

ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARA İLİŞKİN MEDENİ KANUN'DAKİ VE NOTERLİK KANUNU'NDAKİ ŞEKİL ŞARTLARI

Prof.Dr. Bilge ÖZTAN* - Prof. Dr. Fırat ÖZTAN**

*Mükemmel insan, Hoca ve Dost
ZEKİ'ye
en kalpten dileklerimizle...*

I. GENEL OLARAK

Kanun koyucu Miras Hukuku ile ilgili hükümleri düzenlerken, mirasbırakanın, kendi malvarlığının bir kısmı üzerinde, ölümünden sonra hüküm ve netice yaratacak hukukî işlemler yapabileceğini hükme bağlamıştır. Kanun koyucunun mirasbırakana ölümünden sonra geçerli olacak hukukî işlemler yapabilmesi imkânını tanınması, **mülkiyet hakkına** ve **irade serbestisine** verdiği önem nedeniyledir¹ (MK 502 vd).

Ölüme bağlı tasarrufların hüküm ve neticelerini, mirasbırakanın ölümünden sonra meydana getirmesi söz konusu olduğu için, bu özelliği nedeniyle, kanun koyucu bu tasarrufların kurulmasını **sıkı şekil şartına** bağlamıştır². Kanun koyucu ölüme bağlı tasarrufların yapılması için iki farklı şekil şartı öngörmüştür. Bunlardan biri, mirasbırakanın tek taraflı yaptığı ve

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Öztan, Bilge: Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s. 175; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Hukuku 6. Bası, Ankara 2015, s. 102.

² Kılıçoğlu: s. 102; İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan: Türk Medenî Hukuku Miras Hukuku 7. Bası, Ankara 2008, s. 174.

her zaman dönebileceği **vasiyetname** (MK 531-544), diğeri iki taraflı, bağlayıcı özelliği olan **miras sözleşmesidir**³ (MK 545-549). Kanunda “ölüme bağlı tasarruflar” ifadesine yer verilmişse de, bu ifadeden sadece mirasbırakanın tek başına veya üçüncü kişi ile birlikte yaptığı **hukukî işlemler** anlaşılır⁴. Ölüme bağlı tasarruf ibaresinin kullanılmasının sebebi, mirasbırakanın, malvarlığı üzerinde, ölümünden sonra hüküm ifade edecek işlem yapması ve malvarlığının ölümünden sonraki kaderini belirlemesi nedeniyledir.

Ölüme bağlı tasarruflar, hukukî mahiyetleri itibariyle mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hukukî işlemlerdir⁵. Bu nedenle, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufları temsilci vasıtasıyla yapamaz⁶. Ayrıca ölüme bağlı tasarrufların yapılabilmesi için mirasbırakanın fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Bu nedenle meseleye önce ölüme bağlı tasarrufta bulunacak olanın fiil ehliyeti ile başlamak isabetli olacaktır.

II. FİİL EHLİYETİ İLE İLGİLİ GENEL KURALLAR

Fiil ehliyeti bir kimsenin kendi davranışlarıyla hak iktisap etmesi ve yükümlülük altına girebilmesidir (TMK 9). Bu nedenle, kanun koyucu, hak ehliyetinin aksine, fiil ehliyeti açısından kişiler için tek bir ehliyet grubu öngörmemiş; kişileri farklı fiil ehliyet grupları altında toplamıştır. Bu gruplar tam ehliyetliler, sınırlı ehliyetliler, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizlerdir⁷.

Türk Medenî Kanunu'nun 10'uncu maddesine göre, “*ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır*”. Bu hükümden görüleceği üzere, bir kimsenin tam fiil ehliyetine sahip olması için üç şart aranmaktadır⁸: Ayırt etme gücüne sahip olmak ve ergin olmak, fiil ehliyetinin olumlu şartlarıdır. Kısıtlı olmamak şartı ise, fiil ehliyetinin olumsuz şartıdır.

Söz konusu üç şarta sahip kişi, **fiil ehliyetine tam** olarak sahiptir ve tek başına ölüme bağlı hukukî işlemleri yapabilir.

³ İmre, Zahit/Erman, Hasan: Miras Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2015, s. 55.

⁴ Öztan: s. 175.

⁵ Antalya, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2008, s. 117; Kocayusupaşaoğlu, Necip: 3. Bası, Miras Hukuku, İstanbul 1987, s. 256

⁶ Antalya: s. 118; 2HD., 14.5.2007, 6349/7938 (Antalya, dn. 335'den naklen).

⁷ Öztan, Bilge: Şahsın Hukuku, 7. Bası, Ankara 1997, s. 57; Bruckner, Christian: Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, s. 55, nr. 175.

⁸ Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Baskı, İstanbul 2015, s. 51; Öztan: Şahsın Hukuku s. 65 vd.; Dural, Mustafa/Öğüz, Turan: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, 16. Bası, s. 52 vd.

Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber, korunması bakımından **fiil ehliyetinde özel bir sınırlama yapılması** gerekli görülen kişiler ise **sınırlı ehliyetliler** grubuna dahildir⁹. Bu kişiler ergin, ayırt etme gücüne sahip haklarında kısıtlılık kararı alınmamış, fakat yine de fiil ehliyetlerinde özel bir sınırlama öngörülen kişilerdir. Sınırlı ehliyetlilerin fiil ehliyetinde öngörülen sınırlama, Türk Medenî Kanunu'nun 429'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki düzenlemeler farklıdır. Nitekim, maddenin birinci fıkrasına göre, fiil ehliyetleri özel bir sınırlamaya tâbi tutulan kişiler, maddede öngörülen 9 bend halindeki işlemleri kendileri yapmakla beraber, işlemlerin geçerli olması için yasal danışmanın işlemlere onay vermesi gerekir. Yasal danışman yasal temsilci olmadığı için maddede 9 bent halinde sayılan işlemleri tek başına yapamaz.¹⁰ Sınırlı ehliyetliye 429'uncu maddede öngörülen işlemlerden biri için yasal danışman atanmış olsa bile, sınırlı ehliyetli dokuz bent halinde belirtilmiş olan işlemlerin hiçbirini tek başına yapamaz. Sınırlı ehliyetliye tayin edilen bu yasal danışmana **oy danışmanı (katılma danışmanı)**¹¹ denir. Türk Medenî Kanunu'nun 429'uncu maddesinin birinci fıkrasındaki 9 bendin dışında kalan işlemleri ise sınırlı ehliyetli yasal danışmanının iznine gerek olmaksızın geçerli şekilde tek başına yapabilir.

Medenî Kanun'un 429'uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise, **yönetim danışmanı** hükme bağlanmıştır. Sınırlı ehliyetliye malvarlığının tümünü idare etmek üzere bir danışman tayin edilmesi hâlinde (**yönetim danışmanı**)¹² sınırlı ehliyetlinin ehliyeti daha çok sınırlanmış, kişinin fiil ehliyeti, sınırlı ehliyetsiz grubuna dâhil olanlara daha çok yaklaştırılmıştır. Kendine yönetim danışmanı tayin edilen kişi kendi malvarlığının sermaye bölümü üzerinde tasarrufta bulunamaz, malvarlığını yönetemez¹³; bu işlemleri yönetim danışmanının onayı ile de yapamaz. Malvarlığının yönetimi, yönetim danışmanına aittir. Bir diğer ifade ile yönetim danışmanı kişiyi temsil yetkisine sahiptir. Sınırlı ehliyetli sadece malvarlığının geliri üzerinde istediği gibi tasarruf edebilir¹⁴. Dolayısıyla kendisine yönetim danışmanı tayin edilen

⁹ Öztañ: Şahsın Hukuku, s. 109; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 73.

¹⁰ Langenegger, Ernst: Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel-Genf-München 2002, Art. 395, nr. 9, s.1925.

¹¹ Öztañ: Şahsın Hukuku, s. 109; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 73.

¹² Öztañ: Şahsın Hukuku, s. 110; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 73.

¹³ Langenegger: Art. 395, nr. 14, s. 1929.

¹⁴ Öztañ: Şahsın Hukuku, s. 109; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 73; Langenegger: Art. 395, nr.16, s. 1927.

kimsenin durumu kısıtlı kişiye, yönetim danışmanının durumu ise vasiye yaklaşmaktadır.

Kanunda düzenlenmiş olmamakla beraber, uygulamada ve öğretide kabul edilen diğer bir yasal danışmanlık ise **karma danışmanlık**¹⁵. Bu danışmanlık hem oy danışmanlığını, hem yönetim danışmanlığını birlikte kapsamaktadır.

Bir kimse **ayırt etme gücüne** sahip olmakla birlikte **ergin değilse** (küçüklük) (TMK 16) veya hakkında **kısıtlılık kararı alınmışsa** (TMK 404), **sınırlı ehliyetsizler** grubuna dâhildir. Erginler hakkında, hangi hâllerin varlığı durumunda, kısıtlılık kararının alınacağı, Türk Medenî Kanunu'nun 405, 406, 407, 408 ve 432 vd. maddelerinde hükme bağlanmıştır.

Bir kimsenin **tam ehliyetsiz** olması ise, onun **ayırt etme gücüne sahip olmaması** hâlinde sözkonusu olur. Türk Medenî Kanunu'nun 13'üncü maddesi "*ayırt etme gücü*"nü olumsuz olarak tanımlamıştır. Bu maddeye göre, "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*" (TMK 13). Maddeden de açıkça görüleceği üzere ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu, biyolojik unsurlar açısından ele alınarak tanımlanmıştır. Psikolojik unsurlar ayırt etme gücünün tespitinde gözönünde tutulmamıştır.

Türk Medenî Kanunu'nun 13'üncü maddesinin açık ifadesinden de görüleceği üzere, ayırt etme gücü ile kişinin ergin olması arasında bir bağ mevcut değildir. Aynı şekilde, ayırt etme gücünün yokluğu ile kişinin akıl hastası olması da eş kavramlar değildir; akıl hastalığı, çoğu zaman kişinin ayırt etme gücünün de yokluğunu beraberinde getirirse de, her zaman kişinin ayırt etme gücünü ortadan kaldırmaz¹⁶.

Burada üzerinde durulması gereken bir mesele, **yaşlılığın** ayırt etme gücünü ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır.

Yaşlılık, Türk Medenî Kanunu'nun 13'üncü maddesinde ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebepler arasında düzenlenmemiştir. Esasında,

¹⁵ Öztan: Şahsın Hukuku, s. 110 ; Dural/Öğüz: s. 68; Bucher, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl. Basel-Genf-München 1999, s. 21, nr. 96; Bruckner: s. 59, nr. 189; Langenegger: Art. 395, nr. 17, s. 1927.

¹⁶ Öztan, B.: Şahsın Hukuku, s. 73; Dural/Öğüz: s. 59, dn. 298; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir: s. 70;

yaşlılık ile ayırt etme gücünün bulunmaması birbirinden farklı olgulardır. Yaşlı olmak, tek başına ayırt etme gücünün bulunmadığını göstermez.

