Biz de, kanunun hiçbir yerinde anılan tarzda bir sınırlı sayı ilkesinin tanzim edildiğine şahit olmadık. Zira, bir yenilik doğurucu hakkın ancak ve ancak dava yolu ile kullanılmasına gerekçe olarak gösterilen işlem güvenliği vb. sebeplerin hiçbirisi, kanunda bu imkanın tanınmamış olduğu hallerde dahi ilgilinin rızasının dava yolu ile kullanılmasına engel teşkil edecek nitelikte de değildir. Biz, bu vesile ile, vakti zamanında özellikle Alman Pandekt hukukçularının ortaya atmış olduğu bir kısım düşüncelerin peşinen ve sanki genel geçer bir hukuk kuralı gibi kabul edilmesinin de, taraftarı olduğumuz menfaat hukukçuluğu akımı çerçevesinde mümkün olmadığını ifade etmek isteriz. İlgilinin, dava şartına bağlanmamış bir hakkını çoğu zaman dava yolu ile kullanmayacağı aşıkardır. Ama, aynı kişiyi bu imkandan yoksun bırakmanın, iradesinin bu yolla tecelli etmesi isteğini yok saymanın zevkine de varamamaktayız. Öte yandan, doktrinde, dava yolu ile kullanılması gerekli olmayan yenilik doğurucu hakların kullanılması ile gündeme gelen bir uyumsuzluğun çözümü için yapılacak yargılama neticesinde verilecek hükmün tespitten öteye gidemeyeceği de ifade edilmiş bulunmaktadır. Son cümleden olmak üzere ayrıca bkz. **Kuru**/**Budak**, s. 48. Kullanılması dava şartına bağlanmayan yenilik doğurucu hakların dava yolu ile kullanıldığı hallerde olsa olsa dava dilekçesinin davalıya tebliği ile hakkın yine dava dışı yolla kullanılmış sayılması gerektiği ve keza, bu halde, yenilik doğurucu hakkı kullanma yolundaki iradenin geciktirici-iradi nitelikli dava açma şartına bağlandığı yolundaki görüşler de endişelerimize ve sorularımıza cevap olmaktan uzaktır.

bir şekilde varlık kazanmış dölüt yine ana rahminde iken öldürülür. Oysa, iptale tabi ölüme bağlı tasarruflarda, geçersizlik sebebi daha başlangıçta mevcuttur. Tasarruf bu sakatlığa rağmen, vasiyet edenin ölümü ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya da başlar. Ta ki vasiyet eden öldükten sonra açılacak bir dava ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı ana yani vasiyet edenin ölümü anına etkili olacak şekilde ortadan kaldırılır: Dölüt ana rahminde sakattır ve fakat doğuma engel olunamaz. Yapılacak şey olsa olsa varlık kazanmış bu çocuğun doğduktan sonra öldürülmesidir¹³⁰.

2. Ölüme Bağlı Tasarrufların Kendiliğinden Hükümsüzlüğü ile Geri Alma Arasındaki Farklar

Hemen yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bir kısım sebeplerin varlığı halinde, mevcut bir ölüme bağlı tasarrufun başkaca hiçbir işlem ve eyleme gerek kalmaksızın kanun gereği kendiliğinden (ipsu iure) hükümsüz oldukları kabul edilir¹³¹:

2.1. Lehine Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunulan Kişinin Mirasbırakandan Önce Ölmesi

TMK'nun 580. maddesi “Mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır.” hükmünü haizdir. Keza, aynı ilkenin vasiyet alacaklısı ve atanmış mirasçı için de tekrar edildiğine şahit oluyoruz:

TMK m. 581/I: Vasiyet alacaklısı olabilmek için, mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olmak ve sağ olmak şarttır.

TMK m. 548/I: Mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişi mirasbırakanın ölümünde sağ değilse, miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar¹³².

¹³⁰ Bu cümleden olmak üzere karş. **Önen**, s. 13; **Öztrak**, Rücu, s. 27. **Önen** de, İsviçre hukuku bakımından, ölüme bağlı tasarrufların iptali sebeplerinin işlemin daha varlık kazandığı anda karşımıza çıktığının altını çizmektedir. Yazara göre, geri alma mevzu bahis olduğunda belirleyici olan, vasiyetname varlık kazandıktan sonra ortaya çıkan vasiyet edenin bu yöndeki iradesidir. Ölüme bağlı tasarrufların iptalinde ise; yaş eksikliği, ayırtetme gücünden yoksunluk ya da şekil şartına uyulmaması gibi iptal sebepleri yüzünden vasiyetname daha başlangıçta sakattır. Keza, **Önen**, ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlük rejiminin İsviçre Hukuku bakımından da, kesin hükümsüzlük (nulles de plein droit) değil de iptal edilebilirlik olduğunu eklemektedir. Geçersiz bir ölüme bağlı tasarrufun geri alınıp alınamayacağı ise ayrıca tartışılmalıdır.

¹³¹ **Önen**, s. 13. Yazar bu türden geçersizlik hallerinin bütününe ifade etmek için “la caducité des dispositions testamentaire” terimini kullanmaktadır.

¹³² Mesele İMK'nun 542, 543 ve 515. maddelerinde benzer tarzda düzenlenmiştir.

Kısaca ifade etmek gerekir ise, mirasbırakandan önce ölmek, kanuni mirasçılığı olduğu kadar iradi mirasçılığı da sonlandırır¹³³.

2.2. Boşanma ve Evliliğin Butlanına Karar Verilmesi

Geçerli bir evlilik ilişkisinin hakimın vereceği yenilik doğurucu nitelikteki karar ile ileriye etkili olmak üzere sonlandırılmasını ifade eden boşanmanın sonuçları çok yönlüdür¹³⁴. Zira, boşanmanın bir kısım sonuçları sırf aile hukukuna özgü iken diğer bir kısım sonuçları özel hukukun muhtelif alanlarına ilişkindir. Konumuz ile ilgili ve sınırlı olmak üzere, boşanmanın da, mirasbırakandan önce ölüm gibi, gerek kanuni gerek iradi mirasçılığı ortadan kaldıracı bir etkiye de sahip olduğu söylenmelidir. TMK'nun 181. maddesinin ilk fıkrasında bu gerçek “Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybederler.” demek sureti ile ifade edilmiştir¹³⁵. Hüküm, konumuz bakımından oldukça açıktır: Ölüme bağlı tasarrufun

¹³³ **Dural/Öz**, Miras, s. 130-131; **Gençcan**, s. 313; **Serozan/Engin(Serozan)**, s. 245.; **Steinauer**, s. 360,364. Kanun sistematığının eleştirisi ve örneğin TMK m. 548/I hükmüne gerek bulunmadığı ile bu yönde sevk edilen kuralların emredici nitelikte kabul edilemeyeceği, keza, herşeyden önce TMK m. 520 ile m. 572'nin buna engel olacağı hususunda ayrıca bkz. **Dural/Öz**, Miras, s. 131.

¹³⁴ Boşanma kavramının tanımları ve sonuçlarının ayrıntılı incelemesi için bkz. Ebru **Ceylan**, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 7 vd.

¹³⁵ **Feyzioğlu**, s. 292; **Önen**, s. 12 vd.; Kemal **Oğuzman**/Mustafa **Dural**, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2001, s. 139; S. Sulhi **Tekinay**, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 292; **Ceylan**, s. 54-55, 58-59; **Dural/Öz**, Miras, s. 131-132; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 245-246; **Steinauer**, s. 360; **İmre/Erman**, s. 214; **Gençcan**, s. 311 vd; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 134 vd.; Haluk **Burcuoğlu**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası İle İlgili Bazı Gözlemler, Ergon A. Çetingil ve Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 381; **Akıntürk**, s. 302 vd.; İzzet **Doğan**, Türk Medeni Yasasında Zina Nedeni İle Boşanma ve Sonuçları, İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı, İstanbul 2007, s. 122; **Hatemi/Serozan (Hatemi)**, s. 245. **Hatemi**'ye göre TKM m. 146 (TMK . 181) hükmünde ölüme bağlı tasarrufların boşanma ile hükümden düşeceği açıkça yazmamış olsa idi, boşanan eşin iradi mirasçılığını kaybedip kaybetmeyeceği tereddüt yaratabilirdi. Meselenin kanunda açıkça düzenlenmesi kanaatimizce de yerinde olmuştur. Getirilen hükmün esas yönünden yerinde olup olmadığı ise elbette ayrı bir tartışmanın konusunu teşkil eder. Biz, hükmü belirsizlikleri giderici olması yönünden olumlu bulmakla birlikte esasında sessiz kalmasını tercih edeceğimizi ifade etmek isteriz. Kanun koyucunun eşler arasındaki ölüme bağlı tasarrufların yegane sebebini aralarındaki evlilik bağı olarak gördüğünü de bu vesile ile anlamış bulunuyoruz. Oysa, vasiyet edenin vakti zamanında eşine kazandırmada bulunduğu bir ölüme bağlı tasarrufunu boşanmadan sonra geri almamış olması bile kanaatimizce, kanunun dili ile aksi tasarruftan anlaşılmamakla birlikte, kazandırmanın o kişinin eşi olması sebebine dayanmadığının göstergesidir. Mamafih, böylesi bir tasarrufun ölüme bağlı tasarrufların yorumuna egemen olan genel eğilim ve kanunun lafzı sebebi ile hiçbir hüküm ve sonuç doğuramayacağı açıktır. Eş zaten yasal mirasçıdır. Mirasbırakanın buna ek olarak eşine bir kısım kazandırmalarda bulunmuş olmasının en azından başat sebebinin aradaki evlilik birlikteliği olmadığı böylelikle gözler önüne serilmektedir. Boşanma ile zaten yasal mirasçılık sıfatını kaybeden eşin, bir de, vasiyet edenin aksi yöndeki bir iradesi geri alma yolu ile basitçe ifade edilebilecek iken, iradi mirasçılığından da doğrudan doğruya mahrum edilmesini anlayabilmiş değiliz. Mal rejimleri

yorumundan, vasiyet edenin, boşanmaya rağmen eşine bir kazandırmada bulunma arzusu çıkarılamazsa, mezkur kazandırma kendiliğinden hükmünü yitirecektir¹³⁶. Boşanan eşlerin bu tarihten sonra ölüme bağlı tasarrufta bulunmak sureti ile birbirlerinin iradi mirasçısı olmalarının önünde de herhangi bir engel yoktur¹³⁷.

Evlenmenin butlanına karar verilmesinin mevcut ölüme bağlı tasarruflara etkisi ise TMK'nun 159. maddesinde düzenlenmiştir: “Evlenmenin butlanını dava etme hakkı mirasçılara geçmez. Ancak, mirasçılar açılmış davayı sürdürebilirler. Dava sonunda evlenme sırasında iyiniyetli olmadığı anlaşılan sağ kalan eş, yasal mirasçı olamayacağı gibi daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları da kaybeder.”¹³⁸. Hakimin vereceği butlan sebebi ile iptal kararı neticesinde eşlerin birbirlerine karşı olan yasal mirasçılık hakları sona erer. Keza, TMK'nun 181/I maddesinin kıyasen uygulanması neticesinde ölüme bağlı tasarruflar bakımından da boşanma ile benzer bir çözüm tarzı kabul edilir. Bunun yanında, eşlerden birinin butlan davası devam ederken ölmesi halinde nasıl bir çözüm bulunacağı ise hemen yukarıda andığımız

hususunda bütün duygularından arınmış bir kanun koyucunun, bir yandan yeri geldiğinde en duygusal meselelere bile sert bir şekilde müdahale edebilmesi –çocuğun adını ve başkaca önemli bir yığın konuda hakimin müdahalesini öngörme gibi-, diğer yandan esasında doğrudan maddi bir kısım meselelerle ilgili olmak üzere ise duygusal sayılabilecek saiklerle hareket etmesi kabul edilemez. Bununla birlikte, TMK 181/II’de yer alan “davacının” ve “davalının” sözcükleri Anayasamızın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı oldukları gerekçesi ile iptal edilmiştir. AYM kararında iptal kararının, kararın Resmi Gazetede yayınlanması tarihinden altı ay sonra yürürlüğe gireceği de ifade edilmiştir: AYM’nin 22/01/2010 tarihli iptal kararı için bkz. Resmi Gazete, 22/10/2010, S. 27737.

¹³⁶ Faruk **Acar**, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 4. Baskı, Ankara 2008, s. 16. Yarg. 2. HD’nin 08/12/2004 tarihli ve 12717/14722 sayılı kararı için bkz. **Gençcan**, s. 312. **Serozan**’a göre vasiyet edenin bu yöndeki isteği vasiyetname içi olgular aracılığı ile tespit edilebildiği gibi vasiyetname dışı olgular yardımı ile de tespit edilebilir: **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 246. Konumuz ile ilgili olmamakla birlikte doktrinde deyim yerinde ise fırtınaların kopmasına sebep olan düzenlemenin TMK’nun 181. maddesinin ikinci fıkrası olduğunu bu vesile ile eklemek isteriz. Bu cümleden olmak üzere ayrıca bkz. **Burcuoğlu**, s. 381 vd.; **Ceylan**, s. 55 vd.; **Doğan**, s. 122-123. TMK 181/II ile getirilen düzen tarzı, ölümün boşanma davasına etkisi hususunda doktrinde bugüne değin ifade edilen çoğunluk görüşünden ayrılmıştır. Boşanma kararının kesinleşmesini, iradi ve yasal mirasçılığın sönmesi için bir zorunluluk olarak telakki eden düşünce sisteminin yeni düzenleme karşısında bir anlamı kalmamıştır. Konuya ilişkin benzer bir hükmün yer almadığı TKM döneminde, muhtelif boşanma sebepleri bakımından mirasçıların davaya devam etmesi gerektiği yolunda düşüncelerin de mevcut olduğu söylenmelidir. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Öztrak**, Rücü, s. 29. **Serozan** ise Alman Medeni Kanunu’nda yer alan “Davacı veya anlaşmalı boşanmaya oluru veren kişi ölürse, davalının (karşı yanın) miras hakkı olmaz. Yeter ki dava haklı olarak açılmış veya boşanmaya olur verme kesinleşmiş bulunsun” şeklindeki kuralın daha isabetli olduğu düşüncesindedir: Rona **Serozan**, Yeni Medeni Kanunun Miras Hukuku Alanındaki Yeniliklerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 568.

¹³⁷ **Önen**, s. 12.

¹³⁸ Hükümdeki mirasçılar terimini ölen eşin mirasçıları şeklinde anlamak gerektiği hususunda bkz. **Dural/Öz**, Miras, s. 44.

TMK'nun 159. maddesine bakılarak tespit edilir¹³⁹. Yine, vasiyet edenin, evliliğin iptal edilecek olmasına rağmen eşine bir tasarrufta bulunma arzusunda olduğu ölüme bağlı tasarrufun yorumundan anlaşıyorsa, tıpkı boşanma bahsinde olduğu gibi, eşin mirasçılık hakkının devam edeceği kabul edilmelidir. Zira kanunda yer alan boşluğun TMK'nun 181/I hükmü ile doldurulmasında herhangi bir sakınca olmasa gerektir¹⁴⁰.

2.3. Mirastan Yoksunluk Sebeplerinden Birinin Varolması

TMK'nun 578. maddesinde yer verilen eylemlerden birini gerçekleştiren kişinin mirasbırakanın ölümünde sağ olmasına rağmen mirasçı olamayacağı kabul edilir¹⁴¹. Mirastan mahrumiyetin etkileri kanuni mirasçılık için olduğu kadar iradi mirasçılık için dahi caridir. Bir başka deyişle, mirastan mahrum olan kişi, hem kanuni mirasçılık hakkını hem de kendisi lehine mevcut ölüme bağlı tasarruflardaki kazandırmaları elde edebilme beklentisini, umudunu kaybeder. Sözün özü mirastan mahrum olan kişi mirasbırakandan önce ölmüş mirasçı gibidir¹⁴².

2.4. Sözlü Vasiyetnamenin Hükümden Düşmesi

TMK'nun 541. maddesinde, vasiyet edenin el yazısı ile vasiyetname ya da resmi vasiyetname düzenleme imkanına kavuşması üzerinden bir ay geçmekle sözlü vasiyetnamenin hükümden düşeceği açıkça ifade edilmiştir. Bu düzen tarzının özünde şu

¹³⁹ TMK'nun 159. maddesinin 3. cümlesi 4721 sayılı kanun ile hukuk dünyamıza girmiştir. Hükmün TKM döneminde bir karşılığı yoktu ve mesele doktrinde muhtelif tartışmalara neden oluyordu. Bu tartışmalarla ilgili olmak üzere bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 108; **Tekinay**, Aile, s.151 vd.; **Dural/Öz**, Miras Hukuku, s. 54-55; **Hatemi/Serozan**, s. 168-169. Yeni düzenleme ile mevcut tartışmalara bir son verilmek istendiği açıktır: Ahmet **Kılıçoğlu**, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 8 vd; **Dural/Öz**, Miras, s. 44; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 95-96; **Akıntürk**, s. 239; **Steinauer**, s. 360; **Acar**, s. 19 vd. **Acar**'ın da haklı ve yerinde olarak ifade ettiği üzere TKM döneminde, butlan kararından önce eşlerden birinin ölmesi halinde, diğer eşin mirasçı olacağı çoğunluk tarafından kabul edilmekteydi. **Kılıçoğlu**, TMK'nun 159. maddesinin ilk iki cümlesinin nisbi butlan sebepleri için olduğu kadar mutlak butlan sebepleri içinde yürürlükte olduğunu ifade etmektedir.

¹⁴⁰ **Acar**, s. 20 ve oradaki dn. 20. Ölümün devam etmekte olan boşanma davasına etkisi hakkında ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 29.

¹⁴¹ Baki İlkay **Engin**, Mirastan Yoksunluk, İstanbul 2010, s. 51 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, mirastan mahrumiyet kurumunun özünde yatan sebepleri iki başlık altında toplamaktadır. Gerçekten de, kanun koyucu, bir yandan, mirasbırakanın iradesini dışarıdan gelebilecek tehlikelere karşı koruma kaygısı taşıırken, diğer yandan mirasbırakan ile mirasçılar arasındaki çoğu zaman manevi nitelikli samimiyet ilişkisini ihlal edici davranışlarının yaptırımsız kalmaması düşüncesinden hareket etmektedir. Bu cümleden olmak üzere karış. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 531.

¹⁴² **Engin**, Mirastan Yoksunluk, s. 166 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 539 vd.; **Gençcan**, s. 313-314; **Dural/Öz**, Miras, s. 363 vd..

düşünce yer alır: Sözlü vasiyetname zaten olağan üstü hallere inhisar ettirilmiştir. Sözlü vasiyetnamenin düzenlenmesinin maddi şartı olan bu olağanüstülük ortadan kalktıktan, bir başka deyişle, vasiyet eden olağan vasiyetname yollarına başvurma imkanına sahip olduktan belli bir süre sonra, vakti zamanında düzenlenen sözlü vasiyetnameye buna rağmen varlık tanımak kanunun amacına açıkça aykırılık teşkil edecektir¹⁴³. Bundan dolayı, sözlü vasiyetname düzenlemek suretiyle terekesinin yazgısını belirlemek isteyen kişinin, sözlü vasiyetname düzenlemesine imkan tanıyan olağanüstü koşullar ortadan kalkmış ise, o geçişi ve olağanüstü dönemde ortaya çıkan vasiyetname düzenleme iradesini, bu kez, olağan vasiyetname türleri aracılığı ile dış dünyaya yansıtması beklenir. Mezkur bekleme süresinin bir ay olduğu sonucu da Kanunun lafzından rahatlıkla çıkarılmaktadır¹⁴⁴.

Bunların yanı sıra, inceleme konumuz dışında kalmakla birlikte, miras sözleşmeleri mevzu bahis olduğunda, başkaca sebeplerin de kendiliğinden hükümsüzlüğe sebep olacağı söylenmelidir¹⁴⁵.

İşte, yukarıda saydığımız hallerin tamamında mevcut ölüme bağlı tasarruflar başkaca hiçbir işlem ve eyleme gerek olmaksızın kanun gereği hükümsüzleşirler. Bu hali ile ölüme bağlı tasarrufların kendiliğinden hükümsüz kalması, iptalinden de farklıdır. Zira, kendiliğinden hükümsüzleşme hallerinde, geçerli bir ölüme bağlı tasarruf kanun bir takım olgulara o yönde sonuç bağladığı için kendiliğinden sonlanır. Bir başka deyişle, burada da, tıpkı vasiyetnamenin geri alınmasında olduğu gibi, baştan geçerli bir ölüme bağlı tasarruf vardır. Ancak, kendiliğinden hükümsüz olma hallerinin aksine, vasiyetnamenin geri alınmasında belirleyici olan herşeyden önce vasiyet edenin bu yöndeki iradesidir. Kendiliğinden hükümsüzleşme hallerinde bu halin ortaya çıkmasının sebebi ise vasiyet edenin iradesi dışındaki başkaca bir kısım vakıalardır. Gerçi, kendiliğinden hükümsüzlük sebeplerine genel olarak bakıldığında bunların bir kısmında –özellikle boşanmada- vasiyet edenin fiil ve iradesinin de belirleyici olduğu görülmektedir¹⁴⁶. Ancak, söz konusu irade, vasiyetnamenin geri alınması örneğinde olduğu gibi, ilk planda ve evveleminde ölüme

¹⁴³ Dural/Öz, Miras, s. 95-96; Serozan/Engin(Serozan), s. 243; Steinauer, s. 351.

¹⁴⁴ Olağanüstü halin ortadan kalkmasından sonra ve fakat bir aylık sürenin bitmesinden önce yeni bir olağanüstü hal meydana gelirse bir aylık sürenin ikinci olağanüstü hal ortadan kalktıktan sonra yeniden işleyeceği hakkında ayrıca bkz. Esat Şener, Eski ve Yeni Miras Hukuku Şerh, Ankara 1988, s. 402.

¹⁴⁵ Dural, Miras Sözleşmeleri, s. 212 vd.

¹⁴⁶ Bu görüşte olmak üzere bkz. Önen, s. 13-14.

bağlı tasarrufun hüküm doğurmamasına yönelik değildir. Kanun, mirasbırakanın başkaca bir vakiya yönelik irade açıklamasına, onun mirasçılık ilişkileri bakımından da bir kısım sonuçları, doğrudan ve yine ona sormaksızın bağlamaktadır¹⁴⁷.

Öztrak'a nazaran da, vasiyetnamenin geri alınması ile otomatik hükümsüzlük (kendiliğinden hükümsüzleşme) arasındaki farklar özellikle şu noktalarda yoğunlaşmaktadır¹⁴⁸:

- Vasiyetnamenin geri alınması ancak ve ancak vasiyet eden yaşarken mümkün iken, söz konusu tasarruf vasiyet eden yaşarken hükümsüz kalabileceği gibi O öldükten sonra da hükümsüz kalabilir.
- Vasiyetnamenin geri alınması için vasiyet edenin ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olması bir zorunluluk iken¹⁴⁹ otomatik hükümsüzlük hallerinin sonuçlarının doğmasında ehliyetin bir rolü yoktur.
- Tartışmalı olmakla birlikte vasiyetnamenin geri alınması geri alınırsa (rücudan rücu edilirse) ilk vasiyetnamenin başkaca hiçbir işleme gerek olmaksızın canlanacağı kabul edilirken; otomatik hükümsüzlük hallerinde, hükümsüzlük sebebi ortadan kalkmış olsa bile vakti zamanında hükümsüzleşen vasiyetnamenin hüküm ifade etmesi ancak ve ancak yeniden ve geçerli bir şekilde yapılmasına bağlıdır¹⁵⁰.

Önen'e göre ise, vasiyetnamenin geri alınması ile kendiliğinden hükümsüzlüğü arasındaki fark, bunlardan ilkinde vasiyet edenin menfi yöndeki iradesi belirleyici iken

¹⁴⁷ **Önen**, s. 14. Yazar, kendiliğinden hükümsüzlük hallerinin tıpkı geri alma gibi başlangıçta geçerli bir vasiyetnamenin varlığına bağlı olduğunu iddia etmektedir. Kendiliğinden hükümsüzlük halleri bakımından biz de **Önen** gibi düşünmekteyiz. Ancak, geri alma bakımından meselenin en azından tartışılabilir olduğuna inanmaktayız.

¹⁴⁸ **Öztrak**, Rücu, s. 28 vd.

¹⁴⁹ Biz, ehliyet meselesinin her bir geri alma usulü için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine inanmaktayız. **Öztrak** ve doktrinin çoğunluğu ise bütün geri alma usulleri için yapmış oldukları ortak açıklamalarda ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetini arıyor gözükmektedirler. Bu hususla ilgili olmak üzere ayrıca bkz. aşağıda s. 102 vd.

¹⁵⁰ Boşanma ile kendiliğinden hükümsüz hale gelen ölüme bağlı tasarrufların tarafların yeniden evlenmesi ile kendiliğinden canlanacağı hakkında ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 29-30. Yazarın bu görüşte olmadığını eklemek isteriz. **Öztrak** ile benzer görüşte olmak üzere bkz. **Önen**, s. 12 ve oradaki dn. 1 ve 2'ye ait metinler.

diğerinde vasiyetnamenin geçerliliğini kaybetmeksizin ve vasiyet edenin bu yönde bir iradesi de olmamasına rağmen hükümsüzleşmesi noktasında ortaya çıkmaktadır¹⁵¹.

¹⁵¹ **Önen**, s. 14. Yazar, geri alma işleminin sonuç doğurmasının kanunda öngörülen usul ve geçerlilik şartlarına uyulmasına bağlı olduğunu da altını çizmektedir. Hemen yukarıda kendiliğinden hükümsüzleşme halleri için **Önen**'in "La Caducité Des Dispositions Testamentaire" terimini kullandığını ifade etmiş idik. **Steinauer** ise vasiyetnamenin geri alınmasını da caducité-hükümsüzlük hallerinden biri olarak görmektedir. Bununla birlikte mirasbırakanın iradesinden bağımsız başkaca sebeplerin de hükümsüzlüğe yol açacağını eklemektedir. Bu sebeplere örnek olmak üzere de; vasiyetnamenin kaybolmasını, vasiyet edenden önce ölümü, boşanmayı ve evliliğin butlanını, sözlü vasiyetnamenin hükümden düşmesini saymaktadır. Yazar, ölüme bağlı tasarrufların iptalini ise tüm bunlardan ayrı olmak üzere "L'inefficacité Des Dispositions Pour Cause De Mort" kavramı ile ifade etmektedir. **Steinauer**'e göre "L'action en Nullité"- yani iptal davası, ehliyet ve şekil gibi geçerlilik şartları bakımından kanuna uygun düzenlenmeyen ölüme bağlı tasarrufların ortadan kaldırılmasına hizmet eder. Yazar, hukuki işlemin kendinden beklenen sonuçları doğurmadığı tüm halleri "inefficacité" kavramı ile karşılamaktadır. Biz buna etkisizlik diyeceğiz. **Steinauer**'e göre bu hal, hukuki işlemin yokluğundan kaynaklanabileceği gibi, geçersiz olmasından da kaynaklanabilir. Keza, etkisizliğin bir dier türü de noksanlıktır. Geçersizlik ise kendi içinde türlü çeşitlere ayrılır: Kesin hükümsüzlük, nisbi hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik. Ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğü gündeme geldiğinde de, bazen yokluktan, bazen kendiliğinden hükümsüzlükten, bazen de geçersizlikten bahsedilir. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından geçersizlik ise daha çok iptal edilebilirlik tarzında karşımıza çıkar. Örnek vermek gerekir ise, vasiyetname düzenleme iradesinin yokluğunda yokluktan ve tartışmalı olmakla birlikte örneğin vasiyete konu edilen nesne bakımından bir objektif imkansızlık halinde ise kesin hükümsüzlükten bahsedilir. Bu cümleden olmak üzere ayrıca bkz. **Steinauer**, s. 361 vd. Türk hukuku bakımından mesele **Eren** tarafından etraflı şekilde incelenmiştir. **Eren**'e göre klasik görüş taraftarlarının düşüncelerinin aksine hükümsüzlük halleri butlan ve iptal kabiliyetinden ibaret değildir. İptal edilebilirlik ve butlan arasında başkaca hükümsüzlük hallerinin varlığı aşıkardır. Yazar, hukuki muamelenin herhangi bir sebepten dolayı hukuki etki meydana getiremediği bütün halleri hükümsüzlük –**Steinauer**'e göre inefficacité- olarak telakki etmektedir. **Eren**'e nazaran izlenmesi gerekli olan yöntem kanunda öngörülen her bir geçersizlik hali için ayrı değerlendirmeler yapılmasıdır. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından ise hükümsüzlüğün daha çok butlan değil de iptal edilebilirlik olarak algılanması yerinde olacaktır. Kanunun düzen tarzı karşısında aksinin benimsenmesi neredeyse olanaksızdır. Bu cümleden olmak üzere karış. **Eren**, İptal, s. 125 vd. Miras Hukukunda iptal edilebilirlik ve kesin hükümsüzlük yaptırımı arasındaki farklar için ayrıca bkz. **Piotet**, Traité, s. 247.

III. YASAL ÇERÇEVE

Vasiyetnamenin geri alınması kurumu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun miras kitabında, "mirasçılar" başlıklı birinci kısmının "ölüme bağlı tasarrufların şekilleri" başlıklı dördüncü ayrımında düzenlenmiştir. Gerçekten de, Türk Medeni Kanununun 542 vd. maddelerinde muhtelif geri alma usullerine ilişkin bir kısım düzenlemeler getirilmiştir. Biz, bu hükümlerin ne ölçüde isabetli olduğunu yeri geldiğinde ayrıntılı olarak açıklamaya çalışacağız. Burada, kısaca, kurumun yasal çerçevesi mümkün mertebe olduğu gibi aktarılacak ve yeri geldiğinde 743 sayılı TKM ile İMK'nun konuya ilişkin düzenlemeleri ile karşılaştırma yapmakla yetinilecektir.

Hemen yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 531. madde ile başlayan TMK'nun miras kitabının birinci kısmının dördüncü ayrımı "ölüme bağlı tasarrufların şekilleri" başlığını taşımaktadır. Mezkur ayrım, kanun koyucunun temelde ikili bir ayırmadan yola çıkarak hareket ettiğine şahit oluyoruz: Vasiyetnameler ve miras sözleşmeleri. Kanunun sistematigi incelenecek olduğunda, vasiyetname türlerine ilişkin hükümleri (TMK m. 531-m. 541) vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin düzenlemelerin takip ettiği (TMK m. 542-m. 544) ve hemen ardından da miras sözleşmesine ilişkin bir kısım hükümler (TMK m. 545-m. 549) sevk edildiği kolaylıkla tespit edilebilmektedir. Böylelikle, TMK'nun 542, 543 ve 544. maddelerinin tez konumuzun özünü teşkil ettiği de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. İlgili hükümler aynen şu şekildedir:

II. Vasiyetten Dönme

1. Yeni vasiyetname ile

Madde 542- Mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir.

Vasiyetnamenin tamamından veya bir kısmından dönülebilir.

2. Yok etme ile

Madde 543- Mirasbırakan, yok etmek suretiyle de vasiyetnameden dönebilir.

Kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla yok olan ve içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmayan vasiyetname hükümsüz kalır. Tazminat isteme hakkı saklıdır.

3. Sonraki Tasarruflar

Madde 544- Mirasbırakan, önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmaksızın yeni bir vasiyetname yaparsa, kuşkuya yer bırakmayacak surette önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça, sonraki vasiyetname onun yerini alır.

Belirli mal bırakma vasiyeti de, vasiyetnamede aksi belirtilmedikçe, mirasbırakanın sonradan o mal üzerinde bu vasiyetle bağdaşmayan başka bir tasarrufta bulunmasıyla ortadan kalkar.

4721 sayılı TMK ile getirilen düzen tarzının 743 sayılı TKM'ye nazaran kısmen farklı olduğu da peşinen söylenmelidir. Söz konusu farklılık, kanunun sistematüğinden ziyade esas bakımından kendini göstermektedir. Bu hükümler ise aynen şu şekilde kaleme alınmıştı:

II. Rücu ve İmha

1. Rücu

Madde 489- Vasiyetçi vasiyet için kanunda muayyen şekillerden biriyle vasiyetinden her zaman rücu edebilir. Rücu tamamen olduğu gibi, kısmen de olabilir.

2. Vasiyetnamenin zayi olması

Madde 490- Vasiyetname kazaen veya diğer bir kimsenin kusuriyle zayi olur ve münderecatının aynıyle ve tamamıyla tesbiti mümkün olmazsa artık, vasiyete itibar olunamaz. Tazminat talebi hakkı mahfuzdur.

3. Vasiyetlerin taaddüdü

Madde 491- Muahhar tarihli vasiyet mukaddem tarihli vasiyetten sarahaten rücuu ihtiva etmiyorsa sonraki vasiyetin hükümlerinden sarahaten evvelkini ikmal ve itmam etmiyenleri, evvelki vasiyet makamına kaim olurlar. Bir kimsenin, muayyen bir mal hakkındaki vasiyetinin sonradan yaptığı tasarrufla telifi kabil olmazsa, hükümsüz olur.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile getirilen yeniliklerin bir kısmı şekle diğer bir kısmı ise esasa yöneliktir.

Her şeyden önce, medeni kanun değişikliğinin geneline yansıyan dilde sadeleştirme çabası vasiyetnamenin geri alınması kurumu bakımından da dikkatimizi çekmektedir¹⁵²:

¹⁵² Aydın **Aybay**, Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/I, İstanbul 2002, s. 135 vd.; **Kılıçoğlu**, Medeni, s. 287-288; Hasan **İşgüzar**, Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve

TKM'nin 489 (TMK m. 542), 490 (TMK m. 543) ve 491. (TMK m. 544) madde hükümleri dil bakımından sadeleşerek karşımıza çıkmaktadır.

Şekle ilişkin değişikliklerin bir kısmı ise mehzaz kanuna uygun olarak yapılan fıkra sayılarına ilişkindir. TKM döneminde tek fıkradan ibaret olan m. 489'un TMK m. 542'de ve yine tek fıkradan ibaret olan TKM m. 491'in ise TMK m. 544'de ikişer fıkra halinde yeniden kaleme alındığını görüyoruz¹⁵³. Keza, 490. maddenin karşılığı olan TMK m. 543'de de fıkra sayısı birden ikiye çıkmıştır ve fakat bunun sebebi şekli bir takım kaygılar değil de TKM döneminde 490. maddeye alınmamış olan yok etmek suretiyle vasiyetnamenin geri alınması imkanının ilk fıkra olarak 543. maddeye eklenmesi olmuştur.

Nihayet, esasa yönelik olmayan değişikliklerin sonuncusu da, mezkur hükümlerde kullanılan hukuki terimlere ilişkindir. Kanunkoyucu işe konu başlığını değiştirerek başlamaktadır. TKM döneminde 489, 490 ve 491 maddeleri kapsamak üzere kullanılan konu başlığı “rücu ve imha” iken TMK m. 542, 543 ve 544 için seçilen konu başlığı “vasiyetten dönme” olmuştur. Bu husus TMK m. 542'nin gerekçesinde “maddenin konu başlığı –vasiyetten dönme- olarak değiştirilmiştir. Çünkü bu ve bundan sonraki maddelerde vasiyetçinin yapmış olduğu vasiyetden hangi yollarla dönülebileceğini düzenlemektedir.” şeklinde ifade edilmiştir. Biz, neden dolayı “vasiyetten dönme” değil de “vasiyetnamenin geri alınması” teriminin kullanılması gerektiğini yukarıda uzun uzadıya açıklamış idik. Bu eleştirilerimiz saklı kalmak ve başka deyişle kanun koyucunun “vasiyetten dönme” dediği konu başlığını “vasiyetnamenin geri alınması” şeklinde anlamak kaydı ile söz konusu değişikliğin yerinde olduğunu düşünüyoruz. Zira, TKM döneminde seçilen “rücu ve imha” konu başlığı uygun değildi. Zira, kurumu kapsamaktan uzak olması bir yana sanki imhanın diğer rücu hallerinden ayrı bir kurum olduğu izlenimi yaratmaktaydı. Öte yandan, konu başlığında yer verilen imha-yok etme suretiyle vasiyetnameden dönülmesi-bizim

Yenilikler, Ankara 2003, s. 23-24. Dilde sadeleştirme çabasının yerinde olup olmadığı elbette tartışılabilir. İnceleme konumuz ile doğrudan ilgisi olmaması sebebi ile **Arpacı**'nın konuya ilişkin makalesine atıf yapmakla yetiniyoruz: **Arpacı**, Hukukun Dili, s. 305-306; **Arpacı**, Kanun, s. 7-8. Biz, dilin sadeleştirilmesi ile yılların süzgecinden geçerek artık nerede ise Türkçeleştiği dahi iddia edilebilecek teknik terimlerin değiştirilmesi arasında bir ayırım yapmaktayız. Bunlardan ilkinin bir zorunluluk olarak gördüğümüzü de ifade etmek isteriz.

¹⁵³ Bu değişikliklerde belirleyici olanın İMK'nun konuya ilişkin düzenlemeleri olduğu da bizzat kanun koyucu tarafından madde gerekçelerinde ifade edilmiştir.

değişimizle vasiyetnamenin geri alınması-imkanına İMK'nun aksine kanunda yer verilmemişti¹⁵⁴.

Keza, TMK m. 542'nin kenar başlığı da "rücu" değil de "yeni vasiyetname ile" olarak isabetli bir şekilde değiştirilmiştir. Zira, eski kanunun dili ile "rücu", yeni kanunun dili ile "dönme" ve gerçekte "geri alma" sadece bu maddeye inhisar ettirilmemiş, maddede vasiyetnamenin geri alınmasının yöntemlerinden sadece bir tanesi ele alınmıştır. "Yeni vasiyetname ile" teriminin madde içeriğine daha uygun olduğu aşikardır. TKM m. 489'daki "vasiyetçi" terimi de TMK m. 542'de terkedilmiş ve yerine (İMK'nun "le disposant" terimini karşılamak maksadı ile) "mirasbırakan" tercih edilmiştir. Oysa, hemen yukarıda da izah edildiği üzere, "mirasbırakan" kavramı ile, ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş olsun ya da olmasın, ölümü ile malvarlığı tereke adını alan kişi kastedilir. Kaldı ki, İMK'nun tercihi olan "le disposant" da "tasarruf eden" manasındadır. Bu sebeple, kanun koyucunun mirasbırakan yerine vasiyet eden terimini kullanması ya da en azından eski Kanunun "vasiyetçi" terimini olduğu gibi muhafaza etmesi daha isabetli olacaktı. Bu vesile ile, Kanunun 543 ve 544. maddelerinde de mirasbırakan terimine sadık kalındığını eklemek isteriz.

TMK, TKM'nin 489. maddesindeki "rücu" sözcüğünü de "dönme" kavramı ile karşılamış bulunmaktadır. Yine, TKM'nin 490. maddesinin kenar başlığı olan "vasiyetnamenin zayi olması" da TMK'nun 543. maddesinde "yok etme ile" şeklinde değiştirilmiştir. Kanaatimizce, bu değişikliğin de maksada uygun olduğu söylenemeyecektir. TKM'nin seçmiş olduğu "vasiyetnamenin zayi olması" o dönemde

¹⁵⁴ TKM'nin düsturda yayınlanan metninde imha değil de ilga sözcüğü yer almakla birlikte bunun imha şeklinde anlaşılması gerektiği hakkında ayrıca bkz. Kemal **Oğuzman**/Şener **Akyol**/Cumhur **Özakman**, Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve İlgili Mevzuat, 5. Baskı, İstanbul 1993, s.146. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı şekilde açıklanacak olmakla birlikte, yok etmek ya da TKM'nin dili ile imha suretiyle rücunun hukuki niteliği hususunda ağırlıklı görüş, bunun bir ölüme bağlı tasarruf olduğu yolunda tezahür etmektedir. Yine bu yazarlara göre, ölüme bağlı tasarruflara hakim olan şekil ve tip sınırlamalarına, yok etmek suretiyle vasiyetnamenin geri alınması bakımından bir istisna getirilmiştir. Bu yaklaşımın doğal sonucu, yok etmek sureti ile vasiyetnamenin geri alınması meselesinde aranacak ehliyetin genel kurallara göre değil de ölüme bağlı tasarruflara ilişkin özel ehliyet kuralları çerçevesinde belirlenmesi gerektiğidir. Biz, bu görüşü koşulsuz kabul edememekle birlikte şimdilik en azından şunu rahatlıkla söyleyebiliyoruz: Çoğunluk görüşü TKM hükümleri karşısında daha rahat savunulabilecektir. Zira, o dönemde seçilen konu başlığı bu yorumu kabul etmeye daha elverişlidir. Kanun koyucu daha kurumun adını seçerken "rücu ve imha" demek sureti ile imhanın diğer rücu hallerine ek ve tıpkı onlar gibi değerlendirilmesi gereken bir imkan olarak görülmesi gerektiğinin altını çizmiş kabul edilebilirdi. Konu başlığının vasiyetnameden dönme olarak seçildiği TMK karşısında ise bu yorum tarzının benimsenmesi kanaatimizce daha zordur. Meselenin ayrıntılı bir şekilde tartışılması hakkında ayrıca bkz. aşağıda s. 187 vd..

yürürlükte olan 490. maddenin içeriğini bütünüyle ifade ederken aynı şeyin 543. madde için söylenmesi mümkün değildir. Yapılması gereken, ya vasiyetnamenin yok olmasını düzenleyen TMK m. 543/II'nin hemen 544. maddeden sonra gelmek kaydı ile bağımsız bir madde halinde kalem alınması¹⁵⁵ ya da 543. madde kenar başlığının “yok etme ile geri alma ve vasiyetnamenin yok olması” şeklinde değiştirilmesidir. İlk yöntemin tercih edilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Çünkü, vasiyetnamenin geri alınması, yöntemi ne olursa olsun vasiyet edenin rızasına ve iradesine dayalı bir hükümden düşürme yoludur. Keza, TMK'nun 544. maddesinin kenar başlığı olarak da “sonraki tasarruflar” tercih edilmiş ve eski kanunun kullandığı “vasiyetlerin taaddüdü” başlığı terkedilmiştir. Bu terk ediş, eksik olmakla birlikte yerinde olmuştur¹⁵⁶. Zira, TKM 491'in kenar başlığı “vasiyetlerin taaddüdü” olmakla birlikte maddede sadece birden çok vasiyetname olması halinde geri alma kurumunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği değil ve buna ek olarak vasiyet edenin sonradan yapacağı sağlar arası hukuki işlemlerin mevcut vasiyetnameye etkisi meselesi de ele alınmıştı. TMK m. 544'ün TKM m. 491 ile içerik olarak hemen hemen aynı şekilde düzenlendiği göz önüne alınacak olursa seçilen kenar başlığının maddenin bütününe ifade etmesi bakımından daha yerinde olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Bununla birlikte, kenar başlıkta geçen “tasarruf” sözcüğünün anlamının belirsiz olması sebebi ile, teorik ve pratik düzeyde bir takım problemlerin yaşanması kaçınılmazdır¹⁵⁷.

Kurumla ilgili esasa ilişkin yegane değişiklik ise, vasiyetnamenin yok etmek sureti ile geri alınması imkanının kanunda açık bir şekilde yer almış olmasıdır. Kanun koyucunun bu tavrı isabetli de olmuştur. Zira, TKM döneminde de, kanunda açıkça öngörülmemesine rağmen, vasiyetnamenin yok etmek suretiyle de geri alınabileceği, gerek doktrinin bütünü tarafından kabul edilmekte gerekse içtihatlar bu yönde tecelli etmekteydi. Kısaca ifade etmek gerekir ise, bugün için TMK m. 543/T'de kendisine yer bulan vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınmasının kapısı TKM döneminde içtihatlarla açılmış idi. Bundan

¹⁵⁵ Bu ihtimalde konu başlığının da kanunun dili ile “vasiyetten dönme” değil de “vasiyetten dönme ve vasiyetin kaybolması” şeklinde olması gerektiği açıktır.

¹⁵⁶ Eksiklik olsa olsa vasiyetnamenin sağlar arası tasarruflar yoluyla geri alınmasında kendisini gösterir. Kanaatimizce, doktrinde, borçlandırıcı işlem yanında tasarruf işleminin de gerçekleşmiş olmasının, geri alma bakımından, zorunlu olduğu yolundaki çoğunluk görüşünün gerekçelerinden birisi de maddenin kenar başlığının bu şekilde kaleme alınmış olmasıdır. İMK'nun kullandığı “acte posterieur” terimi pekala “sonraki hukuki işlemlerle” şeklinde de kaleme alınabilirdi.

¹⁵⁷ Bkz. aşağıda s. 244 vd..

dolayı, mezkur değişikliğin hayati önemi olmadığı da rahatlıkla söylenebilecektir. Yine de, vasiyet edenin bu yöndeki iradesinin, içtihatların değişebilirliği tehlikesine terkedilmeyerek bağlayıcı nitelikteki bir hukuk normu içinde ifade edilmesi hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmelidir¹⁵⁸. Buna rağmen, **Serozan**'ın, esasa yönelik mezkur değişikliği kendi deyişi ile “olmasa da olur” şeklinde karşıladığını da ifade edelim¹⁵⁹. **Aybay** ise yok etmek suretiyle geri almanın belki de doğal sayıldığı için TKM'ye alınmadığından bahis açmaktadır¹⁶⁰.

Yeri gelmiş iken, 4721 sayılı TMK ile aynı anda yürürlüğe giren 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un hükümlerine bakmakta da fayda görüyoruz. Bu bölümde, TKM döneminde düzenlenen bir vasiyetnamenin 2002 yılının Ocak ayından sonraki bir dönemde nasıl geri alınacağı meselesi tartışmaya açılacaktır. Esasında, TKM ile TMK'nun gerek ölüme bağlı tasarrufların şekilleri gerekse vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin hükümleri benzer tarzda kaleme alındığı için meselenin pratik bir önemi olmadığı açıktır. Zira, hemen yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TMK ile kanuni düzenlemeye kavuşan yok etmek sureti ile vasiyetnamenin geri alınması eski Kanun döneminde uygulama bakımından kabul görmekteydi.

4722 sayılı Uygulama Kanununun 17. maddesi “mirasçılık ve mirasın geçişi” kenar başlığını taşımaktadır ve “Mirasçılık ve mirasın geçişi, mirasbırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir.” şeklinde kaleme alınmıştır. Öte yandan, Yüksek Mahkeme, bu maddenin uygulama alanının kanuni mirasçılık yanında iradi mirasçılığı da kapsadığına inanmaktadır¹⁶¹. Bize göre Uygulama Kanununun 17. maddesi

¹⁵⁸ TMK ile miras hukukumuzda giren değişiklik ve yeniliklerin nelerden ibaret olduğunun incelendiği izlenimi yaratmakla birlikte konumuz bakımından sadece kanun metni ve gerekçesinin verilmesiyle yetinildiği hakkında ayrıca bkz. **İşgüzar**, s. 60-61. Bununla birlikte, 1998 tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısının bugün yürürlükte olan Türk Medeni Kanunu ile benzer tarzda kalem alınmış olması sebebi ile, o tasarı bakımından maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların çeşitleri bakımından ayrıca bkz. **Engin**, Yenilikler, s. 853 vd.

¹⁵⁹ **Serozan**, Yenilikler, s. 570. Yazar, miras kitabında yapılan değişikliklerin topluca değerlendirilmesi sonucunda, haklı olarak, “eski yasaya keşke hiç dokunulmasaydı” demektedir.

¹⁶⁰ **Aybay**, Yenilikler, s. 139.

¹⁶¹ Bkz. yukarıda s. 32 vd..

yasal mirasçılık bakımından yürürlüktedir. İradi mirasçılık bakımından ise Kanunun ‘geçmişe etkili olmama’ kenar başlığını taşıyan 1. maddesi uygulanacaktır¹⁶².

4722 sayılı Uygulama Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrası “Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte olan kanunlara göre belirlenir’ hükmünü haizdir¹⁶³. Öte yandan, TKM ile eski hukukumuz arasındaki çatışmaları giderme amacı taşıyan Tatbikat Kanununun ölüme bağlı tasarruflara hasredilen 17. maddesinin, Uygulama Kanununa alınmadığını da bu vesile ile belirtmek isteriz.

Ezcümle, Yargıtay uygulaması çerçevesinde, 01/01/2002 tarihinden önce düzenlenmiş bir vasiyetnamenin yine bu tarihten önce TKM hükümleri çerçevesinde ve orada öngörülen usullere ek olarak yok etmek suretiyle de geri alınabileceği açıktır. Vasiyet edenin sırf 01/01/2002 tarihinden sonra ölmesi de ulaşılan sonucu değiştirmeyecektir. 01/01/2002 tarihinden önce düzenlenmiş bir vasiyetname bu tarihten sonra geri alınmak istenirse yine TKM hükümlerinin devrede olacağını iddia etmek hatalı olmayacaktır. Uygulama Kanununun 17. maddesini iradi mirasçılığı da kapsayacak tarzda yorumlayan Yüksek Mahkemenin bu husus bakımından TMK’nun hükümlerini uygulama yolunu tercih edeceği de açıktır. Bizim görüşümüze nazaran TMK’nun konuya ilişkin hükümlerinin uygulama alanı 01/01/2002 tarihinden sonra düzenlenen vasiyetnamelerin geri alınması ile sınırlıdır. Uygulama Kanununun 1. maddesi 2002 yılından önce yapılan hukuki işlemlerin geçerliliğinin ve sonuçlarının yapıldıkları dönemde yürürlükte olan kanun hükümlerine göre belirleneceğini apaçık bir tarzda ifade etmiştir. Bir hukuki işlemin sonuçlarını doğurması için uygulanacak kurallar ile bu sonuçların doğumuna engel olan sebeplerin (vasiyetnamenin geri alınması) farklı hukuki rejimlere tabi kılınması hukuk tekniği bakımından kabul edilemez. Kaldı ki, TMK ile TKM arasındaki geçiş hukukuna yönelik tartışmalar vasiyetnamenin geri alınması meselesinden ziyade ölüme bağlı

¹⁶² **Kılıçoğlu**, Medeni, s. 287. Yazar, bu bölümde, tartışmakta olduğumuz sorunun cevabını doğrudan vermemektedir. Ancak, Uygulama Kanununun 17. maddesine yönelik bütün açıklamaları kanuni mirasçılık ve bunun sonuçlarına ilişkindir. Başka deyişle, ölüme bağlı tasarruflar bakımından söz konusu madde çerçevesinde herhangi bir düşünce ileri sürülmemiştir. Biz, yazarın suskunluğunu ikrar değil de inkar anlamında görmekteyiz. Keza, madde gerekçesi de aynı şekilde sessizliğini korumaktadır. Gerek **Kılıçoğlu** gerekse Kanunun gerekçesinin, sadece, mirasçıların ve miras paylarının tespiti gibi doğrudan doğruya kanuni mirasçılığa ilişkin olduğu açıktır.

¹⁶³ Vasiyetnamenin hukuki işlem olduğu yolunda tartışma yoktur.

tasarrufların şekilleri bakımından önemlidir. Zira, vasiyetnamenin yeni bir vasiyetname ile geri alındığı hallerde, geri alma vasiyetnamesinin hukuken geçerli bir şekilde düzenlenmesi gerektiği tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir¹⁶⁴. Geri alma vasiyetnamesinin geçerliliği bakımından da vasiyet edenin ölümü değil de vasiyetnamenin düzenlendiği sırada yürürlükte olan hukuk normlarına riayet edilmesi isabetli olacaktır. Örnek vermek gerekir ise, 01/01/2002 tarihinden önce bir vasiyetname düzenleyerek yine bu tarihten önce ikinci bir vasiyetname düzenleyerek ilkinin geri alan vasiyet eden, 01/01/2002 tarihinden sonra ölecek olsa bile, işbu geri alma vasiyetnamesinin geçerli olup olmadığı TKM hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu halde, geri alma usulleri bakımından da yine TKM hükümlerinin devrede olduğunu da yukarıda ifade etmiştik. Bu çözüm şekli hukuk tekniği bakımından, bize göre daha isabetli olmakla birlikte, ölüme bağlı tasarrufların yorumuna hakim olan “vasiyetnamelerin şekil kurallarının mümkün mertebe yumuşatılması” yolundaki ilkeyi ciddi biçimde sınırlamaktadır. Zira, TKM, eski hukukumuzla nazaran ölüme bağlı tasarrufların şekil şartlarını önemli ölçüde katılaştırmışken; TMK, TKM’ye nazaran işbu şekil kurallarını yumuşatmıştır. El yazısı ile vasiyetnamede düzenleme yerinin gösterilmesine ilişkin yasal geçerlilik koşulunun TMK’nun 538. madde metninden çıkarılmış oluşunu bu vesile ile anmak isteriz. Talihin garip bir cilvesi olacak ki burada da imdadımıza bizim katılmadığımız Yargıtay’ın meseleyi ele alış tarzı yetişmektedir. Yüksek Mahkeme, 01/01/2002 tarihinden önce düzenlenen vasiyetnamelerin geçerliliği bakımından, vasiyet edenin ölüm tarihini esas alacak ve örneğin 01/01/2002 tarihinden önce geri alma vasiyetnamesinin geçerliliği bakımından eğer vasiyet eden bu tarihten sonra vefat etmiş ise TMK hükümlerini uygulayacaktır. Bu çözüm tarzının hukuk tekniğine uymamakla birlikte de lege feranda desteklenmesi hususunda tereddüt etmemek gerekir.

Buraya kadar, vasiyetnamenin geri alınması kurumunun Türk hukukunda yasal çerçevesini ve yapılan değişiklikleri anahatları ile açıklamış olduk. İsviçre Hukuku bakımından ise yok etmek sureti ile vasiyetnamenin geri alınmasının daha başlangıçtan itibaren kabul edildiğine şahit olmaktayız. İsviçre kanun koyucusu da tıpkı Türk kanun koyucusu gibi, meseleyi, hepsi ikişer fıkradan ibaret toplamda üç maddede düzenlemektedir.

¹⁶⁴ Bizim bu husustaki düşüncemiz için bkz. aşağıda s. 133 vd..

İMK'nun 509, 510 ve 511. maddeleri vasiyetnamenin geri alınması kurumuna hasredilmiştir. Maddelerin konu başlığı bizde “vasiyetden dönme” iken orada işbu üç maddenin bütünü için tanzim edilen konu başlığı “geri alma ve yok etmedir”. Bununla birlikte, nasıl ki Türk kanun koyucusunun 543. madde için seçtiği kenar başlığı içeriği ifade etmek bakımından yetersiz ise, İMK'nun 510. maddesinin kenar başlığının “vasiyetnamenin yok edilmesi” olarak seçilmesi de yerinde olmamıştır. Söz konusu maddeler sırası ile TMK'nun 542, 543 ve 544. maddelerini karşılamaktadır. Her bir geri alma usulü incelenirken İMK'nun hükümlerinin de ne ölçüde isabetli olup olmadığı tartışılacaktır. Biz, şimdilik, genel olarak, mehzaz kanunun düzenlemesinin Türk hukuku ile örtüşüğünü söylemekle yetineceğiz.

Kanun sistematığı kısmen farklı olmakla birlikte Fransız hukuku bakımından da vasiyetnamenin geri alınması kurumunun öz itibari ile İsviçre-Türk hukukları ile benzer tarzda düzenlendiği söylenebilecektir. Fransız Medeni Kanununun 1035, 1036, 1037 ve 1038. maddeleri konumuz ile ilgili oldukları ölçüde ileride ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Şimdilik, bu hukuk sistemi bakımından da, vasiyetnamelerin, gerek geri alma amacı ile yapılan yeni bir vasiyetname ile açıkça ya da sonraki tarihli bir vasiyetname ile örtülü olarak, gerekse sağlar arası hukuki işlem yolu geri alılabileceğini ifade etmek isteriz. Kaldı ki, FMK'nun sessiz kalmasına rağmen yok etmek sureti ile de vasiyetnamelerin geri alınabileceği, TKM döneminde Türk hukukunda olduğu gibi, bu hukuk sisteminde de kabul edilmektedir. Öte yandan Fransız hukuku, bizim hukukumuzla nazaran türlü orijinallikleri de bünyesinde barındırmaktadır. FMK'nun 1035. maddesine göre, vasiyet eden, yeni bir geri alma vasiyetnamesi düzenleyebileceği gibi noter önünde vereceği basit bir beyanla da aynı sonuca ulaşabilecektir. Vasiyetnamelerin geri alınması usulünü kolaylaştırma amacı güden bu düzen tarzı ne yazık ki Türk-İsviçre hukukuna yabancıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:
VASİYETNAMENİN GERİ ALINMASI USULLERİ

I. GENEL OLARAK

1. Konunun Ele Alınma Biçimi

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalarımızdan anlaşılmaktadır ki vasiyetnamenin geri alınması dendiğinde, esasında, dört farklı usulden bahsedilmektedir:

- a) Yeni bir geri alma vasiyetnamesi düzenleyerek geri alma
- b) Eski tarihli vasiyetname ile içerik itibari ile çelişkili ikinci bir vasiyetname düzenleyerek geri alma
- c) Yok etmek sureti ile geri alma
- d) Vasiyetname konusu malvarlığı değerini sağlar arası tasarrufa konu etmek suretiyle geri alma.

Söylenenler hemen hemen aynı olmakla birlikte bu dört yöntemin, bir başka deyişle geri alma usulünün, hangi ayrımlara tabi tutularak incelenmesi gerektiği ise görüş ayrılıklarına sebep olmuştur.

Öztrak, sarıh rücu-zımni rücu-kısmen rücu ve şarta bağlı rücu ile sağlar arası tasarruf yolu ile rücu ayrimından hareket etmektedir¹⁶⁵. Yazara göre, sarıh rücutan maksat TMK'nun 542. maddesinde düzenlenen hal ile sınırlıdır. Öte yandan, kendisi, yok etmek sureti ile geri almayı da önceki vasiyetname ile bağdaşmaz sonraki vasiyetname ile geri alma gibi zımni-örtülü rücu olarak görmektedir.

Önen ise meseleyi **Öztrak**'tan kısmen farklı tarzda ele almaktadır. Kendisi, **Öztrak**'ın yaptığı gibi bir ayırım yapmayıp her bir geri alma yöntemini ayrı ayrı incelemekte ve fakat tıpkı **Öztrak** gibi sarıh-açık rücu-geri alma hallerini TMK m. 542'ye hasretmektedir. **Önen**'e nazaran, önceki vasiyetname ile bağdaşmaz sonraki vasiyetname ile geri alma ve sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma, örtülü-zımni geri alma yöntemi olarak değerlendirilmelidir¹⁶⁶.

¹⁶⁵ **Öztrak**, Rücu, s. 30-31.

¹⁶⁶ **Önen**, s. 32 vd.

Türk Hukukunda **Oğuzman**'ın izlediği yöntem ise bir orijinallik taşımaktadır. Yazar, öncelikle ikili bir ayırmadan hareket etmektedir: Vasiyetnamenin geri alınması ve vasiyetnamenin geri alınmış sayılması. Vasiyetnamenin geri alınması ise iki şekilde karşımıza çıkmaktadır: Yeni bir yok etme vasiyetnamesi ile ve yok etmek sureti ile. Keza, önceki tarihli vasiyetname ile bağdaşmaz içerikte sonraki tarihli vasiyetname düzenlemek ile sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma hallerinde vasiyetnamenin geri alınmış sayılmasından bahsedilir¹⁶⁷.

İnan/Ertas/Albaş ise açık ve örtülü geri almadan bahis açmakta ve tıpkı **Önen** ile **Öztrak** gibi açık geri almayı TMK m. 542'ye hasretmekte, geri kalan üç geri alma usulünü ise zımni geri alma kavramı içinde değerlendirmektedirler¹⁶⁸. **İmre/Erman**'ın bu düşünce şeklinden ayrıldığı yegane nokta, yok etmek sureti ile geri alma meselesini örtülü geri alma kavramından ayrı bir başlık açarak incelemeleridir¹⁶⁹.

Guinand/Stetler de, konuyu, açık-sarih/zımni-örtülü geri alma kavramlarından yola çıkarak incelemektedirler. Yazarlara göre, İMK'nun 509. maddesinde (TMK m. 542) öngörülen hal açık geri almaya, önceki vasiyetname ile bağdaşmayan yeni bir vasiyetname ile geri alma ile sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma ise örtülü geri almaya örnek teşkil eder. **Guinand/Stetler**'in de tıpkı **İmre/Erman** gibi yok etmek sureti ile geri almayı ayrı bir başlık altında incelediğini eklemek isteriz¹⁷⁰. Keza, **Piotet**'in de aynı yaklaşım içinde olduğu söylenmelidir¹⁷¹.

Liste elbette uzatılabilir. Ama böylesi bir uğraş, zorunlu ve gerekli de değildir. Zira, meseleyi tüm bu alt ayrımlardan bağımsız ve kanunun sistematiğine uygun şekilde, bizim hemen bu bölümün başında yaptığımız gibi dörtlü bir ayırım içinde ele alan yazarlar da mevcuttur. **Serozan**'ı ve **Steinauer**'i bu vesile ile anmak isteriz¹⁷². Öğretici olma kaygısı ile yapılacak ayırım **Kocayusufpaşaoğlu** ve **Dural**'ın yaptığı gibi¹⁷³, olsa olsa, geri alma

¹⁶⁷ **Oğuzman**, Miras, s. 212 vd.

¹⁶⁸ **İnan/Ertas/Albaş**, s.194 vd.

¹⁶⁹ **İmre/Erman**, s.96 vd.

¹⁷⁰ **Guinand/Stetler**, s. 68 vd. Benzer yönde bkz. Richard **Rodriguez**, La Révocation Du Testament Public Et Ses Conséquences Du Point De Vue De La Communication De L'acte, Revue De Droit Privé et Fiscal Du Patrimoine, Notalex, S. 2009/2, s. 52 vd.

¹⁷¹ **Piotet**, Précis, s. 53.

¹⁷² **Steinauer**, s. 356 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 247 vd.

¹⁷³ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd.; **Dural/Öz**, Miras, s. 106 vd.

vasiyetnamesi ile önceki vasiyetname ile bağdaşmayan sonraki vasiyetname yolu ile geri alma usullerini, her ikisinin de bir ölüme bağlı tasarruf olduğundan hareket ederek, aynı potada eritmek olmalıdır. Biz, bu noktada, **Steinauer** ile **Serozan**'ın yolundan giderek herhangi bir alt ayırım yapmadan, her bir geri alma yöntemini kendine özgü ve ayrı ayrı inceleyeceğiz. Bu yaklaşımın kanunun sistematığına de uygun olduğu düşüncesindeyiz. Ancak bunu yaparken, **Kocayusufpaşaoğlu** ve **Dural**'ın etkisi ile, TMK m. 542'de öngörülen geri alma vasiyetnamesi ile geri alma ile TMK m. 544/I'de öngörülen önceki vasiyetname ile bağdaşmayan sonraki vasiyetname ile geri alma usullerini, türlü sebeplerle benzer olduklarından yola çıkarak, birbirinin peşi sıra ele alacağız.

Konunun ele alınış tarzında ortaya çıkan bu farklı yaklaşımlar, vasiyetnamenin vasiyet edenin iradesi dışında yok olması halinin, vasiyetnamenin geri alınması kurumundan öz ve şekil itibari ile ayrı bir bahiste değerlendirilmesi gerektiği noktasında haklı olarak birbiri ile adeta örtüşmektedir. Bu düşünce tarzı son derece isabetlidir. Zira, vasiyetnamenin geri alınmasını nasıl tanımlarsanız tanımlayın, onun, vasiyet edenin iradesine dayalı bir hükümsüzleştirme-etkisizleştirme yolu olduğu gerçeği ile karşılaşsınız¹⁷⁴. Biz, hemen yukarıda, vasiyetnamenin vasiyet edenin iradesi dışında yok olduğu hallerin bir talihsizlik sonucu TMK'nun 543. maddesinin ikinci fıkrasında kendisine yer bulduğunu; konunun hemen 545. maddeden önce, ayrı ve bağımsız bir madde halinde düzenlenmesinin daha isabetli olacağını da belirtmiş idik¹⁷⁵. Bundan dolayı, vasiyetnamenin vasiyet edenin rızası dışında yok olduğu haller, teknik anlamı ile vasiyetnamenin geri alınması kavramını inceleme amacına yönelmiş bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, türlü sebeplerle, meseleye bütünüyle de yabancı kalamadık. Bu tercihimiz bizi iki alt seçenekle karşı karşıya bıraktı: Meseleye, ya, vasiyetnamenin geri alınması kurumunun benzer kurumlardan ayrıldığı bölümde, iptal davası ile kendiliğinden hükümsüzleşme hallerinden hemen sonra değinecek idik; ya da, kavramsal yakınlığından hareket ederek ve Kanunun sistematığını de dikkate alarak yok etmek suretiyle vasiyetnamenin incelendiği bölümde. Biz, ikincisini tercih ettik. Bu tercihimizde belirleyici olan, TMK m. 542 vd. hükümlerinin sistematığı yanında, vasiyetnamenin yok etmek sureti ile geri alınması bahsinde yapacağımız açıklamaların

¹⁷⁴ **Öztrak**'ın tez çalışmasının adını "Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai" olarak seçmesi boşuna değildir.

¹⁷⁵ Bkz. yukarıda s. 67 vd..

konu ile dolaylı da olsa ilgisinin bulunması olmuştur. Gerçekten de, yeri geldiğinde görülecektir ki, yok etmek sureti ile geri alma usulüne yönelik tespitlerin özünde vasiyetnamenin rıza dışı yok olması kurumu ile karşılatırılması neticesinde ulaştığımız bir kısım sonuçlar yer alacaktır. Şimdilik, vasiyetnamenin vasiyet edenin iradesi dışında yok olduğu hallerin inceleme konumuz dışında kaldığını, bununla birlikte söz konusu halin vasiyetnamenin yok edilmek sureti ile geri alınması bahsinde karşılatırmalı ve özet olarak açıklanacağını ifade etmekle yetiniyoruz¹⁷⁶.

2. Vasiyetnameyi Geri Alma Hakkından Feragat

Vasiyetnamenin geri alınması usullerini incelemeye geçmeden önce, tek yanlı bu geri alma hakkından feragatin mümkün olup olmadığı meselesini de incelemek gerekir.

Öztrak'a göre tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardan rücu hakkı bizzatihi tek taraflı ölüme bağlı tasarruf kavramının bünyesinden doğmaktadır. Bundan dolayı da, söz konusu hakdan feragat mümkün değildir. Yazar, bu amaca yönelmiş bir irade açıklamasının kamu düzeni endişesi ile geçersiz olacağını da ifade etmektedir¹⁷⁷.

Serozan da ölüme bağlı tasarruf serbestisinin gözden çıkarılamayacağını söyleyerek **Öztrak** ile benzer bir düşünce tarzını ortaya koymaktadır¹⁷⁸.

Önen'e göre de geri almanın kamu düzenine ilişkin bir yönü vardır ve modern hukuk sistemlerinin tamamı vasiyetname kavramını her zaman için geri alınabileceğinden hareket ederek tanımlamaktadırlar¹⁷⁹. **İnan/Ertaş/Albaş** da benzer şekilde düşünmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Bu cümleden olmak üzere bkz. aşağıda s. 233 vd. **Önen**'in bizden kısmen de olsa farklı düşündüğünü de eklemek isteriz. Yazar, vasiyetnamenin vasiyet edenin rızası dışında yok olduğu halleri, de la suppression du testament- vasiyetnamenin yok edilmesi üst başlığı altında incelemektedir: **Önen**, s. 53 vd. Kısaca açıklamak gerekir ise, **Önen**'e göre, vasiyetnamenin yok edilmesi üst başlığı altında iki hali birbirinden ayırmak gerekir. Bunlardan ilki, bizim de inceleyeceğimiz ve bir geri alma usulü olan vasiyetnamenin vasiyet edenin iradesi ile yok edilmesi; ikincisi ise metnin vasiyet edenin iradesi dışında ortadan kaybolmasıdır. **Öztrak** ise, konuya ilişkin monografik eserinin ilk iki bölümünü vasiyetnamenin geri alınması kurumuna ayırmış ve devamla üçüncü bölümde iki ayrım halinde vasiyetnamenin ziyat meselesini incelemiştir.

¹⁷⁷ **Öztrak**, Rücu, s. 15-16.

¹⁷⁸ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 246.

¹⁷⁹ **Önen**, s. 18 vd.

¹⁸⁰ **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 194.

Escher, Steinauer, Stettler, Rodriguez ve Scyboz/Scyboz/Gillieron/Braconi’ye nazaran da vasiyetnameyi geri alma hakkından feragat edilemez¹⁸¹.

Stettler’in ifadesi ile nasıl ki “l’animus testandi” vasiyetname düzenlenmesinin özünde yatıyorsa; “l’animus revocandi” de vasiyetnamenin geri alınmasının arka planında yer alır¹⁸². Başka bir ifade ile, vasiyetnameyi meydana getiren de onu ortadan kaldıran da, vasiyet edenin farklı yönlerde tezahür eden irade açıklamalarıdır. Düzenlenmesinde olduğu kadar geri alınmasında da belirleyici olan, vasiyet edenin iradesine tanınan bu serbestliktir.

Vasiyetnamenin serbestçe geri alınabileceği muhtelif hukuk sistemlerinde türlü şekillerde ifade edilmiş bulunmaktadır. Vasiyetnameleri “Vasiyetname; vasiyet edenin, artık yaşamayacağı bir zaman dilimi için, malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunduğu ve her zaman için geri alabileceği bir hukuki işlemdir.” şeklinde tanımlayan Fransız Medeni Kanunun 895. maddesini evveleminde anmak yerinde olacaktır¹⁸³. Oysa, İMK ve TMK, vasiyetname kavramını tanımlamamış ve fakat sadece türlerini saymakla yetinmiştir. Bununla birlikte bu hukuk sistemlerinde de doktrin tarafından verilen tanımların tamamında onun serbestçe geri alınabilirliği öteden beri vurgulanagelmıştır. Zira, açık bir tanım verilmiş olmasa da, vasiyetnamenin serbestçe geri alınabileceği yolundaki ilkenin İsviçre ve Türk hukuk sistemleri bakımından da kanuni dayanaklarının var olduğunu söylemek isteriz.

Gerçekten de, TMK’nun 542. ve İMK’nun 509. maddesinde geçen “... yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir” ve özellikle oradaki her zaman ifadesi bizi bu sonuca götürmektedir.

Ezcümle, gerek Türk gerekse İsviçre hukuk sistemleri bakımından söylenenlerin ortak noktası TMK m. 542/İMK m. 509’un emredici olduğudur. **İnan/Ertas/Albaş**’ın¹⁸⁴

¹⁸¹ A. **Escher**, Medeni Kanun Şerhi-Miras Hukuku, Çev. Sabri Şakir Ansay, Ankara 1949, s. 352; **Steinauer**, s. 355; Martin **Stettler**, La Révocation Et La Supression Du Testament, Mélanges En L’Honneur De Henri-Robert Schüpbach, Bale 2000, s. 143-144; Georges **Scyboz**/Pierre **Scyboz**/Pierre-Robert **Gillieron**/Andrea **Braconi**, Code Civil Suisse Et Codes Des Obligations Annotés, Bale 2008, s. 294; **Rodriguez**, s. 51.

¹⁸² **Stettler**, s. 143.

¹⁸³ FMK’nun 895. maddesinin emredici olduğu yolunda bkz. Frédéric **Lucet**, Actualisé Par Raymond Le Guidec, Donations et Testaments, Révocation Des Testaments, Juris-Classeurs, Fasc. 110, Paris 2007, s. 3. Vasiyetnamelerin serbestçe geri alınabileceği ilkesi AMK’nun 2253. maddesinden de rahatlıkla çıkartılmaktadır.

¹⁸⁴ **İnan/Ertas/Albaş**, s. 194.

söylemi ile “...vasiyetçiye tanınan bu haktan kısmen veya tamamen feragat edilemeyeceği gibi, uzun veya kısa bir süre dahi feragat mümkün değildir. Bu feragati içeren her hukuki işlem mutlak olarak geçersizdir.” Keza, Yüksek Mahkemenin 1993 tarihli bir kararında bu gerçek “Vasiyetçi MK’da öngörülen vasiyetname şekillerinden birine uyarak önceki vasiyetinden her zaman rücu edebilir. MK. 489. m’indeki bu hüküm emredicidir, resmi vasiyetnamede aksine koyulan kayıtlar geçersizdir.” şeklinde ifade edilmiş bulunmaktadır¹⁸⁵. Yine, Federal Mahkemeye göre de, İMK’nun 509. maddesi emredici niteliktedir¹⁸⁶.

Vasiyetnameyi geri alma hakkından feragate yönelik her türden hukuki işlemin geçersiz olduğu iddiası, olsa olsa, TMK m. 542’nin emredici nitelikte olmasına ve bu amaca yönelik bir işlemin de TMK m. 23’e aykırı olduğu düşüncesine dayandırılabilir. Nitekim, önemli bazı haklardan feragat, kişiyi kendisine karşı dahi koruma düşüncesi ile, mümkün değildir¹⁸⁷. Kişinin karar alma özgürlüğünü sınırlayan ve ortadan kaldıran hukuki işlemler böylelikle geçersiz kabul edilir¹⁸⁸.

Biz, meseleyi iki açıdan ele alacağız. Bunlardan birincisi kişilik hakkı çerçevesinde koruma, diğeri ise TMK’nun 542. maddesinin emredici olup olmadığıdır.

TMK’nun 23. maddesi hiçbir şüpheye yer bırakmayacak ölçüde açıktır:

“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.”

¹⁸⁵ YHGK’nun 17/11/1993 tarihli için bkz. YKD, 1994, S. 4, s. 547. Bu halde, geçersiz olan bu kayıt dışında yer alan kısmın geçerliliğini koruyup korumayacağı elbette başka bir tartışmanın konusunu teşkil eder.

¹⁸⁶ ATF 108 II 405. Kararda İMK m. 509’un emredici olduğu açıkça söylenmektedir.

¹⁸⁷ Alain **Thévenaz**, La Protection Contre Soi-Même, Berne 1997, s. 239 vd.; Serap **Helvacı**, Türk Ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s. 21 vd.; **Serozan**, Medeni, s. 195. Hakdan feragatin hakkı sona erdiren bir neden olduğu yolunda ayrıca bkz. Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 3660 vd.; **Dural/Sarı**, s. 210 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 202 vd.; **Serozan**, Medeni, s. 194 vd.

¹⁸⁸ **Thévenaz**, s. 239-240. **Thévenaz**’a göre bu türden bir hukuki işlem herşey bir yana İMK’nun 27. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık teşkil eder. Bu türden bir sınırlamanın geçerli olması konu ve zaman bakımından bir kısıtlama getirilmesine bağlıdır.

Vasiyet edenin vasiyetnamesini geri alma hakkından feragat etmesi hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçme olarak değerlendirilemez¹⁸⁹. Zira, bir kişinin bir hakkından feragat etmesi ile hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçmesi farklı şeylerdir. Bu sebeple, geri alma hakkından feragatin TMK m. 23/II kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bir başka deyişle, mesele kişilik hakkı bakımından ele alındığında, biz, vasiyetnamenin geri alınması hakkından feragatin, daha doğru deyişle bu amaca yönelmiş bir hukuki işlemin, kişinin özgürlüğünü ahlaka ve hukuka aykırı şekilde kısıtladığını düşünürüz. Hukuk düzeninin, kişinin serbestçe karar vermesini salık verdiği hallerde ilgilinin bu özgürlüğünden vazgeçmesi hukuka ve ahlaka aykırı sayılmalıdır¹⁹⁰. Bu noktada, TMK m. 23’e aykırılığın yaptırımının BK. m. 19 mucibince kesin hükümsüzlük olduğunu da eklemek isteriz. TMK m.542’nin emredici nitelikte olduğu yolundaki mülahazalar da bu düşüncelerimizi destekler niteliktedir¹⁹¹. TMK m. 542’nin dili ilk bakışta bir kesinlik içermediği izlenimi yaratmaktadır. Ancak bunun sebebi, emredici hükümlerin çoğunda, aksine düzenleme yapılamayacağı vurgusunun cümlelerin fiiline yüklenmesine rağmen burada zaman zarfına bırakılmış olmasıdır. Biz, madde metnin de geçen, “her zaman” sözcüğünün, tek başına dahi hükmün emredici nitelikte olduğunu ispata kafi olduğunu düşünüyoruz. Kaldı ki, ölüme bağlı tasarruflara hakim olan vasiyet edenin iradesini belirleyici kılma ilkesi ve hükmün bu nihai amaç çerçevesinde yorumlanması da bizi aynı noktaya götürecektir. Nihayetinde, TMK m. 23 olmasaydı, vasiyet edenin geri alma hakkından feragati içeren her türlü hukuki işlemi, emredici nitelikteki bir hukuk normuna aykırı olması sebebi ile yani TMK m. 542 mucibince kesin hükümsüz olacaktı. Keza, vasiyet edenin hakkından feragatini belli bir zaman dilimi ile sınırlaması dahi anılan hukuka aykırılığı ortadan kaldıramayacaktır. TMK m. 542’nin metni, bu hali itibariyle, özgürlüğün sınırlanmasına yönelik işlemlerin zaman ve konu itibariyle sınırlanmak suretiyle hukuka ve ahlaka aykılığın ortadan kalkabileceği yolundaki bütün tartışmalara engel olmaktadır¹⁹². Ezcümle, TMK m. 542’de yer alan bu düzen

¹⁸⁹ Aytekin **Ataay**, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarıml, Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Baskı, İstanbul 1978, s. 148.

¹⁹⁰ Benzer yönde bkz. **Dural/Öğüz**, s. 138-139.

¹⁹¹ FMK m. 895 çerçevesinde bir değerlendirme için bkz. **Lucet**, s. 3.

¹⁹² **Escher**’de madde metnindeki “her zaman” sözcüğünün belirleyici olduğunu ifade etmektedir: **Escher**, s. 352. Kişinin kendine karşı dahi korunduğu ve bu ilkeye aykırı sayılan işlemlerin butlan-kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu hakkında ayrıca bkz. **Rodriguez**, s. 51 ve oradaki dn. 1’e ait metin; **Escher**, s. 352; **Ataay**, s. 149; **Thévenaz**, s. 239 vd.; **Dural/Öğüz**, s. 139; Ergün **Özsunay**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Baskı, İstanbul 1979, s. 152 ve oradaki dn.124’e ait metin; **Ayan/Ayan**, s. 58; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s. 131. Kişinin özgürlüğünü sınırlayıcı işlemler her halde geçersizliğe yol

tarzının, yani vasiyet edenin vasiyetnamesini her zaman için geri alabileceği yolundaki emredici düzenlemenin, sadece yeni bir geri alma vasiyetnamesi düzenleyerek geri alma yoluna özgü olmadığını, diğer geri alma usulleri bakımından da aynı etkiye sahip olduğunu eklemek isteriz¹⁹³.

3. Vasiyetnamenin Geri Alınmasına İlişkin Bir Genel Hüküm Bulunmaması

Türk ve İsviçre kanun koyucuları vasiyetnamenin geri alınması usullerinin bütünü için geçerli olacak bir hüküm sevk etmiş değildir.

Hal böyleyken, bir önceki bahiste, TMK’nun 542. maddesinin ilk fıkrasında, sanki sadece geri almaya yönelik bir vasiyetname düzenleyerek geri alma yoluna özgü imiş kaleme alınan geri almanın “her zaman” mümkün olduğu yolundaki kuralın diğer geri alma

açmayacaktır. Sınırlamanın sınırlanması, TMK m. 23’de yer alan hukuka ve ahlaka aykırılığı ortadan kaldıracabileceği gibi (TMK m. 542 bakımından) hükmün emredici niteliğinin boyunduruğundan kurtulmaya da imkan verebilecektir. Bu hususla ilgili özel olarak bkz. **Helvacı**, s. 22. Hükmün emredici niteliğinin mutlak olduğu hallerde elbette bu sonuç kabul edilemeyecektir. Aşağıda yapacağımız tartışmalar, ancak ve ancak, bir hükmün kısmen emredici olabileceği kabul edilirse anlam taşır. Biz, bir hukuk kuralının emrediciliğinin, uygulandığı somut uyuşmazlıkların çeşitliliği karşısında, içerik bakımından değişebileceğine inanmaktayız. Bu noktada, tarafımızca önemli olan, hükmün anlam ve içerik bakımından emredici olduğu noktaların tek tek tespit edilebilmesidir. Hemen yukarıda, en azından zaman ögesi bakımından TMK m. 542 hükmünün aşılamayacağını tespit ettik. Bu sebeple, TMK m. 23’den kurtulsak bile zaman bakımından bir sınırlamanın emredici norma aykırılığı ortadan kaldıramayacağını, TMK m. 542 engelini aşmamıza yardımcı olamayacağını da söylemiş oluyoruz. Ancak, kanaatimizce, konu itibari ile getirilecek bir sınırlama bakımından kısmen farklı düşünülebilir. Çünkü, yine bize göre, TMK m. 542 ile getirilen yasak bu açıdan mutlak nitelikli değildir. Vasiyet edenin vasiyetine konu ettiği malvarlığı değerlerinden bir kısmına yönelik olmak üzere 2. bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmayacağını dile getirmesi acaba hukuka uygun kabul edilemez mi? Bu sorunun cevabının müspet olduğuna inanmaktayız. TMK m. 542 metni incelenecek olduğunda mutlak kısıtlamanın zaman yönünden yapıldığı görülecektir. Eğer kanunkoyucu bu hükmü sevk etmekle ayrıca konu yönünden bir sınırlama yapmanın gereksiz olduğu düşüncesinde ise elbette ulaşılabilecek sonuç farklı olacaktır. Ancak, ölüme bağlı tasarrufa konu edilen belirli malvarlığı değerlerine ilişkin kazandırmaların geri alınmayacağını taahhüt etmek kanaatimizce hükmün ratio legisine de aykırılık teşkil etmeyecektir. Geri alınmayacağı taahhüt edilen malvarlığı değerlerinin nominal karşılığının o an için vasiyet edenin genel malvarlığının küçük bir kısmını teşkil ettiği hallerde durum özellikle böyledir. Aynı düşünce tarzı, manevi değeri maddi değerinin önünde olan kazandırmalar bakımından da kabul edilebilecektir. Hal böyleyken, bu düşüncemizin çoğunluk tarafından hemen yukarıda yer verdiğimiz tartışmalar çerçevesinde kabul edilmeyeceğinin de farkında olduğumuzu, bu kaygılarımızın en azından de lege ferenda önem taşıdığını eklemek isteriz. Konu, geri almadan dolayı vasiyet edenin sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu ve özellikle sorumluluk sebebi bakımından da önem arz etmektedir. Bu tartışmalar için ayrıca bkz. aşağıda s. 322 vd.. Vasiyet edenin herhangi bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmaksızın ileride düzenleyeceği vasiyetname/lerini geri almayacağı yönündeki taahhütlerinin, TMK m. 23 ve m. 542 yanında bir de doğmamış hakdan feragat edilemeyeceği yolundaki genel usul ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi zorunludur. Bu halde, vasiyet eden, aslında bir hakkından feragat etmemekte, hak ve fiil ehliyetinden vazgeçmektedir. Kanun bu tarz bir vazgeçmenin kısmen dahi yapılamayacağını ise açıkça ifade etmiş bulunmaktadır.

¹⁹³ Bu görüşte olmak üzere bkz. **Önen**, s. 18 vd.; **Öztrak**, Rücu, s. 16.

usulleri bakımından da geçerli olduğunu tespit etmiş idik. Başka deyişle, vasiyet eden, vasiyetnamesini kanunda öngörülen diğer usullere (yok etmek, sonraki tarihli çelişen vasiyetname düzenlemek ya da sağılar arası tasarrufda bulunmak suretiyle) göre de yine “her zaman” için geri alabilecektir.

TMK m. 542/II’nin de niteliklerine uygun düştüğü ölçüde tüm geri alma usulleri hakkında uygulanabileceğine inanmaktayız. **Öztrak**’ın isabetle belirttiği üzere kısmen geri almanın 542. maddede yer alması bizi yanıltmamalıdır¹⁹⁴.

TMK m. 542 ile TMK m. 544 arasındaki özel ilgi ve bağlantı ise ayrıca değerlendirilmeyi hak etmektedir. Esasında, TMK m. 542 ile öngörülen geri alma imkanının sadece geri alma vasiyetnamesine özgü olduğunu da yine Kanunun 544. maddesinin ilk fıkrasından anlıyoruz. Bu tercihin isabetli olup olmadığı tartışmalıdır. Zira, TMK m. 542/I’in uygulama alanı sadece yeni bir geri alma vasiyetnamesine özgüdür. Örnek vermek gerekir ise, halihazırda mevcut bir vasiyetname karşısında¹⁹⁵ vasiyet edenin gerisinde bıraktığı ikinci elyazısı ile ya da resmi vasiyetnamesinde sadece “önceki vasiyetnamemi geri alıyorum” yazacak ya da dudaklarından dökülen son sözcükler bunlardan ibaret olacaktır. Kanun koyucu TMK m. 542/I ile 544/I’de düzenlenen geri alma usullerinin çoğu kez bir arada bulunacağı gerçeğini göz ardı etmiştir. Gerçi, bu düzen tarzı, vasiyetnamenin geri alınması için sadece bu yöndeki basit bir beyanın dahi yeterli olacağını göstermesi bakımından faydalı da olmuştur¹⁹⁶. Ancak, kanaatimizce, hukuki niteliklerindeki benzerlik de nazara alınarak, bu iki geri alma usulünün aynı maddede yer alması ya da en azından Fransızların yaptığı gibi bu iki usulün peşi sıra kaleme alınması daha isabetli olurdu. Bu halde, TMK’nun 542. maddesinin “yeni vasiyetname ile” şeklindeki kenar başlığını değiştirmeye de gerek kalmazdı¹⁹⁷. Biz, tüm bu sebeplerle, 542.

¹⁹⁴ **Öztrak**, Rücü, s. 79. Yazar, kaynak göstermemekle birlikte; kısmen geri almanın gerek Türk gerek İsviçre hukukları bakımından mümkün olduğunu altını çizmektedir. **Öztrak**’ın kısmi ve şarta bağlı geri almayı ayrı bir bahiste incelemesinin sebebi de bu imkanın her türden geri alma usulünde uygulanabileceğine olan inancı olsa gerekir. Biz, meseleyi, O’ndan farklı bir tarzda ele alacak ve her bir geri alma usulü açısından ayrı ayrı değerlendirme yapacağız. Vasiyet edenin sadece “Vasiyetnamemin ... kısımlarını geri aldım.” türünden bir beyanının sadece bir geri alma vasiyetnamesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ise ayrıca tartışacağız. Zira, bu türden bir geri almanın 544/I çerçevesinde değerlendirilebilmesi pekala mümkündür. Son cümleden olmak üzere ayrıca bkz. aşağıda s. 137 vd..

¹⁹⁵ Söz konusu vasiyetnamenin çeşidi bu bahiste önemli değildir.

¹⁹⁶ Böylelikle bir vasiyetnamenin içeriğinin sadece geri alma isteğinden ibaret olabileceği de söylenmiş olmaktadır.

¹⁹⁷ Yine 544. maddenin kenar başlığının değiştirilmesine de gerek yoktur.

maddeye ilişkin bir kısım açıklamalarımızın 544. maddenin ilk fıkrası için de geçerli olacağını peşinen söylemek isteriz. Geri alma işleminin hukuki niteliği ve aranacak ehliyet bakımından durum böyledir. Geri alınan vasiyetname ile geri alma vasiyetnamesinin özdeş olmasının zorunlu olmadığı yolundaki ilke için de aynı şey söylenebilecektir.

Fransız kanun koyucusunun meseleyi ele alış tarzı Türk ve İsviçre kanun koyucularına benzemekle birlikte¹⁹⁸, Alman Medeni Kanununun 2253. maddesinde, kurumu bütünüyle kucaklayacak şekilde sadece vasiyetnamelerin her zaman geri alınabileceğinin ifade edilmesiyle yetinilmesi boşuna değildir. Yine, İMK m. 509/TMK m. 542'nin karşılığı olan AMK m. 2254'de, geri alma vasiyetnamesine yer verildikten sonra bu yol ile geri almanın kısmi de olabileceğine değinilmemesi gayet yerindedir¹⁹⁹.

Buna karşılık, TMK'nda geri almaya ilişkin bir genel hüküm yoktur. Bu eksiklik, kurumun geneline yönelik bir kısım kurallara 542. maddede yer verilmek suretiyle giderilmeye çalışılmıştır. Deyim yerinde ise bu maddeye aynı zamanda bir genel hüküm niteliği kazandırılmıştır. Ortaya çıkabilecek sorunların Kanunun hemen yukarıda yer verdiğimiz tarzda yorumlanması ile aşılabileceği ise aşıkardır.

¹⁹⁸ Geri alma vasiyetnamesi yolu ile geri almayı düzenleyen 1035. madde metninde, işbu geri almanın kısmi de olabileceği ifade edilmektedir.

¹⁹⁹ AMK başkaca özellikleri ile de tercih edilebilecekler arasında en uygunu olarak gözükmektedir. Zira, Türk-İsviçre hukuku bakımından tam bir muamma teşkil eden resmi vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınması meselesi bizzat AMK'da bir çözüme kavuşturulduğu gibi geri alma vasiyetnamesinin geri alınması halinde nasıl bir sonuç doğacağı da cevapsız bırakılmamıştır. AMK'nun diğer bir önemli farklılığı da sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma imkanının bu hukuk sistemi bakımından öngörülmemiş oluşudur.

II. YENİ BİR GERİ ALMA VASIYETNAMESİ İLE

Buraya kadar yapageldiğimiz tüm açıklamaların yegane sebebi; bundan sonra doğrudan incelemeye başlayacağımız TMK’nun 542, 543 ve 544. maddeleri ile çıkacağımız yolculukta, anılan maddelerin özü ile başbaşa kalabilmektir. Başka deyişle, inceleme konumuzun esasını teşkil eden bu üç kanun maddesinin gerek tarihi arka planı gerekse benzer kurumlar ile farklılıkları ortaya konurken, kaygımız, bundan sonra yapacağımız açıklamaların özel hukuk sistemimiz içinde bir bütünlük arzemesi olmuştur.

1. Genel Olarak

Hepsi ikişer fıkradan ibaret üç madde halinde karşımıza çıkan “vasiyetnamenin geri alınması” kurumuna ilişkin olmak üzere, TMK m. 542’yi, tıpkı kanunkoyucu gibi, biz de başlangıç noktası olarak kabul edeceğiz:

“Mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir.

Vasiyetnamenin tamamından ya da bir kısmından dönülebilir.”

TMK m. 542’nin 01/01/2002 tarihinden önce yürürlükte olan Türk Kanunu Medenisi’nin 489. maddesini karşıladığı ise bizzat gerekçesinden rahatlıkla anlaşılmaktadır. Anılan gerekçe aynen şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Eski Kanunun 489. maddesini karşılamaktadır. Maddenin konu başlığı ‘Vasiyetten dönme’ olarak değiştirilmiştir. Çünkü bu ve bundan sonraki maddelerde vasiyetçinin yapmış olduğu vasiyetden hangi yollarla dönülebileceğini düzenlemektedir. maddenin kenar başlığı “Yeni vasiyetname ile” şeklinde düzenlenmiştir. Madde kaynak Kanuna uygun olarak iki fıkra haline getirilmiştir. Hüküm değişikliği yoktur.”.

Yukarıda yer verdiğimiz madde gerekçesinden çıkaracağımız ilk sonuç, maddenin eski haline (TKM m. 489) nazaran esasında bir değişiklik yapılmamış oluşudur. Biz, bu sebeple, eski Medeni Kanunumuz döneminde yazılan bilimsel eserlerin bu madde bakımından güncelliklerini koruduğu düşüncesindeyiz. Keza, 01/01/2002 tarihinden önce

verilen yargı içtihatları dahi bugün bile bize yol gösterici ve tıpkı o dönemde kaleme alınmış bilimsel eserler gibi pratik bir öneme de sahip olacaktır²⁰⁰.

TMK m. 542 (TKM m. 489) hükmü İMK'nun 509. maddesinin karşılığıdır. İMK m. 509'un konu başlığı "geri alma ve yok etme" kenar başlığı ise "geri alma"dır. Bu nokta da, TMK'nun kenar başlığının kanunun içeriğine ve maksada daha uygun olduğu peşinen söylenmelidir. Öte yandan, TMK m. 542'deki "mirasbırakan" teriminin İMK m. 509'da, daha isabetli şekilde, "tasarruf eden" olarak hayat bulduğunu ama bizim bu iki terim yerine türlü sebeplerle "vasiyet eden" kavramına sadık kalacağımızı da eklemek isteriz.

Şekle yönelik bu kaygılar esasa yönelik yapacağımız yorumlar bakımından elbette önemlidir ama; işbu kavramsal kaygılar bir yana bırakılacak olursa, TMK m. 542'nin İMK m. 509'un öz itibarıyla iyi bir çevirisinden ibaret olduğu da söylenmelidir. Böylelikle, gerek İsviçre doktrininde ileri sürülen görüşlerin gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının Türk hukuku bakımından da sadece teorik değil de pratik bir öneme de sahip olduğu ortaya çıkmaktadır.

Geri alma vasiyetnamesi düzenleyerek vasiyetnamenin hükümden düşürülmesi imkanına FMK'nun 1035. maddesinde yer verildiğine de şahit olmaktadır. Vasiyet edenin yeni bir vasiyetname düzenleyerek önceki tarihli vasiyetnamesini geri alabileceği bu hukuk sisteminde de kabul edilmektedir. Fransız hukukunun Türk-İsviçre hukuklarına nazaran farklılığı, vasiyet edenin sadece ve sadece yeni bir vasiyetname düzenlemek sureti ile sınırlanmayıp noter önünde yapacağı basit bir beyanla da aynı sonuca ulaşılmasında kendisini gösterir. Bu hususla ilgili görüşümüz yeri geldiğinde ayrıca açıklanacaktır²⁰¹. Belçika Medeni Kanunu bu noktada FMK ile birebir örtüşmektedir²⁰². Yine, "geri alma vasiyetname ile yapılır." diyen AMK'nun 2254. maddesinde aynı imkana yer verilmiştir²⁰³.

²⁰⁰ Gönül isterdi ki kanun koyucu, konu başlığını, "vasiyetnamenin geri alınması" ya da en azından İsviçre'li meslektaşlarının yaptığı gibi "vasiyetnamenin geri alınması ve vasiyetnamenin yok edilmesi" olarak seçmiş olsun. En azından, sözleşme ilişkilerine özgü dönme kavramına atıf yapılmaması isterdik. Biz, konu başlığındaki "dönme" kavramının neden "geri alma" şeklinde anlaşılması gerektiğini yukarıda uzun uzadıya açıklamıştık. Bu cümleden olmak üzere bkz. yukarıda s. 35 vd..

²⁰¹ FMK'nun 1035. maddesinin dilimize "Vasiyetname, kısmen ya da tamamen, ancak ve ancak sonraki tarihli bir vasiyetname ile ya da vasiyet edenin son isteklerinin değiştiği yolunda noter önünde yapacağı bir hukuki işlem ile geri alınabilir." şeklinde çevrilmesi mümkündür.

²⁰² René **Dekkers**, Précis De Droit Civil Belge, C. 3, Bruxelles 1955, s. 73.

²⁰³ Alman Medeni Kanununun çevirileri Doç. Dr. Faruk Acar tarafından yapılmıştır.

Ezcümle, TMK m. 542'nin ilk okunmasından ulaşılan sonuçların şöylece özetlenmesi de mümkündür:

- Vasiyet eden hayatta olduğu süre zarfında her zaman için yeni bir vasiyetname düzenleyerek vasiyetnamesini geri alabilir.
- Vasiyetnamenin geri alınması için kanunda öngörülen vasiyetname şekillerinden birine başvurması gerekli ve yeterlidir.
- Vasiyet edenin geri almaya ilişkin tasarrufu önceki vasiyetnamenin bütününe yönelik olabileceği gibi sadece bir kısmına da yönelik olabilir²⁰⁴.

2. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Vasiyet eden TMK m. 542/I anlamında vasiyetnamesini geri alabilmek için lehdarın rızasına ihtiyaç duymaz. Bu maddede karşımıza çıkan geri alma usulünün, daha doğrusu geri alma işleminin, hukuki niteliğinin tespiti noktasında hareket noktalarımızdan biri ve ilki maddenin kenar başlığı olacaktır: “Yeni vasiyetname ile”.

Önen'e göre, geri alma, vasiyet edenin önceki tarihli bir vasiyetnamesinde yer alan ölüme bağlı tasarrufları hükümden düşürme amacına yönelmiş negatif yöndeki bir başka ölüme bağlı tasarrufudur ve tüm vasiyetnameler gibi tek taraflı bir hukuki işlemdir²⁰⁵. **Öztrak**'a nazaran da geri alma tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruftur²⁰⁶.

²⁰⁴ TMK'nun 542. maddesinin 2. fıkrasında ifade edilen bu ilke diğer geri alma usulleri hakkında dahi caridir. Kaldı ki, 542. madde kapsamında kısmi geri almanın mümkün olup olmadığı ayrıca tartışılmalıdır: Bkz. aşağıda s. 292 vd..

²⁰⁵ **Önen**, s. 14 vd.

²⁰⁶ **Öztrak**, Rücu, s. 17 vd. **Öztrak** ve **Önen**'nin bu tespitleri sadece TMK m.542 için değil de geri alma hallerinin bütünü içindir. Bununla birlikte biz bu açıklamaların neden dolayı sadece TMK m 542/I ve TMK m. 544/I'e hasredilmesi gerektiğini de açıklamış idik. Kısaca ifade etmek gerekir ise, bize göre, kanun koyucunun geri alma usullerine yönelik sevkettiği dört farklı usulün hukuki niteliği özdeş değildir. Bu cümleden olmak üzere bkz. yukarıda s. 51 ve bu yöntemi benimsememekle birlikte **Öztrak**'ın kendisi ile çelişir tarzda beyanda bulunduğu hakkında ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 18. Yazar, anılan yerde, “...Bütün rücu halleri, miras mukavelesi ile vaki zımni rücu hali hariç, tek taraflı bir hukuki muameledir. Nitekim, miras mukavelesi ile vaki zımni rücu hali hariç, rücu hallerinden her biri, ister sarîh ister zımni olsun, ya açık surette yalnız tasarruf sahibinin iradesi ile yapılır, veyahut da yalnız onun iradesi ile yapılmış telakki olunur.” demek sureti ile miras sözleşmesi ile zımni rücu halinin tek taraflı olmadığını açıkça itiraf etmektedir. Ancak, geri alma işleminin sağlar arası işlem yolu ile vukubulduğu hallerde neden dolayı aynı tespiti yapmadığını anlayamamaktayız. Zira, vasiyetnamenin geri alınmasının sağlar arası işlem yolu ile gerçekleştiği hallerde de sağlar arası hukuki işlem niteliğini haiz geri alma işlemi tek taraflı olabileceği gibi çok taraflı mesela bir sözleşme olarak da karşımıza çıkabilir. Bu hal ile miras sözleşmesi şekline bürünmüş bir geri alma hali

Kanaatimizce **Önen** ve **Öztrak**'a nazaran maddenin kenar başlığının “Yeni vasiyetname veya miras sözleşmesi ile” olması maksada daha uygun olurdu. Çünkü, aşağıda ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere, yazarlara göre, vasiyetnamenin geri alınmasına yönelik ve lehdarın rızasına ihtiyaç göstermeyen geri alma iradesi bir vasiyetnamede yer alabileceği gibi bir miras sözleşmesi içinde de yer alabilir. Bununla birlikte, bu son halde dahi, geri alma işleminin tek taraflılık özelliğini koruyacağı oybirliği ile kabul edilir²⁰⁷.

Hukuki işlemin ne olduğu ve hukuki olgular içerisindeki yeri inceleme konumuzun sınırlarını fazlasıyla aşmaktadır. Ancak, hukuki işlemi, biz de, hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade beyanı olarak kabul ediyoruz. Yine, bize göre de, bir hukuki işlemin doğumu, irade beyanı ile hedeflenen sonucun kanun koyucu tarafından da uygun bulunmasına bağlıdır²⁰⁸.

Vasiyet edenin yeni bir geri alma vasiyetnamesine varlık kazandırması hukuka uygun fiiller üst kategorisi altında yer alan bir hukuki işlemdir²⁰⁹. Vakti zamanında yine kendisi tarafından bir vasiyetnamede ya da bağlayıcı içeriğine dahil olmayacak tarzda bir miras sözleşmesinde yer alan ölüme bağlı tasarruflarının hükümden düşürülmesi, onun, geri alma işlemi ile ulaşmak istediği amacı teşkil eder. Nitekim, kanun koyucu bu amaca yönelik irade açıklamalarını engellemediği gibi sadece geri alma iradesinin ne tarzda teşekkül etmesi gerektiğine dair yol gösterici bir takım usul ve esasa yönelik şartları açıklamış bulunmaktadır. Başka deyişle, geri alma iradesinin, kanun koyucunun geri alma için sevkettiği dört yoldan biri ile ortaya konması, geri alma sonucunun doğması için gerekli ve yeterlidir²¹⁰.

karşısında her ikisine farklı hukuki sonuçların bağlanmasına neden olabilecek bir nitelik farkı olmadığına inanmadığımızı özellikle ifade etmek isteriz. **Öztrak**'ın bir vasiyetnamenin miras sözleşmesi ile sarıh ya da zımni şekilde geri alma halleri arasında yaptığı ayrımın da zevkine varamamaktayız.

²⁰⁷ Bizim bu husustaki düşüncemiz için ayrıca bkz. aşağıda s. 90 vd..

²⁰⁸ Hukuki olguların ayrımı ve hukuki işlemlerin bunlar arasındaki yeri hakkında ayrıca bkz. **Ayan**, Medeni, s. 101 vd.; **Serozan**, Medeni, s. 233 vd.; **Dural/Sarı**, s. 149 vd.; **Bilge**, s. 261 vd.; Ergun **Özsunay**, Medeni Hukuka Giriş, 5. Baskı, İstanbul 1986, s. 282 vd.; **Tekinay**, Medeni, s. 95 vd.; **Aybay/Aybay**, s. 198 vd.

²⁰⁹ Hukuk düzeninin sonuç bağladığı olaylara hukuki olay denir. Hukuki olayların bir kısmının bir iradeye dayandığı da açıktır ki bunlara hukuki fiiller denir. Bu fiillerin bir kısmı hukuka uygun diğer bir kısmı ise hukuka aykırıdır. İşte, irade açıklamaları, duygu açıklamaları ve bilgi açıklamaları ile birlikte hukuka uygun fiillerin içerisinde bir alt grubu oluşturur. Hukuki işlemler ise hukuki işlem benzerleri ve maddi fiiller ile işte bu irade açıklamaları içerisinde yer almaktadır.

²¹⁰ Kanun bazen belli bir amaca yönelmiş irade açıklamalarının herhangi bir sonuç doğurmayacağını açıkça söylemese de ilgili hukuki kurumun maksadından biz bunu rahatlıkla çıkarabiliriz. Evlenme sözleşmesi gibi

TMK m. 542/I anlamında geri alma usulünün hukuki niteliğinin bir hukuki işlem olduğunu tespit etmiş olduk. Bu noktadan sonra yapılması gereken, işbu geri alma işleminin ne türden bir hukuki işlem olduğunu belirlemek ve bu belirlemelere bağlı yan sonuçları incelemek olmalıdır.

Hukuki işlemlerin çeşitli ölçütler göz önüne alınarak türlü ayrımlara tabi tutulması adettir. Bu ayrımlar arasında bizim için önem arzeden ise hukuki işlemlerin kendisini meydana getiren irade adedi ile işlemin etkisini doğuracağı an bakımından yapılacak ayrımlardır²¹¹.

Önen ve **Öztrak**'a bakılacak olursa TMK m. 542/I'de yer alan geri almaya yönelik irade açıklaması tek taraflı bir hukuki işlemdir²¹². Böylelikle burada, çok taraflı bir hukuki işlem, ezcümle bir sözleşme ya da karar olmadığı da söylenmiş olmaktadır²¹³. Tek taraflı hukuki işlemlerin ayırtedici özelliği bunların varlık kazanabilmesinde tek bir iradenin

şekil şartlarının kurucu olgu seviyesine taşındığı hukuki işlemler bakımından durum böyledir. De lege ferenda kaygılar bir yana bırakılacak olursa resmi memur önünde yapılmayan evliliklerin yokluk yaptırımına tabi olacağı tartışma götürmez. Yine aynı cinsiyetten kişilerin iradelerini kanun koyucunun öngördüğü şekil kuralları çerçevesinde açıklaması da herhangi bir etki yaratmayacaktır. Ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil kurallarına aykırılıkların yokluktan ziyade iptal edilebilirlik sonucunu doğuracağı ise yine çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Hatta, ölüme bağlı tasarruflar bakımından, esasında tasarrufta bulunma iradesini bütünüyle ortadan kaldıran maddi cebirin bile TMK'nun 557. maddesinde bir iptal sebebi olarak sayıldığını görmekteyiz. Biz, tasarrufta bulunma iradesinin olmadığı bütün hallerde yokluk yaptırımını kabul ediyor ve iptal sebebi oldukları kanunda açıkça sayılmış olsa da, bir kısım şekil şartlarına aykırılıkların da bizi aynı sonuca götüreceğine inanıyoruz. Zira, TMK m. 539'da düzenlenen sözlü vasiyetname için aranan olağanüstü koşulların varlığının da şekilden ziyade esasa yönelik bir nitelik olduğunu düşünüyoruz. Konumuz bakımından mevcut yasal düzenlemeler karşısında, kanun koyucunun tercihinin kısmen farklı olduğu söylenmelidir. Ölüme bağlı tasarruflar hakkında ne bir şekil kuralı kurucu olgu seviyesine taşınmıştır ne de animus testandinin yokluğu ve (kimilerine göre) ölüme bağlı tasarrufta bulunma yaşı dışında yokluğa sebep olacak herhangi bir imkan sevk edilmiştir. Biz hemen yukarıda geri alma işleminin kendisinden beklenen sonuçları doğurmasının kanun koyucunun öngördüğü şartların yerine getirilmesine bağlı olduğunu söyledik. İşte bu şartları taşımayan bir geri alma işlemi dahi eğer tasarrufta bulunma iradesi var ise hukuken var ve fakat sadece iptal edilebilir kabul edilecektir. Bu düşünce tarzının sağlar arası işlem yolu ile geri alma halleri için ise daha rahat kabul edilebileceğine inanmaktayız.

²¹¹ Hukuki işlemlerin değişik ölçütler bakımından ayrımı hakkında ayrıca bkz. **Ayan**, Medeni, s. 117 vd.; **Aybay/Aybay**, s. 201 vd.; **Tekinay**, Medeni, s. 101 vd.; **Bilge**, s. 267 vd.; **Dural/Sarı**, s. 155 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 155 vd.

²¹² **Öztrak**, Rücu, s. 17; **Önen**, s. 15.

²¹³ İşlemin varlık kazanması için gerekli irade adedi bakımından hukuki işlemler tek taraflı hukuki işlemler ve çok taraflı hukuki işlemler şeklinde ikiye ayrılarak incelenir. Çok taraflı hukuki işlemlerin kendi içerisinde kararlar ve sözleşmeler olmak üzere ayrıca iki alt dala daha ayrıldığı da genel olarak kabul görmektedir. Bu vesile ile, kararlar ile sözleşmeler arasındaki temel farklılık kendini özellikle şu noktada gösterir: Bunların ilkinde iradeyi açıklayacak kişilerin kendilerine oy hakkı veren bir statüyü paylaşmaları zorunlu olmasına karşılık sözleşmeler için böyle bir zorunluluk yoktur. Tartışmalı olmakla birlikte, karar için ikiden fazla iradenin gerektiği de eklenmelidir.

yeterli oluşu ile başkaca bir kişi ya da makamın iradesinin varlığına ihtiyaç göstermemesidir. Vasiyetnameler için lehine vasiyet yapılanların rızasına ihtiyaç duyulmaması örneğinde bu özellik apaçık bir şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Meselenin incelenmesi bakımından iki ayrı yöntemin takip edilmesi mümkündür: Bunlardan birincisi, geri alma işleminin dış dünyaya yansıdığı şekil ile bu şekil içinde yer alan geri almaya yönelik iradenin özdeş olduğundan hareket edilmesi ve nitelik de dahil olmak üzere türlü sonuçların bu çerçevede değerlendirilmesidir. Bu halde, geri alma işleminin hukuki niteliği ve buna bağlı sonuçlar tespit edilirken onun dış dünyada hangi biçim ve kalıp içinde yer aldığı dikkate alınacaktır. İkinci yöntem ise, geri alma iradesi ile geri alma iradesinin içinde yer aldığı işlemin farklı olgular olduğundan hareket ederek dış dünyaya ne türden bir hukuki işlem içinde yansıdığı ile ilgilenmeksizin sırf geri alma iradesini işlemin niteliği ve sonuçları noktasında belirleyici kılar.

TMK m. 542/I'de yer alan geri alma usulünün birinci görüşe nazaran değerlendirilmesi neticesinde; onun tek taraflı mı yoksa çok taraflı mı olduğu yolundaki bir soruya verilecek cevap, geri alma iradesinin bir vasiyetnamede mi yoksa bir miras sözleşmesinde mi yer aldığına göre değişecektir. Geri alma işlemi maddenin kenar başlığı ile de örtüşür tarzda bir vasiyetname olarak karşımıza çıkmışsa herhangi bir tartışma yaşanmaz: İşlem tek taraflıdır. Yani, geri alınan ölüme bağlı tasarrufun lehdarı ya da lehdarlarının rızasının geri alma işleminin kuruluşu ve geçerliliğine herhangi bir etkisi yoktur. Üstüne üstlük geri alma iradesi şeklen de tek taraflı bir işlemin içeriğinde vücut bulmuştur²¹⁴.

Mezkur geri alma iradesinin bir miras sözleşmesi içerisinde karşımıza çıkması halinde **Öztrak** zımni ve sarıh geri alma çeşitleri arasında bir ayırım yaparak sonuca ulaşmaktadır²¹⁵. Yazar, miras sözleşmesi ile zımni rücunun (TMK m. 544/I) tek taraflı olmadığını belirttikten sonra, miras sözleşmesi ile sarıh rücu için tek taraflılığın ancak ve

²¹⁴ Bu halde geri alma iradesinin tek yanlılığı yanında işbu iradenin içinde yer aldığı hukuki kalıp da açıkça tek taraflıdır.

²¹⁵ **Öztrak**, Rücü, s. 18. Bu vesile ile müellifin yukarıda bahsedilen görüşlerden ikincisinin taraftarı olduğu söylenebilecektir.

ancak miras sözleşmesinin başkaca bir tasarruf içermediği hallere özgü olduğunu eklemektedir²¹⁶.

Önen de, bağışlama ve satım gibi iki taraflı işlemlerin aksine geri alma işleminin tek taraflı olduğunu ifade ettikten hemen sonra vasiyet edenin tek yanlı iradesinin işlemin kuruluşu bakımından yeterli olacağını eklemektedir²¹⁷. Yazar, geri alma işleminin bir miras sözleşmesi içinde de yer alabileceğini kabul etmekle birlikte²¹⁸, **Öztrak**'ın yaptığı türden bir ayrıma gitmemektedir.

Kanaatimizce **Önen**'in tavrı daha isabetlidir. Herşeyden evvel ifade etmek isteriz ki, bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun miras sözleşmesi sayılabilmesi en az bir tane bağlayıcı nitelikte maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf içermesine bağlıdır. **Öztrak**'ın söylediklerinden dolayı olarak çıkan sonuç ise bu düşüncemizin tam tersi istikametindedir. Biz, bu hususta **Dural**'ın izinden gitmenin gerekli ve yazarın düşüncelerini anlamanın da meselenin çözümü bakımından yeterli olduğuna inanmaktayız²¹⁹. **Dural**, miras sözleşmelerini etraflı bir şekilde incelediği monografik çalışmasında, bize yol gösterecek bir kısım ipuçlarını isabetli şekilde sıralamış bulunmaktadır:

a. Mirastan feragat tasarrufu sadece miras sözleşmesi ile yapılabilirken²²⁰ diğer bir kısım tasarruflar ise (vakıf kurma ve vasiyeti yerine getirme görevlisi atama gibi) sadece vasiyetname ile yapılabilir. Başkaca bir kısım tasarrufların (atama ve belirli mal bırakma gibi) ise hem vasiyetname hem de miras sözleşmesine konu olmasında bir sakınca görmemek icap eder²²¹.

²¹⁶ **Öztrak**, Rücü, s. 18. Yazar; sarıh rücuda, imha suretiyle rücuda ve rücu tevlit eden müspet mahiyetdeki ölüme bağlı tasarrufları içeren vasiyet halinde tek taraflılıktan bahsetse de söylediklerinden ne demek istediği net bir şekilde anlaşılamamaktadır. Bizim **Öztrak**'ın düşüncesi için ulaştığımız sonuç şudur: İmha sureti ile rücu ve vasiyetname yolu ile sarıh rücu tek taraflıdır. Yine zımni rücu vasiyetname ile yapılırsa tek taraflıdır. Miras mukavelesi ile yapılacak zımni rücu ise tek taraflı değildir. Miras sözleşmesi ile yapılacak sarıh rücunun tek taraflı olması ise sözleşmenin sadece bu tasarruftan ibaret olmasına bağlıdır.

²¹⁷ **Önen**, s. 15. Önen, bu bölümde, vasiyetnamelerin vasiyet edenin artık aramızda olmayacağı bir zaman diliminde hüküm ve sonuçlarını doğuracağını; keza, düzenlenmesinden ölüm anına kadar da değiştirilebileceğini ifade etmektedir.

²¹⁸ **Önen**, s. 33.

²¹⁹ **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 105 vd.

²²⁰ Farklı bir düşünce için bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 106 ve özellikle oradaki dn. 9 ve 10'a ait metin.

²²¹ **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 109 vd.

b. Sadece vasiyetname ile yapılabilecek ölüme bağlı tasarrufların miras sözleşmesinin içeriğine dahil olması halinde bunların bağlayıcı olduğundan bahsedilemez. Bu türden tasarruflar nerede olduklarına itibar edilmeksizin her zaman için serbestçe geri alınabilecektir.

c. Bir miras sözleşmesinden bahsedebilmek için içeriğinde en azından bir tane bağlayıcı nitelikte ölüme bağlı tasarruf olmalıdır. Aksi takdirde tarafların eldeki metni miras sözleşmesi olarak adlandırmalarına bakmaksızın bir resmi vasiyetnamenin vücut bulduğundan bahis açmak hatalı olmayacaktır²²². Bu halde, vasiyet edenin miras sözleşmesinden dönmeye ilişkin koşullara riayet etmeksizin o tasarrufu her zaman için geri alabileceği unutulmamalıdır.

Biz, bu bilgiler ışığında, öncelikli olarak TMK m. 542/I çerçevesinde miras sözleşmesi ile geri alma imkanının mevcut olup olmadığını tespit etmek isteriz. TMK m. 542/I’de düzenlenen geri alma hali, bir örnek vermek icap ederse, vasiyet edenin “...tarihli ölüme bağlı tasarrufumu geri alıyorum.” şeklindeki ifadesinden ibarettir ve söylenebileceklerin sınırı daha fazla genişletilemez. Keza, genel olarak, TMK m. 542/I’in emredici nitelikte olduğunu ve bu hakdan feragatin mümkün olmadığını da hemen yukarıda ifade etmiş idik²²³. Sadece yukarıda yer verdiğimiz türden bir kaydın bağlayıcı olacağını iddia etmek emredici nitelikteki TMK m. 542/I’in ihlali anlamını taşıyacaktır. Bu kaydın bağlayıcı olmadığı böylece belirlendikten sonra miras sözleşmesinin en azından bir tane bağlayıcı nitelikte ölüme bağlı tasarruf içermesi gerektiği de göz önüne alınırsa bir vasiyetnamenin miras sözleşmesi ile TMK m. 542/I çerçevesinde geri alınamayacağı sonucuna ulaşılır.

Tasarruf edenin bu türden bir kayda ek olarak başkaca bir kısım tasarruflar da bulunmuş olması da imkan dahilindedir ve fakat bu halde dahi ulaşılabilecek sonuç

²²² Bilindiği üzere yorum sadece eldeki metnin anlamının berraklaştırılmasına hizmet etmez. Bunun yanısıra tarafların iradesinin ne yönde tezahür ettiğinin tespitine de imkan verir. Başka deyişle, hukuki işlemin niteliğinin tespiti noktasında da bize yardımcı olur. BK m. 18 kuralı açıktır ve tarafların gerçek iradesinin neye yönelik olduğunun tespiti noktasında bütün imkanların mümkün mertebe zorlanmasını gerekli kılar. Kaldı ki, miras sözleşmesinin şeklinin resmi vasiyetnamenin şekline tabi kılındığı hukuk sisteminde bu düşünce tarzının benimsenmesinde hiçbir sakınca yoktur. Bu yönde olmak üzere ayrıca bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 113 ve oradaki dn. 25’e ait metin; **Sungurbey/Giritlioğlu**, s. 92 vd. Miras sözleşmesi ile TMK m. 544/I anlamında geri alma için anılan sonuç, en azından, ivazsız miras sözleşmeleri bakımından kabul edilebilecektir.

²²³ Bu yöndeki tartışmalar için bkz. yukarıda s. 82 vd..

değişmeyecektir. Esasında bu son ihtimalde iki farklı hal karşımıza çıkabilir. Tasarrufta bulunan ya bu türden bir geri alma kaydına ek olarak önceki ölüme bağlı tasarrufunun içeriği ile hiç alakası olmayan bütünüyle başkaca bir takım kazandırmaları içeren bir kısım eklemeler yapacak ya da bir önceki ölüme bağlı tasarrufu ile konu bakımından örtüşen başkaca bir kısım tasarruflar ekleyecektir. Bu hallerin ilkinde ve tabidir ki bu ek tasarruflardan en azından birinin bağlayıcı nitelikte olması önşartı ile, TMK m. 544 kapsamında yapılacak bir yorum yolu ile sonuca ulaşılması isabetli olacaktır. Keza, diğer olasılık bakımından aynı düşünce tarzı daha rahat benimsenebilecektir. Her iki halde de, sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufun öncekini açık bir şekilde tamamlayıp tamamlamadığı tespit edilecek ve buna göre bir değerlendirme yapılacaktır. Bu değerlendirme çabasında bize yardımcı olacak kanun hükmü ise TMK m. 542/I değil de TMK m. 544/I olacaktır²²⁴.

Bizim hareket noktamızı teşkil eden miras sözleşmesinin en azından bir tane bağlayıcı nitelikte ölüme bağlı tasarruf içermesi gerektiği yolundaki ilke kabul edilmeyecek olursa verilecek cevap da kısmen değişecektir. Ancak bu takdirde, bir miras sözleşmesinin içeriğinin sadece “... tarihli ölüme bağlı tasarrufumu geri alıyorum.” türünden bir tasarrufla sınırlı olabileceği imkan dahilinde görülecektir. Biz, bu vesile ile, **Öztrak**’ın düşüncelerinin ancak ve ancak bu düşünce tarzının kabul edilmesi halinde bir anlamı olabileceğini söylemek isteriz. Yazar konu ile ilgili olmak üzere aynen şunları söylemektedir: “Bir miras mukavelenamesi içinde bulunan sarıh rücu gelince: Bunun da, eğer işbu rücu muhtevi miras mukavelesi rücudan başka ayrıca müspet mahiyette ölüme bağlı tasarrufları da ihtiva etmiyorsa, yalnız tasarruf sahibi tarafından yapılmış tek taraflı bir hukuki muamele telakki edilmesi icapedir.”. Anladığımız kadarı ile **Öztrak**’a göre bir miras sözleşmesinin sırf bağlayıcı nitelikte olmayan bir ölüme bağlı tasarruftan ibaret

²²⁴ Bir miras sözleşmesinde vasiyet edenin geri alma beyanına ekleyebileceği tasarruflar sınırlıdır. Sadece vasiyetnamelere konu olabilen vasiyeti yerine getirme görevlisi atama ve vakıf kurma işlemlerinin geri alma beyanına eklendiğini varsayalım. Bunların ilkinde vasiyeti yerine getirme görevlisi atama tek başına zımni olarak geri alma sonucunu doğurmaya yeterli değildir. Miras sözleşmesinde yer alan geri alma beyanına ek olarak bir vakıf kurma iradesinin varlığı halinde, gerçi vakıf kurma iradesi başlıbaşına önceki vasiyetnamenin geri alınması için yeterlidir ve fakat bu halde de içinde yer aldığı miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olmayacağı için esasında karşımızda iki tane bağlayıcılık niteliğinden yoksun tasarruf içeren bir sözde miras sözleşmesi vardır. Metin bu hali ile esasında bir resmi vasiyetname olarak kabul edilmelidir. Hem vasiyetnamelere hem de miras sözleşmelerine konu olabilen maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ise eğer miras sözleşmesinin içinde yer alırlarsa kural olarak bağlayıcı kabul edilirler. Açık geri alma iradesi dışında geri almaya yönelik tasarrufların çoğu zaman bir atama ya da belirli mal bırakma şeklinde karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bir miras sözleşmesinin içindeki geri alma iradesine örneğin bir atama tasarrufunun eklendiği varsayımında ise yukarıdaki tarzda düşünmek yerinde olacaktır.

olması mümkündür ve ancak bu halde geri alma işlemi tek taraflıdır, diğer hallerde ise iki taraflı bir geri alma işlemi ile karşı karşıya olduğumuz kabul edilmelidir²²⁵. Biz, temelde farklı düşünmekle birlikte, miras sözleşmesi içinde yer alan bu türden bir kaydın onun bağlayıcı içeriğine dahil olmayacağı yolundaki görüşün benimsenmesi halinde meselenin rahatlıkla üstesinden gelinebileceğini belirtmekle yetiniyoruz. Bu düşünce şekli hemen yukarıda varlıklarından bahsedegeldiğimiz iki farklı yöntemin aynı noktada buluşturulması gibi bir işleve de sahiptir.

Bununla birlikte, geri alma işleminin dış dünyaya yansıdığı kalıp ile bizzatihi geri alma iradesinin farklı kavramlar olduğundan yola çıkılırsa (2. yöntem kabul edilirse) çözüm kısmen kolaylaşmaktadır. Bu halde, geri alma iradesinin ne türden bir hukuki işlem içinde yer aldığına bakılmaksızın safi geri alma iradesinin geri alınmaya çalışılan tasarrufun lehdarının rızasına ihtiyaç gösterip göstermediğine itibar edilecektir. Bu düşünce tarzında, işlemin tek taraflı mı yoksa iki taraflı mı olduğunun tespiti noktasında bir vasiyetnamede mi yoksa bir miras sözleşmesi içinde mi vücut bulduğunu tartışmaya dahi gerek yoktur. Zira, tüm bunlardan bağımsız olarak, söz konusu iradenin lehdarın rızası ile tamamlanmaya ihtiyaç duyup duymadığına bakılır. Bağlayıcı nitelikte olmayan ölüme bağlı tasarruflara miras sözleşmesinde yer verilmiş olmasının onları sözleşmenin bağlayıcı içeriğine çekmeye yetmeyeceği yolundaki ilke en azından burada imdadımıza yetişmektedir. Bu ilkenin özünde yukarıda andığımız yöntemlerden ikincisinin yattığını da söylemek gerekir. Ezcümle, bu ilke sayesinde şu tespit rahatlıkla yapılabilecektir: Geri alma iradesi bir miras sözleşmesi içinde dahi yer alsa, onun bağlayıcı ve serbestçe geri alınamayan içeriğine dahil olmayacaktır²²⁶. Geri alma işleminin bu özelliği, içinde varlık bulunduğu hukuki işlemin bir sözleşme olmasına rağmen, onun tek taraflılık niteliğini koruduğunu gözler önüne sermeye yetecektir.

²²⁵ Bizim **Öztrak**'ı yanlış anladığımız iddia edilebilecektir. Yukarıda yazardan aynen aktardığımız kısım kendisinin düşüncelerini etraflı bir şekilde anlamaya ilk bakışta imkan da vermemektedir. Ancak, bizimle benzer tarzda düşünen bir kişiden beklenen ifade tarzı, içeriği sadece basit bir geri alma iradesinden ibaret olan bir miras sözleşmesinin gerçekte ve teknik anlamı ile bir miras sözleşmesi olmadığını açıkça söylemek şeklinde olmalıdır. Oysa **Öztrak** bunu yapmamakta ve miras sözleşmesi içinde yer alan sarıh rücutan bahis açmaktadır. Bu noktadan sonra, bizim, **Öztrak**'ın miras sözleşmesinin içeriğinin bağlayıcı nitelikte olmayan ölüme bağlı tasarruflardan da oluşabileceği yolunda bir inanca sahip olduğunu düşünmekte en azından haklı bir iyiniyete sahip olduğumuz rahatlıkla kabul edilebilecektir. Ezcümle, kanaatimizce **Öztrak**, bu ihtimalde geri alma işleminin yansıdığı kalıp ile geri alma iradesi arasında bir ayrıma giderek geri alma iradesinin tek taraflı olduğunu ifade etmiş bulunmaktadır.

