

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN SÖZLÜ VASIYETNAMEYE İLİŞKİN BİR KARARI (TF 5A_236/2017, ATF 143 III 640) ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI^(**)

Öz: Olağanüstü nitelikteki sözlü vasiyetname TMK m.539-541 (İsvMK m.506-508) arasında düzenlemesi olan -şekli anlamda- bir ölüme bağlı tasarruf türüdür. Sözlü vasiyetnameye, olası kötüye kullanımları önlemek amacıyla, sadece olağanüstü şartlarda ve istisnai olarak başvurulabilir. Son derece istisnai özellik taşısa da bu kurumun ana maksadı bellidir, özel ve istisnai durumlarda dahi, ölüme bağlı tasarrufta bulunan son dileklerini açıklayabilmesini ve bu açıklamalara sonuç bağlanabilmesini sağlamak. İsviçre Federal Mahkemesi 2017 yılında verdiği 5A_236/2017 sayılı kararında sözlü vasiyetnameye ilişkin ilginç bir olayı inceleme merceğine almıştır. İşbu çalışmamız, belirtilen kararda ele alınan hususlar ve varılan sonuçlar ışığında, sözlü vasiyetnameye ilişkin değerlendirmeler yapılmasını amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sözlü Vasiyetname, Ölüme Bağlı Tasarruf, Resmi Vasiyetname, Geçerlilik Şekli, Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali.

THOUGHTS ON A SWISS FEDERAL COURT'S AWARD (TF 5A_236/2017, ATF 143 III 640) WITH REGARD ORAL WILL

Abstract: Oral will (Turkish Civil Code Arts. 539-541/ Swiss Civil Code Arts. 506-508) is an exceptional form of disposition mortis causa (testamentary disposition).

^(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 29.04.2021.

^(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
(ORCID no: 0000-0002-6540-5872; kapancib@mef.edu.tr).

A testator is only entitled to draw up this type of will in extraordinary circumstances, with specific validity requirements to prevent potential misuse. Though the option of oral will is highly exceptional, the purpose of these provisions regarding oral will is crystal clear: To ensure that even in extreme circumstances that may take place in the flow of life, the testator can easily express his/her binding last wishes in accordance with the principle of freedom of making a will. The Swiss Federal Court, in its award dated 2017 and numbered 5A_236 / 2017 brought an interesting case regarding the oral will into its focus. This study aims to make some evaluations with relation to oral will, in the light of the issues addressed and the conclusions reached in the said award.

Keywords: Oral Will, Disposition Mortis Causa, Will by Public Deed, Validity Form, Annulation of Dispositions Mortis Causa.

GİRİŞ

Sözlü vasiyetname¹ (*Testament oral, mündliches Testament / mündliche letztwillige Verfügung, Testamento orale*), TMK m.539-541 arasında düzenlemesi olan -şekli anlamda- bir ölüme bağlı tasarruf türüdür. Sözlü vasiyetnameye, sadece olağanüstü şartlarda ve istisnai olarak başvurulabilir. Maksud bellidir, bu türden durumlarda dahi, ölüme bağlı tasarrufta bulunan son dileklerini açıklayabilmesini ve bu açıklamalara sonuç bağlanabilmesini sağlamak.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözlü vasiyetnameyle ilgili çok fazla kararı bulunmamaktadır². Mahkemenin aşağıda ele alacağımız 11 Aralık 2017 tarihli ve 5A_236/2017 sayılı kararında³, sözlü vasiyetname şartlarının nor-

¹ Kanundaki düzenlemede “sözlü vasiyetname” terimi yerine “sözlü vasiyet” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Biz burada kavramı -bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olarak daha doğru ifade ettiğini düşündüğümüz için, öğretinin çoğunluğunun da benimsediği “sözlü vasiyetname” terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Bkz. yine bu yönde ÇABRİ Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574) Cilt I**, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 588; KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 219; KAYAK Sevgi, “Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname”, **İÜHFİM**, C. LVIII, S. 1-2, s. 189-220, s. 197; DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 91; İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 91; SEROZAN Rona / ENGIN Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 5. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2018, s. 332; ANTALYA Gökhan (Yayına Hazırlayanlar: Gökhan ANTALYA, İpek SAĞLAM), **Miras Hukuku, Marmara Hukuk Yorumu Cilt III**, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2019, s. 177; YILDIRIM Abdülkerim, “Sözlü Vasiyetname”, **TAAD**, Y. 5, S.16, 2014, s. 209-229, s. 210.

² Aynı yöndeki tespiti için bkz. LEUBA Audrey, “Action en annulation d’un testament oral (art.519 CC)”, **successio**, 2019, s. 128-130, s. 128.

³ Karar metni için bkz. ATF 143 III 640 vd., https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-III-640%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

mal olarak düşünülenden daha farklı gerçekleştiği bir olay kurgusu, çeşitli hukuki değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Bu yönüyle, kararın incelemeye değer bir özellik arz etmekte olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Ayrıca içinde bulunduğumuz, bir süredir devam eden *COVID-19 (Koronavirüs) Pandemisi* günlerinde sözlü vasiyetnamenin gündeme gelme olasılığının “normale” göre artış gösterebileceği gerçeğinin de, konunun ele alınmasına ve bu karar vesilesiyle hatırlanmasına özel bir anlam katacağı ifade edilebilir⁴.

Aşağıda öncelikle karara konu olan olayın özeti (I) verilecek, akabinde farklı derecelerdeki mahkemelerin ve özellikle ayrıntılı olarak Federal Mahkeme'nin konuyla ilgili yaklaşımları (II) aktarılacak, son olarak da kararda ulaşılan sonuçlar bakımından bir değerlendirme (III) yapılacaktır.

I. KARARA KONU OLAN OLAYIN ÖZETİ

2011 yılının Şubat ayında tespit edilen bir akciğer rahatsızlığından (akciğer sertleşmesi [pulmoner fibrozis], *fibrose pulmonaire*) mustarip olan 1945 doğumlu D.A., 15 Haziran 2011'de (Çarşamba günü) hastaneye kaldırılır. Ertesi gün, yani 16 Haziran 2011'de (Perşembe günü) ise mevcut durum daha kötüleşir ve D.A. yoğun bakım servisine sevk edilir. İzleyen gün, yani 17 Haziran 2011'de (Cuma günü) durumunun gidişatına ve hastalığının daha da ağırlaşmasına bağlı olarak akciğer solunum desteği ünitesine (oksijen maskesi) bağlanır. Söz konusu günlük hasta bakım akış çizelgesi dahilinde D.A.'nın, konuşamamakta olduğu sadece jestler (el-kol hareketleri, işaretleri) aracılığıyla dışarıyla iletişim kurabildiği tespit edilmiştir. Bu arada yine ilgili çizelgeden, D.A.'ya, durumuna bağlı olarak, sabah 9.00 itibariyle *Temesta* (bir tür sakinleştirici), saat 13.00 itibariyle de morfin verildiği görülmektedir⁵.