Ayırt etme gücünün bulunmadığını ispat için ayırt etme gücünün bulunmadığına dair büyük ihtimâlin varlığını inanılır kılma yeterlidir. Mutlak anlamda kesinlik, ispat için gerekli değildir. Doktor raporu da yüzde yüz ispatı sağlamamakla birlikte, aksinin (ayırt etme gücünün bulunduğu) ispatını güçleştirir. Ayırt etme gücü görece bir kavram olduğu için kişiden kişiye ve olaydan olaya farklılık gösterir. Bu nedenle, ayırt etme gücünün varlığı, her işlemin yapılma anına göre değerlendirilir. Dolayısıyla ispat bakımından, ayırt etme gücünün “işlem anında” bulunduğu veya bulunmadığının ispatı gerekir¹⁷. İşlemden önceki ve sonraki durum, **işlem anı** bakımından **adi karine** (kanunî karine) teşkil edebilir. Karinenin aksinin ispatı mümkündür. Bir kimsenin **ayırt etme gücüne sahip olduğunun kabulü** için, kişinin olayları doğru algılayabilmesi, doğru değerlendirebilmesi, doğru karar verebilmesi ve verdiği karara uygun hareket edebilme yeteneğine sahip olması aranır¹⁸. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu adı (yasal) karine olarak kabul edilir. Onun yokluğunu iddia eden ve bundan kendisine haklar çıkaracak kişi bu iddiasını ispat etmek zorundadır.

III. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR İLE İLGİLİ İŞLEMLERDE EHLİYET

Yukarıda da belirtildiği gibi, kanun koyucu, **ölüme bağlı tasarrufların yapılmasında şekil şartı** olarak sadece iki şekil şartı öngörmüştür. Bunlar vasiyetname ve miras sözleşmesidir. Her iki ölüme bağlı tasarrufun yapılmasında kanun koyucunun mirasbırakanda aradığı fiil ehliyeti farklıdır.

A. Vasiyetname

Vasiyetname düzenlemek için mirasbırakanın tam fiil ehliyetine sahip olması gerekmez. Türk Medenî Kanunu'nun 502'nci maddesine göre, **ayırt etme gücü bulunmak şartıyla, 15 yaşındaki küçüğün**¹⁹ veya 15 yaşını tamamlayan mahkemece ergin kılınan veya 16 yaşında evlenme yoluyla ergin olan fakat daha sonra kısıtlanan kişilerin vasiyetname düzenleme ehliyetleri vardır. Ölüme bağlı tasarrufta bulunmak kişilikle yakından ilgili, **şahsa**

¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir: s. 58; Grossen, Jacques-Michel. M: Schweizerisches Privatrecht, 2. Band, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967, s. 319.

¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir: s. 53; Öztañ: Şahsın Hukuku, s. 71; Dural/Öğüz: s. 57.

¹⁹ İmre/Erman: s. 63, 67; Öztañ: s. 191.

mutlak sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan **temsil yoluyla** ölüme bağlı tasarruf yapılamaz²⁰. Bu nedenle vasiyetname düzenleyen kişinin, bu düzenlemede yasal temsilcisinin (veli/vasi) rızasını aramak gerekmemektedir. Kaldı ki yasal temsilcinin izninin aranması, vasiyetnamenin tek taraflı bir işlem olarak her zaman geri alınabilir nitelikte olması, bu işlemin tam fiil ehliyetine sahip olmayan vasiyetname düzenleyen kişinin aleyhine bir durumun doğmasına engel olur.

B. Miras Sözleşmesi

Kanun koyucu bir kimsenin (vasiyetnameden farklı olarak) miras sözleşmesi şeklinde ölüme bağlı tasarrufta bulunabilmesi için, Türk Medenî Kanunu'nun 503'üncü maddesi uyarınca ergin olmasını, kısıtlı olmamasını ve ayırt etme gücüne sahip olmasını aramıştır. Başka bir ifadeyle, bir kimsenin miras sözleşmesi yapabilmesi için, **mirasbırakının fiil ehliyetine tam sahip** olmasını öngörmüştür²¹.

Erginlik, mutlaka 18 yaşın tamamlanmış olması anlamında değildir. Erginliğin **mahkeme kararı** yahut **evlenme ile kazanılmış olması** da yeterlidir (TMK 12; TMK 11/II). Zira Türk Medenî Kanunu'nun 503'üncü maddesi, "**kişinin ergin olması**"nı öngörmüş, 18 yaşın tamamlanmış olması ibaresine yer vermemiştir.

Mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olması, vasiyetnamede aranan ayırt etme gücüne sahip olmasıyla aynıdır. Dolayısıyla, mirasbırakan miras sözleşmesi yaparken, yaptığı işlemi doğru algılamalı, doğru değerlendirmeli, sonuçlarını anlamalı ve buna uygun hareket etme yeteneğine sahip olmalıdır.

Miras sözleşmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hakkın kullanılması olduğu için, **yasal temsilcinin işleme onay vermesi ile miras sözleşmesi geçerli hâle gelmez.**

Sınırlı ehliyetli bir kimsenin, mirasbırakan olarak miras sözleşmesi yapabileceği öğretide kabul edilmektedir; çünkü kanun koyucu Türk Medenî Kanunu'nun 429'uncu maddesinin birinci fıkrasında kendisine oy danışmanı atanan bir kimsenin, hangi konularda yasal danışmanın oyuna ihtiyacı olduğunu tek tek saymış, bunlar arasında ölüme bağlı tasarruflara taraf olmaktan söz etmemiştir.

²⁰ İmre/Erman: s. 61; Öztan: s. 188.

²¹ Öztan: s. 258; İmre/Erman: s. 189.

Burada bize göre üzerinde durulması gereken husus, sınırlı ehliyetliye **oy danışmanı** değil de, **yönetim danışmanı** tayin edilmişse, yine de miras bırakan olarak miras sözleşmesine taraf olup olamayacağıdır. Öğretide kabul edilen görüşe göre, kendisine **yönetim danışmanı atanan kişinin ehliyet durumunun daha çok sınırlı ehliyetsizin ehliyet durumuna yaklaştığıdır**. Bu görüşün benimsenmesi hâlinde ise, sınırlı ehliyetlinin mirasbırakan olarak miras sözleşmesinde yer alamayacağına kabulü isabetli olur.

Sınırlı ehliyetliye **karma danışman** atandığı durumda da sınırlı ehliyetlinin mirasbırakan olarak miras sözleşmesine taraf olamayacağı evleviyetle ileri sürülebilir.

Sınırlı ehliyetlinin, olumsuz miras sözleşmesi (Mirastan feragat sözleşmesi) yapmak istemesi halinde de, bu sözleşme hukukî niteliği itibarıyla bir miras sözleşmesi olduğu için, yukarıda açıklanan ehliyet kuralları mirastan feragat sözleşmesinin kurulmasında da geçerli olacaktır. Burada feragatı kabul eden taraf ölüme bağlı tasarrufu yapan taraftır. Dolayısıyla kendisine yönetim danışmanı atanan mirasbırakanın miras sözleşmesine mirasbırakan olarak taraf olamayacağına kabulü gerekir.

Kendisine **kayım atanan kişinin** miras sözleşmesi yapmasına engel bir durum Kanun'da öngörülmemiştir; çünkü bir kimseye kayıyım atanması durumunda o kişinin fiil ehliyetinde bir değişiklik olmamaktadır (TMK 426). Bu itibarla, kendisine kayıyım atanan tam ehliyetli kişi ise, mirasbırakan olarak miras sözleşmesinde taraf olabilecektir²².

Yukarda da belirtildiği gibi miras sözleşmesinin vasiyetnameden farkı, iki taraflı bir işlem olmasıdır. Miras sözleşmesine taraf olanlardan **ergin olma, ayırt etme gücüne sahip olma ve kısıtlı olmama koşulları, sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf** için bir diğer ifade ile, **miras bırakan** için aranır.

Miras sözleşmesine **taraf olan bakımından ise, genel ehliyet kuralları** uygulanmaya devam eder; meğerki diğer taraf da miras sözleşmesinde, terekesi üzerinde tasarrufta bulunarak, kendisi de bir miras sözleşmesi yapmış olmasın. Dolayısıyla miras sözleşmesi kurulurken, hangi tarafın veya tarafların ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu tespit edilmesi gerekir. Kendi terekesi üzerinde işlemde bulunan taraf, ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraftır.

²² Breitschmid, Peter: 2. Aufl., Basler Kommentar, Basel-Genf-München 2002, Art. 467/468, nr. 7, s. 41.

Miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf, tam ehliyetli ise işleme kendisi katılabileceği gibi, temsilcisi vasıtasıyla da katılabilir. Çünkü yaptığı işlem kendisi açısından sağlararası bir işlemdir. Ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf ayırt etme gücüne sahip küçük ya da ayırt etme gücüne sahip kısıtlı ise (sınırlı ehliyetsiz) veya ayırt etme gücüne sahip değilse (tam ehliyetsiz), **kural olarak, yasal temsilcisi** tarafından temsil edilir. **Burada gözden kaçırılmaması gereken husus**, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın sınırlı ehliyetsiz olması hâlinde, miras sözleşmesi ile bir sağlararası ivaz borcunu yüklenmemesi, bir diğer ifade ile **kendisine karşılıksız bir kazandırmanın yapılması durumunda, yasal temsilcisinin onayına ihtiyacının olmadığıdır**²³. Buna karşılık, miras sözleşmesine taraf olan sınırlı ehliyetli, sağlararası bir yükümlülük altına giriyorsa, miras sözleşmesinin geçerli olması, yasal temsilcisinin veya temsilcilerinin işleme katılmalarına veya rıza göstermelerine bağlıdır. Yasal temsilci veya temsilcilerin rızalarını açıklamamaları hâlinde, miras sözleşmesi geçersiz olacaktır.

Eğer **sınırlı ehliyetsiz**, velâyet değil de, **vesayet altında ise** ve sınırlı ehliyetsiz yapılan miras sözleşmesinde sağlararası bir ivaz borcu altına giriyorsa, bu takdirde, işlemin geçerli olması, **vesayet makamının ve denetim makamının** onay vermesine bağlıdır²⁴ (TMK 463 b.5).

Öğretide önce miras sözleşmesinin yapılması, sonra o sözleşmeyle birlikte vesayet ve denetim makamlarına başvurulması gerektiği, zira mahkemelerin, ancak sözleşme içeriğini nazara alarak bir karar verebileceği görüşü savunulmuştur²⁵.

Sınırlı ehliyetsizin taraf olduğu olumsuz miras sözleşmesinin (mirastan feragat sözleşmesi) karşı tarafı ana babası ise sınırlı ehliyetsizin yararı ile ana babasının yararının çatışabileceğini gözönünde tutan kanun koyucu, mirastan feragat sözleşmesinin yapılmasında, sınırlı ehliyetsize kayyım tayin edilmesini ve işlemin yapılması için sulh ve asliye mahkemesinin iznini aramıştır.