²²⁶ TMK m. 542'nin emredici nitelikte olması bunu gerektirir.

Ölüme bağlı tasarruflar bakımından cari olan bu imkanın sağlar arası hukuki işlemler için geçerli olmadığını ve tartışmanın esasında birinci görüş kapsamında TMK m. 544/II için daha önemli olduğunu da eklemek gerekir²²⁷.

Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalardan, bizim, TMK m. 542 çerçevesinde miras sözleşmesi ile geri almayı mümkün gördüğümüz sonucunun çıkarılmasını istemeyiz. Keza, hangi yöntem kabul edilirse edilsin, biraz evvel açıkladığımız gerekçelerle, TMK m. 542’de düzenlenen geri alma halinin vasiyetnamelere özgü olduğuna inanmaktayız. Keza, tarafların miras sözleşmesi olarak adlandırdıkları bir metni resmi vasiyetname olarak kabul etmememizde de bir sakınca yoktur²²⁸. Bu bilinçle hareket ettiği şüpheli olmakla birlikte kanun koyucunun 542. maddenin kenar başlığını sadece “Yeni bir vasiyetname ile” şeklinde seçmiş olmasını da şekli bir gerekçe olarak öne sürüyoruz.

Hukuki nitelikte ilgili yapageldiğimiz açıklamaları özetlemek gerekirse şu sonuçlara ulaşılmaktadır:

a. Bir vasiyetnamede ya da bir miras sözleşmesinin bağlayıcı olmayan içeriğinde yer alan bir ölüme bağlı tasarruf TMK m. 542 çerçevesinde (tartışmalı olmakla birlikte) ancak vasiyetname ile geri alınabilir.

b. Bu halde, hangi yöntem kabul edilirse edilsin, geri alma işlemi tek taraflı bir hukuki işlemdir. Yani, vasiyet edenin geri alınmak istenen tasarrufun lehdarının rızasına ihtiyacı yoktur. Geri alma, kendisinin, “... tarihli vasiyetnamemi geri alıyorum” şeklindeki bir beyanı ile serbestçe geri alınmış olur.

c. Miras sözleşmesi ile TMK m. 542 çerçevesinde geri almanın mümkün olduğu kabul edilirse geri alma işleminin niteliğinin yine tek taraflı olduğunun kabul edilmesi gerekir ancak bu husus tartışmalıdır²²⁹.

²²⁷ Gerçekten de, geri alma iradesinin sağlar arası işlem yolu ile vukubulduğu hallerde, söz konusu satım sözleşmesinin içeriğinin gerek satıcı gerek alıcı için bütünüyle bağlayıcı olduğu açıktır. Bu farklılık, satım sözleşmesinin herşeyden öte bir ölüme bağlı tasarruf olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu kısım düşüncelerimiz için ayrıca bkz. aşağıda s. 244 vd..

²²⁸ Benzer yöndeki düşünce tarzı, TMK m. 544/I anlamında miras sözleşmesi ile geri alma için, ivazsız miras sözleşmeleri ile sınırlandırılabilir.

²²⁹ Yukarıda yer alan dipnotlarda yapageldiğimiz tartışmaları da şöylece özetlemek isteriz. **Öztrak**’ın meseleyi ele alış tarzında bizim kabul edemediğimiz nokta şudur: Yazarın düşüncesi miras sözleşmesi ile zımni geri alma işleminin tek değil de iki taraflı olduğudur. Yine kendisine göre miras sözleşmesi ile açık

Geri alma işlemin hükümlerini doğuracağı an bakımından ölüme bağlı tasarruf sayılması gerektiği hususu ise tartışmasızdır. Çalışmamızın başlangıç kısmında da ifade ettiğimiz üzere, hükümlerini doğuracakları an bakımından hukuki işlemler sağlar arası hukuki işlemler ve ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere ikiye ayrılır²³⁰. Ölüme bağlı tasarruf kavramı içinde geçen tasarruf sözcüğünden hukuki işlem anlaşılması gerektiği de oybirliği ile kabul edilmektedir²³¹.

Ölüme bağlı tasarruflar ile sağlar arası hukuki işlemler arasındaki farklar özellikle şu noktalarda belirginleşmektedir:

a. Ölüm, ölüme bağlı tasarruflar bakımından belirleyici unsurdur. Kısaca, bu nitelikteki bir işlem ile mirasbırakanın sağ olduğu bir zaman dilimi için herhangi bir etki yaratmak istenmez.

b. Ölüme bağlı tasarruflar ile mirasbırakan açısından sağlığında herhangi bir yükümlülük doğmaz²³².

geri alma (TMK m. 542) miras sözleşmesinde başkaca bir tasarrufun yer almaması halinde tek taraflıdır. Bize göre ise herşeyden evvel ifade etmek gerekir ki, miras sözleşmesi ile TMK m. 542 anlamında geri alma mümkün değildir. Zira, bir miras sözleşmesinin en azından bir tane bağlayıcı içerikte ölüme bağlı tasarruf içermesi şarttır. Bununla birlikte gerçekten de sadece bu türden bir geri alma kaydı içeren bir miras sözleşmesi karşısında geri alma tek taraflı bir hukuki işlemdir ancak bunun sebebi metnin esasında bir miras sözleşmesi değil de bir vasiyetname olmasında aranmalıdır. Yorum yolu ile tarafların miras sözleşmesi olarak adlandırdıkları metin resmi vasiyetname sayılmak sureti ile TMK m. 542'nin ilgi alanı içine çekilir. Miras sözleşmesinin bu türden bir geri alma kaydı yanında başkaca tasarrufları da içermesi halinde ise meselenin TMK m. 544 (**Öztrak**'ın deyimi ile zımni rücu) kapsamında değerlendirilmesi zorunludur. Bununla birlikte bu halde **Öztrak**'ın geri almanın iki taraflı olduğu yolundaki düşüncesinin tartışmasız kabul edilebilmesi de mümkün değildir. İki farklı yöntemin izlenerek ulaşılabilecek sonucun tespit edilmesi mümkündür: Geri alma iradesi ile dış dünyaya yansıdığı yani içinde bulunduğu kalıp birbirinden ayrılırsa geri alma işleminin tek taraflı olduğu sonucuna varılacaktır. Çünkü, geri alınan işlemin lehdarı ile miras sözleşmesinin tarafının aynı kişi olduğu varsayımında dahi bu geri almaya yönelik irade miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olamayacaktır. Geri alma iradesi ile geri alma işleminin dış dünyaya yansıdığı biçim özdeş kabul edilirse geri alma işleminin dış dünyaya yansıdığı kalıp önem teşkil edecek ve bu sebeple geri alma işleminin, **Öztrak**'ın yaptığı gibi, iki taraflı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Biz, bu sonucunun sağlar arası işlem yolu ile geri alma da, o da geri alma işlemi satım sözleşmesi gibi iki taraflı bir işlem ise kabul edilebileceğine; geri alma işleminin miras sözleşmesi gibi bir ölüme bağlı tasarruf olması halinde hemen yukarıda andığımız bağlayıcı içeriğe dahil olmama kuralının yine işlemin tek taraflı sayılmasına imkan sağlayacağına inanmakta ve **Öztrak**'ın zımni rücu halinde neden dolayı bu ilkeyi göz ardı ettiğini anlamamaktayız. Ezcümle, TMK m. 542 çerçevesinde miras sözleşmesi ile geri almanın mümkün olmadığını da eklemek isteriz. Bununla birlikte konunun tartışmalı olduğu eklenmelidir.

²³⁰ Bkz. yukarıda s. 5 vd..

²³¹ Bkz. yukarıda s. 5 vd..

²³² Bu hususla ilgili olmak üzere ayrıca bkz. aşağıda s. 101 vd..

c. Ölümle bağı tasarruflarda mirasbırakanın iradesi malvarlığını değil de terekesini etkilemeye yöneliktir.

d. Ölümle bağı tasarruflar ile lehine tasarrufta bulunulan kişi gerçek anlamda bir beklenen haktan yoksundur ve bu kişinin mirasbırakanın ölümü tarihinde sağ olması gerekir.

Bununla birlikte, bu ölçütlere rağmen bir işlemin niteliğinin tespiti noktasında sıkıntılar yaşanması mümkündür: Sonuçlarını daha işlemin tarafları yaşarken doğuran bir işlemin ölümle bağı tasarruf sayılması mümkün değildir; ama, sonuçlarını mirasbırakanın ölümünden sonra doğurması öngörülen bir işlemin sağlar arası işlem olarak düşünülmüş olması ise mümkün olabilir. Bu halde, o işlemin bir ölümle bağı tasarruf mu yoksa sağlar arası hukuki işlem mi olduğu tespit edilirken bu soyut kriterler yanında somut olayın bütün özellikleri ve özellikle tarafların isteği dikkate alınarak bir sonuca gidilmelidir.

Bunlara ek olarak, ayrımda, ölümle bağı tasarruflar için öngörülen şekle ve tipe bağıllık ilkesinin de belli ölçüde yardımcı olacağı aşıkardır. Bir hukuki işlemin kanunda sayılan şekiller ve içerik dışında bir ölümle bağı tasarruf olarak karşımıza çıkması mümkün değildir²³³.

²³³ Tasarruf eden şeklen kanunda gösterilen tarzda bir ölümle bağı tasarruf düzenlese bile içeriğini serbestçe dolduramayacaktır. İşte, ölümle bağı tasarruf şeklinde dahi karşımıza çıksa anılan tasarruflar bütününe tabi olacağı hukuki rejim belirlenirken yukarıda yer verdiğimiz ölçütlerden hareket edilecek ve ilgilinin gerçek maksadı tespit edilmeye çalışılacaktır. Şunu söylemek istiyoruz: Bir kişi eline bir kalem alıp da metne örneğin vasiyetçi atama vb. kanunda öngörülen bir kısım maddi anlamda ölümle bağı tasarrufları sıralamış ise o metni ölümle bağı tasarruf düzenleme iradesi ile kaleme aldığı varsayılır. Bununla birlikte, aynı metinde hem maddi anlamda ölümle bağı tasarrufların hem de maddi anlamda ölümle bağı tasarruf olmayan (sağlığında hüküm ifade etmesini istediği) başkaca bir kısım tasarrufların olması mümkündür ki işte bu halde eldeki metnin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Bizim görüşümüze nazaran, şeklen bir arada var olan metnin aynı anda ölümle bağı tasarruf ve sağlar arası hukuki işlem olarak değerlendirilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Şekil şartları yerine getirilmişse tasarruflar maddi olarak birbirine bağlanmış olmadıkça bu yorum tarzının daha uygun olacağına inanmaktayız. İlgilinin sağlığında hükümlerini doğurmasını arzu ettiği tasarrufları metnin ölümle bağı tasarruf içeriğine dahil olmayacak ama ehliyet vb. şartlar bakımından da bir sakınca yok ise ve özellikle tek tarafı borç altına sokan işlemler bakımından aynı anda ikinci bir işlem olarak karşımıza çıkabileceklerdir. Tasarruf edenin, el yazısı ile vasiyetname şekline uyarak kendi el yazısı ile şöyle bir metin kaleme aldığını varsayalım: “İzdirap içinde bulunduğum bu 28 Mayıs 1985 günü, İstanbul’un Beşiktaş ilçesindeyim ve isterim ki ben öldükten gayri tüm malvarlığım çocuk esirgeme kurumuna kalsın. Bununla birlikte, diz üstü bilgisayarımı da dostum Ali’ye satıyorum. Onun karşılığı olarak alacağım 1500 TL’sıda yeğenim Ahmet’in olsun.”. Metnin tasarruf eden ve Ali’nin tarih atarak imzaladıkları halde iki ayrı hukuki işlemin var olduğundan bahsedilebilecektir. Bu sırada tasarruf eden mesela 16 yaşında ise satım sözleşmesi askıda hükümsüz iken vasiyetname bütün geçerlilik şartları ile varlık kazanmış olacaktır.

İnceleme konumuz bakımından mesele kısmen açıktır. Hukuki niteliğini tespit etmeye çalıştığımız işlemin bir vasiyetname şeklinde karşımıza çıkacağı bizzat TMK m. 542 tarafından dile getirilmektedir.

Öztrak'ın "Evvela, tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardan rücuu tanzim eden 489-491 inci maddelerin, Medeni Kanunun ölüme bağlı tasarrufları düzenleyen XIV üncü babında yer almış olması, zannımızca kanun vazının rücuu ölüme bağlı bir hukuki muamele telakki ettiğinin açık bir kanıtıdır." demesi bu çerçevede boşuna değildir²³⁴. **Öztrak**'a göre geri alma işleminin bir ölüme bağlı tasarruf sayılmasının gerekçeleri şunlardan ibarettir:

- Kanunda düzenlendiği yer yanında geri almanın amacı ve sonuçları da onun bir ölüme bağlı tasarruf sayılmasını gerektirir.
- Tasarruf edenin amacı O öldükten sonra hükümlerini doğuracak olan tasarruflarını hükümden düşürmektir.
- Her şeyden öte rücu da etkilerini vasiyet eden öldükten sonra doğuracaktır. Zira, tasarruf eden, ölümüne kadar bu geri alma iradesi ile de bağlı değildir.

Önen'e göre de, geri alma, vasiyet edenin elde mevcut olan başkaca bir ölüme bağlı tasarrufunu hükümden düşürme amacına yönelmiş olması sebebiyle bir ölüme bağlı tasarruftur. Yazar, geri almanın ancak vasiyet edenin ölümü tarihine kadar varlığını koruması şartı ile etkilerini doğurabileceğinin de altını çizmektedir²³⁵. Keza, **Önen** de, tıpkı **Öztrak** gibi, vasiyetnamenin geri alınması kurumunun İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olduğu yerin dahi onun bir ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirilmesine imkan verdiğini eklemektedir²³⁶.

Bizim bu bahiste söyleyeceklerimiz hukuki temellerini biraz açmak sureti ile **Öztrak** ve **Önen** ile kısmen paralel nitelikte olacaktır. Bu bahsin başında bizim de hareket noktamız, geri alma işleminin bir vasiyetname şeklinde karşımıza çıkacağının bizzat TMK

²³⁴ **Öztrak**, Rücu, s. 19.

²³⁵ **Önen**, s. 15-16. Yazara göre de vasiyetnamenin geri alınmasına yönelik bir irade açıklaması vasiyet eden hayatta olduğu sürece herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Zira, geri alma vasiyetnamesi de vasiyet eden istediği takdirde o hayatta iken başka bir geri alma işlemi ile hükümden düşürülecektir.

²³⁶ **Önen**, s. 16.

m. 542’de öngörülmesi olmuştu. Biz şu iki kabulden yola çıkmanın işimizi kolaylaştıracağına inanıyoruz:

a. Özellikle tereke ve miras hukuku ile ilgili maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların var olabilmesi bunların bizzat kanun koyucu tarafından gerek miras kitabında gerekse başkaca yerlerde (TMK’nın başka bir kitabı ya da başkaca kanunlarda) düzenlenmesine bağlıdır.

b. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflara miras kitabı dışında ve bu arada başkaca kanunlarda yer verilmesi olağan sayılabilirse de, tersinin örneği mevcut değildir. Başka deyişle, kanun koyucunun TMK’nun miras kitabında sağlar arası bir hukuki işleme varlık kazandırması kabul edilemez.

Bizzat kanun koyucu, geri alma işleminin en azından bir vasiyetname içinde yer alması gerektiğini açıkça söylemektedir. Bir vasiyetnamenin içinde sağlar arası bir tasarrufun yer alması şeklen mümkünse de sırf şeklen metinde yer alıyor olması onu vasiyetnamenin kendine özgü niteliği içine sokmaya, başka deyişle ölüme bağlı tasarruf yapmaya yetmeyecektir²³⁷. Kaldı ki, geri alınan işlemin hükümden düşme anı ile geri alma işleminin sonuçlarını doğurma anı da bizi aynı sonuca götürecektir. Vasiyet edenin muhtelif kazandırmalar içeren örneğin 17/12/1999 tarihli ilk vasiyetnamesi ile 18/12/1999 tarihli ve sadece “17/12/1999 tarihli vasiyetnamemi geri aldım.” kaydını içeren ikinci vasiyetnamesi, yine örneğin o kişi 19/12/1999 tarihinde ölmüş olsa işte bu ölüm tarihinde etkilerini doğuracak ama bunlardan ilki deyim yerinde ise ölmeden önce ölmüş sayılacaktır²³⁸. Yoksa ilk vasiyetnamenin, ikinci vasiyetnamenin düzenlendiği 18/12/1999 tarihinde etkilerini yitirdiğinin kabul edilmesi geri alma işleminin etkilerini vasiyet edenin sağlığında doğurduğu sonucunu yaratır ki bunun kabul edilmesi ölüme bağlı tasarruf hukukuna hakim olan ilkeler çerçevesinde mümkün değildir. Ölüme bağlı tasarrufların etkilerini tasarruf edenin ölümünün sonrasında doğurması ile özellikle geri alma kurumu bakımından geri alınan vasiyetnamenin geri alma işleminin tarihinde hükümden

²³⁷ Bu hususla ilgili olmak üzere bkz. yukarıda s. 9 vd..

²³⁸ Bize bu ifade tarzını anımsatan olgu, hayatını Orta Asya bozkırlarında tasavvuf ilmini ve sırrını ayan etmekle tüketmiş büyük Türk düşünürü Ahmed-i Yesevi’nin, 63. Yaşında, tekkesinin avlusunda yer alan çilehaneye girdiği ve bir daha da çıkmadığı yolundaki rivayet olmuştur. Bu özelliği kendisi tarafından “ölmeden önce öldüm” tabiri ile anlatılmıştır: Ahmed’i **Yesevi**, Divan-ı Hikmetten Seçmeler, Hazr. Kemal Eraslan, Ankara 2000, s. 13.

düşmemesi arasındaki fark pratikte önemini geri alma işleminin geri alınması halinde ilk vasiyetnamenin varlık kazanıp kazanmayacağı yolundaki tartışmalar bakımından gösterir. Eğer geri alınan işlemin hükümlerini geri alma vasiyetnamesinin düzenlendiği anda yitireceği kabul edilmiş olsaydı bu yöndeki tartışmaların ve bu arada örneğin AMK'nun 2257. maddesinin hiçbir anlamı kalmayacaktı. Zira, geri almanın geri alınmasının geri alınan vasiyetnamenin canlanması anlamına gelip gelmeyeceği meselesi herşeyden evvel geri alma vasiyetnamesinin kendisinden beklenen etkilerini ancak vasiyet edenin ölümünden sonra doğuracağının kabul edilmesine bağlıdır. Etkilerini daha vasiyet eden yaşarken doğurduğu kabul edilecek olduğunda ortada canlanacak bir metin de kalmayacağı gerçeği karşısında söylemek istediklerim daha rahat anlaşılacaktır. Bu yorum tarzının sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma bakımından kabul edilmesi pek mümkün gözükmemektedir²³⁹.

Sonuç olarak, biz, **Öztrak** ve **Önen**'in söylediklerinden yola çıkarak kanun koyucunun TMK m. 542'de bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ihdas ettiğine inanmaktayız²⁴⁰. Başka deyişle, vasiyet edenin geri alma yönündeki iradesi maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur. Onun şeklen de bir ölüme bağlı tasarruf olduğu Kanun tarafından hiçbir şüpheye yer bırakmayacak tarzda dile getirilmiştir. Kaldı ki, geri alma kurumunun amacı çerçevesinde yapılacak bir yorum da bizi aynı noktaya götürecektir. Geri alma vasiyetnamesi düzenlemek sureti ile mevcut bir ölüme bağlı tasarrufunu ortadan kaldıran kişinin amacı malvarlığının değil de terekesinin yazgısını değiştirmektir. Çünkü, O, malvarlığını daha yaşarken etkileme amacına, mevcut ölüme bağlı tasarrufuna konu ettiği değerleri konu edinen sağlar arası işlemler aracılığı ile ulaşma imkanına her zaman sahiptir. Bu imkana sahip olmasına rağmen yeniden bir vasiyetname düzenleme yolunu seçen kişinin (gerek TMK m. 542/I gerekse TMK m. 544/I) artık malvarlığının yazgısını belirlemeye yönelik bir iradesi olduğundan behsedilemez.

Tüm bu bilgiler ve tartışmalar ışığında TMK m. 542'ye göre vasiyetnamenin geri alınması “vasiyetname içinde karşımıza çıkan ölüme bağlı tasarruf niteliğindeki tek taraflı öyle işlemlerdir ki, bununla ölüme bağlı tasarrufta bulunan bir kişi, kazandırma lehdarının rızasına ihtiyaç duymaksızın, bir vasiyetnamede ya da bağlayıcı içeriğine dahil olmayacak

²³⁹ Sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma hakkında ayrıca bkz. aşağıda s. 244 vd..

²⁴⁰ Bu hususla ilgili olmak üzere ayrıca bkz. yukarıda s. 95 vd..

tarzda bir miras sözleşmesinde varlık kazandırdığı tasarrufunun, kısmen ya da tamamen, kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde hukuki sonuçlar doğurmasına engel olur.” şeklinde tanımlanabilecektir.

Son olarak, bir ölüme bağlı tasarruf ve malvarlığını değil de terekeyi etkileyecek olması sebebiyle geri alma tasarrufunun (hukuki işleminin), borçlandırıcı işlem mi yoksa tasarruf işlemi mi olduğu yolunda yapılacak bir tartışmanın anlamsız olacağını eklemek isteriz. Zira, bu ayrımın özünde hukuki işlemin malvarlığına yapacağı etki yatmaktadır. Oysa **Serozan**’ın ifadesi ile²⁴¹ “...ister yasal, ister iradi olsun, ister vasiyetnameyle, ister miras sözleşmesiyle lehdar olarak atanmış olsun, mirasçının mirasbırakanın sağlığında hukuken korunmuş, ..., miras bırakanca bozulamaz, sağlam bir beklenen hakkı yoktur. Onun, olsa olsa, yalın bir umudu, sıradan bir beklentisi söz konusudur.”. Biz de, **Serozan** gibi, mirasçının bu umudunun bir beklenen hak düzeyinde dahi olmadığına inanmaktayız²⁴².

²⁴¹ **Serozan/Engin (Srozan)**, s. 55; **Serozan**, Medeni, s. 149. Yazar, hiçbir yasal yükümlülüğü olmamasına rağmen, mirasbırakanın vasiyetnamesine konu ettiği bir malvarlığı değerini daha yaşarken lehbara kazandırması halinde dahi, o malvarlığı değerini, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde her zaman geri alabileceğini eklemektedir.

²⁴² Yine **Serozan**’ın ifadeleri ile söyleyecek olursak, beklenen hak tam haktan eksik olmakla birlikte miras hakkı gibi basit bir iktisap şansından fazlasını ifade eder. Yazara göre, bu fazlalık miras hakkının korumasızlığında kendisini gösterir. Bu cümleden olmak üzere ayrıca bkz. **Serozan**, Medeni, s. 176. İradi mirasçılık bakımından yazarın görüşlerine bütünüyle katılmaktayız. Ancak, yasal mirasçılık söz konusu olduğunda bazı çekincelerimiz mevcuttur. Mesele, bir kişinin daha sağlığında, üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğu nesnelerin tamamını deyim yerinde ise sınırsız bir şekilde har vurup harman savuramayacağı yolundaki soruya vereceğimiz cevap ile doğrudan ilgilidir. Kanatımızca, kişinin bu hususta sınırsız bir özgürlüğe sahip olduğunu iddia edebilmek güçtür. Kişilik hakkı çerçevesinde bir kişinin tarafı olabileceği sadece maddi içerikli hukuki işlemlerin kimilerince hukuka kimilerince ahlaka aykırı sayılarak kesin hükümsüz kabul edildiği bir hukuk sisteminde aynı sonucu doğuracak nitelikteki iradi davranışlara sınırsız bir şekilde izin verilemez. TMK’nun 406. maddesinde savurganlığın bir kısıtlama sebebi olarak öngörülmesi ya da TMK m. 194 vd. ile özellikle TMK m. 199’da evli kişiler bakımından ayrıca bir kısım tedbirler öngörülmesi boşuna değildir. Bu kaygının temelinde bir kişinin ne zaman ötedünyaya geçeceğinin kendisi de dahil kimse tarafından bilinmemesi de yatmaktadır. O halde, kişinin hukuki işlem özgürlüğünü sınırlayan bu türden hükümlerin, Anayasamızdaki soyut koruma yanında mirasçıların miras hakkının deyim yerinde ise garantileri olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Bu koruma iradi mirasçılık için elbette daha az düzeyde ortaya çıkacaktır. Bir örnek düşünelim: Vasiyet eden Ömer, yakın ve kadim dostu Ali’ye bir ev vasiyet ettikten sonra ciddi biçimde savruk bir hayat tarzını benimsesin. İşte bu halde, Ali’ye, sıra kendisine vasiyet edilen eve gelmeden, Ömer’in kısıtlanmasını talep edebilmek yetkisinin verilmesinde bir sakınca görülmezse iradi mirasçılık bakımından da bir koruma yaşama geçirilmiş olacaktır. Beklenen hak düzeyinde dahi olmadığı ifade edilen bu mirasçılık umudunun örneğin temlik edilebilme gibi bir kısım hukuki işlemlere konu edilemeyeceği ve beklenen haklar için öngörülen korumalardan yararlanamayacağı iddia edilebilirse de başkaca bir kısım hukuki işlemlere konu edilip edilemeyeceği elbette başka bir tartışmanın konusunu teşkil eder. Piyango biletine isabet edebilecek ikramiye umudunun dahi satım sözleşmesine konu edilebildiği bir

Böylelikle, TMK m. 542’de düzenlenen geri alma işleminin hukuki niteliğini ve hukuki işlemler arasındaki yerini tespit etmiş olduk. Bu tespit başta söz konusu işlem için aranacak ehliyet olmak üzere başkaca sonuçlar açısından önem teşkil etmektedir. Çalışmamızın bundan sonraki kısmı hukuki niteliğe bağlı bu sonuçları açıklamaya yönelik olacaktır.

3. Hukuki Niteliğe Bağlı Sonuçlar

Bir ölüme bağlı tasarruf olduğu tespit edildikten sonra geri alma işlemi için aranacak ehliyetin genel hukuki işlem ehliyetinden farklılık taşıyacağı ve devreye ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetinin gireceği aşıkardır. Hak ve fiil ehliyeti kavramları ile bunlara bağlı başkaca bir kısım tartışmalar inceleme konumuzun sınırlarını fazlasıyla aşmaktadır. Biz burada, sadece gerektiği ölçüde, ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin konumuz bakımından kısa bir dökümünü sunmakla yetineceğiz.

Türk ve İsviçre kanun koyucularının ölüme bağlı tasarruflar bakımından genel ehliyet kurallarından ayrıldığı gözlenmektedir. Ötesinde, sağlar arası hukuki işlemler bakımından genel olarak mümkün olan temsil olgusu da ölüme bağlı tasarruflar söz konusu olduğunda neredeyse²⁴³ bütünüyle dışlanmıştır.

Biz, esasında, TMK m. 542 çervesinde miras sözleşmesi ile geri alma imkanının olmadığını söylemiş ve fakat doktrinin genelinin bu hususta bizimle benzer tarzda düşünmediğini de eklemiş idik. Bundan dolayı, bu bahiste, ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti genel olarak değerlendirilecek; sadece vasiyetnamelere ilişkin açıklamalar yapılmayıp miras sözleşmesi düzenleyebilme ehliyeti de yine gerektiği ölçüde açıklanacaktır.

TMK’nun 502 ve 503. maddeleri ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetini şu şekilde düzenlemiştir:

hukuk sisteminde vasiyet lehdarının kendisine ileride kalacak malvarlığı değerine yönelik umudunu neden dolayı satamayacağını izah etmek güçtür.

²⁴³ Vasiyet edilen belirli bir malvarlığı değerinin lehdarının belirlenmesi hususundaki istisna başta olmak üzere konuyla ilgili olarak bkz. **Dural/Öz**, Miras, s. 54 vd..

A. Ehliyet

I. Vasiyette

Madde 502- Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir.

II. Miras sözleşmesinde

Madde 503- Miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir.

Eldeki bu hükümler karşısında, onbeş yaşını doldurmuş bir kişinin (küçük ve kısıtlı olsa bile) ayırt etme gücüne sahip olmak şartı ile geçerli bir şekilde vasiyetname düzenleyebileceği kabul edilir²⁴⁴. Yine, miras sözleşmesi ile tasarrufta bulunanın da tam fiil ehliyetine sahip olması icap eder²⁴⁵.

İsviçre Hukukunda, bir kişinin geçerli bir şekilde vasiyetname düzenleyebilmesi ise, onsekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olmasına bağlıdır (İMK m. 467)²⁴⁶. Öte yandan, İMK m. 468, ancak ayırt etme gücüne sahip olanların ve erginlerin miras sözleşmesi yapabileceklerini dile getirmektedir. **Steinauer**'e göre İMK'nun 468. maddesi kötü kaleme alınmıştır; maddenin Fransızca ve İtalyanca metinleri ayrıca yanıltıcıdır²⁴⁷. Yazara göre; Fransızca ve İtalyanca metnin sadece erginlikten bahsedip ayrıca kısıtlı olmamayı aramaması ne denli yanlış ise ayırt etme gücünün hiçbir metinde geçmemesi de o denli yanlıştır. Yazarın bu düşüncelerinin İsviçre Hukukunda genel olarak kabul gördüğünü de eklemek isteriz. Başka deyişle, kanunun sadece erginlikten bahsetmesine rağmen ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar ve ergin olup da aynı zaman da kısıtlı olmayanlar miras sözleşmesi düzenleyebilecektir²⁴⁸.

²⁴⁴ **Öztrak**, Rücü, s. 35 vd.; **Dural/Öz**, Miras, s. 55 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 163 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 218 vd.; **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 15 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 135 vd.; **Aybay**, Miras, s. 38 vd.; Mustafa Reşit **Belgesay**, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Üçüncü Kitap, Miras, 4. Baskı, İstanbul 1952, s. 29 vd.; **Kılıçoğlu**, Miras, s. 76 vd.; **Öztan**, s. 160 vd.; **Antalya**, s. 129 vd.; **Eren**, İptal, s. 19 vd.

²⁴⁵ Bkz. hemen yukarıda bir önceki dipnotta atıf yapılan yerler.

²⁴⁶ **Önen**, s. 20 vd.; **Guinand/Stettler**, s. 41; **Steinauer**, s. 185 vd.; **Lador/Minet/Hinderman**, s. 49; **Tuor**, s. 313 vd.

²⁴⁷ **Steinauer**, s. 187 vd.

²⁴⁸ **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 53 vd.; **Önen**, s. 20 vd.; **Guinand/Stettler**, s. 41 ve oradaki dn. 91'e ait metin; **Steinauer**, s. 187 vd.; **Lador/Minet/Hinderman**, s. 49; **Tuor**, s. 313 ve 314.

Bununla birlikte şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların bu iki türüne ait kuralların ehliyet noktasında farklılaşması inceleme konumuz bakımından önemli değildir. Zira, biz, bu ayrımın temelinde ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı olup olmadığı tartışmasının yattığına inanmaktayız. Başka deyişle, şeklen miras sözleşmesi içinde yer alan ama onun bağlayıcı niteliğine dahil olmayan ölüme bağlı tasarruflar için aranması gereken ehliyet TMK m. 503 (İMK m. 468)'deki değil de TMK m. 502 (İMK m. 467)'dekidir. Türk hukuku bakımından mesele fazlaca problemin doğumuna sebep olmaz. Zira, miras sözleşmesi düzenleyebilme ehliyeti için aranan şartların vasiyetname düzenleyebilme ehliyeti için aranan şartları her halde yerine getireceği açıktır. Bu noktadan sonra olsa olsa vasiyetname ehliyetine sahip olmakla birlikte miras sözleşmesi ehliyetine sahip olmayan bir kişinin düzenlediği miras sözleşmesi içinde yer alan bağlayıcı nitelikte olmayan ölüme bağlı tasarrufların akıbetinin ne olacağı tartışılabilir. Bu halde, kendileri için vasiyetname ehliyetinin kafi olduğunu ifade ettiğimiz bağlayıcı nitelikte olmayan işbu maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların miras sözleşmesi ehliyeti olmaması sebebi ile geçersiz olacak bağlayıcı nitelikteki ölüme bağlı tasarruflarla maddi bir bağlantısının olup olmaması arasında bir ayrım yapmak ve eğer bağlantı yoksa bağlayıcı olmayan bu tasarruflardan oluşan metnin, elbette şekil şartları da haydi haydi yerine gelmiş olacağından, bir vasiyetname olarak kabul edilmesi gerekecektir²⁴⁹.

Buraya kadar yapageldiğimiz tartışmalar kanun koyucunun gerek İsviçre'de gerekse ülkemizde ölüme bağlı tasarruflar söz konusu olduğunda genel ehliyet kurallarından ayrıldığını ispata yetiştirmektedir. **Steinauer**'in ifadesi ile ölüme bağlı

²⁴⁹ Benzer yönde bkz. **Steinauer**, s. 187-188. Miras sözleşmeleri bakımından erginliğin hangi yolla kazanıldığının önemi olmadığı hakkında ayrıca bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 57. Bu yorum tarzının 2006 yılından önceki İsviçre hukuku bakımından başkaca sorunları doğuracağı ise aşikardır. Bu zorluk, o ülke hukuku bakımından, miras sözleşmesi düzenleme ehliyetinin her halde vasiyetname düzenleme ehliyetini kapsamamasından kaynaklanacaktır. Açıkça ifade etmek gerekir ise, Türk hukukunda miras sözleşmesi düzenleyebilen bir kişinin her halde vasiyetname düzenleyebileceği hususunda tartışma olmamalıdır. TMK m. 503 her ne kadar miras sözleşmeleri için ergin olmayı aramış olsa da gerek asgari evlilik yaşının 16'ya çıkarılmış olması gerekse kazai rüşt yaşının 15 yaş olması sebebi ile düşüncemizin haklı olduğuna inanmaktayız. İMK'da kazai rüşt ilişkin 15. madde 1994 yılında yürürlükten kaldırılmış ve evlilik yaşı da 18'e çekilmiştir. Miras sözleşmesi için aranan erginlik yaşı ile vasiyetname düzenleyebilme yaşının aynı şekilde 18 olduğu bu hukuk sistemindedir artık miras sözleşmesi için aranan ehliyet koşullarının her halde vasiyetname için de kafi olacağı söylenebilecektir. Kaldı ki, küçüklerin ve daha önemlisi kısıtlıların miras sözleşmesi yapmasına imkan yok iken, kısıtlı bir erginin vasiyetname düzenleyebilmesi mümkündür. Bu tartışmalar için ayrıca bkz. **Tuor**, s. 314. Vasiyetname ve miras sözleşmesi düzenleyebilme ehliyetinin benzerlikleri ve farklılıkları hakkında ayrıca bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 15 vd.

tasarrufa ehliyet, yasal ve iradi temsil bu işlemler bakımından hemen hemen bütünüyle dışlanmış olduğu için ayrıca bir önem arzeder²⁵⁰.

Bu vesile ile, ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen ehliyet hükümlerinin, bu temsil yasağı sebebiyle, hak ehliyetine mi yoksa fiil ehliyetine mi yönelik olduğu meselesinin de tartışmalı olduğunu eklemek isteriz. **Oğuzman**'ın deyişi ile²⁵¹ “Her iki maddede öngörülen ehliyet, fiil ehliyetidir. Fakat, ölüme bağlı tasarruf yapmada temsile cevaz verilmediği için²⁵², ölüme bağlı tasarruf ehliyeti bulunmayanlar ölüme bağlı tasarruf yapma hakkından yararlanamazlar. Bu sebeple fiil ehliyetinin bulunmaması hak ehliyetini de etkiler.”. **Dural** da, TMK m. 502 ve m. 503’de hak ve fiil ehliyetinin örtüştüğünü, aranan şartların yokluğunun her ikisinin de yokluğu anlamına geleceğini söylemektedir²⁵³. Buna karşılık başkaca bir kısım yazarlar TMK m. 502 ve m. 503’de hak ehliyetinin vücut bulduğunu iddia etmektedirler²⁵⁴. Bunlara nazaran ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetini hak ehliyetinin özel bir çeşidi olarak algılamak gerekir. Bu düşünce tarzına göre ehliyetsizliğin yaptırımının yokluk olması gerekir iken TMK m. 557’de bunun istisnaen ve favor testamenti ilkesi uyarınca bir iptal sebebi olarak öngörülmesinin arkasına gizlenilebilecektir. İptal yaptırımının birinci görüş çerçevesinde kabul edilebilmesi de ancak bu yöndeki fikri çaba ile olabilecektir²⁵⁵.

²⁵⁰ **Steinauer**, s. 184. Bu ehliyet kurallarının terekeye ilişkin tasarruflar bakımından cari olduğu vasiyet edenin şahsiyetine sıkı sıkıya bağlı örneğin cenaze merasiminin nasıl yapılacağına ilişkin bir kısım dilek ve arzuların geçerliliği noktasında ayırt etme gücünün yeterli olacağı hakkında ayrıca bkz. **Steinauer**, s. 184 ve oradaki dn. 2. Yazar anılan yerde **Tuor**’un **Escher**’in bu yöndeki düşüncesine iştirak edemediğini de eklemektedir. Bizim bir vasiyetnamenin sadece bu türden dilek ve temennilerden oluşup oluşamayacağı yolundaki görüşümüz için ise bkz. yukarıda s. 10. Örnek bu olduğu için söylemekte sakınca görmüyorum: Kanaatimizce bu türden isteklerin yeri Nazım Hikmet Ran’ın yaptığı gibi bir şiir ya da o nitelikteki başka bir metin olması gerekir. Son cümleden olmak üzere ayrıca bkz. Nazım Hikmet, *Son Şiirler*, s. 72. Ölüme bağlı tasarruflarda temsil ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz. s. 117 vd..

²⁵¹ **Oğuzman**, s. 98.

²⁵² Ölüme bağlı tasarruflarda temsil yasağı öngörülmesinin sebebinin bunların taşıdığı önem ile temsilcinin istemeyerek ya da kasıtlı şekilde mirasbırakanı yanlış anlama kaygısı olduğu hakkında bkz. **Eren**, *İptal*, s. 16.

²⁵³ **Dural/Öz**, *Miras*, 55. Alman hukukunda ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin fiil ehliyeti içinde telakki edildiği hakkında ayrıca bkz. **Eren**, *İptal*, s. 14.

²⁵⁴ Örnek olmak üzere bkz. **Eren**, *İptal*, s. 14-15; N. **Ayiter**, s. 39; **İmre/Erman**, s. 59; **Tuor**, 315 vd.

²⁵⁵ Bizim bu düşüncemizin altında yatan neden, yokluğu kesin hükümsüzlükten de öte ve daha ağır bir yaptırım çeşidi olarak algılamamızdır. Zira, kanunun burada fiil ehliyetine ilişkin bir kural getirdiği varsayımında yaptırım genel kurallar çerçevesinde kesin hükümsüzlük olacaktır. Kesin hükümsüzlüğün iptale çevrilmesi ile yokluğun iptale çevrilmesi arasında herşeye rağmen teorik de olsa bir fark görmek gerekir.

Ezcümle, TMK m. 542'ye göre vasiyetnamesini geri almak isteyen kişinin, iş bu geri alma iradesi dış dünyaya bir vasiyetname ile de yansısa veya bir miras sözleşmesi²⁵⁶ içinde yer alsada,

a. Türk hukuku bakımından 15, İsviçre hukuku bakımından 18 yaşını doldurmuş olması²⁵⁷.

b. Her iki hukuk sistemi bakımından ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.

Ölüme bağlı tasarruflar bakımından ayırt etme gücü, vasiyet edenin yapmakta olduğu ölüme bağlı tasarrufunun içeriğini ve sonuçlarını idrak edebilme kabiliyeti olarak karşımıza çıkar²⁵⁸. Başka deyişle, geri almanın sonuçlarını öngörebilmesini ifade eder²⁵⁹. Bu da elbette, geri alınan tasarrufların önem ve sonuçlarının idraki ile mümkündür. **Önen**'in ifadesi ile buradaki ayırt etme gücü TMK'nun 13. maddesindeki (İMK m. 16) genel düzenleme ile birebir örtüşmektedir²⁶⁰. **Öztrak** da bu düşünceye katılıyor gözükmektedir²⁶¹.

Bu kabul bizi başkaca bir takım sonuçlara götürecek ve özellikle ehliyetin ispatı hususunda genel ilkelere yararlanma kapısını açacaktır. Bunun yanısıra, ayırt etme

²⁵⁶ Kanaatimizce bu sonucunu mümkün değildir. Bununla birlikte, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil kabul edilemeyecek geri alma iradesi için vasiyetname düzenleme ehliyetinin kafi geleceğini ayrıca açıklamıştık.

²⁵⁷ Türk hukuku bakımından vasiyetname düzenleme yaşının neden 15 gibi görece küçük bir yaş olmasının sebebi şudur: Böylelikle, temsil yasağının buradaki kuralı neredeyse bir hak ehliyeti kısıtlamasına çevirmesinin sakıncaları giderilmektedir. Kaldı ki, bu tasarruf kolaylıkla her zaman için geri alınabilir. Ölüme bağlı tasarrufun tasarruf eden öldükten sonra hüküm doğuracak olmasını da burada anmak gerekir. Bu yönde bkz. **Serozan/Engin** (Serozan), s. 219; **Dural/Öz**, Miras, s. 56-57; **Hatemi**, Miras, s. 69.

²⁵⁸ Benzer yönde bkz. **Önen**, s. 22.

²⁵⁹ Benzer yönde bkz. N. **Ayiter**, s. 40. **Hatemi** konu üzerinde olumlu anlamı ile titizlenmektedir. Kanaatimizce haklıdır da. Biz de, kendisi gibi, onbeş yaşın tek başına vasiyetnameye konu olabilecek muhtelif tasarruflar bakımından doğrudan beraberinde ayırt etme gücünün var olduğu gibi bir sonucu doğuracağını kabul edemiyoruz. Bundan dolayı da, vasiyet edenin her bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf için ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır. Yazarın bu yaklaşımının İsviçre kanun koyucusu tarafından duyulduğunu iddia etmek ise hatalı olmayacaktır. Bu cümleden olmak üzere karşı. **Hatemi**, Miras, s. 69. Öte yandan, yazar, ölüme bağlı tasarruf ehliyetini fiil ehliyeti içinde düşünmekte ve bu arada hak ehliyetsizliğinin tüzel kişiler bakımından cari olduğunu eklemektedir: **Hatemi**, Miras, s. 68. Keza, buradaki ayırt etme gücünü tasarruf sahibinin makul surette hareket etmiş olması manasında anlamamamız gerektiği hakkında ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 38. Yazara göre, vasiyet eden, makul surette hareket etmeyi ortadan kaldıracak bir kapris ya da bir ihtiras ile hareket etmiş olabilir ama yine de ayırt etme gücü var kabul edilir. Başka deyişle, makul olmayan bir tasarruf ayırt etme gücünün yokluğunu göstermeyeceği gibi buna imkan da verebilir.

²⁶⁰ **Önen**, s. 22.

²⁶¹ **Öztrak**, s. 37 vd.

gücünün işlemin yapıldığı sırada bulunması gerektiği yolundaki genel inaniş ölüme bağlı tasarruflar bakımından da böylelikle devreye girecektir²⁶². Yine, genel yaklaşıma uygun olarak, ölüme bağlı tasarruflar bakımından da ayırt etme gücünün nisbi bir kavram olduğu kabul edilir²⁶³. Başka deyişle, her bir geri alma işlemi bakımından o işlemin yapıldığı sırada ve olayın bütün özellikleri nazara alınarak bir değerlendirme yapılmalı ve buna göre ayırt etme gücünün var ya da yok olduğu tespit edilmelidir.

Öte yandan, TMK m. 13'te sayılan sebeplerden biri ya da birkaçı yüzünden ayırt etme gücünden yoksun olan bir kişinin geri alma işlemi bakımından da ehliyetsiz kabul edileceği aşıkardır²⁶⁴.

Vakti zamanında **Önen** tarafından açılan ve devamında **Öztrak** tarafından devam ettirilen başka bir tartışma ise, vasiyet edenin ölüme bağlı tasarrufta bulunduktan sonra kısıtlanmış olmasının ölüme bağlı tasarruf ve bu arada geri alma ehliyetine etkisinin ne olacağıdır.

Türk hukukunda fiil ehliyeti usulüne uygun şekilde kısıtlanan bir kişinin vasiyetname düzenlemesinde bir sakınca yoktur²⁶⁵. İsviçre hukuku bakımından dahi durum böyledir. Keza, bu hukuk sistemlerinde, vakti zamanında Almanya'da olduğu gibi vasiyeti geri alma ehliyeti için vasiyetname ehliyetine nazaran bir farklılık da yaratılmış değildir²⁶⁶. Biz, esasında bu tartışmanın, konumuz ile ilgisinin zevkine varabilmiş değiliz. Kanaatimizce kanunun öngörmediği ayrımlara gitmek gereksizdir. Biz, sorunun cevabını hemen yukarıda vermiş bulunuyoruz. Geri alma vasiyetnamesi düzenleme ehliyeti ile

²⁶² **Tuor**, s. 313 ve oradaki dn. 8; **Önen**, s. 21; **Öztrak**, Rücu, s. 39.

²⁶³ **Eren**, İptal, s. 19 vd.; **Öztrak**, Rücu, s. 38.

²⁶⁴ **Öztrak**, Rücu, s. 39. Yazar bu halde, Lador ve Jaccard'a atıf yaparak, vasiyet edenin sadece rücu ehliyetini değil rücu hakkını da kaybedeceğini ifade etmektedir. Böylelikle, ölüme bağlı tasarruf ehliyetini hak ehliyeti kavramı içinde algıladığını da itiraf etmiş olmaktadır.

²⁶⁵ Bu kişinin gerek İsviçre gerek Türk hukukunda miras sözleşmesi düzenleyemeyeceği de açıktır. Bu kişilerin yasal temsilcilerinin katılımı ile de miras sözleşmesi düzenlemesi mümkün değildir zira temsil yasağı söz konusudur: **Tuor**, s. 315.

²⁶⁶ **Önen ve Öztrak'dan** anladığımız kadarı ile monografik çalışmalarını yazdıkları dönemde AMK'nun 2253. maddesinin 2. fıkrası ile 2229. maddenin 3. fıkrası bugüne nazaran farklılık arzetmekteydi. Gerçekten de, o dönemde, Alman hukukunda vasiyetname ehliyeti ile vasiyetnameyi geri alma ehliyetinin farklı tarzda düzenlenmekteydi. Öyle ki, AMK m. 2229/III gereği bir kısıtlı vasiyetname düzenleyemez iken aynı Kanunun 2253. Maddesinin 2. fıkrası gereğince kısıtlanmadan evvel yapmış olduğu vasiyetnamesinden her zaman ve koşulda geri dönebiliyor idi. Bu cümleden olmak izere bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 40; **Önen**, s. 23. Bugün için anılan hükümlerin yürürlükte olmadığı söylenmelidir. O halde, Türk ve İsviçre hukukları için yapacağımız tartışmalar Alman hukuku için dahi pratik bir öneme sahip olacaktır.

vasiyetname düzenleme ehliyeti arasında bir fark görmeyen hukuk sistemimiz karşısında yapılacak tek şey olsa olsa kısıtlanma sebebinin ayırt etme gücünü ortadan kaldıracı nitelikte olup olmadığını tespitten ibaret olmalıdır. Ayırt etme gücünün geri alma işleminin yapıldığı sırada aranacağı yolundaki ilke de bu düşüncemize destek olmaktadır. Bundan sonraki tartışmalar ise miras hukukundan ziyade genel olarak ehliyet ve kısıtlanma konusuna yöneliktir. Bununla birlikte, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebepleri ile kısıtlanan bir kişinin dahi, eğer söz konusu hastalıklar ayırt etme gücünü sürekli ve mutlak şekilde ortadan kaldıracı nitelikte değilse, şuurlu şekilde hareket ettiği bir anda vasiyetname düzenleyebileceği gibi bunu geri de alabileceği peşinen söylenmelidir. O'nun kısıtlanmadan evvel düzenlemiş olduğu bir vasiyetnamesini kısıtlandıktan sonra geri almasında da bir sakınca görmemek gerekir²⁶⁷. Öte yandan, kimi yazarlar ispat yükünün kime düşeceği noktasında kısıtlanma sebepleri arasında bir fark gözetirken, kimileri herhangi bir fark gözetmeksizin her halde ispat yükünün akıl hastalığı ve akıl zayıflığı ile kısıtlanma da dahil olmak üzere iptal davasının²⁶⁸ davacısına yani vasiyet edenin geri alma vasiyetini düzenlediği sırada ayırt etme gücüne sahip olmadığını iddia eden kişiye düştüğünü iddia etmektedirler²⁶⁹. Zira, TMK m. 6 gereğince herkes iddiasını ispatla mükelleftir ve tartışmalı olmakla birlikte ayırt etme gücü bakımından aslolan onun yokluğu değil de varlığıdır²⁷⁰. Sağlar arası hukuki işlemler için hakim olan ehliyet bakımından aslolanın onun varlığı olduğu yolundaki tartışmalı ilkenin ölüme bağlı tasarruf ehliyeti bakımından aynen benimsendiğini de böylelikle söylemiş oluyoruz. Birinci görüşte olan yazarlara göre ise burada ispat yükü tersine çevrilmiştir ve akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlanan bir kişinin geri alma vasiyetnamesini düzenlediği sırada ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilemez; var kabul edilebilmesi iptal davasının davalısının bunu ispat etmesine bağlıdır.

²⁶⁷ Benzer yönde bkz. Öztrak, **Rücu**, s. 40 vd.; **Önen**, s. 24 vd.

²⁶⁸ Yinelemekte sakınca görmüyoruz: Genel hükümler çerçevesinde kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran ehliyetsizlik, ölüme bağlı tasarruflar açısından, ancak ilgisinin belli süreler içinde açacağı yenilik doğurucu nitelikteki bir iptal davasına konu olabilir. Elbette eleştirilebilir olmakla birlikte de lege lata durum budur: İlhan **Helvacı**, **Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı**, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002, s. 1113-1114.

²⁶⁹ **Arpacı**, **Kişiler**, s. 26; **Önen**, s. 25; **Öztrak**, **Rücu**, s. 42 vd.; **Dural/Öğüz**, s. 57 ve oradaki dn. 150'de atıf yapılan yazarlar; **Özsunay**, s. 38; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s. 45 vd.; **Ataay**, s. 67; **Ayan/Ayan**, s. 21 vd.

²⁷⁰ **Dural/Öğüz**, s. 57 ve oradaki dn. 150'de atıf yapılan yazarlar; **Özsunay**, s. 38; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s. 45 vd.; **Ataay**, s. 67; **Ayan/Ayan**, s. 21 vd.

Ayan/Ayan'ın ifadesiyle²⁷¹, ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğu noktasında ispat yükünün kime ait olduğu hususu net değildir. Oysa **Dural**²⁷², onun varlığının asıl olduğu yolunda bir yasal düzenleme olmamasına rağmen, hayat tecrübelerinin bizi böylesi bir sonuca götürdüğünü eklemektedir. Başkaca bir kısım yazarların ise akıl hastalığı ve akıl zayıflığı ile yaş küçüklüğü bakımından aksi yönde bir sonuca ulaştıkları görülmektedir²⁷³. TMK m. 13'de ayırt etme gücünü ortadan kaldırıcı nitelikte olabilecekleri örnekleyici olarak sayılmış hallerin dışında kalanlar için ayırt etme gücünün varlığı yolundaki bir karine kimseyi rahatsız etmez. TMK m. 13 ve İMK m. 16 için yapılagelen bu tartışmalar, kısıtlanma sebeplerinin ayırt etme gücünü ortadan kaldırıcı nitelikteki sebepler ile benzerliği yüzünden bu bahiste cevap aramakta olduğumuz soru bakımından da anlamlıdır. Konumuza dönecek olursak, **Önen**'e göre, kısıtlanma sebebi akıl hastalığı ve akıl zayıflığı bile olsa ispat yükünün yer değiştirdiğinden bahsedilemez²⁷⁴. **Öztrak** da bu yönde düşünmekle birlikte vasiyet edenin vasiyetnamesini düzenlemeden önce ya da sonra akıl hastalığına maruz kaldığı tespit olunursa bu olgunun/vakıanın, ispat yükünü ters çeviren bir karine olmamasına rağmen hakim in re'sen nazara alması gereken çok güçlü bir delil olacağının altını çizmektedir²⁷⁵.

Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti ve ispatına yönelik sorunlar **Helvacı** tarafından etraflı bir şekilde incelenmiştir. Yazarın bir Federal Mahkeme kararı²⁷⁶ üzerinden ulaştığı sonuçlardan bir kısmı, üzerinde durmakta olduğumuz problemin çözümü noktasında da yol gösterici olacaktır:

²⁷¹ **Ayan/Ayan**, s. 21.

²⁷² **Dural/Öğüz**, s. 58. Yazar, haklı olarak, bir kişinin akli durumunun tespiti ile o halin ayırt etme gücünü ortadan kaldırıp kaldırmadığını belirlemenin farklı şeyler olduğunu ifade etmektedir. Gerçekten de, bunlardan ilki bir hakim in ilgi ve bilgi alanının dışındadır ve ekseriyetle tıp biliminin konusunu teşkil eder. Bu bakımdan sırf bu teknik hususla ilgili olmak üzere dosyaya bilirkişi atanmasında da sakınca yoktur. Ancak, daha da ötesine gidilerek mevcut akıl halinin uyumsuzluk konusu işlem için ayırt etme gücünü ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususunun en azından tıp bilimadamlarına sorulması kanaatimizce doğru değildir. Hakim meseleyi ya bizzat çözmelidir ya da iş yoğunluğu sebebi ile dosyaya başka bir hukuk bilirkişisi tayin etmelidir. Benzer görüşte bkz. **Arpacı**, Kişiler, s. 26.

²⁷³ Örnek olmak üzere bkz. **Ataay**, s. 67; **Özsunay**, s. 38 vd ile **Dural/Öğüz**, s. 58 ve oradaki dn. 152'de anılan yazarlar. **Ayan/Ayan'a** göre ise bu sayılan sebepler yanında TMK m. 13'de gösterilen diğer sebeplerin varlığı halinde de kural olarak ayırt etme gücü yok sayılır: **Ayan/Ayan**, s. 21.

²⁷⁴ **Önen**, s. 25. Yazar, Federal Mahkemenin de benzer yönde düşündüğünü iddia etmektedir.

²⁷⁵ **Öztrak**, s. 43.

²⁷⁶ JdT 1998 I 361-376. Kararın tam çevirisi için ayrıca bkz. **İ. Helvacı**, s. 1117-1135.

a. “Ölüme bağlı tasarrufların ehliyetsizlik sebebi ile iptali davalarında, ölüme bağlı tasarruflarda bulunan kişinin işlemi gerçekleştirdiği sırada ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının ispatı meselesi ele alınırken, bilirkişi incelemeleri, tanıkların beyanları, iptali talep edilen ölüme bağlı tasarrufun makul nitelikte olup olmadığı, varsa kişinin diğer ölüme bağlı tasarruflarıyla ya da somut olayı kuşatan diğer olay ve olgularla çatışma içinde olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.”.

b. “İspat külfetinin kimin tarafından yerine getirileceği tespit edilirken genel hayat tecrübelerinden çıkarılan karineler yol gösterici olacaktır.”²⁷⁷.

İşbu tespitlere noktası ve virgölüne dokunmaksızın katılmaktayız. İncelemeye konu kararda Federal Mahkeme aynen şöyle demektedir: “Kural olan ayırt etme gücünün varlığıdır; genel hayat tecrübesine göre, onun mevcut olduğu kabul edilir²⁷⁸. Bu noktadan hareketle, onun var olmadığını ileri sürenin bu durumu ispat etmesi gerekir. Bu ispat özel bir takım kurallara bağlanmamıştır; özellikle vefat etmiş bir kişi için, ciddi her şüpheyi tamamen ortadan kaldıran büyük bir gerçeğe benzerlik yeterlidir²⁷⁹. Durum gerçekten de ayırt etme gücünün formel bir biçimde ispatını imkansız hale getirmektedir²⁸⁰. Bu ispat bir kimsenin genel olarak ayırt etme gücü ile ilgili olmamalı; (onun) belirli bir anda mevcut bulunan ayırt etme gücü ile ilgili olmalıdır. Bu (husus) tespit, kimi zaman kolaydır, mesela akıl hastalığı sebebiyle akli melekelerde kalıcı bir azalma, dolayısıyla da sürekli olarak bilinçten yoksunluk halinde durum böyledir, ama ayırt etme gücünden yoksunluğun belirli bir anda ‘post mortem’ ispatı çok güç olacaktır. O zaman, ayırt etme gücünün varlığı asıl olsa da, ispat külfeti aksini iddia edene düşse de, genel hayat tecrübesinin (bunun) tersinin kabul edilmesine imkan izin verebileceği kabul edilir. Çocuklarda ya da bazı akıl hastalığı hallerinde ya da yaşın akli melekeleri zayıflattığı kişilerde, genel hayat tecrübesi bizi ters bir karineye götürür. Buna göre, bir hukuki işlemi yapan kişinin, hiçbir kuşku duyulmaksızın anılan durumda olduğunu ve durumu nedeniyle ayırt etme gücünden yoksun olduğunu genel olarak kabul etmek zorunlu ise, o zaman ayırt etme gücünün varlığı

²⁷⁷ İ. Helvacı, s. 1149.

²⁷⁸ Arpacı, Dural ve Oğuzman gibi Federal Mahkeme de kaynağın genel hayat tecrübeleri olduğunu söylemektedir.

²⁷⁹ Benzer yönde bkz. Arpacı, Kişiler, s. ; Dural/Oğüz, s. 58.

²⁸⁰ Bu hal ayırt etme gücünün varlığı araştırılan kişinin artık hayatta olmaması yanında çoğu zaman o işlemi yaptığı anda ve kısa süreli devamında başkaca bir işlem yapmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların iptali kurumunun genel olarak can yakıcı bir yönüdür bu. İrade fesadı sebebiyle iptal hallerinde bu canyakıcılık doruk noktasına ulaşır.

ispat edilmiş sayılabilir ve ayırt etme gücünün var olduğuna ilişkin karine ters çevrilir; aksini idda eden, ilgili kişinin genel olarak ayırt etme gücünden yoksun olmasına rağmen, yine de bilinçli bir anında hareket ettiğini ortaya koyarak (bu durumun) tersini ispat etmek zorunda olacaktır (ATF 117 II 231).”.

Helvacı, TMK m. 13’de sayılan örnekleyici nedenlerden birinin varlığı halinde ki bu haller arasında hiçbir ayırım yapmamakla birlikte akıl hastalığı ve akıl zayıflığı hallerinde evleviyetle, genel hayat tecrübelerine dayalı ayırt etme gücünün var olduğu yolundaki karinenin tersine çevrildiğini söylemektedir. Federal Mahkeme kararının hemen yukarı aldığımız kısmından da anlaşılacağı üzere, açıkça söylemese de, Mahkemenin ulaştığı sonucun **Helvacı**’nın yaptığı gibi ifade edilmesi hatalı olmayacaktır²⁸¹. **Oğuzman/Seliçi/Oktay**’ın da benzer yönde düşündüğü söylenmelidir. Yazarlar, ayırt etme gücünün var olduğu yolundaki karinenin genel hayat tecrübelerinden doğduğunu ve bu kavram ile sınırlı olması gerektiğini söyledikten sonra ayırt etme gücünü ortadan kaldırıcı nitelikteki bir olgunun ispat edilmesi şartıyla eğer hayat tecrübelerine göre bu olgunun genel olarak ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı kabul edilebiliyorsa artık ispat yükünün yer değiştirdiğini ifade etmektedirler²⁸². Biz de benzer şekilde düşünmekteyiz. Ehliyetsizlik sebebiyle ölüme bağlı tasarrufların iptali sürecinde izlenmesi gereken yöntem şu olsa gerekir:

a. Genel hayat tecrübelerinden çıkardığımız ayırt etme gücünün varlığı ilkesi uyarınca vasiyet edenin ehliyetsiz olduğu hususu bakımından ispat yükü genel olarak iptal davasının davacısına düşer. Bu aşamada söz konusu olan biraz sonra aydınlanacak bir belirsizliktir.

b. İptal davasının davacısı vasiyet edenin ehliyetsiz olduğunu çoğu zaman maddi bir vakıaya dayandıracaktır. Dosyaya girmiş belgeler üzerinden hakim de re’sen bu vakıanın/olgunun tespiti hususunda yetkili olduğunu kabul etmek yerinde olur.

²⁸¹ İ. **Helvacı**, s. 1141.

²⁸² **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s. 46 ve oradaki dn. 117 ile dn. 118’e ait metinler.

c. Davacı ehliyetsizlik iddiasının dayanağı olan maddi olguyu olayın niteliğine uygun her türden delille kanıtladıktan sonra²⁸³ bir ara dönem yaşanır: Hakim gerektiğinde teknik bilirkişiye de, ki bu kişi çoğu zaman bir tıp bilimi uzmanı olacaktır, başvurmak sureti ile varlığı davacı tarafından ispat edilen bu maddi vakianın (bu vakia aşırı yaşlılık, sürekli sarhoşluk, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı ile burada anmakla tükenmeyecek başkaca bir yığın sebep olabilir) genel hayat tecrübelerine göre ayırt etme gücünü genel olarak ortadan kaldırıcı nitelikte olup olmadığına bakacak ve bunu yaparken iptali talep edilen tasarrufun niteliği de dahil olmak üzere o uyumsuzluk bakımından bir somutlaştırma faaliyetinde bulunacaktır. Bu son faaliyetinin işlemin yapıldığı anı da içine alacak tarz da bir somutlaştırma olmayacağı açıktır.

d. Hakimin bir önceki bentte ulaştığı sonucun müspet olması halinde dahi sadece ispat yükü yer değiştirecek; iptal davasının davalısına bu sonucu tersine çevirme imkanı tanınacaktır. O, bu iddiasını çoğu zaman, genel olarak ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı bizzat mahkemece tespit edilen olgunun işlemin yapıldığı anda vasiyet edenin ayırt etme gücüne bir etkisi olmadığından hareket ederek ispatlayacaktır.

Yukarıda yer verdiğimiz silsile içinde cereyan edecek bu süreç bizi şu sonuca götürmektedir: Genel olarak ayırt etme gücüne yönelik bu tartışmalar kısıtlanma sebepleri bakımından dahi caridir. Kısıtlanma sebepleri arasında hiçbir fark görmemek ve kısıtlanma sebebini yukarıda yer verdiğimiz süzgeçten geçirmek altın ortanın yakalanması anlamına gelir. Çünkü, önerdiğimiz çözüm tarzında, kısıtlanma sebebinin sadece varlığının ispat edilmesi ispat yükünün yer değiştirdiği anlamına gelmeyecektir²⁸⁴. Zira, o sebebin gerektiğinde bilirkişi incelemesine de başvurmak sureti ile ayırt etme gücünü genel olarak ortadan kaldırdığına hükmedecek kişi sıradan bir kimse değil de bir hakimdir²⁸⁵. Böylece,

²⁸³ Örneğin, yemin deliline başvurulması özellikleri gereği mümkün değildir. Bununla birlikte tanık beyanı başta ve tıp bilirkişisinin raporu da dahil olmak üzere hiçbir delile gerektiğinden fazla değer verilmemesi gerektiği hakkında ayrıca bkz. İ. **Helvacı**, s. 1142 vd.

²⁸⁴ Örneğin, hürriyeti bağlayıcı ceza almış olması sebebi ile kısıtlanmış bir ergin düşünelim. Bu kişinin cezaevinde olduğu süre içerisinde vasiyetname düzenleyebileceği açıktır. Bu vasiyetnamesinin TMK m. 542’de yer alan bir geri alma vasiyetnamesi olabileceği hususunda da şüphe yoktur. Bu sebebin doğrudan ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı ya da kaldırmadığı söylenmemeli ve o kişi bakımından cezaevi koşullarının ayırt etme gücünü genel olarak ortadan kaldırıcı nitelikte olup olmadığı araştırılmalı ve bu faaliyet neticesinde ulaşılabilecek sonuç müspet olursa ancak o andan sonra o işlem bakımından ispat yükü yer değiştirmelidir.

²⁸⁵ Hakimin takdir yetkisini kullanacağı mesele, varlığı davacı tarafından ispat edilen maddi vakianın o işlem bakımından ayırt etme gücünü ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Zira, ayırt etme gücü iki unsuru

Federal Mahkeme, **Helvacı, Oğuzman/Seliçi/Oktay** ve bu arada biz; tıpkı **Önen, Tuor ve Öztrak** gibi kısıtlanma sebepleri arasında bir ayrım yapmadığımızı; ancak onlar gibi peşinen bu hallerin ispat yükü bakımından herhangi bir etki yapmayacağı yolundaki düşüncelerini de deyim yerinde ise bütünüyle reddederek baş aşağı çevirdiğimizi söylemek isteriz²⁸⁶.

Ayırt etme gücünün geçici kaybı halinde nasıl bir yol izleneceği üzerinde de kısaca durmak isteriz. BK'nun konuya ilişkin düzenlemesi şu şekildedir: “Temyiz kudretini muvakkaten ızaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur.

muhtevasında barındıran bir hukuki kavramdır. Bunlardan ilki belirli bir işlemin etkilerini ve sonuçlarını öngörme ve anlama yeteneği; diğeri ise bu fikri çaba neticesinde serbetçe hareket edebilme yeteneğidir. Bunlardan ilkinin varlığının ikincisini doğrudan peşinden sürüklediği kabul edilemez ve eksik ayırt etme gücü yoksunluğu da buradan doğar. Başka deyişle, bu iki unsurun ikisi de eksik ise mutlak ayırt etme gücü yoksunluğundan, ikincisi eksik ise eksik ayırt etme gücü yoksunluğundan bahsedilebilir. Yaşı ilerlemiş bir kalecinin korumakla yükümlü olduğu kaleye doğru hızla yol almakta olan bir futbol topunu engellemek için hangi hızda ve ne tarzda bir hamle yapacağını düşünebilmesi çoğu zaman mümkün iken bunun gereği hareketi yapamaması örneğinde de olduğu gibi eksik ayırt etme gücü yoksunluğu çoğu zaman maddi bir fiili de içinde barındıran hallerde karşımıza çıkacaktır. Öte yandan, örneğin yazı yazamayacak kadar yaşlı bir kişinin el yazısı ile vasiyetname düzenlemesi bakımından da aynı kavrama atıf yapılabileceği söylene de bu kişinin notere giderek ya da şartları var ise sözlü vasiyetname yoluna başvurarak sözle de ölüme bağlı tasarruflarda bulunabileceği aşıkardır. Eğer bunu da yapamıyorsa miras kanuni mirasa ilişkin hükümler çerçevesinde paylaşılacaktır. Böylelikle, ayırt etme gücünün ikinci unsurunun yokluğuna delalet eden olguların, ölüme bağlı tasarruflar açısından, aslında vasiyetname düzenlenmesinin önünde bütünüyle bir engel teşkil ettiği sonucuna varılmaktadır.

²⁸⁶ **Öztrak, Önen ve Tuor** kanunda ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olacak bir karinenin öngörülmediğinden hareket etmektedirler: **Öztrak**, Rücü, s. 42. Bir karinenin yegane dayanağının kanun olduğu yolundaki bu düşünceyi de kabul edememekteyiz. Delillerin hasredilmesi ile ispat yükünün kime düştüğü hususlarının birbirinden bütünüyle farklı kavramlar olduğunu da söylemek gerekir. Bir davada taraflar çoğu kez dilekçeler aşamasında ileri sürdükleri iddiaların gereği delilleri de mahkemeye sunmaktadırlar. Hakimin bu halde yapacağı iş eldeki deliller çerçevesinde uyumazlığın aydınlanıp aydınlanmadığını tespit etmek olmalıdır. İşte bu çabanın neticesiz kalması halinde ispat yükünün kime düştüğü sorusu pratik bir önem kazanacaktır. Öte yandan, hangi türden davranışların bir akıl hastalığına temel teşkil edeceği meselesinin üzerinde titizlikle durulmalıdır. İnsanoğlunun genel eğiliminin bu listeyi uzatma yönünde olduğu bilinen bir gerçektir. Sokakta gördüğümüz ve saf ve aynı zamanda çocuksu örneğin çizgiye basmama oyununu oynamayı alışkanlık haline getiren bir öğretim üyesi ile gece yanında yatan ve yıllarca aynı yastığı paylaştığı eşini ölümcül ve zehirli bir karga olduğu hissiyatıyla öldüren kişi arasında bunların ikisinin de akıl hastası olarak isimlendirilmesi hususunda hiçbir sakınca görmeyen eğilim esasında insanlığın geldiği noktanın içler acısı olduğunun da bir kanıtıdır. Bizim yukarıda benimsediğimiz yöntem, türlü ekonomik kaygılarla normalden farklılaşma yolundaki bütün sapmaları akıl hastalığı sayan tıp bilimi verilerinin hukuk sistemini katletmesine de engel olucu niteliktedir. **Önen, Öztrak ve Tuor**, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı kavramlarını sanki sınırları emredici tarzda çizilmiş bir kavrammış gibi anladıkları ve bizim yukarıda yer verdiğimiz kaygıyı taşımadıkları için de eleştirilmeyi haketmektedir. Bir normal belirleme ve ondan sapmaları cezalandırma eğilimi çok eski olmakla birlikte tarihe bakılacak olursa o gün için delilik denen olguya müptela olanların günümüze nazaran daha bir hoşgörü ile karşılandıkları söylenebilecektir. Bugün için ne “sizin akıllınıza yeğdir bizim delimiz” diyen bir Muhyiddin-i Arabi'nin ne de “deli mantığı dışında herşeyini yitirmiş insandır” diyen Foucault'un pek de önemsenmediği bu satırların yazarının bu kısım düşüncelerini dipnot sonuna ertelemesinden de anlaşılmaktadır.

Şukadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat eder ise mesul olmaz.”. Meselenin BK’nun haksız fiillere ilişkin hükümleri arasında düzenlenmesi sebebiyle açtığımız tartışmanın yersiz olduğu iddia edilebilecektir. Zira, doktrinde çoğunluk, BK’nun 54. maddesinin 2. fıkrası hükmünü haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde değerlendirme ve oraya hapsetme eğilimindedir²⁸⁷. Susmamak icap eden bir halde susmak kabul anlamına gelir düşüncesi ile hukuki işlem sorumluluğu bakımından mevcut suskunluğu biz yazarların menfi yönde düşündükleri şeklinde değerlendiriyoruz. Gerek kanunda gerekse doktrinde aile hukukuna özgü sözleşmeler yönünden bu suskunluktan eser yoktur²⁸⁸. Oysa diğer sözleşmeler bakımından düşüncelerinin şu yönde olduğuna biz ancak dolaylı yoldan varabiliyoruz: Ayırt etme gücü yoksunluğu geçici nitelikte olsa da böylesi bir anda yapılan işlemde herhangi bir hak ve borç doğmayacak, işlem bağlayıcı ve sorumluluk doğurucu olmayacaktır. Bu halde, olsa olsa sosyal temasın başladığı anda işlemi yapanın bilinçli olması ve sonrasında işlemi akdettiği anda ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesi hali ile sınırlı olmak üzere culpa in contrahendo’dan bahis açmak mümkündür. Öyle ki, yine BK 41/II anlamında bir haksız fiil sorumluluğunun gündeme geleceği de pekala söylenebilir. Culpa in contrahendo’ya dayalı sorumluluk ne denli sözleşmesel sorumluluğa yaklaştırılırsa yaklaştırılsın bu çözüm tarzı ayırt etme gücünü geçici şekilde kaybeden kişinin tarafı olduğu hukuki işlem temelinde bir sorumluluğunu gündeme getirmeye yetmeyecektir. Doktrinin geneline hakim olan bu düşünce tarzından ayrılmaktayız²⁸⁹. Biz, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin BK m. 54/II’ye kıyasen bu halde iken

²⁸⁷ Örnek olmak üzere bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s. 65-66; **Dural/Öğüz**, s. 72. Bizimle benzer yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 356.

²⁸⁸ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 17 ve 84; **Tekinay**, Aile, s. 133; **Oğuzman/Dural**, s. 27; **Serozan/Hatemi**, s. 41 ve 147; **Akıntürk**, s. 34.

²⁸⁹ Kanun koyucu TMK m. 148’de geçici ayırt etme gücü yoksunluğunu bir nisbi butlan sebebi olarak saymıştır. Keza, aynı halin, nişanlanan kişi için haklı bir sebep teşkil ettiği de doktrinde söylenegelmektedir. Sözün özü: Çapkın Bay A kendi isteği ve kimsenin zorlaması olmaksızın oturduğu bir meyhanede bayan B’yi ikna etmek için herşeyi yapacak ve masanın hayli kalabalık olması ve bu arada mesela A’nın büyüklerinin de orada olması sebebi ile artık nişanladıkları bilinci ile hareket eden zavallı B kendisini A’nın kollarına atmak da hiçbir sakınca görmeyecek ve gelin görün ki sabah uyandıklarında A ‘sarhoştum’, ‘kendimi bilmiyordum ve ne yaptığımı hatırlamıyorum’ gibi sıradan cümlelerle bütün gece sadece meyve suyu içen B’yi ızdırapları ile başbaşa bırakacak ve hukuk düzeni buna sessiz kalacaktır. Biz, bu çözümü kabul edemiyoruz. Bu cümleden olmak üzere karşı. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 17 ve 84; **Tekinay**, Aile, s. 133; **Oğuzman/Dural**, s. 27; **Serozan/Hatemi**, s. 41 ve 147; **Akıntürk**, s. 34. Doktrinde, **Tekinay** veya **Hatemi** gibi mesele üzerinde ayrıca durmayıp geçici ayırt etme gücü yoksunluğu halinde de nişanlılık sözleşmesinin, tıpkı ayırt etme gücünün mutlak kaybında olduğu gibi kesin hükümsüzlüğe kapı açanlar yanında **Akıntürk** gibi buradaki hükümsüzlüğü hafifletme eğiliminde olanlar da vardır. Görece kabul edilebilir bu sonuncu düşünce tarzı ilgiliye haklı sebeple nişanı bozma hakkı vermekle deyim yerinde ise diğer görüşten de geri bir pozisyon almaktadır.

tarafı olduğu hukuki işlemin sonuçlarından da sorumlu olduğuna, zira işlemin sanki geçerli bir şekilde kurulmuş gibi sonuç doğuracağına inanmaktayız²⁹⁰. Bu sonuç bağlayıcı nitelikteki sözleşme ilişkileri bakımından evleviyetle kabul edilebilir. Keza, vasiyet edenin geri almadan dolayı culpa in testando veya en azından BK m. 41/II çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiğinin yüksek sesle dile getirildiği çağdaş hukuk sistemleri bakımından da aynı şekilde düşünmek gerekir: Vasiyet edenin geçici ayırt etme gücü kaybına uğradığı bir sırada düzenlediği vasiyetname geçerlidir, meğer ki rızası dışında ayırt etme gücünü yitirmiş bulunsun. Kendisinin bu halde iken düzenlediği geri alma vasiyetnamesi de geçerlidir. Her ikisinin de ehliyetsizlik sebebiyle iptali istenemez. Çoğunluğun düşüncesine göre ise bu halde geri alma vasiyetnamesi ehliyetsizlik sebebi ile iptal edilecek ve geri alma gerçekleşmediği için esasını ilerleyen bölümlerde tartışacağımız türden sorumluluk da gündeme gelmeyecektir²⁹¹.

Ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetinin ayırt etme gücü unsuruna yönelik bu yoğun tartışma ve görüş ayrılıkları, vasiyetname ve miras sözleşmesi düzenleyebilme yaşı hakkında yerini sessizliğe bırakmaktadır. İsviçre’de 18 olan vasiyetname düzenleme yaşı

²⁹⁰ Bu düşüncemizin kaynağı halihazırda asistanlığını yapmakta olduğumuz **Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı** ile yapmış olduğumuz sohbetlerde kendisinin bu yönde vermiş olduğu beyanlar ve yine katıldığımız derslerinde tutmuş olduğum ders notlarıdır. Bununla birlikte benzer yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 356.

²⁹¹ Bu tartışmalar için bkz. aşağıda s. 322 vd.. Bay A’nın geçerli bir şekilde tanzim ettiği vasiyetnamesinde yakın arkadaşı B’ye ciddi miktarda para bıraktığını ve bu hususu da B’ye yüksek sesle dillendirdiğini, ardından geçici olarak ayırt etme gücünü kaybettiği sırada düzenlediği ikinci bir geri alma vasiyetnamesinde eski tarihli vasiyetnamesini geri aldığı ve aynı zamanda ilk vasiyetnamesine konu ettiği parayı diğer yakın arkadaşı C’ye bıraktığını ve ertesinde de öldüğünü düşünelim. Genel eğilime göre bu vasiyetnamelerden ikincisi ehliyetsizlik sebebi ile iptal edilmeye mahkumdur ve esasında vasiyetnamelerden lehdarları lehine beklenen hak düzeyinde dahi bir hak doğmaz. Olsa olsa bir umuttan bahsedilir ki bu umudun boşa düşmesinin bir karşılığı yoktur. Sözün özü açtığımız tartışma daha başlangıçtan temelsizdir. Bu düşünceye nazaran bu vasiyetnamelerden ilki geçerli olacak ve para B’ye kalacaktır. C bu halde kendisine kazandırmada bulunulan vasiyetname ehliyetsizlik sebebiyle iptal edileceği için hiçbir şey alamayacaktır. A ilk vasiyetnamesini düzenlediği sırada da geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olsa miras kanuni mirasçılık hükümleri çerçevesinde paylaştırılacaktır. Bize göre A’nın geri alma vasiyetnamesi geçerlidir ve bu eğer şartları var ise en azından BK 41/II’ye göre A’nın B’ye karşı sorumluluğuna yol açar. A’nın geri aldığı ilk vasiyetnamesini düzenlediği anda geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun bulunması hali ulaşılabilecek sonucu değiştirmeyecektir. Bizim bu kaygımız kanun koyucunun geçici ayırt etme gücü kaybını mutlak butlan değil de nisbi butlan sebebi olarak telakki etmesinde de görülmektedir. BK 54/II’yi haksız fiil sorumluluğu ile sınırlayan çoğunluk görüşünün dayanak noktalarından bir tanesi de kanun koyucunun geçici ayırt etme gücünden yoksunluk olgusunu yeri geldiğinde evlenme sözleşmesinde olduğu gibi hukuki işlemler bakımından da anmış olmasıdır. Oysa yukarıda saydığımız sebepler yanında hakkaniyet düşüncesi bizi hukuki işlemler ve özelinde sözleşmeler için geçici ayırt etme gücü yoksunluğunun sonuçlarına ilişkin mevcut olan boşluğun BK m. 54/II hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması noktasına götürmektedir. Bu fikri çabamızda yanılmış olabiliriz ama en azından bu yönde bir tartışmanın başlatılmasına vesile olmamız bizim için yeterlidir.

ülkemizde 15'dir. 18 yaşından küçük kişinin düzenlediği ölüme bağlı tasarrufun O'nun sağlığında herhangi bir sonuç doğurmayacak ve 18 yaşını doldurduktan sonrası da dahil olmak üzere kendisi tarafından her zaman için serbestçe geri alınabilecek nitelikte olması sebebi ile yaşı 15'e indirilmesi ekseriya yadırganmaz²⁹². Bu noktada iki haklı uyarının yapılmasını zorunlu ve faydalı bulmaktayız:

Bir kere, 15 yılın geride bırakılması, doğrudan ve otomatik olarak vasiyetnameye konu edilen her tasarruf bakımından ayırt etme gücünün de var olduğu anlamına gelmez. Nisbilik prensibi burada de devrededir ve ilgilinin her bir tasarrufun sonuçlarını öngörebilme yeteneği olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır²⁹³.

Öte yandan, vasiyetnamenin geri alınmasından dolayı vasiyet edenin sorumlu olacağının yüksek sesle dile getirildiği günümüzde, 15 yaşın yerindeliği bir kez daha gözden geçirilmelidir.

Yaş unsurunun esasına yönelik bu uyarılar bir yana bırakılacak olursa TMK m. 502 ile İMK m. 467 arasındaki şekle ilişkin şu önemsiz benzerlik de eklenebilir: Vasiyetname düzenleyebilmek için 15 ya da 18 yaşın doldurulmuş olması gerekir. Bir kişinin 16. yaş gününü (İsviçre için 19.) kutladığı günün bitimi ile bu olgunluğa erişeceği açıktır. Kanun koyucu açıkça yaştan bahis açtığı için türlü erginlik sebepleri, 15 ya da 18 yaş doldurulmadıkça, yeterli kabul edilemez. Bu son tartışma, olağanüstü evlenme yaşının 14 olduğu dönemlerde pratik bir öneme de sahipti. Ancak, İsviçre'de kazai rüşte ilişkin hüküm kanundan çıkarılmıştır. Yine bu hukuk sisteminde bizdeki olağanüstü evlenme yaşına ilişkin düzenlemede mevcut değildir. Türk hukukunda da kazai rüşt için ilgilinin en

²⁹² Serozan/Engin (Serozan), s. 219; Dural/Öz, Miras, s. 56.

²⁹³ Bu düşünce tarzının bizi götürdüğü sonuçlardan birisi de ehliyetsizlik sebebi ile kısmi iptalin mümkün olup olmadığıdır. Konunun tartışıldığı herhangi bir hukuk metni ile karşılaşmadığımızı öncelikle ifade etmek isteriz. Bu kaygımızın özünde yatan düşüncemiz şudur: Şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun içeriği her zaman için yeknesak bir bütünlük teşkil etmez. Başka deyişle içeriğe dahil olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların herbirisi farklı bilinç ve olgunlukta olmayı gerekli kılabilir. Hakim, ehliyetsizlik sebebiyle açılmış bir iptal davasında, öncelikli olarak içeriği bir bütün olarak değerlendirip, tasarrufta bulunanın farklı bilinç düzeyinde olmasını gerekli kılan bir farklılık olup olmadığına bakacaktır. Bu kabul doğrultusunda iki farklı çözüm şekli ortaya konabilir: Ya, bunlardan en çok bilinci gerektiren tasarruf yönünden bir değerlendirme yapacak ve tasarruf eden o bilinç düzeyine sahip bulunuyorsa tasarrufun bütünü için ayırt etme gücü var kabul edilecek ve aksi halde bütüncül bir iptalden bahis açılacaktır. Ya da, tıpkı hukuka aykırı şartın sadece bağlı olduğu ölüme bağlı tasarrufu peşinden sürükleyip de diğer tasarruflara dokunmadığında olduğu gibi, ölüme bağlı tasarrufu oluşturan münferit kazandırmaların her biri için ayrı ayrı değerlendirme yapılacak ve hüküm kısmi iptal yönünde tesis edilecektir.

azından aynı zamanda vasiyetname için de yeterli olan 15 yaşı doldurması beklenmektedir. Eskiden 14 olan olağanüstü evlenme yaşı ise 16'ya çıkarılmış bulunmaktadır. Tüm bu sebeplerle, bu vakitten sonra, olağanüstü evlenme yaşını doldurarak ergin olan bir kişinin, yaşı 15 olmasa bile, vasiyetname düzenleyip düzenleyemeyeceğini tartışmanın pratik bir değeri de kalmamıştır²⁹⁴.

Vasiyetname düzenleme yaşının Fransız hukuku ve onun etkisinde kalmış başkaca hukuk sistemleri bakımından 16 olarak kabul edildiğini ekleyerek vasiyetname ehliyetine yönelik açıklamalarımıza son vermek istiyoruz²⁹⁵.

Biz, esasında, TMK m. 542 çerçevesinde geri alma iradesinin ancak ve ancak vasiyetnamede yer alabileceğine inandığımız için miras sözleşmesi ehliyetine ve bu arada miras sözleşmesi düzenleyebilme yaşına ilişkin meseleleri de ileride yeri geldiğinde ele alacağız²⁹⁶.

Buraya kadar vasiyetname düzenleme ehliyetine yönelik yapageldiğimiz bu tartışmalar vasiyetnamenin geri alınması bakımından da hayati önem taşımaktadır. Zira, geri almaya yönelik iradenin sonuç doğurabilmesi hemen ileride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere geri alma iradesinin geçerli bir şekilde varlık kazanmasına bağlıdır. **Önen**'in ifadesi ile vasiyetnamenin geri alınması kanun koyucunun nazarında vasiyetname düzenlemek kadar hayati ve esaslı bir öneme sahiptir²⁹⁷.

TMK m. 542 anlamında geri almanın bir ölüme bağlı tasarruf olması onun şahsa sıkı surette bağlı olması sonucunu da doğurur. **Önen**'in ifadesi ile, geri alma açık da olsa örtülü de olsa, önceki ölüme bağlı tasarruflarının artık herhangi bir etkisi olmayacağını tasarruf edenin bizzat kendisi ifade etmelidir²⁹⁸. Bir başkasının onun yerine geçerek hareket etmesi mümkün değildir. Onun bu özelliği, ölüme bağlı tasarruflara hakim olan

²⁹⁴ Vakti zamanında bir kısım yazarlar bu konumdaki bir kişinin vasiyetname düzenleyebileceğini kabul ederken diğer bir kısım yazarlar kanunda açıkça belirli bir yaş zikredildiği için bunun imkan dahilinde olmadığını söylemekteydi. Bu yöndeki tartışmalar için ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 35 vd.; **Önen**, s. 21.

²⁹⁵ FMK m. 903; BMK m. 903. Fransız hukukunda küçüklerin ve kısıtlıların vasiyetname düzenleme ehliyeti hakkında ayrıca bkz. **Terré/Lequette**, s. 258 vd. AMK'nun 2229. maddesinde ise, TMK ve İMK ile örtüşür tarzda, ilgilinin 15 yılını geride bırakması gerektiği dile getirilmiştir.

²⁹⁶ Bkz. aşağıda s. 146 vd..

²⁹⁷ **Önen**, s. 21.

²⁹⁸ **Önen**, s. 16. Yazara göre geri alma tasarruf edenin şahsi bir eseridir. Ölüme bağlı tasarrufun bağlayıcı bir yanının olmaması onun bizzat vasiyet eden tarafından geri alınması gerektiğini de gözler önüne serer.

temsil yasağının özünde yatan sebeptir²⁹⁹. **Öztrak** da, ölüme bağlı tasarrufların manevi yönünün daha ön planda olması gerekçesinden yola çıkarak benzer düşüncelerini dile getirmiş bulunmaktadır³⁰⁰. **Serozan** da ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğunu ifade ettikten hemen sonra ne iradi ne de kanuni temsile izin verildiğini eklemektedir³⁰¹. **Eren** de, her ne kadar kanunda açık bir temsil yasağından bahsedilmiş olmasa da, ölüme bağlı tasarruf ehliyetine ve ölüme bağlı tasarrufların şekillerine ilişkin hükümler ile İMK'nun esbabı mucibe lahiyalarından bu sonucun çıkartılabileceğini söylemektedir³⁰². **Steinauer**'e göre de temsil yasağı sebebi ile tasarrufta bulunacak olan bizzat mirasbırakanın kendisidir³⁰³. **Guinand/Stettler** de ölüme bağlı tasarrufların sıkı biçimde kişiye bağlı olduğunu, bu sebeple üçüncü kişilerin müdahalesinin imkan dahilinde olmadığını bildirmektedir³⁰⁴. Benzer düşüncelerin doktrinin geneli tarafından paylaşıldığını ifade etmek de hatalı olmayacaktır³⁰⁵. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkının şahsa sıkı surette bağlı olduğu yolundaki bu ilkenin, İsviçre ve Türk hukuklarının aksine AMK'nun 2065. maddesinde açık şekilde düzenlendiğini de burada anmak isteriz. **Önen** de, tıpkı **Eren** gibi, İMK'nun geri almaya yönelik 509, 510 ve 511. maddeleri ile bu maddelerde atıf yapılan vasiyetname şekillerini düzenleyen hükümlerinin geri almanın şahsiliği prensibini ortaya koyduğunu dile getirmektedir³⁰⁶. Yazara göre temsil yasağı ayırt etme gücüne sahip olmayanlar kadar küçük ve kısıtlılar için dahi geçerlidir³⁰⁷. Şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesini zedeleyecek her türden iradi düzenleme kesin hükümsüzdür.

²⁹⁹ Her iki ilkenin de mirasbırakanın irade özerkliğini koruduğu hakkında ayrıca bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 204.

³⁰⁰ **Öztrak**, Rücu, s. 20. Benzer yönde bkz. N. **Ayiter**, s. 39. Aynı ilkenin miras sözleşmeleri bakımından zikri için bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 65. Ölüme bağlı tasarrufların Roma hukukunda ve İslam hukukunda da şahsa sıkı surette bağlı bir hak olarak varolduğu hakkında ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 21.

³⁰¹ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 200 vd. Yazar, haklı olarak, beyanda temsilin dahi mümkün olmadığını eklemektedir. Aynı yönde bkz. **Eren**, İptal, s. 16.

³⁰² **Eren**, İptal, s. 15. Aynı yönde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 21.

³⁰³ **Steinauer**, s. 168 ve 184.

³⁰⁴ **Guinand/Stettler**, s. 69.

³⁰⁵ Örnek olmak üzere karşı. **Öztrak**, Rücu, s. 21 ve özellikle oradaki dn. 17'ye ait metin; **Tuor**, s. 313; **Dural/Öğüz**, s. 74; **Serozan**, Medeni, s. 174; **Dural/Sarı**, s. 144. Şahsen kullanılması zorunlu haklarla ilgili genel olarak ayrıca bkz. **Ayan**, Medeni, s. 82-83.

³⁰⁶ **Önen**, s. 17.

³⁰⁷ **Önen**, s. 17. Yazar, ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkını Federal Mahkemenin de bu nitelikte gördüğünü eklemektedir.

Bu genel ilkenin TMK m. 542 hükmü kapsamında değerlendirilmesi bizi şu sonuca götürecektir³⁰⁸: Nihayetinde, geri alma da bir ölüme bağlı tasarruf olduğu için vasiyet edenin iradesi münhasıran belirleyici olacak ve O bu yöndeki iradesini dış dünyaya bizzat yansıtacak ve örneğin bir haberci dahi kullanamayacaktır. Bu ilke üçüncü bir kişinin vasiyet eden yerine geçerek geri alma iradesinde bulunamayacağı anlamına gelir. Zira, ölümünden sonra terekesinin yazgısını belirleme noktasında en yerinde değerlendirmeyi yapacak olan bizzat vasiyet edendir.

Kanaatimizce, ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğu yolundaki işbu ilkenin sanki ilahi bir kuralmış gibi kutsanması en nihayetinde kendi varlık sebebi ile açıkça çelişecektir. Biz, söz konusu ilkeyi ve temsil yasağını işlevsel amaçları ile sınırlamak gerektiğine inanmaktayız. Gerek şahsa sıkı sıkıya bağlılık gerekse temsil yasağı kuralları, ölüme bağlı tasarruflara hakim olan ve olması gereken vasiyet edenin iradesinin kutsallığı ilkesi önünde yeri geldiğinde geri çekilmesini bilmelidir de. Söz konusu ilkelerin varlık sebebi, nihayetinde, vasiyet edenin iradesinin, içinde bulunduğu ruh hali ve düşünce silsilesi ile en uygun şekilde dış dünyaya yansımaları temin etmektir. Alman ve Avusturya hukuklarında, gerek şahsın gerekse şeyin belirlenmesinin üçüncü kişilere bırakılamayacağı yolundaki ilkenin mirasçı atanması ile sınırlanması ve belirli mal bırakma için göreceli bir özgürlük tanınması boşuna değildir³⁰⁹. Bizim bu kaygımızın en azından yüklemeli kazandırmalar bakımından Türk hukukunda da pozitif bir karşılığı da bulunmaktadır³¹⁰. Yasağı ve ilkeyi kutsallaştıran yazarların şu örnekte hakkaniyet duygularını tatmin edici bir cevap bulmakta zorlanacakları açıktır: A, usulüne uygun tarzda kaleme aldığı vasiyetnamesinde yakın dostları sandığı B ve C'ye birer daire bırakır. B ve C kendisine karşı karşı ölüm anına kadar da gerçekten en azından görünüşte dostça davranmışlardır ama söz konusu vasiyetnameyi düzenler düzenlemez geçirdiği elim bir hastalık sonucu ayırt etme gücünü kaybeden A'ya gerçek ve samimi yakınlık gösteren tek kişi D olmuştur. Deyim yerinde ise A'yı ölümüne kadar bu hali ile sırtında taşımıştır. B ve C ise A öldükten sonra eşi E ile günlerini gün etmekten geri kalmamıştır. Mezkur tasarrufu irade fesadı sebebi ile ya da saik hatası sebebi ile iptal ettirmek mümkün olmayacaktır. Herşeyden önce, irade fesadı sebeplerinin işlemin yapıldığı dönem ve

³⁰⁸ Bu kısım açıklamalarımızın yok etmek sureti ile ve sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma usullerindeki yansımaları hakkında ayrıca bkz. aşağıda s. 187 vd.; 244 vd..

³⁰⁹ AMK'nun 2154. ve Avusturya Medeni Kanununun 651. maddelerinde bu imkana açıkça yer verilmiştir.

³¹⁰ Eren, İptal, s. 18.

çevresinde var olmasını arayan çoğunluk görüşü buna engeldir. Kaldı ki, o döneme ilişkin ve ölümüne kadar B ve C'nin ölümüne bağlı tasarrufun saikine aykırı bir kısım davranışları da mevcut değildir. Bununla birlikte, A'nın yasal temsilcisinin elinden vasiyetnameyi geri alma hakkı alındığında ki aslında böyle bir hakkı hiç olmamıştır, insanüstü çabası ile A'nın en zor anlarında yanında olan D'nin bu çabasının hiçbir karşılığı olmayacaktır. B ve C'nin, A ayırt etme gücünü kaybettikten sonra eşi E ile rahatsız edici şekilde yakınlaşmaları halinde dahi çoğunluğa nazaran ulaşılabilecek sonuç aynıdır. Yine bu örnekte, B ve C'nin mirasçılarının onların haberi olmaksızın A'yı tekrar bir vasiyetname düzenleyemeyecek bir hale soktuklarını düşünelim. Bu halde de, mirastan yoksunluğu düzenleyen TMK m. 578 hakkaniyet duygularımızı tatmin edecek bir çözüm sunmaktan uzaktır. Ayırt etme gücünü kaybetmiş kişi adına yasal temsilcisi hangi gerekçelerle³¹¹ boşanma davası açabilecekse A'nın adına yasal temsilcisi de bu örnekte geri alma vasiyetnamesi düzenleyebilmeli idi. Söylediklerimizin de lege lata kabul edilebilmesinin zor olduğunun farkındayız. Biz, bir kanunun, önüne gelen bütün meselelerde her açıdan ve herkesi tatmin edici bir çözüm sunamayacağının da farkındayız. Ama yukarıdaki örnekte, yasal temsilcisinin A adına örneğin D lehine bir ölümüne bağlı tasarruf düzenleyemeyeceği kabul edilebilirse de, en azından B ve C'yi iradi mirasçılıktan ve belirli mal vasiyeti alacaklısı sıfatından uzaklaştırma imkanından neden dolayı yoksun bırakıldığını anlayabilmiş değiliz. Biz, kanunda yer alan başka bir hükmün temsil yasağını ve bu arada şahsa sıkı sıkıya bağlılığı deyim yerinde ise seyrelten bu düşüncemizi sessizce desteklediğini düşünmekteyiz: TMK m. 544/II. Vasiyetnameye konu edilen tasarruflar bakımından yasal temsilcinin temsil yetkisinin sınırlandığı yolunda bir ilke kabul edilmez ise temsil yasağını kutsallaştıran çoğunluğun, A'nın yasal temsilcisinin vasiyetnameye konu daireleri sağlar arası hukuki işlemlere konu ederek B ve C'yi mirasın dışına itme imkanına da bir diyecekleri yoktur³¹².

³¹¹ Bu hakların hiçbir şekilde kullanılmaması ayırt etme gücünü kaybeden kişi aleyhine bir takım sonuçlar doğuracaksa yasal temsilci tarafından kullanılmasında sakınca görmemek icap eder.

³¹² Ayırt etme gücünü kaybeden kişinin hukuki işlem yapma ehliyeti de ortadan kalkar. Onun adına bütün işlemler yasal temsilcisi tarafından yapılacaktır. Yasal temsilcinin önünde TMK m. 449'da öngörülen sınırlama ile yeri geldiğinde velayet hukukundan ve vesayet makamlarının denetiminden doğanlar dışında bir engelin olmadığı da söylenmelidir. İşte, bu noktada, şu tartışma gündeme gelecektir: Acaba ayırt etme gücünü kaybedenin vakti zamanında yapmış olduğu ölümüne bağlı tasarrufa konu ettiği mal varlığı değerleri bakımından yasal temsilcinin bunları hukuki işlemlere konu etmesinin önünde ek bir kısım sınırlamalar mevcut mudur? Bu türden bir sınırlamanın olmadığına peşinen ve her halde kabul edilmesi ölümüne bağlı tasarruflara hakim olan şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesini kimi zaman ciddi biçimde yıpratacaktır. Bununla birlikte, örneğimizde olduğu gibi hakkaniyetin gerektirdiği hallerde anılan yönde ek bir sınırlama olmadığının kabul edilmesi menfaatler dengesine uygun olacaktır. Keza, aynı yaklaşımın TMK m. 449 için

Bizim, konumuza özgü olmak üzere ileri sürmüş olduğumuz bu uç düşünce düzeyinde olmasa da sıkı biçimde kişiye bağlılık kuralını yumuşatma yönünde en azından doktrinde bir kısım çabalar olması sevindiricidir³¹³. Belirli mal lehdarını vasiyeti yerine getirme görevlisinin belirleyebileceğini kabul eden Yargıtayımızın da bu açıdan İsviçre Federal Mahkemesinin bir adım önünde olduğunu eklemek isteriz³¹⁴. En azından belirli mal bırakma söz konusu olduğunda yetki devrinin belirli şartlar dahilinde makul görülebilmesi gerekir³¹⁵. Federal Mahkemenin son tarihli kararları da bu eksendedir³¹⁶.

Ezcümle, ölüme bağlı tasarruflar bakımından şahsa sıkı sıkıya bağlılık kuralı ve yine temsil yasağı da mutlak değildir. Bu ikisinin varlık sebebi, yasal mirasçılardan parasal çıkarlarını korumak değil de vasiyet edenin son arzularının mümkün mertebe Onun istekleri doğrultusunda tezahür etmesini temindir. Alman Medeni Kanunun aksine Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde açık bir yasa hükmünün bulunmaması tartışmaların odağında yer almaktadır. Türk öğretisinde **Kocayusufpaşaoğlu** tarafından savunulan bir görüşe göre³¹⁷, çoğunluk düşüncesinin aksine, üçüncü kişinin seçimi hangi şartlar çerçevesinde yapacağı objektif olarak belli edilmiş ve lehlerine kazandırmada bulunulacak şahısların

de benimsenmesi yerinde olur. Yine örneğimiz üzerinden gidecek olursak, A'nın yasal temsilcisinin B ve C'yi cezalandırabilmek maksadı ile kendilerine bırakılan daireleri neden dolayı bir hayır kurumuna bağışlayamadığı kolay kolay anlaşılamaz. Bu iki halde karşımıza çıkan sorunu daha genel olarak şöylece ortaya koymak mümkündür: Gerek tam ehliyetsizler gerekse sınırlı ehliyetsizler adına yasal temsilcileri tarafından hukuki işlem yapılması hakkının ölüme bağlı tasarruflardan doğan bir sınırı var mıdır? Düzenlediği bir vasiyetname ile yakın arkadaşına bir ev bırakan sınırlı ehliyetsiz A'nın yasal temsilcisi B; acaba A yeni bir vasiyetname düzenleyerek bu tasarrufu her zaman için geri alma imkanına sahip iken Onun adına bu malvarlığı değerini sağlar arası hukuki işleme konu edebilecek midir? Bu sonuncu hal ile vasiyet edenin sonradan ayırt etme gücünü kaybettiği hal arasındaki fark kendisini bunların ikincisinde vasiyet edenin geri alma ehliyetine sahip olmamasında gösterir. Ortalama bir çözüm olarak şöyle bir çözüm önerilebilir: Vasiyet edenin yeni bir ölüme bağlı tasarrufta bulunarak geri alma imkanının mevcut olduğu hallerde artık yasal temsilcinin Onun adına sağlar arası hukuki işlem yapma imkanı ortadan kalkmıştır. Diğer hallerde, kanuna karşı hile teşkil etmemek şartı ile ve somut durumun şartları da haklı kılıyorsa yasal temsilcinin bu hakkının baki kalacağı kabul edilir.

³¹³ Doktrinde **Serozan**'ın çabası takdire şayandır. Biz de, kendisi gibi, türlü sebeplerle şahsa sıkı sıkıya bağlılık kuralının yine türlü şekillerde yumuşatılması çabalarının bütünüyle arkasında olduğumuzu eklemek isteriz. Anılan ilkenin yürürlük sebebinin çoğunluğun algıladığı gibi yasal mirasçılardan parasal çıkarlarını korumak olmadığını da yukarıda ifade etmiş idik. **Serozan**, haklı olarak, mirasbırakanın, sağduyusuna ve sağlıklı kararına güvendiği bir kişiye yetki devrini içeren ölüme bağlı kazandırmada bulunabileceğini söylemekte ve eklemektedir: Yeter ki, bu yetki devrinde irade bozukluğu ve ahlaka aykırılık olmasın, makul sebeplere dayansın ve keyfi olmasın. Bu cümleden olmak üzere ve temsil yasağının yumuşadığı diğer hallere örnek olmak üzere bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 204 vd.

³¹⁴ Hukuk Genel Kurulu'nun kararı için bkz. **Eren**, İptal, s. 17 ve oradaki dn. 16.

³¹⁵ Benzer yönde bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 205 ve orada zikredilen diğer yazarlar.

³¹⁶ ATF 100 II 98.

³¹⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 146 vd.

çevresinin yine yeteri ölçüde sınırlanmış olması şartı ile, mirasçı atanması ve belirli mal bırakmaya yönelik irade açıklama yetkisi üçüncü kişilere devredilebilecektir. **Kocayusufpaşaoğlu**'nun bu düşüncesi TMK m. 542 anlamında olmasa da TMK m. 544/I anlamında geri alma hallerinde dolaylı uygulama alanı bulur³¹⁸. TMK m. 542'ye gelince gerekçesi, iç tutarlılığı ve sonuca ulaşma mantığı açısından aynı öneme sahiptir. Biz, aynı mantık ve yukarıda ifade etmiş olduğumuz bir kısım başkaca gerekçelerle, TMK m. 542 anlamında geri alma vasiyetnamesinin; hakkaniyet gerektirdiği takdirde **Kocayusufpaşaoğlu**'nun aramakta olduğu iki şartın aynı anda gerçekleşmesini de aramaksızın vasiyet edenin yasal temsilcisi tarafından düzenlenebileceğine inanmaktayız. En azından, kanunda AMK'nun 2065. maddesine benzer bir hükme acilen yer verilmelidir. Bu takdirde, TMK m. 544/I anlamında geri almaya imkan tanıyan bir hukuk sisteminin TMK m. 542/I anlamında geri almaya haydi haydi imkan tanıyacağı rahatlıkla kabul edilebilecektir³¹⁹. Kaldı ki, vasiyet edenin vasiyetnamesinde yer verdiği şu türden bir kaydın yüklemeli bir kazandırma olarak değerlendirilmesinde ve ayakta tutulmasında hakkaniyet duygularımızı zedeleyecek bir sakınca yoktur: “Kendisine otomobilimi bıraktığım dostum A, eğer ayırt etme gücümü kaybedersem, diğer vasiyet lehdarlarının benim iyiniyetim ile uyuşmayan ... türden davranışları karşısında işbu vasiyetimi geri alma bakımından bütünüyle ve münhasıran yetkilidir.”. Tartışmakta olduğumuz konu ve ileri sürdüğümüz düşünce, vasiyet edenin halihazırda ayırt etme gücü var iken bir üçüncü kişinin Onun yerine geçerek irade açıklamasında bulunması değildir. Bu halde dahi temsil yasağının yumuşatılması gerektiği yolundaki görüşü benimseyen yazarların vasiyet edenin bir de ayırt etme gücünü yitirdiği hallerde benzer bir tavrı benimseyecekleri aşıkardır.

³¹⁸ Yazar, ölüme bağlı tasarruflarda bulunma hakkının kanuni ve iradi temsile izin vermeyen münhasıran şahsa bağlı bir hak olduğunu dile getirdikten sonra gerek ölüme bağlı tasarruflarda bulunma ve bulunmama, gerekse ölüme bağlı tasarruflarda bir kere bulunmaya karar verildikten sonra onun içeriğinin belirlenmesi noktasında mirasbırakanın bizzat kendisinin hareket etmesi gerektiğinin altını çizmektedir. **Kocayusufpaşaoğlu**'na göre tartışmalı olan mesele bir kere ölüme bağlı tasarruflarda bulunulduktan sonra içeriği ile ilgili olmak üzere bir kısım yetkilerin üçüncü kişilere devredilip devredilemeyeceğidir. Biz, geri alma vasiyetnamesi gündeme geldiğinde, bir sonraki dipnotta açıkladığımız gerekçelerle, içeriğe yönelik bu düşünce tarzının geri alma vasiyetnamesinin düzenlenmesine karar verilmesi aşamasında da kabul edilebileceğine inanmaktayız.

³¹⁹ Zira, doktrinde temsil yasağının ve şahsa sıkı sıkıya bağlılığın nihai amacının yasal mirasçıların parasal çıkarlarını korumak olduğu sıklıkla ifade edilmektedir. Bu amaca ortada hiçbir ölüme bağlı tasarruf yok iken temsilcinin vasiyet eden adına ölüme bağlı tasarruflarda bulunamaması sayesinde ulaşmak mümkün iken geri alma vasiyetnamesi söz konusu olduğunda durum bütünüyle değişmektedir. Zira, geri alma vasiyetnamesi düzenleme hakkının temsilciye tanınması esasında yasal mirasçılık kurallarına dönmek anlamına gelecektir. Fransız hukukunda benzer kaygılarla ölüme bağlı tasarruflara hakim olan temsil yasağı ilkesinin yumuşatıldığı hakkında ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 148.

Yukarıda verdiğimiz örnekte, özellikle ... ile boş bıraktığımız kısmın sınırlarının vasiyet eden tarafından ciddi biçimde belirlendiği hallerde bu düşüncemiz daha kolay kabul edilebilecektir. Kaldı ki, bu halde zaten aynı amaca yönelen ve temsil yasağını dolaylı şekilde yumuşatan yüklemeli kazandırmalara ilişkin yasal düzenlemelerin de en azından kıyasen devreye girmesine izin verilmesi yadırganmamalıdır.

Bizim bu bahisle ilgili düşüncelerimizin temelinde meseleyi başka sorunlar üzerinden tartışan **Arpacı**'nın akıl yürütme mantığı etkili olmuştur. Yazar, kanunda yasaklayıcı nitelikteki açık bir hükmün olmaması halinde ayırt etme gücü olmayanın şahsa sıkı surette bağlı hakkı temsilci aracılığı ile kullanmaktan men edilemeyeceğini isabetli olarak dile getirmektedir. Biz, **Arpacı**'nın hakkaniyet duygusu ile kaleme alınan bu düşüncelerinin TMK m. 542 anlamında geri alma vasiyetnamesi düzenlenmesi bakımından da cari olduğuna inanmaktayız³²⁰.

4. TMK m. 542/I Hükmüne Yönelik Açıklamalar

4.1. Şekle Bağlılık

TMK m. 542/I kapsamında geri almanın hukuki niteliği ve buna bağlı sonuçlar incelendikten sonra sıra geri alma usulünün özüne yönelik bir kısım temel ilke ve kurallar ile yargı içtihatlarının ortaya konmasına gelmiştir.

Hemen yukarıda geri almanın TMK m. 542/I çerçevesinde bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu tespit etmiş ve bunun neticesinde aranacak ehliyetinde ne olduğunu açıklamıştık. Keza, ölüme bağlı tasarrufların geneline hakim olan şahsa sıkı sıkıya bağlılık kuralının TMK m. 542 karşısında değişen anlamını da gözler önüne sermiştik.

Esasında geri almanın hukuki niteliğinin bir uzantısı olan şekle bağlılık meselesi için ayrı bir bahis açmayıp, burada, kurumun işleyişine yönelik açıklamalarımızla birlikte ele almayı uygun gördük. Zira, geri almanın bir ölüme bağlı tasarruf olması sebebiyle ancak kanunun öngördüğü şekillere riayet edilerek sonuç doğuracağı yolundaki işbu

³²⁰ **Arpacı**, Kişiler, s. 51 vd. Yazarın ölüme bağlı tasarruflar bakımından menfi yönde çözüme ulaştığı söylenebilse de bu halin sadece ilk kez yapılan ölüme bağlı tasarruflarla sınırlı olduğuna inanmaktayız. Yazarın bu bahiste ileri sürdüğü düşünceler, temsil yasağı ile ilgili olmak üzere kanunda açık bir yasaklayıcı hüküm yoksa hakkaniyete ulaşabilmek için bütün sınırların zorlanması gerektiğini apaçık bir şekilde gözler önüne sermektedir.

ilkenin konumuz bakımından temellendirilmesi ancak TMK m. 542/I'nin uygulanmasının ne tarzda cerayan ettiğinin ortaya konması ile açıklanabilecekti.

Vasiyet edenin irade serbestisi içinde telakki edilen vasiyetnamesini geri alma hakkı, TMK m. 542/I anlamında, işbu geri alma iradesinin yeni bir ölüme bağlı tasarruf şekli içinde varlık kazanması ile sonuç doğuracaktır. Başka deyişle, vasiyet eden nasıl ki bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmak için ancak ve ancak kanunda öngörülen şekillerden birine uymak yükümlülüğündeysen onu geri alırken de yine aynı şekillere başvurmak zorundadır. Bu zorunluluk TMK m. 542/I anlamında geri almanın da bir ölüme bağlı tasarruf olması ile açıklanılabilir³²¹. Ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil kuralları ispat değil de sağlık-sıhhat şartıdır. Başka deyişle, şekil kurallarına uyulmadan düzenlenen bir ölüme bağlı tasarruf geçersizdir. Ancak, favor testamenti düşüncesi ile bu geçersizliğin türü, Fransız hukukunda olduğu gibi kesin hükümsüzlük değil de, iptal edilebilirliktir³²².

4.2. Geri Almanın Şartlarına Genel Bakış

Bu bilgiler ışığında TMK m. 542/I'e göre geri almanın var olabilmesinin şartları şöylece sıralanabilir:

a. Geri almaya yönelik açık bir irade olmalıdır.

b. Geri alma iradesi gerek ehliyet gerekse şekil bakımından kanunun öngördüğü tarzda dış dünyaya yansımış olmalıdır³²³.

³²¹ Ölüme bağlı tasarruflara hakim olan şekle bağlılık ilkesinin bize Roma hukukundan miras kaldığını söylemek hatalı olmayacaktır. En azından teorik olarak şekil serbestisinin hakim olduğu sağılar arası hukuki işlemler ile ölüme bağlı tasarruflar arasındaki önemli farklardan birinin de bu ilkedan doğduğunu eklemek gerekir.

³²² Şekil kurallarının iptal edilebilirlik yaptırımı ile desteklenmesi aldatıcı olmamalıdır. Zira, anılan kurallardan ciddi biçimde uzaklaşmak, ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetinin varlığına yönelik bir tartışmanın kapısını kolayca açabilir. Bu son halde yaptırımın kesin hükümsüzlükten de öte yokluk olacağı açıktır: El yazısı ile vasiyetnamenin neye yazılması ve ne ile yazılması gerektiği hususunda herhangi bir sınırlayıcı kural olmamasına rağmen eli ile yazı yazma olanağına sahip bir kişinin durduk yere zevk olsun diye vasiyetnamesini ayağı ile kaleme alması ya da önündeki kağıda el ile yazması imkan dahilinde iken parmağını kanatıp kanı ile duvara yazması örneklerinde olduğu gibi. Ölüme bağlı tasarruflara hakim olan şekle bağlılık kuralı ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz. yukarıda s. 5 vd.. Benzer yöndeki açıklamalar için bkz. **Öztrak**, Rücü, s. 22 vd.; **Önen**, s. 27 vd.

³²³ **Öztrak**, Rücü, s. 31-32. Müellif, bu listeye geri alma iradesinin bizzat tasarruf edenden sadır olmasını da eklemektedir. Bizim bu hususu açıkça dile getirmememizin sebebi doktrinin genelinden bir önceki bahiste dile getirdiğimiz düşüncelerle ayrılmış olmamızdır. Bununla birlikte doğal olan zaten geri alma iradesinin

Bu şartlar TMK m. 542/I’de şu şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır:

“Mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir.”

Biz, yukarıda, kanunun sistematığına ve kullanılan terimlere yönelik eleştirilerimizi uzun uzadıya açıklamış idik. Burada sadece o kısımdaki eleştirilerimize atıf yapmakla yetiniyoruz³²⁴.

Önen geri alma yolundaki eğilimin kanunun aradığı şekilde tezahür etmesi gerektiğini söyleyerek aynı noktaya vurgu yapmaktadır³²⁵: Geri alma iradesi kadar onun dış dünyaya yansıdığı kalıp da önemlidir³²⁶.

4.3. Geri Alma Usulünün Özü

Bu bahiste temel olarak birbiri ile bağlantılı iki sorunun cevabı aranmaktadır: Neredeki ölüme bağlı tasarruflar geri alınır? Geri almaya yönelik bu irade nerede yer almalıdır?

İlk soruya verilen cevaplar hemen hemen birbirinin tekrarından ibarettir. Doktrinin neredeyse bir bütün olarak aynı şekilde dile getirdiği bu çözüm tarzını biz de benimsemekteyiz: Geri alınan ölüme bağlı tasarruf bir vasiyetnamede yer alabileceği gibi bir miras sözleşmesinde de yer alabilir. Bu son halde, onun, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olmadığını ayrıca açıklamaya gerek dahi yoktur³²⁷.

İkinci soruya verilen cevap için de ilki için söylediklerimiz iki yönden tekrar edilebilir. Doktrin, bu mesele bakımından da, hemen hemen oybirliği içinde hareket etmektedir. Yine ilkinde olduğu gibi geri alma iradesinin bir vasiyetnamede yer alabileceği gibi bir miras sözleşmesinde de karşımıza çıkabileceği hemen herkes tarafından kabul

bizzat vasiyet eden tarafından dile getirilmesidir. Bundan sonraki açıklamalarımız, ayrık durum tarafımızca belirtilmedikçe, geri alma iradesinin bizzat vasiyet eden tarafından dile getirildiği hallere yönelik olacaktır.

³²⁴ Bkz. yukarıda s. 35 vd..

³²⁵ **Önen**, s. 32. Kanunun öngördüğü tarzda gerçekleşmeyen irade açıklamaları geri alma sonucunu doğurmayacaklardır.

³²⁶ Benzer yönde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 34; **Escher**, s. 353; **Tuor**, s. 339; **Piotet**, Précis, s. 53; **Guinand/Stettler**, s. 68; **Lador/Minet/Hinderman**, s. 112; **Rodriguez**, s. 52; **Stettler**, s. 145; **Steinauer**, s. 356; **Oğuzman**, Miras, s. 176; **Scyboz/Scyboz/Gillheron/Braconi**, s. 294; **Dural/Öz**, Miras, s. 107; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 247; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd.; **Belgesay**, s. 84;

³²⁷ Bkz. yukarıda s. 78 vd..

görmektedir. Biz, işte bu sonuncusu bakımından çoğunluğun görüşünü paylaşamadığımızı gerekçeleri ile birlikte açıklamıştık: TMK m. 542/I anlamında geri alma iradesi ancak bir vasiyetnamede vücut bulabilir³²⁸. Bu düşüncemizde direnmekle birlikte açıklamalarımızın devamını doktrinin ve yargı uygulamasının genel eğilimine göre yapmak yaşanan tartışmaları gözler önüne sermek kaygısı karşısında zorunludur.

Üzerinde görüş birliğine varılmış bir başka nokta ise, kanunun lafzı ve ruhu karşısında, geri alınan vasiyetname ile geri alma vasiyetnamesinin şekil bakımından özdeş olması gibi bir zorunluluk bulunmadığıdır³²⁹.

Bu bilgiler ışığında şöylesi bir kavramsal dükümün yapılması kaçınılmazdır:

a. El yazısı ile vasiyetnamede yer alan bir tasarruf yine el yazısı ile vasiyetname ile geri alınabileceği gibi sözlü vasiyetname ya da resmi vasiyetname ile ve hatta çoğunluğun görüşüne nazaran bağlayıcı içeriğine dahil olmayacak tarzda bir miras sözleşmesi ile de geri alınabilir.

b. Resmi vasiyetnamede yer alan bir tasarruf, yine resmi vasiyetname ile geri alınabileceği gibi sözlü vasiyetname ya da el yazısı ile vasiyetname ile ve hatta çoğunluğun görüşüne nazaran bağlayıcı içeriğine dahil olmayacak tarzda bir miras sözleşmesi ile de geri alınabilir.

c. Bir miras sözleşmesinde onun bağlayıcı içeriğine dahil olmayan tarzda düzenlenen bir ölüme bağlı tasarruf, bir resmi vasiyetname ile geri alınabileceği gibi el yazısı ile vasiyetname ve sözlü vasiyetname ile ve hatta yine bağlayıcı içeriğine dahil olmayacak tarzda bir miras sözleşmesi ile de geri alınabilir.

d. Sözlü vasiyetnamede yer alan bir tasarruf için yukarıda yer verdiğimiz sistematığın aynen benimsenmesi kanaatimizce üzerinde bir parça düşünülmesi gereken bir

³²⁸ Çoğunluk görüşü için bkz. **Önen**, s. 29; **Öztrak**, Rücu, s. 32; **Escher**, s. 353; **Piotet**, Précis, s. 53; **Guinand/Stettler**, s. 68 ve özellikle oradaki dn. 185; **Lador/Minet/Hinderman**, s. 112; **Steinauer**, s. 356; **Oğuzman**, Miras, s. 176; **Scyboz/Scyboz/Gilheron/Braconi**, s. 295; Virgile **Rossel/F.-H. Mentha**, Manuel Du Droit Civil Suisse, C. 2, Des Successions-Des Droits Réels, Lausanne 1920, s. 95; **Dural/Öz**, Miras, s. 107; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd.

³²⁹ Benzer yönde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 34; **Escher**, s. 353; **Tuor**, s. 339; **Piotet**, Précis, s. 53; **Guinand/Stettler**, s. 68; **Lador/Minet/Hinderman**, s. 112; **Rodriguez**, s. 52; **Stettler**, s. 145; **Steinauer**, s. 356; **Oğuzman**, Miras, s. 176; **Scyboz/Scyboz/Gilheron/Braconi**, s. 294; **Dural/Öz**, Miras, s. 107; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 247; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd.; **Belgesay**, s. 84.

konudur. Bu zorunluluk sözlü vasiyetnamenin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira, geri alma kurumunun ve buna yönelik değerlendirmelerin, TMK'nun 541. maddesinde yer alan “Mirasbırakan için sonradan diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağı doğarsa, bu tarihin üzerinden bir ay geçince sözlü vasiyetname hükümden düşer.” şeklindeki düzenleme ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Sözlü vasiyetnamede yer alan bir tasarrufun yine bir sözlü vasiyetname ile geri alınması açısından a, b ve c bentlerinde yer verdiğimiz düşünceler aynen benimsenebilirse de sözlü vasiyetnamede yer alan bir tasarrufun resmi vasiyetname ile, el yazısı ile vasiyetname ile ve miras sözleşmesi ile geri alınması bakımından şu şartın aranması gereklidir: Sözlü vasiyetnamenin varoluş kaynağı olan olağanüstü hallerin sonradan ortadan kalktığı hallerde³³⁰, bu son üçü, ancak, olağanüstü şartların ortadan kalkmasından itibaren bir aylık süre zarfında anlam ifade edeceklerdir. Bu süre geçtikten sonra kendiliğinden varlığını yitirecek olan (yani keelenemyekün durumda bulunan) bir ölüme bağlı tasarrufun geri alınması hususunda vasiyet edene bir irade serbestisi tanımak da anlamsızdır.

Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar, aynı zamanda, vasiyet edene tasarrufunu geri alma yolunda tanınan serbestinin sınırlarıdır. Bundan dolayı, vasiyet edenden seçmiş olduğu geri alma usulünün gereklerini yerine getirmesi beklenir³³¹. Bununla birlikte, TMK m. 542/I çerçevesinde hangi yöntem benimsenirse benimsensin, ölüme bağlı tasarrufların yorumuna ilişkin ilkeler ve bu arada favor testamenti kuralı her an için devrededir. Böylelikle, vasiyet edenin resmi vasiyetname olarak adlandırdığı bir metin dahi eğer resmi vasiyetname için öngörülen şekil şartlarını yerine getirmiyorsa bu açık adlandırmaya rağmen el yazısı ile vasiyetnamenin şekil şartlarını taşıdığı ölçüde geri alma iradesinin geçerli bir şekilde sonuç doğuracağı noktasında şüphe etmemek gerekir. **Öztrak**'ın bu yöndeki düşünceleri, favor testamenti ilkesini ölüme bağlı tasarrufların içeriğine-muhtevasına hapsetmeyip şekil kurallarına yayması bakımından da anlamlıdır³³².

³³⁰ Vasiyet edeni sözlü vasiyetname yapmaya zorlayan maddi koşullar olduğu gibi devam ettiği sürece TMK m. 542/I anlamında geri almanın ancak yine bir sözlü vasiyetname düzenlemekle mümkün olacağı aşıkardır.

³³¹ Aksi halde, **Önen**'in ifadesi ile, geri alma vasiyetnamesinin lehine sonuç doğurduğu kişiler, örneğin vasiyet edenin geri alma vasiyetnamesine tarih koymayı yine sözün gelimi unuttuğunu söyleyerek kendi lehlerine bir durum yaratamayacaklardır: **Önen**, s. 34.