Aynı gün, yani 17 Haziran 2011'de fiili birliktelik yaşadığı hayat arkadaşı (partneri) C.'ye, arkadaşları E. ve F. ile iletişime geçmesini, onların derhal yanına gelmelerini istediğini belirtir. Yalnız bunu yaparken, özel olarak bir amaç belirtmesinde de bulunmaz. D.A.'nın halihazırdaki durumunda, ölümünden

Yine ayrıca bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F11-12-2017-5A_236-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES& (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

⁴ Benzer yönde bkz. AKKANAT Elif Beyza, “Korona (COVID-19) Günlerinde Sözlü Vasiyet(name)”, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-covid-19-gunlerinde-sozlu-vasiyet-name/> (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

⁵ *Faits* (Olay) para. A.

önce son dileklerini ifade ettiği bir ölüme bağlı tasarrufu henüz düzenlememiş olduğunu bilen E. ve F., D.A.'nın kendilerinden olan bu ziyaret isteğini, onun bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemek amacı dahilinde olduğunu düşünürler. Öyle ki F. bu çerçevede bir noterle (G.) de iletişime geçer. Bununla birlikte F.'nin iletişime geçtiği noter G., o gün müsait durumda bulunmadığını belirtir ve F.'ye, onun aktardığı şartlar dahilinde, sözlü bir vasiyetname düzenlenebilmesi yoluna gidilebileceğini aktarır. F.'den aldığı bilgiler dahilinde, D.A.'nın daha önceki (sona ermiş olan) evliliğinden çocuklarının da olduğunu gözeten noter G., F.'ye D.A.'nın yasal mirasçılarının saklı payları ve terekesi bakımından sahip olduğu serbest tasarruf oranı üzerine de çeşitli açıklamalarda bulunur. F., noter G. ile yaptığı bu konuşma sırasında bir kenara, özellikle D.A.'nın terekesinin $\frac{1}{4}$ 'lük oranı bakımından serbestçe tasarrufta bulunabileceği bilgisini de kapsayan çeşitli notlar alır. F., E.'yle birlikte aynı gün içinde saat 11.00 sularında hastaneye ulaşır ve aldığı notlar üzerinden D.A.'ya sözlü vasiyetnamenin nasıl yapılabileceği ve yine ne oranda ölüme bağlı tasarruf serbestisinin bulunduğu ile ilgili açıklamalarda bulunur. Tespit edilebildiği kadarıyla bu açıklamalar birkaç dakikalık bir süre içinde verilmiştir. Bilinci tam anlamıyla ve dört dörtlük şekilde yerinde olan D.A., yaptığı işaretlerle/jestlerle böyle bir sözlü vasiyetnameyi yapmak istediğini belirtir ve hayat arkadaşı C.'yi terekesinin $\frac{1}{4}$ 'ü bakımından iradi mirasçısı olarak belirler. Bu görüşme birkaç dakika kadar sürmüştür. Aynı günün (17 Haziran 2011) öğleden sonrasının erken saatlerinde F., E.'nin de eşliğinde D.A.'nın sabahleyin kendisine aktardığı (ölümünden önceki son) isteklerini yazıya döker, akabinde de hem F. hem de E. bu belgeyi imzalarlar ve yetkili makama (*Justice de paix de Lavaux-Oron, [Lavaux-Oron Sulh Mahkemesi]*) teslim etmek üzere harekete geçerler. Yetkili makam, o sırada kapalı olduğundan, F. ve E. izleyen pazartesi gününü beklerler ve 20 Haziran 2011'de evrakı sözü geçen makama teslim ederler⁶.

Bu arada D.A., 18 Haziran 2011 (Cumartesi) günü vefat eder. 4 Temmuz 2011 günü, D.A.'nın yatırıldığı yoğun bakım servisi sorumlusu doktor, verdiği ifadesinde, D.A.'nın ölümü anına kadar zihinsel bakımdan sağlıklı, yine beyin kapasitesinin yerinde ve buna bağlı yetilerin de tam olduğu, ilgili bağlamda ölüme bağlı son isteklerini açıklarken bilincinin yerinde bulunduğu, buna karşılık bunları yazıya dökebilecek bir durumda da olmadığı değerlendirilmelerinde bulunmuştur⁷.

⁶ *Faits* (Olay) para. Aa.

⁷ *Faits* (Olay) para. Ab.

22 Ağustos 2011’de, Lavaux-Oron Sulh Mahkemesi hâkimi, E. ve F. tarafından imzalı olarak mahkemeye iletilen yazılı evrakı onaylar⁸.

II. İLK DERECE MAHKEMESİNİN, KANTON MAHKEMESİNİN VE FEDERAL MAHKEME’NİN KONUYLA İLGİLİ YAKLAŞIMLARI

D.A.’nın kızları (altsoyu) A.A ve B.A., Vaud Kantonu’nda bulunan *ilk derece mahkemesine* (*Chambre patrimoniale cantonale vaudoise*) başvuruda bulunarak C.’ye karşı dava açmış ve ilgili (sözlü) vasiyetnamenin hükümsüzlüğünün tespitini, bu mümkün değilse iptalini istemişlerdir. İlk derece mahkemesi, 3 Mayıs 2016’da davacıların bu talebini kabul etmiş ve müteveffa D.A.’ya ait sözlü vasiyetnamenin, gerekli geçerlilik şartlarını taşımadığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir⁹.

Verilen karara karşı, D.A.’nın hayat arkadaşı C., *Vaud Kantonu Kanton Mahkemesi* (*Tribunal cantonal du canton de Vaud*) önünde 23 Eylül 2016’da kanun yoluna başvurmuştur. Kanton Mahkemesi ise, taraflara 2 Mart 2017 tarihinde tebliğ edilen 2 Aralık 2016 tarihli kararında, ilk derece mahkemesinin hükmünü kaldırarak D.A.’ya ait 22 Ağustos 2011 tarihinde Lavaux-Oron Sulh Mahkemesi tarafından onaylanan sözlü vasiyetnamenin geçerli olduğuna hükmetmiştir¹⁰.

Bunun üzerine, bu kez de D.A.’nın kızları A.A. ve B.A., *Federal Mahkeme* (*Tribunal fédéral*) nezdinde, Kanton Mahkemesi kararının bozulması için 27 Mart 2017’de kanun yolu başvurusunda bulunmuşlar, Kanton Mahkemesi tarafından verilen kararın bozulmasını ve sözlü vasiyetnamenin hükümsüzlüğünün tespitini, bu mümkün değilse iptalini talep etmişlerdir. Federal Mahkeme’nin 2. Hukuk Dairesi (*Ile Cour de droit civil*) ise, 11 Aralık 2017 tarihli kararıyla, aşağıda ayrıntılarına yer verilecek gerekçeler dahilinde, Kanton Mahkemesinin kararını yerinde bulmuş ve A.A. ve B.A. tarafından yapılan kanun yolu başvurusunu reddetmiştir¹¹.

⁸ *Faits* (Olay) para. Ac.

⁹ *Faits* (Olay) para. B.

¹⁰ *Faits* (Olay) para. Ba, Bb.

¹¹ *Faits* (Olay) para. C; *Droit* (Hukuk), para. 4.4, 5.