Miras sözleşmesinin karşı tarafı kendisine **oy danışmanı atanmış sınırlı ehliyetli** ise tek başına sözleşmenin tarafı olabilir. Miras sözleşmesi ile kendisine karşılıksız bir kazandırmada bulunulması ile ivazlı bir

²³ İmre/Erman: s. 189; Öztan: s. 263; Dural/Öz: s. 103.

²⁴ Dural/Öz: s.103; Öztan: s. 263.

²⁵ Öztan: s. 263.

kazandırmada bulunulması arasında fark yoktur. Bununla beraber eğer sınırlı ehliyetliye **yönetim danışmanı** tayin edilmişse, kişinin fiil ehliyetinin sınırlı ehliyetsizin fiil ehliyetine ve yasal danışmanın durumunun da vasinin durumuna yaklaştığı gözönünde tutulduğunda, miras sözleşmesinin tarafı olarak sınırlı ehliyetli mirasbırakana ivazlı bir kazandırmada bulunuyorsa, sözleşmenin geçerli olması için vesayet makamının ve denetim makamının izninin aranmasının isabetli olacağı görüşü ileri sürülebilir. Buna karşılık, sınırlı ehliyetliye miras sözleşmesi ile karşılıksız bir kazandırmada bulunuluyorsa, sınırlı ehliyetlinin miras sözleşmesine taraf olmasında herhangi bir iznin verilmesine gerek yoktur.

Mirastan feragat sözleşmesi de bir miras sözleşmesi olduğu için yukarıda açıklanan ehliyet kuralları mirastan feragat sözleşmesi için de geçerlidir. Burada feragatı kabul eden taraf ölüme bağlı tasarrufu yapan taraftır. Feragat eden ise, ölüme bağlı tasarrufa taraf olandır.

Mirastan feragat sözleşmesinin yapılmasına sınırlı ehliyetlinin taraf olması durumunda da yapılan işlemin geçerli olup olmayacağı meselesinin açıklığa kavuşturulmasında sınırlı ehliyetsize oy danışmanı mı yoksa yönetim danışmanı mı tayin edilmiş olduğu göz önünde tutulmalıdır. Eğer sınırlı ehliyetsize oy danışmanı tayin edilmiş ise sınırlı ehliyetli hem ivazlı, hem ivazsız mirastan feragat sözleşmesine taraf olabilir; çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 429'uncu maddesinde dokuz bent hâlinde sayılan durumlar arasında mirastan feragata ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşılık sınırlı ehliyetliye yönetim danışmanı tayin edilmişse, sınırlı ehliyetlinin ivazlı feragat sözleşmesini yasal danışmanının ve vesayet dairelerinin onayı olmaksızın yapamayacağıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 463'üncü maddesinin 5'inci bendinin buraya kıyasen uygulanmasının isabetli olacağı ileri sürülebilir.

Kendisine **yönetim danışmanı** tayin edilen sınırlı ehliyetli, ivazsız feragat sözleşmesi yapıyorsa, bu durumda da yönetim danışmanının ve vesayet dairelerinin izninin alınmasına gerek olup olmadığı üzerinde öğretide fikir beraberliği yoktur. Bir görüşe göre, burada henüz doğmamış beklemece bir haktan vazgeçildiği için sınırlı ehliyetli bu işlemi tek başına yapabilir. İşlem Türk Medenî Kanunu'nun 449'uncu maddesinin kapsamına girmez²⁶.

²⁶ Leuba, Audrey: Basler Kommentar, Basel-Genf-München 2002, Art. 409, nr. 19, s. 2070; Piotet, Paul: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/I, Basel 1981, s. 217; Türk Medenî Kanunu'nun 449'uncu maddesinin bu durumda uygulanmayacağı yolunda bkz. Koepfel, s. 151 (naklen Leuba: Art 408, nr. 19).

Karma yasal danışmanlık için de yönetim danışmanlığında öngörülen çözüm yolları geçerli olmalıdır.

Miras sözleşmesinin karşı tarafı tam ehliyetsiz ise tam ehliyetsiz velâyet altında ise işleme tam ehliyetsiz adına yasal temsilcisinin veya temsilcilerinin; eğer tam ehliyetsiz vesayet altında ise vasisinin katılabilmesi için vesayet ve denetim makamının rızası aranacaktır.

Miras sözleşmesinde şeklen yer almakla birlikte, esasen vasiyetname niteliğinde olan bağlayıcı sayılmayan tek taraflı hükümler yer almışsa, bu hükümler vasiyetnamenin geçerlilik koşullarına tâbi olur. Ancak öğretide savunulduğu gibi, yapılan bu tasarrufların vasiyet hükümlerine tâbi olacağının açıkça belirtilmesi isabetli olacaktır.

Ölüme bağlı tasarrufta bulunanın ehliyetsizliği hâlinde, hem vasiyetname, hem miras sözleşmesi geçersiz olur (TMK 557). Ancak tasarruf kendiliğinden hükümsüz sayılmaz. Tasarrufun geçersiz olması için mirasbırakanın ölümünden sonra Kanun'da öngörülen süreler içinde "*iptal davası*"nın açılması zorunludur; bu süreler hak düşürücü sürelerdir. İptal davası sonunda alınacak iptal kararı, sadece davacı bakımından ve geçmişe etkili olarak sonuç doğurur.

Miras sözleşmesinde **ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın ehliyetsizliği** hâlinde ise kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır.

İptal davasını, tasarrufun iptalinde menfaati olan her mirasçı veya vasiyet alacaklısı açabilir (TMK 558/I).

IV. NOTERLİK KANUNU İLE MEDENÎ HUKUK İLİŞKİSİ

Noterlik Kanunu ve mevzuatı, noterlerin uymakla yükümlü olduğu kuralları belirler. Noterlik mevzuatına uymak, noterlerin disiplin sorumluluğu bakımından bir gerekliliktir. Başka bir deyişle, Noterlik mevzuatı kural olarak düzen hükümleri öngörür. Bu hükümlere aykırılık işlemlerin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Medenî Kanun ise hakları belirleyen ve maddî hukuk kurallarını koyan kanundur. Bu nedenle hukukî işlemlerin geçerliliği, ancak Medenî Kanun hükümleri gözönünde tutularak değerlendirilebilir. Nitekim bu sonuç, noterlerin emredici kurallara uymakla yükümlü olduğunu düzenleyen Noterlik Kanunu'nun 53'üncü maddesinde hükme bağlanmıştır²⁷.

²⁷ Noterlik Kanununun 53'üncü maddesi
Emredici hükümlere uyma zorunluğu:

Bu bağlamda örnek olarak, vasiyetname ve benzeri işlemler yapmak için Türkiye Noterler Birliği genelgesi ile aranan özel şartlar (meselâ doktor raporu) verilebilir²⁸.

Doktor raporu ile ayırt etme gücünün varlığının ispat edilmesi sağlanmaktadır. Böylece işlemin daha sonra ayırt etme gücünün yoksunluğu nedeniyle hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi olasılığı bertaraf edilmek istenmektedir. Ayırt etme gücünün varlığını ispat için gerekli olan bu rapor, bir ispat aracından, delilden ibarettir. Aksi her zaman ispat edilebilir. Ölümüne bağlı tasarrufun geçerliliği için gerekli olan ayırt etme gücüdür. Bu nedenle, Medenî Kanun'da geçerlilik şartı olarak düzenlenmemiş olan doktor raporunun olmaması işlemin geçerliliğine etki yapmaz. Noterin inisiyatif kullanarak bu rapor olmadığı durumda, vasiyetname yapması hâlinde, ayırt etme gücünün varlığı şartıyla işlem geçerlidir.

O hâlde kendiliğinden hükümsüzlüğü değil de, süreye tâbi iptal hakkını vermekle yetinmiş olan kanun koyucunun ölümüne bağlı tasarrufların yapılmasını desteklediği göz önünde tutulursa, ispat şartını tasarrufun yapılmaması sebebi olarak uygulamak yanlıştır.

Aynı şekilde, Noterlik Kanunu'nda okuyup yazma bilmeyenlerin yaptıkları resmî vasiyetnamede, okuyup yazma bilmeyen mirasbırakının, ayrıca tanık, tercüman, bilirkişinin imza yerine geçmek üzere, varsa mühür, yoksa sol elinin başparmağı, bu da yoksa, diğer parmaklarından birini basması ve hangi parmağın basıldığına yazılması istenmiştir (Noterlik Kn. 75)²⁹.

Madde 53 – Noterler, kanunların emredici hükümlerine aykırı hususlarda işlem yapamazlar. Bu hüküm, imza onaylaması yapılan işlemlerin münderecatı hakkında da uygulanır.

²⁸ Hukuki İşlem Yapma Ehliyetine İlişkin Doktor Raporları hakkında 4.no.lu 2.3.2016 tarihli Genelge: Bilindiği üzere; noterin, ilgilinin yeteneği hakkında bir kanı sahibi olması gerektiği, ilgilinin yaşlılık, hastalık veya dış görünüşü itibarıyla yeteneğinden şüphe edilmesi veya bu konuda ihbar ve şikâyet bulunması hallerinde temyiz kudretinin varlığının DOKTOR raporu ile saptanacağı Noterlik Kanununun 72' nci ve Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin 91'inci maddelerinde belirtilmiştir.

²⁹ *İmza yerine işaret, mühür veya parmak izi kullanılması:*

Madde 75–İlgililerle tanık, tercüman ve bilirkişi imza atamadıkları ve imza yerine geçen bir el işareti kullanmadıkları takdirde, varsa mühür, yoksa sol elinin baş parmağı, bu da yoksa diğer parmaklarından biri bastırılır ve hangi parmağın bastırıldığı yazılır.

(Değişik ikinci fıkra: 1/7/2005-5378/24 md.) Bir noterlik işleminde imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgilisi ister veya adına işlem yapılan ve imza atabilen görme engelliler hariç olmak üzere noter, işlemin niteliği, imzayı atan veya el işaretini yapan şahsın durumu ve kimliği bakımından gerekli görürse, yukarıdaki fıkradaki usûl dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilirkişinin parmağı da bastırılır. Mühür kullanılması hâlinde parmağın da bastırılması zorunludur. (25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı

Ayrıca maddenin ikinci değişik fıkrasına göre, mühür basıldığı hallerde yine de parmağın basılması da zorunludur. Bu kural da Noterlik Kanunu'nda öngörülmüş olan bir düzen kuralıdır. Uyulmaması yapılan işlemi geçersiz hale getirmez.

V. VASIYETNAME VE ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARLA İLGİLİ İŞLER

Noterler açık veya kapalı olarak verilen vasiyetnameleri saklarlar ve buna dair bir tutanak düzenlerler. Gerek bu suretle saklanan vasiyetnameleri, gerek noterler tarafından düzenlenen sair ölüme bağlı tasarrufları yapanların ölümü hâlinde bilgi verilmesi için durumu bunların kayıtlı oldukları **nüfus dairelerine** yazı ile bildirirler (Noterlik Kn. 69)³⁰.