³³² **Öztrak**, Rücü, s. 34. Federal Mahkeme ile Yargıtayımız da yeri geldiğinde miras bırakanın gerisinde bıraktığı bir mektubun bile el yazısı vasiyetname olarak kabul edilebileceğini söylemektedir. Kanaatimizce de, mektubun içeriğinden mirasbırakanın terekesinin yazgısını çizme isteğinde olduğu anlaşılıyorsa bu hususta ikircikli davranmaya gerek yoktur. Ölüme bağlı tasarrufların yorumu hakkında ayrıca bkz. yukarıda

Bu noktada **Önen**³³³ tarafından açılmış başka bir tartışmaya kısaca değinmekte fayda görmekteyiz: Acaba bir mirasçı ya da üçüncü bir kişi vasiyet edenin geri alma hakkını kullanmasını engellerse nasıl bir çözüm benimsenecektir? Yazar, vasiyet edenin geri almaya yönelik tasarrufta bulunma imkanının zor kullanmak da dahil olmak üzere engellendiği hallerde şekle bağlılık ilkesinden feragat edilip edilemeyeceğini sorgulamakta ve meselenin en azından mirasçılar bakımından mirastan yoksunluğu düzenleyen İMK m. 540 ve 541 çerçevesinde ele alınması gerektiğinin altını çizmektedir. **Önen**'in ulaştığı sonucu şöylece özetlemek mümkündür: Vasiyet edenin geri alma hakkını kullanmasına engel teşkil eden davranış tarzı bir mirasçıdan sadır olmuşsa o kişi mirastan yoksun olacak ve fakat işbu yoksunluk, şahsi olması sebebi ile, onun yasal mirasçılarının³³⁴ mirasçılığına herhangi bir etki yapmayacaktır. Vasiyet edenin zor kullanılarak ya da hileli bir takım davranışlarla engellendiği hususu elbette mağdur olan diğer mirasçılar tarafından ispat edilecektir. Yazara göre, yoksunluğa ilişkin hükümler, ilgililere vasiyetnamenin iptal edilmesi yolunda bir dava hakkı vermemektedir. Çünkü, yoksunluk, yoksunluk sebebinin faili bakımından ölüme bağlı tasarrufun kendiliğinden hükümsüzlüğüne yol açan bir sebeptir. Böylelikle, ölüme bağlı tasarruftaki diğer kazandırma lehtarlarının bu sebepten olumsuz anlamda etkilenmeyecekleri de söylenmelidir. Ne var ki, onların, yani yasal mirasçılarının mirastan yoksun olan kişiye karşı İBK'nun 41 vd. hükümlerine nazaran bir tazminat davası açmalarının önünde de herhangi bir engel yoktur. Zira, vasiyet edene karşı şiddet kullanarak ya da hileli bir takım yollara başvurarak mirastan yoksun olan kişi, vasiyetnamenin serbestçe geri alınabilmesine karşı göstermek zorunda olduğu asgari saygıyı göstermemiştir. Vasiyetnamenin geri alınmasının yasal mirasçılık kurallarına dönme anlamına geldiği bütün örneklerde, işbu engelleme çabası, yasal mirasçılarının malvarlığında meydana gelecek olan muhtemel bir artışı engellediği ölçüde onlar açısından zarar verici bir davranış olarak telakki edilmelidir. Vasiyet edenin geri alma hakkını engelleyici nitelikteki davranış üçüncü bir kişiden sadır olduğunda da mağdurların o kişiye karşı İBK m. 41 vd. hükümlerine göre tazminat davası açmasının önünde herhangi bir

s. 13 vd.. **Önen** ise favor testamenti ilkesinin şekil kurallarının aşılması noktasında herhangi bir yardımı olamayacağı düşüncesindedir. Yazara göre Federal Mahkeme'de benzer şekilde düşünülmektedir: **Önen**, s. 32. Biz, bu vesile ile kendisinin düşüncelerine katılamadığımızı, keza, yazarın monografik çalışmasını kaleme aldığı 1941 senesinden sonra Federal Mahkemenin görüşlerinin de zaman içinde bizim düşüncemiz ile aynı yönde olmak üzere geliştiğini ama bugün için daha çok bir gelgitden bahsedilmesinin daha doğru olacağını eklemek isteriz.

³³³ **Önen**, s. 34.

³³⁴ İradi mirasçılar için aynı sonucun doğması ölüme bağlı tasarrufta bu yönde bir irade olmasına bağlıdır.

engel yoktur. Bu iki halde de davanın amacının yasal mirasçılarının uğradıkları zararı tazmin etmek olduğu açıktır³³⁵.

Öz, mirastan yoksunluğun, saklı paylı olsun ya da olmasın bütün yasal mirasçılar kadar atanmış mirasçılar ve vasiyet alacaklıları için de sonuç doğuracağını ifade ettikten sonra kasten ve hukuka aykırı şekilde mirasbırakanın sürekli tarzda ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetini kaybetmesine neden olmanın mirastan yoksun olma sonucu doğuracağını eklemektedir³³⁶. Zira; aldatma, zorlama ve korkutma yolu ile mirasbırakanın var olan bir ölüme bağlı tasarrufunu geri almasının engellenmesini de bir yoksunluk sebebi olarak ayrıca zikretmektedir³³⁷.

Meselenin çözümü bakımından TMK m. 578 hükmünün onunla yakından ilişkili TMK m. 504 ve m. 557 ile birlikte ele alınması zorunludur. **Önen**'in ileri sürmüştüğü çözüm şekline esasında bir itirazımız da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hemen yukarıda vasiyetname ehliyeti bakımından yapageldiğimiz tartışmaların bu mesele bakımından da yol gösterici olacağına inanmaktayız. Kanaatimizce, gerek mirastan yoksunluğa ilişkin hükümler gerekse bu halde BK m. 41 temelli bir tazminat isteminin kabulü tarafların menfaatler çatışmasını hakkaniyete uygun ölçüde dengeleyememektedir. **Önen**'in ve benzer yönde düşüneceğini tahmin ettiğimiz değerli çoğunluğun çözüm önerileri bizim TMK m. 542 çerçevesinde bir geri alma vasiyetnamesinin yeri geldiğinde ve özellikle vasiyet edenin ayırt etme gücünü kaybettiği hallerde onun adına yasal temsilcisi tarafından düzenlenmesi gerektiği yolundaki düşüncemizin haklılığını da gözler önüne sermektedir³³⁸. Bu kaygımız saklı kalmak kaydı ile, bir vasiyetnamenin daha vasiyet eden yaşarken irade fesadı sebebi ile her zaman için iptal edilebileceğini³³⁹ ama

³³⁵ Benzer bir çözüm tarzı Fransız hukukunda da kabul görmektedir. Orada da yazarların büyük kısmı vasiyet edenin tehdit, hile ve zorlama ile vasiyetnamesini geri almaktan mahrum edilmesi halinde FMK'nun 1382 vd. hükümlerine göre bir tazminat talebinden bahis açmaktadırlar. Bu halde vasiyetnamenin geri alınmasına engel olan olgunun her türden delille ispatını da imkan dahilinde görmektedirler. Fransız doktrininde bu olgunun her türden delille ispatı halinde vasiyetnamenin geri alındığının varsayılması gerektiği de sevindirici bir şekilde ifade edilmiştir. Bu son görüşteki yazarlara göre, vasiyetname düzenlenmesinin engellenmesi sadece tazminat borcu doğurur iken geri almanın hileli bir takım davranışlarla ve yeri geldiğinde fiziksel zorlama ile engellenmesi geri alma sonucunun doğumuna engel olamayacaktır. Bu yönde olmak üzere bkz. **Önen**, s. 35-36.

³³⁶ **Dural/Öz**, Miras, s. 357 vd.

³³⁷ **Dural/Öz**, Miras, s. 361-362.

³³⁸ Bu cümleden olmak üzere bkz. yukarıda s. 118 vd..

³³⁹ **Eren**, İptal, s. 88 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 224 ve 246. Bu arada basit bir saik hatasının dahi sağırlar arası işlemlerin aksine iptale elverişli sayılabileceği unutulmamalıdır.

vasiyetname gibi her zaman için ve hiçbir sebep göstermeksizin zaten geri alınabilen tasarruflar bakımından bu imkanının pratik bir değer taşımadığını söyleyerek tartışmaya katılmak isteriz³⁴⁰. TMK m. 557’de birer iptal sebebi olarak yer alan zorlama ve irade fesadı halleri ise mevcut bir ölüme bağlı tasarrufun iptal davası yolu ile hükümden düşürülmesi sürecini anlatır. Oysa burada aydınlatmaya çalıştığımız mesele vasiyet edenin geri alma yolunda bir ölüme bağlı tasarruf yapma imkanından benzer sebeplerle yoksun bırakılması halidir. Başka deyişle, örneğin vasiyet edenin iradesi sakatlanmak sureti ile bir geri alma vasiyetnamesi gündeme gelseydi işte o vakit TMK m. 557 çözüm için bize yardımcı olabilecek idi. Mirastan yoksunluk sebeplerinin uygulama alanı ne denli genişletirse genişletilsin ulaşılabilecek nokta kimi mağdur mirasçılara vasiyet eden yerine geçerek bir geri alma vasiyetnamesi düzenlemek imkanı tanımamakta ve sadece yoksunluk sebebini bünyesinde taşıyan mirasçısının mirastan uzaklaştırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu andan sonra, mirastan yoksun olanın hukuka aykırı nitelikteki bu engelleme çabasının yaptırımının, o kişi ister bir mirasçı isterse bir üçüncü kişi olsun, ona karşı açılacak BK m. 41 temelli bir tazminat istemi olacağını söylemek geri alma bakımından çokda yerinde olmadığına inandığımız şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesini kutsallaştıran yazarlar nezninde kaçınılmazdır. Mesele esasında ölüme bağlı tasarrufların yorumu noktasında alınacak tavır ile de doğrudan ilgilidir. Keza, biz de dahil olmak üzere, ölüme bağlı tasarrufların yorumu noktasında, vasiyetname içi olgular ile bağlı kalınmaksızın yeri geldiğinde sadece vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile mirasbırakanın son isteklerinin gerçek anlamını araştırma heveslisi olan yazarların bir yandan şahsa sıkı sıkıya bağlılık diğer yandan onun nihai sonucu olan temsil yasağını ellerinden geldiği ölçüde yıpratmaya çalıştıkları da bilinen bir gerçektir. Gerekteğinde sadece vasiyetname dışı olgulara başvurulmak suretiyle varlık kazanacak bu çaba, vasiyet edenin mevcut bir iradesinin anlamının tespit edilmesinde olduğu kadar türlü sebeplerle kanunun aradığı şekillerde dış dünyaya yansıyamamış tasarrufta bulunma iradesinin tanık beyanı da dahil olmak üzere her yoldan ispat edilebilmesine imkan tanımak istemektedir. Ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil kurallarının sıhhat şartı şekil olduğunu belirtmiş idik. Çoğunluğa nazaran bu tespit, bir yandan kanunda öngörülen şekil

³⁴⁰ İptal sebebinin öğrenilmesinden itibaren bir yıllık süre geçince TMK m. 504’e dayalı iptal hakkı düşse de vasiyet eden yaşadığı sürece geri alma hakkı baki kalacaktır. Mesele olsa olsa geri almadan dolayı vasiyet edenin sorumlu olup olmayacağı tartışmasında önem kazanacaktır. Bu cümleden olmak üzere ayrıca bkz. aşağıda s. 322 vd..

kurallarına uyulması zorunluluğunu anlatırken diğer yandan vasiyetnamenin vasiyet edenin kusuru olmaksızın kaybı hali gibi istisnalar hariç olmak üzere içeriğin tespiti ve ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulması noktasında tanık beyanına itibar edilemeyeceği anlamına gelir³⁴¹. Bu bahsi kapatmadan önce, bizim kadar ileri gidilmese de, HUMK’da irade fesadı hallerinde senetle ispat yükümlülüğünün ortadan kalkacağı yolundaki usul hukuku ilkesinin de düşüncemizi desteklediğini söylemek isteriz³⁴². Başka deyişle, şekle bağlılık ilkesinin uzantısı olan bu zorunluluğun bertaraf edilmesi vasiyet edenin geri alma iradesini engelleyen hukuka aykırı eylemin tanık beyanı da dahil her türden delille ispatına imkan verir. En azından bu ispatın bizi götüreceği nihai noktanın esasında vasiyetnamenin geri alınmış sayılması olacağı yolundaki Fransız hukukçularının görüşleri takdire şayandır³⁴³ ve ölüme bağlı tasarrufların yorumu hususunda ima kuramını deyim yerinde ise bütünüyle dışlayan yazarların görüşlerindeki haklılığı da gözler önüne sermektedir.

TMK m. 542 anlamında geri alma usulünün özüne yönelik satırbaşlarını açıklamaya devam edelim.

Vasiyet edenin, yukarıda yer verilen esaslar çerçevesinde, geri alma iradesini hangi sözcüklerle ifade ettiğinin bir önemi yoktur. O, bu amaca ulaşabilmek için, doğrudan doğruya içinde geri alma sözcüklerinin yer aldığı bir cümle seçebileceği gibi seçmiş olduğu sözcüklerden dolayı olarak önceki vasiyetnamesini geri alma arzusunda olduğunu anlamamız da kafidir. TMK m.542 anlamında geri almanın, doktrinin hemen hemen bütünü de, açık (sarih-expresse) nitelikli bir geri alma hali olarak kabul edilmesi yanıltıcı olmasın: Geri alma usulünün açık olmasının sebebi vasiyet edenin geri almaya yönelik bir beyanı olmasından kaynaklanır. Yok etmek sureti ile geri alma ya da sonraki tarihli çelişen vasiyetname ile geri almada olduğu gibi tasarrufların hangi maksad ile yapıldığının ayrıca araştırılması gerekli değildir. Bununla birlikte, geri almaya yönelik bu beyanın çoğu zaman yine maksadı açıkça anlatan sözcüklerle yapılacağı da aşıkardır. Ama aksinin karşımıza çıkması, yani sadece geri alma iradesinin dolayı yoldan anlatımı da pekala mümkündür. A’nın 17/12/1997 tarihinde bir vasiyetname düzenlediğini varsayalım. A’nın gerisinde bıraktığı 17/12/1998 tarihli ikinci vasiyetnamesinde “önceki vasiyetnamemi geri

³⁴¹ Bu yönde olmak üzere Yarg. HGK’nun E.2004/2-4, K. 2004/14 sayılı ve 21.01.2004 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi, 19.11.2010).

³⁴² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 421.

³⁴³ Önen, s. 36.

alıyorum.” yazması ile “mirasım artık yasal mirasçılık hükümlerine göre pay edilsin.” yazması arasında doğuracakları sonuç bakımından bir fark yoktur ama bu örneklerin ilkinde geri alma iradesi sarıh-açık bir şekilde ifade edilirken ikincisinde aynı sonuca dolaylı yoldan ulaşılabilmektedir. Bu açıdan önemli olan kullanılan ifadeden geri alma iradesinin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilebilmesidir³⁴⁴. Yine vasiyet edenin seçmiş olduğu sözcüklerin zorunlu olarak ve doğru şekilde “geri alma” kavramını içermesi de beklenmez. Kanun koyucunun dahi sıklıkla birbirinin yerine hatalı şekilde kullandığı dönme, fesih gibi kavramlara atıf yapılması yeterli olduğu gibi önceki vasiyetname/lerin hükümsüz ya da geçersiz olduğu yolundaki basit bir beyan da aynı anlama gelecektir³⁴⁵. **Önen**’in TMK m. 542 anlamında geri alma vasiyetnamesinin ayrıca bir tasarruf içermek zorunda olmadığı yolundaki düşüncesine ise kısmen katılamamaktayız³⁴⁶. Zira, daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere, TMK m. 542 çerçevesinde bir geri alma, vasiyet edenin sadece geri almaya yönelik örtülü ya da açık şekilde ifade ettiği iradesi ile sınırlı tutulmalıdır. Olayların çoğunda vasiyet edenin bu yöndeki açık geri alma iradesini başkaca tasarruflar da bulunmak suretiyle tamamladığı görülebilir. Ancak, biz, burada şöyle bir ayrım yaparak düşünmenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Bir kere, öncelikle, vasiyet edenin açık geri alma niteliğindeki beyanına eklediği tasarruflarını bu açık olan geri alma beyanından bağımsız bir bütün olarak düşünürüz ve acaba açık geri alma beyanı olmasa idi sırf bu kısmın TMK m. 544/I çerçevesinde bir geri alma sonucunu doğuracak nitelikte olup olmadığına bakarız. Eğer cevabımız menfî ise, yani bu kısım başlıbaşına geri alma sonucunu doğurmaya yeterli değilse metnin tamamı bakımından TMK m. 542’nin devrede olduğunu kabul ederiz. Yok o kısım da, başlıbaşına geri alma sonucunu doğuracak nitelikte kaleme alınmışsa³⁴⁷, geri almanın artık TMK m. 544/I bakımından da değerlendirilmesi kaçınılmaz olacaktır³⁴⁸.

Mirasbırakanın geri almaya yönelik bu iradesi daha önceki tek bir vasiyetnameye yönelik olabileceği gibi eğer öncesinde aynı anda uygulanma yeteneğine sahip birden çok

³⁴⁴ **Önen**, s. 34.

³⁴⁵ Karşımıza çıkacak zorluk BK m. 18 kaynaklı irade kuramına dayanarak yapılacak bir yorum yolu ile aşılabacaktır. Sözleşmeleri kuran irade açıklamalarının anlamlarını tespi etme aşamasında etkili güven nazariyesinin vasiyetnamelerde yerini irade kuramına terkettiğini de bu vesile ile belirtelim.

³⁴⁶ **Önen**, s. 34.

³⁴⁷ Ki bu noktada sorunun aşılması için yapılacak yorumda açık nitelikli geri alma beyanının da dikkate alınacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

³⁴⁸ Bu hususla ilgili olmak üzere ayrıca bkz. yukarıda s. 137 vd..

vasiyetname varsa bunların tamamına da bir kısmına da yönelik olabilir. Bu son halde, aynı anda uygulanabildikleri ölçüde tek bir vasiyetname ile bir çırpıda geri alınan vasiyetnamelerin nitelik olarak özdeş olmaları da zorunlu değildir³⁴⁹.

Hemen yukarıda geri alma iradesinin sonuç doğurabilmesinin geçerli bir şekilde dış dünyaya yansımaya bağlı olduğu birden çok kez vurgulanmıştı³⁵⁰. **Önen**'in de ifade ettiği üzere kanun koyucu geri alma vasiyetnamesi bakımından herhangi bir ayrıcalık tanımış değildir³⁵¹: Eğer geri alma vasiyetnamesi geçersiz ise geri alınmak istenen tasarruflar geçerliliklerini korurlar. Bizim düşüncemize nazaran, TMK m. 542 çerçevesinde geri alma, sadece önceki ölüme bağlı tasarrufların artık yürürlükte olmayacağı yolundaki beyan ile sınırlı olduğu için geri alma vasiyetnamesinin bütününe değil de sadece bazı hükümlerinin geçersiz olması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği ilerde incelenecektir³⁵². Başka deyişle, geçersizlik (iptal) sebepleri TMK m. 542 anlamında geri almanın bütünüyle geçersiz olması sonucunu doğuracaktır³⁵³. Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarrufların geçersizliklerine ilişkin genel eğilim dikkate alınarak bir çözüme ulaşılmalıdır. Bu hal, vasiyet edenin geri alma yanında başkaca tasarruflarda bulunduğu vasiyetnameler hakkında dahi aynıdır. Her halde, ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğine hakim olan temel yaptırımın iptal edilebilirlik olduğu söylenmelidir: Geri alma vasiyetnamesi hakim kararı ile iptal edilene kadar geçerli bir vasiyetnamenin doğurabileceği bütün hüküm ve sonuçları doğuracaktır. Böylelikle, iptal davası açma hususunda geç kalınması halinde, bünyesinde taşıdığı iptal sebebine rağmen sonuç doğuracak olan geri alma vasiyetnamesinin önceki vasiyetname/leri etkisiz kılacağı söylenmelidir. Geri alınmak istenen vasiyetnamenin kanunun aradığı bütün şartları taşıması dahi bu açıdan önemsizdir. Biz, başka bir örnek üzerinden hareket ederek meselenin ilgi çekiciliğini gözler önüne sermek isteriz: Vasiyet eden, örneğin düzenleme tarihini belirtmediği bir el yazısı ile vasiyetname düzenlemiş ve burada bir kısım

³⁴⁹ Vasiyet eden A'nın el yazısı ile vasiyetnamesinde yakın arkadaşı B'ye otomobilini bıraktığını; sonraki tarihli vasiyetnamesinde ise el yazısı ile vasiyetnamesine ek olarak evini de diğer arkadaşı D'ye bıraktığını düşünelim. Eğer A, üçüncü bir vasiyetname yapar ve onda "Bundan önceki bütün vasiyetnamelerimi geri aldım." türünden bir kayda yer verirse ilk iki vasiyetnamenin de geri alındığını anlarız. Dikkat çekmek istediğim nokta geri alınan vasiyetnamelerin aynı türden olmadığıdır.

³⁵⁰ Bkz. yukarıda s. 58. Aynı yönde **Önen**, s. 39.

³⁵¹ **Önen**, s. 40.

³⁵² Bkz. aşağıda s. 181 vd..

³⁵³ Vasiyet edenin geri alma iradesi ile başkaca tasarruflarda da bulunduğu bir geri alma vasiyetnamesi karşısında nasıl bir yol izlenmesi gerektiği ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz. **Önen**, s. 40 vd.

tasarruflarda bulunmuş; sonrasında yine düzenleme tarihi olmayan ikinci bir el yazısı vasiyetname düzenleyerek ilk vasiyetnamesini geri aldığını bildirerek bu dünyadan ayrılmış olsun. İşte bu örnekte, ilk vasiyetname iki halde hiçbir sonuç doğurmayacaktır: Ya bizzat kendisinin iptali amacıyla bir dava açılması hali ya da ikinci vasiyetnamenin iptaline ilişkin herhangi bir talep olmaması hali. Her iki halde de, bünyesinde geçersizlik sebebinin barındıran önceki tarihli vasiyetname hiçbir sonuç doğuramayacaktır³⁵⁴. Bundan dolayı doktrinde sıklıkla dile getirilen geri alma vasiyetnamesinin geçerli olması gerektiği yolundaki görüşün iptal rejiminin özellikleri nazara alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir³⁵⁵. Ölüme bağlı tasarrufların iptali dışındaki geçersizlik hallerinde ise her bir geçersizlik türünün sonucu gereği hareket edilmelidir.

TMK m. 542’de ifade edilen geri alma imkanını ana hatları ile incelemiş olduk. Bu vesile ile, kimilerince bu bahiste değerlendirilen, vasiyet edenin mevcut bir vasiyetnamesinin üzerinde yer alan tasarrufların üzerinin çizilmesi ile ilgili tartışmaları çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alacağımızı ifade etmek isteriz³⁵⁶.

Bizim daha önce yazılmış olan muhtelif monografik çalışmalardan sistematik olarak kısmen ayrılmış olmamızın sebebi kanun koyucunun meseleyi ele alış tarzıdır. TMK m. 542/I’in sevk amacı, geri almanın vasiyetname ile yapılabileceğini zikretmekten ziyade sadece geri alma iradesinden ibaret bir vasiyetnamenin mümkün olacağını göstermek olsa gerekir. Doktrinde, sonraki tarihli çelişkili vasiyetnameler düzenlemek suretiyle geri alma halinde de geri alma usulünün TMK 542/I’e paralel şekilde açıklanması da bundan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, bütün geri alma usulleri için sevk edilmiş olduğuna inandığımız geri almanın geri alınması ile kısmi ve şarta bağlı geri alma hallerini, daha iyi anlaşılır kaygısı ile, çalışmamızın son bahsinde ele alacağız.

TMK m. 542/I’de yer alan basit bir geri alma beyanının dahi geri almaya yeteceği yolundaki düzenlemelere Fransız hukukunda da yer verildiğini söyleyerek bu kısım açıklamalarımıza son vermek istiyoruz. Gerçekten de, başkaca hiçbir maddi anlamda

³⁵⁴ Vasiyet edenin ikinci tasarrufunda yasal mirasçılığa dönmekten ziyade başkaca bir kısım tasarruflarda bulunmuş olduğu ve mirasın buna göre paylaşıldığı varsayımında, geri alma vasiyetnamesi hakkında sonradan açılacak iptal davasının kabul edilmesi halinde tasfiyenin içinden çıkılmaz bir duruma sebep olacağı açıktır.

³⁵⁵ Benzer yönde bkz. **Guinand/Stettler**, s. 67 ve özellikle oradaki dn. 184.

³⁵⁶ Bkz. aşağıda s. 208 vd..

ölüme bağlı tasarruf içermeksizin safi geri alma beyanının hüküm ve sonuç doğuracağı Fransız hukukunda da kabul görmektedir³⁵⁷. Fransız hukukçuları, geri alma vasiyetnamesi ile geri alınan vasiyetnamenin aynı şekilde olması gerekmediğinin de altını çizmektedirler³⁵⁸. O hukuk sistemi bakımından da geri alma işlemi şekle tabi bir hukuki işlemidir³⁵⁹. Bununla birlikte, hile halinde geri almanın şekline ilişkin kurallardan feragat edilmesi gerektiği ve bu halde geri alma iradesinin tanık beyanı ile ispat edilebileceği söylenmektedir³⁶⁰. Vasiyetnamesini geri alma maksadı ile hareket eden kişi bu maksadı ifade etmek için kullanacağı sözcükler yönünden özgürdür³⁶¹. Fransız hukukunun esas orijinalliği, İsviçre-Türk hukuk sisteminde mevcut olmayan başkaca bir imkanın öngörülmesinde kendini göstermektedir. FMK'nun 1035. maddesinde, mezkur geri alma iradesinin bir vasiyetname yanında aynı amaçla noter önünde yapılacak bir beyanda da vücut bulabileceği söylenmektedir. Vasiyetnamesini geri alma maksadı ile hareket eden kişi bu maksadı ifade etmek için kullanacağı sözcükler yönünden özgürdür. Bu imkan Türk-İsviçre hukukuna yabancıdır. Vasiyetname düzenleyebilme yaşının bizim hukuk sistemimizden farklı şekilde onaltı olarak öngörüldüğü de unutulmamalıdır.

Gerek Türk-İsviçre gerek Fransız hukuku için ortak olan nokta ise, geri alma vasiyetnamesinin geri alınan vasiyetnameden sonraki bir zaman diliminde düzenlenmesi gerektiğidir. Mantık kurallarının doğrudan uygulanması neticesinde ulaştığımız bu sonuç, özellikle el yazısı ile vasiyetname bakımından can alıcı bir geçersizlik sebebi olan düzenleme tarihinin bütün geri alma işlemleri hakkında dahi önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Mesele özellikle geri alınan vasiyetname ile geri alma vasiyetnamesinin aynı tarihte düzenlenmiş olduğu hallerde önem arz etmektedir. Konunun etraflıca tartışılması bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Bununla birlikte, İMK m.520a ile kabul edilen düzen

³⁵⁷ **Terré/Lequette**, s. 388; **Grimaldi**, Patrimonial, s. 766; **Lucet**, s. 5-6 ve özellikle oradaki 17 numaralı paragraf; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 359 vd.; **Marcel Planiol/Georges Ripert**, *Traité Élémentaire De Droit Civil, Régimes Matrimoniaux-Successions-Libéralités*, C. 3, 2. Baskı, Paris 1946, s. 660 ve özellikle oradaki 2071. paragraf.

³⁵⁸ **Terré/Lequette**, s. 388 vd.; **Grimaldi**, Patrimonial, s. 766; **Lucet**, s. 4; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 359 vd.; **Marcel Planiol/Georges Ripert**, s. 660. Bir resmi vasiyetnamenin el yazısı ile vasiyetname ile geri alınabileceği böylelikle kabul edilebilecektir.

³⁵⁹ **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 359.

³⁶⁰ Bununla birlikte genel olarak geri alma vasiyetnamesinin şeklen geçerli olması sonuç doğurabilmesi için bir zorunluluktur. **Lucet**, s. 4, 5, 6 ve oradaki 18 numaralı paragraf. Yeri geldiğinde, vasiyet alacaklısından başka bir kişiye hitaben yazılmış bir mektup dahi کافی gelecektir, meğer ki içeriği itibari ile ölüme bağlı tasarruflara yönelik hiçbir irade taşımadığı anlaşılsın.

³⁶¹ **Lucet**, s. 5.

tarzının bir an evvel ülkemiz için de pozitif bir kural haline dönüşmesi ümidimizi saklı tuttuğumuzu ifade etmek isteriz³⁶². Bugün için, el yazısı ile vasiyetnameler bakımından düzenleme tarihi olmazsa olmaz bir geçerlilik şartı olarak yerini korumaktadır. Geri alma vasiyetnamesi ile geri alınan vasiyetnamenin aynı tarihte düzenlendiği varsayımında söz konusu metinlerin içeriğine bakılarak çoğu zaman bir çözüme ulaşmak mümkün olacaktır. Özellikle TMK m. 542 anlamında basit bir geri alma beyanının varlığı dahi iş bu geri alma vasiyetnamesinin sonraki tarihte yapıldığını ispata çoğu kez yetiyecektir³⁶³.

³⁶² Bu cümleden olmak üzere düzenleme tarihinin önemi ve yokluğunun sonuçları hakkında ayrıca bkz. **Bağcı**, s.91 vd.. Son dönemde sıklıkla dile getirilen, ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil kurallarının mümkün mertebe yumuşak yorumlanması yolundaki eğilim, İMK'nun 520a maddesi ile pozitif bir hukuk kuralının içinde varlık kazanmıştır. Gerçekten de, İsviçre kanun koyucusu bir yandan düzenleme yerini 505. madde metninden bütünüyle çıkarmış, diğer yandan 520a maddesini kanuna ekleyerek düzenleme tarihinin geçersizliğe sebep olabileceği ihtimalleri ciddi şekilde sınırlamıştır. Düzenleme tarihi İMK m. 505'deki yeri korumaya devam etmektedir ve fakat yokluğu ancak ve ancak vasiyet edenin ayırt etme gücünün tartışmalı olduğu haller ile vasiyet edenin gerisinde birden çok vasiyetname bıraktığı hallerde geçersizliğe sebep olabilecektir. Biz, ölüme bağlı tasarrufların geçersizlik sebeplerini deyim yerinde ise kurutmaya yönelik bütün düşünceleri desteklediğimizi bu vesile ile ifade etmek isteriz.

³⁶³ Tartışmakta olduğumuz uyumsuzluk bakımından da, gerektiğinde sırf vasiyetname dışı olgulara dayanılarak bir sonuca ulaşılması mümkün görülmelidir. Vasiyet edenin gerisinde üçü de tarih içermeyen üç ayrı vasiyetname bıraktığını ve bunlardan birinin de TMK m. 542 anlamında bir geri alma vasiyetnamesi olduğunu varsayalım. Elimizdeki tarihsiz geri alma vasiyetnamesinin tarihsel sıra bakımından diğer ikisinin ortasında yer alması mantık kuralları gereğidir. Yine, vasiyet edenin işbu geri alma vasiyetnamesinde yer vereceği bir kısım beyanlardan diğer iki vasiyetnameden hangisinin önce düzenlendiğinin tespit edilmesi mümkün olabilecektir. “Dostum A’ya otomobilimi bıraktığım vasiyetnamemi geri alıyorum.” tarzında bir geri alma vasiyetnamesi var ve tarihsiz diğer iki vasiyetnameden sadece birinde A’ya kazandırma var ise en azından artık o vasiyetnamenin geri alındığı sonucuna ulaşmak icapedir. Bununla birlikte, metne sadık kalarak yapılacak bir yorum bazı hallerde yardımımıza yetişmeyecektir. Zira, bir önceki örnekte terekenin yazgısının yasal mirasçılık hükümlerine göre mi yoksa diğer vasiyetname hükümlerine göre mi belirleneceği bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Kanaatimizce, bu ihtimalde, geri alma vasiyetnamesi dışındaki diğer iki vasiyetnamenin birbiri arasında TMK m. 544/II anlamında bir zımni geri alma ilişkisinin mevcut olup olmadığı öncelikli olarak aydınlatılmalıdır. Eğer, bu amaçla yapılacak bir yorum sonucunda, geri alma vasiyetnamesi ile hükümden düşürülen vasiyetnamenin diğerini geri aldığı sonucuna ulaşılmıyorsa, bu sonuncusunun geri alma vasiyetnamesinden de sonra düzenlendiği sonucuna ulaşılabilecektir ve terekenin yazgısı da buna göre çizilecektir. Vasiyet edenin geri alma vasiyetnamesi ile geri aldığı vasiyetnamenin tarihsiz olan üçüncü vasiyetnameyi geri aldığı sonucuna ulaşılacak olursa, son geri alma vasiyetnamesi ile o da geri alınmış olduğu için, meselenin çözümünü geri almanın geri alınmasına yönelik açıklamalarımızda aramak icapedir. Bu cümleden olmak üzere bkz. aşağıda s. 304 vd..

III. ÖNCEKİ VASIYETNAME İLE BAĞDAŞMAYAN SONRAKİ VASIYETNAME İLE

1. Genel Olarak

Çalışmamızın bundan önceki kısımlarında geri almaya yönelik genel bir hüküm bulunmamasının doğurduğu sakıncalardan bahsetmiş³⁶⁴ ve kanun koyucunun bu eksikliği TMK m. 542'ye deyim yerinde ise bir genel hüküm niteliği vermek suretiyle aşmaya çalıştığını da eklemiştik.

Kanaatimizce aralarındaki özel ilgi ve benzerlik nazara alınarak TMK m. 542/I ile m. 544/I'in ya aynı hükümde düzenlenmeleri ya da birbirinin peşi sıra ele alınmaları daha isabetli olacaktı³⁶⁵.

Bu bahiste inceleme konusu yapacağımız TMK m. 544/I şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Mirasbırakan, önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmaksızın yeni bir vasiyetname yaparsa, kuşkuyla yer bırakmayacak surette önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça, sonraki vasiyetname onun yerini alır.”

Yine gerekçesinden anladığımız kadarı ile TMK m. 544/I, TKM'nin 491. maddesini karşılamaktadır:

“Eski Kanunun 491 inci maddesini karşılamaktadır. Madde İsviçre Medeni Kanununun 511 inci maddesine uygun olarak iki fıkra halinde yeniden kaleme alınmıştır. Maddenin kenar başlığı eski Kanunda “Vasiyetlerin Taaddüdü” şeklinde iken, “Sonraki tasarruflar” şeklinde kalem alınmıştır. Maddede sadece vasiyetnamelerin birbirini takip etmesinin değil, bir vasiyetle bağdaşmayan tasarruflarda bulunulmasının da düzenlendiği göz önünde tutulmak suretiyle maddenin başlığı İsviçre Medeni Kanununun 511 inci maddesine uygun olarak “Sonraki tasarruflar” şeklinde değiştirilmiştir.”

İMK'nun 511. maddesinin ilk fıkrası ise “sonraki tasarruflar” kenar başlığı altında

³⁶⁴ Bkz. yukarıda s. 82 vd..

³⁶⁵ Örnek olmak üzere **Kocayusufpaşaoğlu** ve **Dural**'ın bu iki maddedeki geri alma usullerini tek bir başlık altında ve birbirini devam eden şekilde incelemeleri boşuna değildir: **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231; **Dural/Öz**, Miras, s. 106 vd. **Kocayusufpaşaoğlu** her iki geri alma halini “Sonraki ölüme bağlı tasarrufla geri alma” başlığı ile karşılamaktadır.

“Önceki tarihlileri açıkça ortadan kaldırmayan sonraki tarihli tasarruflar öncekileri açıkça tamamladığı haller dışında öncekilerin yerine geçer” hükmünü haizdir.

Gerekçeden de açıkça anlaşıldığı üzere, TKM ile TMK’nın konuya ilişkin düzenlemeleri arasında esas yönünden bir fark mevcut değildir. Bundan dolayı eski tarihli bilimsel eserler ile keza yargı içtihatları halen güncelliklerini korumaktadırlar. TMK m. 544/I ile İMK m. 511/I arasındaki önemsiz bir fark İMK’da gizli özne kullanılmış olmasıdır³⁶⁶. Biz, TMK m. 544/I’de geçen “mirasbırakan” yerine “vasiyet eden” terimini kullanmaya devam edeceğiz. Çalışmamızın önceki bahislerinde dile getirdiğimiz eleştiriler saklı kalmak kaydı ile³⁶⁷, kanundaki şekle yönelik mezkur değişiklikleri, genel olarak zararsız ve hatta olumlu bulduğumuzu da söylemek isteriz³⁶⁸. Bununla birlikte, maddenin kenar başlığındaki tasarruf sözcüğünün teknik anlamda tasarruf işlemlerini anlatmadığını eklemek gerekir. Kenar başlıktaki tasarruf sözcüğünün mehzaz kanunun Fransızca metnine sadık kalınarak hukuki işlem olarak algılanması TMK m. 544/I için olmasa da TMK m. 544/II için pratik birtakım sonuç farklılıklarına neden olacaktır³⁶⁹. TMK m. 542/I için ise “tasarruf” terimi ile anlatılmak istenen bir ölüme bağlı tasarruf yani ölüme bağlı hukuki işlemidir.

Medeni Kanunumuzun geneli için söylenebilecek bir yargının TMK m. 544/I çerçevesinde tekrar edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır: TMK m. 544/I, İMK m. 511’in iyi bir çevirisinden ibarettir. Böylelikle, o ülke hukukunda dile getirilen doktrin görüşleri ve yine yargı içtihatları Türk uygulamacısına da ışık tutabilecektir.

Aynı imkana FMK’nun 1036. maddesinde de yer verilmiştir: Önceki vasiyetnameyi açıkça geri almayan sonraki tarihli vasiyetnameler ilki ile uyumlu olmadığı veya onunla açıkça çelişkili olduğu ölçüde onu geri almış sayılır. Durum Belçika hukuku bakımından da farklı değildir³⁷⁰. Vasiyetnamenin geri alınması Alman hukukunda da açık bir geri alma vasiyetnamesine hasredilmemiştir. Gerçekten de, AMK’nun 2258. maddesinde, önceki

³⁶⁶ Oysa TMK m. 542/I’in karşılığı olan İMK m. 509’da bizdeki mirasbırakan yerine tasarruf eden terimi kullanılmıştır.

³⁶⁷ Bkz. yukarıda s. 35 vd..

³⁶⁸ Benzer yönde bkz. 36 vd..

³⁶⁹ Bu yönde bkz. aşağıda s. 244 vd..

³⁷⁰ Dekkers, s. 775.

vasiyetname ile içerik bakımından bağdaşmayan yeni bir vasiyetname düzenlenmesi halinde işbu bağdaşmama nispetinde ilkinin geri alınmış sayılacağı ifade edilmiştir.

Bu bahsin başında TMK m. 542/I ile TMK m. 544/I arasında özel bir ilgi olduğundan bahsetmiş idik. Şimdi kısa da olsa bu ilgi ve benzerlikler üzerinde durmak istiyoruz. Daha önce de açıkladığımız üzere, açık bir geri alma vasiyetnamesinden hemen sonra kanunun sistematüğinden ayrılarak TMK m. 544’de yer bulan geri alma usulünü incelemeye geçmemizin sebebi bu iki geri alma usulünün hukuki nitelik bakımından birbiri ile özdeş olmasıdır. Başka deyişle, TMK m. 544/I de yer alan geri alma usulünün hukuki niteliğı de bir hukuki işlemdir ve özelinde bir ölüme bağı tasarruftur. Bununla birlikte, biz, yine doktrindeki kimi yazarlardan ayrılarak TMK m. 542/I’deki açık geri alma usulünü vasiyet edenin sadece geri alma yolundaki bir kısım beyanı ile sınırlamıştık³⁷¹. Kanun koyucumuz, TMK m. 542/I ile TMK m. 544/I’in içerik olarak çoğu zaman aynı metinde birlikte yer alabileceğı olasılığını göz ardı etmiş olsa da TMK m. 542/I’in hizmet ettiği gaye şudur: Vasiyet eden başkaca hiçbir maddi anlamda ölüme bağı tasarrufta bulunmadan da, sadece geri almaya yönelik basit bir irade açıklaması ile vasiyetnamesini geri alabilir.

İşte, tam da bu noktada, vasiyet edenin bu beyana ek bir kısım tasarruflarda bulunması halinde nasıl bir sonuca varılması gerektiğı sorunu ortaya çıkar. Gerçekten de, tasarrufta bulunan bu türden bir geri alma kaydına ek olarak önceki ölüme bağı tasarrufunun içeriğı ile hiç alakası olmayan ya da önceki ölüme bağı tasarrufu ile konu bakımından örtüşen başkaca bir kısım tasarruflar ekleyebilecektir. İkili bir ayrıma giderek meselenin çözölmesi mümkündür: Öncelikle vasiyet edenin açık geri alma niteliğindeki beyanına eklediğı tasarruflarını bu açık olan geri alma beyanından bağımsız bir bütün olarak düşünürüz. Bundan sonra, açık geri alma beyanı olmasa idi sırf bu kısmın TMK m. 544/I çerçevesinde bir geri alma sonucunu doğuracak nitelikte olup olmadığına bakarız. Eğer cevabımız menfi ise, yani bu kısım başlıbaşına geri alma sonucunu doğurmaya yeterli değilse metnin tamamı bakımından TMK m. 542’nin devrede olduğunu kabul ederiz³⁷².

³⁷¹ Bkz. yukarıda s. 85 vd..

³⁷² Vasiyet edenin ilk vasiyetnamesi ile arkadaşı A’ya otomobilini bıraktığını; A ile yakın arkadaşlığının artık sıkı bir dostluğa dönüştüğünün herkesçe bilindiğı bir zaman dilimi içinde ikinci bir vasiyetname düzenlediğini ve o vasiyetnamesinde şu ifadelerin yer aldığını düşünelim: “Vasiyetnamemi geri aldım. Kızılay’a 100.000 TL bırakıyorum.”. Bu örnekte, somut veriler ışığında sadece Kızılay’a 100.000TL bırakılmasına ilişkin tasarruf başlıbaşına ilk vasiyetnamenin geri alındığı anlamına gelmez. Olsa olsa

Yok o kısım da, başlıbaşına geri alma sonucunu doğuracak nitelikte kaleme alınmışsa³⁷³, geri almanın artık TMK m. 544/I bakımından da değerlendirilmesi kaçınılmaz olacaktır³⁷⁴. Teorik planda yaptığımız bu ayrım her iki geri alma yönteminin hukuki niteliği özdeş olduğu için pratik bir önem taşımayacaktır. Zira, daha önce de söylediğimiz üzere, TMK m. 542/I’de öngörülen geri alma usulü için yapmış olduğumuz açıklamalar büyük oranda TMK m. 544/I için de geçerlidir. Hukuki nitelik ve buna bağlı sonuçlar her iki geri alma usulü için hemen hemen birbirinin aynısıdır. Yine, geri alma vasiyetnamesi ile geri alınan vasiyetnamenin aynı türden olması TMK m. 544/I’e göre de zorunlu değildir.

Hal böyleyken, TMK m. 544/I’in ilk okunmasından çıkarılacak sonuçlar genel olarak şunlardan ibarettir.

- Vasiyet eden, tasarruf ehliyetine sahip olmak şartı ile, ölüm anına kadar ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkanına sahiptir.
- Bu imkan, vasiyet edenin gerisinde birden çok ölüme bağlı tasarruf bırakabilmesi sonucunu da doğurur.
- Vasiyet edenin gerisinde birden çok vasiyetname bıraktığı hallerde bunların akıbetinin ne olacağı belirlenirken, tasarruf edenin sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufu ile önceki tarihli ölüme bağlı tasarrufunu geri alma iradesi taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir.
- Sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufun ilkinin geri alma amacı ile değil de onu tamamlama amacı ile yapıldığı açıkça anlaşılmadıkça sonraki ölüme bağlı tasarrufun ilkinin geri alma iradesi ile kaleme alındığı varsayılır.

tamamlayıcı ikinci bir vasiyetnamenin var olduğu kabul edilir. İşte bu halde geri alma beyanına itibar edilerek TMK m. 542 çerçevesinde mesele çözülecektir. Bu kapsamda eklenecek metnin tek başına geri almaya yeterli olmadığı hallerde yukarıdaki gibi istisnai haller dışında çoğu zaman aslında çelişkili bir durum ile karşı karşıyayızdır. Örneğin, vasiyet edenin gerisinde bıraktığı 2. vasiyetnamesinde “Vasiyetnamemi geri aldım. Evim de A’nın olsun.” türünden bir kayıt karşısında durum böyledir. Zira, “evim de A’nın olsun” kaydı tek başına vasiyetnamenin geri alındığını ispata yetiemediği gibi ötesinde bir tamamlama vasiyetnamesi ile karşı karşıya olduğumuzun ispatıdır. İşte bu halde mesele yorum yolu ile çözülecek ve açık geri alma beyanı bu yorum açısından da etkili olacaktır. Böylelikle, “de” ekinin fazladan ve hata eseri yazıldığı kabul edilerek metin törpülenecek ve devamında “de” eki kaldırılmış olarak o kısım da tek başına geri alma için yeterli kabul edileceğinden TMK m. 544/I de devreye girecektir.

³⁷³ Ki bu noktada sorunun aşılması için yapılacak yorumda açık nitelikli geri alma beyanının da dikkate alınacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

³⁷⁴ Bu hususla ilgili olmak üzere ayrıca bkz. yukarıda s. 137 vd.; 85 vd..

2. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Doktrinin geneli TMK m. 544/I’de yer alan geri alma usulünü zımni-örtülü geri alma olarak adlandırmaktadır³⁷⁵. Bunun sebebi, bu geri alma usulünde, vasiyet edenin geri almaya yönelik açık bir beyanda bulunmaması ve buna rağmen onun başkaca tasarruflarından bizim aynı sonuca dolaylı olarak ulaşabilmemizdir. Başkaca bir kısım yazarların ise, bizim gibi, böylesi bir adlandırmaya gitmeksizin konuyu inceledikleri görülmektedir³⁷⁶.

Ölüme bağlı tasarrufla vasiyetnamenin geri alınması gündeme geldiğinde vasiyet eden ya açık bir geri alma vasiyetnamesi düzenleyecek (TMK m. 542/I) ya da böylesi açık bir iradesi mevcut olmamakla birlikte geri alma sonucunu doğuracak nitelikte ilk tasarrufları ile çelişkili yeni bir kısım tasarruflarda bulunacaktır. İşte çalışmamızın bu kısmı bunların ikincisine ayrılmıştır.

Vasiyet eden, tıpkı TMK m. 542/I’de olduğu gibi TMK m. 544/I’de de, vasiyetnamesini geri alabilmek için geri almakta olduğu vasiyetnamenin lehdarının/lehdarlarının rızasına ihtiyaç duymayacaktır³⁷⁷. TMK m. 544’de düzenlenen geri alma işleminin hukuki niteliği tespit edilirken bizzat kanun metninin içeriğinden hareket edilmesi faydalı olacaktır. Zira, TMK m. 544/I’de geri alma işleminin bir vasiyetname olacağı açıkça zikredilmiştir. TMK m. 544’ün “Sonraki tasarruflar” şeklindeki kenar başlığı sonuca ulaşma noktasında yeterli olmayacağı gibi “tasarruf” kavramının muhtelif karşılıklarının olması sebebi ile karışıklıklara da sebep olabilecektir. Biri ölüme bağlı tasarruf, diğeri sağlar arası hukuki işlem niteliğine sahip iki farklı hukuki nitelikteki geri alma işleminin aynı potaya atılmasının yarattığı kaçınılmaz son bundan başka bir şey olamazdı. Tasarruf kavramının miras hukukundaki yansıması hukuki işlem iken, sağlar arası işlemler bakımından, tasarruf işlemi, ekseriya, borçlandırıcı nitelikteki işlemlerin

³⁷⁵ Örnek olmak üzere bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 61 vd.; **Önen**, s. 98 vd.; **İmre/Erman**, s. 98 vd.; **Öztan**, s. 190; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 195; N. **Ayiter**, s. 56; **Piotet**, Précis, s. 53; kısmen **Tuor**, s. 339 (örtülü yerine dolaylı terimini kullanmaktadır); **Guinand/Stettler**, s. 68.

³⁷⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd.; **Dural/Öz**, Miras, s. 106 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 246 vd.; **Steinauer**, s. 357.

³⁷⁷ Bkz. yukarıda s. 90 vd..

karşısında, bir aynı hakkın sona ermesini sağlayan işlemler için kullanılır³⁷⁸. Yine, zaman yolculuğunda, ancak ve ancak önceki tarihli olan sonraki tarihli bir işlem ile geri alınabileceği için “sonraki” zahirinin kullanılmasına da gerek yoktur. İMK m. 511’in kenar başlığı için de benzer sonuçlara ulaşmak mümkündür. Bununla birlikte, İsviçre kanun koyucusunun seçmiş olduğu kenar başlığının tasarruf değil de hukuki işlem kavramına yollama yaptığını bu vesile ile açıklamak isteriz.

TMK m. 544/I anlamında geri alma işleminin hukuki niteliğinin bir hukuki işlem ve özelinde bir ölüme bağlı tasarruf olduğu hususunda tartışma yoktur. Bundan dolayı, TMK m. 542 çerçevesinde geri almanın niteliğini tespit ederken yapageldiğimiz açıklamalar bu bahiste dahi caridir³⁷⁹. Bu cümleden olmak üzere, bir zamanlar yine kendisi tarafından yapılmış olan tasarrufların hükümden düşürülmesi ve etkisizleştirilmesi vasiyet edenin ulaşmak istediği hukuki sonuçtur. Onun amacı, esasında, ölümünden sonraki bir zaman dilimi için terekesinin yazgısını belirlemektir. Bu sebeple, bir sağlar arası hukuki işlem değil de bir ölüme bağlı tasarruf ile karşı karşıya olduğumuz kabul edilmelidir. Kaldı ki, bizzat TMK m. 544/I metni dahi bizi aynı sonuca götürmektedir. TMK m. 544 anlamında geri almanın bir vasiyetname ile yapılacağı kanunda açıkça ifade edilmiştir. Vasiyetnameler içeriğinde neler yer alabileceği ve hangi şekil kuralları göz önüne alınarak hazırlanması gerektiği kanun tarafından sıkı bir biçimde belirlenmiş şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur³⁸⁰. Doktrinde sıklıkla dile getirilen ve bizim de aynen benimsediğimiz, geri alma iradesinin zorunlu olarak bir vasiyetname kılıfında yer alması gerekmediği, keza bir miras sözleşmesi içinde dahi geri almaya yönelik tasarruflar bulunulabileceği yolundaki görüş de bu noktada fark yaratmayacaktır. Çünkü şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesinin içeriğinde yer alan geri almaya yönelik tasarruflar içerik olarak maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olmak zorundadır.

³⁷⁸ TMK m. 544/II anlamında geri almanın gerçekleşmesini tasarruf işleminin de yapılmasına bağlayan, başka deyişle sadece borçlandırı nitelikteki işlemi yeterli görmeyen yazarların en azından şekli dayanaklarından biri de kanunun bu düzen tarzı olsa gerekir.

³⁷⁹ Bkz. yukarıda s. 87 vd..

³⁸⁰ Şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğinin sıkı biçimde belirlendiği, en azından terekeyi ilgilendiren maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar bakımından sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu hakkında ayrıca bkz. yukarıda s. 5 vd.. TMK m. 544/I anlamında geri alma sonucunu doğuracak tasarrufların tereke ile ilgili olması gerektiği aşikardır. Mirasbırakanın düzenlediği metnin içeriği geri alma iradesinin varlığına delil teşkil etmekle birlikte içeriği itibari ile terekeye ilişkin maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan oluşmuyorsa kendisi tarafından metni vasiyetname ya da miras sözleşmesi olarak adlandırılmasına bakmaksızın ortada bir sağlar arası hukuki işlem olduğu kabul edilmelidir. Bu andan sonra vasiyetnamenin geri alınıp alınmadığı ise TMK m. 544/II çerçevesinde değerlendirilecektir.

Başka deyişle, bir hukuki işlemin kanunda öngörülen şekil ve içerik dışında bir ölüme bağlı tasarruf olarak karşımıza çıkması mümkün gözükmemektedir. **Öztrak**'ın, TMK m. 544/I'deki geri almanın hukuki niteliğini ölüme bağlı tasarruf olarak tespit ederken meselenin düzenlendiği bahsin TMK içindeki yerinden hareket ettiğini de hatırlatmak isteriz³⁸¹. Ölüme bağlı tasarruflar ile sağlar arası hukuki işlemler arasında bir önceki bölümde değindiğimiz farklardan yola çıkarsak da durum değişmeyecek ve TMK m. 544/I anlamında geri alma işleminin bir ölüme bağlı tasarruf olduğu sonucuna ulaşılabacaktır³⁸². Keza, tasarruf eden geri alma işlemi ile, halihazırda terekesinin yazgısını belirleyecek olan başkaca bir ölüme bağlı tasarrufunu hükümden düşürmek istemektedir. Nitekim, tasarruf eden geri alma iradesinden de vazgeçebilir ve onu da her zaman için geri alabilir. **Önen**'in deyişiyle, geri almanın sonuç doğurması geri alma işleminin geri alınmamasına bağlıdır³⁸³. Ezcümle, TMK m. 542/I'de düzenlenen açık geri alma işleminin hukuki niteliğinin neden dolayı bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu söylemiş isek aynı gerekçelerle TMK m. 544/I'e göre geri alma işleminin de bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmesi gerektiğini söylemekteyiz³⁸⁴.

Böylelikle, önceki vasiyetname ile çelişkili ikinci bir vasiyetname düzenleyerek geri almanın (TMK m. 544/I) bir hukuki işlem ve aynı zamanda bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu tespit etmiş olduk. Söz konusu hukuki işlemin kaç taraflı olduğu üzerinde ise ayrıca durmak icap eder.

Bu bahiste de iki farklı düşünce tarzının benimsenmesi mümkündür. Bunlardan ilkinde nazaran, geri alma iradesi, içinde yer aldığı ve dış dünyaya yansıdığı kalıp-biçim içinde erimekte ve onun hukuki niteliğine bürünmektedir. İkinci görüş açısından hareket noktası ise, geri alma iradesinin içinde yer aldığı hukuki işlemin kaç taraflı olduğuna bakmaksızın, safi vasiyet edenin, geri alma iradesini ortaya koyarken geri alınmakta olan ölüme bağlı tasarrufların lehdarlarının rızasına ihtiyaç duyup duymamasıdır.

TMK m. 544/I'e göre geri almanın hukuki niteliği birinci görüş çerçevesinde değerlendirilecek olursa öncelikli olarak geri alma iradesinin içinde yer aldığı hukuki

³⁸¹ **Öztrak**, Rücu, s. 19.

³⁸² Söz konusu farklar için bkz. yukarıda s. 5 vd..

³⁸³ **Önen**, s. 15.

³⁸⁴ Bu yöndeki görüşümüz için ayrıca bkz. yukarıda s. 87 vd..

işlemin kaç taraflı olduğuna bakılır. Eğer, önceki ile çelişkili bir vasiyetname var ise herhangi bir problem yaşanmaz. Geri alma işlemi tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilir. Ancak, işbu geri alma iradesi bir miras sözleşmesi içinde yer almışsa, başka deyişle miras sözleşmesinde yer alan bir kısım tasarruflar geri alma sonucunu doğuracak nitelikte ise geri alma işleminin iki taraflı olduğu sonucuna ulaşılır. **Öztrak**'a göre, miras sözleşmesi ile zımni rücu (TMK m. 544/I) tek taraflı bir hukuki işlem değildir.

Bize göre de, TMK m. 544/I anlamında geri alma iradesi, bir miras sözleşmesi içinde de karşımıza çıkabilir³⁸⁵. Yine, miras sözleşmesi ile geri almayı TMK m. 542/I çerçevesinde mümkün görmemekteyiz. **Öztrak** ise miras sözleşmeleri bakımından TMK m. 542/I ve m. 544/I arasında herhangi bir fark görmemektedir. Yazara göre; miras sözleşmesi ile sarıh rücu da mümkündür ve eğer miras sözleşmesi sadece bu yönde bir geri alma iradesinden ibaretse tek taraflıdır³⁸⁶. Biz, bu son halde, eldeki metnin bir vasiyetname olarak kabul edilmesi gerektiğini de gerekçeleri ile birlikte açıklamış³⁸⁷ ve **Önen**'in, bu hallerin arasında hiçbir ayırım yapmaksızın geri alma işleminin tek taraflı olduğunu ileri sürdüğünü eklemiş idik³⁸⁸.

İkinci düşünce tarzında ise geri alma iradesinin dış dünyaya kaç taraflı bir hukuki işlem içinde yansıdığına bakılmaz. Önemli olan, tasarruf edenin geri alma hususunda geri aldığı tasarrufun lehdarının ya da lehdarlarının rızasına ihtiyaç duyup duymamasıdır. Böylelikle, geri alınan tasarrufun bir miras sözleşmesinde ya da bir vasiyetnamede yer aldığına bakmaksızın, geri alma işleminin her halde tek taraflı olduğu söylenecektir. Zira, her iki halde de, tasarruf eden geri almakta olduğu tasarrufların lehdarlarına danışmak ve onların olumlu yöndeki görüşünü almak zorunda değildir.

³⁸⁵ Bkz. aşağıda s. 147 vd..

³⁸⁶ **Öztrak**, Rücu, s. 18. Böylelikle, yazarın, hemen yukarıda yer verdiğimiz ilk düşünce tarzını kabul ettiğini tespit edebilmekteyiz. Herşeyden öte bir sözleşme olması, miras sözleşmesinin tek taraflı bir hukuki işlem olmadığını ispata yetişir. Sağlar arası hukuki işlemlere nazaran bağlayıcılığının kimi zaman bizzat kanun koyucu tarafından güçsüzleştirilmesi onun bu niteliğini değiştirmez. Mirasbırakanın bir miras sözleşmesinde varlık kazandırdığı ölüme bağlı tasarruflar geri alma sonucunu doğuracak nitelikte olabilirler. Geri alma sonucunu doğuracak bu türden tasarrufların çoğu kez onun bağlayıcı içeriğine dahil olacağı da açıktır. Biz, **Öztrak**'ın, kendisi ifade etmese de, bu düşüncenin de etkisi ile anılan yönde bir sonuca ulaştığına inanmaktayız. Başka deyişle, yazar, geri alma işleminin bağlayıcılığı yani geri alınamazlığı ile geri alma işleminin kaç taraflı olduğu hususu arasında bir ilişki görmektedir. Bu ilişki, geri alınan ölüme bağlı tasarrufun lehdari ile geri alıcı nitelikteki miras sözleşmesinin muhatabının aynı kişi olduğu hallerde daha açık olarak günyüzüne çıkmaktadır.

³⁸⁷ Bkz. yukarıda s. 96 vd..

³⁸⁸ **Önen**, s. 15.

Geri alma iradesinin miras sözleşmesi içinde yer alması halinde artık bundan sonrası için bağlayıcı olup olmayacağı ise başka bir tartışmanın konusunu teşkil eder³⁸⁹.

Böylelikle, hukuki nitelikle ilgili olmak üzere buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan şu sonuçların çıkarılması mümkün olmaktadır³⁹⁰:

a. Bir vasiyetnameye ya da bir miras sözleşmesinin bağlayıcı olmayan içeriğine dahil olan bir tasarruf TMK m. 544/I anlamında bir vasiyetname ile geri alınabileceği gibi bir miras sözleşmesi ile de geri alınabilir.

b. Geri alma işleminin herhalde bir hukuki işlem ve ölüme bağlı tasarruf olduğu yolunda tartışma yoksa da tek taraflı mı yoksa iki taraflı mı olduğu hususu tartışmalıdır.

c. TMK m. 544/I anlamında geri alma da geri alınabilir, meğer ki miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarla yapılmış olsun³⁹¹.

Tüm bu bilgiler ışığında vasiyetnamenin TMK m. 544/I çerçevesinde geri alınması “vasiyetname ya da miras sözleşmesi kalıplarına dökülebilen ölüme bağlı tasarruf niteliğindeki öyle hukuki işlemlerdir ki bununla tasarruf eden vakti zamanında bir miras

³⁸⁹ Yukarıda TMK m. 542/I incelenirken de benzer bir sonuca ulaşmıştık. Bununla birlikte, TMK m. 542/I çerçevesinde geri almayı vasiyet edenin sadece açık geri almaya yönelik beyanları ile sınırlı tuttuğumuzdan bu iradenin miras sözleşmesinde yer alması ihtimali için şu uyarıyı da eklemiştik: Bu yöndeki geri alma iradesi bir miras sözleşmesi içinde yer alsa dahi onun bağlayıcı ve geri alınamaz nitelikteki içeriğine dahil olmayacaktır. İleri de, özellikle geri almanın geri alınması tartışılırken, bu konuya tekrar dönülecektir. Ama şimdiden, TMK m. 544 çerçevesinde miras sözleşmesi ile kimilerinin deyimi ile zımni rücu halinde geri alma sonucunu doğuracak tasarrufların yapıldıkları andan sonrası için tasarruf eden bakımından bağlayıcı olacağını ifade etmek isteriz. Tasarruf eden kanunun çizdiği sınırlar içinde miras sözleşmesinin içeriğini serbestçe belirlemekte özgürdür. Bununla birlikte, sadece vasiyetnamelere konu olabilen vasiyeti yerine getirme görevlisi atama ve vakıf kurma işlemlerinin yer aldığı bir miras sözleşmesi örneğinde bunlardan sonucusu için tek başına geri alma sonucu doğurabilme yeteneği kabul edilse bile, ki vasiyeti yerine getirme görevlisi atama tek başına zımni olarak geri alma sonucunu doğurmaya yeterli değildir, bu tasarruf içinde yer aldığı miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olmayacağı için esasında karşımızda bir sözde miras sözleşmesi vardır. Metin bu hali ile esasında bir resmi vasiyetname olarak kabul edilmelidir. Hem vasiyetnamelere hem de miras sözleşmelerine konu olabilen maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ise eğer miras sözleşmesinin içinde yer alırlarsa kural olarak bağlayıcı kabul edilirler. Başka deyişle, TMK m. 544 anlamında geri alma, çoğu zaman miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olacak olan atama vb. tasarruflarla yapılabilecektir. Bu hal ikinci düşünce tarzını da esasında dolaylı olarak etkilemektedir. Tasarruf edenin, artık geri alamayacağı bir kısım tasarruflarla geri alma iradesini ortaya koyduğu hallerde geri alma işleminin artık tek taraflı olmadığını söylemek görece daha kolaydır. Sağlar arası hukuki işlemler bakımından da benzer yönde düşünülebilir.

³⁹⁰ TMK m. 542 için ulaştığımız sonuçlarla karşılaştırmak için bkz. yukarıda s. 87 vd..

³⁹¹ Bkz. yukarıda s. 96 vd..

sözleşmesi ya da vasiyetnamede varlık kazandırdığı eski tarihli ölüme bağlı tasarruflarını kısmen ya da tamamen hükümden düşürür.” şeklinde tanımlanabilir³⁹².

3. Hukuki Niteliğe Bağlanan Sonuçlar

TMK m. 544/I anlamında geri almanın da ölüme bağlı tasarruf niteliğine sahip bir hukuki işlem olduğunu tespit etmiş olduk. Bu tespit, her şeyden öte, geri alma işleminin geçerliliği için aranacak ehliyetin farklılaşmasına hizmet eder. Tıpkı TMK m. 542’de düzenlenen açık geri alma işleminde olduğu gibi burada da TMK’nun 502 ve 503. maddeleri devrededir. Çalışmamızın bundan önceki kısımlarında, ölüme bağlı tasarruflara ehliyet meselesinin Türk hukukunda nasıl düzenlendiğini İsviçre hukuku ile karşılaştırmak suretiyle uzun uzadıya açıklamıştık. Burada, o kısım açıklamalarımıza atıf yapmakla yetinilecektir³⁹³. Bu cümleden olmak üzere, gerek ölüme bağlı tasarruflarda ehliyet kurumuna yönelik yapmış olduğumuz genel nitelikli açıklamalar, gerekse ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin hak ehliyetine mi yoksa fiil ehliyetine mi yakın olduğu yolunda yapılan tartışmalar bu bahiste dahi aynen tekrarlanmalıdır. Farklılık olsa olsa, TMK m. 544/I’de miras sözleşmesi ile geri alma imkanının da yer almasında kendisini gösterir. O halde, ikili bir ayırım yapılarak sonuca ulaşmak yerinde olacaktır:

Vasiyetnamesini TMK m. 544/I çerçevesinde geri almak isteyen bir kişi ya vasiyetname düzenleyecek ya da bir miras sözleşmesinin tarafı olacaktır. Kendisinde aranacak ehliyet koşulları da işte bu seçtiği yola göre farklılaşacaktır³⁹⁴. Bununla birlikte, ayırt etme gücünün varlığı seçilecek yolların tümünde aranacaktır³⁹⁵. Gerçekten de, gerek vasiyetnamelerde gerekse miras sözleşmelerinde, tasarruf edenin yapmakta olduğu tasarrufunun hüküm ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneğine sahip olması beklenir. Başka deyişle, ilgiliden beklenen, geri almanın manasını kavrayıp sonuçlarını

³⁹² İşlemin kaç taraflı olduğu hususu en azından tartışılabilir nitelikte olduğu için tanımda yer verilmemiştir. Bununla birlikte, TMK m. 544/I’e göre geri almanın iki taraflı olduğunu iddia eden yazarların, tasarruf edenin, geri almakta olduğu vasiyetnamesinin lehdarlarının rızasına ihtiyacı olmadığı yolunda fikir beyan etmediklerini eklemek isteriz.

³⁹³ Bkz. yukarıda s. 102 vd..

³⁹⁴ Vasiyetnameler için 15 yaş yeterli iken miras sözleşmeleri için ergin olmak ve kısıtlı olmamak icapedir. İMK’nun sadece erginlikten bahsetmiş olmasına rağmen o hukuk sistemi bakımından da ayırt etme gücü ve kısıtlı olmamanın aranacağı hakkında ayrıca bkz. **Steinauer**, s. 187; **Önen**, s. 20; **Guinand/Stettler**, s. 41; **Tuor**, s. 313-314. Mezkur ehliyet kurallarının terekeye ilişkin tasarruflar bakımından arandığı hakkında ayrıca bkz. **Steinauer**, s. 184.

³⁹⁵ İMK m. 468’de ayırt etme gücünden hiç bahsedilmemesi yanıltıcı olmamalıdır. Ayırt etme gücüne sahip olmak, İsviçre hukukunda da, gerek vasiyetnamelerde gerekse miras sözleşmelerinde bir zorunluluktur.

öngörebilmesidir³⁹⁶. Ayırt etme gücünden yoksun olanların düzenledikleri geri alma vasiyetnamesi de ehliyetsizlik sebebi ile geçersiz olacaktır. Bununla birlikte, buradaki geçersizliğin türünün iptal edilebilirlik olduğu da eklenmelidir.

Biz de, çoğunluk gibi, TMK m. 544/I anlamında geri alma iradesinin bir miras sözleşmesi içinde de yer alabileceğini kabul ettiğimizden, ölüme bağlı tasarruflara ehliyetin ayırt etme gücü dışındaki bileşenleri üzerinde de bir parça durmak isteriz: Yaş ve kısıtlı olmamak.

Miras sözleşmesinin etkin tarafı olabilme ehliyetine sahip bir kişi herhalde vasiyetname düzenleme ehliyetine de sahiptir. Aksinin kabulü ise her zaman mümkün olmaz. Her ne kadar TMK m. 503'te erginlikten³⁹⁷ bahsedilmiş olsa da, asgari evlilik yaşının 16'ya çıkarılmış olması ve kazai rüşt için de ilgilinin 15 yaşını doldurmuş olmasının aranması karşısında bu sonuca rahatlıkla ulaşılmaktadır. Oysa, örneğin bir kısıtlı, kimi zaman vasiyetname düzenleyebilecek iken³⁹⁸, miras sözleşmesinin etkin tarafı olamayacaktır³⁹⁹. **Dural**'ın deyişi ile "Temyiz kudretine sahip kısıtlı kişiler vasiyetname

³⁹⁶ Geri alınmakta olan tasarrufların anlam ve içeriğinin idrak edilmesi bu öngörünün önkoşuludur. Makul surette hareket etme yeteneğinin bulunmasının kafi olduğu hakkında ayrıca bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 55. Yazar, yapılmış olan tasarrufun mantıklı ve amaca uygun olmasının ayrıca aranmamasının gerekli olmadığını ekledikten sonra mantıklı ve amaca uygun olmayan bir tasarrufun ayırt etme gücünün yokluğu yönünde bir karineye varlık kazandıracağını altını çizmektedir.

³⁹⁷ Erginliğin hangi yolla kazanıldığının bu bahiste bir önemi yoktur. Başka deyişle, TMK m. 503 anlamında erginlik 18 yılın geride bırakılması ile kazanılabileceği gibi bu yöndeki bir mahkeme hükmü ya da tasarrufta bulunanın evlenmesi de yeterli olacaktır. Meselenin İsviçre hukuku bakımından değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. yukarıda s. 103 vd..

³⁹⁸ Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar bakımından durum böyledir.

³⁹⁹ Bu vesile ile doktrinde kısıtlıların ölüme bağlı tasarrufta bulunması meselesinin en azından miras sözleşmeleri için tartışmalı olduğunu eklemek isteriz. **Dural**, mümeyyiz küçüğün tek başına ya da yasal temsilcisinin katılımı ile miras sözleşmesi yapamamasının sebebinin bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasından kaynaklanmadığını; keza, bu an itibarıyla esasında doğmuş bir haktan bahsedilemeyeceğini söylemektedir. Yazara göre miras sözleşmesi yapma hakkı reşit olma ile doğar. Aksi halde, şahsa sıkı surette bağlı haklarından olan miras sözleşmesi yapma hakkını kendilerinin kullanabilmesi gerekir. Mümeyyiz küçükler bakımından durum böyledir. Ayırt etme gücü olan kısıtlılara gelince; bunların tek başlarına miras sözleşmesi yapamayacakları kabul edilse de yasal temsilcilerinin rızası ile miras sözleşmesi yapıp yapamayacakları tartışmalıdır. TMK'nun 463. maddesinin beşinci bendinde vesayet altındaki kişinin vesayet makamının iznine ek olarak denetim makamının da iznini almak sureti mirası kabul edebileceği, reddedebileceği ve miras sözleşmesi yapabileceği ifade olunmuştur. Doktrinin çoğunluğu bu hükmün miras sözleşmelerinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafı ile ilgili bir düzenleme getirdiğini düşünmektedir. Zira, miras sözleşmesi yapmak hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlıdır (ki mümeyyiz küçüklerden ayrı olarak artık burada bir hak doğmuştur) ve mümeyyiz kısıtlı nasıl ki sağlar arası işlem yolu ile kendini borç altına sokmak için yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyarsa yine kendisini sıkı sıkıya bağlayan bir miras sözleşmesi yapmak için de aynı rızaya ihtiyaç duyar. Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarruflara hakim olan temsil yasağı

yapabilirlerken, miras sözleşmesi yapabilme ehliyetine sahip değildirler.”⁴⁰⁰. Bununla birlikte, tasarruf edenin geri almaya yönelik iradesinin bir miras sözleşmesi kılıfı içinde yer aldığı hallerde bazı ayrımlar yapmak yerinde olur. Zira, TMK m. 503’de sınırları çizilen miras sözleşmesi düzenleme ehliyeti, geri alma iradesinin anılan işlemin bağlayıcı içeriğine dahil olduğu hallerde aranacaktır. Başka deyişle, kimilerince kabul edildiği üzere, bir miras sözleşmesi sadece ve sadece bağlayıcı nitelikte olmayan bir kısım tasarruflardan ibaretse meselenin TMK m. 502 çerçevesinde çözülmesi gerekir. Kanaatimizce, bir miras sözleşmesinin yalnızca bağlayıcı nitelikten yoksun tasarruflardan oluşması mümkün değildir. Biz, bu ihtimalde, eldeki metnin esasında, bir resmi vasiyetname kabul edilerek çözümün TMK m. 502’de aranması gerektiğine inanmaktayız. Miras sözleşmesinin bağlayıcılık niteliğinden yoksun bu kısım tasarruflara ek olarak bağlayıcı nitelikte başkaca bir kısım tasarruflar içermesi halinde de aynı şekilde düşünülebilir⁴⁰¹. Bu ihtimalde, bağlayıcı içeriğe sahip olan kısım ehliyetsizlik sebebi ile iptal edilebilecek iken; bağlayıcı nitelikte olmayan kısım tasarruf edenin vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olması şartı ile geçerli kalacaktır. Bağlayıcı olmayan kısım ile bağlayıcı kısım arasında içerik olarak bir bağlantının olmadığı hallerde bu çözüm tarzı daha rahat kabul edilebilecektir. Bu noktadan sonra, olsa olsa, bu şekilde ayakta tuttuğumuz mezkur kısmın geri alma sonucunu doğurup doğurmayacağı TMK m. 542/I ve TMK m. 544 çerçevesinde tartışılabilecektir. Tasarruf edenin, bir miras sözleşmesi düzenleyerek, daha önce bir vasiyetnameye konu ettiği tasarrufların bir kısmını bu kez bir vakıf kurmak sureti ile ona vakfettiğini ve yine ilk vasiyetnamesine konu ettiği tasarruflarda dahil olmak üzere başkaca malvarlıklarına ilişkin olmak üzere ilk vasiyetnamesinin lehdarlarından başkaca kişileri mirasçı atadığını düşünelim. İşte bu kişi kısıtlı ise bizim düşüncemize nazaran şu sonuca ulaşılır: Kısıtlı bir kişi miras sözleşmesinin etkin tarafı olamayacağı için miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olan bu son atama tasarrufları ehliyetsizlik sebebi ile geçersiz olacaktır. Bununla birlikte, miras sözleşmesi içinde yer alan ve fakat onun bağlayıcı içeriğine dahil olmayan vakıf kurma işlemi tasarruf edenin kısıtlı olmasından etkilenmeyecektir. Onun vakıf kurma işlemi bakımından vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olması yeterli

bu rızanın verilmesine engel teşkil eder. Bu yönde olmak üzere bkz. **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 61 vd. Aynı gerekçelerle çoğunluğun fikrine iştirak ediyoruz.

⁴⁰⁰ **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 15.

⁴⁰¹ Benzer görüşte bkz. **Steinauer**, s. 187. Yazar, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olmayan tasarruflar bakımından vasiyetname ehliyetine sahip olmanın yeterli olduğunu ifade etmektedir.

kabul edilmelidir. Sağlar arası hukuki işlemlere olduğu kadar ölüme bağlı tasarruflara da hakim olan yorum ilkelerinden başlıcası şüphe halinde işlemin ayakta tutulmasıdır. Örneğimizdeki miras sözleşmesi resmi vasiyetnamenin şekil şartlarını haydi haydi yerine getireceğinden tahvil kuramının devreye sokulup eldeki bu metnin deyim yerinde ise bir vasiyetname olarak kabul edilmesinde kanaatimizce bir sakınca yoktur. İşte, tam da bu noktada, artık vasiyetname ehliyetini kafi gördüğümüz için geçerli surette ayakta tuttuğumuz bu kısmın hangi manada geri almaya karşılık geldiği TMK m. 542/I ve TMK m. 544/I çerçevesinde tartışılacaktır⁴⁰².

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ile şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar arasındaki kavramsal örtüşmeyi sorgulayan **Serozan**'ın şu tespiti⁴⁰³ yukarıda yapageldiğimiz tartışmayı derinleştirmektedir: “Açalım: Her zaman serbestçe geri alınabilecek tek yanlı ölüme bağlı tasarruf türleri: Mirasçılıktan çıkarma, vakıf kurma, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, vasiyetnameyi geri alma, evlilik dışı çocuğu tanıma.”. Biz, hemen yukarıda, vasiyetnamenin miras sözleşmesi ile TMK m. 544 anlamında geri alınması usulünde geri alma sonucunu doğuracak tasarrufların çoğu zaman atama ve belirli mal bırakma gibi sözleşmenin bağlayıcılık niteliğine dahil olan tasarruflar şeklinde karşımıza çıkacağını belirtmiş ve eklemiş idik: Bu halde, tasarruf eden artık bu geri alma sonucunu doğuran ölüme bağlı tasarrufları ile bağlıdır⁴⁰⁴. Kanaatimizce, **Serozan**'ın her halde tek taraflılık sonucunu bağladığı geri alma tasarrufu TMK m. 542'de yer alan haliyle açık geri alma iradesidir. Başka deyişle, tasarruf edenin örneğin “bundan önceki vasiyetimi geri alıyorum” türünden bir beyanıdır. Nitekim, yazar, hemen devamında, mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarruflarının bir miras sözleşmesinin içeriğine dahil oldukları vakit kural olarak bağlayıcı nitelik kazanacağını ifade etmektedir. Böylelikle, örneğin miras sözleşmesi içinde yer alan bir atama işlemi eğer önceki tasarrufun geri alındığı sonucunu doğuruyorsa tasarruf edenin artık bu sonuncusu ile bağlı

⁴⁰² Ölüme bağlı tasarruflarda ehliyet kurallarının farklılaşmasının temel dayanağının bağlayıcılık ölçütü olduğunu da böylelikle ifade etmiş oluyoruz. Eğer, bir miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olan tasarruflar geri alma sonucunu doğuruyorsa, bu vakit tahvil kuramının ivazsız miras sözleşmeleri bakımından rahatlıkla kabul edilmesi mümkün ise de ivazlı miras sözleşmeleri bakımından aynı sonuca ulaşılması türlü sebeplerle zordur. Ehliyetsizlik sebebi ile geçersiz bir ivazlı miras sözleşmesinin resmi vasiyetnameye tahvil edilemeyeceği hakkında ayrıca bkz. **Önen**, s. 114 vd.

⁴⁰³ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 198.

⁴⁰⁴ Bkz. yukarıda s. 144 vd.. Bunların yanında mirasçılıktan çıkarma ve çocuğun tanınması tasarrufları hakkındaki görüşümüz için ayrıca bkz. aşağıda s. 161 vd..

olduğu kabul edilmelidir⁴⁰⁵. Bu yaklaşım tarzı geri alma iradesinden peşinen feragat edilemeyeceği yolundaki ilke ile de çelişmez. Keza, tasarruf eden, mirasçı atama yoluyla dış dünyaya yansıttığı geri alma iradesini miras sözleşmesi yapmak yerine bir vasiyetname düzenlemek yolu ile de dile getirebilirdi. Biz, hem miras sözleşmelerine hem de vasiyetnamelere konu olabilen atama ve belirli mal bırakma gibi tasarrufların bir miras sözleşmesi içinde yer aldıkları vakit kural olarak bağlayıcı oldukları yolundaki düşünce tarzından ayrılmayı haklı gösterecek bir neden göremiyoruz⁴⁰⁶. Seçebilecekleri arasından kendince en makul olanı seçmek hususunda özgür olan tasarruf edenden bu seçiminin sonuçlarına katlanması beklenir.

Bu tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, geçerli şekilde bir miras sözleşmesi düzenleyebilmek için ayırt etme gücünün varlığı yanında erginliğin de arandığını söylemek

⁴⁰⁵ Serozan/Engin (Serozan), s. 198.

⁴⁰⁶ Mirasçı atama ve belirli mal bırakma tasarrufları bir miras sözleşmesi içinde yer aldıkları takdirde kural olarak bağlayıcı kabul edilirler. Bununla birlikte, mirasbırakanın bu tasarruflarla bağlanmamak yolunda açık bir beyanının varlığı halinde nasıl bir yöntem izlenmesi gerektiği tartışılabilir. Bu noktada mirasçı atananın sözleşmenin diğer yanı olması ile miras sözleşmesine bütünüyle yabancı üçüncü bir kişi olması arasında da fark yoktur. Önemli olan, vasiyet edenin bağlanmazlık yönündeki iradesi değil de, lehdarın bu tasarrufla güven nazariyesi çerçevesinde korunması gerekli bir çıkarının olup olmadığının tespit edilmesidir. Nitekim, mirasbırakanın miras sözleşmesinde üçüncü bir kişi yararına kazandırmada bulunduğu vakit bu tespit rahatlıkla yapılacaktır: Serozan/Engin (Serozan), s. 199. Dural da, bu halde, bağlayıcılık yönünde bir karinenin varlığına işaret etmektedir. Yazar, Alman hukukunda baskın görüşün, bu karinenin tasarruf edenin aksi yöndeki iradesi ile bertaraf edileceği şeklinde tezahür ettiğini de eklemektedir. Biz, bu çoğunluk görüşüne katılamamaktayız. Dural da, mirasbırakanın miras sözleşmesindeki tüm bağlayıcı tasarruflara aykırı davranışta bulunma hakkını saklı tuttuğu hallerde artık bir miras sözleşmesinin var olup olmadığının sorgulanması gerektiğinin altını çizmektedir. Biz de kısmen aynı çekincelerle çoğunluğun görüşünden ayrılmış bulunuyoruz. Mirasbırakan, kural olarak bağlayıcı nitelikte olan tasarruflarından ya bir kısmı ile bağlı olmak istemediğini dile getirecek ya da tamamına yönelik bir bağlanmama iradesini ortaya koyacaktır. Bu hallerin ikincisinde ortada gerçek bir miras sözleşmesinin var olduğunu iddia etmek güçtür. Dural'a nazaran kendisi ve başkaca bir kısım hukukçular da benzer yönde düşünmektedir. İlk ihtimalde ise bağlayıcı nitelikteki başkaca tasarrufların da var olması şartı ile ortada bir miras sözleşmesinin var olduğu söylenebilecektir. Bundan sonra yapılması gereken, önceki ölüme bağlı tasarrufun bu tasarruflardan hangisi ile geri alındığını tespit etmekten ibarettir. Geri alma sonucu tasarruf edenin aynı zamanda bağlayıcılık niteliğinden yoksun hale getirdiği örneğin bir atama işlemi ile vukubulmuşsa bu tasarruf için aranacak ehliyetin vasiyetnameler için aranacak ehliyet olduğunu da söylemek gerekir. Eğer, bağlayıcı nitelikte bırakılan kısım, vasiyetnamenin geri alınması sonucunu doğuracak nitelikte değilse artık bir miras sözleşmesi ile değil de bir vasiyetname ile geri alma karşısındayız demektir. Son kısım açıklamalarımızın Alman hukukundaki çoğunluk görüşünün kabulü hali için yapıldığı açıktır. Biz, bu hallerin tamamında ya gerçekte bir vasiyetname ya da vasiyetname ve miras sözleşmesi şeklinde ayrı iki ölüme bağlı tasarrufun var kabul edilmesi gerektiğine inanmaktayız. Şekil kurallarının yumuşatılması da yarayan favor testamenti kuralı burada da imdadımıza yetişecektir. Aksi yöndeki çoğunluk düşüncesinin kabulü kanunun dolanılması anlamına geleceği gibi, örneğin bir miras sözleşmesi yaptığı düşüncesi ile kendisini sağlama aldığını haklı olarak düşünen lehdarın korunması gerekli güveninin ne olacağı sorusuna o görüşteki yazarların verebileceği bir cevap da yoktur. Ezcümle bu yöndeki tartışmalar ve bağlayıcı olmama şartının ayrı bir sözleşmede de yapılabileceği hakkında ayrıca bkz. Dural, Miras Sözleşmeleri, s. 119 vd.

gerekir. Erginliğin hangi yolla kazanıldığının önemi yoktur⁴⁰⁷. Miras sözleşmesinde ehliyetin düzenlendiği TMK m. 503'ün karşılığı TKM m. 450 "*Miras mukavalesi yapabilmek için, yapanın reşit olması şarttır.*" şeklinde kaleme alınmıştı. Bununla birlikte o dönem için kaleme alınmış eserlerin çoğunda da mümeyyiz kısıtlıların miras sözleşmesi yapamayacakları çoğunluk tarafından kabul edilmekteydi⁴⁰⁸. Eleştirilebilir olmakla birlikte⁴⁰⁹, kısıtlıların miras sözleşmesinin etkin tarafı olamayacakları yolundaki bu görüşün bugün için artık bir yasa hükmüne dönüştüğü de açıktır. TMK m. 503'ün gerekçesinden de bu sonucun rahatlıkla çıkarılması mümkündür: "... *Eski maddeden ve kaynak Kanundan farklı olarak uygulamada ve doktrinde kabul edildiği üzere, miras sözleşmesi yapabilmek için tasarrufta bulunanın kısıtlı olmaması koşulu da maddeye dahil edilmiştir.*". Ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların tek başlarına miras sözleşmesi yapamayacakları genel olarak kabul görse de, bunların yasal temsilcilerinin katılımı ile miras sözleşmesi düzenleyip düzenleyemeyecekleri meselesi tartışmalıdır⁴¹⁰. Vasiyetnamelerin aksine miras sözleşmeleri için tam fiil ehliyeti aranmasının sebebini bağlayıcı olmalarında aramak doğru olur⁴¹¹. Bundan dolayı, yine vasiyetnamelerin aksine, tasarruf edenin keyfe keder istediği zaman kurtulamayacağı bir taahhüt altına girmesi karşısında, tasarrufun ölümden sonra hükümlerini doğuracak olması sebebiyle tasarruf edenin sağlığında borç altına girmeyecek oluşundan hareketle aksi yönde düşünülmesi (en azından bunların yasal temsilci aracılığı ile yapılmasına imkan verilmesi), ilgilinin kısıtlanmak sureti ile korunmak istenen menfaatlerini karşılamaya yetmeyecektir. Ölüme

⁴⁰⁷ Gamze **Turan**, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*, Ankara 2009, s. 39 ve orada dn. 136'da zikredilen yazarlar.

⁴⁰⁸ **Gönensay/Birsan**, s. 43; **Kocayusufpaşaoğlu**, *Miras*, s. 141; **Dural/Öz**, *Miras Hukuku*, s. 71. **Gönensay/Birsan**'in ifadesi ile TKM m. 450'deki reşitten maksat medeni hakları kullanma ehliyetine sahip reşit kişilerdir.

⁴⁰⁹ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 220. Bu eleştiriler kısıtlanma sebeplerinin arzettiği dağınıklıktan ve kurumun heterojen yapısından kaynaklansa gerekir. Gerçekten de, hürriyeti bağlayıcı ceza almış olması sebebi ile ya da kendi isteği ile kısıtlanmış bir kişinin neden dolayı miras sözleşmesi yapma imkanından yoksun bırakıldığı yolunda sorulacak bir soruya hakkaniyet duygularımızı incitmeyecek bir cevap bulunması güçtür.

⁴¹⁰ **Turan**, tam fiil ehliyetine sahip olmayanların miras sözleşmesi yapamayacağını ifade ettikten sonra yasal ve iradi temsilcinin de onun adına miras sözleşmesi yapamayacağı eklemektedir. Yazarın ifade tarzı, meselenin sanki bütün yazarlarca tartışmasız anılan yönde çözüme kavuşturulduğu yolunda haksız bir izlenim yaratacak niteliktedir. Oysa, kendisinin atf yapmış olduğu yazarlar dahi konunun tartışmalı olduğunu dile getirmektedir. Bu bakımdan **Dural/Öz** mümeyyiz küçükler ile mümeyyiz kısıtlılar arasında bir fark görürken, **Turan**'ın, mezkur yazarların sadece mümeyyiz küçükler için yaptıkları bir kısım açıklamaları sınırlı ehliyetsizlerin tamamı için genellemesi yerinde değildir. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Turan**, s. 40.

⁴¹¹ Kısmen farklı düşüncede bkz. **Turan**, s. 40.

bağlı tasarruflara hakim olan temsil yasağı da ulaştığımız sonucu doğrulamaktadır. Steinauer de, miras sözleşmesi düzenleyebilmek için ayırt etme gücü ve erginlik yanında kısıtlı olmamayı da aramakta ve mümeyyiz küçükler ile kısıtlıların miras sözleşmesi düzenleyemeyeceğini eklemektedir⁴¹². Sınırlı ehliyetlilerin miras sözleşmeleri yapmalarının önünde ise herhangi bir engel yoktur. Gerçekten de, onlar, diledikleri şekilde ölüme bağlı tasarrufta bulunma hususunda tamamen serbesttirler. Seçmiş oldukları yolun bir vasiyetname olması ile bir miras sözleşmesi olması arasında fark yoktur⁴¹³.

Ayırt etme gücünün varlığının asıl olduğu yolundaki tartışmalar ile o bahiste ulaştığımız sonuçların TMK m. 544/I için tekrar edilmesinde de bir sakınca yoktur. Özellikle ayırt etme gücünün ispatına ilişkin yapılan açıklamalar burada da aynen benimsenebilir⁴¹⁴. Keza, BK m. 54/II çerçevesinde yaptığımız yorumlar bu bahiste dahi caridir. Yine, ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetinin TMK m. 544/anlamında geri alma bakımından da aranacağı, zira kanun koyucunun ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti ile bunun geri alınması ehliyeti arasında herhangi bir fark görmediği eklenmelidir⁴¹⁵.

Öte yandan, TMK m. 544/I'e göre geri alma işlemi de öyle ya da böyle bir ölüme bağlı tasarruf olarak karşımıza çıkmaktadır. Bundan dolayı bu madde kapsamında geri almanın da şahsa sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılmasına denk geldiği peşinen söylenmelidir⁴¹⁶. Başka deyişle, tasarruf edenin, geri almaya yönelik iradesini bizzat kendisinin oluşturması ve açıklaması burada dahi aranacaktır. İradi ve kanuni temsil yasağı ve bu yasağın istisnalarına ilişkin tespitlerimiz TMK m. 544/I için de aynen yürürlüktedir⁴¹⁷.

⁴¹² Steinauer, s. 188. Bu yönde bkz. ATF 60/1934 II 507/508.

⁴¹³ Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 141; Dural, Miras Sözleşmeleri, s. 60; Tuor, s. 315.

⁴¹⁴ Bkz. yukarıda s. 106 vd..

⁴¹⁵ Bkz. yukarıda s. 113 vd..

⁴¹⁶ Bkz. yukarıda s. 117 vd..

⁴¹⁷ Bkz. yukarıda s. 117 vd..

4. TMK m. 544/I'e İlişkin Açıklamalar

4.1. Muhtelif Tarihlerde Yapılmış Ölüme Bağlı Tasarrufların Bulunması Halinde Kabul Edilebilecek Sistemler

Tasarruf edenin gerisinde sadece tek bir ölüme bağlı tasarruf, örneğin bir vasiyetname bırakması mümkün olduğu gibi, birden çok vasiyetname ya da birden çok vasiyetname ve miras sözleşmesi bırakmış olması da imkan dahilindedir.

Geride tek bir ölüme bağlı tasarruf olduğu vakit çözüm kolaydır. Bu ihtimalde, sadece ve sadece, işbu tasarrufun geçerlilik koşullarına uygun kaleme alınıp alınmadığı tartışılacaktır. Ulaşılan sonucun müspet olması halinde mirasbırakanın terekesinin yazgısı son istekleri çerçevesinde çizilecektir.

Tasarruf edenin gerisinde birden çok ölüme bağlı tasarruf bırakması halinde nasıl bir çözüm benimsenmesi gerektiği ise, tarihsel süreçte, birbirinden bütünüyle farklı bir kısım yaklaşımların doğumuna neden olmuştur.

Romalılar, şekle ilişkin olanı tanrılaştırma yolundaki genel eğilimlerine bağlı olarak, bu halde, sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufun öncekini otomatik olarak ortadan kaldıracağını kabul ettiler⁴¹⁸. Yasal mirasçılık ile iradi mirasçılığın bir arada varolabileceğini dahi bütünüyle reddeden Romalılardan ötesinin beklenmesi hayal olurdu: “Posteriore testamento superius rumpitur”. Vasiyet edenin aksi yöndeki iradesinin de bu bahiste bir önemi yoktur⁴¹⁹. Çok katı olduğu aşıkâr olan bu çözüm tarzı, mirasçılar arasındaki tartışmaları hemen hemen bütünüyle ortadan kaldırdığı için kimileri tarafından desteklenmiştir⁴²⁰. Bu çözüm şeklinin BGB kabul edilmeden önce Alman hukukunda kabul gördüğünü de eklemek isteriz⁴²¹.

⁴¹⁸ Küçükgüngör, s. 151; Öztrak, Rücu, s. 61; Önen, s. 99; Di Marzo, s. 536 vd. Di Marzo, asker vasiyetnameleri bakımından bugünkü Türk-İsviçre hukukuna benzer bir çözümün kabul edildiğini eklemektedir.

⁴¹⁹ Önen, s. 99.

⁴²⁰ Öztrak, s. 61-62. İşte tam da bu noktada miras kurumunun ahlaki olup olmadığı yolunda yapılagelen tartışmaların hatırlanması gerekir. Mesele, eni sonu, miras kurumunun varlık sebebi olan mülkiyet hakkının da sorgulanması anlamına gelmektedir. Zira, gerek çağdaş batı düşüncesinde gerekse İslam coğrafyasında bu uğurda değerli düşüncelerini bizle paylaşmış düşünörlere rastlamaktayız. Mülkiyet hakkından ve onun doğuracağı aidiyet duygusundan bütünüyle kopmadan düşüncede özgür olunamayacağı inancı ile bütün hayatını günde sadece 2 ya da 3 tane gözlük camı tamir ederek geçiren İspanyol altın çağının fikri önderi Spinoza ile kendisine sunulan bir köşkü ihtiyacı olduğunu söyleyen bir fakire cömertçe hibe eden

Modern hukukların, hemen yukarıda arzetmiş bulunduğumuz düşünce tarzından bütünüyle uzaklaştığı peşinen söylenmelidir. Önceki tarihli ile içerik olarak uyuşmayan sonraki tarihli bir vasiyetname karşısında Alman hukuk sisteminin çözümü ilkinin sonraki ile uyuşmadığı nispette geri alınmış sayılması yönünde olmuştur. AMK'nun 2258. maddesinde ifade edilen bu çözüm Belçika Medeni Kanunu ve FMK'nun 1036. maddesinde de hemen hemen aynı şekilde tekrarlanmıştır. **Önen**'in ifadesi ile ölüme bağlı tasarrufların eş zamanlı kaleme alınmaları ve tek bir metin içinde yer almaları zorunlu değildir⁴²². Başka deyişle, mirasbırakanın terekesinin yazgısını belirleyecek olan ölüme bağlı tasarruflar başka zamanlarda ve ayrı metinlerde kaleme alınabilir. Ölüme bağlı tasarrufun bir çırpıda kaleme alınması da en azından el yazısı ile vasiyetname için zorunlu değildir⁴²³. Bununla birlikte, bir ölüme bağlı tasarrufun düzenlenmesi ne kadar geniş bir zaman aralığına yayılırsa yayılsın biz işlemin tamamlandığı tarihi düzenleme tarihi olarak kabul ederiz ve bu halde aslında birden çok değil de tek bir ölüme bağlı tasarruf vardır. Ezcümle, Alman ve Fransız hukuklarının özünde yatan düşünce şudur: Sonraki tarihli olan öncekinin uygulanmasına engel teşkil etmediği sürece her iki tasarrufun birlikte varolmasında sakınca yoktur⁴²⁴. Ancak, tasarruf eden, geri alma niyeti ile önceki tarihli vasiyetnamesi ile içerik olarak bağdaşmayan ve onunla birlikte uygulanması imkan dahilinde olmayan bir ikinci ölüme bağlı tasarruf düzenlemişse artık bu ikincisine üstünlük tanımak gerekecektir⁴²⁵. Modern hukukun bu icadı vasiyet edenin son arzularına mümkün

Muhyiddin-i Arabi'yi anmak yeterli olacaktır. Bununla birlikte, bu satırların yazarı da bu uğurda gösterilecek fikri çabanın sadece teorik düzeyde bir anlam taşıdığının ne yazık ki farkındadır. Miras kurumunun ahlaki olup olmadığı ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 12 vd. Söz konusu eleştirilerin en azından yasal mirasçılık için daha rahat kabul edilebileceğine inanmaktayız. Bizim, iradi mirasçılığı mümkün mertebe yasal mirasçılık karşısında güçlendirme yolundaki genel eğilimimizin altında yatan düşünce de esasında iradi mirasçılığın bu anlamda kanuni mirasçılığa nazaran bugünkü pozitif hukuk kuralları karşısında daha ahlaki olduğuna inanmamızdır. Ölümünden örneğin altı ay önce bütün malvarlığını bir hayır kurumuna bağışlayan bir kişinin bu tasarrufunu, yasal mirasçılarının, kendilerini yoksulluktan kurtaracak bir miktarın çok üzerindeki bir rakam üzerinden neden dolayı tenkis ettirebildiklerini anlayabilmiş değiliz.

⁴²¹ **Önen**, s. 100.

⁴²² **Önen**, s. 100.

⁴²³ Resmi şekilde yapılması gereken resmi vasiyetname ve miras sözleşmesi için aynı şeyin söylenmesi en azından pratikte zor gözükmemektedir. Hiçbir yasal zorunlulukları yok iken taşınmaz mülkiyetinin naklinde dahi borçlandırıci işlem ile tasarruf işlemini bir çırpıda düzenleyen ve araya fasıla girmesine engel olan hukuk uygulamamızın bu kez noterler bakımından farklı bir yöntem benimsemesini beklemek hatalı olacaktır.

⁴²⁴ **Önen**, s. 100.

⁴²⁵ **Önen**, s. 100. Yazar, tasarruf edenin vasiyetnameyi geri alma niyeti ile hareket etmesi ve ilki ile maddi farklılıklar içeren ikinci bir tasarruf yapması hallerini ikisi de ayrı ayrı birer olgu imiş gibi ayırmaktadır.

mertebe birlikte yaşama şansı tanıyarak iradi mirasçılığın sınırlarını yasal mirasçılık aleyhine genişlettiği için takdir edilmeyi haketse de özellikle geri alma iradesinin varolup olmadığı hususunda bir yığın yorum sorununa da kapı aralamaktadır. Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde de Alman-Fransız hukukuna benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Hemen sonra daha ayrıntılı şekilde göreceğimiz üzere, bu hukuk sistemlerinde de tasarruf edenin gerisinde bıraktığı farklı tarihli birden çok ölüme bağlı tasarrufun birlikte uygulanması imkan dahilindedir. Bununla birlikte, iki hukuk sistemi arasındaki fark, bunlardan ilkinde birlikte uygulanmanın asıl olmasına karşılık Türk-İsviçre hukukunda sonraki tarihli ölüme bağlı tasarruf ile ilkinin geri alınmak istendiği yolunda bir karinenin kabul edilmiş olmasında yatmaktadır: Şüphe halinde yapılacak yorum, Alman hukuku bakımından her iki tasarrufu da ayakta tutacak iken, Türk-İsviçre hukukları tercihinin sonraki tarihli olandan yana kullanmıştır.

4. 2. Şekle Bağlılık

Tıpkı TMK m. 542/I’de olduğu gibi TMK m. 544/I’de de geri alma yönündeki iradenin sonuç doğurması kanunun öngördüğü şekillere uyulmasına bağlanmıştır. Zira, TMK m. 544’ün lafzı da bir vasiyetnamenin varlığından bahsetmektedir. Vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin genel bir hükmün olmamasına yönelik yaptığımız açıklamalar saklıdır. Kanaatimizce, TMK m. 544’de “vasiyetname” terimi kullanılmamış olsaydı da, biz TMK m. 542/I aracılığı ile yine aynı sonuca ulaşabilirdik. Keza, Kanun sadece vasiyetnamelerden bahsetmiş olsa da, geri alma iradesinin bir miras sözleşmesi içinde yer alabileceği de açıklanmıştı.

TMK m. 544/I’de yer alan haliyle geri almanın ister bir vasiyetname isterse bir miras sözleşmesi kılıfına bürünsün bir ölüme bağlı tasarruf olduğu yolunda tartışma yoktur. Hukuki niteliğe ilişkin bu tespit ölüme bağlı tasarruflara hakim olan şekle sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin bu türden geri alma işlemleri için de devrede olduğunu ispata yetişir⁴²⁶. Şekil kurallarına aykırılığın yaptırımının iptal edilebilirlik olduğu ise daha önceden açıklanmış bulunmaktadır⁴²⁷. **Önen**’in ifadesi ile, şekil kurallarına aykırı

Oysa, biz, vasiyet edenin geri alma iradesini onun ilki ile maddi açıdan farklılıklar taşıyan ikinci bir vasiyetname düzenlemesinden çıkarırız. Benzer düşüncede bkz. **Öztrak**, Rücü, s. 62-63.

⁴²⁶ **Önen**, s. 27 vd.; **Öztrak**, Rücü, s. 22 vd.

⁴²⁷ Elyazısı ile vasiyetname özelinde ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil kurallarının anlamı ve bu kurallara aykırılığın yaptırımı hakkında ayrıca bkz. **Bağcı**, s. 45 vd.. Burada, başkaca bir endişemizi de ifade

düzenlendiği için geçersiz olan bir ölüme bağlı tasarrufta yer alan son isteklerin yerine getirilmesi, yasal mirasçıların vicdanına terkedilmiş demektir⁴²⁸. Onlar için, bu noktada, yerine getirilmediği takdirde sorumluluk doğuracak olan ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi zorunluluğu dahi yoktur.

Ezcümle, geri alma işleminin şekle bağlı olması iki sebepten kaynaklanır: Bir kere, kanun sırf geri alma işlemi için belli şekil kuralları sevk etmiştir. Öte yandan, bu açıkça dile getirilmiş olmasaydı dahi, geri alma işleminin hukuki niteliği bir ölüme bağlı tasarruf olarak tespit edildikten sonra ulaşılabilecek sonuç farklı olamazdı.

4.3. Geri Alma Usulünün Özü

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalardan, TMK m. 544/I göre geri almanın sonuç doğurabilmesinin, muhtelif şartların yerine getirilmesine bağlı olduğu sonucu çıkmaktadır. Bunların bir kısmı vasiyet edene ve diğer bir kısmı ise işlemin kendisine yöneliktir.

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, vasiyet edenin geri almaya yönelik iradesinin, TMK m. 542/I'in aksine bu kez, açıkça geri almadan bahseden bir kalıp içinde dış dünyaya yansımaları zorunluluğu yoktur. Biz, vasiyet edenin bir kısım tasarruflarda bulunmuş olmasından, dolaylı olarak geri alma iradesi ile hareket ettiği sonucuna ulaşırız.

Öte yandan, yukarıda da arz ettiğimiz üzere, geri alma işleminin şekil gibi başkaca bir kısım geçerlilik şartlarını yerine getirmesi de kendinden beklenir⁴²⁹. Kaldı ki, vasiyet edenin seçtiği ölüme bağlı tasarruf için aranan ehliyeteye sahip olması da zorunludur:

etmek isteriz. Ölüme bağlı tasarruflar konusu ile yıllardır meşgul olan bir insan olarak meselenin çoğu eserde önemsizce geçirilmesi ve kurumun özünde yatan mantığın sorgulanmaması bir yandan şaşırtıcıdır. Bu yaklaşımın esas sakıncası uygulamaya yön vermesinde yatmaktadır. Biz de, şekil kurallarını hemen yanıbaşında incelenmesi zorunlu olan yorum kurallarından bütünüyle ayrı değerlendirmek bir alışkanlıktır. Bu alışkanlığın neticesinde Yüksek Mahkemenin yok yere bir yığın ölüme bağlı tasarrufu varlık sebepleri çoktan ortadan kalkmış şekil ve ispat kuralları yüzünden iptal ettiğine şahit olmaktayız. Türk doktrini ne yazık ki yeni tarihli eserlerde de geleneklerine bağlı kalma yolunu seçmektedir. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Turan**, s. 93-94.

⁴²⁸ **Önen**, s. 28.

⁴²⁹ **Öztrak**, Rücü, s. 34; **Escher**, s. 353; **Tuor**, s. 339; **Piotet**, Précis, s. 53; **Guinand/Stettler**, s. 68; **Lador/Minet/Hinderman**, s. 112; **Rodriguez**, s. 52; **Stettler**, s. 145; **Steinauer**, s. 356; **Oğuzman**, Miras, s. 176; **Scyboz/Scyboz/Gillieron/Braconi**, s. 294; **Dural/Öz**, Miras, s. 107; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 247; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd.; **Belgesay**, s. 84.

“Mirasbırakan, önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmaksızın, yeni bir vasiyetname yaparsa, kuşkuyla yer bırakmayacak surette önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça, sonraki vasiyetname onun yerini alır.”

TMK m. 542/I ile m. 544/I arasında çalışmamızın başından beri yapageldiğimiz kavramsal ayırım bizzat kanun metninden de rahatlıkla çıkmaktadır: Kanun koyucunun, “... önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmaksızın...” şeklindeki ifadesi ile kastettiği olgu TMK m. 542/I’de düzenlenen açık geri alma vasiyetnamesidir. Başka deyişle, TMK m. 544/I’e göre geri almanın, vasiyet edenin açık geri alma iradesinden yoksun olmakla birlikte geri alma sonucunu doğuran bir kısım tasarruflarına indirgenmesi yerinde olur. Hal böyleyken, vasiyet eden bu usullerden sadece birine başvurabileceği gibi, O, kaleme aldığı sonraki tarihli metinde, açık bir geri alma iradesi yanında ve hemen devamında o açık geri alma iradesi olmasa idi dahi aynı sonucu doğuracak başkaca bir kısım tasarruflara da yer verebilir. Bu son halde, önceki tarihli vasiyetnamenin geri alınıp alınmadığının tespiti bakımından daha rahat bir sonuca ulaşırız. Zira, sonraki tarihli tasarruflar ile vasiyet edenin geri alma niyeti ile hareket ettiği sonucuna ulaşmamızda da, kendisinin açık geri almaya yönelik beyanı da belirleyici olur. Mamaafih, bu halde, bir kere vasiyet edenin geri alma iradesi böylelikle tespit edildikten sonra, geri almanın TMK m. 542/I’e göre mi yoksa TMK m. 544’e göre mi yoksa her ikisine göre bütüncül bir yaklaşım tarzıyla mı değerlendirilmesi gerektiği, bunların hukuki niteliklerinin de benzer olması sebebi ile, çoğu zaman teorik düzeyde bir tartışmaya denk gelse de, tavrımız sonuncu yaklaşıma öncelik tanımak şeklinde olmuştur⁴³⁰.

⁴³⁰ Vasiyet edenin ikinci tarihli geri alma vasiyetnamesini dört günlük bir süreye yayarak kaleme aldığını varsayalım. İlk gün açık bir geri alma iradesini yazmış ve geri alma sonucunu doğuran diğer tasarrufları ise ikinci ve üçüncü kaleme aldığını ve dördüncü günde imzaladığını düşünelim. Vasiyet edenin ilk gün ayırt etme gücünden yoksun olmakla birlikte diğer üç günde bu ehliyetle sahip olduğu tespit edilirse ne olacaktır? Bir kısım yazarlara bakılacak olursa, ölüme bağlı tasarrufla bulunanın vasiyetnamenin tamamlandığı anda ehliyetli olması kafidir. Diğer bir kısım yazarlar ise O’nun, işlemin yapıldığı dört gün boyunca ölüme bağlı tasarrufla bulunma ehliyetine sahip olmasını beklerler. Ehliyetsizlik sebebiyle zamansal kısmi geçersizliğin kabulü halinde, işte bu son görüşteki yazarların düşünce tarzı karşısında, geri almanın TMK m. 542/I’e göre mi yoksa TMK m. 544’e göre mi gerçekleşeceği pratik bir önem de kazanacaktır. Zira, bu halde, açık geri alma iradesi ehliyetsizlik sebebi ile geçersiz kabul edilse bile, vasiyet edenin ehliyetle sahip olduğu sırada düzenlemiş olduğu zımnî geri alma sonucunu doğuran tasarrufları ilk tarihli vasiyetnamenin geri alınması sonucunu doğurmaya TMK m. 544/I çerçevesinde yeterli kabul edilmelidir.

TMK m. 542/I için de yaptığımız ikili bir ayrıma gitmek suretiyle meseleyi incelemeye devam edebiliriz: Neredeki ölüme bağlı tasarruflar geri alınır? Geri almaya yönelik bu zımni irade nerede yer alabilir?

İlk soru bakımından TMK m. 542'den için söylediklerimizden farklı bir cevap vermeyeceğiz. Doktrinin tamamı ve uygulama, geri alınacak tasarrufların bir vasiyetnamede yer alması yanında bir miras sözleşmesi içinde yer almasına da imkan tanımaktadır⁴³¹. Bir miras sözleşmesinin geri alınabilecek içeriği, onun bağlayıcı içeriğine dahil olmayan ve bu anlamda tek yanlılık özelliğini koruyan kısmıdır⁴³².

İkinci soru bakımından da aynı düşüncelerin dile getirilmesinde bir sakınca yoktur. Biz, bu ikinci soru için, TMK m. 542/I'de çoğunluğun düşüncesinden ayrılarak geri almaya yönelik iradenin sadece bir vasiyetname olarak karşımıza çıkabileceğinden bahsetmiş idik⁴³³. Bu bahiste biz de çoğunluğun fikrine iştirak etmekteyiz: TMK m. 544/I anlamında geri almaya yönelik irade açıklaması bir vasiyetname de yer alabileceği gibi bir miras sözleşmesi içinde de yer alabilir⁴³⁴. Keza, geri alma vasiyetnamesi ile geri alınan vasiyetnamenin aynı türden-özdeş olmasına da gerek yoktur: Bir resmi vasiyetname TMK m. 544/I'e göre de örneğin bir elyazısı ile vasiyetname ile dolaylı olarak geri alınabilecektir.

TMK m. 544/I'de düzenlenen örtülü-dolaylı geri alma halinin kavramsal dökümü şöylece yapılabilir:

a. El yazısı ile vasiyetnamede yer alan bir tasarruf yine el yazısı ile vasiyetname ile geri alınabileceği gibi şartları varsa sözlü vasiyetname ve resmi vasiyetname ile ve ötesinde miras sözleşmesi ile geri alınabilir.

⁴³¹ **Öztrak**, Rücu, s. 34; **Escher**, s. 353; **Tuor**, s. 339; **Piotet**, Précis, s. 53; **Guinand/Stettler**, s. 68; **Lador/Minet/Hinderman**, s. 112; **Rodriguez**, s. 52; **Stettler**, s. 145; **Steinauer**, s. 356; **Oğuzman**, Miras, s. 176; **Scyboz/Scyboz/Gillieron/Braconi**, s. 294; **Dural/Öz**, Miras, s. 107; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 247; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd.; **Belgesay**, s. 84.

⁴³² Bkz. yukarıda s. 45, 51, 88 vd..

⁴³³ Bkz. yukarıda s. 90 vd..

⁴³⁴ **Öztrak**, Rücu, s. 34; **Escher**, s. 353; **Tuor**, s. 339; **Piotet**, Précis, s. 53; **Guinand/Stettler**, s. 68; **Lador/Minet/Hinderman**, s. 112; **Rodriguez**, s. 52; **Stettler**, s. 145; **Steinauer**, s. 356; **Oğuzman**, Miras, s. 176; **Scyboz/Scyboz/Gillieron/Braconi**, s. 294; **Dural/Öz**, Miras, s. 107; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 247; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd.; **Belgesay**, s. 84.

b. Resmi vasiyetnamede yer alan bir ölüme bağlı tasarruf, yine, resmi vasiyetname yanında el yazısı ile vasiyetname ve sözlü vasiyetname ile geri alınabilir. Miras sözleşmesi ile geri alınması da mümkündür.

c. Sözlü vasiyetnamede yer alan bir tasarruf, bu tarz bir ölüme bağlı tasarruf yapmayı zorunlu kılan olağanüstü şartlar varlığını koruduğu sürece ancak yine bir sözlü vasiyetname ile geri alınabilecektir. Zira mezkur şartların devam ediyor olması diğer ölüme bağlı tasarruf şekillerine başvurmayı imkansız hale getirecektir. Sözlü vasiyetname düzenlenmesini zorunlu kılan şartlar ortadan kalktıktan sonra geri alınması ise ancak bu iradenin bir aylık süre içinde dile getirilmesi halinde pratik bir önem taşır. Başka deyişle, sözlü vasiyetname bu halde ancak bir aylık süre içinde el yazısı ile vasiyetname, resmi vasiyetname ve miras sözleşmesi ile geri alınabilir.

d. Bir miras sözleşmesinde onun bağlayıcı içeriğine dahil olmayan tarzda tek taraflılık özelliğini muhafaza eden ölüme bağlı tasarruflar da bir el yazısı ile vasiyetname, bir resmi vasiyetname, bir sözlü vasiyetname ya da yine bir miras sözleşmesi ile geri alınabilecektir⁴³⁵.

⁴³⁵ **Önen**, s. 113 vd. Yazar, kanunda zikredilmese bile, miras sözleşmesi ile de TMK m. 544/I anlamında geri almanın mümkün olduğunu ifade etmektedir. **Önen**, bu sonucun doğmasını, haklı olarak miras sözleşmesinin geçerli bir şekilde tanzim edilmiş olmasına bağlamaktadır. Miras sözleşmesinin örneğin ehliyetizlik sebebi ile geçersiz olması halinde geri almadan da bahsedilemeyecek ve geri alma iddiasında olunan ilk vasiyetname varlığını korumaya devam edecektir. Bununla birlikte, anılan metnin resmi vasiyetname olarak kabul edilip edilemeyeceğini sorgulayan yazar, Federal Mahkemenin benzer yöndeki bir içtihadından yola çıkarak şu sonuca varmaktadır: İvazlı ve ivazsız miras sözleşmeleri arasında fark vardır. İvazsız miras sözleşmeleri bakımından vasiyet edenin iradesinin bu yönde tecelli edeceğinin tespit edilmesi halinde miras sözleşmesinin resmi vasiyetname olarak kabul edilmesinde sakınca yoktur. İvazlı miras sözleşmeleri bakımından ise benzer bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Miras sözleşmesinin taraflarının karşılıklı bir kısım kazandırmalarda bulunduğu hallerde bunlardan herbirinin edimi diğer yanın edimine bağlılık arzeder. İşte bu son halde, konversiyonun kabul edilmesi, müşterek vasiyetnamenin yasal olduğu bu hukuk sisteminde mezkur yasağın ihlali anlamını taşır. Müşterek vasiyetname düzenlenmesi Türk hukukunda da yasal olduğundan **Önen**'in İsviçre hukuku için ulaştığı sonucun bizim hukuk sistemimiz bakımından da tekrarında sakınca yoktur. Bununla birlikte şu haklı uyarının yapılmasında fayda vardır: Miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olmayan tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar için vasiyetname ehliyetinin yeterli görülmesi ile tasarruf edenin miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olan tasarrufları bakımından ehil olmaması halinde bunların bir resmi vasiyetname içeriği olarak kabulü ayrı şeylerdir. Biz, böylesi bir problem karşısında şöyle düşünürüz: Bir miras sözleşmesinin içinde yer almakla birlikte geri alma sonucunu doğuran tasarruf tek yanlılık özelliğini koruyacak türden ise aranacak ehliyet vasiyetname ehliyetidir ve esasında miras sözleşmesi ile değil de vasiyetname ile geri alma söz konusudur. Bu halde, eldeki miras sözleşmesinin resmi vasiyetname olarak geçerli tutulmasını tartışmaya da gerek yoktur. Çoğunluğun fikrince mümkün olan TMK m. 542/I anlamında saf bir geri alma beyanının miras sözleşmesi içinde yer alması halinde durum böyledir. Bununla birlikte, geri alma sonucunu doğuran tasarruflar mirasçı atanması gibi miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil iseler ve bu halde tasarruf eden miras sözleşmesi düzenleme ehliyetine sahip

Daha önce de söylediğimiz üzere, yukarıda yaptığımız kavramsal döküm aynı zamanda vasiyet edenin iradesinin sınırlarıdır. O, ancak ve ancak, seçmiş olduğu usulün gereklerini yerine getirerek önceki tarihli ölüme bağlı tasarrufunu hükümden düşürme amacına ulaşabilecektir. Yine, favor testamenti kuralı geri alma vasiyetnamesinin geçersizlikten kurtarılması için her türlü çabanın gösterileceği anlamına gelir. Bununla şunu kastediyoruz: Favor testamenti kuralı ortada sadece tek bir ölüme bağlı tasarruf olduğunda yasal mirasçılığa karşı iradi mirasçılığı güçlendirme fonksiyonuna sahip iken geri alma örneğinde olduğu gibi biri yekdiğerinin yerini alacak iki farklı ölüme bağlı tasarruf olduğunda ikili bir ayrıma gidilerek neye hizmet ettiği tespit edilmelidir. Eğer, ikinci tarihli geri alma vasiyetnamesi sadece açık bir geri alma iradesinden ibaretse, ki vasiyet edenin örneğin “yasal mirasçılık kurallarına dönmek istiyorum” şeklindeki bir ifade ile yetinmesi hali böyledir. İşte, bu ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulması yolunda gösterilecek çabanın iradi değil de yasal mirasçılığı güçlendireceği açıktır. Vasiyet eden, sade bir geri alma beyanı ile yetinmeyip, bu kez içerik olarak farklı bir tarzda paylaşım öngörmüş olabilir. Bu son ihtimalde, geri alma vasiyetnamesinin ayakta tutulması yolunda gösterilecek çaba elbette iradi mirasçılığı yasal mirasçılık karşısında yeğ tutmak anlamına gelecektir. Gariptir, açık geri alma vasiyetnamesi ile yasal mirasçılığa dönülen hallerde, yasal mirasçılığın temelinde bir ölüme bağlı tasarruf, sözün özü iradi mirasçılık yatmaktadır. Deyim yerinde ise, mirasbırakanın iradesindeki dalgalanma, denizin kıyıdan alıp içine hapsettiği bir kum tanesini tekrar getirip kıyıya bırakmasında olduğu gibi, kısmen söndürdüğü yasal mirasçılığın tekrar bütünüyle canlanmasına vesile olmaktadır. İşte bu halde dahi, favor testamenti kuralını ve ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutmak amacıyla yapılan yorumun sınırlarını olabildiğince zorlamakta, iradi mirasçılığın öncelikli olduğunu düşünen bir kişi olarak sakınca görmüyoruz. Zira, burada da, yasal mirasçılık kurallarına geri dönüşün altında yatan ve terekenin yazgısını belirleyen olgunun kanun koyucunun farazi iradesi değil de bizzatihi mirasbırakanın iradesi olduğuna inanıyoruz.

Hemen yukarıda, TMK m. 544/I anlamında geri almanın bir miras sözleşmesi ile de mümkün olduğuna işaret ettik. Bu kısım açıklamalarımızı bir nebze de olsa genişletmek

olmamakla birlikte vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip ise işte bu noktada eldeki metnin bir resmi vasiyetname olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılmalı ve **Önen** ve Federal Mahkemenin fikrine uyarak en azından ivazsız miras sözleşmeleri bakımından tahvilin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

isteriz. Vasiyetnamenin geri alınması sonucunu doğuracak bir miras sözleşmesinin içeriği şunlardan biri olacaktır:

- a. Açık geri alma beyanı**
- b. Açık geri alma beyanı+vasiyeti yerine getirme görevlisi atama**
- c. Açık geri alma beyanı+vakıf kurma**
- d. Açık geri alma beyanı+evlilik dışı çocuğun tanınması**
- e. Açık geri alma beyanı+mirastan çıkarma**
- f. Açık geri alma beyanı+mirasçı atama**
- g. Açık geri alma beyanı+belirli mal bırakma**
- h. Açık geri alma beyanı+mirastan feragat**
- ı. Açık geri alma beyanı olmaksızın vakıf kurma veya vasiyeti yerine getirme görevlisi atama veya mirastan çıkarma veya evlilik dışı çocuğu tanıma veya mirasçı atama veya belirli mal bırakma.**

Yukarıda yer verdiğimiz dökümdeki a,b,c,d ve e bentlerindeki hallerde eldeki metnin bir miras sözleşmesi değil de bir vasiyetname olarak kabul edilmesi gerekir. Bu bakımdan tarafların adlandırmalarının da önemi yoktur. Vasiyet eden açıkça bir miras sözleşmesinden bahis açsa dahi durum değişmez. Dolayısıyla, bu hallerde, aslında, vasiyetnamenin yine bir vasiyetname ile geri alınması hali söz konusudur⁴³⁶. Keza, açık geri alma beyanı olmasa, sadece bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atama tasarrufunun geri alma sonucunu doğurması da mümkün değildir. Ancak, mirastan çıkarma, evlilik dışı çocuğun tanınması ve vakıf kurma için aynı şey söylenemez.

⁴³⁶ Biz de dahil olmak üzere, miras sözleşmesinin en azından bir tane bağlayıcı nitelikte tasarruf içermesi gerektiğine inanan yazarlar açısından durum böyledir. Öte yandan, bu bahiste zikredilen; vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, vakıf kurma, evlilik dışı çocuğu tanıma ve mirastan çıkarma tasarruflarının yeri esasında bir miras sözleşmesi değil de bir vasiyetnamedir. Bununla birlikte, anılan tasarrufların bir miras sözleşmesinde yer almasında sakınca yok ise de, sadece bunların varlığı eldeki metnin bir miras sözleşmesi olarak kabul edilmesine yetmeyecektir. Doktrinde kimi yazarların, bizim görüşümüzden ayrılarak, bir miras sözleşmesinin sadece bu türden tasarruflardan ibaret olabileceğine inanadıklarını da belirtmiştik.

Vasiyet eden, ölüme bağlı tasarrufunun lehdarını ya da lehdarlarını, yasal mirasçılık ilişkisine bütünüyle yabancı üçüncü kişiler arasından seçebileceği gibi yasal mirasçılarının ve bu arada saklı paylı mirasçılarının arasından da seçebilecektir: Aynı zamanda saklı paylı mirasçısı olan örneğin oğlu O'ya malvarlığı değerlerinden bir kısmının vasiyet edilmesinde bir sakınca görmemek gerekir. Vasiyet edenin, böylesi bir kazandırmanın sonrasında, ikinci bir metin kaleme alarak bu metne miras sözleşmesi adını verdiğini ve şunları yazdığını varsayalım: “Oğlum O'ya muhtelif kazandırmalarda bulunduğum vasiyetnamemi geri alıyorum. Yüzümde patlattığı tokat ben ölene kadar zihnimden çıkacak türden değildir. Son isteğim, saklı payından da mahrum kalması, mirasından zerre kadar da olsa faydalanmamasıdır.”. İşte bu halde, biz, vasiyet edenin miras sözleşmesi demesine rağmen, bir vasiyetnamenin var olduğunu kabul ederiz. Açık geri alma beyanı olmasaydı bile mirastan çıkarmaya yönelik iradesi tasarruf edenin ilk vasiyetnamesinden dönmek niyetinde olduğunu ortaya koyar. Şüphe halinde sonraki tasarrufun öncekinin yerini alacağı asıldır. Vasiyet edenin bir yandan oğlunu saklı payından dahi mahrum bırakmak isterken diğer yandan onun lehine olan bir kısım tasarrufların bu ıskata rağmen ayakta kalmasını isteyeceğini düşünmek mirastan çıkarma kurumunun ratio legisi ile de açıkça çelişir. Saklı paylı mirasçıların mirasbırakan ile aralarındaki manevi bağı yıpratmak türden davranışları, onun kendisine başkaca bir kısım tasarruflarda bulunurken sahip olduğu manevi yönelimi de parçalamaya yetişir de artar bile⁴³⁷.

Vasiyet edenin açık geri alma beyanına örneğin bir vakıf kurma iradesi eklediğini varsayalım. Eldeki metin bu hali ile esasında yine bir vasiyetnamedir. Açık geri alma beyanı olmasaydı dahi önceki vasiyetname ile muhtelif kişilere bırakılan belirli malvarlığı değerlerinin bu kez bir vakfa özgülenmesi halinde önceki vasiyetnamenin geri alındığı sonucuna ulaşılmasında bir sakınca yoktur.

Vasiyet edenin açık geri alma beyanına evlilik dışı çocuğu tanıma yolunda bir tasarruf eklediği varsayımında ikili bir ayrıma gidilmesi yerinde olacaktır. Metin her halde

⁴³⁷ Mirasçılıktan çıkarma (eskilerin deyimi ile cezai ıskat), genel olarak, saklı paylı mirasçılarının saklı paylarından uzaklaştırılması olarak tanımlanır. Miras bırakan ile yasal mirasçılarının bir kısmı arasında, diğerlerine nazaran daha özenli davranmayı gerektiren bir bağ olduğuna inanılır ve o mirasçılara mirasbırakanın belli sebepler dışında dokunamayacağı bir alan yaratılır (saklı pay). İşte bu bağın kopmasına sebep olan davranışlarda bulunmak (TMK m. 510) bu özel bağın ödülü olan saklı paydan da mahrum olma sonucunu doğurur. Bununla birlikte, mirasbırakandan, bu isteğini bir ölüme bağlı tasarruf içinde sebepleri ile birlikte göstermesi beklenir. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Dural/Öz**, Miras, s. 198 vd.

vasiyetname hükmündedir. Eğer açık bir geri alma iradesi yok ise vasiyet edenin ilk ölümüne bağlı tasarrufundan önce kendisine hukuken uygun şekilde bağlı bir çocuğu olup olmadığına bakmak yerinde olur. Vasiyet edenin iki çocuğu olduğunu, buna rağmen bir vasiyetname düzenleyerek otomobilini yakın dostu A'ya bıraktığını ve ardından ikinci bir metin kaleme alıp bunu da miras sözleşmesi şeklinde adlandırıp bu sonuncusu ile evlilik dışı çocuğu B'yi tanıdığını varsayalım. Bir başka örnekte ise, vasiyet edenin hiç çocuğu yok iken yakın arkadaşı A'ya otomobilini bıraktığını ve fakat ardından düzenleyip de miras sözleşmesi dediği bir metinde evlilik dışı çocuğu B'yi tanıdığını düşünelim. Bu örneklerin ilkinde söz konusu tasarrufların birbirini tamamladığını kabul etmek mümkün iken ikincisinde aynı sonuca ulaşmak kanaatimizce zordur. Şüphe halinde geri almanın asıl olduğu yolundaki ilke burada da imdadımıza yetişecektir. Hal böyleyken, bu örneklerin ikisinde de açık bir geri alma beyanının metne eklenmesi, birinci örnek için de sonucu değiştirecek ve o halde de vasiyetnamenin geri alındığı sonucuna ulaşılacaktır.