Mahkemenin, değerlendirmesinde vardığı sonuçlar şu şekilde özetlenebilir¹²:

- Sözlü vasiyetname, ancak çok sıkı bazı şartlarla kabul edilebilecek, özel olarak *i*) olağan şekillerde vasiyetname (el yazılı veya resmi vasiyetname) yapılmasının imkân dahilinde olmadığı ve ancak *ii*) istisnai durumlarda (bkz. İsvMK m.506/f.1 / TMK m.539/f.1’de örneklendirici mahiyette sayılan durumlar) başvurulabilecek, olağan dışı (şekli anlamda) bir ölüme bağlı tasarruftur (Ayrıca bkz. ATF 77 II 216¹³). Somut olayda ölüme bağlı tasarrufta bulunanın sağlık durumunun, aniden ölümüne sebep olabilecek tarzda, süratle kötüye gitmesi -ki işlemin tam ertesi günü ölüm sonucu gerçekleşmiştir- öngörülemez ve istisnai bir özellik taşıdığı söylenebilir.
- Sözlü vasiyetnamenin geçerli olarak yapılabilmesi için, kümülatif olarak aranacak bu iki maddi şartın yanı sıra bazı özel şekli şartlara tabi tutulduğu da gözden kaçırılmamalıdır (ayrıca ve özel olarak bkz. Federal Mahkeme’nin 5A_247/2009¹⁴ ve 2C_148/2008¹⁵ sayılı kararları): Sözlü vasiyetname iradesi, aynı zaman dilimi dahilinde mevcut bulunacak iki tanık huzurunda (bu konuda (bkz. İsvMK m.506/f.2 / TMK m.539/f.2 ve ayrıca ATF 104 II 68¹⁶ para. 2e) son istekler açıklanmalı, akabinde ise ölüme bağlı tasarrufta bulunanın aktardığı dilekleri, tanıklardan biri tarafından yazıya dökülüp, vasiyetnamenin yapıldığı (yoksa yazıya geçirildiği yer değil) yer ve tarih eklenip her iki tanıkça da imza altına alınmalıdır (bkz. İsvMK m.506/f.2 / TMK m.539/f.2). Şekil konusunda, belirtilen unsurlardaki bir eksiklik, kural olarak sözlü vasiyetnamenin iptali sonucuna yol verecektir (bkz. ATF 104 II 68 para. 2e; İsviçre Federal Mahkemesi’nin 2C_148/2008 sayılı kararı para. 2.2.1). Bu noktada tarihteki eksiklikler konusuna özel olarak değinilmelidir. Sözlü vasiyetnamenin şekil içeriğine dahil olan unsurlardan tarih, hâkimin ölüme

¹² Ayrıca ve özellikle bkz. *Droit* (Hukuk), para. 3, 4.2, 4.3 ve 4.4.

¹³ Bu karar için bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2077216.pdf> (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

¹⁴ Bu karar için bkz. https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bger/2009/090529_5A_247-2009.html (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

¹⁵ Bu karar için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F29-07-2008-2C_148-2008&lang=fr&type=show_document&zoom=YES& (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

¹⁶ Bu karar için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F104-II-68%3Afr&lang=fr&type=show_document&zoom=YES& (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

bağlı tasarrufta bulunan kişinin işlem anında fiil ehliyetinin (özel olarak ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin) varlığının saptanması ve ortada aynı kişiye ait birden fazla ölüme bağlı tasarruf bulunduğunda bunlar arasında öncelikli olanın belirlenmesi açılarından özel önem taşımaktadır (ayrıca bkz. 5A_666/2012¹⁷ para. 3.2). Bununla birlikte, eğer sözlü vasiyetnamenin şekilsel içeriğinde tarih unsuru eksik ve fakat bu unsur vasiyetname dışındaki unsurlardan/olgulardan (*externa*) çıkarsama yoluyla tamamlanabiliyorsa, işlemin yargısal iptaline yer olmaz.

- Somut olayın koşulları dahilinde, D.A. ağırlaşan durumu ve kendisini beklemekte olan yakın ölüm tehlikesi de gözetildiğinde, F.'nin sadece bir noterle (G.) ile görüşmüş, onun uygunluk durumu olmadığını öğrendiğinde ise Vaud Kantonu'nda bulunan (sayıları 100'ü bulan) diğer noterlere ayrıca başvurmamış olması bir eksiklik olarak görülmemelidir. Diğer bir deyişle, resmi vasiyetname yapılabilmesi (İsvMK m.499 vd. / TMK m.532 vd.) olay koşulları dahilinde objektif olarak imkânsız gözükmektedir. Bu bakımdan başvurulabilecek yegâne yol sözlü vasiyetnamedir (İsvMK m.506 et. vd. / TMK m.539 vd.).
- Yine somut olay dahilinde, tanıklardan F. tarafından, noterle yapılan görüşmeye istinaden alınmış olan notların D.A.'ya okunması dahilinde D.A.'nın son dileklerini jestler yardımıyla ifade etmesinde şekli anlamda kuşku duyulacak bir husus bulunmamaktadır. Sonuçta kanun bu konudaki iradenin mutlaka sözel yoldan (*expression verbale*) açıklanması gereğine işaret etmemektedir. Önemli olan, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın (somut olayda vasiyetçinin), işlem yapılırken bilincinin ve akıl sağlığının yerinde olmasıdır, yoksa iradenin mutlaka sözlü olarak ifadesi gereği özel olarak gözetilmemiştir. Eğer ölüme bağlı tasarrufta bulunanın işlem anında, işlem iradesine (özel olarak *animus testandi*) sahip olduğu söylenebiliyorsa, bu kâfidir. Ancak kişi, ölüme bağlı tasarruf içeriğini bilinçli olarak istemeli ve bu konudaki iradesi herhangi bir suretle de sakatlanmamış olmalıdır.
- Sözlü vasiyetnamenin tanıkları, öngörülen prosedüre uyararak ölüme bağlı tasarrufta bulunanın son dileklerini yazıya döküp imzaladıktan sonra, hazırladıkları evrakı vakit kaybetmeksizin ilgili yargı makamına (*Justice de paix*) iletmede yükümlüdürler. Tanıklar, bunların yanı sıra, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın işlem anında ayırt etme gücünü haiz olduğunu

¹⁷ Bu karar için bkz. https://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/2013/130703_5A_666-2012.html (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

belirtmeli (bkz. İsvMK m.507/f.1 / TMK m.540/f.1; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 5A_247/2009 sayılı kararı para. 3) ve işlemin yapılmasına vücut veren, olağan şekillerden birinde vasiyetname düzenlenmesi-ne engel olan istisnai koşulları tasvir etmelidirler (bkz. ATF 77 II 216).

- Somut olayda, tanıklar yazıya geçirdikleri evrakta, sözlü vasiyetname-nin yapıldığı yer ve zamanını yeter derecede gösterir şekilde (ifadelerine göre “D.A. 'yı 17 Haziran 2011 günü U. 'da bulunan H Kliniği 'nin yoğun bakım servisinde ziyaret ettiklerinde”) hareket etmişlerdir.
- Kanun bunlardan başka, sözlü vasiyetnamenin yapılmasına neden olan istisnai şartların tanıklar tarafından hazırlanacak yazılı evrakta gösterilmesini aramamıştır. Bu şartlar özel olarak evrakı teslim alacak yetkili makam açıklanmalı, yetkili makam da bunları yapacağı sözlü duruşma-da kayıt altına almalıdır.
- Sözlü vasiyetname şartları somut olayda gereği gibi yerine getirildiğinden davacıların başvurularının reddi gerekir.