Noterler, nüfus idaresi tarafından ölümün ihbarı veya resmi bir belge ile isbatı hâlinde, yetkili sulh hakimine verilmek üzere, dairelerinde saklı bulunan vasiyetnamelerin ve noterlikçe düzenlenmiş ölüme bağlı tasarruf senetlerinin **onaylı örneklerini** Cumhuriyet Savcılığına tevdi ederler (Noterlik. Kn. 69).

VI. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN YAPILMASINDA ŞEKİL

Ölüme bağlı tasarruflar üç şekilde yapılabilir. Bunlar, resmî vasiyetname, yazılı vasiyetname ve her iki vasiyetnamenin yapılamadığı durumlarda sözlü vasiyetnamedir (TMK 531). Vasiyetname her üç şekilden biri ile yapılırken, **miras sözleşmesi sadece resmî vasiyetname** şeklinde yapılabilir (TMK 532).

Kanunun 1 inci maddesiyle, bu fıkarda yer alan "özürlüler" ibaresi "engelliler" şeklinde değiştirilmiştir).

³⁰ *Vasiyetname ve ölüme bağlı tasarruflarla ilgili işler*

Madde 69 – Noterler açık veya kapalı olarak verilen vasiyetnameleri saklarlar ve buna dair bir tutanak düzenlerler. Gerek bu suretle saklanan vasiyetnameleri, gerek noterler tarafından düzenlenen sair ölüme bağlı tasarrufları yapanların ölümü halinde bilgi verilmesi için, durumu bunların kayıtlı oldukları nüfus dairelerine yazı ile bildirirler.

Noterler, nüfus idaresi tarafından ölümün ihbarı veya resmi bir belge ile isbatı halinde, yetkili sulh hakimine verilmek üzere, dairelerinde saklı bulunan vasiyetnamelerin ve noterlikçe düzenlenmiş ölüme bağlı tasarruf senetlerinin onaylı örneklerini Cumhuriyet Savcılığına tevdi ederler.

Birinci fıkra uyarınca nüfus dairelerine yazılacak yazı için ücret tarifesinde gösterilen yazı ücreti ile posta gideri ilgisinden alınır.

A. Resmî Vasiyetnamelerde Şekil Şartı

Resmî vasiyetnamenin yapılabilmesi için, **resmî memurun** ve **iki tanığın** varlığı şarttır. Mirasbırakan, **resmî vasiyetname yapılmasında**, kural olarak, kanun koyucunun öngördüğü **iki şekil şartından birini** seçebilir. Bu şekillerden biri okunarak ve imzalanarak (TMK 533, 534), diğeri okunmadan ve imzalanmadan yapılanan vasiyetnamelerdir (TMK 535). Kanun koyucu bu yolla, okuma yazma bilmeyenlerin de vasiyetname yapmalarına imkân vermek istemiştir. Ayrıca, her ne kadar Kanun'da öngörülmemişse de, uygulamada ve öğretide bir görüş **karma şekilde düzenlenen resmî vasiyetnamelerin** de yapılabileceğini ileri sürmektedir³¹. Karma resmî vasiyetnamenin geçerli olması için, yapılan vasiyetnamenin en azından Kanun'da resmî vasiyetnameler için öngörülen iki şekil şartından birinin bütün unsurlarını taşıyor olması gerekir.

Resmî vasiyetnamenin (TMK 532-537) sıkı şekil şartına bağlanmış olması haklı nedenlere dayanır. **Şekil şartı**, hem mirasbırakanı düşünmeye sevk eder hem de işlemi açık ve güvenilir kılar³². Mirasbırakanın gerçek niyet ve maksadının tespiti mümkün olur. Tahrifat vs. gibi iddialar resmî vasiyetnameye karşı daha güç ileri sürülebilir. Türk Medenî Kanunu'nun 7'nci maddesi uyarınca resmî vasiyetname, resmi senet hükmündedir³³. Resmî vasiyetname, düzenleyen noterin yetki alanı içinde düzenlenmek gerekir; aksi hâlde şekil şartı gerçekleşmiş olmaz.

Resmî vasiyetnameyi kimlerin yapacağı Türk Medenî Kanunu'nun 532/II'nci maddesinde gösterilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre, resmî memur, sulh hâkimi, noter veya **kanunda kendisine bu yetki verilen** diğere bir görevli olabilir (Meselâ konsolos, noter yetkisine sahip mahkeme başkatipleri³⁴, tapu sicil memurları³⁵). Yargıtayın içtihatlarına göre, görevli

³¹ İçt.Bir. Kar. 26.3.1962, 23/3 RG.1112 (kazancı içtihat bankası); 2HD. 31.3.2000, 3290/1972 (İnal, Nihat: Miras Davaları, Ankara 2005 s. 196); Öztañ: s. 217; Dural/Öz: s. 74; Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku 4. Bası, İstanbul 2014, s. 256, nr. 81; Dorjee-Good, Andrea/Bollinger, Thomas C.: Handkommentar zum Schweizer Erbrecht, Zürich-Basel-München 1012, Art. 499, n. 3; Grünninger, Harold: Kurzkomentar ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2012, Art. 499, n. 5.

³² Öztañ: s. 175, 209; İmre/Erman, s. 81; Grünninger: Art. 499, n. 5.

³³ İmre/Erman: s. 81; Serozan/Engin: s. 253; Kılıçoğlu: s. 115; Dural/Öz: s. 62; Dorjee-Good/Bullinger: Art. 499, n. 4; BGE 124 III 5 E. 1.

³⁴ Dural/Öz: s. 62 (Noter yetkisine sahip olmayan başkatipler resmî vasiyetname düzenleyemezler).

³⁵ İçt.Bir.Kar. 10.12.1952, 4/5 RG. 8358; Tapu memuru, Tapu Kanunu'nun 26'nci maddesine göre değil, resmî vasiyetnamenin şekil kurallarına uyacaktır (HGK 18.11.1964, 1261/658 – İKİD 1965, s. 1364).

kavramına noter yetkisine sahip olmayan mahkeme veya noter başkatibi³⁶ ve köy muhtarı³⁷ dâhil değildir. Noterlik Kanunu'nun 77'nci maddesi, noterin yapamadığı noterlik işleminin, o yerde başka bir noter yoksa, bu kanun hükümlerine göre, asliye hukuk hâkimi, o yerde asliye hukuk hâkimliği mevcut değilse, sulh hukuk hâkimi tarafından yapılacağı hükmünü öngörmüştür. Hüküm bir düzen kuralıdır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken mesele şudur. Medenî Kanun'da resmî vasiyetnamenin geçerli olması için uyulması gereken şekil şartları belirtilmiştir. Noterlik Kanunu da resmî vasiyetnamenin geçerli olması için aranacak şekil şartlarını düzenlemiştir. Nitekim, Noterlik Kanunu'nun 84'üncü maddesinde, resmî vasiyetnamenin yapılmasında noterin uyması gereken şekil şartları; 76 ve 78'inci maddelerinde ise tanıklarda aranacak şekil şartları hükme bağlanmıştır. Medenî Kanun'da ve Noterlik Kanunu'nda resmî vasiyetnamenin yapılmasında ve vasiyetnamenin yapılmasına katılan tanıklarda aranan şekil şartları kısmen farklı düzenlendiği için ortaya çıkan soru, hangi hükümlerin uygulanacağıdır. Ağır basan görüşe göre, Noterlik Kanunu'ndaki hükümler genel ve şekle yönelik, Medenî Kanun'daki hükümler ise özel ve maddî hukuku ilgilendirdiği için, öncelikle Medenî Kanun'daki özel ve maddî hukuka ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir³⁸. Bir diğer ifade ile, resmî vasiyetnamenin geçerli olarak düzenlenebilmesi Medenî Kanun'da öngörülmüş olan unsurları ihtiva etmesi hâlinde söz konusu olur. Noterlik Kanunu'ndaki şekil şartlarına uyulmamış olsa da vasiyetname geçerli kalır. Buna karşılık Noterlik Kanunu'ndaki şekil şartlarına uyularak yapılmış bir vasiyetname geçersiz olacaktır³⁹.

Noterlik Kanunu'nun 78'inci maddesinin 1 ve 2 nolu bendleri kısmen Medenî Kanun'daki fiil ehliyeti olmayanları düzenleyen hükümlerle benzerlik göstermektedir. Bu maddeye göre, 1. Reşit olmayanlar; 2. Mahcurlar; 3. Hukuk Yargılama Usulü Kanununa göre andlı tanık olarak dinlenmeleri mümkün olmayanlar; 4. Noterin katip ve hizmetlileri tanık olamazlar.

Resmî vasiyetnamenin yapılmasında mutlaka hazır bulunması gereken kişiler, resmî memur ve iki tanıktır.

³⁶ 2HD.5.2.1980, 622/936(YKD 1980, C. VI, s.498)

³⁷ Öztan: s. 209; Dural/Öz, s. 62; 16 HD. 13.10.1991, 10845/14561(YKD 1990, S. 5, s. 721-722)

³⁸ Dural/Öz: s. 63; Öztan: s. 211.

³⁹ Dural/Öz: s. 63; Antalya: s. 124; Öztan: s. 211.

Türk Medenî Kanunu'nun 536'ncı maddesinde resmî vasiyetnamede yer alacak tanıkların bazı özellikleri taşıması hükme bağlanmış; bazı kişilerin resmî memur veya tanık olarak, resmî vasiyetnamenin tanziminde yer alamayacağı açıkça öngörülmüştür. Düzenlemeye katılma yasağını öngören 536'ncı madde emredicidir⁴⁰.

Türk Medenî Kanunu'nun 536'ncı maddesi, resmî vasiyetnamenin düzenlenmesine memur ve tanık olarak katılacak kişilere ilişkin olarak iki ayrı yasaklama getirmiştir:

Burada hemen şu hususu belirtmekte yarar vardır. Kanun koyucu, Türk Medenî Kanunu'nun 536'ncı maddesinde memur ve tanıklar hakkında bulunmaması gereken hususları düzenlemiş; fakat diğer kişiler, meselâ tercümanlar veya diğer yardımcı kişiler -uzman kişiler- hakkında bir düzenleme öngörmemiştir. Burada **açık bir boşluk** olduğu öğretide kabul edilmektedir. Öğretide boşluğun, bu kişiler için de resmî memur ve tanık için düzenlenmiş olan özelliklerin aynen uygulanarak doldurulması ileri sürülmektedir⁴¹.

Türk Medenî Kanunu'nun 536'ncı maddesinin 1'inci fıkrası mutlak yasakları öngörmüştür. Birinci fıkraya göre "*Fiil ehliyeti bulunmayanlar, bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar, okur yazar olmayanlar, mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri, resmî vasiyetnamenin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamazlar*".

Kanun koyucu, Türk Medenî Kanunu'nun 536/1'nci maddesine tanıkların ve resmî memurun tarafsızlığının sağlanmasını istediği için böyle bir hükmü düzenlemiştir.

Medenî Kanun'un 536'ncı maddesi'nin 1'inci fıkrası, vasiyetnamenin düzenlenmesine memur ve tanık olarak katılamayacakları dört grup altında toplamıştır.