TMK m. 544 anlamında miras sözleşmesi ile geri alma çoğu zaman anılan tasarrufun bağlayıcı içeriğine dahil olan atama ya da belirli mal bırakma tasarrufları şeklinde karşımıza çıkacaktır. Bir miras sözleşmesinin açık bir geri alma beyanı ile atama ya da belirli mal bırakma tasarruflarını birlikte içermesi mümkün olmakla birlikte, TMK m. 544 çerçevesinde miras sözleşmesi ile geri alma dendiğinde bundan maksat, esasında, böylesi açık bir geri alma iradesi içermeyen miras sözleşmelerinde yer alan atama ve belirli mal bırakma işlemlerinin geri alma sonucu doğurmasıdır. Kaldı ki, açık bir geri alma iradesi içermeyen miras sözleşmelerinde yer alan birden çok tasarrufun herbirinin geri alma sonucunu doğuracak nitelikte olması da mümkündür: Tasarruf edenin bir vasiyetname düzenleyerek yakın arkadaşı A'ya otomobilini, yeğeni B'ye evini, Kızılay'a da diğer tüm malvarlığını bıraktığını ve ardından bir miras sözleşmesi yaparak bu kez otomobilini ve evini kurulmasını arzu ettiği Kimsesizler Vakfı'na, geri kalan malvarlığını da yeğeni C'ye bıraktığını düşünelim. İşte bu örnekte, gerek miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olmayan vakıf kurma iradesi gerekse yeğeni C lehine yapılan kazandırmalar ayrı ayrı tek başlarına ilk vasiyetnamenin geri alındığını ispata yetişirler⁴³⁸. Ayrıntılarını hemen aşağıda açıklayacağımız bir ilke bizi bu sonuca götürür. Mirasbırakanın sonraki

⁴³⁸ Bu halde, tasarruf edenin vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olmakla birlikte miras sözleşmesi düzenleme ehliyetine sahip olmaması halinde, vakıf kurmaya yönelik kısmın diğer tasarruftan ayrılarak geçerli kabul edilmesi ve bu kabule göre yeri geldiğinde o kısım bakımından geri almadan bahis açılması hatalı olmaz.

tarihli tasarrufu ile ilkinin tamamlamak istediği açık bir şekilde anlaşılmadıkça ilk tarihli olan vasiyetnamenin geri alındığı varsayılır. Geri almanın kısmi ya da vasiyetnamenin bütününe yönelik olması bu bahiste önemli değildir⁴³⁹.

Böylelikle, bir vasiyetnamenin TMK m. 544/I anlamında ne zaman geri alınmış sayılacağı yolundaki tartışmaların kapısını açmış bulunuyoruz.

Velidedeoğlu'nun deyişi ile⁴⁴⁰ sonraki tarihli vasiyet önceki tarihli vasiyetden açıkça rücuu ihtiva etmiyorsa, sonraki tarihli vasiyetin hükümlerinden, evvelki vasiyeti açıkça tamamlayıcı mahiyette olmayan kısımlar, evvelki vasiyetin yerine geçer. **Köprülü** de, benzer şekilde, sonraki tarihli vasiyetnamenin eskisini açıkça tamamladığının anlaşılamaması ve yeni vasiyetnamenin aksine bir açıklama da içermemesi halinde, eskisinin geri alınmış sayılacağını ifade etmektedir⁴⁴¹. **Oğuzman**'a göre de, iki vasiyetname bağdaştırılamıyorsa, sonraki ile öncekinin geri alındığını kabul etmek zorunludur⁴⁴². Yazara göre, iki vasiyetnamenin bağdaştırılabildiği hallerde ikincisi ile ilkinden rücu edildiği sonucunun çıkartılması bir zorunluluk olmamasına rağmen, Kanun, bu halde geri alma yolunda bir karine ihdas etmiştir: İki vasiyetnamenin birarada uygulanması ancak ve ancak ikincisinin ilkinin açıkça tamamladığı hallere hasredilmiştir⁴⁴³.

⁴³⁹ Çalışmamızın muhtelif kısımlarına dağılmış bulunan açıklamalarımızı toplarsak ulaştığımız sonuç şöylece özetlenebilecektir. Mirasbırakan, açık bir geri alma beyanı ile yetinebileceği gibi gerek miras sözleşmelerinde gerekse vasiyetnamelerde bu açık geri alma beyanına başkaca bir kısım tasarruflar ekleyebilir. O, açık bir geri alma beyanına yer vermeksizin sadece, geri alma sonucunu doğuracak bir kısım tasarruflar da bulunma hususunda da tam bir irade serbestisine sahiptir. İlk halde TMK m. 542 devrede iken son halde TMK m. 544/I çerçevesinde yapılacak bir yorumla geri alma iradesinin varlığı tespit edilebilecektir. İkinci ihtimalde ise her iki hüküm birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Açık geri alma iradesine eklenen tasarrufun başlıbaşına geri alma sonucunu doğurmaya yeterli olduğu hallerde meselenin TMK m. 542/I yanında bir de TMK m. 544/I açısından ele alınması kaçınılmazdır. Bununla birlikte, TMK m. 544/I anlamında geri alma sonucunu doğuracak tasarruflar, mirastan çıkarmadan mirasçı atamaya kadar uzanan bir yelpazede değişiklik gösterebilirler. Geri alma tasarrufunun nitelik olarak farklılaşması ulaşılacak sonucu değiştirmese de geri alma iradesi için aranan ehliyet başta olmak üzere geçerlilik şartlarının da farklılaşmasına sebep olur. Öte yandan, bir miras sözleşmesinin sadece geri almaya yönelik açık bir irade açıklamasından ibaret olması da kanaatimizce mümkün değildir. Bu halde, biz, favor testamenti ilkesi gereğince mezkur tasarrufu bir resmi vasiyetname olarak kabul eder ve vasiyetnamenin vasiyetname ile geri alınmasından bahis açarız.

⁴⁴⁰ **Velidedeoğlu**, s. 519.

⁴⁴¹ **Köprülü**, Miras, s. 114.

⁴⁴² **Oğuzman**, Miras, s. 179. Yazara göre TKM'nin 491. maddesinin ilk cümlesi (TMK m. 544/I) maksadı ifade etmekten uzaktır.

⁴⁴³ **Oğuzman**'a göre ilk vasiyetname lehtarlarının ispat edeceği husus her iki vasiyetnamenin bağdaşabildiği değil de ikincinin birinciyi açıkça tamamlamak için kaleme alınmış olduğudur. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Oğuzman**, Miras, s. 179 ve oradaki dn. 451'e ait metin.

Aynı karinenin varlığına **Serozan** da⁴⁴⁴ dikkat çekmektedir: “Eğer mirasbırakan açık bir geri alma vasiyetnamesi düzenlemeyip, birinci vasiyetnameye dokunmaksızın ikinci bir vasiyetname düzenlemişse, yine de karine olarak ilk vasiyetnamesini geri almış sayılır. Olan ki sonraki vasiyetnamenin öncekini tamamladığı kanıtlabilsin”. Yazar, söz konusu yorum kuralını eleştirmekte ve tavrını, elden geldiğince sözkonusu vasiyetnamelerin bir arada yaşatılmasından yana koymaktadır⁴⁴⁵. **Kocayusufpaşaoğlu** da, müteaddit vasiyetnameler halinde, Türk-İsviçre kanun koyucularının, Alman ve Fransız meslektaşlarının aksine, geri alma lehine bir karineyi kabul ettiklerini ifade etmektedir⁴⁴⁶: Geri alma karinesinin engellenmesi için bizzat vasiyet edenin bu yöndeki bir iradesi faydalı olacaktır. **Dural**’a göre de, her iki vasiyetnamenin birlikte uygulanması mümkün olsa bile ikinci vasiyetname ile ilki geri alınmış sayılır⁴⁴⁷. Yukarıda yer verdiğimiz farklı yazarlara ait düşünce tarzı Türk doktrininin geneli tarafından da paylaşılmaktadır⁴⁴⁸.

İsviçreli müelliflerden **Steinauer** de ilki ile bağdaşmayan sonraki tarihli vasiyetnamenin geri alma anlamına da geleceğini ifade ettikten sonra, İMK’nun 511. maddesinin ilk fıkrasında şüphe halinde geri almanın asıl olduğu yolunda bir karine tesis edildiğini eklemektedir⁴⁴⁹. Keza, **Tuor** da, müteaddit vasiyetnamelerin varlığı halinde her ikisinin birlikte uygulanmasının imkan dahilinde olduğu söylemekte, bununla birlikte, karinenin geri alınma yolunda olduğunu belirtmektedir⁴⁵⁰. **Guinand/Stettler**’e nazaran da vasiyet edenin ilkinin açıkça geri aldığını belirtmeksizin ikinci bir vasiyetname düzenlemesi halinde mezkur tasarruflar tam bir uyuma halinde olmadıkları sürece ikincisinin ilkinin geri

⁴⁴⁴ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 250.

⁴⁴⁵ Vasiyet edenin ilkinde 1/1 oranında A’yı, ikincisinde 1/1 oranında B’yı, üçüncüsünde ise ½ oranında C’yı mirasçı olarak atadığı varsayımında mirasın B ve C arasında yarı yarıya bölüşülmesi gerektiği haklı olarak iddia edilmektedir. Yazarın iradi mirasçılığı mümkün mertebe ayakta tutma yolundaki genel eğilimine uyumlu bu düşünce tarzını biz de aynen benimsemekteyiz.

⁴⁴⁶ Yazara göre, eğer mezkur vasiyetnameler, birbiri ile telif edilemeyecek şekilde zıt ise, açıkça söylenmese de ilki geri alınmış sayılır. Birbiri ile telifi mümkün olan vasiyetnameler bakımından ise geri alma karinesi devrededir: **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 232-233. **Kocayusufpaşaoğlu**, Türk-İsviçre kanun koyucusunu Roma hukukuna bağlı kalması sebebiyle eleştirmektedir. Yazara göre TMK m. 491 hatalı bir şekilde kaleme alınmıştır. Metnin doğru tercümesinin şu şekilde olması gerekir: “Muris, öncekini açıkça geri almadan yeni bir vasiyetname yaparsa, yeni vasiyetname, şüphe götürmez tarzda öncekini tamamladığı anlaşılmadıkça, eskisinin yerine geçer.”

⁴⁴⁷ **Dural/Öz**, Miras, s. 108.

⁴⁴⁸ **Aybay**, Miras, s. 61; **Öztan**, s. 190; **Antalya**, s. 108; **N. Ayiter**, s. 56-57; **İmre/Erman**, s. 98-99; **Belgesay**, s. 87; **Kılıçoğlu**, Miras, s. 95-96; **Şakir Berki**, Miras Hukuku, Ankara 1975, s. 83; **Gönensay/Birsan**, s. 118; **Hatemi**, Miras, s. 91; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 195-196.

⁴⁴⁹ **Steinauer**, s. 357-358.

⁴⁵⁰ **Tuor**, s. 339.

aldığı varsayılır⁴⁵¹. **Rodriguez**'in de düşüncelerini benzer yönde açıkladığına şahit olamayız: Sonraki tarihli vasiyetnamenin ilkinin açıkça tamamlamak amacıyla yapıldığı tespit edilmedikçe geri almadan bahis açılır⁴⁵². **Rossel/Mentha** ve **Hirt/Ryffel**'e göre ise müteaddit vasiyetnamelerin birlikte uygulanması mümkündür; ancak, içerik olarak uyumlu olmayan vasiyetnamelerden sonraki tarihinin önceki tarihliyi kural olarak geri aldığı varsayılır⁴⁵³. Benzer yöndeki düşünceler muhtelif yazarlar tarafından da dile getirilmiş bulunmaktadır⁴⁵⁴. **Önen**, Bern Mahkemesinin Emile Zuber kararına atıf yaparak meseleyi tartışmaya açmaktadır⁴⁵⁵. Bern Mahkemesi'nin anılan kararda ulaştığı sonuç şöylece ifade edilebilecektir: İMK'nun 511. maddesinin ilk paragrafı esasında bir yorum kuralı öngörmektedir. Buna göre, sonraki tarihli vasiyetnamenin ilkinin açıkça tamamladığının anlaşılmadığı hallerde ilkinin geri alınmış sayılması icapedir. Yazar, şüphe halinde, vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini de eklemektedir⁴⁵⁶. **Önen**, bu son halde, Alman ve Fransız hukuklarının tercihlerini, her iki vasiyetnamenin de birlikte uygulanması yönünde kullandıklarının altını da çizmektedir.

Öztrak'ın konu ile ilgili düşüncelerinin⁴⁵⁷ ise şu başlıklar altında özetlenmesi mümkündür:

a. Türk-İsviçre hukuk sisteminde Fransız ve Alman hukuklarının aksine, sonraki tarihli vasiyetnamenin içeriğinin ilki ile çatışma halinde olmadığı hallerde dahi rücu karinesi devrededir⁴⁵⁸ ve Fedaral Mahkemenin fikri de bu minvaldedir⁴⁵⁹.

⁴⁵¹ **Guinand/Stettler**, s. 68-69.

⁴⁵² **Rodriguez**, s. 52.

⁴⁵³ **Rossel/Mentha**, s. 96; **Hirt/Ryffel**, s. 64.

⁴⁵⁴ **Scyboz/Scyboz/Gilléron/Braconi**, s. 295; **Piotet**, Précis, s. 53; **Honsell/Wogt/Geiser**, s. 271.

⁴⁵⁵ **Önen**, s. 101.

⁴⁵⁶ **Önen**, s. 102. Yazar, İMK'nun kabul ettiği bu sistemin Roma hukuku kaynaklı olduğunun altını çizmektedir. Roma hukukundan farklı olarak vasiyet edenin aksi yöndeki iradesi bu karinenin çürütülmesine faydalı olabilecektir. Vasiyet eden sonraki tarihli vasiyetnamesinde öncekini geri almak niyeti ile hareket etmediğini açıkça söyleyebileceği gibi bu yönde bir açıklama olmamasına rağmen de her iki metnin birlikte yorumlanmasından aynı sonuca ulaşmak mümkün olabilecektir.

⁴⁵⁷ **Öztrak**, Rücu, s. 63 vd.

⁴⁵⁸ **Öztrak**, Rücu, s. 63-64. Yazar, anılan bölümde Bern İstinaf Mahkemesi'nin 27 Eylül 1917 tarihli bir kararına da atıf yapmaktadır: “Şüphe halinde yeni bir vasiyet yaparken vasiyetçinin kastı daha önceki tek taraflı ölüme bağlı tasarruflarını sadece ikmal ve itmam etmek değil ve fakat onlardan rücu etmek şeklinde kabul edilmek iktiza eder.... Medeni Kanunun 511 inci maddesindeki karene ancak, aksinin ispatı ile çürütülebilir. Mukaddem tarihli vasiyetden rücu mefruz olduğuna göre, sonraki ölüme bağlı tasarrufların tereddüde yer bırakmayacak surette evvelkilerini ikmal ve itmam ettiklerinin ispatı eski vasiyetden istifade etmek isteyen tarafa düşer.”

b. TKM'nin 491. maddesinin birinci cümlesi (TMK m. 544/I) üç açıdan eleştirilmeyi hak etmektedir:

- “Mukaddem tarihli vasiyet” yerine mukaddem tarihli tek taraflı ölüme bağlı tasarruf

- “Muahhar tarihli vasiyet” yerine de muahhar tarihli ölüme bağlı tasarruflar denmeliydi.

- Cümlede geçen “sarahaten” sözcüğü de, tamamlama iradesinin vasiyet eden tarafından açıkça dile getirilmesini şart kılıyor izlenimi yaratmaktadır. Oysa, sonraki tarihli tasarrufun ilkinin tamamlamak maksadı ile yapıldığı, sonraki tarihli tasarrufun hükümlerinden de “tereddüde yer bırakmayacak şekilde” anlaşılabilecektir.

c. Ancak, tek taraflı müspet mahiyetli ölüme bağlı tasarruflar bu yolla geri alınabilir.

d. Sonraki tarihli vasiyetnamenin geri alma sonucunu doğurabilmesi geçerli bir şekilde tanzim edilmesine bağlıdır: Ehliyet ve şekil kuralları yerine getirilmiş olmalıdır.

e. Sonraki tarihli vasiyetname önceki tarihli vasiyetname ile tenakuz halinde bulunmalıdır.

Ezcümle, bizim tüm bu bilgiler ışığında ulaştığımız sonuçlar ise şunlardan ibarettir:

a. TMK m. 544/I’de, eleştirilebilir olmakla birlikte, şu yönde bir yorum kuralı ihdas edilmiş bulunmaktadır: Vasiyet edenin gerisinde birden çok vasiyetname bıraktığı hallerde bunlardan sonraki tarihli olan, kural olarak, önceki tarihli olanı geri alır.

b. Vasiyet edenin iradesinin hangi yönde olduğu eldeki metinlerin toplu bir şekilde yorumlanması suretiyle tespit edilir. Şüphe halinde O’nun geri alma iradesi ile hareket ettiği asıldır.

c. Bununla birlikte, vasiyet edenin bu yöndeki açık bir beyanı, sonraki tarihli vasiyetnamenin ilkinin tamamlamak amacı ile kaleme alındığını ispata yetiştirecektir. Bu yönde vasiyet edenden sadır olan açık bir beyan olmasa dahi eldeki metinlerin yorumundan

⁴⁵⁹ **Öztrak**, Rücu, s. 64 ve orada zikredilen ATF 79 II 36; ATF 82 II 513.

da aynı sonuca ulaşılması mümkündür: Sonraki tarihli vasiyetnamenin ilkinin tamamlamak amacı ile kaleme alındığı hiçbir şüpheyi yer bırakmayacak şekilde ispatlanırsa her iki tasarruf da aynı anda ve birlikte uygulanacaktır. Kanun koyucumuz **Öztrak**'ın haklı serzenişlerine kulak tıkamamış ve “sarahaten” terimi yerine “kuşkuya yer bırakmayacak surette” terimini tercih etmiştir⁴⁶⁰.

d. Kanunda bir yorum kuralı olarak karşımıza çıkan geri alma yönündeki karine özellikle ispat yükünün kime düştüğü noktasında belirleyici olur⁴⁶¹. İlk vasiyetnamenin lehdarı ya da lehdarları, her halde, sonraki tarihli olanın önceki tarihli olanı tamamlamak maksadı ile yapıldığı açık bir şekilde ispat edebildikleri ölçüde farklı tarihlerde kalem alınmış her iki tasarruf birlikte uygulanacaktır.

e. Biz, farklı tarihlerde kaleme alınmış birden çok vasiyetnamenin varlığı karşısında şu sıra ile düşünüyoruz:

- Öncelikli olarak sonraki tarihli ölüme bağlı tasarrufun vasiyet edenin ilk tarihli ölüme bağlı tasarrufunu geri almama niyetinde olduğunu belirten bir beyanı içerip içermediğine bakılır. Eğer bu yönde bir beyan mevcut ise artık her iki metnin birlikte uygulanmasında bir sakınca yoktur⁴⁶²: “Öncekilere ek olarak”, “ilk vasiyetnamemi geri almaksızın” türünden kayıtlarla başlayan sonraki tarihli vasiyetname örneklerinde olduğu gibi. Zira, TMK m. 544/I’de yer alan geri alma karinesi kuralı tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır ve aksinin vasiyet eden tarafından öngörülmesi mümkündür⁴⁶³. **İmre/Erman**’ın düşüncesinin aksine⁴⁶⁴ vasiyet edenin tamamlama ve birlikte uygulanma yönündeki açık iradesinin sonraki tarihli vasiyetnamede yer alması da bir zorunluluk değildir⁴⁶⁵.

- Vasiyet edenin her iki vasiyetnamenin birlikte uygulanacağına yönelik açık bir beyanı yok ise mezkur tasarrufların birbirini tamamlayıp tamamlamadığına bakılır. Bundan

⁴⁶⁰ **Öztrak**, Rücu, s. 66. İMK, bu kavramı “indubitablement” terimi ile karşılamaktadır.

⁴⁶¹ **Önen**, s. 102.

⁴⁶² Vasiyet edenin sonraki tarihli vasiyetnamesinin ilkinin tamamladığı yolundaki açık bir beyanına rağmen mezkur tasarrufların içerik olarak birbiri ile bağdaştırılması güçlük arz ediyorsa kendisinin bu ikinci tasarruf bakımından vasiyetname düzenleme iradesinden yoksun olduğu hususunda şüphe etmemek gerekir.

⁴⁶³ **İmre/Erman**, s. 99.

⁴⁶⁴ **İmre/Erman**, s. 100.

⁴⁶⁵ Vasiyet eden daha ilk vasiyetnamesini yazmaya başladığında bundan sonraki zaman dilimlerinde muhtelif vasiyetnameler düzenlemek fikrinde olabilir. Bu halde ortaya çıkabilecek birden çok vasiyetnamenin, geniş bir zaman diliminde kaleme alınmış tek bir vasiyetname olarak değil de birbirini bütünleyen birden çok vasiyetname olarak kabul edilmesi yerinde olur.

sonrası açık bir yorum meselesidir ve TMK m. 544/I'de öngörülen karine devreye girmiştir. Yorum, vasiyet edenin ilk ve sonraki vasiyetnamesini yapmasına neden olan bütün olaylar göz önüne alınarak gerçek iradenin ne yönde olduğunu tespit etmek için yapılır. Tüm bu çabaya rağmen sonraki tarihli tasarrufun ilkinin tamamlamak maksadı ile yapıldığı şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilemedikçe sadece son tarihli vasiyetname ayakta kalacak ve ilki geri alınmış sayılacaktır.

- İspat yükü ilk vasiyetnamenin de ayakta kalmasını isteyen kişinin üstündedir⁴⁶⁶. O, her iki metnin bağdaşabileceğini değil de, ikincisinin ilkinin tamamlamak maksadı ile kaleme alındığını açıkça⁴⁶⁷ ispat ederek amacına ulaşabilecektir⁴⁶⁸.

f. Ölüme bağlı tasarrufların yorumu hususunda çalışmamızın başında yer verdiğimiz farklı yaklaşımlar burada da devreye girecektir⁴⁶⁹. Mesele, TMK m. 544/I ile öngörülen karinenin çürütülmesi çabasında ilgilinin gerektiğinde sırf vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile amacına ulaşp ulaşamayacağı noktasında düğümlenmektedir. Geleneksel yaklaşımın, vasiyetnamede bir tutamak olması şartı ile vasiyetname dışı olgulara da başvurulabileceği şeklinde tezahür etmesi şaşırtıcı değildir⁴⁷⁰. Federal Mahkemenin ve Yargıtayımızın bu hususta birbiri ile çelişen kararlarına rastlamak mümkündür⁴⁷¹. Hakim, öncelikle, eldeki metinlerden bir sonuca ulaşmaya bakacaktır. Eğer bu mümkün olmazsa, vasiyetnamedeki muhtelif tasarruflar bir tutamak olarak kabul edilecek ve böylelikle gerektiğinde vasiyetname dışı olgulardan yararlanmak sureti ile vasiyet edenin gerçek niyeti ortaya çıkarılacaktır⁴⁷². Ölüme bağlı tasarrufların ancak ve ancak tasarruf metnine sadık kalınarak yorunlanması gerektiği yolundaki düşüncenin aksi

⁴⁶⁶ Önen, s. 101 vd.; Öztrak, Rücü, s. 63; Kocayusufpaşaoğlu, s. 233.

⁴⁶⁷ “Açıkça” terimini “hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde” teriminin karşılığı olarak kullanmaktayız. Kelimeler üzerinde fazlasıyla titizlenmeden özü ifade etmek yerinde olur düşüncesindeyiz: İlk vasiyetnamenin lehdarları sonraki tarihli tasarrufun ilkinin tamamladığını ispat için ellerinden gelen bütün çabayı göstermek zorundadırlar.

⁴⁶⁸ Oğuzman, Miras, s. 179.

⁴⁶⁹ Bkz. yukarıda s.13 vd..

⁴⁷⁰ Önen, s. 103; Kocayusufpaşaoğlu, s. 233 ve özellikle oradaki dn. 8'e ait metin.

⁴⁷¹ Bkz. Bağcı, s. 45 vd.

⁴⁷² Benzer yönde bkz. Öztrak, Rücü, s. 73. Yazar, vasiyetname dışı olgulara ölüme bağlı tasarrufların şekil şartları bakımından başvurulamayacağını da eklemektedir. Bununla birlikte, burada mevzu bahis olan, şekil şartları eksiksiz yerine getirilmiş olan iki vasiyetnamenin içeriklerinin gerçek anlamlarının tespit edilmesi olduğundan vasiyetname dışı olgulara başvurmak da sakınca yoktur. Bizim gerektiğinde şekil şartlarının dahi gerektiğinde sırf vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile tamamlanabileceği yolundaki görüşümüz için ayrıca bkz. Bağcı, s. 90 vd..

yönde sonuca varacağı ise şüphesizdir. Biz, her halde, gerektiğinde sırf vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile dahi yorumu mümkün gördüğümüzden, burada da, vasiyet edenin gündelik ilişkilerinden ya da mektuplarından yola çıkarak çözüm üretmek noktasında tereddüt etmeyiz. Vasiyetname metninde bir tutamak bulunması şartı ile vasiyetname dışı olgulara da başvurulabileceği yolundaki genel düşünce tarzı ile yollarımız böylelikle kesişmektedir⁴⁷³. Vasiyetname metinlerinin anlamının berraklaştırılması da, çoğu kez, söz konu vasiyetname dışı olguların her halde hesaba katılması ile mümkün olabilecektir. Ezcümle, vasiyetname metninden ve metin dışından çıkan delillerin birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmesi hakimın takdirindedir. Eğer eldeki delillerin denge halinde olduğu sonucuna varılırsa, ilk tarihli vasiyetnamenin geri alındığını kabul etmek zorunludur⁴⁷⁴. Bununla birlikte, delillerin daha çok birlikte uygulanmaya kapı araladığı hallerde, artık, TMK m. 544/I'de yer alan geri alma karinesinin yürütüldüğü anlamına gelmeyeceği açıktır.

g. Tüm bu açıklamalarımızdan çıkan bir diğer sonuç da şudur: Muhtelif senaryolar üzerinden TMK m. 544/ anlamında geri almanın gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışmak, esasında, genel geçer bir çözümün tespiti bakımından yeterli değildir ve fakat, yukarıda yer verdiğimiz ilkelerin nasıl uygulandığını göstermeleri açısından kişisel bir yaklaşımı ifade ettikleri ölçüde anlamlıdır. Zira, vasiyet edenin gündelik ilişkilerinden kişisel yazışmalarına kadar bir yığın dış etken göz önünde tutulmaksızın bir çözüm üretilmesi imkan dahilinde değildir. Mamaafih, doktinde bir kısım yazarların, muhtelif örnekler vermek sureti ile, TMK m. 544/I'i deyim yerinde ise somutlaştırmak istediklerine şahit olmaktadır.

Öztrak'a göre⁴⁷⁵, şu hallerin tamamında, sonraki tarihli vasiyetnamenin ilkinin tamamlamak gayesi ile kaleme alındığı hususunda şüphe yoktur:

- Saklı paylı mirasçısı olmayan A'nın ilk vasiyetnamesi ile B'yi terekesinin 1/3 ü için mirasçı atadıktan hemen sonra ikinci vasiyetnamesi ile C'yi terekesinin 2/3 ü için mirasçı ataması

⁴⁷³ **Önen**, s. 103; **İmre/Erman**, s. 100.

⁴⁷⁴ **Öztrak**, Rücü, s. 74.

⁴⁷⁵ **Öztrak**, Rücü, s. 75.

- Sonraki ölüme bağlı tasarrufda geri alma niyeti ile hareket edilmediğinin açıkça bildirilmiş olması

- İlk vasiyetnamenin sadece menkul mallara yönelik olmasına karşılık sonraki tarihli olanın sadece gayrimenkullere yönelik olması

Yine **Öztrak**'a nazaran⁴⁷⁶ şu örneklerde ise tam tersi yönde bir sonuca ulaşmak mümkündür:

- Önceki vasiyetname ile terekenin tamamına mirasçı atanan kişinin bu kez terekenin 1/3 üne mirasçı atanması

- Önceki vasiyetnamede şartsız olarak yapılan mirasçı atanmasının bu kez bir şarta bağlanması

- Önceki vasiyetnamede kendisine bir malın mülkiyeti bırakılan kişiye bu kez aynı mal üzerinde intifa hakkı tanınması

Önen de benzer bir liste ile karşımıza çıkmaktadır⁴⁷⁷:

- Daha önce herhangi bir şart ileri sürülmeksizin ifade edilen bir tasarrufun bu kez bir şarta bağlanması halinde geri alma niyeti ile hareket edildiği sonucuna ulaşılır.

- Daha önce mülkiyet hakkı tanınan nesne üzerinde sonraki tarihli vasiyetname ile bir intifa hakkı tanınması⁴⁷⁸ halinde de benzer şekilde düşünülmelidir.

- Vasiyet eden, önce A'yı ardından da B'yi mirasçı atamışsa bu halde mirasın B'ye kalacağı kabul edilir. Bunun sebebi İMK 511/I (TMK m. 544/I)'de öngörülmüş olan karinedir ve elbette A tarafından aksi ispat edilebilir⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ **Öztrak**, Rücu, s. 71.

⁴⁷⁷ **Önen**, s. 105 vd.

⁴⁷⁸ **Önen** bu iki halde vasiyetnameler arasında içerik olarak çelişkinin apaçık olduğunu ve birlikte uygulanmalarının mümkün olmadığı hususunun rahatlıkla tespit edilebildiğini söylemektedir: **Önen**, s. 105. Uyumsuzluk hususunda böylesi bir netlik söz konusu değilse, ikincisi ile ilkinin birlikte uygulanması, ikincisinin önceki tarihli olanı açıkça tamamladığı hallerde mümkündür.

⁴⁷⁹ **Önen**, Bern Hukuk Mahkemesinin benzer yönde sonuca ulaştığı bir kararına atıf yaptıktan sonra şu örnekte ikinci vasiyetnamenin ilkinin tamamlamak maksadı ile kaleme alındığını kabul etmek gerektiğini söylemektedir: Vasiyet eden A, malvarlığının tamamını iki kardeşine (B ve C) bıraksın ve fakat bu kardeşlerden biri (B) kendisinden daha önce ölsün ve gerisinde çocuğunu (D) bıraksın. A, ikinci bir vasiyetname düzenleyerek D'yi mirasçı atсын ve diğer kardeşi C ile de ölümüne kadar yakın bir ilişki içinde

- Vasiyet edenin bir kişiyi mirasının tamamı için mirasçı atadıktan sonra ikinci bir vasiyetname düzenleyerek bu kez aynı kişiye sadece belirli malvarlığı değerlerinin bırakılması halinde geri alma iradesi ile hareket edildiğinin kabulü zorunludur⁴⁸⁰.

- Vasiyet edenin ilk vasiyetnamesi ile belirli mal bırakıp ardından ikincisi ile mirasçı atadığı hallerde her zaman için geçerli olacak bir çözüm üretmek mümkün değildir: Bu halde, O'nun geri alma niyeti ile hareket ettiği asıl olsa da, ferden muayyen bir malın ya da bir miktar paranın vasiyet edilmesi örneklerinde aksi yönde bir sonuca ulaşılması da mümkündür. Nitekim, Federal Mahkeme de, ikinci vasiyetname de zikredilmemiş olmalarına rağmen, sonraki tarihli mirasçı atanmasının her zaman için ve doğrudan bunların geri alındığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir, meğer ki vasiyet edenin iradesi geri alma yönünde tezahür etmiş bulunsun⁴⁸¹.

Önen ve **Öztrak** dışında da benzer örnekler üzerinden kurumu somutlaştırma çabalarına şahit olsak da⁴⁸² somut olayın bütün özellikleri nazara alınmaksızın çözüm üretilmesi ve böylelikle yeknesak ve genel geçer birtakım kurallar tespit edilebilmesi kanaatimizce mümkün değildir. **İmre/Erman'ın** böylesi kurgusal bir örnekten yola çıkarak ipin ucunu serbest bırakmaları boşuna değildir⁴⁸³. Aynı malvarlığı değerinin muhtelif kişilere bırakıldığı farklı tarihli vasiyetnameler karşısında geri alma iradesi rahatlıkla tespit edilebilmesine rağmen meselenin çözüme kavuşturulması her zaman bu kadar kolay olmaz. Bizden beklenen ise, gerektiğinde sırf vasiyetname dışı olgulara da başvurarak, vasiyet edenin gerçek iradesinin ne yönde tecelli ettiğini tespit edebilmek uğrunda azami çabanın gösterilmesidir. **Serozan**'ın deyişi ile maksat "birbirini izleyen vasiyetnamelerin elden geldiğince birbiri ile bağdaştırılması ve birlikte yaşatılması"dır. Tüm bu çabaya rağmen, sonraki tarihli vasiyetnamenin önceki tarihli olanı tamamlamak maksadı ile

olsun. A'nın gerisinde bıraktığı ikinci vasiyetnamesinde bu ikinciyi ilkinin tamamlamak maksadı ile kaleme aldığı açıkça söylenmese de anılan yönde bir sonuca ulaşmak mümkündür: A, amcası C'nin yanına ölen kardeşi B'nin çocuğunu katmak istemektedir. Vasiyet edenin, örneğin, mirasının 2/3 ü için A'yı mirasçı atadıktan sonra ikinci vasiyetnamesinde B'yi 1/3 ü için mirasçı ataması halinde de tamamlama kastı ile hareket ettiği açıktır: **Önen**, s. 106-107.

⁴⁸⁰ Federal Mahkemenin de 1924 yılında benzer bir olayda geri alma yönünde karar verdiği hakkında ayrıca bkz. **Önen**, s. 108-109.

⁴⁸¹ **Önen**, s. 110 vd.

⁴⁸² **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 248.

⁴⁸³ **İmre/Erman**, s. 101-102.

kaleme alındığı hususu hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konamazsa, Roma Hukuku ile Alman-Fransız hukukları arasında ortalama bir yolu tercih eden TMK-İMK'nun öngördüğü geri alma karinesi devreye girecek ve sadece son tarihli ölüme bağlı tasarruf hükümlerini doğuracaktır.

Yukarıda da arzedildiği üzere, Fransız ve Alman hukukları, müteaddit vasiyetnamelerin varlığı karşısında nasıl bir yol izleneceği hususunda Türk-İsviçre sisteminden kısmen de olsa ayrılmıştır. Romalılar farklı tarihlerde düzenlenen vasiyetnamelerden sadece ölüm anına en yakın tarihli olanına yaşam hakkı tanıyorlardı. Türk-İsviçre hukuk sistemi söz konusu katı yaklaşımı terketmiş; eski tarihli vasiyetname ya da vasiyetnamelerin lehdar ya da lehdarlarına, sonraki tarihli olanın, önceki tarihli olan ya da olanları tamamlamak maksadı ile yapıldığını ispat ederek kanunda öngörülen karineyi çürütmek imkanı tanımıştır. İlgililer, gerektiğinde, sırf vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile vasiyet edenin gerçek iradesinin tamamlama yönünde olduğunu ispat etmekte de özgürdürler⁴⁸⁴. Bununla birlikte, Türk-İsviçre hukukunun geri alma karinesi Alman ve Fransız hukuklarında tamamlama karinesi ile yer değiştirmiştir. Şüphe halinde, Türk-İsviçre hukukunda son tarihli vasiyetnameye öncelik tanınırken, Alman-Fransız hukuklarında mezkur vasiyetnamelerin hep birarada yaşayacağı kabul edilir. **Önen**'in deyişi ile, vasiyet edenin yeni bir vasiyetname düzenlemesi, AMK'nun 2258. ve FMK'nun 1036. maddeleri gereğince, doğrudan doğruya eski tarihli vasiyetnamenin geri alındığı anlamına gelmez⁴⁸⁵. İtalyan, Yunan ve Belçika hukuk sistemleri de meseleyi benzer tarzda bir çözüme kavuşturmuş gözükmektedir⁴⁸⁶.

Grimaldi'nin ifadesi ile FMK 1036 karşısında tarihi bakımdan birbirini izleyen vasiyetnamelerin birlikte yaşatılması kuraldır⁴⁸⁷. Fransız hukukunda da, meselenin, en nihayetinde, vasiyet edenin son isteklerinin tespit edilmesi uğrunda yapılacak bir

⁴⁸⁴ TKM'deki "sarahaten", TMK'daki "şüpheye yer bırakmayacak şekilde" ve İMK'da yer alan "indubitablement" ifadelerinden yola çıkarak ancak ve ancak vasiyetname metnine sadık kalarak yorum yapılabileceği yolundaki düşünce tarzının dayanaklarını anlayabilmiş değiliz. Kanunda tamamlama gayesinin apaçık bir şekilde gözler önüne serilmesi gerektiği ifade olunmakta ve fakat bu eylemin hangi esas ve usul kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiği hususunda sessiz kalınmaktadır. Bundan dolayı hemen yukarıda yer vermiş olduğumuz düşüncenin zevkine de varabilmiş değiliz.

⁴⁸⁵ **Önen**, s. 100.

⁴⁸⁶ **Öztrak**, Rücü, s. 62; **Dekkers**, s. 774-775.

⁴⁸⁷ **Grimaldi**, Patrimonial, s. 766. Benzer yönde bkz. **Önen**, s. 101.

yorumdan ibaret olduğu söylenegelmiştir⁴⁸⁸. Fransız hukukunda da, tıpkı Türk-İsviçre hukuk sisteminde olduğu gibi, vasiyet eden, geri alma yönündeki iradesini apaçık bir şekilde ifade etmek zorunda değildir. O, sadece önceki tasarruflarını geri alma amacı ile hareket edebileceği gibi, bundan bahsetmeksizin ikinci bir vasiyetname de kaleme alabilecektir. İşte bu son halde, önceki tarihli tasarrufun sonraki tarihli tasarruf ile uyumsuz (incompatible) ve çelişen (contraire) hükümleri gözden çıkarılacaktır⁴⁸⁹. Başka deyişle, önceki tarihli vasiyetnamenin sonraki tarihli vasiyetname ile uygun-uyumlu olmayan, zıt yöndeki hükümleri bertaraf edilecektir. **Önen**'e göre bu çözüm tarzının altında yatan temel düşünce şudur: Vasiyet eden bütün ölüme bağlı tasarruflarını eş zamanlı ve tek bir seferde kaleme almak zorunda olmadığı gibi, mezkur tasarruflara şeklen tek ve yekpare bir vasiyetname içinde yer vermek zorunda da değildir. O, terekesinin yazgısını belirleyecek olan son arzularını, farklı zaman dilimlerinde meydana getirilen muhtelif tasarruf kalıpları içinde dış dünyaya yansıtabilir⁴⁹⁰. Kural, farklı tarihlerde meydana getirilmiş tasarrufların mümkün mertebe birarada yaşatılabilmesi olmakla birlikte hayat deneyimleri bazı hallerde içinden çıkılması hemen hemen mümkün olmayan bir yığın sorun ile uygulamacıları karşı karşıya bırakmaktadır. Bu halde takdir yetkisi elbette hakime aittir ve O, somut uyumsuzluğun bütün özelliklerini nazara alarak vasiyet edenin gerçek iradesinin ne yönde olduğunu tespit etmeye çalışacaktır⁴⁹¹. Fransız hukukundaki bir orijinalliği anarak bu kısım açıklamalarımıza son vermek istiyoruz. Söz konusu özellik FMK'nun 1037. maddesinden kaynaklanmaktadır: Kendisine vasiyetle mal bırakılan kişinin ehliysiz olması ya da tasarrufu reddetmesine rağmen (uygulama imkanı bulmamasına rağmen) sonraki tarihli tasarruf ilkinin geri alınması sonucunu doğuracaktır⁴⁹².

⁴⁸⁸ **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Leveneur-Mazeaud**, s. 360; **Lucet**, s. 10.

⁴⁸⁹ **Terré/Lequette**, s. 389 vd.; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Leveneur-Mazeaud**, s. 360-361; **Grimaldi**, Patrimonial, s. 766-777; **Planiol/Ripert**, s. 661-662; **Lucet**, s. 9 vd. Incompatibilité ve contrariété kavramlarının aynı anlama geldiği hakkında bkz. **Terré/Lequette**, s. 390. Fransız Yargıtayının kararları da bu eksendedir: **Lucet**, s. 10 ve orada 38 numaralı kısımda zikredilen kararlar.

⁴⁹⁰ **Önen**, s. 100. Benzer yönde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 62.

⁴⁹¹ **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Leveneur-Mazeaud**, s. 360; **Planiol/Ripert**, s. 662; **Grimaldi**, Patrimonial, s. 766.

⁴⁹² **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Leveneur-Mazeaud**, s.360-361. Yazarlar, bununla birlikte, geri alma vasiyetnamesinin ehliysizlik ya da şekle aykırılık sebebi ile etkisini doğuramadığı hallerde artık geri alma sonucunu da doğuramayacağını eklemektedirler. **Terré/Lequette** de ehliysizlik ve şekle aykırılık dışındaki geçersizlik hallerinin geri alma sonucunun doğmasına engel olmayacağını ifade etmektedirler: **Terré/Lequette**, s. 390. İsviçre-Türk hukuk sisteminde vasiyet alacaklısının kendisi lehine yapılan tasarrufu reddetmesinin ise pratik bir önemi yoktur. Zira, O, mirasbırakanın ölümü ile, kendisine vasiyet edilen

Belçika hukukunun çözüm tarzı, hemen hemen, Fransız hukuku ile birebir örtüşmektedir. BMK'nun 1036. Maddesi FMK'nun 1036. maddesinin tekrarından ibarettir. Zira, o hukuk sistemi bakımından kaleme alınmış eserlerde de, açık geri almadan bahsetmeksizin ikinci bir vasiyetname düzenleyerek eski tarihli vasiyetnamenin hükümden düşürülme imkanının kabul edildiği görülmektedir. Keza, aslolanın, geri alma değil de birden çok vasiyetnamenin hep birarada ayakta tutulması olduğu da benimsenmektedir⁴⁹³.

AMK'nun 2258. maddesi karşısında, **Schlütter**'in deyişi ile⁴⁹⁴, saf geri alma vasiyetnamesi (m. 2254) yanında önceki vasiyet ile çelişen ikinci bir vasiyetname düzenlemek suretiyle geri alma imkanının bu hukuk sistemi bakımından da kabul edildiği söylenmelidir. Yazar, sonraki tarihli vasiyetin yeni ve fakat öncekine ek mi yoksa öncekini ortadan kaldırma amacıyla mı yapıldığının bir yorum sorunu olduğunu da ortaya koymaktadır⁴⁹⁵. Ezcümle, AMK'nun 2258. maddesinin ilk fıkrasının “Önceki vasiyetname ile uyuşmayan ikinci bir vasiyetname yapıldığında, önceki vasiyet sonraki ile uyuşmadığı ölçüde geri alınmış sayılır.” şeklinde tercüme edilmesi mümkündür.

Gerek Türk-İsviçre gerek Fransız/Alman hukukları için müşterek olan hususlardan biri, tıpkı TMK m. 542/I'deki saf-açık geri alma vasiyetnamesinde olduğu gibi, TMK m. 544/I'de de, geri alma vasiyetnamesinin geri alınan vasiyetnameden sonraki bir zaman diliminde düzenlenmesi gerektiğidir. Türk-İsviçre kanun koyucusu gibi Fransız kanun koyucusu, vasiyetnamelerin geçerliliğini, düzenleme tarihinin gösterilmiş olmasına bağlamakla birlikte, bundan maksatları düzenleme yılı, ayı ve gününün gösterilmesinden ibarettir. Günden daha küçük zaman dilimlerinin gösterilmesi yasal bir zorunluluk değildir ve fakat aynı günde düzenlenen vasiyetnamelerin öncelik-sonralık ilişkilerinin tespiti noktasında mesela düzenleme saati ve yeri geldiğinde dakikası hayati önem taşımaktadır⁴⁹⁶. Mesele, özellikle geri alınan vasiyetname ile geri alma vasiyetnamesinin

malvarlığı değeri üzerinde aynı düzeyde değil de şahsi düzeyde bir hak iktisap etmekte ve ötesinde mirasbırakanın borçlarından da sorumlu olmamaktadır.

⁴⁹³ **Dekkers**, s. 774 vd.

⁴⁹⁴ **Schlütter**, s. 68.

⁴⁹⁵ **Schlütter**, s. 68.

⁴⁹⁶ Bizim bu düşünce tarzımızdan, özellikle elyazısı ile vasiyetnameler için düzenleme tarihinin saat ve dakika gibi günden daha küçük zaman dilimlerini de içeren şekilde gösterilmesini aradığımız sonucu çıkarılmasını istemeyiz. Kanun koyucu, bir kere düzenleme tarihini bir şekil şartı olarak aradıktan sonra bunun içeriğini de belirlemeli idi. Nitekim, öyle de yapmıştır. Düzenleme tarihinin gösterilmesinin faydaları arasında iki tanesini özellikle zikretmek gerekir: Vasiyetnamenin düzenlendiği sırada vasiyet edenin işlemi

aynı gün düzenlenmiş olduğu hallerde önem arz etmektedir. Konunun etraflıca tartışılması bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Bununla birlikte, İMK m.520a ile kabul edilen düzen tarzının bir an evvel ülkemiz için de pozitif bir kural haline dönüşmesi ümidimizi saklı tuttuğumuzu tekrar etmek isteriz⁴⁹⁷. Geri alma vasiyetnamesi ile geri alınan vasiyetnamenin aynı günde düzenlendiği varsayımında söz konusu metinlerin içeriğine bakılarak çoğu zaman bir çözüme ulaşmak mümkün olacaktır. Önen, bu halde, söz konusu vasiyetnamelerin sanki tek bir vasiyetname imiş gibi telakki edilerek sonuca gidilmesini tavsiye etmektedir. Zira, İMK m. 511/1 ile öngörülen geri alma karinesi bu tasarrufların hiçbirisi için cari değildir. Bundan dolayı, imkan dahilinde olduğu sürece, aynı günün tarihini taşıyan birden çok vasiyetnamenin birbirini tamamlayacak şekilde bir arada uygulanması tercih edilmelidir⁴⁹⁸. Biz, elyazısı ile vasiyetnamede düzenleme tarihini incelediğimiz monografik çalışmamızda şu görüşleri dile getirmiştik:

“TMK’nun 544. maddesinde sonraki tarihli vasiyetnamenin öncekini geçersiz kılacağı yolunda bir karinenin öngörülmüş oluşu karşısında düzenleme tarihinin vasiyet edenin gerisinde bıraktığı birden çok vasiyetnameden hangisinin öncelikli olduğunu belirlemede faydası olacağı kuşkusuzsa da⁴⁹⁹ aynı gün kaleme alınan birden çok

yapmaya ehil olup olmadığının ve mirasbırakanın gerisinde bıraktığı birden çok vasiyetnameden hangisinin hükümlerini doğuracağını tespit edilmesi. İşte, kanun koyucumuz, hüküm eksere göredir prensibinden hareketle, zaman edatının içeriğine yönelik bu belirlemeyi hayatın olağan akışını da göz önüne alarak gün ile sınırlamış ve ötesine geçmemiştir. Benzer yönde bkz. **Öztrak**, Rücü, s. 76. Yazarın, “...Zaten tarih denilince, mutad olarak, gün, ay, sene, anlaşılır.” demesi boşuna değildir. Oysa, ayırt etme gücü bırakın saati ve dakikayı andan ana dahi değişebilen bir olguyu ifade etmektedir. Mirasbırakanın aynı günde birden çok vasiyetname düzenlediği varsayımında da, düzenleme tarihinin kendisinden beklenen ikinci faydayı göstermesine imkan yoktur.

⁴⁹⁷ Bkz. yukarıda s. 56.

⁴⁹⁸ **Önen**, s. 104.

⁴⁹⁹ Vasiyet edenin gerisinde bıraktığı birden çok vasiyetnameden hangisinin geçerli olacağı noktasında düzenleme tarihinden bir fayda beklemenin her halde gerekli olup olmadığı ise kanaatimizce ayrıca tartışılmalıdır. Roma Hukukunda olduğu gibi iki vasiyetnamenin aynı zamanda geçerli olabilmesi ve birlikte uygulanabilmesi bütünüyle yasaklanmış olsaydı bu tartışmaya elbette gerek kalmazdı. Bu ihtimalde, geçerli olan vasiyetnamenin belirlenmesi için öncelik sonralık ilişkisinin bilinmesi gerekli ve bunun için de düzenleme tarihi faydalı olabilecektir. Ancak düzenleme tarihi içermemekle birlikte birbiriyle çelişkili olmayan tasarrufların yer aldığı iki metnin varlığı karşısında aslında bunlar sanki tek bir vasiyetnamenin parçaları gibi değerlendirilip öncelik sonralık ilişkisini aramaya hiç gerek kalmayacakken, tespiti gereksiz olan sıranın belirlenmesi için tarih gösterilmesinin aranması karşısında iki vasiyetnamede hüküm doğuramayacaktır. TMK’nun 538. maddede düzenleme tarihini bu sebeple arayıp ardından 544. maddede birden çok vasiyetnamenin varlığı karşısında düzenleme tarihi aracılığı ile tespit edilebilecek sırayı nazara alması mantıken uyumludur ancak düzenleme tarihinin hiç aranmadığı bir olasılıkta bile var olan iki vasiyetnamenin birlikte uygulanabilmesi için sıradan ziyade içeriğin yeterli olacağı yolundaki gerçek karşısında anlamdan yoksundur. Biz aslında TMK m. 544’de öngörülen karinenin yürütüldüğü hallerde yani

vasiyetname karşısında düzenleme tarihinin kanunun öngördüğü gibi gün, ay ve yıl ile yetinilerek gösterilmesinin, ulaşılmak istenen amaç açısından yetersiz kalacağı da bir o kadar açıktır⁵⁰⁰. Kaldı ki, genellikle bu metinlerden hangisinin öncelikli olduğunu tespit etmek için, günün gösterilmesi mutlak olarak gerekmeyeceği gibi (hatta bazen sadece yılın belirtilmiş olması yeterli olacakken) sırf vasiyetname dışı olgular bile çoğu zaman yardımcı olacaktır⁵⁰¹: 14/10/1984 tarihinde ikinci bir ev satın alarak 27/12/2005 tarihinde ölen bir kişinin gerisinde ‘*tek malvarlığım olan evimi çok sevdiğim dostum A’ya bırakıyorum*’ ile ‘*iki evimi de hakkını ödeyemeyeceğim dostum B’ye bırakıyorum*’ ifadelerinin yer aldığı ve düzenleme tarihi gösterilmemiş olmakla birlikte diğer şekil şartları açısından herhangi bir eksiklikleri olmayan iki vasiyetname bıraktığı bir örnekte bütün mirasın aslında (saklı pay sahibi yasal mirasçılardan da bahsedilmediğine göre) B’ye kalması gerekirken mevcut kanuni düzenleme karşısında her iki vasiyetname de geçersiz sayılacaktır. Kalması gerekirken dememizin sebebi bu vasiyetnameler açısından hangisinin öncelikli (geçerli) olduğunun tespit edilebilmesi için bir de vasiyetname metninde düzenleme tarihi aramanın gereksiz oluşundandır. Zira vasiyetname dışı olgulara başvurulmak sureti ile bu nokta kolaylıkla aydınlatılabilecektir. Bu son örnekte A’ya kazandırmada bulunulan ilk vasiyetnamede düzenleme tarihinin gösterildiğini ancak diğerinde unutulduğunu bir an için düşünecek olmamız, aslında düzenleme tarihinin bir şekil şartı olarak bile vasiyetname projesi ile gerçek vasiyetnameyi birbirinden ayırmada ne ölçüde etkisiz kaldığını da anlamamıza yeterli olacaktır.”⁵⁰². Yeri geldiğinde, hiçbir

sonraki vasiyetnamenin öncekini ortadan kaldırma kastı olmaksızın ve onu tamamlamak amacıyla düzenlendiğinin ispat edildiği hallerde aslında maddenin aradığı öncelik – sonralık ilişkisinin de anlamını yitireceğine inanıyoruz. Dolayısıyla iki vasiyetnamenin varlığı halinde hangisinin uygulanacağını tespit için eğer bunlar arasında içerik olarak birlikte uygulanmayı engelleyecek bir uygunsuzluk yoksa neden sebep sıraya önem verildiğini anlayamıyoruz. Ancak de lege lata, kanun açıkça sonraki vasiyetnamenin öncekini kural olarak ortadan kaldırdığını kabul ettiğinden, bu eleştiriler bir değer taşımayacaktır.

⁵⁰⁰ Karş. **Dural**, Vasiyetname, s. 35. Yazar, vasiyet edenin gerisinde bıraktığı birden çok vasiyetnameden hangisinin öncelikli olduğunu tespitinde bunların fiilen yapıldıkları tarihe değil de içerdikleri tarihe önem verilirse vasiyet edenin öncelik tanımak istediği vasiyetnamesine sonraki bir tarihi atabileceğini ifade etmektedir. **Dural** aynı eserinde düzenlenmesi birden fazla gün süren vasiyetnameler açısından düzenlendiği safhalardan birini gösteren tarihi doğru tarih olarak yeterli kabul ettiği için yukarıdaki ihtimalde tarihin yararlarının ciddi olarak azalacağını düşünmektedir. Ancak biz ne ölçüde etkili olduklarını tartışmakla birlikte sağladığı öne sürülen yararları gerçekten ulaşılabilmesi için vasiyetnamenin tamamlandığı anı gösteren bir tarihi aramanın zorunlu oluşu karşısında vasiyet edenin metne eklediği düzenleme tarihi ile vasiyetnamenin tamamlandığını kabul ediyoruz. Böylelikle bu ihtimalde düzenleme tarihinin birden çok vasiyetname arasında hangisinin öncelikli olduğunu tespit etme fonksiyonunun azaldığından da bahsedilemeyecektir.

⁵⁰¹ Karş. **Cottier**, s. 64.

⁵⁰² **Bağcı**, s. 90 vd..

tarih içeremeyen vasiyetnameler arasındaki sıra bile, tasarrufların içeriğinden yola çıkılarak böylelikle tespit edilebilirken, aynı akıl yürütme yönteminin neden dolayı aynı tarihte düzenlenmiş birden çok vasiyetname karşısında yürütülemeyeceğinin zevkine varabilmiş değiliz.

Öztrak, aynı günde düzenlenmiş birden çok vasiyetnamenin varlığı halinde, üç tercih ile karşı karşıya olduğumuzu dile getirmektedir: Ya Romalıların yaptığı gibi hepsini yok saymak, ya hepsini birlikte geçerli saymak ya da birinin yekdiğerini geri aldığını kabul etmek. Yazar, bu noktada, **Önen**'den ayrılmaktadır. **Öztrak**'a nazaran TKM 491'de öngörülen geri alma karinesinin bu türden tasarruflar hakkında cari olamayacağını her halde kabul etmek doğru olmayacaktır. Yazara göre, öncelikle, her iki vasiyetnamenin birlikte uygulanıp uygulanamayacağı araştırılmalıdır. Ulaşılan sonuç menfi ise sırası ile vasiyetname içi olgulara ve bu da yetersiz kalırsa vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile hangisinin vasiyet edenin son istekleri olduğu tespit edilmelidir. Söz konusu tasarruflardan birinin diğeri geri aldığı hususunda şüphe ortaya çıkarsa her ikisinin de yürürlükte olduğu sonucuna ulaşılmalıdır⁵⁰³. Fransız hukukçu **Lucet** ise ortalama bir çözüm benimsemektedir ve esasında **Öztrak**'ın bıraktığı yerden devam etmektedir: Aynı tarihte düzenlenen birden çok vasiyetnameden hangisinin önce düzenlendiğine dair bir belirleme yapılamazsa eldeki metinlerde yer alan tasarruflardan uyum içinde olanlar varlıklarını devam ettirecek ve fakat birbiri ile uyumsuz olanlar hükümden düşecektir⁵⁰⁴. Kanaatimizce, **Lucet**'in görüşleri diğeri iki yazarın düşüncelerini de tamamlar niteliktedir ve fakat bir noktada eksiklik arz etmektedir. Fransız hukukçunun düşüncelerini, yasal mirasçılık ile iradi mirasçılık arasında bir tercih yapmak zorunda kaldığımız vakit, iradi mirasçılık lehine yorum yapılması gerektiği yolunda bir ilke ile bütünlersek daha tatmin edici birçözüm tarzına kavuşmuş oluruz. Bir an için, vasiyet edenin gerisinde aynı gün kaleme aldığı iki vasiyetname bırakarak öldüğünü ve bunların ilkinde A'nın mirasın 4/6'sı, diğeri ise B'nin 3/6'sı için mirasçı atandığını varsayalım. **Lucet**'e bakılacak olursa ilk bakışta söz konusu tasarruflar birbiri ile uyum içinde değildir. Zira, toplamaları, bir bütünü

⁵⁰³ **Öztrak**, Rücu, s. 76 vd. Yazara göre, mahfuz hisseli mirasçısı olmayan bir mirasbırakan tarafından yapılan, aynı tarihli iki vasiyetnameden birinde A, diğeri B mirasçı atanmışsa, aksi kati olarak anlaşılmadığı sürece, herbirinin mirasın yarısı için mirasçı atandığını kabul etmek gerekir. **Öztrak**'ın düşüncelerini şu örnek üzerinden devam ettirelim: Saklı paylı mirasçıların varlığı halinde, A ve B'nin mirasçılıklarının saklı pay dışında kalan tasarruf edilebilir kısım üzerinden yine eşit oranda devam edeceğinin kabul edilmesinde sakınca görmemek gerekir.

⁵⁰⁴ **Lucet**, s. 9.

aşmaktadır. Bununla birlikte, bunların hangisinin önce düzenlendiğini tespit etmemize yarayan en azından vasiyetname dışı bir olgu da elimizde mevcut değildir. Söz konusu tasarruflar telifi kabil olmadığı için her ikisinin de hükümden düşürülmesi ise vasiyet edenin son isteklerine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Zira, O'nun, terekesinin yasal mirasçılık değil de iradi mirasçılık çerçevesinde paylaşılmasını istediği hususu açıktır. İşte, mezkur tasarrufların çelişkili olduğu yolundaki tespit vasiyet edenin iradi mirasçılığa verdiği önem karşısında geri çekilmesini bilmelidir. Miras payı bir değil de iki bütün kabul edilerek, ölüme bağlı tasarruf nisaplarının toplamının bu iki bütün karşısındaki oranı üzerinden vasiyet edenin mirasçı atamak isteğinde olduğunun kabul edilmesi ve ardından da bu rakam üzerinden A'nın ve B'nin alacağı payın belirlenmesi hakkaniyete en uygun çözüm tarzı olarak karşımızda durmaktadır (3/12+4/12: 7/12. Vasiyet edenin mirasının 7/12'lik kesimini iradi mirasçılık kuralları çerçevesinde paylaşılacaktır. Bu 7/12'lik kısmın 4 payı A'ya, 3 payı ise B'ye aittir.).

Aynı günde düzenlenmiş vasiyetnameler arasındaki ilişkinin tespiti meselesi vasiyet edenin iradesinden kaynaklı bir sebep yüzünden kolaylıkla çözülebilecektir. Kanunda bu yönde bir zorunluluk olmamasına rağmen, O, düzenleme yılı, ayı ve gününe ek olarak düzenleme saati ve mesela dakikasını da göstermişse artık farklı tarihlerde düzenlenmiş iki vasiyetnamenin var olduğu kabul edilerek çözüm üretilmelidir. Bu yönde bir yasal yükümlülüğün olmaması anılan belirlemenin dikkate alınamayacak olması anlamına gelmez. Vasiyet edenin bu titizliği, aynı tarihli vasiyetnamelerin birlikte uygulanması ile ilgili teorik sorunların kapısını da bütünüyle kapatacaktır⁵⁰⁵.

Mirasbırakanın gerisinde biri tarih içeren diğeri ise tarihsiz iki vasiyetname bırakarak öldüğü bir örnekte de yukarıdaki ilkelerden ayrılmayı haklı gösterecek bir özellik görmüyoruz. Bu halde, çoğunluğun düşüncesinin, ne yazık ki, geri alma yolunda yukarıda yapageldiğimiz tartışmalar çerçevesinde şekillenmeyeceğini ifade etmek gerekir. Zira, yerindeliği tartışmalı olmakla birlikte, düzenleme tarihi, halihazırda vasiyetnameler ve özellikle el yazısı ile vasiyetnameler açısından bir yasal geçerlilik şartı olarak karşımızda durmaktadır: TMK m. 538 (İMK m. 505) ve TMK m. 557 (İMK m. 520 ve m. 520a). Söz konusu vasiyetnamelerden biri şekil kuralları yerine getirilmediği için geçersiz olunca, bu tasarruflardan birinin yekdiğerini geri alıp almadığını tartışmaya gerek de kalmayacaktır.

⁵⁰⁵ Bu yönde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 76; **Önen**, s. 104.

Biz, türlü sebeplerle, özellikle gerektiğinde sırf vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile tamamlayıcı yorumun kapılarını da ölçüsüzce açmakta bir sakınca görmediğimiz için, çoğunluğun, yukarıda andığımız tarzda ulaşması muhtemel sonucu da şüpheyile karşılamaktayız. Bununla birlikte, yasal geçerlilik koşullarını yerine getirmeyen bir vasiyetnamenin (örneğimizde düzenleme tarihi gösterilmeyen) hakimın vereceği iptal kararına kadar geçerli bir vasiyetname gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracağı da elden bırakılmamalı ve hemen yukarıda zikrettiğimiz düşünce tarzı bu süzgeçten de geçirilmelidir. Oysa, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu halde de, meselenin çoğu zaman vasiyetnamenin geri alınması yolundaki tartışmalar ışığında çözülmesi vasiyet edenin son isteklerine çoğu zaman daha uygun olacaktır⁵⁰⁶. Vasiyetname metinlerine bağlı kalınarak ve fakat vasiyetname dışı olgularla da beslenerek yapılacak bir yorumun bunlardan hangisinin daha önce düzenlediğini ispata yettiği hallerde durum özellikle böyledir⁵⁰⁷.

TMK m. 544/I anlamında geri almaya yönelik açıklamalarımıza, TMK m. 542 için yapmış olduğumuz ve şu ana kadar değinmediğimiz başkaca bir kısım tartışmaların burada da cari olduğunu ekleyerek son vermek isteriz:

TMK m. 542 için **Önen** tarafından açılan, bir mirasçı ya da bir üçüncü kişinin vasiyet edenin geri alma hakkını kullanmasını engellemesi hali ve orada ulaştığımız sonuçlar öncelikle zikredilmelidir⁵⁰⁸.

Yine, tıpkı TMK m. 542/I'de olduğu gibi ve evleviyetle, vasiyet edenin geri alma iradesini hangi sözcüklerle ortaya koyduğunun önemi yoktur⁵⁰⁹. O, geri alma sonucunu

⁵⁰⁶ Muhtelif ve uç örnekler üzerinden sorunların ele alınması bizi elbette genel geçer ilkelerin haksızlığı sonucuna götürmez: Hüküm eksere göredir. Bununla birlikte, yıllardır üzerinde kafa yordığımız vasiyetnamelerde düzenleme tarihinin gerekli olup olmadığı yolundaki işbu tartışmada, nereden bakarsak bakalım, kanun koyucunun yaklaşımının en azından bugün için ciddi biçimde sorgulanabilir olduğu neticesine ulaştık. Şu örnekte de, kanunun öngördüğü sistemin, hakkaniyet ve adalet değerine hizmet ettiğini iddia etmek oldukça güçtür. Bir banka genel müdürü, odasında, yüzbinlerce liralık kredi sözleşmelerini imzalamış ve bunları yürürlüğe soktuktan hemen sonra bir vasiyetname kaleme almış olsun ve fakat tarih atmayı unutsun ve ardından da orada kalp krizi geçirerek ölsün. Genel yaklaşıma bakılacak olursa, kredi sözleşmeleri hukuken geçerli kabul edilecek ve fakat söz konusu vasiyetname düzenleme tarihi atıldığı unutulduğu için geçersizliğe mahkum edilecektir. Gelin görün ki, aynı kişinin sekreteri ya da kat görevlisinin o gün yaşanan herşeyi bilmelerine ve tanıklıklarına rağmen de anılan sonuç değişmeyecektir.

⁵⁰⁷ Bkz. yukarıda s. 13 vd..

⁵⁰⁸ Bkz. yukarıda s. 108 vd..

⁵⁰⁹ Bkz. yukarıda s. Bu mesele, esasında, TMK m. 542/I için daha anlamlıdır. Zira, burada vasiyet edenin açık bir geri alma iradesinden bahsetmiyoruz. Mevzubahis olan, mirasbırakanın muhtelif tasarruflarının geri

doğuracak sonraki tasarruflarını meydana getirirken belirli sözcükleri kullanmak zorunda değildir. Bununla birlikte, TMK m. 542/I'den farklı olarak TMK m. 544/I'de, vasiyet edenin geri alma niyeti ile hareket edip etmediği, her zaman için ve mutlak olarak, her iki vasiyetname metinlerinin anlam ve içerik bakımından yorumlanmasını ve karşılaştırılmasını gerektirir. Ancak bu yönde gösterilecek bir çaba bizi doğru noktaya götürecektir ve bundan dolayı TMK m. 544/I'de düzenlenen geri alma yönteminin zımni (örtülü-tacite) geri alma olarak adlandırılması boşuna değildir.

TMK m. 542/I'de olduğu gibi, burada da, mirasbırakanın geri almaya yönelik iradesi daha önceki tek bir vasiyetnameye yönelik olabileceği gibi eğer öncesinde aynı anda uygulanma yeteneğine sahip birden çok vasiyetname varsa bunların tamamına da yönelik olabilir. Nitekim, bu son halde, aynı anda uygulanabildikleri ölçüde tek bir vasiyetname ile bir çırpıda geri alınan vasiyetnamelerin nitelik olarak özdeş olmaları da zorunlu değildir⁵¹⁰.

Geri alma vasiyetnamesinin geçerli olması gerektiği yolundaki ilke de TMK m. 544/I için tekrar edilmelidir. Geri alma vasiyetnamesinin ehliyetsizlik ve şekil kurallarına aykırılık sebebiyle bütüncül olarak geçersiz olduğu hallerde bir tartışma yaşanmaz. Bununla birlikte, geri alma vasiyetnamesinin bütününe değil de sadece bir kısmının geçersizliğine yol açacak bir sebebin varlığı halinde meselenin daha yakından incelenmesi gerekir. Vasiyetnamenin geneline teşmil edilemeyen ahlaka aykırılıklarda durum böyledir. Ahlaka aykırılık vasiyetnamenin bir kısmına ilişkin olabileceği geneline ilişkin (metres vasiyetnamesi) de olabilir. Eğer, vasiyetnameyi oluşturan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan hepsi değil de özellikle biri ya da bir kaçı ahlaka aykırı bir şarta bağlanmış ise, mezkur şart, bağlandığı maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufu da kendisi ile birlikte geçersizlik kuyusuna çekecektir ve fakat gücü diğer ölüme bağlı tasarruflara yetmeyecektir. İşte bu halde, geri de kalan tasarrufların geri alma anlamına gelip gelmeyecekleri tespit edilerek sonuca gidilmelidir. Vasiyet edenin ilk vasiyetnamesi ile

alma anlamına gelip gelmediğidir. Bununla birlikte aynı ilkenin TMK m. 544/I için de zikredilmesinde bir sakınca görmemek icapeder. Çünkü, vasiyet eden, TMK m. 544/I anlamında geri alma sonucunun doğması için belli bir takım sözcükleri kullanmak zorunda değildir.

⁵¹⁰ Vasiyet eden A'nın el yazısı ile vasiyetnamesinde yakın arkadaşı B'ye otomobilini bıraktığını; sonraki tarihli resmi vasiyetnamesinde ise el yazısı ile vasiyetnamesine ek olarak evini de diğer arkadaşı D'ye bıraktığını düşünelim. Eğer A, üçüncü bir vasiyetname yapar ve onda açık bir geri alma iradesi olmaksızın otomolini ve evini C'ye bırakırsa, ilk iki vasiyetnamenin de geri alındığını anlarız. Dikkat çekmek istediğimiz nokta, geri alınan vasiyetnamelerin aynı türden olmadığıdır.

otomobilini A'ya bıraktığını, ikinci vasiyetnamesi ile aynı otomobili B'ye ve esrar içmeye başlaması şartıyla da C'ye evini bıraktığını varsayalım. Bu örnekte, ikinci vasiyetnamenin temelinde ve geneline yayılmış bir ahlaka aykırılık tespit edebilmek güçtür. Biz, bu vasiyetnamede yer alan esrar içmeye başlaması şartının ahlaka aykırı olduğunu kabul etmekteyiz. Ancak, bu şart sadece bağlandığı ev vasiyetini peşinden sürükleyecek ve vasiyetnamenin geri kalan kısmı geçerli bir şekilde varolmaya devam edecektir. İşte, geçerli bir şekilde varolmaya devam eden bu kısım ilk vasiyetnamenin geri alındığını tespit etmemize yeterlidir. Ahlaka aykırı şartlar üzerinden yürüttüğümüz bu tartışma ve akıl yürütme yöntemi diğer iptal sebepleri hakkında da gündeme getirilmelidir. Vasiyet edenin, örneğin sadece bir kısım tasarrufları bakımından iradesinin sakatlanmış olması imkan dahilindedir. Bu halde, sağlar arası işlemler bakımından öngörülen BK m. 20/II c. 2'nin devreye gireceği ise şüphelidir. Zira, vasiyet eden, kimi hükümlerini iradesi sakatlanarak oluşturduğu geri alma vasiyetnamesini de geri alma imkanına sahip iken bu hakkını kullanmamış olabilir (ki O'nun bu hareketsizliği esasında örtülü bir rıza beyanı anlamına da gelir) ve herşeyin ötesinde favor testamenti ilkesi, kısmi de olsa, vasiyet edenin son isteklerinin hayata geçirilmesini zorunlu kılar. Vasiyet edenin iradesinin sakatlandığı bu kısımlar olmasa idi dahi yapacağı açık olan tasarrufların hükümden düşürölmesi ölümeye bağlı tasarruflara hakim olan yorum ilkeleri ile de bağdaştırılmaz.

Öte yandan, biz, TMK m. 542/I için söylediğimiz, geri alma vasiyetnamesinin geçerli olması gerektiği yolundaki görüşün ölümeye bağlı tasarrufların iptali rejiminin özellikleri nazara alınarak değerlendirilmesi gerektiği yolundaki düşüncemizi, TMK m. 544/I için de aynen muhafaza etmekteyiz.

TMK m. 542/I anlamında saf bir geri alma iradesinin de ahlaka aykırı bir şarta bağlanması mümkündür. Bu ihtimalde de izlenecek yöntem aynı olmakla birlikte, saf geri alma iradesi dışında başkaca da bir tasarruf yer almadığından, geri alınmak istenen vasiyetname ayakta kalmaya devam edecektir.

Yargıtayımız da, vasiyet edenin, geri alma iradesini örtülü yoldan dile getirebileceği düşüncesindedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2003/601 esas, 2003/3741 karar numaralı ve 18.03.2003 tarihli bir kararında “...*Vasiyetçinin, düzenlediği sonraki vasiyetnamede, öncekini geri aldığını açıkça belirtmesi halinde, ilk vasiyetnamesinde iradesinden döndüğü ve sonraki vasiyetnamesine geçerlilik tanıdığı kabul edilecektir.*

sonradan düzenlediği vasiyetnamede öncekinden açıkça döndüğünü belirtmemesi halinde ise, sonra düzenlenen vasiyetnamenin ilkini açıkça tamamlayıp tamamlamadığı değerlendirilecek, tamamladığının açıkça anlaşılmaması halinde, düzenlenen sonraki vasiyetname önceki vasiyetnamenin yerini alacaktır. Muris Halit Huldü Zarbun'un 17.2.1995 tarihinde düzenlediği vasiyetname, 5.5.1988 tarihli vasiyetnameyi açıkça tamamlar nitelikte değildir. Muris düzenlediği ikinci vasiyetnamesinde, esaslı değişiklikler yapmış, önceki vasiyetnamesinde yer alan bazı düzenlemelerden vazgeçmiş, bu vasiyetnamede yeni düzenlemelere yer vermiş, birinci vasiyetnamesi ile oluşan iradesini değiştirmiş, yeni iradesini düzenlediği ikinci vasiyetname ile oluşturmuştur. O halde ikinci vasiyetname birinci vasiyetnamenin yerine geçmiş ve ilk vasiyetname geçerliliğini yitirmiştir.” demek suretiyle tavrını da ortaya koymaktadır⁵¹¹.

Yine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin başka bir kararında, “... Murisin vasiyetlerle yaptığı tasarruflar aynı konuya ait olduğundan birbiri ile bağdaşır nitelikte değildir. Şu halde, yukarıda açıklanan kural uyarınca ilk vasiyetle yapılan tasarruf ikinci vasiyetin yapılması ile hükümsüz hale gelmiştir.” demek suretiyle aynı ilke tekrarlanmıştır⁵¹².

Yargıtay'ın bir kısım kararlarının ise TMK m. 542 ve devamındaki hükümlerin renksiz bir tekrarından ibaret olduğu dikkatimizi çekmektedir: “... Vasiyetçi, vasiyet için kanunda öngörülen şekillerden biriyle vasiyetinden her zaman dönebilir (MK. m. 489). Öyle ise bir kimse resmi vasiyetinden, dilerse el yazısı veya şifahi vasiyet yoluyla dönebileceği gibi, el yazısı ile vasiyetinden ise resmi vasiyetle rücu edebilir. Bu husustaki seçme ve takdir hakkı vasiyetçiye aittir. Kanunda öngörülen bu hüküm, geçerlilik şartı olduğundan aksine bir işlem hüküm ifade etmez. Yani vasiyeti ortadan kaldırmaz.”⁵¹³.

Yukarıya aldığımız bu son karar, geri alma sonucunu geri alma vasiyetnamesinin geçerli şekilde tanzim edilmesine bağlamış gözükmektedir. Yüksek Mahkemenin TMK m. 544/I anlamında rücu için dahi aynı düşüncede olduğu da söylenmelidir⁵¹⁴: “... Belirtmek

⁵¹¹ Bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi, 21.10.2010).

⁵¹² Yargıtay 2. HD'nin E. 1999/6001, K. 1999/8246 numaralı ve 12.07.1999 tarihli kararı için bkz. İnal, 237. Mahkemenin “hükümsüz” hale gelmekten maksadı ilk vasiyetnamenin geri alınmış olduğudur. Yarg. 2. HD'nin aynı yöndeki 22.01.2001 tarihli ve 15528-909 numaralı kararı için ayrıca bkz. İnal, s. 237.

⁵¹³ Yarg. 2. HD'nin E. 1982/8099, K. 1982/8586 sayılı ve 19.11.1982 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi, 20.10.2010).

⁵¹⁴ Yarg. 2. HD'nin E. 1993/2-526, K. 1993/724 sayılı ve 07.11.1993 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi, 20.10.2010).

gerekir ki vasiyetnamelerin esaslı vasfı, tek taraflı bir hukuki muamele olmasında toplanmaktadır. Vasiyetçi düzenlediği vasiyetnamesinden istediği zaman rücu edebilir. Hatta vasiyetçi vasiyetnamesinden rücu etmiyeceğini açıklamış olsa bile bu bir hukuki değer taşımaz... O halde vasiyetçi Yasa'da öngörülen vasiyetname şekillerinden birine uymak koşulu ile önceki vasiyetinden her vakit rücu edebilecektir... Medeni Kanunun 489. maddesindeki hüküm emredici niteliktedir. Aksine hareket tasarrufu geçersiz kılar. Nitekim Borçlar Kanununun 11/2. maddesinde, kanunun emrettiği şeklin kapsamı hakkında başkaca bir hüküm öngörülmemiş ise, buna uyulmadıkça sözleşmenin geçerlilik kazanamayacağı belirtilmiştir. Borçlar Kanunu'nun bu kuralı Medeni Kanunun 5. maddesi karşısında kuşkusuz vasiyetnameler hakkında da geçerlidir. Açıklandığı gibi vasiyetname, kanunun kabul ettiği şekillerde yapılabilecek bir tasarruf biçimidir. Hükümleri ölümden sonra sonuç doğuracaktır. Ölümden sonra tartışmalara sebebiyet verilmemesi bakımından, vasiyetname düzenlenirken vasiyetçinin irade ve arzusunun tereddütsüz tespiti gerekli görülmüş ve bu sebeple de vasiyetnamenin yapılması diğer şekle bağlı tasarruflardan daha sıkı şartlara tabi tutulmuştur.”. Bir kısmını aynen naklettiğimiz bu kararı ile Yargıtay, ilki ile çelişkili tasarruflar içeren geri alma vasiyetnamesinin kendinden beklenen etkiyi doğurabilmesini geçerli bir şekilde tanzim edilmiş olmasına bağlamaktadır. Biz de, yukarıda aynı sonuca ulaşmış idik⁵¹⁵.

Bununla birlikte, herşeye rağmen, geri alma vasiyetnamesinin geçersiz olması ile muhtelif sebeplerle hüküm doğurmadığı haller arasında bir fark görmek icapedir. Yüksek Mahkeme, vasiyet edenin ilk vasiyetnamesini geri aldığı ve fakat geri alma vasiyetnamesinin lehdarının boşandığı eşi olduğu bir örnekte, geri alma vasiyetnamesinin boşanma sebebi ile hüküm doğurmayacak olmasına bakmaksızın ilk vasiyetnamenin geri alındığı sonucuna ulaşmıştır. Vasiyet edenin ilk vasiyetnameye yeniden varlık kazandırmak niyetinde olduğu haller hariç olmak üzere çözüm budur⁵¹⁶. Biz, bu kararın ve kararda tartışılan meselenin geri almanın geri alınması başlığı altında incelenmesini daha

⁵¹⁵ Bkz. yukarıda s. 117.

⁵¹⁶ Yarg. 2. HD'nin E. 1999/6001, K. 1999/8246 sayılı ve 12.07.1999 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi, 20.10.2010). Yüksek Mahkeme anılan kararda ikinci vasiyetnameye de konu edilen malvarlığı değerlerinin sonradan sağlar arası hukuki işlemlere konu edilmesini de ilk vasiyetnameye geri dönmek istenmediği noktasında belirleyici kılmıştır. Karar bu yönü itibarı ile TMK m. 544/II ile de ilgilidir.

uygun görmekteyiz⁵¹⁷. Ancak, bu vesile ile, Yargıtayın bu kararda ulaştığı sonuç ile benzer bir düşünce tarzının FMK'nun 1037. maddesinde kendine pozitif bir dayanak bulduğunu da eklemek isteriz⁵¹⁸.

Vasiyet edenin sonraki tarihli ve önceki tarihli ile çelişen bir vasiyetname düzenleyerek ölüme bağlı tasarrufunu genel olarak geri alabileceğini kabul eden Federal Mahkeme, muhtelif kararlarında, tamamlayıcı nitelikteki ölüme bağlı tasarrufların tamamen yeni ve bağımsız nitelikte olabileceği gibi öncekiler ile bağlantılı ve onları deyim yerinde ise kısmen-basitçe değiştirerek tamamlayan nitelikte de olabileceğini içtihat etmiştir⁵¹⁹. Yine, vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket etmediğinin apaçık bir şekilde ispatı halinde İMK m. 511/I'deki karinenin çürüyeceği de Federal Mahkeme tarafından kabul edilmektedir⁵²⁰. Yüksek Mahkemeye göre, vasiyet edenin geri alma niyeti ile hareket etmediğini belirten açık bir beyanı yok ise öncelikle her iki vasiyetnamenin metninden yola çıkılarak yorum yapılır. Bu yöndeki çaba yetersiz kalırsa, önceki vasiyetnamenin lehdarları sonraki tarihli vasiyetnamenin öncekini tamamlamak gayesi ile kaleme alındığını vasiyetname dışı olgulara da başvurmak sureti ile ispat edebileceklerdir⁵²¹. Önceki vasiyetname lehdarlarının gerçekleştireceği bu ispat, bütün şüpheleri ortadan kaldırıcı nitelikte olmalıdır.

⁵¹⁷ Bkz. aşağıda s. 304 vd..

⁵¹⁸ FMK'nun 1037. maddesi ile ilgili olmak üzere bkz. yukarıda s. 174.

⁵¹⁹ ATF 79 II 36.

⁵²⁰ ATF 82 II 513; ATF 79 II 36. Federal Mahkeme, vasiyet edenin, geri alma amacı ile hareket etmediği yolundaki bir beyanının çoğu zaman belirleyici olduğunun altını çizmektedir.

⁵²¹ ATF 45 II 142; ATF 49 II 324; ATF 79 II 36.

IV. YOK ETMEK SURETİ İLE

1. Genel Olarak

Çalışmamızın giriş bölümünde, vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınması usulünün Roma hukukunun eski dönemlerine yabancı olduğunu ve fakat zaman içinde (klasik dönemde) bu usulün de, yeni bir vasiyetname düzenlemek yanında, bir geri alma biçimi olarak kabul edilegeldiğini açıklamış idik⁵²².

TMK'nun 543. maddesinin ilk fıkrası halihazırda incelemekte olduğumuz yok etmek sureti ile geri alma kurumuna hasredilmiştir:

2. Yok etme ile

Madde 543- Mirasbırakan, yok etmek suretiyle de vasiyetnameden dönebilir.

Maddenin gerekçesi tatmin edici değildir: “Eski Kanunun 490 ıncı maddesini karşılamaktadır. Maddenin kenar başlığı “Yok etme ile” şeklinde değiştirilmiştir. Kaynak Kanunun 510 uncu naddesine uygun olarak iki fıkra halinde düzenlenmiştir.”

Kanun koyucumuz maddenin kenar başlığının neden dolayı değiştirildiğini de açıklamış olsa idi, TMK m. 543/I'in, karşılığı olduğu iddia edilen TKM m. 490'a nazaran temelde bir farklılık taşıdığı da ortaya çıkardı. Zira, bilindiği üzere, TKM'nin 490. maddesinin kenar başlığı “Vasiyetnamenin zayi olması” şeklinde kaleme alınmıştı. Sonuç olarak, TMK m. 543'ün kenar başlığının değiştirilmesinin sebebi, gerekçe bu hususta sessiz kalmış olsa da, esasında, TMK m. 543/I ile bütünüyle yeni bir düzenlemenin kabul edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

TKM m. 490 tek bir fıkradan ibaretti ve vasiyetnamenin kazaen ya da üçüncü bir kişinin eylemi sonucunda zayi olması halini düzenliyordu. Bu hüküm halen TMK'nun 543. maddesinin 2. fıkrasında yaşamaktadır.

Vasiyetnamenin geri alma niyetiyle yok edilmesi imkanı ise 4721 sayılı TMK'nun hemen yukarıya aldığımız 543/I hükmü ile kendisine pozitif bir dayanak bulmuştur⁵²³.

⁵²² Bkz. yukarıda s. 22 vd.. Roma hukukunda yok etmek suretiyle geri almanın modern hukuklara nazaran arzettiği farklılıklar için ayrıca bkz. **Önen**, s. 53-54.

⁵²³ **Serozan**, Yenilikler, s. 570; **İşgüzar**, s. 60; **Aybay**, Yenilikler, s. 139.

TMK m. 543/I ile yok etmek suretiyle geri alma imkanının ihdas edilmesi, **Serozan**'ın deyişi ile, olmasa da olur türünden bir değişikliktir ve **Aybay**'a bakılacak olursa zaten doğal sayıldığı için TKM'de böylesi bir düzenleme mevcut değildir.

Serozan'ın TMK m. 543/I ile getirilen bu yeniliği, olmasa da olur tarzında bir alt başlık altında incelemesi şaşırtıcı değildir⁵²⁴. Zira, yok etmek suretiyle geri alma, 01.01.2002 tarihinden önce de, gerek Türk doktrini gerekse Yüksek Mahkeme tarafından genel olarak kabul görmekteydi⁵²⁵. İsviçre kanun koyucusu ise, bu imkanı, daha baştan yasal bir kalıba dökmüştü. Gerçekten de, kaynak ülke hukukunda, İMK'nun 510. maddesinin ilk fıkrası, vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınması kurumuna ayrılmış bulunmaktadır: "*Tasarruf eden, yok etmek suretiyle vasiyetnamesini geri alabilir*". Fransa'da halen bu yönde bir yasa hükmü mevcut değildir ve fakat vasiyetnamenin yok edilmek suretiyle geri alınması o ülke hukukçuları tarafından dahi ekseriyetle imkan dahilinde görülmektedir. Vasiyetnamelerin yok etmek suretiyle de geri alınabileceği AMK'nun 2255. maddesinde hiçbir şüpheyi yer bırakmayacak tarzda ifade edilmiş bulunmaktadır.

Önen'e nazaran modern hukuk sistemlerinin bu hususta ikiye ayrılarak incelenmesi mümkündür⁵²⁶:

- İsviçre (İMK m. 510/I), Almanya (AMK m. 2255) gibi yok etmek suretiyle geri almanın kanunda açıkça düzenlendiği ülkeler.

- Fransa, Belçika ve İtalya gibi mezkur geri alma usulüne kanunlarında yer vermeyen ülkeler.

Önen, kanunun sessiz kalmasına rağmen, bu son grupta yer alan ülkelerde de, doktrin ve mahkeme içtihatlarının aksi yönde tezahür ettiğinin altını çizmektedir⁵²⁷.

Bu bilgiler ışığında, ülkemizin, **Önen**'in **Roguin**'e atıfla yapmış olduğu bu ayırmada, ikinci gruptaki ülkeler arasından ayrılarak ilk grup ülkelere dahil olduğunu

⁵²⁴ **Serozan**, Yenilikler, s. 570.

⁵²⁵ Örnek olmak üzere bkz. **Gönensay/Birsan**, s. 117; Yarg. 2. HD'nin 1972/5977 E., 1972/6472 K. numaralı ve 17.11.1972 tarihli kararı (www.kazanci.com.tr, çevrimiçi 21.10.2010).

⁵²⁶ **Önen**, s. 55.

⁵²⁷ **Önen**, s. 55.

söylemek hatalı olmayacaktır. Kanaatimizce bu değişiklik yerinde de olmuştur. Yerindeliği tartışma götürmez bir geri alma usulü böylelikle yasal dayanağa kavuşmuş, deyim yerinde ise sağlama alınmış, yargı kararlarının gösterebileceği muhtelif dalgalanmalardan etkilenmeyecek bir limana kavuşturulmuştur. Nitekim, azınlıkta kalsa da, yok etmek suretiyle geri almanın TKM dönemi için mümkün olmadığını benimseyen yazarlar da mevcuttur. Bu görüşteki yazarlardan **Öztrak**, ölüme bağlı tasarruflar gibi mutlak surette şekle bağlı muameleler alanında kanunun öngördüğü şekillerin dışına çıkılamayacağından hareketle TKM döneminde yok etmek suretiyle geri almanın mümkün olmadığını iddia etmektedir. Yazara göre, üçüncü şahsın fiili ya da kaza neticesinde meydana gelen yok olma kabul edilirken vasiyet edenin iradesinden sadır bir yok etme eyleminin evleviyetle kabul edilmesi gerektiği yolundaki çoğunluk görüşü kabul edilebilir nitelikte değildir. Öte yandan, yok etmek sureti ile geri alma İsviçre hukuku bakımından da sadece tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar için mümkündür. **Öztrak**, bunlara ek olarak maddenin (TKM m. 490) kenar başlığının da bizi anılan yönde düşünmeye ittiğini ve bu arada favor testamenti prensibine dayanılarak şekil noksanlıklarının aşılamayacağını iddia etmektedir⁵²⁸. Bir kere, favor testamenti ilkesinin ölüme bağlı tasarrufların şekil kurallarının aşılmasında herhangi bir fonksiyonunun olamayacağı yolundaki tespitine iştirak etmemiz mümkün değildir. Nitekim, yazarın diğer gerekçeleri de, özü itibarıyla, yok etmek suretiyle geri almanın varlığını yoksaymamıza neden olacak nitelikten uzaktır. Biz, anılan eleştiriler ile yazarın ulaştığı sonuç arasında bir illiyet bağı da kurabilmiş değiliz. Nitekim, kendi düşüncesine dayanak yaptığı Fransız doktrininin son dönemdeki genel eğilimi de yazarın söyledikleri ile aksi istikamettir⁵²⁹.

İMK m. 510 ve TMK m. 543/I hükümlerinin toplu olarak değerlendirilmesinden ulaştığımız ilk sonuçların şöylece özetlenmesinde ise bir sakınca yoktur:

a. Yok etmek suretiyle geri alma imkanı her iki hukuk sisteminde de açıkça kabul edilmektedir.

⁵²⁸ **Öztrak**, Rücu, s. 48 vd.

⁵²⁹ Karş. **Öztrak**, Rücu, s. 49-50. Yazar, anılan bölümde, FMK'da da açık bir yasal düzenleme olmaması sebebi ile o hukuk sisteminin incelenmesinin yerinde olacağını ifade etmekte ve Fransız doktrininin genel eğiliminin yok etmek sureti ile geri almayı kabul etmediğini eklemektedir. Bu cümleden olmak üzere karş. aşağıda s.241 vd.

b. “Yok etme” kavramı İMK’nun Fransızca metnindeki “la suppression” kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Her iki kavramın hangi anlama geldiği hususunda kanun koyucu tam bir sessizliği tercih etmiş, örnekleme suretiyle dahi olsa bir kavramın içeriğini belirleme yapmamıştır. “Yok etme” ve “la suppression” kavramlarının içeriğinin tespiti görevi, hangi eylem ve işlemlerin bu manada bir geri almaya tekabül edeceği meselesi doktrine ve içtihatlarla yüklenmiş gözükmemektedir. Hal böyleyken, İMK’nun 510. maddesinin kenar başlığı “vasiyetnamenin yok edilmesi”⁵³⁰ iken TMK’nun 510. maddesinin kenar başlığı “ yok etme ile” şeklindedir. Her iki kenar başlığı da, maddenin anlamını kapsamaktan uzaktır. Zira, her iki maddede de, vasiyetnamenin geri alma istek ve bilinç ile yok edilmesi yanında, irade dışında tezahür eden muhtelif sebeplere binaen ortadan kaybolduğu hallerde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de hüküm altına alınmıştır.

c. Vasiyet edenin geri almaya yönelik yok etme fiili vasiyetnamenin bütününe yönelik olabileceği gibi bir kısmına da yönelik olabilir.

2. Tanımı, Hukuki Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar

TMK m. 543’ün kenar başlığı, TMK’nun 542. maddesinin ilk fıkrası aksine, burada hüküm altına alınan geri alma usulünün hukuki niteliği hakkında açık bir ipucu içermemektedir.

Önen’e bakılacak olursa, yok etmek suretiyle geri alma, ölüme bağlı tasarruf niteliğine sahip tek taraflı bir hukuki işlemdir. Yazar, bir geri almadan bahsedilmesi sebebi ile, İMK m. 467’de yer alan ehliyet kurallarının yok etmek suretiyle geri alma açısından da aranacağını altını çizmektedir: Vasiyet eden ayırt etme gücüne sahip değilse ya da yok etme iradesi hata, hile ve ikrah ile sakatlanmışsa artık vasiyetnamenin yok edilerek geri alınmış sayılmasından da bahsedilemez. Zira, yok etme fiili vasiyet edenin bu yöndeki bir iradesinin sonucu tezahür etmelidir⁵³¹. **Kocayusufpaşaoğlu, Serozan ve Dural** da, yok etmenin geri alma niyeti ile (animus revocandi) yapılması gerektiğini, aksi halde, vasiyetname vasiyet edenin bir fiili ile yok edilmiş olsa bile TMK m. 543/I’in değil de TMK m. 543/II’nin uygulama alanı bulacağını söylemektedir⁵³². **İmre/Erman**’a göre ise

⁵³⁰ İMK m 510’un kenar başlığındaki “acte” kavramı vasiyetname anlamında kullanılmıştır.

⁵³¹ **Önen**, s. 57.

⁵³² **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 234; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 248; **Dural/Öz**, Miras, s. 109.

yok etme fiili karşısında vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket ettiği asıldır⁵³³. **Önen**'e göre de yok etme fiili vasiyet edenin geri alma yönündeki bir iradesinden sadır olmadığı sürece İMK m. 510/I'in uygulanmasına imkan yoktur⁵³⁴.

Öztrak da yok etmek suretiyle geri almanın menfi mahiyette ve tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olduğundan yola çıkmaktadır⁵³⁵.

Steinauer de İMK m. 510/I anlamında geri almanın, bir ölüme bağlı tasarrufa denk geldiğinden hareketle, vasiyet edenin yok etme iradesi ile hareket etmesinin zorunlu olduğundan bahis açmaktadır. Yazara göre, vasiyet edenin İMK m. 467'de aranan ehliyet şartlarını taşıması da gerekmektedir⁵³⁶.

Stettler'e nazaran da yok etmek suretiyle geri alma ölüme bağlı tasarrufun nevi şahsına münhasır bir çeşididir. Zira, kanun koyucu, vasiyetnameler ve miras sözleşmesi için öngördüğü şekil kurallarına bir istisna getirmiş bulunmaktadır ve vasiyet edenin ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olması gerekir⁵³⁷.

Rodriguez de yok etmek sureti ile geri almanın bir ölüme bağlı tasarruf ve şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hukuki işlem olduğundan bahis açmaktadır⁵³⁸.

Escher de İMK m. 510/I anlamında geri alma için, vasiyet edenin, İMK m. 467 ve devamında yer alan ehliyet koşullarını yerine getirmesi gerektiğine inanmakta ve İMK m. 510/I ile, ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin olmak üzere istisnai bir hüküm sevk edildiğini iddia etmektedir⁵³⁹: "İmha doğrudan doğruya vazgeçme gibi (509) ölüme bağlı tasarruftur, bunun için vasiyetçinin bir işlemi ve bundan başka imha zamanında tasarrufa ehil bulunması şarttır. Vasiyetçinin arzusu, imha sureti ile tasarruftan vazgeçmek yolunda olmalıdır."

⁵³³ **İmre/Erman**, s. 101.

⁵³⁴ **Önen**, s. 57.

⁵³⁵ **Öztrak**, Rücu, s. 47 vd. Yazarın tabiri ile imha da rücu iradesi doğrudan doğruya sarahaten değilse de, dolayısıyla açıklanmaktadır. Başka deyişle, rücu iradesi yazı ve sözle olmasa da vasiyet edenin bir fiili ile dış dünyaya yansıtılmaktadır. Yazar, tasarruf edenin yok etmek fiili ile ulaşmak istediği gayenin daha evvel yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufları hükümsüz kılmak olduğundan hareketle bir hukuki muamele olduğunun da altını çizmektedir.

⁵³⁶ **Steinauer**, s. 356.

⁵³⁷ **Stettler**, s. 151.

⁵³⁸ **Rodriguez**, s. 54.

⁵³⁹ **Escher**, s. 353 vd.

Alman hukuku bakımından **Schlütter** de, yok etmek sureti ile geri almanın bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu belirttikten sonra vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket ediyor olmasının önemine vurgu yapmaktadır⁵⁴⁰.

Biz de, çoğunluk gibi, yok etmek sureti ile geri almanın bir hukuki işlem olduğuna inanmaktayız. TMK m. 543/I ile öngörülen imkanın bir hukuki işlem değil de bir maddi fiil olarak nitelenmesi kanımızca mümkün değildir.

Kocayusufpaşaoğlu'nun izinden giderek, hukuka uygun fiilleri; irade açıklamaları, tasavvur açıklamaları ve duygu açıklamaları şeklinde üçe ayırıyoruz⁵⁴¹. Hukuki işlemlerin diğer iki kategoriden farkı, yazar tarafından net bir şekilde ortaya konmaktadır: “Burada irade beyanının içeriği ile, hukuk düzeninin buna bağladığı sonuç arasında bir uygunluk vardır. Hukuki sonuç, istendiği için meydana gelmektedir.”. **Serozan**'ın deyişi ile maddi fiiller de hukuki sonuç herhangi bir iradeye değil de doğrudan doğruya maddi eyleme bağlanır⁵⁴².

Bu bilgiler ışığında, TMK m. 543/I ile kabul edilen geri alma niyeti ile yok etmenin bir maddi fiil olduğunu iddia etmek, geri alma maksadı ile geri alma iradesinin açıklanmasının birbirinden ayrılabilmesi ile mümkün olacaktır. Başka deyişle, ancak, geri alma maksadı ile geri alma iradesinin farklı kavramlar olduğu ön kabulü ve Kanunun burada geri alma maksadını aradığı yoksa irade açıklaması ile ilgilenmediğinden hareketle bir maddi fiil ile karşı karşıya olduğumuz iddia edilebilecektir. Bu yöndeki bir çaba, fiil ehliyetine sahip olmayanların da maddi fiillerinin sonuç doğurabilmesi noktasında, iradi mirasçılığı güçlendiren şekil ve ehliyet kurallarını zayıflatma yolundaki çağdaş eğilime uygun olsa da⁵⁴³, hukuki dayanakları zayıftır.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop'un tespitleri yürütegeldiğimiz tartışmaya da ışık tutacak türdendir⁵⁴⁴: “Hukuki işlemde bahsedebilmek için irade, yalnız fiile değil,

⁵⁴⁰ **Schlütter**, s. 68-69.

⁵⁴¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, s. 84.

⁵⁴² **Serozan**, Medeni, s. 235.

⁵⁴³ Bilindiği üzere hukuki işlemler için öngörülen bir kısım kuralların hukuki işlem benzerleri için de kıyasen uygulanacağı tartışmasız kabul edilirken, bunların maddi fiiller için aranması yadırganır. Öyle ki, bir maddi fiilin sonuç doğurması için ilgilinin fiil ehliyetine sahip olması beklenmez. Bununla birlikte, bazı maddi fiiller açısından (yerleşim yeri edinme gibi) bu kurala bir istisna getirilmesi gerektiği ifade olunmaktadır. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, s. 86.

⁵⁴⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 38-39.

onun hukuki sonucuna da yönelmiş olmalıdır... Bir defa hukuk düzeni bir hukuki sonucu, bu sonuca yönelen bir iradenin açıklanmasına değil de, yine kişilerin hukuka uygun surette meydana getirdikleri maddi ve fiili durumlara bağladığı takdirde hukuki işlem den söz açılmaz.”.

Kanun koyucumuz, açıkça söylemese de, TMK m. 543/I’de, vasiyet edenin geri alma niyeti ile hareket etmesini aramaktadır. Bunu, vasiyet edenin geri alma niyeti olmaksızın vasiyetnamenin yok olması halinin ayrıca düzenlenmiş olmasından da anlıyoruz. Gerçekten de, yok etme fiili bizzat vasiyet edenden sadır olsa bile, bu eylem (fiil) eğer onun geri alma maksadına (iradesine) dayanmıyorsa vasiyetnamenin geri alınmasından bahis açmaya imkan yoktur. Hal böyleyken, geri alma maksadı (iradesi) ile geri alma iradesinin açıklanması arasında yukarıda andığımız türden bir ayrım da kanunda öngöröl m ü ş değildir. Başka deyişle, yok etme eyleminin bizzat kendisi, iradeyi gösteren bir hareketle dış dünyaya yansımakta ve vasiyet eden aynı zamanda geri alma iradesini dış dünyaya yansıtan bu eylem ile vakti zamanında varlık kazandırdığı hukuki bir işlemi sonlandırma amacı taşımaktadır. Hukuki işlemin kurucu unsuru olan iradenin açıklanması açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Bizim, nihai düşüncemiz, yok etme eyleminin yukarıda ifade ettiğimiz amaca yönelik bir örtülü irade açıklaması olduğudur. Zira, vasiyet edenin geri alma yönündeki iradesi sadece yok etme fiiline değil de geri alma sonucuna da yönelmiş bulunmaktadır⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ Gerçi maddi fiil olup da iradenin önem arzettiği bir kısım örneklere de rastlamaktayız. Biz, hukuki eylemin iradeye dayalı olması ile o iradenin aynı zamanda bir sonuca da yönelmiş olması sebebi ile yok etmek sureti ile geri almanın bir hukuki işlem olduğuna inanıyoruz. Yoksa, maddi fiil sayılan bir kısım hallerde de, eylemin kendisinin ilgisinin iradesine dayanması aranmaktadır. Yerleşim yeri edinilmesi özellikle böyledir: **Arpacı**, Kişiler, s. 90. Yazar, yerleşim yeri edinmenin bir hukuki işlem ya da hukuki işlem benzeri olmadığını söyledikten sonra, yerleşim yeri edinecek kimsenin iradesinden ya da niyetinden bahis açmakta ve yerleşim yeri edinecek kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiğini isabetli olarak belirtmektedir. İşte, **Arpacı**’nın da işaret ettiği ve kanunda açıkça zikredilen bu niyet-irade yerleşim yeri edinme sonucuna yönelik değil de, bizzat, bir yerde en azından belli bir süre oturma eylemine yöneliktir. Kişinin yerleşim yeri edinme sonucuna ulaşmak iradesi ile hareket etmesi dahi ulaşılan sonucu değiştirmeyecek ve biz yerleşim yeri edinmenin gene bir maddi fiil olduğunu iddia edeceğiz. Maddi fiillerin bir kısmında ise eyleme yönelik bir iradenin varlığı dahi aranmaz. Ayırt etme gücünden yoksun A’nın bir arazide öylesine dolanıp toprağı eşelerken bir define bulması hali özellikle böyledir. Bu yaptığımız açıklamalardan ulaştığımız sonuç şöylece özetlenebilecektir: Bir fiil ve eylemin hukuki işlem sayılabilmesi için iradenin sadece eylemin kendisine yönelik olması yeterli değildir ve fakat aynı zamanda sonuca da yönelik olması gerekir. Bundan dolayı eylemin iradeye dayandığı her halde doğrudan doğruya hukuki işlemin varlığı kabul edilemez. Maddi fiil sayılan bir kısım eylemler ilgisinin eyleme yönelik iradesinden bütünüyle bağımsız olabileceği gibi, hukuki sonuca yönelik olmamakla birlikte eyleme yönelik bir iradenin mahsulü de olabilirler. İşte, bu son halde dahi tam fiil ehliyeti aranmaz ve ayırt etme gücünün varlığı ile yetinilmelidir.

Öztrak'a göre de, vasiyet edenin yok etme fiilini gerçekleştirirken kasdının daha evvel yapmış olduğu tasarruflarını hükümsüz kılmak olması sebebi ile bir hukuki işlemin varlığının kabul etmek gerekir⁵⁴⁶. Bir hukuki işlem olduğu böylecek tespit edildikten sonra sıra mezkur geri alma usulünün ne türden bir hukuki işleme denk geldiğinin araştırılmasına gelmiştir. Yukarıda düşüncelerine yer verdiğimiz yazarların hemen hemen tamamının düşüncesi şu şekilde özetlenebilir:

TMK m. 543/I anlamında geri alma amacı ile vasiyetnamenin yok edilmesi kanun gereği bir ölüme bağlı tasarruftur. Kanun koyucu ölüme bağlı tasarruflar için öngördüğü şekil kurallarına bir istisna getirmekte ve vasiyetnameler ile miras sözleşmesi yanında nevi şahsına münhasır bir ölüme bağlı tasarruf şekli ihdas etmektedir. Ölüme bağlı tasarruf niteliğindeki bu hukuki işlem tek taraflıdır ve vasiyet edenin bu yolla vasiyetnamesini geri alması için vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olması gerekir⁵⁴⁷.

Yok etmek sureti ile geri almanın tek taraflı bir hukuki işlem olduğu açıktır. Zira, sadece vasiyet edenin tek yanlı iradesi istenilen sonucun doğması için kafidir. Keza, vasiyet edenin geri alma iradesinin, geri alınmakta olan vasiyetnamenin lehdarları da dahil olmak üzere herhangi bir üçüncü kişinin iradesi ile birleşmesine ya da bunların rızasına ihtiyacı yoktur. TMK m. 542/I ve TMK m. 544/I'de geri alma iradesi bazen iki taraflı bir hukuki işlem içinde de dış dünyaya yansıyabildiği için bu tartışma o geri alma usulleri bakımından daha anlamlı idi⁵⁴⁸. Oysa, vasiyetnamenin yok etmek sureti ile geri alınması usulünde benzer yönde bir ikilik yoktur: Vasiyet eden, bir vasiyetname ve bir miras

Bizim düşüncemiz temelde farklı olmakla birlikte, vasiyetnamenin yok edilmek sureti ile geri alınması, olsa olsa bu sonuncu türden bir maddi fiil kabul edilebilecek ve bu halde dahi vasiyet edenin ayırt etme gücüne sahip olması aranacaktır. İşte bu noktada, yok etmek sureti ile geri almanın bir hukuki işlem mi yoksa bir maddi fiil mi olduğu yolundaki tartışma da pratik önemini kaybetmektedir. Zira, yok etmek sureti ile geri almanın bir hukuki işlem olduğunu iddia eden yazarların tamamı onun aynı zamanda bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu da eklemekte ve yok etme eyleminin failinin vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olması gerektiğini de belirtmektedirler. Vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olabilmek için de kişinin 15 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Bir kişiyi yok etmek suretiyle geri alma noktasında ayırt etme gücüne sahip saydığımız hallerin hemen hemen tamamında onun 15 yaşından büyük olduğu gerçeği ile karşılaşırız. Biz, bu hususta Hatemi tarafından dile getirilen kaygıların isabetinin de altını çizmiştik: Bkz. yukarıda s. 106. Ezcümle, bu düşünce tarzı karşısında, yok etme suretiyle geri almayı maddi fiil sayıp da sadece ayırt etme gücünün varlığı ile yetinileceğini ifade etmek esasında çoğu zaman bir fark yaratmayacaktır. Çünkü, bir kişi, vasiyetname düzenleyebilme yaşına geldiği vakit çoğu zaman ayırt etme gücüne de sahip kabul edilebilecektir.

⁵⁴⁶ **Öztrak**, Rücu, s. 47.

⁵⁴⁷ Bkz. yukarıda s. 102 vd..

⁵⁴⁸ Bkz. yukarıda s. 90 vd..

sözleşmesi düzenlemek dışında ve onlara ek olarak aynı amaca yönelmiş bir yok etme fiili ile de vasiyetnamesini geri alabilecektir. Kanunun vasiyet edene tanıdığı bir ayrıcalıktır bu. Doğası gereği de tek taraflıdır. Başka deyişle, sadece ve sadece vasiyet edenin geri alma iradesi ile yok etme eylemini gerçekleştirmesi yeter de artar bile. Bu geri alma usulünün özel bir ölüme bağlı tasarruf şekli olarak öngörüldüğü yolundaki düşünceler bu iddiayı desteklemekte ve bütünlemektedir.

Çoğunluğun fikri TMK m. 543/I ile sadece ölüme bağlı tasarrufların şekil kurallarına bir istisna getirildiği yönünde de değildir. Yok etmek sureti ile geri almanın hukuki niteliğinin ölüme bağlı tasarruf olduğu söylenmekle, TMK m. 543/I ile bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf çeşidi öngörüldüğü de söylenmiş olmaktadır⁵⁴⁹.

Biz, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinin Medeni Kanunun miras kitabı dışında dahi yer alabileceğini ifade etmiştik⁵⁵⁰. Bundan dolayı, bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun, “ölüme bağlı tasarrufun çeşitleri” konu başlıklı TMK m. 514 ve devamında düzenlenmemiş olması şaşırtıcı değildir. Yok etmek sureti ile geri almanın şekli bakımından yapılan açıklamalar ve ortaya atılan iddiaların hukuki dayanakları noktasında ise şüpheyle hareket etmekteyiz. Bir kere, kanun koyucu, ölüme bağlı tasarrufların şekli konusunda, sözleşmeler hukukuna özgü ilkeleri bütünüyle terketmiş gözükmemektedir. Ölüme bağlı tasarrufların maddi çevresi, ancak bir miras sözleşmesi ya da vasiyetname kılıfı içinde dış dünyaya yansıyabilir. Dahası, anılan hukuki işlemlerin geçerlilik kazanması için ayrıntılı (elyazısı ile vasiyetnamede düzenleme tarihinin gösterilmesi ve metnin bizzat vasiyet eden tarafından kaleme alınması) ve yeri geldiğinde deyim yerinde ise teatral bir kısım seromonilerin (resmi vasiyetname ve sözlü vasiyetname için sevk edilen hükümler) yerine getirilmiş olması gerekir. Kanun koyucunun, bütün bu kaygılarından vazgeçerek yukarıda sayılanlara nazaran özensiz ve kolaylıkla gerçekleştirilebilen bir eylemi bir ölüme bağlı tasarruf olarak öngördüğünü kabul etmek kolay değildir. Ondan beklenen, bunca önemseddiği şekil kurallarına bir istisna getirecek ise bunu apaçık bir şekilde yapmasıdır. Mamaafih, TMK m. 543/I, bu yönde bir açıklık da içermemektedir. TMK m. 543/I’in kanundaki yerinden yola çıkılarak da bir sonuca gitme imkanı yoktur. Zira, TMK m. 544’de, biri ölüme bağlı tasarruf diğeri sağlar arası hukuki

⁵⁴⁹ Tıpkı TMK m. 542/I’de öngörüldüğü gibi.

⁵⁵⁰ Bkz. yukarıda s. 7 vd..

işlem niteliğine sahip iki farklı geri alma usulünün aynı hükümde düzenlendiği göz önüne alınırsa, kanun koyucumuzun böylesi bir sistematik kaygıdan uzak olduğu da anlaşılacaktır. Bu düşünce tarzının şöylelikle devam ettirilmesi de mümkündür. Bir ölüme bağlı tasarruftan bahsedebilmek için maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak içerik bakımından kanuni bir düzenlemeye gerek olduğu gibi bu tasarrufun şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf içinde de yer alması zorunludur. Acaba bu iki şart birlikte gerçekleşmeden teknik anlamda bir ölüme bağlı tasarruftan bahsetmek imkan dahilinde midir? Bu sorunun cevabı menfi olsa gerektir. İçerik olarak ölümden sonrasını etkilemeye yönelik bir kısım tasarrufların “sağlar arası işlem yoluyla ölüme bağlı kazandırma” başlığı altında ve ayrıca incelenmesi boşuna değildir. Burada da, pekala, şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olmadığı için aslında maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf da ihdas edilmediği tüm bu gerekçelerle iddia edilebilecektir. Ölüme bağlı tasarruflarla sağlar arası hukuki işlemler arasında var olduğu iddia edilen geçiş bölgesinde bir işlem den bahis açmak da mümkündür. Bu son halde, geri alma işleminin şekil dışında, ölüme bağlı tasarrufların geçerlilik rejimine tabi tutulacağı da söylenebilir. Geri almakta olduğu hukuki işlem bir ölüme bağlı tasarruf olduğu için her halde ve doğrudan geri alma işleminin de bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu iddia etmek de her zaman için doğru değildir. Aksi halde TMK m. 544/II’de düzenlenen, sağlar arası işlem yolu ile vasiyetnamenin geri alınması kurumunu açıklamak imkansız olurdu.

Ölüme bağlı tasarruflar ile sağlar arası hukuki işlemler arasında doktrinde öngörülen kimi kriterlerin, her zaman için bir çözüm bulmamıza hizmet etmeyeceği öteden beri dile getirilmektedir⁵⁵¹. İşte burada da, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu yolunda şüphe yoksa da, bu işlemin, terekeyi mi yoksa malvarlığını mı etkilemeye yönelik olduğu müphemdir. Bununla birlikte, anılan işlemin sonuç doğuracağı an üzerinden hareket etmek işimizi kısmen de olsa kolaylaştıracaktır. Vasiyetnamenin TMK m. 542/I ve TMK m. 544/I çerçevesinde geri alınması hallerinde elimizde kendisi de vasiyet edenin ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuracak bir vasiyetname vardı. Vasiyet eden, bizzat böylesi bir yolu seçmekle daha baştan yaptığı işlemin hüküm ve sonuçlarının ölümünden sonra doğacağını da hesaba katmaktadır. Biz, üçlü bir ayırmadan yola çıkarak sonuca gitmenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Vasiyet eden ya vasiyetnameye konu malı ya vasiyetnameyi ya da

⁵⁵¹ Serozan/Engin (Serozan), s. 215.

vasiyetnamesinin lehdarlarını yok etmek seçenekleri ile karşı karşıyadır. Bu üç seçenekten ilki ve üçüncüsü ileride ayrıca incelenecektir. Bununla birlikte, vasiyetnameye konu malı yok etmek herhalde bir sağlar arası tasarruf sayılacaktır. İşte, vasiyet eden, vasiyetnamesine konu malı yok etmek suretiyle terekesini değil de malvarlığını etkilemeye yönelik iradesini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, vasiyetnameye konu malın değil de vasiyetnamenin kendisinin yok edilmesi halinde aynı sonuca ulaşmak güçtür. Biz, son tahlilde, vasiyetnameyi yok etme eyleminin, vasiyetnameye konu edilen malvarlığı değerlerine değil de bizzat vasiyetnamenin kendisine yönelik olduğundan hareket ederek, vasiyet edenin iradesinin daha çok terekede değişiklik yapmaya yönelik olduğu sonucuna ulaşmanın daha isabetli olacağını iddia ediyoruz. Bu düşünce tarzımızın, vasiyetname metninin maddi varlığının bütünüyle ortadan kaldırılmadığı yok etmek sureti ile geri alma halleri için savunulması daha kolaydır. Vasiyetnamenin maddi varlığının bütünüyle yok edilmesi halinde dahi vasiyet eden aslında terekesinin yazgısını çizecek ve ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuracak bir irade ve şuur ile hareket etmektedir. O, vasiyetnameye konu mal üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunmamaktadır. Kendisine bu imkan açıkça tanınmış iken (TMK m. 544/II) onun doğrudan vasiyetname metnine yönelmesi dahi iradenin ölümün sonrasına ve terekeye yönelik olduğunu ispata kafidir.

Çalışmamızın bu bahsinde ileri sürdüğümüz düşüncelerin birbiri ile çelişkiler içerdiği sonucuna ulaşılmasını istemeyiz. Biz de, geline nokta, yok etmek sureti ile geri alma işleminin bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu ifade etmiş bulunuyoruz. Bununla birlikte, tavrımız, doktrinin genel eğiliminden yöntem itibari ile ayrılmış bulunmaktadır. Yok etmek sureti ile geri almanın hukuki niteliği ile ilgili olmak üzere bizden önce düşüncelerini açıklamış bulunan yazarlar, yukarıda yer verdiğimiz üzere, öncelikli olarak şekil bakımından bir istisna getirildiğinden hareket etmekte ve onun neticesinde de maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarrufun ihdas edildiğini iddia etmektedirler. Biz, daha önce de belirttiğimiz üzere, kanun koyucudan, şekli hususunda bunca titizlendikleri bir müessese için bir şekil istisnası getirecekler ise bunun apaçık bir şekilde yapılmasını beklerdik. Hal böyleyken, bu haklı kaygımızı mutlaklaştırmak da yersiz olacaktı. İşte bu son endişemiz, bizi, vasiyetnamenin sağlar arası hukuki işlemlerle geri alındığı haller ile yok etmek sureti ile geri alma hallerini karşılaştırmak sureti ile, bu son halde, vasiyet edenin iradesinin gerçekte terekeye mi yoksa malvarlığına mı yönelik olduğu yolunda yapılacak başkaca bir tartışmaya götürdü. Öze yönelik bu tartışma neticesinde, O'nun iradesinin, yok etmek

suretiyle geri alma halinde esasında terekeye yönelik olduğu sonucuna vardık. Başka deyişle, tümünden gelim değil de tümevarım yöntemine bağılı kaldık. Bu noktadan sonra biz de, TMK m. 543/I ile ölüme bağılı tasarrufların şekil kurallarına sadece geri alma kurumu bakımından bir istisna getirildiğine inanmaktayız. Geldiğimiz bu nokta başka bir sebeple de bizi sevindirmiştir: İradı mirasçılığın yasal mirasçılık karşısında üstün kılınmasını dileyen bir insan olarak, mezkur geri alma işleminin ölüme bağılı tasarruf sayılması, yok etmek sureti ile geri alma işlemi için aranacak ehliyet kurallarını da ciddi biçimde hafifletecektir. Gerçekten de, yok etmek sureti ile geri almanın bir sağlar arası hukuki işlem sayılarak tam fiil ehliyetinin ve bu arada vasiyet edenin 18 yaşını doldurmuş olmasının aranması, kendisinin son isteklerinin hayata geçirilmesinin açıkça güçleştirilmesi anlamına da gelecek idi. O’nun, vasiyetnamesini yaptıktan sonra malvarlığında kalmaya devam eden bir kısım değerler üzerinde dilerse o malvarlığı değerlerine yönelik satım ve yok etme gibi başkaca bir kısım sağlar arası hukuki işlemler de bulunma özgürlüğüne sahip iken, o yola meyletmeyip vasiyetnamesini yok etmeye yönelik çabası yukarıda sayılan gerekçelerle mümkün mertebe kolaylaştırılmalıdır.

Hukuki niteliği tek taraflı bir ölüme bağılı tasarruf olarak tespit ettikten sonra TMK m. 543/I için aranacak ehliyetin vasiyetname düzenleme ehliyeti olacağı da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır⁵⁵². Bundan dolayı, çalışmamızın bundan önceki kısımlarında özellikle TMK m. 542/I çerçevesinde vasiyetname düzenleme ehliyetine yönelik yapageldiğimiz açıklamalar ve tartışmalar bu bahis için de tekrar edilebilir⁵⁵³.

Tüm ölüme bağılı tasarruflar gibi yok etmek suretiyle geri alma da bir ölüme bağılı tasarruf olması hasebiyle sıkı surette şahsa bağılı bir hakkın kullanılmasına karşılık gelir. Bu sebeple, geri alma iradesinin, bizzat vasiyet edenden sadır olması beklenir. **Serozan**, ölüme bağılı tasarruflarda sıkı şahsa bağılılık yönündeki bu kuralın, iradi ve kanuni temsil yasağına indirgenemeyeceğini, iradede temsil yanında beyanda temsilin dahi imkan dahilinde olmadığını, keza, vasiyet edenin ölüme bağılı tasarrufta bulunma hakkını üçüncü bir kişiye devredemeyeceğini de eklemektedir⁵⁵⁴. İşte tüm bu mülahazalarla, kural olarak,

⁵⁵² **Öztrak**, s. 56.

⁵⁵³ Gelecekte yok etmek suretiyle geri almanın ölüme bağılı tasarruflar ile sağlar arası hukuki işlemler arasında bir arabölgede yer aldığını iddia edebilecek düşünürler nezdinde de benzer yönde bir düşünce kabul edilebilecektir. Zira, böylesi bir kabul herşeyden öte, favor testamenti ilkesi gereğidir.

⁵⁵⁴ **Serozan**, Kazandırma, s. 21.

yok etmek sureti ile geri alma fiilini de mümkün mertebe vasiyet edenin bizzat icra etmesi gerekir⁵⁵⁵. Bununla birlikte, **Piotet**'nin ifadesi ile, bir temsilci gibi değil de basit bir ulak gibi hareket etmesi şartı ile anılan yok etme fiilinin vasiyet edenin gözetiminde bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesinde de sakınca görmemek icap eder⁵⁵⁶. Yazarın bu düşüncelerinin genel olarak kabul gördüğünü söylemek de mümkündür. **Serozan**'ın ifadesi ile "... Vasiyetçinin bu yok etme işini bizzat yapması ve eğer bu işi bir yakınına yaptıracaksa, onu kendi öz istencinin bağımlı bir aracı olarak kullanması, açıkçası, vasiyetnameyi yok etme kararını ona bırakmaması gerekir."⁵⁵⁷. **Önen** de, kural olarak yok etme eyleminin bizzat vasiyet eden tarafından yapılması gerektiğini söylese de üçüncü bir kişiden yardım alınmasında sakınca görmemektedir⁵⁵⁸. **Stettler**'e bakılırsa doktrinin geneli de benzer tarzda düşünmekte ve üçüncü kişinin yardımına kapı aralamaktadır⁵⁵⁹. Bununla birlikte vasiyet edenin yok etme eylemini bizzat gerçekleştiremeyeceği bir halde kendisinin artık sözlü vasiyetname yoluna başvurarak geri alma yolunu seçmesi gerektiği de ifade olunmuştur⁵⁶⁰. **Öztrak** ise, vasiyet edenin üçüncü bir kişiyi imha fiili açısından bir alet ve vasıta olarak kullanabileceği fikrindedir⁵⁶¹. Biz, vasiyet edenin üçüncü bir kişinin yardımını alarak yok etmek yerine sözlü vasiyetname düzenleme yolunun seçilmesi zorunluluğunun zevkine varabilmiş değiliz. Bu husustaki düşüncelerimiz, çoğunluk ile benzer şekilde en azından üçüncü bir kişinin bir araç olarak kullanılmasına imkan verilmesi gerektiği yönündedir. Nitekim, ölüme bağlı tasarruflara hakim olan temsil yasağı ilkesinin yumuşatılması yolundaki haklı çabaların desteklenmesi gerektiği yolundaki görüşümüzden vazgeçmiş de değiliz⁵⁶². Kendisi fiziksel güç eksikliği sebebi ile vasiyetnamesini bizzat yırtamayan bir kişinin son isteği bu doğrultuda olduğu sürece O'nu neden dolayı bir yığın formalite ile karşı karşıya bırakmak zorunda olduğumuzu anlayamamaktayız⁵⁶³. Bu sebeple aksi yöndeki görüşün daha işin başında TMK m. 543/I'in

⁵⁵⁵ **Öztrak**, Rücu, s. 57; **Önen**, s. 57-58; **Steinauer**, s. 356-357; **Escher**, s. 355-356; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 270.

⁵⁵⁶ **Piotet**, Traité, s. 229.

⁵⁵⁷ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 248.

⁵⁵⁸ **Önen**, s. 57. Benzer yönde bkz. **Cottier**, s. 139; **Guinand/Stettler**, s. 70; **Escher**, s. 355.

⁵⁵⁹ **Stettler**, s. 151.

⁵⁶⁰ Peter **Breitschmid**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Bale 1998, Art. 509-511(**Stettler**, s. 151'den naklen).

⁵⁶¹ **Öztrak**, Rücu, s. 57.

⁵⁶² Bu bahiste dahi anlamlı olan düşüncelerimiz için bkz. yukarıda s. 119 vd..

⁵⁶³ Benzer yönde bkz. **Escher**, s. 355.

sevk amacına aykırı hareket ettiği de söylenebilecektir: Değil mi ki kanun koyucu iradi bir etkinliğe sonuç bağlamak sureti ile ölüme bağlı tasarrufların şekil kurallarına bir istisna getirmiştir; bırakalım da vasiyet eden kendisine tanınan bu ayrıcalıktan dilediği gibi faydalansın. Yok etme iradesi vasiyet edenin bilincinde kimsenin etkisi altında kalmaksızın bir kere oluştuktan⁵⁶⁴ sonra üçüncü bir kişinin sadece maddi fiil noktasında yardımının alınması neden dolayı şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesini ihlal etmiş olsun. Bu hususta **Öztrak** gibi titizlenmeyi de doğru bulmuyoruz⁵⁶⁵. Kaldı ki, üçüncü bir kişinin, yok ederek geri almak yolundaki iradeye hiçbir etkisi olmaksızın basit bir alet ve vasıta olarak kullanılmasını vasiyet edenin sadece fiziksel güçlük çektiği hallere indirgemek de kanaatimizce isabetli değildir. Yok etmek sureti ile geri almanın evleviyetle el yazısı vasiyetnameler için uygulanabileceği ve el yazısı vasiyetnameler için de metnin üzerine yazıldığı nesnenin önemi olmadığı gerçeği karşısında üçüncü bir kişinin yardımının alınması yok etme eyleminin fiziksel güç olarak yerli yerinde olan bir insan için dahi bazen imkansız olması sebebi ile bir zorunluluk da teşkil edebilecektir: Azınlıkta kalan ve katılamadığımız görüş taraftarlarının, evinin sapasağlam bahçe duvarına şairane bir şekilde vasiyetnamesini silinmeyen bir boya ile kaleme alan A'nın bu duvarı yok etmek suretiyle vasiyetnamesini geri alma isteğine verecekleri bir cevapları yoktur. Kaldı ki, aynı kişinin bir kere geri alma kararını verdikten sonra yırtması için tek sayfalık ve beyaz kağıda kaleme alınmış el yazısı ile vasiyetnamesini vermesinde şahsa sıkı sıkıya bağlılık kuralını zedeleyecek ne vardır? Aksi yönde bir düşüncenin kabulü, bu geri alma usulü için getirilen şekil istisnasının ve bu arada kolaylığının yok sayılması sonucunu doğuracaktır. Tüm bu tartışmalar, mezkur geri alma yönteminin bir sağılar arası hukuki işlem olduğunu iddia edecek olanlar bakımından ise zaten başından itibaren anlamsızdır. Tartışmayı bir adım daha ileri götürmenin yeri gelmiştir: Nasıl olsa icazet gelir ümidi ile üçüncü bir kişinin yok etme fiiline vasiyet edenin sonradan onay vermesi geri alma sonucunu doğuracak mıdır? **Escher**'e nazaran bu sorunun cevabı menfidir⁵⁶⁶. Zira, ortada aslında bir hukuki işlemin varlığından bahsetmeye imkan yoktur. Yazara göre ancak vasiyetçinin emri ile meydana gelen yok etme fiili geri alma anlamına gelir ve yok etme fiilinin vasiyet edenin sağlığında gerçekleşmesi ayrıca zorunludur. **Önen** ise aksi yöndeki düşüncelerini açıklamış

⁵⁶⁴ **Önen**, s. 58.