III. DEĞERLENDİRME

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı, sözlü vasiyetname bağlamında verilmiş nadir kararlardan bir tanesidir. Kararın onu daha da ilginç kılan yanı ise, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin (somut olayda D.A.) kendi iradesini doğrudan doğruya ve tek başına oluşturarak ortaya koymamış ve fakat bir başkasının (somut olayda F.'nin) aktarımına onay vermekle yetinmiş olmasıdır.

Zaten -geçici olarak gündeme gelecek- olağandışı şartlarda^{18,19} başvuru- labilecek bir ölüme bağlı tasarruf şekli olan sözlü vasiyetnamede “alışılge-

¹⁸ Ayrıca bkz. COTTI Fiorenzo / GYGAX Evelyne, **Commentaire du droit des successions**, (art.457-640 CC; art.11-24 LDFR), Reihe SHK - Stämpflis Handkommentar (Hrsg. Antoine EIGENMANN, Nicolas ROUILLER), Stämpfli Verlag AG, 2012, Art.506 CC, N. 1, 6; BREITSCHMID Peter, “Arts. 505-511 ZGB”, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, I, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 Schl ZBG**, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Thomas GEISER, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Arts 506-508 ZGB, N. 1; LEUBA Audrey, “Arts. 498-508 CC”, **Commentaire Romand, Code Civil II, Arts. 457-977 CC, Arts. 1-61 Tit. Fin. CC**, Eds. Pichonnaz, Pascal, Foëx, Bénédict, Piotet, Denis, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Arts. 506-508 CC, N. 6, 8; GUINAND Jean / STETTLER Martin / LEUBA Audrey, **Droit de successions**, 6. Edition, Schulthess Juristische Medien AG, 2005, s. 142; SEROZAN/ENGİN, s. 331; İMRE/ERMAN, s. 92; DURAL/ÖZ, s. 91; ANTALYA, s. 177; KAYAK, s. 202; HATEMİ Hüseyin, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Oniki levha, İstanbul, 2018, s. 105; ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku (Tablo ve Örneklerle)**, Sekizinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 205; YILDIRIM, s. 212; JACOT-GUILLARMOD Emilie, “Le testament oral”, www.lawinside.ch/547/ (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021); AKKANAT.

len”, adı üzerinde, tasarrufta bulunan bu iradesini sözlü olarak iki tanık önünde²⁰ (eş zamanlı olacak şekilde) aktarmasıdır²¹. Bununla birlikte, öğretide ilgili irade beyanının ortaya koyulmasında başka bir yolun benimsenmiş

¹⁹ Türk Hukukunda bu olağandışı şartlar, TMK m.539/f.1’de “*yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar*” olarak ifade edilmiştir. “*Gibi*” teriminin kullanılmasından da anlaşılacağı üzere, bu durumlar sınırlı sayıda değildir, ilgili hükümde sayma örnek mukabilinden yapılmıştır. Ayrıca bkz. ÇABRİ, s. 598; İMRE/ERMAN, s. 92; DURAL/ÖZ, s. 93; ÖZTAN, s. 205.

Somut olay özelinde bakıldığında, İsviçre Federal Mahkemesi hükmünü kurarken, yakın ölüm tehlikesi olağanüstü durumunu dikkate alarak değerlendirmelerde bulunmuştur. Türk Hukukundan farklı olarak İsviçre Hukukunda hastalığın, salgın bir hastalık olması gerekmektedir (Bkz. ve karşı. İsvMK m.506: “*épidémie*” / “*epidemie*” / “*epidemia*”). Bu arada şu da ayrıca ifade edilmelidir, TMK m.539’un eski versiyonunu oluşturan eMK m.486’da da mehzala benzerlik arz eder şekilde hastalığın bulaşıcı bir hastalık olması aranmakta idi. Son durumda, TMK’da sözlü vasiyetname yapılma halleri bir nebze daha genişletilmiş görünmektedir. Ayrıca bkz. DURAL/ÖZ, s. 92.

Kimi yazarlar, bu durumu olumlu karşılamaktadır. Bkz. KAYAK, s. 208.

Bu arada hükümde bu yönde herhangi bir açıklık olmasa da Türk Hukukunda bazı yazarlar hastalığın (yakın olmasa bile) ölüm tehlikesine yol açmasının, diğer bazı yazarlar da ağır bir hastalık olmasının zorunlu bir ek unsur olarak aranması gerektiğini ifade ederler. Bkz. ve karşı. ÇABRİ, s. 596; İMRE/ERMAN, s. 94.

Bu arada bugün, aynı (karara konu olan) somut olayda Türk Hukuku tatbik edilse idi, hastalık ve yakın ölüm tehlikesi durumlarının bir arada gerçekleşmiş olduğu söylenebilirdi.

Ölüm tehlikesinin yakın olup olmadığının tespit edilmesinde hem objektif hem de sübjektif kriterler dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla, sözlü vasiyetnamenin düzenlenme anında (yoksa sonradan öğrenilen olgular değil), hayat tecrübeleri dahilinde ölüm tehlikesine yakın olarak bakılması haklı gösterebilecek bulguların varlığı sabit olmalıdır. Bkz. ÇABRİ, s. 592; İMRE/ERMAN, s. 93; DURAL/ÖZ, s. 92; ANTALYA, s. 177; ÖZTAN, s. 205; YILDIRIM, s. 213; COTTI/GYGAX, **Com. Suc.**, Art.506 CC, N. 7; BREITSCHMID, **BasKom.**, Arts 506-508 ZGB, N. 1.

Ölüm tehlikesinin kesin olmasına lüzum yoktur, kuvvetle muhtemel olması kâfi gelecektir. Bkz. KAYAK, s. 204.

Bu arada Yargıtay, yakın ölüm tehlikesinin varlığı noktasında oldukça titiz hareket etmekte, tehlikenin “ani” olmasını özel olarak aramaktadır. Buna göre sabah saatlerinde kalp krizi geçiren bir kişinin saat 9.30’da sözlü vasiyetname yapmış ve akabinde saat 11.00’da ölmüş olduğu bir olay kurgusunda, Yargıtay kalp krizi anı ile ölüm anı arasındaki sürenin “uzun” olduğuna kanaat getirmiş, ayrıca bu süre dahilinde kişinin hastaneye kaldırıldığı yerde çok sayıda noter bulunmasının (ve dolayısıyla resmi vasiyetname yapılabilir olmasının) sözlü vasiyetname yapılabilmesi şartlarının gerçekleşmesine mâni olacağını kaydetmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD., E. 3426, K. 3615, T. 10.06.1963. Karar içeriği için ayrıca bkz. ÇABRİ, s. 593; KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU, s. 221; DURAL/ÖZ, s. 91; YILDIRIM, s. 214, dn. 27.

²⁰ Esas itibarıyla tanıkların vasiyetçiye karşı bir tür vekâlet edimini üstlendikleri söylenebilir. Bkz. LEUBA, **ComRom.**, Arts. 506-508 CC, N. 16.