Birinci gruptakiler tam fiil ehliyetine sahip olmayanlardır. O hâlde sadece ergin, ayırt etme gücüne sahip ve haklarında kısıtlılık kararı alınmamış kişiler, memur ve tanık olarak resmî vasiyetnamede yer alırlar. Üzerinde durulacak mesele, **sınırlı ehliyetlilerin** vasiyetnamenin düzenlenmesine memur ve tanık

⁴⁰ Dural/Öz: s. 64.

⁴¹ Dorjee-Good/Bollinger: Art. 503, nr. 2; Ruf, Peter: Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel-Genf-München 2002, Art. 503, nr. 2; Lenz: Art. 503, n. 2; Grünninger: Art. 503, nr. 2.

olarak katılıp katılamayacağıdır. Sınırlı ehliyetlilerin, tek başına yapamayacakları işlemler arasında vasiyetnamenin düzenlenmesine tanık veya memur olarak katılamayacakları belirtilmemiştir; bu nedenle kendilerine oy danışmanı veya yönetim danışmanı atanan sınırlı ehliyetliler için böyle bir yasak söz konusu olmamalıdır (TMK 429). Kendilerine kayyım atanmış kişiler için ise kayyımlık, fiil ehliyetini herhangi bir şekilde etkilemediği için, fiil ehliyetine sahip olmaları hâlinde, bu kişiler de memur veya tanık olarak resmî vasiyetnamede yer alabilirler (TMK 458).

İkinci gruba gelince, bunlar kamu hizmetinden yasaklılardır. Yasak, ceza mahkemesi kararına dayanmalıdır. İcra ve İflâs Kanunu'na göre haklarında takibat yapılanlar veya bu kanun gereği hakları sınırlandırılmış olanlar, resmî vasiyetnamenin yapılmasına, memur ve tanık olarak katılabilirler⁴².

Üçüncü grup, okuma yazma bilmeyenlerdir⁴³. Okuyup yazma bilmeyenlerin resmî vasiyetnamenin düzenlenişinde memur ve tanık olamayacakları doğal bir kuraldır.

Dördüncü grup, vasiyetçinin yakın hısımlarının resmî memur veya tanık olarak vasiyetnamenin yapılmasına katılamayacaklarıdır. Nitekim, Türk Medenî Kanunu'nun 536'ncı maddesi, mirasbırakanın eşinin, üstsoy ve altsoy kan hısımlarının, kardeşlerinin ve bu kişilerin eşlerinin yapılacak bir miras sözleşmesine resmî memur veya tanık olarak katılamayacaklarını hükme bağlamıştır. Uygulamada ve öğretide üstsoy ve altsoy kavramı geniş yorumlanmakta ve altsoy kavramına, evlât edinilen kişi⁴⁴; üstsoy kavramına da sadece ana, baba, büyük ana baba değil, üvey ana baba, üvey büyük ana baba da dâhil edilmektedir⁴⁵. Kardeşler kavramı da öğretide ağır basan görüşe göre, geniş yorumlanmakta ve bu kavramın kapsamına üvey kardeşler⁴⁶, yarım kan kardeşler de dâhil edilmektedir. Ancak bu görüş öğretide tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre, üvey kardeşlerin mirasçı olmaları söz konusu olmadığı için bunların tanık ve memur olarak vasiyetnamenin yapılmasına katılmalarında bir sakınca olmadığı ileri sürülmektedir.

⁴² İmre/Erman: s. 82.

⁴³ İmre/Erman: s. 82; Dural/Öz: s. 64; Öztan: s. 210; Dorjee-Good/Bollinger: Art. 503, nr. 3; Ruf:Art. 503, nr. 11; 2HD., 15.9.2009, 12755/13891(Gençcan, s. 332).

⁴⁴ Dorjee-Good/Bollinger: Art. 503, nr. 3.

⁴⁵ Dorjee-Good/Bollinger: Art. 503, nr. 3; Ruf: Art 503, nr. 12; Lenz: Art 503, nr. 7.

⁴⁶ Dorjee-Good/Bollinger: Art. 503, nr. 3.

Kanun koyucu, 536'ncı maddede "eşleri" ibaresine yer verdiği için, öğretide bir görüş, bu kişilerin memur ve tanık olarak vasiyetnamede yer alamamalarının evliliklerinin devam ettiği süre içinde geçerli olması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁷. Bu görüş taraftarları isabetli olarak evlilik birliği sona ermişse, eşin ve kayın hısımlarının tanık ve resmî memur olarak görev alabileceklerini savunmaktadırlar⁴⁸.

Kanun'da dört grup altında toplanan bu nedenler, resmî vasiyetnamenin yapılmasında gözönünde bulundurulması gereken mutlak yasaklardır (TMK 536/I).

Her ne kadar Türk Medenî Kanunu'nun 536'ncı maddesinde yer almamışsa da, tanıkların ve resmî memurun bu görevi yerine getirecek nitelikte olması gerekir. Bu nedenle öğretide, görmeyenlerin veya duymayanların tanık olarak görev alamayacakları kabul edilmektedir⁴⁹.

Türk Medenî Kanunu'nun 536/I'ncı maddesinde öngörülen unsurlardan birini içinde barındıran resmî vasiyetname resmî şekle aykırı olarak düzenlenmiş addedilir ve işlem iptal davasına konu edilebilir.

Vasiyetçinin sonraki tarihli bir ölüme bağı tasarrufla bu kişilere bir kazandırmada bulunması mümkündür⁵⁰.

Yukarıda da belirtildiği gibi, eşler bakımından öngörülen yasak, Medenî Kanun açısından evliliğin sona ermesinden sonra etkili olmaz. Başka bir deyişle, önceki eşlerin işleme katılmalarıyla ilgili, Medenî Kanun'da engelleyici bir hüküm yer almamaktadır. Oysa Noterlik Kanunu'nun 76/b. 2'nci maddesi uyarınca bu durumda önceki eşlerin işleme katılması mümkün değildir. Nitekim, Noterlik Kanunu'nun 76 b.2'nci maddesinde açıkça, aralarında evlilik birliği kalmamış olsa bile, ilgililerden birinin karı veya kocasının tanık olarak vasiyetnamenin hazırlanışında görev alamayacağı vurgulanmıştır.

⁴⁷ Dural/Öz: s. 65; Lenz: Art 503, nr. 5; Ruf: Art. 503, nr. 7; Dorjee-Good/Bollinger: Art. 503, nr. 3; Badertscher, Pia: Handkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, Art 503, nr. 5.

⁴⁸ Dorjee-Good/Bollinger: Art. 503, nr. 3; Ruf: Art 503, nr. 12; Piotet: s. 226; Lenz: Art. 503, nr. 5

⁴⁹ Lenz: Art. 503, nr. 6; Ruf: Art. 503, nr. 15; Dural/Öz: s. 66.

⁵⁰ Grünninger: Art. 503 nr. 4; Ruf: Art. 503, nr .7.

Hemen belirtmek gerekir ki, gerek Noterlik Kanunu'nun 76, gerek 78'inci maddesine aykırılık, Medenî Kanun'daki sınırlama kapsamına girmediği ölçüde işlemin geçerliliğini etkilemez⁵¹.

İmam nikâhı ile yapılan evliliklerde eşin tanık veya memur olarak resmî vasiyetnamenin yapılmasına katılıp katılamayacağı hususuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

Türk Medenî Kanunu'nun 536/II'nci maddesinde düzenlenen yasak ise mutlak yasak grubuna dahil olmayıp nisbî iptal sebebidir (TMK 558/II). Bu fıkra göre, "*Resmî vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memura ve tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına*⁵², *kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine*⁵³ *o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamaz.*" Kazandırmada bulunma kavramına mirasçı atama veya başka bir yararlandırma dâhildir⁵⁴.

Öğretide üzerinde durulan bir mesele de vasiyeti yerine getirme görevlisinin miras sözleşmesinde tanık veya resmî memur olarak yer alıp alamayacağıdır. Öğretide her ne kadar vasiyeti yerine getirme görevlisine bir ücret veriliyorsa da, vasiyeti yerine getirme görevlisi bu ücreti yaptığı iş karşılığında aldığı için kendisinin tanık veya resmî memur olması kabul edilmektedir⁵⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 536/II'nci maddesinde belirtilen kişilere yapılacak kazandırmanın karşılıksız bir kazandırma olup olmaması önemli değildir. Meselâ kendisine kazandırmada bulunulan kişinin de resmî vasiyetname düzenleyen kişiye ölünceye kadar bakma vaadinde bulunmuş olması vasiyetnamenin o kişi açısından geçerli kalacağı sonucunu yaratmaz.

Resmî vasiyetnamenin Türk Medenî Kanunu'nun 536/II'de öngörülen şartlara uyulmadan yapılması hâlinde ise ölüme bağlı tasarruf kısmî olarak iptal edilebilir. Tasarrufun sadece, Türk Medenî Kanunu'nun 536/II'nci maddesine aykırı hükümleri iptale konu edilebilir. Nisbî iptal sebebinin resmî vasiyetnamenin yapıldığı sırada mevcut olması gerekir. Nisbî yasağın sonradan ortaya çıkması yapılmış olan vasiyetnamenin iptaline yol açmaz⁵⁶.

⁵¹ İmre/Erman: s. 83; Dural/Öz: s. 65.

⁵² 2HD. 24.5.2007, 15414/8764 (Gençcan, s. 332).

⁵³ 2HD. 8.6.2010, 4491/10163 (Gençcan, s. 334).

⁵⁴ Dorjee-Good/Bollinger: Art. 503, nr. 4; Ruf: Art. 503, nr. 4.

⁵⁵ Grünninger: Art. 503, nr. 4; Dorjee-Good/Bollinger, Art. 503, nr. 4; Badertscher: Art. 503, nr. 7.

⁵⁶ Hrubesch-Millauer, Stephanie: Erbrecht, Zürich-St.Gallen 2011, s. 44.

Meselâ daha sonra yapılan bir evlilik nedeniyle nisbî yasağın ortaya çıkmış olması yasaktan önce yapılmış olan vasiyetnameyi geçersiz kılmaz. Türk Medenî Kanunu'nun 558'inci maddesi iptalden söz etmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun 558'inci maddesi, Kanun'un 536'ncı maddesi karşısında özel hüküm olduğu için öncelikle uygulanacaktır. Dolayısıyla burada bir iptal söz konusudur.

1. Okuma Yazma Bilenlerin Yapacakları Vasiyetnamede Şekil Şartı

Okuma yazma bilenlerin yapacakları vasiyetname Türk Medenî Kanunu'nun 533-534'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Okuma yazma bilenlerin yapacakları vasiyetnamede iki safha vardır. Birinci safha, vasiyetnamenin düzenlenişinde ve imzalanmasında mirasbırakanın ve resmî memurun yer aldığı; ikinci safha, iki tanık tarafından beyan ve imza safhasıdır. İkinci safhada işlemde birlik ilkesi esastır. Bu safhanın araya kesinti girmeksizin tamamlanması gerekir (unitas actus)⁵⁷.