⁵⁶⁵ **Öztrak**, Rücu, s. 57.

⁵⁶⁶ **Escher**, s. 356.

bulunmaktadır⁵⁶⁷. Vasiyet edenin ömrünün son dakikasında yanındaki kişilere vasiyetnamesini yok etmeleri emrini vermesi karşısında eğer onlar bu emrin gereklerini O ölmeden yerine getirememişlerse, artık, mirasbırakanın terekəsi, geri almak istediğini açıkça beyan ettiği son arzusu hilafına paylaştırılacaktır. **Escher**'e ithafen zikrettiğimiz bu düşünce tarzının her şey bir yana hakkaniyet değerlerimiz ile ne derece örtüşeceğini okuyucuların takdirine bırakıyorum. Bizim, kendi adımıza, bu sonucu kabul etmemiz ise mümkün değildir. Tavrımız, genel olarak, şekli olanı kutsallaştırmaktan yana olan Roma Hukuku geleneğine karşı çıkmaktır. İnsanın, herşeye rağmen, özünde ve kurallar ile boyunduruk altına alınmadan önce, ahlaki olarak güzel olandan yana olduğuna inanmaktayız. Butlanla geçersiz bir sözleşmenin özündeki butlan sebebi ortadan kaldırılarak yeniden ve silbaştan yapılmasını zorunlu gören ve bu arada mesela tarafların butlanla sakat olan sözleşmeyi aynen kabul ettiklerine dair apaçık bir taahhüdü dahi yok sayan bir düşünceyi paylaşan çoğunluktan, bizim bu bahisteki serzenişlerimizi anlamalarını da beklememekteyiz. **Escher** ve benzer yöndeki yazarların düşüncesi herşey bir yana, şekli öze açıkça tercih etmeleri sebebiyle de eleştirilmelidir. Biz, **Staudiger** şerhindekiler başta olmak üzere Alman yazarlarının büyük bir kısmının bizim gibi düşündüğünü **Önen** vasıtası ile öğrenmiş bulunuyoruz⁵⁶⁸. Keza, **Önen** de, fransız hukukçularının etkisi ile vasiyet edenin son istekleri karşısında şekli bir takım kaygıların göz ardı edilmesi gerektiğini ifade etmiş bulunmaktadır. Yazar, bu son halde dahi, yok etme eyleminin animus revocandiden yani geri alma yönündeki son isteklerden bütünüyle bağımsızlaşmadığının altını isabetle çizmektedir. **Önen**'e göre vasiyet edenin geri alma iradesinin yok etme fiilinden önce mevcut olması ile sonradan onu takip etmesi arasında bir fark yoktur. Kaldı ki, bu halde, vasiyet eden, yok etme fiiline icazet vermek yerine pekala eski vasiyetnamesini yeni baştan kaleme alabilirdi.

Vasiyet edenin yok etme yönündeki bir emri üçüncü bir kişiye vermesine rağmen anılan emrin yerine getirilmemiş olduğu varsayımında geri almanın gerçekleşip gerçekleşmediği ise ayrı bir tartışmanın konusunu teşkil eder. Doktrinin bir kısmı, üçüncü kişinin vasiyet edenin yok etme yolundaki isteğine ve emrine uymaması halinde geri almadan bahsedilemeyeceğine inanmaktadır⁵⁶⁹. Böylelikle sözlü bir emrin etki

⁵⁶⁷ **Önen**, s. 59.

⁵⁶⁸ **Önen**, s. 58 ve oradaki dn. 4'e ait metin ve o dipnotta anılan yazarlar.

⁵⁶⁹ **Önen**, s. 59.

gösterebilmesi emrin ifa edilmiş olmasına bağlanmış bulunmaktadır. **Önen**, çoğunluğun bu fikrine, geri alma yolundaki basit bir sözlü beyanın (emrin) geri alma için öngörülen şekil kurallarının yerine getirilmesi için yeterli olmayacağından hareketle iştirak ettiğini de eklemektedir⁵⁷⁰. Üçüncü kişinin, hileli bir takım davranışlar neticesinde, bu arada vasiyet edeni de yanıltmak sureti ile (O'nda sanki vasiyetnameyi yok etmiş izlenimi yaratmasına rağmen) yok etme yolundaki emri yerine getirmediği haller ile yok etme eyleminin tamamlanmadığı hallerde kimileri vasiyetnamenin geri alındığından bahis açarken, kimileri de ancak ve ancak üçüncü kişiye karşı bu hileli davranışlarından ötürü tazminat davası açmanın mümkün olduğunu eklemektedirler. **Önen**'e göre bu çözüm önerilerinden ikincisi İsviçre hukuku bakımından daha yerindedir⁵⁷¹. Yazar, yok etme yolundaki iradeyi içeren emre uymama eyleminin faili ister bir mirasçı (yasal ya da iradi) ister mirasçılık ilişkisine bütünüyle yabancı bir üçüncü kişi olsun, geri alınmak istenen vasiyetnamenin ayakta kalacağını, bununla birlikte hileli bir davranışa tekabül eden bu eylemsizlikten zarar görenlerin haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminat talep edebileceğini iddia etmektedir. Failin yasal ya da iradi mirasçılardan biri olduğu hallerde bu kişinin mirastan yoksunluk kurumu çerçevesinde, vasiyetname ayakta kalsa bile, miras paylaşımının dışına itileceği de açıktır⁵⁷².

Yukarıda anılan yaklaşımların tamamı için genel olarak şunların söylenmesi elbette mümkündür: Kavram hukukçuluğunun kavramsal çerçevesinin bu denli genişletilmesi ve yüceltilmesi neticesinde genel geçer bir kısım kurallar tespit etmek olanaksız olduğu gibi yeri geldiğinde birbirinin nerdeyse aynı olgulara adalet değerini hiçe sayacak ve menfaatler dengesini bütünüyle yadsıyan, deyim yerinde ise keyfi ve gelgitli çözümler üretilmesi de

⁵⁷⁰ **Önen**, s. 60.

⁵⁷¹ **Önen**, s. 60. Yazara göre vasiyet edenin hileli bir takım davranışlarla geri alma vasiyetnamesi düzenlenmesinin engellenmesine benzer bir durum vardır. O tartışma bakımından **Önen**'in ulaştığı sonucun şu şekilde özetlenmesi mümkündür: Geri alma vasiyetnamesi düzenlemesi engellenen kişiye karşı bir haksız fiil vardır ve fakat geri alınmak istenen vasiyetname hala ayaktadır. Vasiyet edenin geri alma yönündeki iradesini yansıtan yok etme yolundaki emrinin O'nun rızası hilafına yerine getirilmemesi de hileli bir davranış kılıfına bürünmüş bir haksız fiil teşkil eder. Eğer bu eylemi gerçekleştiren bir yasal mirasçı ya da bir iradi mirasçı ise artık mirastan pay alamayacaktır (İMK m. 540-TMK m. 578). Vasiyet edenin geri alma yönündeki emrinin hileli bir şekilde yerine getirilmemesinden zarar görenlerin haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talebinde bulunmalarının önünde de bir engel yoktur. Yazar, zarar verici bu davranışın yasal ve iradi mirasçılar dışında bir üçüncü kişi tarafından yapılması halinde de benzer yönde bir çözümün kabul edileceğinin altını çizmektedir. Bu halde de vasiyetname geri alınmamış sayılacak ve fakat bundan zarar görenler, ki **Önen** açıkça söylemese de çoğu zaman yasal mirasçılar, haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talebinde bulunabilecektir.

⁵⁷² **Önen**, s. 60-61.

bizi artık şaşırtmamaktadır. Bu bahiste ileri süreceğimiz düşüncelerin de, bugün ve gelecekte, farkında olmadan ya da bile isteye kavram hukukçuluğu akımına sadık kalacak düşünürler tarafından, ancak ve ancak de lege feranda bir anlama sahip olmakla itham edileceğinin farkındayız. Acaba, hukukun, kanunlardan da öte bir kısım genel geçer ilkelerini, talihsiz bir şekilde geleneklerine bağlı kaldığımız Roma'nın, insana güvensizlik temelli işi sağlama alma kaygılarına yeğ tutmak mümkün değil midir? Herşeyden öte, tavrımız, iradi mirasçılığın yüceltilmesi ve vasiyet edenin son isteklerinin yeri geldiğinde şekle ilişkin bir kısım kaygıların da aşılması suretiyle ayakta tutulmasıdır. **Önen**, geri almaya yönelik basit bir emrin, eğer kendisine emir verilen tarafından bu emir askıya alınmış ve yerine getirilmemişse, kanunun aradığı şekil şartının yerine getirilmemiş olmasından hareketle sonuç doğurmayacağını kabul etmektedir. Mezkur geri alma iradesinin bir sözlü vasiyetname olarak kabul edilip edilmeyeceği ise tartışma konusu dahi yapılmamaktadır. Yazarın ve onun gibi düşünenlerin şu örneğe verecekleri bir cevap yoktur: Vasiyet eden artık dermansız kalmış ve elini kolunu oynatamamakta, hasta yatağında yatmaktadır. Odada kendisi ile birlikte çok sevdiği iki yeğeni A ve B ile artık sevmediği vefasız yeğeni C ve başkaca bir kısım dostları vardır. A ve B hüznü içinde vasiyet edeni izlemektedir. O ise, A ve B'ye masasının çekmecesinde duran ve C'nin yüklüce bir kazandırma lehdarı olduğu vasiyetnamesini yok etmelerini emreder, ister. Aşağıda yer verdiğimiz farklı ihtimallerde çoğunluğun yukarıda zikrettiğimiz düşünce tarzının hakkaniyet ile ne denli uyuşacağı elbette sorgulanmalıdır:

- a. A ve B masaya yönelir ve fakat o sırada vasiyet eden son nefesini verir.
- b. A ve B masaya yönelir ve fakat C onlara saldırır ve engeller ve bu arada vasiyetnameyi alıp kayıplara karıştır.
- c. C vasiyet edenin son isteklerini bizzat yerine getirmek istediğini söyleyerek masaya yönelir ve bu arada vasiyet edenin fenalaşmasından da yararlanarak yok etme eylemini gerçekleştirmez.
- d. A ve B masaya yönelir ve fakat o sırada çıkan bir yangın evin ve bu arada vasiyetnamenin kül olmasına neden olur ve gelin görün ki vasiyet eden zaten yangın çıkmadan birkaç dakika önce ölmüştür.

e. A ve B'nin de çektikleri ızdırabın etkisi ile hareket etmeye dermanları yoktur ve fakat odada bulunan dostlarından biri yok etme emrini üstüne vazife değil iken yerine getirir.

Vasiyet edenin, yok etmeye yönelik bir emri verdikten sonra yok etme eylemi gerçekleşene kadar bu isteğinden her zaman için vazgeebilecek olması, O'nun son isteklerini yok saymamıza sebep olacak tarzda bir sonucu haklı kılmamalıdır. lme bağlı tasarruflara hakim olan sıkı şekle bağlılık kuralının yok etmek sureti ile geri alma bakımından bizzat kanun koyucu tarafından yumuşatılmış olmasının, temsil yasağı ve temsilin içeriği hususunda da bir anlamı olsa gerektir. Bizim z düşüncemiz, sıkı sıkıya şahsa bağlılık ve temsil yasağı ilkelerinin, kabul ediliş amaçları çerçevesinde yorumlanmasının isabetli olacağı yönündedir. Yok etmek sureti ile geri alma usulünün subjektif yönüne (vasiyet edenin geri alma iradesi) ilişkin bir açıklık olduğu hallerde, en azından onun objektif unsuru (geri alma, sözün özü yok etme fiili) bakımından anılan her iki yasaklayıcı kuralın daha da yumuşak yorumlanması menfaatler dengesine de uygun olacaktır. Zira, bu ve benzeri uyuşmazlıklar bakımından vasiyet edenin iradesinin başat rol oynaması gerektiği herkes tarafından oybirliği ile kabul edilmektedir. Keza, vasiyet edenin, yok etme eylemi için belli bir kişiye aracı kılma isteği imkan dahilinde olduğu gibi içeriği belirsiz bir insan topluluğundan birinin bu amaçla görevlendirilmesi de mümkündür. Onun belli bir kişi ya da belli bir topluluğu hedef almaksızın verdiği yok etme emrinin dahi eğer bu emir keyfe keder yerine getirilmişse geri alma sonucunu doğuracağını kabul etmekte de böylelikle bir sakınca görmemek icap eder. Yeter ki, vasiyet eden gerçekten vasiyetnamesinin yok edilmiş olmasını istemiş ve bu husus apaçık bir şekilde ispat edilmiş, öte yandan yok etme eylemi ile yok etme emri arasına olağanın ötesinde bir zaman dilimi girmemiş olsun. Doktrinde bugüne kadar tartışma konusu yapılmamakla birlikte, üçüncü bir kişinin yok etme eylemine aracı kılındığı hallerde geri alma usulünün mümkün mertebe derhal ifa edilmesinde tarafların bir menfaati olsa gerektir. Keza, bu halde, TMK m. 543/I anlamında geri almanın vuku bulmadığı iddia edilecek olursa devreye olsa olsa TMK m. 539'da düzenlenen sözlü vasiyetname ve TMK m. 542/I'de düzenlenen saf geri alma vasiyetnamesi ile geri alma kurumları girecektir. TMK m. 539'da vasiyet edenin sözlü olarak ifade ettiği son dilekleri nasıl ki en kısa süre içinde bir yazıya dökülmek istenmekte ise aynı düşünce tarzı ile vasiyet edenin yok etme emrinin de mümkün mertebe çabuk bir şekilde yerine getirilmesi gerekir. Bu tavır, sonradan ortaya çıkabilecek içinden çıkılması

güç yorum sorunlarının kapısını da peşinen kapamaktadır⁵⁷³. Bizim, geri almaya yönelik son istekleri mümkün mertebe ayakta tutmaya yönelik bu çabamız, ne yazık ki, örneğin icazetin ancak ve ancak hukuki işlemler için mümkün olduğu, keza maddi bir fiille verilen icazetin o fiili vasiyet edenin varsayıli iradesi çerçevesine sokmayacağı yolundaki bir kuralın varlığı iddia edilerek kolaylıkla çürütülecektir. Hiçbir kanun hükmüne dayanmayan ve ötesinde kanunda ancak bazı ilişkiler bakımından öngörülen bir tespitin hukukun geneli için geçerli imiş gibi telakki edilmesinin doğurduğu bir sakıncadır bu. Bir yandan, yatağında uyumakta olan bay A'nın çok sevdiği yavuklusu bayan B'nin, O uyurken odasının açık penceresinden attığı bir demet gülün zilyetliğini daha uyurken kazanacağını iddia ve öte yandan vasiyet edenin yok etme eylemine sonradan vereceği bir icazetin geri alma sonucunu doğurmayacağını tartışmasız bir biçimde kabul etmek açıkçası bugüne kadar dile getirilmemiş bir çelişkinin varlığını ortaya koymaktadır. Biz, TMK m. 542/I için ne söylemiş isek burada da o bahiste söylediklerimizin arkasındayız⁵⁷⁴. Düşüncemiz, gerek mirastan yoksunluğa ilişkin hükümlerin gerekse BK m. 41 temelli bir tazminat isteminin kabulünün tarafların menfaatler çatışmasını hakkaniyete uygun ölçüde dengeleyemeyeceği doğrultusundadır⁵⁷⁵. Mirastan yoksunluk sebeplerinin uygulama alanı ne denli genişletirse genişletilsin ulaşılabilecek nokta kimi mağdur mirasçılara vasiyet eden yerine geçerek bir geri alma vasiyetnamesi düzenlemek imkanı tanımamakta ve sadece yoksunluk sebebini bünyesinde taşıyan mirasçısının mirastan uzaklaştırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu andan sonra, mirastan yoksun olanın hukuka aykırı nitelikteki bu engelleme çabasının yaptırımının, o kişi ister bir mirasçı isterse bir üçüncü kişi olsun, ona karşı açılacak BK m. 41 temelli bir tazminat istemi olacağını söylemek geri alma bakımından çok da yerinde olmadığına inandığımız şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesini kutsallaştıran yazarlar nezdinde kaçınılmazdır. Mesele esasında ölüme bağlı tasarrufların yorumu noktasında alınacak tavır ile de doğrudan ilgilidir. Ölüme bağlı tasarrufların yorumu noktasında, vasiyetname içi

⁵⁷³ Bu söylediklerimizden, yok etmek sureti ile geri almada üçüncü kişinin aracı kılınmasını, vasiyet edenin yok etme eylemini bizzat gerçekleştirmesinin türlü sebeplerle (çoğu fiziksel engellere denk gelen) mümkün olmadığı hallere inhisar ettiğimiz sonucunun çıkarılmasını isteyemeyiz. O, eli ayağı tutarken de böylesi bir yolu tercih edebilecek ve üçüncü bir kişiden vasiyetnamesini yok etmesini isteyebilecektir. Yeter ki, yok etme iradesinin oluşumu aşamasında işbu iradeyi sakatlayacak bir takım hileli davranışlara mağruz kalmamış olsun.

⁵⁷⁴ Bkz. yukarıda s. 128 vd..

⁵⁷⁵ Yeri geldiğinde yasal temsilcinin vasiyet eden adına hareket ederek bir sonuca ulaşılması gerektiği yolundaki düşüncelerimizin haklılığı bir kez daha gün yüzüne çıkmaktadır. Bu cümleden olmak üzere bkz. yukarıda s. 118 vd..

olgular ile bağılı kalınmaksızın yeri geldiğinde sadece vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile mirasbırakanın son isteklerinin gerçek anlamını araştırma çabası vasiyet edenin mevcut bir iradesinin anlamının tespit edilmesinde olduğu kadar türlü sebeplerle kanunun aradığı şekillerde dış dünyaya yansıyamamış tasarrufta bulunma iradesinin tanık beyanı da dahil olmak üzere her yoldan ispat edilebilmesine imkan tanımak amacına yönelmiştir. Genel kabul ise, vasiyet edenin kusuru olmaksızın kaybı hali gibi istisnalar hariç olmak üzere içeriğin tespiti ve ölüme bağılı tasarrufun ayakta tutulması noktasında tanık beyanına itibar edilemeyeceği yolundadır ve HUMK'daki senetle ispat yükümlülüğünün istisnaları da göz ardı edilmektedir. Başka deyişle, nasıl ki, şekle bağılılık ilkesinin uzantısı olan bu zorunluluğun bertaraf edilmesi vasiyet edenin geri alma iradesini engelleyen hukuka aykırı eylemin tanık beyanı da dahil her türden delille ispatına imkan verecek ise vasiyet edenin yok etme yolunda vermiş olduğu emrin hileli bir şekilde yerine getirilmemiş olduğu hallerde de en azından vasiyetnamenin geri alınmış sayılması gerekir. Doktrinde tartışılmayan başkaca bir mesele üzerinden bu bahse ilişkin açıklamalarımızı tamamlamak istiyoruz. Acaba kendisine yok etme emri verilen üçüncü kişinin tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir mi? Bu sorunun cevabı menfi olsa gerekir. Hatta, üçüncü kişinin ayırt etme gücüne sahip olması dahi beklenmez. Üçüncü kişinin bir temsilci sıfatı ile hareket etmediği, O'nun sadece geri alma eyleminin objektif unsuruna (maddi yok etme eylemine) aracı kılındığı düşünülecek olursa bu söylediklerimiz yadırganmayacaktır. Bir yandan makul davranma yeteneğine sahip olmayan bir üçüncü kişinin maddi eylemine geri alma sonucunu bağlamak, diğer yandan yine böylesi bir kişinin bilinçsizce mezkur emri vasiyet edenin yaşadığı dönemde yerine getirmemesine aksi yönde bir sonuca ulaşmak bizim hakkaniyet ölçülerimiz ile bağdaşmamaktadır.

Ezcümle, çalışmamızın bundan önceki kısımlarında hukuki niteliğin ölüme bağılı tasarruf olmasına bağılı diğer sonuçların, bu arada, şahsa sıkı sıkıya bağılılık yolundaki ilkeye ve ölüme bağılı tasarrufta bulunma ehliyetine yönelik açıklamalarımızın tekrar edilmesinde sakınca yoktur⁵⁷⁶. Nihayetinde, tek taraflı bir hukuki işlem olması sebebi ile yok etmek sureti ile geri alma yolunu seçen kişiden en azından vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olmasını beklemek kanunun ruhuna en uygun çözüm tarzıdır. Keza, TMK

⁵⁷⁶ Karş. yukarıda s. vd. 118 vd.; 125 vd..

m. 542/I ve m. 544/I için ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetinin ayırt etme gücü unsuruna yönelik yaptığımız açıklamalar bu bahis için de evleviyetle geçerlidir.

Tüm bu bilgiler ışığında yok etmek sureti ile vasiyetnamenin geri alınması “tek taraflı ölüme bağlı tasarruf niteliğindeki öyle bir hukuki işlemdir ki bununla vasiyet eden, vasiyetname metnini yok etmeye yönelik bir takım fiillerle vakti zamanında varlık kazandırmış olduğu vasiyetnamesini kısmen ya da tamamen hükümden düşürür.” şeklinde tanımlanabilecektir. Yok etme iradesinin sonucunda ortaya çıkabilecek usuller muhtelif şekillerde karşımıza çıkabileceğinden yok etme kavramının nelere karşılık geldiği, hangi eylemlerin yok etme kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği hususunda sessiz kalmayı tercih ettik.

3. TMK m. 543/I Hükmüne Yönelik Açıklamalar

3.1. Şekle Bağlılık ve Geri Almanın Şartlarına Genel Bakış

TMK m. 542/I ve TMK m. 544/I’de, geri alma işleminin, ancak ve ancak kanunun öngördüğü şekillere riayet edilmesi halinde sonuç doğuracağı açıkça ifade olunmakta idi. Oysa, TMK m. 543/I’de, ölüme bağlı tasarrufların geneline hakim olan şekle bağlılık kuralının bir nebze de olsa yumuşatıldığını görüyoruz.

Bu yumuşama herşeyden önce ölüme bağlı tasarrufların ancak ve ancak vasiyetname ve miras sözleşmesi kılıfı içinde karşımıza çıkabileceği yolundaki ilkenin terkedildiği anlamına gelecektir. Öyle ki, vasiyet edenin iradesine dayalı yok etme fiiline kanun tarafından bir sonuç bağlanmaktadır.

Öte yandan, kanun, kendisine bir kısım sonuçlar bağladığı bu yok etme eyleminin kavramsal sınırlarını da sıkı bir biçimde belirlememiş, sözün özü, vasiyet edenin ne türden davranışlarının “yok etme” kavramı içinde değerlendirileceğini tek tek saymak yoluna gitmemiştir. Biz, bu sessizliği, doktrine ve hakimlere tanınan bir serbestlik, bir özgürlük olarak telakki ediyoruz. Vasiyetname metninin yakılmasından yırtılmasına ve oradan üzerinin çizilmesine kadar muhtelif fiillerin TMK m. 543/I anlamında “yok etme” sayılması, sayılabilmesi boşuna değildir.

Her şey bir yana, yok etmek sureti ile geri almanın iki farklı yönü olduğu ve bunların aslında zamansal ve içerik olarak birbirini bütünlediği de söylenmelidir⁵⁷⁷:

a. Objektif unsur – yok etme fiili

b. Subjektif unsur – geri alma iradesi

Başka deyişle, yok etme fiilinin geri alma sonucunu doğurabilmesi, vasiyet edenin bu yönde bir iradesinin mevcudiyetine tabi kılınmıştır⁵⁷⁸.

Bu iki unsura ek olarak vasiyetnamesini yok eden kişinin vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olması gerektiği de eklenmelidir.

Geri almaya yönelik iradenin açık bir şekilde dış dünyaya yansıması gerekip gerekmediği ise ileride ispat yöntemleri ile ilgili kısımda incelenecektir⁵⁷⁹.

3.2. Geri Alma Usulünün Öz

Çalışmamızın bu kısmında iki temel sorunun aydınlatılmasına çalışılacaktır? Ne türden fiil ve davranışlar “yok etme” sayılır? Ne türden ölüme bağlı tasarruflar yok etmek suretiyle geri alınabilir?

Bu kısmın başından beri ifade ettiğimiz üzere, TMK ve İMK, yok etme kavramının içeriği hususunda tam bir sessizliğe bürünmüştür⁵⁸⁰.

Bilindiği üzere yok etmek sureti ile geri alma imkanı, İsviçre’de, Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği ilk andan itibaren mevcuttu. Oradaki başkalık, meselenin İMK’nun nihai metninde, 1900 ve 1904 tarihli ön projelerdeki düzenlemelerden farklı bir şekilde ele alınmasında kendini gösterir. Gerçekten de, gerek 1900 tarihli gerekse 1904 tarihli ön projede sadece “supprimer” fiiline atıf yapılmakla yetinilmemiş ve buna ek olarak “annuler” fiiline de yer verilmiştir. Başka deyişle, ön projelerdeki “la suppression” ve “l’annulation” kavramları, İMK’nun 510. maddesinde, sadece “la suppression” kavramı ile

⁵⁷⁷ Benzer yönde bkz. **Önen**, s. 62; **Öztrak**, Rücü, s. 55; **İmre/Erman**, s. 101.

⁵⁷⁸ **Öztrak**, mezkur öğelerin ikisinin de bir arada bulunmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir. Doğal olan öncelikle vasiyet eden de bu yönde bir iradenin oluşması ve ardından da yok etme eyleminin gerçekleşmesidir. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Öztrak**, Rücü, s. 55.

⁵⁷⁹ Bkz. aşağıda s. 208 vd.

⁵⁸⁰ **Önen**, s. 61 vd.; **Öztrak**, Rücü, s. 58 vd.

karşılanmıştır⁵⁸¹. **Önen**’e bakılacak olursa, “suprimer” fiili vasiyetname metninin maddi anlamda yok edilmesi anlamına gelirken, “annuler” fiili vasiyetname metninin yok edilmesi dışında (metnin maddi varlığı korunmasına rağmen) üzerinin çizilmesi gibi değişiklikleri karşılıyordu⁵⁸². Yazar, her iki halde ulaşılmak istenen sonucun vasiyetnamenin geri alınması olduğundan hareketle, kanun koyucunun bunlardan sadece birini seçmiş olmasının herhangi bir fark yaratmayacağını da eklemektedir⁵⁸³. İMK’nun son hali karşısında da, gerek metnin maddi bütünlüğüne yönelik eylemler gerekse çizme vb. yollarla metin üzerinde değişiklik yapılması geri alma sonucunu doğuracaktır. **Öztrak** da İMK’nun Almanca metninde “supression” kavramının karşılığı olarak kullanılan “vernichtet” in her iki hali de kapsayacak tarzda maksadı daha iyi ifade ettiğini söyleyerek tartışmaya katılmaktadır⁵⁸⁴. **Rodriguez**’in yaptığı bir ayırmadan yola çıkılarak meselenin incelenmesi yerinde olacaktır⁵⁸⁵: Vasiyetname, esasında, biri tasarrufun kaleme alındığı kağıt diğeri de yazı olmak üzere iki ayrı unsurdan oluşur. Öyle ki, vasiyetnamenin geri alınmış sayılması için yok etme fiilinin bu iki unsura karşı ve eşzamanlı olarak yönelmesi zorunlu değildir. Yazarın takip ettiği sistematik, doktrinde dağınık biçimde ifade edilen düşüncelerin de bir kalıp içinde karşımıza çıkmasını sağlamaktadır. Keza, yok etmek suretiyle geri alma dendiğinde, bundan, vasiyetname metninin yok edilmesi yanında metnin üzerinde bir takım değişiklikler yapılmasının da anlaşılması gerektiği hemen hemen herkes tarafından dile getirilmiştir. Bu cümleden olmak üzere, vasiyetnamenin üzerine yazıldığı kağıdın-metnin yakılması, yırtılması, parçalanması, kesilmesi; keza, vasiyetnamenin esaslı unsurlarının (örneğin elyazısı ile vasiyetnamenin düzenleme tarihinin ya da imzanın) ya da metin içinde varlık kazanan muhtelif kazandırmaların yani vasiyetname metnindeki yazıların çizilmesi, silinmesi, karalanması gibi hallerde artık yok etmek iradesi ile hareket edildiği açıktır⁵⁸⁶. Yok etmeye yönelik bu fiillerin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığını da evleviyetle ifade etmek isteriz. Yok etme eyleminin dış

⁵⁸¹ **Önen**, s. 61; **Öztrak**, Rücu, s. 58.

⁵⁸² **Önen**, s. 61.

⁵⁸³ **Önen**, s. 62.

⁵⁸⁴ **Öztrak**, Rücu, s. 59.

⁵⁸⁵ **Rodriguez**, s. 53.

⁵⁸⁶ **Aybay**, Miras, s. 62; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 234; **Rodriguez**, s. 53; **Önen**, s. 62; **Öztrak**, Rücu, s. 59; **Rossel/Mentha**, s. 95; **Stettler**, s. 151; **Guinand/Stettler**, s. 70; **Scyboz/Scyboz/Gillieron/Braconi**, s. 295; **Piotet**, Précis, s. 53; **Hirt/Ryffel**, s. 65; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 270; **Schlütter**, s. 68; **Steinauer**, s. 357; **İmre/Erman**, s. 101; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 248; **Dural/Öz**, Miras, s. 109; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 197.

dünyadaki yansıması vasiyet edenin düş dünyasına bağlı olarak şekillenecek ve yeri geldiğinde vasiyetname metninin üzerinde küçük küçük delikler açmak suretiyle okunamayacak duruma getirilmesi ile metnin yakılması arasında bir fark görülmeyecektir⁵⁸⁷. Keza, muhtelif şekillerde yazının okunamaz hale getirilmesi karşısında da ulaşılabilecek sonuç değişmeyecektir⁵⁸⁸. Yine, doktrinde bugüne kadar dile getirilmemiş olsa da, söz konusu yok etme fiillerinin bir arada bulunmasında da sakınca görmemek gerekir: Bir kısım tasarrufların silinmesi diğer bir kısmının ise üzerinin çizilmesi örneğinde olduğu gibi.

Hal böyleyken, mezkur yok etme fiillerinin (yıkamak, karalamak, çizmek, bozmak vb.) vasiyetname metninin bizzat kendisine yönelik olduğu haller ile geri alınmak istenen vasiyetnamenin yasal geçerlilik şartlarından birine yönelik olduğu hallerde geri alma vasiyetnamenin bütünü için geçerli olacak iken⁵⁸⁹, vasiyetname metninin içeriğine yönelik olduğu hallerde ise kısmi geri almadan bahis açılabilir: Vasiyetnamede yer alan tasarruflardan sadece bir kısmının üzerinin çizilmesi örneğinde olduğu gibi.

Bir önceki paragraf birbirinden ayrı iki tartışmanın da kapısını aralamaktadır. Yukarıda sayılan örneklerin tamamının geri alma sonucunu doğuracağı tartışmasız ise de vasiyetname metninin yakılarak küle dönmesi ile örneğin metnin üzerinin bütünüyle ya da vasiyetnamenin esaslı şekil şartlarından birinin üstünün çizilmesi arasında bir fark görmek icapedir. Zira, bu hallerin ilkinde geçerliliğini tartışacağımız en azından bir belge dahi ortada yok iken diğer iki halde iptal edilene kadar geçerli bir şekilde varlığını devam ettirecek bir metin yine de mevcuttur. Bu son ihtimalde, ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğine hakim olan iptal kurumunun özellikleri nazara alınarak bir çözüme gidilmesi kaçınılmazdır⁵⁹⁰.

Diğer yandan, vasiyetname metninin bütünüyle yok edilmediği hallerde, kimi zaman elde kalan metin de başlıbaşına bir vasiyetnamenin geçerlilik şartlarını taşımaya devam edebilecektir. İşte bu halde, geri almanın, TMK m. 543/I'e göre mi yoksa TMK m.

⁵⁸⁷ İnan/Ertay/Albaş, s. 197.

⁵⁸⁸ Rodriguez, s. 53.

⁵⁸⁹ Benzer yönde bkz. Rodriguez, s. 53.

⁵⁹⁰ Bkz. yukarıda s. 54 vd.. Vasiyetnamenin esaslı şekil şartlarından bahis açıldığında biz herşeye rağmen bir düzenleme tarihi ile imza arasında fark görmeyen mümkün olduğu kanaatindeyiz. Nitekim, el yazısı ile vasiyetnamede imzanın yokluğunun iptale mi yoksa yokluğa mı neden olacağı meselesi tartışmalıdır.

544/I ve hatta TMK m. 542/I'e göre mi yapıldığı sorusu gündeme gelecektir. Her üç geri alma usulünün hukuki niteliği aynı olduğu için aranacak ehliyet vb. hususlarda bir farklılaşmaya sebep olmasa da, meselenin en azından teorik düzeyde ele alınması, kavramın iç yüzünün aydınlatılması için zorunludur. Her halde yukarıda saydığımız türden bir yığın yok etme eylemi aynı zamanda vasiyetnamenin değiştirilmesi anlamına da geleceği için öncelikli olarak bu teorik sorunun çözülmesi gerekir.

Rodriguez, 1953 tarihli bir Fedaral Mahkeme kararından yola çıkarak⁵⁹¹ yok etme fiilinin vasiyetnamenin bir kısmına yönelmesi halinde geride kalan metnin yok edilen kısma nazaran bağımsız bir görünüm arzemesi şartıyla geçerli kalabileceğini söylemektedir⁵⁹². **Önen** de, düzenleme tarihi ve imza gibi geçerlilik şartlarına yönelik olmadığı sürece kısmi geri almanın mümkün olduğundan bahis açmaktadır⁵⁹³. **Rodriguez**'e göre **Önen**'in düşünce tarzının şu çekince ile kabul edilmesinde bir sakınca da yoktur: Üzeri silinen örneğin düzenleme tarihi yeri geldiğinde vasiyetname dışı olgulara da başvurmak sureti ile tespit edilebilecektir⁵⁹⁴. Bu son ihtimalde **Rodriguez**'e nazaran geri almadan bahis açmaya da yer yoktur. Biz, iradi mirasçılığı sonuna kadar yücelten bir düşünceye sahip olmamıza rağmen, yazarın düşüncelerini şüpheyile karşılıyoruz. Artık, bu son halde, üzeri çizilmiş bir düzenleme tarihinin sırf vasiyetname metnine bağlı kalınarak yapılacak bir yorumla tespiti mümkün olsa bile, bu tespitin yapılarak vasiyet edenin geri alma iradesine rağmen vasiyetnamenin ayakta tutulması ne derece kendisinin son isteklerine uygun olacaktır? Vasiyetnameyi ayakta tutma yolundaki bütün çabalar ancak ve ancak vasiyet edenin son isteklerine uygun olduğu sürece desteklenebilecektir. Sırf hukuki bilginin eksikliği sebebi ile düzenlediği el yazısı ile vasiyetnamesine düzenleme tarihinin konmadığı bir halde anılan eksikliğin tamamlanması çabası ile geri alma amacı ile vasiyetnamede var olan bir düzenleme tarihinin silindiği varsayımından bu açık isteğe rağmen üzeri silinen düzenleme tarihinin tespiti için gösterilecek çaba aynı amaca hizmet etmeyecektir. Biz, vasiyet edenin geri alma iradesi bir kere tespit edilebildikten sonra, bu son ihtimalde yorumun bütün kapılarını sıkı sıkıya kapamanın, favor testamenti ilkesine

⁵⁹¹ ATF 78 II 348

⁵⁹² **Rodriguez**, s. 53. Yazar, vasiyetnamenin geçerlilik şartlarından birinin yok edilmesi halinde artık metnin tamamının geri alındığının da altını çizmektedir.

⁵⁹³ **Önen**, s. 71. Benzer yönde bkz. **Rossel/Mentha**, s. 95.

⁵⁹⁴ **Rodriguez**, s. 53 ve oradaki dn. 13.

daha uygun düşeceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, yazarların söylediklerinden şöylesi bir döküm yapılması hatalı olmayacaktır:

a. Vasiyetname metninin bizzat kendisi çeşitli şekillerde (yakılarak, yırtılarak, parçalanarak vb.) yok edilmiş olabilir.

b. Vasiyetname metninin kendisine yönelik bir yok etme eylemi olmasa da yasal geçerlilik şekillerine yönelik bir eylem mevcut olabilir: Düzenleme tarihinin silinmesi, karalanması örneğinde olduğu gibi.

c. Vasiyetnamenin yasal geçerlilik şartlarına karşılık gelen öğeleri yanında metnin tamamı da silinmiş, karalanmış ya da okunmaz hale getirilmiş olabilir.

d. Silme, karalama, okunmaz hale getirme eylemleri vasiyetnamenin yasal geçerlilik şartlarına yönelik değildir de, sadece maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğine yöneliktir.

d. 1. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların tamamı türlü şekillerde okunmaz hale getirilmiş olabilir.

d. 2. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların bir kısmı türlü şekillerde okunmaz hale getirilmiş olabilir.

İncelemekte olduğumuz mesele esasında bir yönü ile vasiyetnamenin yorumu diğer yönü ile vasiyetnamenin tamamlandıktan sonra üzerinde değişiklik yapılması ile yakından ilgilidir. **Dural**'ın konu ile ilgili yaklaşımı tüm bunları kapsayıcı olması sebebi ile dikkatimizi çekmektedir⁵⁹⁵: “Silme ve çizilmeler, elyazılı vasiyetname tamamlandıktan sonra yapılmışsa, bu, o tasarrufun yok etme yoluyla geri alındığı anlamına gelir. Bu halde, silinen ve çizilen yerler hüküm ifade etmezler, geri kalan kısım geçerliliğini korur, meğer ki, geri kalan kısım çizilen ya da silinen yerler olmadan bir şey ifade etmesin. Böyle bir halde, artık bir anlam taşımayan vasiyetnamenin tümü geçersiz olur. Vasiyetnamenin tamamlanmasından sonra yapılan eklere gelince; katıldığım baskın görüş, bu halde eklerin yeni bir vasiyetname oldukları gerekçesiyle MK 538'deki bütün şekil şartlarına uyularak yapılmasını arar. Ancak, bu ekler, yeni bir ölüme bağlı tasarruf değil de, daha önce yapılmış olanların bir açıklaması niteliğindeyseler, şekil şartlarına uyulmadan da geçerli

⁵⁹⁵ **Dural/Öz**, Miras, s. 88.

olurlar.”. **Gönen** de “Vasiyetçinin bizzat gerçekleştirdiği bu türden müdahalelerin, yani düzeltmelerin, çıkıntıların ya da eklemelerin vasiyetnamenin tamamlanmasından sonraki bir dönemde yapılması halinde ise artık ortada yeni bir vasiyetnamenin bulunduğu varsayılır. Dolayısıyla bu nitelikteki yeni tasarruflar için el yazılı vasiyetnamede aranan şekil şartlarının ayrıca yerine getirilmesi, bu eklemelere de ayrıca tarih ve imza atılması gerekir.” demek sureti ile tartışmaya ortak olmaktadır⁵⁹⁶. Yazarın düşüncesi, özünde, açıkça söylenmese de, imza ile birlikte vasiyetnamenin tanziminin tamamlandığı yolundaki genel kanaata dayanmaktadır. Aynı düşünce **Hirt/Ryffel** tarafından imza dışında diğer geçerlilik şartları bakımından tekrar edilmiş bulunmaktadır⁵⁹⁷. Bizim, kavramların yüceltilmesi ve özün şekil uğruna sınırsızca ve acımasızca feda edilmesi yolundaki bu ve benzeri görüşlerin tamamına bir itirazımız mevcuttur. Anılan yönde düşüncelerini açıklamış bulunan yazarların hiçbirisi neden dolayı yapılacak bu değişiklikler için ayrıca şekil kurallarının yerine getirilmesi gerektiği hususunda tatmin edici bir gerekçe bulamayacaklardır. Zira, şeklin tarafları düşünmeye sevkettiği kesindir ve fakat halihazırda zaten vakti zamanında sıkı şekil şartlarına uyarak tanzim ettiği vasiyetnamesinde değişiklik yapan vasiyet edenin ayrıca bir kısım şekil kurallarına tabi kılınarak uyarılmasına ihtiyac yoktur. Öte yandan, mezkur değişiklikler zaten şekil şartlarına uygun düzenlenmiş bir vasiyetname metninde yapılmaktadır. Biz, vasiyetnamenin esasına yönelik bir kısım başkaca geçerlilik şartları üzerinde, örneğin vasiyet edenin söz konusu değişiklikleri yaparken vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olup olmadığı üzerinde daha fazla titizlenmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Ezcümle, yukarıda yaptığımız kavramsal dökümde yer alan a, b ve c hallerinde TMK m. 543/I’ın devrede olacağı tartışmasız bir şekilde kabul edilebilecektir.

Acaba, vasiyet edenin, maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların tamamını silmekle birlikte imzaya ve düzenleme tarihine dokunmadığı bir olasılıkta eldeki metnin TMK m. 542/I’de yer alan saf geri alma vasiyetnamesi olarak kabul edilmesi mümkün olabilecek midir? Kanaatimizce, TMK m. 542/I’ın kavramsal çerçevesi bu denli, deyim yerinde ise vasiyet edenin susmasına dolaylı bir irade açıklaması görevi yüklenerek, genişletilemeyecektir. Keza, bir ölüme bağlı tasarruftan bahsedilebilmesi için en azından

⁵⁹⁶ **Gönen**, s. 59-60. Yazar, söz konusu eklerin mevcut tasarrufların açıklanmasından ibaret olduğu hallerde ayrıca tarih atılıp imzalanmasından vazgeçmektedir.

⁵⁹⁷ **Hirt/Ryffel**, s. 62.

bir tane maddi, anlamda ölüme bağlı tasarruf olması gerekeceği yolundaki ilke burada yardımımıza yetişir. Bununla birlikte, bu halde karşımıza çıkabilecek silme vb. eylemler de vasiyet edenin elinden sadır olacağından meselenin tartışılmasında bir sakınca yoktur. Biz, yeri geldiğinde “mirasım yasal mirasçılık hükümlerine göre dağıtılsın” türünden dolaylı bir ifadenin dahi TMK m. 542/I için kafi geleceğini söylemiş olsak da, incelemekte olduğumuz son ihtimalde, susmaya dolaylı bir irade açıklaması elbisesinin giydirilmesinin TMK m. 542/I’ın sevkediliş amacı ile de örtüşmeyeceğine inanmaktayız.

Vasiyet edenin imza ve düzenleme tarihine dokunmaksızın maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların sadece bir kısmının üzerini çizdiği ya da sildiği hallerde ise ikili bir ayrıma gidilebilecektir. Yukarıda yer verdiğimiz yazarlar bu halde geride kalan metnin bağımsız bir bütün oluşturup oluşturmadığından hareket etmektedirler. İşte bu halde, geride kalan kısım başlıbaşına bir vasiyetname olarak ayakta tutuluyorsa, geri almanın TMK m. 544/I’e göre şekillenmesi mümkün olduğu gibi TMK m. 543/I’in de devrede olduğu söylenebilecektir. Her iki geri alma usulü için aranan ehliyet vasiyetname düzenleme ehliyeti olacağı için söz konusu yaklaşım farklılığının esasında pratik bir önemi de yoktur. Geri almanın geri alınması noktasında da bir sorun yaşanmayacaktır. Zira, ileride görüleceği üzere, yok etmek suretiyle geri almanın da geri alınması mümkündür: Bu kez vasiyetname üzerindeki çiziklerin silinmesi örneğinde olduğu gibi. Biz, bu ihtimalde, vasiyet edenin geri alma yönündeki iradesinin belirleyici olacağı, keza, TMK m. 544/I gereği yapılan bir inceleme neticesinde vasiyetnamenin geri alınıp alınmadığının şüpheli olduğu hallerde vasiyet edenin sadece bir kısım tasarrufların üzerini çizmek sureti ile vasiyetnamenin tamamını geri almak niyetinde olmadığına anlaşılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Başka deyişle, yok etmeye yönelik fiilerden dolayı artık geride kalan ve başlıbaşına bir vasiyetnamenin özelliklerine de sahip kısmın söz konusu değişikliklerden önceki ilk vasiyetnameyi tamamlamak maksadı ile yapılmadığı açıktır. Bununla birlikte, TMK m. 544/I’e göre geri almanın varlığı da kabul edilse yok etmek suretiyle geri almadan da bahis açılrsa geri almanın sadece üzeri çizilen tasarruflar bakımından cari olacağı da muhakkaktır. Vasiyetnamenin düzenleme tarihi gibi yasal geçerlilik şartlarından birinin silinmesi, karalanması örneğinde ise geride kalan kısım bağımsız bir bütünlük arzetyeacağı için ayakta tutulamayacak ve vasiyetnamenin bir bütün olarak geri alındığı sonucuna ulaşılacaktır. Sonradan yapılan çizme, karalama vb. yok etmeye yönelik eylemlerin vasiyetnamenin düzenlendiği tarihte yapıldığı varsayımında bu düşüncelerimiz

daha rahat kabul edilebilecektir. Mezkur değişikliklerin vasiyetnamenin tanziminden sonraki bir günde yapıldığı varsayımında ise düzenleme tarihinin yanlış gösterilmesinin sonuçları gözetilerek bir çözüm bulunmalıdır⁵⁹⁸. Şüphe halinde, söz konusu değişikliklerin vasiyetnamenin düzenlendiği gün yapıldığını kabul etmek kanunun ruhuna uygun düşecektir. Bu konuya ileri de kısmi geri alma başlığı altında tekrar dönülecektir⁵⁹⁹. **Stettler**’e bakılacak olursa vasiyetname metninde yer alan tasarrufların üzerinin çizilmesi herşeye rağmen diğer yok etme fiillerine nazaran bir özellik arzeder⁶⁰⁰. Nitekim, düzenleme tarihi ve imzanın olduğu gibi korunarak bir kısım tasarrufların üzerinin çizilmesi halinde İMK m. 509 gündeme gelebileceği gibi İMK m. 510 da gündeme gelebilir. Söz konusu çizme-karalama eyleminin dışında geride kalan kısmın İMK m. 509 anlamında geri alma sayılması ise kanuni şekle riayet edilmesi ile mümkündür. Yok etme suretiyle geri almadan bahsedebilmek için böylesi bir şekil zorunluluğu ise öngörülmemiştir. **Guinand/Stettler** ve **Stettler**, yok etmenin geniş bir şekilde anlamlandırılması gerektiğinin de altını çizmektedirler⁶⁰¹. Zira, Federal Mahkeme de, yok etme dendiğinde, bundan sadece vasiyetname metninin türlü şekillerde ortadan kaldırılmasının anlaşılması gerektiğini ifade etmiş bulunmaktadır⁶⁰². Zira, Mahkeme, 1990 yılında vermiş olduğu bir kararda, yazının okunamaz hale getirilmeksizin vasiyetnamenin bir kısmının ya da tamamının üzerinin çizilmesi hallerinde de İMK m. 510/I’ın uygulanabileceğine hükmetmiştir⁶⁰³. Bu düşünce tarzının, bu arada **Stettler** ve Federal Mahkemenin göz ardı ettiği hukuki gerçek ise şudur: Yazının okunamaz hale

⁵⁹⁸ Bu halde bizim temel düşüncemiz doğru tarihin vasiyetname dışı olgulara da başvurulmak sureti ile her yoldan tespit edilebileceği yönündedir. Bununla birlikte, mesele, doktrinde, özellikle el yazısı ile vasiyetnameler bakımından derin görüş ayrılıklarını da beraberinde getirmiştir. Nitekim, bir şekil şartı olarak, öylesine bir tarihin gösterilmesinin dahi kafi geleceği iddia edilebilmiştir. Genel eğilim ise, doğru düzenleme tarihinin gösterilmesinin zorunlu olduğu yolundadır. Bu görüşteki yazarlar da, yanlış gösterilen düzenleme tarihinin doğrusuna ne türden deliller ile ulaşılacağı hususunda ikiye ayrılmaktadırlar. Bir kısmı, doğru düzenleme tarihinin ancak vasiyetname metnine bağlı kalınarak yapılacak bir yorum yolu ile tespit edilebileceğini iddia ederken, diğer bir kısmı vasiyetname dışı olgulardan yardım alma noktasında herhangi bir sakınca görmemektedir. Hatta, aralarında bizim de bulunduğumuz başkaca bir kısım yazarlar, düzenleme tarihinin yokluğunda dahi, gerektiğinde sırf vasiyetname dışı olgulara gidilerek söz konusu eksikliğin kapatılabileceği savunagelmışlerdir.

⁵⁹⁹ Bkz. aşağıda s. 291 vd..

⁶⁰⁰ **Stettler**, s. 147. Yazar, “ratures” kavramının “biffures” kavramı ile eşanlamlı olduğunu da belirtmektedir. Biz de, her iki kavramı, çizme-karalama şeklinde dilimize çevirmekteyiz.

⁶⁰¹ **Guinand/Stettler**, s. 70; **Stettler**, s. 151.

⁶⁰² ATF 116 II 411.

⁶⁰³ Federal Mahkemeye göre vasiyetnamede yer alan yazının okunamaz hale getirilmesi hallerinde İMK m. 510/I’ın evleviyetle uygulama alanı bulacağı açıktır.

getirilmesi üzerinin yoğun biçimde çizilmesinden de kaynaklanabilir ve bu halde TMK m. 543/I ( MK m. 510/I)'in devreye gireceği şüphesizdir. Diğer yandan, bizim yukarıda yapmış olduğumuz tespitler, farklı yaklaşımların tartışma konusu örnekte pratik bir farklılığa da yol açmayacağını göstermiştir. Zira, vasiyet edenin, zaten şekil şartları yerine getirilmiş bir vasiyetname üzerinde yaptığı bu türden değişiklikler karşısında, geride kalan metin, kanunun şekil şartlarının yerine getirildiği anlamına da gelir. Çoğunluğun, özellikle düzenleme tarihi noktasındaki kaygıları da, yorum yoluyla rahatlıkla aşılabilecektir. Toplamak gerekirse, bizim de genel düşüncemiz, Federal Mahkeme gibi, meselenin esasında vasiyet edenin iradesinin ve gerçek işteğinin ne olduğunun tespitine yönelik bir yorum sorunu olduğu y n ndedir⁶⁰⁴. Bununla birlikte, Federal Mahkemenin, yok etmek suretiyle geri alma dendiğinde bundan öncelikle metnin bütünüyle okunamaz hale getirildiği fiilleri anladığı da bir gerektir⁶⁰⁵.

Böylelikle, yok etme fiilinin muhtelif şekillerde karşımıza çıkabileceğini de tespit etmiş bulunuyoruz⁶⁰⁶. Bizim TMK m. 543/I ile TMK m. 544/I çerçevesinde yukarıda yapageldiğimiz tartışma başka bir örnek üzerinden doktrinde devam ettirilegelmiştir. Gerçekten de, **Rodriguez**, vasiyetname metninde enlemesine bir tarzda yer alan ‘‘iptal edilmiştir’’ ya da ‘‘geri alınmıştır’’ türünden bir kayıt karşısında;  MK m. 509 (TMK m. 542) mucibince bir geri almanın mı yoksa  MK m. 510 (TMK m. 543/I) erevesinde bir yok etmenin mi varolduğu hususundaki bir tartışmadan bahis açmakta ve Federal Mahkemenin⁶⁰⁷ sorunun çözümünü açık bıraktığını ifade etmektedir⁶⁰⁸. Keza, yazara göre, eğer  MK m. 509 hükmünce bir saf geri alma vasiyetnamesinin varlığından söz açılacak olursa, eldeki metnin vasiyetnameler için öngörülen kanuni şekillere riayet etmesi beklenir. **Guinand/Stettler** de anılan tarzda bir ifadenin geri alma sonucunu doğuracağını s ylemektedir⁶⁰⁹. **Steinauer**'in düşüncesi de benzer y ndedir⁶¹⁰. **Piotet**'e göre ise, bu

⁶⁰⁴ **Stettler**, s. 148. Federal Mahkemeye nazaran ölüme bağlı tasarrufların geri alınmasına yönelik hükümlerin topluca değerlendirilmesinden çıkan sonuç, şekil kurallarının geri alma bakımından düzenlenmesine kıyasla daha yumuşak olduğu yolundadır.

⁶⁰⁵ ATF 116 II 411. Başka deyişle, yok etme dendiğinde bundan sözcüklerden ziyade bir yok etme eylemi anlaşılır. Bununla birlikte, aynı kararda, vasiyetnamedeki yazıların okunamaz hale getirilmeksizin de  MK m. 510/I'in uygulanabileceği kabul edilmiştir.

⁶⁰⁶ ATF 73 II 144

⁶⁰⁷ ATF 116 II 411. Söz konusu karara **Steinauer** de atıf yapmaktadır: **Steinauer**, s. 357.

⁶⁰⁸ **Rodriguez**, s. 53.

⁶⁰⁹ **Guinand/Stettler**, s. 70.

⁶¹⁰ **Steinauer**, s. 357.

yöndeki bir ifade esasında saf geri alma vasiyetnamesine karşılık gelmektedir ve bundan dolayı İMK m. 509’da öngörülen şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekir. Ancak, mezkur ifade, vasiyetname senedinin üstüne ya da enlemesine yazılmış ise artık bir çizme-karalama ile karşı karşıyayızdır ve vasiyetnamenin yok edilmek suretiyle geri alınmasından bahis açmak yerinde olur⁶¹¹. **Tuor**, vasiyetname üzerindeki bu türden kayıtları bir yok etme olarak algılamak; **Escher**, şartları varsa açık bir geri almadan aksi halde bir yok etmeden bahsetmektedir⁶¹². **Stettler** ise **Piotet**’nin yaptığı ayrımı sorguladıktan sonra **Escher** ve **Tuor**’a katılıyor gözükmektedir⁶¹³. **Honsell/Vogt/Geiser**’e göre ise, Federal Mahkeme, vasiyetname senedi üzerine yazılmış “geçersizdir” türünden bir kaydın imza zorunluluğu da yerine getirilmişse geri almaya denk geleceği düşüncesindedir⁶¹⁴. Meseleyi bizim gibi TMK m. 543/I’in sevkediliş amacı eşliğinde ele alanlar da yok değildir. **Serozan**’a göre gerek vasiyetnamenin çizilmesi gerekse üzerine iptal edilmiştir türünden bir kaydın konması TMK m. 542 ile m. 543 arasında bir gri alanda kalmaktadır⁶¹⁵. Kanaatimizce, TMK m. 543 anlamında yok etmenin, sözcüklerden ziyade, sadece vasiyetname metninin yırtılması ve yakılması örneklerinde olduğu gibi maddi bir eyleme⁶¹⁶ indirgenmesi kanunun ruhu ile örtüşmeyecektir. Geri alma iradesinin (animus revocandi) varlığından ve gerçekliğinden şüphe duyulmayan hallerde gerektiğinde TMK m. 542 ve m. 544’de öngörülen ölüme bağlı tasarruflara ilişkin şekil kuralları ve bu arada yaptırımları (TMK m. 557) öze feda edilmelidir. Böylelikle, TMK m. 543 ile getirilen şekil kolaylığı da gerçek anlamına ve işlevine kavuşmuş olacaktır. Meselenin, doktrinde ifade edilmeyen ama bizim dikkatimizi çeken bir başka yönü ise şudur: TMK m. 542 ya da m. 543

⁶¹¹ **Piotet**, Précis, s. 53; **Druey**’in de **Piotet** ile benzer yönde düşündüğü hakkında bkz. **Stettler**, s. 152; **Rodriguez**, s. 54.

⁶¹² **Rodriguez**, s. 54; **Escher**, s. 354. **Escher**’e göre anılan türde bir kayıt karşısında şu şekilde düşünülür: Mezkur kayıt eğer vasiyet eden tarafından ayrıca tarihlenip imzalanmışsa İMK m. 509 (TMK m. 542) anlamında bir geri almadan bahis açılır. Eğer ayrıca imzalanıp tarihlenmemişse ve bununla birlikte vasiyet edenin geri alma niyetinde olduğu genel hayat tecrübelerine göre ortaya konabiliyorsa İMK m. 510 (TMK m. 543) anlamında yok etmek suretiyle geri alınmadan bahsedilebilir.

⁶¹³ **Stettler**, s. 152-153.

⁶¹⁴ **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 271.

⁶¹⁵ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 247. Yazar haklı olarak bu çizgilerin ve notların yok etme kavramı içinde telakki edilmeleri eğiliminin esas olduğunu ifade etmektedir. Serozan’a göre Federal Mahkemenin görüşü de esasında bu eksendedir: “İFM’ye göre, her ne kadar imzalı ve tarihli şekil ve işlemsel bir geri alma daha güvenilir bir geri alma istenci göstergesi sayılabilirse de unutulmamalıdır ki yok ederek geri alma etkinliklerinin tümünde böyle bir güvence eksikliği yasa tarafından göze alınmıştır. Eğer yok ederek geri alma yolu dar yorumlanır ve çizip iptal etme, yok etme yolunun dışında tutulacak olursa, yasanın eşdeğerde tuttuğu geri alma yolları arasında eşitsizlik yaratılmış olur. Buna izin verilmemelidir.”

⁶¹⁶ Fransızcası “acte de fait”.

anlamında bir geri almanın varlığı kabul edilmese bile üzerinde “iptal edilmiştir” ya da “geri alınmıştır” türünden bir kayıt bulunan metin karşısında aslında sağlıklı bir vasiyetname düzenleme iradesinin varlığından dahi bahsedilemeyecektir. Söz konusu eklemelerin vasiyetnamenin düzenlendiği tarihte yapıldığı (yani aynı gün) varsayımında ulaşacağımız sonuç evleviyetle böyledir. Biz, herşeye rağmen, tespit edilemediği sürece vasiyetname üzerine eklenen bu türden kayıtların aynı gün yapıldığını kabul etmenin isabetli olacağını düşünüyoruz. Bilindiği üzere, vasiyetname düzenleme iradesi olmaksızın bir ölüme bağlı tasarrufun varlık kazanmasına imkan yoktur. Yine, bu iradenin yokluğu her türden delil ile ispat edilebilecektir. Kaldı ki, vasiyetnameler için öngörülen şekillerden ciddi manada uzaklaşılması ya da içerik olarak çelişkili (birlikte uygulanması mümkün olmayan) bir kısım tasarruflara birlikte yer verilmiş olması halinde, biz, haklı olarak, vasiyetname düzenleme iradesinin varlığını sorgularız. Söylemek istediğimiz husus, kısacası, üzerinde geri alındığı ayrıca yazılı olan bir vasiyetname karşısında, geri alındığı yolunda vasiyetnamenin üzerine yapılan ekin eldeki metni bazen bir vasiyetname projesine indirgeyebileceğidir. Böyle düşünecek olursak vasiyetnamenin geri alındığını tartışmaya da gerek kalmaz. **Dural** ise, vasiyetnamenin tamamlanmasından sonra yapılan ekler bakımından bunların geçerliliğini, söz konusu eklerin yeni bir vasiyetname olduğundan hareketle, mevcut metnin açıklanması niteliğinde de değil iseler, vasiyetnameler için öngörülen şekil kurallarına bağlamaktadır⁶¹⁷. Çoğunluk da **Dural**’a katılacak ve vasiyetnamenin tanziminden önce yapılan ekler bakımından bizim yukarıda yapageldiğimiz tartışmanın bu noktada herhangi bir katkısı olamayacağını iddia edecektir. TMK m. 543 anlamında yok etmenin sadece yırtmak, yakmak gibi maddi eylemlere karşılık geldiği de kabul edilecek olursa hakkaniyet duygularını yerle bir eden çözümlere ulaşmak kaçınılmaz olacaktır⁶¹⁸. Biz ise, bir an için eldeki metnin geri alındığı yolundaki ifadenin vasiyetnamenin tanziminden yani imzalanmadan önce kaleme alındığını düşünüyor ve yukarıdaki sonuca ulaşıyoruz. Ardından, bu ihtimalde vasiyetname düzenleme iradesinin yokluğuna sebep olacak türden kuvvetli bir kaydın nasıl olup da

⁶¹⁷ **Dural/Öz**, Miras, s. 88.

⁶¹⁸ Vasiyet edenin birinde üzerinde geri alındığı yazılı olan diğerinde ise olmayan aynı tarihli iki vasiyetname bıraktığı hallerde durum özellikle böyledir. Bu halde, vasiyetnamelerden biri üzerindeki geri alma yönündeki kaydın zamansal olarak iki vasiyetname arasında bir zaman diliminde yapıldığından hareketle ve kanunun öngördüğü şekil kuralları yerine getirilmediği için bu geri alma iradesinin geçersiz olduğunu kabul ederek her iki vasiyetnamenin bir biri ile çelişmeyen hükümlerine birlikte yaşama şansı vermek vasiyet edenin son isteklerine uygun olmayacaktır.

yırtma, yakma gibi eylemlerden nitelik olarak ayrılabilceğini sorguluyor ve TMK m. 543/I anlamında yok etmenin, anılan maddi fiiller kadar aynı etkiye sahip olabilecek yeri geldiğinde sözcükleri de kapsayacağını iddia ediyoruz⁶¹⁹.

Kavramsal içeriği üzerine yapılagelen tartışmalar, aynı şiddetle, resmi vasiyetnamelerin bu yolla geri alınıp alınamayacağı hususunda da devam etmektedir.

Yok etmek suretiyle geri almanın evleviyetle el yazısı vasiyetnameler için anlam ifade edeceği açıktır⁶²⁰. **Önen**, bu genel düşüncüyü tekrar ettikten sonra sözlü vasiyetnamelerin de yok edilerek geri alınabileceğinden bahis açmaktadır⁶²¹. Yazara göre, vasiyet eden, bir aylık süre geçmeden başka yollardan vasiyetname düzenleme imkanına sahip olduğu vakit, hakime başvurarak sözlü vasiyetnamesini içeren belgeyi geri isteme ve onu yok etme imkanına sahiptir. **Önen**, gerek sözlü vasiyetnameler gerekse saklanması için tevdi edilen el yazısı ile vasiyetnameler bakımından vasiyet edenin yok etme isteğinin önüne geçebilecek bir engel olmadığını söylemektedir⁶²². **Kocayusufpaşaoğlu** **Önen**'in bu düşüncelerini aynen paylaşmaktadır⁶²³. Yazarlar şu soruyu ise cevapsız bırakmaktadırlar: Acaba, vasiyet eden, başka şekillerde vasiyetname düzenleme imkanına kavuşmamış olsa bile sözlü vasiyetnamesini yok ederek geri alma imkanına sahip midir? Vasiyet edenin sözlü vasiyetname yaptığını, sözlü vasiyetnamenin geçerlilik şartı sayılan olağanüstü hallerin hala devam edeceğini ve bu arada tanıkların hakime ya da hakim yerine geçecek kişilere başvuru ile durumu belgelediklerini varsayalım. Sözün özü, yol almakta olduğu bir savaş gemisinde can çekişmekte olan A, sözlü vasiyetname yoluna

⁶¹⁹ Kısmen farklı görüşte olmak üzere bkz. **Öztrak**, Rücü, s. 58 vd. Yazar da, bizim gibi, TMK m. 543 anlamında yok etmenin sadece vasiyetname metninin bizzat kendisinin yok edilmesinden ibaret olmadığını altını çizmektedir. Maddi anlamda imha diye adlandırdığı bu imkana ek olarak vasiyetnamenin şekline ait esaslı unsurlarından bazılarının tahrif veya taşıyır edilmesi yahut vasiyetnamenin tanınamayacak hale getirilmesi de hukuki anlamda imha demektir. Hal böyleyken, yazarın imha kavramını, yeri geldiğinde vasiyetname metnini tanınamayacak hale getirecek nitelikte olmayan belirli bazı tasarrufların üzerinin çizilmesi şeklinde genişlettiği açık değildir. Yine, yok etmek suretiyle geri almanın, “iptal edilmiştir” kaydı yer alan vasiyetname örneğinde olduğu gibi sözcüklerle yapıp yapılamayacağı noktasında da yazar sessiz kalmaktadır. Biz ise, vasiyetname senedine yönelen maddi fiiller yanında, vasiyetnamenin esaslı şekil şartlarına veya maddi anlamda içeriği teşkil eden tasarrufların tamamına ya da bir kısmına yönelik çizme ve karalama gibi eylemler ile yeri geldiğinde “iptal edilmiştir” türünden bir kaydın TMK m. 543/I anlamında yok etme sayılması gerektiğine inanıyoruz.

⁶²⁰ **Önen**, s. 62; **Dural/Öz**, Miras, s. 109; **Escher**, s. 354; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 234; **Öztrak**, Rücü, s. 59.

⁶²¹ **Önen**, s. 62.

⁶²² **Önen**, s. 63.

⁶²³ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 234.

başvurarak bütün malvarlığını iki çocuğunu yok sayarak karısına bırakmış ve keyfiyet iki tanık tarafından geminin komutanı ve kaptanına bildirilip belgeleme işlemi tamamlanmış olsun. İşte, bu halde, başkaca vasiyetname yollarına başvuramama hali devam ediyor olsa bile, vasiyet edene gücü yettiği ölçüde, o vasiyetnamesini isteme ve onu yırtma imkanının tanınması TMK m. 543'ün ratio legisine uygun olacaktır. Hem kanunda öngörülen şekil kolaylığı hem de benzeri fiziksel yetersizlik hallerinde üçüncü kişilerin yok etme eylemleri bakımından basit bir araç olarak kullanılabileceği yolundaki genel eğilim bizi bu sonuca götürmektedir. O'na, bu halde dahi, sadece ve sadece ikinci bir sözlü vasiyetname düzenleyerek geri alma kapısının açılmasını iddia etmek şekilci ve lafzi bir yorumun benimsenmesi anlamına gelecektir. İlgilisine, sadece bir sözle dahi vasiyetname düzenleyebilme imkanı tanınarak yaratılan şekil kolaylığının altında yatan düşünce zorda kalan kişi için şekil kurallarının yumuşatılması gerektiği yolundaki bir inançtır. Yok etmek suretiyle geri alma usulü, el yazısı ile vasiyetname ve resmi vasiyetname usullerine nazaran ve hatta sözlü vasiyetnameye göre bile, şekil ve yapılaş olarak bir kolaylık taşıyorsa, vasiyet edeni bu haktan mahrum etmek için hiçbir sebep görememekteyiz.

Önen, İMK m. 510 (TMK m. 543)'da vasiyetnameler arasında bir ayırım yapılmadığından yola çıkarak, resmi vasiyetnamelerin yok etmek suretiyle geri alınmasının önünde yasal bir engel bulunmadığını eklemektedir⁶²⁴. İmha suretiyle geri almanın daha ziyade el yazısı vasiyetnameler için caiz olduğunun altını çizdikten sonra **Escher** de resmi vasiyetnamelerin yok etmek sureti ile geri alınabileceğini belirtmektedir⁶²⁵. Yazar, resmi vasiyetnamenin tevdi edildiği yerden geri alınmasının mutlak olarak geri alma sonucunu doğurmaya yeterli olmadığını, zira tevdiin bir düzen hükmü olduğunu eklemektedir. **Kocayusufpaşaoğlu**'na göre⁶²⁶, vasiyet edenin aslı resmi memur tarafından saklanan vasiyetnamesinin elindeki nüshasını yok etmesi geri alma için kafi değildir. Zira, resmi vasiyetnamenin geri alınması için resmi memurun sakladığı nüshanın da yok edilmesi

⁶²⁴ **Önen**, s. 63.

⁶²⁵ **Escher**, s. 354. Yazarın düşünceleri kendi içinde bir çelişki taşımaktadır. Escher'e nazaran noter gerektiğinde resmi vasiyetnamenin bizzat vasiyet eden tarafından geri alınmasını şart koşabilecek ve yok etme eyleminin de derhal kendi önünde gerçekleştirilmesini isteyebilecektir. Hal böyle olunca da, **Kocayusufpaşaoğlu**'nun da isabetle belirttiği üzere, resmi vasiyetnamenin geri alınmasından değil de resmi vasiyetnamenin noterin izni ile yok edilmesinden bahsetmek daha isabetli olur. Benzer yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 235.

⁶²⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 234 vd.

gerekir⁶²⁷. **Dural**'da resmi vasiyetnamenin geri alınmış sayılabilmesi için noterde bulunan aslın da yok edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir⁶²⁸. Yazara göre sadece noterde bulunan aslın geri alınması da Alman hukukundan farklı olarak geri alma sonucunu doğurmayacaktır⁶²⁹. **İmre/Erman**'a nazaran, noterdeki asıl nüshanın da yok edilmesi şarttır⁶³⁰. **Velidedeoğlu** da, vasiyetnamenin aslı noterde ya da sulh hakiminde kaldıkça, vasiyet edenin elindeki örneği yok etmesinin kafi gelmeyeceğinden hareketle diğer geri alma usullerine başvurmanın resmi vasiyetnameler için daha faydalı olacağını eklemektedir⁶³¹. **Köprülü** ve **Oğuzman**'ın fikirlerinin de Türk doktrininin geneline uygun olduğunu söylemek mümkündür⁶³². **Öztrak** da, ne eldeki suretin yok edilmesinin ne de tevdi edildiği makamdan geri alınmasının yeterli olmayacağından bahis açmakta ve Federal Mahkemenin 1957 tarihli bir kararına atıf yapmaktadır⁶³³: “İsviçre Medeni Kanunu md. 510 fıkra 1'e göre, vasiyetçi vasiyetnameyi imha suretiyle vasiyetten rücu edebilir. Resmi vasiyetnamelerde, vasiyetten rücuu tevlit edebilmek için imhası gereken 499 ve müteakip maddeler hükümlerine göre resmi memur tarafından tanzim edilmiş olup, resmi memurun, şahitlerin ve gerektiğinde (md. 500 f. 2) vasiyetçinin imzasını ihtiva eden vesika, yani vasiyetnamenin aslıdır. Bu vasiyetnamenin bir suretinin imha edilmesi, vasiyetten rücuu tevlit edemez.”⁶³⁴. **Steinauer** de resmi vasiyetnamenin saklandığı makam nezdinden

⁶²⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**'na göre Noterlik Kanunu mucibince noterlerin düzenledikleri belgelerin aslını saklamaları kendileri açısından bir yükümlülüktür. Noterler işlemin ilgisine ancak ve ancak bir örnek verebilirler. Yazar, bu tarzdaki düzen hükümleri karşısında, noterlerin uhdelerindeki belgelerin asıllarını ilgisine veremeyecekleri sonucuna da ulaşmaktadır. Bununla birlikte, bu yönde varolduğu tespit edilen bir yasak, noterin yeri geldiğinde vasiyet edenin isteği doğrultusunda vasiyetnamenin asıl nüshasını türlü şekillerde yok etmesine engel de değildir. **Kocayusufpaşaoğlu**, herhalde durumun bir tutanakla tespitinin faydalı olacağını da eklemektedir: **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 234-235.

⁶²⁸ **Dural/Öz**, Miras, s. 109.

⁶²⁹ **Dural**, böylelikle, noter nezdinde tutulan aslın nasıl yok edileceği sorunu ile karşılaşacağımızı ifade etmektedir: Yazara göre, notere başvurularak aslın yok edilmesinin talep edilmesi mümkündür. Bu halde, durum bir tutanak ile tespit edilecektir. Eğer, noterden belgenin aslının talep üzerine geri alınması mümkün görülüyorsa, bu ihtimalde, aslın geri alınması yanın da vasiyet eden tarafından yok edilmesi de gerekir.

⁶³⁰ **İmre/Erman**, s. 102.

⁶³¹ **Velidedeoğlu**, s. 519. Yazar, vasiyet edenin basitçe bir el yazısı ile vasiyetname düzenleyerek resmi vasiyetnamesini geri alabileceğini örnek olarak vermektedir.

⁶³² **Köprülü**, Miras, s. 113; **Oğuzman**, Miras, s. 178.

⁶³³ **Öztrak**, Rücu, s. 59-60.

⁶³⁴ ATF 83 II 500 (**Öztrak**, Rücu, s. 59-60'dan naklen). Benzer yönde bkz. **Scyboz/Scyboz/Gilheron/Braconi**, s. 295.

geri alınmasının yeterli olmayacağına dikkat çekmektedir⁶³⁵. **Hirt/Ryffel** de çoğunluğun fikrine katılmaktadır: “... *Yok etmek suretiyle geri alma şekli daha çok el yazısı ile vasiyetnamelerde işe yarar. Resmi vasiyetnamelerde ya da el yazısı ile düzenlenmiş olmakla birlikte iradi olarak notere bırakılan vasiyetnamelerde orjinal nüsha yetkili memurda durur. Tasarrufta bulunan sadece elindeki kopyayı yok ederse ... vasiyetname geçerli bir şekilde varlığını devam ettirmeye devam eder. İlgili, asıl nüshayı talep etmeli ve ortadan kaldırmalı ya da diğer geri alma usullerine başvurulmalıdır.*”⁶³⁶. **Honsell/Vogt/Geiser** ise, birden fazla kopyası olan vasiyetnamelerde, bunlardan sadece birinin yok edilmesinin yeterli olmadığını ve asıl nüshanın da mutlaka yok edilmesi gerektiğini ifade ederek İMK m. 510/I’de asıl nüshanın resmi makamdan istenmesinin geri alınma sonucunu doğuracağı açıkça hüküm altına alınmamış olduğu için resmi vasiyetnamenin geri alınmasının zorlaştırıldığını iddia etmektedir⁶³⁷.

Önen, İMK’nun 504. maddesinde resmi vasiyetnamelerin saklanması ilişkin kuralın bir düzen normu olduğunu belirterek açıklamalarına başlamaktadır⁶³⁸. Başka deyişle, resmi vasiyetnamenin asıl nüshasının saklanması ilişkin hükümler bir geçerlilik şartı değildir. İMK’nun 504. maddesi, kantonları, yeri geldiğinde bir kanun ya da tüzük çıkarmak suretiyle resmi vasiyetnamelerin aslının korunması için gerekli önlemleri alma noktasında yetkilendirmiş bulunmaktadır⁶³⁹. Yazar, 18 Kasım 1940 tarihli Kanun’un 76. maddesinde, noterlerin uhdelerinde saklı tuttıkları belgelerin orjinallerini ancak bir mahkeme kararı ile verebileceklerinin de hüküm altına alındığını eklemektedir. **Önen**’e göre, orijinal nüsha (yazarın tabiri ile gerçek vasiyetname) varlığını devam ettirdiği sürece noterden alınmış olan kopyanın yok edilmesi, geri alma için yeterli olmayacaktır. Ezcümle, yazar, hangi türden olursa olsun, bütün vasiyetnamelerin vasiyet edenin tasarruf yetkisi sınırları çerçevesinde kaldığını belirtmektedir. Kantonlar, vasiyet edenin resmi

⁶³⁵ **Steinauer**, s. 357. Yazar, kantonal hukukların, vasiyet edene vasiyetnamesini geri isteme hususunda bir hak tanımak zorunda olduklarını ve bununla birlikte yok etme eyleminin, İMK’nun 504. maddesinin ihlal edilmemesi düşüncesiyle, resmi memur huzurunda yapılması gerektiğini söylemektedir.

⁶³⁶ **Hirt/Ryffel**, s. 65.

⁶³⁷ **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 270.

⁶³⁸ **Önen**, s. 63.

⁶³⁹ Federal Mahkeme de, mezkur önlemlerin, resmi vasiyetnamelerin kaybolmasının ya da bir kaza sonucu yok olmasının önüne geçilmek amacıyla alınacağını ifade etmektedir: **Önen**, s. 64. Keza, yazar, Vaud kantonunun bu doğrultuda sevkettiği bir yasal düzenlemeye de yer vermiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre noterler uhdelerinde bulunan resmi vasiyetnamenin orijinal nüshasını korumakla yükümlüdürler. Vasiyet edene ancak ve ancak bir kopyasını ya da onaylı bir kopyasını verebilirler.

vasiyetnamesini yok etmesini engelleyecek önlemler alamazlar. Aksinin kabul edilmesi federal hukukun kanton hukuklarına nazaran sahip olduğu önceliğe de aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, resmi vasiyetnamenin noterde saklanması yolundaki yasal düzenlemelerin amacı, vasiyet edenin son isteklerinin korunmasıdır. Sonuç olarak, vasiyet eden, notere başvurarak vasiyetnamesinin aslını talep etmekte özgürdür. O, bu talebinin yerine getirilmemesi halinde, kantonal adli makamlara başvurabileceği gibi, 1940 tarihli yasanın 76. maddesi ile İMK'nun 510. maddesinin birlikte uygulanmasının mümkün olamayacağını ve önceliğin Medeni Kanun hükümlerine ait olduğunu iddia ederek mahkemeye de başvurabilecektir⁶⁴⁰.

Kocayusufpaşaoğlu da resmi vasiyetnamenin geri alınması için resmi memurun sakladığı asıl nüshanın yok edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, Noterlik Kanununun, düzenledikleri resmi senetlerin asıllarını saklama görevini noterlere verdiğini ve bu düzen tarzı karşısında resmi vasiyetnamenin aslının da vasiyet edene verilmesinin mümkün olmadığını eklemektedir. Bununla birlikte, tıpkı Federal Mahkemenin uygun gördüğü gibi, ülkemizde de, noterden (ya da diğer bir yetkili resmi memurdan) vasiyetnamenin asıl nüshasını yok etmesi talep edilebilir⁶⁴¹. Böylelikle, resmi vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınması özgürlüğü ile resmi belgelerin asıllarının saklanması yükümlülüğü arasında bir denge de kurulmuş olmaktadır⁶⁴².

Kısaca özetlemek gerekir ise, **Önen**, resmi vasiyetnamenin aslının, talep eden vasiyet edene serbestçe verilebilmesini savunurken; **Kocayusufpaşaoğlu**, notere yöneltilecek talebin içeriğini asıl nüshanın türlü şekillerde bizzat noter tarafından yok edilmesi ile sınırlamaktadır.

Rodriguez de Önen ile benzer kaygılardan yola çıkmaktadır⁶⁴³: Asıl nüshanın saklanmasına yönelik hükümler birer düzen normudur. Vasiyetnamenin saklanmasından

⁶⁴⁰ Resmi vasiyetnamenin, özellikle vasiyet edenin ve ailesinin bir takım sırlarını içerdiği hallerde dahi belgenin aslına ulaşılabilmesinin engellenmesi hakkaniyet duygularını zedeleyici bir nitelik alacaktır: **Önen**, s. 67.

⁶⁴¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 234-235. Yazar, yok etmenin çizme, karalama şeklinde olabileceği gibi, belgeyi bütünüyle ortadan kaldırma şeklinde de olabileceğini iddia etmektedir. Bununla birlikte, durumun bir tutanakla tespit edilmesi sonradan ortaya çıkabilecek muhtelif ihtilafları ortadan kaldıracaktır. Böylelikle, **Önen**'in eleştirileri de bertaraf edilmiş olacaktır.

⁶⁴² **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 235.

⁶⁴³ **Rodriguez**, s. 54 vd.

maksat vasiyet edenin son isteklerinin güvence altına alınmasıdır. Vasiyet eden yok edilmesini istedikten sonra metnin vasiyet edene karşı da korunması anlamsızdır⁶⁴⁴. Federal Mahkemeyi vakti zamanında meşgul eden Vaud Kantonunun yasal düzenlemeleri de zaman içinde değişmiş bulunmaktadır. 22 Mayıs 1989 tarihinde Noterlik Kanununa 81a maddesi olarak eklenen hükümle, resmi vasiyetnamenin ve bu arada miras sözleşmesinin aslının talep halinde ilgisine geri verilebileceği hüküm altına alınmış bulunmaktadır⁶⁴⁵. Vasiyet edenin talebi halinde resmi vasiyetnamenin aslının kendisine verileceği kantonların tamamı tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır⁶⁴⁶. Cenevre kantonunda da durum farklı değildir. Cenevre Noterlik Kanununun 23. maddesi, vasiyetnamenin aslının vasiyet edene teslim edilemeyeceği yolunda bir yasaklama içermemektedir. Vaud kantonunun yasaklayıcı hükmü sebebiyle ortaya çıkan Federal Mahkeme kararlarının da bu yasal değişiklikler karşısında bir önemi kalmamıştır. **Rodriguez**'e göre; **Önen**, **Piotet** ve **Rossier** tarafından vakti zamanında dile getirilen temennilerin bugün yasal bir kılıf içinde yüksek sesle söylenmesinde bir sakınca yoktur: Vasiyet eden bizzat kendisi resmi vasiyetnamenin aslını yok edebileceği gibi bunun noter tarafından yapılmasını da talep edebilir⁶⁴⁷.

Herşeyden önce ifade etmek isteriz ki, vasiyet edene resmi senedin aslını talep etme ve onu yok etme imkanı tanınması, O'nu, illegal bir takım yollardan bu amacına ulaşmak seçeneği ile başbaşa bırakmaya yeğ tutulmalıdır. **Önen**, **Kocayusufpaşaoğlu** ve **Serozan**, noterin ihtiyatsızlığı veya vasiyet edenin çalmak vb. birtakım hukuka aykırı eylemler ile resmi vasiyetnamenin aslına ulaşp da yok etmesinin geri alma sonucunu doğuracağını

⁶⁴⁴ Yazar; **Piotet**, **Önen** ve **Rossier**'in bu yönde düşündüğünü eklemektedir: **Rodriguez**, s. 55. Nitekim, Federal Mahkeme de, açıkça olmasa da, aynı endişelerle, noterden vasiyetnamenin yok edilmesinin talep edilebileceğini dile getirmiş bulunmaktadır: ATF 83 II 500.

⁶⁴⁵ Anılan yasal düzenleme 29 Temmuz 2004 tarihli güncel Noterlik Kanununun 74. maddesinde varlığını devam ettirmektedir.

⁶⁴⁶ **Rodriguez**, s. 55 ve özellikle oradaki dipnot 32,33,34,35,36.

⁶⁴⁷ **Rodriguez**, s. 56. Yazar, Cenevre uygulamasında resmi vasiyetnamenin türlü şekillerde yok edilebileceğini dile getirmektedir. Bunlardan ilki, vasiyet edenin, “bundan önceki bütün tasarruflarımı geri alıyorum, bunlar, artık maddi olarak yok edilmiş telakki edilsin” türünden bir kayıtlı kaleme aldığı metindir. Bu halde İMK m. 509 anlamında bir geri almadan bahis açmak daha yerinde olur. Bunun yanında, vasiyetname metni bizzat noter tarafından çizilip karalanabileceği gibi vasiyet edenin katılması ile de benzer yönde bir yok etme fiili gerçekleştirilebilir. Kaldı ki, çizme ve karalama eylemlerinin maddi failinin bizzat vasiyet eden olmasının önünde de bir engel yoktur. Keza, vasiyetname metninin bütününe okunamaz hale getirilmesi de mümkündür. Bu hallerin tamamında, noter, vasiyet edenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve vasiyet eden vasiyetnamenin aslını maddi olarak yok edecek ise bu eylemin derhal ve noter huzurunda yapılması gerekmektedir. Noterin tüm bu işlemler için düzenleyeceği bir tutanak artık resmi vasiyetnamenin yerini alacaktır.

söylemektedirler⁶⁴⁸. Vakti zamanında kendi iradesi ile varlık kazandırdığı bir belgeye yasal yollardan ulaşabilmesinin sağlanması ile bu yöndeki açıklamalar da önemini kaybedecektir.

Resmi vasiyetnamenin asıl nüshasının noter nezdinde saklanması amacını vasiyet edenin son isteklerinin güvence altına alınmasıdır. Bu korumanın vasiyet eden dışındaki üçüncü kişilere karşı bir anlam ifade edeceği de aşıkardır. Hal böyleyken, vasiyet edenin bir yandan diğer yöntemlere başvurarak resmi vasiyetnamesini geri alabileceği kabul edilirken öte yandan resmi vasiyetnamesinin aslını O'na karşı da korumak açıkça bir çelişki teşkil edecektir. Anadolu insanı, “Kraldan çok kralcı olma!” derken, işte tam da bunu kastetmektedir. 1512 sayılı Noterlik Kanununun 84. maddesinin ikinci fıkrası “*Bu şekilde düzenlenen iş kağıdının aslı noterlik dairesinde saklanır ve örneği ilgisine verilir.*” hükmünü haizdir. Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin 109. maddesinin dördüncü fıkrasında ise “*Vasiyette bulunan, vasiyetinden her zaman için rücu edebilir. Rücu halinde vasiyetnamenin noterlikçe tanzim veya açık veya kapalı olarak tevdi edildiği zaman tatbik edilen usul ve şartlar aynen uygulanmak suretiyle düzenlenecek bir tutanak tanzim edilir. Bu işlemin aslı ciltbendine bir sureti vasiyetnameye eklenir.*”. Anılan iki düzenleme, vasiyet edenin talebi halinde vasiyetnamenin aslının kendisine verilebileceği yönünde bir açıklık içermemekle birlikte, aksi yönde mutlak nitelikli bir yasağın varlığına da işaret etmemektedirler. Biz de, **Kocayusufpaşaoğlu** gibi⁶⁴⁹, vasiyetnamenin asıl nüshasını yok etmenin talep edilebileceğine inanmaktayız. Hatta, mezkur hükümlerin bir kere düzen normu olduğu kabul edildikten sonra, vasiyetnamenin aslının noterden serbestçe talep edilmesinde de sakınca görmemek gerekir. Zira, elindeki belgenin aslını muhtelif sebeplerle ilgisine teslim eden noter, durumu bir tutanakla tespit ederse, O'nun bu düzen normunun yüklediği davranış tarzına aykırı davrandığı da iddia edilemeyecektir. Bu yöndeki düşüncenin aksini kabul etmek, esasında, TMK m. 509'un ratio legisine de aykırıdır. Vasiyet edenin vasiyetnamesini her zaman için geri alabileceği emredici tarzda düzenlenmiştir. Bir hukuki işlemin, başkaca bir kanun ya da yönetmelik hükmünün ve hele hele bir düzen normunun, TMK m. 509 ile güdülen amaca aykırılık teşkil etmesi imkan dahilinde değildir. Yok etmek sureti ile geri alma sadece el yazısı ile vasiyetnamelere de

⁶⁴⁸ **Önen**, s. 64; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 234 vd; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 249; **Dural/Öz**, Miras, s. 110.

⁶⁴⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 234-235.

özülenmemiştir. Bununla birlikte, ölüme bağı tasarruflara hakim olan şahsa sıkı sıkıya bağılık ve temsil yasağı gündeme geldiği vakit, vasiyetnamenin aslının bizzat vasiyet edene verilmesi yerinde olur. Yine, sonradan ortaya çıkacak belirsizliklerin önüne geçilebilmesi için yok etme eyleminin vasiyet edenin emri ile noter tarafından ya da noterin önünde ve derhal vasiyet eden tarafından yapılmasını aramak isabetli olacaktır⁶⁵⁰.

Bizim öz düşüncemiz aslında temelde bir farklılık içermektedir. Yukarıda yapageldiğimiz tüm tartışmalar, vasiyet edenin elindeki örneği-sureti yok etmesinin geri alma için yeterli olmayacağından hareketle kaleme alınmıştır. Alman Medeni Kanunu, vasiyetnamenin eldeki suretinin yok edilmesinin geri alma sonucunu doğuracağı yolundaki bir düşünce ile yukarıda ifade edilen çoğunluk görüşü arasında ortalama bir çözümü benimsemiş izlenimi vermektedir. Gerçekten de, talebi üzerine vasiyet edene iade edilen resmi vasiyetnamenin geri alınmış sayılacağı AMK'nun 2256. maddesinde açıkça dile getirilmiştir⁶⁵¹. Başka deyişle, noterler, talep halinde vasiyetnamenin aslını vasiyet edene vermekle yükümlü oldukları gibi vasiyetnamenin geri alınması için bir de vasiyet eden tarafından yok edilmesine gerek yoktur. AMK m. 2256/II'de ise vasiyetnamenin aslının bir üçüncü kişiye değil de sadece vasiyet edene geri verilebileceği hüküm altına alınmış

⁶⁵⁰ Üzerinde uzun uzadıya düşünmüş olmakla birlikte, yok etmek gibi kanundan doğan bir hakkın kullanılmasını temin etmek dışında noterlerin öylesine bir sebep için ya da sebepsiz olarak, uhdelerinde tutmuş oldukları vasiyetname asıllarını vasiyet edene geri verebilmelerinin zevkine varamadık. Keza, belgenin aslının noter tarafından saklanması bir geçerlilik şartı olmadığı için, senet aslı vasiyet edene geri verilse bile, resmi vasiyetnamenin geçerli bir şekilde varlığını devam ettireceği kabul edilecektir. Bu halin, resmi vasiyetnamenin noter nezdinde saklanması ile ulaşılmak istenen faydaları ciddi biçimde zayıflatacağı da açıktır. Vasiyetname aslının noter nezdinde saklanması bir yasal geçerlilik şartı olsaydı, o vakit, noterden geri alınan vasiyetnamenin başkaca türden bir ölüme bağı tasarruf olarak ayakta tutulmasının mümkün olup olmadığı tartışması gündeme gelecekti. Anılan iadenin, Alman hukukunda resmi vasiyetnamenin resmiliğini ortadan kaldıracağı yolunda bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 249.

⁶⁵¹ **Serozan**'ın ifadesi ile "Alman Hukukunda, resmi vasiyetnamenin resmi makamdan geri alınması, tek başına, yani sonradan ayrıca yok edilmese bile, vasiyetnamenin bir daha diriltilemeyecek (ihya edilemeyecek) biçimde kesin olarak geri alınmış sayılmasına yol açar. Çünkü böyle bir geri alma resmi vasiyetnamenin resmiliği özelliğini ortadan kaldırmış sayılır." **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 249. AMK, vasiyetnamenin aslını iade eden resmi makamın işlemin sonuçları hususunda vasiyet edeni edeni bilgilendireceğini de hüküm altına almıştır. Keza, vasiyet edenin vasiyetnamesini her zaman için geri isteyebileceği ve vasiyetnamenin sadece vasiyet edene geri verilebileceği de AMK'nun 2256. maddesinin 2. fıkrasında açıkça dile getirilmiş bulunmaktadır. AMK m. 2256/III'de ise, anılan ikinci fıkra hükmünün, resmi makama bırakılan el yazısı ile vasiyetnameler hakkında dahi cari olduğu ifade edilmiştir.

bulunmaktadır⁶⁵². **Schlütter** de, istisnalar dışında, vasiyetnamenin iadesinin talebi halinde, geri almanın asıl olduğunu ifade etmektedir⁶⁵³.

Ezcümle, biz, **Serozan**'ın izinden giderek, resmi vasiyetnamenin ve bu arada saklanmak için resmi makamlara tevdi edilmiş el yazısı ile vasiyetnamenin aslı yerine kopyasının-suretinin geri alma iradesi ile yok edilmesinin TMK m. 543/I anlamında geri alma için kafi geleceğini düşünmekteyiz. Tam da yazarın ifade ettiği üzere, aksinin kabul edilmesi, resmi vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınmasının haksız yere zorlaştırılması anlamına gelecektir. Bu zorlaştırmanın kanuni bir dayanağı da yukarıda açıklandığı üzere mevcut değildir. Vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket ettiği ve (vasiyetnameyi hataen yok etmiş olsa kendinden notere giderek bir nüshanın verilmesini talep etmesi beklenir) elindeki sureti de bu irade sonucunda yok ettiği açık olduktan sonra O'ndan bir de noter uhdesinde saklanan aslı yok etmesini beklemek herşeyden öte yok etmek sureti ile geri almanın ihdas edilmesi ile güdülen amaca açıkça aykırılık teşkil edecektir. Dahası, geri alınan bir iradenin de ekstra bir noter korumasına ihtiyaç gösterip göstermeyeceği elbette sadece vasiyet edenin karar verebileceği bir husustur. O, dilerse, türlü saiklerle noter uhdesinde saklanan asıl nüshayı da yok edebileceği gibi⁶⁵⁴, dilerse, geri alma iradesini de bir resmi vasiyetname düzenleyerek dile getirecek ve bu kez geri alma iradesini de resmi vasiyetnamelere tanınan özel koruma imkanına kavuşturmuş olacaktır. Her halde, ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece, vasiyet edenin iradesinin bizzat vasiyet edene karşı korunması anlamına gelen bir yığın tartışmanın kapısı da böylelikle peşinen kapatılacaktır. Elindeki sureti geri alma isteği ve düşüncesi ile yok eden

⁶⁵² Vasiyet edenin resmi makama gelmesinin fiziksel bir takım zorluklarla imkansız olması halinde resmi görevlinin vasiyet edenin bulunduğu yere giderek teslimi bizzat kendisine yapabileceği hakkında ayrıca bkz. **Schlütter**, s. 69.

⁶⁵³ **Schlütter**, s. 69. İade talebi örneğin eve götürüp kontrol etme amacıyla da yapılmış olabilir. Bu durumda, yalnızca kontrol amaçlı götürüldüğü açık bir şekilde belli ise geri almadan bahis açılmaz. **Schlütter**'in bu düşünce tarzının hukukumuz bakımından kabul edilmesinin imkan dahilinde olmadığı hakkında ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 236 ve yukarıda iki önceki dipnot.

⁶⁵⁴ Yok edilen vasiyetnamenin vasiyet edene ve yakın çevresine ait bir kısım özel bilgiler içermesi halinde durum özellikle böyledir. Vasiyet eden, bir kısım kazandırmalar yaparken herhangi bir sebep göstermek zorunda olmasa da, mirasçılıktan çıkarma gibi özellikli başkaca bir kısım tasarruflar bakımından çoğu zaman sır niteliğindeki bir kısım olayların vasiyet senedinde gösterilmesi zorunluluk teşkil eder. Bununla birlikte, vasiyet edenin hiç gereği yok iken kendisinin ya da aile üyelerinin sır dünyasına ait bir kısım bilgileri deşifre etmiş olması da imkan dahilindedir.

bir kişinin imkan dahilinde olsa noter nezdinde saklanan asıl nüshayı da her halde yok edeceği açıktır. Malumun ilanına gerek olmadığı kanısındayız⁶⁵⁵.

Resmi vasiyetnamenin iadesinin talep edilip edilemeyeceği yolundaki tartışmalar, saklanması için resmi makama tevdi edilmiş el yazısı ile vasiyetnameler bakımından yerini göreceli bir sessizliğe bırakmaktadır. Bu hususta, AMK'nun 2256. maddesinin 2. ve 3. fıkralarını evleviyetle anmak isteriz. Gerçekten de, söz konusu fıkraların ilkinde, talep halinde vasiyet edenin her zaman için vasiyetnamesinin iadesini talep edebileceği hüküm altına alındıktan sonra ikincisinde bu imkanın resmi makama saklanmak üzere tevdi edilen el yazısı ile vasiyetnameler bakımından dahi cari olduğu açıkça dile getirilmektedir. **Önen**'e bakılacak olursa, resmi makama tevdi edilen el yazısı ile vasiyetnameler hakkında vasiyet edenin serbestçe tasarrufta bulunma özgürlüğü bütün şiddeti ile devam etmektedir⁶⁵⁶. Yazar, resmi makama tevdiin bir geçerlilik şartı olmadığının da altını çizmektedir⁶⁵⁷. **Kocayusufpaşaoğlu**⁶⁵⁸ ve **Dural**⁶⁵⁹ da, vasiyet edenin, resmi makama

⁶⁵⁵ Bizimle bütünüyle ters yönde olmak üzere bkz. Ali İhsan **Özuğur**, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, C.1, Ankara 2005, s. 652.

⁶⁵⁶ **Önen**, s. 62.

⁶⁵⁷ **Önen**, el yazısı ile vasiyetnamenin resmi makam nezdinde saklanması ile emaneten üçüncü bir kişiye, örneğin vasiyet edenin bir arkadaşına saklanmak üzere tevdi edilmesi arasında bir fark görmemektedir: **Önen**, s. 62. İsviçre'de 19. yüzyılda kantonal düzeyde yapılan bütün kanunlarda el yazısı ile vasiyetnameye adi şekil olarak yer verildiği bilinen gerçeklerdendir. İMK'nun hazırlık sürecinde de tartışmalar el yazısı ile vasiyetnamenin kabul edilip edilmemesinden ziyade tevdiinin gerekli olup olmaması noktasında yaşanmıştır: **Cottier**, s. 18; **Dural**, Vasiyetname, s. 9. 1895 tarihli ön projenin 459. maddesinde resmi makama tevdi 4. fıkarda sayılan istisnai haller dışında (eşlere, yakın arkadaşlara, hizmetçilere yapılan küçük miktarda kazandırmalar ile vasiyet edenin defin ile ilgili son istekleri) yasal geçerlilik şartı olarak kabul edilmişti. 1900 tarihli önprojenin 524. maddesinde ise kantonlara tevdiin bir geçerlilik şartı olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında tam bir yetki verilmişti. Kurum, Federal Konsey tarafından görevlendirilen uzmanlar kurulunda tartışılırken, tevdiinin zorunlu olmadığı bütün kantonları bağlayıcı bir tarzda açıkça vurgulanmıştır. Ezcümle, 1904 tarihli esas projenin 510. maddesinde zorunlu bir şekil şartı olmayan tevdiinin kabul edilip edilmemesi noktasında kantonlar serbest bırakılmıştır. Federal Meclis ve Kantonlar Meclisi tarafından yapılan görüşmelerde tevdiye ilişkin kısımda bir değişikliğe gidilmemiş ve anılan düzen tarzı 1912 yılında yürürlüğe giren İMK'nun 505. maddesinde aynen korunmuştur. Bugün için İsviçre hukukunda, resmi makama tevdiin zorunlu bir şekil şartı olmadığını; yasal geçerlilik şartı olmayan tevdiinin nereye ve nasıl yapılacağı hususunda kantonların yetkili olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim, İsviçre'de kimi kantonların sulh hakimini, kiminin ise noterleri ve belediye konseyini tevdi makamı olarak belirlediklerine şahit olmaktayız: **Steinauer**, s. 348. Türk hukuku bakımından 743 sayılı yasanın dili sebebi ile tevdiinin zorunlu bir şekil şartı olup olmadığı hususu bir süre tartışma konusu olmuşsa da mehzaz hukuk örnek alınmak suretiyle yaşanan tereddütler giderilmiş ve 4721 sayılı Kanunun "...birakılabilir." şeklindeki lafzı karşısında mesele apaçık bir hal almıştır. Resmi makam tevdi Türk hukuku bakımından da geçerlilik şartı değildir: **Gönen**, s. 102 vd.; **İmre/Erman**, s. 75. El yazısı ile vasiyetnamenin notere, sulh hakimine ve resmi memura bırakılması mümkündür. Resmi memurdan kasdın nüfus memuru olabileceği yolunda ayrıca bkz. **Gönen**, s. 104.

⁶⁵⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 236 ve oradaki dn. 21.

⁶⁵⁹ **Dural/Öz**, Miras, s. 110.

tevdî ettiği el yazısı ile vasiyetnamesini her zaman için geri alabileceğini belirtmektedirler. Hirt/Ryffel ise, zorunlu olmamakla birlikte resmi makama bırakılmış el yazısı ile vasiyetnameler bakımından, vasiyet edenin sadece elindeki kopyayı yok etmesinin geri alma için yeterli olmayacağını söylemektedir⁶⁶⁰. Açıkça söylemeseler de, akıl yürütme yöntemlerinden anladığımız kadarı ile, yukarıda zikrettiğimiz yazarlara nazaran, resmi makama tevdi edilen-bırakılan el yazısı ile vasiyetnamenin sadece iadesinin talep edilerek saklamakla görevli makamdan alınması geri alma anlamına gelmeyecektir⁶⁶¹. Gerek resmi vasiyetname gerekse resmi makama tevdi edilen (bırakılan) el yazısı ile vasiyetnameler hakkında yapılagelen bu tartışmaların gereği gibi anlaşılabilmesi için bir başka tartışmanın kapısının aralanması faydalı olacaktır.

Acaba, vasiyetnamenin birden çok örneği olduğu durumlarda nasıl bir yol izlenmelidir? **Öztrak** meseleyi çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır⁶⁶²:

“Tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardan bunları ihtiva eden vasikanın imhası suretiyle rücuda önemli problemlerden biri de, bilhassa el yazısı ile vasiyetnamelerde vukuu muhtemel olan, vesikanın birden fazla orijinal nüshası olması halidir. Bu takdirde bunların hepsinin imha edilmiş olması şart mıdır, yoksa bunlardan birinin imhası kafi midir?”.

Guinand/Stettler, vasiyetnamenin geri alınmış sayılmasını orijinal metnin yok edilmesine bağlamış gözükmektedirler⁶⁶³. **Escher** de, birden ziyade orijinal nüshanın varlığı halinde, bunlardan sadece birinin yok edilmesinin yeterli olmayacağından bahis açmaktadır. Bununla birlikte, yazar, vasiyet edenin bütün asıl nüshaları yok etmek niyetinde olduğunun ve objektif imkansızlık sebebi ile bu gayesine ulaşamadığının tespiti

⁶⁶⁰ **Hirt/Ryffel**, s. 65.

⁶⁶¹ **Serozan**, geri alma ile resmi vasiyetnamenin resmîlik sıfatını kaybedeceğinden dolayı AMK’nun anılan yönde bir düzenlemeye yer verdiğini söylemektedir: **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 248. Bir geçerlilik şartı olmadığı için, ihtiyari olarak resmi makama tevdi edilen el yazısı ile vasiyetnamenin bırakıldığı makamdan geri alınması onun niteliğine bir zarar vermeyecektir. Bu yaklaşımın bizi götüreceği nokta şudur: Vasiyetnamenin geri alınması için iade edilen asıl nüshanın yok edilmesi geri alınmış sayılması için zorunludur.

⁶⁶² **Öztrak**, Rücu, s. 60.

⁶⁶³ **Guinand/Stettler**, s. 71. Yazarlar, resmi makamlar nezdinde saklanmanın esaslı bir şekil şartı olduğu resmi vasiyetnameler bakımından anılan yöndeki kuralın daha da önemli olduğunu vurgulamaktadırlar. Benzer yönde bkz. **Scyboz/Scyboz/Gilheron/Braconi**, s. 295; ATF 83 II 500. Geçersiz hale gelmiş bir vasiyetnamenin yok edilmesinin gerekli olmadığı hakkında ayrıca bkz. 91 II 264.

halinde farklı bir çözümün benimsenebileceği kanaatindedir⁶⁶⁴. **Rossel/Mentha** da Escher'in düşüncelerine katılmaktadırlar⁶⁶⁵. **Steinauer** ise asıl nüsha yok edilmedikçe suretin-kopyanın ya da suretlerin yok edilmesinin geri alma anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir⁶⁶⁶. **Stettler** de, doktrinin genelini ve içtihadın⁶⁶⁷ vasiyetnamenin orijinal nüshasının yok edilmesini aradığını, suretin yok edilmesinin kafi gelmeyeceğini söylemektedir⁶⁶⁸. **Rodriguez** de yok etme eyleminin orijinal-asıl nüshaya yönelmesi gerektiğini, keza, bir örneğin yok edilmesinin geri alma anlamına gelmeyeceğini iddia etmektedir⁶⁶⁹. **Honsell/Vogt/Geiser'e** nazaran da birden fazla kopyası olan vasiyetnamelerde orijinal metnin mutlaka yok edilmesi gerekir⁶⁷⁰. Yazarlar, birden fazla orijinalin bulunması ya da orijinal nüsha ile suretin birlikte bulunması hallerinde, bunlardan sadece birinin yok edilmesinin, inkar edilemeyecek nitelikte bir kısım belirsizliklere yol açacağını eklemektedirler⁶⁷¹. **Önen** ise bir adım daha ileri gitmekte ve birden fazla orijinalin varlığı halinde bunların tamamının yok edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁷². Biz de, **Öztrak** gibi⁶⁷³, **Önen**'in bu katı yaklaşımının favor testamenti ilkesi ile bağdaştırılamayacağına inanmaktayız. Hal böyleyken Türk doktrinin hemen hemen

⁶⁶⁴ **Escher**, s. 355.

⁶⁶⁵ **Rossel/Mentha**, s. 95-96. Yazarlar, orijinal nüshalardan sadece birinin yok edilmesinin, ancak ve ancak vasiyet edenin hepsini yok etmek niyeti ile hareket ettiğinin ispatı halinde geri alma sonucunu doğuracağını belirtmektedirler.

⁶⁶⁶ **Steinauer**, s. 357.

⁶⁶⁷ ATF 83 II 500.

⁶⁶⁸ **Stettler**, s. 153.

⁶⁶⁹ **Rodriguez**, s. 54.

⁶⁷⁰ **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 270-271.

⁶⁷¹ Animus revocandinin açıklıkla tespit edildiği hallerde aksi yönde bir çözümün kabul edilmesi mümkündür.

⁶⁷² **Önen**, s. 70. Yazar, **Curti**'nin de benzer yönde düşündüğünü ifade etmektedir: Birden çok örneğin var olduğu bir halde bunların tamamının yok edilmiş olması gerekir. Bu düşünce tarzı hakkaniyete aykırı sonuçlar doğursa da kanunun lafzına daha uygundur. **Önen**, vasiyet edenin gerisinde tek bir vasiyetname bırakmakla birlikte bunu geri almasının engellendiği haller ile karşılaştırma yapmak sureti ile haklılığını ispata girişmiştir. Hatırlanacağı üzere, bu son ihtimalde, **Önen**, geri almanın varlığından bahis açılmayacağını iddia etmekte idi. Biz, yazarın mantık yürütmesinde bir tutarlılık olmadığını düşünüyoruz. Vasiyet edenin gerisinde bıraktığı tek bir vasiyetname olması ve bunu geri almasının engellenmesi ile birden çok orijinal nüshası olan bir vasiyetname bırakması ve bunlardan birini yok etmesine rağmen diğerlerini yok etmesinin engellenmesi arasında **Önen**'i haklı çıkaracak bir bağ kuramamaktayız. Bir kere, herşeyden önce, orijinal nüshalardan birinin yok edilmesi ile yok etme iradesi geçerli bir şekilde dış dünyaya yansımış olur. Ayrıca, yeri geldiğinde resmi vasiyetname aslının noterden serbestçe geri alınabileceğini ifade etmekten çekinmeyen bir düşünürden böylesi bıçak sırtı bir konuda da aksi yönde tavır alması beklenirdi. Bizim temelde ayırık yöndeki düşüncemiz için ise bkz. yukarıda s. 219 vd..

⁶⁷³ **Öztrak**, Rücü, s. 60. Yazar, yukarıda yer verdiğimiz yazarların bir kısmına atıf yapmak sureti ile Huber, **Önen** ve **Curti**'ye rağmen, vasiyet edenin orijinal nüshaların tamamını yok etmeye yönelik iradesinin bir kez tespit edildikten sonra bütün orjinaların yok edilememiş olmasının önemli olmadığını iddia etmektedir.

tamamının da **Önen** gibi düşündüğüne şahit olmaktadır⁶⁷⁴. Mesele, aslında, tam da **Breitschmid**'in işaret ettiği üzere, geri alma iradesinin var olup olmaması ile ilgilidir⁶⁷⁵. **Escher**⁶⁷⁶, sadece bir kopyanın imhasının kesinlikle geri alma sonucunu doğurmayacağını söylerken acaba **Breidschmid**'in bu düşüncelerini ne derece aklına getirmişti? Resmi vasiyetnamenin eldeki suretinin yok edilmesinin bile geri alma sonucunu doğuracağını hangi gerekçeler ile kabul ediyorsak vasiyetnamenin birden fazla orijinalinden sadece birinin yok edilmiş olmasının dahi geri almış sayılma için yeterli olabileceğine inanıyoruz. Yeri geldiğinde, vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket ettiği vasiyetname içi ve gerektiğinde sırf vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile açıkça tespit edildikten sonra, kopyanın yok edilmiş olması ile, kural olarak, geri almanın hükümlerinin doğacağını kabul etmek bile mümkündür. Aksini ispat külfeti ise iddia edene düşecektir. Vasiyet edenin A'ya Beykoz 1. Noterliği nezdinde düzenlendiği resmi vasiyetnamesi ile A'ya 20.000TL bıraktığını varsayalım. Aynı kişi, bu kez, Beyoğlu 2. Noterliği nezdinde 2. bir resmi vasiyetname düzenlesin ve o vasiyetnamesinde de şunlar sadece şunlar yazılı olsun: “Beykoz 1. Noterliğinde düzenlediğim vasiyetname aynen yürürlükte dir.”. Yukarıda düşüncelerine yer verdiğimiz yazarlar, vasiyet edenin ilk tarihli vasiyetnamesinin eldeki suretini geri alma niyeti ile yok ettiği bir örnekte nasıl bir çözüme ulaşılabileceği noktasında zorlanacaklardır. Genel yaklaşım, sadece eldeki suretin yok edilmiş olmasından ötürü ilk tarihli vasiyetnamenin dahi geri alınmadığı yolunda tezahür edecektir. Bir an için, ilk tarihli vasiyetnamenin asıl nüshasının da alınarak yok edildiğini düşünelim: Bu kez de, mevcut orjinallerin tamamının yok edilmediğinden bahisle vasiyetnameyi ayakta tutmanın vasiyet edenin son istekleri ile bağdaştırılamayacağı açıktır. Yok etme eyleminin her iki vasiyetnamenin tanziminden sonra vuku bulması ihtimalinde durum özellikle böyledir⁶⁷⁷. Düşüncelerimizin ancak ve ancak de lege feranda anlam ifade edebileceğini iddia edecek yazarlara da peşinen bir cevap vermek isteriz. Kanunda aksi yönde bir çözüme ulaşmanın lafzi ya da amaçsal bir takım ipuçları mevcut değildir. Hal böyleyken, hangi düşüncenin

⁶⁷⁴ **İnan/Ertas/Albaş**, s. 197; **Dural/Öz**, Miras, s. 110; kısmen **İmre/Erman**, s. 102.

⁶⁷⁵ **Stettler**, s. 153'den naklen.

⁶⁷⁶ **Escher**, s. 355.

⁶⁷⁷ Aksi halde, yani yok etme eyleminin zaman olarak ilkinden sonra ve fakat ikincisinden önce olması ihtimalinde, bahsettiğimiz örnekte, izlediğimiz yöntem farklı olmakla birlikte ulaşılabilecek sonuç bakımından bizim ile çoğunluk arasında bir fark kalmayacaktır. Bize göre ilk tarihli vasiyetname geri alınmıştır ve fakat ikinci de yapılan atıf ile, içeriği de aynen tespit edilebildiği için, canlanacak ve A'ya 20000TL verilecektir. Çoğunluğa nazaran ise zaten ilk tarihli vasiyetname de geri alınmamıştır ve hüküm ve sonuçlarını serbestçe doğuracaktır.

haklı olduğunu tespitte bize ışık tutacak bir kanun normu olmadığı da böylelikle ortaya çıkmaktadır. Biz, yazarların, bu mesele özelinde de karşımıza çıkan titizlenmelerini anlayabilmiş değiliz. **Escher**, ünlü şerhinin ilk baskısında çok daha katı bir tutum benimsemiş iken acaba aradan geçen zamanla neden dolayı bu fikrini yumuşatma gereği duymuştur. Yazarı olumlu yönde bir yumuşamaya iten düşünce, aslında, vasiyet edenin son isteklerine gösterilmesi gereken asgari saygıdan ibarettir. Kanunun, bir kısım geçerlilik şartları ile ölüme bağlı tasarrufları geçersiz kılmadığı her halde, biz, tavrımızı vasiyet edenin son isteklerine mümkün mertebe yürürlük imkanı yaratmaktan yana koyduk. Burada da, sadece **Escher**'in öngördüğü karineyi tersine çevirmek sureti ile bu amacımıza ulaşmayı hedefledik⁶⁷⁸. Kısacası, vasiyetnamenin birden fazla orijinal nüshasının olması halinde bunlardan birinin yok edilmesi geri alma anlamına geleceği gibi yeri geldiğinde vasiyetnamenin aslı dururken kopyalarından birinin yok edilmesi de kural olarak geri alma sonucunu doğurur⁶⁷⁹. Yeter ki, vasiyet eden geri alma iradesi ile hareket etmiş olsun⁶⁸⁰. Maamafih, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, notere tevdi edilmiş elyazısı ile vasiyetnameler bakımından, geri alınmış sayılma için bütün nüshaların yok edilmiş olmasını

⁶⁷⁸ Kısaca ifade etmek gerekir ise, vasiyet edenin eldeki orijinal nüshalardan sadece birini ya da orijinal dururken kopyasını yok ettiği varsayımında kural olarak vasiyetnamesini geri aldığı varsayılın. Bununla birlikte, vasiyet edenin aslında bütün orjinalleri ya da orijinali yok etmek kasdıyla hareket etmediğini ispat keyfiyeti aksini iddia edene yüklensin. Çoğunluk ise, vasiyetnamenin birden çok aslının var olduğu hallerde, bunlardan sadece birinin yok edilmiş olması ihtimalinde, vasiyet edenin aslında bütün asılları yok etmek sureti ile hareket ettiğinin ispatını bunu iddia edene yüklemektedir. Bununla birlikte, bu son görüşteki yazarlar, neden dolayı böylesi bir karinenin varlığını kabul ettiklerini de açıklamamaktadırlar. Çoğunluğun bu eğiliminin, bir asıl ve bir ya da birden ziyade suret-kopya olduğu hallerde de devam ettirilip ettirilemeyeceği ise elbette ayrı bir tartışmanın konusunu teşkil eder. Biz, en azından bu sorunun cevabının müspet kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Escher ise bu sorunun cevabının da menfi olduğu yolunda görüş bildirmiş bulunmaktadır: **Escher**, s. 355. Biz, birden çok asıl olması ihtimalinde vasiyet edenin geri alma yönündeki iradesini araştırmaya yönelik çabanın bunlardan biri ya da bir kaç suret-kopya olduğunda neden dolayı gösterilemeyeceğini de anlayabilmiş değiliz.

⁶⁷⁹ Aksi yönde bkz. **Dural/Öz**, Miras, s. 110.

⁶⁸⁰ Birden fazla orijinal nüshanın varlığı karşısında bunlardan sadece birinin yok edilmesi üçüncü kişilerin bu yöndeki engelleyici davranışlarından kaynaklanabileceği gibi vasiyet edenin örneğin kimi zaman unutkanlığından da kaynaklanabilir. Yıllar önce elyazısı ile vasiyetnamesini iki asıl olarak düzenleyip birini kasasında saklayıp diğerini kitaplarından birinin içine koyan bir mirasbırakanın bu ikincisini yok etmeyi unuttuğu örneğinde olduğu gibi. Bu hallerde, yani, el yazısı ile vasiyetnamelerin birden ziyade aslının olduğu hallerde, ulaştığımız sonuç daha rahat savunulabilecektir. Yok olma, vasiyet edenin iradesine değil de onun iradesi dışında bir sebebe dayanıyor olsa idi ulaşacağımız sonuç elbette farklı olurdu. Bu halde, asıl nüshalardan birinin yok olması TMK m. 543/II'nin uygulanmasına sebep olmayacak ve kazaen yok olmadan etkilenmeyen asıl nüsha üzerinden son dilekler var olmaya devam edecek idi. Kazaen yok olan vasiyetnameler bakımından örneğin bir fotokopiye ölüme bağlı tasarrufların diriltilmesi noktasında can alıcı bir görev yüklenirken iradi geri almalar bakımından böylesi bir imkanın öngörülmemiş olması boşuna değildir.

aramaktadır⁶⁸¹. Biz, bu vesile ile, vasiyetnamenin orijinalinin değil de kopyalarının yok edilmesi halinde geri alma karinesinin varlığından bahsedilemeyeceğini iddia eden **Schlütter**'in görüşlerine de iştirak edemediğimizi ifade etmek isteriz⁶⁸². Keza, Fransız doktrini de bu noktada bizden ayrılmaktadır. Birden çok asıl-orijinal nüshanın varlığı halinde, bunlardan sadece birine yönelen yok etme eyleminin, diğerlerinin varlığına etki etmeyeceği o hukuk sisteminde de dile getirilmiş bulunmaktadır⁶⁸³. Yine, vasiyetnamenin kopyalarının yok edilmesinin yeterli olmayacağı da dile getirilmiştir⁶⁸⁴.

3.3. İspat Yükü, Vasiyetnamenin Kazaen Yok Olması ve Muhtelif Meseleler

Vasiyetnamenin yok edilerek geri alınmasından bahis açılması için, yok etme eyleminin vasiyet edenin iradesine dayanması gerektiği yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştı⁶⁸⁵. Bu noktada İsviçre-Türk, Alman ve Fransız hukukları tam bir uyum halindedir.

Yok etme eyleminin vasiyet edenin iradesinden sadır olmadığı haller için TMK m. 543/II'de (İMK m. 510/II) ilk fıkraya nazaran başkaca bir çözüm tarzının benimsendiği ise peşinen söylenmelidir.

Gerçekten de, TMK m. 543/II hükmü (İMK m. 510/II ile benzer tarzda) “*Kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla yok olan ve içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmayan vasiyetname hükümsüz kalır. Tazminat isteme hakkı saklıdır.*” şeklinde kaleme alınmıştır⁶⁸⁶.

⁶⁸¹ Yarg. 2. HD.'nin 03.05.1955 tarihli ve 1852/2428 numaralı kararı için bkz. Esat **Şener**, Vasiyet Hukuku, Ankara 1995, s. 376. Asıl dururken kopyanın yok edilmesinin geri alma sonucunu doğurmayacağı hakkında ayrıca bkz. **Dural/Öz**, Miras, s. 110.

⁶⁸² **Schlütter**, s. 69. Yazar, orijinalde meydana gelen değişikliğin ise kopyalar için de geçerli olacağının altını çizmektedir. Bununla birlikte yazar neden dolayı böylesi bir ayrıma gittiğini açıklamamaktadır. Biz, yapılan ayrımın zevkine varamadığımızı yukarıda gerekçeleri ile açıklamış bulunuyoruz. Kanaatimizce belirleyici olan vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket edip etmediğinin tespit edilmesinden ibarettir.

⁶⁸³ **Lucet**, s. 17-18.

⁶⁸⁴ **Terré/Lequette**, s. 393.

⁶⁸⁵ Bkz. yukarıda s. 192 vd..

⁶⁸⁶ Hüküm, bu hali ile, iradi yok etmeye yer vermeyen 743 sayılı TKM döneminde de varlığını devam ettirmekteydi: “*Vasiyetname kazaen veya diğer bir kimsenin kusuriyle zayi olur ve münderecatının aynıyle ve tamamıyla tespiti mümkün olmazsa artık, vasiyete itibar olunamaz. Tazminat talebi hakkı mahfuzdur. (TKM m. 490).*”.

Kanunun lafzı karşısında, yok olma hali gündeme geldiği vakit, mezkur halin vasiyet edenin iradesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı dikkate alınarak ikili bir ayırım yapılması yerinde olacaktır. Vasiyetnamenin maddi varlığının vasiyet edenin iradesi dışında herhangi bir sebeple sona erdiği hallerde TMK m. 543/II hükmü uygulama alanı bulacaktır. Artık geri almadan bahis açmaya imkan yoktur: Vasiyetnamenin içeriğinin aynen tespitini sağlamak için bütün imkanlar seferber edilecek ve buna rağmen böylesi bir tespit yapılamaz ise, vasiyetname artık kendinden beklenen etkileri doğuramayacaktır.

Önen'e göre⁶⁸⁷ TMK m. 543/II'nin varlık kazanabilmesi için şu üç şartın bir arada gerçekleşmesi icap eder:

a. Vaktinde maddi olarak varlık kazanmış bir vasiyetname olmalıdır ve bu geri alınmamış olmalıdır.

b. Kazaen yok olan vasiyetnamenin geçerli bir şekilde tanzim edilmiş olması da gerekir⁶⁸⁸.

c. Vasiyetnamenin içeriği aynen ve tamamen tespit edilmiş olmalıdır⁶⁸⁹.

Oğuzman, vasiyetnamenin kaza sonucu (yangında yanma) yok olması ile üçüncü bir kişinin fiili ile yok olması (bir mirasçı tarafından yakılması) yanında vasiyet edenin ayırt etme gücüne sahip olmadığı bir zaman diliminde yok olması ya da yine vasiyet

⁶⁸⁷ **Önen**, s. 80 vd.

⁶⁸⁸ **Öztrak**, geçerliliği, ehliyet ve şekil kuralları ile kendiliğinden hükümsüzlük hallerine inhisar etmiş gözükse de yazarın bu yaklaşımı yanıltıcıdır. Esasında, TMK m. 557'de ifade edilen iptal sebeplerinin hiçbirisinin mevcut olmaması gerekir: Karş. **Öztrak**, Rücu, s. 118 vd.

⁶⁸⁹ Benzer yönde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 118 vd. Yazara göre de muteber bir vasiyetname olmalı, bu vasiyetname kazaen veya üçüncü şahsın fiili ile zayi olmalı, zayi olan vasiyetnamenin içeriği kesin bir şekilde ve tamamen tespit edilmelidir. Aynen tespit etmekten maksat kazaen yok olan vasiyetnamenin kelime kelime aynısına ulaşmak değildir: **Steinauer**, s. 360; **Önen**, s. 83 vd. Anlam bakımından eski hale getirilme kafidir: **Escher**, s. 357; **Steinauer**, s. 360; **Guinand/Stettler**, s. 71; **Öztrak**, Rücu, s. 131; **Dural/Öz**, Miras, s. 112. Kelime kelime tespitin ancak geride bir kopyanın kaldığı hallerde mümkün olduğu hakkında ayrıca bkz. **Escher**, s. 357; **Öztrak**, Rücu, s. 130. Vasiyetnamenin aynen tespitinin maksadın kelime kelime tespit edilmesi olduğu yolunda aksi düşünce için bkz. **Rossel/Mentha**, s. 96; **Belgesay**, s. 86; kısmen **Berki**, Miras Hukuku, s. 58. Yargıtay uygulamasının çoğunluk görüşü yönünde olduğu hakkında ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 130. Tamamen tespitten maksat ise vasiyetnamenin bir bütün olarak değil de içerdiği muhtelif tasarrufların tespit edilebilmesidir, meğer ki tespit edilemeyen kısım olmadan vasiyetnamenin hiç düzenlenmeyeceği sonucuna ulaşılmış olsun: **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 240; **Dural/Öz**, Miras, s. 112; **Önen**, s. 84 vd.; **Escher**, s. 357; **Öztrak**, Rücu, s. 128 ve 129; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 249. Federal Mahkemenin görüşü de esasında bu doğrultudadır: ATF 84 II 505. Bununla birlikte mesele doktrinde tartışmalıdır: **Steinauer**, s. 360 ve oradaki dn. 25; **Önen**, s. 84 vd.; **Öztrak**, Rücu, s. 125 vd.

edenin hataen yok etmesi hallerinde de TMK m. 543/II'nin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir⁶⁹⁰. **Kocayusufpaşaoğlu, Önen ve İmre/Erman** ve doktrinin geneli de benzer yönde düşüncelerini açıklamış bulunmaktadırlar⁶⁹¹. Vasiyetnamenin kaza sonucu yok olması hali, kimi ülke hukukları tarafından açıkça kiminde ise örtülü olarak vasiyetnamenin yok edilmek suretiyle geri alınması kurumu yanında ve ayrıca kabul edilegelmiştir⁶⁹². Vasiyetnamenin ziyai da denen bu son halin etraflı bir şekilde incelenmesi konumuz dışında kalmaktadır. Bununla birlikte vasiyetnamenin yok edilerek geri alınması kurumunun daha iyi anlaşılabilmesi için vasiyetnamenin irade dışı sebeplerle yok olması ile karşılaştırmalar yapmak yerinde olacaktır. Mesele, bir yok olma halinin varlığı karşısında, bu seçeneklerden hangisinin var olduğunun tespit edilebilmesi noktasında ise doğrudan doğruya konumuz ile ilgilidir. Zira, istek dışı yok olmanın hüküm ve sonuçları yok etmek suretiyle geri almaya nazaran ciddi şekilde farklılıklar göstermektedir. Şöylesi bir örnek üzerinden gidersek söylemek istediklerimiz daha iyi anlaşılacaktır: Vasiyet edenin gerisinde bıraktığı vasiyetnamesinin üzerinde yer alan bütün tasarrufların üzerine kimi zaman ince kimi zaman kalınlaşan ve fakat her halde tasarrufların okunmasına imkan tanıyacak tarzda çizgi çekildiğini varsayalım. Bu çizgi vasiyet edenin ayırt etme gücüne sahip olduğu bir anda bizzat kendisi tarafından ve iradesi sakatlanmadan çizilmişse, metin geri alınmış sayılacağı için, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacak iken; üçüncü bir kişinin kafasına silah dayaması neticesinde ya da ayırt etme gücü yok iken çizilmişse (metnin içeriği rahatlıkla tespit edilebileceği için) varlığını geçerli bir şekilde devam ettirecektir. Başka deyişle, içeriği aynen ve tamamen tespit edilmek şartı ile irade dışı yok olan vasiyetnamenin ayakta tutulmasına imkan tanınırken,

⁶⁹⁰ **Oğuzman**, Miras, s. 180. Yazara göre, maddedeki kazaen yok olma deyimini, üçüncü şahsın kusursuz fiilleri kadar bizzat vasiyet edenin rücu niyeti olmaksızın vasiyetnamesini yok etmesine yönelik fiillerini de kapsar. **Kocayusufpaşaoğlu** ise üçlü bir ayırım yapmaktadır: “...*Vasiyetname ya mirasbırakan tarafından, fakat, ortadan kaldırma maksadı olmadan, ihmal sonucu yok edilmiştir (mesela mirasbırakan eski bir mektubu yırtıyorum zannı ile vasiyetnamesini yırtıyor) veya üçüncü kişiler (kasten, ihmali ile, kaza sonucu) vasiyetnameyi yok etmişlerdir (mesela mirasbırakanın oğlu tasarruf nisabı için Kızılay'ın mirasçı nasbedildiğini görünce, ele geçirdiği vasiyetnameyi yakıyor) ya da mirasbırakan ve üçüncü kişilerin fiili söz konusu olmadan başka olaylar dolayısı ile vasiyetname yok olmuştur (mesela bir deprem sonucu yangın çıkıyor ve vasiyetname yanıyor, vasiyetnameyi kurtlar yiyor)*”: **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 238.