²¹ COTTI/GYGAX, **Com. Suc.**, Art.506 CC, N. 8; BREITSCHMID, **BasKom.**, Arts 506-508 ZGB, N. 4; LEUBA, **ComRom.**, Arts. 506-508 CC, N. 15; ÇABRİ, s. 599; İMRE/ERMAN, s. 94; DURAL/ÖZ, s. 93; ANTALYA, s. 177; KAYAK, s. 210; TURAN Gamze, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 91.

olmasına, örnek olarak işaret diliyle yahut da bu düzeye varmayan basit hareket ve jestlerle irade açıklamasında bulunulmasına da karşı çıkılmamaktadır²². Yeter ki, bu şekillerde de anlam yeter derecede, şüpheye mahal kalmaksızın çıkarılabilir olsun²³. Ayrıca somut olaydaki gibi, sözlü olarak iradesini açıklamak bakımından (geçici yahut kalıcı suretle), ciddi bir sağlık engeli bulunan kişiler bakımından bu imkânın tanınmıyor olması zaten zor durumda bulunan kişiyi iyiden iyiye içinden çıkılmaz bir açmaza sürüklemiş olacaktır. Benzer şartlar altında bulunup konuşma yetisini muhafaza eden bir kişiye bu şans tanınırken, konuşamayana böyle bir şansın verilmesi eşitlik ilkesi çerçevesinde de kolaylıkla açıklanabilir olmaz.

Ancak burada (somut olay özelinde) esas itibarıyla soru işareti yaratacık nokta, iradenin sözlü olarak ortaya koyulmamış olması değildir. Bundan başka şöyle bir durumun varlığı daha söz konusudur: Davaya konu olan olayda, ölüme bağlı tasarrufla bulunan kişi doğrudan kendi iradesini ortaya koymamış, bir başkasının açıklamalarına onay göstererek hareket etmiştir²⁴. Acaba iki durum (kişinin iradesini doğrudan işaretlerle açıklaması ve kendisine yapılan açıklamayı salt olarak onaylaması) arasında bir farklılık yaratılması anlamlı olur mu?

Belirtmelidir ki, anılan iki durum arasında özel olarak farklılık yaratılmasına meydan verecek bir gerekçe bulunmamaktadır. Federal Mahkeme'nin bu yöndeki tespiti gayet haklıdır. Sonuçta, her iki durumda da irade, ölüme bağlı tasarrufla bulunana (somut olayda vasiyetçiye) ait olacaktır. Yani, bir başkasının ileri sürdüğü fikri benimseyen ve iradesini bu çerçevede serdeden bir kimse son tahlilde zaten kendi iradesini (özel olarak *animus testandi*) ortaya koymuş olmaktadır^{25,26}. Yoksa burada kişiye karşı dayatma, seçim şansı

²² COTTI/GYGAX, **Com. Suc.**, Art.506 CC, N. 8; BREITSCHMID, **BasKom.**, Arts 506-508 ZGB, N. 5; LEUBA, **ComRom.**, Arts. 506-508 CC, N. 15; WOLF Stephan, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017", **ZBJV**, 154/2018, s. 405-419, s. 409; ÇABRİ, s. 600; KAYAK, s. 210.

Aksi görüşte bkz. DURAL/ÖZ, s. 93; İMRE/ERMAN, s. 94. Yazarlar, iradenin mutlak olarak sözlü şekilde açıklanması gereğine işaret ederler. Bağlı metinde belirttiğimiz gerekçelerle bu son düşünceye katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

²³ WOLF, s. 409.

²⁴ Ayrıca bkz. LEUBA, **Testament Oral**, s. 128-130, s. 130.

²⁵ LEUBA'ya (**Testament Oral**, s. 130) göre, buradaki durumla resmi şekilde düzenlenen vasiyetname arasında da bir eğretileme yapılabilir: Nihayetinde noter, ölüme bağlı tasarrufla bulunanın iradesini dinleyip, resmi vasiyetnameyi re'sen düzenledikten sonra, tasarrufla bulunan hazırlanan evrakı imza ederek -yani onayını göstererek- işlemin vücuda gelmesini sağlamaktadır.

vermeme yahut kandırmada bulunulması olguları mevcut değildir, eğer böyle bir durum olsaydı, bir irade sakatlığının (örnek olarak ikrah veya hile) varlığından söz açılabilirdi, bunlar sözlü vasiyetnamenin iptalini gerektirebilirdi²⁷. Yine ortada bir karar delegasyonunun varlığından da söz açılmayacaktır, eğer böyle bir durum söz konusu olsaydı karar delegasyonu yasağının²⁸ - şartlara göre belki- hukuka aykırılık nedeniyle²⁹ sözlü vasiyetnamenin iptaline yol açabileceği söylenebilirdi. Oysa, somut olayda D.A. kendi kararını tamamıyla kendisi vermiştir, F.'ye bu yönde bir yetkilendirme yapmamıştır.

Şu da var ki, böyle bir araştırmaya girilmesi ve vasiyetçinin verdiği onayın kuşkuya yer bırakmayacak şekilde bir irade beyanına vücut verdiğinin titizlikle tespit edilmesi pek tabii çok önemlidir. Böylesi, vasiyetçinin son arzularının gerçek anlamda hayata geçirilebilmesini temin edecek ve onun sahip olduğu malvarlığı değerlerinin kaderini ölümünden sonraki zaman bakımından serbestlik içinde tayin edebilmesinin pekiştiricisi olacaktır³⁰.

Biz yazarın yaptığı bu eğretilmeye şu yönden katılmıyoruz: Noterde re'sen düzenlenen resmi vasiyetname, ölüme bağlı tasarrufla bulunan iradesini zaten açıkladıktan sonra hazırlanmakta ve birbirinin açıkladığı iradesini yansıtmaktadır, yani evrakın imzalanması yazılanın onayıdır belki ama irade çok daha evvelki bir aşamada zaten açıklanmıştır. Oysa, dava konusu somut olayda, D.A. iradesini ilk elde açıklamamış, sadece -ilk defa duyduğu- F.'nin açıklamalarını onaylamıştır.

²⁶ Belki bir tek, verilen “onayın” başlı başına dört başı mamur bir irade beyanı özelliği taşıyıp taşımadığına özel olarak konsantre olunabilir. Yine bkz. LEUBA, **Testament Oral**, s. 130.

²⁷ Ayrıca bkz. JACOT-GUILLARMOD.

²⁸ Kaldı ki bugün modern eğilimlerin, *favor testamenti* ilkesi ışığında ölüme bağlı tasarrufla ve dolayısıyla ölenin son dileklerine mümkün olabildiğince hayatiyet tanımak adına, bu yasağı gittikçe yumuşattığı gözlemlenmektedir. Örneğin daha dar kapsamlı bir ölüme bağlı kazandırma çeşidi olan, vasiyet alacağı kazandırması bakımından delegasyona pekâlâ göz yumulabileceği ifade edilmektedir. Ondandır bir adım daha ileride olan mirasçı atama kazandırmasında ise, delegasyonda bulunulan üçüncü kişinin salt duygusal veya keyfî karar vermesi olasılıklarına kapı kapatıldıktan sonra, böyle bir yetki aktarımına neden yer olamayacağı ciddi şekilde sorgulanmaktadır. Sözün özü, istisnai ve “hükümsüzlük kokusunun” belirgin şekilde, yani “buram buram” hissedildiği haller dışında buna olanak tanınabilmelidir. Bu konuda ayrıca bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 259, 278-279.