Birinci safhada, mirasbırakan son arzularını sözlü veya yazılı olarak resmî memura bildirir. Resmî memur bu arzuları yazar veya yazdırır⁵⁸. Memur gerekiyorsa mirasbırakanın arzularına ve iradesine soracağı sorularla açıklık sağlar⁵⁹. Sağır ve dilsiz mirasbırakan da, okuma yazma biliyorsa resmî vasiyetname yapabilir. Resmî memur kaleme aldığı metni, okuması için vasiyetname düzenleyene verir. Metin mirasbırakanın son arzularına, iradesine uygunsuz, mirasbırakan hazırlanan metni el yazısıyla imzalar⁶⁰. Mühür ve parmak basmak imza yerine geçmez⁶¹. Metnin okunması safhasında tanıkların bulunması zorunlu şart değildir. Metnin mutlaka resmî memur önünde mirasbırakan tarafından okunması gerekir. Çünkü, ancak bu şekilde resmî memur metnin mirasbırakan tarafından okunduğunu tespit edebilir. İmza metnin içeriğinin mirasbırakanın gerçek isteklerine uygun olduğunun şekli kabulüdür. İmza, kanun koyucu tarafından istenen açık kabulün ifadesidir. Mirasçı metni okumadan imzalamışsa senet geçersiz olur. Eğer

⁵⁷ Grünninger: Art. 503, nr. 4; Dorjee-Good/Bollinger: Art. 503, nr. 4; Badertscher: Art. 503, nr. 772; Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 178; Öztan: s. 214; Grünninger: Art. 503, nr. 4; Dorjee-Good/Bollinger: Art. 499, nr. 6; Badertscher: Art. 499, nr. 10; Ruf: Art 499, nr. 26; Serozan/Engin: s. 255, nr. 79; Antalya: s. 129.

⁵⁸ İmre/Erman: s. 81.

⁵⁹ İmre/Erman: s. 84.

⁶⁰ Dorjee-Good/Bollinger: Art. 501, nr. 2.

⁶¹ Gençcan, Ömer Uğur: Miras Hukuku, Ankara 2011, s. 318; 2HD. 20.1.2003, 14955/545(Gençcan, s.319).

vasiyetçi metni okumadan imzalamışsa, vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için resmî memur, metni tanıklar önünde okumak zorundadır.

Mirasbırakan metni okuduktan sonra imzalamasıyla, metnin gerçek olduğunu ve içeriğinin kendi arzularına uygun olduğunu açıklamış olur.

Resmî memur, vasiyetname düzenleyenin imzasından sonra, tarih koyarak metni imzalar⁶². Tarihte, gün, ay ve yıl belirtilmelidir. Düzenleme yerinin belirtilmesine gerek yoktur.⁶³ İmzanın el yazılı olması şart olmakla birlikte, tarihin de el yazısıyla eklenmesine gerek yoktur. Noterin eklediği tarihin, vasiyetname düzenleyenin imzasından sonra, fakat noterin imzasından önce atılmış olması zorunludur. Noterin imzası da aynı şekilde vasiyetname düzenleyenin imzasından sonra atılmalıdır. Çünkü, noterin imzası, bir tevsik niteliğindedir⁶⁴.

Noterin imzaladıktan sonra, yerin de belirtilmesinin gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Senette yerin belirtilmesinin zorunlu olduğunu ileri sürenler, senedi düzenleyen noterin yetkili olup olmadığının tespitinin bu yolla mümkün olacağını belirtirler. Yerin belirtilmesinin gerekli olmadığını ileri sürenler ise, yetki nedeniyle vasiyetçinin cezalandırılmayacağını savunurlar.

Bu aşamanın tamamlanmasına kadar tanıkların işlemin yapılması sırasında bulunması zorunlu değildir⁶⁵.

İkinci safhada tanıklar içeriye alınır. Bu safhanın tanıkların huzurunda yapılması gerekir. Bu safha kendi içinde iki kısma ayrılır. Birinci kısımda:

-Vasiyetname düzenleyen, imzalanan metni okuduğunu ve arzularına uygun olduğunu memur ve iki tanık huzurunda beyan edecektir. Tanıkların vasiyetnamenin içeriğini bilmeleri gerekmez (TMK 543/III).

-İkinci kısımda, tanıklar, vasiyetnameyi düzenleyenin beyanından sonra, vasiyetnamenin altına şerh koyarak imza ederler. Tanıkların verdikleri şerhin geçerli olması için, vasiyetname düzenleyenin metni okuduğunu ve bu metnin son arzularına uygun olduğunu huzurlarında belirttiğini ve bu kişiyi ölüme bağlı tasarruf yapmaya ehil gördüklerini⁶⁶ içermesi gerekir. Tanıklar bu iki

⁶² 2HD. 9.11.2005, 12048/15353 (Gençcan, s. 319).

⁶³ Dural/Öz: s. 70.

⁶⁴ Dural/Öz: s. 70.

⁶⁵ Dural/Öz: s. 71; Öztan: s. 214.

⁶⁶ 2HD. 21.4.2010, 4020/7975 (Gençcan, s. 323).

hususu vasiyetnamenin altına şerh vererek belirttikten sonra, resmî vasiyetnameyi imzalarlar. Şerh, bu iki hususu mutlaka ihtiva etmelidir (TMK 534/II). Aksi hâlde kanun koyucunun aradığı şekil şartı gerçekleşmemiş sayılır. Tanıkların imzasının el yazısıyla olması gerekir. Ancak şerh için bu koşul söz konusu değildir. Şerhin başkası tarafından veya makine ile yazılabileceği öğretide savunulmaktadır⁶⁷. Ayrıca tek bir şerh metnini, iki tanığın birden imzalamasında da bir engel yoktur⁶⁸. Şerh ve tanıkların imzası ile işlem tamamlanmış olur. Tanık imzalarının noterce onaylanması Medenî Kanun bakımından bir gereklilik arz etmez.

Son olarak bu konuda belirtmek gerekir ki, işlemde birlik kuralı (*unitas actus*) gereği, metnin vasiyetname düzenleyen tarafından okunmaya başlandığı andan itibaren bu aşamalar arasında bir kesinti olmaması gerekir. Ayrıca bu ilke gereği, vasiyetnameyi imzalayan resmi memurun işlemin her safhasında bulunmuş olması gerekir. Yargıtay da asıl memurun imzasıyla birlikte işlemin bazı kısımlarında vekilinin imzasının yer almasını şekle aykırılık saymıştır⁶⁹. Resmî memurun yaptığı işlemler tevsik işlemi olduğu için baştan itibaren aynı memur tarafından yapılması ve son imza işleminin de tahriri alan, okuyan ve vasiyetçi ile tanık sözlerini dinleyen, yazdıran memur tarafından yapılması zorunludur⁷⁰. Bu yön işlemlerde birlik prensibinin zaruri bir sonucu olmaktadır. Öte yandan noterlik işlemlerinde, ilgilinin imzasının ve noterin onayını taşımayan çıkıntılar geçerli değildir. Çıkıntılar el yazısı ile yapılamaz. (Noterlik Kanunu mad. 81).

2. Okuyup Yazmayan veya Okuyamayanların Yapacakları Vasiyetnamede Şekil Şartı

Okunmadan ve imzalanmadan yapılan vasiyetnamelerde de iki safha vardır. Birinci safhada vasiyetnameyi yapan son arzularını resmî memura bildirir; resmî memur bunları kaleme alır. Birinci safha burada tamamlanmış olur. İkinci safhada ise tanıklar içeriğe alınır. Bu durumda birinci safhada:

-Mirasbırakan arzularını resmî memura sözlü veya yazılı olarak bildirir.

⁶⁷ Dural/Öz: s. 71; İçt. Bir. Kar. 28.11.1945, 13/15, RG. S. 6365; 2HD. 25.10.2009, 5417/14760 (Gençcan, s. 218).

⁶⁸ Dural/Öz: s. 71.

⁶⁹ 2. HD., 18.7.2005, 8654/11578 (Gençcan, s. 320); 2HD. 12.11.1965, 3008/5432 (Gençcan, s. 320).

⁷⁰ 2HD., 3.12.2009, 16078/20782 (Gençcan, s. 321); 3HD. 1.10.2009, 13844/14561 (Gençcan, s. 321).

-Resmî memur bunları bizzat yazar veya yazdırır (memur soru da sorarak mirasbırakanın arzu ve iradesine açıklık sağlar. Sağır, dilsiz mirasbırakan da bu yolla resmî vasiyetname yapabilir.)

İkinci safhada:

- Resmî memur (noter) iki tanık huzurunda tasarrufu sesli olarak tamamını okur.

- Vasiyetname düzenleyen metnin okunduğunu ve arzularına uygun olduğunu memur ve iki tanık huzurunda beyan eder. Resmî memur tarih koyarak imzalar.

- Tanıklar, hem mirasbırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve onu tasarrufa ehil gördüklerini; hem vasiyetnamenin kendi önlerinde memur tarafından mirasbırakana okunduğunu⁷¹ ve onun vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan ettiğini vasiyetnameye şerh vererek altını imzalarlar⁷² (TMK 535/II).

Maddenin açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere, okunmadan ve yazılmadan yapılan vasiyetnamelerde, tanıkların önünde, önce vasiyetname yüksek sesle resmî memur tarafından tamamı okunacak, bu okumadan sonra, vasiyetçi okunanların kendi son arzusuna uygun olduğunu beyan edecektir. Bu beyan, mirasbırakanın imzası yerine geçecek olan safhadır. Bunu takiben resmî memur vasiyetnameye tarih koyup imzalar. Bundan sonra tanıkların vasiyetnamenin altına şerh koymaları ve metni imzalamaları gerekir. Bu safhada tanıklar, mirasbırakanın arzu ettiği metnin kendi önlerinde yüksek sesle okunduğunu, mirasbırakanın metnin son arzularına uygun olduğunu kendi önlerinde beyan ettiğini ve onu vasiyetname yapmaya ehil gördüklerine ilişkin şerh verirler ve metni imzalarlar. *Unitas actus* prensibi burada da geçerlidir⁷³.

Yukarıda değinilen, resmî memur imzası, tanıkların imzası ve şerhler ile işlemde birlik kuralına ilişkin hususlar burada da geçerli olacaktır.

1. Karma Şekilde Düzenlenen Resmî Vasiyetnamelerde Şekil Şartı

Okuyup yazma bilen kişilerin de isterlerse, kısmen okuyup yazma bilenlerin (TMK 533/534) kısmen de okuyup yazma bilmeyenlerin (TMK

⁷¹ 2HD. 23.2.2010, 1693062852(Gençcan, s.328); 2HD. 27.4.2010, 619/7445(Gençcan, s.329)

⁷² 2HD., 1.10.2009, 11239/16504(Gençcan, s.330)

⁷³ Dorjee-Good/Bollinger: Art. 499, nr. 6; Badertscher: Art. 499, nr. 10; Lenz: Art. 500, nr. 2.