⁶⁹¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 237 vd.; **Önen**, s. 77 vd.; **İmre/Erman**, s. 102-103; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 198 vd.; **Aybay**, Miras, s. 62; **Hatemi**, Miras, s. 90-91; **Kılıçoğlu**, Miras, s. 94; **N. Ayiter**, s. 57 vd.; **Antalya**, s. 107; **Berki**, Miras Hukuku, s. 82; **Gönensay/Birsan**, s. 119; **Özügür**, 1. Cilt, s. 652-653; **Belgesay**, s. 86; **Şener**, Vasiyet, s. 98 vd.; **Velidedeoğlu**, s. 520-521; **Gençcan**, s. 244 vd.; **Köprülü**, s. 114-115; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 249; **Dural/Öz**, Miras, s. 111-112; **Steinauer**, s. 359-360; **Escher**, s. 356 vd.; **Stettler**, s. 153; **Guinand/Stettler**, s. 71; **Rossel/Mentha**, s. 96; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 272.

⁶⁹² **Öztrak**, Rücu, s. 106 vd.

vasiyet edenin bile isteye yok ettiği vasiyetnameler için durum bütünüyle başkadır. Bu vesile ile, doktrinin genelinin ve bu arada yargı uygulamasının kazaen yok olan vasiyetnamenin içeriğinin tanık beyanı ile dahi tespitine kapı araladığını eklemek isteriz⁶⁹³.

İsviçre-Türk hukukunda baskın görüş vasiyetnamenin vasiyet eden tarafından geri alma niyeti ile yok edildiği yolunda bir karinenin varlığını kabul etmektedir. Bu yazarlardan **Önen**, İMK m. 510'da bir karinenin varlığına işaret edilmediğini ifade etmekte ve bundan dolayı çözümün genel kurallar (İMK m. 8) çerçevesinde aranmasını önermektedir⁶⁹⁴. **Öztrak** da, aynı düşünce silsilesi ile⁶⁹⁵, vasiyetnameden istifade edecek şahsın; geçerli bir vasiyetnamenin mevcut ve bu vasiyetnamenin vasiyet edenin iradesi dışında yok olduğu ile içeriğinin aynen ve tamamen tespit edildiği hususlarını ispat etmesi

⁶⁹³ Bu yönde örnek olmak üzere bkz. **Oğuzman**, Miras, s. 181; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 239-240; **Berki**, Miras Hukuku, s. 82; **Önen**, s. 83 vd.; **Gençcan**, s. 245. Aksi görüşte olmak üzere bkz. **Belgesay**, s. 86. Vasiyetnamenin aslının yok olmasına rağmen suretlerinden bir tanesi geride kalmışsa fazlaca sorun yaşanmaz. Aksi halde çoğu zaman tanık beyanına başvurmadan başkaca çaremiz de kalmayacaktır. **Kocayusufpaşaoğlu**, haklı olarak, tanıklara karşı hakimın son derece ihtiyatlı davranması gerektiğinin altını çizmektedir. Yarg. HGK'nun 21.01.2004 tarihli ve E. 2004/2-4, K. 2004/14 numaralı kararını burada özellikle anmak isteriz: "...Madde metninden de anlaşılacağı üzere yok olan vasiyetnamenin içindekilerin olduğu gibi tespiti mümkün olmaz ise vasiyete değer verilmez ancak aksi halinde yani vasiyetnamenin içindekilerin olduğu gibi tespiti mümkün olursa vasiyet geçerli kabul edilir. Vasiyet kaza sonucu elde olmayan nedenlerle (yangın, deprem, su baskını vb.) yok olabileceği gibi bir kimsenin kusuru (kasden veya yanlışlıkla yırtılması, saklanması vb.) ile de yok olabilir. İşte tüm bu hallerde MK'nun 490. maddesi sayesinde vasiyet edenin isteklerinin yerine gelmesi için bir şans daha doğmuş olur. Ancak bu şansın kullanılabilmesi için vasiyetnamenin hem içeriğinin hem de şekil şartlarına uygun olduğunun ispatı gerekir. HUMK 294. maddede 'Nagehani (birden bire umulmadık) şekilde veya mücbir sebeple senedin kendi elinde veya saklandığı resmi yerde yok olması halinde tanık dinlenebilir' denilmektedir. Bu hüküm tanıkla ispat yasağının istisnalarındandır. O halde vasiyetnamenin tamamen veya kısmen yok olması halinde hem içeriği hem de şekil şartlarına uyulup uyulmadığı tanıkla ispat edilebilir." **Gençcan**, s. 245-246. Karar türlü sebeplerle dikkatimizi çekmiştir. **Oğuzman**, yanlış bir vasiyetnamenin münderecatını tespit ile yetinmeyip şeklen uygunluğunun ispatını da arayan Yarg. 2. HD.'nin 10.02.1951 tarihli ve E. 4290, K. 115 numaralı bir kararını eleştirmiştir. Yazara göre içeriğin tespit edilmemesi bir kesin hükümsüzlüğe yol açarken, şekil noksanı ise ancak iptal sebebidir: **Oğuzman**, Miras, s. 180 ve oradaki dn. 459. Bizim düşüncemize göre içeriği tespit edilememesi kesin hükümsüzlüğe değil de yokluğa sebep olacaktır. Bununla birlikte, TMK m. 543/II'nin uygulanabilmesi için geçerli şekilde tanzim edilmiş bir vasiyetnamenin varlığı önkoşul ise Yargıtay'ın tavrı isabetlidir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, yukarıya bir kısmını aldığımız 2004 tarihli kararında da aynı düşüncesini tekrar etmiş bulunmaktadır. Öte yandan, Yargıtay, bu kararı ile, şekil unsurlarının en azından kazaen yok olan vasiyetnameler bakımından tanık beyanı ile ispat edilebileceğini de hüküm altına almış olmaktadır. Benzer yönde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 131. Tanık beyanı yanında, vasiyetnamenin bir kopyasının, vasiyetnameyi yok eden kişinin ikrarının ve vasiyet edene ait muhtelif notların ve yazışmaların da içeriğin tespit edilmesinde delil olarak değerlendirilebileceği hakkında ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 136-137. Mahkemenin, vasiyetnamenin içeriğinin kısmen tespiti halinde nasıl bir yol izleneceği yolundaki tartışmanın ucunu da açık bıraktığını bu vesile ile eklemek isteriz.

⁶⁹⁴ **Önen**, s. 74-75.

⁶⁹⁵ TKM m. 6'da öngörülen genel ispat kurallarının TKM m. 490 ile ilga edilmediğinden hareketle: **Öztrak**, Rücu, s. 138.

gerektiğini belirtmektedir⁶⁹⁶. **Escher**, **Kocayusufpaşaoğlu** ve **Dural**'ın fikirleri de bu noktada **Öztrak** ile örtüşmektedir⁶⁹⁷. AMK'nun 2255. maddesinin 2. fıkrasında benzer yönde bir karinenin varlığına açıkça yer verilmiş bulunmaktadır. Schlütter de vasiyetnamenin yok olmasında geri alma iradesinin varlığının esas olduğunu tekrar etmektedir⁶⁹⁸. Fransız hukukunda da anılan yönde bir karinenin varlığına işaret olunmakla birlikte⁶⁹⁹, Fransız Temyiz Mahkemesi, yırtılmış bir vasiyetname karşısında vasiyetnamenin geri alındığı yönündeki karinenin gündeme gelmeyeceğini, zira hakimin somut uyuşmazlığın bütün özelliklerini nazara alarak geri alma iradesinin var olup olmadığını sorgulaması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁰⁰. **Escher** de sadece bir yere atırvermenin (mesela kağıt sepetine) yok etme anlamına gelmeyeceğini söylemektedir⁷⁰¹.

Hal böyleyken, muhtelif yok etme eylemlerinin tamamı bakımından yeknesak bir çözüme ulaşmak ve söz edilen karineyi aynı şiddette savunabilmek zordur. **Öztrak**, vasiyetnamenin yok edilmesinde menfaati olan bir kişi tarafından yok edildiği varsayımının özellik arzettiğini ifade etmektedir⁷⁰². Geri alma maksadı ile yok etmenin asıl olduğu yolundaki karinenin varlığı; yırtılmış, karalanmış vs. yollardan yok edilmiş vasiyetnamenin vasiyet eden uhdesinde bulunduğu hallerde daha rahat kabul edilebilecektir. Anılan nitelikteki metnin üçüncü kişiler nezdinde ele geçmesi ihtimalinde de karinenin varlığını devam ettireceği ancak bu halde aksinin ilk duruma nazaran daha

⁶⁹⁶ **Öztrak**, Rücu, s. 138-139.

⁶⁹⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 238; **Dural/Öz**, Miras, s. 112; **Escher**, s. 358.

⁶⁹⁸ **Schlütter**, s. 69.

⁶⁹⁹ **Terré/Lequette**, s. 394; **Önen**, s. 75-76.

⁷⁰⁰ Bu yönde bkz. **Grimaldi**, Patrimonial, s. 767; **Lucet**, s. 18.

⁷⁰¹ **Escher**, s. 355. Yazar, normal bir vasiyet edenin, eğer geri alma fikrinde ise, vasiyetname gibi önemli bir kağıdı herhangi bir kağıt parçasında olduğu gibi öylesine atmayacağını zikretmektedir. Kimilerinin ise buruşturulup atılmaya geri alma sonucu bağladıklarından bahis açmaktadır. Biz de yazarın düşüncesini esas itibari ile paylaşamamaktayız. Kanatımızca, somut olayın bütün özellikleri nazara alınarak bir sonuca gidilmesi yerinde olur. Buruşturarak çöp sepetine atılmış bir vasiyetname vasiyet edenin uhdesinde bulunmuşsa geri alma iradesinin var olduğundan bahsedilebilecektir. Mezkur vasiyetnamenin aynı halde vasiyet eden dışında üçüncü bir kişinin çöp sepetinde bulunmasında ise mesele iyice içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Bu halde de geri alma yolundaki karinenin işlediği varsayımında, buruşturup atma eylemi yok etme manasına da geleceğinden vasiyetname hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Aksinin yani artık kazaen yok olma halinin varlığı kabul edilecek olursa, bu kez vasiyetname içeriği rahatlıkla tespit edilebileceğinden TMK m. 543/II gereği vasiyetname hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

⁷⁰² **Öztrak**, Rücu, s. 139. Yazar, bu halde, ilgilinin, bir de vasiyetnamenin geçerli şekilde tanzim edildiğini ispat yükü ile karşı karşıya bırakılmasını hakkaniyete aykırı olacağını ve Fransız içtihatlarının da bu doğrultuda olduğunu ifade etmektedir.

kolay ispat edilebileceği söylenmektedir⁷⁰³. **Kocayusufpaşaoğlu**, Fransız hukukçularına atıf yaparak, kendisinin katılmadığı, şöylesi bir tespitten bahsetmektedir: Vasiyetname tamamen yok edilmeyip sadece yırtılıp parçalanmış olarak bulunursa, olayda aksini kabul etmemize yol açacak özellikler bulunmadığı sürece, bu eylemin geri alma niyeti ile yapıldığı varsayılmalıdır. Çünkü, üçüncü kişi bu kadarı ile yetinmeyip vasiyetnamenin maddi varlığını bütünüyle yok etmeyi tercih ederdi⁷⁰⁴. **Escher** benzer yönde görüşlerini açıklamıştır⁷⁰⁵. **İmre/Erman** da, yırtılmış ya da bozulmuş vasiyetnamenin vasiyet eden nezdinde bulunması halinde onun tarafından yok edildiğinin farzedileceğini ifade etmektedir⁷⁰⁶. **Dural** ise, vasiyetnamenin üçüncü kişi nezdinde imha edilmiş olarak bulunması ihtimalinde, karinenin geri alma niyeti olmaksızın yok olmaya dönüşeceğini düşünmektedir⁷⁰⁷.

Yargıtayımız yukarıda ulaştığımız ilkeler ile bağdaştırılması güç bir yol benimsemeyi tercih etmiştir⁷⁰⁸: “ *Medeni Kanunun 489. maddesine göre vasiyetten rücu da şekle bağlıdır. Bunlar için kanunda muayyen şekillerden biri ile rücu iradesinin belirtilmiş olması lazımdır. Vasiyetnamenin münderecatının aynıyla ve tamamıyla tespiti mümkün olacak şekilde yırtılmış olması kazaen yırtıldığı yolundaki def’i doğrulamaktadır. Davacı şahitlerinin ifade ettikleri gibi imha kasdiyle yırtılan bir vesika hiçbir zaman böyle muntazam bir şekilde yırtılmış olamaz. Kaldı ki vasiyetçinin kanuni formaliteyi çok güzel bilen bir kimse olduğu vasiyetname muhtevassından anlaşılmaktadır. Şu halde iş bu vasiyetnameden rücu etmek istediği takdirde bunu da kanuna uygun şekilde yapılmış olması şüphe götürmez bir gerçektir.*”. Yüksek Mahkemenin bu kararı ile, yok etmek sureti ile geri almanın, kanun dışı bir geri alma usulü olduğunu da öğrenmiş oluyoruz. Bununla

⁷⁰³ **Önen**, s. 76; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 239; **Dural/Öz**, Miras, s. 112.

⁷⁰⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 239. Yazara göre, yırtılmış bir vasiyetname karşısında sadece bunun üçüncü bir kişi tarafından kasden yapılmadığı sonucuna ulaşılabilir. Keza, metin bu hali ile, vasiyet eden tarafından yok etme niyeti ile hareket edildiğini olduğu kadar vasiyet eden ya da üçüncü bir kişi tarafından yanlışlıkla bu hale konulduğunu ispata de elverişlidir.

⁷⁰⁵ **Escher**, s. 358.

⁷⁰⁶ **İmre/Erman**, s. 102.

⁷⁰⁷ **Dural/Öz**, Miras, s. 112. Yazar bir yandan vasiyetnamenin yırtılmış, karalanmış şekilde üçüncü kişi nezdinde ele geçirildiği hallerde de geri alma lehinde bir karinenin varlığından bahsederken diğer yandan vasiyetnamenin üçüncü kişi uhdesinde imha edilmiş olarak bulunması halinde karinenin aksi yönde tezahür edeceğinden bahis açmaktadır. İlk bakışta **Dural**’ın bu yöndeki düşüncelerinin bağdaştırılması imkan dahilinde görülmemektedir. Bununla birlikte, yazarın imha fiilleri arasında bir ayrıma gidip gitmediği belli değildir.

⁷⁰⁸ Yarg. 2. HD.’nin 06.04.1964 tarihli ve E. 1887, K. 1795 numaralı kararı için bkz. Ali İhsan **Özuğur**, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Ankara 2005, C.2, s. 1316.

birlikte, ulaştığı sonucu haklı bulamasak da, karar, bu türden uyuşmazlıklarda somut uyuşmazlığın her türden özelliğinin nazara alınması gerektiği yolundaki fikrimiz ile bütünüyle örtüşmektedir. Yargıtay, yeri geldiğinde, vasiyet eden ile vasiyet lehdarı arasındaki ilişkinin seyrini dahi dikkate alarak sonuca gitmekten de çekinmemiřtir⁷⁰⁹.

Gerçekten de, vasiyetnamenin yok edilmesinin geri alma niyeti ile yapıldığına dair bir karine kanunumuzda yer almamaktadır. Halbuki, AMK'nun 2255. maddesinin 2. fıkrasında böylesi bir düzen tarzına açıkça yer verilmiştir. Hal böyleyken, TMK m. 6'nın devreye gireceğini iddia etmek hatalı olmayacaktır. Başka deyişle, vasiyetnamenin kazaen yok olduğunu iddia eden taraf (ki bu kişi çoğu zaman yok olan ya da edilen vasiyetnamenin lehdarıdır), vasiyetnamenin ayakta tutulmasını istiyorsa, onun geri alma iradesi ile yok edildiği yolundaki düşüncenin aksini her türden delile başvurarak ispat edecektir. O, ancak bu ispat çabasinda başarılı olduğu sürece ve ölçüde, mezkur vasiyetname geri alınmamış sayılacak ve içeriğinin tespiti ölçüsünde de ayakta tutulacaktır. Kendisine yüklenmiş bu ispat yükünde, yardımcısı, öncelikle genel hayat tecrübeleri ve bu tecrübelerden çıkardığımız sonuçlar olacaktır. Vasiyet edenin kendisi ile ilişkisinin seyrinden tanık beyanına ve oradan da vasiyet eden uhdesinde bulunan başkaca notlara ve belgelere kadar bir yığın delilden yararlanabilecektir. Uyuşmazlığı çözmekle görevli olan hakim de yeri geldiğinde olayın bütün özelliklerini nazara alarak sonuca gidecektir. Biz, bu anlamda, yırtılmış bir vasiyetname karşısında geri alma yolundaki karinenin doğrudan devreye girmeyeceğini ve hakimin, somut uyuşmazlığın bütün özelliklerini göz önüne alarak geri alma iradesinin var olup olmadığını araştırması gerektiğini ifade eden Fransız Temyiz Mahkemesinin ve bu arada geri alma iradesinin varlığı ya da yokluğunun belirleyici olacağını ifade eden **Breidschmid**'in görüşlerinin öncelik taşıması gerektiğine inanmaktayız⁷¹⁰.

Yok etmek suretiyle geri almaya ayırdığımız bu bölümün sonuna gelmiş bulunuyoruz. Kanun koyucu, genel olarak, ancak kanunda öngörülen şekillere başvurmak suretiyle vasiyetnamenin geri alınabileceğini ifade ettikten hemen sonra, diğer vasiyetname şekillerine nazaran daha kolay ve deyim yerinde ise şeklen de yumuşatılmış bir geri alma usulünü bir ölüme bağlı tasarruf olarak bizzat kendisi ihdas etmiş bulunmaktadır. Kuruma

⁷⁰⁹ Yarg. HGK.'nın 14.10.1967 tarihli ve E. 966/2-308, K. 449 numaralı kararı için bkz. İKİD, Y. 1968, S. 85, s. 5846.

⁷¹⁰ Bkz. yukarıda s. 230 vd..

ilişkin açıklamalarımızın özünde yatan belirleyici etken kanunun özünde yattığını tespit ettiğimiz bu kolaylaştırma çabası olmuştur. Yok etme kavramının aşırı şekilde dar yorumlanması, vasiyet edene, vasiyetnamesinin lehdarını yok etmekten başkaca şans tanımamak anlamına gelecektir. Biz, bundan dolayı, yok etme kavramının, maddi bir kısım fiiller (vasiyetnamenin yakılması gibi) yanında vasiyetnamenin çizilmesini⁷¹¹ ve bu arada “iptal edilmiştir” türünden bir kaydı da kapsayacağına inandık. Kavramı içerik ve zamansal olarak bahsedegeldiğimiz türden dar yorumlayan ve bu arada mefruz iradeyi bütünüyle yok sayan yazarların şu örneklerle verecekleri bir cevap da aslında bulunmamaktadır:

a. Vasiyet eden, vasiyetnamesini düzenlediğine aslında pişmandır. Geri almak istediğini her yerde ve hem de yüksek sesle söylemektedir. Evinden çıkar. Yıldırım düşer. Ev yanar. Vasiyet edenin ağzından şu sözcüklerin döküldüğü de duyulmamış değildir: “İyi oldu. Lanet vasiyetnamemden de kurtulmuş oldum.”. Çok vakit geçmez. Kendisi de ölür. Uyanık lehdarlardan ve bu arada sonradan nefret etmeye başladığı yeğenlerinden A, cenaze namazı sırasında içinden kıs kıs gülmektedir; zira, vasiyetnamenin fotokopisi ceketinin cebindedir. Vasiyet edenin kemikleri ise daha toprağın altına girmeden sızlamaya başlar.

b. Mala ve mülke bütün hayatı boyunca meyletmiş vasiyet eden, gerçeği geç de olsa fark eder. Artık ölçüsüz bir şekilde sufızmin etkisi altındadır. Varını yoğunlu öylesine dağıtmaya başlar. Sel gelir. Aslında kurtarabileceği bir yığın nesne olmasına karşılık O, sadece yeni edindiği bir kitabı alır ve sel sularının evini sürüklemesini seyre dalar. Oysa, masasının çekmecesinde eski günlerine ait bir de vasiyetname durduğunu çok iyi bilmektedir. Malvarlığının yok oluşunu izlemek ona tarifi mümkün olmayan bir zevk vermektedir ve böylece oradan ve kısa süre sonra da dünyamızdan ayrılır. Vasiyetnamesinin lehdarları ise selin etkilediği arazide amansız bir uğraşın sonunda vasiyetnamenin aslına ulaşırlar ki vasiyet edenin bundan haberi dahi olmaz.

c. Vasiyet eden içinde vasiyetnamesinin de bulunduğu evini herşeyden kurtulmak düşüncesi ile ateşe verir ya da yansa da kurtulsam dediği evinin yanmaması için gerekli asgari önlemleri dahi almaz. Ev ile birlikte vasiyetname de yanar kül olur.

Hükmün eksere göre oluşacağı yolundaki ilkeyi unutmuş değiliz. Ancak, doktrinin uzun uzadıya anlattığımız genel eğiliminin, yukarıda aktardığımız ve sayıları artırılabilir

⁷¹¹ ATF 73 II 144; ATF 83 II 500.

örneklere hakkaniyet duygularımızı tatmin edici bir yanıt bulmakta zorlanacağı aşîkardır. Biz, bu vesile ile, yok etme eyleminin pasif kalmak suretiyle meydana getirilebileceğı yolundaki bir tartışmanın kapısının artık aralanması gerektiğine olan inancımızı ifade etmek isteriz. Yine, bir üçüncü kişinin fiiline-işlemine vasiyet eden tarafından verilen icazetin geri alma sonucunu doğurmayacağı yolundaki genel yaklaşımın vasiyet edenin kendi eylemleri bakımından da aynen benimsenmesi mutlak surette sorgulanmalıdır. Keza, vasiyet edenin hataen yok ettiğı bir vasiyetnamesi karşısında sonradan takınacağı “iyi de oldu” türünden bir tavrın mutlaka bir sonucu olmalıdır. Anılan tüm bu zorlukların ve bir yığın ispat probleminin temelinde kurumun özünde taşıdığı bir niteliğın yattığını iddia etmek ise hatalı olmayacaktır: Vasiyet edenin bir kısım davranışlarına hukuki işlem elbisesi giydirilmeye çalışılmaktadır. Özünde maddi fiil olmaya yakın olgulara aslında kendine çok da yakışmayan bir niteliğın bağlanmasının sancılarıdır bunlar aynı zamanda. Ama, her halde, bir yandan sonuç olarak ortada bir hukuki işlemin var olduğunu iddia etmek ve öte yandan izacetin ve bu arada varsayıli iradenin kapılarını bütünüyle kapamak bir arada bulunması çelişkili sayılacak iki davranışın aynı potada eritilmesi çabası olacaktır. Biz, tüm bu düşünceler ile, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin “*Her ne kadar Medeni Kanun’un 490. maddesi, imha (yok etme) suretiyle rücuu, kabule elverişli ise de, bu özel dönme şeklini genelleştirmek ve 489. maddeyi amacı dışına taşımak, yani vasiyet şekillerine uyulmaması halinde dahi rücuu geçerli kılmak mümkün değildir.*” diyen kararını anlamakta güçlük çekiyoruz⁷¹². Deyim yerinde ise yok etmek sureti ile geri almanın üvey evlat muamelesine tabi tutulmasının yasal bir dayanağı da mevcut değildir. Keza, kanunumuz, öngördüğü geri alma usullerinden birini yekdiğerine üstün tutmuş da değildir. Vasiyet edenden beklenen olsa olsa seçtiğı yolun gereklerini yerine getirmekten ibaret olmalıdır. En azından, yok etmenin, tek bir vasiyetnamede, birden fazla görünüme sahip olmasına da imkan tanımak gerekir: Vasiyet edenin vasiyetnamesinin bir kısmını silmesi bir kısmının ise üzerini çizmesi ve örneğın sadece bir paragrafa özgülendiğı açık olmak üzere sadece o bölümün üzerine “geri alınmıştır” yazılması örneğinde olduğu gibi.

⁷¹² Yarg. 2. HD.’nin 17.11.1972 tarihli ve E. 1972/5977, K. 1972/6472 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi, 12.12.2010).

Yine, vasiyetnamenin çizilmesi örneğinde, farklı cinsten ve farklı renkte kalemelerin kullanılmasının da geri alma bakımından önemi yoktur⁷¹³.

Biz, yukarıda, türlü vesilelerle, yok etmek suretiyle geri alma kurumunun çeşitli görünümlerine Fransız hukuku bakımından da değinmiş idik. Burada, özetle ifade etmek gerekir ise, Türk-İsviçre hukuku için yaşanan tartışmaların çoğunun o ülke hukukunda da güncel olduğu peşinen söylenmelidir. Yok etmek sureti ile geri almaya ilişkin yasal bir düzenleme Fransız hukukunda halen mevcut değildir. Fransız hukukunda yok etmek suretiyle vasiyetnamenin geri alınması usulünün kaynağı mahkeme kararları olmuştur⁷¹⁴. Keza, yok etmek suretiyle geri almanın kural olarak el yazısı ile vasiyetnameler bakımından uygulama alanı bulacağı⁷¹⁵, resmi vasiyetnamenin ise bu yolla geri alınmasının imkan dahilinde olmadığı, çünkü noterlerin uhdelerindeki belgelerin aslını saklamakla yükümlü oldukları söylenegelmiştir. Yine, yok etme eylemlerinin çeşitliliği hususunda da Türk-İsviçre hukuku ile benzer bir yola girilmiş bulunmaktadır⁷¹⁶. Muhtelif vesilerle ifade ettiğimiz üzere, yok etme eyleminin orijinal nüshaya yönelik olması gerektiği de Fransız hukukçuları tarafından genel olarak benimsenmiştir⁷¹⁷. Yok etmenin geri alma sonucunu doğurması evleviyetle vasiyet edenin bu yönde bir iradeye sahip olmasına bağlıdır; aksi halde ya da şüphenin varlığı halinde geri almadan bahis açılmaz⁷¹⁸. Fransız içtihadı önceleri geri alma yolunda bir karinenin varlığından hareket ederken, zaman içinde bu yaklaşım terkedilmiş ve ilk derece hakiminin somut olayın bütün özelliklerini nazara alarak bir çözüme ulaşması gerektiği ifade edilir olmuştur⁷¹⁹. Bu noktada, **Grimaldi**'nin

⁷¹³ Benzer yönde olmak üzere bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 362; **Escher**, s. 354. **Escher**, çizme de kullanılan kalemin önemli olmadığından bahis açmakta ve vasiyetnamenin bir kısmının kurşun kalemle bir kısmının ise mürekkepli kalemle çizilebileceğini ifade etmektedir.

⁷¹⁴ **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 362; **Terré/Lequette**, s. 393; **Grimaldi**, Patrimonial, s. 767; **Lucet**, s. 17.

⁷¹⁵ **Lucet**, s. 17; **Grimaldi**, Patrimonial, s. 766; **Terré/Lequette**, s. 393.

⁷¹⁶ **Terré/Lequette**, s. 393. Rulo halinde sarmanın yok etme kavramının içinde değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. **Lucet**, s. 17. Bununla birlikte Fransız Temyiz Mahkemesinin yırtılmış bir vasiyetnamenin dahi geri alınmış sayılmayabileceği yolundaki yaklaşımı yok etme eyleminin kavramsal çerçevesini de ciddi biçimde sınırlandıracaktır. Vasiyetname üzerinde çiziklerin olması halinde bunların esasında vasiyetnamenin içeriğini değiştireceği ve aslında vasiyetnamenin çizilen kısmı için geçerli olmak üzere yeni bir geri alma vasiyetnamesi ile karşı karşıya olduğumuz hakkında bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 362. Yazarlar, söz konusu metnin de imzalanmasını ve tarih atılmasını aramaktadırlar.

⁷¹⁷ **Lucet**, s. 17; **Terré/Lequette**, s. 393.

⁷¹⁸ **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 362; **Lucet**, s. 18. Yok etme eyleminin vasiyet edenin ölümünden önce tamamlanması gerektiği yolunda bkz. **Grimaldi**, Patrimonial, s. 766.

⁷¹⁹ Yırtılmış bir vasiyetname karşısında dahi durum böyledir: **Lucet**, s. 18.

yaptığı bir ayırmadan bahsetmek gerekir⁷²⁰. Ya vasiyetnamenin yok edilmesi tamamlanmıştır ya da tamamlanmamıştır. Açık olmamakla birlikte, yazarın yok etme eyleminin tamamlanmasından kasdının vasiyetnamenin maddi varlığının geride bir iz kalmayacak şekilde ortadan kalkması olduğu anlaşılmaktadır. İşte bu halde, yok etmenin geri alma niyeti ile yapıldığı yolundaki karinenin varlığından şüphe edilmeyecek olsa da; aksi için aynı şeyin söylenmesi güçtür. Yazar, yırtılmakla birlikte henüz maddi varlığı bütünüyle sonlandırılmamış vasiyetnameler bakımından gerektiğinde geri alma lehine bir karinenin varlığının bütünüyle yadsınarak geri alma iradesinin varlığının her türlü çaba gösterilerek tespi edilmesinin esas alınması gerektiğini ve Temyiz Mahkemesinin görüşlerinin de bu ekseninde şekillendiğini ifade etmektedir⁷²¹. Vasiyet edenin iradesi dışında gerçekleşen bir yok etme eylemi karşısında, FMK'nun 1348. maddesi gereğince, ilgililer, vasiyetnamenin içeriğini her türden delil ile tespit edebileceklerdir⁷²².

Fransız hukuku bakımından yaptığımız bu açıklamalar Belçika hukuku bakımından da tekrar edilebilecektir⁷²³.

⁷²⁰ Grimaldi, Patrimonial, s. 766.

⁷²¹ Benzer yönde bkz. Terré/Lequette, s. 394.

⁷²² Planiol/Ripert, s. 663; Terré/Lequette, s. 393 ve özellikle oradaki dn. 6 da zikredilen mahkeme kararları.

⁷²³ Dekkers, s. 777.

V. VASIYET EDİLEN MALDA SONRADAN TASARRUF İLE

1. Genel Olarak

Şu ana kadar inceleyegeldiklerimizin aksine, hukuki niteliği sağlar arası hukuki işlem olan bir geri alma usulüne TMK'nun 544. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmiş bulunmaktadır:

3. Sonraki tasarruflar

Madde 544- ...

Belirli mal bırakma vasiyeti de, vasiyetnamede aksi belirtilmedikçe, mirasbırakanın sonradan o mal üzerinde bu vasiyetle bağdaşmayan başka bir tasarrufta bulunmasıyla ortadan kalkar.

Medeni Kanunun genelinde olduğu gibi işbu maddenin gerekçesi de, kurumun kabul edilmesinde ne gibi etkenlerin göz önüne alındığını ortaya koymaktan uzaktır: “Eski Kanunun 491 inci maddesini karşılamaktadır. Madde İsviçre Medeni Kanununun 511 inci maddesine uygun olarak iki fıkra halinde yeniden kaleme alınmıştır. Maddenin kenar başlığı eski Kanunda ‘Vasiyetlerin taaddüdü’ şeklinde iken ‘Sonraki tasarruflar’ şeklinde kaleme alınmıştır. Maddede sadece vasiyetnamelerin birbirini takip etmesinin değil, bir vasiyetle bağdaşmayan tasarrufta bulunulmasının da düzenlendiği göz önünde tutulmak suretiyle maddenin başlığı, İsviçre Medeni Kanununun 511 inci maddesine uygun olarak ‘Sonraki tasarruflar’ şeklinde değiştirilmiştir.”.

Kanun koyucumuz maddenin kenar başlığının neden dolayı değiştirildiğini açıklamış olmakla birlikte bu tercihin ne derece isabetli olduğu ilerleyen bölümlerde gerekçeriyle açıklanacaktır. Zira, “tasarruf” gibi birden çok anlama sahip bir kavramın kullanılması peşinen eleştirilmeyi haketmektedir⁷²⁴.

⁷²⁴ Doktrinin geneline göre geri alma sonucunun doğumu için sağlar arası hukuki işlemin borçlandırıcı işlem aşamasında kalmayıp tasarruf işleminin de tamamlanması gerekir. Böylelikle aynı kavram, 1. fıkra için hukuki işlem manasında geniş anlamda, 2. fıkra için ise dar ve teknik anlamı ile kullanılmış olmaktadır. Biz, bu tavrın kanun yapma tekniğine uygun olmadığı kanaatindeyiz. Söz konusu geri alma usullerinin farklı iki maddede düzenlenmesi mümkün iken, bir yandan farklı hukuki niteliklere sahip ölüme bağlı tasarrufları aynı kalıba sığdırma isteği ve hemen ardından da bunların ikisini de anlatmak için kenar başlığı olarak içeriği muğlak bir kavramın seçilmesi yerinde olmamıştır.

TKM'nin 491. maddesinin ikinci cümlesi ise "Bir kimsenin, muayyen bir mal hakkındaki vasiyetinin sonradan yaptığı tasarrufla telifi kabil olmazsa, hükümsüz olur." şeklinde kaleme alınmıştı. Görüldüğü üzere, eski Kanunun "hükümsüzlüğü" yerini "ortadan kalkmaya" bırakmıştır ve bu isabetli de olmuştur. Zira, evvelce de bahsolunduğu üzere, geri almanın sonuçlarını anlatmak bakımından yeni Kanunun tercihi maksadı daha doğru ifade etmektedir⁷²⁵.

Gerek TKM m. 491 c. 2 gerekse TMK m. 544/II, İMK'nun 511. maddesinin 2. fıkrasının karşılığıdır. Vasiyetnameye konu malın sağlar arası tasarrufa konu edilmesi suretiyle vasiyetnameyi geri alma imkanı İMK'da da Türk hukuku ile benzer bir şekilde yerini almış bulunmaktadır. Yine FMK'nun 1038. maddesinde, Türk ve İsviçre hukuklarına nazaran kimi farklılıklarla birlikte⁷²⁶, vasiyetnameye konu edilen bir malın temlikinin vasiyetnamenin geri alındığı anlamına geleceği açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır.

Böylelikle, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyecek olmakla birlikte, mezkur geri alma usulünün yasal çerçevesini de kısaca aktarmış olduk. Kurumun özünde yatan düşüncüyü açığa çıkarma uğraşına geçmenin vakti gelmiştir.

Hep söylendiği üzere, bir kişi vasiyetname düzenlemekle, vasiyetnamesine konu ettikleri de dahil olmak üzere, malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf etme özgürlüğünü

⁷²⁵ Zira, hükümsüzlük, anlam itibarıyla geri alma kurumunun sonucunu ifade etmekten uzaktır. Bilindiği üzere, kavram, daha çok geniş anlamı ile ve bir hukuki işlemin kendinden beklenen sonuçların doğmadığı bütün halleri ifade etmek için kullanılagelmıştır. TMK m. 544/II'de bir geri alma usulünün düzenlendiği göz önüne alınacak olduğunda içeriğinde birden çok yaptırım çeşidini barındıran bir üst kavram yerine ortadan kalkma gibi geri almanın sonucunu daha isabetli ifade eden bir kavramın kullanılması yerinde olmuştur. Kanunun eski hali **Öztrak**'ı da başka sebeplerle tatmin etmemektedir. Yazara göre 'muayyen bir mal hakkındaki vasiyetinin' yerine 'muayyen mal üzerindeki tek taraflı ölüme bağlı tasarruf' ya da en azından 'muayyen mal üzerindeki son arzu tasarrufu' kullanılması daha isabetli olurdu. **Öztrak**, bu hatalı yaklaşımın özünde 'le legs' kavramının dilimizde birden çok terimle karşılanması olduğunu da özellikle belirtmektedir. Keza, yazar, bugünün 'belirli mal bırakma'sı için doktrinde kullanılan 'muayyen bir malda tasarruf', 'muayyen mal vasiyeti' veya 'vasiyet' terimlerini de isabetli bulmamaktadır: 'le legs' vasiyetname içinde yer alabileceği gibi bir miras sözleşmesi içinde de yer alabilir. Bundan dolayı doğrusu 'muayyen mal üzerinde ölüme bağlı tasarruf' olmalıdır. Bu yönde olmak üzere bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 84-85. Kendisi üzerinde bunca titizlenmiş olduğu için **Öztrak**'ın temel bir noktayı gözardı ederek eleştiriler sıraladığını ifade etmek isteriz: Doktrinin muayyen mal vasiyeti dediği kavramdaki vasiyet sözcüğünün şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları değil de maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufları anlattığı bilinen bir gerçektir. Ortada gerçekten bir hata var ise bu, olsa olsa, vasiyetname terimi yerine ve çoğu zaman özensizce vasiyet kavramının kullanılmasıdır. TMK, 'belirli mal bırakma' terimine atıf yapmak sureti ile yaşanan bu tartışmaları azaltma yolunu seçmiştir.

⁷²⁶ Temlikin sebebi olan hukuki işlem geçersiz bile olsa vasiyetname geri alınmış sayılır.

kendi uhdesinde saklı tutmaya devam eder: Vasiyetnamesini geri almayacağı yolundaki taahhütler ne denli kişilik haklarına aykırı ise vasiyetnamesine konu ettiği mallar üzerinde artık tasarrufta bulunmayacağına ilişkin taahhütler de o nispette kişilik haklarına aykırı sayılır⁷²⁷.

Önen, vasiyet edenin, belirli mal bıraktığı ya da mirasçı atadığı kişilere karşı hukuki bir yükümlülük altına girmedikten hareket etmekte ve ilgililer için, ölüm anına kadar, olsa olsa bir umudun varolabileceğinden bahis açmaktadır: O, vasiyetnamesine rağmen, malvarlığına giren bütün değerler üzerinde, elbette hukukun emredici ilkelerine aykırı olmamak koşulu ile dilediği gibi tasarrufta bulunabilecek, satım ya da bağışlama sözleşmesi yapabildiği gibi o nesneleri yok da edebilecektir⁷²⁸. **Rodriguez, Serozan, Steinauer** ve **Öztrak** da anılan yöndeki genel yaklaşımı ortaya koyarak açıklamalarına başlamaktadırlar⁷²⁹.

Belirli bir malvarlığı değerinin temlik, nihayetinde, vasiyet edenin son isteklerinde meydana gelen bir değişikliğe de işaret etmektedir⁷³⁰. **Serozan**'ın deyişi ile kuralın ratio legisi, mirasbırakanın değişen dileğine saygı gösterilmesi isteğinden ibarettir⁷³¹.

Vasiyet edilen malı sonradan temlik etmek, vasiyet edenin geri alma yönündeki bir iradesinin varlığına da karine teşkil eder⁷³². Bu noktada herhangi bir tartışma da yaşanmaz. Var olduğu iddia edilen bu eğilimin aksinin ispatının mümkün olup olmadığı hususunda ise farklı yaklaşımlar ortaya çıktığı görülmektedir.

Fransız hukukunda, önceleri, malın temlik, ancak geri alma yönünde bir irade ile yapılırsa geri alma sonucunu doğurabiliyordu. Bu dönemde, vasiyetname lehdarları, aksi yönde (vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket etmediği yönünde) deliller ibraz ederek

⁷²⁷ Benzer yönde bkz. **Öztrak**, Rücü, s. 85; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 190; Ömer **Arbek**, Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Ankara 2007, s. 51. Bu yönde bir yasa hükmü AMK'nun 2302. maddesinde açıkça yer almaktadır.

⁷²⁸ **Önen**, s. 117. Yazar, vasiyetname lehdarlarının, vasiyet edenin öldüğü ana kadar gerçek anlamda bir hakkın korumasından yoksun olduklarının da altını çizmektedir.

⁷²⁹ **Rodriguez**, s. 52; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 250; **Steinauer**, s. 358; **Öztrak**, Rücü, s. 83-84.

⁷³⁰ **Önen**, s. 117: Vasiyet eden kendi isteği ile vasiyetnamesinin ifasını imkansız hale getirmektedir.

⁷³¹ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 250. Fransız hukuku için benzer yönde bkz. **Terré/Lequette**, s. 391.

⁷³² **Plainiol/Ripert**, s. 662; **Önen**, s. 117.

anılan sonucun doğmasına engel olabiliyorlardı⁷³³. Anılan yöndeki düzenlemeler, FMK'nun 1038. maddesinde hala yaşamaktadır. Bununla birlikte, FMK'nun 1038. maddesi ile öngörülen düzen tarzının aksinin ispatının mümkün olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır⁷³⁴. **Önen**'e bakılacak olursa, doktrinin büyük kısmı, burada artık basit bir karineden değil de, aksi yönde bir iradenin varolup olmadığı yolunda yapılacak bir araştırmanın kapılarını bütünüyle kapatan bir yasaklayıcı normdan bahis açmaktadır⁷³⁵. Oysa, sonraki tarihli eserlerin büyük kısmından anladığımız kadarı ile Fransız içtihadı aksi yönde bir yolun takipçisi olagelmıştır: 1038. maddede öngörülen karine vasiyet edenin geri alma düşüncesinde olmadığı yolundaki delillerin karşısında geri çekilmesini bilmelidir⁷³⁶. **Lucet**'in tespitleri bu söylediklerimiz ile ilk bakışta çelişiyor gözükmemektedir: FMK m. 1038, eski hukuktan ve Roma hukukundan kaynaklanan tartışmalara son vermek amacıyla kaleme alınmıştır⁷³⁷. Var olduğu sanılan çelişkiyi aşmak için **Grimaldi**'nin söylediklerini takip etmek yeterli olacaktır: Kanunun lafzına rağmen içtihatlar vasiyet edenin eğilimini ayrıcalıklı bir konuma getirmekte ve aksi yönde eğilime sahip olunup olunmadığı yolundaki bir araştırmanın kapılarını aralamaktadır⁷³⁸. **Önen**, herşeye rağmen, FMK m. 1038'in kamu düzeninden olmadığını da eklemektedir: Vasiyet eden, açık bir şekilde, temlik ile belirli mal bırakma vasiyetinin geri alınmadığını da ifade edebilecektir⁷³⁹.

Vasiyetnameye konu mal üzerinde tasarruf Roma hukukunda da geri alma sonucunu doğurmaktaydı⁷⁴⁰. Vasiyet eden vasiyetnamesine konu mal üzerinde bir

⁷³³ Bu son imkanın, içinden çıkılması güç bir kısım tartışmaların da kapısını araladığı hakkında ayrıca bkz. **Önen**, s. 118. Yazar, 1804 tarihli FMK'nun tavrında bu tartışmalara bir son verme arzusunun da yattığını iddia etmektedir. Bu cümleden olmak üzere karş. **Lucet**, s. 13.

⁷³⁴ Karş. **Önen**, s. 119 ve **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 361.

⁷³⁵ **Önen**, s. 119. Yazara göre FMK'nun 1038. maddesi karşısında şöyle düşünmek icapeder: Vasiyet edenin temlik yönündeki iradesi aynı zamanda onun geri alma niyeti ile hareket ettiğini de ispata kafidir. Bu andan sonra anılan temlikin mukadderatı da önemli değildir. Yeni düzenleme, temlikin, vasiyet edenin vakti zamanında düzenlediği ölüme bağlı tasarruflara artık önem vermediği noktasında eski hukuk ile örtüşmektedir de. Her iki sistem arasındaki fark, eski sistemin temlikin gerekçeleri-sebepleri ile ilgilenmesine karşılık yenisinin bu uğurda gösterilecek bir çabayı yasaklamasında ve temlikin bizzat kendisinden geri alma iradesini de peşinen çıkarmasında görülmektedir.

⁷³⁶ **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 361 ve dn. 2'de anılan kararlar; **Terré/Lequette**, s. 392

⁷³⁷ **Lucet**, s. 13. Yazar, Roma'da ve eski hukukta, vasiyetnameye konu malın temlikinin aksinin ispatı her zaman için mümkün olan basit bir karine olarak algılandığını ifade etmektedir.

⁷³⁸ **Grimaldi**, Patrimonial, s. 767.

⁷³⁹ **Önen**, s. 119. Temlik bedelinin vasiyetname lehdarına ödenmesinin istenmesi halinde durum özellikle böyledir.

⁷⁴⁰ Bkz. yukarıda s. 21 vd.; **Önen**, s. 119-120; **Lucet**, s. 13; **Rossel/Mentha**, s. 96.

tasarruflarda bulunduğu, mesela onu temlik ettiği vakit, kendisinin geri alma iradesi ile hareket ettiği varsayılır ve fakat aksi yöndeki delillerin sonucu değiştirmesine de izin verilirdi⁷⁴¹. Temlikin ancak geri alma maksadı ile yapıldığı hallerde geri alma sonucunu doğuracağı yolundaki azınlık eğilimi zamanla, onun her halde kendiliğinden geri alma sonucunu doğuracağı yolundaki çoğunluk eğilimine üstün gelmiřtir⁷⁴².

Çalışmamızın bundan önceki bahislerinde izlediğimiz sistematikten bir nebze de olsa ayrılmak istiyoruz. Sağlar arası hukuki işlem yolu ile vasiyetnamenin geri alınması kurumunun karşımıza çıkabileceği hukuki kılıfların neler olduğunu ve kurumun özüne yönelik tartişmaları ortaya koyduktan sonra hukuki niteliğini tespit edecek ve tanımını vereceğiz. Böylesi bir yol izlememizde geri alma sonucunu doğuran sağlar arası tasarrufların yeknesak bir görünüm arzetmemesi etkili olmuştur. Denebilir ki, sağlar arası tasarruf ile geri alma işleminin hukuki niteliği için peşinen söylenebilecek tek gerçek, adından da anlaşılacağı üzere, burada artık bir ölüme bağlı tasarruf olmadığıdır.

Türk-İsviçre hukuk sisteminin arzettiği özelliğe yeri geldiğinde ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir.

İMK m. 511/II ve TMK m. 544/II hükümlerinin müştereken değerlendirilmesinden ulaştığımız ilk sonuçların şöylece özetlenmesinde ise bir sakınca yoktur:

a. Vasiyetnameler ölüme bağlı tasarruflarla olduğu kadar sağlar arası hukuki işlemlerle de geri alınabilir.

b. Yok etmek sureti ile geri alma usulünü kabul ederek ölüme bağlı tasarrufların şekil kurallarını ciddi şekilde yumuşatan kanun koyucu bununla da yetinmemiş ve şekil serbestisinin hakim olduğu sağlar arası hukuki işlemlere de kapı aralayarak geri alma bakımından formalitelerden uzak bir yolu tercih etmiştir.

c. Kanunda geri alma sonucunu doğuracak nitelikteki sağlar arası hukuki işlemlerin nelerden ibaret olduğu sayılmamış ve genel nitelikli “tasarruf” kavramına atıf yapılmıştır.

⁷⁴¹ Rossel/Mentha, s. 96; Önen, s. 120.

⁷⁴² Önen, s. 120. Vasiyetname lehdarı, vasiyet edenin acil bir zorunluluktan dolayı vasiyetnameye konu nesneyi temlik ettiğini beyan ve ispatla, eğer söz konusu nesne hala vasiyet edenin malvarlığında ise aynına aksi halde değerine yönelik bir taleple ilgililere başvurabilecektir.

d. Vasiyet eden, vasiyetnameye konu mal üzerinde tasarrufta bulunmasının geri alma sonucunu doğurmayacağını kararlaştırmakta bütünüyle özgürdür. Başka deyişle, TMK m. 544/II emredici nitelikte değildir.

2. TMK m. 544/II Hükmüne Yönelik Açıklamalar

2.1. Şekle Bağlılık ve Geri Almanın Şartlarına Genel Bakış

Bundan önceki bahislerde, gerek ölüme bağlı tasarrufların gerekse bunların geri alınmasının esas itibari ile şekle tabi olduğu uzun uzadıya açıklanmıştı. Başka deyişle, vasiyetnamelerin düzenlenmelerindeki zorluk, geri alınmaları bakımından da varlığı devam ettirmektedir. Öyle ki, geri alma sonucunun doğabilmesi, tercih edilen geri alma usulünün şekil şartlarının da yerine getirilmesine bağlanmıştı⁷⁴³.

TMK m. 543/I ve TMK m. 544/II olmasa idi, biz, hemen yukarıda ortaya koyduğumuz, vasiyetnamelerin ihdas edilmeleri aşamasındaki sıkı şekil kurallarının aynen ve aynı şiddette geri alınmaları bakımından da öngörüldüğü sonucuna ulaşırdık. Ancak, hukuki gerçek bu iddianın aksi yönünde tezahür etmektedir.

Kanun koyucu, bir yandan, her ne kadar hukuki niteliğine ölüme bağlı tasarruf dense de, vasiyet edenin bir kısım maddi fiillerine geri alma sonucunu bağlarken (TMK m. 543/I); öte yandan, yine zımnen ve formalitesiz şekilde dış dünyaya yansımış irade açıklamalarına aynı etkiyi tanımaktadır (TMK m. 544/II): “MK 544 II’nin ‘ademptio legati’ kuralının ilginç yanı, şekle bağlı vasiyetname eliyle değil de bir devir işlemiyle zımnen ve formalitesiz geri alınmasını öngörmesidir.”⁷⁴⁴. Doktrinde ve uygulamada geri alma sonucunu doğuran tasarrufun geçerli şekilde tanzim edilmesi gerektiği yolundaki görüşler⁷⁴⁵ bu söylediklerimiz ile çelişmemekte; aksine, düşüncelerimizi tamamlamaktadır. Kısacası, geri alma usulünün şeklen kolaylaştırılması ile kolaylaştırılan şekil kurallarına uyulması zorunluluğu birbiri ile çelişmez. Olsa olsa, bu iki ilkenin farklı konulara ilişkin olduğundan bahsedilebilir.

Bu bilgiler ışığında TMK m. 544/II’ye göre geri almanın var olabilmesi için muhtelif şartların yerine getirilmesi gerektiği de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır:

⁷⁴³ Bkz. yukarıda s. 123 vd..

⁷⁴⁴ Serozan/Engin (Serozan), s. 250.

⁷⁴⁵ Bkz. aşağıda s. 274 vd..

a. Herşeyden önce zımni de olsa vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket etmesi gerekir.

b. Geri alma iradesi tercih edilen yola özgü şekil, ehliyet ve diğer geçerlilik şartlarına uygun tarzda dış dünyaya yansımalıdır.

c. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan sadece bir kısmı ve özellikle “belirli mal bırakma” tasarrufları TMK m. 544/II anlamında geri alınmaya elverişlidir.

d. Her türden ölüme bağlı tasarruflar değil sadece tek yanlı tasarruflar (nerede yer alırlarsa alsınlar) bu yolla geri alınabilir ve ayrıca ancak parça borcunun konusu olabilen mallar üzerinde yapılan tasarruflar geri alma sonucunu doğururlar.

e. Vasiyet eden TMK m. 544/II ile öngörülen düzenlemenin aksini kararlaştırabilir: Tedarik vasiyetinde durum özellikle böyledir.

2.2. Geri Alma Usulünün Özü

İMK m. 511/II ile; bir yorum kuralının, daha da açıkçası, geri alma yolunda basit bir karinenin öngörüldüğü iddia edilegelmiştir. **Önen**, aksi yöndeki delillerin varlığı halinde, bu karinenin geri çekileceğini de ifade etmektedir⁷⁴⁶.

Escher’e göre; geri alma, vasiyetnameye konu malın temlikinden ya da o mal üzerinde başkaca türden tasarrufta bulunulmasından değil de, kanunun bu halde, tasarrufta bulunan kişide geri alma yolunda bir iradenin var olduğunu kabul etmesinden doğmaktadır⁷⁴⁷. **Öztrak, Steinauer, Piotet ve Stettler, Honsell/Vogt/Geiser** de aynı düşünceleri dile getirmektedirler⁷⁴⁸.

Gerçekten de, gerek İMK m. 511/II’de gerekse TMK m. 544/II’de, vasiyetnameye konu edilen malın bu kez işbu vasiyetname ile bağdaşmayacak tarzda yeni bir sağlar arası tasarrufa konu edilmesi halinde geri alma yolunda bir karinenin varlığına işaret

⁷⁴⁶ **Önen**, s. 121.

⁷⁴⁷ **Önen**, s. 121’den naklen. Yazara göre, sağlar arası tasarrufun arkasına gizlendiğine inanılan geri alma eğilimi belirleyicidir: Vasiyet eden ivazlı ya da ivazsız, gerek bir üçüncü kişiye gerekse vasiyetnamenin lehdarına malı temlik ettiğinde, kendi iradesi ile o mal üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdirmiş olmakta ve kanun bu keyfiyete geri alma sonucunu bağlamaktadır. Başka deyişle, bu tarz bir davranış, kanun tarafından zımni geri alma iradesinin varlığına delil olarak telakki edilmektedir.

⁷⁴⁸ **Öztrak**, Rücü, s. 91; **Steinauer**, s. 358; **Piotet**, Précis, s. 53; **Stettler**, s. 150; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 272.

edilmektedir. Öte yandan, TMK m. 544/II emredici de değildir. **Önen**'in ifade ettiği üzere, gerek vasiyet edenin aksi yöndeki beyanlarından gerekse halin gereklerinden söz konusu sağlar arası tasarrufa rağmen vasiyetnamenin geri alınmadığı sonucuna ulaşılması da mümkündür⁷⁴⁹. **Tuor**, vasiyetnameye konu edilen nesnenin vasiyetnamenin ifasını imkansız hale getirecek tarzda başkaca bir sağlar arası tasarrufa konu edilmesinin geri almaya denk geleceğini ifade etmektedir. Yazar, vasiyet edenin iradesinin vasiyet lehdarına başkaca bir değer kazandırılması yolunda olduğu hallerde anılan sonucun doğmayacağını da eklemektedir⁷⁵⁰. **Dural** da, belirli mal bırakma tasarrufuna konu edilen nesnenin sağlar arası tasarrufa konu edilmesinin kural olarak geri alma anlamına geleceğini açıkladıktan sonra, vasiyetname lehdarının bu yoldaki karineyi çürütmesinin imkan dahilinde olduğundan bahis açmaktadır⁷⁵¹. **Oğuzman**'a göre de vasiyetname ile yapılan vasiyetler, vasiyet konusu şeyde vasiyetçinin tasarruf etmesini hiçbir şekilde kısıtlamaz. Bundan dolayı vasiyet eden vasiyete konu ettiği nesneyi örneğin satsa ya da bağışlasa, bu tasarruflar vasiyetnamenin içeriği ile bağdaşmayacağı için vasiyetname geri alınmış sayılır⁷⁵². Ezcümle, bu düşünce tarzı Türk doktrininin geneli tarafından da paylaşılmaktadır⁷⁵³. Böylelikle, Türk-İsviçre hukuk sisteminin, ademptio legati de denen

⁷⁴⁹ **Önen**, s. 121. Benzer yönde karş. **Guinand/Stettler**, s. 69.

⁷⁵⁰ **Tuor**, s. 339.

⁷⁵¹ **Dural/Öz**, Miras, s. 110-111. Yazar şu örnek üzerinden yola çıkmaktadır: Mirasbırakan M, otomobilini A'ya vasiyet ettikten sonra B'ye satsın ve teslim etsin. İşte **Dural**'a göre bu halde vasiyetname kural olarak geri alınmıştır. Bununla birlikte, vasiyet edenin iradesinin, malvarlığından çıkan şeyin karşılığının lehdara verilmesi yolunda olduğu iddia ve ispat edilebildiği ölçüde geri almadan söz edilmeyecektir. Başka deyişle, vasiyetnamenin lehdarı TMK m. 544/II'deki karineyi çürütebilecektir. Benzer bir örnek için ayrıca bkz. **Velidedeoğlu**, s. 520: Ecdattan kalma işlemi tarihi kılıcımı yeğenine vasiyet ettikten sonra o kılıcın askeri müzeye bağışlanması ve teslim edilmesi vasiyetnamenin zımnen geri alındığı anlamına gelir.

⁷⁵² **Oğuzman**, Miras, s. 179-180. Yazarın kullandığı hükümsüzleşme kavramı yerinde değildir. Kasdının hükümsüzleşme değil de geri alma olduğunu düşünmekteyiz.

⁷⁵³ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 236: "Vasiyetçi, vasiyetname ile bir kişiyi vasiyet alacaklısı (musaleh) tayin ettikten sonra, vasiyet ettiği şeyde sağlar arası serbestçe tasarruf etmek imkanını muhafaza eder.... Böyle bir durumda vasiyetname geri alınmış sayılır."; **İmre/Erman**, s. 100-101: "Vasiyetçi belirli bir mal üzerinde yapmış olduğu mal vasiyetini sağlar arası bir tasarrufu ile ortadan kaldırabilir."; **Gençcan**, s. 247: "Belirli mal bırakma vasiyeti de, mirasbırakanın o mal üzerinde bu vasiyetle bağdaşmayan başka bir tasarrufta bulunmasıyla ortadan kalkar."; **Berki**, Miras Hukuku, s. 83: "İki ev vasiyet edilse, miras açılmadan evvel, vasiyet eden vasiyetden rücu etmeksizin bu iki evden birini bir şahsa satsa veya hibe etse, vasiyet bu nispetde hükümsüz hale gelir."; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 196: "...mirasbırakan muayyen bir mal hakkındaki vasiyetini, sonradan yapacağı sağlar arası bir hukuki işlem ile ortadan kaldırabilir ve böylece vasiyetnamesinden zımnen dönmüş sayılır."; **Kılıçoğlu**, Miras, s. 96: "Vasiyetçi, belirli bir mal bırakma vasiyetinde bulunmuş, daha sonra da bununla bağdaşmayan bir sağlar arası tasarrufta bulunmuş ise dönme söz konusu olur."; benzer yönde ayrıca bkz. **Hatemi**, Miras, s. 91-92; **Aybay**, Miras, s. 62; **Belgesay**, s. 87; **N. Ayiter**, s. 56; **Antalya**, s. 108; **Gönensay/Birsen**, s. 119; **Öztan**, s. 193.

sağlar arası tasarruf yoluyla geri alma bakımından, Roma hukuku, eski Fransız hukuku ve yeni Fransız içtihatları ile paralel bir çözümü benimsediği söylenebilecektir⁷⁵⁴.

Önen, ilk etapta aslında sadece bir belirsizlikten bahsedilebileceğini; bu belirsizlik karşısında, ilgililerin vasiyet edenin gerçek iradesinin ne yönde olduğunu ispat hususunda serbest bırakılmasının ve hakim de somut uyuşmazlığın bütün şartlarını nazara alarak sonuca gitmesinin yerinde olacağını iddia etmektedir⁷⁵⁵. Yazara göre, İMK m. 511/II'deki geri alma karinesi, vasiyet edenden sadır açık bir belirlemenin yokluğu hallerinde ispat yükünün İMK'nun 8. maddesi gereğince vasiyetname lehdarına yüklenecek olması karşısında, vasiyetnameyi yerine getirmekle görevli kişi lehine bir durum yaratır. **Önen**'in bu düşünce tarzının Türk hukuku bakımından tekrar edilmesinde bir sakınca görmemekteyiz⁷⁵⁶.

Sonradan yapılacak sağlar arası tasarrufun geri alma sonucunu doğurabilmesi herşeyden önce, karine yardımıyla tespit edilecek olsa da, bir geri alma iradesinin var olmasına bağlıdır. Sağlar arası tasarrufun vasiyet edenin iradesi ve isteğinden bağımsız bir şekilde geliştiği varsayımında bu işlemin ardında geri alma iradesinin yer aldığını ispat edebilmek de büyük oranda imkansızlaşacaktır. Aksinin kabulü, **Önen**'in deyişi ile, vasiyetnamenin vasiyet edene rağmen geri alınması gibi kanunun ruhu ile bağdaştırılamayacak bir yolun tercih edilmesi anlamına gelecektir⁷⁵⁷. **Serozan**'ın vasiyet edilen malın vasiyetçinin isteği olmaksızın elden çıkması hallerinde TMK m. 517'nin uygulanacağından bahsetmesi boşuna değildir⁷⁵⁸. Bu eğilim, Türk ve İsviçreli hukukçular

⁷⁵⁴ Karş. **Önen**, s. 121. Yazar, Fransız içtihatları FMK m. 1038'in metni ile aksi yönde bir gelişimi sonradan gösterdiği için, monografisini kaleme aldığı yıllardaki hukuki görünümü yansıtabilmekte ve İsviçre Hukukunun, Roma hukuku ve eski Fransız hukuku ile benzer bir çözümü benimsediğinden bahis açmaktadır.

⁷⁵⁵ **Önen**, s. 122. Benzer yönde karş. **Rodriguez**, s. 52; **Steinauer**, s. 358: **Steinauer**'e göre, vasiyetname lehdarı yeri geldiğinde ivazsız yapılan bir kazandırmanın karşılık değerinin dahi kendisine verilmesini talep edebilecektir. **Rodriguez**, aynı mantığın, trampa akdi karşısında akit gereği malvarlığına giren nesne açısından da yürütülebileceği iddia etmektedir. Federal Mahkemenin görüşü de bu yöndedir: ATF 91 II 271.

⁷⁵⁶ Karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 237: Yazar, **Escher** gibi, vasiyetnamenin geri alınmasının doğrudan doğruya vasiyet edilen belirli bir şeyin başkasına devrinden değil de kanunun bu devre geri alma yolunda bir karine bağlamasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Sağlar arası tasarrufun geri alma niyeti ile yapılmadığı açıkça bildirilmemişse ispat yükünün TMK m. 6 uyarınca vasiyetname lehdarına düşeceği hususunda ayrıca bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 91.

⁷⁵⁷ Karş. **Önen**, s. 123.

⁷⁵⁸ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 251.

tarafından genel olarak kabul görmektedir⁷⁵⁹. **Öztrak**, bir haciz ve istimlak karşısında TKM m. 491'in son cümlesindeki geri alma karinesinden bahsedilemeyeceğini özellikle vurgulamaktadır⁷⁶⁰. **Önen** de haciz, istimlak ve kamulaştırma gibi vasiyet edenin iradesinden bağımsız gelişen devir hallerinde İMK m. 511/II (TMK m. 544/II) anlamında bir geri almadan bahis açılmayacağını eklemektedir⁷⁶¹. Öyle ki, vasiyet edenin rızası dışında gerçekleşecek temlik hallerinde, söz konusu eşyanın bağış, satım ya da miras gibi türlü sebeplerle vasiyet edenin malvarlığına tekrar döndüğü hallerde lehdar bundan faydalanabilecek; temlik, vasiyet edenin istek ve iradesi ile vuku bulmuş ise ulaşılabilecek sonuç da farklılaşacaktır⁷⁶².

Burada yapageldiğimiz tartışmanın bir kapısı TMK m. 544/II ise diğer kapısı TMK m. 517/III'dür⁷⁶³: *“Bırakılan belirli mal terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar.”*

İki hükmün aralarındaki ilişkinin ortaya konması, esasında, TMK m. 544/II'nin işlevini de gözler önüne serecektir. **Öztrak**'a bakılacak olursa, her iki maddede de, ferden belli olan mal üzerindeki tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar için birer hükümsüzlük sebebi

⁷⁵⁹ Steinauer, s. 358; Honsell/Vogt/Geiser, s. 272; Serozan/Engin (Serozan), s. 251; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 237; İnan/Ertas/Albaş, s. 196-197; Şener, Vasiyet, s. 96. İstimlaka konu mallar bakımından ayrık düşünce için bkz. Berki, Miras Hukuku, s. 83. Serozan, kamulaştırma hallerinde TMK m. 544/II'nin uygulanmayacağını açıkça ifade etmektedir.

⁷⁶⁰ **Öztrak**, Rücu, s. 91. Yazara göre geri alma sonucunun doğması sağlar arası tasarrufun geri alma kasdı ile yapılmasına bağlıdır. Kanunda bir rücu karinesi öngörüldüğü doğrudur. Ama gerek vasiyet edenin aksini açıkça öngördüğü hallerde gerekse haciz ve istimlak muamelelerinde bu karine işlerlik kazanmaz.

⁷⁶¹ **Önen**, s. 123. Yazara göre bu hallerin tamamında vasiyet eden aktif değil de pasif bir rol üstlenmiştir. Bundan dolayı, temlikin meydana gelmesine neden olan etkenlerin vasiyet edenin iradesinden bağımsız geliştiği, O'nun serbest iradesinin mahsulü olmadığı açıktır. Bu sebeple, bu surette temlik edilen mal sonradan vasiyet edenin malvarlığına türlü şekillerde geri dönse vasiyetname lehdarı bundan yararlanacaktır. Aksi halde, vasiyetnamedeki kazandırma da, İMK'nun 484. maddesinin 3. fıkrası (TMK m. 517) gereğince düşecektir. Son olarak eklemek gerekir ise sağlar arası tasarrufun vasiyet edenin iradesine dayanması gerektiği Fransız hukukçuları tarafından da ileri sürülmektedir: Lucet, s. 15; Grimaldi, Patrimonial, s. 767. Grimaldi, vasiyetnameye konu nesnenin cebri icra yolu ile satılması halinde geri almadan bahis açılmayacağını iddia etmektedir. FMK m. 1038'in ayırım yapmamasına rağmen hükmün sadece iradi devirlerde uygulanması gerektiği hakkında ayrıca bkz. Terré/Lequette, s. 392. İradi olmayan devir neticesinde FMK'nun 1042. maddesi uygulanacak ve tasarruf bu madde gereğince hükümsüz olacaktır.

⁷⁶² Bu son halde, geri alma bir kere gerçekleştikten sonra, kazandırma konusu nesnenin vasiyet edenin malvarlığına döndüğü hallerde geri alma ile etkisizleşen vasiyetnamenin yeniden canlanmayacağı kabul edilir: Piotet, Traité, s. 227.

⁷⁶³ İMK'nun 484. maddesinin 3. fıkrasında benzer yönde bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır. Aynı düzen tarzı TKM'nin 464. maddesinin son cümlesinde yaşamaktaydı.

öngörülmektedir⁷⁶⁴. Keza, mirasçı atama ve çeşidi ile belli olan mallar bakımından her iki hükmün de uygulanmayacağı dile getirilmektedir⁷⁶⁵. **Öztrak**'a göre TMK m. 544/II'de geri alma ile hükümsüzleşme bahis konusu iken, TMK m. 517/III'de bir kendiliğinden hükümsüzleşme hali söz konusudur⁷⁶⁶: TMK m. 544/II'nin uygulama alanı bulunduğu hallerde, vasiyet edenin malvarlığından çıkan nesne malvarlığına geri dönerse⁷⁶⁷ vasiyetname canlanmaz⁷⁶⁸; oysa TMK m. 517/III'de nesnenin ölüm anında malvarlığı içinde yer alması yeterlidir⁷⁶⁹. **Serozan**'a göre de, TMK m. 544/II ile TMK m. 517/III arasındaki fark kendisini tamda bu noktada gösterecek ve TMK m. 544/II'de öngörülen geri alma karinesinin pratik önemi olsa olsa geri alma yolunda yapılan tasarrufun bir vakit sonra geri alınması karşısında anlam kazanacaktır: Bu halde, tasarrufa konu nesne terekede yer alacağı için TMK m. 517 uyarınca bir düşmeden bahsedilemese de, vasiyetname herşeye rağmen geri alınmış sayılacaktır⁷⁷⁰. **Oğuzman**, "*Vasiyet edilen şeyde tasarruf ve bu sebeple rücu söz konusu olmasa bile, vasiyet edilen muayyen mal terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça vasiyeti ifa borcu doğmaz.*" demek suretiyle tartışmaya katılmaktadır⁷⁷¹. **Önen** ise öncelikle gerek İMK m. 511/II'nin (TMK m. 544/II) gerekse İMK m. 484/III'ün⁷⁷² çeşit vasiyetinde ve mirasçı atanmada uygulanmayacağını ifade etmektedir⁷⁷³. Başka deyişle, her iki hüküm de, belirli mal bırakma tasarrufu ve onlardan da sadece ferden belli edilen mal vasiyetleri ile ilgilidir. Yazara göre İMK m. 484/III'de, belirli mal bırakma tasarrufuna konu olan nesnenin ölüm anı itibari ile terekede

⁷⁶⁴ **Öztrak**, Rücu, s. 92-93.

⁷⁶⁵ **Önen**, s. 137; **Öztrak**, Rücu, s. 93.

⁷⁶⁶ **Öztrak**, Rücu, s. 93. Yazara göre TMK m. 517/III'de eşyanın hangi sebeple vasiyet edenin malvarlığından çıktığının bir önemi yoktur. Oysa, TMK m. 544/II anlamında bir geri almadan bahsedebilmek için, vasiyet edenin geri alma maksadı ile hareket etmesi ve eşyanın da bu irade etkisinde ve geri alma kasdı ile temlik gerekmektedir.

⁷⁶⁷ Geri dönmenin şekli önemli değildir. Yeter ki, hukuka uygun bulunsun.

⁷⁶⁸ Aksinin ispatı her zaman için mümkündür.

⁷⁶⁹ **Öztrak**, Rücu, s. 94. **Dural**'a göre bu husus tartışmalıdır.

⁷⁷⁰ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 251. Yazar, vasiyet edilen malın vasiyet edenin istenci olmaksızın elinden çıktığı hallerde sadece TMK m. 517/III'ün, temlikin ya da yok etmenin vasiyet edenin iradesine dayandığı hallerde ise TMK m. 544/II ve TMK m. 517 birlikte uygulanacaktır.

⁷⁷¹ **Oğuzman**, Miras, s. 180 ve oradaki dn. 455. **İnan/Ertaş/Albaş**'a göre de, temlik halinde terekeye giren karşılık değer mirasbırakan aksini emretmedikçe mal vasiyetinin yerine geçmez ve fakat istimlak ve sigorta bedeli söz konusu olduğunda çözüm farklılaşır. Keza, bu hallerde, vasiyet konusu malın terekeden çıkması ve yerine yeni bir değer geçmesi vasiyet edenin iradesi dışında gerçekleşmektedir. Yazarların bu uğurdaki düşünceleri, TMK m. 544/II'nin temelinde vasiyet edenin iradesinin yattığı yolundaki genel düşünceyi gözler önüne sermesi açısından anlamlıdır: **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 196-197.

⁷⁷² Yazar yanlışlıkla İMK m. 484/II'ye atıf yapsa da doğrusu m. 484/III olmalıdır.

⁷⁷³ **Önen**, s. 137.

yer almaması kafidir, sebebi ile ilgilenilmez⁷⁷⁴. Bu hal karşısında, İMK m. 511/II'nin, İMK m. 484/III'ün özel bir görünümünden ibaret olduğu söylenebilecektir⁷⁷⁵. İMK m. 484/III var iken yanına bir de İMK m. 511/II'nin konması, olsa olsa malvarlığından çıkan malın vasiyet edenin mülkiyetine geri döndüğü haller bakımından önem arzedecektir⁷⁷⁶.

Biz, ufak bir çekince koymakla birlikte, çoğunluk tarafından paylaşılan bu fikirleri genel olarak benimsemekteyiz. Herşeyden önce ifade etmek isteriz ki, gerek TMK m. 517/III gerekse TMK m. 544/II açısından belirleyici olan vasiyet edenin iradesidir. TMK m. 517/III'ün kadük olma, TMK m. 544/II'nin ise ortadan kalkma yolunda ihdas etmiş oldukları karineler, vasiyet edenin aksi yöndeki iradesinin varlığı karşısında geri çekilmesini bilmelidirler. Başka deyişle, her iki hüküm de aslında birer yorum kuralından ibarettir ve emredici değildir. Vasiyet eden, ferden belli olan bir nesneyi önce belirli mal bırakma tasarrufuna konu etse ve ardında da bu nesne onun mülkiyetinden türlü sebeplerle çıkmış olsa bile, O, yeri geldiğinde bir tedarik vasiyeti öngörerek kanunda anılan sonuçların ortaya çıkmasına engel olabilecektir.

Tasarrufa konu nesnenin vasiyet edenin mülkiyetine geri döndüğü hallerde, tasarrufu yerine getirmekle görevli olan mirasçı ya da mirasçıların, TMK m. 544/II'de öngörülen geri alma karinesine dayanarak bu yükümlülüklerinden kurtulmasının imkan dahilinde olduğu yolundaki düşünce tarzının sorgusuz sualsiz kabul edilmesi ise doğru olmayacaktır⁷⁷⁷. En azından, nesnenin vasiyet edenin iradesi dışında malvarlığından çıktığı

⁷⁷⁴ Belirli mal olarak tasarruf edilen nesne, vasiyet edenin iradesi ile malvarlığından çıkmış olabileceği gibi onu iradesi hilafına da çıkmış olabilir. İMK m. 484/III açısından bu husus belirleyici değildir. Önemli olan ölüm anında o nesnenin terekede yer almamasıdır. Vasinin vasiyet eden adına yaptığı işlemler karşısında dahi durum budur: **Önen**, s. 138.

⁷⁷⁵ Belirli mal bırakma tasarrufuna konu edilen nesnenin ölüm anı itibarı ile terekede yer almaması hali için İMK m. 484/II'de tasarrufun hükümsüz olacağı yolunda bir karine, daha doğrusu bir yorum kuralı öngörüldüğü hakkında ayrıca bkz. **Önen**, s. 138. Yazar, bu karinenin aksinin ispatının da imkan dahilinde olduğunu eklemektedir.

⁷⁷⁶ **Önen**, s. 138. Yazar, böylelikle Türk hukukunda **Öztrak** ve **Serozan** tarafından açıkça ifade edilen bir fikre aynen iştirak etmiş olmaktadır. **Önen**'e göre İMK m. 484/III bu hali ile irade dışında meydana gelen devirleri de kapsadığı için İMK m. 511/II'ye nazaran daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bununla birlikte, tasarrufa konu nesne vasiyet edenin malvarlığına geri dönecek olursa İMK m. 484/III'de öngörülen karine bu hukuki gerçek karşısında geri çekilmelidir. Vasiyetname borçlusu bu halde olsa olsa vasiyetnamenin İMK m. 511/II anlamında geri alındığını ispata girişerek, daha doğrusu bu yönde tesis edilen geri alma karinesine dayanarak lehbara teslim borcundan kurtulabilecektir. Zira, ölüm anında terekede mevcut olduğu için İMK m. 484/III anlamında hükümsüzlükten bahis açmaya imkan yoktur.

⁷⁷⁷ **Önen'in** bu yoldaki fikri için bkz. **Önen**, s. 138.

hallerde, vasiyetname lehdarı TMK m. 544/II’de öngörülen geri alma karinesini kolaylıkla çürütebilecektir.

Belirli mal bırakma tasarrufuna konu edilen nesnenin mülkiyeti vasiyet edenin malvarlığına geri döndüğünde, geri alma işleminin bundan etkilenmeyeceği yolundaki düşünce de her zaman için adalet değerine hizmet etmez. Vasiyet edenin mülkiyetine dönüşün O’nun iradesine dayandığı hallerde durum özellikle böyledir: Nesnenin tekrar vasiyet eden tarafından satın alınması örneğinde olduğu gibi. Vasiyetnamenin geri alınmasının da geri alınabileceği genel olarak kabul görmekle birlikte bu imkanın çoğu zaman TMK m. 542/I, m. 544/I ve kısmen de m. 543/I’e özgü geri alma usullerine hasredilmesi karşısında yukarıda ifade edilen çoğunluk düşüncesi bizi şaşırtmamaktadır. Bununla birlikte, anılan yazarlar, vakti zamanında vasiyet edenin iradesi ile elden çıkarılan nesnenin yine kendi iradesi ile malvarlığına geri döndürüldüğünde bunun neden dolayı geri almanın geri alındığı anlamına gelmeyeceğini açıklamamaktadırlar. Bu halde, en azından, vasiyetname lehdarına geri alma yolundaki karinenin çürütülmesi yolunda bir imkan tanınması yerinde olacaktır. Kaldı ki, vasiyet eden, tasarrufun içinde yer aldığı vasiyetnameyi yok etmeyerek ya da yeni bir geri alma vasiyetnamesi düzenlemeyerek belirli mal bırakma tasarrufunun lehdarı lehine bir durumun yaratılmasına bile isteye sebep olmuş bulunmaktadır⁷⁷⁸.

Öte yandan, irade dışı çıkış hallerinin bir kısmında TMK m. 544/II’nin peşinen dışlanması da, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, kimi zaman, hakkaniyet

⁷⁷⁸ Vasiyet eden A’nın elyazısı ile vasiyetname düzenlediğini ve vasiyetname metninin şundan ibaret olduğunu düşünelim: “X marka ve 1978 model otomobilim B’nin olsun.”. A, vasiyetnamesini düzenledikten sonra otomobilini C’ye satsın ve devir de gerçekleşsin. Ardından, otomobilini sırf vakti zamanında B’ye vasiyet ettiğini hatırladığı için C’den tekrar satın alsın. Çoğunluğun düşüncesine bakılacak olursa, vasiyetname otomobilin C’ye satılması ile geri alınmıştır ve yeniden satın alırsa bile canlanmaz. Biz, bu örnekte, anılan çözüm tarzının kurumun özünde taşıdığı amaca aykırı olduğunu ve maksadı aştığını iddia ediyoruz. Anılan ikinci devir işlemi, vasiyet edenin aslında vakti zamanında bir geri alma iradesi ile de hareket etmediğini ortaya koymaktadır. Bizim bu yoldaki düşüncemize, her hukuki işlemin, işlemin yapıldığı andaki somut olayın özellikleri nazara alınarak değerlendirilmesi gerektiği yolundaki ilkeye dayanak yapılmak suretiyle karşı çıkılacaktır. Ancak, bu itirazlar, çoğunluk düşüncesinin adil olmadığı düşüncesini değiştiremeyeceklerdir. Vasiyet eden söz konusu vasiyetnamesini çekmecesinde sakladığı sürece o satım işleminin de geri alma amacı ile yapılmadığı pekala iddia edilebileceği gibi bu örnekte vasiyet edenin gerçek iradesinin aslında bir tedarik vasiyeti yolunda olduğu da yıllar sonra otomobilin tekrar satın alınması ile ve ancak o vakit anlaşılabilir. Başka deyişle, mesele, TMK m. 544/II açısından vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket edip etmediğinin tespiti noktasında yoğunlaşıyorsa, tüm bu tartışmalar zaten vasiyet eden öldükten sonra gündeme getirilebileceği için, zaman olarak ilk devir işleminden sonraki bir olgunun (tekrar satın alınma) mezkur ilk devrin geri alma iradesi ile yapılmadığının belirlenmesi noktasında dayanak kabul edilmesinde bir sakınca yoktur. Benzer yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 237.

duygularımızı zedeleyecektir. Bir an için, vasiyet eden A'nın, her yerde ve uluorta, vasiyetnamesini geri almak niyetinde olduğu hususunu üçüncü kişilerle paylaştığını düşünelim. Bilindiği üzere, bizim cebri icra hukukumuz, bir mahkeme hükmüne ve yeri geldiğinde bir belgeye dahi dayanmaksızın icra prosedürünün başlatılmasına imkan tanımaktadır. Vasiyet eden A, türlü gerekçelerle bu icra prosedürünü durdurma imkanına sahip iken, bu yollara başvurmaması neticesinde vakti zamanında belirli mal bırakma tasarrufuna konu ettiği nesne satılıp paraya çevrilirse ve böylelikle malvarlığından çıkmış olursa, vasiyet edenin geri alma kasdı ile hareket etmediğini iddia etmek güç olacaktır. Yasal bir hakkın kullanılmaması yolundaki eylemsizliğin neden dolayı zımni bir geri alma iradesi olarak kabul edilemeyeceğini öncelikle açıklamadan verilen yanıtlar peşin bir çözümün dayatılması anlamına gelir. Susana söz isnat edilemeyeceği yolundaki ilke mutlak değildir. Özellikle ilgilinin susmasının-eylemsizliğinin, MK m. 2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde aksi yönde bir tutumun benimsenmesi caiz görülür. Tüm bu bilgiler ışığında, biz, neden dolayı A'nın eylemsizliğinin zımni bir geri alma iradesinin varlığına delil teşkil etmeyeceğinin hukuki gerekçelerini bulabilmiş değiliz⁷⁷⁹. Esasında, bizim gibi düşünmeyen yazarların ulaşacağı nokta da, TMK m. 517/III'deki "tasarruftan aksi anlaşılmadıkça" ifadesi yoluyla bizimle aynı olacaktır⁷⁸⁰.

İMK m. 484/III ve m. 511/II arasındaki son bir farka işaret ederek bu kısım açıklamalarımıza son vermek istiyoruz. İMK'nun 511. maddesinin Fransızca metnindeki

⁷⁷⁹ Vasiyet edenin hukuka açıkça aykırı bir kamulaştırma işliminin iptalini bile isteye talep etmediği hallerde de durum böyledir. Tüm bu hallerde vasiyet edenin ikinci bir geri alma vasiyetnamesi de düzenlediğini ama anılan metnin örneğin düzenleme tarihi gösterilmediği için geçersiz olduğunu varsayalım. Çoğunluğun düşüncesine nazaran bu halde, vasiyet edenin son isteklerinin aslında vakti zamanında hayat verdiği belirli mal bırakma tasarrufundan kurtulmak yolunda olduğunu ortaya koyan iki farklı olguya rağmen vasiyetname geri alınmamış sayılacaktır. Zira geri alma vasiyetnamesi düzenleme tarihi içermediği için geçersizdir ve kamulaştırma işlemi ya da cebri icra prosedürü ile satım O'nun iradesi dışında gerçekleşmiştir.

⁷⁸⁰ Çoğunluk düşüncesindeki yazarlar bu noktadan sonra olsa olsa TMK m. 517/III'de ki "tasarruftan aksi anlaşılmadıkça" ifadesinden yola çıkarak bir sonuca ulaşacaklar ve eğer vasiyet eden vakti zamanında örneğin bir tedarik vasiyeti öngörmüş ise malın yerine kamulaştırma bedelinin geçeceğini iddia edebilecek ya da çeşidi ile belli nesneler bakımından vukubulan bir kazandırma karşısında benzer türden bir nesnenin temin edilerek vasiyetname borcunun yerine getirilmesini yasal mirasçılarının omuzlarına yükleyeceklerdir. Esas itibarı ile irade dışı elden çıkma hallerinin bir kısmında vasiyetnamenin geri alındığını kabul ettiğimiz varsayımında da ulaşılabilecek sonuç farklı olmayabilecektir: Vasiyet eden bir tedarik vasiyeti öngörmüş ya da bir kaim değer dilemişse lehdara yine kamulaştırma bedeli ödenecektir. Bununla birlikte, irade dışı devir hallerinde TMK m. 544/II'nin kapılarını peşinen kapamakla, örneğin tedarik vasiyeti öngörülmesi sebebi ile geri alma karinesinin işlemeyeceğini söylemek farklı şeylerdir. Zira, tedarik vasiyeti ya da kaim değer isteği olmadığı vakit irade dışı gerçekleşen bir devre rağmen vasiyetnamenin geri alındığı böylelikle iddia edilebilecektir.

“le legs-belirli mal bırakma” kavramı italyanca ve almanca metinlerde yerini ferden belli bir nesneye ilişkin her türlü tasarrufa bırakmaktadır. Böylelikle, belirli mal bırakma yanında ferden belli edilmiş bir nesneye yönelik başkaca tasarruflar, bu arada yükleme ve paylaşım kurallarına ilişkin son istekler de, İMK m. 511/II’nin kavramsal çerçevesi içine girecektir. Bu yönü itibari ile İMK m. 511/II’nin m. 484/III’e nazaran daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu iddia edilebilecektir⁷⁸¹. Biz, İMK bakımından yapılagelen bu tespitlerin Türk hukuku bakımından da kabul edilebileceğini söylemekle yetiniyoruz.

Sağlar arası tasarrufun geri alma maksadı ile yapılması TMK m. 544/II anlamında bir geri almanın varlığı için gerekli ve fakat yeterli değildir. Zira, İMK m. 511/II ve TMK m. 544/II’nin varlığından bahis açabilmek için sağlar arası tasarrufa konu edilen nesnenin ferden belli edilmiş olması gerekir. Bu özellik bakımından gerek Türk⁷⁸² gerekse İsviçre-Fransız doktrininin⁷⁸³ tam bir görüş birliği içinde olduğunu söylemek de hatalı

⁷⁸¹ **Steinauer**, s. 358-359; **Piotet**, *Traité*, s. 227; **Piotet**, *Précis*, s. 53; **Stettler**, s. 150. Buna karşılık, İMK m. 484/III irade ile vukubulan devirler yanında irade dışı devirler için dahi uygulanabilir. Bu yönü itibariyle İMK m. 484/III’ün daha geniş kapsamlı olduğu söylenmelidir: Benzer yönde bkz. **Steinauer**, s. 359.

⁷⁸² **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 250: “Dikkat edilsin ki bu kural sadece belirli parça vasiyetinde işler; çeşit vasiyetinde işlemez. Çünkü çeşit, örneğin para her zaman tedarik edilebilir. Çeşitte tasarruf ve yok etme zımnı geri alma sayılmaz.”; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 196: “TMK m.544/II hükmü mal vasiyetinin konusu ferden belirlenmiş ise uygulanır. Başka bir deyişle, bu hüküm vasiyetin konusu misli bir mal ise uygulanmaz. Misli mal vasiyetinde tedarik vasiyeti söz konusudur. Vasiyet konusu terekede mevcut olmasa bile, vasiyeti ifa borçluları bunu tedarik edip vasiyet alacaklısına teslim etme borcu altındadır.”; **Kocayusufpaşaoğlu**, *Miras*, s. 237: “Vasiyetname ile mirasçı nasbında veya (parça değil de) çeşit vasiyetinde geri alma karinesi yürümez.”; **İmre/Erman**, s. 100-101: “Belirli mal vasiyetlerinden de yalnız ferden belirlenmiş olan, yani vasiyeti ifa borcunun bir parça borcu teşkil ettiği belirli bir malın vasiyet edilmiş olması halinde böyle bir sonuç meydana gelebilir.”; **Antalya**, s. 108: “Tedarik vasiyetinde ve ikameli vasiyetlerde TMK m.544/II uygulanmaz.”; kısmen **Oğuzman**, *Miras*, s. 180: “Tedarik vasiyeti yapılan hallerde, bu hükmün uygulanması söz konusu olmaz. Keza, vasiyetçinin, vasiyet ettiği malın satış bedelinin vasiyetçiye verilmesini gerektirecek tarzda vasiyet yapmış olması halinde de, bu arzu yerine getirilebilir.”; **Şener**, *Vasiyet*, s. 95-96: “Nevi ile yapılan vasiyetlerde, Medeni Kanunun 491/2. maddesinin uygulanması mümkün olmadığı gibi tedarik vasiyetlerinde ve malın yerine parasının kaim olması öngörülen vasiyetlerde de söz konusu olmaz. Çünkü: Vasiyet nevi=cinsi ile belirtilmiş bir mal hakkında ise, ölümünden sonra orta kalitesi teslim edilecektir. Tedarik vasiyetinde de durum aynıdır. Mirasçılar o malı tedarik edip teslim etmek zorundadır.”. Doktrinde kimi yazarların ise bu ilkeyi açıkça ifade etmemelerine rağmen kendilerinin, vermiş oldukları örneklerden dolayı, aynı düşüncede olduklarını tespit edebiliyoruz. Son cümleden ve örnek olmak üzere bkz. **Velidedeoğlu**, s. 520. **Kılıçoğlu**’nun verdiği örneğe ve kendisinin düşüncelerine katılmamıza ise imkan yoktur: “Örneğin, mirasbırakan, bankadaki param kızıma kalsın diyor, sonradan bankadaki parasını çekiyor.”. Bu cümleden olmak üzere karşı. **Kılıçoğlu**, *Miras*, s. 96.

⁷⁸³ **Önen**, s. 122; **Steinauer**, s. 358-359; **Stettler**, s. 150; **Tuor**, s. 339; **Guinand/Stettler**, s. 69; **Piotet**, *Précis*, s. 53; **Scyboz/Scyboz/Gillheron/Braconi**, s. 512. Fransız hukuku bakımından benzer yönde olmak üzere bkz. **Grimaldi**, *Patrimonial*, s. 767; **Terré/Lequette**, s. 392 ve oradaki dn. 5; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 361; **Lucet**, s. 16; **Plainiol/Ripert**, s. 662.

olmayacaktır. Hal böyle olmakla birlikte, **Öztrak** ve **Önen**'in düşüncelerini bir parça daha açmak isteriz.

Öztrak, ancak ferden belli edilmiş bir malın TMK m. 544/II'ye konu olabileceği iddiasının hukuki dayanağını bizzat 544. maddenin metninden çıkarmaktadır⁷⁸⁴. Yazara göre, keyfiyet Kanundan rahatlıkla anlaşılmakla birlikte, böylesi bir düzenleme olmasa dahi gerek mirasçı atanmasının gerekse cins vasiyetlerinin TKM m. 491'in ilgi alanı dışında kaldığı aşıkardır. Nitekim, cinsi ile belli edilen bir malın hiç mevcudu kalmayacak şekilde ortadan kaldırılması imkan dahilinde değildir: Cins tükenmez⁷⁸⁵.

Önen'e göre de İMK m. 511/II sadece parça borcunun konusu olabilen mallara ilişkin tasarruflar hakkında caridir: Belli bir yerdeki köşk, belli bir marka otomobil, belli bir kişideki alacak gibi⁷⁸⁶. Bir at, belli bir miktar para⁷⁸⁷ ya da 1000 kg. patates örneklerinde olduğu gibi nevi ile belli edilen mal vasiyetleri hakkında uygulanmaz⁷⁸⁸. Cins borcunun konusu olan malın yeryüzünde tükendiği ihtimalinde ise vasiyeti yerine getirme borcu İBK m. 119 mucibince ve imkansızlık sebebiyle sona erecektir.

Bize göre de, TMK m. 544/II evvelemirde parça borcunun konusu olabilen nesnelere ilişkindir⁷⁸⁹. **Kocayusufpaşaoğlu**'nun isabetle belirttiği üzere, çeşit vasiyetinde geri alma karinesi yürümez⁷⁹⁰. Öte yandan, parça borcu söz konusu olsa dahi, vasiyet edenin iradesi malvarlığından çıkan nesnenin karşılığının onun yerine geçmesi şeklinde tezahür edebilecektir. İşte, kaim değer öngörülmüşse, artık geri almadan bahis açmaya imkan yoktur⁷⁹¹. Keza, tedarik vasiyetinde dahi durum cins borcuna konu nesnenin temlikinde olduğu gibidir⁷⁹². Hal böyleyken, vasiyet edenin aksi yöndeki iradesi bu

⁷⁸⁴ TKM'nin 491. maddesinin son cümlesinde açıkça muayyen bir malden bahis açılmaktadır.

⁷⁸⁵ **Öztrak**, Rücu, s. 87: Bir elbiselik kumaş, bir otomobil veya bir miktar paranın verilmesi vasiyetleri karşısında durum özellikle böyledir.

^{786/786} **Önen**, s. 122.

⁷⁸⁷ Benzer yönde bkz. **Stettler**, s. 150. Yazar tüketilebilir nesneler bakımından da İMK m. 511/II'nin uygulanamayacağını ifade etmektedir.

⁷⁸⁸ İMK m. 511/II'deki "legs d'une chose déterminée" ifadesi ile anlatılmak istenen budur.

⁷⁸⁹ Çünkü çeşit borcunun konusunu oluşturan nesne tedarik edilebilecektir. Teknik anlamda tedarik vasiyetinden kasıt ise, vasiyet edenin malvarlığında yer almayan bir nesnenin yasal mirasçılar tarafından edinilerek lehbara verilmesine ilişkin tasarruflardır.

⁷⁹⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 237.

⁷⁹¹ **Stettler**, s. 150; **Şener**, Vasiyet, s. 95-96; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 250.

⁷⁹² **Dural/Öz**, Miras, s. 142.

hallerde dahi geri almanın varlığını kabul etmemize sebep olabilecektir⁷⁹³. Başka deyişle, cins borcunun konusu olabilen bir nesnenin belirli mal olarak bırakıldığı (vasiyet edildiği) ve ardından da üçüncü bir kişiye temlik edildiği varsayımında kural olarak vasiyetname geri alınmış sayılmaz. Ama bu sonuç mutlak da değildir. Vasiyet edenin bu halde dahi vasiyetnamesine konu ettiği cins borcuna konu nesneyi elden çıkarması yeri geldiğinde vasiyetnamenin geri alındığı anlamına gelebilecektir⁷⁹⁴. Ezcümle, nasıl ki parça borcuna konu olabilen nesneler bakımından varlığını kabul ettiğimiz geri alma karinesi yeri geldiğinde geri çekilecekse; cins borcuna konu olabilen nesneler bakımından varlığını kabul ettiğimiz geri almama yolundaki karine de vasiyet edenin aksi yöndeki iradesine boyun eğmelidir⁷⁹⁵. Cins-parça borcu ayrımı ve TMK m. 544/II ile ilişkisi bakımından Yargıtay'ın başkaca bir kavram üzerinden hareket etmek suretiyle altın ortayı yakaladığını iddia etmek ise hatalı olmayacaktır. Yüksek Mahkemeye göre, sonradan yapılan sağlar arası tasarruf neticesinde vasiyetin ifasının imkansızlaştığı ölçüde geri almadan bahsedilebilecek ve TMK m. 544/II uygulama alanı bulacaktır⁷⁹⁶: “*Medeni Kanunun 491. maddesinin ikinci fıkrasında söz konusu edilen tasarruf, vasiyetnamenin infazını imkansız kılan tasarruflara aittir. Oysa bağış vaadi taahhüdü ile (teslim vaki olmadıkça) bağış*

⁷⁹³ Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur, s. 361.

⁷⁹⁴ Vasiyet eden A'nın vasiyetnamesinde aynen şunların yer aldığını varsayalım: “Yeğenim B'ye malvarlığımdan 100 tane çeyrek altın bırakıyorum. Bununla birlikte, sonradan yapacağım tasarrufların sonuçlarına yeğenim katlansın.”

⁷⁹⁵ Ancak vasiyetname içinde yer alan belirli mal bırakma tasarrufları TMK m. 544/II anlamında geri alınabilirken, mezkur tasarruf ister bir miras sözleşmesi ister bir vasiyetname içinde yer alsın, eğer tasarrufa konu edilen nesne ölüm anı itibarı ile terekede mevcut değilse ve tedarik veya kaim değer vasiyeti öngörülmediği sürece, tasarruf TMK m. 517/III uyarınca zaten düşecektir. TMK m. 544/II ile m. 517/III arasında her ikisinin de parça vasiyetleri bakımından uygulanacakları noktasında fark yoktur. Son cümleden olmak üzere karşı. **Önen**, s. 137. Yazar, sınırlı cins borcuna konu nesneler bakımından, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanların, vasiyet edenin bu nesnelerin tamamı üzerinde tasarrufta bulunması halinde teslim borçlarından kurtulacaklarının altını çizmektedir. Vasiyet edenin 10 adet tablosundan üçünü vasiyet ettiği ve ardından bu tabloların tamamının iradi olarak temlik edildiği varsayımında durum özellikle böyledir. Aynı örnekte, eğer vasiyet eden on adet tablodan dokuzunu üçüncü kişilere sağlar arası tasarruf yolu ile temlik etmiş olursa geride kalan son tablo bakımından geri almanın vukubulmayacağı ve lehdera teslimi gerektiği aşikardır. Öte yandan, tablo koleksiyonu gibi bir mal topluluğuna ilişkin vasiyetlerden sağlar arası tasarruf yolu ile geri almanın mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Federal Mahkeme, cins-nevi borcu olduğundan hareketle bu mallardan biri ya da bir kaç hakkında yapılan sağlar arası tasarrufun bütüne ait vasiyetin geri alındığı şeklinde yorumlanamayacağını kabul ederken; **Öztrak**, parça borcu olduğundan yola çıkmakta ve TKM m. 491'deki geri alma karinesinin vücut bulacağından bahis açmaktadır. Yazara göre, Federal Mahkeme'nin, bu halde, tasarrufa konu malların terekeye tekrar dönmesi halinde geri alma karinesinin dermeyer edilemeyeceği yolundaki düşüncesinin kabul edilmesine imkan yoktur. Biz, yukarıda türlü sebeplerle Federal Mahkeme kararı ile örtüşür tarzda düşündüğümüzü açıklamış idik. Öte yandan konu bir yönü ile de sağlar arası tasarrufla geri almanın kısmi olup olamayacağı ile ilgilidir. Bkz. 291 vd..

⁷⁹⁶ Yarg. 2. HD.'nin 30.09.1963 tarih ve 5131/5128 sayılı kararı için bkz. **Şener**, Şerh, s. 1110.

yapanın o mal üzerindeki mülkiyeti son bulmayacağına ve ölümü ile beraber kitapların tereke arasına katılması gerektiğine göre, sözü edilen maddenin ikinci fıkrasındaki halin gerçekleştiği iddia edilemez.”⁷⁹⁷.

TMK m. 544/II, maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların bir kısmına da yabancıdır. İMK’nun 511. maddesinin Fransızca metninin, hükmün kapsamını sadece belirli mal bırakma tasarrufu ile sınırlandırdığını, buna rağmen İtalyanca ve Almanca metnin yükleme ve paylaşım kurallarına ilişkin son isteklere de kapı aralayacak tarzda kaleme alındığını yukarıda açıklamıştık. Türk kanun koyucusu, TKM’nin hazırlanmasında olduğu gibi 4721 sayılı TMK’nun hazırlanması aşamasında da İMK’nun Fransızca metnine sadık kalmıştır. Bununla birlikte, mehz ulke hukuku bakımından yapılan bu tespitlerin ülkemiz için de aynen kabul edilmesinde ve TMK m. 544/II’yi İMK’nun Almanca ve İtalyanca metinlerini esas alarak yorumlamakta hiçbir sakınca görmüyoruz. Hal böyleyken, TMK m. 544/II’nin kavramsal çerçevesi ne denli genişletilirse genişletilsin içine mirasçı atama tasarrufunu sokamayız. Buna herşeyden önce atama tasarrufunun doğası engel teşkil eder. Zira, **Öztrak**’ın deyişi ile, “Mansup mirasçı terekeden muayyen bir şey üzerinde hak sahibi değildir. Fakat bütün terekenin tamamının veya bir kesrinin sahibi olacaktır. Bu sebeptendir ki, mirasçı tayin eden kimse isterse bilahare bütün mamelekine şamil olmak üzere sağlar arası tasarruflarda bulunabilir. Bu hal mirasçı nasbından rücu delalet etmez.”⁷⁹⁸. **Önen** de, mirasçı atanan kişinin terekedeki belirli bir malvarlığı değeri üzerinde mirasçı olmadığından hareketle aynı sonuca ulaşmaktadır⁷⁹⁹. **Öztrak** ve **Önen**’e atıfla aktardığımız bu düşüncelerin doktrinde oybirliği ile kabul edildiğini söylemek mümkündür⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ Sınırlı cins borcu üzerinden ileri sürdüğü fikirler **Önen**’in de benzer yönde düşündüğünü ortaya koymaktadır: **Önen**, s. 137.

⁷⁹⁸ **Öztrak**, Rücu, s. 87. Yazar, isabetli bir şekilde, vasiyet edenin sağlar arası tasarrufa konu ettiği malvarlığı değerlerini sonradan tekrar iktisap etmesi halinde bunların atanan mirasçıya kalacağını da eklemektedir.

⁷⁹⁹ **Önen**, s. 122-123. Yazara göre İMK’nun 511. maddesinin 2. fıkrası mirasçı atama tasarrufları hakkında uygulanmaz. Başka deyişle, bir kişi mirasçı atandıktan sonra vasiyet edenin malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunması vasiyetnamenin geri alındığı anlamına gelmez. **Önen**’in ifadesi ile mirasçı atanan kişi ölüm anına kadar hukuken değişmeyecek aslında bir mirasçı olabilme şansı elde etmektedir. Vasiyet edenin bütün malvarlığını tükettiği bir ihtimalde O da bir şey alamayacaktır.

⁸⁰⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 237: “Vasiyetname ile mirasçı nasbında ... geri alma karinesi yürümez.”; **Ayan**, Miras, s. 85: “Buna karşılık, sağlar arası tasarruflarla mirasçı atamadan dönülmesi mümkün değildir.”; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 196: “TMK. 544/II hükmü (EMK 491. m.2.c.) mirasçı atanmasında (TMK m. 516) uygulanmaz. Mirasbırakan bir kimseyi vasiyetname ile kendine mirasçı atadıktan sonra malvarlığının tamamını sağlar arası işlemlerle elden çıkarabilir. Bu durum mirasçı nasbı işlemini hükümsüz hale getirmez.”; **Şener**, Vasiyet, s. 95: “Bu hüküm sadece ‘mal vasiyetleri’ içindir. Mirasçı nasbına ilişkin vasiyetlerde uygulanmaz. Çünkü: Mansup mirasçı (M.K. 463) vasiyetçinin mirasçısı olup, terekenin aktifi,

Kanaatimizce de, mirasçı atama kurumunun doğası gereği bu türden tasarrufların TMK m. 544/II anlamında geri alınabileceğini iddia etmek güçtür. Zira, bilindiği üzere, belirli mal bırakma tasarrufunun aksine, mirasçı atanan kişi ile ileride terekede yer alacak malvarlığı değerlerinden biri ya da bir kısmı arasında özel bir ilgi kurulmamaktadır. Mansup mirasçı, terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde, somut bir eşya ile iliştilmeksizin, külli halef kılınan kişidir⁸⁰¹. TMK m. 544/II ise, bizzat metninden anladığımız kadarı ile belirli mal bırakma tasarrufları⁸⁰² için kaleme alınmıştır. Denebilir ki, vasiyet eden, örneğin A'yı mirasçı atadıktan hemen sonra malvarlığındaki bütün tasarrufları bile isteye sağlar arası tasarruflara konu etmek suretiyle elinden çıkarmış olsa bile mirasçı atama tasarrufu geri alınmış sayılmaz. Atanan mirasçı, sonradan vukubulacak muhtelif sebeplerle anılan nesnelerin malvarlığına geri dönmesi halinde ve ölüm anında var olmaları şartı ile⁸⁰³ bunlar üzerinde hak sahibi olacağı gibi; böylesi bir geri dönüş söz konusu olmasa bile, mirası reddetmediği sürece vasiyet edenin borçlarından yasal ve varsa diğer atanmış mirasçılarla birlikte sorumlu olacaktır⁸⁰⁴.

Öte yandan, parça borcuna ilişkin bütün belirli mal bırakma tasarrufları da bu yolla geri alınamaz. Ayrıca, tasarrufun bir vasiyetname kılıfı içinde dış dünyaya yansımış olması da aranır. Başka deyişle, bir miras sözleşmesi içindeki belirli mal bırakma tasarrufları TMK m. 544/II anlamında geri alınamazlar. **Serozan**'ın deyişi ile eksik de olsa miras

pasifinden az da olsa, çok ta olsa, tasarruf geçerliliğini korur. Onun için, mirasçı nasbına ilişkin vasiyetten sonra vasiyetçi, malını tüketici ve terekesini eritici, hatta oldukça büyük borç altına sokucu, tasarrufta bulunabilir. Mansup mirasçının buna müdahale hakkı yoktur.”; **N. Ayiter**, s. 57: “Ancak bu yolla rücu sadece muayyen mal vasiyeti hakkında mümkündür. Mirasçı nasbında bir mamelekin tevcihi ve külli halef tayini söz konusu olduğundan...; açıkça söylememekle birlikte sadece belirli mal bırakma tasarrufuna ilişkin açıklama yapan ya da verdiği örnekleri bu doğrultuda seçen yazarlara örnek olmak üzere ayrıca bkz. **Velidedeoğlu**, s. 520; **Köprülü**, Miras, s. 114; **Oğuzman**, s. 179-180; **Kılıçoğlu**, Miras, s. 96; **Berki**, Miras Hukuku, s. 83; **Belgesay**, s. 87; **Gönensay/Birsan**, s. 119. İsviçre Hukuku için ayrıca bkz. **Stettler**, s. 150; **Steinauer**, s. 358-359; **Scyboz/Scyboz/Gilliéron/Braconi**, s. 296; **Piotet**, Traité, s. 227; **Piotet**, Précis, s. 53; **Tuor**, s. 339. Fransız hukuku için bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 361; **Planiol/Ripert**, s. 662; **Lucet**, s. 16.

⁸⁰¹ Belirli mal bırakma tasarrufu ile mirasçı atama arasındaki farklar için ayrıca bkz. **Dural/Öz**, s. 139 vd.; **Steinauer**, s. 269 vd.

⁸⁰² Belirli mal bırakma tasarrufu tedarik vasiyeti de dahil olmak üzere hem bu türden tasarrufların geneli için hem de bunlar arasında eskinin tabiri ile muayyen mal vasiyeti için kullanılmaktadır. Doğrusu, TMK m. 517'nin kenar başlığı olarak belirli mal bırakmanın kullanılmaması olurdu.

⁸⁰³ Mirasçı atanan kimsenin hakkının ölüm anına göre belirlendiği hakkında ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 248; **Dural/Öz**, Miras, s. 126.

⁸⁰⁴ Benzer yönde **Önen**, s. 123.

sözleşmesinin bağlayıcılığı buna engel teşkil edecektir⁸⁰⁵. **Öztrak** da, TKM'nin 474. maddesine atıfla, bir miras sözleşmesi içindeki belirli mal bırakma tasarrufu ile bağdaşmayan sağlar arası tasarruflara itiraz edilebileceğini iddia etmektedir⁸⁰⁶. TKM'nin 474. maddesi, “Bir kimse, yaptığı miras mukavelesiyle mirasını veya muayyen bir malını, mukavele yaptığı kimseye veya başkasına bırakmayı taahhhüt edebilir. O kimse, mallarında eskisi gibi tasarruf eder. Şu kadar ki miras mukavelesinden münbais taahhüdatıyla telifi kabil olmayan teberrua ve ölüme bağlı tasarrufa itiraz olunabilir.” şeklinde kaleme alınmıştı. Bu düzen tarzı, eskisine benzer şekilde TMK'nun 527. maddesinde yaşamaya devam etmektedir⁸⁰⁷: “*Mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilir; ancak, miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilir.*”. Mezkur düzenleme nerden tutulursa oradan elde kalmaktadır. Bir kere, “yükümlülük” gibi muğlak bir kavrama atıf yapılması doğru olmamıştır. Öte yandan, kanunda, vasiyet edenin sonradan yapacağı ivazlı sağlar arası tasarrufların akıbetinin ne olacağı sorusu da cevapsız bırakılmıştır. Biz, TMK m. 517/III, TMK m. 544/II ve TMK m. 527/II hükümlerinin topluca değerlendirilmesinden şu sonuçlara ulaşmanın mümkün olduğunu düşünmekteyiz⁸⁰⁸:

a. Mirasbırakan, düzenlediği miras sözleşmesi ile bir belirli mal bırakma tasarrufunda bulunsa ve ardından bu tasarrufu ile çelişen ikinci bir ölüme bağlı tasarruf ihdas etse⁸⁰⁹, bu son tasarrufa TMK m. 527/II uyarınca itiraz edilebilecektir⁸¹⁰.

b. Mirasbırakan, bir miras sözleşmesi düzenleyerek bir belirli mal bırakma tasarrufunda bulunsa ve sonradan yapacağı bir ivazsız sağlar arası tasarrufu işbu

⁸⁰⁵ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 259.

⁸⁰⁶ **Öztrak**, Rücu, s. 86.

⁸⁰⁷ Gerek TKM m. 474'ün gerekse TMK m. 544/II'nin miras sözleşmesinin tek yanlı bağlayıcılığı olmayan içeriği hakkında uygulanmayacağı açıktır. Öte yandan, TMK m. 527/II ile TMK m. 544/II'nin aksine bir düzenlemenin kabul edildiği de peşinen söylenmelidir. Başka deyişle, miras sözleşmesi lehdarı, vasiyet edenin sonraki bir kısım tasarruflarına itiraz etmek hakkına sahiptir: **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 147. Üçüncü kişiye yapılan kazandırmalar açısından miras sözleşmesinin tarafının korunacak özel bir çıkarı olmadığı hakkında ayrıca bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 257.

⁸⁰⁸ Tüm bu tartışmaların kaynağındaki düşünce şudur: Miras sözleşmesinden sonra yapılan ölüme bağlı tasarruflar yönünden TMK m. 544/II'deki geri alma karinesi işlemez: **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 147.

⁸⁰⁹ Bu tasarrufun bir miras sözleşmesi içinde yer alması ile bir vasiyetname içinde yer alması arasında fark yoktur.

⁸¹⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 249-250; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 258; **Steinauer**, s. 318.

kazandırma ile çelişse, sonraki tarihli ivazsız sağlar arası tasarrufa TMK m. 527/II uyarınca itiraz edilebilecektir.

Gerek **a** gerekse **b** bendindeki hallerde TMK m. 517/III'ün devrede olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Kimileri⁸¹¹, vasiyet edilen mal, vasiyet edenin sonraki bağışlamaları yüzünden ölüm anında terekede yer almayacak olursa tasarrufun hükümden düşeceğini iddia ederken (meğer ki, bir çeşit veya tedarik vasiyeti söz konusu olsun), başkaca yazarlar⁸¹² ise TMK m. 527/II ile TMK m. 517/III'e miras sözleşmesine konu edilen belirli mal bırakma tasarrufları açısından bir istisna getirildiğini öngörmektedirler.

c. Mirasbırakan, miras sözleşmesi düzenleyerek bir mirasçı atama tasarrufunda ve ardından da bir ivazsız sağlar arası tasarrufta bulunsa, kural olarak, bu son tasarrufa itiraz edilemez⁸¹³.

d. Mirasbırakan, miras sözleşmesi düzenleyerek bir belirli mal bırakma tasarrufunda bulunsa ve ardından da bu nesneyi ivazlı bir sağlar arası tasarrufa konu etse, TMK m. 517/III gereği tasarrufun hükümden düştüğü kabul edilmelidir. Tasarrufun, çoğu zaman, karşılık olarak malvarlığına giren değer üzerinde devam edeceği de unutulmamalıdır⁸¹⁴.

Yukarıda dört bent halinde sunmuş olduğumuz ayırımın özüne yönelik tartışmalar esasında miras hukukunun en zevkli alanlarından birisidir de aynı zamanda. Bununla birlikte, inceleme konumuz bakımından önem arz eden husus, TMK m. 527/II gereğince itiraz hakkının saklı bulunduğu hallerde artık kısmen de olsa TMK m. 544/II'deki geri alma karinesinin işlerlik kazanamayacağıdır⁸¹⁵.

⁸¹¹ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 259-260.

⁸¹² **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 164: "Oysa miras sözleşmesi ile yapılacak vasiyetlerde, vasiyet edilen şey terekede bulunmasa bile, yine de iptal yolu ile vasiyetin ifası temin edilebilmektedir, meğer ki bir objektif imkansızlık söz konusu olsun. Bu halde, imkansızlık sebebiyle ifa söz konusu olmaz. Ancak eğer kusurlu imkansızlık söz konusu ise, o zaman da tazminat isteme imkanı doğar."

⁸¹³ **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 157. Meğer ki, mirasbırakan vakti zamanında miras sözleşmesine aykırı davranmayacağı yolunda bir taahhüt de bulunmuş olsun ya da atanmış mirasçıya karşı zarar vermek kasdı ile ve kötüniyetle hareket etsin. Miras sözleşmesi ile belirli mal bırakma tasarrufları açısından artık özel olarak taahhütte bulunulmuş olması aranmaz. Belirli mal bırakma tasarrufunun bu taahhüdü de içerdiği kabul edilir.

⁸¹⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 252; **Dural**, Miras Sözleşmeleri, s. 191 vd. Çeşit vasiyetinde ulaşılabacak sonuç doğal olarak farklı olacaktır.

⁸¹⁵ Konu doktrinde uzun uzadıya tartışılmış, ne doktrinde ne de yargı kararlarında yeknesak bir çözüme ulaşılamamıştır. Tarafların üzerinde anlaşıtlıkları tek husus, gerek İsviçre-Türk gerekse Alman sisteminin

TMK m. 544/II'ye ilişkin tartışmaların bir kısmı da kanunda sözü edilen sağlar arası tasarruflardan ne anlaşılması gerektiği ile ilgilidir. Zira, bilindiği üzere TMK m. 544 ve bu arada İMK m. 511/II, sadece “tasarruf” kavramına atıf yapmakla yetinmiş, bu tasarrufların neler olabileceği hususunda ise sessiz kalmayı yeğlemiştir. Kanunda, tahdidi değil ve fakat örnekleyici bir sayım bile mevcut değildir. Kanun, geri alma sonucunu doğuracak tasarrufların çeşidi ile değil de niteliği ile daha çok ilgileniyor gözükmektedir. Her ne olursa olsun, TMK m. 544/II anlamında bir geri almadan bahsedebilmek için eldeki tasarrufun önceki ölüme bağlı tasarruf ile uyuşmayacak tarzda bir sonuç doğuracak nitelikte olması icap eder. Yargıtayımız⁸¹⁶, **Honsell/Vogt/Geiser**⁸¹⁷ ve **Tuor**⁸¹⁸, açıkça, sonraki tarihli sağlar arası tasarrufun mevcut ölüme bağlı tasarrufun ifasını imkansız kıldığı ölçüde geri almadan bahis açılabileceğini ifade etmektedirler. Bu düşünce tarzı, vasiyet edenin sonraki tarihli bir kısım tasarruflarının maddenin kavramsal çerçevesi dışına çıkarmamıza da yardımcı olacaktır. Belirli mal bırakma tasarrufuna konu edilen nesne üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmesinde durum özellikle böyledir. Gerçi, itiraf etmek gerekir ki, mesele doktrinde tartışmalıdır. **Öztrak**, ölüme bağlı tasarrufa konu edilen nesne üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmesi halinde kısmi geri almadan bahis açmaktadır⁸¹⁹. Yazara göre örneğin vasiyetnameye konu mal üzerinde bir irtifak hakkı tesis edilmişse, TKM m. 465 (TMK m. 518) gereğince⁸²⁰ bu mal lehdara irtifakla yüklü olarak teslim edilecektir. **İnan/Ertaş/Albaş** ise, vasiyet konusu malın bir ayni hak ile sınırlandırılmasının vasiyetnamenin geri alındığı anlamına gelmeyeceğini

tatmin edici çözümler sunmaktan uzak olduğudur. Miras sözleşmeleri ile belirli mal bırakma tasarrufunda bulunulduktan sonra bu tasarrufa konu edilen nesnenin ivazlı sağlar arası tasarruflara da konu edilmesi hali bakımından kanunun sessiz kalması kıyasıya eleştirilmiş ve birbiri ile bağdaştırılması çok da mümkün olmayan farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Anılan görüşlerin bütün ayrıntıları ile tartışılması inceleme konumuzun sınırlarını ciddi biçimde aşacak niteliktedir. Bununla birlikte, yukarıda a, b, c ve d bentlerinde aktardığımız düşüncelerin doktrinde çoğunluk tarafından benimsenen görüş doğrultusunda kaleme alındığını özellikle söylemek isteriz. Son olarak ifade etmek isteriz ki, TMK m. 527/II'nin özünde yatan düşünce, gerek belirli mal bırakma gerekse atama tasarruflarının miras sözleşmesi içinde yer aldıkları vakit kural olarak bağlayıcı olacaklarıdır.

⁸¹⁶ Bkz. yukarıda s.

⁸¹⁷ **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 272.

⁸¹⁸ **Tuor**, s. 339.

⁸¹⁹ **Öztrak**, Rücü, s. 89. Kısmi geri alma yolunda ayrıca bkz. **Plainiol/Ripert**, s. 663; **Lucet**, s. 13. **Lucet**, vasiyetnameye konu edilen nesnenin kısmen temlikinin kısmen geri almaya denk geleceğini ifade ettikten sonra, o nesne üzerinde bir irtifak hakkı, bu arada bir intifa ya da sükna hakkı kurulmasının da kısmi geri sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

⁸²⁰ TMK m. 518'in ilk fıkrası “Bırakılan belirli mal, mirasın açılması anındaki durumuyla teslim olunur; yarar ve hasar, mirasın açılması anında kendisine belirli mal bırakılana geçer.” şeklinde kaleme alınmıştır. İMK'nun 485. maddesinin ilk fıkrasında da benzer yönde bir düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır.

belirtmektedirler⁸²¹. **Şener**'e göre de, belirli mal bırakma tasarrufuna konu edilen nesnenin üzerinde sonradan intifa, sükna, ipotek ya da başkaca bir sınırlı ayni hak tesis edilmesi ölüme bağlı tasarrufla bağdaşmayacak nitelikte değildir ve bundan dolayı geri alma sonucunu doğurmazlar⁸²². **Öztrak**, ipotek hakkı söz konusu olduğunda artık herhalde kısmi geri almadan bahis açılmayacağı yolunda bir çekince koymaktadır⁸²³. **Öztrak**'ı anlamak için, **Önen**'in konuya ilişkin düşüncelerini bir parça açmak gerekmektedir. Yazar, vasiyetnameye konu edilen nesneler üzerinde sonradan bir sınırlı ayni hak tesis edilmesi halinde çözümün İMK'nun 485. maddesinde aranması gerektiğini belirtmektedir⁸²⁴. İrtifak hakları gibi nesnenin kullanılmasını gerektiren ve tüm şahsi hakları dışlayan sınırlı ayni hakların varlığı halinde, vasiyet edenin, bu hakkın içeriği nispetinde geri alma iradesi ile hareket ettiği kabul edilmelidir⁸²⁵. Sonradan ihdas edilen hak bir ipotek ise, evleviyetle, ipotek ile teminat altına alınan borcun esas borçlularının belirli mal bırakma tasarrufunun lehdarı değil de yasal ve varsa atanmış mirasçılar olduğu unutulmamalıdır⁸²⁶. **Öztrak**'ın da isabetle belirttiği üzere, belirli mal bırakma tasarrufunun konusu üzerinde sonradan ipotek tesis edilmesi halinde, yasal mirasçılar ipotekle teminat altına alınan borcun borçlusu olarak kalmaya devam ederler⁸²⁷. Lehdar, borcu ödedikten sonra asıl borçlulara rücu edebilecektir. Bu ihtimalde geri almadan bahis açmaya da gerek kalmayacaktır⁸²⁸. **Dural** ve başkaca bir kısım yazarlar ise Yargıtay'ın sonraki tarihli sağlar arası tasarrufun önceki

⁸²¹ **İnan/Ertas/Albaş**, s. 197.

⁸²² **Şener**, Vasiyet, s. 96. Yazar, bütün bu hallerde mülkiyetin lehdara geçeceğini eklemektedir. Sadece, mülkiyet kısıtlanmış olacaktır.

⁸²³ **Öztrak**, Rücu, s. 89.

⁸²⁴ **Önen**, s. 128.

⁸²⁵ Sonradan meydana getirilen sınırlı ayni hakkın varlığı vasiyetname lehdarını kısıtlayacak ve O, bu son tasarruf ile bağdaşmayacak nitelikteki tasarruflardan kaçınmak zorunda kalacaktır.

⁸²⁶ Federal Mahkeme, vasiyet edildiği sırada zaten ipotekle yüklü olan bir taşınmaz bakımından ipotekle güvence altına alınan borcun borçlularının yasal mirasçılar olduğunu dile getirmiştir. Vasiyetname lehdarı ancak bu borcu ödedikten sonra yasal mirasçılara rücu edebilir. **Önen**'e göre, ipoteğin vasiyetnamenin tanziminden sonra vukubulması halinde dahi aynı çözüm tarzı benimsenebilecektir: Bu halde de, borç, özü itibarıyla bir tereke borcudur ve yasal mirasçılarının omzundadır. Bununla birlikte, vasiyet eden, aksine bir düzenlemeyi vasiyetnamesinde öngörmüş olabilir.

⁸²⁷ **Öztrak**, Rücu, s. 90.

⁸²⁸ **Öztrak**, Rücu, s. 90. Yazar, anılan bölümde bir Yargıtay kararına da atıf yapmaktadır. 1947 tarihli kararında, Yüksek Mahkeme, tartışageldiğimiz olasılıkta, ipotek tesis edilmesinin vasiyetname ile kabili telif olduğunu, vasiyetnamenin de borçtan artan kısım için ifa edilmesi gerektiğini beyan etmektedir. **Öztrak**, haklı olarak karara iştirak edemediğini eklemektedir. Kanaatimizce de, Yargıtay, bu yaklaşımı ile, vasiyetname lehdarını ipotek ile güvence altına alınan borcun borçlusu konumuna sokmaktadır ki bunun TMK m. 599 ve m. 600 hükümleri ile bağdaştırılması güçtür. Yarg. 2. HD.'nin 28.02.1947 tarihli ve 3701/1160 sayılı kararı için bkz. **Şener**, Şerh, s. 1110.

tarihli ölüme bağlı tasarrufun ifasını imkansız kılması gerektiği yolundaki düşüncesinden hareketle sonuca ulaşmaktadırlar⁸²⁹.

Kısaca ifade etmek gerekir ise, doktrinin genel eğilimi, maddi kullanmayı gerektiren sınırlı ayni haklar bakımından kısmi geri alma yolunda iken ipotek gibi teminat işlevine sahip sınırlı ayni haklar bakımından lehdarın anılan taşınmaza ipotekle yüklü olarak kavuşacağı ve geri almadan bahis açmaya da gerek olmadığı yolundadır. Ufak bir çekince koymakla birlikte, çoğunluğun bu düşünce tarzı tarafımızdan da desteklenmektedir. Vasiyet edenin hangi hal ve şartların etkisi altında ipotek ya da başkaca bir sınırlı ayni hak tesis ettiği mutlak surette sorgulanmalıdır. Kendisinin, örneğin hakkında yürütülen bir icra takibi neticesinde böylesi bir taahhüde girmiş olması da muhtemeldir ki, somut olayın bu özelliği, vasiyet edenin tasarrufunun pek de serbest iradesi mahsülü olmadığı yolunda güçlü bir fiili karinenin varlığına işaret edecektir. Bu halde, TMK m. 544/II anlamında geri alma sonucunu doğuracak tasarrufların vasiyet edenin serbest iradesine dayanması gerektiği yolundaki tartışmaların kapısının aralanması gerektiği de aşikardır⁸³⁰.

Sınırlı ayni haklara ilişkin bu tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, TMK m. 544/II kapsamında geri alma sonucunu doğurabilecek tasarrufların muhtelif suretlerde karşımıza çıkabileceğini söylemek mümkündür. Yeter ki, mezkur tasarruf neticesinde ortaya çıkan hukuki durum neticesinde, vasiyetnamenin aynen ifa edilmesi imkansızlaşmış olsun⁸³¹. Söz konusu tasarruf, bir satım sözleşmesi olabileceği gibi bir bağışlama sözleşmesi de olabilecektir. Keza, satım ve bağışlama gibi iki taraflı bir hukuki işlem yanında aleni mükafat vaadi⁸³² ya da mülkiyeti terk⁸³³ gibi tek taraflı hukuki işlemlerin geri

⁸²⁹ **Dural/Öz**, Miras, s. 111: “Bu bakımdan sağlar arası tasarrufa rağmen, vasiyetin ifası mümkünse, geri alma karinesi yürümez, vasiyet ifa edilir. Örneğin, vasiyet edilen şey üzerinde sonradan ipotek kurulmuş olması halinde, iki tasarruf kabili telif olduğu için, vasiyet ifa edilir.”; **Antalya**, s. 108: “Vasiyet edilen şeyin rehnedilmesi, vasiyetle bağdaştığından, bağışlama vaadi söz konusu olması da şeyin mülkiyetine etkili olmadığından vasiyetten dönme teşkil etmez.”. İpotek tesis edilmesinin geri alma anlamına gelmeyeceği yolunda ayrıca bkz. **Plainiol/Ripert**, s. 663; **Lucet**, s. 13. Yazarlar, vasiyetnameye konu edilen nesne üzerinde sonradan ipotek tesis edilmesinin kısmi geri alma olarak dahi yorumlanamayacağını altını çizmektedirler. Vasiyetname lehdarı taşınmazı ipotekle yüklü olarak devralacaktır.