²⁹ Kimi yazarlar (bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336-337; DURAL/ÖZ, s. 230), hukuka ve ahlaka aykırılık kurgularının bulunduğu durumlarda ölüme bağlı tasarrufla yargısal iptalinden değil de doğrudan doğruya ve kendiliğinden sonuç doğuracak şekilde kesin hükümsüzlüğünden söz açarlar, biz bu yaklaşıma katılmıyoruz. Miras hukuku kazandırmalarının özelliği gözetilerek *favor testamenti* ilkesi dahilinde benimsenen yargısal iptal hükümsüzlük rejimi, yokluk haricindeki -ki yokluk bakımından daha farklı bir kurgunun olduğu zaten aşikâr ve anlaşılabilir-, bütün hükümsüzlük sebeplerine şamil şekilde tatbik edilmelidir. Bkz. bu yönde SEROZAN/ENGİN, s. 283, 316.

³⁰ Ayrıca bkz. LEUBA, **Testament Oral**, s. 130.

Anılan kurguda, belki de yine önemli bir nokta, sözlü vasiyetname yoluyla ölüme bağlı tasarruflarda bulunan kişinin akıl sağlığının tam olarak yerinde olduğunun tespit edilebilir durumda olmasıdır³¹. Bu durum bizatihi kişinin bu türden bir kazandırmayı gerçekleştirmeye ehil olup olmadığını da ilgilendirmektedir. Ne de olsa eğer fiil (özel olarak ölüme bağlı tasarruflarda bulunma ve pek tabii onun altında da vasiyetname yapma) ehliyeti³² (özellikle de ayırt etme gücü) bakımından bir şüphe bulunuyorsa, bu ölüme bağlı tasarruf iradesinin meşruiyetine de başlı başına kuşku düşürecektir³³. Nitekim Federal Mahkeme de kararında bu konuya özel bir önemi atfetmiş ve konunun netlikle ortaya konulmasını aramıştır.

Karar bağlamında özel olarak değerlendirilmeyi hak edebilecek ve yine önemli olabilecek bir nokta, müsaitlik (uygunluk) durumu bulunmadığı için noter G.'nin -resmi vasiyetname düzenlemek üzere- hastaneye gelememiş ve akabinde sürecin bu şekilde gelişmiş olmasıdır.

Sonuçta, bilindiği üzere, sözlü vasiyetname yapılabilmesini mümkün kılan ikinci zorunlu unsur, ilgili olağanüstü durumlardan birinin varlığına ek olarak resmi veya el yazılı vasiyetname yapma olanağına sahip bulunulmamasıdır³⁴. Aksi takdirde, sözlü vasiyetname şartları tam olarak sağlanmadığı için, işlemin (yargısal) iptali istenebilir³⁵. Bu olanaklardan yoksun bulunulduğunun ispatı, vasiyetnamenin geçerliliğini iddia eden kişiye(/lere) aittir³⁶.

³¹ Hatırlanacak olursa, sözlü vasiyetnamede bulunabilme ehliyeti bakımından uygulanacak hüküm TMK m.520'dir: "*Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir.*" Ehliyet bakımından bu şartın sağlanamıyor olması TMK m.557 uyarınca sözlü vasiyetnamenin (yargısal) iptalini gerektirir. Ayrıca bkz. ÇABRİ, s. 589, YILDIRIM, s. 211.

³² Ayrıca bkz. GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 125.

³³ Bkz. LEUBA, **Testament Oral**, s. 130; WOLF, s. 409.

³⁴ LEUBA, **ComRom.**, Arts. 506-508 CC, N. 1, 3; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 142; SEROZAN/ENGİN, s. 332; İMRE/ERMAN, s. 92; ANTALYA, s. 177; KAYAK, s. 202, 209; HATEMİ, s. 105; ÖZTAN, s. 205; YILDIRIM, s. 212.

Bu konuda ayrıca bkz. Yarg. 2. HD., E. 7372, K. 8705, T. 29.09.1992: "*Kanunda açıklanan resmi veya el yazısı vasiyetname yapma imkânı olan hallerde fevkaladelik yoktur (Y.H.G.K.nun 8.2.1969 tarihli 1205- 94 sayılı; Y.2.H.D. nin 26.3.1957 tarihli 1056-1602 sayılı kararları). Resmi vasiyetname yapma imkânı yokken, yazılı vasiyetname yapma imkânı varsa yine fevkalade halin varlığı kabul edilemez.*" (www.hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

³⁵ ÇABRİ, s. 598; TURAN, s. 92; HATEMİ, s. 106; YILDIRIM, s. 212.

³⁶ COTTI/GYGAX, **Com. Suc.**, Art.506 CC, N. 4; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 142; ÇABRİ, s. 590, 599; YILDIRIM, s. 216-217.

İsviçre şartlarında, belki daha küçük şehir veya diğer yerleşim yapılanmalarında (aynı şeyler Türkiye bakımından da söylenebilir), belirli bir bölgede -kolayca- ulaşılabilir durumda olan tek bir noterin (ya da az sayıda) olmasının, resmi vasiyetname düzenlenebilmesinin önünde -başlı başına- bir engel oluşturacağı söylenebilir. Ancak söz konusu olay, özellikle de çok sayıda noterin bulunduğu (misalen Türkiye’de İstanbul³⁷ gibi) büyük bir şehirde gerçekleşmiş olsaydı, kural olarak daha farklı düşünülmesi gerekeceği açıktır. Yani salt belirli bir noterin müsaitlik durumunun bulunmaması, bir başka noterden destek alınabileceği (*bu arada somut olay koşullarında, el yazısı ile vasiyetname yolunun kapalı olduğu açıktır, dolayısıyla resmi vasiyetnameden³⁸ başka seçenek kalmamaktadır³⁹*) gerçeğini etkilemeyecektir⁴⁰.

³⁷ Misalen İstanbul ilinde, Türkiye Noterler Birliği’nin resmî web sayfası kayıtlarına göre, 354 adet noter bulunmaktadır. Bkz. <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/Noterbul.aspx> (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

³⁸ Bilindiği üzere resmi vasiyetnamenin yapılmasında komplike bir şekil törenini titizlikle takip etmek gereklidir. Bu vasiyetnamenin asli ve tali olmak üzere iki farklı türü bulunur (TMK m.532 vd. / İsvMK 499 vd.), bu türler arasında kalan üçüncü bir tür olarak, karma şekilde (asgari şekil gerekliliklerinin farklı yollardan şeklinin amacına yetecek tarzda sağlanması) bir resmi vasiyetname düzenlenmesi de pekâlâ imkân dahilindedir. Bu (resmi) vasiyetnamelerin yapılmasında atılacak adımlarla ilgili olarak bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 318 vd.; İMRE/ERMAN, s. 81; ANTALYA, s. 161 vd.; KAYAK, s. 191 vd.; HATEMİ, s. 102; ÖZTAN, s. 199 vd.; YAVUZ Cevdet / TOPUZ Murat, “Resmi Vasiyetnamenin düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK Madde 534 ve 535’in Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 7, s. 1145-1162, s. 1149 vd.; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 132 vd.