535) aradığı Şekil Şartlarına uyarak karma Şekilde vasiyetname yapıp yapamayacakları öğretide tartıŐmalıdır⁷⁴. Yargıtay *İçtihadı BirleŐtirme Kararı*⁷⁵yla okuyup yazanların da bu yolu kullanabileceklerini kabul etmiŐtir.

Karma vasiyetnamelerde gerçekteŐmesi istenen Şart Şudur: Karma vasiyetname mutlaka resmî vasiyetname çeŐitlerinden birinin Şartlarını tam olarak taŐımalıdır⁷⁶.

Karma Şekilde düzenlenen vasiyetnameler kabul edildiği takdirde, okuma yazma bilen fakat vasiyetname yapılırken bunu imzalayamayan bir kimse, metni kendi okuyacak, bu metnin kendi arzularına uygun olduğunu tanıkların önünde beyan edecektir. Tanıklar metnin içeriğini öğrenmeyeceklerdir. Bundan sonra tanıklar mirasbırakanın metni kendi önlerinde okuduğunu, son arzularına uygun olduğunu beyan ettiğini (bu beyan bize göre imza yerine geçecektir); ayrıca mirasbırakanın kendi önlerinde vasiyetnamenin son arzularını kapsadığını kendileri önünde açıkladığını ve mirasbırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini Şerh vererek, vasiyetnameyi imzalayacaklardır.

Okuma yazma bilmeyen fakat imza atabilen bir kimsenin yapacağı vasiyetname okuma yazma bilmeyenlerin yapacakları vasiyetnamenin Şartlarını taŐıyacak, ayrıca daha çok güven sağlayacağı düşünülerek metne imza konulması hâlinde söz konusu olacaktır. Burada imzanın metne ilave edilmesinin onun muteberliğini geçersiz hâle getirdiğini değil, imzanın geçersiz olduğunu kabul etmenin, vasiyetnamenin ayakta tutulması prensibine (favor testamenti) daha uygun olacağı açıktır. Nitekim, yukarıda bahsedilen içtihadı birleŐtirme kararında da bu görüş kabul edilmiŐtir.

⁷⁴ Ortak vasiyetnamenin geçersiz olduğu yolunda: Gençcan: s. 334; İmre/Erman: s. 226; Kocayusufpaşaoğlu: s. 129; Serozan/Engin: s. 56; Hrubesch-Millauer: s. 49; Lenz: Art. 499, nr. 4; karma vasiyetnamelerin geçerli olacağı yolunda: Dural/Öz: s. 68; belli Şartlar altında geçerli olacağı yolunda: Dorjee-Good/Bollinger: Art. 499, nr. 3; Ruf: Art. 499, nr. 3.

⁷⁵ İçt. Bir. Kar. 26.3.1962 tarih ve 23/3, RG 1112 (Bu kararda okuyup yazamayan kişilerin yaptıkları resmî vasiyetnamede imzasının bulunmasının o vasiyetnameyi geçersiz kılmayacağı hükme bağlanmıştır).

⁷⁶ Serozan/Engin: s. 256, nr. 81; Antalya, s. 132; Dorjee-Good/Bollinger: Art. 499, nr. 3; Ruf: Art. 499, nr. 3; Piotet: s. 231 (Resmî vasiyetnamenin çeŐitlerinden biri için aranan mevcut Şekil Őartlarından tümünü taşıması ve bu Şartlara ilâve Şartları ihtiva etmesi durumunda karma vasiyetnameden bahsedilemeyeceği görüşündedir. Piotet'e göre, Kanun'da bir boşluk da yoktur).

B. Miras Sözleşmelerinde

Miras sözleşmesinin geçerli olması için Türk Medenî Kanunu'nun 545/I'inci maddesi uyarınca resmî vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir⁷⁷. Bununla birlikte resmî vasiyetnamenin kurulmasıyla miras sözleşmesinin kurulması arasında bazı farklar mevcuttur. Miras sözleşmesi de miras sözleşmesini yapan tarafından okunan ve imzalanan veya okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenlenen resmî vasiyetname şeklinde yapılır⁷⁸.

Miras sözleşmesinin kurulması aşağıdaki şekle tâbidir:

-Sözleşmenin her iki tarafı da, aynı anda noterin önünde hazır bulunmalıdır. Mirasbırakanın şahsen gelmesi zorunludur. Karşı taraf kendi gelebileceği gibi, bir temsilcisini de gönderebilir⁷⁹.

- Sözleşmenin taraflarının, notere sözleşmenin içeriğinin ne olduğunu birbirini ardından **aynı zamanda** bildirmeleri gerekir. **İrade beyanları birbirini takiben verilmeli araya fasıla girmemelidir**⁸⁰. Bildirme sözlü veya yazılı olarak yapılır.

- Mirasbırakan mutlaka **iradesini noter önünde** açıklamalıdır. Sözleşmenin karşı tarafı, kendisi de bir miras sözleşmesinin mirasbırakanı değilse, **yasal veya tam ehliyetli ise tayin ettiği temsilcisi** vasıtasıyla temsil olunabilir. Noter söylenenleri veya yazılı verilen açıklamaları formüle eder⁸¹.

- Noter, miras sözleşmesinin içeriğinin okunması için yazılı metni taraflara verir. Bu safhada **her iki tarafın da hazır bulunması** şarttır. Bu husus sözleşmenin **geçerlilik şartıdır**⁸². Lehine tasarrufta bulunan taraf, miras sözleşmesini okurken veya okuturken mutlaka mirasbırakanla birlikte hazır bulunmalıdır.

- Mirasbırakan ve lehine tasarrufta bulunan taraf, noterin hazırladığı metni kendileri **okuyabilecekleri** gibi, **noterin de okumasını** isteyebilirler. Ancak metni ister mirasbırakan kendisi okusun, ister okutsun⁸³, **tanıkların bu okuma işlemi sırasında hazır bulunmaları gerekir**. Bu husus **geçerlilik**

⁷⁷ Grünninger: Art. 512, nr. 1.

⁷⁸ Hrubesch-Millauer: Art. 512, nr. 1; Ruf: Art. 512, nr. 2, 9 ff.

⁷⁹ Öztan: s. 196.

⁸⁰ Öztan: s. 260; Ruf: Art. 512, nr. 5; Hrubesch-Millauer: Art. 512, nr. 3.

⁸¹ Öztan: s. 260.

⁸² Öztan: s. 260; Ruf: Art. 512, nr. 13.

⁸³ Grünninger: Art. 512, nr. 1.

şartıdır⁸⁴. Okuyup yazma bilenlerin hazırlayacakları resmî vasiyetnameden farklı olarak, mirasbırakanın vasiyetnameyi mutlaka **tanıkların önünde** kendisinin okuması veya okunmasını istemesi şarttır⁸⁵. Ölüme bağı tasarrufta bulunmayan tarafın metni öğrenme biçimi önemli değildir. Bu kişi, metni kendi okuyabileceğı gibi, notere de okutabilir veya üçüncü kişinin okumasını da isteyebilir.

- Metnin miras sözleşmesinin taraflarınca tanıklar önünde okunması veya okutulmasından sonra **metnin imzalanması** gerekir⁸⁶. İmza da mutlaka tanıkların önünde birbirini takiben yapılmalıdır. Mirasbırakanın bu imzayı **mutlaka el yazısı ile atması** gerekli iken, lehine tasarrufta bulunulan taraf iradesini herhangi bir şekil şartına ihtiyaç olmadan açıklayabileceğı öğretide savunulmaktadır. Meselâ metne mühür basması gibi. Resmî vasiyetnamede olduğu gibi, vasiyetçinin vasiyetnameyi imzalamasından sonra içeri alınması hâlinde miras sözleşmesi geçerli değildir. Miras sözleşmesi **mutlaka tanıkların önünde** imzalanmalıdır⁸⁷.

- Miras sözleşmesine taraf olanlar metni tanıkların önünde imzaladıktan sonra, **noter de müteakiben metne tarih atar ve imzalar**.

-**Mirasbırakan metni okuduğunu ve kendi isteklerine uygun olduğunu tanıklar önünde beyan edecektir**⁸⁸. Öğretide tartışmalı olan husus, acaba ölüme bağı tasarruftan yararlanan taraf da metnin kendi isteklerine uygun olduğunu beyan etmeli midir sorusudur. Mahkeme kararlarında bu hususa ilişkin bir açıklama yoktur⁸⁹. Her ne kadar öğretide karşı tarafın, ölüme bağı tasarrufta bulunmadığı süre içinde böyle bir beyanda bulunmasına gerek olmadığı, imzanın beyanın yerine geçeceği ileri sürülüyorsa da bu görüş azınlıktadır.

- Son safhada tanıklar, mirasbırakanı tasarruf yapmaya ehil gördüklerini açıklamalıdır⁹⁰. Öğretide, tanıkların şerh verirken, her iki taraf için mi yoksa sadece ölüme bağı tasarrufta bulunan taraf için mi şerh verecekleri tartışmalıdır. Ağır basan görüş tasarruf ehliyetinin her iki taraf için de

⁸⁴ Ruf: Art. 512, nr. 9; Gründmann, Stefan: Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, Art. 512, nr. 20.

⁸⁵ Grünninger: Art 512, nr. 1.

⁸⁶ Hrubesch-Millauer: Art. 512, nr. 3; Ruf: Art. 512, nr. 5.

⁸⁷ Ruf: Art 512, nr. 4.

⁸⁸ Öztañ: s. 260; Ruf: Art. 512, nr. 5; Hrubesch-Millauer: Art. 512, nr. 3.

⁸⁹ Hrubesch-Millauer: Art 512, nr. 3.

⁹⁰ Öztañ: s.260; Hrubesch-Millauer: Art. 512, nr. 3; Ruf: Art 512, nr. 6.

bulunduğunun tanıklar tarafından şerhte belirtilmesidir⁹¹. Tanıkların her iki tarafın tasarruf ehliyeti olduğunu beyan etmeleri istenmektedir⁹². Ölüme bağlı tasarrufa taraf olanın da en azından ayırt etme gücünün olmasının zorunlu olarak aranması kabul edilmektedir⁹³ (TMK 16/II).

Öğretide ileride bir tartışmaya yol açmamak için tanıkların tarafların imzalarını kendi önlerinde atıldığını da yazmalarında yarar vardır.

Miras sözleşmesinde karşı taraf da mirasbırakana sağlararası bir tasarrufta bulunuyorsa, bu işlemde miras sözleşmesinin şekil şartına bağlı olarak yapılması öğretide ve uygulamada ağır basmaktadır⁹⁴. Öğreti ve uygulama burada yapılan **her iki işlemin birlikte bir hukuki bütünlük** teşkil ettiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla birisinin geçerli olmaması diğerini de geçersiz kılacaktır. İşlem tamamlandığında sözleşmeyi her iki taraf imzalamalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 15'inci maddesinden farklı olarak, miras sözleşmesine taraf olanın, sözleşmede karşı tarafa herhangi bir kazandırmada bulunmamış olsa da sözleşmeyi imzalaması gereklidir⁹⁵.