⁸³⁰ Bu düşünce tarzının ipotek tesis edilmesi bakımından pratik bir önemi de yoktur. Zira, söylenegeldiği üzere, bu halde esasında geri almadan bahis açmaya yer yoktur.

⁸³¹ Açıkça ifade etmesek de, biz de, Yargıtayımızın imkansızlık prensibinden hareketle ulaştığı sonuçları isabetli bulduğumuzu söylemiş oluyoruz.

⁸³² Aleni mükafat vaaadinin umuma yapılmış nitelikli bir icap olduğu yolundaki azınlık görüşüne katılmıyor ve onun tek taraflı borç doğurucu nitelikte bir hukuki işlem olduğu yolundaki çoğunluk görüşünün isabetli

alma sonucunu doğurması da mümkündür. Kanunun lafzına sadık kalma eğilimindeki çoğunluğun, borçlandırıcı işlem aşamasında kalmış bir hukuki işlemin geri alma sonucunu doğurmayaacağı iddiasında olduklarını da hatırlatmak isteriz.

Gerçekten de, **Önen**'e nazaran, geri alma sonucunu doğuracak tasarruf ivazlı (satım, trampa, ölünceye kadar bakma sözleşmesi⁸³⁴, alacağın temliki⁸³⁵, alacak vasiyetinde borçlunun ibrası⁸³⁶) olabileceği gibi ivazsız (bağış) da olabilir⁸³⁷. Yazarın bu düşüncesi doktrinin tamamı tarafından paylaşılmaktadır⁸³⁸. Gerçekten de, gerek TMK gerekse İMK'da sadece "tasarruf" kavramından bahis açılmış; ötesinde, anılan tasarrufun niteliği hakkında herhangi bir şart öngörülmemiştir. Kanunun lafzından ayrılmamızı gerektirecek haklı bir sebep de mevcut değildir. FMK m. 1038'in bu noktada daha anlamlı bir düzenlemeye yer verdiği de söylenmelidir. Gerçekten de, anılan düzenleme, "temlik" yerine "bütün temlikler" demek suretiyle, tartışmakta konu olduğumuz konu bakımından bazı ipuçlarını da peşinen vermektedir. Nitekim, FMK m. 1038 anlamında geri alma işleminin, bir satım sözleşmesi yanında bir trampa sözleşmesi de olabileceği, keza ivazsız temliklerin dahi bu kapsamda düşünülmesi gerektiği sıklıkla dile getirilmektedir⁸³⁹. Bununla birlikte temlikin ivazlı ve ivazsız olması arasında sonuçları bakımından kimi farkların olduğu da eklenmelidir: Vasiyet edilen nesne sonradan bir üçüncü kişiye bağışlanırsa söz konusu tasarrufun geri alma niyeti ile yapıldığı aşıkardır⁸⁴⁰. Ancak, ivazlı

olduğunu ifade etmekle yetiniyoruz. Bu işlemlerde, vaad edilen sonuca ulaşılması için gerekli edimin yerine getirilmesi, tek taraflı borç vaadinde yer alan geciktirici şartın yerine getirilmiş olması anlamına geleceğinden meselenin çözümü bundan sonra TMK m. 544/II anlamında geri almanın geciktirici şarta bağlı olarak yapılması ile ilgilidir. Bu cümleden olmak üzere bkz. aşağıda s. 297 vd.. Ayrıca karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, s. 258 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 158-159.

⁸³³ Bkz. aşağıda s. 284.

⁸³⁴ Yargıtay 2. HD.'nin 26.12.1949 tarihli ve 5063/6373 sayılı kararı için bkz. **Şener**, Vasiyet, s. 95.

⁸³⁵ **Önen**, s. 128. Yazara göre, bir alacağın temliki de, İMK m. 511/II'ye göre geri alma teşkil edebilecektir. Borcun naklinde de durum aynıdır. Bir alacak lehdarının borcunun yüklenilmesinde durum özellikle böyledir. Ancak, aynı zamanda vasiyetname lehdarı olmayan bir üçüncü kişinin borcunun yüklenilmesi halinde durum şüphelidir. Para borcu gibi cinsiyle belli edilmiş alacaklar bakımından **Önen**'in düşüncelerinin kabul edilmesinin imkan dahilinde olmadığını ifade etmek isteriz.

⁸³⁶ **Gönensay/Birsan**, s. 119.

⁸³⁷ **Önen**, s. 127.

⁸³⁸ Örnek olmak üzere bkz. **Öztrak**, Rücü, s. 89; **Steinauer**, s. 358; **Tuor**, s. 339; **Piotet**, Traité, s. 227; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 272; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 250; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 196; **Antalya**, s. 108; **İmre/Erman**, s. 101; **Ayan**, Miras, s. 85.

⁸³⁹ **Lucet**, s. 13; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 361; **Terré/Lequette**, s. 391. Benzer yöndeki Fransız yargı kararları için ayrıca bkz. **Terré/Lequette**, s. 391 ve oradaki dn. 3. Belçika hukuku için bkz. **Dekkers**, s. 776.

⁸⁴⁰ Bu halde, lehdarın, geri alma yolundaki karineyi çürütmesi gerçekten zordur.

bir sağlar arası tasarruf söz konusu olduğunda tasarrufun gerekçeleri de önem arzedecektir. Böylelikle, yeri geldiğinde, temlikin gerçek nedeninin örneğın acil bir ihtiyacın karşılanması ya da fiyat dalgalanmalarından faydalanmak olduğu pekala ileri sürülebilecek ve geri alma yolundaki karine daha rahat çürütülebilecektir⁸⁴¹. Başka deyişle, ivazlı tasarruflar kadar ivazsız tasarruflar da TMK m. 544/II anlamında geri almaya denk gelmekle birlikte, ivazlı tasarruflar bakımından kanundaki geri alma karinesinin çürütülmesi daha kolay olacaktır. Biz, **Önen** tarafından ileri sürülen bu fikrin, genelleştirilmeyeceğini ifade etmekle yetiniyoruz⁸⁴². Yazar, aslında, bundan önceki bahislerde yapageldiğimiz geri alma karinesinin nasıl çürütüleceğı yolundaki tartışmalara atıf yapmakta ve ivazlı tasarruflara ilişkin bir kısım yorum kuralları öngörmektedir. Demek istediğimiz, vasiyet edenin ivazlı tasarrufları karşısında da, geri alma karinesi daha rahat çürütülebilecek olmakla birlikte devrededir. Somut olayın özelliklerinden, vasiyet edenin, ivazlı temlikler bakımından da (yukarıda anılan gerekçelerin-örneğin acil para ihtiyacı-varlığı halinde dahi) geri alma niyeti ile hareket ettiğı sonucuna ulaşılabilecektir.

Temlikin bir tarafının vasiyet eden olacağı şüphesizse de diğler tarafın aynı zamanda vasiyetname lehdarı olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Sözün özü, vasiyet edenin vasiyetnamesine konu ettiğı nesneyi ölüme bağı tasarrufunun lehdarına bir de temlik etmesi durumunda nasıl bir yol izleneceğı hususunda birbirinden farklı çözümler ileri sürülmektedir. Kanunun bu hususta herhangi bir hüküm içermediğı peşinen söylenmelidir. Kimileri, bu sessizliğı, müspet bir yaklaşımın ifadesi olarak yorumlama eğilimindedirler: Vasiyet eden, ölüme bağı tasarrufa konu nesneyi lehdara satsa da bağışlasa da geri almaktan bahis açmak yerinde olur. Zira, Kanun, temlikin diğler tarafının aynı zamanda lehdar olması ile olmaması arasında bir fark görmemektedir⁸⁴³. Açıkça söylenmemekle birlikte, doktrinin genelinin, temlikin üçüncü kişiye yapılması gerektiğinden hareket etmesi karşısında, aksi yönde düşündüğü söylenebilecektir⁸⁴⁴. Nitekim, Yargıtayımız da, sonradan, **Önen** ile tam aksi yönde bir yolun izleyicisi olmuştur.

⁸⁴¹ Benzer yönde bkz. **Önen**, s. 127-128. Yazara göre, acil bir ihtiyacın karşılanması ya da fiyat dalgalanmalarından yararlanmak için yapılan temlikler karşısında, vasiyetname lehdarı, anılan mallar sonradan vasiyet edenin malvarlığına geri dönecek olursa bunları talep edebilecektir. Bu sonucun, ancak, somut olayın özellikleri nazara alınarak anılan tasarrufun geri alma niyeti ile yapılmadığının tespit edilmesi halinde kabul edilebilmesi gerekir.

⁸⁴² **Önen**, s. 127 vd.

⁸⁴³ **Önen**, s. 127.

⁸⁴⁴ Sadece birkaç örnek olmak üzere bkz. **Antalya**, s. 108; **İmre/Erman**, s. 100.

Yüksek Mahkeme, 22.05.1989 tarihli bir kararında⁸⁴⁵ “*Vasiyetin düzenlenmesinden sonra, vasiyetçi, yine vasiyet şekillerinden birisi ile vasiyetinden dönebilir. Bir kimse, muayyen bir mal hakkındaki vasiyetnamenin varlığına rağmen, sonradan bu vasiyetle bağdaşmayan (telifi kabil olmayan) bir tasarrufta bulunursa, vasiyeti hükümsüz hale gelir. Buna hukuk alanında fiilen rücu denmektedir. Bu tür bir dönüş hukuken geçerlidir. Olayda miras bırakan, 1.1.1986 günlü vasiyetnamede, taşınmazını kızı Rahmiye’ye vasiyet ettikten sonra, aynı taşınmazı 24.2.1987 gününde yine kızı Rahmiye’ye satmış, tapuda mülkiyeti ona devir etmiştir. Miras bırakan bu davranışı ile, ölümü halinde bu malın, terekesinde bulunması imkanını ortadan kaldırmıştır. Yararına vasiyet yapılan kişinin, ölenin mirasçısı olması, fiili rücu (dönüş) kuralını etkilemez. Mahkemece aksine düşünce ile ve ölüme bağlı tasarrufların hukuki niteliği ile çelişerek ve Medeni Kanunun 491. maddesi ile bağdaşmayan bir düşünce biçimiyle davanın red edilmesi yanlıştır. Oysa yapılacak iş vasiyetnamenin geçerliliğini yitirdiğinin tespitinden ibarettir.*” derken, zamanla bu düşüncesini değiştirmiştir: “*...Bilindiği ve Medeni Kanunun 491. maddesinde ifade edildiği üzere bir kimse muayyen bir mal yada mallar hakkındaki vasiyetini sonradan yaptığı bir tasarrufla açık veya zımni olarak hükümsüz hale getirebilir. Başka bir anlatımla vasiyet eden vasiyetinden döndüğünü açıkça belirtmese dahi belli bir mal yada mallar hakkındaki vasiyete sonradan yapılan tasarruf ile bağdaşmıyorsa hükümsüz hale gelir. Nitekim öğretide sağlar arası bir tasarrufla vasiyetden rücu durumu “ademptio legati” sözcüğü ile ifade edilmekte, buna ‘davranışla rücu’ niteliği verilmektedir. Yukarıda açıklanan ilkeye mefhumu muhalifinden yaklaşıldığında aynı kişiye önceden muayyen bir mal yada malların vasiyeti yapıldıktan sonra tapuda, vasiyeti yapanın vasiyet edilene kat’i satış yapması ve bu şekildeki tasarrufu ile vasiyetnameyi hükümsüz hale getirmesi durumu da ortaya çıkmıştır denilemez. Aksine önceki vasiyet iradesinin tapudaki tasarrufla pekiştirildiği olgusu söz konusu olur.*”⁸⁴⁶. Yukarıda yer verdiğimiz iki karardan bizim çıkardığımız sonuç, Yüksek Mahkemenin görüşlerini değiştirmiş olduğudur. Mahkeme, vakti zamanında, **Önen** gibi, sağlar arası tasarrufun diğer tarafının vasiyetname lehdarı dahi olabileceğini ifade ettikten sonra, son olarak, artık bu son halde geri almadan bahis açılmayacağını ifade etmiş bulunmaktadır. Biz, gerek **Önen**’in gerekse Yüksek

⁸⁴⁵ Yarg. 2. HD.’nin 22.05.1989 tarihli ve E. 1989/3178, K. 1989/4929 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com (çevrimiçi, 19.12.2010).

⁸⁴⁶ Yarg. 2. HD.’nin 07.02.2001 tarihli ve E. 2001/161, K. 2001/1344 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com (çevrimiçi, 19.12.2010).

Mahkeme'nin düşüncelerine eşit mesafede bulunduğumuzu ifade etmek isteriz. Sağlar arası tasarrufun bir tarafının vasiyetname lehdarı olması, pekala, artık TMK m. 544/II'nin devre dışı olduğunu gösterebileceği gibi aksinin iddia edilmesi de mümkündür. Tavrımız, bu halde dahi, meselenin ana kuraldan ayrılmadan bir çözüme kavuşturulması yolunda olacaktır. Yargıtay'ın son tarihli kararında ulaştığı sonuç, hiçbir çekince koymaksızın kabul edilecek olursa ortaya çıkan durum şundan ibaret olacaktır: A, otomobilini B'ye vasiyet etsin, ardından da yine B'ye satsın ve devamında aynı otomobili tekrar B'den satın alsın ve ölsün. Acaba, B, vasiyetnamenin geri alınmadığından bahisle otomobili talep edebilecek midir? Somut olayın özellikleri başka türlü düşünmeyi haklı kılmadıkça, bu örnekte, vasiyetnamenin ilk satımla birlikte geri alınmadığını iddia etmek menfaatler dengesine daha uygun olacaktır. Bu halde, vasiyetnamenin geri alındığından hareket ederek, B'nin terekede yer alan otomobil üzerinde herhangi bir hak iddia edemeyeceğini iddia etmek hakkaniyet duygularımızı zedelemektedir. Her iki hukuki işlemin bağışlama olduğu ihtimalinde de benzer bir çözümün kabul edilebileceğine inanmaktayız. A'nın otomobilini A'ya önce bağışlayıp sonradan satın aldığı bir ihtimalde ise, ivazsız bir kazandırma neticesinde malvarlığı zaten zenginleşen B'nin, satım parasına ek olarak bir de terekede yer alan otomobilin aynına yönelik bir alacak hakkına kavuşturulması ise diğer yasal mirasçılara açıkça haksızlık olacaktır. Vasiyetnamenin ilk bağışla birlikte geri alınmış sayılması, bahsedegeldiğimiz bu hukuka aykırılığı da kendiliğinden ortadan kaldıracaktır. Ezcümle, biz, gerek **Önen** gerekse Yargıtay gibi peşin bir reçete sunmuyoruz. Yukarıda saydığımız olasılıkların tamamında, vasiyet eden, bizim ulaştığımız sonuçlardan başkaca bir sonucun kabul edilmesini arzulamış da olabilir. Gerektiğinde vasiyet edenin kişisel ilişkilerine ve yeri geldiğinde söz konusu bağışlama ve satım sözleşmelerinin içeriğine dahi bakarak, O'nun geri alma iradesi ile hareket edip etmediğini derinlemesine araştırmak ve tespit etmek hakimnin görevidir.

Hatemi, TMK m. 544/II anlamında geri almadan bahsedebilmek için, vasiyete konu nesnenin bir borçlandırıcı işleme konu edilmesinin yeterli olmayacağını ifade etmektedir⁸⁴⁷. **Öztrak**'a bakılacak olursa da, geri almadan bahsedebilmek için, teknik anlamda bir tasarruf muamelesinin mevcut olması gerekir⁸⁴⁸. Böylelikle, vasiyetname konusu, bir üçüncü kişiye örneğin satılsa fakat teslim edilmese ve bu arada vasiyet eden

⁸⁴⁷ **Hatemi**, Miras, s. 92.

⁸⁴⁸ **Öztrak**, Rücu, s. 89.

ölse, vasiyetnamenin geri alındığından bahsedilemeyecektir. Yine, bağışlama vaadinin, sadece borç doğurduğu ve mülkiyeti geçirmediği için vasiyetnameyi olumsuz yönde etkilemeyeceği iddia olunmuştur⁸⁴⁹. Bununla birlikte, vasiyet alacağı ancak ölüm ile birlikte doğacağından, satım sözleşmesinin alacaklısının önceliği olacak, maamafih, satış bedeli vasiyetin yerine geçecektir⁸⁵⁰. Doktrinde yapılan bu ayrımın, ülkemiz hukuku bakımından ancak ve ancak taşınır hak bakımından anlamlı olduğunu, keza, taşınmaz hukuku uygulamamızın bu ayrımın pratik önemini ciddi biçimde azaltacağını da eklemek isteriz⁸⁵¹. İMK'nun konu ile ilgili düzenlemesi kısmen yanıltıcıdır. İMK m. 511'in kenar başlığı "acte postérieur" olarak seçilmiştir. Bize yansıması "sonraki tasarruflar" şeklinde olmuştur. Bununla birlikte, gerek İMK m. 511/II'nin gerekse TMK m. 544/II'nin metninde "tasarruf"tan bahis açılmaktadır. FMK'nun tavrı çok daha nettir. FMK m. 1038'de açıkça "temlik-devir-aliénation" kavramına atıf yapılmaktadır. FMK'nun bu tavrının İsviçre-Türk doktrini tarafından da benimsendiği söylenebilecektir⁸⁵². "Temlik" kavramı, bilindiği üzere, sadece borçlandırıcı işlem düzeyinde kalmış hukuki işlemler için değil de mülkiyetin devrinin tamamlandığı aşamaları da kapsayacak tarzda bir hukuki ilişki için kullanılır⁸⁵³. Bununla birlikte, kanaatimizce, kanunun lafzı, meselenin en ufak bir şüpheye yer bırakmayacak tarzda çözümü için yeterli açıklıkta değildir. **Hatemi**'nin, mesele ile ilgili açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği yolundaki düşünceleri, bu açıdan

⁸⁴⁹ **Şener**, Vasiyet, s. 96; **Oğuzman**, Miras, s. 180; **Dural/Öz**, Miras, s. 111; **Antalya**, s. 108. Benzer yönde satış vaadi için ayrıca bkz. **Hatemi**, Miras, s. 92.

⁸⁵⁰ **Hatemi**, Miras, s. 92: Satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesi halinde öncelik de değişecektir.

⁸⁵¹ Taşınmaz mülkiyetinin naklinde, borçlandırıcı işlemin, tapu memuru huzurunda re'sen düzenlenmesi hususunda tartışma yoksa da, tasarruf işleminin nerede başlayıp nerede bittiği; ötesinde tescil talebi bir kere tasarruf işlemi sayılsa bile, bunun tek taraflı mı yoksa iki taraflı mı bir hukuki işlem olduğu meselesi kendimizi içinden çıkılmaz tartışmaların ortasında bulmamıza neden olur. Konu bu yönü itibari ile inceleme konumuzun sınırlarını ciddi biçimde aşmaktadır. Hal böyleyken, teorik olarak mümkün olmakla birlikte, uygulamada tapu sicil müdürlüklerinin satım sözleşmesi ile tescil talebi ve bunlarla da tescil işlemi arasına bir zaman aralığının girmesine engel oldukları ülkemiz gerçeklerindendir. Birlik teorisi olarak da adlandırabileceğimiz görüş taraftarları, bundan dolayı, her üç işlemin de bir çırpıda yapılageldiğinin altını özellikle çizmektedirler. Adına ne denirse densin, resmi makam fiili olan tescil yapılmadığı sürece, mülkiyetin satıcıdan alıcıya geçmeyeceği de söylenmelidir. Bundan dolayı, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi arasında yapageldiğimiz bu ayrım ancak şu ihtimalde pratik bir önem kazanacaktır: Vasiyet eden A, arkadaşı B'ye vasiyet ettiği evini C'ye satmak için tapuya gitmiş, resmi senet düzenlenmiş ve hemen akabinde A, daha tescil yapılmadan ölmüştür.

⁸⁵² Sadece örnek olmak üzere bkz. **Steinauer**, s. 358; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 251. **Steinauer**, aliénation kavramına atıf yaparken; **Serozan**, devirden bahsetmektedir. Aynı doğrultuda bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, s. 196.

⁸⁵³

anlamlıdır⁸⁵⁴. TMK m. 544/II'nin ratio legisi şudur: Vakti zamanında vasiyetnameye konu edilen belirli bir nesne üzerinde, sonradan, o nesnenin malvarlığından çıkmasına sebep olacak şekilde tasarrufta bulunulmuş olması, şartlar aksinin kabulünü zorunlu kılmadıkça, vasiyet edenin vasiyetnamesini geri alma iradesi ile hareket ettiğini gösterir. Hükmün sevkediliş amacı, ilk bakışta, nesnenin⁸⁵⁵ mülkiyetinin, vasiyet edenin malvarlığından çıkmasını zorunlu kılıyor izlenimi vermektedir. Bununla birlikte, en azından, tasarruf işleminin vasiyet edenin iradesi dışında gerçekleşmediği-aslında gerçekleşmediği-ihtimalerde, anılan düşünce tarzının ne derece isabetli olduğu tartışmalıdır⁸⁵⁶. Teslimin alıcı lehine ertelendiği hallerde de durum böyledir⁸⁵⁷.

⁸⁵⁴ **Hatemi**, Miras, s. 92. Yazara göre TMK m. 544/II'nin tek eksikliği bu da değildir. Kanun koyucu vasiyeti maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar için kullanmak suretiyle bir başka hata daha yapmaktadır. Biz, yazarın bu düşüncesini bu madde özelinde aynen paylaşamıyoruz. Maddedeki vasiyet kavramı tek başına değil de belirli mal bırakma tasarrufu için kullanılmıştır. Bununla birlikte, **Hatemi**'nin ifade ettiği üzere, “belirli mal bırakma tasarrufu” denmesi bizce de daha doğru olurdu.

⁸⁵⁵ Nesne, mal, eşya, vasiyetnameye konu edilen mal kavramları ile anlatmak istediğimiz aynı olmakla birlikte; eşya hukuku bakımından eşya sayılmayan kimi varlıkların da konumuz bakımından eşya sayılmasında ve vasiyetnameye konu edilmesinde bir sakınca yoktur. Sadece vasiyet eden A için manevi değere sahip örneğin iki pirinç tanesi pekala kendisi tarafından vasiyetnameye konu edilebilecektir. Bu pirinç tanelerini yakın arkadaşı B, aslında kendisi için hiçbir değer ifade etmemesine rağmen, A'nın gönlü olsun kabilinden bir düşünce silsilesi içinde satın almış olsa, A'nın bu iki pirinç tanesini vakti zamanında o pirinç tanelerinin kendi nezdinde yine manevi değere sahip olduğu yeğeni C'ye vasiyet ettiği varsayımında, vasiyetnamenin geri alındığı sonucuna ulaşılabacaktır. Maddi değeri bulunmadığı için anılan pirinç tanelerinin eşya sayılamayacağı ve bu sebeple malvarlığı kavramı içinde de değerlendirilemeyeceği yolundaki düşünceye bu gerekçelerle katılamamaktayız.

⁸⁵⁶ Vasiyet eden A, borçlandırıcı işlemi yapmış ve fakat tasarruf işlemini ifa edeceği sırada üçüncü bir kişinin, ya da vasiyetname lehdarının hileli bir kısım davranışları ya da düpedüz haksız fiil teşkil eden fiili saldırıları neticesinde bu amacına ulaşamamış olsun. Vasiyet edeni ölüme bağlı tasarrufta bulunamayacak hale sokmanın mirastan yoksunluk sonucunu doğuracağı yolundaki düzenlemeler acaba burada da uygulanabilecek midir? Biz, kıyasen, bu hükümlerden istifade edilebileceğine inanmaktayız. Aksinin kabulü ile ilgililerine sadece BK m. 41 temelli bir tazminat talebi imkanı tanımak, hakkaniyet duygularımızı ve herşeyden öte TMK m. 544/II ile güdülen amacı açıkça zedeleyecektir. İşte, bu gibi hallerde, sadece borçlandırıcı işlemin yapılmış olmasının dahi geri alma için کافی geleceğini iddia etmek neden dolayı Kanunun ruhunu incitmiş sayılabilir ki? Karşımıza çıkması muhtemel çetin ispat ve yorum sorunlarının kapısı sırf bu zorluk yüzünden neden dolayı peşinen kapatılsın ki. Böylelikle, TMK m. 544/II'nin vasiyet edene tanıdığı görece kolaylık da günyüzüne çıkartılmış olacaktır. Vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket ettiği hususunda şüphe duyulmayan hallerde bizim tavrımız borçlandırıcı işlemin yeri geldiğinde geri alma için yeterli kabul edilmesi yönünde olacaktır. Tasarruf işleminin üçüncü bir kişinin fiili ya da bir doğa olayı neticesinde engellenmiş olması arasında da bir fark görmemek en doğrusudur. Fransız içtihatlarının bizimle aksi yöndeki talihsiz ve kestirme yolu seçtiği hakkında ayrıca bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 361.

⁸⁵⁷ Tartışmaların kaynağında taşınır mülkiyetinin borçlandırıcı işlem ile birlikte satıcıya geçmemesi yer almaktadır. Bu yönü itibarıyla, bu düşüncelerin, mülkiyetin borçlandırıcı işlemle birlikte geçtiği Fransız hukuku için aynı öneme sahip olmadığını ifade etmek isteriz. Bununla birlikte, vasiyet edenin vasiyet konusu nesnenin temlik hususunda sahip olduğu basit eğilimlerin geri alma sonucunu doğurmayacağı o hukuk

Önen'in açtığı bir tartışma üzerinden bu kısım açıklamalarımıza son vermek isteriz⁸⁵⁸. Yazar, satım ve bağışlama gibi bir kısım hukuki temliklerin yanısıra vasiyetnameye konu edilen nesnenin maddi bütünlüğünü hedef alan başkaca bir kısım işlemlerin de geri alma sonucunu doğurup doğurmayacağını uzun uzadıya tartışmaktadır: Nesnenin yok edilmesi, tüketilmesi, terkedilmesi ya da başka bir nesnenin yapımında kullanılması⁸⁵⁹ halinde durum ne olacaktır? **Önen**'e göre bu hallerin tamamında İMK m. 511/II'nin geri alma karinesi devrededir⁸⁶⁰. Vasiyetnameye konu nesnenin yok edilmesi açısından **Serozan** ile **Piotet** de yazar ile aynı düşünceleri paylaşmaktadır⁸⁶¹. Vasiyet edenin iradesine dayanmak şartı ile yukarıda anılan işlemlerin, TMK m. 544/II anlamında bir geri alma tasarrufu sayılmasında esasında bir sakınca da görmemekteyiz⁸⁶². Zira, vasiyetnamenin ifası, mezkur işlemlerin varlığı neticesinde imkansız hale gelmektedir.

sisteminde dahi ifade edilmektedir: **Plainiol/Ripert**, s. 662. Satış vaadi sözleşmesi için ayrıca bkz. **Lucet**, s. 13; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 361.

⁸⁵⁸ **Önen**, s. 133 vd.

⁸⁵⁹ Vasiyet eden kendisi tarafından yapılmış bir kara kalem çizimi A'ya vasiyet ettikten sonra başka bir kolaj çalışmasının bir parçası olarak kullanmış ve başkaca ürünleri ile birleştirerek bileşenlerinden tamamiyle bağımsız yeni bir sanat eseri yaratmış olsun.

⁸⁶⁰ **Önen**, s. 133. Vasiyetnameye konu nesnenin yok edilmesi ve tüketilmesi ihtimallerinde İMK m. 511/II'nin (TMK m. 544/II) geri alma karinesine İMK'nun 484. maddesinin 3. fıkrası (TMK m. 517/III) eşlik edecektir. Türk hukuku bakımından benzer yönde olmak üzere bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 251: "...buna karşılık, vasiyet edilen malın vasiyetçinin istenciyle elden çıkarılması veya yok edilmesi olasılığında MK 517 III'ün vasiyet borcunu düşüren kuralıyla MK 544/II'nin zımnen geri alma karinesi birlikte işleyecektir." Bununla birlikte, vasiyet konusu nesnenin vasiyet eden tarafından şeklen ciddi surette değiştirildiği bir örnekte, gerek kendisi gerekse bir üçüncü kişi tarafından eski haline getirilecek olursa, İMK'nun 484. maddesi devre dışı kalsa da, şartları varsa pekala geri almadan bahis açılabilir. Bu halde, terekede yer almasına rağmen, lehdar vasiyetnameden doğan haklarını geri alma neticesinde kaybetmiş olacağı için nesneye yöndelik bir talep de bulunamayacaktır. Son cümleden olmak üzere karış. **Önen**, s. 133-134.

⁸⁶¹ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 251; **Piotet**, Précis, s. 53. Fransız hukuku bakımından benzer yönde olmak üzere bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 361.

⁸⁶² Unutulmasın ki, tartışmalı olmakla birlikte, terk de bir hukuki işlem, tasarruf işlemidir ve işlem ehliyeti ile tasarruf yetkisinin varlığını gerektirir. Terk'in, mülkiyet hakkı sahibinin rızasına dayanması gerektiği de aşîkardır. Öte yandan, mülkiyet hakkının tapuya kayıtlı taşınmazlarda terk suretiyle sona ermesi, keyfiyetin tapu memuruna yöneltilmesine ve terkin işleminin yapılmasına bağlıdır. Bununla birlikte, tapu memuruna yöneltilecek beyanı kafî görenler de vardır. Bu yöndeki tartışmalar için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 368. Terk ile birlikte geri alma sonucunun doğduğunu kabul etmek yerinde olur. Aksinin, yani terk etmek yanında terkedilen nesnenin mülkiyetinin bir üçüncü kişi tarafından kazanılmış olmasını aramak, Kanunun ruhu ile ve terk kurumunun özü ile bağdaşmaz. Bu cümleden olmak üzere, vasiyet edenin terk ettiği malının vasiyetnamenin lehdarı tarafından sahiplenilmesi ile sağlar arası tasarrufun diğer tarafının aynı zamanda vasiyetname lehdarı olduğu haller arasında bir fark görmek icap eder. Terk edilen nesnenin lehdar tarafından sahiplenilmesinde vasiyetnamenin geri alındığı ve lehdarın mülkiyet hakkını daha vasiyet eden ölmeden aslen kazandığını kabul etmek yerinde olur. Bu olasılıkta, lehdarın söz konusu nesneyi vasiyet edene örneğin satım sözleşmesi karşılığında temlik etmesi gündeme gelir ve sonradan vasiyet eden ölürse, yasal mirasçılar,

Nelerin, daha doğrusu hangi hukuki işlemlerin geri alma yolunda bir tasarruf sayılacağı böylece belirlendikten sonra İsviçre-Türk hukuk sistemi ile Fransız hukukun ayrıştığı bir noktaya temas etmekte fayda görmekteyiz. Gerek TMK’da gerekse İMK’da, FMK’nun aksine, bu uğurda herhangi bir hüküm sevkedilmiş değildir. Gerçekten de, FMK’nun 1038. maddesinde, temlikin hükümsüz olmasının geri alma sonucunu olumsuz etkilemeyeceği açıkça ifade edilmektedir. Buna bağlı olarak, geri almanın, sağlar arası tasarrufun şekil kurallarına aykırılık sebebi hükümsüz-etkisiz kalmasından etkilenmeyeceği doktrin tarafından hemen hemen oybirliği ile kabul edilmektedir⁸⁶³. Bununla birlikte, Fransız hukukunda da geri almanın ancak ve ancak iradi devirler karşısında kabul edilegeldiğini elden bırakmamak gerekir. Başka deyişle, vasiyet edenin ayırt etme gücünden bütünüyle yoksun olduğu hallerde, sağlar arası tasarrufun geri alma sonucunu doğurmayacağını kabul etmek yerinde olacaktır⁸⁶⁴. Zira, bu halde, temlikin, vasiyet edenin iradesine dayandığını iddia etmek güçtür. Geri alma sonucunun, ancak ve ancak, vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket etmesi şartıyla varlık kazanabileceği unutulmamalıdır⁸⁶⁵.

Önen de, meseleyi benzer bir bakış açısı ile ele almaktadır. Yazara göre, kanunun sessizliği karşısında, ulaşılabilecek çözüm İMK’nun 511. maddesinin 2. fıkrasına yüklenecek anlamla doğrudan ilgili olacaktır: Vasiyetname ile bağdaşmaz nitelikte bir tasarruf olması ve bu tasarrufun vasiyet edenin geri alma eğiliminden doğması, İMK m. 511/II’nin olmazsa olmaz şartlarıdır⁸⁶⁶. Geri alma yönündeki iradenin varlığı, temlikin geçerli bir şekilde dış dünyaya yansıyor yansımamasından daha önemlidir ve belirleyicidir. Böylelikle, vasiyet edenin ayırt etme gücüne sahip olmadığı ya da gerçekte

o nesneyi geri alınan vasiyetnamenin lehdarına teslim etmekten imtina edebileceklerdir. Lehdar ile vasiyet eden arasındaki bu ilişkinin ivazsız bir tasarrufa dayanması halinde dahi ulaşılabilecek sonuç değişmez: Kendi düşen ağlamaz.

⁸⁶³ **Öztrak**, Rücü, s. 91-92; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 361; **Lucet**, s. 15; **Planiol/Ripert**, s. 662-663; **Terré/Lequette**, s. 391 ve oradaki dn. 1; **Grimaldi**, Patrimonial, s. 767. **Terre/Lequette**, şekil eksikliği yanında vasiyet edenin ehliyetsizliği sebebiyle geçersiz olan temlikler bakımından da aynı sonucu uygun görmektedirler. **Lucet** ise, tasarrufun “iptal edilebilir” olduğu hallere kapı aralamaktadır. **Öztrak**, İtalyan Medeni Kanunu’nun da benzer bir düzen tarzını kabul ettiğini eklemektedir.

⁸⁶⁴ Sağlar arası tasarrufun varlığı için gerekli şartların mevcut olması halinde geri almadan bahis açılabilmesi hakkında bkz. **Lucet**, s. 15. Yazar, vasiyet edenin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde geri almanın da gündeme gelmeyeceğini iddia etmektedir.

⁸⁶⁵ Bkz. yukarıda s. 252.

⁸⁶⁶ Vasiyet edenin uhdesinde zaten var olan geri alma eğilimi, vasiyetname ile bağdaşmaz nitelikte bir sağlar arası tasarruf aracılığı dış dünyaya yansır.

vasiyetnamesine konu ettiğinden başkaca bir nesneyi temlik etmek isterken hataen onu temlik ettiği hallerde, artık geri almadan da söz edilemez⁸⁶⁷. **Önen**, vasiyet edenin geri alma iradesine sahip olmakla birlikte geri alma işleminin geçersiz olduğu hallerde de, artık geri almadan bahsedilemeyeceği fikrindedir⁸⁶⁸: Vasiyet edenin sınırlı ehliyetsiz olması sebebine istinaden geçersiz olması ile işlemin; ahlaka, emredici hukuk kurallarına ya da şekil kurallarına aykırı olması arasında bir fark görmemek icap eder. Çünkü, bu hallerin tamamında aslında mülkiyetin geçişini temin eden bir işlemin varlığı söz konusu değildir⁸⁶⁹. Bu vesile ile, **Öztrak**'ın da benzer yönde düşündüğünü eklemek isteriz: Sağlar arası tasarruf, örneğin vasiyet edenin ayırt etme gücüne sahip bir küçük olması sebebiyle geçersiz ise, anılan işlem vasiyetnameyi geri almaya yetmeyecektir⁸⁷⁰. **Serozan**'a göre ise, Yargıtay, bu husus bakımından, ikircikli bir tutum takınmıştır⁸⁷¹. Gerçekten de, Yarg. 2. HD.'nin 21.10.2003 tarihli ve E. 2004/1789, K. 2004/3035 sayılı ve “... Bir kısım kanuni mirasçılar tarafından bu taşınmaz hakkında muris muvazaasına dayalı olarak; murise külli halef sıfatıyla olmaksızın, yasal paylarına dayalı tapu iptali davası açılmış, mahkemece muvazaa sabit görülerek davacıların payı nispetinde iptal ile davacıların paylarının adlarına tesciline dair hüküm kurulmuş, hüküm kesinleşmiştir. Muris, sağlar arası işlemle, vasiyetnameden dönmüş olmakla, temyiz edenlerin 15/50 payı yönünden davanın reddi gerekir iken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.” diyen kararı⁸⁷² ile Yarg. HGK'nun E. 2001/1-958, K. 2001/1035 sayılı ve 21.11.2001 tarihli ve “Vasiyetçi her ne kadar vasiyetnameden, vasiyetname ile bağdaşmayan bir hukuki tasarrufla rücu edebilirse de o tasarrufun hukuki sonuç doğurabilmesi daha açık bir anlatımla vasiyetnameyi ortadan kaldırabilmesi için sonradan yaptığı hukuki tasarrufun geçerli olması gerekir.”

⁸⁶⁷ **Önen**, s. 132. Fransız hukuku bakımından benzer yönde bkz. **Lucet**, s. 15. **Önen**, nesnenin vasiyet edenin mülkiyetine tekrar girdiği hallerde, vasiyetname lehdarının, başkaca bir ispat yükü altına girmeksizin – temlikin geri alma niyeti ile yapılmadığını ispat etmeden- ve başkaca bir işleme gerek kalmaksızın bundan faydalanacağını altını çizmektedir. Yazarın gözardı ettiği nokta, kesin hükümsüzlük hallerinde, nesnenin, aslında vasiyet edenin mülkiyetinden hiçbir zaman çıkmamış olduğudur. Biz, bu çekince ile **Önen**'in düşüncelerine katıldığımızı ifade etmek isteriz.

⁸⁶⁸ **Önen**, s. 132. Zira, geri alma sonucunu doğurması beklenen sağlar arası tasarrufun geçersiz olduğu hallerde, esasında, vasiyetname ile bağdaşmaz nitelikte bir tasarrufun varlığı iddia edilemeyecektir.

⁸⁶⁹ **Önen**, s. 133.

⁸⁷⁰ **Öztrak**, s. 91-92. Yazar, Fransız ve İtalyan hukuklarının aksi yönde bir kısım düzenlemelere yer verdiğine de işaret etmektedir.

⁸⁷¹ Yazar, Yarg. 2. HD.'nin 2002 ve 2003 tarihli iki kararına atıf yapmaktadır: **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 251.

⁸⁷² Karar için bkz. **Özüğür**, 1. Cilt, s. 667 (Aynı karar www.kazanci.com.tr isimli web sayfasında 10.03.2004 tarihi ile yayınlanmıştır. Son cümleden olmak üzere karş. www.kazanci.com.tr –çevrimiçi 21.12.2010)

diyen kararının birbiri ile bağdaştırılması güçtür⁸⁷³. Şimdilik, Yüksek Mahkemenin 2001 tarihli bu son kararında karşı oy şerhi koyarak aksi istikamette görüşlerini bildiren azınlığın⁸⁷⁴ görüşlerinin, zamanla çoğunluk görüşü haline dönüştüğünü tespit etmekten

⁸⁷³ Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi, 21.12.2010). Yarg. 2. HD.'nin E. 2002/2-874, K. 2002/893 sayılı ve 06.11.2002 tarihli başka bir kararında (Gençcan, s. 248 vd.) da aynı yönde hüküm tesis edilmiştir: “Vasiyetten dönmeyen gerçeğe dönüşmesi için sağlar arası kazandırmanın geçerli bir satışa dayanması gerekir. Somut olayda vasiyete konu taşınmaz mal başkalarına değil de vasiyetnamede gösterilen kişilere ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca temlik edilmiştir. Muris muvazaasına dayalı olarak tapu iptali ve tenkis davasının yapılan yargılaması sonucunda Yargıtay’dan geçip kesinleşen mahkeme kararı ile muris muvazaası sabit olduğundan tapu kayıtlarının iptali ile taşınmazların veraset belgesindeki payları oranında mirasçılar adına tesciline karar verilmiştir. Eğer ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile yapılan temlik mahkemece iptal edilmese idi vasiyetname konusuz kalacaktı. Oysa, açılan ve muvazaa nedenine dayalı dava sonucunda davalılar adına oluşan tapu kaydı iptal edildiğinde vasiyet geçerliliğini korumuştur. Bu itibarla iptal edilmediği sürece vasiyetname geçerliliğini koruyup infaz edilecektir.”

⁸⁷⁴ Önemlerine istinaden her iki karşı oy metnini buraya aynen almak faydalı olacaktır: “Medeni Kanunun 464. maddesi anlamında muayyen mal vasiyeti vasiyetçinin tek taraflı yaptığı hukuki bir muamele olup, vasiyetçinin ölümünden sonra lehine vasiyette bulunulan kişiye Medeni kanunun 541. maddesi uyarınca varsa vasiyeti ifa ile yükümlü olan kişiden, yoksa vasiyetçinin kanuni veya mansup mirasçısından vasiyet edilen malı istemeye yönelik bir kişisel hak sağlar. Vasiyetname tek taraflı bir hukuki muamele olup vasiyet edilen mal üzerinde, lehine vasiyet edilen kişi yararına ancak mirasın açılmasından sonra bir kişisel hak doğurduğundan vasiyetçi ölümüne kadar vasiyet ettiği malı dilediği gibi tasarruf eder. Vasiyetçi vasiyet ettiği malı bağış satış veya herhangi bir yolla elinden çıkarabileceği gibi Medeni Kanunun 489 maddesi hükmün uyarınca “vasiyet için kanunda muayyen şekillerden biri ile vasiyetinden her zaman rücu edebilir. Rücu tamamen olduğu gibi kısmen de olabilir”. Vasiyetçi bu şekilde vasiyetinden açıkça rücu etmese dahi aynı Kanunun 491. maddesine göre vasiyetle bağdaşmayan bir tasarrufta bulunarak vasiyeti hükümsüz bırakabilir.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere kanun koyucu vasiyetçiye vasiyetnamenin belirtilen özelliğini gözönünde tutarak vasiyet ettiği mal üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme yönünde tam bir serbesti, vasiyetten dilediği zaman rücu etme hakkı tanınmıştır. Gerek vasiyetname düzenlenirken gerekse vasiyetten rücu halinde aranılan tek koşul kanunda muayyen şekillere riayet etmektir. Şekil koşulunun giderilmesindeki amaçta vasiyetçinin ölümünden sonra vasiyetname üzerinde doğacak kuşku ve çekişmeleri önlemektir. Muvazaanın esaslı unsurlarından biri ise gerçek amacı gizlemek, üçüncü kişileri aldatmaktır. Muayyen mal vasiyetinde bulunduktan sonra vasiyet ettiği taşınmazı bir başkasına satan vasiyetçinin gizlediği hiçbir şey bulunmadığı gibi üçüncü kişileri aldatmak için bir nedende yoktur. Vasiyetçi vasiyetini ikinci bir vasiyetle gizlice ortadan kaldırabilme hakkı bulunduğu halde aksine aleni ve resmi bir muamele yaparak vasiyetnameyi hükümsüz bırakma yolunu seçmiştir. Vasiyetçinin aslında bağışlayabileceği taşınmazların satış gibi göstererek devretmesinde üçüncü kişileri aldatmak için bir neden bulunmamaktadır. Somut olayda, muvazaanın gizleme ve aldatma unsurları gerçekleşmesi mümkün değildir. Muris, mirasçının kanundan doğan miras hakkına dilediği şekilde elinden alamaması nedeni ile muvazaalı temlik yapmaktadır. Mal sahibi kiracısını mecurdan yasal yollardan çıkaramadığından taşınmazın muvazaalı olarak kiracıyı çıkarabilecek kimseye devretme yoluna başvurmakta, borçlu alacaklısından mal kaçırabilmek için taşınmazını bir başkasına temlik etmektedir. Vasiyetçinin ise vasiyetnameden rücu etmesi veya onu hükümsüz bırakması yönünde kanunun kendisine açık yetki verdiğinden muvazaalı işlem yapması için hiçbir neden bulunmamaktadır. Vasiyetçinin muayyen mal vasiyetinde bulunduktan sonra vasiyet ettiği taşınmazlarını aslında bağışladığı halde satış gibi göstererek muvazaalı temlik ettiği görüşü Medeni Kanunun muayyen mal vasiyetine ilişkin hükümleri ve muvazaa ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Vasiyetçi vasiyet ettiği taşınmazları bir başkasına satarken hiçbir sebep gösterme zorunda bulunmadığından kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmak suretiyle yapıldığı takdirde bu satış sözleşmesinin içersine girilerek muvazaalı olup olmadığının araştırılmasına yasal olanak yoktur. Bu nedenlerle direnme kararını yerinde gören sayın çoğunluk görüşüne

başka şansımız yoktur. Biz, **Önen**'in yaptığı ayırmadan yola çıkmanın özünde isabetli olduğuna da inanıyoruz. Gerçekten de, sağlar arası tasarrufun, vasiyet edenin ayırt etme gücünden yoksun olması sebebiyle geçersiz olması halinde, vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket ettiğinden de bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte, hata gibi iradenin sakatlandığı hallerde, artık sağlar arası işlemin geçersizlik rejimi de göz önüne alınarak bir

katılamıyorum./ Miras bırakan 5.1.1989 tarihinde vasiyetname ile muayyen mal vasiyetinde bulunmuş, bilahare vasiyet ettiği taşınmazları 28.2.1990 tarihinde kanuni mirasçısına intifa hakkını üzerine bırakarak sağlar arası tasarrufla satış yoluyla temlik etmiştir. Muayyen mal vasiyetinde vasiyete konu olan mal kendiliğinden lehine vasiyet yapıldığına intikal etmez. Vasiyet lehdar varsa tenfiz memurundan yoksa mirasçılardan malın teslimini isteyecek/Tesliminden kaçınırlarsa istihkak davası açacaktır. Şu halde, vasiyet lehdarının hakkı sözleşmeden doğan kişisel haktır. Medeni Kanunumuz vasiyet müessesesini düzenlerken miras bırakanın tek taraflı idaresine saygı gösterilmesini ve bu iradenin ölümünden sonra yerine getirilmesini kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde açıkladığı gibi, bu tek taraflı iradeye vasiyetten rücu (cayma) hallerinde de saygı gösterilmesi gerektiği ve korunacağı ilkesinden hareketle rücu ile ilişkin yasal düzenlemeler yapmıştır. (MK.'nın 489 madde vd) Medeni Kanunumuz 491. maddesinin son cümlesinde "Bir kimsenin muayyen bir mal hakkındaki vasiyetinin sonradan yaptığı tasarrufla telifi kabil olmazsa hükümsüz olur denilmektedir. Şu halde muayyen bir mal hakkındaki vasiyete konu olan malın ivazlı veya ivazsız temlik edilmiş olması halinde Medeni Kanunun 491. maddesinin son cümlesi rücu (cayma) karinesi görmektedir. Konumuzu ilgilendiren sağlar arası hukuki işlem ise zımni rücudur. Bu davranışla rücunda denilmektedir. Vasiyet tek taraflı bir hukuki işlem olduğuna göre, vasiyetten rücuda hiç kimsenin muvafakatına bağlı değildir. Miras bırakanın sağlığında vasiyetname düzenlemesinden sonra, tapu memuru huzuruna gidip bir başkasıyla sağlar arası hukuki işlem yaparak, işlem yaptığı kişi lehine satış iradesini açıklaması ile Medeni Kanunun hükümsüzlük izafe ettiği önceki muayyen mal vasiyeti ve buna bağlı kişisel hak kendiliğinden ortadan kalkar. Tapudaki temlik işlemin karşılıklı iradelerini taşıyan bir tasarruf olması tek taraflı rücuun ortaya çıkardığı vasiyetnamenin hükümsüzlüğünü etkileyemez. Diğer bir deyişle tapudaki satış işleminin yapıldığı anda miras bırakanın iradesini açıklaması ile rücuun (dönmenin) tüm unsurların ortaya çıkmış olmaktadır. Bu itibarla tapudaki sözleşmenin maddi anlamda niteliğinin araştırılmasına gerek yoktur. Öyle ise, vasiyet lehtarının hükümsüz kalan vasiyete bağlı kişisel hakkı kalmadığından eldeki davayı açmakta sıfatının ve hukuki yararının varlığından söz edilemez. Olayımızda vasiyet lehdarı mirasçı olmadığı için konusu ve sonuç bölümü itibarıyla bağlayıcı olan 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanamayacağına ittifak edildiğine göre Borçlar Kanununun 18. maddesi uyarınca vasiyetçinin irade beyanındaki gerçek amacın ne olduğunun saptanması gerekir. Muvazaa irade ile beyan arasında uyumsuzluk yaratmak şeklinde tanımlanmaktadır. Olayımızda ise miras bırakanın iradesi muvazaalı bir işlem yapmak değil önceki vasiyetinden dönmeyi amaçlayan bir irade bildirimi olarak yorumlanmalıdır. Nitekim Genel Kurulumuz 28.12.1988 gün ve 1/742-1059 sayılı kararında özetle "Temlikin muvazaa amacıyla mı yoksa gerçekten bir paylaşırma amacıyla mı yapıldığı araştırılmalıdır." 5.5.1993 gün ve 1/96-198 sayılı kararında özetle "Bakıp gözetme sözleşmesi taraflara hak ve borçlar yükleyen bir bağıttır. Genel olarak bu sözleşmeye dayalı temlikin muvazaa ile illetli olduğunun ileri sürülmesi mümkündür. Asıl saptanması gereken husus bu temlikin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapılmış olup olmadığı ve temlikte bakıp gözetme koşulunun değil, bakış amacının üstün tutulmuş bulunup bulunmadığının belirlenmesidir"denilmek suretiyle miras bırakanın irade beyanındaki amacının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır. Medeni Kanunumuzun 491 inci maddesinin son cümlesinde bir karineye yer vererek belli bir mal hakkındaki vasiyetin sonradan yapılan tasarrufla bağdaşmaması halinde hükümsüz olacağını kabul etmiş, aynı kanunun 464/son maddesi vasiyet edilen muayyen mal terekede çıkmazsa vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan mirasçı ve vasiyet lehtarının mükellefiyetten kurtulacağını hükme bağlamıştır. Bu olgular birlikte değerlendirildiğinde vasiyet lehtarının miras bırakanın amacının tartışılmaya açılmasını istemeye hukuki yararı ve dava açmakta sıfatının bulunduğunu söyleme olanağı yoktur. Bu nedenle Yüksek Genel Kurulu'nun onama kararına katılamıyoruz. Yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğini düşüncesindeyiz."

sonuca gidilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Başka deyişle, örneğin, hata sebebi ile sağlar arası işlemin geçerliliğinin askıda olduğu süre içinde, aslında, vasiyetnamenin geri alınıp alınmadığı meselesi de askıdadır. Vasiyet edenin bir yıllık süre zarfında ölmesi halinde işlemin bu hali ile geri alma sonucunu doğurup doğurmayacağı borçlar hukuku ilkelerine göre tespit edilir. Yasal mirasçıların gerekli olmamakla birlikte süresi içinde anılan tasarrufun iptali davası açmaları halinde sanırız dava sonucunun beklenmesi en isabetli çözüm olur. Aksi halde, külli halef sıfatı ile yasal mirasçıların talep hakkı devam ettiği sürece, hata halinde “bozulabilir geçerlilik” olduğundan bahisle vasiyetnamenin de geri alındığı sonucuna ulaşmak yerinde olmayacaktır. Süresi içinde iptal beyanında bulunmama sebebiyle işlemin ayakta tutulduğu hallerde dahi acaba geri alma sonucu hiçbir çekince koymaksızın kabul edilebilecek midir? Hukuki işlem güvenliğini zedeleyecek olmakla birlikte bu sorunun cevabının müspet olduğuna inanmaktayız. Bu çözüm tarzı, TMK m. 544/II’nin ruhuna daha uygundur. Sağlar arası tasarrufun, muvazaa ya da emredici kurallara, ahlaka ya da şekle aykırılık sebeplerinden biriyle kesin hükümsüz olduğu hallerde ise acaba nasıl bir çözüm benimsenmelidir? Vasiyet edenin yasal mirasçıları mirasbırakanın son arzularına herşeye rağmen saygı duyma yolunu seçmişlerse, acaba, vasiyetname lehdarının tasarrufun hükümsüzlüğünü tespit ettirebilme hususunda dava açma hakkı var mıdır? Uygulamada muris muvazaası da denen, mirasbırakanın muvazaalı bir kısım işlemlerinde, bu yola çoğu zaman, yasal mirasçıların açabileceği tenkis davasından kurtulma arzusu damga vurmaktadır. Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, vasiyetname lehdarının, sırf bu sıfatı ile anılan tasarrufun geçersizliğinin tespitini talep hakkı olmasa gerektir. Kaldı ki, tasarrufun bağışlama olması ile satım olması arasında geri alma bakımından bir fark da mevcut değildir. Başka deyişle, vasiyet edenin, örneğin satış olarak dış dünyaya yansımış bir işlemin ardında gerçekte bağış kasdı ile hareket ettiğinin tespit edilmesi konumuz bakımından fark yaratmaz. Her iki işlem de, vasiyetnamenin geri alındığını varsayabilmek için yeterlidir. Kısacası, muvazaa sebebi ile iptal ile vasiyetnamenin geri alınması kurumları arasında işlevsel bir benzerlik yoktur. Bundan dolayı, vasiyet edenin geri alma düşüncesi ile sağlar arası tasarruf yaptığı açık bir şekilde tespit edildikten sonra artık aksi yönde düşünmek hükmün sevkediliş amacı ile de açıkça çelişecektir. Ahlaka aykırılık başta olmak üzere diğer geçersizlik sebepleri bakımından da benzer bir düşünce silsilesi içinde sonuca gitmek isabetli olacaktır. Sınırlı ehliyetsizin tarafı olduğu sağlar arası hukuki işlemler açısından da yasal temsilcinin

rızasının bütün hukuka aykırılıkları ortadan kaldıracığı unutulmamalıdır. Bir de, muvazaalı işlemler için söylenegelen şu tespitin yine sınırlı ehliyetliler bakımından da tekrar edilmesinde bir sakınca yoktur: Vasiyet eden, kapalı kapılar ardında kimseye sormaksızın ikinci bir vasiyetname düzenleyerek ilkinin geri alma imkanına sahip iken, böylesi bir yol seçmekle aslında geri alma iradesini de uluorta gözler önüne sermektedir. O'na bir yandan, saklı paylı mirasçı da yoksa sınırsız, tasarruf özgürlüğü (bu arada vasiyetnamesini de geri alma imkanı tanımak); öte yandan, yapacağı sağlar arası tasarrufun, geri alma sonucu bakımından da, yasal temsilcisinin rızasına bağlı olarak sonuç doğuracağını iddia etmek çok da isabetli olmayacaktır⁸⁷⁵. FMK m. 1038'de, işlemin geçersiz olmasına rağmen geri

⁸⁷⁵ Sınırlı ehliyetli adına yasal temsilcinin işlem yapması hali başkadır. Biz, TMK m. 544/II anlamında geri almanın, sağlar arası tasarrufun vasiyet edenin iradesine dayanması gerektiğini yukarıda açıklamış idik. Herşeyden önce ifade etmek isteriz ki, temlikin iradi olması bakımından, sınırlı ehliyetlinin yasal temsilcisinin rızası ile bizzat kendisinin işlemi yapması ile yasal temsilcisinin onun adına işlem yapması arasında fark vardır. Gerçekten de, bu hallerin ikincisinde vasiyet edenin iradesinden bahis açmaya imkan yoktur. **Önen**'e bakılacak olursa, bu halde, tıpkı diğer irade dışı devir örneklerinde olduğu gibi geri alma söz konusu değildir. Sağlar arası hukuki işlem niteliğinde olsa bile geri almanın şahsa sıkı surette bağlı olduğu yolundaki prensip buna engel teşkil edecektir. Vasiyet edilen mal sonradan yasal temsilci tarafından örneğin temlik edilirse geri alma konusu olmayacaktır ve fakat belirli mal bırakma tasarrufu TMK m. 517/III uyarınca kadük sayılacaktır. Bu halde, belirli mal bırakma tasarrufunun borçlusu yasal mirasçılar da malı teslim etme yükümlülüklerinden kurtulacaklardır. Bununla birlikte, mal bir şekilde vasiyet edenin malvarlığına geri dönecek olursa, geri alınmamış olduğu için hiçbir şey lehbara teslim edilmesine engel teşkil etmeyecektir. Lehdarın, sırf bu sıfatı ile, vasiyetnameye konu edilen nesnenin yasal temsilci tarafından temlikinin önüne geçmesinin mümkün olup olmadığı ise ayrı bir tartışmanın konusunu teşkil eder. Yasal temsilcinin sınırlı ehliyetli adına yapacağı hukuki işlemler yeri geldiğinde vesayet makamları tarafından kontrol edilebilecektir. Yasal temsilci kanundan doğan bu yetkisini kötüye kullanmamalıdır. TMK'nun 461. maddesinde her ilgilinin vasiyet edenin işlem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikayette bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Vasiyet eden hayatta olduğu sürece beklenen hak düzeyinde dahi bir hakka sahip olmayan vasiyetname lehdarının, bu sıfatı ile TMK m. 461'deki "her ilgili" kavramı içinde telakki edilmesi bizce de zordur. Son cümleden olmak üzere ayrıca karşı. **Önen**, s. 125. Yazar, vasiyetname lehdarının, yasal temsilcinin haklı bir gerekçe olmaksızın vasiyetnameye konu nesneyi temlik etmesi hallerinde vesayet makamına başvurabileceğine inanmaktadır. Bir zorunluluk olmamasına ya da küçük için bir menfaat temin etmemesine rağmen temlik edilmesi olasılığında durum özellikle böyledir. Kendisinin bu düşüncesinde, benzer yöndeki Fransız içtihatlarının etkili olduğunu da tespit edebiliyoruz. Yine, vasiyet eden öldükten sonra, dürüst davranma kurallarına aykırılık teşkil ettiği ve iyi bir idarenin sınırlarını aştığı ölçüde, lehdarın, yasal temsilciye karşı uğramış olduğu zararlar için tazminat davası açabileceği de **Önen** tarafından açıklanmış bulunuyor: **Önen**, s. 126. Kanaatimizce, tüm bu tartışmaların özünde yatan sebep, sınırlı ehliyetlilerin hukuki işlemleri rejimimize ilişkin bir kısım talihsizliklerdir. Vasiyetnameye konu edilen nesneler bakımından yasal temsilcinin hukuki işlem yapabilmesinin önüne geçen bir düzenlemeye Kanunumuzda neden dolayı yer verilmediğini anlayabilmiş değiliz. Bizim bu düşüncemize, uygulama bakımından yaşanacak sıkıntılar gerekçe gösterilerek karşı çıkanlar mutlaka olacaktır. Söz konusu eleştiriler bir noktaya kadar haklılık payı da taşımaktadır. Ancak, bir hukuk sistemi eğer, 15 yaşındaki bir çocuğa, hem de hiçbir sınırlama koymaksızın vasiyetname düzenleme hakkı bahsediyorsa, bu cömertliğe bağlı olarak ortaya çıkabilecek bahsedegeldiğimiz türden sorunların tatmin edici cevaplarını da verebilmelidir. En azından, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar bakımından, yasal temsilcinin, ancak ve ancak ilgilinin rızası ile mülkiyetin nakli borcunu doğuran sözleşmeleri yapabileceğini kabul etmek bir çözüm olarak önerilebilecektir. TMK'nun 462 ve 463. maddelerinde öngörülen düzenlemeler derde deva olmaktan uzaktır. En doğrusu kısıtlıların ancak ve ancak vesayet makamları nezdinde vasiyetname düzenleyebilmeleri ve genel bir kısıtlayıcı norm olmamakla birlikte bu haldeki kişilerin yasal temsilcilerinin ancak onların rızasını alarak mülkiyeti devir borcunu doğuran sözleşmelerin tarafı olabileceklerinin kabul edilmesidir. Ayırt etme

alma için kafi olduğunun özellikle belirtilmesi bundandır⁸⁷⁶. Kanunumuzda benzer yönde bir açıklık bulunmamasına rağmen, meselenin bir kere yorum sorunu olduğu ortaya konduktan sonra, benzer yönde bir çözümün Türk hukuku bakımından da kabul edilmesinde sakınca görmemek gerekir, meğer ki mevcut geçersizlik sebebi (ayırt etme gücü yoksunluğunda olduğu gibi) vasiyet edende geri alma iradesinin mevcut olmadığını da ortaya koyacak nitelikte olsun. TMK m. 544/II anlamında geri alma işleminin tek taraflı olduğunu kabul eden yazarlar bakımından tartışma daha da renkli bir hal alacaktır. Düşüncelerimizi, hemen yukarıda yer verdiğimiz Yarg. 2. HD.'nin 2001/1-948 esas, 2001/1035 karar sayılı ve 21.11.2001 tarihli kararındaki azınlık görüşünden yola çıkarak derinleştirelim: *“Vasiyet tek taraflı bir hukuki işlem olduğuna göre, vasiyetten rücuda hiç kimsenin muvafakatına bağlı değildir. Mirasbırakanın sağlığında vasiyetname düzenlemesinden sonra, tapu memuru huzuruna gidip bir başkasıyla sağlar arası hukuki işlem yaparak, işlem yaptığı kişi lehine satış iradesini açıklaması ile Medeni Kanunun hükümsüzlük izafe ettiği önceki muayyen mal vasiyeti ve buna bağlı kişisel hak kendiliğinden ortadan kalkar. Tapudaki temlik işleminin karşılıklı iradelerini taşıyan bir tasarruf olması tek taraflı rücuun ortaya çıkardığı vasiyetnamenin hükümsüzlüğünü etkileyemez. Diğer bir deyişle tapudaki satış işleminin yapıldığı anda mirasbırakanın iradesini açıklaması ile rücuun (dönmenin) tüm unsurları ortaya çıkmış olmaktadır. Bu itibarla tapudaki sözleşmenin maddi anlamda niteliğinin araştırılmasına gerek yoktur.”*. Belki herkes tarafından bilinmesi farz sayıldığı için sıklıkla ifade edilmeyen bu düşünce tarzı, meseleyi bütün çıplaklığı ile gözler önüne sermektedir. Başta TMK m. 544/II olmak üzere, TMK m. 544/I ve kimilerine göre TMK m. 542/I için de aynen benimsenebilecek bu fikirler, doktrinde bugüne dek dile getirilmemiş olmakla birlikte, geç kalınmış haklı bir tespitin ifadesinden başkaca bir şey değildir: Geri alma hukuki işleminin dış dünyaya gerek miras sözleşmesi gerek satım sözleşmesi gibi iki taraflı hukuki işlemler kalıbı içinde yansıdığı ihtimallerde, geri alma işlemi, aslında işlemin dıştan görünen bu maddi niteliğinden bütünüyle bağımsız bir görünüm arzeder. Tüm bu sebeplerle, vasiyetnamenin geri alınmasının TMK m. 544/II anlamında bir tek taraflı hukuki işlem niteliğinde

gücünden yoksun olanlar bakımından ise, mevcut düzenleme, herşeye rağmen, menfaatler dengesine en uygun çözüm tarzını sunmuş bulunmaktadır.

⁸⁷⁶ İşlemin vasiyet edenden değil de diğer taraftan sadır bir takım sebepler yüzünden geçersiz olduğu hallerde bu yaklaşımın haklılığı daha da günyüzüne çıkmaktadır. İşlemin diğer tarafının ehliyetsizliği sebebi ile geçersiz bir satım sözleşmesi örneğinde durum böyledir. Ehliyetle ilişkin kuralların ehliyetsizi korumak adına sevk edildiği yolundaki amaçsal yaklaşımın sınırlarının genişletilmesi sağlar arası tasarrufun bir bağışlama sözleşmesi olması halinde bir ölçüde de olsa imdadımıza yetişecektir.

olduğunu iddia eden yazarlardan beklenen, bu irade bir kere tespit edildikten sonra, geri alma iradesinin dış dünyaya yansıdığı kalıbın geçerlilik şartları ile artık ilgilenmemeleridir⁸⁷⁷.

Geri alma usulünün özüne yönelik açıklamalarımızı, ayırt etme gücünün geçici kaybına ilişkin daha önce diğer geri alma usulleri bakımından ileri sürdüğümüz görüşlerin bu bahiste dahi tekrar edilebileceğini ifade ederek sonlandırıyoruz⁸⁷⁸.

2.3. Tanımı, Hukuki Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar

Sağlar arası tasarruf yolu ile geri almanın özüne yönelik tartışmaları aktardıktan sonra, sıra, bu usulün hukuki niteliğini gözler önüne sermeye gelmiştir.

Çalışmamızın bundan önceki bahislerinde, TMK m. 542/I ve m. 544/I'deki geri alma iradesinin, bir ölüme bağlı tasarruf olarak dış dünyaya yansıdığını açıklamış ve ölüme bağlı tasarruflara egemen olan sıkı şekle bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak yok etmek suretiyle geri almanın da aynı hukuki niteliğe sahip olduğunu tespit etmiş idik.

⁸⁷⁷ Ehliyeteye ilişkin ilkeler saklıdır. Zira, hemen yukarıda, vasiyet edenin örneğin ayırt etme gücünden yoksun olduğu hallerde, geri alma iradesinden de bahsedilemeyeceği ve işlemin ehliyetsizlik sebebiyle geçersizliğinin aynı zamanda geri alma sonucunu da ortadan kaldıran bir nitelik kazandığını ifade etmiş idik. Ölüme bağlı tasarruflar için durum kısmen farklılık arzeder. Vasiyetnamesini yeni bir vasiyetname düzenleyerek geri alması mümkün iken miras sözleşmesi ile geri alma yolunu seçen kişiden seçmiş olduğu bu görece daha zor yolun gereklerini yerine getirmesi beklenir. Bu yadırgatıcı da değildir. Bu noktadan sonra tartışma, olsa olsa, vasiyetnameyi geri alan irade açıklamasının miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olup olmaması ile ilgilidir. Eğer miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olan bir tasarruf geri alma sonucunu doğuruyorsa, tasarruf edenden, artık, miras sözleşmesi ehliyetine sahip olması beklenir. Ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin doğası bunu gerektirir. Zira, örneğin, miras sözleşmesinde, tasarruf eden ile işlemin karşı tarafı bakımından farklı ehliyet kuralları öngörülmüştür. Bir de, sağlar arası tasarrufların aksine, tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar ile miras sözleşmeleri arasında, ehliyet bakımından açıkça bir fark yaratılmıştır. Oysa, sağlar arası tasarruflar bakımından durum böyle değildir. Sözün özü, geri alma iradesinin dış dünyaya yansıdığı kalıbın maddi içeriği ile ilgilenmemek ölüme bağlı tasarruflar bakımından aranacak ehliyet noktasında belirleyici olamaz. Başka deyişle, geri alma iradesi her zaman için tek taraflıdır diyen yazarlardan her zaman için vasiyetname ehliyetini kafi görmeleri beklenmez. Ölçüt, doğrudan doğruya kanun tarafından konulmuştur ve tasarrufun bağlayıcı olup olmamasıdır. Bu düşünce tarzımız ehliyet dışındaki diğer geçersizlik halleri için de aynen benimsenebilecektir. Zira, özellikle vasiyet edenin vasiyetnamesini miras sözleşmesi ile geri almayı tercih etmesi karşısında, O'nu, seçmiş olduğu görece bu zor yolun gereklerini yerine getirmekle başbaşa bırakmak vicdanlarımızı da rahatsız etmez. Biz, herşeye rağmen, vasiyet edenin seçmiş olduğu geri alma yolundaki ölüme bağlı tasarruf usulünün geçersizliğine mutlak engelleyici bir etki tanıma eğilimindeki çoğunluğun fikrini hakkaniyet uğruna mümkün mertebe yumuşatma yolunu seçmiş bulunuyorduk. Orada da, bizim savunduğumuz düşünce, vasiyet edenin geri alma iradesi bir kere tespit edildikten sonra, iradenin yokluğu sonucunu doğuracak sebepler dışında geri almanın sonuçlarını doğuracağını kabul etme yolunda tecelli etmiştir. Bizim, bu kez, hemen yukarıda ölüme bağlı tasarruflar bakımından yapageldiğimiz bu fikri çaba ehliyet bakımından sağlar arası tasarruflar için de gösterilebilir. Bununla birlikte, sağlar arası hukuki işlemlerin tek taraflı ya da çok taraflı olması, ayrık durumlar saklı kalmak kaydı ile, aranacak ehliyet bakımından fark yaratmayacaktır. Yeter ki, her ikisi de borç doğurucu nitelikte olsun.

⁸⁷⁸ Bkz. yukarıda s. 114 vd..

TMK m. 544/II’de düzenlenen geri alma usulünün, bir ölüme bağlı tasarruf değil de bir sağlar arası hukuku işleme denk geldiği, maddenin “sonraki tasarruflar” şeklindeki kenar başlığından çıkartılamamaktadır. Bu hususta yönlendirici olan, Kanunun lafzından ziyade sistematigi ve ruhu olmuştur. Öyle ki, konunun ele alınış tarzı kenar başlıkla birlikte değerlendirildiğinde, TMK m. 544/I’de ihdas edilen bir ölüme bağlı tasarruf yanında başkaca tasarruflardan da bahis açılmışsa, bunun olsa olsa bir sağlar arası tasarruf olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Gerçi, maddenin lafzı da, bir ölçüde, hukuki niteliğe ilişkin kimi ipuçlarını bünyesinde barındırmaktadır. TMK m. 542/I ve m. 544/I’de açıkça bir vasiyetnameden dem vurulmuş iken TMK m. 544/II’de bu yönde bir belirlemeye gidilmemiş olması da ilgi çekicidir. Kaldı ki, TMK m. 544/II’nin belirli mal bırakma tasarruflarına hasredilmiş olmasından da aynı sonuca ulaşabilecektik. Vasiyet eden, diğer türden her türlü tasarrufu yanında belirli mal bırakma tasarrufunu da her zaman için TMK m. 542/I ve m. 544/I çerçevesinde geri alabileceği için, bu türden tasarruflar için ayrı bir hüküm sevk edilmiş olması da, burada öngörülen usulün niteliğinin öncekilerden farklı olduğunu anlamamıza yardımcı olacaktı. Demek istediğimiz şu ki, TMK m. 544/II’de bir ölüme bağlı tasarruftan bahsediliyor olsa idi, böylesi bir düzenlemeye aslında gerek de kalmazdı.

Tüm bu gerekçelerle⁸⁷⁹, biz de, TMK m. 544/II’de düzenlenen geri alma usulünün hukuki niteliğinin, bundan öncekilerden farklı olarak, bir sağlar arası hukuki işlem olduğunu ifade etmek isteriz. Onun bu özelliği, kimi zaman açıkça kimi zamanda örtülü olarak doktrinin bütünü tarafından da dile getirilmiş bulunmaktadır⁸⁸⁰. **Önen,**

⁸⁷⁹ TMK m. 544/II’de, ilk bakışta, bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ihdas edildiği fikrine kapılsak da, sağlar arası hukuki işlem kalıbına dökülmüş bir ölüme bağlı tasarruftan bahsedilemeyeceği açıktır. İçerik olarak maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufları andırırsa da, ki nihayetinde bu tasarruf ile dolaylı da olsa bir ölüme bağlı tasarrufun varlığına son verilmektedir, şeklen ve öz itibarıyla bir sağlar arası hukuki işlemdir söz konusu olan. Öte yandan, yok etmek suretiyle geri alma usulünde olduğu gibi, burada da ölüme bağlı tasarrufların şeklene yönelik bir istisna getirildiği yolunda herhangi bir fikre de rastlamış değiliz.

⁸⁸⁰ **Öztrak**, Rücü, s. 83; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 250; **Kılıçoğlu**, Miras, s. 96; **N. Ayiter**, s. 57; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 196; **Ayan**, Miras, s. 85; **Hatemi**, Miras, s. 91; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 236; **Oğuzman**, s. 179; **Şener**, Vasiyet, s. 95; **Dural/Öz**, Miras, s. 110’da açıkça; **Antalya**, s. 108; **Belgesay**, s. 87; **Aybay**, Miras, s. 62; **Berki**, Miras Hukuku, s. 83; **Gönensay/Birsan**, s. 119’da ise örtülü-örnekler üzerinden- olarak sağlar arası hukuki işlem niteliğinde bir geri almadan bahsedilmektedir. Bu hususta kaleme alınmış eserlerden ikisini ise ayrıca anmak isteriz. **İmre/Erman**, “Şimdi belirteceğimiz durum, vasiyetçinin ölüme bağlı tasarrufundan, sonraki bir ölüme bağlı tasarruf ile değil, fakat sağlar arası (ölüme bağlı olmayan) bir tasarrufu ile dönebilip dönemeyeceği sorunudur.” diyerek bizim yukarıda ifade ettiğimiz düşüncelerimizi bir başka açıdan apaçık bir şekilde gözler önüne sermektedir. **Velidedeoğlu** ise “Bu fıkrada ‘sonradan yaptığı tasarruf’ kavramına, yalnız ölüme bağlı tasarruf değil, hayatta hüküm doğuran tasarruflar da girmektedir.” diyerek deyim yerinde ise meseleye yeni bir boyut katmaktadır. Biz, yazarın düşüncesinin zevkine varabilmiş değiliz. Kanaatimizce, TMK m. 544/II (TKM m. 491/cümle 2) sadece sağlar arası hukuki işlemlere

vasiyetnamenin geri alınmasının hukuki niteliğini monografik çalışmasının ilk kısmında incelemiştir⁸⁸¹. Yazarın, bu bölümde, geri almanın tek taraflılığına ve bir ölüme bağlı tasarruf olduğuna vurgu yaptığını görüyoruz. Kendisinin, sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma bakımından meseleyi ayrıca tartışmadığını da eklemek gerekir⁸⁸². Bizim, bundan çıkardığımız sonuç, ölüme bağlı tasarruf olmadığı bir yana bırakılacak olursa, yazarın, sağlar arası tasarruf yolu ile geri almayı da tek taraflı bir hukuki işlem olarak algıladığıdır⁸⁸³. Bu tespitin, **Öztrak** için tekrarlanması da sakınca yoktur. **Öztrak** da, **Önen** ile kısmen örtüşür bir tarzda, sağlar arası tasarrufun bir tasarruf işlemi olması gerektiğinden bahsetmekle birlikte ayrıca bir belirlemeye gitmemektedir⁸⁸⁴. Öte yandan, **Öztrak** da tıpkı **Önen** gibi, monografik çalışmasının hemen başında, geri almanın geneli için, tek taraflı hukuku işlem niteliğinden söz etmektedir: “*Bütün rücu halleri, miras mukavelesi ile zımnî rücu hali hariç, tek taraflı bir hukuki muameledir.*”⁸⁸⁵.

TMK m. 544/II’de düzenlenen geri alma usulünün özüne yönelik açıklamalarımız bize göstermiştir ki, içinde geri alma iradesini de barındıran mezkur sağlar arası tasarrufun dış dünyaya yansıdığı kalıp; ivazlı ve ivazsız bir sözleşme ilişkisinden (satım ve bağış) bir sınırlı aynı hak tesisine ve buradan da aleni mükafat vaadi gibi tek yanlı bir kısım hukuki işlemlere varıncaya kadar geniş bir yelpazede farklılıklar arz etmektedir. Biz, bununla da yetinmeyip, belirli mal bırakma tasarrufuna konu edilen nesnenin aynını yok etmeye yönelik iradi bir kısım fiiller (yok etme) ile mülkiyeti terk’in dahi maddenin kavramsal çerçevesi içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş idik. Bu hallerin tamamında,

hasredilmiştir. Yazarların düşünceleri için bkz. **İmre/Erman**, s. 100; **Velidedeoğlu**, s. 520. İsviçre hukuku bakımından ayrıca bkz. **Önen**, s. 117; **Stettler**, s. 150; **Tuor**, s. 339; **Piotet**, Précis, s. 53; **Lador/Minet/Hindermann**, s. 113; **Guinand/Stettler**, s. 69; **Rodriguez**, s. 52; **Steinauer**, s. 358.

⁸⁸¹ **Önen**, s. 14 vd.

⁸⁸² Karş. **Önen**, s. 117 vd.

⁸⁸³ **Önen**, yok etmek sureti ile geri almanın hukuki niteliğini, başlangıç kısmındaki genel açıklamalar ile yetinmeyip ayrıca açıklama ihtiyacı duymuştur. Bu cümleden olmak üzere karş. **Önen**, s. 57 vd. Bütün incelemelerimize rağmen, sağlar arası tasarruf yolu ile geri almaya ilişkin ayrıca bir açıklamaya rastlayamadık. Yazar, bu bahiste, sadece burada düzenlenen geri alma imkanının bir ölüme bağlı tasarruf olmadığına vurgu yapmaktadır. Bundan dolayı, bu özelliği saklı kalmak kaydı ile, **Önen**’in geri almanın geneli için yapmış olduğu tek taraflılık olgusunun şu an incelemekte olduğumuz sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma bakımından dahi cari olduğunu düşünüyoruz. Nitekim, İMK m. 511/II anlamında sağlar arası tasarruftan ne anlaşılması gerektiği yolundaki açıklamaların da, bu tespitten farklıca düşünmemizi gerektirecek bir özelliği yoktur. **Önen**, bu kısım açıklamalarında, sağlar arası tasarrufun ivazlı ya da ivazsız olabileceğinden ve temlikin aynı zamanda vasiyetname lehdarına yapılmasının herhangi bir farklılık yaratmayacağından bahis açmakta ve sözlerini tasarrufun şarta bağlanabileceği gibi kısmi de olabileceğini söyleyerek sonlandırmaktadır.

⁸⁸⁴ **Öztrak**, Rücu, s. 83 vd.

⁸⁸⁵ **Öztrak**, Rücu, s. 17 vd.

ortada bir hukuki işlemin var olduğundan şüphe etmemek gerekir⁸⁸⁶. Sağlar arası tasarruf yolu ile geri almanın neden dolayı bir hukuki işlem sayılması gerektiği, çalışmamızın bundan önceki kısımlarında diğer geri alma usulleri bakımından ziyadesi ile tartışılmıştır. Burada, bundan önceki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetinilecektir⁸⁸⁷.

Keza, geri alma iradesinin dış dünyaya yansıdığı kalıbın kaç taraflı olduğu ile ilgilenmeksizin, sadece, mezkur iradenin vasiyetnamenin lehdarının rızasına ihtiyaç duymadığı ile ilgilenenler⁸⁸⁸, tek taraflı bir hukuki işlemin var olduğunu da iddia edeceklerdir⁸⁸⁹. Bununla birlikte, yukarıda, kısmen TMK m. 542/I ve ağırlıklı olarak TMK m. 544/I için yapmış olduğumuz başkaca bir ayırımın⁸⁹⁰ burada dahi vücut bulmasında bir sakınca yoktur. Geri alma yönündeki irade ile onun dış dünyaya yansıdığı biçimin özdeşliğinden hareket edenler, bir satım ya da bağışlama sözleşmesi örneğinde⁸⁹¹, hele bir de geri alma sonucunun geçerli bir sağlar arası tasarrufu şart kıldığı kabul edilecek olursa⁸⁹², geri alma işleminin de pekala tek taraflı olmadığını söyleyebileceklerdir. Bu son düşünceyi savunanların sesi, vasiyetname lehdarı ile sağlar arası tasarrufun diğer tarafının aynı kişi olması ihtimalinde daha da yükselecektir⁸⁹³. Geri alma sonucunun ancak ve ancak tasarruf işleminin varlığı halinde doğacağını iddia edenler bakımından mesele daha da can sıkıcı bir hal alacaktır. Zira, mülkiyetin nakli bakımından, Kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, borçlandırıcı işlemin hemen ardından ve ondan ayrı bir aynı sözleşmenin de varlığını arayan düşünce karşısında, geri almanın ve onun hukuki

⁸⁸⁶ Tartışmalı olabilecek terk için ayrıca bkz. **Serozan**, Eşya, s. 261.

⁸⁸⁷ Bkz. özellikle yukarıda s. 87 vd. ve özellikle yok etmek sureti ile geri alma için ayrıca bkz. s. 119 vd..

⁸⁸⁸ Geri alma, vasiyet edenin bir kısım irade açıklamalarına bizzat kanunun bağladığı bir sonuçtan ibarettir.

⁸⁸⁹ Hemen yukarıda zikrettiğimizin yazarların tamamı bu görüştedir. Biz, bu listeye, **Acar**'ı da eklemek isteriz. Konuya ilişkin basılı bir eseri mevcut olmamakla birlikte, Yazar da, hakim fikre iştirak ettiğini bir sohbetleri sırasında açıklamış bulunmaktadır.

⁸⁹⁰ Bkz. yukarıda s. 141 vd..

⁸⁹¹ TMK m. 544/II anlamında geri alma sonucunu doğuran tasarrufun hukuki işlem olduğu hususunda tartışma yoksa da, bu tasarrufun satım sözleşmesi gibi iki taraflı bir hukuki işlem olarak karşımıza çıkması ne denli mümkünse mülkiyeti terk gibi tek taraflı bir hukuki işlem olarak karşımıza çıkması da mümkündür.

⁸⁹² TMK m. 542/I ve TMK m. 544/I'deki geri alma usulü bakımından da aynı tartışma vasiyetnamenin miras sözleşmesi ile geri alınmasında yaşanmaktaydı. İlgilinin geçerli bir iradesinden bahsedebilmek için miras sözleşmesi ehliyetine sahip olması gerektiğini söylemekle yetinilseydi sonuç elbette farklı olurdu. Bizim, ehliyet bakımından bir itirazımız da yoktur. Ancak, uzun uzadıya açıkladığımız üzere, geri alma yolunda ihdas edilen miras sözleşmesinin, kanunun aradığı diğer geçerlilik şartlarına uygun düzenlenmesi gerektiği de, hemen hemen herkes tarafından, apaçık bir şekilde dile getirilmiş bulunmaktadır. Hal böyle olunca da, birileri çıkıp da, bu halde artık geri alma işlemi iki taraflıdır derse kimse şaşırmmamalıdır. Hele, vasiyetname lehdarı ile miras sözleşmesi lehdarının aynı kişiler olduğu ihtimalinde bu düşünce tarzının daha da yüksek sesle dile getirilebileceğinden şüphe etmemek icap eder.

⁸⁹³ Bu son olasılıkta artık bir geri almadan bahsedilemeyeceği yolundaki Yargıtayımızın görüşleri bu açıdan anlamlı ve saklıdır.

niteliğinin sağlar arası tasarrufun diğer tarafının iradesinden bütünüyle bağımsız ve sadece vasiyet edenin iradesine bağlı olduğunu iddia edebilmek ciddi manada güçleşecektir⁸⁹⁴. Gerçi, bu halde de, ihtiyaç duyulan irade vasiyetnamenin lehdarına ait değildir ve tasarruf bütünüyle onun iradesi dışında tezahür etmektedir⁸⁹⁵. Konuyu, öncesinde etraflı bir şekilde tartışmış olduğumuz için burada tekrar etmekten imtina ederiz. Bununla birlikte, biz, vasiyetnamenin geri alınması işlemini genel olarak ve bu arada sağlar arası tasarruf yolu ile geri almayı da tek taraflı bir hukuki işlem olarak kabul eden yazarların, geri alma iradesinin varlığını tartışmaya açabilecek geçersizlik sebepleri dışında⁸⁹⁶, mezkur iradenin dış dünyaya yansıdığı işlemin geçerli olup olmaması ile ilgilenmemelerini ve bu uğurdaki fikirlerini de açıklıkla dile getirmelerini beklerdik. Bu açıdan Yargıtayımız takdire şayan bir yolun izleyicisi olagelmıştır: *“Tapudaki temlik işlemin karşılıklı iradelerini taşıyan bir tasarruf olması tek taraflı rücuun ortaya çıkardığı vasiyetnamenin hükümsüzlüğünü etkileyemez. Diğer bir deyişle tapudaki satış işleminin yapıldığı anda mirasbırakanın iradesini açıklaması ile rücuun (dönmenin) tüm unsurları ortaya çıkmış olmaktadır. Bu itibarla tapudaki sözleşmenin maddi anlamda niteliğinin araştırılmasına gerek yoktur.”*⁸⁹⁷. Yukarıdaki iddialar, gerek içinde yer aldığı işlemin niteliğine bakmaksızın geri almanın tek taraflı bir hukuki işlem olduğunu ortaya koyduğu, gerekse geri alma sonucunun doğmasını

⁸⁹⁴ Böylelikle, herhangi geçersizlik sebebinin borçlandırıcı işlem için olduğu kadar tasarruf işlemi için dahi gündeme gelebileceği, bununla birlikte, aradaki zaman aralığının fazlaca olmadığı hallerde, her ikisinin akıbetinin de aynı olacağı unutulmamalıdır. Ehliyet bahsinin derinlemesine incelenmesi konumuzun sınırlarını aşmaktadır. Biz, burada, menkul mülkiyetinin naklinde soyutluk prensibini benimsediğimizi, geçerli bir tasarruf işleminin temeldeki borçlandırıcı işlemden bağımsız olarak mülkiyetin nakline esas teşkil edebileceğini ifade etmekle yetiniyoruz.

⁸⁹⁵ Bir an için mezkur sağlar arası tasarrufun diğer tarafının da vasiyetnamenin lehdarına aynı nesneyi bir ölüme bağlı tasarruf aracılığı ile bırakmış olduğunu varsayalım. Bu olasılıkta, vasiyet edenin vasiyetnamesi geri alınmış sayılsa bile sağlar arası tasarrufun diğer tarafının yapmış olduğu ölüme bağlı kazandırma neticesinde ve onun ölümü sonrasında lehdarın malvarlığına karışacağı aşıkardır. İlk vasiyetnamenin vasiyet edeninin sağlar arası tasarrufun diğer tarafının vasiyetnamesinden haberdar olduğunu ve örneğin kendi yasal mirasçılarının incineceğini düşünerek böylesi bir yolun O’nun da işine geldiğini düşünelim. Müşterek vasiyetnamelerin imkan dahilinde görülmediği bir hukuk sisteminde yukarıdaki çözümden ayrılmayı haklı kılacak bir sebep yine de vardır ve o da vasiyet edenin geri alma iradesi ile hareket etmemesidir. Bundan dolayı, bir şekilde yasal mirasçıları tarafından bu tasarruf iptal ettirilip nesne tekrar kendi mülkiyetine dönecek olursa, lehdar bu kez, vasiyetnamenin geri alınmamış sayılması sebebiyle ona kavuşabilecektir. Aynı akıl yürütme yöntemi, diğer geri alma usullerinde dahi caridir.

⁸⁹⁶ Örneğin ayırt etme gücünden yoksunluk.

⁸⁹⁷ Yarg. HGK’nun 21.11.2001 tarihli ve E. 2001/1-958, K. 2001/1035 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi, 21.12.2010). Kararın yukarıda yer verdiğimiz kısmı karşı oy yazısına ait olmakla birlikte, bu düşünce tarzının sonradan çoğunluk düşüncesine dönüştüğü hakkında bkz. yukarıda s. Geri alma sonucunun doğmasını sağlar arası tasarrufun geçerli olmasına bağlayan görüşün HGK’na ait olduğunu da eklemek gerekir. Bununla birlikte, HGK ve daire kararları arasında hiyerarşik bir sıra öngörülüş olmadığından dolayı biz düşüncemizi bu şekilde ifade ettik. Yüksek Mahkemenin kararları arasında bir gelgit olduğu kesindir ve fakat bizce daha değerli olan ilgili dairenin vermiş olduğu kararlardır. Meselenin, bir içtihadı birleştirme kararı ile yeknesak bir çözüme kavuşturulmasını ümit etmekteyiz.

tasarruf işleminin de varlığına bağlı tutmadığı için dikkate değerdir. Benzer bir yaklaşımın, diğer geri alma usullerinin hukuki niteliğine ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalara eklenmesinde dahi bir sakınca görmüyoruz⁸⁹⁸.

Hemen yukarıya almış olduğumuz bu düşünce tarzı, başkaca bir meselenin halli bakımından da önem arz eder. Vasiyetnamenin TMK m. 544/II anlamında geri alınması bir kere hukuki işlem olarak kabul edildikten sonra, bu işlem için hukuki işlem ehliyetinin aranacağı tereddütsüz olarak kabul edilir. Bu tasarrufun borçlandırıcı işlem safhasında kalması ile yetinmeyenlerin hukuki işlem ehliyeti yanında tasarruf yetkisini de aramaları gerektiği aşıkardır⁸⁹⁹. Bu vesile ile, işlemin iki ya da tek taraflı olmasının, aranacak ehliyet bakımından bir fark yaratmayacağını da eklemeliyiz. Zira, sağlar arası tasarruflar bakımından, miras sözleşmesi ve vasiyetnamelerde olduğunun aksine⁹⁰⁰, işlem ehliyeti farklılaştırılmamıştır⁹⁰¹. Sağlar arası tasarrufun geçersiz de olsa geri alma sonucunu doğuracağını kabul eden yazarlar nezdinde, geri alma iradesinin yokluğuna ya da sakatlanmasına sebep olacak haller dışında, diğer geçersizlik sebepleri gibi ehliyetsizliğin de önemini kaybedeceği aşıkardır. Bu noktadan sonra, olsa olsa, ölüme bağlı tasarruflar bakımından kati surette uygulama alanı bulan temsil yasağının şu an incelemekte olduğumuz geri alma usulü bakımından uygulanıp uygulanmayacağı ve uygulanacaksa da bunun ölçüsünün ne olacağı hususlarının tartışmaya açılması gerekir. Bundan sonraki açıklamalarımızın geri almanın vasiyet edenin şahsına sıkı sıkıya bağlı olup olmaması ile ilgili olduğu da unutulmalıdır⁹⁰². Sözü daha fazla uzatmaya gerek görmüyoruz:

a. Vasiyet eden ayırt etme gücünden yoksundur: Tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukuki işlemler herhangi bir sonuç doğurmayacağından sağlar arası tasarruf geçersiz kabul

⁸⁹⁸ Bkz. yukarıda s. 87 vd.; 141 vd..

⁸⁹⁹ Vasiyetnameye konu edilen nesnenin vasiyet eden uhdesinde bulunmasının sebebinin kendisine tasarruf yetkisi vermeyen bir sözleşme ilişkisi olduğunu varsayalım. Vasiyet eden bu nesneyi lehdara vasiyet etmiş ve ardından da sağlar arası tasarrufta bulunmuş olsun. Üçüncü kişinin TMK m. 988 gereğince mülkiyeti kazandığı hallerde de geri alma sonucunun kabul edilebilmesi gerekir, meğer ki vasiyetnamenin yorumundan bunun bir tedarik vasiyeti olduğu anlaşılsın.

⁹⁰⁰ Miras sözleşmesi ve vasiyetnameler için ehliyet kurallarının farklılığı için bkz. yukarıda s. 146 vd..

⁹⁰¹

⁹⁰² Ölüme bağlı tasarruflar için mutlak surette kabul edilen şahsa sıkı surette bağlılığın, aynı şiddette olmasa bile, bir ölüme bağlı tasarrufun geri alınması sonucunu doğuran sağlar arası hukuki işlemler bakımından da, kabul edilmesi yadırganmasın. Kanunun bu türden bir işleme geri alma sonucunu bağlamasının doğal uzantısıdır bu. Hem, aksinin kabul edilmesi, düpedüz kanunun dolanılmasına izin verilmesi anlamına gelecektir.

edilecek ve geri alma sonucu da doğmayacaktır⁹⁰³. Geri alma sonucunu sağlar arası tasarrufun geçerliliğine bağlamayan görüşteki yazarlar bakımından dahi durum değişmez. Zira, bu halde, vasiyet edenin geri alma iradesine sahip olduğu da iddia edilemeyecektir. Yoksunluğun, vasiyetname düzenlenirken de mevcut olması halinde, ulaşılabacak sonuç fazlasıyla değişmemekle birlikte, akıl yürütme yöntemi farklılaşacaktır⁹⁰⁴. Sağlar arası tasarrufun vasiyet eden adına bizzat yasal temsilcisi tarafından yapılması halinde ise geri almadan bahis açılmaz. Çünkü, bu halde de, vasiyet edenin geri alma yönünde bir iradesi yoktur⁹⁰⁵.

b. Vasiyet eden sınırlı ehliyetsizdir: Sınırlı ehliyetsizlerin kendilerini borç altına sokan işlemler bakımından yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyacakları açıktır⁹⁰⁶. Sağlar arası tasarrufun geçerli olmasını arayan görüş taraftarları ve bu arada **Önen**'e bakılacak olursa⁹⁰⁷, sınırlı ehliyetsizin vasiyetnameye konu nesneyi bu kez sağlar arası tasarrufa konu ederek devretmesi geri alma sonucunu doğurmayacaktır. Zira işlem geçersizdir⁹⁰⁸. Oysa, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, vasiyet eden böylesi bir yolu seçmekle geri alma iradesini apaçık bir şekilde ortaya koymaktadır⁹⁰⁹. Aksi düşüncedeki yazarlar, bu iradeye, ancak yasal temsilcinin rızası ile bütünleşirse bir değer vermektedirler. Sınırlı ehliyetsiz adına işlemin bizzat yasal temsilcisi tarafından yapılması hali saklıdır. **Önen**, yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsiz adına işlemi bizzat yaptığı hallerde, şahsa sıkı sıkıya bağlılık

⁹⁰³ Tam ehliyetsizlerin hukuki işlemlerinin hiçbir sonuç doğurmayacağı yolundaki ilkenin aslında tam ehliyetsizi korumak amacıyla sevk edildiği de unutulmamalıdır. Bu halde, vasiyetname lehdarına anılan sağlar arası tasarrufu geçersiz kılma yolunda bir talep hakkının tanınması bu ilkenin de ihlali anlamını taşıyacaktır. Sağlar arası tasarrufun ivazlı olduğu hallerde durum özellikle böyledir.

⁹⁰⁴ Ölüme bağlı tasarrufa ehliyet hak ehliyetinin parçası sayılırsa vasiyetname yok hükmünde sayılacak ve bu nitelikteki bir tasarrufun geri alınmasından bahis açmaya da gerek kalmayacaktır. TMK m. 557'nin lafzına bakılacak olursa ehliyetsizlik sadece bir iptal sebebidir. İptal davası açma süresi vasiyet edenin ölümünden sonra başlar. Süresi kaçırıldığı için hakkında iptal davası açma imkanı yitirilen vasiyetnamelerin geçerli bir şekilde varlığını devam ettireceği de muhakkaktır. Böylesi bir halde, vasiyetnameye konu edilen nesne bir de sağlar arası tasarruf yolu ile üçüncü kişiye devredilmiş ve vasiyet eden bu tasarrufu yaparken de ayırt etme gücünden yoksun bulunsun. Bu halde, vicdanımızı sızlatsa da, vasiyetname lehdarının vasiyetnameye ve sağlar arası tasarrufa konu edilen nesnenin mülkiyetini kazanacağını söylemek gerekir. Vasiyet edenin yasal temsilcinin onun adına gerektiğinde geri alma vasiyetnamesi düzenleyebileceğini iddia edebilmemizin altında yatan sebep de esasında bu sızlamanın önüne geçebilme kaygısı olmuştur.

⁹⁰⁵ Bununla birlikte, TMK m. 542/I için tespit ettiğimiz, hakkaniyet düşüncesine dayalı istisnaların burada dahi kabul edilmesi mümkündür.

⁹⁰⁶ Sınırlı ehliyetsizin tarafı olabileceği sağlar arası tasarrufa yönelik TMK m. 449'un getirdiği ek yasaklar gözden uzak tutulmamalıdır.

⁹⁰⁷ **Önen**, s. 133.

⁹⁰⁸ Bu halde, yasal temsilcinin icazet verip vermeyeceğinin belli olmadığı ara dönemde geri almanında askıda olduğunu kabul etmek en doğrusudur.

⁹⁰⁹ Nitekim, geri almanın vücut bulmasını sağlar arası tasarrufun geçerli olmasından bağımsızlaştıran Fransız hukuku için durum böyledir: **Terré/Lequette**, s. 392.

kuralının, bu tasarrufa TMK m. 544/II'de öngörülen geri alma karinesinin bağlanmasına engel teşkil edeceğini, keza, vasiyet edenin geri alma iradesinden de bahsedilemeyeceğini eklemektedir⁹¹⁰. Sağlar arası tasarrufun geçersiz olması ile ilgilenmeyenler bakımından ise meselenin çözümü nispeten kolaydır: Sınırlı ehliyetsizin tarafı olduğu hukuki tasarruf bünyesindeki geçersizlik sebebine rağmen vasiyetnamenin geri alındığı anlamına da gelir.

Gerek tam ehliyetsizler gerekse sınırlı ehliyetsizler adına yasal temsilcinin işlemi bizzat kendisinin yaptığı hallerle ilgili olmak üzere şu çekinceyi taşımaya devam ettiğimizi de eklemek gerekir: Vasiyetnameye konu edilen nesneler bakımından yasal temsilcinin ehliyetsiz adına kendi başına işlem yapmasının önüne geçecek bir sistemin bir an evvel kabul edilmesi yerinde olur. Aksi halde, böylesi bir sağlar arası tasarrufun geri alma anlamına gelmeyeceğini iddia ve kabul etmek, nesne vasiyet edenin malvarlığında olmayacağı için son arzuların yerine getirilmesinin önünde her zaman için ciddi bir engel teşkil edecektir. Bu engel, ikame değer vasiyetname lehdarına herhalde verileceğinin kabulü ile bir nebze yumuşatılabilirse de; bu çözüm tarzının, bağışlama gibi ivazsız işlemler bakımından anlam ifade etmeyeceği gibi⁹¹¹, vasiyet edenin son arzusuna ve kanunun ruhuna aykırılık teşkil edeceği de açıktır.

Sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma bahsini kapatmadan önce son bir noktaya daha kısaca değinmek isteriz. TMK m. 544/II anlamında geri alma, TMK m. 544/I'deki geri alma usulü ile birlikte, eskilerin tabiriyle zımni yani örtülü bir geri alma usulü olarak kabul edilmektedir. Bunun sebebi, özünün, vasiyetnameye konu edilen bir nesnenin daha yaşarken gözden çıkarılmasına kanunun bağladığı varsayılan geri alma yolundaki karineye dayanıyor olmasıdır. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, vasiyet eden, sağlar arası tasarrufun içeriğini serbestçe belirleme hak ve yetkisine sahiptir. Acaba, O, hiç gereği yok iken, mezkur tasarrufun vasiyetnamenin geri alındığı anlamına geldiğini yine o tasarrufta açıkça dile getirmiş olsa nasıl bir yol izlenecektir? Vasiyet edenin sonradan

⁹¹⁰ **Önen**, s. 124-125. Fransız hukuku için benzer yönde bkz. **Planiol/Ripert**, s. 663; **Terré/Lequette**, s. 392. Tam ehliyetsizlerin aksine sınırlı ehliyetsizler bakımından, şahsa sıkı sıkıya bağlılık kuralını yumuşatma yolundaki bir çabaya gerek duymuyoruz. Çünkü, bu halde, ilgili, geçerli bir surette ölüme bağlı tasarruf düzenlemek sureti ile geri alma imkanına zaten sahiptir. Bununla birlikte, hakkaniyet gereği, yasal temsilcinin vasiyet eden lehine hareket ettiğinin sonradan anlaşıldığı hallerde, geri alma bakımından da işlemin sonuç doğuracağı kabul edilebilecektir. Bu olasılıkta, sınırlı ehliyetsizin mefruz bir iradeye sahip olduğu dahi iddia edilebilecektir. Bizim, sınırlı ehliyetsiz-yasal temsilci ve yasal temsilciyi kısıtlanmasına ilişkin hükümlerimiz, insanın doğasının kötü olduğundan hareket ederek, yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsiz zararına yapacağı bir kısım işlemlerin önüne geçilmesi esasına dayanır. O'nun, pekala, sınırlı ehliyetsiz lehine de hareket edebileceği göz ardı edilir.

⁹¹¹ TMK m. 449 sadece önemli bağışlamaların yasal temsilci tarafından yapılamayacağını öngörmektedir.

yapacağı bir satım sözleşmesinde yer vereceği “bu satımla vasiyetnamemi de geri almış oluyorum.” türünden bir kaydın ne anlama geldiğini tespit etmekten ibarettir mesele. Bu halde, mezkur kaydın, satım sözleşmesinin doğal muhtevassından olmadığının altını çizmek gerekir ilkin. Satım sözleşmesi bakımından, o olmasa da zaten kanunun bağladığı bir sonucun apaçık ifadesi olan bu cümle, satım sözleşmesinden bağımsız olarak değerlendirildiğinde pekala TMK m. 542/I anlamında bir saf geri alma vasiyetnamesi olarak kabul edilebilecektir⁹¹².

Tüm bu bilgilerin ışığı altında, TMK m. 544/II anlamında vasiyetnamenin geri alınması, “tek ya da çok taraflı kalıplar içinde karşımıza çıkan sağlar arası hukuki işlem niteliğindeki öyle işlemlerdir ki, bununla vasiyet eden, belirli mal bırakma lehdarının rızasına ihtiyaç duymaksızın söz konusu tasarrufunun kısmen ya da tamamen, hukuki sonuçlar doğurmasına engel olur.” şeklinde tanımlanabilecektir.

⁹¹² Vasiyetnameyi geri alma yönündeki bu iradeye, vasiyet eden öyle adlandırmasa bile, ölüme bağlı tasarruf eliyle geri alma sonucunu bağlamak yorum kuralları gereğidir. Son cümleden olmak üzere bkz. yukarıda s.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:
KİSMİ VE ŞARTA BAĞLI GERİ ALMA
GERİ ALMANIN GERİ ALINMASI

I. KISMİ VE ŞARTLI GERİ ALMA

1. Kısmi Geri Alma

Çalışmamızın bundan önceki kısımlarında, vasiyetnamenin bir bütün olarak, başka deyişle, muhtevastındaki ölüme bağı tasarrufların tamamıyla geri alınmasını incelemiş bulunuyoruz. Oysa bu, bir zorunluluk değildir. Geri almanın vasiyetnamenin bütününe yönelik olabileceğı gibi sadece bir kısmına da yönelik olabileceğı, TMK'nun 542. maddesinin 2. fıkrasında şöylelikle ifade edilmiş bulunmaktadır: “*Vasiyetnamenin tamamından veya bir kısmından dönülebilir.*”. Aynı imkana, İMK m. 511/II ve FMK m. 1035 ve 1038’de de işaret edilmektedir.

Gerek Türk gerekse İsviçre hukuk sisteminde, vasiyetnamenin geri alınması usullerinden bağımsız ve genel nitelikli bir hükme yer verilmemiştir⁹¹³. FMK için de benzer bir düşüncenin dile getirilmesinde sakınca yoktur. Biz, söz konusu eksikliğin TMK m. 542/I (İMK m. 509/I)’e sanki bir genel hüküm havası verilerek aşılmaya çalışıldığını da açıklamıştık. **Öztrak**’ın şu söyledikleri bu açıdan dikkatimizi çekmektedir: “*Kısmen rücu dair olan hükmün, sarıh rücuu tanzim eden 489uncu maddede yer alması bazı tereddütlere yol açabilir. Bununla beraber Türk hukukunda kısmen rücuun, bütün rücu hallerinde mümkün olacağı kanaatindeyiz. Nitekim, 491 inci maddenin (I) inci cümlesine dikkat edilecek olursa, buradaki zımni rücu halinin de, kanunda açıkça ifade edilmemekle beraber, mukaddem tarihli tek taraflı ölüme bağı tasarrufların tamamı veya bir kısmı hakkında varit olabileceğı kolayca anlaşılır.*”⁹¹⁴. **Önen** de, bir vasiyetnamenin çoğu zaman birbirinden bağımsız ölüme bağı tasarrufların toplamı olduğundan hareketle aynı sonuca ulaşmaktadır⁹¹⁵. FMK’nun 1035 (İMK m. 509-TMK m. 542) ve 1038. maddelerinde geri almanın kısmi de olabileceğı açıkça zikredilmiş olmasına rağmen 1037. maddede sessiz kalınması bu açıdan anlamlıdır. Ezcümle, **Öztrak**’a iştirak ederek, kısmi geri almanın, TMK m. 544/I (İMK m. 511/I) bakımından, geri alma usulünün doğasından kaynaklandığını eklemek isteriz: İlk tarihli vasiyetnamede yer alan tasarruflardan sadece ikincisi ile telifi mümkün olmayanlar devre dışı kalacak ve böylelikle ayakta kalan

⁹¹³ Bkz. yukarıda s. 82 vd..

⁹¹⁴ **Öztrak**, Rücu, s. 80. Yazarın kısmi ve şarta bağı geri almayı ayrı bir bahiste incelemesi bu açıdan da anlamlıdır.

⁹¹⁵ **Önen**, s. 43 vd. Yazar, kısmi geri almayı da, vasiyet edenin son isteklerinin ölüm anına kadar değişebileceğı yolundaki ilkeye dayandırmaktadır.

tasarrufların varlığı bize geri almanın kısmi de olabileceğini ispat edecektir. Bundan dolayı, TMK m. 542/II’de öngörülen kısmi geri alma imkanının, TMK m. 544/I’den ziyade, TMK m. 543/I ve TMK m. 544/II için dahi cari olduğunu söylemek pratik bir öneme sahip olacaktır. Sözün özü, geri almanın kısmi de olabileceğinin önünde herhangi bir kanuni engel yoktur.

TMK m. 542/I anlamında kısmi geri alma ile açıklamalarımıza başlayalım. **Steinauer**, açık bir geri alma vasiyetnamesi ile geri almanın da kısmi olabileceğinden bahis açmaktadır⁹¹⁶. **Rodriguez**⁹¹⁷ ile **Guinand/Stettler**⁹¹⁸ başta olmak üzere doktrinin geneli de benzer yönde düşüncelerini dile getirmiş bulunmaktadır⁹¹⁹. Federal Mahkemenin düşünceleri de bu eksendedir⁹²⁰.

Vasiyet edenin vasiyetnamesini kısmen geri alabileceği TMK m. 542/II’de açıkça öngörülmüştür. Biz türlü vesilerle, TMK m. 542/I’in saf geri alma vasiyetnamesine karşılık geldiğini de açıklamış idik. İşte, bu saf geri alma iradesi bile kısmi bir geri almanın varlığına vücut verebilecektir. Vasiyet edenin eski tarihli vasiyetnamesinde şunların yazılı olduğunu varsayalım: “Otomobilim A’nın olsun, B’yi de terekemin 3/5’i için mirasçı atıyorum.”.

Vasiyet eden ikinci bir vasiyetname düzenler ve orada örneğin “ilk vasiyetnamemdeki belirli mal bırakma tasarrufunu geri alıyorum” türünden bir kayda yer verirse, vasiyetnamesini TMK m. 542/I anlamında kısmen geri almış olur. **Gönensay/Birsan’e** nazaran⁹²¹ ve Onların ifadeleri ile, vasiyetten kısmen cayılmışsa cayılmayan kısım varlığını devam ettirir. O halde, örneğimizde, B vasiyet edenin ölümünde sağ olması koşulu ile terekenin 3/5’i üzerinde hak sahibi olmaya devam edecektir. **Öztan**, kısmi geri almanın etkisinin genişleyebileceğini de özellikle eklemektedir: “*Mirasbırakan vasiyetnamenin bir kısmından dönüyorsa fakat vasiyetname*

⁹¹⁶ **Steinauer**, s. 356.

⁹¹⁷ **Rodriguez**, s. 52.

⁹¹⁸ **Guinand/Stettler**, s. 68.

⁹¹⁹ **Piotet**, Précis, s. 53; **Escher**, s. 353; **Hirt/Reyffel**, s. 65; **Stettler**, s. 145; **Rossel/Mentha**, s. 95; **Lucet**, s. 7; **İmre/Erman**, s. 98; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 247; **Dural/Öz**, Miras, s. 107; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231; **Hatemi**, Miras, s. 90; **Ayan**, Miras, s. 84; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 194; **Kılıçoğlu**, Miras, s. 92; **Şener**, Vasiyet, s. 90; **Oğuzman**, Miras, s. 176-177; **Köprülü**, Miras, s. 112; **Velidedeoğlu**, s. 518; **Belgesay**, s. 85; **Gönensay/Birsan**, s. 116; **Berki**, Miras Hukuku, s. 81; **Öztan**, s. 189; **Antalya**, s. 106.

⁹²⁰ ATF 124 III 406.

⁹²¹ **Gönensay/Birsan**, s. 116.

*bir bütün teşkil ediyorsa, bu dönme vasiyetnamenin tümünden dönme kabul edilir.”⁹²². **Önen** de⁹²³ vasiyet edenin aslında bağımsız olabilecek olan her bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar arasında bir bağlantı kurması ihtimalinde, bu tasarruflardan birini geri almanın vasiyetnamenin tamamını geri almaya denk geleceğini iddia etmektedir⁹²⁴. Yazar, eğer böyle bir bağlantı yoksa kısmi geri almanın şu hallerde söz konusu olabileceğini de örnek kabilinden eklemektedir: Vasiyet eden belirli mal bırakma tasarruflarını bırakıp mirasçı atama tasarrufunu geri alabilir; ilk vasiyetnamesinde 100000 TL bıraktığı yeğenine ikinci vasiyetnamesi ile 50000 TL bırakabilir (ki bunu yaparken ikinci vasiyetnamesinde – yeğenime bıraktığım paranın 50000TL’sını geri alıyorum-yazılıdır.). **Serozan**’ın vermiş olduğu örnek de hemen hemen öncekilerin aynısıdır⁹²⁵: “*Örneğin mirasbırakan, evvelce A ile B’ye yapmış olduğu kazandırmalardan sadece A yararına ait olanları geri alır da B yararına olanına dokunmaz.*”.*

Kısmi geri alma halinde geri alınmayan kısmın varlığını devam ettireceği asılsa da⁹²⁶; **Dural**, isabetle, kalan kısmın tek başına bir şey ifade etmediği hallerde, kısmi geri almanın etki alanının genişleyeceğini belirtmektedir⁹²⁷. Biz, şöylesi bir örnek ile yazarın düşüncesinin somutlaştırılabileceğine inanmaktayız: Vasiyet eden ilk vasiyetnamesinde sadece A’ya otomobilini bıraksın ve B’yi de vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atasın. İşte ikinci vasiyetnamede sadece A lehine yapılan kazandırmanın geri alındığı yazılı olsa bile, bu sonuç, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama tasarrufu bakımından dahi cari olacaktır.

Kısmi geri alma bakımından da belirleyici olan, vasiyet edenin iradesinin ne yönde olduğunun tespit edilebilmesidir⁹²⁸. Kısmi geri alma, nihayetinde, mevcut vasiyetnamede

⁹²² **Öztan**, s. 189.

⁹²³ **Önen**, s. 43.

⁹²⁴ Yazara göre vasiyet edenin muhtelif tasarruflarını kurulacak olan bir vakfa özgülediği hallerde durum özellikle böyledir. O’nun vakıf tasarrufunu geri alması o vakfa mal özgüleme yolundaki diğer tasarrufları da geri alması anlamına gelir. **Önen**, mezkur tasarruflar arasında bir bağlantı olduğunun, bunu iddia eden tarafından ispatlanması gerektiğini de eklemektedir. Son cümleden olmak üzere bkz. **Önen**, s. 43. Yazarın düşüncelerini bir parça geliştirmek isteriz: Vasiyet eden vakıf kurma tasarrufunu değil de vakfa mal özgülediği muhtelif tasarruflarından bir kısmını geri alacak olursa ve neticede kalan kısmın vakfın amaçları doğrultusunda faaliyetlerini sürdürmesine yetmeyeceği anlaşılırsa da benzer bir bütüncül geri almadan bahis açmak hatalı olmaz.

⁹²⁵ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 247.

⁹²⁶ **Ayan**, Miras, s. 84.

⁹²⁷ **Dural/Öz**, Miras, s. 107.

⁹²⁸ **Berki**, Miras Hukuku, s. 81; **Lucet**, s. 7.

değişiklik-tadilat yapıldığı anlamına gelir⁹²⁹ ve vasiyet edenin, zarar verme kasdı ile hareket etmediği sürece, bu türden değişiklikleri ömrünün sonuna kadar yapabilmesi imkan dahilindedir⁹³⁰.

Öte yandan, geri almanın kısmi olabileceği, TMK m. 544/I'in doğasından kaynaklanmaktadır. Zira, ilk vasiyetnamenin ilki ile telafisi kabil olan kısımlarının geri alınmamış sayılacağı rahatlıkla söylenebilir: Sonraki tarihli vasiyetname önceki tarihli vasiyetnameden açıkça rücuu ihtiva etmiyorsa, sonraki tarihli vasiyetnamenin hükümlerinden, evvelki vasiyetnameyi açıkça tamamlayıcı mahiyette olmayan kısımlar, evvelki vasiyetin yerine geçer⁹³¹. İlk vasiyetnamenin lehdarları, her halde, sonraki tarihli olanın önceki tarihli olanı tamamlamak maksadı ile yapıldığı açık bir şekilde ispat edebildikleri ölçüde farklı tarihlerde kalem alınmış her iki tasarruf birlikte uygulanacaktır. İşte bu ispatın kısmi olması da mümkündür ki o vakit karşımıza TMK m. 544/I uyarınca kısmi geri alma çıkar. **Berki**, kendi deyişi ile zımni geri almanın da kısmi olabileceğini apaçık bir şekilde ortaya koymaktadır: “*Cayma zımni olabilir; zımni cayma da tam veya kısmi olabilir.*”⁹³². Vasiyet edenin ilk tarihli vasiyetnamesi ile A’ya otomobilini, B’ye ise evini vasiyet ettiğini varsayalım. İkinci vasiyetnamesinde açık bir geri alma beyanı olmaksızın sadece A’ya otomobilini bıraktığı varsayımında artık vasiyetnamenin zımnen ve kısmi olarak geri alındığını sonucunu kabul etmek gerekir. Keza, ikinci vasiyetnamede, ev için C’nin yarı hisse ile lehdarlar arasına katılması halinde de durum böyledir⁹³³. Yine, açık bir geri alma iradesinin yokluğuna rağmen vasiyet eden örneğin ilk vasiyetnamesinde vasiyet ettiği meblağı düşürmüş ya da artırmış ise de kısmi geri alma söz konusudur⁹³⁴.

Yok etmek suretiyle geri almanın da kısmi olması mümkündür. Yeter ki, vasiyet edenin iradesinin, yok edilmeyen kısımları ayakta tutmak yolunda olduğu anlaşılabilir⁹³⁵.

⁹²⁹ **Kılıçoğlu**, Miras, s. 92.

⁹³⁰ **Önen**, s. 44; **Hirt/Ryffel**, s. 64. **Hirt/Ryffel**, vasiyet edenin değişiklik yönündeki iradesini apaçık şekilde ifade etmesinin sonradan ortaya çıkabilecek karışıklıkların önüne geçeceğinin altını çizmektedir.

⁹³¹ **Velidedeoğlu**, s. 519.

⁹³² **Berki**, Miras Hukuku, s. 82.

⁹³³ **Berki**, Miras Hukuku, s. 82. Yazara göre, aynı ev üzerinde C lehine bir sınırlı ayni hak tesis edilmesinde dahi kısmi geri almadan bahis açmak gerekir. Son cümleden olmak üzere karşı. **Önen**, s. 44.

⁹³⁴ Aksinin ispatı, başka deyişle, bu hallerde geri alma iradesi ile hareket edilmediğinin ispatı mümkündür. Benzer yönde olmak üzere karşı. **İnan/Ertas/Albaş**, s. 196. Karşı. **Honsell/Wogt/Geiser**, s. 271.

⁹³⁵ **İmre/Erman**, s. 102; **Kılıçoğlu**, s. 94. **Kılıçoğlu**’na göre vasiyet edenin vasiyetnamedeki bir kısım tasarrufların üzerini silip yanına paraf atması kısmi geri almanın varlığına işaret eder. Kanaatimizce, somut olayın özellikleri aksinin kabulünü zorunlu kılmadıkça, paraf olmasa da ulaşılabilecek sonuç aynı olacaktır. Bizimle benzer yönde bkz. **Önen**, s. 73.

Vasiyet eden, vasiyetnamedeki bir kısım tasarrufların üzerini silmiş ya da karalamışsa, pekala, bir kısmi geri almadan bahis açılabilir⁹³⁶. **Escher**'in düşüncelerini aynen aktarmak faydalı ve yeterli olacaktır⁹³⁷: “*Senedin kısmen imhası, mesela bozulması, yırtılması da kafidir, yırtılma halinde durumun icaplarına bakılır: Vasiyetçi kağıdın yalnız bir kesimini yırtıp yok eder, fakat kalanı başlıbaşına muteber bir tasarrufun bütün farikalarını haiz bulunursa tereddüt halinde bu, tasarruf olarak tutulacaktır.*”. **Şener** ise kısmen imhada yorumun önemine dikkat çekmektedir⁹³⁸. **Rodriguez** de yok etme fiilinin vasiyetnamenin bir kısmına yönelmesi halinde geride kalan metnin metnin yok edilen kısma nazaran bağımsız bir görünüm arzemesi şartıyla geçerli kalabileceğini söylemektedir⁹³⁹. **Önen** de, düzenleme tarihi ve imza gibi geçerlilik şartlarına yönelik olmadığı sürece kısmi geri almanın mümkün olduğundan bahis açmaktadır⁹⁴⁰. **Rodriguez**'e göre **Önen**'in düşünce tarzının şu çekince ile kabul edilmesinde bir sakınca da yoktur: Üzeri silinen örneğin düzenleme tarihi yeri geldiğinde vasiyetname dışı olgulara da başvurmak sureti ile tespit edilebilecektir⁹⁴¹. Bu son ihtimalde **Rodriguez**'e nazaran geri almadan bahis açmaya da yer yoktur. **Öztrak**, yukarıda yapılagelen tartışmalara bütüncül bir değerlendirme ile noktayı koymaktadır. Yazara göre, vasiyetnamedeki bir kısım tasarrufların üzerinin silinmiş, çizilmiş olması ya da vasiyetnamenin bir kısmının koparılması şu üç şartın varlığı halinde kısmi geri alma sonucunu doğurur⁹⁴²:

- a. Elde kalan belge bir ölüme bağlı tasarrufun geçerlilik şartlarını haiz olsun⁹⁴³.
- b. Yok etme fiilleri geri alma maksadı ile yapılmış bulunsun.
- c. Yok edilmemiş kısımdaki tasarrufların vasiyet edence ayakta tutulmak istendiği sonucuna ulaşılın⁹⁴⁴.

⁹³⁶ **Lucet**, s. 19. Bununla birlikte bu halde TMK m. 544/I'in de devrede olduğu unutulmamalıdır.

⁹³⁷ **Escher**, s. 354.

⁹³⁸ **Şener**, Vasiyet, s. 90.

⁹³⁹ **Rodriguez**, s. 53. Yazar, vasiyetnamenin geçerlilik şartlarından birinin yok edilmesi halinde artık metnin tamamının geri alındığının da altını çizmektedir. ATF 78 II 348

⁹⁴⁰ **Önen**, s. 71. Benzer yönde bkz. **Rossel/Mentha**, s. 95. **Önen**, çizmek ya da silmek şeklinde vukubulan kısmi yok etmek suretiyle geri almada artık İMK m. 505'de öngörülen şekil şartlarının yerine getirilmiş olmasının aranmayacağını iddia etmektedir.

⁹⁴¹ **Rodriguez**, s. 53 ve oradaki dn. 13.

⁹⁴² **Öztrak**, s. 80-81.

⁹⁴³ Benzer yönde bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 362; **Terré/Lequette**, s. 392 ve özellikle oradaki dn. 5.

Sağlar arası tasarruf yolu ile geri alma da kısmi olabilir. **Öztrak**'a nazaran, keyfiyet, vasiyetnameye konu edilen malın kısmen temlik edilmesinden kaynaklanabileceği gibi sınırlı ayni hak tesis edilmesinden de kaynaklanabilir⁹⁴⁵. **Önen** ise sağlar arası tasarrufun vasiyetnameye konu nesneye ilişkin olduğu ölçüde geri almaya denk geleceğinden hareketle aynı sonuca ulaşmaktadır⁹⁴⁶. Vasiyetnameye konu edilen taşınmazın sadece bir kısmının temlik edilmesi örneğinde olduğu gibi. Bununla birlikte, geri alınan vasiyetnamenin sağlar arası tasarrufa konu edilen nesne dışında başkaca tasarruflar içermesi de mümkündür. Bu halde, belirli mal bırakma tasarrufu bütünüyle geri alınsa bile, vasiyetnamede yer alan diğer tasarrufların, aralarında bağlantı olmadığı sürece, bu geri alma iradesinden etkilenmeyeceği aşıkardır⁹⁴⁷.

Yargıtay, muhtelif vesilelerle, geri almanın kısmi de olabileceği yolunda yerleşmiş bir düşünceye sahip olduğunu açıklamış bulunmaktadır⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ Yok edilen kısımdaki tasarruflarla yok edilmeyen kısımdaki tasarruflar arasında bir bağ var ise vasiyet edenin geride kalanların varlığını devam ettirmek düşüncesinde olduğunu ispat güçleşecektir. Fransız hukuku bakımından da durum Türk-İsviçre hukuku gibidir. Lucet, yok etmek suretiyle geri almanın kısmi olabileceğinden bahis açmakta ve bu halde geride kalan kısmın geçerli bir şekilde varlığını devam ettireceğini eklemektedir. Bununla birlikte, yazarın, bu sonucu kalan kısmın geçerlilik koşullarını taşımasına bağladığını da ifade etmek isteriz. Son cümleden olmak üzere bkz. **Lucet**, s. 19. **Önen** de, konuyla ilgili olmak üzere Fransız içtihatlarındaki değişimi derinlemesine tahlil etmiş bulunmaktadır: **Önen**, s. 69 vd. Fransız mahkemeleri, önceleri, yırtma-silme gibi yok etme fiillerini, vasiyet edenden sadır olduğu müddetçe geri alma olarak algılıyor ve ve değişikliklerin geçerli olup olmaması ile ilgilenmiyordu. Sonraları bu yaklaşım terkedilmiş ve söz konusu değişikliklerin de ayrıya tarihlenip imazlanması aranmaya başlanmıştır. Ezcümle, eldeki metni açıklamak ve yorumlamak için getirilenler istisna olmak üzere, her türden değişikliğin ayrıca imzalanması ve tarih atılması gerekir. Yazarın öz düşüncesinin mezkur eğilim ile örtüşmediğini de açıklamak isteriz. Bize göre de, Fransız içtihatlarındaki eğilim TMK m. 543/I ile TMK m. 544/I arasındaki farkı TMK m. 544 lehine bütünüyle ortadan kaldırıci niteliktedir. Bu düşüncedeki yazarların düşüncesine göre, her ne kadar açıkça söylemeseler de, TMK m. 543/I'deki geri alma usulü kısmi değil de bütünüyle geri almaya özgülenmelidir ki biz bu sonucu kabul edememekteyiz. Fransız içtihatlarında oluşan bu fikrin benimsendiği hakkında ayrıca bkz. **Plainiol/Ripert**, s. 663. Bizim eleştirilerimizin haklılığı için ayrıca karşı. **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 362; **Terré/Lequette**, s. 392. Çizmek ve silmek suretiyle geri alma için ayrıca ve özellikle bkz. **Stettler**, s. 147 vd.

⁹⁴⁵ **Öztrak**, Rücü, s. 89; **Plainiol/Ripert**, s. 663. Örneğin, ölüme bağlı tasarrufa konu edilen taşınmaz üzerinde sonradan bir irtifak hakkı tesis edilecek olursa durum böyledir. Bu sınırlı ayni hakkın ipotek olması halinde çözümün kısmen farklılaşacağı ile ilgili olmak üzere bkz. yukarıda s. 265 vd..

⁹⁴⁶ **Önen**, s. 128.

⁹⁴⁷ **Oğuzman**, Miras, s. 180. Ayrıca karşı. **Berki**, Miras Hukuku, s. 83: “İki ev vasiyet edilse, miras açılmadan evvel, vasiyet eden vasiyetden rücu etmeksizin bu iki evden birini bir şahsa satsa veya hibe etse, vasiyet bu nispetde hükümsüz hale gelir. İki ev de satılmış, hibe edilmiş yahut istimlak olunmuş olsa idi vasiyet tamamen hükümsüz olurdu.”