Somut olayın şartları asli şekilde resmi vasiyetname yapılmasına uygun bulunmamaktadır. Öyle ki, D.A. ne sözlü veya yazılı olarak kendisini ifade edebilecek ne de akabinde vasiyetnameyi imza edebilecek bir durumdadır. Bu nedenle somut olayda D.A.’nın durumuna daha uygun olanın, tali şekil modalitesi olduğu söylenebilir. Tali şekilde yapılacak resmi vasiyetnamede (bkz. TMK m.535 / İsvMK m.502), resmi memur vasiyetnameyi iki tanık önünde vasiyetçiye okumaktadır. Vasiyetçinin imzasının yerini sözlü okutma ve onama tutacaktır. Belirtilmelidir ki, bu şekle temelde okuma yazma erkinden yoksun olan kişiler başvurulabilir, bununla birlikte herhangi bir nedenle vasiyetnameyi bizzat okumaksızın ve imzalamaksızın okutarak düzenlettirmek isteyen bir kişi de bu şekil modalitesinden yararlanabilir. Bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 321; ANTALYA, s. 167 vd.; KAYAK, s. 193; ÖZTAN, s. 199.

Nitekim Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Hukuk Kısmı Genel Kurulu’nun 26.03.1962 tarihinde verdiği E. 23 K. 3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı bu düşüncüyü tasdik etmektedir: “(...) *Sonuç: Okuyup yazabilen bir vasiyetçinin Medeni Kanununun 480 veya 482. maddelerindeki resmî vasiyet şekillerinden birisini, dileğine göre ve hiç bir sebep bildirmeğe veya resmî senede yazdırmağa yer olmaksızın, seçebileceğine ve 482. maddede uyarınca düzenlenmiş bir resmî vasiyet senedinde vasiyetçinin imzası bulunmasının o senedin muteberliği üzerinde hiç bir etkisi olmayacağına, 26/3/1962 günlü birinci toplantıda oybirliğiyle karar verildi.*” <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11122.pdf> (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2020).

İlgili bağlam dahilinde, kolaylıkla ulaşılabilir, arzu edilen işlemi yapabilecek başkaca noterlerin bulunabileceği durumlarda, sözlü vasiyetnameye en başta ne kadar başvurulabilir olacağı kuşku götürecektir. Öyle ki, olağanüstü şartlara eşlik eden ikinci unsur, yani diğer -olağan- vasiyetname türlerine başvurulabilir olması, sözlü vasiyetnamenin geçerli şekilde yapılabilmesine engel oluşturur. Yine de böyle bir vasiyetname yapılırsa, TMK m.557 çerçevesinde (yargısal) iptali gündeme gelecektir⁴¹.

Bu da gayet anlaşılabilir: Bir tarafta, hafızası kolaylıkla yanılabilir veya bilerek kötüye kullanımda bulunabilecek alelade kişiler (sözlü vasiyetnamedeki tanıklar), diğer tarafta bir evraka resmiyet verebilen ve bir tür kamu hizmeti gören⁴² noter... Objektif bir bakış açısıyla, üçüncü bir gözün değerlendirmesinde, bu ikisi arasında sonuncunun çok çok daha güvenilir olduğu izahtan varestedir⁴³. Ayrıca belirtilmelidir ki, sözlü vasiyetname ancak olağanüstü durumlarda gündeme gelebilecek istisnai, adeta *ultima ratio* (son çare) bir imkân olarak kalmalıdır⁴⁴.

Pek tabii başka bir notere başvurulabilme imkânının olduğu olasılıklar bakımından şu da ayrıca hatırlatılmalı ve vurgulanmalıdır: Yakın ölüm tehlikesinin kuvvet derecesi, başka bir notere başvurulması imkânı bakımından yapılacak değerlendirmede bir tür “nirenge noktasını” oluşturacaktır⁴⁵. Yani ölüm teh-

Farklı görüşte bkz. YAVUZ/TOPUZ, s. 1151, 1159. Yazarlara göre, tali şekil modalitesine ancak okuma yazma bildiği halde bedensel bir özürlü nedeniyle imza yeteneğini haiz olmayan bir kişi başvurulabilir. Yine yazarların fikri uyarınca, sözü geçen 1962 İçtihatı Birleştirme Kararı, eski (743 Sayılı) Medeni Kanun dönemi için anlam taşımaktadır, buna karşılık yeni (yürürlükteki 4271 Sayılı) Medeni Kanun çerçevesinde ilgili maddede (TMK m.535) kullanılan ifadeler bu yönde bir yorumun yapılmasına izin vermemektedir.

³⁹ Federal Mahkeme'nin de bu yöndeki tespiti için kararda ayrıca bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.3.

⁴⁰ Ayrıca bkz. ve karşı. Yarg. 2. HD., E. 3426, K. 3615, T. 10.06.1963. Karar içeriği için bkz. yukarıda dn. 19 ve ayrıca ÇABRİ, s. 593; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 221; DURAL/ÖZ, s. 91; YILDIRIM, s. 214, dn. 27.

⁴¹ Bu konuda ileri sürülen diğer bir düşünceye göre, gerekli şartlar sağlanmadan yapılan bir sözlü vasiyetname kesin hükümsüzlükle malûl olduğu kabul edilmelidir. Düşüncemize göre, burada miras hukukunun özellikleri (bir kişinin son dileklerini hayata geçirebilmesine geniş ölçüde imkân tanınması) gözetilerek öngörülmuş ölüme bağlı tasarrufların tabi kılındığı özel geçersizlik rejiminden (yargısal iptal) ayrılmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır (Bkz. aynı yönde ÇABRİ, s. 588-589).

⁴² Bu konuda ayrıca bkz. 1512 Sayılı Noterlik Kanunu m.1: “*Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar.*”

⁴³ Bkz. ve karşı. İMRE/ERMAN, s. 91; AKKANAT.

⁴⁴ JACOT-GUILLARMOD; KAYAK, s. 209.

⁴⁵ Federal Mahkeme'nin kararında bu yöndeki tespiti için ayrıca bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.3. Yine bkz. ve karşı. JACOT-GUILLARMOD.

likesi ne denli yakınsa, bu başka bir notere başvurulması bakımından var olan gerekliliğin dozunu düşürecektir. Buna karşılık ilgili tehlikenin zayıfladığı olasılıklar daha en başta sözlü vasiyetname yapılabilirlik şartlarını sorguladır.

Somut olaya bakıldığında ise, Federal Mahkeme, olayın geçtiği Vaud Kantonu'nda 100 civarı noterin bulunduğunu belirtmiş, ancak iletişime geçilen noter G.'nin F.'yi sözlü vasiyetname seçeneğine yönlendirmesinin somut olayın kendi koşulları (D.A.'nin ağırlaşan sağlık durumu ve yakın ölüm tehlikesi) kabul edilebilir bir mahiyet taşıdığını ve bu nedenle de başka bir notere başvurulmamış olmasının göz ardı edilebileceğini ifade etmiştir. Yani somut olaydaki, işlemin düzenlenmesi bakımından harekete geçilmesindeki süre baskısının olağanüstü yoğunluğu⁴⁶, ifade edilen bu endişenin bertaraf edilebilmesinin yolunu açmış gibi görünmektedir⁴⁷. Nitekim, *ex post* bir değerlendirme yapıldığında ve özellikle işlemin yapılma anı ve ölüm zamanı (ve aradaki sürenin kısalığı) da dikkate alındığında, D.A.'nin son dileklerini ifade edebilmesi için çok da bir zamanının kalmamış olduğu belirgindir⁴⁸. Bu itibarla kararda takip edilen yaklaşımın yerinde olduğunu düşünüyoruz. Aksi takdirde, müteveffaya ölmeden önce son arzularını hayata geçirme şansı hiç ama hiç verilememiş olacaktır ki bu da kabul edilebilir değildir.