Miras sözleşmesinde bir karşı edim söz konusu ise bu tarafın da tam ehliyetli olması gerekir. Eğer taraf sınırlı ehliyetsizse, yasal temsilcisinin izni aranmalıdır⁹⁶. Sözleşmeye taraf olan **ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı vesayet altında ise burada vasinin, vesayet makamının da izninin alınması gerekir.**

Hâkim görüşe göre, sözleşmeye taraf olan lehine tasarrufta bulunan kişinin temsilcisi, (yasal veya akdi temsilci), kazandırıcı bir işlemde bulunmuyorsa, sözleşmeden feragat söz konusuysa, sözleşmeye katılabilir⁹⁷. Öğretide savunulan bir görüşe göre, temsilci için de Türk Medenî Kanunu'nun 536'ncı maddesindeki katılma yasağına ilişkin durumlar kıyasen aranmalıdır.

⁹¹ Hrubesch-Millauer: Art. 512, nr. 3; Ruf: Art 512, nr. 6; Farklı görüş için bkz: Escher, Arnold: Zürcherische Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. Zürich 1959, Art. 512, nr. 10.

⁹² Hrubesch-Millauer: Art. 512, nr. 3.

⁹³ Hrubesch-Millauer: Art. 512, nr. 3.

⁹⁴ Hrubesch-Millauer: Art. 512, nr. 3; Grünninger: Art.512, nr. 2; Druey, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. Bern 2002, §10, nr. 16.

⁹⁵ Ruf: Art. 512, nr. 4; Escher: Art. 512, nr. 6.

⁹⁶ Grünninger: Art. 512, nr. 3.

⁹⁷ Ruf: Art. 512, nr. 8, 12.

Belirtmek gerekir ki, mirastan feragat sözleşmeleri de, mirasından feragat edilen kişi bakımından ölüme bağı tasarruf teşkil eder. Zira onun terekesinin akıbeti etkilenmektedir. Bu durumda, mirastan feragat sözleşmeleri de, miras sözleşmesi olarak nitelendirmek gerekir. Dolayısıyla mirastan feragat sözleşmeleri, olumsuz miras sözleşmesi olarak da adlandırılmaktadır ve bu şekil koşullarına tâbi olur.

Medenî Kanun'da öngörülen şekil şartlarına aykırı olarak düzenlenen ölüme bağı tasarruflar Türk Medenî Kanunu'nun 557'nci maddesinin 4. bendi uyarınca iptal edilebilir. Miras sözleşmelerinde, ölüme bağı tasarrufta bulunmayan taraf açısından genel hükümler uygulanır.

Noterlik Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca noterlerin tatilde yapabileceği işler arasında sadece vasiyetname yer almakta ise de miras sözleşmelerinin de bu kapsama dâhil olması gerektiği kabul edilmektedir.

VII. NOTER RESMÎ ŞEKİLDEKİ ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN DÜZENLENMESİNE BİZZAT MI KATILMALIDIR?

Noterlik Kanunu'nun 33. vd. maddelerine göre, noter yerine görev yapan kişiler, vasiyetname yapılmasına katılabilir.

Noter izinli değilken, vasiyetname düzenlenmesine katılmamışsa geçerliliği etkilenir mi? sorusuna, Yargıtay bir kararında⁹⁸ “*Medenî Kanun'un 479. maddesinde, noterden söz edilmesi noterlik makamını amaç tutmaktadır. Bu bakımdan aynı yetkiyi taşıyan noter vekilinin özellikle başkatinin düzenlediği vasiyetname bu yönden geçerlidir.*” ifadesiyle cevaz vermiş görünmektedir.

VIII. VASİYETNAMELERİN SAKLANMASI VE BULUNMASI

Türk Medenî Kanunu'nun 595 ve 538'inci maddelerinin ifadesinden resmî veya el yazılı vasiyetnameyi tevdi zorunluluğu olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, vasiyetnamenin notere tevdi ihtiyaridir.

⁹⁸ 2. HD. 20.5.1975 tarihli ve 3429/4566 (Şener, Esat: Eski ve Yeni Miras Hukuku, İstanbul 1981, s. 661); 2 HD., 25.10.2009, 5417/14760 (Gençcan, s. 318). (Kararda, “*yetkili resmî memur noterin vasiyetnameyi bizzat kendisinin yazması ile kendi nezaretinde, yetkili görevlisine yazdırması aynı işlemi ifade eder*” denmektedir).

A. Resmî Vasiyetnamenin ve El Yazılı Vasiyetnamelerin Saklanması

Türk Medenî Kanunu'nun 537'nci maddesi uyarınca resmî vasiyetnameyi düzenleyen memur, vasiyetnamenin aslını saklamakla yükümlüdür⁹⁹. Keza Noterlik Kanunu'nun 84/II'üncü maddesi uyarınca da noterin düzenlediği resmî belgeleri saklama yükümlülüğü olsa da bu husus maddi anlamda bir geçerlilik koşulu değildir.

Miras sözleşmesi bakımından Türk Medenî Kanunu'nun 537'nci maddesine benzer bir saklama hükmü öngörülmemiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 538/II'inci maddesi uyarınca el yazılı vasiyetname notere, sulh hâkimine veya yetkili memura açık veya kapalı olarak bırakılabilir.

B. Ölüme Bağlı Tasarrufların Bulunması

Türk Medenî Kanunu'nun 595'inci maddesine göre, mirasbırakanın ölümünden sonra ele geçen vasiyetnamesinin, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın hemen sulh hâkimine teslim edilmesi zorunludur. Vasiyetnameyi düzenleyen veya muhafaza eden görevli ya da mirasbırakanın arzusu üzerine saklayan veya başka surette ele geçiren ya da ölenin eşyası arasında bulan kimse, ölümü öğrenir öğrenmez teslim görevini yerine getirmekle yükümlüdür; aksi takdirde bu yüzden doğacak zarardan sorumludur.

Bu bakımdan vasiyetnameyi elinde bulunduran noterin, vefatı öğrenmesiyle birlikte vasiyetnameyi sulh hâkimine tevdi etmesi gerekir. Kendisine bu vasiyetname teslim edilmeye kalkılırsa da, bu kişiyi sulh hâkimine yönlendirmesi gerekir.

Sulh hâkiminden ise anlaşılması gereken, mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hâkimidir. Zira kural olarak mirasın açıldığı yer mahkemesi yetkilidir (TMK 576/I).

IX. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN TESCİLİ

Vasiyetnamelerin Tescili Konusunda Bir Usul Kurulmasına dair Avrupa Sözleşmesi uyarınca ölüme bağlı tasarrufların tescili söz konusu olabilmektedir. Tescil ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği veya hüküm ifade etmesi için değil, güvenliği için getirilmiş bir yoldur.

⁹⁹ Dural/Öz: s. 76; Öztan: s. 218; Gençcan, s. 334.

Sözleşmenin 3'üncü maddesinde düzenlenmiş Milli Tescil Merkezi, Türkiye Noterler Birliğidir. Konunun ayrıntıları Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin 134'üncü maddesinde düzenlenmektedir.

Sözleşme, vasiyetnameleri konu almakta ise de miras sözleşmeleri de kapsama girer. Sözleşme'de müşterek vasiyetnamelerin tesciline de imkân tanınmıştır. Gerek yabancı gerek Türk, ölüme bağı tasarrufla bulunanlar, Türkiye'de veya anlaşma tarafı ülkede tasarruflun sicile tescili için başvurularını Türkiye Noterler Birliğine yaparlar.

Noterler Birliği gerek Türk Noterleri tarafından yapılan vasiyetnamelerin tescil başvurularını, gerek yurt dışından Türkiye'de tescili istenen tasarruflara ilişkin başvuruları alır. Yönetmeliğe göre dışarıda tescili istenen vasiyetnamelerin de Noterler Birliğinde tescil edileceği anlaşılmaktadır. Gerçekten de Yönetmeliğin 134'üncü maddesinde yer alan düzenlemeye göre "*Birlikçe tescil edilecek vasiyetnameler*":

a) *Türkiye'de düzenlenen veya saklanmak üzere noterliklere teslim edilen vasiyetnamelerden, vasiyette bulunan tarafından diğere bir akit devlette tescili istenen vasiyetnameler;*

b) *Yabancı uyruklu olanların Türkiye'de düzenlettikleri veya saklanmak üzere el yazısı ile noterliklere teslim ettikleri vasiyetnameler;*

c) *Yabancı uyruklulara ait olup, ilgili Devletin mevzuatı izin verdiği takdirde tesellüm belgesi tanzim edilmeksizin notere tevdi edilen el yazılı vasiyetnameler;*

d) *Tescil edilmiş bulunan vasiyetnamelerin iptalini, geri alınmalarını veya tadil edilmelerini öngören vasiyetnameler (tescili zorunlu bir şekilde düzenledikleri takdirde);*

e) *Akit devletlerden herhangi birisinin milli merci aracılığı ile Türkiye'de tescili istenen vasiyetnameler*"dir.

Tescil başvurusu yapanın Türk veya yabancı olması şartı bulunmamaktadır. Miras bırakılan tereke unsurunun, o ülkede olması da tescil için yeterli olmalıdır.

Yabancı uyrukluların her hâlükârda Türkiye'de yaptıkları ölüme bağı tasarrufların tescil edileceği anlaşılmaktadır. Tasarrufların geri alınması hâlinde de tescil yapılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Antalya, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2008.
- Badertscher, Pia: Handkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2006.
- Breitschmid, Peter: 2. Aufl., Basler Kommentar, Basel-Genf-München 2002.
- Bruckner, Christian: Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000.
- Bucher, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl. Basel-Genf-München 1999.
- Dorjee-Good, Andrea/Bollinger, Thomas C.: Handkommentar zum Schweizer Erbrecht, Zürich-Basel-München 1012.
- Druey, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. Bern 2002.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Turan: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2015.
- Escher, Arnold: Zürcherische Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. Zürich 1959.
- Gençcan, Ömer Uğur: Miras Hukuku, Ankara 2011.
- Grossen, Jacques-Michel. M: Schweizerisches Privatrecht, 2. Band, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart 1967.
- Gründmann, Stefan: Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007.
- Grüninger, Harold: Kurzkommentar ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2012.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie: Erbrecht, Zürich-St.Gallen 2011.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan: Miras Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2015
- İnal, Nihat: Miras Davaları, Ankara 2005.
- İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan: Türk Medenî Hukuku Miras Hukuku 7. Bası, Ankara 2008.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Langenegger, Ernst: Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel-Genf-München 2002.

Lenz, Martin: Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007.

Leuba, Audrey: Basler Kommentar, Basel-Genf-München 2002.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Baskı, İstanbul 2015.

Öztañ, Bilge: Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.

Öztañ, Bilge: Şahsın Hukuku, 7. Bası, Ankara 1997.

Piotet, Paul: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/I, Basel 1981.

Ruf, Peter: Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel-Genf-München 2002.

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku 4. Bası, İstanbul 2014.

Şener, Esat: Eski ve Yeni Miras Hukuku, İstanbul 1981.