⁹⁴⁸ Yarg. 2. HD.'nin 03.03.2004 tarihli, E. 2004/1807, K. 2004/2635 sayılı ve “*Murisi, resmi vasiyetnameyle gelinine bağışladığı taşınmazının 2/6'sından toplam 4/6 hissesini ve bu hisselerle ayrılan (2) ve (3) nolu meskenlerini, sağlığında, oğulları Ahmet ve Mehmet'e vasiyetname ile bağdaşmayacak şekilde sağlar arası tasarrufla temlik etmesi, bu hisseler ve (2) ve (3) nolu meskenler yönünden vasiyetnameden rücu edildiğini gösterir (TMK m. 544/2). Ancak, murisin uhdesinde kalan 2/6 hisse ve bu hisseye tekabül eden (1) nolu mesken üzerinde muris lehine tesis edilmiş olan kat irtifakı yönünden vasiyetname ayakta ve geçerliliğini*

Böylelikle, vasiyetnamenin geri alınmasının vasiyetnamenin bütününe yönelik olması yolunda yasal bir zorunluluk olmadığını tespit etmiş olduk. Kısmi geri alma nedensiz mümkünse, geri almanın şarta bağlanması da o nispette mümkündür diyerek başkaca bir tartışmanın kapısını aralamanın vakti gelmiştir.

2. Şartlı Geri Alma

Kural olarak bütün hukuki işlemler, bu arada bir sözleşme kadar tek taraflı hukuki işlemler de şarta bağlanabilir⁹⁴⁹. Nitekim, ölüme bağlı tasarrufların⁹⁵⁰ ve bu arada geri almanın da bir şarta bağlanması mümkündür⁹⁵¹. Geri almanın, aynı zamanda, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olduğu göz önünde tutulacak olursa bu sonuca rahatlıkla ulaşırız⁹⁵². TMK m. 544/I anlamında geri alma iradesi, karşımıza çoğu zaman, bir belirli mal bırakma ya da mirasçı atama tasarrufu kalıbında çıkacaktır ki bunların şarta bağlanması hususunda bir engel olmadığı gibi ölüme bağlı tasarrufun şarta bağlanması dendiğinde ilk aklımıza gelen esasında bunlardır⁹⁵³. TMK m. 542/I anlamında saf geri alma vasiyetnamesi ile vasiyetnamenin geri alındığı anlamına gelen sağlar arası tasarrufların şarta bağlanmasının önünde de herhangi bir engel yoktur. Yok etmek suretiyle geri almanın şarta bağlanıp bağlanamayacağı ise esasında tartışmalıdır⁹⁵⁴.

sürdürmektedir. O halde vasiyetnamenin tamamen iptali sonucunu doğuracak şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” diyen kararı için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi, 28.12.2010). Benzer yönde olmak üzere bkz. Yarg. 2. HD.’nin E. 2004/1789, K. 2004/3035 ve 10.03.2004 tarihli kararı ile E. 2003/601, K. 2003/3742 sayılı ve 18.03.2003 tarihli kararı (www.kazanci.com.tr, çevrimiçi 28.12.2010); Yarg. 2. HD.’nin 02.07.1933 tarihli bir kararı (**Belgesay**, s. 85).

⁹⁴⁹ **Aybay**, Borçlar, s. 163 vd.; Lale **Sirmen**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 54 vd.; Kemal Tahir **Gürsoy**, Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet, Kısım II, AÜHFD., C. XI, 1954, S. 1-2, s. 371 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 881 vd.; **Serozan**, Medeni, s. 281 vd.; **Öztrak**, Rücu, s. 81.

⁹⁵⁰ Mirasın reddi ve kabulü gibi miras hukukuna özgü bir kısım işlemlerin ise şarta bağlanamayacağını anmak isteriz.

⁹⁵¹ Geri almanın şarta bağlı olarak yapılabilmesi kanunda öngörülmemekle birlikte aksi yönde bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bununla birlikte, şartın, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerine eşlik edebileceği kanunda açıkça zikredilmiştir: TMK m. 515. Bu düzenlemeden ilham alarak geri alma anlamına gelecek tasarruflar bakımından da aynı ilkenin kabul edilmesinden herhangi bir sakınca görmüyoruz. TMK m. 544/I anlamında geri almanın olduğu kadar TMK m. 542/I anlamında geri almanın da aynı şarta bağlanması bu düşüncelerle mümkün görülmelidir.

⁹⁵² Benzer yönde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 81.

⁹⁵³ Ölüme bağlı tasarrufların şarta bağlanması hususunda genel olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 272 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 278 vd.; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 210 vd.; **Kılıçoğlu**, Miras, s. 105; **Steinauer**, s. 296.

⁹⁵⁴ Vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınmasının şarta bağlanamayacağı yolunda bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 81; **Escher**, s. 353: “Buna mukabil, 510 uncu maddedeki halde şartlı vazgeçme mahiyet icabı olarak mümkün değildir.”

Önen, hukuki işlem olduğundan yola çıkarak, vasiyet edenin şu türden bir geri alma iradesini geçerli kabul etmektedir⁹⁵⁵: “*Vasiyetnamemi kızımın okulu bitirmesi şartı ile geri alıyorum.*”. Yazar, mezkur şartın, hukuka-ahlaka aykırı ve aynı zamanda rahatsız edici nitelikte olmaması gerektiğinin de altını çizmektedir. Haksız ve ahlaka aykırı bir şarta bağlı geri alma iradesi sonuç doğurmayacak iken, anlamsız olmakla birlikte rahatsız edici nitelikteki şartlar ise yok ve vasiyetname şartsız geri alınmış sayılacaktır⁹⁵⁶. **Öztrak**’a nazaran hukuka ve ahlaka aykırı şartlar bakımından yaptırımın iptal edilebilirlik olduğu göz önünde tutulmalıdır⁹⁵⁷. Yazar, diğer hukuki işlemler gibi ölüme bağlı tasarrufların ve bu arada yok etmek suretiyle geri alma hali hariç diğer geri alma tasarruflarının da şarta bağlı olarak yapılabileceğini ve şartın erteleyici ya da bozucu nitelikte olabileceğini belirtmektedir⁹⁵⁸.

Öte yandan, ölüme bağlı tasarrufun bağlandığı şart bozucu ya da geciktirici nitelikte olabilir⁹⁵⁹. Geciktirici şarta bağlı geri almada, geri almanın sonuçlarını doğurması gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olgunun gerçekleşmesine ya da gerçekleşmemesine ertelenirken; bozucu şartla geri almada, geri almanın ortadan kalkması bir olgunun gerçekleşmesine ya da gerçekleşmemesine bağlanmıştır⁹⁶⁰.

⁹⁵⁵ **Önen**, s. 44. Yazar, geri almanın vadeye bağlanabileceğini de eklemektedir.

⁹⁵⁶ **Önen**, s. 44.

⁹⁵⁷ **Öztrak**, Rücü, s. 83. Benzer yönde örnek olmak üzere bkz. **Dural/Öz**, Miras, s. 154; **Steinauer**, s. 297; **Terré/Lequette**, s. 389. Kısmen ayırık bir düşünce için bkz. **Hatemi**, Miras, s. 99. Yazar, şartın kendisinin ahlaka aykırı olması halinde butlandan söz açarken, işlem temeli –şarta bağlanmış hali ile tasarruf- yönünden hukuka ve ahlaka aykırı iseler iptal edilebilirlikten bahsetmektedir. Şartın kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği hakkında ayrıca bkz. **Lucet**, s. 7. Kanuna, ahlaka aykırı ve imkansız şartlar ile ilgili geniş bilgi için ayrıca bkz. **Gürsoy**, s. 439 vd. Şartın türleri hakkında ayrıca bkz. **Sirmen**, s. 53 vd. Hukuka ve ahlaka aykırı şartlar ile rahatsız edici şartlar arasındaki ayrımın silinmesi yönünde bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 281.

⁹⁵⁸ **Öztrak**, Rücü, s. 81 vd. Benzer yönde bkz. **Escher**, s. 353. **Öztrak**’a göre şu üç halde şartlı bir geri alma söz konusudur: “Yeğenim x yüksek tahsilini bitirmediği takdirde, kütüphanemin kendisine verilmesi hakkında daha evvel yapmış olduğum tasarrufumdan rücu ediyorum.”, “Eğer nesebi sahih bir çocuğum dünyaya gelecek olursa, daha evvel yapmış olduğum tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar hükümsüzdür.”, “Uygunsuz hareketlerini esefle müşahade ettiğim yeğenim x bundan sonra da bu gibi hareketlere devam edecek olursa, kendisi lehine yapmış olduğum ölüme bağlı tasarruflardan rücu ediyorum.”.

⁹⁵⁹ **Önen**, s. 44; **Öztrak**, Rücü, s. 82.

⁹⁶⁰ Geri alma iradesinin bağlandığı şartın geciktirici mi bozucu mu olduğunu tespit edebilmek bir yorum meselesi olduğu kadar, iradi geciktirici şartın varlığı halinde geri alma iradesinin gerçekte var olup olmadığı da yine yoruma başvurmak sureti ile netleştirilmelidir. **Önen**’e nazaran, ilk vasiyetnamede yer alan tasarrufların yürürlüğe girmesi örneğin vasiyet edenin bir çocuğunun olmadığına açık şekilde anlaşılmaması şartına bağlanmış ise geciktirici şartın varlığından bahis açılır. Vasiyet edenin bu yöndeki iradesi tespit edilirken tamamlayıcı yorum bakımından vasiyetname dışı olgulara başvurma mümkün olmadığı yolundaki görüş için ayrıca bkz. **Önen**, s. 45. **Önen**’in de ifade ettiği gibi, geri alma iradesinin şarta bağlı olup olmadığı hakimın etrafıca yapacağı bir yorum ile aşılar. Vasiyet edenin iradesinin müphem olduğu hallerde bu hal daha da belirleyici olur. **Önen**’e göre, vasiyet edenin açık ve şartsız bir geri alma beyanından hemen sonra yer verdiği başkaca tasarruflarından, geri alma iradesinin de şarta bağlı olarak düşünüldüğü

Ezcümle, geri almanın, yok etmek suretiyle geri alma hariç, şarta bağlı olarak yapılabileceği hususunda herhangi bir tartışma olmadığı söylenebilir⁹⁶¹. Yok etmek suretiyle geri almanın şarta bağlanamayacağı kabul edilse dahi⁹⁶², vasiyet edenin vasiyetname üzerindeki çizmelerini bir kere yok etmek suretiyle geri alma saydıktan sonra ve hele bir de ayrıca imzalanıp tarihlenmesini de aramazsak, bu düşünce tarzının mutlaklaştırılması da imkansızlaşacaktır⁹⁶³.

sonucu pekala çıkartılabilecektir. Yazar örnek vermese de, kanaatimizce, TMK m. 542/I ile TMK m. 544/I'deki geri alma usullerinin içiçe geçtiği tasarruflar bakımından durum özellikle böyledir. Vasiyet eden saf bir geri alma iradesini şartsız olarak dile getirmekle yetinmeyip bir de önceki vasiyetnamesinin geri alındığı sonucunu doğuran (TMK m. 544/I anlamında) tasarruflar da bulunmuş ve bu sonuncuları şarta bağlamışsa, aslında, gerçek iradenin de şarta bağlı geri alma yolunda olduğu iddia edilebilecektir. Bu halde iki ihtimali birbirinden ayrı düşünmek yerinde olur: Vasiyet eden, ilk tarihli vasiyetnamesini geri aldığını beyan ettikten sonra ilk vasiyetnamesine konu ettiği bir kısım kazandırmalar ile çelişen yeni bir takım kazandırmalarda da bulunur ve mesela bu sonuncuların sadece bir kısmını şarta bağlar. Diğer ihtimalde, yine herhangi bir şarta bağlanmamış bir açık geri alma beyanı, ilk vasiyetnamede yer alan tasarrufların tamamının geri alındığı sonucunu doğuracak tasarruflarla desteklenmiştir. İlk halde, vasiyetname tamamıyla geri alınmıştır ve fakat bir kısım tasarrufların geri alınması şarta bağlanmış iken diğer bir kısmının geri alınması şarta bağlanmamıştır. İkinci halde de vasiyetname tamamıyla ve fakat bu kez bütün tasarruflar bakımından şarta bağlı olarak geri alınmıştır. Bu ihtimallerin tamamında, vasiyet edenin, başlangıçtaki açık geri alma beyanını şarta bağlaması mümkündür ve artık bu şartın aynı zamanda TMK m. 544/I anlamında geri almaya denk gelen diğer tasarruflar için dahi cari olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Bununla birlikte, geri alma anlamına gelen her bir mezkur tasarruf da, açık geri alma beyanının bağlandığından başkaca bir şarta bağlanıyorsa, geri alma iradesinin yine şarta bağlandığı söylenebilirse de, bu kez, açık geri alma iradesinin bağlandığı şart ile diğer tasarrufların bağlandığı şartın bir arada uygulanmasının mümkün olup olmadığına bakılacaktır. Eğer mümkünse, çifte şarta bağlanmış bir geri alma beyanından bahis açılır. Yok mümkün değilse, geri almanın sadece mezkur tasarrufun bağlanmış olduğu şartla birlikte gerçekleşeceği mümkün görülmelidir. Bizim bu önerimiz, geri almanın aslında her bir ölüme bağlı tasarruf bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir olgu olduğu yolundaki ve aynı zamanda kısmi geri almanın da özünde yatan düşünce ile birebir örtüşmektedir. Böylelikle, vasiyet edenin geri alma iradesinin ciddiyetini sorgulamamıza sebep olabilecek bir nitelik kazanmadıkça, bir vasiyetnamedeki bir kısım tasarrufların geciktirici diğer bir kısmının ise bozucu şarta bağlı bir irade ile geri alınması da rahatlıkla mümkün görülebilecektir.

⁹⁶¹ Önen, s. 44, 130; Öztrak, Rücu, s. 81 vd.; Escher, s. 353; Belgesay, s. 85; İnan/Ertas/Albaş, s. 195; Gönensay/Birsan, s. 116; Rossel/Mentha, s. 95; Rodriguez, s. 53; Guinand/Stettler, s. 68; Steinauer, s. 356; Terré/Lequette, s. 389; Plainiol/Ripert, s. 663; Lucet, s. 7, 13. Lucet, FMK m. 1036 olduğu kadar m. 1037 ve m. 1038 anlamında geri almanın da şarta bağlanabileceği fikrindedir.

⁹⁶² Bu yönde bkz. Escher, s. 353.

⁹⁶³ Gerçi, vasiyet edenin, üzerini çizdiği tasarrufların yanına imza atıp tarihlemediği hallerde bir şart yazması hayatın olağan akışına uygun değildir ama imkansız da değildir. Silme eyleminin yanında yazılan şarta bağlandığı açıklıkla tespit edildikten sonra yok etmek sureti ile geri almanın da şarta bağlanabileceği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu halde aslında TMK m. 544/I anlamında bir geri almanın vücut bulduğu yolundaki tartışmalar saklı kalmak kaydı ile, tavrımız, maddi eylem niteliğinin ağır bastığı yok etme eylemlerinin şarta bağlanmasının zor olmasına karşılık çizme ve karalama gibi vasiyetname metnini bütünüyle yok etmeyen fiiller açısından aynı sonucun rahatlıkla kabul edilemeyeceği yönündedir. Aslında, bu eylemlerin tamamı bir kere hukuki işlem sayıldıktan sonra bunların doğaları gereği şarta bağlanamayacağını iddia etmekte çelişkili bir düşünce tarzının benimsenmesi anlamına gelir. Yok etmek suretiyle geri almanın bir maddi fiil değil de bir hukuki işlem olduğu benimsendikten sonra bu usulü diğerlerinden ayrı tutmanın kanun koyucunun güttüğü amaç ile bağdaştırılması da güçtür. Bundan sonra olsa olsa, geri alma usulü yani hukuki işlem ile bağlandığı şartın aynı mahiyet ve şekilde tezahür etmesinin biz zorunluluk olup olmadığı tartışılabilir. Vasiyetnamenin bir fotokopisinin alınıp vasiyet eden tarafından yakıldığı bir örnekte, eğer vasiyet edenden sadır olduğu muhakkak olan bir ses kaydında bu yok etme tasarrufunun bir şarta bağlandığı dillendiriliyorsa, pekala şarta bağlı bir geri almadan bahis açılabilir.

Sağlar arası tasarruf yolu ile şarta bağlı geri almanın, bünyesinde bir kısım orjinallikler taşıdığını söyleyerek bu kısım açıklamalarımızı sonlandırmak niyetindeyiz. Zira, vasiyetnamenin geri alınması anlamına gelen borçlandırıcı işlemin şarta bağlı olduğu hallerde geri almanın da şarta bağlı olduğu kabul edilmelidir. Tasarruf işleminin şarta bağlı olduğu hallerde bu sonuç evleviyetle kabul edilir. Gerçi, geri alma sonucuna giden yolda, borçlandırıcı işlem şarta bağlanmış olabileceği gibi tasarruf işlemi de şarta bağlanmış olabilir. Borçlandırıcı işlemin şarta bağlanması açısından karşımıza çıkan görece serbestlik tasarruf işlemleri söz konusu olduğunda yerini despotizme terkeder. Çoğunluğun fikrine uyup, borçlandırıcı işlemin geri alma için kafi gelmeyeceğine inanırsak, gayrimenkuller bakımından tasarruf işleminin şarta bağlanamayacağı da aşikar olduğuna göre, meselenin esasında menkuller bakımından önem arz ettiği de kendiliğinden ortaya çıkacaktır⁹⁶⁴. Menkuller bakımından ise, tasarruf işleminin geciktici şarta bağlandığı mülkiyeti muhafaza kaydı ile satım ve bozucu şarta bağlandığı rücu şartlı bağışı ayrıca zikretmek gerekir⁹⁶⁵. Bu listeye, menkuller bakımından, teminat amaçlı temlik hallerini eklemekte de sakınca yoktur. Geri alma sonucunu tasarruf işleminin varlığına bağlayanlar için olduğu kadar borçlandırıcı işlem ile yetinenler bakımından da durum aynıdır: Borçlandırıcı işlemin şarta bağlanmış olması, tasarruf işlemi şarta bağlanmış olmasa bile, geri almanın şarta bağlanmış sayılması için yeterlidir. Zira, o şart gerçekleşmedikçe tasarruf işlemi de gerçekleşmeyecektir.

Aleni mükafat vaadini de bu vesile ile anmak isteriz. Gerçekten de, vasiyet eden, vasiyetnamesine konu ettiği bir nesneyi aleni mükafat vaadi çerçevesinde umuma arzetmiş

⁹⁶⁴ Tapu Sicil Tüzüğü'nün 11. maddesinde tapuda tescil talebinin şarta bağlanamayacağı dile getirilmektedir. Tescile esas teşkil eden borçlandırıcı işlemin şarta bağlanması ise mümkündür ve fakat tescil şart gerçekleşmedikçe yine de yapılmaz.

⁹⁶⁵ Anılan işlemlerin hukuki niteliği elbette tartışmalıdır. Bu cümleden olmak üzere mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde pekala borçlanma sözleşmesinden dönme bozucu şartının vücut bulduğu da iddia edilebilecektir. Bu tartışmalar çalışmamızın sınırlarını ziyadesiyle aşmaktadır. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz. Halid Kemal **Elbir**, Pozitif Türk Hukukunda Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesi, İstanbul 1952. Vasiyet eden, vasiyetnamesine konu ettiği bir taşınırı bu kez mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile devretse biz şunu düşünürüz: Tasarruf işlemi taksitlerin ödenmesi geciktirici şartına bağlanmıştır. Eğer borçlandırıcı işlemin geri alma sonucu için kafi gelmeyeceği kabul edilirse tasarruf işleminin şarta bağlanmış olmasından dolayı geri alma iradesi de şarta bağlanmış sayılır. Başka deyişle, geri alma da, taksitlerin ödenmesine ertelenmiştir. Borçlandırıcı işlem yapmakla birlikte, geri alma sonucunun doğacağını kabul edenler için hüküm elbette başkadır. Öte yandan, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının fonksiyonunun aslında bir teslimsiz rehine denk geldiği kabul edilecek olursa, taksitlerin ödeneceği döneme kadar geçen süre için kısmi geri almadan bahis açılması dahi mümkündür. Zira, taşınmazlar bakımından ipotek tesisinin geri almaya denk geldiği dile getirilmektedir. İşlevlerinin benzerliğinden yola çıktığımızda taşınmazlar bakımından ulaşılan bu sonucun taşınırılar bakımından bu halde kabul edilmesinde sakınca yoktur. Zira, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin deyim yerinde ise menkul ipoteği olduğu yolundaki görüşe biz de iştirak etmekteyiz. Son cümleden olmak üzere karış. **Serozan**, Eşya, s. 217.

de olabilir. Mezkur işlemin umuma yapılmış nitelikli bir icap olduğu yolundaki görüşe katılmadığımızı ifade etmiş ve onun tek taraflı borç doğurucu nitelikte bir hukuki işlem olduğu yolundaki görüşe katıldığımızı eklemiş idik⁹⁶⁶. Aleni mükafat vaadinde, vaad edilen sonuca ulaşılması için gerekli edimin yerine getirilmesi, tek taraflı borç vaadinde yer alan geciktirici şartın yerine getirilmiş olması anlamına gelir⁹⁶⁷. İşte, bu ilişkide, geri alma sonucunun da, sözü edilen geciktirici şarta bağlanmış olduğu kendiliğinden günyüzüne çıkmaktadır. Söz konusu edimi yerine getiren bizzat vasiyetname lehdarı da olabilecektir. Bu halde dahi sonuç değişmeyecek ve vasiyetname lehdarı vasiyetname geri alınmamış sayılacağı için değil de, vaadde zikredilen edimleri yerine getirmiş olduğu için malın mülkiyetini kazanacaktır⁹⁶⁸.

Doktrin ise bizim borçlandırıcı işlemlerle tasarruf işlemleri bakımından yapmış olduğumuz bu ayırımı yabancıdır. Gerek **Önen** gerekse **Öztrak**, temlikin şarta bağlanmasından bahsetmekte ve fakat bizim yaptığımız türden bir ayırımı ve sonuçlarına değinmemektedirler. **Öztrak**'a nazaran, geciktirici şarta bağlı yapılan temlikler de, şart gerçekleşmedikçe temlik ve bu arada geri alma hükümlerini doğurmayacaktır⁹⁶⁹. **Önen** de benzer şekilde düşünmektedir⁹⁷⁰. Bozucu şarta bağlı yapılan temliklerde ise temlik ile birlikte geri alma sonucunun da doğacağı⁹⁷¹ ama bozucu şartın gerçekleşmesi ile geri almanın da hükümlerini yitireceği kabul edilmektedir⁹⁷².

⁹⁶⁶ Mesele doktrinde tartışmalıdır. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 476 vd..

⁹⁶⁷ Bkz. yukarıda s. 266-267.

⁹⁶⁸ Yukarıda, vasiyetname lehdarı ile örneğin satım sözleşmesinin tarafının aynı olduğu hallerde yürütülen mantığın ve açılan tartışmaların konumuz bakımından önem arzetmediğini; bu halde bir geri almadan bahis açılması gerektiğini ve başlı sözleşmeleri için vücut bulmuş Yargıtay kararlarının da buraya aynen tatbik edilmesi imkanı olmadığını belirtmek gerekir. Bundan sonra tartışılacak olan, olsa olsa, vaadde bulunulmuş olmasının geri alma sonucunu doğurmaya yeterli gelip gelmeyeceğidir. Aleni mükafat vaadinin bir sözleşme olduğundan yola çıkanlar için daha önce söylediklerimiz aynen geçerli olmakla birlikte, tek taraflı işlem olduğundan yola çıkanlar için geri almanın da edimin yerine getirilmesi ile doğduğunu kabul etmek ve edimin yerine getirilip de talep üzerine nesnenin mülkiyetinin ilgisine devrine kadar ertelememek yerinde olur. Biz, bu halde dahi, vaad ile birlikte geri alma iradesinin de kesinlik kazandığını, bu andan sonra kurumun özüne yönelik tartışmaların geri alma kurumuna, esasında, yabancı olduğunu eklemek isteriz.

⁹⁶⁹ **Öztrak**, Rücu, s. 90.

⁹⁷⁰ **Önen**, s. 130-131. Yazar, **Escher**'e atıfla, geciktirici şarta bağlı temliklerde şart gerçekleşmedikçe sağlar arası temlikin ve bu sebeple de geri almanın hüküm doğurmayacağını söylemektedir. Geciktirici şarta bağlı temliklerde sadece temlikin hüküm doğurup doğurmayacağı değil de temlik iradesi dahi belli ve kesin değildir. Bundan dolayı, geri alma iradesinin de net bir şekilde ortaya konmadığından hareketle, geciktirici şarta bağlı temliklerde şart gerçekleşmedikçe geri almadan da söz edilemeyecektir.

⁹⁷¹ **Önen**, s. 130; **Öztrak**, s. 90. **Öztrak**, temlikle vücut bulan geri almanın, temlik edilen nesnenin vasiyet edenin malvarlığına tekrar girmesinden (şartın gerçekleşmesi sebebi ile) etkilenmeyeceğini; bununla birlikte, lehdarın vasiyet edenin gerçek iradesinin bu yönde olduğunu ispat etmek şartı ile söz konusu nesneye

II. GERİ ALMANIN GERİ ALINMASI

Vasiyet eden, vasiyetnamesini geri almak bakımından ne denli özgürse geri almasını geri almak bakımından da o denli özgürdür. Bundan dolayı, vasiyetnameyi geri almama yolundaki taahhütler nasıl hukuka aykırı ise, geri almanın geri alınmayacağı yolundaki taahhütler de o şekilde hukuka aykırı sayılmalıdır⁹⁷³.

Biz, burada, iki farklı sorunun cevabını aramakla meşgul olacağız:

1. Bütün geri alma işlemleri geri alınabilir mi?

2. Geri almanın geri alınması ne anlama gelir?

Serozan'a bakılacak olursa birinci sorunun cevabı bütün geri alma usulleri bakımından müspettir⁹⁷⁴.

Esasında, TMK m. 542/I ve m. 544/I anlamında geri almanın geri alınabileceği tartışmasız olarak bütün yazarlar bakımından kabul görmektedir⁹⁷⁵. Federal Mahkemenin bir kararından⁹⁷⁶ anladığımız kadarıyla, muhtevasının aynen tespit edilebilmesi şartı ile, yok etmek suretiyle vukubulan bir geri alma iradesinin dahi geri alınması mümkündür.

kavuşabileceğini iddia etmektedir. **Önen** de, meselenin, vasiyet edenin iradesinin yorumu ile ilgili olduğunu belirttikten sonra aynı sonuca ulaşmaktadır. **Öztrak** ile benzer yönde bkz. **Lucet**, s. 13.

⁹⁷² **Önen**, s. 130. Sağlar arası tasarruf yolu ile geri almanın şarta bağlanması hakkında Fransız uygulaması ve doktrini için ayrıca bkz. **Lucet**, s. 14; **Planiol/Ripert**, s. 663. **Planiol/Ripert**, geciktirici şarta bağlı temliklerde geri almanın şartın gerçekleşmesi ile vücut bulacağını ifade etmektedirler. **Lucet** ise bozucu şarta bağlı temliklerde şartın gerçekleşmesinin geri almaya zarar vermeyeceğini iddia etmektedir. Yazar, geciktirici şarta bağlı temlikler bakımından da **Önen** ve **Öztrak**'ın düşüncelerini tekrar etmektedir. Geciktirici şartın askıda olduğu dönemde geri almadan da bahis açılmaz.

⁹⁷³ Olsa olsa, geri almama ya da geri almayı geri almama taahhüdüne eklenen bir şartın bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışılabilir. Yasağın mutlak olduğu kabul edilecek olursa bu çaba da sonuçsuz kalacaktır. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından benzer yönde bir yasak temsilde de kendisini göstermekte ve fakat sınırları vasiyet eden tarafından açıkça belli edildikten sonra vasiyetname lehdarının ya da kazandırma konusunun tespiti yetkisinin üçüncü kişiye bırakılabileceği kabul edilmektedir. Acaba, sınırları yine vasiyet eden tarafından ciddi şekilde daraltılmış olsa bir geri almama ya da geri almayı geri almama taahhüdü bünyesinde yine de bir hukuka aykırılık taşıyacak mıdır? Mesele bu noktadan sonra vasiyetnamenin geri alınmasından vasiyet edenin sorumluluğu ile de doğrudan ilgilidir.

⁹⁷⁴ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 252.

⁹⁷⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231-232; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 252; **Dural/Öz**, Miras, s. 107; **İmre/Erman**, s. 97; **Öztan**, s. 190; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 194; **Velidedeoğlu**, s. 518; **Gönensay/Birsan**, s. 116; **Belgesay**, s. 85; **Şener**, Vasiyet, s. 98; **Oğuzman**, Miras, s. 177. İsviçre hukuku için bkz. **Steinauer**, s. 359; **Escher**, s. 353; **Honsell/Wogt/Geiser**, s. 272; **Piotet**, Précis, s. 53; **Scyboz/Scyboz/Gilléron/Braconi**, s. 512; **Guinand/Stettler**, s. 68; **Stettler**, s. 153. Fransız hukuku için ayrıca bkz. **Planiol/Ripert**, s. 664; **Grimaldi**, s. 767; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 363; **Lucet**, s. 8, 12.

⁹⁷⁶ ATF 101 II 211.

Escher'in yok etmek suretiyle geri alma bakımından aksi istikamette düşündüğünü bu vesile ile anmak gerekir⁹⁷⁷.

Önen, açıklamalarına, İMK m. 509 mucibince geri almanın geri alınabileceğini ifade ederek başlamaktadır⁹⁷⁸. Böylelikle, örneğin, İMK'nun 509. maddesi anlamında saf geri alma vasiyetnamesinin, yok etmek suretiyle geri alınabileceği hususunda da tereddüt etmemek gerekir. Yazar, yok etme suretiyle geri almanın geri alınmasının türlü sebeplerle imkan dahilinde olmadığını da eklemektedir⁹⁷⁹.

Öztrak ise, miras sözleşmesi ile örtülü geri alma hali hariç olmak üzere geri almanın tek taraflı olduğundan hareketle, bunların serbestçe geri alınabileceğinden söz etmektedir⁹⁸⁰. Yazara göre, yok etmek suretiyle geri almanın geri alınması mümkün değildir⁹⁸¹.

Dural da, yok etmek suretiyle geri almanın geri alınabileceğini reddetmekte ve bunun çeşitli tehlikelere kapı aralayacağını eklemektedir⁹⁸².

Guinand/Stettler ayırım yapmadan, bütün geri alma usullerini kapsayacak tarzda, geri almanın geri alınabileceğini belirtmektedirler⁹⁸³.

⁹⁷⁷ **Escher**, s. 353: “Buna mukabil vasiyet ile değil de 510 uncu maddeye göre (mesela senedi imha sureti ile) emredilen vazgeçme 509. madde mucibince sonraki vazgeçme ile ortadan kaldırılamaz; burada yeni bir vasiyet yapmak zaruri olacaktır.”. **Oğuzman**'ın deyişi ile **Escher**, yok edilmek suretiyle geri alınan vasiyetnameyi yürürlüğe koyma beyanı ile yetinmeyip, yaratılmak istenen hukuki durumun yeni bir vasiyetname ile dile getirilmesini aramaktadırlar. Son cümleden olmak üzere karş. **Oğuzman**, s. 177 ve oradaki dn. 438a.

⁹⁷⁸ **Önen**, s. 45: Geri alma tasarrufunun da bir tek taraflı hukuki işlem ve ölüme bağlı tasarruf olması bu noktada belirleyicidir.

⁹⁷⁹ Bu sebeplerin başında, yok etme fiilinin vasiyetnamenin maddi bütünlüğünü de hedef almış olmasından dolayı geri almanın geri alınması ile canlandırılacak bir vasiyetnamenin de bulunmaması gelir.

⁹⁸⁰ **Öztrak**, Rücu, 94-95. Yazar, kanunda bir düzenleme olmamasına rağmen, geri almanın da geri alınabileceği hususunda doktrinin oybirliği içinde hareket ettiğinin de altını çizmektedir.

⁹⁸¹ Böylelikle, **Öztrak**, iki durumda geri almanın geri alınamayacağını söylemiş olmaktadır. Bunlardan ilki, geri alma yönündeki iradenin, TMK m. 544/I anlamında bir miras sözleşmesi içinde ve miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dahil olacak tarzda bir tasarrufla yapılmış olması halidir. İkincisi ise, yok etmek suretiyle geri almadır. **Şener** ise, miras sözleşmesi ile örtülü geri alma bakımından, geri alma iradesinin bağlayıcı içeriğe dahi olabilecek tarzda karşımıza çıkabileceğini ihlal etmektedir: **Şener**, Vasiyet, s. 98.

⁹⁸² **Dural/Öz**, Miras, s. 108. Yazar kısmen aksi yöndeki Federal Mahkeme kararını doğru bulmadığının da altını çizmektedir. **Dural**'a göre, bu halde yapılacak tek şey, yok etmek suretiyle geri almanın geri alınması ile canlandırılmak istenen vasiyetname ile içerik olarak özdeş ve yeni bir vasiyetname yapılmasıdır.

⁹⁸³ **Guinand/Stettler**, s. 69. Benzer yönde bkz. **Stettler**, s. 153-154.

Biz de, yok etmek suretiyle geri almanın da geri alınabileceği yolundaki Federal Mahkeme içtihadına ve bu yoldaki başkaca bir kısım yazarların düşüncelerine iştirak etmekteyiz.

Serozan'ın şu tespitleri meselenin özüne de ışık tutacak niteliktedir⁹⁸⁴: “*Hatta vasiyetnamenin geri alınması eylemi (yok etme) bile geri alınabilir. O zaman da yine ilk vasiyetname (1) ihya edilmiş olur. Yeter ki evvelce yok edilerek geri alınmış olan vasiyetnamenin içeriği kanıtlanabilsin. Böyle bir olasılıkla, özellikle, vasiyetnamenin çizilerek veya iptal notu düşülerek geri alındıktan sonra yeniden çizilip iptal edilmesi veya yok edilen vasiyetnamenin bir suretinin bulunması durumlarında karşılaşılır.*”.

Biz, düşüncelerimizi, Federal Mahkemenin kararına esas teşkil eden olaylar silsilesi üzerinden açıklamayı uygun gördük. Vasiyet eden, önce, vasiyetnamesini yırtsa, ardından da bu yırttığı metin üzerine aslında bu metnin geçerli olduğunu yazsa ve bununla da yetinmeyip tarih atıp imzalasa, bu irade bir geri alma iradesine denk gelecek midir? Bu sorunun cevabı, daha doğrusu ortaya çıkabilecek bir kısım eğilimlerin ipuçları çalışmamızın bundan önceki bahislerinde mevcuttur. Biz, burada işimize yarayacağını düşündüğümüz bu ilke ve temel bilgilerden birkaçını anmak isteriz. Vasiyetname, ancak ve ancak kanunda öngörülen usullere başvurmak sureti ile geri alınabilir. Geri almak ne denli vazgeçilemez bir haksa, geri almayı geri almak da o denli vazgeçilemez bir haktır. Kanunda, geri almanın geri alınmasına ilişkin sınırlayıcı bir hüküm de mevcut değildir. Bu noktadan sonra, olsa olsa, her bir geri alma usulünün doğası incelenmeli ve geri alma usulünün özü-niteliği, fiili bir imkansızlığa yol açmadığı sürece, geri almanın geri alınması bakımından TMK m. 542 vd. öngörülen imkanlar arasında fark yaratılmamalıdır. Biz, yok etmek suretiyle geri almanın doğasının, geri almanın geri alınmasına yabancı olduğu yolundaki düşüncenin peşinen kabul edilmesinin zevkine varabilmiş değiliz. Zevkine varabilmiş değiliz ama böyle düşünen yazarların nereden hareket ettiklerini gayet iyi anlamış bulunuyoruz: Yok etmek suretiyle geri alma bir kere gerçekleşti mi, tekrar geri alma suretiyle canlandırılacak bir metin de ortada kalmayacaktır. Acaba işin aslı gerçekten öyle midir? Bu görüşteki yazarların göz ardı ettiği gerçek “yok etme” kavramının içine

⁹⁸⁴ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 252. Yazar, bizim de atıf yaptığımız bir karara değinmektedir. O kararda, vasiyet eden, tek geçerli vasiyetnamesinin yırtmak suretiyle geri aldığı vasiyetnamesi olduğunu dile getirmekte ve bu beyanını da yırttığı vasiyetname üstüne yazmakta, bunu yaparken de tarih ve imza atmaktadır. Yazar, vasiyet edilen tarafından düşülen bu son kaydın bir vasiyetname olmadığını özellikle belirtmektedir.

sokulan fiillerin çeşitliliğidir. Bu düşünce tarzının, aslında, vasiyetname metninin bir daha diriltilemeyecek şekilde bütünüyle ve geri dönüşsüz şekilde ortadan kaldırıldığı yok etme fiilleri karşısında kabul edilebileceği de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır: İlk vasiyetnamenin yakılıp küllerinin de bir kavanozda saklandığını düşünelim⁹⁸⁵. Hal böyledir ama bu gerçek, sırf bu türden yok etme eylemleri için ulaşılabilecek sonucun, diğer yok etme eylemleri bakımından da kabul edilmesini zorunlu kılmaz. Siz, bir yandan vasiyetname metninin bütünüyle ve ardında hiçbir iz bırakmayacak şekilde yakılması yanında üzerinin çizilmesini ve bu arada yeri geldiğinde “iptal edilmiştir” türünden bir kaydı dahi “yok etmek” suretiyle geri alma kavramı içinde telakki etmekle, ulaşacağınız sonucun, hepsi “yok etme” anlamına gelmekle birlikte farklılık arzeden her bir eylem açısından ayrı ayrı değerlendirilmesini de peşinen kabul etmiş olursunuz. Federal Mahkemenin kararına konu olayı geliştirerek devam edecek olursak, vasiyet eden, ilk vasiyetnamesinin cari olduğu hakkındaki beyanını tarih ve imza ile desteklememiş olsa dahi kanaatimizce ulaşılabilecek sonucun değişmeyeceği iddia olunabilecektir. Yok etmek suretiyle geri almanın yok etmek suretiyle geri alınması da imkan dahilindedir. Sözün özü, geri almanın geri alınması usulünün geri alma usulü ile özdeş olması da gerekli değildir: “artık yırtıklar iptaldir” türünden bir kaydın varlığı karşısında söylemek istediklerimiz daha rahat anlaşılacaktır⁹⁸⁶. Bizim, bütün geri alma usullerinin geri alınması ile ilgili olmak üzere izlediğimiz akıl yürütme şu sıraya tabidir:

a. İlk vasiyetname

b. Geri alma işlemi (bu irade TMK m. 542 vd. öngörülen dört yoldan biri şeklinde karşımıza çıkacaktır).

c. Geri almanın geri alınması işlemi (bu irade de yine TMK m. 542 vd. daki usullere tabidir).

Federal Mahkemenin kararına konu olayın esasında bir yorum sorunu olduğundan hareket eden **Piotet**’in içine düştüğü yanılgı, tarihsel sıralamasını yukarıda apaçık bir

⁹⁸⁵ Yakılıp kavanoza konmadan önce fotoğrafının çekilmiş ya da fotokopisinin alınmış olması hali saklıdır.

⁹⁸⁶ Yok etmek sureti ile geri almanın geri alınabileceği bir yığın örnek vermek mümkündür: Vasiyet eden vasiyetnamesinin üzerini çizse ve sonra o çizikleri silse dahi durum böyledir. Keza, vasiyet edenin, yırttığı bir vasiyetnamesini, tekrar birleştirmesi ve ardından yeni bir imza ve tarih atması halinde de yok etmek suretiyle geri alma yeni bir vasiyetname düzenleyerek geri alınmış olmaktadır. Örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte gereksizdir. İlke, yok etmek suretiyle geri alma halinde dahi, geri alınan vasiyetnamenin içeriği türlü şekillerde tespit edildikten sonra, geri almanın geri alınabileceğidir.

şekilde ortaya koymuş bulunduğumuz üç farklı işlemin kavramsal ve zamansal farklılığını göz ardı etmesinden kaynaklanmaktadır⁹⁸⁷. Vasiyet edenin gerçek iradesinin ne yönde olduğunu tespit etmek çabası da demek olan yorum, elbette geri alma ve geri almanın geri alınması işlemlerinin geçerliliği ve sonuçları bakımından da belirleyicidir. Yazarın bu yaklaşımı, kanunun öngördüğü tarzda cereyan eden ve aslında birbirinden farklı hukuki işlemleri, tek bir çırpıda gerçekleşmiş ve sanki tek bir işlemiş gibi algılamasından doğsa da, yorum, var olan hukuki işlemlerin belki akıbetini birbirine bağlayabilir (sonraki tarihli vasiyetnamenin ilkinin tamamladığı hallerde olduğu gibi) ama kanunun öngördüğü tarzda varlık kazanmış ve bağımsız niteliğe sahip bir işlemi (geri alma ve geri almanın geri alınması) yok saymamıza neden olamaz, olmamalıdır. Yorum, bu bahiste, olsa olsa, varlığı aşikar olan birbirinden farklı işlemlerin sonuçlarının, kapsayıcı bir bakış açısı ile doğru ve hakkaniyete en uygun şekilde bağdaştırılmasına hizmet etmelidir. **Piotet**'in bu düşüncesi kabul edilecek olursa, iradi mirasçılığa ilişkin çoğu kurumun, o uğurda ihdas edilmiş özel hükümler bir yana bırakılarak vasiyetnamenin yorumlanmasına ilişkin ilkeler çerçevesinde çözülmesi de mümkün olacaktır ki biz bu sonucun kabul edilebilir olmadığına inanmaktayız⁹⁸⁸.

Fransız düşünürlerin de bizimle benzer yönde düşündüğünü tespit etmek sevindiricidir. **Lucet**, yok etmek suretiyle geri almanın geri alınamayacağı yolundaki ilkenin, ancak vasiyetname metninin bütünüyle yok olduğu hallere hasredilmesi gerektiğini açıkça zikretmektedir⁹⁸⁹. Geri almanın geri alınması yolundaki iradenin vasiyet edenden sadır olduğunun anlaşıldığı hallerde, çizme vb. şekillerde vukubulan geri almanın da pekala geri alınabileceği **Lucet** tarafından da kabul edilmektedir.

Öte yandan, Alman hukukunda, meselenin bizim düşüncemiz ile farklı bir yönde çözüldüğünü eklemek isteriz: Yok etmek sureti ile geri alınan vasiyetname diriltmek isteniyorsa, yeni ve yok edilerek geri alınmış olan vasiyetname ile aynı içeriğe sahip bir vasiyetnameye varlık kazandırılmalıdır. **Schlüter**, AMK'nun 2257. maddesinde öngörülen

⁹⁸⁷ **Piotet**, *Traité*, s. 232. Yazar, Federal Mahkemenin ulaştığı sonucu, burada vasiyetnamenin vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile yorumlanması olduğundan hareketle eleştirmektedir. Başka deyişle, **Piotet**, meseleyi yok edilen vasiyetnamenin yeniden yürürlüğe konulması olarak algılamamaktadır. Eğer, ilk vasiyetname tamamlanmadan (imzalanmadan) yırtılsa ve ardından da anılan bir kayıtla teyit edilmiş olsaydı biz de **Piotet**'e katılmakta bir sakınca görmezdik. Oysa, olaydan, birbiri ardı sıra cerayan eden üç ayrı işlemin varlığı apaçık bir şekilde anlaşılmaktadır.

⁹⁸⁸ **Serozan**'ın **Piotet** ile kısmen benzer düşüncesi için ayrıca karş. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 252. Ulaşılabilecek sonucun bu örnekte farklılaşmaması dahi bizi düşüncemizden vazgeçmeye sevk etmemektedir.

⁹⁸⁹ **Lucet**, s. 19.

geri almanın geri alınması imkanının, yok edilerek geri alınan vasiyetnameler bakımından geçerli olmadığını açıklıkla dile getirmiştir⁹⁹⁰.

Sağlar arası tasarruf yolu ile vukubulmuş bir geri alma iradesinin geri alınmasındaki kimi özelliklere değinerek bu kısım açıklamalarımıza son vermek isteriz. Zira, bilindiği üzere, vasiyetnameye konu edilen mal önce temlik edilse ve ardından vasiyet eden tarafından tekrar satın alınmak suretiyle malvarlığına geri dönse geri almanın yine de baki kalacağı çoğunluk tarafından dile getirilmektedir. **Lucet**'e göre, sağlar arası tasarrufta bulunmak sureti ile geri almanın yine aynı usulle geri alınması bu gerekçe ile imkansızdır⁹⁹¹. Biz, konuyla ilgili olmak üzere, çalışmamızın önceki kısımlarında aynen şu tespiti yapmıştık⁹⁹²:

“Belirli mal bırakma tasarrufuna konu edilen nesnenin mülkiyeti vasiyet edenin malvarlığına geri döndüğünde, geri alma işleminin bundan etkilenmeyeceği yolundaki düşünce de her zaman için adalet değerine hizmet etmez. Vasiyet edenin mülkiyetine dönüşün O’nun iradesine dayandığı hallerde durum özellikle böyledir: Nesnenin tekrar vasiyet eden tarafından satın alınması örneğinde olduğu gibi. Vasiyetnamenin geri alınmasının da geri alınabileceği genel olarak kabul görmekle birlikte bu imkanın çoğu zaman TMK m. 542/I, m. 544/I ve kısmen de m. 543/I’ye özgü geri alma usullerine hasredilmesi karşısında yukarıda ifade edilen çoğunluk düşüncesi bizi şaşırtmamaktadır. Bununla birlikte, anılan yazarlar, bir zamanlar vasiyet edenin iradesi ile elden çıkarılan nesnenin yine kendi iradesi ile malvarlığına geri döndürüldüğünde bunun neden dolayı geri almanın geri alındığı anlamına gelmeyeceğini açıklamamaktadırlar. Bu halde, en azından, vasiyetname lehdarına geri alma yolundaki karinenin çürütülmesi yolunda bir imkan tanınması yerinde olacaktır. Kaldı ki, vasiyet eden, tasarrufun içinde yer aldığı vasiyetnameyi yok etmeyerek ya da yeni bir geri alma vasiyetnamesi düzenlemeyerek

⁹⁹⁰ **Schlüter**, s. 70. Yazar, AMK’nun 2257. maddesinin 2254. madde bakımından cari olduğunun da altını çizmektedir. Keza, resmi makamdan geri alınmış vasiyetnamenin resmi makama tekrar tevdi edilmesi de geri alınmanın geri alındığı anlamına gelmez. Bu hallerin tamamında, tek çare, yeni bir vasiyetname düzenlemektir. Aynı yönde bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 252.

⁹⁹¹ **Lucet**, s. 14.

⁹⁹² **Bkz.** yukarıda s. 255.

belirli mal bırakma tasarrufunun lehdarı lehine bir durumun yaratılmasına bilerek ve isteyerek sebep olmuş bulunmaktadır.”⁹⁹³.

Bu arada, geri almanın geri alınması usulünün geri alma usulü ile özdeş olması da zorunlu değildir⁹⁹⁴. Keza, geri almanın geri alınması da, şarta bağlı olabileceği gibi kısmi de olabilecektir⁹⁹⁵. Bununla birlikte, geri almanın geri alınmasının da, TMK m. 542 vd. öngörülen geri alma usullerine başvurmak sureti ile gerçekleşebileceğini unutmamak gerekir. Böylelikle, resmi vasiyetnamenin noterden alınmasının geri alma sonucunu doğurduğu kabul edildikten sonra, aynı vasiyetnamenin notere tekrar iade edilmesi geri almanın geri alınması olarak değerlendirilemeyecektir⁹⁹⁶.

İtiraf edilmelidir ki, geri almanın geri alınması hususu bakımından Alman kanunkoyucusunun tavrı, Türk ve İsviçre kanunkoyucularına nazaran daha isabetlidir. Nitekim, halihazırda aramakta olduğumuz ikinci sorunun cevabı da, Alman hukukunda bir

⁹⁹³ Bu düşünce tarzımızın önündeki yegane engel, geri almanın geri alınmasının da kanunda öngörülen geri alma usullerine tabi olduğu yolundaki ilkedir. Gerçi, vasiyete konu edilen nesnenin tekrar malvarlığına girmesine sebep olan tekrar satın alma işleminin de, TMK m. 544/II anlamında bir tasarruf olduğu iddia edilebilecektir. Bununla birlikte, sağlar arası tasarruf yolu ile geri almanın diğer geri alma usulleri ile geri alınabileceği de şüphelidir. Vasiyet eden vasiyetnamesine konu ettiği nesneyi bu kez temlik etse ve ardından da başka bir vasiyetname düzenleyerek yaptığından pişman olduğunu dile getirirse ve ilk vasiyetnamesinin lehdarına o nesnenin satın alınarak iade edilmesini emretse bile bu son tasarrufun, sağlar arası tasarrufla geri alınan vasiyetnamenin canlandırılmasına hizmet eden bir geri almanın geri alınması vasiyetnamesi olduğunu iddia etmek güçtür. Zira, bu son tasarrufun, sağlar arası tasarrufu geri almadığı açıktır. Var olan, aslında, yeni ve bağımsız bir vasiyetnamedir. Eğer, borçlandırıcı işlemin geri alma sonucunu doğurmaya kafi geldiği kabul edilse ve vasiyet eden geri alma anlamına gelen işbu borçlandırıcı işlemi türlü sebeplerle ve iradi olarak sonlandırmış olsa idi (dönme vb.) sağlar arası tasarruf yolu ile geri almanın yine sağlar arası tasarruf yolu ile geri alındığı sonucu daha rahat kabul edilebilirdi. O vakit, sadece, örneğimizdeki dönme beyanının TMK m. 544/II anlamında bir tasarruf olup olamayacağı sorgulanabilecektir. Bu son ihtimalde, borçlandırıcı işlem yapılmış ve vasiyetname geri alınmış olmakla birlikte, ikinci bir vasiyetname düzenlenerek geri almanın geri alındığı, açıkça ya da o mal tekrar lehdara vasiyet edilmek suretiyle örtülü biçimde dile getirilirse, artık sağlar arası tasarruf yolu ile geri almanın da bir ölüme bağlı tasarruf ile geri alındığı sonucuna ulaşılabilecekti.

⁹⁹⁴ Aksi yönde bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 95. Yazar, geri almanın geri alınmasının da TMK m. 542 vd.’da öngörülen usulardan biri ile yapılacağını söylemektedir. Bizim, buna bir itirazımız da bulunmamaktadır. Ama, açık geri almanın yine açıkça geri alınmak zorunda olduğu yolundaki düşüncesine katılamadığımız gibi, örtülü geri almanın da mutlaka örtülü geri alma usullerine başvurmak suretiyle geri alınabileceği yolundaki düşüncesine de katılmamaktayız. Yazar, varlığını iddia ettiği böylesi bir zorunluluğun yasal dayanaklarına da işaret etmemektedir. Sadece bir örnek vermek gerekir ise; vasiyet eden ilk vasiyetnamesini TMK m. 544/I anlamında örtülü bir geri alma vasiyetnamesi ile geri alabilecektir. İşte bu ikinci vasiyetnamenin saf bir geri alma vasiyetnamesi ile geri alınması da pekala mümkündür. Mamaafih, **Öztrak** ile benzer yöndeki Fransız içtihatları için bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 363.

⁹⁹⁵ **Öztrak**, Rücu, s. 95; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 232 ve oradaki dn. 4.

⁹⁹⁶ **Schlüter**, s. 70. Yazar tarafından Alman hukuku için dile getirilen bu düşüncenin, Türk-İsviçre hukukuna hakim olan görüş karşısında pratik bir önemi olmadığını da eklemeliyiz. Zira, bizde, resmi vasiyetnamenin aslının noterden alınması, Alman hukukunun aksine, alınan asıl yok edilmedikçe geri alma anlamına gelmez. Geri alınmış bir vasiyetname olmadığı için, geri almanın geri alınmasından bahsetmeye de gerek kalmayacaktır. Benzer yönde karş. **Önen**, s. 48.

yasa hükmünün kalıplarına dökülmüş bulunmaktadır: Vasiyetname ile geri alma geri alınır, şüphe halinde, önceki vasiyetnamenin geçerli olduğu kabul edilir (AMK m. 2257). **Schlüter** de, geri almanın geri alınması halinde, eğer şüphe varsa, geri alınmış olan ilk vasiyetnamenin geriye etkili olarak geçerli hale geleceğinden bahsetmektedir⁹⁹⁷.

Alman Kanunun peşinen sunduğu bu çözüm tarzı en azından kanun düzeyinde Türk-İsviçre hukuklarına yabancıdır. Bununla birlikte, mesele, doktrinin, yoğun bir ilgisine mazhar olabilmıştır⁹⁹⁸.

Cevabını aramakta olduğumuz ikinci soruyu bir kez daha ortaya koymakta fayda var: Acaba geri almanın geri alınması ne anlama gelir?

1. Vasiyet eden, böyle bir tasarrufta bulununca, geri aldığı ilk vasiyetnamesindeki hukuki duruma mı dönmek istemiştir?

2. Yoksa, niyeti, yasal mirasçılık hükümlerinin mi devreye girmesidir?

Meselenin bir yorum sorunu olduğu ve vasiyet edenin gerçek niyetinin tespit edilerek buna göre sonuca gidilmesi gerektiği elbette doğrudur ve fakat yeterli değildir. Ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasına ilişkin bütün olanakları seferber etsek de, kimi zaman, vasiyet edenin gerçek iradesinin ne yönde tecelli ettiğine kanaat getirelemeyebilir. İşte, şüphe halinde, yukarıda yer verilen ihtimallerden hangisinin tercih edileceğinin de cevaplanması zorunludur.

Oğuzman, sorunun eldeki metinlerin⁹⁹⁹ yorumlanması ile aşılabileceğini ifade ettikten sonra, şüphe halinde nasıl bir yolun takip edileceğini belirtmeksizin, münferit vakıyalardan yola çıkarak o vakıyalara ilişkin bir kısım tespitlerde bulunmuştur¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ **Schlüter**, s. 70.

⁹⁹⁸ **Önen**, s. 46 vd.; **Öztrak**, Rücu, s. 95 vd.; **Velidedeoğlu**, s. 518; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 252; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 194; **İmre/Erman**, s. 97; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231 vd; **Öztan**, s. 190; **Gönensay/Birsan**, s. 116; **Dural/Öz**, Miras, s. 107-108; **Şener**, Vasiyet, s. 98; **Oğuzman**, s. 177; **Stettler**, s. 152-153; **Guinand/Stettler**, s. 69-70; **Scyboz/Scyboz/Gilhéron/Braconi**, s. 512; **Piotet**, Précis, s. 53; **Escher**, s. 353; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 272; **Rossel/Mentha**, s. 95; **Steinauer**, s. 359; **Lucet**, s. 8, 12 vd.,19; **Grimaldi**, s. 767-768; **Planiol/Ripert**, s. 664; **Terré/Lequette**, s. 389; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 363.

⁹⁹⁹ Özellikle son tasarrufun: **Oğuzman**, s. 177.

¹⁰⁰⁰ **Oğuzman**, s. 177. Yazara göre, geri alma vasiyetnamesinde, geri almadan başkaca tasarruf yok ve aksini gösteren başkaca bir unsur da mevcut değilse, geri almanın geri alınması ile ilk vasiyetnamenin canlandırılması istenmektedir. Aksi halde, yani, ilk geri alma tasarrufu geri alma dışında başkaca tasarruflar da ihtiva ediyorsa, artık bu son tasarrufun geri alınması yasal mirasçılık hükümlerine dönüş isteğinin de dışı

Dural ise bir adım öteye gitmekte ve şüphe halinde ilk vasiyetnamenin yürürlüğe girmeyeceğini, yasal mirasçılığa ilişkin kurallara öncelik tanınması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁰¹. **İmre/Erman'ın** benzer yönde düşündüğünü dile getirmek yerinde olur¹⁰⁰².

Gönensay/Birsen ve **Velidedeoğlu** geri almanın geri alınmasının kayıtsız şartsız olmasının, ilk vasiyetnameye dönme arzusundan kaynaklandığına inanırken¹⁰⁰³; **Öztan**, herhangi bir örnek vermeksizin yorumun belirleyici olacağını ifade etmekle yetinmekte ve yapılacak yorumun sınırlarını da son geri alma tasarrufunun metni ile sınırlamaktadır¹⁰⁰⁴.

Kocayusufpaşaoğlu, kanunda bir açıklık olmadığını zikretmekle birlikte Federal Mahkemenin bir kararında¹⁰⁰⁵ dile getirdiği düşüncelerini aktarma yolunu seçmiştir: Mesele, vasiyet edenin son tasarrufundaki son isteklerinin yorumlanmasından ibarettir ve şüphe halinde, yasal mirasçılık iradi mirasçılığa üstün tutulacaktır¹⁰⁰⁶.

Konuya ilişkin Türk dilinde yazılmış eserler arasında, **Serozan'ın**, diğer yazarlara nazaran daha kapsamlı bir tahlile giriştiği de peşinen söylenmelidir¹⁰⁰⁷. Yazar, sorunun

vurumundan ibarettir. İkinci vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınması da ilk vasiyetnameye dönme arzusunu ortaya koyar. Benzer yönde bkz. **Şener**, Vasiyet, s. 98; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 194.

¹⁰⁰¹ **Dural/Öz**, Miras, s. 107. **Dural**'ın da bir kısım örnekler verdiğini eklemek gerekir. Ne var ki, işbu örnekler **Oğuzman**'ın vermiş olduğu örnekler ile aynı olduğu için, burada tekrar edilmeyecektir. Yazar, yapılacak yorumda, ilk geri alma vasiyetnamesinin içeriğinin önemli olduğunun da altını çizmektedir.

¹⁰⁰² **İmre/Erman**, s. 97-98. Yazarlar, açıkça ifade etmeseler de, ilk vasiyetnamenin canlanmasını vasiyet edenin bu yöndeki açık bir beyanına bağlamakla (ki bu beyan son geri alma tasarrufunda yer almalıdır) yasal mirasçılığa da öncelik tanımış bulunmaktadırlar. **İmre/Erman**, yorumun belirleyici olduğunu ifade ederek düşüncelerini sonlandırmaktadırlar.

¹⁰⁰³ **Gönensay/Birsen**, s. 116; **Velidedeoğlu**, s. 518.

¹⁰⁰⁴ **Öztan**, s. 190.

¹⁰⁰⁵ ATF 91 II 264.

¹⁰⁰⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 231-232. Yazar, ilk geri alma tasarrufunda sadece geri alma ile yetinilmişse ilk vasiyetnameye dönmek arzusunun da apaçık bir şekilde ortaya konduğunu iddia etmektedir. Aksi halde, mesele bir yorum işidir ve şüphe halinde kanuni mirasçılığa öncelik tanımak gerekir. Biz, **Kocayusufpaşaoğlu**'nun ifade tarzından aksi anlaşılsa bile, kendisinin ilk halde yoruma yer olmadığı yolunda bir düşünceye sahip olduğuna inanmamaktayız.

¹⁰⁰⁷ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 252-253. Bu satırların yazarı ile **Serozan** arasındaki görüş birliğinin de aslında bir zorunluluktan kaynaklandığını bu vesile ile ifade etmek isteriz. Öğrencilik hayatımıza başlamakla birlikte kitaplarını okumaya başladığımız **Serozan**, ülkemiz medeni hukukçuları arasında, konu miras hukukuna geldiği vakit, kanaatimizce ayrı bir yere ve ağırlığa sahiptir. Bunun sebebi, bu alanda yazılan İsviçre-Alman doktrinindeki ve yargı kararlarındaki çağdaş gelişmelerin hemen hemen tamamının yazar tarafından, bazen o ülke hukukçuları tarafından dahi atlanan kimi yenilikleri de göz ardı etmeksizin, eksiksiz bir şekilde dillendirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Vasiyetname dışı olguların vasiyet edenin son isteklerini kurtarmasından culpa in testandoya varıncaya kadar, bu çalışmamızın özünde yatan temel bilgilerin edinilmesinde ve edinilmesinde olduğu kadar yüksek sesle dile getirilebilmesinde, **Serozan**'ın yönlendirici ve yürekledirici etkisi olduğunu kabul etmek ve bunu okuyucu ile paylaşmak zorundayız.

yorum yolu aşılması gerektiğini ifade ettikten sonra şüphe halinde ilk vasiyetnameye öncelik verilmesi gerektiğini eklemektedir¹⁰⁰⁸.

Öztrak, geri almanın geri alınmasının, kendinden beklenen sonuçları doğurabilmesi için, son tasarrufun geçerli bir şekilde tanzim edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁰⁹. Yazara göre, ulaşılabilecek sonuç, ilk geri alma tasarrufunun örtülü veya açık bir geri alma olmasına bağlı olarak şekillenecektir¹⁰¹⁰.

İsviçre hukuku bakımından yapılan tartışmalar da genel olarak Türk hukuku ile örtüşmektedir.

Steinauer'e göre¹⁰¹¹, aslolan, vasiyet edenin gerçek iradesinin ne yönde olduğunu tespit etmektir ve fakat şüphe halinde Federal Mahkeme yasal mirasçılığa dönüşe öncelik vermektedir¹⁰¹².

Rossel/Mentha, saf geri alma vasiyetnamesinin yine saf bir geri alma vasiyetnamesi ile geri alınması karşısında, ilk vasiyetnamenin canlanacağını iddia etmektedir¹⁰¹³.

Scyboz/Scyboz/Gilléron/Braconi ise vasiyet edenin iradesinin hakim tarafından araştırılması gerektiğinden hareket etmekte ve şüphe halinde yasal mirasçılığın öncelikli olduğu yolundaki Federal Mahkeme kararına atıf yapmaktadırlar¹⁰¹⁴. **Guinand/Stettler** de

¹⁰⁰⁸ Bu düşüncesinde, **Serozan**'ın, iradi mirasçılığın asıl olduğu yolundaki düşüncesinin belirleyici olduğu muhakkaktır. Bu cümleden olmak üzere karşı, **Serozan**, İradi Mirasçılar, s. 283 vd. Yazara göre, yapılacak yorumun kapıları vasiyetname dışı olgulara da bütünüyle açılmalıdır. Biz, her iki husus bakımından da **Serozan**'ın düşüncelerine iştirak etmekteyiz.

¹⁰⁰⁹ **Öztrak**, Rücu, s. 96.

¹⁰¹⁰ Benzer yönde bkz. **Steinauer**, s. 359; **Öztrak**, Rücu, s. 97 vd.: Saf geri alma vasiyetnamesi saf geri alma vasiyetnamesi ile geri alınmışsa ilk vasiyetnamenin yürürlük kazanacağı kabul edilebilir. İlk geri alma vasiyetnamesinin örtülü geri almaya denk geldiği, başka deyişle saf bir geri alma beyanı yanında başkaca tasarrufları da ihtiva etmesi halinde, çözüm son geri alma tasarrufunda ilk vasiyetnameye dönme arzusunun açıkça yer alıp almadığına göre şekillenir. Eğer böyle bir açıklık yok ise meselenin içinden çıkılması da zordur. İspat yükü ilk vasiyetname lehdarlarının omuzları üstündedir. Eğer, geri almanın geri alınması tasarrufu açık geri alma beyanına ek bir kısım tasarruflar içeriyorsa, geri almanın geri alınmasının ilk vasiyetnameyi canlandırmadığını ispat yükü bunu iddia edenin omzundadır. Son olarak, eğer ilk geri alma vasiyetnamesi örtülü geri alma şeklinde cereyan etmiş ve sonradan bu tasarruf da geri alınmış ise artık ilk vasiyetnamenin canlanacağından söz edilemez.

¹⁰¹¹ **Steinauer**, s. 359. Yazar, AMK'nun 2257. maddesinde iradi mirasçılığa öncelik tanındığını da ifade etmektedir. Geri almanın geri alınması yok etmek suretiyle de vukubulabileceği gibi beklenen sonuçları geçerli bir şekilde tanzim edilmiş olmasına bağlıdır. Son cümleden olmak üzere karşı, **Öztrak**, s. 96.

¹⁰¹² ATF 91 II 264.

¹⁰¹³ **Rossel/Mentha**, s. 95.

¹⁰¹⁴ **Scyboz/Scyboz/Gilléron/Braconi**, s. 296: ATF 91 II 264.

yasal mirasçılığın öncelikli olduğunu söylemekle birlikte aksinin vasiyet eden tarafından öngörülebileceğini ifade etmektedirler¹⁰¹⁵.

Escher'in söyledikleri, hep söylenegelenlerin temelinde bir ana kaynak olarak durmaktadır¹⁰¹⁶: Vasiyetçinin arzusu o yolda olmak kaydı ile ilk vasiyetnamenin tekrar canlanacağı kabul edilir¹⁰¹⁷.

Piotet ve **Honsell/Vogt/Geiser**'in ise, **Serozan** ile benzer yönde olmak üzere, şüphe halinde iradi mirasçılığa öncelik verdikleri söylenebilecektir¹⁰¹⁸.

Önen'in de örnekler üzerinden yola çıkarak bir sonuca ulaşma arzusunda olduğunu son olarak anmak isteriz¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁵ **Guinand/Stettler**, s. 69-70. Benzer yönde bkz. **Stettler**, s. 154. Yazar, geri almanın geri alınması vasiyetnamesinin şekil kurallarına uygun tanzim edilmesinin bir zorunluluk olduğunu da eklemektedir.

¹⁰¹⁶ **Escher**, s. 353.

¹⁰¹⁷ Geri almanın geri alınması vasiyetnamesi, geri almadan başkaca tasarruflar da içeriyorsa, bunların muhtevassından ilk vasiyetnamenin bir kısım hükümlerinin ayakta tutulmak istendiği sonucu çıkarılabilecektir.

¹⁰¹⁸ **Piotet**, Précis, s. 53-54; **Piotet**, Traité, s. 239 vd.; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 272; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 252. **Piotet**, geri alma vasiyetnamesinin geri alma iradesi dışında bir tasarruf içermemesi ihtimalinde, bunun geri alınmasının ilk vasiyetnameye dönme isteğini açık bir şekilde ortaya koyduğunu ifade etmektedir. Diğer hallerde ise bu sonuca ulaşılması zordur. **Honsell/Vogt/Geiser**'e göre de şüphe halinde ilk vasiyetnamenin canlandırılmak istendiği sonucuna ulaşılır. Bu hususta AMK'nun 2257. maddesi düzenlemesi de örnek alınmalı, daha doğrusu o düzenlemelerden esinlenilmelidir. Bununla birlikte, vasiyet eden, yasal mirasçılığa dönüş isteğini açıkça ortaya koymuşsa hüküm başkadır. Hem, Federal Mahkeme, yok etmek suretiyle geri alınan bir vasiyetnamenin dahi canlandırılabilirliğine inanmaktadır: ATF 101 II 211. Yeter ki, yeniden canlandırılması ve içeriğinin tespit edilmesi mümkün bulunsun.

¹⁰¹⁹ **Önen**, s. 46 vd: Eğer, saf bir geri alma vasiyetnamesi var ve bu da saf bir geri alma vasiyetnamesi ile geri alınırsa, vasiyet edenin ilk tasarrufuna geri dönme arzusunda olduğundan şüphe etmemek gerekir. Öyle ki, ilk vasiyetnamesi ile yasal mirasçılığa alternatif bir düzen tarzını kabul eden vasiyet eden, ilk geri alma vasiyetnamesi ile tekrar yasal mirasçılığa dönme arzusunda olduğunu ortaya koyar. İşte bu sonuncusundan tekrar vazgeçmek de, aslında yasal mirasçılık düzeninden de vazgeçme isteğini ortaya koyması sebebi ile, terekenin, vakti zamanında varlık kazandırılmış olmakla birlikte sonradan geri alınan ilk vasiyetnamedeki iradi mirasçılık hükümlerine göre paylaştırılması isteğinin de dışavurumu sayılır. Zira, niyeti bu olmasa, vasiyet edenin üçüncü vasiyetnamesini neden dolayı düzenlemiş olduğunu açıklamamız da mümkün olmazdı. Nitekim, ilk geri alma vasiyetnamesi ile, ilk vasiyetnamenin sanki hiç doğmamışçasına ortadan kalktığını iddia etmek güçtür. Vasiyet eden ikinci vasiyetnamesinde saf geri alma beyanına başkaca tasarruflar eklemiş ve bunu geri almışsa mesele biraz daha zevkli hale gelmektedir. AMK m. 2257, tavrını, ilk vasiyetnamenin hayata yeniden döndürülmesi yönünde koymuştur. **Önen**, bu husus bakımından Fransız doktrininin üçe bölündüğünden bahisle açıklamalarına devam etmektedir. Bir kısım yazarlar, bu yönde açık bir irade beyanının var olması şartı ile ilk vasiyetnamenin hüküm doğuracağını iddia ederlerken diğer bir kısmı böyle bir açıklık olmasa da aynı sonuca ulaşmaktadırlar. Üçüncü görüşteki yazarlar ise, somut uyumsuzluğa bakan hakimin tarafından, halin bütün şartlarını nazara alarak vasiyet edenin gerçek iradesinin ne yönde olduğunun tespit edilmesine öncelik vermektedirler. Fransız içtihatlarının bu son görüş doğrultusunda şekillendiğini de eklemek gerekir. **Önen**'e göre, **Rossel/Mentha**, geri almanın geri alınması işleminin saf bir geri alma vasiyetnamesi olması ihtimalinde, ilk geri alma vasiyetnamesinin yapısı ile ilgilenmeksizin, ilkinin canlanacağına inanmaktadırlar. Yazar, AMK'daki gibi yasal bir düzenleme olmadıktan sonra, konuyla ilgili her halde uygulanacak genel geçer bir kısım kurallar koymanın imkansızlığına vurgu yapmakta ve ortalama bir yolun temsilcisi izlenimi vermektedir. Hakim, vasiyet edenin iradesinin ne yönde olduğunu tespit

AMK m. 2257 ve İtalyan Medeni Kanunu m. 681 benzeri bir düzenlemeye Türk-İsviçre hukukunda yer verilmemiştir. Bununla birlikte, o düzen tarzının hukukumuz bakımından da yol gösterici olacağını iddia etmek bütünüyle imkansız değildir. Biz, benzer yöndeki düşüncelerinden dolayı **Honsell/Vogt/Geiser**'e yürekten katılmaktayız¹⁰²⁰. Yukarıda zikredilen iki yazarı da ayrıca anmak gerekir: **Serozan ve Piotet**. Kanaatimizce, bu üç yazar tarafından dile getirilen temel düşüncelerin (yoksa örnekler değil) aynen benimsenmesinde bir sakınca yoktur.

Evveleminde ifade etmek isteriz ki, tartışma konusu yaptığımız sorunun, özünde, yoruma bağlı olduğunu kabul ettikten ve vasiyet edenin gerçek iradesinin ne yönde tecelli ettiğini tespit etmenin deyim yerindeyse bir hayat memmat meselesi olduğunu ifade ettikten sonra, iş bu çabanın eldeki vasiyetnamelerin sınırları içine hapsedilmesi isteğini benimsememiz imkansızdır¹⁰²¹. Geri almanın geri alınması ile vasiyet edenin gerçekte neyi hedeflediği bulunmaya çalışılırken, gerektiğinde sırf vasiyetname dışı olgulara başvurmadan çekinmemek gerekir¹⁰²².

edebilmek için azami çabayı göstermeli ve bu çaba ulaşılabilecek sonuç bakımından da belirleyici olmalıdır. İspat yükünün kime düştüğü sorunu ise İMK'nun 8. maddesi çerçevesinde çözülmelidir. Önen tarafından zikredilen son bir olasılık, geri almanın geri alınması vasiyetnamesinin saf bir geri alma iradesi yanında başkaca tasarrufları da ihtiva ediyor olmasıdır. **Önen**'e nazaran bu halde, İMK 511/I'nın yardımı ile, son geri alma vasiyetnamesindeki tasarruflar ilk vasiyetnameyi açık bir şekilde tamamlamadıkça, ilk vasiyetnamenin canlandırılabilmesi de mümkün olmayacaktır. Sözün özü, tereke, bu halde artık son tasarruf hükümlerine göre paylaştırılacaktır. Aksinin kabulü iddia edenin ispat etmesine bağlıdır. **Escher** ve **Öztrak**'a nazaran durum görece farklıdır: Bu iki yazar, geri almanın geri alınması vasiyetnamesinde başkaca tasarruflara da yer verilmesini, ilk vasiyetnamede yer verilen en azından bir kısım tasarrufların, prensip olarak, canlandırılması arzusuna bağlamaktadır. Bu cümleden olmak üzere bkz. **Öztrak**, Rücu, s. 100. **Öztrak**'a göre son tasarruftaki geri alma iradesi ilk vasiyetnamedeki düzen tarzına dönmek hususundaki keyfiyeti apaçık bir şekilde ortaya koymaktadır ve bundan dolayı ilk vasiyetname lehdarlarını ispat yükü ile başbaşa bırakmak adil olmaz. Fransız hukuku bakımından üçüncü görüş doğrultusundaki düşünceler için bkz. **Terré/Lequette**, s. 389; **Lucet**, s. 8. Açık nitelikli geri almanın geri alınması vasiyetnamesinin FMK m. 1035'deki açık geri alma vasiyetnamesinin şekline tabi olduğu hakkında ayrıca bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Chabas/Leveneur/Mazeaud-Leveneur**, s. 363. Yazar, genel olarak, geri almanın geri alınmasının sonuç doğurmasını bu sonucusunun geçerli şekilde tanzim edilmiş olmasına bağlamaktadır. Benzer yönde karşı. **Plainol/Ripert**, s. 664. Geri almanın geri alınmasının yok etmek suretiyle de olabileceği hakkında bkz. **Grimaldi**, s. 768. İlk vasiyetnamenin bütünüyle ortadan kaldırılmadığı hallerde geri almanın geri alınmasının ilk vasiyetnameye hayat vereceği hakkında bkz. **Lucet**, s. 8. Bozucu şartla bağlı sağlar arası tasarruf yolu ile geri almanın geri alınmasının imkansızlığı hakkında ayrıca bkz. **Lucet**, s. 14.

¹⁰²⁰ Karş. **Honsell/Vogt/Gesier**, s. 272.

¹⁰²¹ Karş. yukarıda s. 13 vd..

¹⁰²² Benzer yönde bkz. **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 252. İma kuramına inanan yazarlar bakımından dahi sonuç değişmeyecektir. Vasiyet eden, geri almanın geri alınması vasiyetnamesinde, geri alma yönündeki iradesini açık ya da örtülü açıkladıktan sonra gerektiğinde vasiyetname dışı olgulara başvurmak sureti ile tamamlanabilecek bir tutamağa da hayat vermiş olmaktadır. Bizim düşüncemiz ise böylesi bir tutamağın varlığının dahi zorunluluk teşkil etmediği yönündedir.

Yasal mirasçılığın asıl olduğu yolundaki düşünce tarzının terkedilmesinin de vakti gelmiş ve geçmiş bulunmaktadır. Eski tarihli kararlarına rağmen, Yüksek Mahkemenin görüş değiştirerek iradi mirasçılığa öncelik tanınması isabetli ve sevindiricidir¹⁰²³. Kanun koyucunun eğiliminin de bu yönde olduğu aşıkardır¹⁰²⁴. Eldeki tüm bu bilgilere rağmen, geleneksel olanın terk edilmesi bu denli zor olmamalıydı. Biz, bu cümleden olmak üzere, Federal Mahkemenin eski tarihli kararlarına atıf yapmakla yetinen ve yasal mirasçılığın asıl olduğu yolundaki ilkeyi kutsal bir emirmiş gibi yıkılmaz-yenilmez-eskimez bir tabu haline getiren yazarları anlamakta güçlük çektiğimizi ifade etmekle yetiniyoruz.

Sözün özü, biz de, meselenin eldeki vasiyetnamelerin yorumu ile aşılabacağına inanmaktayız. Son tarihli geri alma vasiyetnamesi asıl olmakla birlikte eldeki metinlerin tamamının topluca değerlendirilmesinin ulaşılabacak sonuç bakımından belirleyici olduğunu da itiraf etmek gerekir. **Öztrak**'ın benzer yöndeki yaklaşımı bu sebeple ayrıca anılmayı haketmektedir¹⁰²⁵.

Bilindiği üzere, ölüme bağlı tasarrufların yorumunun gerçek işlevi, muğlak olan iradenin berraklaştırılmasıdır. Kimi zaman, vasiyet edenin iradesi, apaçık bir şekilde dış dünyaya yansımış olabilir. Yorum, bu noktada, olsa olsa, eldeki iradenin yoruma ihtiyaç duymayacak açıklıkta olduğunu tespit etmekle yetinecek ve bundan sonrası için geri çekilmesini bilecektir, bilmelidir: Örneğin, saf geri alma iradesinin yine saf bir geri alma iradesi ile ortadan kaldırıldığı vakit **Önen**'in ve yukarıda zikrettiğimiz bir kısım yazarların sanki ilk vasiyetnamenin canlandırılması isteği muhakkakmış gibi hareket etmesi yerinde değildir¹⁰²⁶. Somut uyuşmazlığın özelliği aksi yöndeki bir sonucun kabulünü de zorunlu kılabilir. Vasiyet edenin ilk vasiyetnamesini geri almasına giden süreçte hangi saik ile hareket ettiği belirleyici olabilecektir: O, örneğin, ilk vasiyetname lehdarlarının vefasızlıkları sebebi ile vasiyetnamesini geri almış ve ardından bunun kendileri tarafından öğrenilmesinden sonra sırnaşık davranışları neticesinde yine kanmış ve geri alma

¹⁰²³ ATF 101 II 211

¹⁰²⁴ Sadece bir örnek vermek gerekirse: 4721 sayılı yasada saklı paylı mirasçılardan saklı pay oranlarının azaltılması ile yetinilmemiş, 2007 yılında, kardeşler saklı paylı mirasçı sıfatlarını bütünüyle yitirmişlerdir. Kanuni miras payının halefiyet ilkesince altsoya aktarılabilmemesine rağmen saklı payın aynı şekilde akıp gitmemesi de düşüncemizi desteklemektedir.

¹⁰²⁵ Yazar, sadece son tarihli vasiyetnameden hareket edenlerin aksine her üç metne de önem vermektedir: **Öztrak**, Rücü, s. 96.

¹⁰²⁶ Öyle ki, bu düşüncedeki yazarların eserlerinden bizim çıkardığımız sonuç sanki bu halde yoruma gerek olmadığı ve ilk vasiyetnamenin canlandırılması arzusunun mutlak olduğu yolundadır. Bu cümleden olmak üzere karşı. **Önen**, s. 46 vd..

vasiyetnamesini de geri almış ise, mezkur tasarrufların tamamının zaten ölümle birlikte hüküm ve sonuç doğuracakları da göz önüne alınarak, onun bu son geri alma tasarrufu ile gerçekte yasal mirasçılık hükümlerine dönüşü teyit etme düşüncesinde olduğu pekala söylenebilecektir. Meğer ki, ilk vasiyetnamenin lehdarları, ilk geri alma vasiyetnamesinden sonra vefasızlıklarından vazgeçmiş bulunsunlar. İşte, hakkaniyete uygun olduğu aşikar olan bu sonucun kabul edilebilmesi, tamamlayıcı yorumun ima kuramı ile sınırlandırılmasına izin vermemekle mümkün olacaktır. Ötesinde, vasiyet eden, bu sonucu, saf geri almanın geri alınması vasiyetnamesine eklediği ve teknik olarak maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf da sayamayacağımız şu türden bir kayıt sayesinde kabul etmemizi de sağlayabilirdi: “Geri almamı geri aldım, artık yasal mirasçılığa dönlün.”.

İşte bu son kayıt, doktrinin genelinin içine düştüğü bir başka *yanılgıyı* da gözler önüne sermektedir. Zira, konuyla ilgilenen herkes, meselenin yorumla aşılabileceğini kabul ettikten sonra benzer örneklerden yola çıkarak, bir takım peşin çözümler sunma eğilimindedir. Ne var ki, vasiyet edenin iradi mirasçılığa mı yoksa yasal mirasçılığa mı dönmek arzusunda olduğu kendisi tarafından peşinen ve apaçık bir şekilde ifade edilmişse, o örnekler üzerinden ulaşılan sonuçların da bu istek doğrultusunda değiştirilmesi zorunludur. Böylelikle, geri almanın geri alınması tasarrufunda geri alma iradesinin başkaca bir kısım ölüme bağlı tasarruflar ile desteklenmesi halinde dahi artık ilk vasiyetnamenin canlandırılmak istenmediği sonucunun peşinen kabul edilmesi imkansızlaşabilecektir: Son vasiyetnamede, saf geri alma iradesine eklenen bir kısım tasarruflar yanında ilk vasiyetnamenin de devreye gireceği yolundaki bir kısım başkaca beyanlar karşısında durum özellikle böyledir. Gerçi, bu yönde bir beyan olmasa dahi ulaşılabilecek sonucun aynı olması imkan dahilindedir. Konuya hemen aşağıda ayrıca temas edilecektir.

Biz, meselenin çözümü bakımından şu düşünce silsilesi içinde hareket etmenin doğru olduğuna inanmaktayız:

a. Elimizde üç adet işlem vardır:

1. İlk vasiyetname

2. İkinci vasiyetname ya da geri almaya denk gelen diğer tasarruflar (yok etme ve sağlar arası tasarrufta bulunma)

3. Üçüncü vasiyetname ya da geri almaya denk gelen diğer haller (geri almanın geri alınması işlemi).

b. Geri almanın geri alınması noktasında da TMK m. 542 vd.'da öngörülen usullerden birinin seçilmesi ve bu usulün gereklerinin yerine getirilmesi zorunludur¹⁰²⁷. Hal böyleyken, ilk vasiyetname bir sağlar arası tasarrufla geri alındıktan sonra, bunun geri alınmasının TMK m. 544/II'ye tabi olacağı da peşinen söylenmelidir. Çoğunluğun, bu son halde, geri almanın geri alınmasının kapılarını kapadığını da eklemek gerekir¹⁰²⁸.

c. Vasiyet edenin gerçek isteğinin ne olduğu ve bu arada son metnin işlevinin tespit edilebilmesi, her halde, bir yorum meselesidir.

d. Yapılacak yorumda sadece son tasarruf değil ondan önceki tasarruflar da hesaba katılmalı ve her üç metinde yer alan tasarruflar arasındaki bağlantıların topluca değerlendirilmesi suretiyle sonuca gidilmelidir.

e. Vasiyet edenin geri alma iradesi dışındaki bir kısım beyan ve açıklamaları (yeri geldiğinde gereksiz işgüzarlıkları) sonuca ulaşmamızda belirleyici olacak ve yoruma ilişkin bir yığın çetrefilli tartışma da daha yanmadan söndürülebilecektir. O, son geri almanın sonuçlarının neler olabileceğini, son geri alma tasarrufunda açıkça öngörmüşse artık bu son arzuya riayet etmek ve yorum yolu ile başkaca bir sonuca gitmemek gerekir. Bu yöndeki iradenin üçüncü işlem ile varlık kazanması da zorunlu değildir: Vasiyet eden ilk vasiyetnamesinde bir kısım tasarruflarda bulunsa ve ardında şöyle bir kayda da yer verse: “Eğer bu vasiyetnamemi bir kere geri alırsam, isteğim, sonradan yapacağım hiçbir şeyden bu geri almanın etkilenmemesidir.”. O, işbu vasiyetnamesini, saf bir geri alma vasiyetnamesi ile geri alsa ve ardından da üçüncü bir saf geri alma vasiyetnamesi düzenleyerek ikinci saf geri alma vasiyetnamesini geri alsa, artık yasal mirasçılığa dönmek arzusunda olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Benzer bir kaydın, geri almanın geri alınması işleminde yer alması imkan dahilinde olduğu gibi; biz ve bizim gibi tamamlayıcı yorumu ima teorisi ile sınırlamayanlar, iş bu iradenin, vasiyetname dışı olgulardan çıkarılması ihtimalinde de aynı sonucu benimserler.

¹⁰²⁷ Geçersiz bir geri alma iradesinin yeri geldiğinde yorum bakımından etkili olacağı unutulmamalıdır. Öte yandan, yine ölüme bağlı tasarrufların geçersizlik rejiminin kendine özgü nitelikleri burada da göz önünde tutulmalıdır.

¹⁰²⁸ Karş. yukarıda s. 306 vd....

f. Son geri alma tasarrufunun ne anlama geldiği ile ilgili vasiyet edenden sadır böylesi bir irade mevcut değilse, ölüme bağlı tasarrufun yorumuna ilişkin bütün imkanlar sonuna kadar zorlanmalıdır. Bu çabanın yegane amacı vardır: Şüpheyi ortadan kaldırmak. Sessiz sedasız yaşayıp ölmeyi tercih eden bir kişi karşısında, ölüme bağlı tasarrufun yorumuna ilişkin hangi kuram taraftarı olursanız olun, bazen çaresiz kalabilirsiniz. İşte, bu çaresizlik halinde, tavrımız iradi olana yasanın dayatmaları karşısında üstünlük tanınması yolundadır. Böylelikle, kural olarak, geri almanın geri alınmasının iradi mirasçılığa ilişkin ilk vasiyetnameye dönme arzusunu da içerdiğine inanılır ve AMK'nun 2257. maddesinin ruhu sadece şekli vasiyetname ile geri almaya değil de bütün geri alma usulleri bakımından geçerli kabul edilir.

g. Bu noktadan sonra, verilecek örneklerin aslında önemsizliği de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Biz, doktrinde verilen kimi örnekler üzerinden kendi düşüncelerimizi açıklayacak olmakla birlikte, burada ulaştığımız sonuçların, her halde, yukarıdaki akıl süzgeçinden geçirilmesinin bir zorunluluk olduğunun altını tekrar çizmek isteriz. Somut uyuşmazlığın özellikleri başkaca bir sonucun benimsenmesine sebep olabileceği gibi; belirleyici olan, herşeyden öte, hakimin öngörüsü ve medeni hukukun bu karanlık girdaplarında yolunu aydınlatabilecek bir ışığa sahip olup olmamasıdır.

Yukarıdaki çekincelerimiz saklı kalmak kaydı ile;

İlk ve ikinci geri alma işlemleri şartsız ve saf bir geri alma vasiyetnamesine denk geliyor ise vasiyet edenin ilk vasiyetname hükümlerine dönmek arzusunda olduğunu kabul etmek yerinde olur. Geri alma vasiyetnamesinin yok edilerek geri alındığı hallerde de durum böyledir¹⁰²⁹.

İlk geri alma vasiyetnamesi, saf geri alma iradesi dışında başkaca tasarruflar içeriyorsa hüküm başkadır. **Serozan**'a göre, bu ihtimalde, ilk vasiyetnamenin ihya edilmesi yolundaki karine de inandırıcılığını kaybetmektedir. **Öztrak**, aksini ispat yükünün, ilk

¹⁰²⁹ Yok etmek fiili vasiyetnamenin maddi bütünlüğüne yönelmiş ise bu sonuç evleviyetle kabul edilir. bütüne yönelik yok etme fiileri arasında bir ayrıma gitmenin gereği de yoktur. Yok etmek suretiyle geri almanın kısmi olduğu haller de ise geride kalan metin ile ilk vasiyetnamenin birlikte yaşama şansı olup olmadığına bakılarak bir çözüme gidilmelidir. İlk vasiyetnamedeki bir kısım tasarrufların üzeri çizilmiş, sonra bu çizikler silinmiş olursa da durum böyledir. Bu çiziklerle birlikte üzeri çizilen tasarruflar da silinmiş ise artık aslında geri almanın geri alınması değil de sadece ilk tasarruftaki önce üzeri çizilen ardından da silinen tasarrufların geri alındığından bahis açılmalıdır. Başka deyişle, bu davranış tarzından, vasiyet edenin işi sağlama almak arzusunda olduğu anlaşılır.

vasiyetnamenin lehdarlarına yükleneceğini de eklemektedir. Biz, bu halde dahi, bir şüphenin varlığından hareket ederek, iradi mirasçılığa öncelik tanınması ve ilk vasiyetnamenin kural olarak canlandırılması gerektiğini düşünüyoruz¹⁰³⁰. Aksini ispat yükünü yasal mirasçılara yüklemek bizim düşüncemize nazaran daha adildir. Zira, vakti zamanında vazgeçilmiş de olsa, mirasbırakan bu yola girmekle terekesinin iradi mirasçılık çerçevesinde paylaşılmasını göze almış demektir: Eşinden sevgilisi için boşanan adam, sevgilisini de terk etmiş ise (ve bunu başka bir sevgili için yapmamışsa) artık eski eşine dönmek istediği varsayılır. Yoksa yalnız yaşama arzusunda olduğu değil. Gerçekten de, üçüncü geri alma vasiyetnamesinin saf geri alma vasiyetnamesi olduğu hallerde bu sonuç daha rahat kabul edilebilecektir¹⁰³¹. Bununla birlikte, saf olmayan bir geri alma vasiyetnamesi yine saf olmayan bir geri alma vasiyetnamesi ile geri alınırsa durum biraz daha karmaşıklaşır. Bu halde dahi, ilk vasiyetnamenin, üçüncü vasiyetname (geri almanın geri alınması vasiyetnamesi) ile bağdaşabilir nitelikteki hükümlerinin, TMK m. 544/I'nin karinesi de ters çevrilmek suretiyle, ayakta tutulması mümkün olmalıdır. Aksini iddia eden bu iddiasını ispatla mükelleftir¹⁰³².

Gelgelelim, saf geri alma vasiyetnamesini geri alan üçüncü işlem, geri alma beyanı yanında başkaca tasarrufları da içeriyorsa, artık vasiyet edenin sadece bu son tasarruflarına yaşama hakkı tanıdığını düşünmek yorum prensiplerine uygun olur¹⁰³³. Bu son halde, ilk vasiyetname lehdarlarının ispat yükü ile başbaşa bırakılması vicdanlarımızı da rahatsız etmez: Adam, eşinden başka bir kadın yüzünden değil yalnız kalmak için boşanmış ve sonra kendisine bir sevgili bulmuş ise ömrünün geri kalanını onunla geçirmek istediği varsayılmalıdır.

Yargıtay 2. HD.'nin 2003/601 E, 2003/3742 K. sayılı ve 18.03.2003 tarihli bir kararından anladığımız kadarı ile, ilk geri alma vasiyetnamesinin TMK m. 544/I anlamında

¹⁰³⁰ Aksi yönde **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 253.

¹⁰³¹ Aksi yönde **Öztrak**, s. 100; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 253. **Öztrak**, bu halde artık yasal mirasçılığın devreye gireceğini kabul etmektedir. Ayrıca karşı. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 232. Yazara göre, ilk geri alma vasiyetnamesi saf geri alma beyanı dışında başkaca tasarruflar da içerse ve sonradan sadece bu saf geri alma beyanının geri alındığı dile getirilse ve diğer tasarruflara dokunulmasa bundan yine ilk vasiyetnameye yürürlük kazandırma isteği çıkardı. Ayrıca, TMK m. 544/I bertaraf edilerek ilk vasiyetname ile ikinci vasiyetnamenin elde kalan diğer hükümlerinin mümkün mertebe bir arada yaşatılmasına öncelik verilirdi. Bizimle benzer yönde bkz. **Gönensay/Birsan**, s. 116.

¹⁰³² Karş. **Önen**, s. 51; **Öztrak**, s. 99 vd.; **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 253. **Öztrak**, bu son halde çareyi yasal mirasçılığa dönmekte görmektedir.

¹⁰³³ Aksi yönde **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 232.

geri almaya denk geldiği hallerde, bu son tasarruf açıkça geri alınır, yasal mirasçılık hükümlerine dönülür¹⁰³⁴.

Örneklerin çoğaltılması elbette mümkündür ve fakat gereksizdir. Bizim uğraşımız, iradi olana mümkün mertebe öncelik tanımaktan ibarettir. Bu örnekler üzerinden ulaştığımız sonuçların, vasiyet edenin aksi yöndeki açık bir beyanı karşısında o son isteğe göre şekilleneceğini tekrar ederek bu kısım açıklamalarımıza son vermek isteriz. Bu son cümle, tezimizin esasına yönelik uğraşlarımızın da son halkasını teşkil etmektedir¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi, 29.12.2010).

¹⁰³⁵ Hal böyleyken, iki hususu daha son olarak anmak niyetindeyiz. Acaba, vasiyet edenin saf bir geri alma vasiyetnamesinden sonra yine saf bir geri almanın geri alınması vasiyetnamesindeki işbu saf geri alma beyanına ekleyeceği örneğin ilk vasiyetnamenin canlanmayacağı yolundaki kayıt, onun gerçekte bir vasiyetname düzenleme iradesine sahip olmadığını ispata yetişir mi? Bu sorunun cevabı menfi olsa gerekir. kimileri, bu halde, ilk vasiyetnameye dönüşü mutlak bir kural olarak önümüze koymuş olduğu için bu açıklamaları yapma ihtiyacı hissettik. Eğer böylesi bir açıklık olmasa, bizim düşüncemizin de o eksende olduğunu yukarıda açıklamıştık. Öte yandan, vasiyetname düzenleme iradesi vasiyetname açısından deyim yerinde ise hayat memat meselesidir. Vasiyetname düzenleme iradesine sahip olmayan bir kişinin kaleme aldığı metin, el yazısı ile yazılıp imzalanıp tarihlense bile vasiyetname olarak kabul edilemez. Vasiyetname içeriğindeki tasarrufların birbiri ile açık çelişkiler içerdiği hallerde bu iradanın sorgulanması da adettendir. Kanaatimizce, saf geri alma vasiyetnamesini geri alan saf geri alma iradesine yasal mirasçılığa dönme arzusunu ortaya koyan bir kaydın eklenmesi, ilgilide, vasiyetname düzenleme iradesinin olmadığı yolunda bir tespiti yapmamıza neden olmaz. Bu işgüzarlık, olsa olsa, vasiyet edenin daha bir bilinçle hareket ettiğini gösterir. O, saf geri alma iradesine kanunun bağlamadığı bir sonucu peşinen bağlamakla esasında bir yorum kuralı ihdas etmekte ve böylelikle iradesinin akıbetini doktrinin ve yargı kararlarının gelgitlerinden korumaktadır. Tartışmaya açmak istediğimiz ikinci husus, geri almanın geri alınmasının geri alınması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Biz bu halde dahi, bu geri almalar birbirini etkileyen bir silsile içinde devam ettiği sürece, temel esasların değişmeyeceğine inanmaktayız. Başka deyişle, bu halde de, eldeki metinlerin tamamının (bu kez üç değil de dört) topluca değerlendirilmesi suretiyle sonuca gidilmeli ve yeri geldiğinde iradi mirasçılığa öncelik verilmelidir. İlk vasiyetnameye dönüş anlamındaki saf geri alma vasiyetnamesinin saf geri alınması geri alınır, artık, vasiyet edenin arzusunun yasal mirasçılığa dönüş yolunda olduğu hususunda tereddüt etmemek gerekir. Öte yandan, mantık kuralları bize şöylesi bir sonucu da dayatmaktadır: Üçüncü vasiyetnamenin geri alınması ile yaratılmak istenen hukuki sonuç çoğu zaman ilk vasiyetname ile yaratılmak istenen hukuki sonuçla aynı olacaktır. Geri almanın geri alınmasının ilk vasiyetnameyi canlandırmayacağının kabul edildiği hallerde durum özellikle böyledir. Bu halde, ikinci vasiyetnameyi (ilk geri alma vasiyetnamesini) ilk vasiyetname kabul ederek yine üçlü bir halka tesis edilmek suretiyle sonuca gidilmesi tavsiye edilebilir. Ancak, bu düşünce tarzı, ilk vasiyetname ile yaratılan hukuki durumun saf bir geri alma vasiyetnamesi ile ortadan bütünüyle kaldırıldığı örnekler için geçerli olacaktır. Zira, bu düşünce tarzı, ilk vasiyetnamenin geri alınmasının, onu bütünüyle ortadan kaldırdığı ihtimalinde uygulanma imkanı bulur. İlk vasiyetnamenin kısmen geri alındığı haller ile yine sonraki geri almaların örtülü ve kısmi olduğu hallerde meselenin daha da karmaşık bir hal alacağı açık olmakla birlikte biz yorum suretiyle engellerin aşılabileceğine inanmaktayız. Zira, her ne olursa olsun, mutlak surette yasal mirasçılığa dönüşü ifade eden bir vasiyetname varsa, işte onun, artık ilk vasiyetname kabul edilerek çözüm bulunması bu son olasılıkta dahi imkan dahilindedir.

SONUÇ

Bundan önce yazılmış ve başarılı görülmüş çalışmaların “sonuç” kısımlarına baktığımızda, ilgili bölümün, “şeklen”, esasa ilişkin bölümlerden bağımsız bir görünüm arzettiğini tespit ettik. Yine, bu bölümde, bundan önce yapılagelen tartışmaların bir özet şeklinde ve nihai sonucu ve temennileri de içerir tarzda sunulmasının adetten olduğunu gördük.

Açıkçası, mevcut kalıplar, deyim yerinde ise, bir boyunduruk gibi karşımızda durmaktadır. Biz, bundan dolayı, türlü sebeplerle bugüne kadar çokça da tartışılmayan ve düşüncemizin deyim yerinde ise kalbinde duran bir kısım tespitlerimizin haklılığını gözler önüne sermek için elimizden gelen azami çabayı son ana kadar sürdürmeye devam edeceğiz.

Tezimizde ulaştığımız sonuçların ve en azından bizim temennilerimizin kabul görmesi, daha baştan, iradi mirasçılık-yasal mirasçılık ayrımında, önceliği, iradi olana vermekle mümkündür. Bununla birlikte, doktrinin genelinin bizimle aynı yönde düşünmediğini eklemek isteriz. Geleneksel olarak adlandırılabilir bu görüşe göre, yasal mirasçılık, iradi mirasçılık karşısında ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Buna bağlı olarak, vasiyetnamenin geri alınmasının geri alınması örneğinde olduğu gibi, ikisi arasında bir tercih yapılacaksa, yasal olana öncelik vermek icap eder. Biz bu yaklaşımı türlü sebeplerle kabul edememekteyiz: Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, yasal mirasçılığa üstünlük tanıyan açık bir kanun hükmü kanunlarımızda mevcut değildir. Bir kısım yasal mirasçıların bir de saklı pay kurumu ile ek güvenceye kavuşturulması, miras hukukunun geneli bakımından yasal mirasçılığa üstünlük tanındığı anlamına gelmez. Öte yandan, modern hukuk sistemlerinde, saklı paylı mirasçıların bir kısmı bu vasfını zamanla kaybetmiştir. Kardeşlerin, 2007 yılı sonrasında, artık saklı paylı mirasçı olamayacaklarını bu vesile ile anmak isteriz. Saklı paylı mirasçı olabilme ayrıcalığını hala koruyanların saklı pay oranlarının azaltıldığı da bilinen gerçeklerdendir. Kaldı ki, her halde, geniş mirasçılık şemasında, saklı pay sahibi olabilen kişilerin, genele nazaran küçük bir azınlığı teşkil ettiği de unutulmamalıdır. Biz, burada, mirasın, mirasbırakana olan kan bağıının derecesine göre dağıtıldığı bir sistemin ne ölçüde ahlaki olduğunu tartışacak değiliz. Aslında, bir kaç istisna bir yana bırakılacak olursa, yazarların büyük kısmı, bu yöndeki bir tartışmadan bahis dahi

açmamaktadırlar. Bu vesile ile, Türk doktrininden, **Kocayusufpaşaoğlu ve Serozan**'ın, haklı olarak, zikredilmesi kaçınılmazdır.

Doktora tez konusu olarak seçtiğimiz ve inceleme gayreti gösterdiğimiz “vasiyetnamenin geri alınması” kurumu, esasında, miras hukukunun ve özellikle ölüme bağlı tasarrufların, işlenmesi en zor konularından da biridir. Bu zorluk, kendisini iki noktada, özellikle hissettirmektedir. Birincisi, gerek Türk gerekse İsviçre hukukunda, konuya ilişkin yasal düzenlemelerin, sorunları çözmekten ziyade, sorun üretecek tarzda kaleme alınmış olmasıdır. İkincisi, vasiyetnamenin geri alınması hususunda karşılaştığımız problemlerin çözümünde, miras hukukunun, zaten kendileri de çokça tartışmalı olan başkaca kurumlarına başvurmak zorunda kalınmasıdır. Ölüme bağlı tasarrufların yorumunun ve ölüme bağlı tasarruflara hakim olduğu iddia edilen temsil yasağının bu vesile ile anılması yerinde olacaktır. Gerçekten de, vasiyetnamenin geri alınması hususunda karşılaştığımız bir çok problemin çözümü, yukarıda andığımız türden başkaca konulara da kaçınılmaz olarak girmemizi gerektirdi. Vasiyetnamenin geri alınmasına ilişkin kaleme alınmış monografik eserlerde, mesele, hemen yukarıda andığımız türden bir değerlendirmeye de tabi tutulmuş değildi. Keza, ders kitabı ve şerh türünden eserlerde de, çoğunlukla, konunun, bütün yönleri ve burada yapmaya çalıştığımız şekilde bağlantılı konularla da ilişkisi kurularak incelendiği söylenemez.

Çalışmamızın kimi bölümlerinde oldukça zorlandık. TMK m. 542/I ve 544/I bakımından, geri alma sonucunun doğmasının geri alma vasiyetnamesinin geçerliliğine bağlanmasında olduğu gibi. Yok etmek suretiyle geri almanın mümkün görüldüğü bir hukuk sisteminde, geri alma iradesinin mutlaka geçerli bir vasiyetname ile dış dünyaya yansması gerektiğini iddia etmek, kolay değildi. Elindeki vasiyetnameyi yırtıp yok ederek geri alma imkanı var iken, yeni bir vasiyetname düzenleme yolunu seçen vasiyet edenden, seçtiği bu yolun gereklerini yerine getirmesinin bekleneceğini ifade etmek dahi bu noktada kimi zaman yetersiz kaldı. Keza, geri alma iradesinin bir sözleşme ile dış dünyaya yansıdığı, bununla birlikte, geri alma işleminin, vasiyet edenin geri alma iradesinin sorgulanmasına yol açmayacak tarzda bir geçersizlikle sakat olduğu hallerde, geri alma sonucunun doğmayacağını iddia etmek hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Geri alma işleminin, o sözleşme değil de, sözleşmeyi kurmaya yönelik irade açıklaması olduğunu düşünen yazarlar bakımından durum özellikle böyledir.

Yine, ölüme bağlı tasarruflara hakim olan şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesi ve bu ilkenin doğal sonucu olan temsil yasağının, varoluş amaçları dışında ve mutlak surette uygulanmasının yaratacağı sakıncalar da, elimizden geldiğince, aktarılmaya çalışıldı.

Tüm bunlar yapılırken; vasiyetnamenin geri alınması kurumunun aslında Roma ve İslam hukukunda da yaşayageldiği gözler önüne serilmiştir. Keza, modern hukuk sistemlerinin konuyu ele alış biçimi de, aklımız yettiğince, açıklanmaya çalışılmıştır. Vasiyetnamenin geri alınması hakkından feragate ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğunu da bu vesile ile tekrarlamak isteriz. Bize göre, “geri alma” kavramının tek ve bu kavramın kapsamı içinde kalan bütün halleri kapsayacak bir tanımı yoktur. Vasiyetnamenin geri alınması için de, kanunda, hukuki nitelikleri bakımından küçük de olsa farklılaşabilen, dört ayrı yöntem öngörülmüştür. Biz, bu sebeple, her bir geri alma yöntemi için ayrı tanımlar vermenin daha isabetli olduğuna inandık. Her bir geri alma usulünü, yine elimizden geldiğince, uygulamada karşımıza çıkabilecek sorunları da göz önüne almak sureti ile, ayrı ayrı işledik. Bu uğraş, burada tek tek zikredilmesi imkan dahilinde olmayan, bir çok tartışmanın da kapısını aralamamıza sebep oldu. “Yok etme” kavramından ne anlaşılması gerektiğinden, TMK m. 542/I ile, aslında, sadece geri alma iradesinden oluşan bir vasiyetnamenin düzenlenebileceği imkanının ihdas edildiğine; geri almanın kısmi ve şarta bağlı olabileceğinden, resmi vasiyetnamenin de yok edilerek geri alınabileceğine kadar bir çok tartışmalı konu ele alınıp, incelenmiştir.

Son olarak, vasiyet edenin, geri alma hakkından peşinen feragat edemeyeceği yolundaki ilkeden bahis açmak yerinde olacaktır. Anılan ilkenin dayandığı düşünce bellidir: Vasiyet eden, vasiyetname düzenlerken olduğu kadar, vasiyetini geri alırken de özgürdür. Kimse, vasiyetname düzenlemeye zorlanamayacağı gibi, mevcut vasiyetnamesini de her zaman için geri alabilir. Ancak, ilk kez vasiyet düzenleyecek olan bir kimsenin, bu irade henüz bir vasiyet şeklinde varlık bulmadığı dönemde, özellikle üçüncü kişiler nezdinde, güçlü bir beklenti yarattığından da bahsedilemez. Sözün özü, mevcut bir vasiyetnamenin üçüncü kişiler nezdinde yarattığı umut ve beklenti; henüz düzenlenmemiş bir vasiyetnamenin yarattığından, çoğunlukla, kat be kat fazladır. Öyle ki, bu halde, geri alınmaması koşulu ile, lehdarlarının malvarlığına etki yapabilecek bir işlemin varlığı kesinleşmiştir. Acaba, düzenlemiş olduğu vasiyetname ile üçüncü kişiler nezdinde bu türden bir beklentinin oluşmasına sebep olan kişi, TMK m. 542 vd. ile

getirilen özgürlüğünü kullanarak vasiyetnamesini geri alırsa, geri alınan vasiyetnamenin lehdarlarının beklentilerinin boşa çıkmasından dolayı herhangi bir haklı talebin muhatabı olacak mıdır? Sorunun cevabının mutlak olarak menfi olduğunu iddia etmek güçtür. **Serozan**, ölüme bağlı tasarruf vaadinde bulunarak bu vaatlere aldanan üçüncü kişilerden menfaat elde edenlerin ya da onların yüklü masraflar yapmasına sebep olanların, sonradan, vaatlerine aykırı davranışları halinde, bir edim iadesi ya da “culpa in contrahendo” benzeri “culpa in testando” kökenli bir tazminat talebi ile karşı karşıya kalacağını belirtmektedir¹⁰³⁶. Bu yaklaşım, vasiyetnamenin geri alınmasından benzer şekilde etkilenen vasiyetname lehdarları için de evleviyetle kabul edilebilecektir. Güven sorumluluğu, bir kimsenin, kendisine isnat edilebilir biçimde başkası nezdinde yarattığı ve boşa çıkardığı haklı güven dolayısıyla ona karşı sorumlu tutulmasıdır. Vasiyet edenin, vasiyetname düzenleyerek kendilerinde haklı bir güven yarattığı üçüncü kişiler bakımından, vasiyetnamenin geri alınmasının yarattığı sakıncaların böylelikle giderilmesi, anılan kişiler için BK m. 41/II’ye nazaran daha avantajlı bir yolun kabul edilmesi anlamına gelecektir. Zira, zamanaşımından kusurun ispatına varıncaya kadar BK m. 41/II’nin bünyesinde taşıdığı zorluklar da böylelikle bertaraf edilmiş olacaktır. Vasiyet edenin hal ve davranışlarının BK m. 41/II anlamında bir ahlaka aykırılık taşıdığı hallerde, ilgililerin, dilerse o yola başvurmalarında da bir engel olmadığını söyleyerek açıklamalarımızı bitirmek istiyoruz.

¹⁰³⁶ **Serozan/Engin (Serozan)**, s. 190.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk** - Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 4. Baskı, Ankara, 2008
- AKINTÜRK, Turgut** - Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.2, 10. Baskı, İstanbul, 2006
- AKKANAT, Halil** – El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2001
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis** – Medeni Usul Hukuku Esasları 5. Baskı, İstanbul, 2005
- ALTAŞ, Hüseyin** – Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998
- ANSAY, Sabri Şakir**, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1958
- ANTALYA, Gökhan** - Miras Hukuku, İstanbul, 2003
- ARAL, Fahrettin** – Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara, 2007
- ARPACI, Abdülkadir** – Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, 2. Baskı, İstanbul, 2000
- ARPACI, Abdülkadir** – Hukukun Dili, Ergon A. Çetingil ve Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007
- ARPACI, Abdülkadir** – Yeni Türk Medeni Kanunu, 3. Baskı, İstanbul, 2008
- ATAAY, Aytekin** - Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Baskı, İstanbul, 1978
- AYAN, Mehmet** – Miras Hukuku, 2. Baskı, Konya, 2003
- AYAN, Mehmet** - Medeni Hukuka Giriş, 3. Baskı, Konya, 2006
- AYAN, Mehmet / AYAN, Nurşen** - Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Konya, 2007
- AYBAY, Aydın** - Miras Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, 2003

AYBAY, Aydın – Borçlar Hukuku Dersleri, 12. Baskı, İstanbul, 2000

AYBAY, Aydın - Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/I, İstanbul, 2002

AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona - Hukuka Giriş, 2. Baskı, İstanbul, 2005

AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin – Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1996

AYDIN, Mehmet Akif - İslam Hukukunda Tek Taraflı Hukuki İşlem, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, C. 8, 1994

AYDIN, Mehmet Akif – Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, İstanbul, 2005

AYİTER, Kudret – Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara, 1953

AYİTER, Nûşin – Miras Hukuku 4. Baskı, Ankara, 1978

AYİTER, Nûşin / KILIÇOĞLU, Ahmet – Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1993

BADDELEY, Margareta / BUCHER Andreas - Memento de Droit Civil, 4. Baskı, Bale, 2008

BAĞCI, Ömer - El Yazısı İle Vasiyetnamede Düzenleme Yeri ve Tarihi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006

BECKER, H. - İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çev. A. Suat Dura, Ankara, 1993

BELGESAY, Mustafa Reşit - Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Üçüncü Kitap, Miras, 4. Baskı, İstanbul, 1952

BÉNABENT, Alain - Droit Civil, Les Obligations, 7. éd, Paris, 1999

BERKİ, Ali Himmet - Vasiyyet ve Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Ankara, 1961

BERKİ, Şakir - , Eski ve Yeni Hukukumuzda Miras Sistemleri Arasındaki Farklar, AÜHFD, C. XXIX, S. 3-4, Ankara, 1973

BERKİ, Şakir - , Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda Miras Sistemleri, AÜHFD, C. XXXVII,

S. 1-4, Ankara, 1980

BERKİ, Şakir - Kur'an'da Miras Hukuku, AÜHFD, C. XXXVIII, S.1-4, Ankara, 1981

BERKİ, Şakir - Roma Hukuku, Ankara, 1949

BERKİ, Şakir - Romada Miras Hukuku, AÜHFD, C. X, S.1-4, 1953, Ankara

BERKİ, Şakir - Systhème Successoral en Notre Ancien Droit et en Droit Actuel, AÜHFD, C. XXXVII, S. 1-4, Ankara, 1980

BERKİ, Şakir / HAMİDİ, Hayrullah - İslam Hususi Hukukunun Ana Prensipleri, Kur'an'da Hukuk, 2. Baskı, Ankara, 1962

BİLGE, Necip - Hukuk Başlangıcı, 17. Baskı, Ankara, 2003

BONOMİ, Andrea - La Vocation Successoral Volontaire Dans Certains Droits Européens, Le Droit des Successiosen Europe – Actes du Colloque du 21 Février, 2003

BRON, Roland - Succession et Donations, 3. Baskı, Zurich, 2010

BURCUOĞLU, Haluk - 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası İle İlgili Bazı Gözlemler, Ergon A. Çetingil ve Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007

BUZ, Vedat - Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998

BUZ, Vedat - Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005

CAPITANAT, Henri/ CORNU, Gérard - Vocabulaire Juridique, Paris, 1996

CARAVOKYRO, G.M. - Le Droit Successoral en Turquie, AB İntestat & Par Testament, Constantinople, 1898

CEYLAN, Ebru - Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2006

CORNU, Gérard - Droit Civil, Introduction – Les Personnes – Les Biens, 11. Baskı, Paris, 2003

- ÇAĞA, Tahir** - Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti, İstanbul, 1950
- DAYINLARLI, Kemal** - Fransızca_Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara, 1997
- DEKKERS, René** - Précis De Droit Civil Belge, C. 3, Bruxelles, 1955
- DEVELLİOLU, Ferit** - Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 19. Baskı, Ankara, 2002
- DİL DERNEĞİ** - Türkçe Sözlük II, Cumhuriyetimizin 75. Yılı Armağanı, Ankara, 1999
- DI MARZO, Salvatore** - Roma Hukuku, Terc. Ziya Umur, 2.Baskı, İstanbul, 1959
- DOĞAN, İzzet** - Türk Medeni Yasasında Zina Nedeni İle Boşanma ve Sonuçları, İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı, İstanbul, 2007
- DURAL, Mustafa** - El Yazısı İle Vasiyetname, İstanbul, 1967
- DURAL, Mustafa** - Miras Sözleşmeleri, İstanbul, 1980
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan** - Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, 2002
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper** - Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2010
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut** - Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 2001
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut** - Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2003
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat** - Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2004
- ENGEL, Pierre** - Contrats De Droit Suisse, 2. Baskı, Berne, 2000
- ENGİN, Baki İlkay** - 1998 Tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısının Ölümüne Bağlı Tasarrufun Konularına İlişkin Hükümlerinin (MKT. 514-530) Değerlendirilmesi, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999

- ENGİN, Baki İlkay** - Yedek Mirasçılık, İstanbul, 2003
- EREN, Fikret** - Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, 2003
- EREN, Fikret** - Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966
- ERGÜL, Ergin** - Fransızca-Türkçe Modern Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2002
- ERMAN, Hasan** - Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 2004
- ESENER, Turhan** - Türk Miras Hukuku Ana Kavramları, Ankara, 1970
- ESCHER, A.** - Medeni Kanun Şerhi-Miras Hukuku, Çev. Sabri Şakir Ansay, Ankara, 1949
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin** - Aile Hukuku Dersleri, İstanbul, 1971
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin** - Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 2. Baskı, İstanbul, 1977
- GAIUS, Institutiones**, Çev. Türkan Rado, İstanbul, 1953
- GENÇCAN, Ömer Uğur** - Miras Hukuku, Ankara, 2008
- GIRARD, Manuel** Elementaire de Droit Romain, 6. Baskı, Paris
- GÖNEN, Doruk** - El Yazılı Vasiyetname, İstanbul, 2007
- GÖNENSAY, Samim / BİRSEN, Kemaleddin** - Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1963
- GRIMALDI, Michel** - Droit Civil, Successions, Paris, 1998
- GUINAND, Jean / SETETTLER, Martin** - Droit Civil, Successions, 5. éd., Fribourg, 2003
- GÜMÜŞ, M. Alper** - Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2010
- GÜNAL, Nadi** - Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras, AÜHFD S.1-4 1995
- HATEMİ, Hüseyin** - Medeni Hukuka Giriş, 3. Baskı, İstanbul, 2004
- HATEMİ, Hüseyin** - Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?, Prof. Dr. Necip

Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004

HATEMİ, Hüseyin - Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2004

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona - Aile Hukuku, İstanbul, 1993

HELVACI, İlhan - Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul, 2002

HELVACI, Serap - Türk Ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001

HONIG, Richard - Roma Hukuku, Çev. Şemseddin Talip, İstanbul, 1938

İMRE, Zahit - Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 1978

İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan - Miras Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2004

İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan - Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2004

İŞGÜZAR, Hasan - Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara, 2003

IUSTINIAUS - Institutiones, Çev. Ziya Umur, İstanbul, 1968

KANAR, Mehmet - Örnekli Etimolojik Osmanlı-Türkçe Sözlüğü, İstanbul, 2003

KARAMAN, Hayreddin - İslam Hukuk Tarihi, İstanbul, 1999

KARADENİZ, Özcan / ÇELEBİCAN - Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar – Genel Kavramlar – Şahsın Hukuku – Hakların Korunması, 7. Baskı, Ankara, 2000

KILIÇOĞLU, Ahmet - Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2003

KILIÇOĞLU, Ahmet - Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Baskı, Ankara, 2004

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip - Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1987

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip - Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar

Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, İstanbul, 2006.

KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret - Modern Özel Hukuka Giriş olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, 1993

KÖPRÜLÜ, Bülent - Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, 1985

KURU, Baki - Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul, 2001

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder - Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 19. Baskı, Ankara, 2008

KURU, Baki / BUDAK, Ali Cem - Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul, 2010

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan - Roma Hukukunda Vasiyet, Ankara, 2007

LADOR, Jacques / MINET, John Pierre / HINDERMAN, W.E. - Héritiers et Testateurs, Geneve, 1954

LEPOINTE, M. G. - Histoire Du Droit Privé, Les Successions Dans L'Ancien Droit, Paris, 1945

LUCET, Frédéric - Actualisé Par Raymond Le Guidec, Donations et Testaments, Révocation Des Testaments, Juris-Classeurs, Fasc. 110, Paris, 2007

MAZEAUD, Henri et Leon / MAZEAUD, Jean / CHABAS François / LEVENEUR Laurent / LEVENEUR Sabine Mazeaud – Leçons de Droit Civil, Successions – Libéralités, C. IV, Paris, 1999

NICOD, Marc – Droit Patrimonial de la Famille, Régimes Matrimoniaux – Successions – Libéralités – Partages d'Ascendants – Indivisions, Sous la Direction de Michel Grimaldi, Paris, 1998

OĞUZMAN, Kemal - Miras Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, 1995

OĞUZMAN, Kemal / AKYOL, Şener / ÖZAKMAN, Cumhur - Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve İlgili Mevzuat, 5. Baskı, İstanbul, 1993

OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami - Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar,

15. Baskı, İstanbul, 2008

OĞUZMAN, Kemal / DURAL, Mustafa - Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2001

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut - Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, 2000

OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY, Saibe - Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 7. Baskı, İstanbul, 2002

OSER, H. / SCHÖNENBERGER, W.- Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Çev. Recai Seçkin, Ankara.

ÖNEN, Said - De La Revocation Des Testaments En Droit Suisse, Lausanne, 1941

ÖZ, Turgut - İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989

ÖZÖN, M. Nihat - Büyük Dil Kılavuzu, 4. Baskı, İstanbul, 1995

ÖZÖN, M. Nihat - Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 8. Baskı, İstanbul, 1997

ÖZSUNAY, Ergün - Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Baskı, İstanbul, 1979

ÖZSUNAY, Ergün - Medeni Hukuka Giriş, 5. Baskı, İstanbul, 1986

ÖZTAN, Bilge - Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2008

ÖZTRAK, İlhan - La Révocation Des Pactes Successorales En Droit Suisse, Lausanne, 1957

ÖZTRAK, İlhan - Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyatı, Ankara, 1964

ÖZTRAK, İlhan / TERRe, François / LEQUETTE, Yves - Miras Hukuku, Giriş-Kanundan Doğan Mirasçılık-Ölüme Bağlı Tasarruflar, Ankara, 1968

ÖZTÜRK, Yaşar Nuri - Kur'an-ı Kerim Meali, İstanbul, 1999

PIERRE, Jean / COTTIER, Henri - Le Testament Olographe En Droit Suisse, Lausanne, 1960

PIOTET, Paul - Précis de Droit Successoral, 2. éd., Berne, 1988

PIOTET, Paul - Traité de Droit Prive Suisse, Tome IV, Droit Successoral, Fribourg, 1975

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES Muhammet - Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2005

PLANIOL, Marcel / RIPERT Georges - Traité Elémentaire De Droit Civil, Régimes Matrimoniaux-Successions-Libéralités, C. 3, 2. Baskı, Paris, 1946

REİSOĞLU, Safa - Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, 2000.

ROBERT, Paul / REY, Alain - Le Grande Robert De La Langue Française, C. 9, Paris, 1992

RODRIGUEZ, Richard - La Révocation Du Testament Public Et Ses Conséquences Du Point De Vue De La Communication De L'acte, Revue De Droit Privé et Fiscal Du Patrimoine, Notalex, S. 2009/2

ROSSEL, Virgilie / MENTHA, F. H. - Manuel Du Droit Civil Suisse, C. 2, Des Successions-Des Droits Réels, Lausanne, 1920.

SADROLEŞRAFİ, Hüseyin Ali - İran Miras Hukukuna İlişkin Teşrii Yetki İhtilafları, İstanbul, 1978

SCHACHT, Joseph - İslam Hukukuna Giriş, Terc. Mehmet Dağ / Abdülkadir Şener, Ankara, 1977

SCHNEIDER, A. / FICK, H. - Terc. Max – E. Porret Commentaire du Code Fédéral des Obligations, Neuchatel, 1915

SCHWARZ, Andreas B. - Medeni Hukuka Giriş, Terc. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, İstanbul, 1946

SCHWARZ, Anderas B. - Roma Hukuku Dersleri, C. I, Terc. Türkan Rado, 7. Baskı, İstanbul, 1965

SCYBOZ, Georges / GILLIERON, Robert Pierre / BRACONI, Andrea - Code Civil Suisse Et Codes Des Obligations Annotés, Bale, 2008.

SELİÇİ, Özer - Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977

SEROZAN, Rona - Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2002

SEROZAN, Rona – Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, 4. Baskı, İstanbul, 2008

SEROZAN, Rona - Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul, 2004

SEROZAN, Rona - Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999

SEROZAN, Rona - Miras Hukukumuzda İradi Mirasçıların Konumu Güçlendiren Yeni Gelişmeler, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul, 2004

SEROZAN, Rona - , Ölümüne Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Halid Kemal Erbil'e Armağan, İstanbul, 1996

SEROZAN, Rona - Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, İstanbul, 1979

SEROZAN, Rona - Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, 2007

SEROZAN, Rona - Yeni Medeni Kanunun Miras Hukuku Alanındaki Yeniliklerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004

SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey (Serozan) - Miras Hukuku, Ankara, 2008

STEINAUER, Paul Henri - Le Droit Des Successions, Berne, 2006

STETTLER, Martin - La Révocation Et La Supression Du Testament, Mélanges En L'Honneur De Henri-Robert Schüpbach, Bale, 2000

SUNGURBEY, İsmet - Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul, 1980

SUNGURBEY, İsmet / GİRİTLİOĞLU, Necla - Türk Hukukunda Vasiyetnamenin Yorumu Atıf ve Yasal Mirasçıların İade Yükümlülüğü, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, 1998

ŞENER, Esat - Açıklamalı-Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2001

ŞENER, Esat - Eski ve Yeni Miras Hukuku Şerh, Ankara, 1988

TAN, Turgut - İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara, 1970

TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin - Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar – Usul Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2001

TEKİNAY, Selahattin Sulhi - Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 5. Baskı, İstanbul, 1997

TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla - Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993

TERCIER, Pierre - Le Droit Des Obligations, 3. Baskı, Zurich, 2004

TERRE, François / SIMLER, Philippe / LEQUETTE, Yves - Droit Civil, Les Obligations, 8. éd, Paris, 2002

THEVENOZ, Luc / WERRO, Franz - Commentaire Romand, Code Des Obligations, Basel, 2003

THEVANEZ, Alain - La Protection Contre Soi-Meme, Berne, 1997

TUNÇOMAĞ, Kenan - Borçlar Hukuku, C. 1, 5. Baskı, İstanbul, 1972

TUOR, Pierre - Le Code Civil Suisse, Terc. Henri Deschenaux, 2. Baskı, Berne, 1950

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, T. C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2005

UMUR, Ziya - Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul, 1999

UMUR, Ziya - Türk Hukuk Tarihi, C. 1, 2. Baskı, İstanbul, 1993

ÜÇOK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal - Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Ankara, 2002

ÜSTÜNDAĞ, Saim - Medeni Yargılama Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, 1997

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet / ÖZDEMİR, Refet - Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987

VERGE, Emmanuel / RIPERT, Georges / DALLIGNY, Suzanne - Répertoire Du Droit

Civil, C. 5, Paris, 1955

VOIRIN, Pierre / GOUBEUX, Gilles - Droit Civil, Personnes–Famille–Incapacité–Biens–Obligations–Suretés, 28. éd., Paris, 2001

YAVUZ, Cevdet - Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 2007

YAVUZ, Cevdet - Yargıtay Kararları Işığında Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi ve Hükümleri, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, 2004

YEĞİN, Abdullah / BADILLI, Abdülkadir / HEKİMOĞLU, İsmail / ÇALIM, İlham - Osmanlıca-Türkçe Büyük Lugat, İstanbul, 2000

YESEVİ, Ahmedi - Divan-ı Hikmetten Seçmeler, Hazr. Kemal Eraslan, Ankara, 2000

ZEVKLİLER, Aydın - Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 1995

ZEVKLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe - Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, 2007

WEILL, Alex / TERRE François - Droit Civil, Introduction Générale, 4. éd., Paris, 1979

WEILL, Alex / TERRE François - Droit Civil, Les Obligations, 2. éd., Paris, 1975