Diğer taraftan böyle bir zaman baskısı olmasa da, hiç şüphesiz yine hayat olaylarının sonsuz olasılığında öyle bir başka somut kurgu ile karşılaşılabilir ki, ilgili kurgu dahilinde, aynı bölge için başvurulabilecek durumda olan birden fazla noterden hiçbirinin arzu edilen işleme ayıracak uygun bir zaman dilimini haiz olmaması durumu da gündeme gelebilir⁴⁹. Bu durumda da yukarıdakilere benzer düşünceler geliştirmek isabetli olacaktır.

⁴⁶ Ayrıca bkz. ve karşı. SEROZAN/ENGİN, s. 332.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. JACOT-GUILLARMOD.

⁴⁸ Yine bkz. ve karşı. Yarg. 2. HD., E. 3426, K. 3615, T. 10.06.1963. Yargıtay'ın bu kararında, inceleme konusu olarak ele aldığımız somut olaya benzer koşullar için daha farklı, kısıtlayıcı bir yaklaşımda bulunulmuş ve sözlü vasiyetname olasılığı tümüyle dışlanmıştır. Karar içeriği ile ilgili olarak bkz. yukarıda dn. 19.

⁴⁹ Benzer bir durumun noterlerin çalışmadığı resmî tatil günleri bakımından da gündeme gelebilip gelemeyeceği ayrıca sorgulanabilir. Bu son konu özelinde ayrıca bkz. ve karşı. KAYAK, s. 209.

Türk Hukuku özelinde bakılacak olursa, bu konuda uygulama alanı bulacak 1512 Sayılı Noterlik Kanunu m.52'ye göre, noterlerin resmî tatil günlerinde de resmî vasiyetname düzenleyebilecekleri hususu özellikle hatırlatılmalıdır: "Noterler tatil günlerinde ve iş günlerinin tatil saatlerinde ancak vasiyetname tanzim ve tasdiki veya gecikmesinde zarar umulan noterlik işlemlerini yapabilirler. Tatil gün ve saatlerinde iş yapılması sebebinin evrakta gösterilmesi ve bu işlemin yevmiye defterinin tatilden sonraki ilk numarasına kaydedilmesi zorunludur." Ayrıca bkz. YILDIRIM, s. 217.

Unutulmasın, bütün bu sözü edilen hususlar ispat edilebilir oldukları ölçüde bir anlam taşıyacaklardır, ispat yükünün de vasiyetnamenin geçerliliğini iddia eden kişinin(/lerin) üzerinde olduğu da tekrar vurgulanmalıdır⁵⁰.

Son olarak şu da ayrıca söylenmeli ve akılda tutulmalıdır: Hiç şüphesiz sözlü vasiyetnamenin alanını alabildiğine genişletici bir yaklaşım, “miras avcılığı” (*captation d’héritage*) olarak kem (kötü) niyetli girişimlere (*abus frauduleux*) de kapıları açık bırakmak olarak görülebilecektir. Bu sebeple de tankların, ölüme bağlı tasarrufun lehtarıyla olan bağlantıları titizlikle gözetilmelidir⁵¹. Ama yukarıda, hemen birkaç paragraf öncesinde de belirtildiği üzere, eğer şartlar dahilinde başka bir notere başvurulabilmesi mümkün görülüyorsa, o zaman ölüme bağlı tasarrufta bulunmak isteyen kişiye de en azından bu yönde bir şansın verilmesi gayet doğal karşılanmalıdır. Bu konudaki altın ortanın (*aurea mediocritas*) bulunmasında ise, somut olay koşulları belirleyici olmalıdır.

Yine bu türden günlerde -kısıtlı olacak olsa da- pek tabii nöbetçi noterlik uygulaması üzerinden bir sonuç alınması düşünülebilir. Yalnız ilgili uygulama, halihazırda, COVID-19 (Koronavirüs) tedbirleri kapsamında ikinci bir karara kadar süresiz olarak kaldırılmıştır. Bkz. <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/NobetciNoterBul.aspx> (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

⁵⁰ Bkz. LEUBA, **ComRom.**, Arts. 506-508 CC, N. 7.

⁵¹ Aynı yönde bkz. LEUBA, **Testament Oral**, s. 130.

KAYNAKÇA

- AKKANAT Elif Beyza, “Korona (COVID-19) Günlerinde Sözlü Vasiyet(name)”, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-covid-19-gunlerinde-sozlu-vasiyet-name/> (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).
- ANTALYA Gökhan (Yayına Hazırlayanlar: Gökhan ANTALYA, İpek SAĞLAM), **Miras Hukuku, Marmara Hukuk Yorumu Cilt III**, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2019.
- BREITSCHMID Peter, “Arts. 505-511 ZGB”, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, I, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchlT ZBG**, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Thomas GEISER, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015. (“BasKom.”)
- COTTI Fiorenzo / GYGAX Evelyne, **Commentaire du droit des successions, (art.457-640 CC; art.11-24 LDFR)**, Reihe SHK - Stämpflis Handkommentar (Hrsg. Antoine EIGENMANN, Nicolas ROUILLER), Stämpfli Verlag AG, 2012. (“Com. Suc.”)
- ÇABRİ Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574) Cilt I**, Oniki Levha, İstanbul, 2018.
- DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- GUINAND Jean / STETTLER Martin / LEUBA Audrey, **Droit de successions**, 6. Edition, Schulthess Juristische Medien AG, 2005.
- HATEMİ Hüseyin, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Oniki levha, İstanbul, 2018.
- İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015.
- JACOT-GUILLARMOD Emilie, “Le testament oral”, www.lawinside.ch/547/ (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).
- KAYAK Sevgi, “Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname”, **İÜHFİM**, C. LVIII, S. 1-2, s. 189-220.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- LEUBA Audrey, “Action en annulation d’un testament oral (art.519 CC)”, **successio**, 2019, s. 128-130. (“Testament oral”)
- LEUBA Audrey, “Arts. 498-508 CC”, **Commentaire Romand, Code Civil II, Arts. 457-977 CC, Arts. 1-61 Tit. Fin. CC**, Eds. Pascal PICHONNAZ, Bénédicte FOËX, Denis PIOTET, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016. (“ComRom.”)

- ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku (Tablo ve Örneklerle)**, Sekizinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- SEROZAN Rona / ENGİN Baki İlkey, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 5. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2018.
- TURAN Gamze, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- WOLF Stephan, “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017”, **ZBJV**, 154/2018, s. 405-419.
- YAVUZ Cevdet / TOPUZ Murat, “Resmi Vasiyetnamenin düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK Madde 534 ve 535’in Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 7, s. 1145-1162.
- YILDIRIM Abdülkerim, “Sözlü Vasiyetname”, **TAAD**, Y. 5, S.16, 2014, s. 209-229.